

## TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA CHÍNH PHỦ THEO HIẾN PHÁP NĂM 1946 VÀ SỰ KẾ THỪA, PHÁT TRIỂN TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013

Nguyễn Văn Cương<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Trong bối cảnh công cuộc cải cách, đổi mới đất nước ngày càng đi vào chiều sâu, có thể nói, việc thực hiện đúng, đầy đủ quy định của Hiến pháp hiện hành, trong đó có các quy định về Chính phủ cần được coi là giải pháp quan trọng hàng đầu để giải quyết các bài toán về đổi mới mô hình tăng trưởng, tái cơ cấu và nâng cao sức cạnh tranh của nền kinh tế, tận dụng cơ hội của cuộc Cách mạng công nghiệp lần thứ tư, hiện đại hóa đất nước, theo kịp đà tiến hóa chung của thế giới, từng bước giải tỏa được ưu tư của người dân và các cấp lãnh đạo về tình trạng tụt hậu của đất nước. Bài viết về tổ chức và hoạt động của Chính phủ theo Hiến pháp năm 1946 và sự kế thừa, phát triển trong Hiến pháp năm 2013 để kỷ niệm 71 năm ngày ban hành bản Hiến pháp năm 1946, ôn lại các quy định của bản Hiến pháp này, trong đó có các quy định về Chính phủ đặt trong sự so sánh với thực tiễn lịch sử và quá trình phát triển của Hiến pháp Việt Nam (mà trực tiếp là Hiến pháp năm 2013).

**Từ khóa:** Hiến pháp; Quốc hội; Chính phủ; Nghị viện

Nhận bài: 06/3/2017; Hoàn thành biên tập: 18/4/2017; Duyệt đăng: 23/5/2017

**Abstract:** In the context of legal reform, the innovation process is focusing on the quality, it can be said that the full and right implementation of the current Constitution with regulations of the Government should be considered as the first important solution to solve issue on model of growth, restructure and enhance competitiveness of the economy, taking advantage of the 4th industrial Revolution, modernization, keeping pace with the advancement, gradually easing the anxiety of the people and leaders at different levels about the lagging behind of the country. This article highlights the organization and operation of the Government under Constitution 1946 and the inheritance, development in Constitution 2013 to commemorate the 70 years of issuing Constitution 1946, remembering regulations of this Constitution in which the regulations of the Government are in the comparison with reality and the development process of Viet Nam's Constitution (directly the Constitution 2013).

**Keywords:** Constitution; National Assembly; Government; Congress

Date of receipt: 06/3/2017; Date of revision: 18/4/2017; Date of approval: 23/5/2017

### Khái quát quy định về Chính phủ trong Hiến pháp năm 1946

Hiến pháp năm 1946, bản Hiến pháp đầu tiên trong lịch sử lập hiến Việt Nam ra đời trong hoàn cảnh rất đặc biệt và là một trong những văn kiện thể hiện rất sâu đậm tư tưởng của chủ tịch Hồ Chí Minh về nhà nước và pháp luật. Trong bối cảnh đất nước vừa giành lại độc lập, như cách nói trong lời nói đầu của Hiến pháp này là “đã giành lại chủ quyền cho đất nước, tự do cho nhân dân và lập ra nền dân chủ cộng hòa”, đất nước đã “thoát khỏi vòng áp

bức của chính sách thực dân, đồng thời đã gạt bỏ chế độ vua quan” và nước nhà “đã bước sang một quãng đường mới”. Đây cũng là giai đoạn mà dân tộc ta đặt trọng tâm vào nhiệm vụ “bảo toàn lãnh thổ, giành độc lập hoàn toàn và kiến thiết quốc gia trên nền tảng dân chủ”. Hiến pháp năm 1946 được xây dựng trên nguyên tắc “đoàn kết toàn dân, không phân biệt giống nòi, gái trai, giai cấp, tôn giáo. Bảo đảm các quyền tự do dân chủ.” Đặc biệt, Hiến pháp năm 1946 chủ trương thực hiện “chính quyền mạnh mẽ và sáng suốt của nhân dân”.

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Viện trưởng Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp



Có thể nói, tinh thần tạo lập một chính quyền mạnh mẽ và sáng suốt của nhân dân được thể hiện rõ nét trong các quy định về tổ chức bộ máy nhà nước nhưng có lẽ đậm nét nhất chính là trong các quy định về Chính phủ.

Hiến pháp năm 1946 dành một chương riêng quy định về Chính phủ (Chương IV) với 14 điều (từ Điều thứ 43 đến Điều thứ 56).

**1.1. Vị trí, tính chất của Chính phủ**

Hiến pháp năm 1946 khẳng định rõ tính chất “cơ quan hành chính” của Chính phủ và xác định vị trí của Chính phủ là “cơ quan hành chính cao nhất” của cả nước. Cụ thể, Điều thứ 43 quy định “Cơ quan hành chính cao nhất của toàn quốc là Chính phủ Việt Nam dân chủ cộng hòa”.

**1.2. Cơ cấu tổ chức của Chính phủ**

Chính phủ theo Hiến pháp năm 1946 có cơ cấu nhân sự khá đặc biệt so với các bản Hiến pháp về sau khi xác định nguyên thủ quốc gia (Chủ tịch nước) cũng đồng thời là người đứng đầu Chính phủ.

Điều thứ 44 Hiến pháp năm 1946 quy định: “Chính phủ gồm có Chủ tịch nước... Phó chủ tịch và Nội các. Nội các có Thủ tướng, các Bộ trưởng, Thứ trưởng. Có thể có Phó Thủ tướng”.

Nhân sự của Chính phủ được chọn lựa như sau (Điều thứ 45-48):

- Chủ tịch nước được chọn trong Nghị viện nhân dân và phải được hai phần ba tổng số nghị viên bỏ phiếu thuận. Nếu bỏ phiếu lần đầu mà không đủ số phiếu ấy, thì lần thứ nhì sẽ theo đa số tương đối. Nhiệm kỳ của Chủ tịch nước là 5 năm và có thể được tái nhiệm.

- Phó Chủ tịch nước được chọn trong nhân dân và bầu theo lệ thường với nhiệm kỳ theo nhiệm kỳ của Nghị viện (tức là 3 năm). Phó chủ tịch giúp Chủ tịch. Khi Chủ tịch từ trần hay

từ chức thì Phó chủ tịch tạm quyền Chủ tịch. Chậm nhất là hai tháng phải bầu Chủ tịch mới.

- Thủ tướng do Chủ tịch nước chọn trong Nghị viện và đưa ra Nghị viện biểu quyết. Nếu được Nghị viện tín nhiệm, Thủ tướng chọn các Bộ trưởng trong Nghị viện và đưa ra Nghị viện biểu quyết toàn thể danh sách. Thứ trưởng có thể chọn ngoài Nghị viện và do Thủ tướng đề cử ra Hội đồng Chính phủ duyệt y. Nhân viên Ban thường vụ Nghị viện không được tham dự vào Chính phủ. Nếu khuyết Bộ trưởng nào thì Thủ tướng thỏa thuận với Ban Thường vụ để chỉ định ngay người tạm thay cho đến khi Nghị viện họp và chuẩn y.

**1.3. Nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ và người đứng đầu Chính phủ**

Theo quy định tại Điều thứ 52 Hiến pháp năm 1946, Chính phủ có 7 quyền hạn sau đây<sup>2</sup>:

*Thi hành các đạo luật và quyết nghị của Nghị viện.*

*Đề nghị những dự án luật ra trước Nghị viện.*

*Đề nghị những dự án sắc luật ra trước Ban thường vụ, trong lúc Nghị viện không họp mà gặp trường hợp đặc biệt.*

*Bãi bỏ những mệnh lệnh và nghị quyết của cơ quan cấp dưới, nếu cần.*

*Bổ nhiệm hoặc cách chức các nhân viên trong các cơ quan hành chính hoặc chuyên môn.*

*Thi hành luật động viên và mọi phương sách cần thiết để giữ gìn đất nước.*

*Lập dự án ngân sách hàng năm.*

Có thể nói, nội dung quyền hạn của Chính phủ như quy định tại Điều thứ 52 Hiến pháp năm 1946 đã phản ánh cốt lõi những thẩm quyền của một Chính phủ trong nhà nước hiện đại, trong đó những việc quan trọng hàng đầu

<sup>2</sup> Ngoài ra, Hiến pháp cũng có quy định riêng về thẩm quyền của người đứng đầu Chính phủ (Chủ tịch nước) (Điều thứ 49 với tư cách là nguyên thủ quốc gia, theo đó: Chủ tịch nước có quyền: a) Thay mặt cho nước; b) Giữ quyền Tổng chỉ huy quân đội toàn quốc, chỉ định hoặc cách chức các tướng soái trong lục quân, hải quân, không quân; c) Ký sắc lệnh bổ nhiệm Thủ tướng, nhân viên Nội các và nhân viên cao cấp thuộc các cơ quan Chính phủ; d) Chủ tọa Hội đồng Chính phủ; đ) Ban bố các đạo luật đã được Nghị viện quyết nghị; e) Thương huy chương và các bằng cấp danh dự; g) Đặc xá; h) Ký hiệp ước với các nước; i) Phái đại biểu Việt Nam đến nước ngoài và tiếp nhận đại biểu ngoại giao của các nước; k) Tuyên chiến hay đình chiến theo như Điều 38 đã định.

chính là tổ chức thi hành luật, trình dự án luật, lập dự án ngân sách quốc gia, thực hiện các công việc điều hành nền hành chính quốc gia (bãi bỏ văn bản của cấp dưới, bổ nhiệm nhân sự cơ quan hành chính). Đây cũng chính là nội dung cốt lõi của quyền hành pháp trong một Chính phủ hiện đại.

Một trong những nét đặc sắc trong quy định của Hiến pháp năm 1946 liên quan tới Chính phủ là với sự hiện diện của chế định Nguyên thủ quốc gia đồng thời kiêm vai trò người đứng đầu Chính phủ. Với cách thiết kế về nguyên thủ quốc gia kiêm người đứng đầu Chính phủ (hành pháp) như thế, Hiến pháp năm 1946 đã dành cho người đứng đầu Chính phủ (Chủ tịch nước) quyền hạn rất lớn gắn với cơ chế chịu trách nhiệm khá đặc biệt. Cụ thể, theo Hiến pháp năm 1946, Chủ tịch nước không chỉ có quyền chủ tọa các phiên họp của Hội đồng Chính phủ mà còn có quyền yêu cầu Nghị viện nhân dân thảo luận lại những dự luật đã được Nghị viện biểu quyết<sup>3</sup>. Thêm vào đó, người đứng đầu Chính phủ (Chủ tịch nước) không phải chịu một trách nhiệm nào, trừ khi phạm tội phản quốc<sup>4</sup>. Chế định về người đứng đầu quốc gia kiêm đứng đầu Chính phủ này là một sáng tạo rất độc đáo, tuy có sự tham khảo, kế thừa nhất định các mô hình tổ chức bộ máy nhà nước phổ biến thời bấy giờ (chẳng hạn mô hình chính thể đại nghị, mô hình chính thể tổng thống và mô hình nhà nước Xô Viết) nhưng không trùng khớp với bất kỳ mô hình nào đã nêu.

Những quy định kể trên được thực tiễn chứng minh là rất phù hợp với bối cảnh đất nước vừa giành được độc lập sau nhiều thập kỷ bị thực dân phương Tây đô hộ, đang chuẩn bị

cho một cuộc chiến trường kỳ chống kẻ thù có tiềm lực mạnh hơn Việt Nam rất nhiều lần<sup>5</sup>. Bởi lẽ, bối cảnh đất nước ấy rất cần có một chính quyền mạnh mẽ để đoàn kết, tập hợp toàn dân kháng chiến và kiến quốc<sup>6</sup>. Thật khó hình dung những chiến thắng vang dội của đất nước ta những năm sau đó, nhất là chiến thắng đánh đuổi thực dân Pháp sau 9 năm kháng chiến trường kỳ biết bao gian khổ, lập lại hòa bình ở miền Bắc nếu thiếu vắng thiết chế Chính phủ có đủ quyền lực, gắn với vai trò cá nhân của Chủ tịch Hồ Chí Minh mà Hiến pháp năm 1946 đã trao.

#### **1.4. *Mối quan hệ giữa Chính phủ và Nghị viện nhân dân (Quốc hội)***

Theo quy định của Hiến pháp năm 1946, Chính phủ chịu sự giám sát của Nghị viện nhân dân (Quốc hội). Việc giám sát của Quốc hội đối với Chính phủ được thực hiện theo nhiều phương thức khác nhau, trong đó có cơ chế báo cáo, chất vấn và cơ chế bỏ phiếu tín nhiệm.

Về cơ chế báo cáo, chất vấn, Điều thứ 55 Hiến pháp năm 1946 quy định rõ “Các Bộ trưởng phải trả lời bằng thư từ hoặc bằng lời nói những điều chất vấn của Nghị viện hoặc Ban thường vụ. Kỳ hạn trả lời chậm nhất là 10 ngày sau khi nhận được thư chất vấn”.

Về cơ chế bỏ phiếu tín nhiệm, Điều thứ 54 Hiến pháp năm 1946 quy định “Bộ trưởng nào không được Nghị viện tín nhiệm thì phải từ chức”. Thủ tướng và tập thể Nội các cũng có thể bị đặt vấn đề về sự tín nhiệm, theo đó “Thủ tướng phải chịu trách nhiệm về con đường chính trị của Nội các. Nhưng Nghị viện chỉ có thể biểu quyết về vấn đề tín nhiệm khi Thủ tướng, Ban thường vụ hoặc một phần tư tổng

<sup>3</sup> Điều thứ 31.

<sup>4</sup> Điều thứ 50.

<sup>5</sup> Đây là nhận định được cả các học giả có uy tín của nước ngoài công nhận. Chẳng hạn, xem Mark Sidel, *The Constitution of Vietnam: A Contextual Analysis* (Oxford: Hart Publishing, 2009) at 33.

<sup>6</sup> Trong Kỳ họp thứ 2 Quốc hội khóa I (cuối tháng 10 đầu tháng 11/1946), khi phát biểu trước Quốc hội về lập Chính phủ mới, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã tuyên bố “Chính phủ sau đây phải là một Chính phủ liêm khiết..., một Chính phủ biết làm việc, có gan góc, quyết tâm đi vào mục đích trong thì kiến thiết, ngoài thì tranh thủ độc lập và thống nhất của nước nhà” [PGS.TS. Lê Mậu Hãn (chủ biên), *Lịch sử Chính phủ Việt Nam: tập 1, 1945-1955* (Hà Nội: NXB Chính trị quốc gia, 2008) tr. 149].



số Nghị viện nêu vấn đề ấy ra”. Tuy nhiên, “trong hạn 24 giờ sau khi Nghị viện biểu quyết không tín nhiệm Nội các thì Chủ tịch nước Việt Nam có quyền đưa vấn đề tín nhiệm ra Nghị viện thảo luận lại. Cuộc thảo luận lần thứ hai phải cách cuộc thảo luận lần thứ nhất là 48 giờ. Sau cuộc biểu quyết này, Nội các mất tín nhiệm phải từ chức”<sup>7</sup>.

## **2. Quy định về Chính phủ trong Hiến pháp năm 2013 qua góc nhìn so sánh với quy định tương ứng của Hiến pháp năm 1946**

Hiến pháp năm 2013 được ban hành trong bối cảnh đất nước đã tiến hành công cuộc đổi mới được gần 3 thập niên và đang cần tìm tiếp những động lực cho phát triển. Đây cũng là bản Hiến pháp được xây dựng khi đất nước đã hội nhập rất sâu rộng vào nền kinh tế thế giới và cộng đồng quốc tế, trong đó có cộng đồng ASEAN. Mặc dù vậy, đất nước cũng đang phải đối mặt với rất nhiều thách thức mà như gần đây Đại hội XII nhận định: “Nhìn tổng thể, qua 30 năm đổi mới, đất nước ta đã đạt được những thành tựu to lớn, có ý nghĩa lịch sử; đồng thời cũng còn nhiều vấn đề lớn, phức tạp, nhiều hạn chế, yếu kém cần phải tập trung giải quyết, khắc phục để tiếp tục đưa đất nước phát triển nhanh và bền vững”<sup>8</sup>. Trong số những vấn đề lớn, phức tạp, những hạn chế cần tập trung giải quyết, khắc phục cần phải kể tới tình trạng “tụt hậu xa hơn về kinh tế so với các nước trong khu vực và trên thế giới”<sup>9</sup>, tình trạng “kỷ cương, kỷ luật trong quản lý nhà nước, thực thi công vụ còn nhiều yếu kém”<sup>10</sup>, “năng lực thực

thi luật pháp chưa cao”<sup>11</sup>, cùng các biểu hiện tha hóa quyền lực do “cơ chế kiểm soát quyền lực chậm được hoàn thiện, còn nhiều sơ hở”<sup>12</sup>.

Trong bối cảnh đó, việc tiếp tục đổi mới, hoàn thiện quy định về Chính phủ trong Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001) để Chính phủ có đủ vị trí, quyền hạn cần thiết giải quyết các vấn đề kinh tế xã hội, phát triển đất nước bền vững là rất cần thiết. Điều khá đặc sắc là, tinh thần xây dựng chính quyền “mạnh mẽ và sáng suốt”, đề cao trách nhiệm, tính năng động, sáng tạo của Chính phủ và người đứng đầu Chính phủ của Hiến pháp năm 1946 thể hiện khá rõ trong quy định về Chính phủ trong Hiến pháp năm 2013, cụ thể:

### **2.1. Vị trí và tính chất của Chính phủ**

Hiến pháp năm 2013 (Điều 94) quy định “Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội. Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội, Chủ tịch nước”.

Hiến pháp năm 2013 đã quy định rõ tính chất, vị trí của Chính phủ với tư cách là “cơ quan hành chính nhà nước cao nhất” của đất nước, “thực hiện quyền hành pháp”. Việc nhấn mạnh và đưa lên thứ nhất tư cách là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất, cùng với việc khẳng định rõ Chính phủ là cơ quan thực hiện quyền hành pháp chuyên tải thông điệp về việc Chính phủ cần coi trọng hàng đầu việc hoạch định, điều hành chính sách quốc gia, tổ chức

<sup>7</sup> Quy định về bỏ phiếu tín nhiệm thành viên Chính phủ này đã không còn được giữ lại trong Hiến pháp năm 1959, Hiến pháp năm 1980 và Hiến pháp năm 1992. Tuy nhiên, trong lần sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 2001, quy định về bỏ phiếu tín nhiệm thành viên Chính phủ đã được khôi phục lại một phần. Hiến pháp năm 2013 vẫn duy trì quy định về bỏ phiếu tín nhiệm thành viên Chính phủ mà lần sửa đổi, bổ sung Hiến pháp năm 2001 đã quy định.

<sup>8</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII* (Hà Nội, NXB Chính trị quốc gia, 2016) tr. 16.

<sup>9</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII* (Hà Nội, NXB Chính trị quốc gia, 2016) tr. 19.

<sup>10</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII* (Hà Nội, NXB Chính trị quốc gia, 2016) tr. 174-175.

<sup>11</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII* (Hà Nội, NXB Chính trị quốc gia, 2016) tr. 259.

<sup>12</sup> Nghị quyết Hội nghị trung ương 4 (Khóa XII).

thực hiện pháp luật nghiêm minh, bảo đảm tính thông suốt, thống nhất trong vận hành của nền hành chính quốc gia<sup>13</sup>. So với quy định về vị trí, tính chất của Chính phủ trong Hiến pháp năm 1946, tính kế thừa (Chính phủ là cơ quan hành chính cao nhất của quốc gia) và bổ sung, phát triển (Chính phủ là cơ quan thực hiện quyền hành pháp) được thể hiện khá đậm nét.

## **2.2. Nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ với tinh thần đề cao tính năng động, sáng tạo của Chính phủ**

Hiến pháp năm 2013 (Điều 96) quy định Chính phủ có 8 nhóm nhiệm vụ và quyền hạn cụ thể. Điều đáng nói là, nhóm nhiệm vụ, quyền hạn đầu tiên của Chính phủ phải thực hiện (và được Hiến pháp giao) là “*Tổ chức thi hành Hiến pháp, luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội*”. Tiếp đến, Chính phủ được quy định thực hiện nhóm nhiệm vụ thứ hai là “*Đề xuất, xây dựng chính sách trình Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội quyết định hoặc quyết định theo thẩm quyền để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn quy định tại Điều này; trình dự án luật, dự án ngân sách nhà nước và các dự án khác trước Quốc hội; trình dự án pháp lệnh trước Ủy ban thường vụ Quốc hội*”. Ngoài ra, Chính phủ được quy định thực hiện việc “*Thống nhất quản lý về kinh tế, văn hóa, xã hội... đối ngoại, quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội*”, “*Thống nhất quản lý nền hành chính quốc gia*”, “*Bảo vệ quyền và lợi ích của Nhà nước và xã hội, quyền con người, quyền công dân*” v.v.

So với quy định tương ứng của Hiến pháp năm 1946 (Điều thứ 52), quy định về nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ trong Hiến pháp năm 2013 đã kế thừa những nội dung then chốt trong quyền năng của cơ quan hành chính cao nhất của toàn quốc mà Hiến pháp năm 1946 đã quy định cho Chính phủ. Trong đó, phải kể tới

nội dung quyền năng về tổ chức thi hành Luật và các văn bản pháp luật khác của Quốc hội (và cơ quan thường trực của Quốc hội), quyền trình dự án văn bản quy phạm pháp luật trước Quốc hội (và cơ quan thường trực của Quốc hội), quyền trình dự án ngân sách nhà nước, quyền quản lý và điều hành nền hành chính quốc gia. Việc sắp xếp thứ tự của các quyền năng, trong đó đưa tổ chức thi hành văn bản pháp luật do Quốc hội ban hành lên ưu tiên thứ nhất cũng là sự kế thừa cách thiết kế quy định về thẩm quyền của Chính phủ trong Hiến pháp năm 1946, đồng thời cũng thể hiện trách nhiệm hàng đầu của cơ quan thực hiện quyền hành pháp.

Tất nhiên, quy định của Hiến pháp năm 2013 có những điểm bổ sung, phát triển khi so sánh với quy định tương ứng của Hiến pháp năm 1946 về quyền hạn của Chính phủ khi khẳng định rõ nét hơn Chính phủ thực hiện quyền đề xuất, xây dựng chính sách cùng một số quyền năng khác, phù hợp với quy định Chính phủ là cơ quan thực hiện quyền hành pháp mà Hiến pháp năm 2013 lần đầu tiên quy định. Việc bổ sung quy định như trên đã khẳng định vai trò hoạch định chính sách của Chính phủ đặt ra yêu cầu rất quan trọng là “Chính phủ phải coi trọng công tác hoạch định chính sách, nâng cao chất lượng các chính sách phát triển đất nước với tầm nhìn chiến lược, phù hợp với xu thế phát triển của thời đại, một Chính phủ thực sự phục vụ nhân dân và xã hội, có vai trò mở đường và thúc đẩy phát triển”<sup>14</sup>.

Ngoài ra, việc thiết kế quy định về thẩm quyền của Chính phủ mang tính khái quát như quy định của Hiến pháp năm 2013 (so với Hiến pháp năm 1992 trước đó), nhấn mạnh vai trò quản lý vĩ mô của Chính phủ cũng góp phần tạo cơ sở hiến định cho một Chính phủ năng động, sáng tạo và linh hoạt. Thực tế chứng minh rằng, không phải cứ quy định cho Chính phủ thật nhiều quyền, yêu cầu Chính phủ làm

<sup>13</sup> Điều 109 Hiến pháp năm 1992 coi vị trí, tính chất thứ nhất của Chính phủ là “cơ quan chấp hành của Quốc hội”, sau đó mới là “cơ quan hành chính Nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”.

<sup>14</sup> TS.Ông Chu Luru, et.al, (chủ biên), *Hiến pháp nước cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013 và thành tựu lập pháp trong nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII* (Hà Nội, NXB Chính trị quốc gia, 2016) tr. 383.



thật nhiều việc mới có được một Chính phủ mạnh mà điều quan trọng, muốn có một Chính phủ năng động, sáng tạo và mạnh mẽ, Chính phủ chỉ nên tập trung vào làm những công việc đúng với vị thế, vai trò và chức năng quản lý vĩ mô của mình đối với xã hội và phải làm một cách quyết liệt, triệt để, đến nơi đến chốn để tạo niềm tin chắc chắn trong Nhân dân.

### **2.3. Cơ cấu của Chính phủ và sự đề cao trách nhiệm cá nhân**

Hiến pháp năm 2013 (Điều 95) quy định về cơ cấu của Chính phủ, theo đó *Chính phủ gồm Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Cơ cấu, số lượng thành viên Chính phủ do Quốc hội quyết định. Chính phủ làm việc theo chế độ tập thể, quyết định theo đa số.*

So với quy định của Hiến pháp năm 1946 thì quy định về cơ cấu của Chính phủ trong Hiến pháp năm 2013 không hoàn toàn giống bởi người đứng đầu Chính phủ không đồng thời là nguyên thủ quốc gia. Tuy nhiên, tinh thần đề cao trách nhiệm của cá nhân người đứng đầu cũng như cá nhân các thành viên Chính phủ trong Hiến pháp năm 1946 vẫn có sự kế thừa nhất định. Hiến pháp năm 2013 quy định rõ Thủ tướng là người đứng đầu Chính phủ, các Phó Thủ tướng và Bộ trưởng *phải chịu trách nhiệm cá nhân trước Thủ tướng Chính phủ*<sup>15</sup>. Quy định các Phó Thủ tướng và Bộ trưởng phải chịu trách nhiệm cá nhân trước Thủ tướng Chính phủ vừa đề cao vai trò, vị thế của người đứng đầu Chính phủ, vừa bảo đảm tính thứ bậc cần thiết, tạo tiền đề trong chỉ đạo, điều hành thông suốt của Thủ tướng và Chính phủ trong nền hành chính quốc gia.

Ngoài ra, Hiến pháp năm 2013 cũng có quy định một điều riêng (Điều 98) về thẩm quyền của Thủ tướng Chính phủ, tương xứng với người đứng đầu của một Chính phủ hành pháp. Thủ tướng Chính phủ *“Lãnh đạo công tác của Chính phủ; lãnh đạo việc xây dựng chính sách và tổ chức thi hành pháp luật”, “Lãnh đạo và*

*chịu trách nhiệm về hoạt động của hệ thống hành chính nhà nước từ trung ương đến địa phương, bảo đảm tính thống nhất và thông suốt của nền hành chính quốc gia”*.

Hiến pháp năm 2013 cũng có điều riêng (Điều 99) về thẩm quyền của Bộ trưởng, theo đó, *Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ là thành viên Chính phủ và là người đứng đầu bộ, cơ quan ngang bộ; chịu trách nhiệm quản lý nhà nước về ngành, lĩnh vực được phân công; tổ chức thi hành và theo dõi việc thi hành pháp luật liên quan đến ngành, lĩnh vực trong phạm vi toàn quốc.*

### **2.4. Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và Nhân dân**

Chính phủ theo quy định của Hiến pháp năm 2013 là Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và Nhân dân. Đây vừa là quy định có tính kế thừa quy định của Hiến pháp năm 1992 và các bản Hiến pháp trước đó (trong đó có Hiến pháp năm 1946), vừa có sự bổ sung, phát triển.

Quy định Chính phủ phải chịu trách nhiệm trước Quốc hội và chịu sự giám sát của Quốc hội (và cơ quan thường trực của Quốc hội là Ủy ban thường vụ Quốc hội) là quy định khá nhất quán trong các bản Hiến pháp của nước ta từ Hiến pháp năm 1946. Điều 94 Hiến pháp năm 2013 quy định *“Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội và báo cáo công tác trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội”*. Điều 95 Hiến pháp năm 2013 cũng quy định rõ *“Thủ tướng Chính phủ... chịu trách nhiệm trước Quốc hội về hoạt động của Chính phủ và những nhiệm vụ được giao; báo cáo công tác của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trước Quốc hội, Ủy ban thường vụ Quốc hội”*. Cũng tại điều này, Hiến pháp năm 2013 quy định *“Bộ trưởng... chịu trách nhiệm cá nhân trước... Quốc hội về ngành, lĩnh vực được phân công phụ trách, cùng các thành viên khác của Chính phủ chịu trách nhiệm tập thể về hoạt động của Chính phủ”*. (Xem tiếp trang 16)

<sup>15</sup> Hiến pháp năm 1992 không có quy định này.

## ĐIỂM MỚI CỦA LUẬT ĐẤU GIÁ TÀI SẢN NĂM 2016 VỀ TRÌNH TỰ, THỦ TỤC THỰC HIỆN CÁC CÔNG VIỆC TRƯỚC KHI TỔ CHỨC CUỘC ĐẤU GIÁ

Nguyễn Thị Thu Hồng<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Luật đấu giá tài sản đã được Quốc hội khóa XIV, kỳ họp thứ 2 thông qua ngày 17/11/2016, có hiệu lực từ ngày 01/7/2017. Luật đấu giá tài sản năm 2016 (Luật ĐGTS năm 2016) có nhiều quy định mới về điều kiện cấp Chứng chỉ hành nghề đấu giá, về doanh nghiệp đấu giá, về trình tự, thủ tục đấu giá, về quản lý nhà nước trong đấu giá tài sản... Riêng về trình tự, thủ tục đấu giá, Luật đã dành 02 chương để quy định (Chương III - Trình tự, thủ tục đấu giá và Chương IV - Đấu giá tài sản mà pháp luật quy định phải bán thông qua đấu giá). Bài viết này trao đổi những điểm mới của Luật đấu giá tài sản năm 2016 về trình tự, thủ tục trước khi tổ chức cuộc đấu giá. Đây là những nội dung quan trọng bắt buộc các đấu giá viên/tổ chức đấu giá phải biết để thực hiện cho phù hợp.

**Từ khóa:** Đấu giá tài sản, điểm mới Luật đấu giá

Nhận bài: 05/5/2017; Hoàn thành biên tập: 29/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** Law on Property Auction passed at the 2nd session of the XIV National Assembly on November 17, 2016 took effect from July 1, 2017. Law on Property Auction in 2016 includes many regulations regarding to condition of granting Certificate of practicing as an auctioneer, auction enterprise, order and procedure of auction, state management in property auction... The order and procedure of auction have been included in the 2 chapters in the Law (Chapter III- Order, procedure of auction and Chapter IV-Property auction, which is sold via auction by the law). This article discuss new points of the Law of property auction in 2016 in term of order, procedure before opening auction. These are important contents which auctioneers/auction organizations should know to perform properly.

**Keywords:** Property auction, new points in the Law on auction.

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 29/6/2017; Date of approval: 01/8/2017.

Về trình tự, thủ tục thực hiện các công việc trước khi tổ chức cuộc đấu giá, Luật đấu giá tài sản năm 2016 có một số điểm mới như sau:

### 1. Về xác định giá khởi điểm của tài sản đấu giá

Trước 01/7/2017, trình tự, thủ tục đấu giá đối với phần lớn tài sản bắt buộc phải bán qua đấu giá được thực hiện theo quy định tại Nghị định số 17/2010/NĐ-CP ngày 04/3/2010 của Chính phủ về bán đấu giá tài sản (viết tắt là Nghị định số 17/2010/NĐ-CP) và Thông tư số 23/2010/TT-BTP ngày 06/12/2010 của Bộ Tư pháp quy định chi tiết và hướng dẫn thực hiện Nghị định số 17/2010/NĐ-CP (viết tắt là Thông tư số 23/2010/TT-BTP). Một số loại tài sản đấu giá theo trình tự, thủ tục quy định tại các văn bản pháp luật chuyên ngành như: đấu giá quyền khai thác khoáng sản, đấu giá nợ xấu và tài sản bảo đảm của các khoản nợ xấu,

quyền sử dụng tần số vô tuyến điện, v.v... Nhìn chung, trình tự, thủ tục bán đấu giá giữa các loại tài sản có một số điểm khác biệt, trong đó điểm khác biệt lớn nhất là việc xác định giá khởi điểm và ký hợp đồng, giao tài sản sau khi đấu giá thành. Luật ĐGTS đã xây dựng trình tự, thủ tục đấu giá tài sản áp dụng thống nhất cho các loại tài sản phải bán thông qua đấu giá và tài sản thuộc sở hữu của cá nhân, tổ chức tự nguyện lựa chọn dịch vụ đấu giá, đồng thời tách quy trình bán đấu giá với quy trình xác định giá khởi điểm và ký hợp đồng mua bán, giao tài sản đấu giá.

Việc xác định giá khởi điểm được Luật ĐGTS quy định tại Điều 8 Chương 1, phần “Những quy định chung” (Nghị định số 17/2010/NĐ-CP quy định trong phần “Trình tự, thủ tục đấu giá”). Về cơ bản, Điều 8 Luật ĐGTS đã kế thừa các quy định của Nghị định

<sup>1</sup> Thạc sỹ, Giảng viên Khoa đào tạo Công chứng viên và các chức danh khác, Học viện Tư pháp



số 17/2010/NĐ-CP (giá khởi điểm của tài sản đấu giá được xác định trước khi ký kết hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản/trước khi thành lập Hội đồng đấu giá tài sản/ trước khi tổ chức mà Nhà nước sở hữu 100% vốn điều lệ do Chính phủ thành lập để xử lý nợ xấu của tổ chức tín dụng tự đấu giá). Việc xác định giá khởi điểm vẫn thuộc trách nhiệm của người có tài sản đấu giá. Điểm mới của Luật ĐGTS về vấn đề này là:

- Chỉ bắt buộc công khai giá khởi điểm đối với tài sản mà pháp luật quy định phải bán thông qua đấu giá (khoản 1 Điều 58); không bắt buộc công khai giá khởi điểm đối với tài sản thuộc sở hữu của cá nhân, tổ chức tự nguyện lựa chọn dịch vụ đấu giá (pháp luật trước đây buộc phải công khai giá khởi điểm đối với mọi tài sản đấu giá);

- Cho phép tổ chức đấu giá tài sản được thực hiện việc xác định giá khởi điểm đối với tài sản thuộc sở hữu của cá nhân, tổ chức tự nguyện lựa chọn dịch vụ đấu giá khi được người có tài sản đấu giá ủy quyền (điểm b khoản 2 Điều 8 Luật ĐGTS).

## 2. Về lựa chọn tổ chức đấu giá tài sản

Theo quy định tại Nghị định số 17/2010/NĐ-CP, quyền lựa chọn tổ chức bán đấu giá thuộc về người có tài sản bán đấu giá, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác (Điều 22). Nghị định số 17/2010/NĐ-CP không quy định về tiêu chí, cách thức lựa chọn tổ chức đấu giá để thực hiện việc bán đấu giá tài sản. Thực tế thời gian qua, việc lựa chọn tổ chức đấu giá phụ thuộc vào ý chí chủ quan của người có tài sản, dẫn tới hiện tượng có doanh nghiệp “sân sau” trong hoạt động bán đấu giá.

Luật ĐGTS đã bổ sung cách thức và tiêu chí lựa chọn tổ chức đấu giá để thực hiện việc bán đấu giá tài sản (Điều 56). Tuy nhiên, quy định này chỉ bắt buộc áp dụng đối với tài sản mà pháp luật quy định phải bán thông qua đấu (các tài sản được quy định tại khoản 1 Điều 4 Luật ĐGTS). Theo quy định tại Điều 56 Luật ĐGTS thì người có tài sản đấu giá phải thông báo công khai trên trang thông tin điện tử của mình và trang thông tin điện tử chuyên ngành về đấu giá tài sản về việc lựa chọn tổ chức đấu

giá và thực hiện việc lựa chọn tổ chức đấu giá dựa trên các tiêu chí quy định tại khoản 4 Điều 56; trường hợp pháp luật quy định việc lựa chọn tổ chức đấu giá tài sản thông qua đấu thầu thì việc lựa chọn tổ chức đấu giá tài sản được thực hiện theo quy định của Luật ĐGTS và pháp luật về đấu thầu.

## 3. Về hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản

Điều 33 Luật ĐGTS đã kế thừa quy định của các Điều 25, 26, 27, 47 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP về chủ thể ký hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản; về trách nhiệm của người có tài sản đấu giá, của tổ chức đấu giá trong việc chứng minh quyền được bán tài sản; trách nhiệm về giá trị, chất lượng của tài sản đấu giá. Ngoài ra, Luật ĐGTS có một số điểm mới như sau:

- Về loại/tên hợp đồng: xác định rõ tên hợp đồng phù hợp với tính chất dịch vụ mà tổ chức đấu giá tài sản cung cấp, là “Hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản” (thay vì “Hợp đồng bán đấu giá tài sản” theo quy định tại Nghị định số 17/2010/NĐ-CP).

- Về nội dung và việc thực hiện hợp đồng: Điều 33 Luật ĐGTS cho phép các bên có thể linh hoạt thỏa thuận và thực hiện các nội dung của hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản theo quy định của Luật ĐGTS, pháp luật dân sự và quy định khác của pháp luật có liên quan (thay vì phải thực hiện theo các quy định cứng tại khoản 2 Điều 25 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP).

- Về trách nhiệm của người có tài sản đấu giá trong việc chứng minh quyền sở hữu, quyền sử dụng hoặc quyền được bán tài sản theo quy định của pháp luật và trách nhiệm của tổ chức đấu giá tài sản trong việc kiểm tra thông tin về quyền được bán tài sản do người có tài sản đấu giá cung cấp: Điều 33 Luật ĐGTS đã có những sửa đổi phù hợp hơn. Theo quy định tại khoản 2, khoản 3 Điều 33 Luật ĐGTS, có thể thấy trách nhiệm của tổ chức đấu giá “nhẹ” hơn, phù hợp hơn so với quy định của pháp luật về đấu giá trước đây (tổ chức đấu giá “có trách nhiệm kiểm tra thông tin về quyền được bán tài sản do người có tài sản đấu giá cung cấp” thay vì “có trách nhiệm kiểm tra tính chính xác của các thông tin về nguồn gốc tài sản, quyền sở hữu,



quyền sử dụng của tài sản do người có tài sản bán đấu giá cung cấp” - khoản 3 Điều 26 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP).

- Về thời điểm đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng: Khoản 5 Điều 33 Luật ĐGTS quy định người có tài sản đấu giá/hoặc tổ chức đấu giá tài sản có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản theo quy định của pháp luật về dân sự trước khi tổ chức đấu giá tài sản nhận hồ sơ tham gia đấu giá của người tham gia đấu giá, trừ trường hợp luật có quy định khác (Điều 27 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP quy định về thời điểm các bên được thực hiện quyền này là “trước khi tổ chức bán đấu giá chuyên nghiệp niêm yết, thông báo công khai việc bán đấu giá tài sản, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác”).

- Bổ sung quy định mới về việc người có tài sản đấu giá có quyền hủy bỏ hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản khi có một trong các căn cứ quy định tại khoản 6 Điều 33 Luật ĐGTS nhằm khắc phục những hạn chế của pháp luật hiện hành cũng như bảo vệ tốt hơn quyền và lợi ích hợp pháp của người có tài sản đấu giá.

#### **4. Về xây dựng và ban hành Quy chế cuộc đấu giá tài sản**

Luật ĐGTS đã dành một điều luật để quy định về Quy chế cuộc đấu giá (Điều 34). Điều này là hết sức cần thiết và phù hợp với tính chất quan trọng của Quy chế cuộc đấu giá do “*Nội quy, quy chế bán đấu giá tài sản là những quy định do tổ chức bán đấu giá tài sản ban hành trên cơ sở các quy định của pháp luật nhằm tạo ra hành lang pháp lý, tạo “sân chơi” cho người tham gia đấu giá lựa chọn... Nếu khách hàng chấp nhận những quy định đó thì sẽ tham gia đấu giá và khi đã tham gia đấu giá, khách hàng bị điều chỉnh và phải tuân thủ các quy định của nội quy, quy chế bán đấu giá tài sản*”<sup>2</sup>.

Trước đây, pháp luật về đấu giá tài sản chưa có quy định thống nhất về vấn đề này. Theo quy định tại khoản 2 Điều 18 Nghị định

số 17/2010/NĐ-CP thì tổ chức bán đấu giá tài sản có nghĩa vụ “ban hành nội quy bán đấu giá tài sản”. Điều 13 Thông tư số 23/2010/TT-BTP quy định tổ chức đấu giá “ban hành quy chế bán đấu giá tài sản của tổ chức mình phù hợp với quy định của Nghị định số 17/2010/NĐ-CP”. Trên thực tế việc xây dựng, ban hành và thực hiện nội quy, quy chế đấu giá tài sản được thực hiện rất khác nhau giữa các địa phương, giữa các tổ chức bán đấu giá chuyên nghiệp. “Có tổ chức bán đấu giá ban hành quy chế bán đấu giá tài sản áp dụng cho mọi cuộc bán đấu giá, quy định toàn bộ các vấn đề có liên quan đến việc tổ chức bán đấu giá tài sản (bao gồm các hoạt động trước khi tổ chức cuộc bán đấu giá, tại cuộc bán đấu giá và sau cuộc bán đấu giá tài sản); trên cơ sở quy chế bán đấu giá tài sản đó, đối với mỗi tài sản bán đấu giá sẽ ban hành một nội quy bán đấu giá. Tổ chức bán đấu giá khác lại ban hành quy chế bán đấu giá tài sản cho mỗi tài sản bán đấu giá và không ban hành nội quy bán đấu giá. Có tổ chức bán đấu giá lại ban hành nội quy cho từng cuộc bán đấu giá tài sản, không ban hành quy chế bán đấu giá. Lại có tổ chức bán đấu giá ban hành cả nội quy và quy chế bán đấu giá tài sản, trong đó nội quy bán đấu giá được ban hành một lần nhưng được sử dụng nhiều lần để điều chỉnh các quy tắc xử sự tại phòng (hội trường) bán đấu giá; quy chế bán đấu giá tài sản được ban hành đối với mỗi tài sản bán đấu giá, điều chỉnh toàn bộ các hoạt động trong quá trình tổ chức bán đấu giá đó”<sup>3</sup>. Căn cứ khái niệm về nội quy, quy chế trong Từ điển tiếng Việt, Từ điển Luật học và nội hàm các khái niệm, quy định về Quy chế cuộc đấu giá tại Điều 33 Luật ĐGTS trong bối cảnh hiện nay, theo chúng tôi là hết sức cần thiết và phù hợp với tình hình thực tiễn.

Khoản 2 Điều 33 Luật ĐGTS đã pháp điển hóa một số quy định tại Điều 13 Thông tư số 23/2010/TT-BTP, đồng thời bổ sung một số quy định mới và sắp xếp các nội dung chính phải có trong Quy chế cuộc đấu giá logic hơn

<sup>2</sup> Học viện Tư pháp, *Giáo trình kỹ năng bán đấu giá tài sản*, năm 2014, Tr. 273

<sup>3</sup> Học viện Tư pháp, *Giáo trình kỹ năng bán đấu giá tài sản*, năm 2014, Tr. 276



theo trình tự đấu giá tài sản. Các quy định tại khoản 2 Điều 33 của Luật ĐGTS tương đối rõ ràng, đầy đủ các thông tin cần thiết, qua đó người tham gia đấu giá có thể biết được các điều kiện tham gia đấu giá, trình tự, thời gian thực hiện việc đấu giá, từ đó kết hợp việc xem tài sản để quyết định việc đăng ký tham gia đấu giá. Mặt khác, việc thực hiện các quy định này sẽ buộc tổ chức đấu giá phải công khai, minh bạch, hạn chế tiêu cực phát sinh từ việc xem tài sản, bán hồ sơ, tổ chức đăng ký tham gia đấu giá, tổ chức cuộc đấu giá và xử lý khoản tiền đặt trước.

Khoản 1 và khoản 3 Điều 33 Luật ĐGTS là những quy định hoàn toàn mới nhằm quy định rõ và phát huy hơn nữa vai trò của Quy chế cuộc đấu giá tài sản với các quy định như:

- Quy chế cuộc đấu giá áp dụng cho từng cuộc đấu giá;

- Quy chế cuộc đấu giá được ban hành trước ngày niêm yết việc đấu giá tài sản;

- Tổ chức đấu giá tài sản có trách nhiệm thông báo công khai Quy chế cuộc đấu giá<sup>4</sup>.

### 5. Về niêm yết việc đấu giá tài sản

Cùng với việc thông báo công khai, niêm yết việc đấu giá tài sản là một thủ tục quan trọng nhằm chuyển tải thông tin đấu giá tài sản đến với nhiều người, đảm bảo sự công khai, minh bạch, khách quan trong đấu giá tài sản. Luật ĐGTS đã có những quy định mới về việc niêm yết đấu giá tài sản như sau:

- Về nội dung niêm yết: Khoản 2 Điều 35 Luật ĐGTS đã bổ sung tương đối đầy đủ các thông tin chính phải niêm yết, qua đó tạo điều kiện thuận lợi hơn cho người tham gia đấu giá nắm được các thông tin cần thiết về việc đấu giá tài sản, đồng thời ngăn chặn tình trạng một số tổ chức đấu giá có những hành vi hạn chế người tham gia đấu giá;

- Về địa điểm niêm yết: Luật ĐGTS bỏ quy định bắt buộc phải niêm yết tại nơi có bất động sản đấu giá vì thực tiễn thực hiện quy định này thời gian qua gặp rất nhiều khó khăn, khó khả thi và mang tính hình thức.

- Về cách thức niêm yết: Theo quy định tại khoản 3 Điều 35 Luật ĐGTS thì tổ chức đấu giá phải lưu tài liệu, hình ảnh về việc niêm yết đấu giá đối với mọi tài sản đấu giá (trước đây, khoản 2 Điều 14 Thông tư số 23/2010/TT-BTP chỉ bắt buộc thực hiện đối với tài sản là bất động sản). Mặt khác, khoản 3 Điều 35 Luật ĐGTS quy định: “đối với trường hợp niêm yết tại Ủy ban nhân dân cấp xã nơi có bất động sản đấu giá thì tổ chức đấu giá tài sản lưu tài liệu, hình ảnh về việc niêm yết hoặc lập văn bản có xác nhận về việc niêm yết của Ủy ban nhân dân cấp xã” (trước đây là niêm yết tại nơi có bất động sản theo khoản 2 Điều 14 Thông tư số 23/2010/TT-BTP).

- Về thời gian niêm yết: Khoản 1 Điều 35 Luật ĐGTS đã tăng thời gian niêm yết đối với tài sản đấu giá là động sản lên “ít nhất là 07 ngày làm việc trước ngày mở cuộc đấu giá” và giảm thời gian niêm yết đối với tài sản là bất động sản còn “ít nhất là 15 ngày trước ngày mở cuộc đấu giá” (theo khoản 1 Điều 28 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP thì thời gian niêm yết đối với động sản “chậm nhất là bảy ngày trước khi tiến hành bán đấu giá” và với bất động sản “chậm nhất là ba mươi ngày trước ngày mở cuộc bán đấu giá”).

### 6. Thông báo công khai việc đấu giá tài sản

Theo quy định tại khoản 4 Điều 35 Luật ĐGTS, “Ngoài việc niêm yết quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này, tổ chức đấu giá tài sản thực hiện thông báo công khai việc đấu giá tài sản theo quy định tại Điều 57 của Luật này theo yêu cầu của người có tài sản đấu giá”.

Theo quy định tại Điều 55 Luật ĐGTS quy định về trình tự, thủ tục đấu giá tài sản mà pháp luật quy định phải bán thông qua đấu giá thì “Việc đấu giá tài sản quy định tại khoản 1 Điều 4 của Luật này được thực hiện theo trình tự, thủ tục quy định tại Chương III của Luật này và quy định tại Chương này”.

Khoản 1 Điều 57 Luật ĐGTS quy định: “đối với tài sản đấu giá là động sản có giá khởi

<sup>4</sup> Xem thêm: Nguyễn Thị Thu Hồng, “Tổ chức bán đấu giá cần ban hành nội quy hay quy chế bán đấu giá tài sản”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số tháng 6/2014, Tr.55-57

điểm từ năm mươi triệu đồng trở lên và bất động sản thì tổ chức đấu giá tài sản phải thông báo công khai ít nhất hai lần trên báo in hoặc báo hình của Trung ương hoặc tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi có tài sản đấu giá và trang thông tin điện tử chuyên ngành về đấu giá tài sản; mỗi lần thông báo công khai cách nhau ít nhất 02 ngày làm việc”.

Căn cứ vào các quy định trên cho thấy:

- Về phạm vi tài sản phải thực hiện thủ tục thông báo công khai việc đấu giá tài sản: Chỉ bắt buộc áp dụng đối với tài sản mà pháp luật quy định phải bán thông qua đấu giá nếu tài sản đó là động sản có giá khởi điểm từ 50 triệu đồng trở lên và bất động sản. Đối với tài sản thuộc sở hữu của cá nhân, tổ chức tự nguyện lựa chọn dịch vụ đấu giá thì thực hiện thông báo công khai việc đấu giá tài sản nếu người có tài sản yêu cầu (trước đây, khoản 2 Điều 28 Nghị định 17/2010/NĐ-CP bắt buộc thông báo công khai việc đấu giá đối với tất cả các loại tài sản là động sản có giá khởi điểm từ 30 triệu đồng trở lên/ hoặc dưới 30 triệu đồng mà người có tài sản đấu giá yêu cầu và tài sản là bất động sản).

- Về cách thức thực hiện việc thông báo: Khoản 1 Điều 57 Luật ĐGTS đã bổ sung các quy định rõ ràng, chặt chẽ hơn, cụ thể:

+ Quy định rõ tổ chức đấu giá tài sản phải thông báo công khai việc đấu giá tài sản *trên báo in hoặc báo hình của Trung ương hoặc tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương* nơi có tài sản đấu giá và *trang thông tin điện tử chuyên ngành về đấu giá tài sản*. Trước đây, theo quy định của khoản 2 Điều 28 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP thì tổ chức bán đấu giá tài sản phải thông báo công khai “trên phương tiện thông tin đại chúng của Trung ương hoặc địa phương nơi có tài sản bán đấu giá”. Pháp luật hiện không có quy định cụ thể “phương tiện thông tin đại chúng” bao gồm những phương tiện gì và “phương tiện thông tin đại chúng của địa phương” là của cấp tỉnh, cấp huyện hay cấp xã, dẫn đến thực tế thời gian qua đã xảy ra tình trạng một số tổ chức đấu giá bùng phát thông tin nhằm hạn chế người tham gia đấu giá bằng cách thông báo đấu giá tài sản trên một số trang

điện tử, đài phát thanh, trên một số loại báo in mà rất ít người biết. Với sự ra đời và vận hành của trang thông tin điện tử chuyên ngành về đấu giá tài sản - nơi tập trung các thông tin về đấu giá tài sản tới đây sẽ góp phần đảm bảo cho thông tin của hầu hết các tài sản đấu giá đều đến được với những người quan tâm và có nhu cầu mua tài sản đấu giá.

+ Quy định thông báo công khai việc đấu giá tài sản được thực hiện ít nhất là 02 lần, mỗi lần thông báo công khai cách nhau ít nhất 02 ngày làm việc là phù hợp với thực tiễn hơn (khoản 2 Điều 28 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP quy định mỗi lần cách nhau 03 ngày). Cách tính thời hạn thực hiện theo Bộ luật dân sự năm 2015.

- Về thời gian thông báo: Theo quy định tại khoản 3 Điều 57, “Thời gian thông báo công khai *lần thứ hai* ít nhất là 07 ngày làm việc đối với tài sản là động sản, 15 ngày đối với tài sản là bất động sản trước ngày mở cuộc đấu giá”. Như vậy, Luật ĐGTS đã tăng thời gian thông báo công khai đối với động sản và giảm đối với bất động sản; đồng thời quy định mốc tính thời gian thông báo *được tính từ lần thông báo thứ hai* chứ không tính từ lần thông báo đầu tiên như quy định Điều 28 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP. Do vậy, các tổ chức đấu giá tài sản cần lưu ý để thực hiện cho phù hợp.

- Bổ sung quy định bắt buộc tổ chức đấu giá tài sản phải lưu tài liệu, hình ảnh về việc thông báo công khai trong hồ sơ đấu giá (khoản 5 Điều 57).

Như vậy, kể từ thời điểm Luật ĐGTS có hiệu lực, với quy định về việc niêm yết, thông báo công khai việc đấu giá tài sản như trên sẽ góp phần ngăn chặn tình trạng các tổ chức đấu giá bùng phát thông tin nhằm hạn chế người tham gia đấu giá tài sản.

### **7. Về tổ chức cho người tham gia đấu giá xem tài sản đấu giá**

Theo quy định tại Điều 36 Luật ĐGTS thì kể từ ngày niêm yết việc đấu giá tài sản cho đến ngày mở cuộc đấu giá, tổ chức đấu giá phải tổ chức cho người tham gia đấu giá được trực tiếp xem tài sản hoặc mẫu tài sản trong khoảng thời gian liên tục ít nhất là 02 ngày; trên tài sản



hoặc mẫu tài sản phải ghi rõ tên của người có tài sản đấu giá và thông tin về tài sản đó. Như vậy, Luật ĐGTS đã quy định việc xem tài sản đấu giá áp dụng chung cho cả tài sản là động sản và bất động sản, quy định rõ thời gian mà người tham gia đấu giá được xem tài sản (Trước đây, Điều 31 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP quy định về việc xem tài sản đối với tài sản là động sản và bất động sản là khác nhau). Luật ĐGTS đã bổ sung quy định buộc tổ chức đấu giá tài sản phải tổ chức cho người tham gia đấu giá xem giấy tờ về quyền sở hữu, quyền sử dụng tài sản và tài liệu liên quan trong khoảng thời gian liên tục ít nhất là 02 ngày đối với tài sản đấu giá là quyền tài sản hoặc tài sản phải đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng (khoản 2 Điều 36).

#### **8. Về đăng ký tham gia đấu giá**

Về cơ bản, Điều 38 Luật ĐGTS đã kế thừa quy định tại Điều 29 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP về đăng ký tham gia đấu giá. Tuy nhiên, để ngăn ngừa tình trạng thực tế đã xảy ra (một số tổ chức đấu giá gây khó khăn cho người tham gia đấu giá trong việc mua hồ sơ và hạn chế người tham gia đấu giá đăng ký tham gia đấu giá), tạo điều kiện thuận lợi hơn nữa cho người tham gia đấu giá, đảm bảo việc đăng ký tham gia đấu giá được minh bạch, công bằng, Luật ĐGTS đã bổ sung quy định buộc tổ chức đấu giá tài sản phải “bán hồ sơ tham gia đấu giá, tiếp nhận hồ sơ tham gia đấu giá trong giờ hành chính, liên tục kể từ ngày niêm yết việc đấu giá tài sản cho đến trước ngày mở cuộc đấu giá 02 ngày” (khoản 2 Điều 38 Luật ĐGTS).

Luật ĐGTS không cho phép người có tài sản đấu giá, tổ chức đấu giá tài sản đặt thêm yêu cầu, điều kiện đối với người tham gia đấu giá ngoài những điều kiện đăng ký tham gia đấu giá quy định tại Luật ĐGTS và pháp luật có liên quan (khoản 3 Điều 38 Luật ĐGTS).

Về những người không được đăng ký tham gia đấu giá, khoản 4 Điều 38 Luật ĐGTS đã cơ bản kế thừa các quy định tại Điều 30 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP, đồng thời bổ sung một số quy định mới như:

- Bổ sung một số trường hợp trường hợp không được tham gia đấu giá như các trường hợp: người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi (điểm a khoản 4 Điều 38), cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh ruột, chị ruột, em ruột của người được chủ sở hữu tài sản ủy quyền xử lý tài sản, người có quyền quyết định bán tài sản, người ký hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản, người có quyền quyết định bán tài sản của người khác theo quy định của pháp luật (điểm c, d khoản 4 Điều 38 Luật ĐGTS).

- Mở rộng phạm vi đối tượng được tham gia đấu giá: cho phép cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh ruột, chị ruột, em ruột, của những người làm việc trong tổ chức đấu giá tài sản thực hiện cuộc đấu giá được tham gia, trừ cha, mẹ, vợ, chồng, con, anh ruột, chị ruột, em ruột của đấu giá viên điều hành cuộc đấu giá đó (điểm b khoản 4 Điều 38 Luật đấu giá tài sản). Trước đây, Nghị định số 17/2010/NĐ-CP (khoản 2 Điều 30) cấm tất cả các đối tượng này tham gia đấu giá.

#### **9. Về tiền đặt trước và xử lý tiền đặt trước**

Điều 39 Luật ĐGTS có một số điểm mới như:

- Nâng mức tiền đặt trước cao hơn (tối thiểu là 5% và tối đa là 20% giá khởi điểm của tài sản đấu giá) nhằm hạn chế những đối tượng không thực sự có nhu cầu mua nhưng vẫn tham gia đấu giá để trục lợi, gây khó khăn cho cuộc đấu giá (trước đây, Điều 29 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP quy định mức tiền đặt trước tối thiểu là 1% và tối đa không quá 15% giá khởi điểm của tài sản bán đấu giá);

- Sửa đổi phương thức thu tiền đặt trước nhằm nâng cao tính minh bạch trong hoạt động đấu giá tài sản, phù hợp với các quy định của pháp luật về thanh toán không dùng tiền mặt: tiền đặt trước phải được gửi vào một tài khoản thanh toán riêng của tổ chức đấu giá tài sản mở tại ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài tại Việt Nam; trường hợp khoản tiền đặt trước có giá trị dưới 05 triệu đồng thì người tham gia đấu giá có thể nộp trực tiếp cho tổ chức đấu giá tài sản;

- Cho phép người tham gia đấu giá và tổ chức đấu giá tài sản có thể thỏa thuận thay thế tiền đặt trước bằng bảo lãnh ngân hàng (theo Điều 29 Nghị định số 17/2010/NĐ-CP thì chỉ có duy nhất một hình thức là người tham gia đấu giá nộp khoản tiền đặt trước bằng tiền mặt cho tổ chức đấu giá tài sản);

- Ấn định rõ thời hạn mà tổ chức đấu giá được thu và phải trả lại khoản tiền đặt trước: chỉ được thu trong thời hạn 03 ngày làm việc trước ngày mở cuộc đấu giá, trừ trường hợp tổ chức đấu giá tài sản và người tham gia đấu giá có thỏa thuận khác nhưng phải trước ngày mở cuộc đấu giá và phải trả lại khoản tiền đặt trước cho người không trúng đấu giá và thanh toán tiền lãi (nếu có) trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày kết thúc cuộc đấu giá hoặc trong thời hạn khác do các bên thỏa thuận, trừ trường hợp không được nhận lại tiền đặt trước quy định tại khoản 6 Điều 39 Luật ĐGTS (khoản 2, 4 Điều 39 Luật ĐGTS);

- Ngoài ba trường hợp người tham gia đấu giá không được nhận lại tiền đặt trước đã được quy định tại Nghị định số 17/2010/NĐ-CP, Luật ĐGTS đã bổ sung một số trường hợp người tham gia đấu giá không được nhận lại tiền đặt trước (người tham gia đấu giá bị tước quyền tham gia đấu giá do có hành vi vi phạm quy định tại khoản 5 Điều 9 của Luật ĐGTS, người trúng đấu giá từ chối ký biên bản đấu giá), đồng thời gộp các trường hợp người tham gia đấu giá không được nhận lại tiền đặt trước vào cùng một điều khoản (khoản 6 Điều 39 Luật ĐGTS). Ngoài ra, để tháo gỡ, giải quyết những khó khăn, vướng mắc phát sinh trong thực tiễn hiện nay, Luật ĐGTS đã bổ sung quy định về xử lý khoản tiền đặt trước của người trúng đấu giá, theo đó trường hợp trúng đấu giá thì khoản tiền đặt trước và tiền lãi (nếu có) được chuyển thành tiền đặt cọc để bảo đảm thực hiện giao kết hoặc thực hiện hợp đồng mua bán tài sản đấu giá hoặc thực hiện nghĩa vụ mua tài sản đấu giá sau khi được cơ quan có thẩm quyền phê duyệt. Việc xử lý tiền đặt cọc thực hiện theo quy định của pháp luật về dân sự và quy định khác của pháp luật có liên quan (khoản 5 Điều 39 Luật ĐGTS);

- Cấm các tổ chức đấu giá tài sản quy định thêm các trường hợp người tham gia đấu giá không được nhận lại tiền đặt trước trong Quy chế cuộc đấu giá ngoài các trường hợp đã quy định khoản 6 Điều 39 Luật ĐGTS. Thực tiễn hiện nay, ngoài ba trường hợp người tham gia đấu giá không được trả lại tiền đặt trước đã được quy định tại Nghị định số 17/2010/NĐ-CP, nhiều tổ chức đấu giá đã quy định thêm nhiều trường hợp người tham gia đấu giá không được trả lại tiền đặt trước trong nội quy/quy chế bán đấu giá tài sản (khoản 7 Điều 39 Luật ĐGTS);

- Sửa đổi về chủ thể có quyền nhận khoản tiền đặt trước của người tham gia đấu giá trong trường hợp không hoàn trả lại, theo đó khoản tiền này sẽ thuộc về người có tài sản đấu giá, trong trường hợp người có tài sản đấu giá là cơ quan nhà nước thì tiền đặt trước được nộp vào ngân sách nhà nước theo quy định của pháp luật, sau khi trừ chi phí đấu giá tài sản (Nghị định số 17/2010/NĐ-CP quy định hai trường hợp khoản tiền đặt trước thuộc về tổ chức bán đấu giá là trường hợp người trả giá cao nhất rút lại giá đã trả và không tham gia cuộc đấu giá mà không thuộc trường hợp bất khả kháng).

#### **10. Về đấu giá theo thủ tục rút gọn**

Bên cạnh trình tự, thủ tục chung, Điều 53 Luật ĐGTS đã quy định trình tự, thủ tục đấu giá theo thủ tục rút gọn để tạo điều kiện xử lý nhanh, phù hợp với thực tiễn đối với một số trường hợp đặc thù, qua đó tiết kiệm thời gian, chi phí cho việc xử lý tài sản. Đây là quy định hoàn toàn mới so với pháp luật trước đây. Tổ chức đấu giá tài sản và người có tài sản đấu giá có thể thỏa thuận thực hiện việc đấu giá theo thủ tục rút gọn trong các trường hợp: đấu giá tài sản thi hành án, tài sản là tang vật, phương tiện vi phạm hành chính bị tịch thu mà giá khởi điểm của tất cả tài sản đấu giá trong một cuộc đấu giá dưới 50 triệu đồng; đấu giá lại trong trường hợp đã đấu giá lần thứ hai nhưng vẫn không thành và đấu giá tài sản thuộc sở hữu của cá nhân, tổ chức mà các bên thỏa thuận lựa chọn theo trình tự, thủ tục rút gọn.



Trường hợp đấu giá theo thủ tục rút gọn, tổ chức đấu giá vẫn phải thực hiện các thủ tục tương tự như trường hợp đấu giá thông thường, chỉ khác ở một số thủ tục sau:

- Giảm thời gian niêm yết việc đấu giá tài sản: tổ chức đấu giá tài sản phải niêm yết việc đấu giá tài sản là động sản ít nhất là 03 ngày làm việc, tài sản là bất động sản ít nhất là 05 ngày làm việc trước ngày mở cuộc đấu giá (khoản 2 Điều 53 Luật ĐGTS);

- Tổ chức đấu giá tài sản bán hồ sơ tham gia đấu giá, tổ chức tiếp nhận hồ sơ tham gia đấu giá trong giờ hành chính, liên tục kể từ ngày niêm yết việc đấu giá tài sản cho đến trước ngày mở cuộc đấu giá 01 ngày (khoản 3 Điều 53 Luật ĐGTS).

- Tổ chức đấu giá tài sản thông báo công khai một lần việc đấu giá tài sản trên báo in hoặc báo hình của trung ương hoặc tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi có tài sản đấu giá (khoản 2 Điều 57 Luật ĐGTS).

Trên đây là những điểm mới của Luật ĐGTS về trình tự, thủ tục trước khi tổ chức cuộc đấu giá. Đây là những nội dung quan trọng mà nếu được thực hiện đúng sẽ góp phần đảm bảo cho cuộc đấu giá được tổ chức thành công, đạt hiệu quả. Với những quy định trên, có thể thấy Luật ĐGTS đã có những thay đổi cơ bản, toàn diện nhằm tiếp tục công khai hóa, minh bạch hóa hơn nữa hoạt động đấu giá tài sản, tạo cơ sở thúc đẩy dịch vụ đấu giá phát triển theo cơ chế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa./.

## TỔ CHỨC VÀ HOẠT ĐỘNG CỦA CHÍNH PHỦ THEO HIẾN PHÁP NĂM 1946 VÀ SỰ KẾ THỪA, PHÁT TRIỂN TRONG HIẾN PHÁP NĂM 2013

(Tiếp theo trang 8)

Ngoài ra theo quy định tại Khoản 8 Điều 70 Hiến pháp năm 2013, các thành viên Chính phủ đều thuộc đối tượng chịu hình thức giám sát “bỏ phiếu tín nhiệm” của Quốc hội. Theo quy định tại Điều 70, 74, 77 Hiến pháp năm 2013, Chính phủ và các thành viên Chính phủ cũng là đối tượng chịu sự giám sát tối cao của Quốc hội, chịu sự giám sát của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Hội đồng dân tộc và các ủy ban của Quốc hội. Theo quy định tại Điều 80 Hiến pháp năm 2013, Chính phủ và các thành viên Chính phủ có thể bị đại biểu Quốc hội chất vấn.

Điều bổ sung, phát triển quan trọng trong các quy định của Hiến pháp năm 2013 rất cần nhắc ở đây chính là sự bổ sung quy định báo cáo trước nhân dân của các thành viên Chính phủ. Cụ thể, theo quy định tại Khoản 6 Điều 98, Thủ tướng Chính phủ “thực hiện chế độ báo cáo trước nhân dân thông qua các phương

tiện thông tin đại chúng về những vấn đề quan trọng thuộc thẩm quyền giải quyết của Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ”. Khoản 2 Điều 99 Hiến pháp năm 2013 quy định “Bộ trưởng... thực hiện chế độ báo cáo trước Nhân dân về những vấn đề quan trọng thuộc trách nhiệm quản lý”./.

### Tài liệu tham khảo

1. Hiến pháp năm 1946
2. Hiến pháp năm 2013
3. Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII* (Hà Nội, Nxb Chính trị quốc gia, 2016)
4. Nghị quyết Hội nghị trung ương 4 (Khóa XII).
5. TS. Ông Chu Lưu (chủ biên), *Hiến pháp nước cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013 và thành tựu lập pháp trong nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIII* (Hà Nội, Nxb Chính trị quốc gia, 2016).

## HỘ GIA ĐÌNH - GÓC NHÌN CHỦ THỂ TỪ HOẠT ĐỘNG CÔNG CHỨNG

Hoàng Giang Linh<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Trong quá trình hành nghề, công chứng viên phải xác định rõ chủ thể tham gia hợp đồng, giao dịch Hộ gia đình, chủ thể quan hệ pháp luật dân sự được pháp luật chính thức thừa nhận từ Bộ luật dân sự năm 1995 đã tạo nên nhiều khó khăn, vướng mắc trong quá trình áp dụng pháp luật, đặc biệt là đối với hoạt động công chứng. Với quy định mới trong Bộ luật dân sự năm 2015, Hộ gia đình không còn được ghi nhận là chủ thể quan hệ pháp luật dân sự, nhưng một số luật khác như: Luật Đất đai; Luật Nhà ở... vẫn thừa nhận chủ thể này dẫn đến nhiều cách hiểu và áp dụng pháp luật không thống nhất. Bài viết được tiếp cận từ góc nhìn của công chứng viên về chủ thể đặc thù này.

**Từ khóa:** Công chứng, Hộ gia đình, Công chứng viên, Bộ luật dân sự

Nhận bài: 5/5/2017; Hoàn thành biên tập: 28/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** In notarization activities, the notary must clearly identify the subject of the contract or transaction. Meanwhile, the Households, who were formally recognized by the lawmaker from the Civil Code in 1995 created difficulties and obstacles in the application of the law, especially to notarization activities. In addition, after amending and supplementing the Civil Code in 2015, lawmakers do not stipulate that Households are civil legal subjects. On the other hand, other laws such as the Land Law, Housing Law in which still recognize this subject. This difference leads to many different interpretations and application of law. The below article is the perspective of the notary who directly practices notarization activities and exchanges views with colleagues and readers interested in this particular subject.

**Keywords:** Notarization, Households, Notary, Civil Code

Date of receipt: 5/5/2017; Date of revision: 28/6/2017; Date of approval: 01/8/2017.

Theo Hán-Việt Từ điển thì công chứng là “*lấy quyền công mà làm chứng*”<sup>2</sup> còn tại Luật Công chứng năm 2014 quy định “*Công chứng viên cung cấp dịch vụ công do Nhà nước ủy nhiệm thực hiện nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cho các bên...*”<sup>3</sup>. Như vậy, có thể thấy hoạt động công chứng là việc công chứng viên (CCV) thay mặt nhà nước chứng nhận hợp đồng, giao dịch theo quy định để phòng ngừa tranh chấp, góp phần ổn định và phát triển kinh tế - xã hội.

Khi thực hiện công việc, về cơ bản CCV phải xác định hai nội dung được xem là quan trọng nhất là (i) Chủ thể công chứng và (ii) Đối tượng công chứng. Nếu CCV không xác định chính xác một trong hai nội dung này thì hợp đồng, giao dịch sẽ vô hiệu toàn bộ.

Trong hoạt động công chứng, chủ thể và đối tượng tham gia giao dịch được căn cứ theo Bộ luật dân sự (BLDS). Bên cạnh đó, CCV còn căn cứ theo các luật chuyên ngành khác như: Luật Hôn nhân và gia đình; Luật Đất đai; Luật Nhà ở; Luật Sở hữu trí tuệ; Luật Hàng không Dân dụng Việt Nam; Bộ luật Hàng hải... Như vậy, CCV thực hiện công việc của mình phải làm rõ hai yếu tố quan trọng đã nêu ở trên. Tuy nhiên, việc xác định đúng chủ thể, đúng đối tượng không phải lúc nào cũng dễ dàng, đặc biệt, chủ thể tham gia công chứng là Hộ gia đình (HGD) một chủ thể đặc thù có nhiều ý kiến trái chiều ngay từ khi chính thức được công nhận là chủ thể quan hệ pháp luật dân sự.

<sup>1</sup> Công chứng viên, Văn phòng công chứng Gia Khánh, thành phố Hà Nội.

<sup>2</sup> Đào Duy Anh (1992), *Hán-Việt Từ điển*, Nxb Khoa học xã hội, tr.117.

<sup>3</sup> Điều 3, Luật Công chứng năm 2014.



### 1. Khái niệm chủ thể hộ gia đình

Có thể khẳng định HGD là một trong những chủ thể quan hệ pháp luật dân sự nhận được rất nhiều sự quan tâm từ phía các nhà làm luật nói chung<sup>4</sup> cũng như CCV trong quá trình tác nghiệp nói riêng.

Tại BLDS năm 1995, BLDS năm 2005 đã ghi nhận khái niệm chung về chủ thể HGD nhưng chưa hoàn chỉnh khi chưa xác định thời điểm hình thành và chấm dứt chủ thể HGD, đây là nguyên nhân chính gây khó khăn trong xác định quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của chủ thể đặc thù này. Theo BLDS năm 2005 về chủ thể HGD cơ bản không khác gì khái niệm chủ thể HGD được nêu tại khoản 1, Điều 116, BLDS năm 1995, cụ thể:

*“Hộ gia đình mà các thành viên có tài sản chung, cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định là chủ thể khi tham gia quan hệ dân sự thuộc các lĩnh vực này”<sup>5</sup>.*

Điểm khác biệt giữa khái niệm HGD tại BLDS năm 1995 so với BLDS năm 2005 là đã bỏ quy định: *“Những hộ gia đình mà đất ở được giao cho hộ cũng là chủ thể trong quan hệ dân sự liên quan đến đất ở đó”<sup>6</sup>*, bởi Luật Đất đai năm 2003 đã quy định khá chi tiết quyền và nghĩa vụ chủ thể HGD trong quan hệ sử dụng đất (xem Điều 113 đến Điều 116 Luật Đất đai năm 2003).

BLDS năm 2015 đã dành trọn một chương trong đó có bốn điều luật quy định về chủ thể đặc thù này. Theo BLDS năm 2015, HGD (và Tổ hợp tác) không được coi là chủ thể độc lập bên cạnh cá nhân và pháp nhân, nhưng vẫn thừa nhận chủ thể này tồn

tại trong đời sống xã hội Việt Nam. Mặc dù không thừa nhận HGD là chủ thể quan hệ pháp luật, tuy nhiên, tại khoản 2, Điều 101, BLDS năm 2015 quy định *“Việc xác định chủ thể của quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình sử dụng đất được thực hiện theo quy định của Luật đất đai.”* (đoạn này có phần tương tự khoản 2, Điều 116, BLDS năm 1995). Như vậy, có thể thấy: Đối với tài sản có giá trị lớn là đất đai, pháp luật thừa nhận chủ thể HGD cũng như đưa ra khái niệm khá rõ ràng để giải quyết bài toán về chủ thể đặc thù này, theo đó: *“Hộ gia đình sử dụng đất là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, đang sống chung và có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất.”<sup>7</sup>* Song một tài sản quan trọng khác là nhà ở lại không được quy định tại BLDS năm 2015, mặc dù tại Luật Nhà ở năm 2014 đã khẳng định đối tượng sở hữu nhà ở có chủ thể là HGD<sup>8</sup>, điều này đã tạo thêm rắc rối đối với chủ thể đặc thù này trong hệ thống pháp luật dân sự Việt Nam.

Bên cạnh đó, sau thời điểm BLDS năm 2015 được thông qua dẫn đến các luật chuyên ngành liên quan đến dân sự được xây dựng và ban hành phù hợp với luật mới này. Tuy nhiên, những luật cũ trước đó như Luật Đất đai và Luật Nhà ở đã thừa nhận HGD là chủ thể các quyền sở hữu, sử dụng nhà đất dẫn đến việc luật chung (BLDS) không thừa nhận chủ thể HGD nhưng một số luật chuyên ngành (Luật Đất đai; Luật Nhà ở) lại ghi nhận chủ thể HGD khiến cho việc điều chỉnh các quan hệ dân sự

<sup>4</sup> Tại Dự thảo BLDS năm 2015 không coi Hộ gia đình (và Tổ hợp tác) là chủ thể quan hệ pháp luật dân sự. Dự thảo liên quan đến Hộ gia đình được thảo luận tại nhiều cơ quan tổ chức khác nhau, thậm chí, sau khi Quốc Hội bỏ phiếu tán thành nhưng Dự thảo vẫn còn vấp phải phản đối và được yêu cầu xin ý kiến Bộ Chính trị - Xem thêm *Bình luận Khoa học những điểm mới Bộ luật dân sự năm 2015* của Đỗ Văn Đại, Nxb Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, tr. 45.

<sup>5</sup> Điều 106, Bộ luật dân sự năm 2005.

<sup>6</sup> Khoản 2, Điều 116, Bộ luật dân sự năm 1995.

<sup>7</sup> Mục 29, Điều 3, Luật Đất đai năm 2013.

<sup>8</sup> Khoản 1, Điều 7, Luật Nhà ở năm 2014.



nói chung cũng như trong lĩnh vực công chứng nói riêng gặp nhiều khó khăn.

## **2. Đặc điểm chủ thể hộ gia đình**

Theo khái niệm chủ thể HGĐ, từ BLDS năm 1995; BLDS năm 2005 hoặc Luật Đất đai năm 2013, qua các thời kỳ, chúng tôi thấy chủ thể này có đặc điểm chung như sau:

**Thứ nhất**, pháp luật quy định về chủ thể HGĐ nhưng không có căn cứ pháp lý xác định thời điểm hình thành và chấm dứt như các chủ thể quan hệ pháp luật dân sự khác<sup>9</sup>.

**Thứ hai**, số lượng thành viên HGĐ tối thiểu hai người, không hạn chế số lượng tối đa. Tuy nhiên, thực tế cho thấy chủ thể HGĐ bắt nguồn từ gia đình nên hoạt động sản xuất kinh doanh của chủ thể này có quy mô vừa và nhỏ.

**Thứ ba**, có mối quan hệ về hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng, thiếu yếu tố này thì một nhóm người với đủ các điều kiện khác cũng không được xem là chủ thể HGĐ.

**Thứ tư**, HGĐ thường là chủ thể trong một số hợp đồng, giao dịch liên quan đến các lĩnh vực như: đất đai; nhà ở; sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp.

**Thứ năm**, chủ thể HGĐ phải có tài sản chung và cùng hoạt động sản xuất kinh tế chung, điều này thể hiện bởi các chính sách của Nhà nước đối với HGĐ đã được thừa nhận ít nhất từ thời kỳ đổi mới kinh tế năm 1986 cho đến tận ngày nay. Từ tài sản chung, luật cấu thành các phương thức xử lý, định đoạt tài sản chung của hộ. Đối với tài sản chung do cộng đồng sở hữu, tức là một nhóm người cùng thực hiện quyền và nghĩa vụ của người chủ sở hữu đối với khối tài sản chung thì sự khác nhau giữa nhóm người có quyền sở hữu/sử dụng chung với HGĐ là giữa các thành viên hộ luôn luôn tồn tại mối quan hệ về hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng. Trong khi đó, nhóm

người có quyền sở hữu/sử dụng tài sản chung thì họ có thể không tồn tại tiêu chí này.

Tại BLDS năm 2015, thành viên HGĐ độc lập tham gia giao dịch và tự chịu trách nhiệm cá nhân với phần quyền của mình trong khối tài sản chung nếu đáp ứng các tiêu chí về độ tuổi cũng như năng lực hành vi; đồng thời, bổ sung quy định mới về sở hữu chung của các thành viên gia đình<sup>10</sup> nhằm tháo gỡ những khó khăn khi áp dụng pháp luật.

Nhìn một cách tổng quát nhất, để nhận diện chính xác chủ thể và đối tượng của hợp đồng, giao dịch có liên quan đến HGĐ, chúng ta cần phải khẳng định rõ thành viên nào là thành viên HGĐ hoặc chỉ là thành viên gia đình; tài sản nào là tài sản chung HGĐ và tài sản riêng cá nhân là thành viên HGĐ. Khó khăn này đã tác động không nhỏ đến việc thực hiện các quyền, nghĩa vụ và trách nhiệm của HGĐ cũng như thành viên HGĐ trong giao lưu dân sự. BLDS năm 2015 chỉ thừa nhận hai chủ thể quan hệ pháp luật dân sự là cá nhân và pháp nhân, tuy nhiên, do pháp luật dân sự của chúng ta xây dựng luật chung sau luật riêng nên dẫn đến những vướng mắc trong quá trình áp dụng pháp luật trong thực tiễn.

## **3. Định đoạt tài sản chung của Hộ gia đình**

Trong hoạt động công chứng, tài sản chung của HGĐ thông thường là quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở<sup>11</sup>. Mặt khác, chúng tôi nhận thấy vướng mắc liên quan đến tài sản chung HGĐ thường xoay quanh giao dịch định đoạt tài sản.

Theo BLDS năm 2015, định đoạt là quyền của chủ sở hữu quy định tại Điều 192, cụ thể: "...*định đoạt là quyền chuyển giao quyền sở hữu tài sản, từ bỏ quyền sở hữu, tiêu dùng hoặc tiêu hủy tài sản*"<sup>12</sup>. Như vậy, có thể hiểu định đoạt là hành vi của chủ thể sở hữu vật

<sup>9</sup> Đối với cá nhân, đó là thời điểm sinh ra và kết thúc bằng cái chết, đối với pháp nhân thì có thể được hình thành hoặc giải thể theo quyết định của cơ quan Nhà nước có thẩm quyền trên cơ sở ý chí của một hoặc nhiều người sáng lập.

<sup>10</sup> Khoản 1, Điều 212, Bộ luật dân sự năm 2015.

<sup>11</sup> Tác giả có tham khảo một số luật liên quan đến đăng ký quyền sở hữu, sử dụng tài sản như: Luật Hàng không Dân dụng Việt Nam, Bộ luật Hàng hải, Luật Sở hữu trí tuệ... nhưng không thấy quy định chủ thể Hộ gia đình trong các văn bản quy phạm pháp luật này.

<sup>12</sup> Bộ luật dân sự năm 2015 đã bổ sung hành vi *tiêu dùng* hoặc *tiêu hủy* của chủ thể vào khái niệm định đoạt tài sản.



thực hiện quyền quyết định số phận pháp lý và số phận thực tế đối với tài sản của mình. Tại BLDS năm 2005, định đoạt tài sản chung HGD được quy định: “Việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung có giá trị lớn của hộ gia đình phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý; đối với các loại tài sản chung khác phải được đa số thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý”<sup>13</sup>. Hiện nay, việc định đoạt tài sản chung HGD đã có nhiều thay đổi so với BLDS năm 2005 khi quy định lại độ tuổi thành viên HGD cũng như bổ sung điều khoản mới về sở hữu chung của các thành viên gia đình. Cụ thể, theo khoản 1, Điều 102, BLDS năm 2015 quy định: “Việc xác định tài sản chung của các thành viên hộ gia đình, quyền, nghĩa vụ đối với tài sản này được xác định theo quy định tại Điều 212 của Bộ luật này”. Tại Điều 212, BLDS năm 2015 ghi:

“1. Tài sản của các thành viên gia đình cùng sống chung gồm tài sản do các thành viên đóng góp, cùng nhau tạo lập nên và những tài sản khác được xác lập quyền sở hữu theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan.

2. Việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung của các thành viên gia đình được thực hiện theo phương thức thỏa thuận. Trường hợp định đoạt tài sản là bất động sản, động sản có đăng ký, tài sản là nguồn thu nhập chủ yếu của gia đình phải có sự thỏa thuận của tất cả các thành viên gia đình là người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp luật có quy định khác...”.

Điều luật trên cho thấy pháp luật đã có những thay đổi đối với giao dịch liên quan đến tài sản chung HGD, đặc biệt là nội dung liên quan đến định đoạt, cụ thể như sau:

- BLDS năm 2005 quy định Chủ hộ được đại diện HGD tham gia một số giao dịch vì lợi ích chung của hộ<sup>14</sup>. Tại BLDS năm 2015 không quy định Chủ hộ mà ghi nhận sự thỏa thuận của thành viên HGD.

- BLDS năm 2005 quy định nội dung định đoạt tài sản chung “có giá trị lớn” của HGD phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý. Tuy nhiên, về tài sản, tại BLDS năm 2015 đã sử dụng thuật ngữ “nguồn thu nhập chủ yếu” và phải được tất cả các thành viên HGD từ đủ mười tám tuổi trở lên đồng ý.

- Tại BLDS năm 2015, về nội dung định đoạt tài sản chung HGD có bổ sung thêm quy định *trừ trường hợp luật có quy định khác*.

Bên cạnh đó, khoản 1, Điều 102, BLDS năm 2015 sử dụng thuật ngữ *thành viên Hộ gia đình*, nhưng tại khoản 2, Điều 212, BLDS năm 2015 lại sử dụng thuật ngữ *thành viên gia đình*, trong khi đó, khái niệm *gia đình* và khái niệm *Hộ gia đình* là không giống nhau. Nhìn dưới một góc độ so sánh, khái niệm *gia đình* bao trùm lên khái niệm HGD và dường như, HGD luôn luôn là một bộ phận cấu thành nên gia đình. Mặc dù cùng được xây dựng dựa trên quan hệ hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng nhưng để trở thành thành viên HGD, những cá nhân này (thường) phải sống chung với nhau trong khi yêu cầu kê trên lại không áp dụng khi xác định thành viên của gia đình.

Từ những thay đổi nêu trên, trong thực tiễn hành nghề công chứng, CCV cần tham chiếu các luật khác xem có “vênh” so với khoản 2, Điều 212, BLDS năm 2015 hay không. Tham khảo các luật có liên quan, chúng tôi nhận thấy:

Tại khoản 2, Điều 77, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định về định đoạt tài sản riêng của con chưa thành niên, con đã thành niên mất năng lực hành vi dân sự như sau: “Con từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi có quyền định đoạt tài sản riêng, trừ trường hợp tài sản là bất động sản, động sản có đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng hoặc dùng tài sản để kinh doanh thì phải có sự đồng ý bằng văn bản của cha mẹ hoặc người giám hộ”.

Tại khoản 4, Điều 21, BLDS năm 2015 quy định về độ tuổi của người chưa thành niên thực hiện giao dịch dân sự như sau: “Người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi tự

<sup>13</sup> Khoản 2, Điều 109, Bộ luật Dân sự năm 2005.

<sup>14</sup> Khoản 1, Điều 107, Bộ luật Dân sự năm 2005.

*mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự, trừ giao dịch dân sự liên quan đến bất động sản, động sản phải đăng ký và giao dịch dân sự khác theo quy định của luật phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý”.*

Đối chiếu với khoản 2, Điều 212, BLDS năm 2015, dưới góc độ công chứng liên quan đến định đoạt tài sản chung của HGD, chúng tôi nhận thấy như sau:

Độ tuổi khi tham gia giao dịch tại BLDS năm 2015 chưa thống nhất, chưa rõ ràng ngay trong một văn bản. Cụ thể:

Khoản 4, Điều 21, BLDS năm 2015 là sự sửa đổi của khoản 2, Điều 20, BLDS năm 2005. Tại BLDS năm 2005 quy định người chưa thành niên từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi tự mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự đối với “tài sản riêng”, nhưng theo BLDS năm 2015 đã bỏ cụm từ “tài sản riêng”.

- Khoản 2, Điều 77, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 (khoản 2, Điều 20, BLDS năm 2005) quy định về giao dịch của người chưa thành niên từ đủ mười lăm tuổi đến dưới mười tám tuổi có “tài sản riêng” thì tự mình xác lập, thực hiện giao dịch; đối với một số tài sản phải đăng ký quyền sở hữu/sử dụng phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý.

- BLDS năm 2005 quy định độ tuổi người chưa thành niên được phép tham gia một số giao dịch có sự tương thích thể hiện tại khoản 2, Điều 20; khoản 2 Điều 109 và khoản 2, Điều 77, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

Tuy chưa thực sự rõ ràng và thiếu thống nhất trong một số điều luật, nhưng theo BLDS năm 2015 không thừa nhận HGD là chủ thể quan hệ pháp luật, đồng thời, với quy định lại về độ tuổi thành viên hộ, tài sản chung của hộ đã minh chứng cho việc xác định thành viên hộ cũng như tài sản chung HGD hiện nay cần được áp dụng theo sự thay đổi của BLDS mới.

Những phân tích nêu trên cho thấy sự thay đổi quan điểm của pháp luật đối với chủ thể HGD, do đó, trong quá trình hành nghề, CCV phải xác định đúng thành viên HGD và tài sản chung HGD nhằm bảo đảm văn bản công

chứng có hiệu lực theo quy định của pháp luật. Để có góc nhìn rõ ràng hơn trong quá trình áp dụng pháp luật công chứng liên quan đến chủ thể đặc thù này, chúng tôi xin đưa ra một số ví dụ sau:

*Hộ ông Nguyễn Văn A được nhà nước giao đất năm 2000, tại thời điểm giao đất, hộ ông Nguyễn Văn A có bốn thành viên là: Ông Nguyễn Văn A và vợ là Nguyễn Thị B, hai con là Nguyễn Văn C, sinh năm 2001 và Nguyễn Thị D, sinh năm 2012. Năm 2017, hộ ông Nguyễn Văn A chuyển nhượng đất cho bà Trần Thị U.*

Theo ví dụ trên, chúng tôi nhận thấy còn nhiều cách hiểu khác nhau giữa CCV khi xác định độ tuổi thành viên HGD tham gia giao dịch như: (i) có CCV áp dụng khoản 2, Điều 212, BLDS năm 2015 khi xác định độ tuổi thành viên hộ phải từ đủ mười tám tuổi trở lên, do vậy, chỉ có Nguyễn Văn A và vợ là Nguyễn Thị B tham gia ký hợp đồng, giao dịch mà không cần có sự hiện diện của hai con là C và D (ii) ý kiến khác, bên cạnh chủ thể là vợ chồng A và B thì đồng thời A và B đại diện theo pháp luật cho hai con C và D tham gia giao dịch (iii) CCV khác lại cho rằng, chủ thể tham gia giao dịch bên cạnh vợ chồng A và B (A và B đại diện theo pháp luật cho D) thì trường hợp này phải được sự đồng ý của C do C đã đủ mười lăm tuổi nên C phải tham gia thỏa thuận với các thành viên trong hộ khác. Với ví dụ nêu trên, tác giả nghiêng về ý thứ ba, vì bên cạnh việc quy định thành viên hộ tham gia giao dịch phải là người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo khoản 2, Điều 212, BLDS năm 2015, nhưng bên cạnh đó, bổ sung thêm quy định trừ trường hợp luật có quy định khác, đây cũng là đặc thù trong hoạt động công chứng bởi CCV phải tìm mọi biện pháp nhằm bảo đảm hợp đồng, giao dịch được an toàn, loại bỏ mọi tranh chấp phát sinh theo đúng các quy định của pháp luật.

Bên cạnh xác định độ tuổi của thành viên hộ theo BLDS năm 2015 thì việc xác định tài sản chung HGD hiện nay vẫn còn nhiều khó khăn



do HGD đã tồn tại từ hơn hai mươi năm trước, chúng ta có thể thấy điều này qua ví dụ sau:

*Tháng 08 năm 1996, ông Nguyễn Văn Nghĩa và mẹ là Trần Thị Trang lập hồ sơ kê khai để nhà nước công nhận quyền sử dụng đất đối với diện tích 150m<sup>2</sup> tại huyện Từ Liêm, thành phố Hà Nội. Tháng 09 năm 1996, ông Nguyễn Văn Nghĩa đăng ký kết hôn với bà Lò Linh Đan. Tháng 10 năm 1996, bà Lò Linh Đan nhập khẩu vào gia đình ông Nguyễn Văn Nghĩa. Tháng 12 năm 1996, UBND huyện Từ Liêm cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, diện tích 150m<sup>2</sup> cho Hộ gia đình bà Trần Thị Trang.*

Với ví dụ trên, xét thời điểm Giấy chứng nhận cấp tháng 12 năm 1996 với dữ liệu thành viên HGD tại sổ hộ khẩu thì dường như bà Lò Linh Đan là thành viên HGD và có quyền đối với tài sản chung HGD bà Trần Thị Trang. Nhưng nếu xét thời điểm lập hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận thì tài sản chung HGD chỉ có ông Nghĩa và mẹ là bà Trang mà thôi. Như vậy, trường hợp này CCV phải xác định được hai thời điểm là (i) thời điểm lập hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận và (ii) thời điểm cấp Giấy chứng nhận, theo đó, thời điểm lập hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận mới cho thấy chính xác thành viên HGD nào sở hữu tài sản chung.

Một thực tế là đối với chủ thể HGD thì sổ hộ khẩu thường được CCV lấy làm căn cứ để xác định số lượng thành viên hộ, tuy nhiên, trong quá trình hoạt động công chứng, không phải lúc nào CCV cũng có thể sử dụng sổ hộ khẩu làm căn cứ pháp lý xác định thành viên hộ, chúng ta có thể thấy điều này qua ví dụ sau:

*Tháng 01 năm 2017, Hộ ông Nguyễn Danh T được Sở Tài nguyên và Môi trường thành phố Hà Nội cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất. Tháng 02 năm 2017, Hộ ông Nguyễn Danh T thực hiện chuyển nhượng một phần quyền sử dụng nhà, đất. Việc chuyển nhượng nêu trên của hộ ông Nguyễn Danh T đã được Văn phòng đăng ký đất đai Hà Nội- Chi nhánh quận Bắc Từ Liêm đồng ý bằng Công văn số 2844/VPĐKĐĐHN-CNQBTL.*

*Tuy nhiên, theo hồ sơ do ông Nguyễn Danh T cung cấp, tại Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất ghi: Hộ gia đình ông Nguyễn Danh T gồm các thành viên được UBND huyện Từ Liêm công nhận quyền sử dụng đất tại Quyết định số 1979/QĐ-UBND ngày 20/02/2005.*

Ví dụ trên cho thấy, việc chuyển nhượng của HGD ông Nguyễn Danh T đã được Văn phòng đăng ký đất đai chấp thuận bằng công văn, nhưng khi tiếp nhận hồ sơ, CCV phải xác định được thành viên HGD tham gia vào hợp đồng, giao dịch. Tuy nhiên, nếu căn cứ vào sổ hộ khẩu thì khó có thể xác định được thành viên HGD ông Nguyễn Danh T. Trong trường hợp này, CCV phải căn cứ vào Quyết định số 1979/QĐ-UBND ngày 20/02/2005 để xác định hoặc CCV có công văn đề nghị Sở Tài nguyên và Môi trường thành phố Hà Nội xác nhận số lượng thành viên HGD ông Nguyễn Danh T tại thời điểm lập hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận bao gồm những thành viên nào.

Như vậy, từ thực tế trong hoạt động công chứng liên quan đến xác định thành viên HGD, tài sản chung HGD, chúng tôi nhận thấy nội dung này thường được CCV xử lý theo những hướng như sau:

*Một là, CCV xác định thành viên HGD theo sổ hộ khẩu trước thời điểm giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất và/hoặc nhà.*

*Hai là, đối với trường hợp sổ hộ khẩu cấp đổi hoặc cấp sau khi có Giấy chứng nhận, CCV đề nghị cơ quan có thẩm quyền đã cấp sổ hộ khẩu xác nhận số lượng thành viên HGD (thường gọi là Phiếu xác nhận nhân khẩu). Theo đó, CCV căn cứ vào sự có mặt của thành viên HGD trên sổ hộ khẩu để xác định số lượng thành viên HGD được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; hoặc nhận chuyển quyền sử dụng đất và/hoặc nhà.*

*Ba là, căn cứ ghi nhận của cơ quan cấp Giấy chứng nhận, tại phần ghi chú nhà, đất cấp theo quyết định; bản án hoặc sổ hộ khẩu, từ đó, CCV đối chiếu để xác định thành viên.*

*(Xem tiếp trang 35)*

## QUYỀN BỀ MẶT TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Lê Đăng Khoa<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Bên cạnh việc kế thừa có sửa đổi quy định về quyền sở hữu, Bộ luật dân sự năm 2015 đã bổ sung quy định về quyền khác đối với tài sản với nội hàm là quyền của chủ thể trực tiếp nắm giữ, chi phối tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác. Theo đó, Bộ luật bổ sung ba quyền: quyền đối với bất động sản liền kề; quyền hưởng dụng và quyền bề mặt. Bài viết nghiên cứu các quan điểm pháp lý về quyền bề mặt, luận giải các quy định mới cơ bản của Bộ luật dân sự năm 2015 về quyền bề mặt, bao gồm khái niệm quyền bề mặt, căn cứ xác lập và thời điểm xác lập, chấm dứt quyền bề mặt và xử lý tài sản khi chấm dứt quyền bề mặt; đồng thời nêu lên một số ý nghĩa trong việc quy định quyền này trong pháp luật dân sự Việt Nam.

**Từ khóa:** Quyền bề mặt, chủ thể, Bộ luật dân sự.

Nhận bài: 05/5/2017; Hoàn thành biên tập: 29/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** Besides the inheritance with admendment of the regulations regardinig to ownership right, the Civil Code in 2015 has supplemented the regulation of other right to property with the inner meaning that is the right of the subject directly holding, controlling property of other subject. The Code accordingly adds 3 rights: the right to adjacent; right of getting profit; and surface right. The article studies legal views about surface right; interprets basic new regulations of the Civil Code in 2015 regarding to surface right including concept of surface right, ground to establish and time of establishing, ending surface right and handling property when the surface right is ended. This article also highlights some meanings in stipulating this right in Viet Nam's Civil law.

**Keywords:** surface right, subject, Civil Code.

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 29/6/2017; Date of approval: 01/8/2017.

### 1. Quan điểm pháp lý về quyền bề mặt

Trong pháp luật La Mã trước đây, các Luật gia La Mã cho rằng về bản chất quan hệ tài sản do tính xác định của các quan hệ đó. Một chủ thể có thể tạo dựng một tài sản hoặc có được tài sản nào đó thông qua giao dịch mua bán để nhằm thoả mãn những nhu cầu của mình. Khi là chủ sở hữu tài sản, chủ thể này có toàn quyền tác động đối với tài sản của mình nhằm đạt được những lợi ích nhất định mà không phụ thuộc vào ý chí của bất kỳ người nào khác<sup>2</sup>. Trong trường hợp đó, chủ thể này là người có quyền tuyệt đối với tài sản của mình. Quan hệ giữa chủ thể và tài sản trong trường hợp này được coi là quan hệ vật quyền, mà biểu trưng của nó là quyền sở hữu

của chủ thể đối với tài sản. Luật La Mã đã khẳng định rằng quyền của một người không chỉ trải rộng trên tài sản của chính mình mà còn có thể thực hiện trên tài sản của người khác. Ngược lại, có thể hiểu những quyền tuyệt đối của một người với tư cách là chủ sở hữu của tài sản có thể bị giới hạn hay hạn chế để tạo thuận lợi cho những người khác. Bốn loại khác nhau của quyền đối với tài sản của người khác (jura in re aliena) mà không bao gồm đầy đủ quyền sở hữu (của chủ sở hữu) được thể hiện trong pháp luật La Mã dưới các tên gọi sau: (1) servitus hoặc Servitude (Dịch quyền); (2) Pignus hoặc Pledge (gồm cả hypotheca) (Quyền cầm cố, thế chấp); (3) superficies (Quyền bề mặt); (4) Emphyteusis

<sup>1</sup>Thạc sỹ, Giảng viên trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

<sup>2</sup>Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình luật La Mã*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2003, trang 61.



(Quyền canh tác)<sup>3</sup>. Như vậy, theo quy định của pháp luật La Mã, quyền bề mặt là một loại quyền đối với tài sản của người khác.

Quyền bề mặt, một dạng của quyền trên tài sản của người khác (*jus in re aliena*), là một vật quyền (*real right*) được cấp bởi chủ sở hữu đất (chủ sử dụng đất cho người khác được quyền xây dựng trên một khu đất nào đó hoặc mở rộng bề mặt của mảnh đất có tính đến khoản tiền (lợi tức) thu về hàng năm hoặc với một mức giá xác định và chủ sở hữu đất phải tôn trọng quyền của người được cấp quyền bề mặt trong suốt quá trình sử dụng và hưởng dụng bề mặt, phải có trách nhiệm phá hủy các công trình xây dựng hoặc chịu phiền lụy của công trình xây dựng cho đến khi người có quyền bề mặt phá hủy các công trình này. Quyền bề mặt được duy trì trong suốt thời gian được cấp quyền mà không bị ảnh hưởng bởi chủ sở hữu đất. Quyền bề mặt được cấp trong vĩnh viễn hoặc trong một thời gian dài<sup>4</sup>. Quyền bề mặt trong luật La Mã được coi là một loại vật quyền. Xét về bản chất quyền bề mặt thuộc nhóm vật quyền phụ được phái sinh từ quyền sở hữu của chủ sử dụng đất. Đối tượng tác động của quyền bề mặt chính là quyền sử dụng gắn với mảnh đất hoặc một bất động sản cụ thể. Người có quyền bề mặt được tác động lên tài sản (bề mặt bất động sản) của chủ sở hữu khác như là với tư cách của một chủ sở hữu nhưng không có đầy đủ quyền năng của một chủ sở hữu đối với tài sản này. Có thể hiểu, chủ sở hữu đã hạn chế bớt quyền năng của mình (hạn chế quyền sử dụng bề mặt bất động sản) để cho

người khác khai thác, sử dụng tài sản của mình, hoặc được lợi từ tài sản của mình.

Liên quan đến phạm vi tác động của quyền bề mặt hiện tồn tại nhiều quan điểm khác nhau. Có quan điểm cho rằng, phạm vi tác động của quyền bề mặt chỉ bao gồm phần không gian phía trên bề mặt đất để xây dựng công trình. Những người theo quan điểm này lý giải khi chủ sử dụng đất hợp pháp cho phép một người khác sử dụng không gian được tính từ mặt đất trở lên với mục đích xây dựng các công trình để ở, để cho thuê hoặc để phục vụ nhu cầu cần thiết khác chính là việc chủ sử dụng đất đã trao quyền sử dụng bề mặt đất cho người khác. Quan điểm khác lại cho rằng, phạm vi tác động của bề mặt là quyền sử dụng bề mặt đất và phần không gian phía trên của bề mặt đất để trồng cây, canh tác, để xây dựng các công trình. Những người theo quan điểm này lý giải quyền bề mặt là quyền sử dụng bề mặt đất và phần không gian trên bề mặt đất với mục đích rộng hơn là vừa để trồng cây, canh tác vừa để xây dựng các công trình. Theo cách hiểu này, chúng ta đang nhìn nhận quyền bề mặt đã được mở rộng hơn thông qua việc mở rộng mục đích sử dụng bề mặt đất là để trồng trọt, canh tác và để xây dựng các công trình trên đất. Pháp luật Đài Loan, Thái Lan, Hà Lan và một số nước châu Âu cũng quy định tương tự về phạm vi của quyền bề mặt, bao gồm việc sử dụng đất cho cả mục đích xây dựng, trồng trọt, canh tác<sup>5</sup>. Tuy nhiên, có quan điểm khác nữa lại cho rằng, phạm vi tác động của quyền này bao

<sup>3</sup> Xem R.D. Melville, *A manual of the principles of Roman Law relating to persons, property, and obligations*, W. Green & Son, Edinburgh Publisher, 1915, page 249: “The Roman Law recognised that the rights of a person might extend not only over his own property, but also over the property of other persons, or, stated conversely, that the absolute rights of a person as owner of his property might be limited or restricted in favour of some other person. Four different kinds of rights over the property of another person (*jura in re aliena*) which did not amount to full ownership were recognized by the Roman Law under respective names of (1) *servitus* or “servitude”; (2) *pignus* or pledge (including *hypotheca*); (3) *superficies*; and (4) *emphyteusis*”.

<sup>4</sup> Xem R.D. Melville, *A manual of the principles of Roman Law relating to persons, property, and obligations*, W. Green & Son, Edinburgh Publisher, 1915, p. 272.

<sup>5</sup> LLM. Christian Hertel, *Real Property Law and Procedure in the European Union*, General report of European University Institute, 2005, page 21.

gồm khoảng không gian phía trên bề mặt đất và trong lòng đất. Đa phần các quốc gia châu Âu hiện nay theo quan điểm này, quy định một quyền sở hữu hoàn toàn đối với công trình được xây dựng phía trên hoặc phía dưới bề mặt đất (đất của chủ sở hữu khác)<sup>6</sup>. Theo ý kiến của tác giả bài viết, việc tiếp cận quyền bề mặt theo quan điểm này trong xã hội hiện đại là hợp lý hơn cả, bởi vì cùng với sự phát triển của khoa học kỹ thuật ngày nay đã có thể cho phép con người khai thác toàn bộ không gian từ phía trên mảnh đất, bề mặt đất và không gian trong lòng đất. Nhìn nhận theo quan điểm này còn phù hợp đối với việc khai thác khoảng không gian phía trên của một bất động sản và khoảng không gian nằm phía dưới của một bất động sản. Đồng thời, theo quan điểm này còn tạo nhiều hơn điều kiện khai thác lợi ích từ một mảnh đất hoặc từ một bất động sản trong thời đại ngày nay khi mà khoa học kỹ thuật đã phát triển rất mạnh mẽ. Ví dụ: có trường hợp thực hiện việc trồng trọt các loại cây phía bên trên của một toà nhà hoặc tạo các đường hầm, xây dựng các công trình phía dưới toà nhà mà việc sở hữu toà nhà và sở hữu quyền khai thác bề mặt thuộc về những chủ sở hữu khác nhau. Như vậy, đối với việc nhìn nhận quyền bề mặt như thế nào thì tùy thuộc vào pháp luật mỗi quốc gia hoặc điều kiện xã hội và việc thực thi quyền này trong thực tiễn. Tóm lại, quy định phạm vi của quyền bề mặt theo quan điểm thứ ba là hợp lý hơn cả, bởi vì những lý do sau: phạm vi tác động của quyền rất rộng (từ khoảng không gian phía trên cho đến không gian trong lòng đất), phù hợp với xu hướng phát triển của xã hội, đảm bảo khai thác tốt giá trị của các bất động sản, mục đích sử dụng cũng được mở rộng, từ đó tạo điều kiện tốt cho mọi cá nhân, tổ chức thực hiện việc khai thác tài sản gắn liền với đất trong điều kiện ứng dụng khoa học công nghệ hiện đại trong thời đại ngày nay. Thực tế, hướng tiếp cận này đã được thể

hiện rõ trong Bộ luật dân sự năm 2015.

## **2. Quy định về quyền bề mặt trong Bộ luật dân sự năm 2015**

**Về khái niệm quyền bề mặt:** Theo quy định tại Điều 267 BLDS năm 2015 thì “*Quyền bề mặt là quyền của một chủ thể đối với mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất mà quyền sử dụng đất đó thuộc về chủ thể khác*”. Như vậy, hướng tiếp cận của BLDS 2015 cũng tiếp cận quyền bề mặt với nội hàm rất rộng. Trong đó, khoảng không gian bên trên bề mặt đất, bề mặt đất và lòng đất đều thuộc phạm vi tác động của quyền này. Hơn nữa, mục đích thực hiện quyền đã được mở rộng, cho phép các chủ thể của quyền được thực hiện mọi hành vi mà pháp luật không cấm. Với hướng tiếp cận này sẽ phù hợp với xã hội hiện đại mà trong đó con người bằng khoa học công nghệ có thể thực hiện nhiều hoạt động liên quan đến bề mặt đất như xây công trình bên trên đất (tàu điện, đường cao tốc...), công trình ngầm trong lòng đất (tàu điện ngầm, nhà cửa, đường ống, cống...), canh tác, nuôi dưỡng, trồng trọt trên bề mặt đất....

**Về căn cứ xác lập và thời điểm xác lập:** Quyền bề mặt được xác lập thông qua theo thỏa thuận; theo di chúc; hoặc theo quy định của pháp luật. Trên thực tế, quyền bề mặt có thể xác lập thông qua ý chí của các bên cùng nhau thống nhất, thỏa thuận hoặc theo ý chí của một bên khi để lại di chúc. Tuy nhiên, hiện tại chưa trường hợp nào thể hiện rõ việc xác lập quyền bề mặt theo quy định của pháp luật. Việc xác lập quyền bề mặt theo quy định của pháp luật được đưa ra nhằm tạo cơ sở cho những văn bản pháp luật sẽ được ban hành liên quan đến việc xác lập quyền bề mặt theo quy định của pháp luật.

Theo quy định của BLDS 2015, quyền bề mặt có hiệu lực từ thời điểm chủ thể có quyền sử dụng đất chuyên giao mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất cho chủ thể có quyền bề mặt, trừ

<sup>6</sup> Lê Thị Ngọc Mai, *Quyền bề mặt – Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn thạc sỹ, Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, 2014, trang 9.



trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác. Theo nguyên tắc chung, quyền bề mặt có hiệu lực đối với mọi cá nhân, pháp nhân.

**Về thời hạn của quyền bề mặt:** Thời hạn của quyền bề mặt được xác định theo quy định của luật, theo thỏa thuận hoặc di chúc nhưng không vượt quá thời hạn của quyền sử dụng đất. Như vậy, để căn cứ được hưởng quyền bề mặt trong thời hạn tối đa là bao nhiêu thì phải tuân theo quy định của pháp luật về đất đai. Mỗi loại đất đai do Nhà nước quản lý đều có thời hạn sử dụng không giống nhau cho nên khi thực hiện xác lập quyền bề mặt thì phải tìm hiểu về thời hạn mà Nhà nước cấp quyền sử dụng cho các chủ thể có quyền sử dụng đất. Theo quy định chung, trường hợp thỏa thuận hoặc di chúc không xác định được thời hạn của quyền bề mặt thì mỗi bên có quyền chấm dứt quyền này bất cứ lúc nào nhưng phải thông báo bằng văn bản cho bên kia biết trước ít nhất 06 tháng.

**Chấm dứt quyền bề mặt và xử lý tài sản khi chấm dứt quyền bề mặt:** Quyền bề mặt được chấm dứt trong các trường hợp sau đây: (1) Thời hạn hưởng quyền bề mặt đã hết; (2) Chủ thể có quyền bề mặt và chủ thể có quyền sử dụng đất là một; (3) Chủ thể có quyền bề mặt từ bỏ quyền của mình; (4) Quyền sử dụng đất có quyền bề mặt bị thu hồi theo quy định của Luật đất đai; (5) Theo thỏa thuận của các bên hoặc theo quy định của luật.

Sau khi chấm dứt quyền bề mặt thì chủ thể có quyền bề mặt phải trả lại mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất, mặt nước và lòng đất cho chủ thể có quyền sử dụng đất theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật. Đây là việc làm bắt buộc đối với chủ sở hữu quyền bề mặt để đảm bảo lợi ích cho chủ thể có quyền sử dụng đất. Chủ sở hữu quyền bề mặt phải xử lý tài sản thuộc sở hữu của mình trước khi quyền bề mặt chấm dứt, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Trường hợp chủ thể quyền bề mặt không xử lý tài sản trước khi quyền bề mặt chấm dứt thì quyền sở hữu tài sản đó thuộc về

chủ thể có quyền sử dụng đất kể từ thời điểm quyền bề mặt chấm dứt, trừ trường hợp chủ thể có quyền sử dụng đất không nhận tài sản đó. Trường hợp chủ thể có quyền sử dụng đất không nhận tài sản mà phải xử lý tài sản thì chủ thể có quyền bề mặt phải thanh toán chi phí xử lý tài sản.

### 3. Ý nghĩa của việc quy định quyền bề mặt trong Bộ luật dân sự năm 2015

*Một là*, việc quy định quyền bề mặt trong BLDS năm 2015 là bước đột phá về tư duy trong pháp luật dân sự. BLDS năm 1995, năm 2005 không có quy định nào ghi nhận về quyền này. Chủ thể đối với mặt đất, mặt nước, khoảng không gian trên mặt đất mặt nước nếu muốn sử dụng đất của chủ thể khác thì phải thông qua các hợp đồng chuyển giao quyền sử dụng đất như hợp đồng thuê dài hạn, hợp đồng mượn, hợp đồng chuyển nhượng... Điều này cũng dẫn đến nhiều rủi ro đối với người thuê, người mượn đất khi mà họ đã đầu tư xây dựng các công trình trên đất nhưng lại không có cơ chế pháp lý để đảm bảo cho họ quyền sở hữu đối với các tài sản trên đất. Quyền bề mặt có ý nghĩa to lớn trong việc bảo vệ quyền sở hữu đối với tài sản được hình thành trên đất của người khác. Quyền bề mặt cũng là quyền để giúp phân tách hai quyền năng: quyền sở hữu đất thuộc về chủ sử dụng đất hợp pháp và quyền sở hữu các tài sản được hình thành trên đất thì thuộc về chủ thể khác.

*Hai là*, quyền bề mặt tạo điều kiện tốt cho việc phát triển kinh tế. Đó là, giúp cho các chủ thể khai thác hết đầy đủ và tiết kiệm đối với đất và bất động sản. Khi áp dụng quyền bề mặt, các chủ thể có thể khai thác được đầy đủ về mặt không gian gồm phía trên đất, mặt đất và phía dưới đất. Trong nền kinh tế thị trường, mọi khía cạnh của tài sản cần được khai thác triệt để để tạo ra lợi ích cho xã hội. Trong khi chủ sử dụng đất không có nhu cầu sử dụng khoảng không của đất hoặc của bất động sản trên đất thì có thể khai thác lợi ích bằng cách cho phép chủ thể khác sử dụng khoảng không



này. Việc này cũng tạo ra những lợi ích cho người sử dụng quyền bề mặt. Tức là, chủ sở hữu quyền bề mặt chỉ phải trả chi phí để được quyền sử dụng bề mặt, đáp ứng nhu cầu sử dụng của mình mà không nhất thiết phải trả toàn bộ chi phí cho việc nhận chuyển nhượng toàn bộ quyền sử dụng đất hoặc bất động sản. Điều này có ý nghĩa đặc biệt đối với các thương nhân, nhà đầu tư khi mà họ không phải đầu tư quá nhiều tiền vào việc có quyền sở hữu đất mà chỉ cần có quyền sở hữu bề mặt đất với chi phí thấp hơn và rẻ hơn. Ví dụ chủ đầu tư, thương nhân chỉ cần cần có bề mặt đất để xây nhà cao tầng cho thuê, siêu thị, văn phòng...nhưng không cần quan tâm đến quyền sở hữu mảnh đất đó.

*Ba là*, quyền bề mặt giúp tạo điều kiện giải quyết tốt mối quan hệ giữa 3 chủ thể: người có quyền sở hữu tài sản trên đất (nhà, căn hộ chung cư), người chủ sở hữu đất và người nhận thế chấp (ngân hàng) trong việc xử lý hậu quả của việc thế chấp. Ví dụ: trong trường hợp chủ sở hữu nhà thế chấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và sau đó tài sản này được đem đi xử lý thế chấp thì việc xử lý thế chấp này sẽ rất khó khăn khi mà quyền sử dụng đất thuộc về chủ thể khác. Như vậy, quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà là hai quyền tách biệt nhau nhưng các đối tượng của quyền là nhà và đất thì không tách rời nên sẽ gây ra nhiều khó khăn trong việc xử lý. Nếu áp dụng quy định về quyền bề mặt thì chủ sở hữu quyền sử dụng đất vẫn đảm bảo quyền của mình và trong khi đó ngân hàng vẫn dễ dàng trong việc xử lý tài sản là căn hộ hoặc nhà trên đất đó. Việc xử lý tài sản trong trường hợp này không hề ảnh hưởng đến quyền của người chủ sở hữu quyền sử dụng đất.

*Bốn là*, về nguyên tắc chung thì Luật đất đai, không cho phép các chủ đầu tư chuyển quyền sử dụng đất do nhà nước giao hoặc cho thuê mà chỉ cho phép các chủ đầu tư bán tài sản đã hình thành trên đất. Theo quy định tại điểm e, khoản 1 Điều 56, điểm c, khoản 1 Điều 175, Điều 189 Luật Đất đai năm 2013

cho phép chuyển nhượng tài sản trên đất khi mà tài sản gắn liền với đất thuê được tạo lập hợp pháp theo quy định của pháp luật và đã hoàn thành việc xây dựng theo đúng quy hoạch xây dựng chi tiết và dự án đầu tư đã được phê duyệt, chấp thuận. Tuy nhiên, nhiều trường hợp các chủ đầu tư không đủ vốn, nên không thể xây dựng các công trình, rồi sau đó thực hiện việc bán các công trình đó. Thay vào đó, khi được nhà nước cấp cho quyền sử dụng đất thì chủ đầu tư chuyển nhượng dự án cho người khác để kiếm lời chênh lệch. Đối tượng hướng đến trong giao dịch này đó là quyền sử dụng đất được nhà nước cho giao hoặc thuê. Thực tiễn các bên đã lựa chọn loại “hợp đồng chuyển nhượng vốn góp và quyền thực hiện dự án đầu tư” để hợp pháp hoá hoạt động của mình. Nếu quy định về quyền bề mặt được thực thi thì có thể hạn chế được những trường hợp này. Ngoài ra, chủ đầu tư không đủ vốn để thực hiện việc xây dựng các công trình trên đất, nên không thể thực hiện được việc bán các tài sản trên theo quy định pháp luật. Đây là nguyên nhân dẫn đến nhiều dự án bỏ trống, gây lãng phí thất thoát tài sản Nhà nước, trong khi nhiều nhà đầu tư có khả năng thực hiện dự án thì không được quyền thực hiện. Nếu quyền bề mặt được áp dụng sẽ giúp chấm dứt tình trạng trên. Các bên được Nhà nước giao quyền bề mặt nếu không thực hiện được thì có thể chuyển giao lại mà không nhất thiết cần phải xây dựng tài sản trên đất. Quy định về quyền bề mặt trong BLDS năm 2015 tạo hành lang pháp lý để việc sử dụng có hiệu quả tài nguyên đất đai, tránh hiện tượng bỏ trống dự án làm thất thoát tài sản của Nhà nước.

*Năm là*, quyền bề mặt giúp giải quyết các vấn đề liên quan đến sử dụng công trình ngầm. Nếu không có quy định về quyền bề mặt thì vướng mắc trong vấn đề sử dụng công trình ngầm có nhiều câu hỏi hiện nay còn chưa giải đáp được. Quyền sử dụng đất hiện tại được hiểu là quyền đối với thửa đất được tính từ phía khoảng không bên trên đến bề



mặt đất và phía dưới bề mặt đất nhưng trong những giới hạn nhất định theo quy định của các văn bản điều chỉnh chung ở từng vùng, địa phương khác nhau. Khi Nhà nước lấy đất để xây dựng công trình ngầm dưới lòng đất (đường bộ, tàu điện...) thì việc thu hồi đất như thế nào? Quyền sử dụng lòng đất của những người bị thu hồi này có còn không hay bị mất do Nhà nước đã thu hồi? Nếu thu hồi thì việc bồi thường tính theo giá như thế nào? Nếu theo nguyên tắc bồi thường thì phải có thiệt hại xảy ra nhưng phần đất phía dưới không được sử dụng thì có coi là thiệt hại không? Nếu tính là thiệt hại thì có được coi là thiệt hại đang xảy ra từ khi mà công trình ngầm được xây dựng cho đến hết thời gian sử dụng công trình này. Nếu không có thiệt hại thì sẽ không có việc phải bồi thường. Sau khi thu hồi lòng đất, xây dựng công trình, Nhà nước có thể chuyển giao cho chủ thể khác khai thác, quản lý thì mối liên hệ giữa chủ thể này với chủ sử dụng đất thế nào? Có phụ thuộc vào nhau hay tồn tại độc lập với nhau? Những câu hỏi trên không dễ để trả lời một cách thoả mãn khi mà chưa có sự ghi nhận quyền bề mặt. Theo quan điểm của tác giả, bằng việc ghi nhận quyền bề mặt thì sẽ giải quyết được những vấn đề nêu trên. Cụ thể:

**Thứ nhất**, nếu Nhà nước xây dựng công trình ngầm dưới lòng đất thì Nhà nước chỉ thu hồi và sử dụng khoảng không gian dưới lòng đất, còn bề mặt đất và không gian trên bề mặt đất vẫn thuộc về chủ sở hữu đất. Điều này được luận giải thông qua việc hiểu quyền bề mặt được nhìn nhận dưới góc độ “cắt lớp khoảng không”, cho nên, việc sử dụng khoảng không gian dưới lòng đất không ảnh hưởng đến việc sử dụng bề mặt đất và không gian phía trên đất.

**Thứ hai**, bằng việc áp dụng quy định về quyền bề mặt, khi Nhà nước thu hồi và xây dựng công trình ngầm dưới lòng đất được hiểu là việc Nhà nước lấy đi một phần quyền bề mặt của chủ sở hữu đất. Trước đây, khi chưa có quy định về quyền bề mặt, Nhà nước thực hiện việc

xây dựng công trình ngầm dưới lòng đất thì Nhà nước sẽ phải lấy toàn bộ diện tích đất đó. Dẫn đến, Nhà nước phải bỏ ra chi phí để bồi thường thiệt hại toàn bộ giá trị của diện tích đất trên, sẽ lớn hơn nhiều so với chi phí cho việc sử dụng phần không gian dưới lòng đất. Việc bồi thường có thể được tính theo giá của thị trường hoặc khung giá do Nhà nước ban hành. Theo ý kiến cá nhân, việc bồi thường nên được tính theo giá của thị trường để bảo đảm quyền lợi cho chủ sở hữu đất hợp pháp.

**Thứ ba**, bằng việc quy định về quyền bề mặt, chủ thể khác được Nhà nước chuyển giao khai thác, sử dụng công trình ngầm dưới lòng đất có sự độc lập với chủ sở hữu đất. Hai chủ thể này độc lập với nhau trong việc khai thác, sử dụng bề mặt đất. Việc khai thác phần phía dưới bề mặt đất và khai thác phía trên bề mặt đất của hai chủ thể trên không được làm ảnh hưởng đến nhau. Nếu trong quá trình khai thác, sử dụng mà gây thiệt hại cho nhau thì phải chịu trách nhiệm bồi thường. BLDS năm 2015 chưa có quy định cụ thể về mối liên hệ giữa các chủ thể được cấp quyền bề mặt cũng như trách nhiệm chung của các chủ thể này trong việc khai thác, sử dụng trên cùng một diện tích đất./.

#### Tài liệu tham khảo

1. Bộ luật dân sự năm 2005
2. Bộ luật dân sự năm 2015
3. Trường Đại học Luật Hà Nội, Giáo trình Luật La Mã, Nxb Công an Nhân dân, Hà Nội, 2003.
4. Lê Thị Ngọc Mai, *Quyền bề mặt – Một số vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận văn thạc sỹ, Đại học Luật Hà Nội, Hà Nội, 2014.
5. LLM. Christian Hertel, Real Property Law and Procedure in the European Union, General report of European University Institute, 2005.
6. Thomas Lavier (2010), The Creation of Superficies as an Acquisition Method, Canada.
7. TS. Nguyễn Ngọc Điện (2000), Nghiên cứu về tài sản trong Luật dân sự Việt Nam, Nxb Trẻ, TP. Hồ Chí Minh.

## HÀNH LANG PHÁP LÝ CHO HOẠT ĐỘNG KINH TẾ PHI CHÍNH THỨC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Đào Lộc Bình<sup>1</sup>  
Nguyễn Hải Ngân<sup>2</sup>

**Tóm tắt:** Hiện nay, Việt Nam vẫn là một quốc gia nông nghiệp với 66,9% dân số sống ở nông thôn<sup>3</sup> và khoảng 44,3% lao động xã hội làm nông nghiệp<sup>4</sup>. Quá trình chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường và đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa nông nghiệp nông thôn đã và đang tạo ra nhiều cơ hội thuận lợi cho khu vực kinh tế phi chính thức phát triển mạnh mẽ. Tuy nhiên hiện nay, khu vực kinh tế này cũng đang đứng trước nhiều khó khăn, thách thức và bộc lộ nhiều bất cập cần được tập trung giải quyết về mặt quản lý nhà nước và chính sách. Vậy cơ chế, chính sách nào để bảo đảm quyền lợi pháp lý cho khu vực kinh tế này? Hành lang pháp lý cho khu vực kinh tế phi chính thức (KTPCT) hiện nay? Nội dung bài viết tập trung phân tích, đánh giá về hành lang pháp lý và một số chính sách quản lý nhà nước hiện nay nhằm tạo hành lang pháp lý cho khu vực KTPCT hoạt động, từ đó đề xuất một số giải pháp nhằm bảo đảm hành lang pháp lý thuận lợi cho hoạt động cũng như sự quản lý của Nhà nước đối với khu vực KTPCT.

**Từ khóa:** Khu vực kinh tế phi chính thức; quản lý nhà nước; doanh nghiệp; đơn vị sản xuất kinh doanh; hộ sản xuất kinh doanh

Nhận bài: 06/3/2017; Ngày hoàn thành biên tập: 18/4/2017; Ngày duyệt đăng: 23/5/2017

**Abstract:** Now, Viet Nam is still an agriculture country with 66,9% of the total population living in the rural areas and about 44,3% of the laborers working in the agricultural field. The process of transformation to the market economy and promotion of industrialization, modernization in rural agriculture has been creating favorable chances for the unofficial economic area to develop strongly. However, this economic area now is facing lots of challenges and difficulties and showing lots of shortcomings to be solved regarding to state management and policy. So, which policy is applied to ensure legal rights and interests for this economic area? What is the legal ground for the unofficial economic area nowadays? The article concentrates on analyzing, assessing current legal mechanism and some state management policies to ensure favorable legal ground for the operation as well as state management with the unofficial economic area.

**Keywords:** Unofficial economic area; state management; enterprise; units operating in production and business; households operating in production and business;

Date of receipt: 06/3/2017; Date of revision: 18/4/2017; Date of approval: 23/5/2017.

### 1. Quan điểm về khu vực kinh tế phi chính thức

#### \* Quan điểm của các tổ chức quốc tế về khu vực kinh tế phi chính thức

Thuật ngữ “Khu vực kinh tế phi chính thức” đầu tiên do Hart (1973) đề xuất để mô tả một khu vực kinh tế truyền thống ở các nền kinh tế đang phát triển. Nguyên gốc, sự phân biệt giữa khu vực kinh tế chính thức và KTPCT là dựa trên sự phân biệt giữa lao động được trả lương

và lao động tự làm. Để có khái niệm chính xác thế nào là việc làm phi chính thức cần phải xét đến nhiều đặc điểm như: chế độ bảo hiểm và phúc lợi xã hội, hợp đồng thành văn, bảng lương, bồi thường thất nghiệp v.v... Xét theo các định nghĩa này, có thể thấy việc làm phi chính thức bao gồm hai loại chính riêng rẽ, đó là việc làm trong *khu vực phi chính thức* (đơn vị sản xuất phi chính thức) và việc làm không có bảo hiểm trong *khu vực chính thức*.

<sup>1</sup> Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh

<sup>2</sup> Thạc sỹ, Giảng viên Khoa Luật và Quản lý xã hội, Trường Đại học Khoa học, Đại học Thái Nguyên.

<sup>3</sup> Kết quả Điều tra Dân số và nhà ở giữa kỳ tại thời điểm 01/4/2014: <http://www.nhandan.com.vn/xahoi/tin-tuc/item/25116102-dan-so-viet-nam-dat-gan-90-5-trieu-nguoi.html>.

<sup>4</sup> Báo cáo đánh giá kết quả thực hiện nhiệm vụ kinh tế - xã hội 5 năm 2011-2015 và phương hướng nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2016 - 2020 tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ 12 của Đảng Cộng sản Việt Nam.



Để có thể nhận dạng các đơn vị sản xuất phi chính thức, Hội nghị Quốc tế các nhà Thống kê Lao động (ICLS) lần thứ 15 năm 1993 (gọi tắt là ICLS 15) đã đưa ra khuyến nghị về việc sử dụng ba tiêu chí bao gồm: (1) “doanh nghiệp” (đơn vị sản xuất) không thực hiện đăng ký; (2) có quy mô nhỏ xét theo số lượng lao động; (3) không thực hiện việc đăng ký lao động<sup>5</sup>. Trong đó, các đơn vị sản xuất thuộc khu vực phi chính thức được phân biệt bao gồm hai nhóm: (1) doanh nghiệp phi chính thức của lao động tự làm việc cho bản thân và không sử dụng lao động làm thuê thường xuyên; (2) doanh nghiệp của các chủ sử dụng lao động phi chính thức sử dụng lao động làm thuê có tính chất thường xuyên. Đến ICLS 17 năm 2003 đã đề cập đến phân đoạn chi tiết hơn đối với các hộ kinh doanh bao gồm ba nhóm: (1) các doanh nghiệp khu vực chính thức, (2) các doanh nghiệp khu vực phi chính thức và (3) các hộ gia đình. Cách phân loại này được kết hợp với phân loại theo loại hình công việc để hình thành một lược đồ biểu diễn về kinh tế phi chính thức bao gồm cả lao động trong khu vực phi chính thức và lao động phi chính thức ngoài khu vực phi chính thức.

Từ những phân tích nêu trên cho thấy một khái niệm bao trùm cả khu vực KTPCT và việc làm phi chính thức xuất hiện ở cả hai khu vực KTPCT và chính thức là quan niệm được Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) đưa ra vào năm 2003 như sau: khu vực phi chính thức và việc làm phi chính thức tạo nên cái mà chúng ta gọi là kinh tế phi chính thức<sup>6</sup>, thể hiện qua công thức: Kinh tế phi chính thức = Khu vực KTPCT + Việc làm phi chính thức.

Khái niệm của ILO đưa ra hai khả năng mở cho việc xác định khu vực KTPCT đó là: tiêu chuẩn không đăng ký kinh doanh và tiêu chuẩn quy mô tối đa (ngưỡng số người nhiều nhất

làm việc trong hộ SXKD). Trong nỗ lực áp dụng khuyến nghị của ILO, Nhóm Delhi đã khuyến nghị là coi các hộ SXKD có dưới 5 người làm công ăn lương là hộ sản xuất kinh doanh (SXKD) phi chính thức.

\* **Quan điểm của Việt Nam:** Viện Khoa học thống kê đưa ra khái niệm *khu vực KTPCT* như sau: *Khu vực KTPCT là tất cả các doanh nghiệp không có tư cách pháp nhân, sản xuất ít nhất một hoặc một vài sản phẩm và dịch vụ để bán hoặc trao đổi, không đăng ký kinh doanh (không có giấy phép kinh doanh) và không thuộc ngành nông, lâm nghiệp và thủy sản*” (gọi tắt là ngành nông nghiệp). Các doanh nghiệp như vậy được gọi là “*các hộ SXKD phi chính thức*”. Việc loại hoạt động SXKD trong lĩnh vực nông nghiệp ra khỏi khái niệm là do đặc trưng hoạt động nông nghiệp và phi nông nghiệp có sự khác nhau, ví dụ như tính thời vụ, tổ chức lao động, mức thu nhập và công cụ điều tra khác nhau ở cả hai khu vực này. Các hộ SXKD có đăng ký kinh doanh thuộc vào khu vực kinh tế chính thức<sup>7</sup>.

*Tóm lại*, khu vực KTPCT với mục tiêu chủ yếu nhằm tạo ra công ăn việc làm và thu nhập cho những người có liên quan. Khu vực KTPCT đóng vai trò giải tỏa căng thẳng trên thị trường lao động, đặc biệt nhờ số lượng việc làm tạo ra trong khu vực này tăng lên, ngoài ra tỉ lệ người lao động kết hợp làm nhiều công việc cũng tăng lên. Khu vực này đã trở thành một bộ phận cấu thành của nền kinh tế của tất cả các nước trên thế giới, đặc biệt là đối với các nước đang phát triển, trong đó có Việt Nam.

## 2. Hành lang pháp lý cho hoạt động của khu vực kinh tế phi chính thức hiện nay

Hiện nay ở nước ta mặc dù chưa chính thức thừa nhận thuật ngữ “kinh tế phi chính thức” trong các văn bản quy phạm pháp luật nhưng

<sup>5</sup> Khu vực phi chính thức trong thống kê tài khoản quốc gia: Một số vấn đề về phương pháp luận, Website: <http://vienthongke.vn/thong-tin-khoa-hoc/chuyen-san/110-nam-2008-chuyen-san-thong-ke-khu-vuc-phi-chinh-thuc/485-khu-vuc-phi-chinh-thuc-trong-thong-ke-tai-khoan-quoc-gia-mot-so-van-de-ve-phuong-phap-luan>

<sup>6</sup> Jean-Pierre Cling, Đỗ Hoài Nam, Stéphane Lagrée, Mireille Razafindrakoto, François Roubaud, Kinh tế phi chính thức tại các nước đang phát triển, Nxb. Tri thức, H.2013, tr.12

<sup>7</sup> Lý Quỳnh Anh, Vài nét về kinh tế phi chính thức, Trung tâm thông tin và dự báo kinh tế xã hội quốc gia: <http://www.ncseif.gov.vn/sites/en/Pages/vainetvekinhtephi-nd-16603.html>

hệ thống pháp luật cũng đã có những quy định tạo hành lang pháp lý cho các hoạt động này. Hiến pháp 2013 có quy định về quyền sở hữu tư nhân, quyền tự do kinh doanh những ngành nghề mà pháp luật không cấm, quyền được bảo đảm an sinh xã hội và quyền làm việc, lựa chọn nghề nghiệp, việc làm và nơi làm việc<sup>8</sup>.

Các đạo luật quan trọng như: Bộ luật dân sự năm 2005 có những quy định về các quyền của cá nhân như quyền lao động, tự do lựa chọn việc làm, nghề nghiệp; quyền tự do kinh doanh, cá nhân có quyền lựa chọn hình thức, lĩnh vực, ngành nghề kinh doanh, lập doanh nghiệp, tự do giao kết hợp đồng, thuê lao động và các quyền khác phù hợp với quy định của pháp luật<sup>9</sup>. Bộ luật dân sự 2015 tiếp tục ghi nhận và bảo vệ các quyền dân sự đó của công dân. Bộ luật lao động 2012 xác định *“Việc làm là hoạt động lao động tạo ra thu nhập mà không bị pháp luật cấm”*<sup>10</sup> và người lao động có quyền *“Làm việc, tự do lựa chọn việc làm, nghề nghiệp, học nghề, nâng cao trình độ nghề nghiệp và không bị phân biệt đối xử”*<sup>11</sup>. Luật việc làm 2013 xác định *“Việc làm là hoạt động lao động tạo ra thu nhập mà không bị pháp luật cấm”*<sup>12</sup>. Theo các quy định này việc làm trong khu vực KTPCT cũng được pháp luật công nhận và bảo vệ.

Luật bảo hiểm y tế và Luật bảo hiểm xã hội đã tạo những điều kiện pháp lý thuận lợi cho các chủ thể trong khu vực KTPCT tham gia và được hưởng các chế độ bảo hiểm. Cụ thể: Luật Bảo hiểm y tế năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) đã quy định xây dựng chế độ “Bảo hiểm y tế toàn dân”<sup>13</sup>. Theo đó, Luật quy định các nhóm đối tượng tham gia bảo hiểm y tế trong đó có đối tượng thuộc khu vực KTPCT (có việc làm không chính thức) bao gồm: Nhóm do người lao động và người sử dụng lao động đóng góp: Người lao động làm việc theo hợp đồng

lao động không xác định thời hạn, hợp đồng lao động có thời hạn từ đủ 3 tháng trở lên; nhóm được ngân sách nhà nước hỗ trợ mức đóng là người thuộc hộ gia đình cận nghèo; nhóm tham gia bảo hiểm y tế theo hộ gia đình gồm những người thuộc hộ gia đình<sup>14</sup>. Những quy định này sẽ góp phần làm giảm việc làm không chính thức trong khu vực chính thức, đồng thời tạo hành lang pháp lý cơ bản cho khu vực KTPCT hoạt động và bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho người lao động làm việc tại khu vực KTPCT.

Mặc dù hiện nay, các chính sách của Nhà nước để hỗ trợ cho khu vực này vẫn chưa được đề cập trong các văn bản một cách chính thức nhưng Chính phủ cũng đã có nhiều chính sách hỗ trợ mà đối tượng được thụ hưởng là những người lao động trong khu vực KTPCT. Có thể khái quát một số chính sách cụ thể trong thời gian qua như: Nghị quyết số 120/HĐBT ngày 11/4/1992 của Hội đồng Bộ trưởng (nay là Chính phủ) về chủ trương, phương hướng và biện pháp giải quyết việc làm, chủ trương: *“Nhà nước tạo những điều kiện cần thiết thông qua cơ chế, chính sách, luật pháp và hỗ trợ một phần về tài chính để khuyến khích các tổ chức, đơn vị kinh tế và người lao động ở mọi thành phần kinh tế tự giải quyết việc làm và tạo việc làm mới”*. Tiếp đến là một số chính sách như: chính sách *“Về tín dụng đối với người nghèo và các đối tượng chính sách khác”* theo Nghị định số 78/2002/NĐ-CP ngày 04/10/2002 của Chính phủ; Đề án *“Đào tạo nghề cho lao động nông thôn đến năm 2020”* ban hành theo Quyết định số 1956/QĐ-TTg ngày 27/11/2009 của Thủ tướng Chính phủ... đây là những chính sách nhằm giúp cho các đối tượng nghèo, khó khăn trong đó có những lao động trong khu vực KTPCT có cơ hội được tiếp cận các nguồn vốn cũng như được hỗ trợ đào tạo nghề.

<sup>8</sup> Xem Điều 32, 33, 34, 35 Hiến pháp 2013.

<sup>9</sup> Xem Điều 49, 50, 51 Bộ luật Dân sự 2005.

<sup>10</sup> Khoản 1, Điều 9 Bộ luật Lao động 2012.

<sup>11</sup> Điểm a, khoản 1, Điều 5 Bộ luật Lao động 2012.

<sup>12</sup> Khoản 2, Điều 3 Luật Việc làm 2013.

<sup>13</sup> Xem Khoản 2, Điều 2 Luật Bảo hiểm y tế 2008 (sửa đổi, bổ sung 2014).

<sup>14</sup> Xem điểm a, khoản 1, điểm a, khoản 4, khoản 5 Điều 12 Luật Bảo hiểm y tế 2008 (sửa đổi, bổ sung 2014).



Cùng với đó, có thể kể đến nhóm các chính sách xóa đói giảm nghèo như:

*Nhóm chính sách giảm nghèo toàn diện:* Đó là các chính sách tổng hợp, nhằm mục tiêu cải thiện toàn diện các khía cạnh đời sống của các hộ nghèo, bao gồm các dự án tiếp cận dịch vụ, kết cấu hạ tầng; hỗ trợ sản xuất, thúc đẩy sản xuất hàng hóa và liên kết thị trường, đào tạo nghề, tạo điều kiện phát triển các mặt của đời sống kinh tế, văn hóa, xã hội cho đồng bào dân tộc (Chương trình 135, Chương trình 30a; Chương trình mục tiêu quốc gia về giảm nghèo...)

*Nhóm các chính sách có tác động trực tiếp hoặc gián tiếp nâng cao đời sống nhân dân mang tầm quốc gia.* Các chính sách này với các chủ trương tiếp cận theo mục tiêu, tập trung vào một số lĩnh vực cụ thể, thiết thực đặt ra từ thực tế đời sống kinh tế, xã hội vùng đồng bào dân tộc thiểu số (chương trình mục tiêu quốc gia về nước sạch; giáo dục đào tạo, giải quyết việc làm; dân số, kế hoạch hóa gia đình; chương trình xây dựng nông thôn mới...).

Những chính sách nêu trên khi thực hiện đã có những tác động tích cực đối với sự phát triển của khu vực KTPCT, giúp các cơ sở sản xuất kinh doanh phi chính thức có điều kiện tiếp cận các nguồn vốn ưu đãi để đầu tư phát triển sản xuất. Tuy nhiên, các chính sách này chưa đáp ứng được yêu cầu phát triển của khu vực KTPCT bởi được áp dụng chủ yếu các đối tượng chính sách và người nghèo. Trong khi đó các chủ thể sản xuất kinh doanh phi chính thức nhiều trường hợp lại không nằm trong nhóm đối tượng này do đó khi vay vốn để đầu tư phát triển sản xuất kinh doanh họ thường thiếu tài sản thế chấp để vay ngân hàng, nên các cơ sở phi chính thức thường tìm đến các tổ chức cho vay tài chính hoặc các cá nhân cho vay với lãi suất cao. Điều này dẫn tới nhiều hệ lụy không mong muốn đối với hoạt động quản lý nhà nước cũng như đối với người lao động

trong khu vực KTPCT như hiện tượng cho vay nặng lãi, tín dụng đen, lừa đảo... mà khi xảy ra các cơ quan nhà nước rất khó can thiệp để bảo vệ cho khu vực KTPCT.

Hơn nữa, các cơ sở sản xuất kinh doanh thuộc khu vực KTPCT thường không đăng ký nên trong hoạt động của mình, các cơ sở này không nhận được sự bảo hộ về mặt pháp lý. Thực tế, các cơ quan quản lý nhà nước ở các địa phương vẫn quản lý đối với các cơ sở này và thực hiện thu một số các loại phí do địa phương quy định. Tuy nhiên hoạt động quản lý nhà nước đối với khu vực KTPCT cũng có nhiều bất cập bởi trước hết như trên đã đề cập là các cơ quan nhà nước thiếu thông tin về khu vực KTPCT dẫn đến việc chưa có những chính sách quản lý phù hợp đối với khu vực KTPCT nên đã có những trường hợp ngay tại một địa phương mà chính sách quản lý nhà nước đối với khu vực KTPCT cũng đã xuất hiện những mâu thuẫn<sup>15</sup>. Do không đăng ký với các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền, không nhận được sự bảo hộ của pháp luật nên khu vực KTPCT còn phải đối mặt với hiện tượng nhũng nhiễu của một bộ phận công chức trong bộ máy quản lý nhà nước, phải bỏ ra những chi phí không chính thức để tồn tại. Trong khi đó từ phía các cơ quan quản lý nhà nước, chính sách hỗ trợ cũng như công tác quản lý nhà nước không đạt được yêu cầu đặt ra, khu vực KTPCT vẫn hoạt động và phát triển một cách tự phát nằm ngoài sự quản lý, điều chỉnh của nhà nước. Hay nói một cách khác là các cơ quan quản lý nhà nước vẫn chưa quản lý được khu vực KTPCT.

Bên cạnh đó, một số chính sách của nhà nước trong lĩnh vực giáo dục còn có những bất cập như chính sách định hướng nghề nghiệp cho người học khiến người học chỉ muốn học cao để làm việc trong khu vực kinh tế chính thức, đã tạo ra sự mất cân đối trong việc đào tạo nguồn nhân lực dẫn đến tình trạng “thừa

<sup>15</sup> Một số địa phương có chính sách cho các đối tượng nghèo ở thành phố vay vốn đầu tư mua xe đẩy hàng để kinh doanh dịch vụ ăn uống (hình thức chủ yếu là bán hàng rong trên phố), nhưng thời gian sau đó để thực hiện chủ trương xây dựng thành phố văn minh trật tự, kỷ cương thì chính quyền các địa phương này lại có chính sách cấm các loại hình dịch vụ bán hàng rong trên các tuyến phố.

thầy, thiếu thợ”, nhân lực lao động làm việc trong khu vực KTPCT thiếu trình độ, tay nghề để phát triển sản xuất, kinh doanh. Các chính sách hỗ trợ giáo dục, đào tạo dành cho các đối tượng chính sách và người nghèo ở khu vực nông thôn có những nội dung chưa phù hợp và chưa thiết thực đối với khu vực KTPCT nhất là những lao động phi chính thức ở đô thị. Có thể nói khu vực KTPCT đã được hưởng lợi nhưng chưa nhiều từ những chính sách chung của nhà nước về giáo dục, đào tạo.

### **3. Đề xuất một số giải pháp**

Theo quy luật khu vực KTPCT sẽ dần thu hẹp lại khi kinh tế phát triển (như ở các nước phát triển) nhưng dù vậy khu vực KTPCT vẫn sẽ còn tồn tại dù ở quy mô nhỏ. Do đó, từ yêu cầu của thực tiễn nhà nước cần phải có sự nhìn nhận khách quan và ứng xử phù hợp đối với khu vực KTPCT nhất là trong bối cảnh Chính phủ nước ta đang khuyến khích và tạo điều kiện cho phong trào khởi nghiệp của người dân. Để xây dựng hành lang pháp lý đầy đủ cho hoạt động của khu vực KTPCT đồng thời có chính sách hỗ trợ, tạo điều kiện cho kinh tế phi chính thức phát triển phù hợp với chiến lược phát triển kinh tế chung của đất nước tác giả đề xuất một số nội dung sau:

**Thứ nhất**, về mặt nhận thức, các cơ quan quản lý nhà nước cần nhận thức đúng đắn về vai trò, vị trí của khu vực KTPCT trong nền kinh tế để hiện thực hóa nhận thức này trước hết cần công nhận bằng pháp luật khái niệm khu vực KTPCT (khu vực kinh tế và việc làm phi chính thức. Khái niệm này cần được xác định trong văn bản pháp lý phù hợp (luật, nghị định, thông tư, v.v.) và được các cơ quan chủ chốt như Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Tài chính, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội và Tổng cục Thống kê triển khai thực hiện, tạo cơ sở cho các tổ chức và doanh nghiệp tham chiếu. Việc công nhận chính thức về mặt pháp lý này sẽ là một động lực mạnh mẽ cho người lao động thuộc khu vực phi chính thức. Khi đó, họ sẽ có đầy đủ các quyền, tạo điều kiện cho sự xuất hiện của các hiệp hội nghề nghiệp. Các hiệp hội này có khả năng đại diện cho tiếng nói

trong các cuộc đàm phán chính thức và trong các cuộc đối thoại xã hội và thực hiện chính sách hỗ trợ mục tiêu hiệu quả hơn. Như vậy sẽ thiết lập “mắt xích bị thiếu” hiện đang không hiện diện trong các chính sách phát triển và xóa đói giảm nghèo, v.v. Đối với cơ quan quản lý nhà nước việc công nhận về mặt pháp lý sẽ tạo điều kiện để các cơ quan nhà nước thực sự có thể quản lý được khu vực KTPCT bằng các công cụ mà pháp luật quy định.

**Thứ hai**, đẩy mạnh tuyên truyền, phổ biến các quy định của pháp luật liên quan cho các chủ thể của khu vực KTPCT. Bởi hiện nay, tình trạng thiếu hiểu biết về các quy định liên quan đến đăng ký kinh doanh và nộp thuế, ranh giới không rõ ràng giữa các công ty tư nhân chính thức với cơ sở tư nhân phi chính thức và sự thiếu minh bạch tạo ra một vùng tối cho phi chính thức phát triển, sự mặc cả và thậm chí cả tham nhũng. Việc thiết lập các quy tắc minh bạch, rõ ràng và được tất cả mọi người hiểu biết sẽ giúp giảm sự tùy tiện trong các quyết định và sách nhiễu của công chức, đồng thời giúp các cơ quan có thẩm quyền thực thi luật một cách chặt chẽ hơn.

**Thứ ba**, chính thức hóa khu vực KTPCT thông qua việc thực thi các quy định về đăng ký kinh doanh đơn giản, đồng bộ đối với tất cả doanh nghiệp tư nhân và ở cấp độ quốc gia. Hiện nay, Luật Doanh nghiệp 2014 đã được ban hành với các thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp đơn giản dễ dàng, do đó trong thời gian tới Chính phủ cần bổ sung thêm các chính sách khuyến khích để khu vực KTPCT đăng ký chuyển sang khu vực kinh tế chính thức trong đó, một cách hiệu quả để khuyến khích việc chính thức hóa là cải thiện tính minh bạch và công tác truyền thông về các quy định. Việc chính thức hóa khu vực KTPCT là yêu cầu tất yếu của quản lý nhà nước, điều này sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động quản lý nhà nước đối với khu vực này (về đánh giá thống kê, nộp thuế, quy hoạch...) đồng thời cũng tạo thuận lợi cho các chủ thể trong khu vực KTPCT được tiếp cận đối với các nguồn vốn chính thức từ các chính sách hỗ trợ của nhà nước.



Các quy định về khuyến khích đăng ký đối với các cơ sở SXKD phi chính thức (doanh nghiệp tư nhân) sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc xây dựng chính sách ưu đãi thuế và phù hợp với đặc thù của khu vực này. Hai quá trình này bổ sung cho nhau: *một mặt*, để các chủ cơ sở sản xuất kinh doanh chấp nhận đóng thuế thì cần thực hiện các chính sách hỗ trợ cho họ và các chính sách này, trong một chừng mực nào đó, chính là bù đắp lại việc cho đóng thuế, *mặt khác*, tất cả các khoản thuế thu từ các công ty tư nhân đương nhiên cần được sử dụng một phần để tài trợ cho các chính sách này. Được như vậy về mặt quản lý nhà nước đối với khu vực KTPCT sẽ đạt được hiệu quả mong muốn và nhà nước sẽ thu được các khoản thuế từ khu vực KTPCT.

**Thứ tư**, tăng cường hỗ trợ đào tạo đối với người lao động trong khu vực KTPCT, theo đó nhà nước cần xây dựng các chương trình đào tạo mục tiêu nhằm đến chủ cơ sở quy mô rất nhỏ và người lao động trong khu vực phi chính thức. Việc xây dựng các chương trình đào tạo kế toán, tài chính và rộng hơn là đào tạo nghề phù hợp với khu vực này sẽ góp phần nâng cao hiệu suất hoạt động (hiện nay mới có chính sách đào tạo nghề cho một số đối tượng như: hộ nghèo, nông dân, thanh niên...).

**Thứ năm**, triển khai thực hiện chương trình bảo hiểm xã hội tự nguyện phù hợp với nhu cầu của khu vực kinh tế phi chính thức. Trước mắt triển khai thực hiện tốt Luật bảo hiểm xã hội 2014 và Luật bảo hiểm y tế sửa đổi, bổ sung năm 2014 (phần bảo hiểm tự nguyện) trong thực tế để các đối tượng thuộc khu vực KTPCT thuận lợi tham gia. Việc luật đưa khu vực kinh tế phi chính thức vào chương trình bảo hiểm xã hội sẽ làm giảm sự bấp bênh và tính dễ bị tổn thương của người lao động trong khu vực này.

**Kết luận:** Kinh tế phi chính thức (Khu vực KTPCT và việc làm phi chính thức) tồn tại lâu dài và khách quan trong tất cả các nền kinh tế, quy mô và phạm vi của khu vực này tùy thuộc vào trình độ phát triển kinh tế của mỗi quốc gia (các nước phát triển quy mô của khu vực

KTPCT nhỏ và ngược lại). Ở Việt Nam, khu vực KTPCT và việc làm phi chính thức cũng phát triển tuân theo những quy luật chung đó. Hiện nay, ở nước ta khu vực KTPCT đang tồn tại và phát triển mạnh mẽ nhưng chưa được thừa nhận một cách chính thức về mặt pháp lý, hoạt động quản lý nhà nước đối với kinh tế phi chính thức được thực hiện bằng công cụ pháp luật, chính sách gián tiếp thông qua hệ thống pháp luật dân sự, lao động, bảo hiểm; các chính sách xóa đói giảm nghèo, dạy nghề tạo việc làm, tín dụng cho người nghèo, đối tượng chính sách và một số biện pháp hành chính khác. Bản thân các cơ quan quản lý nhà nước còn có những nhận thức khác nhau về khu vực KTPCT nên chưa có những chính sách hiệu quả để quản lý và định hướng cho khu vực kinh tế này phát triển phù hợp với chiến lược phát triển kinh tế quốc gia, ở khía cạnh quản lý có thể nói các cơ quan nhà nước chưa thực sự quản lý được khu vực KTPCT. Do đó, để tạo hành lang pháp lý đầy đủ, phù hợp đồng thời có chính sách hỗ trợ, tạo điều kiện cho khu vực KTPCT phát triển, Nhà nước cần cần công nhận bằng pháp luật tại Việt Nam khái niệm khu vực KTPCT; đẩy mạnh tuyên truyền, phổ biến các quy định của pháp luật liên quan cho các chủ thể (người lao động) của khu vực KTPCT; Chính thức hóa khu vực KTPCT thông qua việc thực thi các quy định về đăng ký kinh doanh đơn giản, đồng bộ đối với tất cả doanh nghiệp tư nhân và ở cấp độ quốc gia; tăng cường hỗ trợ đào tạo đối với người lao động trong khu vực KTPCT; triển khai thực hiện chương trình bảo hiểm xã hội tự nguyện phù hợp với nhu cầu của khu vực kinh tế phi chính thức.

Thực hiện đồng bộ các giải pháp nêu trên sẽ góp phần nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước đồng thời xây dựng một khu vực KTPCT phù hợp với các quy định của pháp luật và chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của đất nước góp phần vào sự phát triển của đất nước./.

#### Tài liệu tham khảo

1. Lý Quỳnh Anh, Vài nét về kinh tế phi chính thức, Trung tâm thông tin và dự báo kinh



tế xã hội quốc gia: <http://www.ncseif.gov.vn/sites/en/Pages/vainetvekinhtephi-nd-16603.html>.

2. Lý Quỳnh Anh, Khu vực kinh tế phi chính thức ở Việt Nam và tác động chính sách của Nhà nước, Trung tâm thông tin và dự báo kinh tế xã hội quốc gia:

<http://www.ncseif.gov.vn/sites/vie/Pages/khuvuckinhhtephichinh-nd-16608.html>

3. Nguyễn Hữu Chí, Nguyễn Thị Thu Huyền (TCTK), Mireille Raza.findrak.oto và Francois Roubaud (IRD-DIAL), Thị trường lao động và kinh tế phi chính thức ở Việt Nam trong thời gian khủng hoảng và phục hồi 2007-2009, Một số nét chủ yếu từ cuộc Điều tra Lao động và Việc làm, Báo cáo tóm lược chính sách, Dự án TCTK /IRD-DIAL, Tháng 12/2010.

4. Khu vực phi chính thức trong thống kê tài khoản quốc gia: Một số vấn đề về phương pháp luận, Website: <http://vienthongke.vn/thong-tin-khoa-hoc/chuyen-san/110-nam-2008-chuyen-san-thong-ke-khu-vuc-phi-chinh-thuc/485-khu-vuc-phi-chinh-thuc-trong-thong-ke-tai-khoan-quoc-gia-mot-so-van-de-ve-phuong-phap-luan>.

5. Jean-Pierre Cling, Đỗ Hoài Nam, Stéphane Lagrée, Mireille Razafindrakoto, Francois Roubaud, *Kinh tế phi chính thức tại các nước đang phát triển*, Nxb. Tri thức, Viện Hàn lâm khoa học xã hội Việt Nam, H.2013.

6. Viện Khoa học Xã hội Việt Nam (VASS) và Viện Nghiên cứu Phát triển Pháp (IRD), *Kỷ yếu Hội thảo quốc tế, Khu vực và việc làm phi chính thức, Phương pháp thống kê, tác động kinh tế và chính sách công*, Hà Nội 5/2010.

## HỘ GIA ĐÌNH - GÓC NHÌN CHỦ THỂ TỪ HOẠT ĐỘNG CÔNG CHỨNG

(Tiếp theo trang 22)

*Bốn là*, CCV đề nghị cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận nhà, đất xác nhận số lượng thành viên HGD tại thời điểm giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất và/hoặc nhà.

*Năm là*, theo trình tự thủ tục chung, khi Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất thì thường phải thông qua UBND cấp xã (đặc biệt là đối với đất nông nghiệp được điều chỉnh theo Nghị định 64/CP ngày 27/09/1993 của Chính phủ). Vì vậy, CCV có thể gửi công văn đề nghị UBND cấp xã có thẩm quyền căn cứ vào hồ sơ lưu để xác nhận số lượng thành viên HGD tại thời điểm giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất.

### 4. Kiến nghị

Từ pháp luật thực định đến thực tiễn áp dụng pháp luật đối với chủ thể HGD, chúng tôi kiến nghị những biện pháp để giải quyết những vướng mắc nêu trên, cụ thể như sau:

*Thứ nhất*, cơ quan có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận cần liệt kê số lượng thành viên HGD trên Giấy chứng nhận hoặc trong Giấy

chứng nhận ghi việc cấp nhà, đất cho HGD theo quyết định; bản án; hoặc sổ hộ khẩu cụ thể.

*Thứ hai*, cần bổ sung hoặc làm rõ HGD được sở hữu nhà ở tại Luật Nhà ở có tương tự như HGD tại Luật Đất đai hay không, bởi tại BLDS năm 2015 chỉ xác định chủ thể của quan hệ dân sự có sự tham gia của HGD sử dụng đất được thực hiện theo quy định của Luật Đất đai mà không nhắc đến HGD sở hữu nhà ở tại Luật Nhà ở.

*Thứ ba*, cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn cụ thể hơn đối với việc định đoạt tài sản chung của thành viên HGD theo Điều 212, BLDS năm 2015 bởi cụm từ “trừ trường hợp luật có quy định khác” trong thực tiễn vẫn còn nhiều cách hiểu khác nhau.

*Thứ tư*, trên cơ sở liệt kê, khảo sát, cần tổng hợp các vụ án dân sự về HGD qua đó xây dựng án lệ liên quan đến chủ thể đặc thù này nhằm tạo thuận lợi cho CCV cũng như cá nhân, cơ quan tổ chức có thẩm quyền khác áp dụng pháp luật trên cơ sở thống nhất, rõ ràng và minh thị./.



## NGOẠI LỆ TRONG SAO CHÉP TÁC PHẨM THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Bùi Thị Hằng Nga<sup>1</sup>  
Lê Thị Diễm<sup>2</sup>

**Tóm tắt:** Ngoại lệ trong bảo hộ quyền tác giả nói chung và sao chép tác phẩm nói riêng là một công cụ quan trọng nhằm đảm bảo nguyên tắc cân bằng giữa lợi ích của tác giả, chủ sở hữu tác phẩm và lợi ích của xã hội, cộng đồng, vốn rất cần thiết đối với các quốc gia đang phát triển như Việt Nam. Chính vì vậy mà vấn đề về ngoại lệ là một nội dung trung tâm trong các tranh luận liên quan đến quyền tác giả và là một trong những quy định quan trọng trong các Điều ước quốc tế và hệ thống pháp luật các nước về sở hữu trí tuệ. Trong phạm vi bài viết này, bằng phương pháp phân tích và so sánh với quy định pháp luật của một số quốc gia về ngoại lệ trong sao chép tác phẩm, tác giả sẽ làm rõ một vài hạn chế, bất cập của các quy định về ngoại lệ trong sao chép tác phẩm theo pháp luật Việt Nam. Đồng thời, thông qua bài viết, tác giả muốn gợi mở những điều chỉnh, bổ sung quy định về sở hữu trí tuệ của pháp luật Việt Nam theo hướng mở rộng các trường hợp ngoại lệ trong sao chép tác phẩm.

**Từ khóa:** Sao chép tác phẩm, Sở hữu trí tuệ, Ngoại lệ, Quyền tác giả, Nguyên tắc cân bằng lợi ích

Nhận bài: 06/3/2017; Hoàn thành biên tập: 10/5/2017; Duyệt đăng: 23/5/2017

**Abstract:** The exception to copyrights protection in general and to reproduction of works in particular is the important tool to achieve the balance between the rights of creators, copyright owners and the interests of society, community, which is particularly essential to developing countries like Vietnam. Therefore, such exception is not only the vital part of discussions relating to copyrights but also one of the important regulations in International Conventions and legal system on intellectual property of many countries. To the extent of this paper, by analyzing and comparing with relevant provisions in the relevant laws of various countries, the author shall clarify certain limitation/unsoundness of Vietnam regulations regarding exception to reproduction of works. Besides, through this paper, the author also would like to suggest adjustments and supplementations to these regulations in expanding exception to reproduction of works.

**Key words:** Reproduction of works, Intellectual Property, Exception, Copyrights, Rule of reason

Date of receipt: 06/3/2017; Date of revision: 10/5/2017; Date of approval: 23/5/2017

### 1. Đặt vấn đề

Thời gian vừa qua, vụ việc sinh viên N.T.N.A của Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh đưa bản sao của 8 cuốn giáo trình khác nhau mang vào trường và trường đã áp dụng hình thức kỷ luật đình chỉ học một năm với sinh viên này khi phát hiện ra vụ việc. Tuy nhiên, dưới sức ép của dư luận, cuối cùng nhà trường đã giảm mức kỷ luật xuống còn cảnh cáo<sup>3</sup>. Sự

việc này đã tạo ra những tranh luận trái chiều liên quan đến hành vi của sinh viên N.T.N.A, quyết định của trường Đại học Luật TP.HCM cũng như việc áp dụng, thực thi các quy định của pháp luật hiện hành đối với hành vi nói trên.

Trong phạm vi bài viết này, tác giả muốn trả lời cho câu hỏi: Có hay không việc vi phạm pháp luật về sở hữu trí tuệ của Việt Nam trong trường hợp của sinh viên nói trên?

<sup>1</sup> NCS, Khoa Luật kinh tế trường Đại học kinh tế - Luật Đại học Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh

<sup>2</sup> Công ty Trách nhiệm hữu hạn Cargill Việt Nam

<sup>3</sup> Thông tin được công bố tại link <http://tuoitre.vn/tin/giao-duc/20170215/dh-luat-tphcm-chi-can-cao-sv-dua-giao-trinh-photo-vao-truong/1265275.html> truy cập ngày 17/3/2017

Quy định về ngoại lệ trong bảo hộ quyền tác giả là một trong những vấn đề trung tâm của những tranh luận liên quan đến quyền tác giả, là một trong những quy định quan trọng trong các Điều ước quốc tế và pháp luật các nước về sở hữu trí tuệ. Quy định này không phải là sản phẩm chủ quan của các nhà làm luật mà dựa trên những cơ sở lý luận và thực tiễn nhất định như sau:

**Thứ nhất**, xuất phát từ lợi ích của xã hội, cộng đồng. Nhà văn Victor Hugo – người sáng lập nên Hiệp hội văn học quốc tế (*Association littéraire internationale*), tiền thân của Hiệp hội văn học và nghệ thuật quốc tế ngày nay (*Association littéraire et artistique internationale*), mầm mống cho sự ra đời của Công ước Berne về bảo hộ các tác phẩm văn học và nghệ thuật (Công ước Berne)<sup>4</sup> cho rằng mỗi bận tâm duy nhất trong việc bảo hộ quyền tác giả đó là lợi ích công cộng vì bản chất của việc bảo hộ quyền tác giả sẽ không nằm ngoài mục tiêu thúc đẩy sự phát triển của khoa học và nghệ thuật. Vì vậy, khi có mâu thuẫn phát sinh giữa quyền của tác giả và những điều thuộc về “ *tinh thần con người*” thì những điều thuộc về “ *tinh thần con người*” sẽ được ưu tiên hơn<sup>5</sup>. Ông Potter Stewart - Thẩm phán tòa án tối cao Hoa Kỳ cũng đã từng phát biểu vào năm 1975 rằng: “*Hệ quả đầu tiên của luật bản quyền là đảm bảo sự bù đắp hợp lý đối với công sức lao động sáng tạo của một tác giả. Nhưng mục đích cuối cùng của nó phải là khuyến khích sự sáng tạo phục vụ lợi ích của công chúng*”<sup>6</sup>. Mục tiêu đảm bảo lợi ích của xã hội cộng đồng cũng đã được cụ thể hóa bằng các quy định trong các Điều ước quốc tế. Chẳng hạn, Điều 7 của Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (Hiệp định TRIPs) quy định rằng “*Việc bảo hộ và thực thi các quyền sở hữu trí*

*tuệ phải góp phần thúc đẩy việc cải tiến, chuyển giao và phổ biến công nghệ, góp phần đem lại lợi ích chung cho người tạo ra và người sử dụng kiến thức công nghệ, đem lại lợi ích xã hội và lợi ích kinh tế, tạo sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ*” hoặc Điều 18.2 Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (Hiệp định TPP) thể hiện rằng: “*Mục tiêu việc bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ cần đóng góp vào việc thúc đẩy đổi mới công nghệ, vào việc chuyển giao và phổ biến công nghệ, vào lợi ích chung giữa nhà sản xuất và người sử dụng tri thức công nghệ theo cách thức có lợi cho phúc lợi kinh tế và xã hội, và cho sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ*”.

**Thứ hai**, xuất phát từ sự tôn trọng các quyền tự do cơ bản của con người. Một trong những quyền tự do cơ bản đó là quyền được tiếp cận thông tin. Con người tiếp cận thông tin qua nhiều nguồn khác nhau như báo chí, truyền hình, chương trình phát thanh... Nếu quy định độc quyền tuyệt đối đối với các tác phẩm cho các tác giả, chủ sở hữu tác phẩm thì bất kỳ bài phê bình nào, bất kỳ bản tin nào, bất kỳ bài báo nào... muốn được phát hành phải được sự cho phép trước của tác giả, chủ sở hữu tác phẩm. Hậu quả của việc này chính là nguồn thông tin mà con người có thể tiếp cận sẽ rất hạn chế, bao gồm cả những thông tin có tính chất quan trọng, cần thiết đối với đời sống hằng ngày của mỗi người.

**Thứ ba**, xuất phát từ mục đích thúc đẩy các lợi ích công trong tiếp cận thông tin. Nhiều luật bản quyền của các quốc gia đều có những điều khoản về ngoại lệ cho phép việc dùng lại các tác phẩm có bản quyền khi báo cáo tin tức hoặc thông qua các phương tiện khác nhằm cung cấp thông tin cho công chúng về các vấn đề chính trị hoặc sự kiện kinh tế. Một số ngoại lệ

<sup>4</sup> Daniel J. Gervais (2008), “Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations”, *University of Ottawa Law & Technology Journal*, (05), tr.4.

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1825342##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825342##)

<sup>5</sup> Daniel J. Gervais (2008), “Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations”, *University of Ottawa Law & Technology Journal*, (05), tr.5.

[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1825342##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1825342##)

<sup>6</sup> Peter K. Yu (2007), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*, Volume I: Copyright and Related Rights, p. 139.



cho phép việc truyền đạt thông tin trong các bài diễn văn về chính trị. Công ước Berne cũng đã cho phép điều này<sup>7</sup>. Những quy định này đã cung cấp những quyền rộng rãi hơn cho những người truyền đạt những thông tin liên quan đến những vấn đề mà cộng đồng quan tâm. Mục đích này đã được khẳng định trong phán quyết của Tòa án trong vụ tranh chấp *Time, Inc v Bernard Geis Associates*. *Time* là chủ sở hữu quyền tác giả của bộ phim *Zapruder* về cuộc điều binh ở Dallas trong khoảng thời gian Tổng thống Kennedy bị bắn. *Zapruder* là tài liệu duy nhất về vụ ám sát này. Đây là bằng chứng quan trọng trong báo cáo Ủy ban Warren về cái chết của Tổng thống Kennedy và các cuộc tranh luận khi vấn đề được đặt ra là có hay không Lee Harvey Oswald là sát thủ duy nhất. Geis xuất bản một cuốn sách nhằm mục đích chứng minh rằng Oswald không phải là tay súng duy nhất. Tác giả của cuốn sách phụ thuộc nhiều vào một số khung hình từ phim *Zapruder* làm bằng chứng để hỗ trợ cho tuyên bố của mình. Sau khi *Time* từ chối cấp giấy phép sử dụng các khung hình trong cuốn sách, Geis vẫn chuẩn bị phác thảo các khung hình cho cuốn sách của mình. *Time* đã kiện Geis vì điều này. Tuy nhiên, Tòa án đã phán quyết rằng việc Geis sử dụng một số khung hình từ phim *Zapruder* thuộc sở hữu của *Time* để làm các phác thảo trong cuốn sách là sử dụng hợp lý vì điều này xuất phát từ lợi ích công cộng trong việc cần thiết phải được tiếp cận thông tin về vụ ám sát<sup>8</sup>.

**Thứ tư**, thực hiện mục tiêu chính sách xã hội và văn hóa. Hầu như tất cả các luật bản quyền của các quốc gia đều quy định các ngoại lệ trong bảo hộ quyền tác giả nhằm thực hiện một số mục tiêu chính sách xã hội và văn hóa. Phổ biến nhất là những quy định cho phép

người sử dụng tài liệu có bản quyền trong quá trình giảng dạy, trong các cơ sở giáo dục phi lợi nhuận hoặc những quy định cho phép các thư viện và cơ sở lưu trữ tài liệu sao chép các tác phẩm để bảo tồn chúng và cho phép tạo ra các các định dạng đặc biệt để người khuyết tật có thể dễ dàng tiếp cận nhiều hơn với các tác phẩm, tạo điều kiện cho họ tham gia nhiều hơn vào đời sống văn hóa xã hội.

Như vậy, quy định về ngoại lệ trong bảo hộ quyền tác giả đóng một vai trò quan trọng góp phần tạo ra sự cân bằng quyền lợi giữa lợi ích của tác giả, chủ sở hữu tác phẩm và lợi ích của cộng đồng. Quy định này càng có ý nghĩa nhiều hơn đối với những quốc gia đang phát triển, mức sống của người dân không cao như Việt Nam.

Trong các trường hợp ngoại lệ về bảo hộ quyền tác giả, ngoại lệ trong sao chép tác phẩm được quan tâm nhiều hơn, bởi lẽ quyền sao chép tác phẩm đóng một vai trò vô cùng quan trọng đối với tác giả, chủ sở hữu tác phẩm cũng như công chúng. Quyền sao chép tác phẩm là quyền tài sản mà được khai thác và đem lại nhiều lợi ích kinh tế nhất cho chủ sở hữu quyền. Đồng thời, công chúng tiếp cận và sử dụng các tác phẩm thông qua nhiều cách thức nhưng có lẽ sao chép là cách thức được sử dụng nhiều nhất và đem lại nhiều lợi ích nhất cho người sử dụng.

## **2. Ngoại lệ trong sao chép tác phẩm theo quy định của pháp luật Việt Nam**

Theo quy định của pháp luật Việt Nam về sở hữu trí tuệ, ngoại lệ trong sao chép tác phẩm được quy định cụ thể rằng người sử dụng được sao chép tác phẩm mà không phải xin phép và không phải trả tiền thù lao trong trường hợp (i) *Tự sao chép một bản nhằm mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy của cá nhân*; và (ii)

<sup>7</sup> Điều 10bis (1) Công ước Berne (1971) quy định “Luật pháp Quốc gia thành viên Liên hiệp có thẩm quyền cho phép in lại trên báo chí, phát lại trên đài truyền thanh hay phương tiện thông tin đại chúng những bài báo có tính chất thời sự về kinh tế, chính trị hay tôn giáo đã đăng tải trên báo chí hoặc tập san, hoặc các tác phẩm truyền thanh có tính chất tương tự, với điều kiện những tác phẩm đó không phải là những tác phẩm mà tác giả đích danh giữ bản quyền”

<sup>8</sup> Pamela Samuelson, *Justifications for Copyright Limitation & Exceptions*, University of California, Berkeley - School of Law, tr. 13, đã trích dẫn từ case *Emerson v. Davies*, 8F. Cas.615, 619 (1845).

[https://www.law.berkeley.edu/files/Justifications\\_for\\_Copyright\\_Limitations\\_and\\_Exceptions\\_\\_Pamuela\\_Samuelson.pdf](https://www.law.berkeley.edu/files/Justifications_for_Copyright_Limitations_and_Exceptions__Pamuela_Samuelson.pdf)

Sao chép tác phẩm để lưu trữ trong thư viện với mục đích nghiên cứu. Tuy nhiên, hai trường hợp sao chép tác phẩm này không áp dụng đối với tác phẩm kiến trúc, tác phẩm tạo hình, chương trình máy tính và tổ chức. Đồng thời, cá nhân sao chép tác phẩm trong hai trường hợp này không được làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường tác phẩm, không gây phương hại đến các quyền của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả; phải thông tin về tên tác giả và nguồn gốc, xuất xứ của tác phẩm<sup>9</sup>.

Với quy định về ngoại lệ trong sao chép tác phẩm của pháp luật Việt Nam như trên dẫn đến một vài hạn chế, bất cập trong thực tiễn áp dụng như sau:

**Thứ nhất**, sao chép nhằm mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy của cá nhân chỉ được xem hợp pháp khi cá nhân đó tự thực hiện sao chép.

Điều này có nghĩa là ngoại lệ trong sao chép tác phẩm được xem là sao chép hợp pháp theo quy định tại điều luật này khi người sao chép tác phẩm phải tự thực hiện việc sao chép mà không có sự hỗ trợ, can thiệp của bất kỳ đối tượng nào khác. Chẳng hạn, giảng viên hay một nhà nghiên cứu muốn sao chép một tác phẩm ra một bản khác nhằm phục vụ hoạt động giảng dạy hay nghiên cứu của mình, họ phải tự thực hiện việc sao chép thông qua các thiết bị dùng cho việc sao chép như máy photocopy chứ không được nhờ các cơ sở kinh doanh dịch vụ photocopy làm thay mình việc đó. Theo tác giả, việc quy định “tự sao chép” nói trên không có ý nghĩa về pháp lý cũng như thực tiễn. Bởi vì, rất khó kiểm soát việc một người khi sao chép một tác phẩm là tự thực hiện hay nhờ người khác. Đồng thời, việc tự sao chép hay nhờ một người khác sao chép hộ không làm thay đổi vấn đề, bản chất vẫn là sao chép tác phẩm và nếu đáp ứng được những yêu cầu về mục đích phục vụ cũng như không làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm gốc... thì dù có nhờ người khác sao chép hộ theo tác giả vẫn phải được chấp nhận và được xem là hợp pháp. Theo tìm hiểu của tác

giả, quy định về ngoại lệ trong bảo hộ quyền tác giả trong trường hợp sao chép của đa số pháp luật của các quốc gia khác thì đều chỉ sử dụng từ “sao chép” chứ không phải “tự sao chép” như pháp luật Việt Nam.

**Thứ hai**, mục đích sao chép là để phục vụ cho mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy của cá nhân hoặc để lưu trữ trong thư viện với mục đích nghiên cứu.

Theo khoản 4 Điều 2 Luật Khoa học và công nghệ năm 2013 thì nghiên cứu khoa học là “hoạt động phát hiện, tìm hiểu các hiện tượng, sự vật, quy luật của tự nhiên, xã hội và tư duy, sáng tạo các giải pháp nhằm ứng dụng vào thực tiễn. Nghiên cứu khoa học bao gồm nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu ứng dụng”. Như vậy, với quy định pháp luật hiện hành về mục đích sao chép là để phục vụ cho mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy của cá nhân, những trường hợp sao chép mặc dù phục vụ cho nhu cầu cá nhân, bao gồm cả việc phục vụ cho việc học tập không được xem là các trường hợp ngoại lệ trong sao chép tác phẩm, theo đó vẫn phải xin phép và trả tiền thù lao cho tác giả, chủ sở hữu tác phẩm. Trong khi đó, pháp luật trước đây của Việt Nam về sở hữu trí tuệ cho phép sao chép tác phẩm để phục vụ cho mục đích cá nhân. Cụ thể, Điều 12 Nghị định số 76/CP ngày 29 tháng 11 năm 1996 của Chính Phủ hướng dẫn thi hành một số quy định về quyền tác giả trong Bộ luật dân sự năm 1995 cho phép sao lại tác phẩm để sử dụng riêng với điều kiện là sao ra không quá một bản. Mục đích riêng ở đây có thể được hiểu là mục đích sử dụng của cá nhân. Tuy nhiên đến Luật sở hữu trí tuệ năm 2005 được sửa đổi bổ sung năm 2009 thì trường hợp sao chép phục vụ cho nhu cầu cá nhân không còn được xem là trường hợp không phải xin phép và không trả tiền nhuận bút, thù lao.

Như vậy, về phương diện pháp luật, với quy định pháp luật Việt Nam hiện hành về sở hữu trí tuệ, việc sinh viên N.T.N.A của Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh mang bản sao của 8 cuốn giáo trình khác nhau như đề cập ở trên là vi phạm pháp luật sở hữu trí tuệ hiện

<sup>9</sup> Điều 25 Luật sở hữu trí tuệ 2005, được sửa đổi bổ sung 2009.



hành của Việt Nam. Quy định hiện hành này thật sự chưa phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế xã hội hiện nay của Việt Nam. Điều này đã làm hạn chế khả năng được tiếp cận tri thức, tiếp cận những tác phẩm phục vụ nhu cầu cá nhân, giải trí, học tập... của người dân Việt Nam nói chung, học sinh, sinh viên nói riêng. Quy định này vô hình chung đã đẩy hàng triệu học sinh, sinh viên Việt Nam vào tình trạng vi phạm luật vì đã photocopy, sao chép tài liệu nhằm mục đích phục vụ cho việc học tập. Với quy định này thì khả năng được tiếp cận tri thức, tiếp cận những tác phẩm phục vụ cho nhu cầu cá nhân, đặc biệt là học tập sẽ ngày càng hạn chế hơn khi mà vấn đề về bảo hộ bản quyền được trong Hiệp định TPP được siết chặt hơn chẳng hạn quy định về thời hạn bảo hộ quyền tác giả trong Hiệp định TPP là suốt cuộc đời tác giả cộng thêm 70 năm tiếp theo kể từ khi tác giả chết trong khi theo pháp luật Việt Nam chỉ là 50 năm cũng như những quy định về hình sự hóa những vi phạm về bản quyền.

### 3. Ngoại lệ trong sao chép tác phẩm của một số quốc gia

Theo tác giả, quy định về ngoại lệ trong sao chép tác phẩm của một số quốc gia, bao gồm cả những quốc gia mà điều kiện kinh tế và mức sống của người dân cao hơn Việt Nam rất nhiều, vẫn cho phép sao chép tác phẩm phục vụ mục đích cá nhân, học tập. Ví dụ như tóm tắt quy định một số nước như dưới đây:

Luật Quyền tác giả Hoa Kỳ năm 1976 Điều 107: “Quy định về sử dụng hợp lý”: cho phép sử dụng một tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả bao gồm các hình thức sử dụng thông qua hình thức sao chép dưới dạng bản sao hoặc bản ghi hoặc bởi bất kỳ một phương thức nào được quy định trong Điều này cho mục đích bình luận, phê bình, đưa tin hoặc giảng dạy (*bao hàm cả việc sử dụng nhiều bản sao cho lớp học*), nghiên cứu, *học tập* là không vi phạm quyền tác giả.

Để xác định xem liệu việc sử dụng tác phẩm trong các trường hợp cụ thể có phải là sử dụng được phép hay không thông qua việc xem xét các nhân tố sau:

- Mục đích và đặc điểm của việc sử dụng, bao gồm việc sử dụng đó có tính chất thương mại không hay là chỉ nhằm mục đích giáo dục phi lợi nhuận;

- Bản chất của tác phẩm được bảo hộ;

- Số lượng và thực chất của phần được sử dụng trong tác phẩm được bảo hộ như là một tổng thể;

- Vấn đề ảnh hưởng của việc sử dụng đó đối với tiềm năng thị trường hoặc đối với giá trị của tác phẩm được bảo hộ.

Luật Quyền tác giả Nhật Bản sửa đổi bổ sung năm 2013 Điều 35: Tại trường học, cơ quan giáo dục (ngoại trừ được thành lập vì mục đích lợi nhuận), *người phụ trách giảng dạy cũng như người được giảng dạy với mục đích sử dụng trong quá trình giảng dạy có thể được sao chép tác phẩm đã công bố theo mức độ cần thiết được công nhận*. Tuy nhiên, không áp dụng khoản này đối với trường hợp gây phương hại vô lý đến lợi ích của chủ sở hữu quyền tác giả khi đối chiếu với loại hình, mục đích khai thác tác phẩm cũng như số lượng và cách thức sao chép.

Luật Quyền tác giả, tác phẩm văn học và nghệ thuật Thụy Điển sửa đổi bổ sung năm 2011 Điều 12: Bất kỳ người nào cũng có thể được làm một hoặc một vài bản sao tác phẩm đã công bố, *nhằm mục đích sử dụng cá nhân* trừ trường hợp sao chép tác phẩm kiến trúc, làm bản sao chương trình máy tính, làm bản sao dưới dạng kỹ thuật số của các sưu tập dữ liệu dưới dạng kỹ thuật số.

Luật Quyền tác giả và Quyền liên quan Thụy Sĩ năm 1992 Điều 19: Tác phẩm đã được xuất bản có thể được sử dụng *để sử dụng cá nhân*. Sử dụng cá nhân được hiểu là:

- bất kỳ sử dụng cá nhân của tác phẩm hoặc sử dụng trong phạm vi của những người có liên hệ chặt chẽ với nhau, chẳng hạn như người thân hoặc bạn bè;

- sử dụng bất kỳ một tác phẩm của một giáo viên và lớp học của mình cho các mục đích giáo dục;

- việc sao chép tác phẩm trong các doanh nghiệp, cơ quan hành chính, các tổ chức, hội

đồng/ủy ban và các cơ quan tương tự với mục đích thông tin nội bộ hoặc cung cấp tài liệu.

Luật Quyền tác giả và Quyền liên quan Campuchia năm 2003 Điều 24: *Cho phép cá nhân có thể sao chép một bản sao những tác phẩm đã được xuất bản phục vụ cho mục đích cá nhân* mà không phải xin phép tác giả hoặc chủ sở hữu quyền trừ trường hợp sao chép một tác phẩm kiến trúc dưới dạng tòa nhà hay hình thức xây dựng khác; sao chụp toàn bộ hoặc một phần đáng kể của một cuốn sách, và của một tác phẩm âm nhạc dưới dạng ký hiệu âm nhạc; sao chép toàn bộ hoặc một phần quan trọng của một cơ sở dữ liệu dưới dạng số; sao chép chương trình máy tính, trừ trường hợp làm một bản sao để lưu trữ. Ngoại lệ sao chép này phải không mâu thuẫn với việc khai thác bình thường tác phẩm hoặc không làm ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của tác giả hoặc người nắm quyền.

Luật Quyền tác giả Venezuela năm 1993

Điều 44 Chương 2: Cho phép sao chép nhằm các mục đích sau:

- (i) Học tập
- (ii) Phục vụ thủ tục của Tòa án hoặc các thủ tục hành chính.
- (iii) Sao chép một bản sao chương trình máy tính nhằm mục đích lưu trữ hoặc an ninh.
- (iv) Sao chép nhằm mục đích phục vụ nhu cầu sử dụng cá nhân của người sử dụng miễn người này thực hiện việc sao chép bằng chính những phương tiện, công cụ của mình.

Tuyên bố số 410/2004 về bảo vệ Quyền tác giả và Quyền liên quan của Ethiopia năm 2004

Mục 9 Phần 2 Quy định về việc sao chép cho mục đích cá nhân. Theo đó cho phép một người được quyền sao chép một bản tác phẩm đã được công bố chỉ nhằm *phục vụ cho những mục đích cá nhân* của người đó trừ trường hợp sao chép một tác phẩm kiến trúc dưới dạng tòa nhà hay hình thức xây dựng khác; sao chép tác phẩm âm nhạc dưới dạng ký hiệu; sao chép chương trình máy tính trừ một số trường hợp sao chép nhằm mục đích lưu trữ để sử dụng sau này... Ngoại lệ sao chép này phải không mâu thuẫn với việc khai thác bình thường tác phẩm hoặc không làm ảnh hưởng đến lợi ích hợp

pháp của tác giả hoặc người nắm quyền. Qua đó có thể thấy rằng, việc quy định về ngoại lệ trong việc sao chép tác phẩm theo quy định của pháp luật Việt Nam còn nhiều bất cập, chưa đảm bảo được sự cân bằng trong việc đảm bảo quyền của tác giả với lợi ích công cộng và xã hội nói chung. Chính điều đó đã dẫn đến các cách hiểu cũng như phương thức xử lý khác nhau đối với hành vi photocopy giáo trình của sinh viên nêu trên.

Như vậy, so với pháp luật nhiều nước, quy định pháp luật hiện hành của Việt Nam về vấn đề sao chép tác phẩm có phần hạn chế. Việc tham gia Hiệp Định TRIPs cũng như gia nhập Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) mở ra cho Việt Nam nhiều cơ hội và cũng nhiều thách thức, đặc biệt là trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ. Để thực hiện các cam kết trong Hiệp định TPP, pháp luật Việt Nam trong nhiều lĩnh vực, bao gồm sở hữu trí tuệ, sẽ phải có sự điều chỉnh, bổ sung để thực thi các cam kết. Hy vọng rằng, cùng với sự điều chỉnh và bổ sung pháp luật ấy, vấn đề về ngoại lệ trong bảo hộ quyền tác giả nói chung và ngoại lệ trong sao chép tác phẩm nói riêng sẽ được điều chỉnh, thay đổi theo hướng mở rộng các trường hợp được phép sao chép cho mục đích cá nhân và phục vụ học tập như quy định của đa số các quốc gia khác trên nguyên tắc đảm bảo được sự cân bằng quyền lợi như đã đề cập ở trên./.

#### Tài liệu tham khảo

1. Daniel J. Gervais (2008), “Making Copyright Whole: A Principled Approach to Copyright Exceptions and Limitations”, *University of Ottawa Law & Technology Journal*.
2. Peter K. Yu (2007), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age, Volume I: Copyright and Related Rights*, p. 139.
3. Công ước Berne (1971)
4. Luật sở hữu trí tuệ 2005, được sửa đổi bổ sung 2009.
5. Nguyễn Bình, Nguyễn Thị Chính, Nguyễn Huy Ngát, Nguyễn Bích Ngọc (2005), *Bình luận về quyền tác giả theo pháp luật Việt Nam*, NXB Tư pháp, Hà Nội.



## VAI TRÒ CỦA NHÀ NƯỚC TRONG HOẠT ĐỘNG TRỢ GIÚP PHÁP LÝ CỦA VIỆT NAM HIỆN NAY

Đào Dư Long<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Theo quy định tại Điều 6 Luật Trợ giúp pháp lý năm 2006 xác định chính sách trợ giúp pháp lý của Đảng và Nhà nước ta như sau: Trợ giúp pháp lý là trách nhiệm của Nhà nước. Nhà nước giữ vai trò nòng cốt trong việc thực hiện, tổ chức thực hiện trợ giúp pháp lý. Tuy nhiên, hiện nay Luật Trợ giúp pháp lý đang trong quá trình nghiên cứu sửa đổi, bổ sung và đã có quan điểm cho rằng nên sửa đổi Điều 6 Luật Trợ giúp pháp lý năm 2006 theo hướng Nhà nước không nên giữ vai trò nòng cốt trong hoạt động trợ giúp pháp lý, nên giao cho một tổ chức nào đó ngoài Nhà nước làm nòng cốt, xã hội hóa toàn bộ công tác này như hoạt động công chứng, còn Nhà nước chỉ giữ vai trò quản lý điều phối nguồn lực bảo đảm cho các đối tượng thuộc diện được trợ giúp pháp lý được hưởng dịch vụ trợ giúp pháp lý kịp thời, có chất lượng. Bài viết nhằm mục đích tạo diễn đàn trao đổi giữa những người đang thực hiện, nghiên cứu và quan tâm đến công tác này. Bởi đây có thể nói là một vấn đề rất lớn cần phải giải quyết rõ ràng thì mới có thể thiết kế được Luật Trợ giúp pháp lý sửa đổi, bổ sung đúng, chất lượng và có tính khả thi sau khi được Quốc hội thông qua.

**Từ khóa:** Trợ giúp pháp lý, vai trò nòng cốt

Nhận bài: 06/3/2017; Hoàn thành biên tập: 10/5/2017; Duyệt đăng: 23/5/2017.

**Abstract:** The policy of legal support of our Party and State is regulated in the Article 6 of the Law on Legal Support in 2006 as follows: Legal supporting is the state's duty. The state holds the key role in implementing, organizing legal support activities. However, the Law on Legal Support is now in the process of studying, amending, supplementing and there is a viewpoint that the Article 6 of the Law on Legal Support in 2006 should be amended in the way that the State should not hold the key role in legal support activity. The key role should be hold by a non-state organization, socializing this activity as notary activity and the State only holds the role of managing, coordinating the source to ensure that persons subjected to the legal support get legal support service timely with good quality. This article aims to create forum for persons who are implementing, studying and interested in this task. Because it is an important issue to be clearly solved to develop the Law on Legal Support admended, supplemented with good quality and feasibility after being passed by the National Assembly.

**Keywords:** Legal Support, key role

Date of receipt: 06/3/2017; Date of revision: 10/5/2017; Date of approval: 23/5/2017

Điều 6 Luật Trợ giúp pháp lý năm 2006 xác định chính sách trợ giúp pháp lý của Đảng và Nhà nước ta như sau: *Trợ giúp pháp lý là trách nhiệm của Nhà nước. Nhà nước giữ vai trò nòng cốt trong việc thực hiện, tổ chức thực hiện trợ giúp pháp lý;...*

Mặc dù còn một số tồn tại, hạn chế nhất định nhưng có thể nói thực tiễn tổ chức và hoạt động trợ giúp pháp lý trong gần 20 năm qua đã chứng minh chính sách trợ giúp pháp lý của Đảng và Nhà nước ta hoàn toàn đúng đắn, phù hợp với trình độ phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, đáp ứng nguyện vọng của đông đảo quần chúng

nhân dân, tạo cơ chế giúp đỡ pháp lý miễn phí cho người nghèo và đối tượng chính sách, nhằm nâng cao nhận thức, hiểu biết và ý thức chấp hành pháp luật để họ ứng xử phù hợp với pháp luật, thực hiện pháp luật, tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình khi bị xâm phạm. Hoạt động trợ giúp pháp lý đã góp phần đưa chủ trương xoá đói, giảm nghèo, đền ơn, đáp nghĩa, bảo đảm công bằng xã hội của Đảng và Nhà nước vào cuộc sống; giúp các cơ quan tiến hành tố tụng và các cơ quan nhà nước khác giải quyết các vụ việc một cách chính xác, khách quan, công bằng và đúng pháp luật; góp phần giải toả

<sup>1</sup>Thạc sỹ, Phó Giám đốc Trung tâm tư vấn pháp luật, Học viện Tư pháp.



những vướng mắc pháp luật của nhân dân, giữ gìn ổn định chính trị, trật tự an toàn xã hội, tạo niềm tin của nhân dân đối với Đảng và Nhà nước; góp phần vào sự nghiệp cải cách hành chính, cải cách tư pháp và xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

Trợ giúp pháp lý được xác định là trách nhiệm của Nhà nước, Nhà nước giữ vai trò nòng cốt trong hoạt động trợ giúp pháp lý xuất phát từ những luận điểm sau đây:

**Thứ nhất**, trợ giúp pháp lý miễn phí cho người nghèo, người có công với cách mạng, đồng bào dân tộc thiểu số cư trú ở vùng có điều kiện kinh tế-xã hội đặc biệt khó khăn và một số nhóm người yếu thế khác trong xã hội là chính sách nhất quán của Đảng.

Từ sau Đại hội đại biểu Đảng Cộng sản Việt Nam lần thứ VI, cùng với việc đổi mới kinh tế, Đảng và Nhà nước ta chủ trương đổi mới hệ thống chính trị, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của nhân dân, do nhân dân và vì nhân dân, nhằm “*thực hiện tốt dân chủ xã hội chủ nghĩa, phát huy đầy đủ quyền làm chủ của nhân dân*”, “*vì mục tiêu dân giàu, nước mạnh, xã hội công bằng, dân chủ, văn minh*”<sup>2</sup>. Để góp phần thực hiện các mục tiêu trên, Ban Bí thư Trung ương Đảng đã quan tâm chỉ đạo: “...*Cần phải mở rộng loại hình tư vấn pháp luật phổ thông, đáp ứng nhu cầu rộng rãi, đa dạng của các tầng lớp nhân dân nhằm góp phần nâng cao ý thức pháp luật và ứng xử pháp luật của công dân trong quan hệ đời sống hàng ngày...; cần nghiên cứu lập hệ thống dịch vụ tư vấn pháp luật không lấy tiền để hướng dẫn nhân dân sống và làm việc theo pháp luật*”<sup>3</sup>. Nghị quyết Hội nghị lần thứ 3 Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá VIII tiếp tục khẳng định cần “*tổ chức hình thức tư vấn pháp luật cho các cơ quan, tổ chức và nhân dân, tạo điều kiện cho người nghèo được hưởng dịch vụ tư vấn pháp luật miễn phí*...”<sup>4</sup>.

**Thứ hai**, trợ giúp pháp lý cho người nghèo, người có công với cách mạng, đồng bào dân tộc thiểu số cư trú ở vùng có điều kiện kinh tế-xã hội đặc biệt khó khăn và một số nhóm người yếu thế khác trong xã hội là một loại hình dịch vụ công, là chức năng xã hội của Nhà nước.

Xét về mặt bản chất, ở bất kỳ quốc gia nào trên thế giới đều coi trợ giúp pháp lý miễn phí cho người nghèo, người “yếu thế”, người không có khả năng chi trả các chi phí cho dịch vụ pháp lý có thu phí là một loại hình dịch vụ công thuộc chức năng xã hội của Nhà nước, là nhiệm vụ của Nhà nước. Bên cạnh chức năng quản lý nhà nước mọi mặt đời sống xã hội (còn gọi là chức năng cai trị), Nhà nước còn có chức năng phục vụ, cung ứng dịch vụ công cho cộng đồng xã hội và công dân của mình. Vì vậy, Nhà nước phải có trách nhiệm bảo đảm cung ứng dịch vụ pháp lý cho xã hội vì lợi ích chung của cộng đồng, nhằm bảo đảm sự ổn định và công bằng xã hội.

**Thứ ba**, hoạt động trợ giúp pháp lý hình thành và phát triển ở Việt Nam trong thời gian qua xuất phát từ chính sách xoá đói, giảm nghèo, đền ơn, đáp nghĩa, bảo đảm công bằng xã hội của Đảng, phù hợp với ý chí và nguyện vọng của nhân dân lao động.

Để thực hiện nguyên tắc hiến định “mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật”, thực hiện mục tiêu phát triển kinh tế gắn liền với tiến bộ, công bằng xã hội, Đảng ta đã đề ra chủ trương gắn tăng trưởng kinh tế với xoá đói giảm nghèo, thực hiện tiến bộ và công bằng xã hội, khắc phục những tiêu cực vốn có của nền kinh tế thị trường. Chiến lược toàn diện về tăng trưởng và xoá đói giảm nghèo đã đề ra chương trình hành động kết hợp hài hoà giữa tăng trưởng kinh tế và giải quyết các vấn đề xã hội. Nhằm “*tạo môi trường tăng trưởng nhanh, bền vững và xoá đói giảm nghèo*”, hoạt động trợ giúp pháp lý được coi là một trong những

<sup>2</sup> Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VIII của Đảng Cộng sản Việt Nam. Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1996, Tr.129.

<sup>3</sup> Thông báo số 485/CV-VPTW ngày 31/5/1995 của Văn phòng Trung ương Đảng về ý kiến chỉ đạo của Ban Bí thư Trung ương Đảng.

<sup>4</sup> Nghị Quyết Hội nghị lần thứ ba Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khoá VIII).



chính sách của Chiến lược, trong đó xác định rõ “Hoàn thiện khuôn khổ pháp luật, tăng cường trợ giúp pháp lý và khả năng tiếp cận pháp lý cho người nghèo. Mở rộng mạng lưới trợ giúp pháp luật để người nghèo ở nông thôn, vùng sâu, vùng xa có thể tiếp cận với các dịch vụ trợ giúp pháp luật”<sup>5</sup>. Để thực hiện Chiến lược, cần phải tiếp tục kiện toàn tổ chức và hoạt động trợ giúp pháp lý; tăng cường đội ngũ cán bộ (luật sư, trợ giúp viên pháp lý và cộng tác viên); khuyến khích các tổ chức xã hội tham gia hoạt động trợ giúp pháp lý cho thành viên của mình và cho người nghèo, đáp ứng các nhu cầu trợ giúp pháp lý phong phú, đa dạng và ngày một tăng của nhân dân.

Cụ thể hóa chính sách dân tộc của Đảng đề ra trong Nghị quyết Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ IX, Nghị quyết của Hội nghị lần thứ bảy Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa IX) ngày 12 tháng 3 năm 2003 đã xác định: “Đẩy mạnh công tác xóa đói, giảm nghèo, nâng cao mức sống của đồng bào dân tộc thiểu số, trọng tâm là đồng bào ở vùng cao, vùng sâu, vùng xa; trong những năm trước mắt tập trung trợ giúp đồng bào nghèo, các dân tộc đặc biệt khó khăn giải quyết ngay những vấn đề bức xúc”<sup>6</sup>. Thực thi các chính sách nêu trên, thực hiện trợ giúp pháp lý cho đồng bào dân tộc là một trong những nhiệm vụ quan trọng của Nhà nước và của toàn xã hội.

Trợ giúp pháp lý phát triển sẽ tạo điều kiện cho người nghèo, người có hoàn cảnh đặc biệt không có điều kiện đến với dịch vụ pháp lý có thu phí được tiếp cận với dịch vụ pháp lý, cũng như những người khác. Mọi công dân dù giàu hay nghèo đều bình đẳng trước pháp luật, đều được tiếp cận với dịch vụ pháp lý như nhau trong điều kiện phát triển nền kinh tế thị trường. Vì vậy, có thể nói trợ giúp pháp lý là cơ chế góp phần bảo đảm cho mọi công dân (dù nghèo) cũng được bình đẳng trước pháp luật và thực hiện công bằng xã hội.

**Thứ tư**, trợ giúp pháp lý được xác định là trách nhiệm của Nhà nước, xuất phát từ bản chất của Nhà nước ta là Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân.

Nhiều nước trên thế giới coi trợ giúp pháp lý là một trong những tiêu chí của Nhà nước pháp quyền, bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người. Nhà nước pháp quyền là một Nhà nước dân chủ, quản lý mọi mặt đời sống xã hội bằng pháp luật và không ngừng tăng cường pháp chế. Nhà nước đó không chỉ có một hệ thống pháp luật thống nhất, toàn diện, đồng bộ thể hiện ý chí của nhân dân lao động, phù hợp với điều kiện khách quan, mà còn phải đảm bảo cho hệ thống pháp luật đó đi vào cuộc sống, bảo đảm cho ý chí của nhân dân trở thành hiện thực. Nhà nước pháp quyền đòi hỏi các cơ quan Nhà nước, tổ chức xã hội và mọi công dân đều phải tuân thủ nghiêm chỉnh pháp luật. Trợ giúp pháp lý rất cần thiết để giúp đỡ pháp lý cho người nghèo và đối tượng chính sách (người không có điều kiện để đến với dịch vụ pháp lý có thu phí) nâng cao trình độ hiểu biết và ý thức pháp luật để họ thực hiện pháp luật, tự giải quyết những tranh chấp nhỏ trong cuộc sống, tự giác thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình theo quy định của pháp luật.

Với bản chất của Nhà nước ta là Nhà nước pháp quyền của dân, do dân và vì dân, nên càng phải đề cao các nguyên tắc tôn trọng và bảo vệ quyền công dân, quyền con người, bởi con người là thành viên của xã hội, là công dân của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa và là chủ thể của quyền lực nhà nước. Mục tiêu của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta là bảo đảm và phát triển quyền công dân, quyền con người. Xuất phát từ nguyên tắc chủ quyền của nhân dân trong Nhà nước pháp quyền mà con người cũng như các quyền và tự do của con người là những giá trị xã hội cao quý nhất cần phải được tôn trọng và bảo vệ. Nhân dân cần có sự giúp đỡ của Nhà nước, cần có sự bảo vệ của pháp luật. (Xem tiếp trang 53)

<sup>5</sup> Chiến lược toàn diện về tăng trưởng và xoá đói, giảm nghèo đến năm 2010, Tr. 69.

<sup>6</sup> Văn kiện Hội nghị lần thứ tám Ban chấp hành Trung ương Đảng (Khóa IX), Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2003, Tr.37.

## MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ NHỮNG ĐIỂM MỚI TRONG QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015 VỀ GIÁM ĐỐC THẨM

Phan Thị Thanh Mai<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Giám đốc thẩm là một thủ tục đặc biệt được áp dụng khi bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị phát hiện có những vi phạm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án. Do đó, đây là một thủ tục có tầm quan trọng rất lớn trong việc đảm bảo tính hợp pháp, chính xác của bản án. Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 đã có những quy định sửa đổi về điều này. Bài viết này sẽ làm rõ những sửa đổi đó, bao gồm sửa đổi về căn cứ kháng nghị, về phát hiện, thông báo bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật cần xét lại; về thẩm quyền giám đốc thẩm; về thủ tục phiên tòa và thẩm quyền của hội đồng giám đốc thẩm...

**Từ khóa:** Giám đốc thẩm, Bản án, Quyết định của tòa án

Nhận bài: 05/5/2017; Hoàn thành biên tập: 28/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** Cassation is a special procedure applied when a valid judgment, decision of the court detected serious violations in handling the case. Therefore, it is a very important procedure in ensuring legality, accuracy of the judgment. The criminal Code 2015 contains regulations amended regarding to this issue. This article highlights those amended points, including amendments on grounds of protest, finding, informing legally valid judgment, decision to be reviewed; authority of cassation; procedure of the court hearing and authority of cassation panel...

**Keywords:** Cassation, Judgment, Court's decision

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 28/6/2017; Date of approval: 01/8/2017

Bộ luật Tố tụng hình sự (BLTTHS) năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung về thủ tục giám đốc thẩm. Những sửa đổi, bổ sung này về cơ bản đã khắc phục được một số những hạn chế, bất cập của trong quy định về thủ tục giám đốc thẩm trong Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2003. Bên cạnh đó, vẫn còn có những quy định chưa thật sự rõ ràng và có thể dẫn đến những cách hiểu không thống nhất. Những quy định mới này rất cần được cơ quan có thẩm quyền giải thích, hướng dẫn để làm rõ, thống nhất nhận thức về nội dung để có thể thi hành thống nhất trong thực tiễn tố tụng.

### VỀ CĂN CỨ KHÁNG NGHỊ THEO THỦ TỤC GIÁM ĐỐC THẨM

Theo Điều 371 BLTTHS năm 2015, bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm khi có một trong những căn cứ sau đây:

- Kết luận trong bản án hoặc quyết định không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án;

- Có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án;

- Có những sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật.

Khác với quy định của BLTTHS năm 2003 về căn cứ giám đốc thẩm, Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015 không quy định “việc điều tra xét hỏi tại phiên tòa phiên diện hoặc không đầy đủ” là căn cứ để kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm. Thay đổi này là hợp lý vì nếu coi đây là phản ánh mức độ nhận thức của người có thẩm quyền xét xử là chưa toàn diện, chưa đầy đủ thì việc xác định thế nào là phiên diện, không đầy đủ rất trừu tượng, không cụ thể, rất khó để cho rằng đó là vi phạm pháp luật (đòi hỏi phải xác định được quy phạm pháp luật nào bị vi phạm). Còn coi việc điều tra xét hỏi tại phiên tòa phiên diện, không đầy đủ là việc người có thẩm quyền xét xử vi phạm nghiêm trọng những quy định cụ thể của Bộ luật tố

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Trường Đại học Luật Hà Nội



tụng hình sự về việc triệu tập, xét hỏi, tranh tụng tại phiên tòa dẫn đến việc nhận thức phiên diện, không đầy đủ thì việc vi phạm đó là thuộc căn cứ “*có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án*”, không cần phải quy định thành căn cứ độc lập.

Điểm mới thứ hai trong quy định về căn cứ giám đốc thẩm là hạn chế căn cứ kháng nghị giám đốc thẩm khi có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử. Theo quy định của BLTTHS năm 2015, chỉ kháng nghị giám đốc thẩm khi “*có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án*”. Những vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử mà không dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án thì không phải là căn cứ kháng nghị giám đốc thẩm. Quy định mới này được đánh giá là “*rất đúng đắn và có ý nghĩa thực tiễn cực kỳ quan trọng... Bằng bổ sung này, Bộ luật Tố tụng hình sự đã giải quyết được tranh luận thế nào là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng, đồng thời giải quyết được loại trừ tình trạng kháng nghị tràn lan trong thực tiễn*”<sup>2</sup>. Trước đây, trong Thông tư liên tịch số 01/2010/TTLT-VKSNDTC-BCA-TANDTC ngày 27 tháng 08 năm 2010 của Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Tòa án nhân dân tối cao Hướng dẫn thi hành các quy định của BLTTHS về trả hồ sơ để điều tra bổ sung có quy định: vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng là trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử, cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các trình tự,

thủ tục do BLTTHS quy định đã xâm hại nghiêm trọng đến quyền, lợi ích hợp pháp của người tham gia tố tụng hoặc làm ảnh hưởng đến việc xác định sự thật khách quan và toàn diện của vụ án<sup>3</sup>. Có thể nói, hướng dẫn này ngoài việc chỉ rõ vi phạm thủ tục là không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các trình tự, thủ tục do BLTTHS quy định thì còn chỉ rõ chỉ coi là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng khi việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, không đầy đủ các trình tự, thủ tục do BLTTHS quy định dẫn đến hậu quả xâm hại nghiêm trọng đến quyền, lợi ích hợp pháp của người tham gia tố tụng hoặc làm ảnh hưởng đến việc xác định sự thật khách quan và toàn diện của vụ án. Hướng dẫn tại Thông tư 01/2010 đã đưa ra cách xác định cụ thể thế nào là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng, nhưng nếu nói là đã thực sự cụ thể chưa thì vẫn cần cụ thể hơn vì để giải thích thế nào là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng thì Thông tư 01/2010 lại dùng hậu quả xâm hại nghiêm trọng đến quyền, lợi ích hợp pháp của người tham gia tố tụng để giải thích, và lại cần phải giải thích thế nào là xâm phạm nghiêm trọng đến quyền, lợi ích hợp pháp của người tham gia tố tụng. Quy định mới về căn cứ “*có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án*” đã kế thừa quy định của BLTTHS năm 2003 đồng thời kế thừa nội dung của Thông tư 01/2010. Tuy nhiên, vẫn còn có những điểm chưa rõ ràng trong quy định này.

**Thứ nhất**, quy định “*có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án*” có sự trùng lặp, không rõ ràng về nội dung, có

<sup>2</sup> PGS.TS. Nguyễn Hòa Bình chủ biên, (2016), *Những nội dung mới trong Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.336.

<sup>3</sup> Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Tòa án nhân dân tối cao, *Thông tư liên tịch số 01/2010/TTLT-VKSNDTC-BCA-TANDTC ngày 27 tháng 08 năm 2010 “Hướng dẫn thi hành các quy định của Bộ luật Tố tụng hình sự về trả hồ sơ để điều tra bổ sung”*.

thể dẫn đến việc không thống nhất trong nhận thức và áp dụng. Khi giải quyết vụ án, ngoài việc phải lựa chọn đúng quy phạm pháp luật nội dung (luật hình sự, luật dân sự...) để giải quyết thì còn phải đúng trình tự, thủ tục luật định (luật tố tụng). Vì vậy, “sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án” có thể là sai lầm nghiêm trọng về hình thức giải quyết hoặc sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết về nội dung vụ án. Trường hợp thứ nhất, nếu “sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án” là sai lầm nghiêm trọng về mặt hình thức giải quyết thì “có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử” chính là “sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án” về hình thức tố tụng, việc quy định như vậy là trùng lặp và không cần thiết. Trường hợp thứ hai, nếu quy định vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án về nội dung (oan hoặc sai về phần hình sự hay phần giải quyết bồi thường thiệt hại...) thì căn cứ này lại trùng một phần nội dung với căn cứ thứ ba “có những sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật”. Mặt khác, nếu hiểu căn cứ này theo hướng chỉ khi vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án về nội dung thì không hợp lý vì sẽ bỏ qua rất nhiều trường hợp vi phạm pháp luật nghiêm trọng, chứa đựng nguy cơ các quyền con người trong tố tụng hình sự bị xâm phạm mà không bị hủy án. Ví dụ, điều tra viên có hành vi bức cung, hành vi đó là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng. Tuy nhiên, hậu quả của việc bức cung đó có thể dẫn đến việc bị can khai đúng hoặc khai sai và hậu quả là giải quyết vụ án về nội dung có thể đúng hoặc sai. Nếu chỉ trong trường hợp phải có sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án (hiểu theo hướng sai lầm trong việc giải quyết về nội dung vụ án) mới là căn cứ để kháng nghị

giám đốc thẩm thì rõ ràng là đã bỏ qua những trường hợp vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng và không bảo đảm quyền con người của người bị buộc tội trong trường hợp này.

**Thứ hai**, cụm từ “nghiêm trọng” đã được sử dụng hai lần trong điều khoản này. Cả hai từ nghiêm trọng này đều phải làm rõ để có thể áp dụng pháp luật thống nhất. Nếu không có hướng dẫn cụ thể, rất có thể trong quá trình giải quyết vụ án, những người có thẩm quyền tố tụng có thể có những cách đánh giá khác nhau về mức độ nghiêm trọng hay không nghiêm trọng, từ đó dẫn đến việc quyết định có kháng nghị hay không kháng nghị giám đốc thẩm. Vì vậy, theo chúng tôi, nên quy định căn cứ này với nội dung “*có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố, xét xử*” đồng thời cần có văn bản giải thích pháp luật của các cơ quan có thẩm quyền hướng dẫn cụ thể.

Điểm mới thứ ba trong quy định về căn cứ kháng nghị giám đốc thẩm đó là căn cứ “có những sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng Bộ luật hình sự” trong Điều 273 BLTTHS năm 2003 được sửa đổi là “có những sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật”. Quy định này có tính phổ quát bao hàm được mọi sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật mà không chỉ là những sai lầm trong áp dụng Bộ luật hình sự như định tội danh sai; áp dụng khung hình phạt sai; quyết định hình phạt sai; cho hưởng án treo sai và những sai lầm nghiêm trọng khác dẫn đến việc bị cáo bị xét xử quá nặng hoặc quá nhẹ... mà còn là những sai lầm nghiêm trọng trong áp dụng pháp luật dân sự khi giải quyết vấn đề dân sự trong vụ án hình sự. Tuy nhiên, việc quy định “có những sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật” có phạm vi quá rộng. Căn cứ này có một phần nội dung chồng lấn với căn cứ “có sự vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong khi điều tra, truy tố hoặc xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án”. Hơn nữa, căn cứ này bao hàm tất cả các căn cứ khác của giám đốc thẩm, thậm chí cả căn cứ tái thẩm.



Áp dụng pháp luật là hoạt động mang tính tổ chức, quyền lực nhà nước được thực hiện thông qua những cơ quan nhà nước có thẩm quyền (hoặc tổ chức xã hội khi được nhà nước giao quyền) nhằm cá biệt hóa những quy phạm pháp luật vào các trường hợp cụ thể đối với các cá nhân, tổ chức cụ thể. Quá trình áp dụng pháp luật gồm các bước xác định, phân tích, đánh giá sự việc thực tế đã xảy ra; lựa chọn quy phạm pháp luật; ban hành văn bản áp dụng pháp luật; tổ chức thực hiện văn bản áp dụng pháp luật đã ban hành. Quá trình áp dụng pháp luật phải theo hình thức thủ tục chặt chẽ do pháp luật quy định<sup>4</sup>. Như vậy, căn cứ này bao gồm tất cả những sai lầm trong việc xác định đúng sự việc thực tế đã xảy ra; sai lầm trong việc lựa chọn quy phạm pháp luật phù hợp với trường hợp cụ thể; sai lầm trong việc ra văn bản áp dụng pháp luật; sai lầm trong việc tổ chức thực hiện văn bản áp dụng pháp luật cả về nội dung cũng như hình thức, thủ tục tố tụng. Vì vậy, theo chúng tôi, cần phải hạn chế lại căn cứ này để phân biệt căn cứ này với các căn cứ với nội dung “*có sai lầm nghiêm trọng trong việc lựa chọn quy phạm pháp luật hình sự và pháp luật dân sự khi ra bản án hoặc quyết định*”

**2. Về phát hiện bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật cần xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm và thủ tục thông báo bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật cần xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm**

Ngoài việc giữ lại nội dung về việc phát hiện và thông báo phát hiện bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật cần xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm và thủ tục thông báo bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật cần xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm, Điều 372 BLTTHS năm 2015 có một số điểm mới sau:

- Mở rộng hơn phạm vi chủ thể phát hiện vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật và thông

báo cho người có thẩm quyền kháng nghị không chỉ là người bị kết án, cơ quan, tổ chức và mọi công dân mà được mở rộng là mọi cá nhân, kể cả người nước ngoài. Quy định này không chỉ bảo đảm quyền con người mà còn thúc đẩy hơn nữa việc phát hiện vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật.

- Bổ sung quy định về việc Tòa án nhân dân cấp tỉnh và Tòa án quân sự cấp quân khu phải thực hiện việc kiểm tra bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân cấp dưới để phát hiện vi phạm pháp luật và kiến nghị người có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm. Cụ thể, Tòa án nhân dân cấp tỉnh phải thực hiện việc kiểm tra bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân cấp huyện để phát hiện vi phạm pháp luật và kiến nghị Chánh án Tòa án nhân dân cấp cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao xem xét kháng nghị. Tòa án quân sự cấp quân khu thực hiện việc kiểm tra bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án quân sự khu vực để phát hiện vi phạm pháp luật và kiến nghị Chánh án Tòa án quân sự trung ương xem xét kháng nghị.

Khi thực hiện công tác giám đốc việc xét xử, kiểm sát việc xét xử hoặc qua các nguồn thông tin khác mà Tòa án, Viện kiểm sát phát hiện vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật thì thông báo ngay bằng văn bản cho người có thẩm quyền kháng nghị.

Bổ sung một điều luật về thông báo thông báo bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật cần xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm (Điều 374) trong đó quy định rõ thông báo bằng hình thức văn bản hoặc trực tiếp với Tòa án, Viện kiểm sát gần nhất kèm chứng cứ, tài liệu, đồ vật (nếu có). Cá nhân thông báo phải ký tên hoặc điểm chỉ, cơ quan, tổ chức thông báo thì đại diện theo pháp luật của cơ quan tổ chức đó phải ký tên và đóng dấu.

<sup>4</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*, Hà Nội năm 1994, tr.316 - tr.324

### **3. Những người có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm**

Theo quy định tại Điều 373 BLTTHS năm 2015, thẩm quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao vẫn có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân cấp cao và tòa án các cấp, trừ quyết định của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Chánh án Tòa án quân sự trung ương, Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự trung ương vẫn có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án quân sự cấp quân khu, Tòa án quân sự khu vực.

Do có sự thay đổi về tổ chức tòa án nhân dân nên thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm cũng có những thay đổi nhất định. Chánh án tòa án nhân dân cấp tỉnh, chánh án tòa án quân sự cấp quân khu; viện trưởng viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh, viện trưởng viện kiểm sát quân sự cấp quân khu không có quyền kháng nghị giám đốc thẩm. Chủ thể mới có quyền kháng nghị giám đốc thẩm là Chánh án Tòa án nhân dân cấp cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp cao có quyền kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Tòa án nhân dân cấp huyện trong phạm vi thẩm quyền theo lãnh thổ.

### **4. Về thủ tục thông báo, tiếp nhận thông báo, chuyển hồ sơ vụ án để xem xét và quyết định kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm**

Trước đây, Bộ luật tố tụng hình sự không quy định thủ tục tiếp nhận thông báo, chuyển hồ sơ vụ án để xem xét và quyết định kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm. Điều 374, 375, 376 BLTTHS năm 2015 đã quy định chi tiết cụ thể về thủ tục này. Cụ thể:

Quy định rõ thủ tục tiếp nhận: Khi nhận được thông báo bằng văn bản thì Tòa án, Viện kiểm sát phải vào sổ nhận thông báo. Khi

người bị kết án, cơ quan, tổ chức, cá nhân trình bày trực tiếp về vi phạm pháp luật trong bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật thì Tòa án, Viện kiểm sát phải lập biên bản; nếu người thông báo cung cấp chứng cứ, tài liệu, đồ vật thì Tòa án, Viện kiểm sát phải lập biên bản thu giữ. Tòa án, Viện kiểm sát đã nhận thông báo, lập biên bản phải gửi ngay thông báo, biên bản kèm theo chứng cứ, tài liệu, đồ vật (nếu có) cho người có thẩm quyền kháng nghị và thông báo bằng văn bản cho người bị kết án, cơ quan, tổ chức, cá nhân đã kiến nghị, đề nghị biết.

Quy định rõ về thủ tục và thời gian chuyển hồ sơ để nghiên cứu: Đây là quy định mới được bổ sung trong BLTTHS năm 2015. Trường hợp cần thiết phải nghiên cứu hồ sơ vụ án để xem xét kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm thì Tòa án, Viện kiểm sát có thẩm quyền yêu cầu bằng văn bản để Tòa án đang quản lý hồ sơ chuyển hồ sơ vụ án. Trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày nhận được văn bản yêu cầu, Tòa án đang quản lý hồ sơ vụ án phải chuyển hồ sơ vụ án cho Tòa án, Viện kiểm sát đã yêu cầu. Trường hợp Tòa án và Viện kiểm sát cùng có văn bản yêu cầu thì Tòa án đang quản lý hồ sơ vụ án chuyển hồ sơ cho cơ quan yêu cầu trước và thông báo cho cơ quan yêu cầu sau biết.

Khi xác định có căn cứ kháng nghị giám đốc thẩm thì người có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm ra quyết định kháng nghị giám đốc thẩm có các nội dung chính: Số, ngày, tháng, năm của quyết định; người có thẩm quyền ra quyết định; số, ngày, tháng, năm của bản án, quyết định bị kháng nghị; nhận xét, phân tích những vi phạm pháp luật, sai lầm của bản án, quyết định bị kháng nghị; căn cứ pháp luật để quyết định kháng nghị; quyết định kháng nghị toàn bộ hay một phần bản án, quyết định; tên của Tòa án có thẩm quyền giám đốc thẩm vụ án; yêu cầu của người kháng nghị.



### **5. Về việc gửi quyết định kháng nghị giám đốc thẩm; thay đổi, bổ sung, rút kháng nghị**

Điều 380 BLTTHS năm 2015 quy định đầy đủ hơn về việc gửi quyết định kháng nghị giám đốc thẩm. Quyết định kháng nghị giám đốc thẩm không chỉ gửi cho Tòa án đã ra bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị, Tòa án có thẩm quyền giám đốc thẩm, người bị kết án và những người khác có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến nội dung kháng nghị như trước đây mà còn gửi cho cơ quan thi hành án hình sự, cơ quan thi hành án dân sự và Viện kiểm sát có thẩm quyền.

Tòa án có thẩm quyền giám đốc thẩm phải gửi quyết định kháng nghị kèm theo hồ sơ vụ án cho Viện kiểm sát cùng cấp. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được hồ sơ vụ án, Viện kiểm sát phải gửi lại hồ sơ vụ án cho Tòa án.

Trường hợp Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp cao, Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự trung ương kháng nghị thì quyết định kháng nghị kèm theo hồ sơ vụ án phải gửi ngay cho Tòa án có thẩm quyền giám đốc thẩm.

Điều 381 BLTTHS năm 2015 quy định đầy đủ, rõ ràng hơn quy định trong BLTTHS năm 2003. Ngoài quy định về bổ sung và rút kháng nghị, Điều 381 BLTTHS năm 2015 còn bổ sung quy định về thay đổi kháng nghị; bổ sung quy định về thủ tục bổ sung, thay đổi, rút kháng nghị trước khi mở phiên tòa phải bằng quyết định, việc bổ sung, thay đổi kháng nghị tại phiên tòa được ghi vào biên bản phiên tòa; quy định rõ hậu quả pháp lý của rút kháng nghị dẫn đến việc đình chỉ xét xử xét xử giám đốc thẩm.

### **6. Về thẩm quyền giám đốc thẩm**

Theo Luật Tổ chức tòa án nhân dân, hệ thống tòa án nhân dân có sự thay đổi dẫn đến những thay đổi về thẩm quyền, trong đó có thẩm quyền giám đốc thẩm. Theo Điều 382 BLTTHS năm 2015 quy định:

- Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao giám đốc thẩm bằng Hội đồng xét xử gồm ba Thẩm phán đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Tòa án nhân dân cấp huyện trong phạm vi thẩm quyền theo lãnh thổ bị kháng nghị hoặc bằng Hội đồng toàn thể Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao nếu các bản án, quyết định đó có tính chất phức tạp hoặc đã được Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao giám đốc thẩm bằng Hội đồng xét xử gồm ba Thẩm phán nhưng không thống nhất khi biểu quyết thông qua quyết định về việc giải quyết vụ án.

- Ủy ban Thẩm phán Tòa án quân sự trung ương giám đốc thẩm đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án quân sự cấp quân khu, Tòa án quân sự khu vực bị kháng nghị.

- Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao giám đốc thẩm bằng Hội đồng xét xử gồm năm Thẩm phán đối với bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân cấp cao, Tòa án quân sự trung ương bị kháng nghị hoặc bằng Hội đồng toàn thể Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao nếu bản án hoặc quyết định đó có tính chất phức tạp hoặc đã được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao giám đốc thẩm bằng Hội đồng xét xử gồm năm Thẩm phán nhưng không thống nhất khi biểu quyết thông qua quyết định về việc giải quyết vụ án.

Khi xét xử giám đốc thẩm bằng Hội đồng toàn thể Ủy ban thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao, Hội đồng toàn thể Ủy ban Thẩm phán Tòa án quân sự trung ương, Hội đồng toàn thể thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thì phải có ít nhất hai phần ba tổng số thành viên tham gia và do Chánh án của các tòa án đó làm chủ tọa phiên tòa. Quyết định của Hội đồng toàn thể phải được quá nửa tổng số thành viên biểu quyết tán thành; nếu không được quá nửa số thành viên của Hội đồng toàn thể Thẩm phán tán thành thì phải hoãn phiên tòa. Trong thời



hạn 30 ngày kể từ ngày ra quyết định hoãn phiên tòa thì Hội đồng toàn thể Thẩm phán phải mở phiên tòa xét xử lại vụ án.

Bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị thuộc thẩm quyền giám đốc thẩm của các cấp khác nhau thì Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao giám đốc thẩm toàn bộ vụ án.

Theo quy định này có thể thấy quy định về thẩm quyền giám đốc thẩm có một số điểm mới sau:

**Thứ nhất**, phạm vi thẩm quyền giám đốc thẩm đã thu hẹp đáng kể. Các Tòa án nhân dân cấp huyện và Tòa án quân sự cấp quân khu không có thẩm quyền giám đốc thẩm mà chỉ có Tòa án cấp cao, Tòa án quân sự Trung ương và Tòa án tối cao có quyền giám đốc thẩm. Việc không quy định thẩm quyền giám đốc thẩm ở cấp tỉnh là thay đổi hợp lý. Giám đốc thẩm là thủ tục nhằm kiểm tra tính hợp pháp của các bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật, quyết định giám đốc thẩm khi phân tích rõ những sai lầm trong hoạt động xét xử của tòa án cấp dưới mang tính hướng dẫn áp dụng pháp luật. Vì vậy, thẩm quyền giám đốc thẩm càng tập trung bao nhiêu càng bảo đảm hướng dẫn áp dụng thống nhất bấy nhiêu. Mặt khác, thay đổi đó cũng phù hợp với thay đổi về tổ chức Tòa án nhân dân theo hướng tòa án cấp tỉnh, tòa án quân sự cấp quân khu chủ yếu xét xử phúc thẩm.

**Thứ hai**, việc quy định hội đồng giám đốc thẩm chủ yếu trong các trường hợp có thể từ ba đến năm người, chỉ họp hội đồng toàn Ủy ban thẩm phán hoặc Hội đồng thẩm phán trong trường hợp nếu bản án hoặc quyết định đó có tính chất phức tạp hoặc đã được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao giám đốc thẩm bằng Hội đồng xét xử gồm năm Thẩm phán nhưng không thống nhất khi biểu quyết thông qua quyết định về việc giải quyết vụ án là linh hoạt và hiệu quả, hội đồng cũng đảm bảo tính chuyên ngành hơn; hạn chế tình trạng hội đồng không họp được

vì thiếu thành viên, tiết kiệm thời gian; công sức để tập trung vào các hoạt động khác của tòa án.

### **7. Về thủ tục phiên tòa và thẩm quyền của hội đồng giám đốc thẩm**

Điều 386 BLTTHS năm 2015 quy định: Sau khi chủ tọa phiên tòa khai mạc phiên tòa, một thành viên Hội đồng giám đốc thẩm trình bày bản thuyết trình về vụ án. Các thành viên khác của Hội đồng giám đốc thẩm hỏi thêm Thẩm phán thuyết trình về những điểm chưa rõ trước khi thảo luận và phát biểu ý kiến của mình về việc giải quyết vụ án. Trường hợp Viện kiểm sát kháng nghị thì Kiểm sát viên trình bày nội dung kháng nghị. Trường hợp người bị kết án, người bào chữa, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến kháng nghị có mặt tại phiên tòa thì những người này được trình bày ý kiến về những vấn đề mà Hội đồng giám đốc thẩm yêu cầu. Kiểm sát viên phát biểu ý kiến của Viện kiểm sát về quyết định kháng nghị và việc giải quyết vụ án. Kiểm sát viên, người tham gia tố tụng tại phiên tòa giám đốc thẩm tranh tụng về những vấn đề liên quan đến việc giải quyết vụ án. Chủ tọa phiên tòa phải tạo điều kiện cho Kiểm sát viên, người tham gia tố tụng trình bày hết ý kiến, tranh luận dân chủ, bình đẳng trước Tòa án. Các thành viên Hội đồng giám đốc thẩm phát biểu ý kiến của mình và thảo luận. Hội đồng giám đốc thẩm biểu quyết về việc giải quyết vụ án và công bố quyết định về việc giải quyết vụ án.

Điểm mới cơ bản trong quy định về thủ tục phiên tòa đó là bổ sung quy định về tranh tụng tại phiên tòa. Hiến pháp năm 2013 và BLTTHS năm 2015 đều quy định nguyên tắc “tranh tụng trong xét xử được bảo đảm” mà không quy định bảo đảm tranh tụng trong xét xử lại. Với quy định này, ranh giới và sự khác nhau cơ bản về tính chất của xét xử và xét lại dường như đã bị xóa nhòa và giám đốc thẩm giống như cấp xét xử thứ ba. Điều này còn được khẳng định rõ nét hơn trong quy định



về thẩm quyền của hội đồng giám đốc thẩm. Hội đồng giám đốc thẩm ngoài các quyền như quy định trước đây đó là quyền ra những quyết định: không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị; hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và giữ nguyên bản án, quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp sơ thẩm hoặc Tòa án cấp phúc thẩm bị hủy, sửa không đúng pháp luật; hội đồng giám đốc thẩm hủy một phần hoặc toàn bộ bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để điều tra lại hoặc xét xử lại; hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và đình chỉ vụ án; sửa bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật thì Điều 388 BLTTHS năm 2015 còn bổ sung quy định về việc Hội đồng giám đốc thẩm có quyền sửa bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật. Theo quy định tại điều này, Hội đồng giám đốc thẩm sửa bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật khi có đủ các điều kiện: Các tài liệu, chứng cứ trong hồ sơ vụ án đã rõ ràng, đầy đủ và việc sửa bản án, quyết định không làm thay đổi bản chất của vụ án, không làm xấu đi tình trạng của người bị kết án, không gây bất lợi cho bị hại, đương sự. Có ý kiến cho rằng “Quy định này nhằm bảo đảm trên thực tiễn khi xét xử vụ án theo trình tự giám đốc thẩm có nhiều trường hợp đã rõ ràng về chứng cứ, không cần phải xét xử lại như có đủ căn cứ để giảm nhẹ hình phạt hoặc giảm mức bồi thường cho bị cáo nhưng do quy định hiện hành Hội đồng giám đốc thẩm không có quyền sửa bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, chỉ được hủy án để xét xử lại làm việc giải quyết vụ án kéo dài, ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của người dân, gây tốn kém, lãng phí ngân sách Nhà nước”<sup>5</sup>. Theo chúng tôi, để tránh việc vụ án phải điều tra, xét xử lại nhiều lần thì việc

cần phải làm nâng cao chất lượng công tác điều tra, kiểm sát, xét xử, nâng cao chất lượng công tác hướng dẫn áp dụng pháp luật chứ không phải là việc quy định giám đốc thẩm có quyền sửa án, biên giám đốc thẩm thành cấp xét xử thứ ba. Và nếu cứ làm thay hoạt động xét xử của tòa án cấp dưới như vậy mục đích hướng dẫn áp dụng pháp luật thống nhất của giám đốc thẩm khó đạt được và chất lượng xét xử của tòa án cấp dưới khó được nâng cao. Rõ ràng, quy định Hội đồng giám đốc thẩm có quyền sửa án là không phù hợp với tính chất của giám đốc thẩm là xét lại bản án và quyết định đã có hiệu lực để xem có hợp pháp hay không chứ không phải xét xử lại vụ án. Quy định này cũng không phù hợp với nguyên tắc bảo đảm xét xử sơ thẩm và phúc thẩm, nguyên tắc bảo đảm hiệu lực của bản án và quyết định, nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm và nhiều nguyên tắc tố tụng khác. Ngay trong Báo cáo đánh giá tác động của dự thảo BLTTHS sửa đổi, Viện kiểm sát nhân dân tối cao cũng đánh giá phương án quy định Hội đồng giám đốc thẩm có thẩm quyền sửa bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật là “có thể tháo gỡ được những khó khăn, vướng mắc từ thực tiễn, nhưng lại không phù hợp với nguyên tắc chế độ hai cấp xét xử; thậm chí, có thể sẽ làm cho Hội đồng giám đốc thẩm trở thành cấp xét xử thứ ba. Như vậy là không phù hợp với tính chất của xét xử giám đốc thẩm”<sup>6</sup>. Hơn nữa, việc quy định Hội đồng giám đốc thẩm có quyền sửa án chưa chắc đã rút ngắn được thời gian tố tụng, bởi vì, khi quy định hội đồng giám đốc thẩm có quyền sửa án thì với tâm lý “còn nước còn tát”, tâm lý “cầu may” của người bị kết án và những người tham gia tố tụng có quyền và lợi ích pháp lý liên quan trong vụ án, chắc chắn số lượng đơn đề nghị

<sup>5</sup> Nguyễn Văn Thuân, *Quy định mới về thẩm quyền xét xử của Tòa án theo Bộ luật Tố tụng hình sự năm 2015* Tạp chí, Kiểm sát, số 7/2016, tr.40

<sup>6</sup> Viện kiểm sát nhân dân tối cao (2015), *Báo cáo đánh giá tác động của dự thảo BLTTHS (sửa đổi)*

kháng nghị giám đốc thẩm vốn đã quá tải<sup>7</sup> sẽ tăng lên rất nhiều buộc Viện kiểm sát, Tòa án có thẩm quyền kháng nghị giám đốc thẩm phải mất nhiều thời gian để giải quyết, tạo áp lực không cần thiết cho các cơ quan này. Từ những phân tích trên, theo chúng tôi, cần bỏ quy định về việc Hội đồng giám đốc thẩm có quyền sửa án.

Quy định về thủ tục giám đốc thẩm trong BLTTHS năm 2015 đã kế thừa những quy định hợp lý của BLTTHS năm 2003, đồng thời sửa đổi, bổ sung nhiều nội dung mới

khắc phục những điểm còn hạn chế của BLTTHS năm 2003. Tuy nhiên, chúng tôi mong muốn một số quy định về thủ tục giám đốc thẩm tiếp tục được hoàn thiện để phù hợp với tính chất của giám đốc thẩm, phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của tố tụng hình sự và để nâng cao hiệu quả hoạt động giám đốc thẩm. Đồng thời, rất cần có sự giải thích, hướng dẫn thi hành từ các cơ quan có thẩm quyền để triển khai thực hiện tốt BLTTHS năm 2015 khi bộ luật này có hiệu lực thi hành./.

<sup>7</sup> <http://tcdcpl.moj.gov.vn>. *Trương Công Lý, Việc xem xét lại quyết định, bản án đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhân dân các cấp trong những năm qua - Thực trạng và giải pháp (26/10/2016)*. Trong bài viết này tác giả đưa ra số liệu Tòa án đã giải quyết đơn đề nghị giám đốc thẩm năm 2013 đạt 63,3%; năm 2014 đạt 60,05%; năm 2015 đạt 50,9%; năm 2016 đạt 30,4% trên tổng số đơn đề nghị giám đốc thẩm.

## VAI TRÒ CỦA NHÀ NƯỚC TRONG HOẠT ĐỘNG TRỢ GIÚP PHÁP LÝ CỦA VIỆT NAM HIỆN NAY

(Tiếp theo trang 44)

Tổ chức và hoạt động trợ giúp pháp lý vừa là hình thức, vừa là nội dung thể hiện mối quan hệ hữu cơ, bình đẳng giữa Nhà nước và công dân. Trợ giúp pháp lý là quyền của mỗi công dân và là chức năng xã hội, là trách nhiệm của Nhà nước. Công dân có quyền đòi hỏi Nhà nước phải cung cấp các dịch vụ pháp lý công và với bản chất vì nhân dân của mình, nên Nhà nước phải có trách nhiệm đáp ứng những yêu cầu tiếp cận với pháp luật của nhân dân. Vì vậy, xuất phát từ bản chất của Nhà nước ta là Nhà nước của dân, do dân và vì dân, Nhà nước phải có trách nhiệm thực hiện trợ giúp pháp lý phù hợp, nhằm bảo đảm đưa pháp luật vào cuộc sống đối với mọi tầng lớp dân cư, góp phần thực hiện quản lý mọi mặt đời sống xã hội bằng pháp luật, tăng cường pháp chế, xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam.

Hiện nay, có quan điểm cho rằng Nhà nước không nên giữ vai trò nòng cốt trong hoạt động trợ giúp pháp lý, nên giao cho một tổ chức nào đó ngoài Nhà nước làm nòng cốt, xã hội hóa toàn bộ công tác này như hoạt động công chứng,

còn Nhà nước chỉ giữ vai trò quản lý điều phối nguồn lực bảo đảm cho các đối tượng thuộc diện được trợ giúp pháp lý được hưởng dịch vụ trợ giúp pháp lý kịp thời, có chất lượng.

Theo quan điểm của tác giả, trong hoạt động trợ giúp pháp lý miễn phí Nhà nước bắt buộc phải giữ vai trò nòng cốt trong việc thực hiện, tổ chức thực hiện và trong việc đảm bảo nguồn kinh phí với những lý do như đã luận giải ở trên. Trong bối cảnh kinh tế - xã hội hiện nay của nước ta, nếu Nhà nước không làm được điều này thì chắc chắn hoạt động trợ giúp pháp lý sẽ không hiệu quả và bảo đảm chất lượng vì đây là hoạt động hoàn toàn không vì mục tiêu lợi nhuận./.

### **Tài liệu tham khảo:**

1. Kỷ yếu 10 năm hoạt động trợ giúp pháp lý ở Việt Nam hướng phát triển.
2. Văn kiện Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VIII của Đảng Cộng sản Việt Nam. Nxb Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1996, Tr.129.
3. Nghị Quyết Hội nghị lần thứ ba Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khoá VIII).



## THỰC HÀNH QUYỀN CÔNG TỐ VÀ KIỂM SÁT VIỆC TUÂN THEO PHÁP LUẬT TRONG VIỆC GIÁM ĐỊNH, ĐỊNH GIÁ TÀI SẢN THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

Nguyễn Thanh Mai<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong công tác giám định và định giá tài sản là một hoạt động quan trọng, cần thiết trong việc giải quyết nhiều vụ án hình sự. Kết quả của hoạt động này còn có thể là căn cứ, cơ sở cho việc quyết định có khởi tố hay không khởi tố vụ án hình sự. Trong một số vụ án, nó còn giúp các cơ quan tiến hành tố tụng xác định khung hình phạt chính xác. Trên thực tiễn, công tác này đang gặp phải rất nhiều khó khăn, lúng túng trong hoạt động phối hợp triển khai, đặc biệt một số vụ án nếu bị hại không hợp tác thì không thể giải quyết được. Nhiều vụ án, tài sản bị mất không thu hồi được, việc định giá tài sản rất khó khăn. Do đó Kiểm sát viên (KSV) cần được trang bị những kỹ năng, kiến thức cần thiết trong thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc giám định và định giá tài sản.

**Từ khóa:** Thực hành quyền công tố, Định giá tài sản, Giám định tư pháp

Nhận bài: 05/5/2017; Hoàn thành biên tập: 29/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** Exercising prosecution right and supervising the law compliance in appraising and assessing property is an important activity needed in solving many criminal cases. Its result can be ground for making decision of initiating criminal proceedings. In some cases, it helps procedure-conducting agency define certain punishment frame. In reality, there are difficulties, troubles found in coordination of implementation, especially with the cases when the victims are not willing to work with. The task of assessing property is difficult with the cases having property lost. Therefore, it is necessary to equip prosecutors with essential skills, knowledge in exercising prosecution right and supervising the law compliance in appraising and assessing property.

**Keywords:** Exercise prosecution right, assessing property, judicial expertise

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 29/6/2017; Date of approval: 01/8/2017

### 1. Thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc giám định

Trung cầu giám định và hoạt động giám định trong tố tụng hình sự là một công tác quan trọng không thể thiếu trong quá trình giải quyết nhiều vụ án hình sự. Thực tiễn công tác cho thấy, hoạt động giám định tư pháp có ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả và chất lượng của hoạt động tố tụng. Không ít trường hợp việc giải quyết vụ án bị kéo dài, ách tắc với nguyên nhân từ kết luận của các tổ chức giám định. Thực hiện giám định tư pháp cũng là nhằm làm sáng tỏ vụ án, tránh tình trạng oan sai, bỏ lọt tội phạm. Ngoài ra, giám định tư pháp còn mang một ý nghĩa nhân văn sâu sắc, hướng hoạt động

tố tụng theo cơ chế minh bạch, đúng người đúng tội, phụng sự công lý. Giám định tư pháp là một kênh quan trọng đánh giá trình độ phát triển pháp luật và mức độ dân chủ của một quốc gia. Chính vì lẽ đó, trong Bộ luật tố tụng hình sự (BLTTHS) năm 2015 có đến 18 điều luật quy định về các hoạt động liên quan đến công tác giám định này. Vì vậy, trong quá trình điều tra, KSV phải luôn chủ động, phát hiện kịp thời những vấn đề, những nội dung cần tiến hành giám định để yêu cầu cơ quan điều tra tiến hành việc trung cầu giám định.

Theo quy định tại Điều 205 BLTTHS năm 2015, khi có các căn cứ được quy định tại Điều 206 BLTTHS năm 2015 hoặc khi xét thấy cần

<sup>1</sup> Thạc sỹ, Giảng viên khoa Đào tạo Luật sư, Học viện Tư pháp

thiết, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng sẽ ra quyết định trưng cầu giám định. Cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng ra quyết định trưng cầu giám định được quy định tại Điều 34 BLTTHS và tại Điều 39 BLTTHS, bao gồm các cơ quan sau đây: Cơ quan điều tra; Viện kiểm sát; Tòa án; Bộ đội biên phòng; Hải quan; Kiểm lâm; Lực lượng cảnh sát biển; Kiểm ngư được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra.

*Kiểm sát viên cần kiểm sát chặt chẽ các căn cứ và sự cần thiết phải trưng cầu giám định. Đề yêu cầu cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng ra quyết định trưng cầu hoặc báo cáo đề xuất lãnh đạo VKS ra quyết định trưng cầu giám định. Các trường hợp phải bắt buộc trưng cầu giám định bao gồm:*

*“1. Tình trạng tâm thần của người bị buộc tội khi có sự nghi ngờ về năng lực trách nhiệm hình sự của họ; tình trạng tâm thần của người làm chứng hoặc bị hại khi có sự nghi ngờ về khả năng nhận thức, khả năng khai báo đúng đắn về những tình tiết của vụ án;*

*2. Tuổi của bị can, bị cáo, bị hại nếu việc đó có ý nghĩa đối với việc giải quyết vụ án và không có tài liệu để xác định chính xác tuổi của họ hoặc có sự nghi ngờ về tính xác thực của những tài liệu đó;*

*3. Nguyên nhân chết người;*

*4. Tính chất thương tích, mức độ tổn hại sức khoẻ hoặc khả năng lao động;*

*5. Chất ma tuý, vũ khí quân dụng, vật liệu nổ, chất cháy, chất độc, chất phóng xạ, tiền giả, vàng, bạc, kim khí quý, đá quý, đồ cổ;*

*6. Mức độ ô nhiễm môi trường”.*

Đối với những vụ án cần xác định rõ một trong các trường hợp nêu trên, Kiểm sát viên cần chủ động yêu cầu Điều tra viên lập kế hoạch trưng cầu giám định. Quyết định trưng cầu giám định của Cơ quan điều tra phải nói rõ nội dung yêu cầu, họ và tên người được trưng cầu giám định, quyền và trách nhiệm của người giám định. KSV cần kiểm sát chặt chẽ quyết định trưng cầu giám định, đảm bảo phải đầy đủ

nội dung quy định tại khoản 2 Điều 205 BLTTHS. Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi ra quyết định trưng cầu giám định, cơ quan trưng cầu giám định phải giao hoặc gửi quyết định trưng cầu giám định, hồ sơ, đối tượng trưng cầu giám định cho tổ chức, cá nhân thực hiện giám định; gửi quyết định trưng cầu giám định cho Viện kiểm sát có thẩm quyền thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra.

Nếu thấy nghi ngờ về tính khách quan, tính khoa học của bản kết luận giám định hoặc kết luận giám định không phù hợp với các chứng cứ khác, KSV báo cáo lãnh đạo Viện kiểm sát đề nêu yêu cầu đối với Cơ quan điều tra hoặc trực tiếp yêu cầu Giám định viên giải thích thêm.

*Kiểm sát viên phải kiểm sát chặt chẽ thời hạn giám định, tránh tình trạng kéo dài quá mức ảnh hưởng đến tiến độ giải quyết vụ án. Nhiều vụ án phải chờ kết quả giám định mới thực hiện các hoạt động cần thiết theo quy định của pháp luật. Do đó, nếu hết thời hạn mà chưa có kết quả giám định thì các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải ra quyết định tạm đình chỉ điều tra, hoặc tạm đình chỉ vụ án chờ cho có kết quả mới phục hồi hoặc ra quyết định đình chỉ điều tra, đình chỉ vụ án. Việc thực hiện đúng tiến độ và thời hạn luật định sẽ giúp giảm thiểu tối đa về nguồn lực con người, tránh tình trạng kéo dài thời gian tố tụng. Thời hạn giám định đối với các trường hợp bắt buộc phải trưng cầu giám định được quy định rất chặt chẽ và cụ thể tại Điều 208 BLTTHS.*

Trường hợp việc giám định không thể tiến hành trong thời hạn quy định nêu trên, thì tổ chức, cá nhân tiến hành giám định phải kịp thời thông báo bằng văn bản, nêu rõ lý do cho cơ quan trưng cầu, người yêu cầu giám định.

*Kiểm sát viên cần kiểm sát chặt chẽ việc tiến hành giám định. KSV phải kiểm sát chặt chẽ hoạt động giám định của Giám định viên. Khi được trưng cầu giám định, Giám định viên không được từ chối và phải có trách nhiệm hỗ trợ cho cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng trong việc điều tra, khám phá vụ án. Theo*



đó tại khoản 4 Điều 68 BLTTHS có quy định “*Người giám định kết luận gian dối hoặc từ chối kết luận giám định mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan thì phải chịu trách nhiệm hình sự theo quy định của BLHS*”. Giám định viên chỉ được từ chối giám định khi việc trưng cầu giám định với nội dung phức tạp, mà thời gian để tiến hành giám định không đủ cho Giám định viên thực hiện hoặc yêu cầu giám định khi mà các tài liệu cung cấp không đủ hoặc những tài liệu đó không có giá trị để kết luận, hoặc nội dung mà cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng trưng cầu đã vượt quá phạm vi hiểu biết chuyên môn của mình. KSV cần kiểm sát tư cách pháp lý của Giám định viên, nhằm đảm bảo sự khách quan, vô tư của họ trong khi làm nhiệm vụ. Nếu xác định Giám định viên được trưng cầu giám định thuộc 1 trong các trường hợp quy định tại khoản 5 Điều 68 BLTTHS, thì KSV phải yêu cầu Cơ quan điều tra, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng đã ra quyết định trưng cầu giám định thay đổi người giám định. Nếu họ đã tiến hành giám định và có kết quả thì phải tiến hành giám định lại cho đúng quy định của pháp luật. Việc tiến hành giám định có thể được tiến hành tại cơ quan giám định hoặc tại nơi tiến hành điều tra vụ án ngay sau khi có quyết định trưng cầu, yêu cầu giám định. Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán, người yêu cầu giám định có thể tham dự giám định nhưng phải báo trước cho người giám định biết. KSV phải kiểm sát chặt chẽ bản kết luận giám định của Giám định viên. Theo đó, kết luận giám định phải ghi rõ kết quả giám định với những nội dung đã được trưng cầu. Cơ quan trưng cầu giám định, người yêu cầu giám định có quyền yêu cầu tổ chức, cá nhân đã tiến hành giám định giải thích về kết luận giám định; hỏi thêm người giám định về những tình tiết cần thiết. Đối với những vụ án phức tạp, mặc dù đã có kết quả giám định, song kết luận trong bản giám định đó chưa được rõ ràng, không đầy đủ, còn chung chung, hoặc có phát sinh nhiều vấn đề mới mà chưa có kết luận về vấn đề

đó...KSV cần có yêu cầu hoặc báo cáo lãnh đạo ra quyết định trưng cầu giám định bổ sung hoặc giám định lại.

Sau khi nghiên cứu bản kết luận giám định, nếu phát hiện thấy nội dung kết luận giám định chưa rõ ràng, chưa đầy đủ, kết luận chung chung hoặc phát sinh những vấn đề mới cần phải giám định tiếp, những tình tiết này liên quan đến vụ án đã có kết luận giám định trước đó, thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng sẽ ra quyết định trưng cầu giám định bổ sung. Ví dụ: “*Theo kết luận giám định: nạn nhân bị hai vết thương ở mặt sau vùng đùi phải, tỷ lệ thương tích là 12%*”. Mặc dù có tỷ lệ thương tích để xem xét xử lý hình sự, song kết luận chưa đề cập đến vết thương đó được hình thành như thế nào và do vật gì gây ra, để xem xét vết thương và hung khí bị can mang theo và sử dụng có đúng là vật gây ra vết thương ở vùng đùi đó hay không. Trong trường hợp này cần phải tiến hành trưng cầu giám định bổ sung.

KSV cần kiểm sát chặt chẽ việc giám định bổ sung được thực hiện do tổ chức và cá nhân nào, theo quy định của BLTTHS thì phải là tổ chức và cá nhân khác thực hiện. Thủ tục trưng cầu giám định bổ sung được thực hiện như giám định lần đầu.

Trường hợp khi kiểm sát bản kết luận giám định mà thấy có nghi ngờ về kết luận giám định lần đầu không chính xác thì cơ quan trưng cầu giám định có thể tự mình hoặc theo đề nghị của Viện kiểm sát, của người tham gia tố tụng mà quyết định việc trưng cầu giám định lại. Việc giám định lại phải do người giám định khác thực hiện. Khi nhận được đề nghị từ phía Viện kiểm sát hoặc yêu cầu từ phía người tham gia tố tụng mà cơ quan có thẩm quyền trưng cầu giám định không chấp nhận lời đề nghị và yêu cầu này thì phải trả lời bằng văn bản và nêu rõ lý do vì sao không chấp nhận.

Trường hợp giữa kết luận giám định lần đầu và kết luận giám định lại có sự khác nhau cơ bản, thậm chí đối lập nhau về cùng một nội dung yêu cầu giám định, thì cần trưng cầu giám

định lại lần thứ hai. Việc này do người trung cầu giám định quyết định. Hoạt động giám định lại lần thứ hai được thực hiện bởi một Hội đồng giám định và tiến hành theo quy định của Luật giám định tư pháp.

Theo quy định tại Điều 212 BLTTHS, trong trường hợp đặc biệt, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao sẽ quyết định việc giám định lại sau khi đã có kết luận giám định của Hội đồng giám định. Việc giám định lại trong trường hợp đặc biệt phải được thực hiện bởi một hội đồng mới, những thành viên trong hội đồng đã thực hiện giám định trước đó sẽ không được tham gia giám định lại trong hội đồng mới này. Kết luận giám định của Hội đồng giám định mới được sử dụng để giải quyết vụ án.

Trong giai đoạn điều tra, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải thông báo kết luận giám định cho bị can và những người tham gia tố tụng khác biết nếu họ có yêu cầu. Những người này cũng có quyền yêu cầu giám định lại hoặc giám định bổ sung nếu bản thân họ không đồng ý với kết luận giám định hoặc cho rằng bản kết luận giám định còn thiếu, chưa đầy đủ. Trong trường hợp cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng không chấp nhận đề nghị của những người tham gia tố tụng thì phải thông báo bằng văn bản và nêu rõ lý do.

## **2. Thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong việc định giá tài sản**

Trong Bộ luật hình sự có rất nhiều tội danh quy định yếu tố giá trị tài sản bị xâm phạm (cố ý làm hư hỏng tài sản, hành vi huỷ hoại tài sản, hành vi chiếm đoạt tài sản, chiếm giữ, sử dụng trái phép tài sản,...) là một trong những dấu hiệu bắt buộc của cấu thành tội phạm. Vì vậy, việc xác định giá trị tài sản bị xâm phạm đó có ý nghĩa rất quan trọng và mang tính bắt buộc để xác định hành vi xâm phạm về tài sản đó có phải là tội phạm hay không. Bên cạnh đó, việc định giá tài sản còn là căn cứ để xác định khung hình phạt; đánh giá tính chất, mức độ

nguy hiểm của hành vi phạm tội khi lượng hình và xác định mức bồi thường cho người bị thiệt hại. Theo quy định tại Điều 215 BLTTHS năm 2015, khi tiến hành giải quyết vụ án hình sự mà xét thấy cần xác định giá trị của tài sản mới có thể giải quyết vụ án hình sự được, hoặc trong thời hạn 07 ngày kể từ khi nhận được đề nghị định giá tài sản của bị can, bị cáo, bị hại, người tham gia tố tụng khác, thì các cơ quan tiến hành tố tụng sẽ xem xét và ra văn bản yêu cầu định giá tài sản. Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi ra văn bản yêu cầu định giá tài sản, cơ quan yêu cầu định giá phải giao hoặc gửi văn bản yêu cầu định giá tài sản, hồ sơ, đối tượng yêu cầu định giá tài sản cho Hội đồng giám định tài sản được yêu cầu; gửi văn bản yêu cầu định giá tài sản cho Viện kiểm sát có thẩm quyền thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra. Văn bản yêu cầu định giá tài sản phải bao gồm những nội dung được quy định tại Điều 215 BLTTHS. KSV cần kiểm sát chặt chẽ việc yêu cầu định giá tài sản, cũng như kiểm sát Hội đồng thực hiện định giá tài sản, đảm bảo việc định giá tài sản khách quan, toàn diện, đúng pháp luật và kịp thời, đảm bảo cho việc xử lý vụ án được đúng người, đúng tội, đúng pháp luật, tránh hiện tượng oan, sai, bỏ lọt tội phạm. Ví dụ: Ngày 1/1/2016 Cơ quan cảnh sát điều tra công an quận Đ đã bắt quả tang đối tượng Nguyễn Văn N thực hiện hành vi trộm cắp tài sản. Kết luận giám định định giá tài sản có giá trị là 4,5 triệu đồng. Quá trình hỏi cung, lấy lời khai của đối tượng và những người bị hại liên quan, đối tượng đã khai ra thực hiện 4 vụ trước đó. Cụ thể: vụ thứ nhất được thực hiện đầu năm 2015 trị giá tài sản được kết luận là trên 2 triệu đồng; vụ thứ hai được thực hiện vào khoảng tháng 4 năm 2015 trị giá trên 2 triệu đồng; vụ thứ ba được thực hiện vào khoảng tháng 6 năm 2015 trị giá tài sản được xác định dưới 2 triệu đồng; vụ thứ tư đối tượng thực hiện vào tháng 10 năm 2015 trị giá tài sản trên 2 triệu đồng. Lần thứ 5 thì bị bắt quả tang và trị giá 4,5 triệu đồng. Theo hướng dẫn tại nghị quyết 01/2006 ngày 12/5/2006 của Hội



*đồng thẩm phán Tòa án tối cao, nếu đối tượng phạm tội từ 5 lần trở lên và lấy hành vi phạm tội là nghề kiếm sống, thì đối tượng thuộc diện phạm tội có tính chất chuyên nghiệp. Đây là tình tiết định khung tăng nặng tại điểm b khoản 2 Điều 173 BLHS. Tuy nhiên, khi định giá chính xác các lần thực hiện hành vi phạm tội nêu trên thì xác định có một lần thực hiện vụ thứ ba dưới 2 triệu đồng, không thỏa mãn các quy định trong hướng dẫn nên không xử lý đối tượng theo tình tiết định khung này được.* Điều này cho thấy, việc tiến hành định giá tài sản chính xác có ý nghĩa rất lớn trên thực tiễn giải quyết vụ án hình sự.

*Kiểm sát viên phải tiến hành kiểm sát chặt chẽ thời hạn định giá tài sản* được quy định tại Điều 216 BLTTHS. Theo đó, việc định giá tài sản và trả kết luận định giá tài sản thực hiện theo thời hạn nêu trong văn bản yêu cầu định giá tài sản. Trong trường hợp Hội đồng định giá không thể tiến hành trong thời gian mà cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng yêu cầu, Hội đồng định giá tài sản phải kịp thời thông báo bằng văn bản cho phía cơ quan yêu cầu và nói rõ lý do cho cơ quan và người có yêu cầu định giá biết.

*Kiểm sát viên phải kiểm sát chặt chẽ việc thành lập Hội đồng định giá tài sản* có đúng quy định của pháp luật không, trường hợp không đúng thì kết quả định giá tài sản đó không có giá trị chứng minh vì không đảm bảo tính hợp pháp của chứng cứ. Vì vậy, KSV cần kiểm sát chặt chẽ việc thành lập Hội đồng định giá tài sản được quy định tại Điều 5 Nghị định 26/NĐ-CP ngày 2/3/2005. Sau khi có quyết định thành lập Hội đồng định giá tài sản, KSV cần kiểm sát các thành viên trong hội đồng định giá có đúng quy định của pháp luật không, các thành viên được tham gia trong Hội đồng định giá tài sản được quy định tại Điều 5 Nghị định 26/NĐ-CP có quy định như sau:

KSV cần kiểm sát về số lượng thành viên trong Hội đồng cũng như các tiêu chuẩn của thành viên tham gia hội đồng định giá tài sản. Mọi trường hợp không đúng thành phần KSV

phải đề nghị cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng yêu cầu thay đổi ngay, vì việc sai thành phần sẽ dẫn đến giá trị kết quả định giá không được công nhận, không có giá trị chứng minh trong vụ án hình sự. Theo đó, những trường hợp sau đây sẽ không được tham gia trong hội đồng định giá tài sản: (1) Đã tiến hành tố tụng với tư cách là Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán, Hội thẩm, Thư ký toà án hoặc đã tham gia với tư cách là người bào chữa, người làm chứng, người phiên dịch trong vụ án đó; (2) Đồng thời là người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự; người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến vụ án; là người đại diện hợp pháp, người thân thích của những người đó hoặc là bị can, bị cáo trong vụ án; (3) Được yêu cầu tham gia Hội đồng định giá lại tài sản mà mình đã tham gia định giá; (4) Có căn cứ rõ ràng khác để cho rằng người đó có thể không vô tư trong khi thực hiện việc định giá.

Việc định giá tài sản do Hội đồng định giá tài sản tiến hành. Phiên họp định giá tài sản có thể được thực hiện tại nơi có tài sản được định giá hoặc nơi khác theo quyết định của Hội đồng định giá tài sản. Theo đó, trong phiên họp định giá tài sản này, Điều tra viên, Kiểm sát viên, Thẩm phán cũng có thể tham dự phiên họp nhưng phải báo trước cho Hội đồng định giá tài sản biết; khi được sự đồng ý của Hội đồng định giá tài sản thì có quyền đưa ra ý kiến.

*Kiểm sát viên cần kiểm sát kết luận định giá tài sản.* Kết luận này phải ghi rõ kết luận về giá của tài sản theo nội dung yêu cầu định giá và các nội dung khác theo quy định của pháp luật. Kết luận định giá tài sản phải có đầy đủ chữ ký của các thành viên trong Hội đồng định giá tài sản và phải được lưu trong hồ sơ định giá tài sản. Kết luận định giá tài sản phải được gửi cho cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng yêu cầu định giá tài sản, người yêu cầu định giá tài sản trong thời hạn 24 giờ kể từ khi ra kết luận định giá. Kết luận định giá tài sản của Hội đồng định giá bao gồm những nội dung được quy định tại Điều 18 Nghị định 26/NĐ-CP.



Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi nhận được kết luận định giá tài sản, cơ quan đã yêu cầu và người yêu cầu định giá tài sản phải gửi kết luận định giá tài sản cho Viện kiểm sát thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra. KSV cần kiểm sát chặt chẽ quy trình nêu trên. Để làm sáng tỏ nội dung kết luận định giá tài sản, cơ quan yêu cầu định giá tài sản có quyền yêu cầu Hội đồng định giá tài sản giải thích kết luận định giá; hỏi thêm Hội đồng định giá tài sản về những tình tiết cần thiết.

Trường hợp định giá tài sản mà tài sản đó bị thất lạc hoặc không còn, Hội đồng định giá tài sản sẽ căn cứ vào hồ sơ của tài sản trên cơ sở các thông tin, tài liệu thu thập được về tài sản cần định giá để xác định giá trị tài sản. Trên thực tiễn, khi giải quyết một số vụ án hình sự, hoạt động này không được thực hiện nghiêm túc, dẫn đến ảnh hưởng lớn đến định tội, định khung hình phạt và giải quyết phần bồi thường thiệt hại không chính xác. *Ví dụ: ngày 1/2/2013, đối tượng X thực hiện hành vi trộm cắp tài sản là 05 chỉ vàng của bà H. Sau đó, X lại trộm cắp chiếc đồng hồ đeo tay của bà H trị giá 15 triệu đồng. Khi phạm tội lần 2, bị bắt quả tang và tang vật thu giữ được, còn 05 chỉ vàng thì đối tượng đã bán và ăn tiêu hết. Tại tiệm vàng, nơi đối tượng bán có xác nhận là đã mua vàng của X nhưng không nhớ mua số lượng bao nhiêu, loại gì và giá như thế nào vì cũng đã bán cho các đối tượng khác. Cơ quan điều tra cho rằng không cần thiết định giá 05 chỉ vàng vì chiếc đồng hồ định giá 15 triệu đã đủ để khởi tố đối với X. Trường hợp này, KSV cần yêu cầu Cơ quan điều tra thu thập chứng cứ về 05 chỉ vàng mà bị hại đã khai X lấy và X đã nhận để định giá, xác định chính xác khung hình phạt cần áp dụng đối với X và mức tiền mà X cần phải bồi thường cho bị hại H.*

*Kiểm sát viên phải kiểm sát việc thông báo kết luận định giá tài sản của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng cho bị can, bị cáo, bị hại và người tham gia tố tụng khác có liên*

*quan. Những người này có quyền trình bày ý kiến về kết luận định giá và có quyền đề nghị định giá lại tài sản. Trong trường hợp cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng không chấp nhận đề nghị của những người này thì phải thông báo cho họ bằng văn bản và nêu rõ lý do. Khi có nghi ngờ về kết luận định giá tài sản lần đầu, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng tự mình hoặc theo đề nghị của người bị buộc tội, người tham gia tố tụng khác ra văn bản yêu cầu định giá lại tài sản. Việc định giá lại tài sản do Hội đồng định giá tài sản cấp trên trực tiếp thực hiện. Trong trường hợp có sự mâu thuẫn giữa kết luận định giá tài sản lần đầu với kết luận định giá tài sản lại về giá trị của tài sản cần định giá, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng sẽ ra văn bản yêu cầu định giá lại tài sản lần thứ hai. Việc định giá tài sản lại lần thứ hai sẽ do Hội đồng định giá tài sản có thẩm quyền thực hiện. Kết luận định giá lại trong trường hợp này được sử dụng để giải quyết vụ án.*

Trong trường hợp do tính chất đặc biệt của vụ án hoặc do yêu cầu phải bảo đảm bí mật, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, cụ thể là Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao sẽ quyết định việc định giá lại tài sản khi có kết luận định giá lần thứ hai của Hội đồng định giá tài sản. Việc định giá tài sản trong trường hợp đặc biệt này sẽ do Hội đồng định giá tài sản mới thực hiện. Những người đã tham gia định giá trong những lần trước đó sẽ không được tham gia trong Hội đồng định giá tài sản lại lần này. Kết luận định giá trong trường hợp đặc biệt này được sử dụng để giải quyết vụ án.

Trên đây là một số nội dung về công tác thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động giám định và định giá tài sản theo quy định của BLTTHS năm 2015. Chúng tôi mong rằng những nội dung nêu trên sẽ được thực hiện thống nhất, đúng quy định của pháp luật trên thực tiễn./.



## MỘT SỐ ĐIỂM MỚI VỀ HÌNH PHẠT TỬ HÌNH TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

Phạm Thị Thanh Xuân<sup>1</sup>

Đỗ Thị Phương<sup>2</sup>

**Tóm tắt:** Nghị quyết số 08/NQ-TW ngày 02-01-2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới đã quán triệt: “Các bộ, ngành có liên quan cần xem xét hai vấn đề lớn là hình thức thi hành án tử hình và hạn chế số lượng hình phạt tử hình trong cơ cấu hình phạt của Bộ luật hình sự”. Nghị quyết số 49/NQ-TW ngày 02-6-2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 cũng tiếp tục nhấn mạnh quan điểm trên về hình phạt tử hình. Ngày 20/6/2017, trong buổi làm việc cuối cùng của Kỳ họp thứ ba, Quốc hội khóa XIV đã thông qua Bộ luật hình sự và Nghị quyết thi hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự số 100/2015/QH13. Bộ luật hình sự năm 2015 đã xóa bỏ 8 tội danh có mức án đến tử hình. Trong bài viết này chúng tôi đề cập đến một số điểm mới về hình phạt tử hình trong Bộ luật hình sự nước ta.

**Từ khóa:** Hình phạt tử hình, Bộ luật hình sự

Nhận bài: 05/5/2017; Hoàn thành biên tập: 28/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** Resolution No. 08 / NQ-TW of the Politburo dated 02-01-2002 on some key tasks judicial work in time to have the thorough: “The ministries concerned should see two major issues are considered forms of punishment and enforcement of limiting the number of death penalty in the penalty structure of the criminal Code. “Resolution No. 49 / NQ-TW dated 02-6-2005 of the Ministry politics of judicial reform Strategy to 2020 also continued to emphasize the point of the death penalty. on 06/20/2017, during the last working session of the third National Assembly XIV through the criminal Code and the Resolution of the Law amending and supplementing some articles of the Penal Code No. 100/2015 / QH13. of the criminal Code in 2015 has removed 8 offense has sentenced to death .In this article we mention some new points on the death penalty in our country’s Criminal Code.

**Keywords:** Death Penalty, Criminal Code

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 28/6/2017; Date of approval: 01/8/2017

Xuất phát từ yêu cầu thực tiễn khách quan về tình hình kinh tế - xã hội và quá trình hội nhập quốc tế. Với quan điểm cần hạn chế số lượng hình phạt tử hình được quy định trong các tội phạm cụ thể có những điểm mới cơ bản về hình phạt tử hình.

**Thứ nhất,** Bộ luật hình sự đã xóa bỏ hình phạt tử hình ở một số tội danh.

Ở Việt Nam, quyền sống đã được khẳng định ngay trong Tuyên ngôn Độc lập năm 1945: “Tất cả mọi người đều sinh ra có quyền bình đẳng. Tạo hóa cho họ những quyền không ai có thể xâm phạm được; trong những quyền ấy, có quyền được sống, quyền tự do và quyền

mu cầu hạnh phúc”. Điều này tương đồng, phù hợp với tiến trình phát triển của lịch sử, với xu hướng chung của các quốc gia trên thế giới. Theo quy định tại khoản 1 Điều 6 Công ước quốc tế về các Quyền dân sự, chính trị (ICCPR), cụ thể hóa Điều 3 UDHR, trong đó nêu rằng: “Mọi người đều có quyền có hữu là được sống. Quyền này phải được pháp luật bảo vệ. Không ai có thể bị tước mạng sống một cách tùy tiện”. Các khoản 2, 3, 4, 5, 6 Điều này quy định điều kiện cho việc áp dụng hình phạt tử hình ở những nước còn duy trì hình phạt này. Có thể tóm tắt như sau: (i) chỉ được phép áp dụng hình phạt tử hình đối với những tội ác

<sup>1</sup> Trường Chính trị tỉnh Hải Dương

<sup>2</sup> Trường Chính trị tỉnh Hải Dương

ng nghiêm trọng nhất, căn cứ vào luật pháp hiện hành tại thời điểm tội phạm được thực hiện; (ii) việc áp dụng hình phạt tử hình không được trái với những quy định của ICCPR và của Công ước về Ngăn ngừa và trừng trị tội diệt chủng; (iii) hình phạt tử hình chỉ được thi hành trên cơ sở bản án đã có hiệu lực pháp luật, do một toà án có thẩm quyền phán quyết; (iv) bất kỳ người nào bị kết án tử hình đều có quyền xin và quyền được xét ân giảm hoặc thay đổi mức hình phạt; (v) không áp dụng hình phạt tử hình với người dưới 18 tuổi và không được thi hành án tử hình đối với phụ nữ đang mang thai; (vi) không được viện dẫn Điều 6 để trì hoãn hoặc ngăn cản việc xoá bỏ hình phạt tử hình. Căn cứ Công ước trên các quốc gia đã, đang và sẽ tiến tới loại bỏ hình phạt tử hình trong hệ thống pháp luật, trong đó có Việt Nam của chúng ta.

Thực tiễn sửa đổi, bổ sung Bộ luật hình sự (BLHS) về hình phạt tử hình qua các thời kỳ phát triển của đất nước có rất nhiều thay đổi, trong đó có nhiều hình phạt tử hình trong một số tội danh bị loại bỏ, chúng ta có thể so sánh, liệt kê để thấy rằng nếu như Bộ luật hình sự năm 1985 (qua 04 lần sửa đổi, bổ sung vào các năm 1989, 1991, 1992 và 1997) có đến 44 điều luật quy định về mức hình phạt tử hình đối với các tội phạm cụ thể (chiếm 20,37%) thì đến BLHS năm 1999 giảm xuống còn 29 điều (chiếm 11%), lần sửa đổi, bổ sung năm 2009 đã giảm xuống chỉ còn 22 điều (chiếm 8%). Như vậy qua mỗi lần sửa đổi, bổ sung Bộ luật hình sự ngày càng giảm dần các hình phạt tử hình. Thực tiễn thi hành BLHS cho thấy, mỗi năm số người bị kết án và thi hành án tử hình ở nước ta vẫn còn cao so với một số quốc gia trên thế giới, điều đó đã làm mất đi cơ hội phục thiện, tái hòa nhập cộng đồng đối với những người bị kết án và thi hành án tử hình, đồng thời chưa thể hiện tối ưu tính nhân đạo của pháp luật hình sự xã hội chủ nghĩa (XHCH) và cũng chưa phù hợp với xu hướng chung của các nước văn minh trên thế giới. Chính vì lẽ đó, để thực hiện chủ trương của Đảng và Nhà nước về giảm hình phạt tử hình, “*hạn chế áp*

*dụng hình phạt tử hình theo hướng chỉ áp dụng đối với một số ít loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng*”, góp phần bảo vệ quyền con người theo tinh thần Hiến pháp năm 2013, Bộ luật hình sự năm 2015 loại bỏ hình phạt tử hình đối với 07 tội danh, đó là: Tội cướp tài sản (Điều 168); Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm (Điều 193); Tội tàng trữ trái phép chất ma túy (Điều 249); Tội chiếm đoạt trái phép chất ma túy (Điều 252); Tội phá huỷ công trình, cơ sở, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia (Điều 303); Tội chống mệnh lệnh (Điều 394) và Tội đầu hàng địch (Điều 399). Việc loại bỏ hình phạt tử hình ở 07 tội danh này là cần thiết, thể hiện tính nhân văn của pháp luật hình sự XHCN, phù hợp với tình hình phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, đáp ứng yêu cầu đấu tranh phòng, chống tội phạm và hội nhập quốc tế.

Ngoài ra, BLHS năm 2015 bỏ tội hoạt động phi được quy định tại Điều 83 Bộ luật hình sự năm 1999, mà mức hình phạt cao nhất của tội này đến chung thân hoặc tử hình. Như vậy đã bỏ 8 tội có mức án tử hình trong BLHS năm 2015 so với BLHS năm 1999, sửa đổi, bổ sung năm 2009, tội hoạt động phi được loại bỏ hoàn toàn. Bởi lẽ, tội bạo loạn quy định tại Điều 112 và tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân, quy định tại Điều 113 Bộ luật hình sự năm 2015 đã bao quát trường hợp phạm tội được quy định tại Điều 83 BLHS hiện hành về tội hoạt động phi. Theo đó, người nào nhằm chống chính quyền nhân dân mà hoạt động vũ trang ở vùng rừng núi, vùng biển vùng hiểm yếu khác sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội bạo loạn (Điều 112). Theo quy định tại Điều 112 BLHS năm 2015, người nào hoạt động vũ trang hoặc dùng bạo lực có tổ chức nhằm chống chính quyền nhân dân, bất kể ở khu vực nào, đều bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội này. Đối với người nhằm chống chính quyền nhân dân mà thực hiện hành vi giết người, cướp phá tài sản sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân quy định tại Điều 113 Bộ luật



hình sự năm 2015. Do vậy, BLHS năm 2015 đã bỏ tội hoạt động phi tại Điều 83 BLHS năm 1999 để nhằm tránh sự chông chéo khi định tội danh với cùng một hành vi phạm tội.

Đây là một bước tiến rất lớn trong quá trình xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật của nước ta, việc xóa bỏ hình phạt tử hình như là một quy luật tất yếu.

**Thứ hai**, không áp dụng hình phạt tử hình và không thi hành án tử hình đối với người từ đủ 75 tuổi trở lên.

Điều 35 của BLHS năm 1999 quy định không áp dụng hình phạt tử hình đối với người chưa thành niên phạm tội; không áp dụng hình phạt tử hình và không thi hành án tử hình đối với phụ nữ có thai, phụ nữ đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi khi phạm tội hoặc khi xét xử. Trường hợp này hình phạt tử hình chuyển thành tù chung thân. Trong trường hợp người bị kết án tử hình được ân giảm, thì hình phạt tử hình chuyển thành tù chung thân. Thực tiễn thi hành những quy định này thời gian qua, đã phát huy tính tích cực trong việc thể hiện chính sách hình sự của Nhà nước ta. Tuy nhiên, trong quá trình xây dựng BLHS năm 2015, nhiều ý kiến cho rằng cần bổ sung quy định không áp dụng hình phạt tử hình đối với đối tượng là người từ đủ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử và không thi hành án tử hình đối với những đối tượng này. Bên cạnh đó vẫn còn có ý kiến cho rằng, cần phải áp dụng hình phạt tử hình đối tượng này vì không ít người trong số họ là người có trình độ, hiểu biết và có kinh nghiệm sống, thậm chí có những người có trình độ cao, trong khi vẫn khỏe mạnh phạm các tội xâm phạm an ninh quốc gia hoặc cầm đầu tổ chức, băng nhóm tội phạm nguy hiểm, tội phạm ma túy; tội chống loài người và tội phạm chiến tranh. Tuy nhiên, trong thời gian qua việc xử lý tội phạm với người thực hiện từ đủ 75 tuổi trở lên không đáng kể, hơn nữa việc tiếp tục cho áp dụng hình phạt tử hình đối với người phạm tội từ đủ 75 tuổi trở lên thể hiện sự không nhân đạo và làm giảm ý nghĩa giáo dục. Vì vậy, sửa đổi BLHS theo hướng không áp

dụng và không thi hành hình phạt tử hình đối với người từ đủ 75 tuổi trở lên là sự kế thừa truyền thống lập pháp, đạo lý của dân tộc, phù hợp với xu hướng phát triển của pháp luật hình sự thế giới, thể hiện chính sách hình sự nhân đạo của Đảng và Nhà nước ta đối với người phạm tội, đồng thời bảo đảm tính răn đe, giáo dục, phòng ngừa chung. Vì vậy, Bộ luật hình sự năm 2015 đã bổ sung quy định mới hợp tình, hợp lý: *không áp dụng hình phạt tử hình đối với người từ đủ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử và không thi hành án tử hình đối với họ* (khoản 2, 3 Điều 40 về hình phạt tử hình).

**Thứ ba**, không thi hành án tử hình trong một số trường hợp khác.

Ngoài việc bổ sung quy định không áp dụng hình phạt tử hình và không thi hành án tử hình đối với người từ đủ 75 tuổi trở lên phạm tội, BLHS năm 2015 cũng bổ sung mới quy định: *không thi hành án tử hình đối với người bị kết án tử hình về tội tham ô tài sản, tội nhận hối lộ mà sau khi bị kết án đã chủ động nộp lại ít nhất 3/4 tài sản tham ô, nhận hối lộ và hợp tác tích cực với cơ quan chức năng trong việc phát hiện, điều tra, xử lý tội phạm hoặc lập công lớn* (điểm c khoản 3 Điều 40). Cơ sở của quy định này là: người phạm tội mang tính vụ lợi thì yếu tố khắc phục hậu quả, thu hồi lại tài sản chiếm đoạt cần được xem là một tình tiết đặc biệt khi thi hành án. Điều này cũng phù hợp với Công ước Liên hợp quốc về chống tham nhũng mà Việt Nam đã phê chuẩn bằng Quyết định số 950/2009/QĐ-CTN ngày 30 tháng 6 năm 2009 của Chủ tịch nước, có hiệu lực thi hành từ ngày 18 tháng 9 năm 2009. Trong đó, Công ước quy định rõ mục đích cuối cùng của việc xử lý đối với hành vi tham nhũng là thu hồi tài sản, như khoản 2 Điều 31: “Các quốc gia thành viên sẽ tiến hành các biện pháp cần thiết cho phép nhận dạng, truy nguyên, phong tỏa hoặc tạm giữ bất kỳ loại tài sản nào quy định tại khoản 1 của Điều này để thực hiện mục đích cuối cùng là tịch thu”.

Tuy nhiên, để bảo đảm sự công bằng, người phạm tội ngoài việc nộp lại tài sản tham ô, nhận hối lộ thì còn phải có đủ những điều kiện nhất định mang yếu tố tích cực, mới có thể được xem xét không thi hành án tử hình. Quy định cụ thể trong trường hợp này sẽ chuyển hình phạt tử hình thành hình phạt tù chung thân (khoản 4 Điều 40 và khoản 6 Điều 63) nhằm góp phần hạn chế tối đa hình phạt tử hình trên thực tế.

Trong thời gian qua, việc thi hành án tử hình đối với các tội tham nhũng thực chất cũng chỉ là để thỏa mãn sự căm tức của xã hội đối với người phạm tội tham nhũng, chính vì lẽ đó trong quá trình xây dựng BLHS cũng có một số ý kiến không đồng tình với việc xóa bỏ án tử hình khi họ nộp lại được từ  $\frac{3}{4}$  tài sản tham nhũng, mà muốn giữ nguyên hình phạt tử hình. Quan điểm này cho rằng, hiện nay chúng ta xác định tham nhũng là quốc nạn, là giặc nội xâm thì phải trừng phạt thích đáng, ngoài tính trừng phạt còn mang tính răn đe, giáo dục phòng ngừa chung, hơn nữa nếu cho nộp lại tài sản đã tham nhũng mà thoát án tử hình thì chẳng khác nào dùng tiền mua sự sống, họ sẵn sàng tham nhũng với số lượng lớn nhưng nếu phát hiện ra thì họ trả lại để thoát án tử hình, chưa kể họ tham nhũng nhiều mà cơ quan pháp luật không phát hiện được hết. Như vậy là tính răn đe, giáo dục không cao và không bảo đảm tính công bằng trong xử lý, đồng thời không đáp ứng yêu cầu của “Chiến lược quốc gia phòng chống tham nhũng đến năm 2020” Ban hành kèm theo Nghị quyết 21/NQ-CP ngày 12 tháng 5 năm 2009 của Chính phủ.

Với quan điểm thu hồi tài sản tham nhũng là chủ yếu, ở một góc độ nào đó, nếu không thi hành án tử hình đối với những trường hợp đã cố gắng nộp lại ít nhất  $\frac{3}{4}$  tài sản tham ô, nhận hối lộ sẽ tạo điều kiện cho họ và người thân tìm mọi cách khẩn trương, nhanh chóng nhất huy động của cải, vật chất và tiền bạc, kể cả vay mượn, nộp lại cho Nhà nước để không bị tử hình. Điều đó giúp họ hy vọng đến một thời gian theo quy định của pháp luật, khi chấp

hành tốt các quy định trong trại giam sẽ có cơ hội trở về với gia đình và cộng đồng. Nếu khi họ xác định có nộp lại thì kiêu gì cũng bị tử hình, họ sẽ phó thác sự sống, chết cho pháp luật và trong thâm tâm họ tự nhủ rằng tất cả những gì họ có được cho gia đình, con cháu, họ hàng sẽ không bao giờ lộ ra để cho nhà nước thu hồi, trừ khi cơ quan tiến hành tố tụng đã có đầy đủ chứng cứ chứng minh được điều đó và câu nói: “hy sinh đời bố, củng cố đời con” có một phần đúng trong trường hợp này.

Vì vậy, việc quy định xóa án tử hình trong trường hợp trên thực sự là một tiến bộ lớn trong quá trình lập pháp, vừa bảo đảm quyền được sống như Hiến pháp quy định, vừa bảo đảm tính nhân đạo, khoan hồng, vừa thu hồi được tài sản thất thoát và phù hợp với xu hướng chung của thế giới văn minh đang hướng tới về việc xóa bỏ án tử hình nói chung.

**Thứ tư**, quy định xét giảm án đối với người bị kết án tử hình được ân giảm xuống thành tù chung thân.

Bộ luật hình sự năm 2015 đã bổ sung trường hợp giảm mức hình phạt đã tuyên: “*Đối với người bị kết án tử hình được ân giảm hoặc người bị kết án tử hình thuộc trường hợp quy định tại điểm b hoặc điểm c khoản 3 Điều 40 của Bộ luật thì thời gian đã chấp hành hình phạt để được xét giảm lần đầu là 25 năm và dù được giảm nhiều lần nhưng vẫn phải bảo đảm thời hạn thực tế chấp hành hình phạt là 30 năm*” (khoản 6 Điều 63) mà BLHS năm 1999 không quy định. Trong quá trình xây dựng dự án Bộ luật hình sự, cũng có ý kiến cho rằng không nên quy định tiếp tục xét giảm án đối với người bị kết án tử hình đã được ân giảm xuống thành tù chung thân để bảo đảm tính nghiêm trị của hình phạt. Điều này, một số nước trên thế giới đã áp dụng đối với một số tội đó là tù chung thân đến suốt đời, không được giảm án. Tuy nhiên, nếu không tiếp tục xét giảm án sẽ phát sinh một loại hình phạt mới: tù chung thân không giảm án, tạo gánh nặng cho Nhà nước...(Xem tiếp trang 70)



## BÀN VỀ MỤC TIÊU CỦA TƯ PHÁP HÌNH SỰ NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN

Hoàng Minh Đức<sup>1</sup>

Nguyễn Phan Trung Anh<sup>2</sup>

**Tóm tắt:** Tư pháp hình sự người chưa thành niên là vấn đề không chỉ có ý nghĩa về mặt lý luận mà còn là nội dung được quan tâm nghiên cứu thường xuyên dưới góc độ thực tiễn, chính trị và pháp lý. Mặc dù đến nay đã có nhiều luận giải khác nhau dưới góc độ khoa học pháp lý về những vấn đề cơ bản của tư pháp hình sự người chưa thành niên như khái niệm, nội dung, đặc điểm, ý nghĩa và bước đầu đã xây dựng được hệ thống lý luận tương đối đầy đủ về lĩnh vực này. Tuy nhiên, hệ thống lý luận và thực tiễn về tư pháp hình sự người chưa thành niên không phải là phạm trù bất biến mà ngược lại luôn vận động, phát triển cùng với những đổi thay của đời sống pháp luật. Với ý nghĩa đó, việc tiếp tục nghiên cứu, luận giải về mục tiêu của tư pháp hình sự người chưa thành niên thực sự là việc làm cần thiết trong bối cảnh xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa, Nhà nước mà ở đó các giá trị cơ bản của con người, quyền con người nói chung và quyền của người chưa thành niên nói riêng luôn được ghi nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm ở mức độ cao nhất, đầy đủ nhất.

**Từ khóa:** Tư pháp hình sự, Người chưa thành niên phạm tội, Tư pháp hình sự người chưa thành niên

Nhận bài: Ngày 5/5/2017; Hoàn thành biên tập: 28/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** Juvenile criminal justice is not only theoretical matter but also a subject to research in practical, political and legal aspects. There have been legal discussion on legal science of basic matters of juvenile criminal justice such as definition, content, meaning and initial complete theoretical system. However, the theoretical and practical system of juvenile criminal justice is not an immutable category, it changes and develops together with the change of laws. For these reasons, it is essential to continue to research, discuss the aims of juvenile criminal justice in the circumstance of building Vietnam the socialist law governed state in which fundamental values of human, human rights and juvenile rights are accredited, respected, protected and guaranteed in the highest level.

**Key words:** criminal justice, juvenile offender, juvenile criminal justice.

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 28/6/2017; Date of approval: 01/8/2017

Trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa hiện nay, việc xây dựng cơ chế pháp lý để ghi nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người nói chung và quyền của người chưa thành niên nói riêng là vấn đề rất có ý nghĩa và thực sự cần thiết nhằm thể chế hóa tinh thần thượng tôn pháp luật. Điều 40 Công ước Liên hợp quốc về Quyền trẻ em có ghi: “Các quốc gia thừa nhận quyền của mọi trẻ em bị cho là tố cáo hay bị công nhận là đã vi phạm luật hình sự được đối xử phù hợp với việc cổ vũ ý thức của trẻ em...”

Cách đối xử cũng phải tính đến lứa tuổi của trẻ em và đến điều mong muốn làm sao thúc đẩy sự tái hòa nhập vào việc đảm đương một vai trò xây dựng trong xã hội trẻ em...”<sup>3</sup>. Đặc biệt, Công ước cũng đã nêu ra 05 nguyên tắc chung mà các quốc gia thành viên phải tuân thủ khi xây dựng chính sách, luật pháp và thực thi pháp luật liên quan đến bất kỳ trẻ em nào dưới 18 tuổi, bao gồm: nguyên tắc lợi ích tốt nhất của trẻ em; nguyên tắc không phân biệt đối xử; quyền sống, sinh tồn và phát triển; quyền được lắng nghe của trẻ em; và nhân phẩm của trẻ

<sup>1</sup> Tiến sỹ, Trường Đại học Cảnh sát nhân dân

<sup>2</sup> Thạc sỹ, Trường Đại học Cảnh sát nhân dân

<sup>3</sup> Công ước Liên hợp quốc về Quyền trẻ em năm 1989.

em. Như vậy, Công ước đặt ra yêu cầu cho các quốc gia thành viên bằng các biện pháp lập pháp, hành pháp, tư pháp có trách nhiệm xây dựng và thể chế hóa trên thực tế quan điểm, tư tưởng và những quy định đặc thù đối với người chưa thành niên, đặc biệt là trong lĩnh vực tư pháp hình sự người chưa thành niên nhằm bảo vệ quyền và lợi ích của người chưa thành niên, phù hợp với đặc điểm về tâm, sinh lý và hướng tới mục tiêu giáo dục, giúp đỡ người chưa thành niên phát triển lành mạnh.

Tư pháp hình sự người chưa thành niên là việc thực hiện quyền lực nhà nước thông qua hoạt động khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án và các hoạt động hỗ trợ tư pháp của hệ thống các cơ quan chức năng có thẩm quyền và các tổ chức có liên quan (trong đó hoạt động xét xử của Tòa án giữ vị trí trung tâm) để phán xét, phân xử về tính hợp pháp của các hành vi do người chưa thành niên thực hiện, những xung đột nảy sinh trong các quan hệ pháp luật hình sự, nhằm bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức và của người chưa thành niên.

Theo nghĩa chung nhất, mục tiêu là “*Đích đặt ra, cần phải đạt tới, đối với công tác, nhiệm vụ*”<sup>4</sup>. Mục tiêu là ý nghĩa thực tiễn của vấn đề nghiên cứu, là đối tượng phục vụ của vấn đề nghiên cứu. Mục tiêu trả lời cho câu hỏi làm cái gì? nhằm vào cái gì? Hoặc, để phục vụ cho cái gì? Với ý nghĩa đó, chúng tôi cho rằng, mục tiêu của tư pháp hình sự người chưa thành niên nhằm:

**Thứ nhất**, xây dựng hệ thống cơ sở lý luận, chính trị, pháp lý và cơ chế đảm bảo cho việc khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án đối với người chưa thành niên phạm tội.

Tư pháp hình sự người chưa thành niên với tư cách là một lĩnh vực thực hiện quyền lực nhà nước thông qua hoạt động khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án hình sự, với sự tham gia của các chủ thể được Nhà nước trao quyền nhằm giải quyết một cách triệt để, thấu đáo các vấn đề có liên quan đến người

chưa thành niên phạm tội. Bản thân các hoạt động đó không phải được thực hiện một cách ngẫu nhiên, tùy tiện mà trái lại phải được trang bị bằng hệ thống cơ sở lý luận đầy đủ, sâu sắc và được cập nhật thường xuyên phù hợp với bối cảnh mới. Hệ thống lý luận đó phải xuất phát từ thực tiễn sinh động của các chủ thể trong việc tiến hành các hoạt động tố tụng hình sự đối với người chưa thành niên phạm tội. Bởi, chính thực tiễn là nơi tri thức được đúc kết và hình thành, nơi chân lý được kiểm nghiệm, thực tiễn thực hiện quyền lực nhà nước trong lĩnh vực tư pháp hình sự đối với người chưa thành niên rất phong phú, đa dạng, hết sức nhạy cảm do đó phải từng bước tạo lập được nền tảng lý luận soi đường. Thiết nghĩ, hệ thống lý luận đó phải phức đáp được các yêu cầu cơ bản của một nền tư pháp trong giai đoạn xây dựng nhà nước pháp quyền, với những luận giải về chủ thể, thiết chế, thể chế, các nguyên tắc, mục tiêu, các nhân tố tác động và các yếu tố đảm bảo thực hiện quyền lực nhà nước trong hoạt động truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người chưa thành niên phạm tội. Đặc biệt, hệ thống lý luận về tư pháp hình sự người chưa thành niên phải quán triệt sâu sắc quan điểm, chủ trương, chính sách, đường lối của Đảng và Nhà nước, đồng thời, thường xuyên nghiên cứu, cập nhật, lĩnh hội những tri thức từ hệ thống lý luận về tư pháp hình sự người chưa thành niên thể hiện trong các cơ chế quốc tế, khu vực và quốc gia về quyền của người chưa thành niên nhằm sinh động hóa bản thân hệ thống lý luận đang có và cũng chính là sự thể hiện vai trò tiên phong, gương mẫu, thể hiện trách nhiệm của quốc gia thành viên khi tham gia soạn thảo, ký kết, gia nhập các điều ước quốc tế về người chưa thành niên, đảm bảo hệ thống lý luận và pháp luật Việt Nam có khả năng tiệm cận với hệ thống tư pháp hình sự người chưa thành niên trên thế giới, phù hợp với yêu cầu của tình hình hội nhập và phát triển chính trị, kinh tế, pháp luật sâu rộng ngày nay.

<sup>4</sup> Nguyễn Như Ý (2001), *Từ điển Tiếng Việt phổ thông*, Nxb Giáo dục, Hà Nội, Tr.457-458.



Bên cạnh hệ thống lý luận dẫn đường, tư pháp hình sự người chưa thành niên chỉ có thể được bảo đảm hiệu lực và hiệu quả khi xây dựng được hệ thống cơ sở chính trị và pháp lý đầy đủ, toàn diện, sâu sắc, tạo tiền đề cho việc thực hiện nguyên tắc pháp chế xã hội chủ nghĩa và cũng chính là sự thể hiện của tinh thần thượng tôn pháp luật trong bối cảnh xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay. Chỉ có như vậy, hoạt động thực hiện quyền lực nhà nước trong việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người chưa thành niên phạm tội mới được tiến hành một cách công bằng, dân chủ, văn minh trên cơ sở tôn trọng đầy đủ các quyền cơ bản của người chưa thành niên, đảm bảo quyền của người chưa thành niên không thể bị xâm phạm, chà đạp bởi bất kỳ một thế lực, chủ thể có thẩm quyền nào trong Nhà nước.

Hệ thống cơ sở chính trị, pháp lý và pháp luật về tư pháp hình sự người chưa thành niên trước tiên và yêu cầu có tính bắt buộc là phải nội luật hóa các quy định của điều ước quốc tế vào hệ thống pháp quốc gia. Từ phương diện chính trị, pháp lý, việc chủ động tham gia đàm phán, ký kết, phê chuẩn và nội luật hóa các điều ước quốc tế là chủ trương nhất quán của Đảng và Nhà nước ta. Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02/01/2000 của Bộ Chính trị về Một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới đã chỉ rõ *“Công tác tư pháp phải ngăn ngừa có hiệu quả và xử lý kịp thời, nghiêm minh các loại tội phạm hình sự, đặc biệt là các tội xâm phạm an ninh quốc gia, tội phạm tham nhũng và các loại tội phạm có tổ chức...”*, *“Phổ biến rộng rãi và tổ chức thực hiện tốt các Công ước quốc tế, Hiệp định tương trợ tư pháp và các Hiệp định hợp tác phòng, chống tội phạm mà Nhà nước ta đã ký kết hoặc tham gia...”*. Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 tiếp tục khẳng định

*“Tổ chức thực hiện tốt các điều ước quốc tế mà Nhà nước ta đã tham gia...”*. Những quan điểm chỉ đạo và quy định nêu trên vừa là định hướng, vừa là cơ sở chính trị pháp lý quan trọng cho việc nội luật hóa các điều ước quốc tế nói chung và có tác dụng định hướng việc xây dựng luận cứ khoa học để hoàn thiện pháp luật bảo đảm thực thi các công ước quốc tế trong lĩnh vực tư pháp hình sự người chưa thành niên<sup>5</sup>.

**Thứ hai**, đảm bảo quyền của người chưa thành niên được ghi nhận, tôn trọng, thực thi trên thực tế một cách đầy đủ, minh bạch và hiệu quả.

Quyền con người nói chung và quyền của người chưa thành niên nói riêng là giá trị mang tính phổ biến của nhân loại, là kết quả của quá trình đấu tranh, phát triển lâu dài của tất cả các dân tộc, nhân dân trên toàn thế giới. Quyền của người chưa thành niên được đặt trong mối quan hệ với nghĩa vụ, trách nhiệm của người chưa thành niên đối với xã hội và được giải quyết trên cơ sở đảm bảo lợi ích xã hội. Bảo đảm quyền con người nói chung và quyền của người chưa thành niên nói riêng là bảo đảm dân chủ, bảo đảm hiệu quả, hiệu lực nhà nước cũng như quyền và lợi ích hợp pháp của công dân. Kể từ khi Liên hợp quốc được thành lập, quyền con người nói chung và quyền của người chưa thành niên nói riêng đã thu hút được sự quan tâm rộng rãi của dư luận và có sự tác động mạnh mẽ tới các quan hệ chính trị, pháp lý, xã hội ở tất cả các cấp độ quốc gia, khu vực và quốc tế. Nó không chỉ là nhận thức, là quan điểm mà thể hiện bằng các quy phạm pháp luật được các quốc gia thừa nhận chung, phản ánh quy luật và hướng tất yếu của xã hội loài người cũng như sự hình thành các cơ chế bảo đảm để quyền con người nói chung và quyền của người chưa thành niên nói riêng được thực thi trên thực tế. Tại Việt Nam, việc bảo đảm và thúc đẩy quyền con người nói

<sup>5</sup> Đặng Văn Đoài (2016), *Phương hướng nội luật hóa các điều ước quốc tế đa phương trong Bộ luật hình sự năm 2015*, Kỷ yếu Khoa học “Một số vấn đề về nội luật hóa quy định của điều ước quốc tế trong xây dựng pháp luật hình sự”, Trường Đại học An ninh nhân dân, Thành phố Hồ Chí Minh, Tr.9-15.



chung và quyền của người chưa thành niên nói riêng là mục tiêu nhất quán của Đảng và Nhà nước ta; luôn đề cao sự tôn vinh, tôn trọng quyền con người; đã, đang và sẽ luôn nỗ lực để thực hiện quyền con người, trước tiên là thông qua việc xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, đồng thời thông qua việc đẩy mạnh phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội.

Bảo đảm quyền của người chưa thành niên trong tổ tụng hình sự được thực hiện thông qua hệ thống đa dạng các biện pháp khác nhau, với những chủ thể khác nhau. Mặc dù đến nay dưới góc độ khoa học pháp lý việc đề xuất các tiêu chí, chuẩn mực cơ bản để xem xét hiệu quả của quá trình bảo đảm quyền của người chưa thành niên còn tồn tại những quan điểm khác nhau, nhưng có thể khẳng định nội dung cốt lõi của việc bảo đảm quyền của người chưa thành niên chính là việc ghi nhận, tôn trọng và thực thi quyền của người chưa thành niên trên thực tế, đặc biệt trong lĩnh vực tổ tụng hình sự. Với ý nghĩa đó, tư pháp hình sự người chưa thành niên, một lĩnh vực thực hiện quyền lực nhà nước chính là môi trường làm phát sinh, thay đổi và có những tác động không hề nhỏ thậm chí rất nhạy cảm đến quá trình đảm bảo quyền của người chưa thành niên trên thực tế một cách minh bạch, đầy đủ và hiệu quả.

Bảo đảm quyền của người chưa thành niên là việc Nhà nước bằng sức mạnh và ý chí của mình để các quyền của người chưa thành niên được thực thi và không bị xâm phạm trong đời sống chính trị, dân sự, kinh tế, xã hội. Thông qua các bảo đảm chính trị, kinh tế, tư tưởng, tổ chức, pháp luật, Nhà nước tạo cho con người được thực thi các quyền cơ bản của mình, đồng thời loại bỏ những rào cản làm hạn chế, hoặc không được thực thi các quyền đó. Ở Việt Nam, bảo đảm quyền của người chưa thành niên phạm tội là bảo đảm cho những quy định của pháp luật về người chưa thành niên được thực hiện trên thực tế, phù hợp với thông lệ quốc tế; đồng thời bảo vệ quyền của người chưa thành niên phạm tội khi có sự xâm hại, sự vi phạm quyền của các em từ các cơ quan,

các chủ thể thực hiện việc xem xét, xử lý hành vi phạm tội của người chưa thành niên. Trên cơ sở các văn bản pháp luật quốc tế, hệ thống tư pháp người chưa thành niên ở Việt Nam đã được quan tâm nghiên cứu và ngày càng hoàn thiện. Việc bảo đảm quyền của người chưa thành niên phạm tội phù hợp với thông lệ quốc tế, đồng thời phù hợp với điều kiện kinh tế - xã hội và văn hóa hiện có của Việt Nam. Sự phù hợp này thể hiện trên cả hai phương diện đó là xây dựng pháp luật và thực thi pháp luật.

Hiện nay, trong pháp luật hình sự, tổ tụng hình sự, thi hành án hình sự, phòng ngừa tội phạm, hàng loạt các chế định pháp luật được ban hành mang tính cá biệt nhằm bảo đảm quyền của người chưa thành niên. Đó là các quy định của pháp luật về quyền và nghĩa vụ của người chưa thành niên; nghĩa vụ của các cơ quan, người tiến hành tố tụng đối với người chưa thành niên. Toàn bộ những quy định đó thể hiện những tư tưởng, nguyên tắc của Nhà nước ta mang tính nhân đạo và hướng tới mục tiêu chung bảo đảm cho quyền của người chưa thành niên không bị tước bỏ một cách trái pháp luật. Những quy định này không chỉ nhằm tạo ra cơ sở pháp lý cần thiết, quan trọng cho các cơ quan, người tiến hành tố tụng tránh được sự lạm dụng, vi phạm pháp luật đối với người chưa thành niên, đồng thời cũng tạo ra hình ảnh về sự nghiêm minh của pháp luật giúp cho người chưa thành niên tự chấn chỉnh hành vi của mình sao cho phù hợp với pháp luật. Các quy định trong pháp luật nước ta đề cao việc giáo dục, giúp đỡ người chưa thành niên phạm tội sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh trở thành công dân có ích cho xã hội là mục đích chủ yếu. Mọi biện pháp áp dụng đối với người chưa thành niên được quy định trong pháp luật nước ta đảm bảo phù hợp với hoàn cảnh và tương xứng với tính chất và mức độ phạm tội của người chưa thành niên. Việc buộc người chưa thành niên phải chịu trách nhiệm hình sự về hành vi của mình là nhằm mục đích để các em nhận thức sâu sắc rằng hành vi phạm tội của các em đã vi phạm các chuẩn mực và quy



tắc của Nhà nước, của xã hội. Tuy nhiên, biện pháp xử lý đối với người chưa thành niên được ghi nhận trong pháp luật hình sự được xem xét không chỉ đơn thuần dựa vào tính chất và mức độ nghiêm trọng của hành vi cũng như hậu quả do hành vi đó gây ra, mà còn tính đến hoàn cảnh riêng của các em, bởi vì, mục đích của hình phạt và việc áp dụng hình phạt đối với người chưa thành niên phạm tội không phải chỉ là để trừng phạt, mà còn nhằm hỗ trợ người chưa thành niên phục hồi và tái hòa nhập cộng đồng. Việc xét xử người chưa thành niên chỉ đặt ra trong những trường hợp thật cần thiết, nếu có phải áp dụng hình phạt đối với các em thì cũng lấy mục đích giáo dục, cải tạo là chủ yếu, không để hình ảnh của pháp luật tồn tại trong tâm trí các em quá sợ hãi hoặc quá khắt khe, dễ gây ra sự bất mãn, lòng thù hận. Trong toàn bộ các hoạt động tố tụng hình sự đối với người chưa thành niên phải luôn luôn quán triệt và đảm bảo nguyên tắc vì lợi ích tốt nhất của người chưa thành niên.

Bên cạnh đó, để đảm bảo quyền con người trong xã hội, bảo đảm trật tự pháp luật xã hội chủ nghĩa, thì quyền của người chưa thành niên cũng có thể bị hạn chế theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trên cơ sở quy định của pháp luật. Trên phương diện tố tụng hình sự, Tòa án là cơ quan duy nhất nhân danh Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ra quyết định áp dụng hình phạt đối với người chưa thành niên phạm tội. Sự phán quyết của Tòa án bao giờ cũng phải dựa trên cơ sở của pháp luật và chỉ tuân theo pháp luật. Điều này khẳng định, ở Việt Nam, ngoài Tòa án, không một cá nhân, một tổ chức hay một cơ quan nhà nước nào khác có quyền tước bỏ một hay một số quyền của người chưa thành niên. Khi quyền của người chưa thành niên phạm tội bị xâm phạm thì pháp luật đã quy định các trình tự, thủ tục khác nhau nhằm khôi phục lại các quyền đó. Vấn đề này đã được quy định cụ thể trong Bộ luật tố tụng hình sự, Luật trách

nhiệm bồi thường nhà nước nhằm hạn chế tới mức thấp nhất việc quyền con người nói chung, quyền của người chưa thành niên nói riêng bị vi phạm<sup>6</sup>.

**Thứ ba**, hiện thực hóa các giá trị tiến bộ của nền văn minh nhân loại và các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hình sự đối với người chưa thành niên.

Có thể khẳng định, tư pháp hình sự người chưa thành niên có nội dung và phạm vi tác động rất rộng, liên quan không chỉ đến việc thực hiện quyền lực tư pháp mà phần nào gắn bó chặt chẽ, biện chứng với việc thực hiện các quyền lập pháp và hành pháp. Trong toàn bộ quá trình thực thi tư pháp hình sự người chưa thành niên, các giá trị tiến bộ của nền văn minh nhân loại và các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hình sự đối với người chưa thành niên được thể hiện một cách sinh động, đầy đủ và toàn diện nhất.

Hoạt động khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án thuộc nội dung của tư pháp hình sự người chưa thành niên tiếp tục khẳng định các quan điểm, tư tưởng pháp lý tiến bộ của nền văn minh nhân loại, công bằng, nhân đạo, dân chủ, pháp chế trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, luôn luôn coi các quyền và tự do của con người là những giá trị xã hội cao quý nhất. Đồng thời, thể chế hóa tinh thần cải cách tư pháp của Bộ Chính trị theo hướng hoàn thiện chính sách pháp luật hình sự phù hợp với nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của nhân dân, do nhân dân, vì nhân dân; hoàn thiện các thủ tục tố tụng tư pháp, bảo đảm tính đồng bộ, dân chủ, công khai, minh bạch, tôn trọng và bảo vệ quyền con người. Tư pháp hình sự người chưa thành niên là một bộ phận của tư pháp nói chung xác định và thực thi trên thực tế mục tiêu bảo vệ những quyền và lợi ích thiết thân của người chưa thành niên phạm tội. Đồng thời, tư pháp hình sự người chưa thành niên là phương tiện để

<sup>6</sup> Vũ Thị Thu Quyên (2015), *Pháp luật về quyền của người chưa thành niên phạm tội ở Việt Nam*, Luận án tiến sĩ Luật học, Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Hà Nội.

tiếp tục củng cố và ghi nhận quan điểm của Đảng và Nhà nước ta trong việc xử lý người chưa thành niên phạm tội theo hướng giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh và trở thành công dân có ích cho xã hội. Việc truy cứu trách nhiệm hình sự người chưa thành niên phạm tội và áp dụng hình phạt đối với họ được thực hiện chỉ trong trường hợp cần thiết và phải căn cứ vào tính chất của hành vi phạm tội, vào những đặc điểm về nhân thân và yêu cầu của việc phòng ngừa tội phạm.

Toàn bộ các giá trị chung của nền văn minh nhân loại, các nguyên tắc chung được thừa nhận trong pháp luật quốc tế và Việt Nam sẽ từng bước được ghi nhận và bảo đảm thực hiện thông qua quá trình tổ tụng hình sự đối với người chưa thành niên phạm tội. Tư pháp hình sự người chưa thành niên hoàn toàn có đầy đủ công cụ để thực hiện và đạt được mục tiêu đó.

**Thứ tư,** đảm bảo hiệu quả của quá trình thực thi quyền lực nhà nước trong mối quan hệ hữu cơ và thống nhất, phối hợp và chế ước, khả thi và hợp lý của hệ thống các cơ quan nhà nước tương ứng với ba nhánh quyền lực, trong việc cụ thể hóa quan điểm, tư tưởng nhân đạo của Đảng và Nhà nước đối với việc xử lý các vấn đề có liên quan đến người chưa thành niên.

Hiệu quả của tư pháp hình sự người chưa thành niên phụ thuộc vào nhiều yếu tố, đó là hệ thống pháp luật hình sự hiện trạng, là mô hình tổ chức các cơ quan thực thi, là vai trò, trách nhiệm, trình độ, ý thức pháp luật của các chủ thể thực thi các hoạt động khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án đối với người chưa thành niên và trong tổng thể các yếu tố đó không thể không nhắc đến mối quan hệ giữa các cơ quan thuộc lĩnh vực lập pháp, hành pháp, tư pháp, hoạt động của các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp nhằm mục tiêu hướng đến việc bảo đảm ở mức độ cao nhất quyền con người nói chung, quyền của người chưa thành niên nói riêng, duy trì và giữ vững trật tự pháp luật xã hội.

Nội dung mối quan hệ giữa các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp phải tạo ra được sự

thống nhất về mặt nhận thức, tư tưởng và thực tiễn áp dụng pháp luật, đảm bảo chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mỗi cơ quan được phát huy ở mức độ cao nhất, dưới sự giám sát, chế ước lẫn nhau dựa trên tinh thần thượng tôn pháp luật trong Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, đảm bảo triệt để tuân thủ, tôn trọng tuyệt đối các quyền cơ bản của người chưa thành niên. Đồng thời, việc duy trì mối quan hệ này phải ở mức độ khả thi và hợp lý, tạo ra sự đồng thuận trong việc xử lý người chưa thành niên phạm tội theo phương châm, khi người chưa thành niên có hành vi phạm tội thì bao giờ cũng phải đặt vấn đề trách nhiệm pháp lý của các đối tượng đó trong mối quan hệ với trách nhiệm chăm sóc, bảo vệ, giáo dục của xã hội, của gia đình và nhà trường. Nhận thức của các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp phải luôn luôn coi trọng và đặt con người ở vị trí ưu tiên, các quyền và lợi ích hợp pháp của con người không bị xâm phạm. Đồng thời, chủ nghĩa nhân đạo gắn liền với việc củng cố những đảm bảo về pháp luật trong việc bảo vệ người chưa thành niên phạm tội không bị những đòi hỏi không có cơ sở pháp lý rõ ràng, với bảo đảm cho người chưa thành niên phạm tội chịu sự trừng phạt công bằng, phù hợp với tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội gây ra cho xã hội. Đảm bảo một cách chắc chắn rằng các giá trị cơ bản của đời sống xã hội, quyền tự nhiên của con người luôn được tôn trọng ở vị trí tối thượng vì một nền dân chủ tiến bộ.

**Thứ năm,** góp phần xây dựng hệ thống tư pháp trong sạch, vững mạnh, dân chủ, nghiêm minh, bảo vệ công lý, từng bước hiện đại, phục vụ nhân dân, phụng sự Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa; hoạt động tư pháp mà trọng tâm là hoạt động xét xử được tiến hành có hiệu quả và hiệu lực cao.

Tư pháp hình sự người chưa thành niên là một bộ của nền tư pháp nói chung, phải được coi là một bộ phận hợp thành của quá trình phát triển đất nước ở mỗi quốc gia, trong khuôn khổ toàn diện của công bằng xã hội đối



với tất cả những người chưa thành niên, từ đó góp phần bảo vệ thể hệ trẻ và duy trì trật tự, yên bình cho xã hội. Việc thực hiện triệt để, đảm bảo hiệu quả các nội dung thuộc lĩnh vực khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án đối với người chưa thành niên là yếu tố góp phần quan trọng vào việc xây dựng, củng cố nền tư pháp Việt Nam thực sự trong sạch, vững mạnh, nơi mà công lý, công bằng, dân chủ được thực thi, hoạt động của các cơ quan tư pháp hình sự được quan tâm chú trọng thay đổi về chất và lượng, cán bộ tư pháp mẫn cán, tận tụy, hoạt động tư pháp mà trọng tâm là hoạt động xét xử của Tòa án được tổ chức thực hiện bài bản, nghiêm minh, nhân văn, giá trị của con người được tôn trọng và bảo đảm.

Hoạt động tư pháp hình sự người chưa thành niên đặt ra yêu cầu bắt buộc là phải nâng cao chất lượng áp dụng pháp luật hình sự trong hoạt động xét xử của Tòa án nhân dân gắn liền với việc xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội

chủ nghĩa của dân, do dân và vì dân. Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa với một hệ thống pháp luật hoàn chỉnh và mang tính khả thi cao, với ý thức thượng tôn pháp luật của các thành viên trong xã hội; với một bộ máy nhà nước tinh gọn và có hiệu quả; với một đội ngũ cán bộ công chức tận tụy vì dân, có trách nhiệm cao với đời sống của nhân dân sẽ là những tiền đề lý tưởng cho việc nâng cao chất lượng hoạt động tư pháp, trong đó có chất lượng hoạt động xét xử của cơ quan Tòa án nhân dân. Các giải pháp về tổ chức, về con người, về việc xây dựng một hệ thống pháp luật hoàn chỉnh nhằm nâng cao chất lượng áp dụng pháp luật trong hoạt động xét xử của cơ quan Tòa án không thể tách rời các nội dung của việc xây dựng một Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Với ý nghĩa đó, tư pháp hình sự người chưa thành niên góp phần xây dựng hệ thống tư pháp trong sạch, vững mạnh, dân chủ, nghiêm minh, bảo vệ công lý, từng bước hiện đại./.

## MỘT SỐ ĐIỂM MỚI VỀ HÌNH PHẠT TỬ HÌNH TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

(Tiếp theo trang 63)

khi phải bảo đảm các điều kiện về vật lực và nhân lực để thi hành án phạt tù suốt đời đối với những người này trong trại giam. Bởi lẽ, nếu càng nhiều phạm nhân loại này thì rõ ràng bộ máy trại giam và bộ máy quản lý không thể thu nhỏ, đất đai, nhà cửa, các công trình phụ trợ, kinh phí đầu tư thường xuyên và đột xuất sẽ phải chi ngày một nhiều hơn, như vậy là trái với mục đích cao đẹp của nhà nước pháp quyền của dân, do dân, vì dân. Mặt khác, việc quy định không được giảm án sẽ làm cho người bị kết án nảy sinh tâm lý chán nản, cực đoan, dẫn đến ý nghĩ và hành động tiêu cực, bất cần đời, như gây sự hoặc chống phá trại giam, tự vẫn hoặc bỏ trốn, bởi họ không còn cơ hội, động cơ để cải tạo, phục thiện. BLHS năm 2015 đã bổ sung quy định cho phép người bị kết án tử hình được xét giảm, nhưng phải có điều kiện

chặt chẽ hơn so với người bị kết án tù chung thân khác, đó là: thời gian đã chấp hành hình phạt để được xét giảm lần đầu cao hơn đó là phải bảo đảm ít nhất từ đủ là 25 năm và dù được giảm nhiều lần thì vẫn phải bảo đảm thời hạn thực tế chấp hành hình phạt là 30 năm.

Như vậy, BLHS năm 2015 thực sự đã có một bước tiến rất lớn trong quá trình lập pháp của nước ta đối với việc xóa bỏ và giảm hình phạt tử hình. Đó là đã cụ thể hóa đường lối của Đảng và Nhà nước, đồng thời tiếp cận và hòa chung với xu hướng của các quốc gia phát triển trên thế giới, đã, đang hạn chế và xóa án tử hình để tiến tới một thời điểm nào đó trong tương lai khi điều kiện kinh tế-xã hội và trình độ dân trí cho phép, chúng ta sẽ xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật hình sự trong đó sẽ loại bỏ vĩnh viễn hình phạt tử hình./.

## HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VỀ TỘI TRỘM CẤP TÀI SẢN

Đỗ Lương Thiện<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Trên cơ sở nghiên cứu, phân tích các dấu hiệu pháp lý của tội trộm cắp tài sản được quy định trong Bộ luật hình sự (BLHS) năm 1999 và năm 2015, so sánh những điểm mới và cũ của hai bộ luật trên, tác giả đã chỉ ra những ưu điểm và hạn chế thiếu sót trong việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với tội trộm cắp tài sản này.

**Từ khóa:** Bộ luật hình sự, Trộm cắp tài sản

Nhận bài: 06/3/2017; Hoàn thành biên tập: 18/4/2017; Duyệt đăng: 23/5/2017

**Abstract:** On the foundation of researching and analyzing legal signs of crime of stealing property prescribed in the Penal Code 1999 and 2015, comparing old and new points pertaining to this crime in the two Codes, the author pointed out strong points and limitations in criminal prosecution against crime of stealing property.

**Keywords:** Criminal Code, stealing property

Date of receipt: 06/3/2017; Date of revision: 18/4/2017; Date of approval: 23/5/2017

### 1. Khái niệm về “trộm cắp tài sản”

Theo Từ điển Tiếng Việt, “trộm cắp” là từ ghép được tạo bởi hai từ:

+ “Trộm” lấy của người khác một cách lén lút, nhân lúc không ai để ý; Làm việc gì lén lút, thâm vụng.

+ “Cắp” Lợi dụng sơ hở, lấy của người khác một cách lén lút, vụng trộm.

“Trộm” và “cắp” đều chỉ hành vi lén lút, thâm vụng hoặc nhân lúc sơ hở để chiếm đoạt tài sản của người khác

Thông thường khái niệm trộm cắp dùng để chỉ những hành vi xấu, dư luận xã hội không chấp nhận cần phải lên án, vì nó không chỉ ảnh hưởng đến an ninh trật tự, đời sống vật chất của các cơ quan Nhà nước, tập thể và công dân mà còn cản trở sự phát triển và tiến bộ xã hội.

Theo TS. Trần Minh Hương<sup>2</sup> cho rằng: “trộm cắp tài sản là hành vi lén lút, bí mật trốn tránh sự phát hiện của người quản lý tài sản để chiếm đoạt tài sản”<sup>3</sup>.

Trong Bình luận khoa học BLHS của một số tác giả khác, phần các tội phạm, trộm cắp được hiểu là “lén lút, bí mật chiếm đoạt tài sản đang do người khác quản lý”. Trong Giáo trình luật hình sự Việt Nam của Trường Đại học Luật Hà Nội, trộm cắp tài sản cũng

được hiểu là “lén lút chiếm đoạt tài sản đang có người quản lý”. Theo chúng tôi, “tài sản đang do người khác quản lý” và “tài sản đang có người quản lý” chỉ là hai cách nói khác nhau của cùng một nội dung. Còn Giáo trình luật hình sự Việt Nam, phần các tội phạm của Học viện Cảnh sát nhân dân lại cho rằng: “Trộm cắp là hành vi chiếm đoạt tài sản của người chủ tài sản hoặc người được giao trực tiếp quản lý tài sản, có thể bằng thủ đoạn lén lút”. Việc đưa ra khái niệm trên là không cần thiết vì “chiếm đoạt tài sản của người chủ tài sản hoặc người được giao trực tiếp quản lý tài sản” chính là chiếm đoạt tài sản của người khác. Bên cạnh đó, việc xác định “có thể bằng thủ đoạn lén lút” sẽ dẫn đến có thể hiểu “lén lút” chỉ là một trong các thủ đoạn được thực hiện.

### 2. Quy định của Bộ luật hình sự về tội trộm cắp tài sản

Tại Điều 138 BLHS năm 1999 quy định tội trộm cắp tài sản như sau: “Người nào trộm cắp tài sản của người khác có giá trị từ năm trăm nghìn đồng đến dưới năm mươi triệu đồng hoặc dưới năm trăm nghìn đồng nhưng gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử lý hành chính về hành vi chiếm đoạt hoặc đã bị kết án

<sup>1</sup> Giảng viên, Khoa Luật, T32, Học viện cảnh sát nhân dân

<sup>2</sup> Học viện Cảnh sát nhân dân

<sup>3</sup> Trần Minh Hương (2009), *Bình luận khoa học Bộ luật Hình sự đã sửa đổi bổ sung năm 2009*, Nxb Lao Động. Tr. 289



về tội chiếm đoạt tài sản, chưa được xoá án tích mà còn vi phạm, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 3 năm hoặc bị phạt tù từ 6 tháng đến 3 năm”<sup>4</sup>.

Trải qua 10 năm áp dụng Bộ luật hình sự năm 1999, để phù hợp với điều kiện kinh tế xã hội của đất nước và đảm bảo cho công tác đấu tranh và phòng ngừa tội phạm có hiệu quả, ngày 19 tháng 6 năm 2009 tại kỳ họp thứ 5, Quốc hội khóa XII đã thông qua, sửa đổi một số quy định của Bộ luật hình sự năm 1999, chính thức có hiệu lực thi hành ngày 01 tháng 01 năm 2010 trong đó có Tội trộm cắp tài sản được thay đổi giá trị từ 500.000 đồng lên thành 2.000.000 là mức tối thiểu xác định hành vi phạm tội để phù hợp với tình hình thực tế<sup>5</sup>.

Quy định như vậy là một bước tiến vượt bậc của quá trình lập pháp. Lần này, tội trộm cắp tài sản đã được quy định một cách cụ thể và chi tiết hơn đó là đã đưa ra được điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự, đồng thời cũng đã định lượng được giá trị tài sản bị chiếm đoạt, tạo điều kiện thuận lợi cho công dân cũng như các cơ quan bảo vệ pháp luật trong quá trình áp dụng.

Điều 173 BLHS năm 2015 đã quy định chi tiết hơn về tội trộm cắp tài sản:

1. Người nào trộm cắp tài sản của người khác trị giá từ 2.000.000 đồng đến dưới 50.000.000 đồng hoặc dưới 2.000.000 đồng nhưng thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm...<sup>6</sup>

So với Điều 138 BLHS năm 1999 về tội trộm cắp tài sản thì BLHS năm 2015 có nhiều điểm mới:

**Thứ nhất**, cũng như tại các điều luật quy định ở các chương khác, đối với tội trộm cắp tài sản của BLHS năm 2015 không sử dụng từ mà sử dụng các con số đếm. Tại khoản 1 kết cấu được phân chia thành 04 (bốn) mục là a, b, c, d. Với tình trạng trộm cắp các loại tài sản

dưới 2.000.000 đồng nhưng gây tâm lý hoang mang trong quần chúng nhân dân, ảnh hưởng đến cuộc sống, tâm lý của người dân, tính chất manh động của tội phạm trong thời gian qua có xu hướng gia tăng, gây bức xúc trong quần chúng nhân dân, nhằm răn đe tội phạm, chấn chỉnh trật tự xã hội khoản 1 Điều 173 BLHS năm 2015 bổ sung thêm 02 trường hợp đối với những hành vi trộm cắp tài sản có giá trị dưới 2.000.000 đồng nhưng vẫn phạm tội trộm cắp tài sản là:

“c) Gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội;

d) Tài sản là phương tiện kiếm sống chính của người bị hại và gia đình họ; tài sản là kỷ vật, di vật, đồ thờ cúng có giá trị đặc biệt về mặt tinh thần đối với người bị hại”.

**Thứ hai**, bỏ các tình tiết định khung “g) Gây hậu quả nghiêm trọng; Gây hậu quả rất nghiêm trọng; Gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng” quy định tại các khoản 2, 3, 4 Điều 138 BLHS năm 1999.

**Thứ ba**, tại khoản 2, tình tiết định khung “e) Chiếm đoạt tài sản có giá trị từ năm mươi triệu đồng đến dưới hai trăm triệu đồng” tại BLHS năm 1999 được sửa đổi như sau: “e) Trộm cắp tài sản trị giá từ 2.000.000 đồng đến dưới 50.000.000 đồng nhưng thuộc một trong các trường hợp quy định tại các điểm a, b, c và d khoản 1 Điều này”. Đồng thời bổ sung thêm tình tiết định khung “Tái phạm nguy hiểm”.

Tại khoản 3 bổ sung thêm 02 tình tiết định khung “b) Trộm cắp tài sản trị giá từ 50.000.000 đồng đến dưới 200.000.000 đồng nhưng thuộc một trong các trường hợp quy định tại các điểm a, b, c và d khoản 1 Điều này; c) Lợi dụng thiên tai, dịch bệnh.”

**Thứ tư**, tại khoản 4 bỏ hình phạt tù chung thân mức hình phạt tù được áp dụng như quy định của BLHS năm 1999 là từ 12 đến 20 năm. Bổ sung thêm 02 tình tiết định khung “b) Trộm cắp tài sản trị giá từ 200.000.000 đồng đến

<sup>4</sup> Quốc hội (1999), *Bộ luật hình sự Việt Nam năm 1999*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

<sup>5</sup> Quốc hội (2009), *Bộ luật hình sự Việt Nam năm 1999*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

<sup>6</sup> Quốc hội (2015), *Bộ luật hình sự Việt Nam năm 2015*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.

dưới 500.000.000 đồng nhưng thuộc một trong các trường hợp quy định tại các điểm a, b, c và d khoản 1 Điều này; c) Lợi dụng hoàn cảnh chiến tranh, tình trạng khẩn cấp.”

### 3. Thực tiễn áp dụng pháp luật về tội trộm cắp tài sản

Nhìn chung, những quy định mới bổ sung trong Điều 173 Bộ luật Hình sự năm 2015 về Tội trộm cắp tài sản là phù hợp, đáp ứng yêu cầu đấu tranh chống và phòng ngừa tội phạm nói chung, tội trộm cắp tài sản nói riêng. Tuy nhiên, việc áp dụng thống nhất các dấu hiệu này trong thực tiễn không phải điều dễ dàng. Theo chúng tôi cần phải quy định rõ hơn để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với tội trộm cắp tài sản được đúng đắn. Vì thực tiễn công tác áp dụng pháp luật bộc lộ những yếu tố sau:

**Thứ nhất**, dấu hiệu dưới 2 triệu đồng nhưng đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi chiếm đoạt tài sản mà còn vi phạm. Theo quy định của Luật xử lý vi phạm hành chính có trường hợp tái phạm<sup>7</sup>. Vậy khi thực hiện hành vi trộm cắp tài sản dưới 2 triệu đồng và bị xử phạt hành chính và tiếp tục thực hiện hành vi trộm cắp thì xử lý tái phạm trong hành chính hay xử lý về hình sự<sup>8</sup>.

**Thứ hai**, theo quy định tại điểm c và d quy định như sau:

- *Gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội;*

- *Tài sản là phương tiện kiếm sống chính của người bị hại và gia đình họ; tài sản là kỹ vật, di vật, đồ thờ cúng có giá trị đặc biệt về mặt tinh thần đối với người bị hại.*

Việc xác định như thế nào là gây ảnh hưởng xấu? Xấu đến mức độ như thế nào thì truy cứu trách nhiệm hình sự? Tài sản là phương tiện kiếm sống chính của người bị hại và gia đình? Xác định vấn đề này dựa vào yếu tố nào? Hay trong trường hợp việc xác định

tài sản bị chiếm đoạt là di vật, kỹ vật, đồ thờ cúng có giá trị đặc biệt về mặt tinh thần đối với người bị hại là một trong những vấn đề cần được hướng dẫn và giải thích rõ hơn trong việc áp dụng pháp luật về loại tội phạm này. Ví dụ: Trong trường hợp tài sản là chiếc vòng tay bằng bạc chưa đến 2 triệu đồng nhưng lại được ông bà trao lại cho mẹ, sau này mẹ lại trao cho con dâu... Chiếc vòng tay này giá trị chưa đến mức 2 triệu đồng, nhưng lại thuộc là tài sản có giá trị đặc biệt về mặt tinh thần? Trong trường hợp này xác định giá trị tinh thần dựa vào yếu tố nào? Căn cứ để xác định là có giá trị về mặt tinh thần?

**Thứ ba**, việc áp dụng các tình tiết tăng nặng định khung trong một số trường hợp dựa vào giá trị tài sản. Tuy nhiên, tài sản chưa phân định quyền sở hữu hay chưa rõ ràng về quyền sở hữu thì xác định như thế nào?

Ví dụ: tài sản đang thuộc sở hữu chung nhưng vợ chồng đang sống ly thân, chưa ly hôn khi một trong 2 người lén lút, bí mật chiếm đoạt số tài sản chung với số lượng lớn thì giải quyết như thế nào? Xác định tài sản này thuộc sở hữu của ai? Căn cứ phân chia tài sản ra sao để đưa ra khung hình phạt phù hợp.

**Thứ tư**, điều đặc biệt cần lưu ý ở đây là, dấu hiệu chiếm đoạt trong cấu thành tội phạm trộm cắp tài sản được quy định là dấu hiệu chiếm đoạt được. Với quy định như vậy, tội trộm cắp tài sản chỉ coi là hoàn thành khi người thực hiện hành vi trộm cắp đã chiếm đoạt được tài sản. Còn khi họ chưa chiếm đoạt được tài sản, hành vi của họ chưa cấu thành tội phạm. Để đánh giá người phạm tội đã chiếm đoạt được hay chưa, đã làm chủ được tài sản hay chưa phải dựa vào những căn cứ nào? Nếu tài sản bị chiếm đoạt là loại gọn, nhỏ, thì có khác gì vật bị chiếm đoạt công kênh, khó di chuyển không. (Xem tiếp tr.78)

<sup>7</sup> Khoản 5 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định: “Tái phạm là việc cá nhân, tổ chức đã bị xử lý vi phạm hành chính nhưng chưa hết thời hạn được coi là chưa bị xử lý vi phạm hành chính, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt, quyết định áp dụng biện pháp xử lý hành chính hoặc kể từ ngày hết thời hiệu thi hành quyết định này mà lại thực hiện hành vi vi phạm hành chính đã bị xử lý.”

<sup>8</sup> Trần Thị Lâm Thi (T31), *Tái phạm trong pháp luật hành chính và hình sự Việt Nam*, Tạp chí khoa học ĐHQG Hà Nội, Luật học 25 (2009), tr.115-119.



## TÌNH HÌNH TỘI PHẠM VI PHẠM QUY ĐỊNH VỀ ĐIỀU KHIỂN PHƯƠNG TIỆN GIAO THÔNG ĐƯỜNG BỘ TRÊN ĐỊA BÀN MIỀN ĐÔNG NAM BỘ VÀ GIẢI PHÁP PHÒNG NGỪA

Huỳnh Thị Hoa<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Khu vực miền Đông Nam Bộ là khu vực kinh tế năng động nhất của cả nước, cũng là khu vực có tình hình tội phạm vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ cao nhất cả nước. Bài viết của tác giả đề cập tới một số nguyên nhân và điều kiện làm gia tăng tình hình tội phạm này trên địa bàn, từ đó đề ra một số giải pháp phòng ngừa cơ bản.

**Từ khóa:** Miền Đông Nam Bộ, tội vi phạm quy định về điều khiển giao thông đường bộ, tai nạn giao thông.

Nhận bài: 05/5/2017; Hoàn thành biên tập: 28/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** South-eastern is one of the most developing regions in economy in the country. However, it has the highest percentage of crime violating the rules of vehicle traffic control. In this article, the author mentions the reasons and conditions which increase the criminal situation in the region and also suggests some preventive solutions for this type of crime.

**Keywords:** South-eastern, crime committing the rules of vehicle traffic control, traffic accident.

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 28/6/2017; Date of approval: 01/8/2017

### 1. Tình hình tội phạm vi phạm quy định về phương tiện giao thông đường bộ trên địa bàn miền Đông Nam Bộ

Miền Đông Nam Bộ (ĐNB) là khu vực phát triển kinh tế năng động với mức tăng trưởng cao, nơi tập trung nhiều trung tâm kinh tế, công nghiệp thương mại, dịch vụ, khoa học – kỹ thuật, đầu mối giao lưu các tỉnh phía Nam với cả nước và quốc tế. Trong xu thế phát triển nhiều mặt của xã hội, giao thông đường bộ đóng vị trí, vai trò quan trọng, đáp ứng được nhu cầu đi lại, giao thương của nhân dân, góp phần ổn định trật tự an toàn xã hội, phục vụ đắc lực và có hiệu quả cho công cuộc đổi mới kinh tế - xã hội của toàn khu vực. Tuy nhiên, với số dân tăng nhanh, cơ sở hạ tầng giao thông không đáp ứng được số lượng tăng đột biến, đa dạng của các loại phương tiện giao thông đường bộ thì vấn đề tai nạn giao thông đường bộ và tội phạm vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ có những chuyển biến phức tạp. Từ năm 2007 đến năm 2015, trên địa bàn miền Đông Nam Bộ xảy ra 63.082 vụ tai nạn giao thông, làm

35.567 người chết, 23.917 người bị thương, số vụ án xét xử sơ thẩm tội phạm vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ có 11.568 vụ với 11.152 bị cáo, gây thiệt hại nghiêm trọng về tính mạng, sức khỏe và tài sản của nhân dân, gây tâm lý hoang mang cho con người, cản trở sự phát triển của xã hội. Trước tình hình đó, trong những năm qua, Đảng và Nhà nước đã đề ra nhiều biện pháp nhằm giảm thiểu tai nạn giao thông, đấu tranh phòng chống tội phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ trên phạm vi toàn quốc nói chung và miền ĐNB nói riêng nhưng số vụ vi phạm vẫn xảy ra ở mức cao.

Để phòng ngừa có hiệu quả tội phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ trên địa bàn miền ĐNB cần phải loại trừ các nguyên nhân và điều kiện (tức là các yếu tố làm phát sinh) tình hình tội phạm. Muốn làm được điều này, đòi hỏi phải nhận diện chính xác nguyên nhân và điều kiện của tình hình tội phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ trên địa bàn

<sup>1</sup> Thạc sỹ, NCS Trường Cao đẳng Cảnh sát nhân dân II, Bộ Công an.



miền ĐNB, trên cơ sở đó đề ra các giải pháp phòng ngừa có hiệu quả.

Tình hình tai nạn giao thông nói chung và tội vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ nói riêng trên địa bàn miền ĐNB trong thời gian qua gia tăng do nguyên nhân sau đây:

**Thứ nhất**, vùng ĐNB có vị trí địa lý rất thuận lợi: nằm ở vị trí địa lý kinh tế độc đáo, trên các trục giao thông quan trọng của cả nước, quốc tế và khu vực, có nhiều cửa ngõ vào - ra thuận lợi cả về đường sông, đường sắt, đường biển, đường hàng không rất thuận lợi để mở rộng giao lưu trong nước và quốc tế, phát triển nền kinh tế mở, nhất là khi cơ sở hạ tầng giao thông vận tải được nâng cấp, hiện đại hóa.

Với vị trí phát triển vùng kinh tế trọng điểm phía Nam, giao thông đường bộ luôn là vấn đề nóng, cấp bách cần giải quyết. Đó là: cơ sở hạ tầng giao thông đường bộ chưa đáp ứng được nhu cầu giao thông, còn bộc lộ nhiều thiếu sót, bất cập, số lượng phương tiện tăng nhanh, chủng loại đa dạng; không ít những phương tiện không đảm bảo chất lượng an toàn kỹ thuật và bảo vệ môi trường; tiềm ẩn những nguy cơ gây mất an toàn giao thông đường bộ. Từ năm 2007 đến năm 2015 số lượng phương tiện giao thông cơ giới đường bộ được đăng ký mới trên địa bàn miền ĐNB là: 6.052.453 xe mô tô; 485.394 xe ô tô. Sự gia tăng đột biến của các loại phương tiện xe ô tô và mô tô gây sức ép không nhỏ đến việc quản lý và kiểm soát phương tiện tham gia giao thông, đồng thời cơ sở hạ tầng giao thông xuống cấp nhanh chóng, không kịp đáp ứng với sự gia tăng số lượng phương tiện đó.

**Thứ hai**, khu vực ĐNB bao gồm 101 khu công nghiệp, khu chế xuất, cùng những cảng sông, cảng biển, cảng cạn, nhà ga, bến bãi... với mật độ dày đặc tại thành phố Hồ Chí Minh và các tỉnh Bình Dương, Đồng Nai, Bà Rịa - Vũng Tàu, Tây Ninh, Bình Phước... cần một lượng phương tiện vận tải tập trung tại khu vực này để vận chuyển hàng hoá, trong đó, xe

container, xe tải ben chiếm một số lượng tương đối lớn. Ngoài ra, khu vực còn thu hút số lượng lao động không nhỏ là những người nhập cư. Tính đến cuối năm 2015, tổng số lao động trong các khu công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế cụm miền Đông Nam Bộ là 892.559 lao động, đơn vị có số lao động nhiều nhất là Đồng Nai (447.419 lao động). Đa số họ là lao động phổ thông, thu nhập thấp, chịu nhiều áp lực công việc, trình độ học vấn thấp, kiến thức về pháp luật giao thông hạn hẹp và ý thức chấp hành pháp luật chưa cao đã có hành vi vi phạm quy định khi điều khiển phương tiện dẫn tới các vụ tai nạn giao thông nghiêm trọng, gây thiệt hại về người và tài sản của người dân. Mặt khác, nhiều người chỉ biết được một số quy định về pháp luật giao thông, song một số quy định cụ thể của các văn bản dưới luật thì không nắm được. Có thể dẫn chứng ra một số trường hợp như: mặc dù biết mua xe là phải làm thủ tục đăng ký và cấp biển số ở cơ quan Công an, nhưng vì không nắm được các quy định cụ thể nên một số người mua xe đã qua sử dụng nhưng không làm thủ tục sang tên đổi chủ xe theo quy định của pháp luật... Hoặc cố tình không chấp hành pháp luật giao thông, biểu hiện bằng các hành vi như: coi thường các quy định của pháp luật; chủ quan, quá tự tin vào tay lái, khả năng xử lý tình huống của bản thân, chủ quan cho rằng có thể ngăn ngừa các hậu quả; thực hiện các quy định một cách đối phó; thể hiện mình bằng các hành vi vi phạm trật tự an toàn giao thông. Theo thống kê trong số 1.191 vụ án vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ xảy ra từ năm 2007 đến năm 2015 cho thấy, có đến 658 bị cáo cố tình không chấp hành pháp luật giao thông (chiếm tỷ lệ 54,6%).

**Thứ ba**, tai nạn giao thông do phương tiện “siêu xe” và mô tô phân khối lớn gia tăng trong điều kiện kinh tế phát triển, đó cũng là nguồn nguy hiểm báo động tai nạn giao thông nghiêm trọng gia tăng. Những điều kiện quy định về đối tượng điều khiển xe mô tô được nói lỏng,



giá nhập xe mô tô giảm, khiến cho một bộ phận lớn thanh niên, giới trẻ có cơ hội được tiếp cận với những chiếc siêu xe, mô tô phân khối lớn ngày càng nhiều. Bên cạnh đó, Luật giao thông đường bộ chưa điều chỉnh và chưa có làn đường riêng dành cho xe mô tô phân khối lớn. Trình độ nhận thức và kỹ năng điều khiển xe của lái xe chưa được trang bị một cách đầy đủ, ý thức chấp hành pháp luật kém, những chiếc siêu xe và mô tô phân khối lớn tiềm ẩn nguy cơ tiếp tục gia tăng số vụ tai nạn giao thông nghiêm trọng. Điển hình như vụ một thành viên đoàn bảo vệ cuộc đua xe đạp nữ quốc tế Bình Dương bị những người điều khiển mô tô phân khối lớn chạy tốc độ cao đâm tử vong ngày 01/3/2015; vụ tai nạn giao thông do mô tô phân khối lớn gây ra tại giao lộ Đinh Tiên Hoàng - Điện Biên Phủ (quận 1, TP. Hồ Chí Minh) vào tháng 9/2014, khiến 1 người chết và 2 người bị thương...

**Thứ tư**, cảnh sát giao thông là lực lượng chủ công, trọng yếu thực hiện công tác giữ gìn trật tự an toàn giao thông. Lực lượng cảnh sát giao thông phối hợp với các lực lượng khác như thanh tra giao thông, cảnh sát trật tự, ... nhằm phát hiện và xử lý rất nhiều người có hành vi vi phạm trật tự an toàn giao thông. Tuy nhiên, lực lượng cảnh sát giao thông làm nhiệm vụ vừa mỏng lại vừa thiếu cả về quân số và trang thiết bị cần thiết như: máy thử nồng độ cồn, máy đo tốc độ... Trên 6 tỉnh và thành phố miền ĐNB có 3346 cán bộ, chiến sĩ lực lượng cảnh sát giao thông công tác trên địa bàn rộng lớn 23590 km<sup>2</sup> và có số dân 15.790.400 người, lực lượng mỏng không thể hoạt động liên tục và khó có thể khép kín địa bàn công tác vừa hỗ trợ các địa bàn lân cận khi cần thiết.

Bên cạnh đó, vấn đề phân công, phân cấp cảnh sát giao thông cấp tỉnh với cảnh sát giao thông cấp huyện thành phố vẫn còn nhiều bất cập, chưa mạnh dạn phân công cho cơ sở dẫn đến nhiều nơi, nhiều điểm bỏ trống địa bàn hoặc có tình trạng chùng chéo, cùng trên một địa bàn lại có nhiều lực lượng cảnh sát giao

thông, đặc biệt là tuyến quốc lộ, vai trò của lực lượng cảnh sát giao thông Công an cấp huyện chưa được phát huy. Hơn nữa, phương thức tuần tra nặng về cấm chốt, kế hoạch thực hiện chưa khép kín thời gian và địa bàn. Do đó những đối tượng vi phạm, nhất là người điều khiển xe đường dài nắm được quy luật tuần tra của cảnh sát giao thông, thanh tra giao thông nên lái xe dễ dàng tránh né, đối phó với lực lượng chức năng.

**Thứ năm**, những biểu hiện tiêu cực của lực lượng làm nhiệm vụ cảnh sát giao thông đã làm cho người tham gia giao thông mất niềm tin vào lực lượng chức năng, coi thường pháp luật. Vấn đề nhạy cảm, tế nhị đó là hiện tượng “làm luật”, “mãi lộ” cũng đang là mối quan tâm của công luận và cơ quan quản lý các cấp. Việc bỏ qua các hành vi vi phạm trật tự an toàn giao thông của cảnh sát giao thông vẫn còn xảy ra, có những loại hành vi vi phạm như: không có giấy phép lái xe theo quy định; điều khiển phương tiện chạy quá tốc độ; thiết bị an toàn không đảm bảo; không đội mũ bảo hiểm; xe mô tô chở quá số người quy định; xe không gắn biển số; điều khiển xe chạy lạng lách, đánh võng, chở hàng quá tải trọng, ... vẫn chưa được phát hiện kịp thời và xử lý nghiêm minh. Từ đó tạo ra dư luận không tốt đối với lực lượng cảnh sát giao thông nên một bộ phận không nhỏ quần chúng nhân dân không có thiện cảm, không sẵn sàng ủng hộ, giúp đỡ lực lượng cảnh sát giao thông hoàn thành nhiệm vụ của mình, cá biệt có một số quần chúng không phải là đối tượng xấu nhưng cũng có những hành động quậy phá, gây cản trở lực lượng chức năng thực hiện nhiệm vụ.

## 2. Giải pháp phòng ngừa

Trên cơ sở nghiên cứu tình hình tội vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ trên địa bàn các tỉnh và thành phố miền ĐNB dưới góc độ tội phạm học, làm rõ những nguyên nhân của tình hình đó, tác giả đưa ra những giải pháp cụ thể hiệu quả nhằm loại trừ và ngăn chặn tình hình tội phạm này trên địa bàn miền ĐNB như sau:

**Thứ nhất,** giải pháp về kinh tế - xã hội thời gian tới đòi hỏi giải quyết tốt giữa việc phát triển các khu công nghiệp, khu chế xuất, khu công nghệ cao đi với phát triển cơ sở hạ tầng giao thông đô thị, môi trường; đảm bảo nơi ở, nơi làm việc, học hành, khám chữa bệnh, vui chơi giải trí cho người dân; xây dựng môi trường văn hóa giao thông lành mạnh, với mục tiêu “Tính mạng con người là trên hết”. Từng bước giảm thiểu những yếu tố tiêu cực phát sinh từ nền kinh tế thị trường trên địa bàn miền ĐNB là một trong những nguyên nhân và điều kiện của tình hình tội vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ.

**Thứ hai,** phát huy sức mạnh của cả hệ thống chính trị, đẩy mạnh tuyên truyền pháp luật giao thông trong cộng đồng dân cư, đặc biệt là đối với những người từ nông thôn ra thành phố làm việc: chấp hành nghiêm túc hệ thống báo hiệu đường bộ, đi đúng phần đường, làn đường quy định; thay đổi thói quen cố hữu của con người miền đông, đó là không sử dụng rượu, bia trước khi điều khiển phương tiện tham gia giao thông, không điều khiển xe chạy quá tốc độ quy định; có thái độ hợp tác, hành vi ứng xử văn minh, lịch sự khi xảy ra tai nạn giao thông; có trách nhiệm phản ánh và lên án các hành vi tiêu cực; tích cực đề xuất các sáng kiến trong lĩnh vực giao thông; có trách nhiệm tuyên truyền, vận động các thành viên trong gia đình tự giác chấp hành pháp luật giao thông...

**Thứ ba,** hạn chế tiến tới xóa bỏ những thói quen lạc hậu, tình trạng lái xe đi lại tự do, tùy tiện, không theo quy tắc giao thông mà theo tác phong đi lại trên đường làng, coi thường pháp luật, coi rẻ tính mạng, sức khỏe, tài sản của người khác đối với những người lái xe ô tô và mô tô, xe gắn máy, bộc lộ rõ nét nhất ở đối tượng đi bộ và người điều khiển xe thô sơ như: nhiều người thường đi ngang rẽ tắt thoải mái, ngang nhiên đi vào đường cấm, vượt đèn đỏ, đi vào đường dành cho xe cơ giới.

**Thứ tư,** tăng cường đầu tư mua sắm thêm các phương tiện (xe ô tô và mô tô) và thiết bị

kỹ thuật nghiệp vụ phục vụ cho công tác thanh tra kiểm sát. Cụ thể, cần trang bị thêm máy đo tốc độ có ghi hình cho các đơn vị cảnh sát giao thông cấp Phòng đảm bảo đủ về số lượng và chất lượng, đặc biệt là loại máy hoạt động được vào ban đêm. Đối với đơn vị cảnh sát giao thông cấp huyện lại cần phải trang bị thêm máy kiểm tra nồng độ cồn bởi vì một thực tế hiện nay đang xảy ra ở các tuyến đường tỉnh lộ, đường huyện và đường xã của miền ĐNB đó là hành vi người đăng ký phương tiện xe mô tô sử dụng rượu bia vượt quá tiêu chuẩn cho phép sau đó đăng ký phương tiện tham gia giao thông gây tai nạn đang gia tăng trong thời gian qua và đây là đối tượng chủ yếu gây ra các vụ án vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ. Ngoài ra, lực lượng cảnh sát giao thông cần phải thay đổi chiến thuật thanh tra kiểm sát, cần triệt để áp dụng hình thức thanh tra kiểm sát công khai kết hợp hóa trang nhằm nâng cao hiệu quả việc sử dụng các phương tiện kỹ thuật như máy đo tốc độ có ghi hình ảnh. Cần hạn chế sử dụng hình thức thanh tra kiểm sát cắm chốt mà phải kết hợp thanh tra kiểm sát lưu động để đảm bảo quán xuyên, khép kín về thời gian được địa bàn. Cần phát hiện kịp thời và xử lý nghiêm minh đối với hành vi vi phạm pháp luật về giao thông đường bộ. Đối với người điều khiển phương tiện có hành vi vi phạm nhiều lần hoặc tái phạm thì các lực lượng chức năng phải chú ý phát hiện để xử phạt thật nghiêm minh. Cần áp dụng mức phạt tăng nặng đối với các đối tượng này nhằm răn đe, phòng ngừa chung nhằm tránh gây tâm lý “nhờn luật” đối với đội ngũ lái xe.

**Thứ năm,** trong thời gian tới các cơ quan chức năng cần phải làm tốt công tác thanh tra, kiểm tra xử lý nghiêm minh những cán bộ làm nhiệm vụ thanh tra kiểm sát có những biểu hiện sai phạm, tiêu cực trong công tác đã làm cho người tham gia giao thông mất niềm tin vào lực lượng chức năng, coi thường pháp luật. Bởi vì có một thực tế là do hiện tượng tiêu cực của lực lượng cảnh sát giao thông và thanh tra giao



thông miền ĐNB trong thời gian qua đang còn tồn tại nên những hành vi vi phạm trật tự an toàn giao thông như hành vi chạy quá tốc độ, sử dụng nồng độ cồn vượt quá mức cho phép, xe chở quá tải, quá số người quy định, đưa xe hết niên hạn sử dụng vào lưu thông, không có giấy phép lái xe,... tất cả những yếu tố này là

nguyên nhân hàng đầu gây ra tai nạn giao thông nói chung và tội vi phạm quy định về điều khiển phương tiện giao thông đường bộ trên địa bàn miền ĐNB trong thời gian qua nhưng không được ngăn chặn, xử lý kịp thời dẫn đến tiềm ẩn nguy cơ gây ra các thiệt hại cho người và phương tiện khác./.

## HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VỀ TỘI TRỘM CẤP TÀI SẢN

(Tiếp theo trang 73)

### 4. Một số giải pháp cơ bản nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về tội trộm cắp tài sản

Từ vấn đề lý luận và thực tiễn đã nêu trên, để góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật về tội trộm cắp tài sản, thiết nghĩ cần phải tiến hành đồng bộ một số giải pháp cơ bản sau:

**Thứ nhất**, bổ sung thêm các quy định về các hành vi phạm tội mới phát sinh từ thực tiễn xử lý tội trộm cắp tài sản như đã phân tích ở mục 3. Cũng cần phải lưu ý rằng việc xác định chủ sở hữu tài sản bị trộm cắp là vô cùng quan trọng, nếu không, hành vi lén lút trộm cắp chiếm đoạt tài sản sẽ chỉ là hành vi chưa đủ điều kiện để chứng minh người có hành vi lén lút đã đủ cấu thành tội trộm cắp.

**Thứ hai**, trong thực tiễn xử lý tội trộm cắp, nhiều khi để lại nhiều quan điểm khác nhau do mức độ phức tạp của vụ án. Chẳng hạn, lén lút đột nhập nhà hàng xóm để trộm đồ nhưng bị chủ nhà phát hiện khi đã lấy được tài sản, chủ nhà và kẻ trộm giằng co nhưng kẻ trộm đã lấy được tài sản và bỏ chạy. Vậy liệu hành vi lén lút và đã lấy được tài sản đã đủ cấu thành tội trộm cắp hay là hành vi cố tình cướp giật tài sản, có nghĩa là dùng bạo lực nhằm chiếm đoạt tài sản được xử lý theo tội cướp. Vì vậy cần có những quy định cụ thể hướng dẫn xử lý các vụ

án có sự phức tạp do có sự chuyển hóa về hành vi trong quá trình thực hiện tội phạm.

**Thứ ba**, là loại tội cấu thành vật chất nhưng trong thực tiễn xét xử, đối tượng tội phạm bị xử lý hình sự, truy tố bị can theo quy định của tội trộm cắp mặc dù đã bị bắt ngay trong khi đột nhập. Vấn đề này xét về mặt lý luận chưa đủ yếu tố để cấu thành tội trộm cắp tài sản. Vì vậy, cần thiết phải có quy định cụ thể và chi tiết hơn nữa hướng dẫn các cơ quan tố tụng trong công tác xử lý loại tội này nhằm đảm bảo xét xử đúng người đúng tội.

**Tóm lại**, tội trộm cắp tài sản là loại hình tội phạm xảy ra rất phổ biến trong xã hội hiện nay. Trong thực tiễn áp dụng pháp luật thời gian qua, về cơ bản những bản án đã tuyên là đúng người đúng tội, phù hợp với mức độ, tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội. Tuy vậy, trong quá trình xét xử vẫn còn một số điểm mà theo chúng tôi Tòa án đã áp dụng pháp luật chưa thực sự chính xác. Thiết nghĩ, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần có điều chỉnh kịp thời, hướng dẫn cụ thể để các cơ quan chức năng áp dụng đảm bảo đúng người, đúng tội, phù hợp với tính chất mức độ nguy hiểm của hành vi, góp phần đấu tranh một cách có hiệu quả với loại hình tội phạm này./.

## NHẬN DIỆN CẤP PHÉP HÀNH CHÍNH Ở VIỆT NAM

Nguyễn Mạnh Hùng<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Cấp phép hành chính là phương thức quản lý hành chính nhà nước quan trọng đối với mọi quốc gia trên thế giới. Tuy vậy, việc nhận diện về cấp phép hành chính trong xây dựng và thực hiện pháp luật ở Việt Nam chưa thực sự rõ ràng, đầy đủ và thống nhất. Do đó, nội dung của bài viết này là luận giải các quan niệm về cấp phép hành chính; phân biệt cấp phép hành chính và một số hoạt động có tính chất tương tự để tạo tiền đề lý luận cho việc hoàn thiện chế định pháp luật về cấp phép hành chính ở Việt Nam.

**Từ khóa:** Cấp phép hành chính; phê duyệt hành chính; văn bản hành chính.

Nhận bài: 05/5/2017; Hoàn thành biên tập: 27/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** Administrative licensing is an important state administrative management method to every country. However, the identification of administrative licensing in the development and enforcement of legislation in Vietnam has not yet clear, complete and consistent. Therefore, the ve licensing in Vietnam.

**Keywords:** Administrative licensing; Administrative approval; Administrative documents.

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 27/6/2017; Date of approval: 01/8/2017

Cấp phép hành chính là một trong phương thức quản lý hành chính nhà nước quan trọng đối với mọi quốc gia trên thế giới. Thông qua cấp phép hành chính, nền hành chính quốc gia có thể điều tiết linh hoạt các hoạt động kinh tế - xã hội trong từng giai đoạn phát triển. Để bảo đảm cơ sở pháp lý thống nhất, ổn định của phương thức này, nhiều quốc gia đã luật hóa những yêu cầu pháp lý chung, cơ bản đối với cấp phép hành chính trên tất cả các lĩnh vực của quản lý hành chính nhà nước; ví dụ: Luật cấp phép hành chính năm 2003 của Trung Quốc, Luật thủ tục hành chính năm 1993 của Nhật Bản, v.v.

Ở Việt Nam, cấp phép hành chính là vấn đề phổ biến, được quy định phi tập trung ở nhiều văn bản quy phạm pháp luật. Trên thực tế, cấp phép hành chính được tổ chức thực hiện riêng theo từng lĩnh vực, từng địa phương và ở từng cơ quan hành chính nhà nước. Một trong những nguyên nhân quan trọng dẫn đến thực trạng này là do cấp phép hành chính chưa được nghiên cứu một cách tập trung, chuyên sâu và đầy đủ. Theo đó, việc nhận diện về cấp phép

hành chính trong xây dựng và thực hiện pháp luật ở Việt Nam chưa thực sự rõ ràng, đầy đủ và thống nhất.

### 1. Quan niệm về cấp phép hành chính

Ở Việt Nam hiện nay, thuật ngữ “cấp phép hành chính” chưa được sử dụng phổ biến, thống nhất. Bên cạnh đó, các thuật ngữ “giấy phép”, “giấy chứng nhận”, “chứng chỉ hành nghề”, “phê duyệt”, “phê chuẩn”, “cho phép” lại được sử dụng phổ biến trong hầu hết các lĩnh vực của quản lý hành chính nhà nước. Theo đó, việc cấp các văn bản và thực hiện các hoạt động này thường được ngầm hiểu là cấp phép hành chính.

Theo Từ điển tiếng Việt, “cấp” được hiểu là “giao cho hưởng, giao cho toàn quyền sử dụng”; “phép” được hiểu là “sự đồng ý của cấp trên cho làm việc gì đó”<sup>2</sup>. Như vậy, ở góc độ ngữ nghĩa của từ, thuật ngữ “cấp phép” thể hiện quan hệ bất bình đẳng về ý chí giữa bên đề nghị cấp phép và bên cấp phép. Trong đó, bên đề nghị cấp phép phải chính thức yêu cầu bên cấp phép đồng ý cho mình hưởng quyền lợi hoặc thực hiện hoạt động nhất định. Nói cách

<sup>1</sup> Tiến sĩ, Giảng viên Khoa Pháp luật Hành chính - Nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội.

<sup>2</sup> Xem Hoàng Phê - Chủ biên, Trung tâm từ điển học - Viện ngôn ngữ học (2002), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb Đà Nẵng, tr.124, 775.



khác, cấp phép hành chính chỉ được tiến hành theo đề nghị của bên “yếu thế” trong quản lý hành chính nhà nước để mang lại lợi ích thực tế cho họ. Nhìn chung, đặc điểm này của cấp phép hành chính được phản ánh thống nhất trong pháp luật hành chính của Việt Nam và nhiều quốc gia khác<sup>3</sup>.

Theo cách hiểu nêu trên, cấp phép hành chính không bao gồm việc Nhà nước quy định quyền, lợi ích cho các cá nhân, tổ chức thông qua hình thức ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Sở dĩ như vậy là vì ban hành văn bản quy phạm pháp luật xuất phát từ sự chủ động của Nhà nước nhằm điều chỉnh những quan hệ phổ biến trong xã hội. Ngược lại, Nhà nước (chủ thể cấp phép hành chính) sẽ ở thế bị động trước đề nghị cấp phép hành chính của những cá nhân, tổ chức cụ thể. Điều này cho thấy cấp phép hành chính là một hình thức của áp dụng quy phạm pháp luật hành chính nhằm hướng tới mục đích có lợi cho đối tượng bị áp dụng theo yêu cầu của họ trong những trường hợp cụ thể.

Xét trong mối tương quan giữa các hình thức thực hiện quy phạm pháp luật hành chính (sử dụng, chấp hành, tuân thủ và áp dụng quy phạm pháp luật hành chính), các học giả Trung Quốc đã đưa ra nhiều học thuyết để xác định và luận giải về tính chất của cấp phép hành chính; cụ thể là *Thuyết trao quyền*, *Thuyết cấm chỉ*, *Thuyết giải cấm*, *Thuyết kiểm chứng* và *Thuyết tổng hợp*<sup>4</sup>.

**Thứ nhất**, theo Thuyết trao quyền, cấp phép hành chính được đặt trong mối tương quan với *hình thức sử dụng quy phạm pháp luật hành chính* (hình thức thực hiện quy phạm pháp luật hành chính có nội dung là việc các cá nhân, tổ chức thực hiện những hoạt động được pháp luật hành chính cho phép - thực hiện

quyền chủ quan). Theo đó, người được cấp phép hành chính có thêm quyền chủ quan nhất định mà trước khi được cấp phép họ không có.

Tương đồng với quan điểm nêu trên, theo quy định tại khoản 1 Điều 38 Luật tài nguyên nước năm 2012 của Việt Nam thì tổ chức, cá nhân được cấp giấy phép xả nước thải vào nguồn nước có các quyền: Được xả nước thải vào nguồn nước theo quy định của giấy phép; Được Nhà nước bồi thường thiệt hại trong trường hợp giấy phép bị thu hồi trước thời hạn vì lý do quốc phòng, an ninh hoặc vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng theo quy định của pháp luật; v.v.

**Thứ hai**, theo Thuyết cấm chỉ, cấp phép hành chính được đặt trong mối tương quan với hình thức tuân thủ quy phạm pháp luật hành chính (hình thức thực hiện quy phạm pháp luật hành chính có nội dung là việc các cá nhân, tổ chức kiểm chế không thực hiện những hoạt động mà pháp luật hành chính ngăn cấm). Theo đó, cấp phép hành chính được luận giải với tính chất là một công cụ mà Nhà nước sử dụng để hạn chế tự do và lợi ích của phần đông cá nhân, tổ chức trong xã hội (chủ thể không được cấp phép hành chính).

Xuất phát từ việc thừa nhận nguyên tắc “công dân được làm tất cả những gì mà pháp luật không cấm” thì lẽ đương nhiên cấp phép hành chính chỉ tồn tại trong giới hạn những hoạt động đang bị pháp luật ngăn cấm. Theo đó, trước khi được cấp phép, các cá nhân, tổ chức đều không được thực hiện những hoạt động là đối tượng của cấp phép hành chính. Mặt khác, khi thực hiện những hoạt động được cấp phép hành chính thì cá nhân, tổ chức cũng không được xử sự vượt quá giới hạn đã được cấp phép. Ví dụ: Theo quy định tại khoản 9 Điều 8 Luật giao thông đường bộ năm 2008 của Việt

<sup>3</sup> Xem: ThS.Vương Hải Vĩnh (WANG HAIYONG), “*Nghiên cứu trình tự cấp phép hành chính ở Trung Quốc - Nhìn từ góc độ trung tâm dịch vụ hành chính*” Chuyên đề thuộc Hội thảo quốc tế: Pháp luật Việt Nam - Trung Quốc lần thứ tư.

<sup>4</sup> Xem PGS.TS. Thẩm Thọ Văn (SHEN SHOU WEN), “*Bàn thêm về tính chất của cấp phép hành chính*” Chuyên đề thuộc Hội thảo quốc tế: Pháp luật Việt Nam - Trung Quốc lần thứ 4; Chủ đề: Thủ tục hành chính và xử lý vi phạm hành chính, (08/2011), Trường Đại học Văn Nam và Trường Đại học Luật Hà Nội, Văn Nam - Trung Quốc.

Nam thì “*điều khiển xe cơ giới không có giấy phép lái xe theo quy định*” là hành vi bị nghiêm cấm; Theo quy định tại khoản 4 Điều 12 Luật xây dựng năm 2014 của Việt Nam thì “*xây dựng công trình không đúng với giấy phép xây dựng được cấp*” là hành vi bị nghiêm cấm.

Mặt khác, do không thể phân biệt rành mạch hình thức tuân thủ quy phạm pháp luật hành chính và hình thức chấp hành quy phạm pháp luật hành chính (hình thức thực hiện quy phạm pháp luật hành chính có nội dung là việc các cá nhân, tổ chức thực hiện những hoạt động mà pháp luật hành chính bắt buộc họ phải thực hiện), nên đương nhiên cấp phép hành chính cũng có tương quan mật thiết với hình thức chấp hành quy phạm pháp luật hành chính. Theo đó, chủ thể đề nghị cấp phép hành chính phải chấp hành các nghĩa vụ về thủ tục cấp phép; nộp phí, lệ phí cấp phép và các nghĩa vụ khác trong quá trình thực hiện những hoạt động được cấp phép theo quy định của pháp luật. Ví dụ: theo quy định tại khoản 2 Điều 38 Luật tài nguyên nước năm 2012 của Việt Nam thì tổ chức, cá nhân được cấp giấy phép xả nước thải vào nguồn nước có các nghĩa vụ: Thực hiện đúng nội dung của giấy phép; thực hiện các nghĩa vụ tài chính theo quy định của pháp luật; bảo đảm xử lý nước thải đạt tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật cho phép trong suốt quá trình xả nước thải vào nguồn nước; thực hiện các biện pháp bảo đảm an toàn, phòng ngừa và khắc phục sự cố ô nhiễm nguồn nước do hoạt động xả nước thải của mình gây ra theo quy định; v.v.

**Thứ ba**, Thuyết giải cấm được hình thành trên cơ sở tổng hợp các quan điểm của Thuyết trao quyền và Thuyết cấm chỉ. Theo đó, cấp phép hành chính được xác định là biện pháp để thu hẹp phạm vi ngăn cấm phổ biến của pháp luật đối với cá nhân, tổ chức cụ thể được cấp phép. Nói cách khác, chủ thể được cấp phép hành chính có quyền được thực hiện những hoạt động mà pháp luật đã ngăn cấm họ thực

hiện trước khi được cấp phép. Ví dụ: Theo quy định tại khoản 4 Điều 12 Luật xây dựng năm 2014 của Việt Nam thì xây dựng công trình không đúng quy hoạch xây dựng là hành vi bị nghiêm cấm, trừ trường hợp có giấy phép xây dựng có thời hạn.

Bên cạnh đó, cấp phép hành chính còn có khả năng thu hẹp phạm vi bắt buộc thực hiện phổ biến của pháp luật đối với cá nhân, tổ chức cụ thể được cấp phép. Ví dụ: Theo quy định tại khoản 1 Điều 42 Luật nghĩa vụ quân sự năm 2014 của Việt Nam thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện có thẩm quyền quyết định tạm hoãn gọi nhập ngũ và miễn gọi nhập ngũ đối với công dân quy định tại Điều 41 của Luật này.

Như vậy, cấp phép hành chính có ý nghĩa giải trừ nghĩa vụ nói chung, chứ không đơn thuần chỉ là giải cấm. Nói cách khác, cấp phép hành chính là cầu nối giữa nghĩa vụ pháp lý phổ biến với quyền cụ thể của cá nhân, tổ chức xác định.

**Thứ tư**, Thuyết kiểm chứng quan niệm cấp phép hành chính chỉ đơn thuần là việc chủ thể cấp phép kiểm tra và chứng nhận cho chủ thể đề nghị cấp phép có đúng và đủ các điều kiện để thực hiện hoạt động được cấp phép hành chính hay không. Do đó, cấp phép hành chính không có mục đích “trao quyền” mà nhằm mục đích chứng nhận năng lực thực tế hợp pháp cho chủ thể đề nghị cấp phép thực hiện hoạt động được cấp phép. Nói cách khác, việc “trao quyền” được Nhà nước tiến hành thông qua hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật; còn việc cấp phép hành chính là hoạt động áp dụng quy phạm pháp luật nhằm chứng nhận năng lực thực tế của chủ thể đề nghị cấp phép hành chính.

Thực tiễn pháp lý ở Việt Nam và nhiều quốc gia khác cho thấy, cấp phép hành chính không chỉ liên quan đến việc bổ sung quyền chủ quan cho chủ thể được cấp phép mà còn liên quan đến vấn đề thực hiện quyền đã có của chủ thể được cấp phép. Ví dụ: Người sở hữu



xe ô tô đương nhiên có đủ cả ba quyền: chiếm hữu, sử dụng và định đoạt tài sản này (theo lý thuyết chung về quyền sở hữu đối với tài sản). Tuy vậy, người sở hữu xe ô tô lại không mặc nhiên được tự mình điều khiển phương tiện này theo quy định của pháp luật; ví dụ: khoản 1 Điều 58 Luật giao thông đường bộ năm 2008 của Việt Nam quy định: “*Người lái xe tham gia giao thông phải đủ độ tuổi, sức khoẻ quy định tại Điều 60 của Luật này và có giấy phép lái xe phù hợp với loại xe được phép điều khiển do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp*”. Do đó, cấp phép hành chính là cầu nối giữa năng lực pháp luật phổ biến (khả năng được hưởng quyền, phải thực hiện nghĩa vụ) và năng lực thực tế để thực hiện quyền, giải trừ nghĩa vụ cụ thể của chủ thể được cấp phép.

**Thứ năm**, Thuyết tổng hợp được sinh ra trên cơ sở tổng kết Thuyết trao quyền, Thuyết cấm chỉ, Thuyết giải cấm và Thuyết kiểm chứng theo phương thức thỏa hiệp. Do đó, thuyết tổng hợp còn được gọi là thuyết thỏa hiệp<sup>5</sup>.

Như đã phân tích ở trên, các thuyết trao quyền, cấm chỉ, giải cấm và kiểm chứng đều có những nội dung hợp lý và có minh chứng thực tế. Tuy vậy, việc luận giải phiến diện về cấp phép hành chính là nhược điểm chung, cơ bản của các học thuyết này. Với tính chất là hoạt động áp dụng quy phạm pháp luật hành chính nhằm hướng tới mục đích có lợi cho đối tượng bị áp dụng theo yêu cầu của họ, cấp phép hành chính là một bộ phận quan trọng của cơ chế thực hiện pháp luật hành chính; có quan hệ mật thiết với các bộ phận khác của cơ chế này.

Như vậy, việc lựa chọn, kết hợp những nội dung hợp lý của các học thuyết nêu trên theo lý thuyết hệ thống là cần thiết để có thể nhận diện rõ ràng, đầy đủ và thống nhất về cấp phép hành chính. Từ đó, có thể hiểu: Cấp phép hành chính là một hình thức của áp dụng quy phạm pháp luật hành chính, trong đó, chủ thể có thẩm

quyền tiến hành thẩm tra các điều kiện, theo thủ tục do pháp luật hành chính quy định nhằm bổ sung quyền cụ thể, hạn chế nghĩa vụ cụ thể hoặc chứng nhận năng lực tự thực hiện hoạt động nhất định hợp pháp trong thực tế cho cá nhân, tổ chức đề nghị cấp phép.

## **2. Phân biệt cấp phép hành chính và một số hoạt động có tính chất tương tự ở Việt Nam**

### **2.1. Phân biệt cấp phép hành chính và cấp giấy phép trong quản lý hành chính nhà nước**

Ở Việt Nam hiện nay, chưa có văn bản quy phạm pháp luật định nghĩa chung về giấy phép trong quản lý hành chính nhà nước. Mặc dù, một số loại giấy phép trong quản lý hành chính nhà nước đã được định nghĩa trong văn bản quy phạm pháp luật chuyên biệt, nhưng không thực sự rõ nghĩa. Ví dụ: Khoản 17 Điều 3 Luật xây dựng năm 2014 quy định: Giấy phép xây dựng là văn bản pháp lý do cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp cho chủ đầu tư để xây dựng mới, sửa chữa, cải tạo, di dời công trình.

Về phương diện pháp luật thực định, việc xác định các văn bản hành chính có phải là giấy phép hay không thì căn cứ trước hết và quan trọng nhất là tên gọi của văn bản. Theo đó, hoạt động cấp các văn bản hành chính có tên gọi hợp pháp là “giấy phép” đều được xác định là cấp phép hành chính.

Về lý luận, cấp phép hành chính còn bao gồm nhiều hoạt động khác nữa, như cấp thị thực, thẻ tạm trú, thẻ thường trú cho người nước ngoài; v.v. Hơn nữa, cấp phép hành chính còn có thể là việc chủ thể có thẩm quyền quyết định miễn, giảm nghĩa vụ bằng văn bản hoặc chỉ đơn giản là việc ký xác nhận đồng ý miễn, giảm nghĩa vụ cho cá nhân, tổ chức đề nghị miễn, giảm nghĩa vụ.

Như vậy, cấp giấy phép trong quản lý hành chính nhà nước chỉ là một bộ phận, một hình thức cụ thể của cấp phép hành chính. Theo đó,

<sup>5</sup> Xem PGS.TS. Thẩm Thọ Văn (SHEN SHOU WEN), tldd, tr. 9.



cấp giấy phép trong quản lý hành chính nhà nước có đầy đủ những đặc điểm của cấp phép hành chính nói chung; như: i) Là một hình thức của áp dụng quy phạm pháp luật hành chính; ii) Do chủ thể có thẩm quyền tiến hành trên cơ sở thẩm tra các điều kiện cấp phép hành chính, theo thủ tục do pháp luật hành chính quy định; iii) Có mục đích nhằm bổ sung quyền cụ thể, hạn chế nghĩa vụ cụ thể hoặc chứng nhận năng lực tự thực hiện hoạt động nhất định hợp pháp trong thực tế cho cá nhân, tổ chức đề nghị cấp phép hành chính. Điểm khác biệt duy nhất giữa cấp giấy phép trong quản lý hành chính nhà nước và các hình thức khác của cấp phép hành chính là: kết quả của cấp giấy phép trong quản lý hành chính nhà nước được thể hiện bằng văn bản hành chính có tên gọi hợp pháp là “giấy phép”; còn các hình thức khác của cấp phép hành chính không có đặc điểm này.

## **2.2. Phân biệt cấp phép hành chính và cấp văn bằng, chứng chỉ, giấy chứng nhận trong quản lý hành chính nhà nước**

Các thuật ngữ “bằng”, “chứng chỉ”, “chứng nhận” là tên gọi phổ biến của văn bản hành chính được pháp luật hiện hành quy định ở Việt Nam. Nhìn chung, các văn bản này được cấp để xác nhận về năng lực, trình độ, sự kiện, tình trạng pháp lý của cá nhân, tổ chức. Theo đó, các văn bản này không trực tiếp bổ sung quyền cụ thể, hạn chế nghĩa vụ cụ thể hoặc chứng nhận năng lực tự thực hiện hoạt động nhất định hợp pháp trong thực tế cho cá nhân, tổ chức được cấp văn bản; ngoại trừ chứng chỉ hành nghề và giấy chứng nhận đủ điều kiện hoạt động. Nói cách khác, cấp chứng chỉ hành nghề và giấy chứng nhận đủ điều kiện hoạt động là hình thức cụ thể của cấp phép hành chính; việc cấp các văn bằng, chứng chỉ, giấy chứng nhận khác trong quản lý hành chính nhà nước không phải là cấp phép hành chính.

Tuy vậy, các loại văn bản hành chính nêu trên không được pháp luật phân biệt rõ ràng. Một số giấy phép có bản chất giống như chứng

chỉ, giấy chứng nhận. Ví dụ: “Giấy phép lái xe” và “giấy chứng đủ điều kiện điều khiển xe” hoàn toàn giống nhau về bản chất và ý nghĩa pháp lý.

Việc sử dụng thiếu nhất quán các thuật ngữ pháp lý: giấy phép, chứng chỉ, giấy chứng nhận giữa các lĩnh vực khác nhau của quản lý hành chính nhà nước là điều dễ hiểu, vì chúng được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Tuy vậy, ngay cả Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012 - văn bản luật quy định về hình thức xử phạt tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề cũng không quy định rành mạch giữa giấy phép, chứng chỉ, giấy chứng nhận; cụ thể khoản 8 Điều 2 của Luật này quy định: “*Giấy phép, chứng chỉ hành nghề là giấy tờ do cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền cấp cho cá nhân, tổ chức theo quy định của pháp luật để cá nhân, tổ chức đó kinh doanh, hoạt động, hành nghề hoặc sử dụng công cụ, phương tiện. Giấy phép, chứng chỉ hành nghề không bao gồm giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, chứng chỉ gắn với nhân thân người được cấp không có mục đích cho phép hành nghề*”. Theo quy định này thì thị thực, thẻ tạm trú, thẻ thường trú đối với người nước ngoài và giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh đều là “giấy phép, chứng chỉ hành nghề”, nhưng lại không có đủ căn cứ để xác định văn bản nào là giấy phép, văn bản nào là chứng chỉ hành nghề.

Như vậy, cấp văn bằng, chứng chỉ, giấy chứng nhận trong quản lý hành chính nhà nước và cấp phép hành chính đều có những đặc điểm giống nhau, như: i) Là một hình thức của áp dụng quy phạm pháp luật hành chính; ii) Do chủ thể có thẩm quyền tiến hành trên cơ sở thẩm tra các điều kiện, theo thủ tục do pháp luật hành chính quy định. Mặt khác, hai hoạt động này có những điểm khác nhau cơ bản sau:

**Thứ nhất**, cấp phép hành chính chỉ được tiến hành theo đề nghị của cá nhân, tổ chức có



nhu cầu được cấp phép. Bên cạnh đó, cấp văn bằng, chứng chỉ, giấy chứng nhận trong quản lý hành chính nhà nước có thể được tiến hành trong trường hợp không có đề nghị của cá nhân, tổ chức được cấp các văn bằng, chứng chỉ, giấy chứng nhận này; ví dụ: văn bằng, chứng chỉ, giấy chứng nhận tốt nghiệp của hệ thống giáo dục quốc dân được cấp cho người học mà không cần thiết phải có sự đề nghị của họ<sup>6</sup>.

**Thứ hai**, mục đích của cấp phép hành chính là nhằm bổ sung quyền cụ thể, hạn chế nghĩa vụ cụ thể hoặc chứng nhận năng lực tự thực hiện hoạt động nhất định hợp pháp trong thực tế cho cá nhân, tổ chức đề nghị cấp phép hành chính. Bên cạnh đó, mục đích của cấp văn bằng, chứng chỉ, giấy chứng nhận trong quản lý hành chính nhà nước là để xác nhận về năng lực, trình độ, sự kiện, tình trạng pháp lý của cá nhân, tổ chức được cấp các văn bản này.

### **2.3. Phân biệt cấp phép hành chính và phê duyệt hành chính**

Các thuật ngữ “phê duyệt”, “phê chuẩn” cũng được sử dụng phổ biến trong nhiều lĩnh vực của quản lý hành chính nhà nước (sau đây viết tắt là phê duyệt hành chính). Ví dụ: Khoản 4 Điều 5 Nghị định số 29/2012/NĐ-CP ngày 12/04/2012 của Chính phủ quy định về tuyển dụng, sử dụng và quản lý viên chức (đã được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Nghị định số 56/2015/NĐ-CP ngày 09/6/2015) quy định “*Hàng năm, đơn vị sự nghiệp công lập xây dựng kế hoạch tuyển dụng viên chức trình cấp có thẩm quyền phê duyệt hoặc quyết định theo thẩm quyền để tổ chức thực hiện*”; Theo quy định tại khoản 2 Điều 22 Luật tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân tỉnh có thẩm quyền *phê chuẩn kết quả bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm Chủ tịch Ủy ban nhân dân, Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện*; v.v.

Nhìn chung, có thể hiểu: Phê duyệt hành chính là một hình thức của áp dụng quy phạm pháp luật hành chính, trong đó, chủ thể có thẩm quyền tiến hành xem xét và quyết định công nhận tính đúng đắn, hợp pháp của các hoạt động, dự thảo thuộc quyền chủ động của cá nhân, tổ chức do mình quản lý. Theo đó, phê duyệt hành chính và cấp phép hành chính có một số điểm giống nhau, như: i) Là một hình thức của áp dụng quy phạm pháp luật hành chính; ii) Do chủ thể có thẩm quyền tiến hành theo thủ tục do pháp luật hành chính quy định; iii) Chỉ được tiến hành theo đề nghị của cá nhân, tổ chức có nhu cầu được cấp phép/phê duyệt. Mặt khác, hai hoạt động này có những điểm khác nhau cơ bản sau:

**Thứ nhất**, cấp phép hành chính có nội dung thẩm tra các điều kiện của cá nhân, tổ chức đề nghị cấp phép. Ngược lại, phê duyệt hành chính không có nội dung tương tự. Hơn nữa, các văn bản quy phạm pháp luật nêu trên đều không quy định về các điều kiện phê duyệt hành chính.

**Thứ hai**, mục đích của cấp phép hành chính là nhằm bổ sung quyền cụ thể, hạn chế nghĩa vụ cụ thể hoặc chứng nhận năng lực tự thực hiện hoạt động nhất định hợp pháp trong thực tế cho cá nhân, tổ chức đề nghị cấp phép hành chính. Ngược lại, phê duyệt hành chính không có mục đích tương tự. Mục đích của phê duyệt hành chính là công nhận tính đúng đắn, hợp pháp của các hoạt động, dự thảo thuộc quyền chủ động của cá nhân, tổ chức đề nghị phê duyệt.

**Thứ ba**, cấp phép hành chính chủ yếu được sử dụng để giải quyết các công việc liên quan đến quyền, lợi ích, nghĩa vụ của cá nhân, tổ chức ngoài bộ máy nhà nước. Ngược lại, phê duyệt hành chính chủ yếu được sử dụng để giải quyết các công việc trong nội bộ bộ máy nhà nước. (Xem tiếp trang 93)

<sup>6</sup> Xem các điều 20 và 21 Quy chế quản lý bằng tốt nghiệp trung học cơ sở, bằng tốt nghiệp trung học phổ thông, văn bằng giáo dục đại học và chứng chỉ của hệ thống giáo dục quốc dân được ban hành kèm theo Thông tư số: 19/2015/TT-BGDĐT ngày 08/9/2015 của Bộ trưởng Bộ Giáo dục và Đào tạo.

## HỦY PHÁN QUYẾT TRỌNG TÀI - BÌNH LUẬN TỪ GÓC NHÌN MỘT VỤ ÁN

Nguyễn Minh Hằng<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Giải quyết tranh chấp bằng trọng tài có nhiều ưu điểm, đó là thủ tục đơn giản, nhanh chóng; trọng tài viên thường là những chuyên gia giỏi và có uy tín; giữ kín được bí mật kinh doanh, uy tín của các bên và rất phù hợp cho việc giải quyết tranh chấp có yếu tố nước ngoài. Nguyên tắc xét xử một lần trong tố tụng trọng tài trừ trường hợp Tòa án tuyên bố hủy quyết định trọng tài là nguyên tắc đặc trưng của tố tụng trọng tài so với tố tụng Tòa án<sup>2</sup>. Nguyên tắc này xuất phát từ bản chất của tố tụng trọng tài là nhân danh ý chí và quyền tự định đoạt của các bên. Mặc dù có nhiều ưu điểm trong phương thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài, nhưng thực tế Việt Nam, các doanh nghiệp ít sử dụng trọng tài để giải quyết tranh chấp mà chủ yếu lựa chọn con đường giải quyết tranh chấp bằng Tòa án. Một trong những nguyên nhân là tâm lý các doanh nghiệp thường tin vào quyền lực công, e ngại khi đã chọn trọng tài không còn cơ chế nào khác để khắc phục sai sót trong quá trình giải quyết vụ việc. Từ một vụ án thực tế đã có phán quyết trọng tài, bài viết này nghiên cứu về quyền yêu cầu hủy quyết định trọng tài như một cơ chế để khắc phục sai sót. Với việc thực hiện quyền tự định đoạt của đương sự, quyền tiếp cận công lý từ phía doanh nghiệp được nhìn nhận từ chế định thẩm quyền hủy phán quyết trọng tài và căn cứ hủy phán quyết trọng tài khi Tòa án xem xét giải quyết yêu cầu của đương sự về hủy phán quyết trọng tài.

**Từ khóa:** Quyền yêu cầu hủy quyết định trọng tài; căn cứ hủy quyết định trọng tài; thẩm quyền hủy quyết định trọng tài; Luật trọng tài thương mại năm 2010, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Nhận bài: 05/4/2017; Hoàn thành biên tập: 25/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** Dispute resolution by arbitration has many advantages which are: fast and simple process; arbitrators are often good and reputable experts, who are able to keep confidential business secrets and suitable for settlement of disputes involving foreign elements. The one-time adjudication principle in arbitral proceedings, except when the court declares the annulment of the arbitral award, is the featured principle of arbitral proceedings compared to court proceedings<sup>1</sup>. This principle arises from the nature of arbitral proceedings, which represent the will and right to self-determination of the parties. Despite of having many advantages, Vietnamese enterprises rarely use arbitration to settle disputes. They mainly choose to resolve disputes in courts. One of the reasons is that Vietnamese enterprises often believe in public power and they are afraid that there is no mechanism to correct errors in the process of resolving by using arbitration. From a real case where there is an arbitral award, this article studies the right to request the cancellation of arbitral awards as a mechanism for correcting errors. By performing the right of self-determination of the parties, the right of access to justice from the business is recognized from the jurisdiction of canceling the arbitral award and the grounds for the cancellation of the arbitral award when the court considers the demand of the litigant to cancel the arbitration award.

**Keywords:** the right to request the cancellation of arbitral awards, grounds for the cancellation of the arbitral award, the jurisdiction of canceling the arbitral award, Law on Commercial Arbitration in 2010, Civil Procedure Code in 2015.

Date of receipt: 05/4/2017; Date of revision: 25/6/2017; Date of approval: 01/8/2017

<sup>1</sup> Phó Giáo sư, Tiến sỹ, Trưởng Khoa Đào tạo Luật sư - Học viện Tư pháp

<sup>2</sup> Khoản 5 Điều 4 Luật trọng tài Thương mại năm 2010 quy định “Phán quyết trọng tài là chung thẩm”.



### 1. Phán quyết trọng tài

Theo đơn khởi kiện ngày 22/12/2016 và các tài liệu kèm theo của Công ty cổ phần X kiện Công ty Y (Công ty Y có trụ sở chính tại HongKong) liên quan đến tranh chấp phát sinh từ Hợp đồng hợp tác kinh doanh ký ngày 20/1/2000 (Hợp đồng) thì: Công ty X và công ty Y thỏa thuận cùng nhau thành lập “Cửa hàng miễn thuế L – sau đây gọi là Cửa hàng”. Trong Hợp đồng, các bên thống nhất về hoạt động kinh doanh của cửa hàng, nghĩa vụ của các bên, hoạch toán và phân chia lợi nhuận; về ban điều phối; về giải quyết tranh chấp; về luật áp dụng; về chấm dứt thanh lý hợp đồng. Ngày 10/5/2000 Bộ kế hoạch và đầu tư Việt Nam đã cấp phép đầu tư số 2159/GP cho phép các bên hợp tác kinh doanh trên cơ sở Hợp đồng để kinh doanh hàng miễn thuế tại khu vực Cửa khẩu L, đồng thời chuẩn y Hợp đồng. Các bên thực hiện thỏa thuận trong Hợp đồng đến đầu năm 2015, Công ty X cho rằng Công ty Y cung cấp hàng hóa với giá cao hơn thị trường, vi phạm thỏa thuận trong Hợp đồng. Công ty X nhiều lần gửi văn bản yêu cầu Công ty Y giải thích và sang Việt Nam để kiểm tra tình hình thực tế nhưng không nhận được sự hợp tác của Công ty Y. Kể từ tháng 6/2015 Cửa hàng không còn hàng bán nhưng Công ty Y không có bất kỳ kế hoạch nào cung cấp hàng cho Cửa hàng, làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến kết quả kinh doanh của Cửa hàng. Trong Hợp đồng, các bên có thỏa thuận hợp pháp về việc giải quyết tranh chấp tại Trung tâm trọng tài Quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam (VIAC). Vì vậy, Công ty X khởi kiện Công ty Y đến VIAC đề nghị chấm dứt Hợp đồng và yêu cầu Công ty Y phải bồi thường thiệt hại là 181.398.000 đồng.

Công ty Y khẳng định rằng mình không vi phạm Hợp đồng. Công ty Y đã cử đại diện trực tiếp sang làm việc và yêu cầu Công ty X cung cấp các tài liệu chứng cứ chứng minh Công ty Y cung cấp hàng hóa vào Cửa hàng với mức cao hơn mức thị trường, tuy nhiên Công ty X không

có tài liệu chứng cứ nào để chứng minh. Tháng 7 và tháng 8/2015 Công ty Y đã chuyển cho Công ty X 02 Đơn hàng nhưng Công ty X không ký xác nhận đơn hàng nên Công ty Y không thể thực hiện các thủ tục hải quan để chuyển hàng cho Cửa hàng. Đồng thời, Công ty X vi phạm nghĩa vụ chuyên trả giá vốn (tiền hàng do Công ty Y cung cấp cho Cửa hàng) dẫn đến Công ty Y gặp khó khăn trong việc cung cấp hàng hóa theo thỏa thuận. Công ty Y đề nghị Hội đồng trọng tài giải quyết theo nội dung: Công ty X muốn đơn phương chấm dứt hợp đồng thì phải chịu chi phí phát sinh và thiệt hại tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng của mình gây ra cho Công ty Y từ tháng 5/2015 đến hết tháng 4/2020 tương đương với số tiền 10.367.755.622 (*bao gồm tổn thất chi phí đã chi và thiệt hại tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng*). Trường hợp Công ty X muốn tiếp tục thực hiện hợp đồng thì Công ty X phải chịu tổn thất chi phí phát sinh và thiệt hại tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng của mình gây ra cho Công ty Y tương đương với số tiền là 3.264.505.157 đồng (*gồm thiệt hại tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng và tổng chi phí đã chi*).

Ngày 16/1/2017 Hội đồng trọng tài đã họp và ban hành phán quyết trọng tài. Hội đồng trọng tài đã phân tích sự việc về thẩm quyền của trọng tài và quy tắc trọng tài; về ngôn ngữ trọng tài; về địa điểm trọng tài; về luật áp dụng; về thời hiệu khởi kiện; về ý kiến của các bên về hành vi vi phạm hợp đồng. Trong đó, đặc biệt phân tích yêu cầu của nguyên đơn và bị đơn về bồi thường thiệt hại:

“Hội đồng trọng tài nhận thấy trong thời gian Bị đơn (Công ty Y) không cung cấp hàng cho cửa hàng miễn thuế thì Nguyên đơn (Công ty X) vẫn duy trì hoạt động của Cửa hàng. Như vậy, Nguyên đơn phải tự chịu các chi phí phát sinh. Bởi vậy, yêu cầu của Nguyên đơn buộc Bị đơn phải bồi thường thiệt hại với số tiền là 181.398.000 đồng là không có căn cứ.

Về yêu cầu của Bị đơn đề nghị Nguyên đơn phải chịu tổn thất chi phí phát sinh và thiệt hại

tôn thất với số tiền là 10.367.755.622 đồng (*trường hợp Nguyên đơn chấm dứt hợp đồng*) hoặc 3.264.505.157 đồng (*trường hợp Nguyên đơn tiếp tục thực hiện hợp đồng*), do Bị đơn không có đơn kiện lại và cũng không xuất trình bất kỳ chứng cứ nào để chứng minh cho các yêu cầu này nên Hội đồng Trọng tài không xem xét.

Hội đồng trọng tài quyết định:

1. Chấp nhận yêu cầu của Nguyên đơn về việc chấm dứt hợp đồng hợp tác kinh doanh Cửa hàng miễn thuế L ký ngày 20/1/2000 giữa Công ty X và Công ty Y.

2. Không chấp nhận yêu cầu của Nguyên đơn về buộc Bị đơn phải bồi thường thiệt hại với số tiền là 181.398.000 đồng.

Ngoài ra, Hội đồng trọng tài còn quyết định về phí trọng tài và giá trị của phán quyết trọng tài.”

## **2. Những vấn đề trao đổi**

### **2.1. Thẩm quyền xem xét yêu cầu liên quan đến việc Trọng tài thương mại Việt Nam giải quyết tranh chấp theo quy định của Pháp luật về Trọng tài thương mại**

Theo Luật Trọng tài thương mại năm 2010, thoả thuận trọng tài là thoả thuận giữa các bên cam kết giải quyết bằng trọng tài các vụ tranh chấp có thể phát sinh hoặc đã phát sinh trong hoạt động thương mại. Thoả thuận trọng tài có thể là điều khoản trọng tài trong hợp đồng hoặc là một thoả thuận riêng biệt. Khi xem xét hiệu lực của thoả thuận trọng tài một cách độc lập với hiệu lực của quan hệ pháp luật đang tranh chấp. Việc thay đổi, gia hạn, huỷ bỏ hợp đồng, sự vô hiệu của hợp đồng không ảnh hưởng đến hiệu lực của điều khoản trọng tài.

Như vậy, cốt lõi của thoả thuận trọng tài phải thể hiện rõ ý chí và sự thống nhất ý chí của các bên trong việc lựa chọn tổ chức trọng tài có thẩm quyền. Vụ án trên có thoả thuận trọng tài hợp pháp, xác định đúng thẩm quyền

của trọng tài. Theo đó, trong trường hợp có tranh chấp thì hai bên nhất trí lựa chọn Trung tâm trọng tài Quốc tế Việt Nam bên cạnh Phòng thương mại và công nghiệp Việt Nam (VIAC) giải quyết theo tố tụng trọng tài và luật pháp Việt Nam. Hội đồng trọng tài thuộc VIAC đã thành lập theo quy tắc tố tụng của VIAC có thẩm quyền giải quyết tranh chấp giữa các bên.

Quyền khởi kiện (Quyền yêu cầu) của đương sự là một quyền tố tụng được Pháp luật TTDS ghi nhận và bảo vệ. Cơ sở để phân định thẩm quyền giải quyết tranh chấp kinh doanh, thương mại của Tòa án và trọng tài là thoả thuận trọng tài giữa các bên. Điều 6 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 quy định: “*Trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thoả thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại Tòa án thì Tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thoả thuận trọng tài vô hiệu hoặc thoả thuận trọng tài không thể thực hiện được*”. Tại khoản 2 Điều 31 BLTTDS năm 2015<sup>3</sup> dẫn chiếu tới Luật trọng tài thương mại, trong đó ghi nhận về thẩm quyền theo loại việc của Tòa án đối với “*Yêu cầu liên quan đến việc Trọng tài thương mại Việt Nam giải quyết tranh chấp theo quy định của pháp luật về Trọng tài thương mại*.” Tương tự như xác định quyền khởi kiện (quyền yêu cầu) của các chủ thể trong các vụ việc dân sự (theo nghĩa rộng khác), *Quyền khởi kiện vụ án dân sự là quyền tố tụng của cá nhân, pháp nhân yêu cầu Tòa án nhân dân bảo vệ các quyền lợi hợp pháp của mình, của tập thể của Nhà nước hay của người khác đang bị tranh chấp hoặc vi phạm*<sup>4</sup>. Bản chất của quyền khởi kiện là quyền yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền lợi khi quyền lợi này giả thiết bị tranh chấp hay bị vi phạm mà chưa được giải quyết bằng bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, trừ trường hợp Luật hoặc luật khác liên quan (*luật có quy*

<sup>3</sup> Ngày 25/11/2015 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 được Quốc hội Khóa 13 thông qua theo Luật số 92/2015/QH13 có hiệu lực thi hành kể từ ngày 1 tháng 7 năm 2016 (BLTTDS năm 2015).

<sup>4</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội (2012), *Giáo trình Luật Tố tụng dân sự Việt Nam*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, tr.132.



phạm điều chỉnh một hoặc nhiều quan hệ dân sự) có quy định khác. Xét về thực chất thì đây là quyền của chủ thể có quyền lợi bị xâm phạm trong việc bắt đầu khởi kiện để bảo vệ quyền lợi của mình, thông qua việc đệ đơn yêu cầu Tòa án xem xét giải quyết. Việc ghi nhận từ Luật trọng tài thương mại năm 2010 đến BLTTDS năm 2015 quyền yêu cầu của đương sự theo thủ tục tố tụng dân sự về hủy phán quyết trọng tài là một cơ chế để khắc phục sai sót của phán quyết trọng tài. Đây cũng là một quy định đảm bảo quyền tiếp cận công lý của doanh nghiệp với tính chất là “*khả năng của một cá nhân trong việc tìm kiếm và thu nhận được sự phản hồi đối với yêu cầu của cá nhân đó để giải quyết sự xung đột, không chế được sự lạm dụng quyền lực và bảo vệ được quyền lợi hợp pháp của mình một cách công bằng, thông qua một quá trình minh bạch, một cơ chế có tính khả thi và có trách nhiệm giải trình rõ ràng*”<sup>5</sup>. Khi xem xét về quyền yêu cầu này, chúng ta cần lưu ý những đặc thù riêng về điều kiện thực hiện quyền khởi kiện như sau:

**Thứ nhất**, Một bên hoặc các bên đương sự trong phán quyết trọng tài đều có quyền chủ thể tự mình hoặc nhờ người khác trong quan hệ đại diện hợp pháp yêu cầu hủy phán quyết trọng tài khi đáp ứng được các điều kiện luật định.

**Thứ hai**, điều kiện yêu cầu xem xét hủy quyết định trọng tài: (i) Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày nhận được phán quyết trọng tài; (ii) Có đủ căn cứ để chứng minh được rằng Hội đồng trọng tài đã ra phán quyết thuộc một trong những trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 68 của Luật trọng tài thương mại năm 2010 “về các căn cứ hủy phán quyết trọng tài”. Khi đương sự làm đơn gửi Tòa án có thẩm quyền yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, đương sự phải gửi kèm theo các tài liệu, chứng cứ chứng minh cho yêu cầu hủy phán quyết trọng tài là có căn cứ và hợp pháp.

Có thể nói, thực hiện quyền yêu cầu hủy phán quyết trọng tài thương mại cũng là một trong những nội dung của quyền tự định đoạt của đương sự, đồng thời tạo cơ chế giám sát để đảm bảo tính hợp pháp, công bằng của phán quyết trọng tài. Đương sự có quyền quyết định việc yêu cầu Tòa án có thẩm quyền giải quyết. Trong quá trình giải quyết yêu cầu hủy phán quyết trọng tài, các đương sự có quyền chấm dứt, thay đổi các yêu cầu của mình hoặc thỏa thuận với nhau một cách tự nguyện, không trái pháp luật và đạo đức xã hội<sup>6</sup>. Khi đương sự có quyền, lợi ích bị vi phạm, tranh chấp họ được lựa chọn hình thức bảo vệ quyền của mình theo hướng yêu cầu Tòa án giải quyết hay hình thức bảo vệ quyền khác. Với vai trò là cơ quan có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, Tòa án có trách nhiệm phải thụ lý, giải quyết các vụ việc theo nhiệm vụ, quyền hạn được giao.

### 2.2. Căn cứ hủy phán quyết trọng tài

Khoản 2 Điều 68 Luật Trọng tài thương mại năm 2010 ghi nhận các căn cứ hủy phán quyết trọng tài bao gồm:

- Không có thỏa thuận trọng tài hoặc thỏa thuận trọng tài vô hiệu;
- Thành phần Hội đồng trọng tài, thủ tục tố tụng trọng tài không phù hợp với thỏa thuận của các bên hoặc trái với các quy định của Luật này;
- Vụ tranh chấp không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài; trường hợp phán quyết trọng tài có nội dung không thuộc thẩm quyền của Hội đồng trọng tài thì nội dung đó bị hủy;
- Chứng cứ do các bên cung cấp mà Hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo; Trọng tài viên nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác của một bên tranh chấp làm ảnh hưởng đến tính khách quan, công bằng của phán quyết trọng tài;

<sup>5</sup> Trịnh Tiến Dũng – Chương trình Hội thảo “Tiếp cận với pháp luật và Tư pháp trong pháp luật Việt Nam”, Ngày 21 & 22 tháng 6 năm 2007, Hà nội -Trung tâm thông tin tư vấn pháp luật Việt-Mỹ Trục thuộc Hội Luật gia Việt Nam.

<sup>6</sup> Điều 5 BLTTDS 2014, sửa đổi, bổ sung năm 2011.

- Phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

Đối chiếu các căn cứ trong luật với tình tiết vụ án trên, khi giải quyết theo tố tụng trọng tài, nguyên đơn yêu cầu chấm dứt hợp đồng hợp tác kinh doanh và buộc bị đơn phải bồi thường thiệt hại. Bị đơn cũng có yêu cầu nguyên đơn phải chịu tổn thất chi phí phát sinh và thiệt hại, tổn thất trong trường hợp nguyên đơn chấm dứt hợp đồng hoặc trong trường hợp nguyên đơn tiếp tục thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, theo phán quyết trọng tài, Hội đồng trọng tài chỉ chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn về việc chấm dứt hợp đồng hợp tác kinh doanh Cửa hàng miễn thuế L ký ngày 20/1/2000 giữa Công ty X và Công ty Y mà không xem xét giải quyết hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng. Sau khi nhận được phán quyết trọng tài, một hoặc hai bên yêu cầu Tòa án hủy phán quyết trọng tài. Tòa án thụ lý giải quyết theo thủ tục tố tụng dân sự, về căn cứ hủy quyết định trọng tài trong trường hợp này, có các quan điểm tranh luận khác nhau.

*Quan điểm thứ nhất cho rằng,* Quyết định của Trọng tài trong vụ án trên không thuộc căn cứ hủy phán quyết trọng tài. Cơ sở của quan điểm này xuất phát từ việc đối chiếu với khoản 2 Điều 68 Luật Trọng tài thương mại năm 2010, vụ án trên có liên quan đến 2 căn cứ để xem xét (i) Chứng cứ do các bên cung cấp mà Hội đồng trọng tài căn cứ vào đó để ra phán quyết là giả mạo; (ii) Phán quyết trọng tài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, không đủ cơ sở để khẳng định chứng cứ do các bên cung cấp là giả mạo. Hội đồng trọng tài cũng đã phân tích về yêu cầu của các bên trong đó có yêu cầu bồi thường thiệt hại, xét thấy chưa đủ căn cứ nên khi ban hành phán quyết trọng tài đã không đề cập đến việc xử lý hậu quả khi chấm dứt hợp đồng.

*Quan điểm thứ hai cho rằng,* Quyết định của Trọng tài đã vi phạm nguyên tắc cơ bản của Pháp luật Việt Nam, đặc biệt là việc không đảm bảo tính toàn diện của phán quyết trọng tài khi không

phân tích căn cứ chấm dứt hợp đồng, cũng như việc giải quyết hậu quả của hủy bỏ hợp đồng mặc dù đương sự có yêu cầu và không từ bỏ yêu cầu của mình. Việc vi phạm nguyên tắc cơ bản này đã đồng thời dẫn đến vi phạm tiếp nguyên tắc cơ bản về việc bảo hộ tài sản thuộc sở hữu hợp pháp của tổ chức đầu tư, sản xuất, kinh doanh đã được quy định trong Hiến pháp nước cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam (Hiến pháp) năm 2013 (khoản 3 Điều 51) và Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 (khoản 1 Điều 163).

Với các quan điểm tranh luận khác nhau về việc vận dụng quy định tại khoản 2 Điều 68 Luật Trọng tài thương mại năm 2010, chúng tôi cho rằng cần nhìn nhận vấn đề trên cơ sở xác định các nguyên tắc cơ bản của Pháp luật Việt Nam và tính toàn diện khi xem xét và phán quyết về yêu cầu của các đương sự trong tố tụng trọng tài.

**Thứ nhất,** xác định nguyên tắc cơ bản của Pháp luật Việt Nam để làm căn cứ đánh giá có hay không có sự vi phạm các nguyên tắc cơ bản.

Quan hệ tranh chấp trong vụ án trên là quan hệ hợp đồng hợp tác kinh doanh, Hội đồng trọng tài đã nhận định áp dụng luật theo Pháp luật Việt Nam. Như vậy, căn cứ để xác định nguyên tắc cơ bản trước tiên được ghi nhận trong Hiến pháp, trong Luật chung là Bộ luật dân sự và các luật có liên quan (luật chuyên ngành).

Các quy định trong Hiến pháp được thừa nhận là các nguyên tắc cơ bản của Pháp luật Việt Nam và được cụ thể hóa bằng các đạo luật; Hiến pháp năm 2013 kế thừa các quy định về quyền sở hữu của tổ chức và cá nhân được quy định trong các bản Hiến pháp năm 1980, năm 1992, đã quy định tại khoản 3 Điều 51 như sau: *“Nhà nước khuyến khích, tạo điều kiện để doanh nhân, doanh nghiệp và cá nhân, tổ chức khác đầu tư, sản xuất, kinh doanh; phát triển bền vững các ngành kinh tế, góp phần xây dựng đất nước. Tài sản hợp pháp của cá nhân, tổ chức đầu tư, sản xuất, kinh doanh được pháp luật bảo hộ và không bị quốc hữu hóa.”*



BLDS năm 2015 kế thừa các quy định về việc ghi nhận các nguyên tắc cơ bản trong BLDS năm 1995, BLDS năm 2005, thay vì quy định các nguyên tắc cơ bản của BLDS thành một chương như BLDS năm 2005 thì đã quy định thành một điều “*Các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự*”<sup>7</sup>.

Đồng thời, BLDS năm 2015 cụ thể hóa quy định tại Điều 51 Hiến pháp năm 2013 để xác lập nguyên tắc cơ bản của Pháp luật Việt Nam về quyền sở hữu (Điều 163) và bảo vệ quyền sở hữu (Điều 164) như sau:

(1) Không ai có thể bị hạn chế, bị tước đoạt trái luật quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản.

(2) Chủ sở hữu, chủ thể có quyền khác đối với tài sản có quyền yêu cầu Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác buộc người có hành vi xâm phạm quyền phải trả lại tài sản, chấm dứt hành vi cản trở trái pháp luật việc thực hiện quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Đối chiếu với các quy định của Hiến pháp và pháp luật, tranh chấp hợp đồng hợp tác kinh doanh trên thuộc trường hợp liên quan đến nguyên tắc tự do cam kết, tự nguyện thỏa thuận và nguyên tắc phải tự chịu trách nhiệm về việc không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ dân sự; xử lý hậu quả của tranh chấp trên cần căn cứ vào nguyên tắc bảo hộ quyền sở hữu: quyền sở hữu không thể bị hạn chế hay tước đoạt trái luật và chủ sở hữu tài sản có quyền yêu cầu Tòa án, cơ quan nhà nước có thẩm quyền khác buộc người có hành vi xâm phạm quyền phải trả lại tài sản, chấm dứt hành vi cản trở trái pháp luật việc thực hiện quyền sở hữu và yêu cầu bồi thường thiệt hại.

**Thứ hai**, xử lý hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng. Chúng tôi cho rằng, để đảm bảo tính toàn diện của phán quyết trọng tài khi đương sự có yêu cầu giải quyết thì cần phải xem xét trên cả phương diện thỏa thuận trong hợp đồng

của các bên và quy định của pháp luật. Điều này xuất phát từ những cơ sở sau:

*Một là, yêu cầu của phán quyết trọng tài:* Phán quyết trọng tài có giá trị chung thẩm, phán quyết kết thúc toàn bộ quá trình tố tụng giải quyết vụ án, xác định sự thật khách quan, rút ra những kết luận về những vấn đề cần phải giải quyết đối với vụ án, làm căn cứ cho những quyết định xử lý cụ thể. Do đó, để đảm bảo tính pháp lý của phán quyết trọng tài, phán quyết ấy phải xuất phát từ yêu cầu chung của việc xét xử là khách quan toàn diện, đầy đủ và đúng pháp luật.

Trong trường hợp này, Hợp đồng đã ghi nhận ý chí của các bên, trường hợp chấm dứt Hợp đồng thì phải thực hiện việc thanh lý tài sản, phân chia tài sản cho các bên. Theo thỏa thuận trong Hợp đồng, tài sản của Cửa hàng do Công ty Y xây dựng và trang bị, đây là những tài sản thuộc sở hữu hợp pháp của Công ty Y.

Tuy nhiên, Phán quyết trọng tài trong trường hợp nói trên đã không đảm bảo được việc giải quyết đúng và đầy đủ vụ án theo quy định của pháp luật khi quyết định chấm dứt hợp đồng hợp tác giữa nguyên đơn và bị đơn, nhưng không giải quyết triệt để về hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng, giải quyết thiệt hại của các bên phát sinh từ việc chấm dứt hợp đồng. Sau phán quyết này, Công ty X được chiếm hữu trái pháp luật những tài sản thuộc quyền sở hữu của Công ty Y đã trang bị cho Cửa hàng và không cần phải thực hiện nghĩa vụ thanh lý tài sản, hoàn trả cho Công ty Y những gì thuộc sở hữu của họ. Như vậy, quyền sở hữu tài sản của Công ty Y tại Cửa hàng không được bảo vệ, những thiệt hại và quyền lợi hợp pháp của Công ty Y không được giải quyết.

*Hai là, bảo đảm quyền tố tụng của các đương sự*, với việc Hội đồng trọng tài không phán quyết về xử lý hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng, thì vấn đề đặt ra là, khi phán quyết trọng tài được ban hành, các bên có yêu cầu

<sup>7</sup> Xem Điều 3 Bộ luật dân sự 2015.



Tòa án hoặc trọng tài giải quyết hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng thì trường hợp này lại vướng về quy định về điều kiện khởi kiện “*Sự việc chưa được Tòa án hoặc cơ quan nhà nước có thẩm quyền giải quyết bằng một bản án hoặc quyết định có hiệu lực pháp luật hoặc đã được giải quyết bằng bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án nhưng người khởi kiện có quyền khởi kiện lại theo quy định của pháp luật*”<sup>8</sup>. Tòa án không giải quyết những tranh chấp có cùng nội dung, cùng nguyên đơn, bị đơn đến lần thứ hai. Nếu vụ án đã được Tòa án giải quyết bằng bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật thì Tòa án không thụ lý, trừ một số trường hợp mà pháp luật có quy định khác. Việc xác định quyền khởi kiện lại trong trường hợp này chưa có hướng dẫn cụ thể thống nhất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, vô hình chung quyền và lợi ích hợp pháp của các đương sự, đặc biệt là Công ty Y không được bảo đảm.

*Ba là, xem xét thỏa thuận của các bên và quy định của pháp luật về giải quyết hậu quả pháp lý khi chấm dứt hợp đồng.* Theo Hợp đồng, Công ty X và Công ty Y có thỏa thuận về điều khoản thanh lý tài sản khi chấm dứt Hợp đồng. Tuy nhiên, việc Hội đồng trọng tài không giải quyết về hậu quả của chấm dứt hợp đồng làm cho thỏa thuận về thanh lý tài sản không thể thực hiện được trên thực tế. Điều này cho thấy sự không toàn diện trong phán quyết trọng tài với việc giải quyết không triệt để yêu cầu của các đương sự.

Theo các quy định của Pháp luật hiện hành, để nâng cao trách nhiệm của các bên trong thực hiện cam kết, hạn chế những rủi ro pháp lý khác có liên quan trong thực hiện hợp đồng, Pháp luật dân sự ghi nhận các trường hợp chấm dứt hợp đồng và xử lý hậu quả của việc chấm dứt hợp đồng. Từ thời điểm giao kết hợp đồng năm 2000 áp dụng BLDS năm 1995 và các luật có liên quan, đến thời điểm xảy ra tranh chấp,

BLDS đã có hai lần sửa đổi (BLDS năm 2005 đến BLDS năm 2015), Pháp luật dân sự kế thừa và phát triển các căn cứ chấm dứt từ Điều 418 (BLDS năm 1995), đến Điều 422 BLDS năm 2015. Về cơ bản trong các trường hợp chấm dứt hợp đồng theo luật định, tranh chấp hợp đồng hợp tác kinh doanh giữa Công ty X và Công ty Y thuộc trường hợp hợp đồng bị hủy bỏ.

Bộ luật dân sự năm 2015 ghi nhận cụ thể hậu quả của việc hủy bỏ hợp đồng (tại Điều 427) trong đó có nghĩa vụ hoàn trả, nghĩa vụ bồi thường thiệt hại và một số các chế tài do vi phạm hợp đồng. So với BLDS năm 1995, BLDS năm 2015 có quy định cụ thể, hợp lý, công bằng hơn về hậu quả pháp lý của hủy bỏ hợp đồng theo hướng, khi hợp đồng bị hủy bỏ thì hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết, các bên không phải thực hiện nghĩa vụ đã thỏa thuận, trừ thỏa thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thỏa thuận về giải quyết tranh chấp; các bên phải hoàn trả cho nhau những gì đã nhận sau khi trừ chi phí hợp lý trong thực hiện hợp đồng và chi phí bảo quản, phát triển tài sản. Việc hoàn trả được thực hiện bằng hiện vật. Trường hợp không hoàn trả được bằng hiện vật thì được trị giá thành tiền để hoàn trả. Trường hợp các bên cùng có nghĩa vụ hoàn trả thì việc hoàn trả phải được thực hiện cùng một thời điểm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác. Bên bị thiệt hại do hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên kia được bồi thường....

Hủy bỏ hợp đồng là chế tài mà bên có quyền bị vi phạm được quyền áp dụng khi hành vi vi phạm hợp đồng là điều kiện hủy bỏ mà các bên có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định. Tuy nhiên, BLDS không quy định các điều kiện chung áp dụng chế tài này trong mọi hợp đồng mà chỉ quy định trong một số loại hợp đồng thông dụng. Luật thương mại

<sup>8</sup> Điểm c, khoản 1 Điều 192 BLTTDS năm 2015 về “*Trả lại đơn khởi kiện, hậu quả của việc trả lại đơn khởi kiện*”.



lại có cách tiếp cận khác. Theo quy định tại Điều 312 Luật thương mại năm 2005 chế tài huỷ hợp đồng được áp dụng khi: (i) xảy ra hành vi vi phạm mà các bên đã thoả thuận là điều kiện để huỷ bỏ hợp đồng hoặc (ii) một bên vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng. Như vậy, đối với các tranh chấp thương mại, ngay cả khi các bên không thoả thuận về điều kiện huỷ hợp đồng, bên có quyền vẫn có thể huỷ bỏ hợp đồng khi xảy ra vi phạm cơ bản nghĩa vụ hợp đồng.

Hậu quả pháp lý của hợp đồng bị huỷ bỏ cũng giống như hậu quả pháp lý của hợp đồng vô hiệu, đó là “*hiệu lực trở về trước*”: khi hợp đồng bị huỷ bỏ thì hợp đồng bị coi là không có hiệu lực kể từ thời điểm giao kết và các bên phải hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải hoàn trả bằng tiền. Bên có lỗi trong việc hợp đồng bị huỷ bỏ phải bồi thường thiệt hại. Như vậy, có thể áp dụng tương tự nghĩa vụ hoàn trả của hợp đồng vô hiệu cho giải quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng bị huỷ bỏ.

Một vấn đề cần phải đặt ra xem xét liên quan tới hậu quả pháp lý “*hiệu lực trở về trước*”: hợp đồng bị huỷ bỏ bị coi là không có hiệu lực kể từ thời điểm giao kết, vậy điều khoản phạt hợp đồng (nếu có), liệu có bị huỷ bỏ cùng với hợp đồng hay không? Nếu khẳng định là có thì rõ ràng người có quyền bị vi phạm sẽ rơi vào thế bất lợi vì không được viện dẫn điều khoản phạt do vi phạm hợp đồng để đòi bồi thường theo mức phạt, mà phải chứng minh tổn thất xảy ra. Theo chúng tôi, cần phải tiếp cận vấn đề bằng cách phân tích sự khác biệt về bản chất của hợp đồng vô hiệu và huỷ bỏ hợp đồng. Trong trường hợp hợp đồng bị tuyên vô hiệu, vào thời điểm giao kết, hợp đồng đã không hội tụ đủ các điều kiện có hiệu lực của hợp đồng nên không có hiệu lực pháp luật, còn trong huỷ bỏ hợp đồng, hợp đồng đã từng tồn tại và từng có hiệu lực pháp luật, việc huỷ bỏ hợp đồng chỉ là chế tài xử lý việc vi phạm một nghĩa vụ từ

hợp đồng đó. Vì vậy, huỷ bỏ hợp đồng luôn kèm theo việc người vi phạm nghĩa vụ phải bồi thường thiệt hại (nếu có). Nói cách khác, hành vi vi phạm nghĩa vụ của một bên làm phát sinh hai chế tài: chế tài huỷ bỏ hợp đồng và chế tài bồi thường thiệt hại. Do đó, nếu các bên đã có thoả thuận trước về cơ chế bồi thường thiệt hại thông qua một điều khoản phạt do vi phạm hợp đồng thì Hội đồng trọng tài phải tôn trọng sự thoả thuận đó mà không nên cứng nhắc coi rằng thoả thuận về chế tài này bị tiêu trừ khi hợp đồng bị huỷ bỏ. Việc một bên vi phạm nghĩa vụ cũng có thể gây thiệt hại cho bên kia nên ngoài chế tài huỷ bỏ hợp đồng, bên có quyền có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Bốn là, tôn trọng quyền tự định đoạt của đương sự: về nguyên tắc, Hội đồng trọng tài được quyền không xem xét về hậu quả khi tuyên bố chấm dứt hợp đồng trong trường hợp các đương sự không có yêu cầu. Tuy nhiên, Hội đồng trọng tài phải giải thích rõ cho đương sự. Về vấn đề này, thực tiễn xét xử ở Việt Nam đã có những hướng dẫn có thể áp dụng tương tự. Cụ thể là, tại mục 2 phần III Công văn số 01/2017/GĐ-TANDTC ngày 7 tháng 4 năm 2017 của Tòa án nhân dân tối cao giải đáp một số vấn đề nghiệp vụ “*Khi giải quyết vụ án dân sự có yêu cầu tuyên bố hợp đồng vô hiệu nhưng đương sự không yêu cầu giải quyết hậu quả hợp đồng vô hiệu thì Tòa án phải giải thích cho các đương sự về hậu quả pháp lý của việc tuyên bố hợp đồng vô hiệu. Việc giải thích phải được ghi vào biên bản và lưu vào hồ sơ vụ án. Trường hợp Tòa án đã giải thích nhưng tất cả đương sự vẫn không yêu cầu giải quyết hậu quả hợp đồng vô hiệu thì Tòa án tuyên bố hợp đồng vô hiệu mà không phải giải quyết hậu quả hợp đồng vô hiệu; trừ trường hợp đương sự không yêu cầu giải quyết hậu quả hợp đồng vô hiệu nhằm trốn tránh nghĩa vụ với Nhà nước hoặc người thứ ba*”. Liên quan đến việc xem xét việc áp dụng tương tự pháp luật, tức là dùng

những quy phạm pháp luật đang có hiệu lực đối với những quan hệ tương tự như quan hệ cần xử lý để điều chỉnh quan hệ cần xử lý đó, nhưng không có quy phạm trực tiếp điều chỉnh. Đây là những quan hệ xã hội mà pháp luật chưa dự liệu, chưa có quy định nhưng trong thực tiễn đã nảy sinh quan hệ gần giống như quan hệ mà pháp luật đã quy định nên Tòa án sử dụng quy định hiện có gần giống để giải quyết quan hệ đã nảy sinh mà chưa được luật hóa. Đối với vấn đề này luật pháp nước ta đã quy định từ lâu và thực tiễn là Tòa án đã áp dụng để giải quyết các vụ việc dân sự.

Quan hệ hợp đồng gắn kết các bên bởi lợi ích, vì vậy cũng dễ phát sinh tranh chấp khi có xung đột về lợi ích. Sự xung đột này thường xuất hiện do có hành vi không thực hiện hoặc

thực hiện không đúng các cam kết trong hợp đồng. Khi có tranh chấp các bên thường tìm đến các phương thức giải quyết tranh chấp khác nhau để giải tỏa xung đột, bất đồng, mâu thuẫn về lợi ích, tạo lập lại sự cân bằng về lợi ích mà các bên có thể chấp nhận được. Áp dụng các quy định về trọng tài, đặc biệt là hủy phán quyết định trọng tài ảnh hưởng đến uy tín của trọng tài và ảnh hưởng không nhỏ đến uy tín của doanh nghiệp khi lựa chọn trọng tài, do đó phải rất thận trọng khi đánh giá và xem xét căn cứ hủy phán quyết trọng tài. Tuy nhiên, trong trường hợp một phán quyết trọng tài vi phạm những nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, Tòa án cần xem xét để đưa ra quyết định hủy bỏ phán quyết trọng tài để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên./.

## **NHẬN DIỆN CẤP PHÉP HÀNH CHÍNH Ở VIỆT NAM**

*(Tiếp theo trang 84)*

**Tóm lại,** cấp phép hành chính là phương thức quản lý hành chính nhà nước quan trọng để Nhà nước điều tiết linh hoạt các hoạt động kinh tế - xã hội. Trong cơ chế thực hiện pháp luật hành chính, cấp phép hành chính là cầu nối linh hoạt, bảo đảm tính thống nhất, hiệu quả giữa năng lực pháp luật phổ biến và năng lực thực tế để thực hiện quyền, giải trừ nghĩa vụ cụ thể của chủ thể được cấp phép. Tuy vậy, việc nhận diện cấp phép hành chính ở Việt Nam hiện nay chưa được nghiên cứu và quy

định toàn diện, thống nhất, hợp lý trong hệ thống pháp luật hiện hành. Đây là một trong những nguyên nhân cơ bản làm hạn chế hiệu quả quản lý hành chính nhà nước. Do đó, việc nghiên cứu về cơ sở lý luận và thực tiễn để luật hóa những yêu cầu pháp lý chung, cơ bản đối với cấp phép hành chính trên tất cả các lĩnh vực của quản lý hành chính nhà nước là nhiệm vụ cấp thiết mà các nhà nghiên cứu lập pháp ở Việt Nam phải tính đến trong giai đoạn hiện nay./.



## CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP GIỮA NHÀ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI VÀ NHÀ NƯỚC THEO CAM KẾT NỘI KHỐI ASEAN: NHỮNG THÁCH THỨC ĐẶT RA ĐỐI VỚI VIỆT NAM VÀ CÁC QUỐC GIA THÀNH VIÊN ASEAN KHÁC

Trần Anh Tuấn<sup>1</sup>

**Tóm tắt:** Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) được thành lập vào năm 1967 và ngày càng đẩy mạnh tự do hóa, tăng cường mối quan hệ hợp tác trên mọi lĩnh vực giữa các quốc gia thành viên. Trong quá trình đó, để điều chỉnh tất cả các hoạt động đầu tư thuộc khối ASEAN, Hiệp định đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA) đã được soạn thảo và được các quốc gia tham gia ký kết. Một trong những nội dung quan trọng của Hiệp định này là cam kết về giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước (ISDS). Bài viết này sẽ làm rõ sự hình thành, phát triển, thực tiễn ISDS của ASEAN và những thách thức đặt ra cho Việt Nam cũng như các quốc gia ASEAN khác từ đó đưa ra một số giải pháp nâng cao hiệu quả của cơ chế ISDS trong khuôn khổ ASEAN.

**Từ khóa:** nhà đầu tư nước ngoài, nhà nước, tranh chấp, hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á...  
Nhận bài: 05/5/2017; Hoàn thành biên tập: 28/6/2017; Duyệt đăng: 01/8/2017

**Abstract:** The Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) is established in 1967 and it is speeding liberalization, promoting relationship in all fields between its members. In that process, to adjust all investment activities in ASEAN block, the ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) has been developed and signed by its members. One of the agreement's important contents is commitment to investors-State Dispute Settlement (ISDS). This article will clarify the formation, development, reality of ISDS and challenges set out for Viet Nam as well as other ASEAN countries to suggest some solutions to increase the effectiveness of ISDS mechanism in ASEAN.

**Keywords:** Foreign investor, state, dispute, the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)...

Date of receipt: 05/5/2017; Date of revision: 28/6/2017; Date of approval: 01/8/2017

### 1. Tổng quan về quá trình hình thành, phát triển của cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước theo cam kết nội khối ASEAN

Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) được thành lập vào năm 1967 gồm có 05 quốc gia: Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore và Thái Lan với mục tiêu chủ yếu là hợp tác về chính trị và an ninh. Sau này, có thêm Brunei, Việt Nam, Lào, Mianma, Campuchia, nâng tổng số thành viên ASEAN lên 10 quốc gia với việc mở rộng hội nhập trong nội khối trên cơ sở Cộng đồng ASEAN với ba trụ cột là: Cộng đồng Chính trị - An ninh, Cộng đồng Kinh tế và Cộng đồng Văn hóa – xã hội.

Trong sự mở rộng hội nhập nội khối nêu trên, tự do hóa và thúc đẩy đầu tư giữa các quốc gia là một thành tố quan trọng. Ngay từ thời kỳ ASEAN mới có 06 thành viên (Brunei, Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore và Thái Lan), năm 1987, các quốc gia ASEAN đã ký Hiệp định về khuyến khích và bảo hộ đầu tư ASEAN(IGA), trong đó có cam kết về giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước (sau đây gọi tắt theo tiếng Anh là ISDS). Theo đó, tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước trước hết được tự giải quyết giữa hai bên một cách thiện chí. Trong trường hợp giải quyết thiện chí giữa hai bên không thành công, thì các bên có thể giải quyết

<sup>1</sup> Thạc sỹ, Vụ Pháp luật Quốc tế - Bộ Tư pháp

tranh chấp bằng hòa giải hoặc trọng tài tại Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư thành lập theo Công ước năm 1965 về giải quyết tranh chấp đầu tư giữa quốc gia và công dân của các quốc gia khác (Trung tâm ICSID), trọng tài thành lập theo Quy tắc trọng tài của Ủy ban Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế (UNCITRAL) hay Trung tâm trọng tài khu vực Kuala Lumpur hoặc bất cứ trung tâm trọng tài khác của khu vực ASEAN. Tiếp theo đó vào năm 1996, các quốc gia ASEAN (trong đó có Việt Nam) ký Nghị định thư sửa đổi IGA. Liên quan đến cơ chế ISDS, Nghị định thư chỉ sửa đổi tên Điều X của IGA là “Giải quyết tranh chấp giữa một bên và nhà đầu tư của bên khác” để phù hợp hơn, chứ không sửa đổi nội dung của điều này.

Đến năm 1998, các quốc gia ASEAN (thời điểm đó gồm 09 nước: Brunei, Indonesia, Malaysia, Mianma, Lào, Philippines, Singapore, Thái Lan và Việt Nam) lại ký Hiệp định khung về khu vực đầu tư ASEAN (AIA) với mục đích thiết lập khu vực đầu tư mang tính cách tranh của khu vực ASEAN, từ đó thúc đẩy tự do hóa đầu tư nội khối. AIA là một bước ngoặt trong tư duy và tầm nhìn của các quốc gia ASEAN về vai trò của đầu tư khu vực. Cũng theo AIA, nhằm tăng cường thúc đẩy một dòng vốn đầu tư tự do hơn trong khu vực, tạo nên một khu vực hấp dẫn nhất, các nước đã quyết tâm hướng đến những quy định đầu tư được đơn giản hóa thông qua sự minh bạch các quy tắc, thủ tục cũng như các chính sách điều hành về đầu tư. Tuy nhiên, AIA không có quy định về ISDS và IGA vẫn tồn tại song song theo nguyên tắc những quy định về cùng một vấn đề trong hai điều ước này, thì quy định nào thuận lợi hơn cho các bên sẽ được ưu tiên áp dụng.

Sau khi Hiến Chương ASEAN được ký kết vào năm 2007 với mục tiêu thúc đẩy hình thành Cộng đồng ASEAN, trong đó có Cộng đồng Kinh tế ASEAN, để thực hiện mục tiêu cuối cùng của hội nhập kinh tế nhằm hình thành một khu vực kinh tế ASEAN ổn định, thịnh vượng và có khả năng cạnh tranh cao, trong đó hàng hóa, dịch vụ, và vốn đầu tư sẽ được lưu chuyển

tự do hơn, kinh tế phát triển đồng đều, đói nghèo và chênh lệch kinh tế-xã hội được giảm bớt vào năm 2020. Nhằm đạt mục tiêu này, trong lĩnh vực đầu tư, năm 2009, các quốc gia ASEAN (gồm 10 nước: Brunei, Campuchia, Indonesia, Malaysia, Mianma, Lào, Philippines, Singapore, Thái Lan và Việt Nam) đã cùng nhau ký kết Hiệp định đầu tư toàn diện trong ASEAN (ACIA). ACIA được xây dựng dựa trên nền tảng của hai hiệp định đầu tư trước đó là AIA và IGA. Do đó, các quy định về ISDS của ACIA về cơ bản tiếp thu từ IAG, ngoại trừ một số nội dung được chỉnh sửa theo tiêu chuẩn mới về bảo hộ đầu tư và bổ sung việc ISDS tại thiết chế giải quyết tranh chấp của nước tiếp nhận đầu tư. Trong ACIA, cơ chế ISDS được quy định tại các Điều từ 21 đến 41, theo đó:

**Thứ nhất**, về căn cứ khởi kiện ISDS: theo ACIA, nhà đầu tư nước ngoài có thể khởi kiện nhà nước tiếp nhận đầu tư dựa trên những hành vi của nước này được cho là vi phạm các nghĩa vụ sau đây:

a) Vi phạm nghĩa vụ đối xử quốc gia (NT) theo Điều 5 của ACIA. Vi phạm điều này có nghĩa là nước tiếp nhận đầu tư đã đối xử với đầu tư và nhà đầu tư nước ngoài nào đó kém thuận lợi hơn mức đối xử mà nước này đã dành cho đầu tư và nhà đầu tư trong nước trong những điều kiện tương tự.

b) Vi phạm nghĩa vụ đối xử tối huệ quốc (MFN) theo Điều 6 của ACIA, tức là nước tiếp nhận đầu tư đã đối xử kém thuận lợi hơn so với mức đối xử mà nước tiếp nhận đầu tư dành cho đầu tư và nhà đầu tư của của nước thứ ba trong những điều kiện tương tự.

c) Vi phạm cam kết liên quan đến nhân sự quản lý cao cấp và ban điều hành (Senior Management and Board of Directors) theo Điều 8 ACIA với nội dung là một nước thành viên không được yêu cầu: (i) một pháp nhân của nước đó bổ nhiệm vào các vị trí quản lý cấp cao những cá nhân cụ thể cho dù những người này mang bất kỳ quốc tịch nào; (ii) yêu cầu số lượng thành viên hội đồng quản trị của một pháp nhân của mình là những người có



quốc tịch hoặc cư trú trên lãnh thổ của nước này dẫn đến làm suy yếu đáng kể khả năng của chủ đầu tư để kiểm soát đầu tư.

d) Vi phạm nghĩa vụ về đãi ngộ đầu tư (Treatment of Investment) theo Điều 11 ACIA, có nghĩa là nước tiếp nhận đầu tư không thực hiện hoặc không thực hiện không đúng các nghĩa vụ liên quan đến việc dành cho các khoản đầu tư của nước thành viên ASEAN khác sự đối xử công bằng và thỏa đáng, bảo vệ đầy đủ và an toàn.

đ) Bồi thường trong trường hợp có xung đột (Compensation in Cases of Strife) quy định tại Điều 12 ACIA, theo đó nước tiếp nhận đầu tư vi phạm nghĩa vụ bồi thường cho nhà đầu tư nước ngoài liên quan đến các khoản đầu tư được bảo hộ của họ bị thiệt hại trên lãnh thổ của mình do xung đột vũ trang, xung đột dân sự hoặc tình trạng khẩn cấp.

e) Vi phạm nghĩa vụ về việc cho phép tự do chuyển tiền, thu nhập hợp pháp (Transfers) từ đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài theo quy định tại Điều 13 ACIA.

g) Vi phạm nghĩa vụ về bồi thường và bồi hoàn (Expropriation and Compensation) trong trường hợp nước tiếp nhận đầu tư trung thu, quốc hữu hóa khoản đầu tư của nhà đầu tư nước ngoài theo Điều 14 ACIA.

**Thứ hai**, về các phương thức ISDS: trước hết, việc giải quyết tranh chấp được thông qua tham vấn giữa hai bên với thời hạn 180 ngày kể từ ngày bên nhà nước tiếp nhận đầu tư nhận được yêu cầu tham vấn. Trong trường hợp không giải quyết được bằng tham vấn, thì các bên có thể đưa tranh chấp ra giải quyết tại: (i) Tòa án hoặc cơ quan hành chính có thẩm quyền của nước tiếp nhận đầu tư; (ii) Trung tâm ICSID và Quy tắc tổ tụng của trung tâm này nếu đáp ứng yêu cầu về quy chế thành viên của ICSID hoặc Quy tắc phụ trợ của ICSID dành cho nước ký kết liên quan đến tranh chấp không phải là thành viên ICSID; (iii) Quy tắc

trọng tài của Ủy ban Liên hợp quốc về thương mại quốc tế (UNCITRAL); (iv) Trung tâm trọng tài khu vực Kuala Lumpur hoặc trung tâm trọng tài khác của khu vực ASEAN hoặc (v) Bất kỳ một trung tâm trọng tài nào khác.

Ngoài ra, hòa giải trong ISDS có thể thực hiện ở bất cứ giai đoạn nào trong quá trình giải quyết tranh chấp miễn là trước khi cơ quan tài phán đưa ra phán quyết về vụ việc ISDS.

## **2. Thực tiễn ISDS của ASEAN và những thách thức đặt ra cho Việt Nam cũng như các quốc gia ASEAN khác**

ASEAN đang là một khu vực đầu tư hấp dẫn nhất thế giới, theo một Báo cáo của Ban Thư ký ASEAN và Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (UNCTAD) vào năm 2016, thì tại thời điểm năm 2015, ASEAN thu hút khoảng 16% tổng số vốn đầu tư FDI toàn cầu vào các nước đang phát triển với tổng số vốn là 120 tỷ USD. Bên cạnh đó, đầu tư trong nội khối giữa các quốc gia ASEAN với nhau, trong những năm gần đây cũng tăng khá nhanh, ví dụ: chỉ trong giai đoạn 2015-2016 đã có khoảng 20 dự án tầm cỡ của các công ty/doanh nghiệp ASEAN đầu tư trực tiếp trong nội khối với số vốn tương đối lớn, có dự án lên tới hàng chục tỷ USD (dự án của nhà đầu tư Singapore, Thái Lan)<sup>2</sup>.

Cùng với việc thu hút số lượng lớn dòng vốn đầu tư nước ngoài, thì các quốc gia ASEAN cũng phải đối mặt với nhiều vụ việc ISDS. Tính đến nay, số lượng các ISDS mà một bên là quốc gia thành viên ASEAN khá cao. Theo thống kê của UNCTAD<sup>3</sup>, cho đến ngày 10/05/2017, các quốc gia ASEAN phải đối mặt với 23 vụ việc ISDS tại trọng tài quốc tế và chủ yếu được phát sinh trong khoảng 05 năm trở lại đây (Brunei và Singapore không có vụ nào, Campuchia 01 vụ, Indonesia 07 vụ, Mianma 01 vụ, Lào 03 vụ, Malaysia 03 vụ, Philippines 05 vụ, Việt Nam 06 vụ). Tuy nhiên, trong số các vụ việc này chỉ có 03 vụ do nhà đầu tư có quốc

<sup>2</sup> Xem The ASEAN Secretariat and United Nations Conference on Trade and Development (2016), *ASEAN Investment Report 2016 Foreign Direct Investment and MSME Linkages*, Jakarta.

<sup>3</sup> Xem trên <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS>.

tịch của các quốc gia ASEAN khởi kiện (01 vụ do nhà đầu tư quốc tịch Singapore kiện nhà nước Mianma và 02 vụ do nhà đầu tư quốc tịch Singapore kiện nhà nước Indonesia), còn lại là do các nhà đầu tư có quốc tịch của các quốc gia châu Âu, châu Úc, châu Mỹ hoặc Trung Đông khởi kiện. Đặc biệt, trong 03 vụ việc ISDS do nhà đầu tư có quốc tịch các nước ASEAN khởi kiện nêu trên, 02 vụ được khởi kiện dựa trên căn cứ vi phạm Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư ASEAN (IGA), 01 vụ căn cứ khởi kiện là Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư song phương (Hiệp định giữa Singapore và Indonesia năm 2005).

Đối với Việt Nam, trong những năm vừa qua, đầu tư từ các quốc gia ASEAN vào Việt Nam tăng nhanh đáng kể<sup>4</sup> và ngược lại đầu tư từ Việt Nam sang các quốc gia ASEAN khác cũng có tiến triển, ví dụ: đầu tư của Hoàng Anh Gia Lai, Vietel, VNPT và một số doanh nghiệp khác sang các quốc gia ASEAN. Tuy nhiên, cho đến nay, cả phía Nhà nước và các cá nhân, doanh nghiệp của Việt Nam hầu như vẫn chưa sử dụng đến cơ chế ISDS, nhất là việc ISDS tại trọng tài quốc tế theo các hiệp định đầu tư trong ASEAN.

Thực tiễn ISDS trên thế giới cho thấy, cơ chế ISDS tại trọng tài quốc tế thường là lựa chọn ưu tiên của các nhà đầu tư nước ngoài. Tuy nhiên, kể từ khi có các hiệp định đầu tư khu vực ASEAN (năm 1987), cơ chế ISDS tại trọng tài quốc tế theo các hiệp định này rất ít được sử dụng.

Hiện tượng các nhà đầu tư của các quốc gia ASEAN ít sử dụng cơ chế ISDS có thể được lý giải bởi một trong các lý do sau đây:

(1) Có thể các hiệp định đầu tư trong khuôn khổ ASEAN trong thời gian vừa qua không phát huy hiệu quả, dẫn đến quá trình tự do hóa

về đầu tư trong nội khối diễn ra chậm chạp nên ít có các dự án đầu tư nước ngoài từ các quốc gia nội khối; hoặc

(2) Hiệp định đầu tư trong khuôn khổ ASEAN đã làm tốt vai trò thúc đẩy đầu tư trong nội khối và cải thiện môi trường đầu tư tại mỗi quốc gia ASEAN nên môi trường đầu tư vận hành “trơn tru”, không có tranh chấp đầu tư quốc tế xảy ra; hoặc

(3) Hiệp định đầu tư trong khuôn khổ ASEAN đã cải thiện tốt môi trường đầu tư nội khối nhưng do văn hóa, thói quen không muốn kiện tụng của người châu Á, nhất là Đông Nam Á mà vụ việc về ISDS mà nguyên đơn là công dân của các quốc gia ASEAN là rất hiếm hoi.

(4) Quy mô của các dự án đầu tư quốc tế giữa các quốc gia ASEAN còn nhỏ, lẻ nên ít nhà đầu tư nước ngoài đủ tiền lực để theo nhưng vụ việc ISDS rất tốn kém tại trọng tài quốc tế.

Tuy nhiên, với việc các vụ ISDS mà bị đơn là quốc gia ASEAN tăng khá nhanh trong những năm gần đây, nhưng nguyên đơn chủ yếu lại không phải do nhà đầu tư của các quốc gia ASEAN khởi kiện như trên đã nêu; trong khi đó, sự tăng trưởng đầu tư nội khối ASEAN trong khoảng hơn một thập niên trở lại đây là khá nhanh, thì có thể đưa ra kết luận là việc ít sử dụng cơ chế ISDS trong khuôn khổ các hiệp định về đầu tư khu vực ASEAN là có thể do nguyên nhân (3) và nguyên nhân (4) đã nêu ở trên.

### **3. Một số giải pháp nâng cao hiệu quả của cơ chế ISDS trong khuôn khổ ASEAN**

#### **3.1. Đối với các quốc gia ASEAN**

Xuất phát từ đặc điểm về quy mô đầu tư của các nhà đầu tư ASEAN (trừ một số dự án của nhà đầu tư Singapore và Thái Lan) thường là nhỏ, chỉ có số vốn đầu tư khoảng dưới 550 triệu USD đến bảy tám chục triệu USD<sup>5</sup> nên

<sup>4</sup> Theo thông tin của Cục Đầu tư nước ngoài trên <http://fia.mpi.gov.vn>, thì tính đến cuối tháng 03/2015, chỉ riêng nguồn vốn FDI từ các quốc gia ASEAN đầu tư vào Việt Nam đã lên tới 3.219 dự án với tổng vốn đầu tư đăng ký đạt 61,65 tỷ USD, trong khi đó ở thời điểm tháng 07/2015 mới chỉ có 2.632 dự án FDI với tổng số vốn đăng ký 54,6 tỷ USD.

<sup>5</sup> ASEAN Secretariat and United Nations Conference on Trade and Development (2016), *ASEAN Investment Report 2016 Foreign Direct Investment and MSME Linkages*, Jakarta, tr 27-33.



khó có khả năng theo kiện những vụ việc ISDS có chi phí lớn. Do đó, đề nâng cao hiệu quả sử dụng cơ chế ISDS trong ACIA và hiệp định đầu tư song phương giữa các quốc gia ASEAN, điều quan trọng là phải tạo thuận lợi trong việc tiếp cận và giảm thiểu chi phí ISDS. Trên cơ sở đó, các giải pháp về vấn đề này được đề xuất như sau:

**Thứ nhất**, khuyến khích nhà đầu tư nước ngoài dùng cơ chế giải quyết tranh chấp của nước tiếp nhận đầu tư trong ISDS. Tuy nhiên, để thực hiện được việc này, các quốc gia phải cải thiện hệ thống tòa án, trọng tài trong nước theo hướng hoạt động chuyên nghiệp, hiệu quả, khách quan, minh bạch và hiện đại.

**Thứ hai**, trong trường hợp các bên tranh chấp chọn ISDS tại trọng tài quốc tế, thì việc sử dụng trọng tài của khu vực ASEAN sẽ giảm đáng kể các chi phí giải quyết tranh chấp do lợi thế về khoảng cách, văn hóa, ngôn ngữ... Tuy nhiên, điều này cũng đòi hỏi ASEAN và các nước thành viên phải có biện pháp hỗ trợ hiệu quả việc nâng cao năng lực của các thiết chế trọng tài trong khu vực ASEAN, nhất là các thiết chế có chức năng hòa giải tranh chấp đầu tư quốc tế.

**Thứ ba**, tiến tới, rà soát bổ sung các mô hình về cơ chế ISDS mới thuận lợi và hiệu quả hơn cho các bên tranh chấp đang được đề xuất tại các điều ước quốc tế có quy định về đầu tư thế hệ mới, ví dụ: cơ chế ISDS theo Hiệp định hợp tác kinh tế và thương mại toàn diện giữa Canada và EU, Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU. Bên cạnh đó, cũng cần nghiên cứu, tiếp thu các ý tưởng mới liên quan tới phương thức ISDS như việc công nhận các thỏa thuận hòa giải tranh chấp thương mại, đầu tư quốc tế mà Ủy ban Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế hiện nay đang thảo luận.

### 3.2. Đối với Việt Nam

Đối với Việt Nam, bên cạnh việc là thành viên của ACIA, thì Việt Nam cũng có các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư song phương đang có hiệu lực với 07/10 quốc gia

thành viên ASEAN (Campuchia, Indonesia, Malaysia, Lào, Philippines, Singapore và Thái Lan). Đa số các hiệp định này được ký trong thập niên 90 của thế kỷ XX và có quy định về cơ chế ISDS tương tự như ACIA.

Thực hiện các cam kết quốc tế về đầu tư nói chung, cam kết về ISDS trong nội khối ASEAN nói riêng, các văn bản pháp luật của Việt Nam liên quan như: Bộ luật tố tụng dân sự, Luật đầu tư, Luật trọng tài thương mại và các văn bản hướng dẫn các luật, bộ luật này đều quy định về việc nhà đầu tư nước ngoài tại Việt Nam có thể khởi kiện nhà nước Việt Nam liên quan đến các vi phạm nghĩa vụ về bảo hộ đầu tư tại các thiết chế giải quyết tranh chấp trong nước và trọng tài quốc tế.

Tuy nhiên, để nâng cao hiệu quả sử dụng cơ chế ISDS trong khuôn khổ ASEAN, Việt Nam cần thực hiện những giải pháp sau đây:

- Tiếp tục hoàn thiện thể chế liên quan đến ISDS và nâng cao năng lực giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế của hệ thống tòa án, trọng tài Việt Nam theo hướng chuyên nghiệp, minh bạch và hiện đại;

- Nâng cao năng lực tham gia ISDS của các cơ quan nhà nước Việt Nam, cùng với đó dần hình thành đội ngũ chuyên gia cả ở khu vực nhà nước và ngoài nhà nước (luật sư, trọng tài viên) về giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư nước ngoài và nhà nước;

- Đối với các doanh nghiệp Việt Nam có đầu tư tại các quốc gia ASEAN cũng cần được nâng cao nhận thức, hiểu biết về ISDS để có thể bảo vệ lợi ích hợp pháp của mình tại nước ngoài.

Cùng với quá trình thực hiện Cộng đồng ASEAN, dòng đầu tư lưu chuyển giữa các quốc gia ASEAN ngày càng thuận lợi và phát triển, nhằm tận dụng lợi thế của từng nước thành viên. Do đó, hoàn thiện cơ chế ISDS trong khuôn khổ nội khối ASEAN cũng là một biện pháp thúc đẩy nhanh, mạnh hơn dòng lưu chuyển này. Đây là một trong những thách thức mà các quốc gia ASEAN cần phải tính tới trong quá trình thực hiện Cộng đồng ASEAN những năm tới đây./.



