



MONTHLY ISSUE

10(342)

2016

45<sup>TH</sup> YEAR

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

### EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC  
BUI XUAN DUC  
PHAM HONG HAI  
TRAN DINH HAO  
HA THI MAI HIEN  
PHAM HUU NGHI  
NGUYEN NHU PHAT  
LE MINH THONG  
NGUYEN TRUNG TIN  
VO KHANH VINH  
DINH NGOC VUONG

### Office of the Editorial Board:

27 Tran Xuan Soan  
Ha Noi

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnppl@isl.gov.vn

Licence for  
Press Activities No.  
121/GP-BTTTT dated 22  
April 2013

Printed by Water Resources  
Printing Company

Price: 20.000 VND

### CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

- ❖ MAI THI THUY: Diverting Juvenile Offenders from the Formal Justice System 3
- ❖ TRAN HONG CA: Compensation for a Wrongly Convicted Person in a Criminal Case Conducted under a Victim's Request 9

### CIVIL LAW, FAMILY AND MARRIAGE LAW

- ❖ NGUYEN THI THUONG – NGUYEN TUAN: Protecting Legitimate Interests of a Good Faith Credit Institution in a Secured Transaction 15
- ❖ LE THANH LAM: Issues on Starting Time for Child Support after a Divorce 22

### ECONOMIC LAW, BANKING LAW

- ❖ NGUYEN NHU PHAT: Freedom to Business Establishment under the Constitution 28
- ❖ LE HUONG GIANG: Commercial Mediation – Prospect and Proposal for Building up Relevant Law in Vietnam 33
- ❖ PHAM VAN HAO: Law and Regulation on Production and Trade of Functional Foods and Protection of Consumer's Rights 39
- ❖ DINH THI THANH NHAN – TRAN THU HA: Law and Regulation on Consumption Loan in Vietnam Nowadays 46
- ❖ PHAM THI GIANG THU: Law and Regulation on Anti-Money Laundering through Vietnamese Commercial Banks 55

### INTERNATIONAL LAW, FOREIGN STATE AND LAW

- ❖ LE MAI THANH: The Trans-Pacific Partnership Agreement and Protection of Intellectual Property Rights 61
- ❖ PHAM THI THUY NGA: Workers' Freedom of Association under International Law and Implications for Vietnam 70
- ❖ HOANG KIM KHUYEN: The Role of Trade Unions in Enterprises under Laws of TPP Countries and Implications for Vietnam 79

# XỬ LÝ CHUYỂN HƯỚNG ĐỐI VỚI NGƯỜI CHƯA THÀNH NIÊN PHẠM TỘI

*Mai Thị Thủy\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích những vấn đề khái quát về xử lý chuyển hướng đối với người chưa thành niên phạm tội, quy định của pháp luật quốc tế và quy định của Bộ luật Hình sự 2015 về xử lý chuyển hướng đối với người chưa thành niên phạm tội.

**Abstract:** This article analyses general issues on juvenile diversion from the formal justice system, provisions of international law and the Penal Code of 2015 on diversion for juvenile offenders.

## 1. Những vấn đề chung về xử lý chuyển hướng

Về cơ bản, có hai hình thức xử lý người chưa thành niên phạm tội (NCTNPT) là những biện pháp không thông qua quá trình tố tụng hình sự (còn gọi là xử lý chuyển hướng - XLCH) và các biện pháp thông qua thủ tục tố tụng hình sự (các biện pháp chính thống)<sup>1</sup>.

Thuật ngữ “xử lý chuyển hướng” đối với NCTNPT xuất hiện chính thức lần đầu tiên trong Báo cáo của Ủy ban tội phạm của Tổng thống Hoa Kỳ vào năm 1960 và sau đó, XLCH đã trở thành một vấn đề được quan tâm đặc biệt trong hệ thống tư pháp người chưa thành niên (NCTN) của nhiều nước<sup>2</sup>. Từ quy định của các văn bản pháp luật quốc tế và pháp luật các nước trên thế giới, có thể hiểu XLCH là một quá trình

thay thế nhằm xử lý các vi phạm của NCTN bằng các biện pháp nằm ngoài hệ thống tư pháp chính thống<sup>3</sup>. Thuật ngữ XLCH được sử dụng để chỉ việc đưa một NCTN vi phạm pháp luật ra ngoài hệ thống tư pháp chính thống để áp dụng các biện pháp xử lý thay thế khác, trong đó tăng cường yếu tố tham gia của cộng đồng. Các hình thức của XLCH rất đa dạng, thường thông qua các hình thức như cảnh cáo của công an, hòa giải giữa nạn nhân và người phạm tội, xin lỗi nạn nhân, bồi thường thiệt hại, lao động phục vụ cộng đồng, họp nhóm gia đình<sup>4</sup>...

Hiện nay, XLCH được đặt ra đối với NCTN vi phạm pháp luật nói chung, bao gồm vi phạm hành chính và vi phạm hình sự. Tuy nhiên, trong phạm vi bài viết này, tác giả chỉ đề cập đến biện pháp XLCH đặc thù được áp dụng riêng cho NCTNPT. Do đó, từ cách hiểu về XLCH đối với NCTN vi phạm pháp luật như trên có thể hiểu XLCH đối với NCTNPT là một quá trình thay thế nhằm xử lý các vi phạm của NCTNPT bằng

\* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Ủy ban quyền trẻ em, Bình luận chung số 10 (2007): Các quyền của trẻ em trong tư pháp người chưa thành niên, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>, đoạn 22, tr.8.

<sup>2</sup> Prof. Kenneth Polk và các tác giả, *Early Intervention: Diversion and Youth conferencing – A national profile and review of current approach to diverting juveniles from criminal justice system*, Nxb. Australian Government Attorney-General's Department, tr.1.

<sup>3</sup> Tài liệu tập huấn Tư pháp người chưa thành niên, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Vụ Pháp chế, Unicef Việt Nam, Nxb. Lao động, Hà Nội, năm 2012, tr.98.

<sup>4</sup> Tài liệu tập huấn Tư pháp người chưa thành niên, tldd, tr. 98-127.

*các biện pháp nằm ngoài hệ thống tư pháp hình sự chính thống.*

Với cách hiểu như trên, có thể thấy, mục đích của XLCH là nhằm ngăn ngừa việc NCTNPT phải tiếp cận với hệ thống tư pháp hình sự chính thống và áp dụng các biện pháp xử lý thay thế khác. XLCH giúp cho NCTNPT tránh được những tác động tiêu cực do các thủ tục tư pháp hình sự mang lại cũng như có nhiều ý nghĩa xã hội to lớn:

*Một là*, với những biện pháp xử lý thay thế, XLCH làm giảm việc kì thị của cộng đồng xã hội đối với NCTNPT, giúp NCTNPT dễ dàng tái hòa nhập cộng đồng, ngăn ngừa NCTN tiếp tục phạm tội, từ đó làm giảm tỉ lệ tái phạm.

*Hai là*, XLCH tạo cơ hội cho NCTNPT nhìn nhận lại hành vi phạm tội của mình và chịu trách nhiệm về những hành vi đã thực hiện, từ đó giúp NCTN nâng cao ý thức trách nhiệm đối với hành vi của mình.

*Ba là*, XLCH thu hút sự tham gia của cộng đồng, đặc biệt là tăng cường trách nhiệm của những người làm cha, mẹ, người đại diện hợp pháp của NCTNPT vào việc cai tạo, quản lý, giáo dục NCTNPT.

*Bốn là*, XLCH cho phép cơ quan, chủ thể có thẩm quyền xử lý các vụ phạm tội của NCTN một cách nhanh chóng. Đồng thời, chính việc áp dụng XLCH giúp đảm bảo tốt hơn quyền con người của NCTNPT và làm giảm đáng kể chi phí trong xử lý NCTNPT.

*Năm là*, XLCH sẽ giúp NCTNPT tránh bị lưu hồ sơ tội phạm và không bị coi là có án tích về hành vi phạm tội đã thực hiện của mình.

## **2. Quy định của pháp luật quốc tế về xử lý chuyển hướng đối với người chưa thành niên phạm tội**

\* *Công ước về quyền trẻ em (CRC):* Ở mức độ chung nhất, CRC yêu cầu các quốc gia thành viên công nhận quyền của mọi trẻ em bị tình nghi, bị cáo buộc hay bị xác nhận là đã vi phạm luật hình sự, được đối xử theo cách thức phù hợp với việc thúc đẩy nhận thức của trẻ em về nhân cách và phẩm giá vốn có<sup>5</sup>... Về vấn đề XLCH, Điều 40 (3b) CRC yêu cầu: *“Bất cứ khi nào thấy thích hợp và cần thiết cần đề ra các biện pháp xử lý những trẻ em vi phạm pháp luật hình sự mà không phải sử dụng đến thủ tục tư pháp, miễn là các quyền con người và những bảo vệ pháp lý được tôn trọng đầy đủ”*. Bên cạnh đó, Điều 40 (4) CRC cũng yêu cầu các quốc gia thành viên cần có nhiều biện pháp khác nhau để áp dụng với NCTNPT nhằm đảm bảo cho trẻ em được đối xử một cách phù hợp và tương xứng: *“Đưa ra nhiều biện pháp khác nhau như ra lệnh chăm sóc, hướng dẫn và giám sát; tư vấn; thử thách; chăm nuôi; các chương trình giáo dục và dạy nghề và những biện pháp thay thế khác cho việc quản lý tại cơ sở nhằm bảo đảm cho trẻ em được đối xử phù hợp với phúc lợi của trẻ và tương xứng với hoàn cảnh cũng như hành vi phạm tội của trẻ”*.

Trên cơ sở quy định tại Điều 40 (3b) CRC, Mục B phần IV Bình luận chung số 10 (2007) của Ủy ban quyền trẻ em<sup>6</sup> cũng khẳng định các quốc gia thành viên cần có biện pháp để xử lý NCTNPT mà không viện đến thủ tục tố tụng tư pháp. Theo đó,

<sup>5</sup> Điều 40 (1) Công ước quốc tế về quyền trẻ em.

<sup>6</sup> <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>, đoạn 27, tr.9-10.

các quốc gia thành viên cần thận trọng trong việc quyết định bản chất và nội dung của các biện pháp để xử lý NCTN vi phạm pháp luật mà không cần đến thủ tục tố tụng tư pháp. Với sự tôn trọng đầy đủ quyền con người và các đảm bảo pháp lý có liên quan, Ủy ban quyền trẻ em đã viện dẫn các quy định tại Điều 40 CRC và nhấn mạnh những nội dung sau:

- Chỉ áp dụng XLCH khi có đầy đủ chứng cứ chứng minh NCTN đã thực hiện hành vi phạm tội và tự nguyện thừa nhận hành vi phạm tội đã thực hiện của mình mà không có sự ép buộc, đe dọa hay bị gây áp lực từ người khác. Việc thừa nhận hành vi phạm tội của NCTN trong XLCH không được sử dụng để chống lại hay gây bất lợi cho NCTNPT trong các thủ tục tố tụng sau đó đối với họ.

- NCTNPT phải tự nguyện đồng ý bằng văn bản về việc áp dụng biện pháp XLCH. Sự đồng ý đó phải dựa trên cơ sở NCTNPT đã được cung cấp đầy đủ thông tin về bản chất, nội dung, thời gian áp dụng, việc thi hành biện pháp XLCH trên thực tế và những hậu quả pháp lý của việc không tuân thủ các điều kiện đặt ra đối với biện pháp XLCH cũng như việc chấm dứt biện pháp XLCH. Nhằm tăng cường sự tham gia của cha, mẹ NCTNPT, các quốc gia thành viên có thể yêu cầu sự đồng ý của cha, mẹ NCTNPT trong việc áp dụng XLCH, đặc biệt là đối với người dưới 16 tuổi phạm tội.

- Pháp luật phải có những quy định cụ thể về các trường hợp có thể áp dụng XLCH, thẩm quyền quyết định áp dụng biện pháp XLCH, cơ chế kiểm tra, giám sát để bảo vệ NCTN khỏi sự phân biệt đối xử.

- NCTNPT phải được hỗ trợ về mặt pháp lý cũng như các sự hỗ trợ khác trong việc XLCH, đồng thời NCTNPT cũng có

quyền được yêu cầu đưa vụ việc ra giải quyết chính thức.

- Sau khi hoàn tất chương trình XLCH, vụ án đối với NCTNPT phải được kết thúc. Hồ sơ XLCH đối với NCTNPT không được coi là hồ sơ tội phạm chính thức và NCTNPT không bị coi là có tiền án khi bị áp dụng XLCH.

Mặt khác, mục B phần IV Bình luận chung số 10 (2007) của Ủy ban quyền trẻ em cũng nêu rõ, khi thủ tục tố tụng tư pháp được khởi xướng bởi cơ quan có thẩm quyền, các nguyên tắc xét xử công bằng cần được áp dụng. Đồng thời, hệ thống tư pháp NCTN cần có những quy định tạo cơ hội xử lý NCTNPT bằng cách sử dụng các biện pháp xã hội hoặc giáo dục, hạn chế việc tước quyền tự do của NCTNPT. Việc tước quyền tự do đối với NCTNPT chỉ được sử dụng như là một biện pháp cuối cùng và trong một giai đoạn thích hợp ngắn nhất<sup>7</sup>.

\* Các hướng dẫn của Liên hợp quốc về phòng ngừa phạm pháp ở NCTN (các hướng dẫn Ri-At) 1990 cũng quy định về XLCH đối với NCTNPT trên nền tảng cộng đồng và chỉ sử dụng các biện pháp tư pháp hình sự truyền thống như là một biện pháp cuối cùng: “Cần phát triển các chương trình và công việc dựa vào cộng đồng để phòng ngừa tình trạng phạm pháp ở NCTN...Chỉ nhờ tới các cơ quan chính thức làm công việc kiểm soát xã hội như là một biện pháp cuối cùng”.

### **3. Quy định của Bộ luật Hình sự 2015 về xử lý chuyển hướng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội**

<sup>7</sup> <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>, đoạn 28, tr.10.

Điều 37 (b) Công ước quốc tế về quyền trẻ em.

Trước khi Bộ luật Hình sự (BLHS) 2015 được ban hành, pháp luật hình sự Việt Nam không sử dụng thuật ngữ “*người dưới 18 tuổi phạm tội*” mà sử dụng thuật ngữ “*NCTNPT*”<sup>8</sup>. Tuy cách gọi khác nhau nhưng thuật ngữ “*NCTNPT*” và “*người dưới 18 tuổi phạm tội*” trong Luật hình sự Việt Nam được hiểu là một. Trên cơ sở quy định tại Điều 12 về tuổi chịu TNHS và Điều 90 về áp dụng BLHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội thì *người dưới 18 tuổi phạm tội là người từ đủ 14 tuổi trở lên nhưng chưa đủ 18 tuổi tại thời điểm thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội được BLHS quy định là tội phạm*.

Trong BLHS 2015, XLCH đối với người dưới 18 tuổi phạm tội được quy định cụ thể trong một số điều luật thuộc Chương XII như sau:

*Thứ nhất*, khoản 1 Điều 91 quy định nguyên tắc chung khi xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội phải bảo đảm lợi ích tốt nhất của họ và chủ yếu nhằm mục đích giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh và trở thành công dân có ích cho xã hội<sup>9</sup>. Tuy không phải là quy định trực tiếp về XLCH nhưng nguyên tắc này cũng tạo cơ sở pháp lý cho việc áp dụng XLCH đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

*Thứ hai*, khoản 3 Điều 91 quy định: “*Việc truy cứu TNHS người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ trong trường hợp cần thiết và phải căn cứ vào những đặc điểm về nhân thân của họ, tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội và yêu cầu của việc phòng ngừa tội phạm*”. Như vậy, khi người dưới 18 tuổi thực hiện hành vi đủ yếu tố cấu thành tội phạm thì việc có cần thiết phải

truy cứu TNHS hay không là một vấn đề cần được đặt ra để xem xét, quyết định. Trong quá trình xem xét, nếu thấy việc không truy cứu TNHS vẫn đảm bảo sự tương xứng về tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội và yêu cầu đấu tranh phòng chống tội phạm thì phải lựa chọn giải pháp không truy cứu TNHS. Việc truy cứu TNHS chỉ được thực hiện trong trường hợp cần thiết, trên cơ sở căn cứ vào các đặc điểm về nhân thân, tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội và yêu cầu của việc phòng ngừa tội phạm. Tuy nguyên tắc này đã được quy định ngay từ BLHS 1999<sup>10</sup> nhưng ít được áp dụng trên thực tế. Điều này xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau như quy định tại khoản 3 Điều 69 BLHS 1999 (khoản 3 Điều 91 BLHS 2015) chưa cụ thể, rõ ràng và không có văn bản hướng dẫn thi hành cũng như nhận thức của cơ quan có thẩm quyền về vấn đề truy cứu TNHS. Ngoài ra, nguyên tắc này chỉ quy định việc truy cứu TNHS khi cần thiết nhưng không quy định trường hợp không cần thiết phải truy cứu TNHS thì sẽ xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội như thế nào.

Mặt khác, xu hướng của quốc tế hiện nay là phải tăng cường vấn đề bảo đảm quyền con người, đặc biệt là quyền con người của người dưới 18 tuổi phạm tội. Việt Nam đã là thành viên của CRC nên cần cụ thể hóa quy định tại khoản 3 Điều 91 BLHS 2015. Bên cạnh đó, thực tiễn cho thấy, có những trường hợp xét xử người dưới 18 tuổi thực hiện hành vi phạm tội và áp dụng các chế tài hình sự sẽ không cần thiết trong đấu tranh phòng chống tội phạm cũng như không tạo được sự đồng tình trong dư luận xã hội.

<sup>8</sup> Điều 68 BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

<sup>9</sup> Xem khoản 1 Điều 91 BLHS 2015.

<sup>10</sup> Xem khoản 3 Điều 69 BLHS 1999.

Thứ ba, khoản 4 Điều 91 quy định: “*Khi xét xử, Tòa án chỉ áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nếu xét thấy việc miễn TNHS và áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục quy định tại Mục 2 Chương XII BLHS hoặc việc áp dụng biện pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng quy định tại Mục 3 Chương XII BLHS không bảo đảm hiệu quả giáo dục, phòng ngừa*”. Như vậy, có thể thấy, BLHS ưu tiên áp dụng XLCH đối với người dưới 18 tuổi phạm tội với hai nội dung:

- Một là, khi phải truy cứu TNHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, cơ quan có thẩm quyền phải xem xét việc có cần buộc người dưới 18 tuổi phạm tội phải chịu TNHS hay có thể miễn TNHS đối với họ. Nếu người dưới 18 tuổi phạm tội có đủ điều kiện để được miễn TNHS thì phải ưu tiên miễn TNHS và áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục. Khoản 2 Điều 91 cũng quy định các trường hợp miễn TNHS đặc thù chỉ được áp dụng riêng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội: “*Người dưới 18 tuổi phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây và có nhiều tình tiết giảm nhẹ, tự nguyện khắc phục phần lớn hậu quả, nếu không thuộc trường hợp quy định tại Điều 29 BLHS, thì có thể được miễn TNHS và áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục quy định tại Mục 2 Chương XII BLHS...*”. Có thể nói, đây là quy định quan trọng tạo điều kiện cho việc áp dụng XLCH đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Theo đó, người dưới 18 tuổi phạm tội có thể được miễn TNHS và áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục được quy định tại Mục 2 Chương XII BLHS nếu thỏa mãn các điều kiện sau đây:

+ Người dưới 18 tuổi phạm tội thuộc một trong các trường hợp quy định tại điểm

a, điểm b hoặc điểm c khoản 2 Điều 91 BLHS<sup>11</sup>.

+ Người dưới 18 tuổi phạm tội có nhiều tình tiết giảm nhẹ, tức là có từ hai tình tiết giảm nhẹ TNHS trở lên được quy định tại Điều 51 BLHS.

+ Tự nguyện khắc phục phần lớn hậu quả.

+ Không thuộc các trường hợp miễn TNHS tại Điều 29 BLHS. Bởi Điều 29 BLHS quy định về miễn TNHS được áp dụng cho người phạm tội nói chung, nếu người dưới 18 tuổi phạm tội có đủ điều kiện để được miễn TNHS theo Điều 29 BLHS thì phải áp dụng Điều 29 BLHS. Chỉ áp dụng miễn TNHS theo khoản 2 Điều 91 BLHS khi người dưới 18 tuổi phạm tội không thỏa mãn điều kiện của trường hợp miễn TNHS nói chung.

Khi người dưới 18 tuổi phạm tội được miễn TNHS theo khoản 2 Điều 91 BLHS thì phải áp dụng kèm theo một trong các biện pháp giám sát, giáo dục. Mục 2 Chương XII BLHS 2015 quy định ba biện pháp giám sát, giáo dục được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội khi được miễn TNHS theo quy định tại khoản 2 Điều 91 BLHS gồm: khiển trách; hòa giải tại cộng đồng và giáo dục tại xã, phường, thị trấn. Điều kiện tiên quyết để áp dụng biện pháp khiển trách; giáo dục tại xã, phường, thị trấn trong trường hợp người dưới 18 tuổi phạm tội được miễn TNHS là phải có sự đồng ý của người dưới 18 tuổi phạm tội hoặc đại diện hợp pháp của họ về việc áp dụng các biện pháp này. Đối với biện pháp hòa giải tại cộng đồng thì phải có sự đồng ý của người dưới 18 tuổi phạm tội hoặc người đại diện hợp pháp của người dưới 18 tuổi và người

<sup>11</sup> Xem điểm a, b, c khoản 2 Điều 91 BLHS 2015.

bị hại hoặc người đại diện hợp pháp của người bị hại về việc áp dụng biện pháp này<sup>12</sup>. BLHS 2015 đã thể hiện đúng chuẩn mực của các văn bản pháp luật quốc tế trong việc áp dụng XLCH khi yêu cầu phải có sự đồng ý của người dưới 18 tuổi phạm tội hoặc người đại diện hợp pháp của họ. Bên cạnh đó, Điều 92 BLHS cũng quy định chủ thể có thẩm quyền áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục là cơ quan điều tra, viện kiểm sát hoặc tòa án tùy vào từng giai đoạn tố tụng. Để cụ thể hóa các biện pháp giám sát, giáo dục này, Điều 93, Điều 94 và Điều 95 BLHS đã quy định cụ thể về điều kiện áp dụng, chủ thể có thẩm quyền áp dụng của từng biện pháp cũng như nghĩa vụ của người dưới 18 tuổi phạm tội khi được áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục, thời gian áp dụng và việc rút ngắn thời hạn áp dụng khi thỏa mãn các điều kiện luật định<sup>13</sup>. Có thể thấy, quy định tại mục 2 Chương XII về các biện pháp giám sát, giáo dục áp dụng trong trường hợp người dưới 18 tuổi phạm tội được miễn TNHS vẫn còn tồn tại nhiều bất cập như quy định về điều kiện áp dụng chưa rõ ràng; các nghĩa vụ của người được áp dụng các biện pháp giám sát, giáo dục chưa được quy định đầy đủ; một số nghĩa vụ còn mang tính hình thức, khó thực hiện trên thực tế<sup>14</sup>; thiếu cơ chế đảm bảo cho việc tuân thủ các nghĩa vụ của người được áp dụng biện pháp giám sát, giáo dục trong trường hợp người dưới 18 tuổi phạm tội không tuân thủ hoặc tuân thủ không đầy

đủ các nghĩa vụ của mình; chưa quy định về trường hợp người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội, trong đó có tội phải quyết định hình phạt tù.

- Hai là, khoản 4 Điều 91 BLHS cũng quy định, khi truy cứu TNHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội mà người đó không đủ điều kiện để được miễn TNHS thì phải ưu tiên áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng. Nếu người dưới 18 tuổi phạm tội không đủ điều kiện được áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng thì mới xem xét đến việc áp dụng hình phạt. Việc áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội phải là lựa chọn sau cùng. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 96, Điều 97 BLHS 2015 và Nghị định số 52/NĐ-CP ngày 23/8/2001 thì giáo dục tại trường giáo dưỡng là biện pháp tư pháp có tính chất cách ly người dưới 18 tuổi phạm tội ra khỏi môi trường sống bình thường, đưa họ vào một tổ chức giáo dục có kỷ luật chặt chẽ (trường giáo dưỡng) trong thời gian nhất định<sup>15</sup>. Trong khi Điều 98 BLHS 2015 quy định, người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ bị áp dụng một trong bốn loại hình phạt chính là cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ hoặc tù có thời hạn. Trong đó, có đến ba loại hình phạt không tước tự do là cảnh cáo, phạt tiền và cải tạo không giam giữ và chỉ có một hình phạt mang tính chất tước tự do là tù có thời hạn. Như vậy, nếu theo khoản 4 Điều 91 BLHS thì Tòa án cần ưu tiên áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng trước hình phạt. Tác giả cho rằng, quy định này là

*(Xem tiếp trang 32)*

<sup>12</sup> Xem khoản 9 Điều 1 Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS năm 2015.

<sup>13</sup> Xem Điều 93, Điều 94, Điều 95 BLHS 2015 và khoản 10 Điều 1 Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS năm 2015.

<sup>14</sup> Ví dụ như nghĩa vụ tham gia các chương trình học tập, dạy nghề do địa phương tổ chức (điểm c khoản 3 Điều 93 BLHS 2015).

<sup>15</sup> Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh (2012), Giáo trình Luật Hình sự Việt Nam – Phần Chung, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr.433.

# BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI CHO NGƯỜI BỊ BUỘC TỘI OAN TRONG VỤ ÁN HÌNH SỰ KHỞI TỐ THEO YÊU CẦU CỦA BỊ HẠI

*Trần Hồng Ca\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các quy định của pháp luật hiện hành về việc xác định người bị buộc tội oan được bồi thường thiệt hại trong vụ án hình sự khởi tố theo yêu cầu của bị hại. Đồng thời, cho thấy những vướng mắc, bất cập trong quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 và Luật Trách nhiệm bồi thường nhà nước 2009, từ đó đề xuất ý kiến hoàn thiện các quy định về vấn đề này.

**Abstract:** This article analyses law and regulation on compensation for a wrongly convicted person in a criminal case conducted under a victim's request. It points out shortcomings with respect to this issue in Criminal Procedure Code of 2015 and Law on State Compensation of 2009. On that basis, it makes proposals to improve relevant law and regulation.

Khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại là một trường hợp đặc biệt của giai đoạn khởi tố vụ án hình sự được ghi nhận trong các Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) Việt Nam<sup>1</sup>. Quá trình điều tra, truy tố, xét xử hành vi phạm tội trong trường hợp này chỉ có thể diễn ra khi bị hại hoặc đại diện hợp pháp của họ (gọi chung là bị hại) có yêu cầu khởi tố vụ án hình sự. Tuy nhiên, yêu cầu đó chỉ được xem như là ý kiến của phía người tham gia tố tụng, còn quyết định việc khởi tố vẫn thuộc thẩm quyền của cơ quan tiến hành tố tụng. Như vậy, dù có khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại hay không thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng và người tiến hành tố tụng luôn là chủ thể quyết định việc giải quyết vụ án theo quy định pháp luật. Do

đó, trong trường hợp này nếu có sai lầm xảy ra và gây thiệt hại thì vẫn phải đặt ra trách nhiệm bồi thường của Nhà nước. Tuy nhiên, quy định của Luật Trách nhiệm bồi thường của nhà nước 2009 (Luật TNBTNN) và BLTTHS 2003, cũng như BLTTHS 2015 mới ban hành, chưa xác định cụ thể trường hợp người bị buộc tội oan trong vụ án hình sự khởi tố theo yêu cầu của bị hại được yêu cầu bồi thường thiệt hại.

## **1. Về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại và việc bồi thường thiệt hại do bị buộc tội oan**

### ***1.1. Khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại***

Khởi tố vụ án hình sự là giai đoạn đầu tiên của quá trình tố tụng hình sự, trong đó cơ quan có thẩm quyền thu thập, xử lý các thông tin ban đầu và ra quyết định giải quyết thông tin về tội phạm<sup>2</sup>. Giai đoạn này

\* Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

<sup>1</sup> Ngày 27/11/2015, Quốc hội Khóa XIII đã thông qua BLTTHS 2015. Theo Điều 509, BLTTHS 2015 có hiệu lực kể từ ngày 1/7/2016. Tuy nhiên, ngày 29/6/2016 Quốc hội thông qua Nghị quyết hoãn thi hành Bộ luật Hình sự, BLTTHS 2015 và một số luật có liên quan. Như vậy, BLTTHS đang được áp dụng vẫn là BLTTHS 2003.

<sup>2</sup> Mạc Giáng Châu, Nguyễn Chí Hiếu, *Giáo trình Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam – Học phần 2 Các giai đoạn tố tụng*, Trường Đại học Cần Thơ, năm 2010, tr. 2.

bắt đầu từ khi cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành hoạt động điều tra nhận được nguồn tin<sup>3</sup> về tội phạm cho đến khi ra quyết định giải quyết nguồn tin đã nhận được. Giai đoạn này có một số đặc trưng cơ bản như sau:

*Về nhiệm vụ:* xác định dấu hiệu tội phạm là nhiệm vụ trọng tâm của giai đoạn khởi tố vụ án hình sự<sup>4</sup>. Dấu hiệu tội phạm khác với cấu thành tội phạm trong Luật hình sự và không được giải thích chính thức trong các văn bản quy phạm pháp luật. Thực tiễn, dấu hiệu tội phạm được hiểu là dấu hiệu về mặt hành vi của tội phạm. Hay nói cách khác, khi vụ án xảy ra, cơ quan có thẩm quyền xác định đã có hành vi trái Luật hình sự thì được hiểu đã có dấu hiệu tội phạm. Theo Điều 143 BLTTHS 2015, dấu hiệu tội phạm là căn cứ để cơ quan có thẩm quyền ra quyết định khởi tố trong tất cả vụ án hình sự. Tuy nhiên, cơ quan có thẩm quyền không buộc phải khởi tố vụ án hình sự ngay khi phát hiện có dấu hiệu tội phạm nếu vụ án rơi vào trường hợp không khởi tố<sup>5</sup>, hoặc khởi tố theo yêu cầu của bị hại<sup>6</sup>.

*Về hoạt động tố tụng:* cơ quan điều tra và cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có thẩm quyền tiến hành một số hoạt động tố tụng để xác định dấu hiệu tội phạm. Cụ thể, theo Điều 147 BLTTHS 2015, cơ quan có thẩm quyền

được tiến hành các hoạt động tố tụng như: Thu thập thông tin, tài liệu, đồ vật từ cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan để kiểm tra, xác minh nguồn tin; khám nghiệm hiện trường; khám nghiệm tử thi; trưng cầu giám định, yêu cầu định giá tài sản<sup>7</sup>.

*Về thời hạn quyết định việc khởi tố:* cơ quan có thẩm quyền chỉ được tiến hành các hoạt động tố tụng trong khoảng thời gian nhất định. Theo Điều 147 BLTTHS 2015, thời hạn để xác định dấu hiệu tội phạm tối đa là 20 ngày kể từ khi cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ điều tra nhận được nguồn tin về tội phạm. Nếu vụ án có nhiều tình tiết phức tạp, cần phải xác minh ở nhiều nơi thì thời hạn này được kéo dài đến 2 tháng. Trong trường hợp chưa thể kết thúc kiểm tra, xác minh thì được phép gia hạn thêm 2 tháng. Như vậy, tổng thời hạn để cơ quan có thẩm quyền kiểm tra, xác minh thông tin tối đa là 4 tháng kể từ khi cơ quan có thẩm quyền nhận được nguồn tin về tội phạm.

Sau khi đã tiến hành các hoạt động tố tụng theo luật định và trong thời hạn quy định, cơ quan có thẩm quyền phải ra một trong các quyết định tố tụng sau: i) Quyết định khởi tố vụ án hình sự nếu xác định có dấu hiệu tội phạm; ii) Quyết định không khởi tố vụ án hình sự nếu xác định có căn cứ không khởi tố quy định ở Điều 157 BLTTHS 2015; iii) Quyết định tạm đình chỉ giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố khi có các căn cứ quy định ở Điều 148 BLTTHS 2015.

Khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại là một trường hợp đặc biệt của khởi tố vụ án hình sự. Theo đó, việc khởi tố vụ

<sup>3</sup> Theo điểm d khoản 1 Điều 4 BLTTHS 2015, nguồn tin về tội phạm gồm tố giác, tin báo về tội phạm, kiến nghị khởi tố của cơ quan, tổ chức, cá nhân, lời khai của người phạm tội tự thú và thông tin về tội phạm do cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng trực tiếp phát hiện.

<sup>4</sup> Theo Võ Thị Kim Oanh (Chủ biên), Giáo trình Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, TP. Hồ Chí Minh, năm 2013, tr. 330.

<sup>5</sup> Điều 157 BLTTHS 2015.

<sup>6</sup> Điều 155 BLTTHS 2015.

<sup>7</sup> Trình tự tiến hành các hoạt động này được tiến hành theo các quy định của BLTTHS 2015.

án hình sự trong trường hợp này phải tuân thủ các quy định chung của khởi tố vụ án hình sự đồng thời; cũng mang một số điểm đặc thù như:

- Các trường hợp khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu bị hại được quy định tại: khoản 1 các điều 134, 135, 136, 138, 139, 141, 143, 155, 156 và 226 của BLTTHS 2015<sup>8</sup>. Các tội phạm này chủ yếu là tội phạm ít nghiêm trọng, chỉ có 2 trường hợp là tội phạm nghiêm trọng<sup>9</sup>. Các tội phạm này xâm phạm trực tiếp đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm của bị hại. Do đó, thiệt hại gây ra chủ yếu cho bị hại, nên luật cho phép bị hại hoặc đại diện hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất hoặc đã chết có quyền yêu cầu khởi tố vụ án.

- Căn cứ để cơ quan có thẩm quyền khởi tố vụ án cũng là dấu hiệu tội phạm<sup>10</sup>. Tuy nhiên, trong trường hợp này, khi xác định có dấu hiệu tội phạm, cơ quan có thẩm quyền không ra ngay quyết định khởi tố vụ án hình sự mà phải chờ yêu cầu của bị hại. Hay nói cách khác, để ra quyết định khởi tố trong các trường hợp này thì phải đảm bảo: có dấu hiệu tội phạm, có yêu cầu của bị hại trong thời hạn luật định và không thuộc các trường hợp không khởi tố vụ án hình sự<sup>11</sup>.

- Trong quá trình giải quyết vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại, người yêu cầu

được phép rút đơn yêu cầu khởi tố. Khi việc rút đơn yêu cầu không trái với ý muốn của người yêu cầu do bị ép buộc hoặc cưỡng bức thì vụ án sẽ được đình chỉ giải quyết. Khi người yêu cầu rút đơn yêu cầu tự nguyện thì không được yêu cầu khởi tố lại và phải chịu án phí<sup>12</sup>.

### **1.2. Về bồi thường thiệt hại cho người bị buộc tội oan**

Bồi thường thiệt hại cho người bị buộc tội oan là quy định nhằm đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho những chủ thể bị thiệt hại do sai lầm, thiếu sót của người có thẩm quyền tiến hành tố tụng gây ra, đồng thời, góp phần nâng cao trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng trong giải quyết vụ án hình sự. Cụ thể, Điều 31<sup>13</sup> BLTTHS 2015 quy định Nhà nước có trách nhiệm bồi thường thiệt hại và phục hồi danh dự cho người bị oan. BLTTHS chỉ ghi nhận nguyên tắc chung đảm bảo việc bồi thường cho người bị oan. Nguyên tắc này đã được cụ thể hóa trong Luật TNBTNN 2009<sup>14</sup>.

Người bị oan sẽ được bồi thường trong các trường hợp được quy định tại Điều 26 Luật TNBTNN. Cụ thể, một người qua quá trình khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử xác định không phạm một hoặc nhiều tội mà họ bị buộc tội trước đó thì có thể được bồi thường, trừ trường hợp không được bồi thường quy định tại Điều 27 của Luật TNBTNN 2009. Các trường hợp không

<sup>8</sup> So với khoản 1 Điều 105 BLTTHS 2003, BLTTHS 2015 đã bỏ Tội xâm phạm quyền tác giả trong các trường hợp khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại.

<sup>9</sup> Trường hợp tội phạm nghiêm trọng bao gồm khoản 1 Điều 141 (Tội hiếp dâm) và khoản 1 Điều 143 (Tội cưỡng dâm).

<sup>10</sup> Điều 143 BLTTHS 2015 quy định: “Chỉ được khởi tố vụ án khi đã xác định có dấu hiệu tội phạm”.

<sup>11</sup> Các trường hợp không khởi tố vụ án hình sự được quy định tại Điều 157 BLTTHS 2015.

<sup>12</sup> Theo khoản 3 Điều 136 BLTTHS 2015.

<sup>13</sup> Nguyên tắc này trên cơ sở kế thừa nguyên tắc “Bảo đảm quyền được bồi thường thiệt hại và phục hồi danh dự của người bị oan” của Điều 29 BLTTHS 2003.

<sup>14</sup> Luật TNBTNN 2009 ban hành thay thế cho Nghị quyết số 388/2003/NQ-UBTVQH11 ngày 17/3/2003 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về bồi thường thiệt hại cho người bị oan do người có thẩm quyền trong hoạt động tố tụng hình sự gây ra.

được bồi thường chủ yếu do lỗi của người bị buộc tội hoặc do có sự thay đổi trong chính sách hình sự của nhà nước. Trong các trường hợp được bồi thường, người yêu cầu bồi thường phải có những căn cứ sau: i) Có bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền trong tố tụng hình sự xác định người bị thiệt hại thuộc các trường hợp được bồi thường; và ii) Có thiệt hại thực tế do người tiến hành tố tụng hình sự gây ra đối với người bị buộc tội oan. Như vậy, người bị buộc tội oan muốn được bồi thường thì nhất thiết phải có sự công nhận của các cơ quan có thẩm quyền là họ bị oan, sai. Đồng thời, họ phải có thiệt hại thực tế.

Cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng<sup>15</sup> là chủ thể có trách nhiệm bồi thường cho người bị buộc tội oan. Theo điều 29, 30 và 31 Luật TNBTNN 2009, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng cuối cùng xác định người bị oan thực hiện tội phạm là cơ quan có trách nhiệm bồi thường nhằm tạo thuận lợi đối với việc bồi thường thiệt hại cho người bị oan.

## **2. Các quy định về bồi thường thiệt hại cho người bị oan trong trường hợp khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại**

Như đã phân tích ở trên, dù vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại thì quyết định việc khởi tố vẫn thuộc thẩm quyền của cơ quan tiến hành tố tụng. Do đó, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng vẫn là chủ thể phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại nếu có oan, sai. Trong vụ án hình sự được khởi tố theo yêu cầu của bị hại có thể xảy ra 2 trường hợp:

(1) Trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử vụ án hình sự, người yêu cầu khởi tố, rút yêu cầu khởi tố. Khi đó, vụ án sẽ được giải quyết theo thủ tục chung. Như vậy, khi cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng xác định một người đã bị buộc tội về những hành vi mà họ không thực hiện hoặc bị buộc tội nặng hơn so với hành vi mà họ thực hiện thì người buộc tội được xem là bị buộc tội oan. Người bị buộc tội oan được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại theo thủ tục chung.

(2) Trong quá trình giải quyết vụ án hình sự, người yêu cầu rút yêu cầu khởi tố không trái với ý muốn của họ thì vụ án phải được đình chỉ theo quy định tại khoản 2 Điều 155 BLTTHS 2015. Như vậy, lý do vụ án được đình chỉ trong trường hợp này là do ý chí của người yêu cầu khởi tố không mong muốn tiếp tục xử lý vụ án. Khi đó, mọi hoạt động tố tụng đang được tiến hành nhằm làm sáng tỏ sự thật vụ án sẽ được kết thúc mà không phụ thuộc vào việc hành vi của người bị buộc tội có cấu thành tội phạm hay không. Theo quy định tại khoản 4 Điều 27 Luật TNBTNN, những người trong trường hợp này sẽ không được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại, đó là: “*Người bị khởi tố, truy tố trong vụ án hình sự được khởi tố theo yêu cầu của người bị hại nhưng vụ án đã được đình chỉ do người bị hại đã rút yêu cầu khởi tố, trừ trường hợp hành vi vi phạm pháp luật của họ chưa cấu thành tội phạm*”.

Quy định trên cũng nêu trường hợp người bị buộc tội sẽ được bồi thường thiệt hại khi hành vi của họ không cấu thành tội phạm. Bởi, khi hành vi của người bị buộc tội không cấu thành tội phạm thì có nghĩa họ đã bị buộc tội oan trong quá trình tố tụng trước đó. Tuy nhiên, quy định của pháp luật hiện hành về bồi thường cho

<sup>15</sup> Theo Điều 34, 35 BLTTHS 2015, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng bao gồm: Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án và các cơ quan được giao nhiệm vụ điều tra.

người bị buộc tội oan trong trường hợp khởi tố theo yêu cầu của bị hại vẫn còn một số hạn chế. Cụ thể:

*Một là*, về cơ chế xác định trường hợp được bồi thường khi người yêu cầu rút yêu cầu mà hành vi của người bị buộc tội không cấu thành tội phạm. Theo quy định, nếu người bị buộc tội muốn được bồi thường thiệt hại, họ phải được cơ quan có thẩm quyền công nhận hành vi của họ không cấu thành tội phạm và có thiệt hại phát sinh. Nhưng như đã trình bày ở trên, khi người yêu cầu rút yêu cầu thì cơ quan tiến hành tố tụng sẽ không tiếp tục xác định sự thật vụ án. Do đó, sẽ không có cơ sở để ban hành quyết định hoặc bản án xác định hành vi của người bị buộc tội là không cấu thành tội phạm.

*Hai là*, các quy định có liên quan đến việc yêu cầu bồi thường thiệt hại của Luật TNBTNN còn có điểm bất hợp lý so với BLTTHS 2015. Khoản 2 Điều 105 BLTTHS 2003 quy định: “*trường hợp người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu trước ngày mở phiên tòa sơ thẩm thì vụ án phải được đình chỉ*”. Do đó, nếu vụ án đã được đưa ra xét xử thì người yêu cầu sẽ không còn quyền rút đơn yêu cầu khởi tố. Để phù hợp với BLTTHS 2003, khoản 4 Điều 27 Luật TNBTNN quy định trường hợp không được bồi thường thiệt hại do người yêu cầu rút yêu cầu chỉ nhắc tới “*Người bị khởi tố, truy tố trong vụ án hình sự...*” mà không đề cập đến người bị đưa ra xét xử. BLTTHS 2015 quy định về thời điểm người yêu cầu rút yêu cầu: “*Trường hợp người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu thì vụ án phải được đình chỉ*” (khoản 2 Điều 155). Quy định này có thể được hiểu, người yêu cầu có thể rút yêu cầu sau khi vụ án đã được đưa ra xét xử. Như vậy, sẽ có trường hợp vụ án đã bị đưa ra xét xử mà

người yêu cầu rút yêu cầu nên vụ án được đình chỉ. Vì vậy, Luật TNBTNN 2009 đã không còn phù hợp với quy định của BLTTHS 2015, cần được điều chỉnh để đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật.

*Ba là*, BLTTHS 2003 ghi nhận khái niệm “*Người bị hại là người bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản do tội phạm gây ra*”<sup>16</sup>, nên có thể hiểu người bị hại chỉ là cá nhân. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng cho thấy tội phạm cũng xâm phạm trực tiếp lợi ích của cơ quan, tổ chức. Do vậy, BLTTHS 2015 đã sử dụng khái niệm “bị hại” thay thế cho “người bị hại”. Theo đó, bị hại<sup>17</sup> có thể bao gồm cả cá nhân, cơ quan, tổ chức. Luật TNBTNN được ban hành trên cơ sở của BLTTHS 2003 nên vẫn sử dụng khái niệm người bị hại. Vì vậy, chưa đảm bảo tính tương thích với BLTTHS 2015. Đồng thời, BLTTHS 2003 và 2015 đều ghi nhận việc yêu cầu khởi tố có thể do bị hại hoặc đại diện hợp pháp<sup>18</sup> của bị hại thực hiện, và việc rút yêu cầu là do người yêu cầu thực hiện. Vì vậy, việc rút yêu cầu khởi tố có thể do bị hại hoặc đại diện hợp pháp thực hiện tùy thuộc vào việc chủ thể nào đã đưa ra yêu cầu khởi tố ban đầu. Tuy nhiên, Luật TNBTNN chỉ quy định “*do người bị hại đã rút yêu cầu khởi tố*”.

### **3. Một số đề xuất hoàn thiện**

<sup>16</sup> Khoản 1 Điều 51 BLTTHS 2003.

<sup>17</sup> Theo khoản 1 Điều 62 BLTTHS 2015, bị hại là cá nhân trực tiếp bị thiệt hại về thể chất, tinh thần, tài sản hoặc là cơ quan, tổ chức bị thiệt hại về tài sản, uy tín do tội phạm gây ra hoặc đe dọa gây ra.

<sup>18</sup> Theo BLTTHS 2003, đại diện hợp pháp của bị hại được yêu cầu trong trường hợp bị hại là người chưa thành niên, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất. Theo BLTTHS 2015, người đại diện của bị hại sẽ được yêu cầu khởi tố nếu bị hại là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất hoặc đã chết.

Theo quy định của BLTTHS 2015, vụ án bị đình chỉ vì lý do hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự và tội phạm được đại xá thì người bị buộc tội được yêu cầu tiếp tục giải quyết vụ án ở giai đoạn điều tra và truy tố<sup>19</sup>. Khi có yêu cầu của người bị buộc tội, chủ thể đã đình chỉ vụ án phải phục hồi vụ án<sup>20</sup>. Việc cho phép người bị buộc tội yêu cầu phục hồi vụ án nhằm bảo vệ quyền lợi chính đáng khi hành vi của họ không cấu thành tội phạm.

Đối với vụ án hình sự khởi tố theo yêu cầu bị hại, người yêu cầu rút yêu cầu trong giai đoạn điều tra, truy tố thì vụ án cũng được đình chỉ. Tuy nhiên, người bị buộc tội trong trường hợp này không có quyền yêu cầu tiếp tục giải quyết. So với trường hợp đã phân tích ở trên có thể thấy, 2 trường hợp này có tính chất gần giống nhau. Một là, lý do của việc dừng giải quyết vụ án không phải người bị buộc tội không thực hiện tội phạm. Hai là, chưa có bản án của tòa án kết tội hành vi của người bị buộc tội. Như vậy, hành vi của người bị buộc tội chưa cấu thành tội phạm<sup>21</sup>. Tuy nhiên, việc bảo vệ quyền lợi cho người bị buộc tội lại có sự khác biệt. Trong vụ án bị đình chỉ do hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc tội phạm được đại xá thì có cơ chế để bảo vệ quyền lợi chính đáng của người bị buộc tội, còn trong vụ án bị đình chỉ thuộc trường hợp khởi tố theo yêu cầu của bị hại lại thiếu cơ chế này.

<sup>19</sup> Nếu quyết định đình chỉ vụ án ở giai đoạn xét xử, người bị buộc tội không được yêu cầu phục hồi vụ án mà có thể kháng cáo quyết định theo thủ tục chung.

<sup>20</sup> Theo Điều 235 và 249 BLTTHS 2015.

<sup>21</sup> Theo nguyên tắc suy đoán vô tội (Điều 13 BLTTHS 2015), người bị buộc tội được coi là không có tội cho đến khi được chứng minh theo trình tự, thủ tục do Bộ luật này quy định và có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

Vì vậy, để đảm bảo quyền bình đẳng trước pháp luật, quyền được yêu cầu phục hồi vụ án của người bị buộc tội cần được ghi nhận trong trường hợp vụ án bị đình chỉ do người yêu cầu rút yêu cầu khởi tố. Do đó, Điều 235 và 249 BLTTHS 2015 cần bổ sung thêm trường hợp người bị buộc tội trong vụ án bị đình chỉ do người yêu cầu rút yêu cầu quy định tại khoản 2 Điều 155 được quyền yêu cầu phục hồi vụ án. Việc bổ sung này sẽ đảm bảo mọi chủ thể có hoàn cảnh tương tự nhau sẽ được đối xử như nhau. Quy định này còn tạo ra cơ chế để người bị buộc tội oan trong trường hợp này được quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền xác định mình thuộc trường hợp được bồi thường thiệt hại. Cụ thể, nếu người bị buộc tội cho rằng mình bị buộc tội oan thì sẽ được yêu cầu phục hồi vụ án để cơ quan có thẩm quyền có kết luận về hành vi của mình có cấu thành tội phạm hay không. Sau khi cơ quan có thẩm quyền kết luận hành vi của người bị buộc tội không cấu thành tội phạm sẽ ban hành quyết định đình chỉ vụ án. Khi đó, người bị buộc tội sẽ được xác định là bị oan và được quyền yêu cầu bồi thường theo quy định tại Điều 27 Luật TNBTNN.

Ngoài ra, Luật TNBTNN 2009 cần có sự thay đổi về kỹ thuật lập pháp để đảm bảo tương thích với BLTTHS 2015. Một là, cần sửa đổi khái niệm “*người bị khởi tố, truy tố*” tại khoản 4 Điều 27 thành “*người bị buộc tội*” nhằm đảm bảo tính bao quát hơn. Hai là, cần sửa khái niệm “*người bị hại đã rút yêu cầu khởi tố*” tại khoản 4 Điều 27 thành “*người yêu cầu đã rút yêu cầu khởi tố*”. Người yêu cầu có thể là bị hại hoặc đại diện hợp pháp của bị hại là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm tâm thần, thể chất hoặc bị hại chết. Do đó, khái niệm người yêu cầu sẽ rộng hơn khái niệm người bị hại.

(Xem tiếp trang 21)

# BẢO VỆ QUYỀN LỢI CỦA TỔ CHỨC TÍN DỤNG NGAY TÌNH TRONG GIAO DỊCH BẢO ĐẢM

*Nguyễn Thị Thương\**  
*Nguyễn Tuấn\*\**

**Tóm tắt:** Bài viết nghiên cứu về quy chế bảo vệ tổ chức tín dụng nhận bảo đảm ngay tình theo quy định của Bộ luật Dân sự 2005 và Bộ luật Dân sự 2015, cũng như các tranh chấp liên quan nảy sinh trong thực tiễn.

**Abstract:** This article studies provisions on protecting a credit institution taking part in a secured transaction in good faith under the Civil Code of 2005 and the Civil Code of 2015. It also analyses relevant disputes in practices.

## 1. Quy định của pháp luật về nhận bảo đảm ngay tình

Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005 và BLDS 2015 không quy định cụ thể về nhận bảo đảm ngay tình, mà chỉ ghi nhận việc “bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu” (Điều 138 BLDS 2005 và Điều 133 BLDS 2015). Tuy nhiên, khoản 3 Điều 3 Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 27/01/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm (được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 83/2010/NĐ-CP ngày 23/7/2010 của Chính phủ về Đăng ký giao dịch bảo đảm và Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm – sau đây gọi tắt là “Nghị định 163/2006/NĐ-CP”) có đưa ra định nghĩa về bên nhận bảo đảm ngay tình; từ đó có thể hiểu, việc nhận bảo đảm ngay tình của tổ chức tín dụng (TCTD) là việc TCTD nhận bảo đảm trong trường hợp không biết và không thể biết về

việc bên bảo đảm không có quyền dùng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự.

Như vậy, theo quy định về giao dịch bảo đảm, khi nhận bảo đảm, TCTD phải kiểm tra và xác nhận các yếu tố liên quan đến: i) Tài sản bảo đảm là tài sản được phép giao dịch, và ii) Chủ thể ký kết giao dịch bảo đảm là người có quyền dùng tài sản của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ dân sự. Tuy nhiên, trên thực tế rất nhiều trường hợp TCTD đã kiểm tra đầy đủ hai yếu tố này nhưng vẫn không hạn chế được hết rủi ro liên quan đến tài sản bảo đảm, bởi TCTD không biết và không thể biết về tính hợp pháp của các giao dịch trước đó liên quan đến tài sản bảo đảm. Do đó, trong trường hợp này TCTD được coi là nhận bảo đảm ngay tình và cần được bảo vệ quyền lợi liên quan đến các giao dịch của mình; nhưng không phải mọi trường hợp TCTD nhận bảo đảm ngay tình cũng đều được bảo vệ.

## ❖ Quy định của BLDS 2005 và các văn bản hướng dẫn

BLDS 2005 có quy định việc bảo vệ bên thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu tại Điều 138, theo đó, hai trường hợp bên thứ ba ngay tình sẽ được bảo vệ khi

\* Khoa Luật Thương mại, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

\*\* Ngân hàng Thương mại cổ phần Đầu tư và Phát triển Việt Nam.

giao dịch dân sự vô hiệu là: i) Tài sản giao dịch là động sản không phải đăng ký quyền sở hữu được chuyển giao cho người thứ ba ngay tình thì giao dịch với người thứ ba vẫn có hiệu lực, trừ trường hợp giao dịch với người thứ ba là giao dịch không có đền bù; và ii) Tài sản giao dịch là bất động sản, động sản phải đăng ký quyền sở hữu được chuyển giao cho người thứ ba thông qua bán đấu giá, hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa.

Theo quy định tại BLDS 2005, nếu đối tượng nhận thế chấp là động sản không phải đăng ký quyền sở hữu được TCTD nhận bảo đảm ngay tình, mà giao dịch trước đó vô hiệu thì giao dịch bảo đảm sẽ không bị vô hiệu. Quy định như vậy là hợp lý, vì căn cứ trên tính chất dễ chuyển giao của động sản không phải đăng ký quyền sở hữu, bên nhận chuyển giao rất khó xác định chủ sở hữu thật sự của tài sản. Trong trường hợp này, TCTD căn cứ trên việc bên bảo đảm đang chiếm hữu tài sản đó để xác định bên bảo đảm có quyền đối với tài sản và TCTD cũng không có cách thức nào khác để lấy thông tin liên quan đến tài sản nên TCTD được coi là nhận chuyển giao ngay tình. Với bất động sản, chỉ trong trường hợp bên bảo đảm có được tài sản thông qua bán đấu giá hoặc theo một quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền từ chủ sở hữu tài sản thì giao dịch bảo đảm đó mới không bị coi là vô hiệu.

Tuy nhiên, đây không phải là hai trường hợp phổ biến trong các giao dịch bảo đảm có tranh chấp trong hoạt động cấp tín dụng của TCTD, vì trên thực tế, các tài sản là động sản không đăng ký quyền sở hữu

không phải là loại tài sản bảo đảm phổ biến tại TCTD. Bên cạnh đó, các trường hợp tranh chấp sau khi tài sản được bán đấu giá hoặc có quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền cũng rất ít. Do vậy, theo quy định của BLDS 2005 thì phạm vi được bảo đảm của TCTD trong trường hợp nhận bảo đảm ngay tình trên thực tế là rất hẹp.

#### ❖ Quy định trong BLDS 2015

BLDS 2015 đã có những sửa đổi so với BLDS 2005 về bảo vệ bên thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu. Cụ thể, Điều 133 BLDS 2015 đã liệt kê hai trường hợp mà bên thứ ba ngay tình sẽ được bảo vệ khi giao dịch dân sự trước đó vô hiệu: i) Đối tượng của giao dịch là tài sản không đăng ký quyền sở hữu đã được chuyển giao cho người thứ ba ngay tình thì giao dịch đó không bị vô hiệu, trừ khi giao dịch với người thứ ba là giao dịch không có đền bù với người không có quyền định đoạt hoặc tài sản trước đó đã bị lấy cắp, bị mất hoặc bị chiếm hữu ngoài ý chí của chủ sở hữu; ii) Giao dịch dân sự vô hiệu nhưng tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền sau đó được chuyển giao bằng một giao dịch dân sự khác cho người thứ ba ngay tình và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu, hoặc trong trường hợp chưa đăng ký nhưng được chuyển giao cho người thứ ba ngay tình thông qua bán đấu giá tại tổ chức có thẩm quyền hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người này không phải là chủ sở hữu do bản án, quyết định bị hủy, sửa.

Như vậy, BLDS 2015 ngoài việc giữ nguyên hai trường hợp bảo vệ bên thứ ba ngay tình đã được quy định trong BLDS

2005, sửa đổi cách sử dụng thuật ngữ pháp lý cho thống nhất và phù hợp với các quy định về đăng ký tài sản<sup>1</sup>, đã mở rộng các trường hợp bảo vệ bên thứ ba ngay tình. Cụ thể, BLDS 2015 đã quy định thêm trường hợp giao dịch đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhưng sau đó được chuyển giao cho bên thứ ba ngay tình mà người này căn cứ vào việc đăng ký đó đã xác lập, thực hiện giao dịch. Đây là trường hợp diễn ra phổ biến trong các giao dịch nói chung và hoạt động nhận bảo đảm của TCTD nói riêng. Trên thực tế, tài sản thế chấp, cầm cố tại TCTD là các tài sản có đăng ký quyền sở hữu và TCTD thường căn cứ vào các giấy tờ chứng minh quyền sở hữu để xác định chủ thể có quyền thiết lập các giao dịch và tính hợp pháp của tài sản bảo đảm.

Tuy nhiên, quy định trên của BLDS vẫn gây ra nhiều ý kiến trái chiều. Có quan điểm cho rằng, việc mở rộng các trường hợp bảo vệ bên thứ ba ngay tình trong BLDS 2015 là một điểm tiến bộ, đảm bảo tốt hơn, công bằng hơn quyền, lợi ích hợp pháp của bên ngay tình trong giao dịch dân sự<sup>2</sup>. Quan điểm thứ hai cho rằng, nên giữ nguyên quy định về bảo vệ người thứ ba ngay tình như quy định của BLDS 2005 dựa trên nguyên tắc ưu tiên bảo vệ quyền lợi của chủ sở hữu hợp pháp và phù hợp với những bất cập

trong đăng ký tài sản hiện nay<sup>3</sup>. Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng, quy định của BLDS 2015 còn sơ lược, chưa hoàn thiện dẫn đến cơ chế bảo vệ bên thứ ba ngay tình vẫn còn “mong manh”. Cụ thể, pháp luật chưa đưa ra được khái niệm “ngay tình” và “chuyển giao” một cách cụ thể, dẫn đến cách hiểu và áp dụng trên thực tế còn nhiều mâu thuẫn. Trường hợp thế chấp, cầm cố tại TCTD không được coi là chuyển giao, vì chuyển giao chỉ bao gồm chuyển giao quyền sở hữu hoặc chiếm hữu (chuyển giao địa lý)<sup>4</sup>.

Theo quan điểm của nhóm tác giả, quy định trên của BLDS 2015 là phù hợp:

*Thứ nhất*, đối với tài sản là động sản không đăng ký quyền sở hữu, do tính chất dễ chuyển giao trong các giao dịch dân sự và khó khăn trong xác nhận chủ sở hữu hợp pháp của tài sản, giao dịch với bên thứ ba ngay tình sẽ không bị vô hiệu. Quy định này giúp hạn chế rủi ro và tăng tính ổn định của các giao dịch trên thực tế, hạn chế các tranh chấp liên quan đến tài sản.

*Thứ hai*, đối với tài sản có đăng ký<sup>5</sup>, việc đăng ký là bằng chứng công nhận quyền được xác lập hoặc chấm dứt một

<sup>1</sup> Nguyễn Thị Hồng Vân (2016), *Những điểm mới của quy định về giao dịch dân sự trong Bộ luật Dân sự 2015*, Kỷ yếu hội thảo: Những điểm mới của Bộ luật Dân sự 2015, Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, tr. 74.

<sup>2</sup> Xem thêm bài viết: “Sửa đổi BLDS, người thứ ba ngay tình hết thiệt thòi”, <http://plo.vn/phap-luat/sua-blds-nguoi-thu-ba-ngay-tinh-het-thiet-thoi-543664.html> đăng trên báo Pháp luật TP. Hồ Chí Minh online ngày 09/3/2015, truy cập lần cuối ngày 07/6/2016.

<sup>3</sup> Xem thêm bài viết: Bảo vệ người thứ ba ngay tình trong trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu, Báo Chính phủ Online, <http://baochinhphu.vn/Lay-y-kien-nhan-dan-ve-du-thao-Bo-luat-dan-su-sua-doi/Bao-ve-nguoi-thu-3-ngay-tinh-trong-truong-hop-giao-dich-dan-su-bi-vo-hieu/218121.vgp>, truy cập ngày 07/6/2016.

<sup>4</sup> Bùi Đức Giang (2016), *Mong manh cơ chế bảo vệ bên thứ ba ngay tình*, bài viết đăng trên Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online, <http://www.thesaigontimes.vn/146581/Mong-manh-co-che-bao-ve-ben-thu-ba-ngay-tinh.html>, truy cập ngày 06/7/2016.

<sup>5</sup> Theo quan điểm của nhóm tác giả, tài sản có đăng ký được hiểu là “đăng ký quyền sở hữu/quyền sử dụng đối với tài sản”, không bao gồm việc đăng ký giao dịch bảo đảm và đăng ký mua trả chậm, trả dần.

quan hệ pháp luật nhất định liên quan đến tài sản<sup>6</sup>, là căn cứ pháp lý xác định thời điểm chịu rủi ro đối với tài sản, cũng như xác định thời điểm có hiệu lực đối với các giao dịch, thời điểm phát sinh quyền của bên nhận chuyển giao đối với tài sản và chấm dứt quyền đối với tài sản của bên chuyển giao<sup>7</sup>. Do đó, bên thứ ba được coi là ngay tình khi căn cứ vào việc đăng ký tài sản để cho rằng tài sản được chuyển giao và thuộc sở hữu hợp pháp của người nhận chuyển giao, và có thể coi họ là người “không biết và không thể biết” nếu tài sản được chuyển giao không thuộc sở hữu hợp pháp.

*Thứ ba*, việc công nhận và bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba ngay tình, dù trong khía cạnh nào đó có sự đối kháng với lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu tài sản, nhưng sẽ góp phần ổn định các giao dịch dân sự, giảm bớt những tranh chấp trong xã hội<sup>8</sup>. Các trường hợp giao dịch dân sự vô hiệu trên thực tế diễn ra rất nhiều và phức tạp. Hơn nữa, tại thời điểm chuyển giao, tài sản không còn thuộc sự quản lý và kiểm soát của chủ sở hữu mà có thể đã được chuyển giao nhiều lần nên việc chủ sở hữu đòi lại tài sản có thể gây xáo trộn, phát sinh tranh chấp.

*Thứ tư*, trong trường hợp bên thứ ba ngay tình là bên nhận bảo đảm thông qua các giao dịch cầm cố, thế chấp thì có được bảo vệ theo Điều 133 BLDS 2015 hay không? Theo quan điểm của nhóm tác giả, trong trường hợp này, bên nhận cầm cố, thế chấp vẫn được coi là bên thứ ba ngay tình

và được bảo vệ theo quy định của Điều 133 BLDS 2015. Bởi vì thuật ngữ “chuyển giao” được sử dụng chưa được định nghĩa rõ ràng, có thể bao gồm chuyển giao từng phần quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt hay toàn bộ quyền sở hữu. Nếu chỉ chấp nhận một hoặc một số quyền liên quan đến tài sản thì sẽ tạo ra cách hiểu không thống nhất và hợp lý của quy định pháp luật. Vì dù người thứ ba ngay tình là người mua tài sản, được tặng cho hay nhận thế chấp, cầm cố tài sản thì bản chất cũng dựa trên việc tài sản có đăng ký để xác định quyền hợp pháp của người chuyển giao đối với tài sản. Việc nhận cầm cố tài sản tại các TCTD có thể coi là việc chuyển giao quyền chiếm hữu và một phần quyền định đoạt. Đối với việc nhận thế chấp tài sản, một phần quyền định đoạt của người thế chấp (là chủ tài sản) cũng được chuyển giao cho bên nhận thế chấp, đồng thời quyền sử dụng của chủ sở hữu cũng bị hạn chế bởi bên nhận thế chấp. Ngoài ra, pháp luật cũng ghi nhận quyền truy đòi của bên nhận bảo đảm đối với tài sản bảo đảm trong trường hợp bên bảo đảm vi phạm các nghĩa vụ có liên quan trong giao dịch bảo đảm và tự ý định đoạt tài sản bảo đảm (Điều 20, Nghị định 163/2006/NĐ-CP). Do đó, mặc dù pháp luật chưa quy định về phạm vi của thuật ngữ “chuyển giao” được sử dụng tại Điều 133 BLDS 2015 nhưng cần bảo vệ tốt nhất cho bên nhận bảo đảm ngay tình, ở đây là hệ thống các TCTD khi họ nhận cầm cố, thế chấp ngay tình.

## 2. Vận dụng quy định Bộ luật Dân sự năm 2015 để bảo vệ tổ chức tín dụng ngay tình

BLDS 2015 đã có nhiều điểm mới để bảo vệ bên thứ ba ngay tình nhằm giải quyết các vấn đề bất cập của pháp luật đã tồn tại trước đó. Thực tiễn các tranh chấp phát sinh

<sup>6</sup> Phùng Trung Tập (2013), *Một số vấn đề lý luận về đăng ký tài sản tại Việt Nam*, bài viết tại Hội thảo: “Cơ sở lý luận và thực tiễn nhằm xây dựng dự án Luật Đăng ký tài sản”, ngày 09/9/2013 tại Hà Nội.

<sup>7</sup>Xem thêm Phùng Trung Tập (2013), *ltd.*

<sup>8</sup> Tòa án nhân dân tối cao, Viện Khoa học xét xử (2006), *Tài liệu tập huấn BLDS năm 2005*, Hà Nội, tháng 4/2006, tr. 17.

gần đây liên quan đến tài sản bảo đảm của TCTD được giải quyết theo hướng bất lợi cho TCTD nhận bảo đảm ngay tình khi Tòa án vẫn áp dụng các quy định hiện hành để xét xử. Trong lúc BLDS 2015 đến tháng 01/2017 mới có hiệu lực thi hành, các TCTD ngay tình vẫn sẽ gặp nhiều rủi ro trong việc nhận tài sản bảo đảm. Sau đây, tác giả phân tích và bình luận một vài vụ việc điển hình:

**Vụ việc thứ nhất: Tòa án tuyên hủy hợp đồng chuyển nhượng trước đó liên quan đến tài sản bảo đảm đang được thế chấp tại TCTD**

Tháng 07/2014, vợ chồng ông Trịnh Văn Hậu và bà Nguyễn Thị Hương Giang bán mảnh đất hơn 16.000 m<sup>2</sup> tại Phường 11, Tp. Vũng Tàu, tỉnh Bà Rịa – Vũng Tàu. Bên mua là vợ chồng ông Nguyễn Vũ Trung và bà Trịnh Thị Lan. Giá mua bán được các bên thỏa thuận ban đầu là 50 tỷ đồng, phương thức thanh toán là tiền mặt, được thanh toán thành 03 đợt. Thỏa thuận này được các bên lập thành văn bản có chữ ký đầy đủ các bên, nhưng không thực hiện công chứng, chứng thực. Nhằm giảm số thuế thu nhập cá nhân phải nộp từ hoạt động chuyển nhượng bất động sản, các bên đã tiếp tục lập một hợp đồng với giá mua bán mới là 10,2 tỷ đồng và công chứng hợp đồng này.

Sau khi hoàn tất các thủ tục chuyển nhượng và đăng ký quyền sử dụng đất tại cơ quan có thẩm quyền, bên mua dùng mảnh đất trên để thế chấp tại TCTD bảo đảm cho khoản vay của Công ty Cổ phần Đầu tư, xuất, nhập khẩu Nghiệp Phát. Hợp đồng thế chấp có công chứng và đăng ký giao dịch bảo đảm theo quy định của pháp luật

Tuy nhiên, sau đó bên mua vi phạm nghĩa vụ thanh toán theo thỏa thuận ban đầu, chỉ mới trả cho bên bán 22 tỷ đồng.

Quá thời hạn thanh toán 28 tỷ đồng còn lại, bên mua và bên bán đã đến Văn phòng thừa phát lại quận Bình Thạnh, Tp. Hồ Chí Minh để lập vi bằng với thỏa thuận rằng: nếu đến hết ngày 10/3/2015, bên mua không thanh toán hết số tiền còn lại, thì bên bán có quyền khởi kiện để hủy hợp đồng chuyển nhượng, bên mua bị mất số tiền 22 tỷ đồng đã giao và bên bán được quyền bán mảnh đất trên cho người khác. Hết thời hạn, bên mua vẫn chưa thanh toán số tiền còn thiếu, bên bán đã khởi kiện để yêu cầu Tòa án tuyên hủy hợp đồng mua bán đã ký kết.

Ở cả 02 giai đoạn xét xử sơ thẩm và phúc thẩm, Tòa án đều chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, tuyên hủy hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất giữa các bên theo thỏa thuận đã lập vi bằng tại Văn phòng thừa phát lại<sup>9</sup>.

Trong trường hợp này, việc Tòa án tuyên hủy hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất đồng nghĩa với việc bên mua phải hoàn trả lại quyền sử dụng đất, giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho bên bán. Ngân hàng phải có trách nhiệm giao trả lại giấy chứng nhận cho bên mua để bên mua hoàn trả cho bên bán theo nội dung bản án đã có hiệu lực pháp luật. Như vậy, trường hợp này TCTD sẽ bị mất tài sản bảo đảm mặc dù không phải do lỗi của TCTD. Dù pháp luật có những chế định khác bảo vệ TCTD như yêu cầu bồi thường thiệt hại, nhưng vẫn gây bất lợi cho TCTD do trong nhiều trường hợp bên vi phạm không còn tài sản để bồi thường.

<sup>9</sup> Bùi Trang (2016), *Nguy cơ mới khi nhận tài sản bảo đảm nhà đất*, bài viết đăng trên Báo điện tử Tin nhanh chứng khoán, <http://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/nguy-co-moi-khi-nhan-tai-san-bao-dam-nha-dat-149690.html>, truy cập ngày 08/9/2016.

**Vụ việc thứ hai: Giải quyết quyền lợi của TCTD ngay tình trong tranh chấp đòi lại tài sản do người khác “đứng tên”**

Hiện nay, các vụ việc tranh chấp đòi lại tài sản trước đó đã nhờ người khác đứng tên vẫn chưa có hướng giải quyết thống nhất, gây ra nhiều rủi ro cho các bên có liên quan, trong đó có TCTD nhận tài sản bảo đảm ngay tình.

Tháng 7/2004, ông Hồng Thiên Vinh (Việt kiều đang định cư tại Hoa Kỳ) do có nhu cầu hồi hương nên đã về nước mua căn nhà 68/10 QT, P. 14, quận Gò Vấp, Tp. Hồ Chí Minh. Tại thời điểm đó, do chưa đủ điều kiện đứng tên nhà đất tại Việt Nam nên ông Vinh đã nhờ cháu của mình là ông Nguyễn Hồng Ánh đứng tên. Tuy nhiên, tháng 6/2007 ông Nguyễn Hồng Ánh đã tự ý sang tên căn nhà trên cho mẹ của mình là bà Hồng Nguyệt Son (em ruột của ông Vinh) tiếp tục đứng tên thay ông Ánh. Tháng 2/2012, ông Vinh hồi hương về Việt Nam và đề nghị bà Son sang tên lại căn nhà trên lại cho mình. Tuy nhiên, trước đó bà Son đã thế chấp nhà để bảo đảm cho khoản vay 500 triệu đồng của ông Ánh tại Ngân hàng Z theo hợp đồng thế chấp ngày 20/1/2012 nên việc sang tên không thể tiến hành được. Các bên không thể thỏa thuận được nên phát sinh tranh chấp.

Vì vậy, ngày 16/7/2012 ông Vinh đã làm đơn khởi kiện tại Tòa án nhân dân quận Gò Vấp, Tp. Hồ Chí Minh. Ông Vinh có yêu cầu khởi kiện sau: (1) Công nhận ông Vinh là chủ sở hữu tài sản đối với nhà đất tại địa chỉ số 8/10 QT, P. 14, quận Gò Vấp, Tp. Hồ Chí Minh; (2) Hủy giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất đã cấp cho bà Son; (3) Hủy hợp đồng thế chấp ngày 20/1/2012 được ký kết giữa bà Son với Ngân hàng Z.

Ngày 10/4/2015, Tòa án nhân dân quận Gò Vấp đã đưa vụ án ra xét xử và tuyên chấp nhận các yêu cầu khởi kiện của ông Vinh, trong đó có nội dung hủy hợp đồng thế chấp ngày 20/1/2012 được ký kết giữa bà Son với Ngân hàng Z, buộc Ngân hàng Z giao trả các giấy tờ tài sản đã nhận trước đó cho bà Son, đồng thời không chấp nhận yêu cầu của Ngân hàng được quyền xử lý, phát mãi tài sản bảo đảm nêu trên<sup>10</sup>.

**Nhận xét và đánh giá:** Đây là hai tranh chấp điển hình liên quan đến tài sản bảo đảm trên thực tế. Trong những giao dịch trên, các TCTD thỏa mãn điều kiện nhận bảo đảm ngay tình theo khoản 3 Điều 3 Nghị định 163/2016/NĐ-CP, TCTD không biết và không thể biết về việc bên bảo đảm không có quyền dùng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, nếu áp dụng BLDS 2005 thì bên nhận bảo đảm là các TCTD sẽ không được bảo vệ theo cơ chế bảo vệ người thứ ba ngay tình do phạm vi bảo vệ của BLDS 2005 hẹp hơn BLDS 2015.

**Trong vụ việc thứ nhất,** vận dụng nguyên tắc người thứ ba ngay tình thì giao dịch bảo đảm giữa vợ chồng ông Trung, bà Lan với TCTD vẫn có giá trị pháp lý. Cho dù Tòa án có tuyên hợp đồng chuyển nhượng trước đó vô hiệu thì vợ chồng bà Giang, ông Hậu không có quyền đòi lại tài sản đang được bảo đảm ở TCTD mà chỉ có quyền yêu cầu các bên hoàn trả cho nhau những tài sản đã nhận, nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì tính giá trị bằng tiền và bên có lỗi gây thiệt hại phải bồi thường (Điều 131 BLDS 2015). **Với vụ việc thứ hai,** liên quan đến nhờ người khác đứng tên hộ trên giấy chứng nhận, nếu vận dụng các

<sup>10</sup> Bản án số 164/2015/DS-ST ngày 10/4/2015 của Tòa án nhân dân quận Gò Vấp, Tp. Hồ Chí Minh giải quyết vụ án “tranh chấp quyền sở hữu tài sản”.

quy định mới của BLDS 2015 thì Tòa án có thể giải quyết theo hướng bác bỏ yêu cầu hủy hợp đồng thế chấp, giấy chứng nhận đã cấp hợp lệ trước đó, công nhận tính hiệu lực của giao dịch thế chấp. Đồng thời, Tòa án có thể yêu cầu ông Ánh, bà Son có nghĩa vụ liên đới, bồi thường cho ông Vinh thiệt hại tương đương với giá trị tài sản mà ông Vinh đã mua (nếu ông Vinh có yêu cầu).

Như vậy, việc quy định chủ tài sản không được đòi lại tài sản đối với người nhận chuyển giao tài sản ngay tình trong những trường hợp này là cần thiết để bảo vệ quyền lợi của TCTD, bên hoàn toàn không có lỗi và không có khả năng nhận diện rủi ro tiềm ẩn trong tài sản bảo đảm. Đồng thời, trong những trường hợp trên, bên có quyền đối với tài sản trong giao dịch trước đó có một phần lỗi để các giao dịch vô hiệu như cổ tình xác lập giao dịch giả tạo, không yêu cầu phân chia và quản lý tài sản thuộc sở hữu của mình, do đó sẽ là bất hợp lý nếu bắt các TCTD là chủ thể phải chịu rủi ro trong trường hợp này. Nếu vận dụng các chế định pháp lý bảo vệ người thứ ba ngay tình của BLDS 2015 thì có thể sẽ bác bỏ yêu cầu tuyên hợp đồng thế chấp vô hiệu, buộc khách hàng phải có nghĩa vụ trả nợ cho TCTD và trao quyền phát mãi tài sản cho TCTD nhận bảo đảm ngay tình. Việc bảo vệ

TCTD nhận bảo đảm ngay tình trong những trường hợp này chỉ thay đổi cách giải quyết hậu quả pháp lý của giao dịch dân sự bị tuyên vô hiệu là “hoàn trả bằng hiện vật” hay “trị giá thành tiền để hoàn trả” theo quy định tại khoản 2, Điều 137 BLDS 2005 (Điều 131 BLDS 2015). Cách xử lý này vẫn có thể bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của bên có quyền đối với tài sản và TCTD, đồng thời hạn chế các tranh chấp có thể xảy ra.

Như vậy, BLDS 2015 đã có những tiến bộ đáng kể trong cơ chế bảo vệ người thứ ba ngay tình, bảo vệ các chủ thể là bên thứ ba ngay tình nói chung và các TCTD nhận bảo đảm nói riêng. Tuy nhiên, xét ở một mức độ nào đó, các thuật ngữ được sử dụng trong quy định tại Điều 133 BLDS 2015 vẫn chưa minh bạch và thống nhất, đặc biệt khi luật hoàn toàn không định nghĩa như thế nào là “ngay tình” và phạm vi của “chuyển giao”. Do đó, Bộ Tư pháp cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn chế định bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình theo hướng công nhận việc chuyển giao tài sản trong Điều 133 nêu trên bao gồm cả việc cầm cố, thế chấp tài sản, như vậy mới bảo vệ tốt nhất cho các TCTD nhận bảo đảm ngay tình khi giao dịch chuyển quyền trước đó bị vô hiệu.

*(Tiếp theo trang 14 – Bồi thường thiệt hại cho người ...)*

**Kết luận**

Quyền được bồi thường thiệt hại của người bị buộc tội oan cần được đảm bảo. Trong trường hợp người bị oan không do lỗi của họ hoặc do sự thay đổi về chính sách hình sự thì cần đảm bảo các quyền lợi của họ không phụ thuộc vào việc vụ án được khởi tố theo thủ tục chung hay theo yêu cầu

của bị hại. BLTTHS 2015 mới được ban hành và chưa có hiệu lực, vì vậy, các quy định về cơ chế xác định người bị buộc tội oan trong trường hợp vụ án được khởi tố theo yêu cầu bị hại cần được hoàn thiện. Đồng thời, Luật TNBTNN 2009 cũng cần có sự sửa đổi để đảm bảo tính thống nhất với BLTTHS này.

# MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ THỜI ĐIỂM BẮT ĐẦU CẤP DƯỠNG NUÔI CON SAU LY HÔN

Lê Thanh Lâm\*

**Tóm tắt:** Thời điểm cha (mẹ) bắt đầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con sau ly hôn có ý nghĩa quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và lợi ích của con. Tuy nhiên, vấn đề này chưa được pháp luật quy định rõ; thực tiễn xét xử cho thấy, các Thẩm phán cũng có quan điểm khác nhau. Bài viết sẽ phân tích và bình luận từng quan điểm trên.

**Abstract:** The moment that a father (mother) began to implement his (her) child support obligation after a divorce is important and directly affects the rights of that child. However, this issue has not been clearly stated in law and regulation. In practice, judges have different views. This article will address and comment such views.

## 1. Khái quát về cấp dưỡng nuôi con

Theo quy định của khoản 24 Điều 3 Luật Hôn nhân và Gia đình (HN và GD) 2014, cấp dưỡng được hiểu là: “Việc một người có nghĩa vụ đóng góp tiền hoặc tài sản khác để đáp ứng nhu cầu thiết yếu của người không sống chung với mình mà có quan hệ hôn nhân, huyết thống hoặc nuôi dưỡng trong trường hợp người đó là người chưa thành niên, người đã thành niên mà không có khả năng lao động và không có tài sản để tự nuôi mình hoặc người gặp khó khăn, túng thiếu theo quy định của Luật này”.

Như vậy, cấp dưỡng nuôi con về bản chất là một hình thức cha mẹ gián tiếp thực hiện quyền và nghĩa vụ đối với con chưa thành niên khi không có điều kiện trực tiếp nuôi dưỡng. Điều 110 Luật HN và GD 2014 quy định nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con phát sinh trong hai trường hợp: Một là, khi cha mẹ không sống chung với con; và hai là, khi cha mẹ vẫn sống chung với con nhưng vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng con.

Trong số các căn cứ làm phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con chưa thành niên của

cha mẹ thì phổ biến là việc “ly hôn”. Sự kiện này làm chấm dứt quan hệ hôn nhân của cha và mẹ về mặt pháp lý. Nhưng quan hệ giữa cha mẹ với con chung không phụ thuộc vào tính chất của quan hệ giữa cha và mẹ. Trong điều kiện cha mẹ ly hôn, con chưa thành niên có thể phải sống chung với một trong hai người. Người trực tiếp nuôi con có quyền yêu cầu người không trực tiếp nuôi con thực hiện việc cấp dưỡng thay cho việc nuôi dưỡng theo những thể thức được áp dụng khi cha mẹ còn duy trì quan hệ hôn nhân. Cần nhấn mạnh rằng, con được cấp dưỡng phải là con chung của vợ và chồng; luật không phân biệt con chung là con ruột hay con nuôi<sup>1</sup>.

Về cơ bản, cấp dưỡng nuôi con trước và sau khi ly hôn không khác nhau về phương thức cấp dưỡng, mức cấp dưỡng và nhiều nội dung khác đều được áp dụng theo những quy định chung về cấp dưỡng từ Điều 107 đến Điều 119 Luật HN và GD 2014.

Cấp dưỡng nuôi con có thể xảy ra trước khi ly hôn, hay còn gọi là cấp dưỡng nuôi con trong thời kỳ hôn nhân, khi quan hệ hôn

\* Tòa dân sự - Tòa án nhân dân tỉnh Sóc Trăng.

<sup>1</sup> Nguyễn Ngọc Điện, *Giáo trình Luật Hôn nhân và Gia đình - Tập 1*, Đại học Cần Thơ, 2006, tr.101.

nhân giữa vợ chồng vẫn đang tồn tại. Nếu vì lý do nào đó mà cha, mẹ không sống chung hoặc sống chung nhưng vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng con thì phải cấp dưỡng nuôi con. Như vậy, đây là thời điểm và sự kiện pháp lý làm phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng của cha, mẹ đối với con chưa thành niên trong thời kỳ hôn nhân. Khi có tranh chấp, người có yêu cầu cấp dưỡng phải cung cấp chứng cứ để chứng minh việc cha (mẹ) không sống chung với con hoặc vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng con; đồng thời chứng minh được thời điểm phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng mà mình đưa ra.

Đối với cấp dưỡng nuôi con sau khi ly hôn, việc cấp dưỡng phát sinh khi quan hệ hôn nhân của vợ chồng đã chấm dứt bằng một bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của Tòa án. Khi hôn nhân chấm dứt, nghĩa vụ của vợ chồng quy định tại khoản 2 Điều 19 Luật HN và GD 2014 cũng không còn; con chung chưa thành niên được giao cho một người trực tiếp nuôi dưỡng. Như đã phân tích ở trên, việc không sống chung làm phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng của người không trực tiếp nuôi con sau khi ly hôn. Nghĩa vụ này được ghi nhận cụ thể tại khoản 2 Điều 82 Luật HN và GD 2014.

## 2. Xác định thời điểm bắt đầu cấp dưỡng nuôi con sau khi ly hôn

Cũng như các nghĩa vụ dân sự khác, thời điểm phát sinh và bắt đầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con sau khi ly hôn của cha (mẹ) có ý nghĩa đặc biệt quan trọng. Đây chính là mốc thời gian làm căn cứ để các bên trong quan hệ cấp dưỡng thực hiện quyền và nghĩa vụ của mình. Thời điểm này cũng là cơ sở để cơ quan thi hành án dân sự ra quyết định thi hành án, đảm bảo lợi ích hợp pháp của đương sự.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay, quan hệ hôn nhân của vợ chồng

chỉ chấm dứt khi có bản án, quyết định ly hôn của Tòa án có hiệu lực pháp luật. Để giải quyết các vấn đề về cấp dưỡng nuôi con sau khi ly hôn, Tòa án phải tuyên rõ trong bản án, quyết định các vấn đề về: *Người cấp dưỡng; người được cấp dưỡng; mức cấp dưỡng; phương thức cấp dưỡng; thời điểm bắt đầu và thời điểm kết thúc việc cấp dưỡng.* Nếu thiếu một trong các vấn đề này thì bản án, quyết định của Tòa án không thể thi hành. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành chỉ đề cập đến thời điểm kết thúc (khi lý do cấp dưỡng không còn: Con chung đủ 18 tuổi, có khả năng lao động, có thu nhập để tự nuôi sống bản thân,...), mà không quy định thời điểm bắt đầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng. Do đó, thực tiễn xét xử đã ghi nhận nhiều quan điểm khác nhau.

*Quan điểm thứ nhất:* Khi giải quyết cho vợ chồng ly hôn và xem xét về cấp dưỡng nuôi con chưa thành niên sau khi ly hôn, Tòa án phải buộc người vợ (hoặc chồng) cấp dưỡng nuôi con kể từ *thời điểm vợ chồng ly thân* hoặc lý do khác làm người cho người đó không sống chung với con trên thực tế.

Những người theo quan điểm này cho rằng “ly thân” là một hình thức tiền ly hôn, tuy không được pháp luật ghi nhận nhưng tồn tại trên thực tế. Đây là điều không thể phủ nhận, vì hiếm cặp vợ chồng nào còn sống chung đến ngày Tòa án ban hành bản án, quyết định ly hôn<sup>2</sup>. Bên cạnh đó, rất nhiều trường hợp khi mâu thuẫn giữa vợ chồng xảy ra thì một trong hai người bỏ đi làm ăn, sinh sống nơi khác (có thể có tin tức hoặc biệt tích) trong một thời gian dài sau

<sup>2</sup> Trang Dự thảo online, *Chế định ly thân cần phải được luật hóa*, [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT\\_TINLAPPHAP/View\\_Detail.aspx?ItemID=1168](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=1168) truy cập ngày 31/8/2016.

đó trở về yêu cầu giải quyết việc ly hôn, hoặc người ở nhà không thể chờ đợi thêm nữa nên yêu cầu Tòa án giải quyết ly hôn với người biệt tích. Người đang nuôi dưỡng con thường yêu cầu người đã bỏ đi biệt tích trở về phải thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con hoặc khấu trừ trong khối tài sản chung phần của người biệt tích để thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con. Do vậy, Tòa án cần thiết phải vận dụng quy định tại Điều 110 Luật HN và GĐ 2014 để xác định nghĩa vụ cấp dưỡng của cha, mẹ đối với con chưa thành niên tính từ ngày họ không thực hiện nghĩa vụ nuôi dưỡng (thời điểm bỏ đi biệt tích, ly thân,...)<sup>3</sup>.

Việc vận dụng Điều 110 Luật HN và GĐ 2014 cho thấy, quyền được cấp dưỡng của con chưa thành niên là từ khi hôn nhân của cha mẹ bắt đầu rạn nứt đến khi thật sự chấm dứt và thời kỳ sau hôn nhân. Nhưng ở góc độ pháp luật tố tụng dân sự, chúng tôi không đồng tình với quan điểm này. Bởi lẽ, bản chất của quy định tại Điều 110 Luật HN và GĐ cũng như ý đồ của nhà làm luật trong trường hợp này là hướng đến việc cấp dưỡng nuôi con *trong thời kỳ hôn nhân*. Việc cấp dưỡng này phát sinh trong trường hợp quan hệ hôn nhân giữa cha và mẹ vẫn còn tồn tại. Cấp dưỡng nuôi con sau khi ly hôn được quy định tại Điều 82 của Luật HN và GĐ 2014. Do đó, cần phân biệt việc cấp dưỡng trước ly hôn (trong thời kỳ hôn nhân) và cấp dưỡng sau ly hôn (hôn nhân chấm dứt).

Bên cạnh đó, trên thực tế, khi cấp dưỡng không còn dựa trên ý chí tự nguyện của cha (mẹ) thì việc chứng minh thời điểm

“ly thân” là một vấn đề khó. Thực tế khi giải quyết vụ việc ly hôn, Tòa án thường làm rõ thời điểm ly thân của vợ chồng để xem xét mức độ tình cảm, đánh giá khả năng hàn gắn,... nhưng không xác định được một cách rõ ràng, cụ thể. Khi có tranh chấp liên quan đến vấn đề tài chính thì việc chứng minh càng trở nên khó khăn hơn. Mặt khác, giải pháp này chỉ phù hợp với tình huống một bên vợ (chồng) đã trực tiếp nuôi con từ trước khi ly hôn, trong thời gian làm thủ tục ly hôn và được Tòa án giao cho tiếp tục nuôi con sau khi ly hôn. Có nghĩa đây phải là một quá trình xuyên suốt. Còn khi quá trình nuôi dưỡng bị gián đoạn, con chung lúc ở với cha, lúc ở với mẹ, lúc không sống với cả cha và mẹ mà sống cùng ông, bà thì không thể xác định được ai là người có nghĩa vụ cấp dưỡng cũng như thời gian bắt đầu cấp dưỡng...

*Quan điểm thứ hai:* Sau khi ly hôn, vợ (chồng) không trực tiếp nuôi con chưa thành niên có nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con *từ ngày bản án, quyết định ly hôn của Tòa án có hiệu lực pháp luật*.

Những người theo quan điểm này cho rằng, cấp dưỡng nuôi con chưa thành niên sau khi ly hôn là hệ quả tất yếu từ việc chấm dứt hôn nhân của vợ chồng. Theo đó, khoản 1 Điều 57 Luật HN và GĐ 2014 đã quy định: “*quan hệ hôn nhân chấm dứt kể từ ngày bản án, quyết định ly hôn của Tòa án có hiệu lực pháp luật*”. Vì vậy, khác với việc cấp dưỡng nuôi con trong thời kỳ hôn nhân, sự kiện pháp lý làm phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con chưa thành niên của cha (mẹ) trong trường hợp này là việc hôn nhân chấm dứt bằng một bản án hoặc quyết định có hiệu lực của Tòa án. Nếu như sự kiện này đã làm phát sinh quan hệ cấp dưỡng thì đó phải là mốc thời gian bắt đầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con.

<sup>3</sup> Phạm Thái Quý, *Trao đổi về việc xác định cha mẹ cho con và cấp dưỡng nuôi con*, [http://toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet?p\\_page\\_id=1754190&p\\_cateid=1751909&article\\_details=1&item\\_id=2353752](http://toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet?p_page_id=1754190&p_cateid=1751909&article_details=1&item_id=2353752), truy cập ngày 31/8/2016.

Chính vì vậy, trong thực tiễn xét xử, quan điểm này được chấp nhận rộng rãi. Phần lớn các bản án, quyết định ly hôn của Tòa án đều tuyên về thời gian cấp dưỡng nuôi con *từ khi bản án, quyết định sơ thẩm có hiệu lực pháp luật cho đến khi con chung đủ 18 tuổi*. Giải pháp này đồng thời bảo vệ lợi ích hợp pháp của con chưa thành niên và của người không trực tiếp nuôi con sau khi ly hôn.

Tuy nhiên, trên thực tế, kể từ ngày Tòa án ban hành bản án, quyết định sơ thẩm (ngày tuyên án) đến ngày có hiệu lực pháp luật có thể là một khoảng thời gian rất dài. Trong trường hợp bản án, quyết định sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị liên quan đến vấn đề ly hôn và con chung thì phải đợi kết quả xét xử phúc thẩm. Và nếu kết quả xét xử phúc thẩm là việc Tòa án cấp trên hủy bản án sơ thẩm để giải quyết lại vụ án thì khoảng thời gian này còn kéo dài hơn nữa. Do đó, sẽ có trường hợp khi bản án, quyết định sơ thẩm có hiệu lực pháp luật thì con chung cũng đã thành niên.

Mặt khác, một vấn đề pháp lý phát sinh ở giai đoạn thi hành án khi xác định thời điểm bắt đầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng từ khi bản án, quyết định ly hôn của Tòa án có hiệu lực pháp luật đó là, tại khoản 2 Điều 2 của Luật Thi hành án dân sự 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) quy định: *những bản án, quyết định về cấp dưỡng của Tòa án cấp sơ thẩm được thi hành ngay, mặc dù có thể bị kháng cáo, kháng nghị*. Nghĩa là, khi bản án sơ thẩm chưa có hiệu lực thì đương sự đã có quyền yêu cầu thi hành phần bản án về cấp dưỡng. Nhưng trong chính bản án đó, quyết định thi hành án là buộc người có nghĩa vụ cấp dưỡng bắt đầu cấp dưỡng từ khi bản án sơ thẩm có hiệu lực pháp luật. Do đó, quy định ở trên không có ý nghĩa.

Cũng ở khía cạnh thi hành án, quan điểm này có một nghịch lý: Giả sử anh A là người trực tiếp nuôi con từ trước khi Tòa án xét xử, nhưng sau khi xét xử thì Tòa án buộc anh giao lại con cho chị B. Vậy về cơ bản, anh A được quyền nuôi con cho đến ngày thi hành án (nghĩa là sau khi bản án có hiệu lực một thời gian và có quyết định thi hành). Nhưng về cấp dưỡng thì anh phải cấp dưỡng từ ngày bản án có hiệu lực pháp luật. Như vậy, có một khoảng thời gian anh A phải vừa trực tiếp nuôi con, vừa phải nộp khoản tiền cấp dưỡng cho chị B. Đây là một điểm bất hợp lý.

*Quan điểm thứ ba:* Thời điểm bắt đầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con chưa thành niên là *ngày ban hành bản án, quyết định ly hôn sơ thẩm (ngày tuyên án)*.

Trong thực tiễn giải quyết các vụ việc hôn nhân và gia đình, giải pháp này được một số Thẩm phán áp dụng vì cho rằng, nghĩa vụ cấp dưỡng là một dạng nghĩa vụ đặc biệt so với các nghĩa vụ dân sự khác; gắn liền với nhân thân, mang ý nghĩa đạo đức và ý nghĩa pháp lý trong việc bảo vệ quyền trẻ em. Mặc dù theo chế độ hai cấp xét xử của Việt Nam thì bản án, quyết định ly hôn của cấp sơ thẩm có thể bị kháng cáo, kháng nghị, nhưng cấp dưỡng về bản chất là để duy trì cuộc sống thường ngày và thiết yếu của con chưa thành niên. Mốc thời gian “ngày tuyên án” cho thấy lúc này tình cảm vợ chồng đã thật sự rạn nứt, các tài sản chung đã được phân chia dù chưa có hiệu lực thi hành. Do đó, việc cấp dưỡng cần thiết phải bắt đầu từ thời điểm này. Mặt khác, cấp dưỡng nuôi con chưa thành niên từ ngày tuyên án sơ thẩm cũng phù hợp với quy định tại khoản 2 Điều 2 của Luật Thi hành án dân sự 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014): *Những bản án, quyết định về cấp*

*đường của Tòa án cấp sơ thẩm được thi hành ngay, mặc dù có thể bị kháng cáo, kháng nghị như đã nêu ở phần trên.*

Thực tế hiện nay, một bản án, quyết định sơ thẩm có thể bị kháng cáo, kháng nghị nhiều lần theo thủ tục phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm; có thể bị hủy nhiều lần để giải quyết lại do có vi phạm thủ tục tố tụng.

Ví dụ: Vụ án ly hôn giữa anh Đặng Thành Trung và chị Lê Thị Thu Hà được Tòa án nhân dân huyện Củ Chi, Tp. Hồ Chí Minh giải quyết từ tháng 9/2002. Qua nhiều lần, nhiều cấp xét xử nhưng vấn đề con chung và cấp dưỡng nuôi con vẫn chưa được giải quyết. Đến ngày 16/7/2004, anh Trung và chị Hà đã tự nguyện thỏa thuận về vấn đề con chung, nhưng Quyết định công nhận sự thỏa thuận của Tòa án lại có vi phạm nên bị Chánh án Tòa án nhân dân tối cao kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm. Sau khi cấp sơ thẩm, phúc thẩm giải quyết lại, đến ngày 16/7/2009 Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao lại một lần nữa hủy cả hai bản án sơ thẩm, phúc thẩm này<sup>4</sup>.

Như vậy, việc nuôi con và cấp dưỡng nuôi con chung trong trường hợp trên dù được giải quyết lần đầu vào năm 2002, nhưng đến năm 2009 vẫn chưa có hiệu lực pháp luật. Trong khoảng thời gian này, quyết định về ly hôn đã có hiệu lực pháp luật vì không bị kháng cáo, kháng nghị. Cụ thể là anh Trung đã kết hôn với người khác. Nhưng chị Hà là người trực tiếp nuôi dưỡng con chung đã không nhận được tiền cấp dưỡng nuôi con từ phía anh Trung.

Với những trường hợp như thế này, việc cấp dưỡng tính từ ngày tuyên án là hợp lý. Tuy nhiên, việc tính thời điểm bắt đầu cấp dưỡng nuôi con như vậy trong một số trường hợp lại gây thiệt thòi cho người có nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con theo nội dung của bản án. Ví dụ, anh Y là người trực tiếp nuôi con từ trước khi xét xử. Bản án sơ thẩm quyết định giao con cho chị X và anh Y có nghĩa vụ cấp dưỡng tính từ ngày tuyên án. Không đồng ý với quyết định của cấp sơ thẩm nên anh Y kháng cáo về phần con chung và cấp dưỡng nuôi con. Cấp phúc thẩm đã giữ nguyên bản án sơ thẩm. Như vậy, có sự mâu thuẫn là trong khi anh Y vẫn trực tiếp nuôi dưỡng con chung cho đến ngày có kết quả xét xử phúc thẩm, nhưng khi thi hành bản án thì anh phải cấp dưỡng nuôi con tính từ ngày tuyên án sơ thẩm. Nghĩa là có một khoảng thời gian anh Y vừa trực tiếp nuôi con chung vừa phải giao tiền cấp dưỡng cho chị X theo quyết định của bản án.

### 3. Một số đề xuất

Pháp luật Việt Nam hiện còn bỏ ngỏ vấn đề thời điểm bắt đầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nói chung và cấp dưỡng nuôi con chưa thành niên sau khi ly hôn nói riêng. Để đảm bảo tính khả thi, bản án, quyết định ly hôn của Tòa án phải nêu rõ thời điểm bắt đầu và kết thúc việc cấp dưỡng nuôi con. Nhưng vì chưa có hướng dẫn cụ thể, thực tiễn xét xử đã ghi nhận nhiều cách giải quyết khác nhau.

Có thể dẫn ra nhận định trong Quyết định giám đốc thẩm số 15/2009/DS-GĐT ngày 16/7/2009 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về vụ tranh chấp nuôi con giữa anh Đặng Thành Trung và chị Lê Thị Thu Hà ở trên: “Năm 2002 anh Trung và chị Hà ly hôn, Tòa án giao con cho anh Trung nuôi dưỡng, nhưng anh

<sup>4</sup> Học viện Tòa án, *Kỹ năng xét xử giải quyết vụ án hành chính, vụ việc kinh doanh thương mại, lao động và hôn nhân gia đình (tài liệu dùng cho Hội thẩm nhân dân)*, Nxb. Công an nhân dân, 2015, tr.411 - 417.

*Trung chỉ nuôi dưỡng một thời gian ngắn rồi trả cháu Trường về để chị Hà nuôi, còn anh Trung thì kết hôn với người khác. Lẽ ra, khi giải quyết lại vụ án thì Tòa án phải buộc anh Trung cấp dưỡng nuôi con chung từ khi anh Trung giao cháu Trường cho chị Hà nuôi dưỡng hoặc từ tháng 8/2004 theo thỏa thuận tại Biên bản hòa giải thành ngày 16/7/2004 mới đúng. Tòa án cấp sơ thẩm chỉ buộc anh Trung cấp dưỡng nuôi con chung từ tháng 02/2006 (ngày xét xử và tuyên án sơ thẩm lần sau cùng 14/02/2006) là không đúng, làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của chị Hà và cháu Trường”.*

Chúng tôi đồng tình với nhận định của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao trong trường hợp này. Bởi lẽ, các mốc thời gian từ ngày tuyên án hay từ ngày án sơ thẩm có hiệu lực pháp luật về cơ bản không bao quát được “thời điểm phát sinh nghĩa vụ cấp dưỡng của cha (mẹ) đối với con”. Thực tiễn xét xử vận dụng hai mốc thời gian này để buộc người có nghĩa vụ bắt đầu cấp dưỡng nuôi con sau khi ly hôn đều không chính xác.

Theo quan điểm của chúng tôi, thời điểm bắt đầu thực hiện cấp dưỡng nuôi con chưa thành niên sau khi ly hôn phải linh hoạt theo từng vụ việc cụ thể. Tòa án cần xác định được thời gian một bên vợ chồng không còn trực tiếp nuôi dưỡng con chung. Thời điểm đó chính là thời điểm bắt đầu thực hiện nghĩa vụ cấp dưỡng nuôi con. Như vậy, trước hết vẫn cần tôn trọng sự thỏa thuận và quyền tự định đoạt của đương sự; nếu có tranh chấp mới đưa ra xét xử và phân định hai trường hợp sau để giải quyết:

- *Một là*, trường hợp một bên vợ chồng không trực tiếp nuôi con từ trước ngày xét xử sơ thẩm và sau khi xét xử Tòa án vẫn tiếp tục không giao con cho họ, thì đây là

người có nghĩa vụ cấp dưỡng. Tòa án xác minh thời điểm gần nhất người đó không còn sống chung với con hoặc sống chung nhưng vi phạm nghĩa vụ nuôi dưỡng con để buộc họ bắt đầu thực hiện cấp dưỡng tính từ thời điểm đó. Nghĩa vụ chứng minh thuộc về người đang trực tiếp nuôi con. Nếu không có căn cứ để xác định thì lấy ngày xét xử sơ thẩm (vì đây là mốc thời gian rõ ràng nhất cho biết con chung đang và sẽ tiếp tục sống cùng ai).

- *Hai là*, trường hợp một bên vợ chồng đang trực tiếp nuôi con từ trước ngày xét xử sơ thẩm nhưng sau khi xét xử Tòa án quyết định không giao con cho họ, thì người này có nghĩa vụ cấp dưỡng. Thời điểm bắt đầu cấp dưỡng được tính kể từ ngày giao con trở lại cho bên kia trực tiếp nuôi dưỡng (thường cũng là thời điểm thi hành án). Nghĩa vụ cấp dưỡng ở giai đoạn trước ngày xét xử sơ thẩm được xem xét nếu đương sự có yêu cầu.

Trường hợp Tòa án cấp phúc thẩm sửa án sơ thẩm và quyết định người trực tiếp nuôi con theo hướng ngược lại thì vẫn áp dụng nguyên tắc trên để xác định thời điểm bắt đầu cấp dưỡng nuôi con. Nếu bản án, quyết định đã được thi hành một phần theo quy định tại khoản 2 Điều 2 Luật Thi hành án dân sự 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) thì áp dụng các quy định chung của Luật để giải quyết.

Như vậy, giải pháp này không cần tính tới thời gian bản án, quyết định ly hôn của Tòa án có hiệu lực pháp luật. Việc Tòa án các cấp phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm hủy, sửa bản án sơ thẩm cũng không làm ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đối với vấn đề cấp dưỡng nuôi con sau khi ly hôn. Đồng thời, cách xác định này cũng cho thấy tính khả thi và phù hợp với tinh thần của Luật HN và GD 2014.

# QUYỀN TỰ DO THÀNH LẬP DOANH NGHIỆP THEO HIẾN PHÁP

*Nguyễn Như Phát\**

**Tóm tắt:** Sau khi Hiến pháp mới (2013) được ban hành, một hệ thống pháp luật đã được hình thành để triển khai thi hành. Tuy nhiên, hệ thống pháp luật này đã phản ánh và thể hiện đúng tinh thần và lời văn của Hiến pháp hay không lại là vấn đề cần bàn đến. Bài viết đề cập đến khía cạnh quyền tự do thành lập doanh nghiệp theo tinh thần của Hiến pháp.

**Abstract:** After the promulgation of the Constitution of 2013, a system of laws and regulations has been established to implement the Constitution. However, it is in need of discussing whether such system has reflected well the spirit and text of the Constitution. This article addresses the aspect of freedom to business establishment under the spirit of the Constitution.

## 1. Tự do kinh doanh - tiếp cận từ quyền con người

Điều 33 Hiến pháp 2013 quy định: "Mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm".

Theo đó, việc ghi nhận và đảm bảo thực thi các quyền con người, trong đó có quyền tự do kinh doanh thuộc trách nhiệm/nghĩa vụ của nhà nước. Vì vậy, xuất phát từ tính tối cao của Hiến pháp trong hệ thống pháp luật, quyền này mặc nhiên phải trở thành thực tiễn xã hội, không phụ thuộc vào ý chí hay mong muốn của bộ máy nhà nước và cũng không vì sự thiếu hay còn yếu của các đạo luật về quyền tự do kinh doanh.

Trên tinh thần đó, Nhà nước trong kinh tế thị trường không phải là một tác nhân lãnh đạo hay thống trị. Những thủ tục và biện pháp mang tính quản trị quốc gia, quản trị nền kinh tế không phải là sự ban ơn hay cấp phát từ phía nhà nước. Trong nhà nước

pháp quyền, quyền lực nhà nước bị giới hạn và khi đó, Nhà nước xuất hiện trong kinh tế thị trường như một tác nhân kiến tạo phát triển, không cai trị thị trường và doanh nghiệp mà tạo cơ hội và khuyến khích các nhà đầu tư tham gia thị trường, bảo hộ quyền tự do kinh doanh theo nguyên tắc cạnh tranh, dân chủ, minh bạch và an toàn pháp lý. Các doanh nghiệp cũng thông qua đó mà tự chủ, tự do, tự chịu trách nhiệm về các hoạt động kinh doanh của mình.

Bên cạnh đó, với tính cách là quyền cơ bản trong một trật tự văn minh, quyền tự do kinh doanh cũng được thực hiện theo những thang bậc và trình tự, thủ tục nhất định. Theo đó, quyền tự do kinh doanh thông qua đăng ký doanh nghiệp và các hoạt động kinh doanh được thực hiện trong khuôn khổ của một trật tự chung, đảm bảo an toàn trong kinh doanh và không xâm phạm các lợi ích xã hội khác.

Trong kinh tế thị trường, nhà nước cùng với bộ máy công vụ của mình phải hỗ trợ và giúp đỡ doanh nghiệp và nhà đầu tư để kinh

---

\* PGS,TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

tế phát triển, tạo việc làm và nguồn thu cho xã hội và cho chính ngân sách nhà nước... Tuy nhiên, sẽ không thực hiện được, nếu nhà nước và hệ thống công vụ thiếu đi cái chất nhân quyền, thiếu đi chính danh của dân chủ đại diện, thiếu đi trật tự và thủ tục công vụ của nhà nước pháp quyền, và tham nhũng xuất phát từ hệ thống.

## **2. Pháp luật doanh nghiệp và quyền tự do kinh doanh**

Quyền tự do kinh doanh, hiểu theo nghĩa rộng, là toàn bộ hệ thống các quyền của doanh nghiệp, nhà đầu tư. Theo nghĩa đó, các quyền thuộc nội hàm tự do kinh doanh, với mức độ khác nhau, sẽ là đối tượng điều chỉnh của hầu hết các văn bản pháp luật liên quan đến quản lý kinh tế và thậm chí, cả Bộ luật Hình sự. Việc liệt kê các văn bản pháp luật để đánh giá thực trạng pháp luật đảm bảo quyền tự do kinh doanh phải được tiếp cận rộng, không chỉ bao gồm các văn bản pháp luật kinh tế, thương mại. Tuy vậy, Luật Doanh nghiệp và những văn bản hướng dẫn thi hành cũng như những văn bản thuộc lĩnh vực kinh doanh, thương mại vẫn là những đạo luật trọng tâm của việc thể chế hóa Hiến pháp về kinh tế.

Cốt lõi của tự do kinh doanh là những quy định pháp luật về doanh nghiệp, mà ở Việt Nam, xuất phát từ những điều kiện lịch sử lập pháp, là một chế định song hành với pháp luật thương mại.

Xét về hệ thống văn bản pháp luật, thì pháp luật doanh nghiệp là một hệ thống thống nhất, được áp dụng theo nguyên tắc luật chung - luật chuyên ngành, với Luật Doanh nghiệp là luật gốc, luật chung. Để có một hệ thống quy phạm pháp luật như vậy, vấn đề đặt ra là phải thống nhất về tư tưởng và chính sách pháp luật về tự do kinh

doanh. Thực tiễn trong thời gian qua, quy trình làm luật của nước ta (đặc biệt là khâu phân tích chính sách và thẩm định) đã không tạo ra sự thống nhất của các văn bản luật và dưới luật liên quan đến doanh nghiệp. Điều này đã gây nhiều khó khăn trong quản lý kinh tế, đặc biệt là cản trở quyền tự do thành lập doanh nghiệp của các nhà đầu tư vốn tự do, bình đẳng và cạnh tranh lành mạnh trong kinh tế thị trường. Cụ thể:

- Vẫn còn sự phân biệt đối xử giữa nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài, trong khi, "đối xử quốc gia" là một trong những nguyên tắc quan trọng mà Việt Nam đã cam kết trong hội nhập kinh tế quốc tế.

- Vẫn còn những trình tự khác biệt và gây rắc rối giữa doanh nghiệp có dự án đầu tư (theo Luật Đầu tư) và doanh nghiệp không có dự án đầu tư, giữa doanh nghiệp nhà nước và doanh nghiệp ngoài nhà nước... Đó là chưa kể có cần thiết phải tồn tại Luật Đầu tư bên cạnh Luật Doanh nghiệp?

- Tạo sự cát cứ, không thống nhất trong quy trình đăng ký thành lập doanh nghiệp mà về nguyên tắc, tự do là khái niệm có nội hàm thống nhất. Trên thực tế, những doanh nghiệp thuộc những ngành nghề khác nhau sẽ ra đời với tinh thần tự do và quy trình không giống nhau.

- Tự do khởi nghiệp bao hàm cả tự do lựa chọn hình thức pháp lý kinh doanh (hình thức doanh nghiệp). Tuy nhiên, mặc dù đã có những tiến bộ nhất định nhưng sự thừa nhận và đi đến bảo hộ pháp lý đối với sự đa dạng của các hình thức pháp lý kinh doanh là chưa đầy đủ. Mỗi loại hình doanh nghiệp đều có những đặc điểm kinh tế, pháp lý và rủi ro kinh doanh không giống nhau, có khi đối lập nhau. Vì vậy, từ thực tiễn, phản ánh nhu cầu của thực tiễn, của bài toán kinh doanh, pháp luật doanh nghiệp cần thừa

nhận và bảo hộ rộng rãi hơn nữa một số hình thức pháp lý kinh doanh để có nhiều sự lựa chọn cho các nhà đầu tư.

Ngoài ra, Luật Doanh nghiệp 2014 không yêu cầu doanh nghiệp phải tiến hành đăng ký kinh doanh, xác định các ngành nghề kinh doanh trên giấy đăng ký và kinh doanh trong phạm vi các ngành nghề đã đăng ký, và Điều 7 của Luật Thương mại cũng có quy định: "... Trường hợp chưa đăng ký kinh doanh, thương nhân vẫn phải chịu trách nhiệm về mọi hoạt động của mình theo quy định của Luật này và quy định khác của pháp luật". Như vậy, có thể thấy, pháp luật chấp nhận hiện tượng "thương nhân thực tế" (không/chưa có đăng ký kinh doanh). Tuy nhiên, vấn đề vẫn còn bỏ ngỏ. Cần làm rõ, đây mới chỉ nói đến việc thiếu đăng ký kinh doanh đối với những loại hình doanh nghiệp đã được pháp luật thừa nhận và bảo hộ; vẫn còn một khoảng trống pháp luật chưa dự liệu. Thực tiễn cho thấy, sáng kiến của các nhà đầu tư, của doanh nghiệp đã là tiền đề để pháp luật doanh nghiệp phát triển. Trong bối cảnh như vậy, sự nhìn nhận và đánh giá những hiện tượng thực tiễn đó cũng cần minh bạch.

### **3. Bản chất pháp lý của đăng ký doanh nghiệp**

Đăng ký doanh nghiệp là một hành vi pháp lý, do các nhà đầu tư chủ động thực hiện. Theo đó, nhà đầu tư công khai hóa trên thương trường sự xuất hiện của mình và thông qua đó, họ được nhà nước và pháp luật bảo hộ và đảm bảo an toàn pháp lý về những hoạt động kinh doanh được công khai hóa.

Đăng ký doanh nghiệp là một loại dịch vụ công, được thực hiện bởi một thiết chế do pháp luật quy định. Theo đó, cơ quan đăng ký kinh doanh không phải là cơ quan

cấp phép hay ban hành một quyết định hành chính theo nghĩa truyền thống của hành chính cai trị. Vì thế, cơ quan này không phải là cơ quan cấp trên của doanh nghiệp/người đăng ký kinh doanh. Cơ quan đăng ký kinh doanh cũng không phải là cơ quan giám sát doanh nghiệp mà lâu nay, dưới khẩu hiệu "tiền đăng, hậu kiểm" người ta đã gán cho cơ quan đăng ký kinh doanh trách nhiệm thanh tra, kiểm tra (hậu kiểm) để đến khi bắt lỗi, thì đổ tội cho các "giấy phép con".

Quan hệ trong quá trình này là quan hệ được pháp luật điều chỉnh nên các bên có quyền và nghĩa vụ theo pháp luật quy định. Từ đó, tranh chấp phát sinh trong quá trình đăng ký kinh doanh cũng là một dạng tranh chấp pháp lý.

Một vấn đề cần bàn thêm là, lâu nay, pháp luật cũng như thực tiễn vẫn có sự thiếu rành mạch về "điều kiện kinh doanh" và "kinh doanh có điều kiện". Cách đặt vấn đề như thế xuất phát từ cách "nhất thể hóa" thủ tục đăng ký thành lập doanh nghiệp với yêu cầu đáp ứng các điều kiện kinh tế, kỹ thuật, nghiệp vụ... khi doanh nghiệp triển khai hoạt động kinh doanh trên thực tế, do chúng đều được thẩm định bởi cơ quan đăng ký kinh doanh, kể cả khi doanh nghiệp chưa hoạt động. Vấn đề này nếu không được làm rõ sẽ xuất hiện nguy cơ làm suy giảm vai trò của các ngành kinh tế - kỹ thuật.

Quyền tự do kinh doanh không phải là loại quyền tuyệt đối. Việc thực thi và đảm bảo thực thi quyền này luôn gắn với những điều kiện nhất định vì mục tiêu an toàn pháp lý, an toàn xã hội và trật tự công cộng. Nói khác đi, nó luôn là đối tượng quan tâm của quyền lực công với điều kiện quyền lực công đó không bị tha hóa. Vì thế, đi tìm lối thoát cho tình trạng các bộ, ngành tạo cơ chế chính sách, quy định những nhiễu doanh

nghiệp, cản trở kinh doanh, tìm cách thâm tóm lợi ích cục bộ ngành hoặc dung túng cho công chức ngành mình ngăn cản tự do kinh doanh trái Hiến pháp và pháp luật... bằng cách cắt xén chức năng quản lý nhà nước của các bộ, ngành, chưa chắc sẽ đem lại hiệu quả của quản lý nhà nước.

#### **4. Những bất cập trong Luật Doanh nghiệp 2014 cần sửa đổi**

Bên cạnh những thành công, Luật Doanh nghiệp 2014 còn một số vấn đề cần khắc phục như sau:

- *Về thành lập doanh nghiệp:*

+ Luật quy định chưa rõ và còn sơ sài về đăng ký kinh doanh có chức năng công khai hóa những thông tin cần thiết về một doanh nghiệp. Cần cụ thể hóa thêm những thông tin cần phải được công khai để xã hội và mọi người quan tâm, đối tác của doanh nghiệp hình dung được về thực trạng pháp lý, kinh tế của doanh nghiệp; tiến tới cung cấp thông tin tự do có thu phí, được thực hiện bởi cơ quan đăng ký kinh doanh.

+ Sửa đổi quy định: Cơ quan đăng ký kinh doanh không được yêu cầu bổ sung hồ sơ theo quy định của Luật, vì không thống nhất với Luật Đầu tư/hoặc phải sửa Luật Đầu tư về vấn đề này.

+ Về hồ sơ đăng ký kinh doanh, cùng với việc bỏ quy định về lý lịch tư pháp, cần có thêm quy định về thông báo thực trạng sở hữu tài sản góp vốn mà theo đó, cần phải đảm bảo sự tự do chuyển dịch của tài sản. Một vấn đề nữa là, trong hồ sơ đăng ký kinh doanh không yêu cầu khai báo tình trạng hôn nhân của người thành lập doanh nghiệp để kiểm soát về chế độ tài sản chung hợp nhất (vợ chồng) khi trở thành tài sản góp vốn đang là vấn đề thực tiễn đang rất nhức nhối hiện nay, đặc biệt đối với các ngân

hàng thực hiện giải chấp (xiết nợ). Bên cạnh đó, còn hiện tượng các cơ quan nhà nước có liên quan đang vô tình xóa đi chế độ tài sản chung của vợ chồng và thay vào đó là chế độ sở hữu chung của hộ gia đình với tính cách là một loại chủ thể kinh doanh, đặc biệt khi liên quan đến quyền sử dụng đất và quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất.

- *Về mối quan hệ giữa Luật Doanh nghiệp và các luật chuyên ngành (Điều 3 Luật Doanh nghiệp)*

+ Làm rõ mối quan hệ giữa Luật Doanh nghiệp với các luật chuyên ngành về thành lập doanh nghiệp trước khi đáp ứng các điều kiện của luật chuyên ngành.

+ Quy định rõ, các doanh nghiệp hoạt động tại Việt Nam đều phải đăng ký thành lập theo Luật Doanh nghiệp trước khi cấp phép hoạt động nếu đáp ứng các điều kiện, không có ngoại lệ.

- *Về cơ quan đăng ký kinh doanh*

+ Cần có quy định cụ thể về địa vị pháp lý của cơ quan đăng ký kinh doanh.

+ Luật Doanh nghiệp, Nghị định số 78/2015/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp cần quy định về tổ chức bộ máy, quyền hạn, cơ sở vật chất của cơ quan đăng ký kinh doanh (là doanh nghiệp đặc thù, là đơn vị sự nghiệp công lập...).

Cần coi cơ quan đăng ký kinh doanh là cơ quan cung cấp dịch vụ đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp với chất lượng dịch vụ tốt nhất, nhanh nhất. Theo đó, cần quy định: (1) Số lượng phòng đăng ký kinh doanh/số lượng doanh nghiệp; (2) Lệ phí đăng ký doanh nghiệp đủ bù đắp hoạt động của cơ quan đăng ký kinh doanh; (3) Chức danh “Lục sự đăng ký kinh doanh” tương tự như công chứng viên, thừa phát lại có quyền

ký và xác nhận các yêu cầu đăng ký kinh doanh của doanh nghiệp.

*- Về Công ty hợp danh*

Ngoài việc quy định còn khá sơ sài về chế độ trách nhiệm (liên đới) của thành viên hợp danh thì Luật Doanh nghiệp hiện hành (và trước đó) đều ghi nhận "Công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp" (Điều 172), và thành viên công ty phải chuyển quyền sở hữu tài sản vào công ty.

Thiết nghĩ, "pháp nhân" hay "thể nhân" là những khái niệm gốc của khoa học pháp lý dân sự và được quy định trong Bộ luật Dân sự. Như vậy, việc xác định tư cách chủ thể của loại doanh nghiệp cụ thể phải căn cứ vào Bộ luật Dân sự về "pháp nhân".

Nếu căn cứ vào quy định tại Điều 74 và Điều 75 của Bộ luật Dân sự và điểm b, khoản 1 Điều 172 Luật Doanh nghiệp:

"Thành viên hợp danh phải là cá nhân, chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản **của mình** về các nghĩa vụ của công ty" thì có sự mâu thuẫn của mô hình pháp lý về pháp nhân giữa hai văn bản. Ngoài ra, một vấn đề không lô gíc nữa là: khi thành viên hợp danh chuyển quyền sở hữu tài sản của mình vào công ty, thì tài sản **của mình** là tài sản nào? Chắc chắn không phải là tài sản đưa vào doanh nghiệp, vì lúc đó, (theo quy định) công ty hợp danh là chủ sở hữu tài sản độc lập, tách bạch; và khi cho rằng công ty hợp danh là pháp nhân thì tại sao thành viên hợp danh lại phải chịu trách nhiệm thay công ty bằng toàn bộ tài sản của mình?

Như vậy, để đảm bảo tính thống nhất nội tại của hệ thống pháp luật thì cần phải khắc phục và sửa Điều 172 này của Luật Doanh nghiệp.

---

*(Tiếp theo trang 8 - Xử lý chuyển hướng đối ...)*

không phù hợp, vì xét về bản chất cũng như nội dung thì giáo dục tại trường giáo dưỡng là biện pháp cách ly người dưới 18 tuổi phạm tội ra khỏi môi trường sống bình thường của họ. Nếu so sánh về mức độ nghiêm khắc, giáo dục tại trường giáo dưỡng ít nghiêm khắc hơn hình phạt tù có thời hạn nhưng lại nghiêm khắc hơn so với các hình phạt không tước tự do khác như cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ.

Do đó, theo quan điểm của tác giả, khi đã truy cứu TNHS và cần buộc người dưới 18 tuổi phạm tội phải chịu TNHS về hành vi đã thực hiện của mình (không đủ điều kiện để miễn TNHS) thì Tòa án nên ưu tiên áp dụng các hình phạt chính không tước tự do là cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ trước khi xem xét đến việc áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng và hình phạt tù có thời hạn.

# HOÀ GIẢI THƯƠNG MẠI - TRIỂN VỌNG VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ XÂY DỰNG PHÁP LUẬT TẠI VIỆT NAM

*Lê Hương Giang\**

**Tóm tắt:** Bài viết chỉ ra những triển vọng cho sự phát triển phương thức giải quyết tranh chấp thương mại bằng hoà giải độc lập (hoà giải thương mại) tại Việt Nam; qua đó đề xuất một số kiến nghị cho các nhà lập pháp trong quá trình xây dựng Nghị định về hoà giải thương mại.

**Abstract:** This article points out the prospect of commercial mediation as a model of dispute settlement in Vietnam. It then makes proposals for legislators in the process of building up a Decree on commercial mediation.

## 1. Bối cảnh

Giải quyết tranh chấp thương mại ngoài Tòa án, hay còn gọi là giải quyết tranh chấp lựa chọn (alternative dispute resolution-ADR) là một xu hướng phát triển trên thế giới và khu vực. Việt Nam đang trong quá trình hội nhập quốc tế sâu rộng cũng không nằm ngoài xu hướng đó, với việc ban hành Luật Trọng tài thương mại 2010 (trước đó là Pháp lệnh Trọng tài 2003) và đang dự thảo Nghị định về hoà giải thương mại với mục đích hoàn thiện khung pháp lý về giải quyết tranh chấp thương mại ngoài Tòa án. Trên thực tế, hệ thống Tòa án đang có nguy cơ bị quá tải trước những vụ tranh chấp thương mại ngày một nhiều. Số lượng vụ việc tranh chấp được giải quyết tại trọng tài cũng chỉ chiếm 1% tổng số tranh chấp thương mại hàng năm<sup>1</sup>. Điều đó cũng cho thấy, mặc dù có nhiều ưu điểm hơn Tòa án, trọng tài thương mại vẫn chưa phải một phương thức phù hợp với số đông các doanh nghiệp Việt Nam (chủ yếu quy mô vừa và nhỏ). Do đó,

việc tiếp tục phát triển phương thức giải quyết tranh chấp hoà giải thương mại giúp tăng thêm lựa chọn cho các thương nhân và là một giải pháp để giảm tải cho hệ thống Tòa án.

Phương thức hoà giải thương mại ở Việt Nam lần đầu tiên được ghi nhận tại Luật Thương mại năm 1997. Luật Thương mại năm 2005 được ban hành thay thế Luật Thương mại năm 1997 tiếp tục ghi nhận: “Hoà giải giữa các bên do một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân được các bên thỏa thuận chọn làm trung gian hoà giải” (Điều 317). Tuy nhiên, có thể thấy, cơ sở pháp lý cho hoà giải thương mại vẫn chưa thực sự rõ ràng.

Hoà giải thương mại được hiểu là một phương thức giải quyết tranh chấp độc lập (không phải một bước trong quá trình tố tụng tại Tòa án hay Trọng tài) trong lĩnh vực kinh doanh thương mại, theo đó tranh chấp sẽ được giải quyết bởi một bên thứ ba trung lập (hoà giải viên), trợ giúp các bên dàn xếp tranh chấp của mình. Hoà giải thương mại là phương thức giải quyết tranh chấp không mang tính xét xử, không phải một quy trình tố tụng. Hay nói cách khác, hoà giải thương mại là phương thức giải

---

\* ThS., Khoa Pháp luật Kinh tế, Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> Số liệu của Ban soạn thảo Báo cáo Định hướng xây dựng Nghị định về hoà giải thương mại (tháng 10/2014).

quyết tranh chấp lựa chọn mang tính mềm dẻo, do một bên thứ ba đóng vai trò trợ giúp, tư vấn, điều hoà quyền và lợi ích cho các bên nhằm giải quyết mâu thuẫn một cách hiệu quả và nhanh chóng nhất. Hoà giải thương mại được tiến hành dựa trên năm triết lý cơ bản: Tính bảo mật (confidentiality), tính tự nguyện (voluntariness), tính tự quyết (empowerment), tính trung lập (neutrality) và đưa ra một giải pháp duy nhất (unique solution)<sup>2</sup>.

Cho tới thời điểm này, dù chưa có một số liệu chính xác về mức độ sử dụng phương thức hoà giải thương mại tại Việt Nam, nhưng có thể khẳng định đây là một loại dịch vụ rất mới mẻ. Khi pháp luật chưa xác định được địa vị pháp lý của chủ thể hoà giải và các bên tranh chấp, chưa công nhận giá trị pháp lý kết quả hoà giải thành thì việc sử dụng phương thức hoà giải thương mại vẫn chưa phải là sự lựa chọn hợp lý. Thay vì ưu điểm về sự mềm dẻo và tiết kiệm khi giải quyết tranh chấp, các bên sẽ có nguy cơ mất thêm chi phí, thời gian do yếu tố rủi ro về mặt pháp lý trong quá trình hoà giải. Như vậy, các bên có khả năng vừa không giải quyết được mâu thuẫn, lại tiếp tục nảy sinh những mâu thuẫn mới, thậm chí với bên thứ ba giải quyết tranh chấp.

Hoà giải là phương thức đang được sử dụng ngày một phổ biến tại các quốc gia trên thế giới. Pháp luật quốc tế cũng xây dựng nhiều văn bản quy định về vấn đề này: Luật mẫu về hoà giải thương mại quốc tế của Ủy ban pháp luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (2002)<sup>3</sup>; Quy tắc hoà giải của Ủy ban pháp luật thương mại quốc tế

của Liên hợp quốc<sup>4</sup>; Quy tắc mở thủ tục hoà giải tại Trung tâm quốc tế về giải quyết tranh chấp đầu tư (ICSID)<sup>5</sup>... Bên cạnh đó, các quốc gia trên thế giới cũng có các quy định riêng về hoà giải thương mại. Nội dung các quy phạm và mức độ can thiệp từ phía Nhà nước phụ thuộc vào điều kiện, văn hoá, xã hội của mỗi quốc gia. Các quốc gia phát triển đều có văn bản pháp luật quy định về hoà giải như Luật Hoà giải Mỹ (2003)<sup>6</sup>, Luật Hoà giải Đức (2012)<sup>7</sup>, Pháp ban hành Sắc lệnh 2011-1540 chuyển hoá Chỉ thị 2008/52/EC của Nghị viện châu Âu và Hội đồng châu Âu về một số khía cạnh hoà giải trong lĩnh vực dân sự thương mại<sup>8</sup>. Hiện nay, ở Việt Nam, dự án xây dựng Nghị định về hoà giải thương mại được Chính phủ giao cho Bộ Tư pháp chủ trì soạn thảo đang được triển khai, dự kiến sẽ sớm ban hành trong thời gian tới.

## 2. Cơ hội và thách thức cho sự phát triển hoà giải thương mại tại Việt Nam trong bối cảnh hiện nay

Việc phát triển hoà giải thương mại ở Việt Nam hiện nay được dự đoán là khá triển vọng với những cơ hội như sau:

**Một là, nhu cầu của thương nhân về giải quyết tranh chấp lựa chọn ngày càng cao, đặc biệt trong bối cảnh hội nhập quốc tế.**

<sup>2</sup> David Spencer, Micheal Brogan (2006), *Mediation Law and Practice*, Cambridge University Press, tr. 85.

<sup>3</sup> Nguồn: [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf)

<sup>4</sup> Nguồn: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/conc-rules/conc-rules-e.pdf>

<sup>5</sup> Nguồn: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partE.htm>

<sup>6</sup> Nguồn: [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma\\_final\\_03.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf)

<sup>7</sup> Nguồn: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_mediationsg/englisch\\_mediationsg.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_mediationsg/englisch_mediationsg.pdf)

<sup>8</sup> Nguồn: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024804839&categorieLien=id>

Mối quan hệ thương mại chủ yếu được thiết lập giữa các thương nhân, các tranh chấp chủ yếu liên quan tới các quan hệ hợp đồng. Các thương nhân luôn mong muốn một phương thức giải quyết tranh chấp linh hoạt hơn các phương thức trong tố tụng, nhưng kết quả vẫn phải đảm bảo giá trị pháp lý. Bên cạnh đó, sau khi giải quyết tranh chấp, thương nhân cũng muốn đạt được một thoả thuận vừa đảm bảo quyền lợi của mình vừa bảo vệ được bí mật, uy tín trong kinh doanh, cũng như gìn giữ mối quan hệ với đối tác. Với những nhu cầu như vậy, phương thức giải quyết tranh chấp tại Tòa án hay Trọng tài khó có thể đáp ứng một cách toàn diện. Tại Tòa án, tiến trình giải quyết tranh chấp phải tuân theo một trình tự cố định và thường có khoảng thời gian kéo dài, thiếu linh hoạt, mềm dẻo. Với phương thức tố tụng tại Trọng tài, tuy có tính mềm dẻo, đề cao sự thoả thuận và lựa chọn của các bên hơn Tòa án, nhưng các chủ thể tranh chấp vẫn là các nguyên đơn - bị đơn, phán quyết cuối cùng của trọng tài phải dựa trên các quy định của pháp luật một cách chặt chẽ nên kết quả sẽ có bên thắng kiện và bên thua kiện. Do đó, sau quá trình tố tụng trọng tài, các bên vẫn có thể không giữ được mối quan hệ đối tác tốt đẹp. Không thể phủ nhận những ưu điểm của trọng tài thương mại, tuy nhiên xét về tính thân thiện thì trọng tài chưa phải một giải pháp tốt nhất với các thương nhân.

Trong bối cảnh Việt Nam hiện nay, nên xây dựng và phát triển một phương thức giải quyết tranh chấp ngoài tố tụng mang tính mềm dẻo và thân thiện hơn Trọng tài và Tòa án, mà cụ thể là phương thức hoà giải thương mại. Các giá trị tích cực mà các bên tranh chấp có thể đạt được ở hoà giải thương mại là: (i) *Môi trường thân thiện*; các bên không phải chủ thể của một vụ

kiện, mà được coi là khách hàng của hoà giải viên hoặc tổ chức cung cấp dịch vụ hoà giải; (ii) *Khả năng gìn giữ mối quan hệ đối tác rất cao*; do hoà giải thương mại “*được xem như một phương thức giải quyết trên cơ sở thoả mãn lợi ích các bên (interest-based) - đối lập với các phương thức giải quyết nhằm đảm bảo quyền các bên (rights-based)*”<sup>9</sup>; (iii) *Bảo vệ bí mật và các thông tin trong kinh doanh*; đây là một trong những nguyên tắc cơ bản của giải quyết tranh chấp bằng hoà giải thương mại; (iv) *Kết quả giải quyết tranh chấp được đảm bảo có hiệu lực thi hành* (Tòa án công nhận thoả thuận hoà giải thành theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015). Trong bối cảnh hội nhập kinh tế quốc tế, việc phát triển phương thức hoà giải thương mại sẽ càng mang lại những lợi ích tích cực, như việc tăng tính hấp dẫn của môi trường đầu tư kinh doanh tại Việt Nam bằng cách thức đa dạng hoá các phương thức giải quyết tranh chấp. Hơn nữa, đây cũng là phương thức giúp các thương nhân Việt Nam (thường là yếu thế hơn về kinh nghiệm và kiến thức pháp lý) có thêm cơ hội đàm phán giải quyết các mâu thuẫn trong kinh doanh với các thương nhân nước ngoài mà không phải qua một vụ kiện pháp lý.

***Hai là, thị trường dịch vụ pháp lý tại Việt Nam ngày càng phát triển mạnh.***

Cùng với việc thu hút đầu tư nước ngoài và thúc đẩy sản xuất trong nước, nền kinh tế Việt Nam đang trở nên sôi động hơn bao giờ hết, vì thế thị trường dịch vụ pháp lý cũng cần phát triển để đáp ứng đòi hỏi của xã hội. Các tổ chức cung cấp dịch vụ

<sup>9</sup> Lukasz Rozdeiczer, Alejandro Alvanrez de la Campa (2006), *Alternative dispute resolution manual: Implementing commercial mediation*, World Bank Group.

pháp lý ở Việt Nam xuất hiện ngày càng nhiều, các loại hình dịch vụ cũng ngày càng đa dạng phù hợp với nhu cầu của xã hội. Những cá nhân có trình độ pháp lý được mời làm trung gian hoà giải để trợ giúp các bên tiến hành giải quyết vụ tranh chấp. Dịch vụ hoà giải thương mại cũng là một “ngành nghề” mà Việt Nam đã cam kết mở cửa thị trường dịch vụ khi gia nhập Tổ chức thương mại thế giới (WTO)<sup>10</sup>.

***Ba là, Nhà nước có chính sách khuyến khích các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài Tòa án phát triển.***

Nghị quyết số 48-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 24/5/2005 về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 khẳng định: Nhà nước phải “hoàn thiện pháp luật về giải quyết tranh chấp kinh tế (trọng tài, hoà giải) phù hợp với tập quán thương mại quốc tế”; Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 2/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 cũng nêu rõ chủ trương “khuyến khích việc giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài; Tòa án hỗ trợ bằng quyết định công nhận việc giải quyết đó”.

Tuy nhiên, bên cạnh những cơ hội, việc phát triển hoà giải thương mại ở Việt Nam cũng còn gặp phải một số thách thức, cần được nhận diện để khắc phục:

***Thứ nhất, văn hoá kinh doanh và trình độ pháp lý của xã hội, thương nhân còn hạn chế.***

<sup>10</sup> Theo Biểu cam kết mở cửa thị trường dịch vụ với WTO, Việt Nam đã cam kết: Sau 3 năm kể từ khi gia nhập, không hạn chế hiện diện thương mại tại Việt Nam đối với dịch vụ trọng tài và hoà giải các tranh chấp thương mại giữa các thương nhân.

Có thể nói, môi trường lý tưởng để phát triển hoà giải thương mại là khi văn hoá kinh doanh tạo nền tảng cho các bên cư xử thiện chí, đúng mực và tôn trọng những thoả thuận đã được đặt ra. Kiến thức về pháp luật sẽ giúp các bên tranh chấp hiểu được quyền lợi và trách nhiệm cơ bản của mình, từ đó có những thái độ, cư xử đúng đắn trong quá trình giải quyết tranh chấp. Nếu trong thủ tục giải quyết tranh chấp tại Tòa án hay trọng tài, Thẩm phán và Trọng tài viên với vai trò “xét xử” sẽ tiến hành phân định quyền lợi và trách nhiệm của các bên theo quy định pháp luật, thì hoà giải viên trong hoà giải thương mại đóng vai trò là bên thứ ba trợ giúp các bên tìm được tiếng nói chung, đi đến một kết quả có lợi nhất. Chính vì thế, ba yếu tố bao gồm thái độ (sự cố gắng, nỗ lực giải quyết tranh chấp, sự thiện chí), kiến thức và kỹ năng của tất cả các bên trong quá trình hoà giải thương mại (bên tranh chấp và bên hoà giải) sẽ quyết định tới hiệu quả giải quyết tranh chấp bằng phương thức này. Do đó, hoà giải thương mại sẽ chỉ thực sự mang lại hiệu quả cao khi các bên tranh chấp có sự tương thích về mặt trình độ cũng như văn hoá ứng xử trong kinh doanh, ý thức chấp hành pháp luật.

***Thứ hai, sự thiếu hụt khung pháp lý về hoà giải thương mại ở Việt Nam.***

Một trong những rào cản đối với hoà giải thương mại ở Việt Nam hiện nay là sự thiếu hụt các quy định pháp luật điều chỉnh. Ngoài việc ghi nhận hoà giải thương mại là một phương thức giải quyết tranh chấp thương mại, pháp luật hiện hành chưa có sự ghi nhận rõ ràng về trình tự giải quyết tranh chấp bằng hoà giải thương mại, địa vị pháp lý của chủ thể giải quyết tranh chấp cũng như quyền hạn và trách nhiệm của các bên

trong quá trình giải quyết tranh chấp. Đặc biệt, việc chưa quy định rõ về các nguyên tắc giải quyết tranh chấp cũng đem đến những tranh cãi về hoạt động này, khiến các thương nhân chưa thực sự tin tưởng sử dụng hoà giải thương mại. Ví dụ: Nguyên tắc bí mật - một trong những nguyên tắc nổi bật, quyết định đến sự tin tưởng của các bên đối với hoà giải thương mại, chưa được quy định rõ trong văn bản pháp luật dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau, có khả năng gây nên những rủi ro trong quá trình giải quyết tranh chấp, làm cho các doanh nghiệp còn băn khoăn khi sử dụng hoà giải. Do đó, Nhà nước cần xây dựng và hoàn thiện khung pháp lý về hoà giải thương mại để thúc đẩy phương thức này phát triển.

***Thứ ba, đội ngũ hoà giải viên còn thiếu và yếu.***

Do hoà giải thương mại còn khá mới mẻ ở Việt Nam nên đội ngũ hoà giải viên chuyên nghiệp cũng còn thiếu hụt. Thực tế hiện nay cho thấy, những hoà giải viên tranh chấp thương mại thường là các trọng tài viên, các chuyên gia hoặc các luật sư. Nhà nước chưa có sự thừa nhận các hoà giải viên nên còn thiếu cơ chế để quản lý đối với các chủ thể này. Khách hàng muốn sử dụng dịch vụ hoà giải, cũng thiếu kênh thông tin để tiếp cận và tìm kiếm hoà giải viên đáp ứng đủ yêu cầu của mình. Các hoà giải viên cũng chưa nhận diện được đầy đủ vai trò của mình trong vụ giải quyết tranh chấp bằng hoà giải. Hoà giải viên cần xác định rõ các vai trò của mình bao gồm: Là bên thứ ba trung lập, là chủ thể trợ giúp pháp lý, là bên cung cấp dịch vụ. Dựa trên các vai trò đó, hoà giải viên cần vận dụng các kỹ năng để có thể thuyết phục các bên đi đến một thoả thuận cuối cùng mang tính “win-win” (đôi bên cùng có lợi). Bên cạnh các kỹ

năng, hoà giải viên cũng cần có trình độ chuyên môn tốt, bao gồm trình độ chuyên môn trong lĩnh vực giải quyết tranh chấp và trình độ chuyên môn pháp luật. Khác với vai trò của thẩm phán hay trọng tài viên, hoà giải viên cần đưa ra giải pháp cuối cùng vừa có tính “hợp tình, hợp lý” (giải quyết tranh chấp dựa trên lẽ phải và bảo đảm cân bằng lợi ích của các bên) vừa phải “hợp pháp” (đảm bảo các hành vi, các thoả thuận trong hoạt động hoà giải không trái quy định pháp luật). Ngoài ra, một trong những rào cản lớn đối với việc phát triển hoà giải thương mại tại Việt Nam là khả năng “hội nhập” của các hoà giải viên nước ta còn chưa tốt, đặc biệt là trong các tranh chấp thương mại có yếu tố nước ngoài.

Như vậy, có thể thấy việc phát triển hoà giải thương mại ở Việt Nam có cả những cơ hội thuận lợi và cả những thách thức, khó khăn. Tuy nhiên, triển vọng phát triển hoà giải thương mại ở Việt Nam là khá lớn, xuất phát từ chính đòi hỏi của xã hội cũng như trước sức ép của việc hội nhập kinh tế quốc tế. Nhà nước cần xây dựng chính sách về hoà giải thương mại theo hướng tạo điều kiện để những ưu điểm, thuận lợi của hoà giải thương mại được phát triển cũng như khắc phục những hạn chế, khó khăn như đã phân tích ở trên.

**3. Một số kiến nghị xây dựng pháp luật nhằm phát triển hoà giải thương mại ở Việt Nam trong bối cảnh hiện nay**

***Thứ nhất, Nhà nước cần nhanh chóng ban hành khung pháp lý cho hoà giải thương mại.***

Trong giới nghiên cứu pháp luật cũng có ý kiến trái chiều về việc có thực sự cần thiết ban hành các quy định pháp luật về hoà giải thương mại hay không. Một số quan điểm cho rằng, không cần thiết phải

ban hành một văn bản pháp luật quy định về hoà giải thương mại, mà nên để các bên tự do thoả thuận và lựa chọn người trung gian để giải quyết tranh chấp cho mình, kết quả của hoà giải chỉ là một thoả thuận mới. Ngược lại, quan điểm ủng hộ cho rằng, việc ban hành một văn bản pháp luật về hoà giải thương mại là cần thiết để xây dựng quy chế pháp lý vững chắc cho trình tự thủ tục giải quyết vụ việc, thúc đẩy sự phát triển của hoà giải thương mại, giảm tải gánh nặng cho Tòa án. Tác giả đồng tình với quan điểm thứ hai, xuất phát từ những yếu tố tích cực mà phương thức này mang lại. Trước hết, các quy định pháp luật là cơ sở cần thiết để đảm bảo cho hoạt động hoà giải thương mại được xã hội chấp nhận và tôn trọng. Các quy định pháp luật về nguyên tắc, trình tự, giá trị của kết quả hoà giải sẽ phù hợp với nguyên tắc “thoả thuận” và tính thân thiện của hoà giải thương mại. Ngoài ra, các quy định pháp luật còn là cơ sở để Nhà nước tiến hành hoạt động quản lý, giám sát hoà giải thương mại trong thực tế.

Trong bối cảnh hiện nay, Nghị định về hoà giải thương mại đang được soạn thảo bởi Bộ Tư pháp, cần phải đẩy nhanh tiến độ thông qua dự thảo Nghị định này nhằm đáp ứng nhu cầu trong xã hội. Xa hơn nữa, Việt Nam cũng cần đánh giá thực tiễn để nghiên cứu xây dựng, ban hành Luật về hoà giải thương mại nhằm điều chỉnh một cách đầy đủ, toàn diện nhất quan hệ hoà giải trong lĩnh vực thương mại.

***Thứ hai, về việc xây dựng các quy định pháp luật.***

Việc thành lập các tổ chức hoà giải phải cân bằng giữa yêu cầu quản lý nhà nước nhưng vẫn đảm bảo tính thông thoáng. Dự thảo Nghị định về hoà giải thương mại không nên quy định, Bộ Tư pháp cấp Giấy phép

thành lập Trung tâm hòa giải thương mại, mà cần quy định nghĩa vụ đăng ký hoạt động của trung tâm hoà giải tại Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi Trung tâm hòa giải đặt trụ sở. Bên cạnh đó, dự thảo Nghị định cần quy định về hoạt động của Tổ chức hoà giải thương mại nước ngoài nhằm cụ thể hóa các cam kết của Việt Nam khi gia nhập Tổ chức thương mại thế giới (WTO).

Dự thảo phải quy định về tiêu chuẩn đạo đức của hoà giải viên (Bộ quy tắc ứng xử, đạo đức của hoà giải viên) bên cạnh các quy định trình độ mang tính định lượng. Các quy định tiêu chuẩn trình độ cụ thể của hoà giải viên nên để các tổ chức hoà giải tự xác định hoặc do các bên tranh chấp tự lựa chọn.

Trình tự, thủ tục hoà giải nên quy định mang tính định hướng, không cần quá chi tiết, và để cho các bên tranh chấp và tổ chức hoà giải/hoà giải viên có sự thoả thuận. Tuy nhiên, dự thảo Nghị định cần quan tâm tới điều kiện áp dụng hoà giải thương mại bao gồm hai yếu tố: có thoả thuận (giữa các bên tranh chấp) về việc sử dụng hoà giải thương mại có hiệu lực; có hợp đồng (dịch vụ) hoà giải giữa các bên tranh chấp và bên cung cấp dịch vụ hoà giải (tổ chức hoà giải, hoà giải viên) có hiệu lực.

***Thứ ba, cần ghi nhận giá trị pháp lý của kết quả hoà giải thành.***

Hiện nay, Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 đã có quy định về “thủ tục công nhận kết quả hoà giải thành ngoài Tòa án” tại Chương XXXIII. Nhiều quan điểm cho rằng, Nghị định về hoà giải thương mại không cần thiết phải quy định lại vấn đề này. Theo quan điểm của tác giả, nhằm khuyến khích các bên sử dụng dịch vụ hòa giải thương mại, dự thảo Nghị định vẫn nên quy định về việc Tòa án công nhận thoả thuận hòa giải thành để

*(Xem tiếp trang 45)*

# PHÁP LUẬT VỀ SẢN XUẤT, KINH DOANH THỰC PHẨM CHỨC NĂNG VÀ NHU CẦU BẢO VỆ QUYỀN LỢI NGƯỜI TIÊU DÙNG

*Phạm Văn Hảo\**

**Tóm tắt:** *Thực phẩm chức năng là kết quả nghiên cứu, tổng hợp từ các nguồn thực phẩm trong tự nhiên nhằm mang lại các công dụng cải thiện sức khỏe cho con người. Thời gian gần đây, thị trường sản xuất, kinh doanh thực phẩm chức năng phát triển nhanh chóng, kéo theo nhiều vấn đề phức tạp làm ảnh hưởng đến quyền lợi người tiêu dùng. Trong bài viết này, tác giả đề cập nhu cầu bảo vệ quyền của người tiêu dùng sản phẩm thực phẩm chức năng; những bất cập trong quy định pháp luật về sản xuất, kinh doanh thực phẩm chức năng và hướng hoàn thiện.*

**Abstract:** *Functional foods are a kind of non-traditional foods, developed according to research results and synthesized from natural food sources to improve human health. In recent years, rapid development of functional food market has caused complicated issues influencing consumers' benefits. This article discusses the need of consumer protection with respect to functional foods; shortcomings of laws and regulations on production and trade of these foods. On that basis, it makes proposals to improve those laws and regulations.*

## **1. Thực phẩm chức năng và nhu cầu bảo vệ quyền của người tiêu dùng thực phẩm chức năng\***

### **1.1. Thực phẩm chức năng**

Thực phẩm chức năng (TPCN) được biết đến đầu tiên tại Nhật Bản từ năm 1984 và sau đó phát triển rộng rãi sang các nước Hoa Kỳ, Hàn Quốc, Canada, Đan Mạch, Thụy Sĩ, Trung Quốc... nhằm bổ sung các thành phần có lợi (Vitamin, chất xơ, khoáng chất...) vào thực phẩm thông thường tùy theo mục đích sử dụng. Vào năm 1980, Nhật Bản đã cho phép ghi trên nhãn hiệu hàng hóa thực phẩm sử dụng cho sức khỏe con người chữ viết tắt FOSHU (Foods for specified health use) với ý nghĩa là những loại thực phẩm có tác dụng tốt cho sức khỏe bởi các chất dinh dưỡng truyền thống và các

hoạt chất sinh học có trong nó. Tại Mỹ, TPCN là loại thực phẩm có chứa hoạt chất sinh học có ích cho sức khỏe trên cơ sở các chất dinh dưỡng cơ bản (theo ILSI - The International Life Sciences Institute of North America). Ở Trung Quốc, TPCN được coi là thực phẩm bao gồm các chất dinh dưỡng như thực phẩm bình thường nhưng đặc biệt hơn bởi có các yếu tố khác có tác dụng phòng chống bệnh như là dược liệu<sup>1</sup>. Như vậy, ở mỗi quốc gia, TPCN có tên gọi khác nhau, nhưng chúng đều có chung tính chất là các sản phẩm bổ sung hoặc thay thế các chất dinh dưỡng và những chất có lợi cho sức khỏe, giúp duy trì, tăng cường sức khỏe và phòng ngừa bệnh tật, và

<sup>1</sup> PGS.TS. Dương Thanh Liêm - Chủ biên (2010), Thực phẩm chức năng - Sức khỏe bền vững, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, tr. 9-10.

\* ThS., Trường Cao đẳng sư phạm Trung ương.

đặc biệt các sản phẩm này có sự giao thoa giữa thực phẩm và thuốc, nó vừa có các chất dinh dưỡng như là thực phẩm truyền thống, lại vừa có hoạt chất sinh học có tác dụng phòng trị bệnh như là thuốc. Theo quy định tại khoản 23, Điều 2, Luật An toàn thực phẩm năm 2010, TPCN được định nghĩa là thực phẩm dùng để hỗ trợ chức năng của cơ thể con người, tạo cho cơ thể tình trạng thoải mái, tăng sức đề kháng, giảm bớt nguy cơ mắc bệnh, bao gồm thực phẩm bổ sung, thực phẩm bảo vệ sức khỏe, thực phẩm dinh dưỡng y học. Trên thực tế, TPCN có nhiều công dụng khác nhau, trong đó công dụng quan trọng là hỗ trợ việc điều trị một số bệnh cụ thể. Thống kê cho thấy, số người sử dụng TPCN chiếm một tỷ lệ khá lớn, khoảng 50% và ngày càng gia tăng. Với nhu cầu cao như vậy, nên hơn 90% số doanh nghiệp vốn chỉ sản xuất được phẩm đã nhanh chóng tham gia vào hoạt động sản xuất, nhập khẩu, kinh doanh TPCN<sup>2</sup>. Thống kê của Hiệp hội Thực phẩm chức năng Việt Nam (VAFF) cho thấy, nếu như năm 2000, cả nước chỉ có 63 sản phẩm TPCN do 13 cơ sở nhập khẩu vào Việt Nam thì đến năm 2015, thị trường thực phẩm chức năng đã bùng nổ với hơn 10.000 sản phẩm của hơn 3.000 cơ sở sản xuất và nhập khẩu, trong đó có tới 60% sản phẩm được sản xuất trong nước<sup>3</sup>. Trong đó, không ít sản phẩm vi phạm quy định về chất lượng, nhiều công ty thành lập hệ thống bán hàng đa cấp lôi kéo nhiều người tham gia. Chính điều này đã khiến tình trạng sản xuất, nhập khẩu, kinh doanh TPCN trở nên khó kiểm soát.

<sup>2</sup> Khảo sát của Cục An toàn thực phẩm, năm 2013.

<sup>3</sup> Phương Anh, *Tăng cường thanh tra, kiểm tra thực phẩm chức năng*, <http://thanhtra.com.vn>, truy cập ngày 15/03/2016.

## 1.2. Nhu cầu bảo vệ quyền của người tiêu dùng thực phẩm chức năng

Người tiêu dùng (NTD) là một bên trong quan hệ thương mại, dân sự với tính chất là người tiêu thụ những sản phẩm hàng hóa hoặc dịch vụ. Tuy nhiên, trong mối quan hệ với bên sản xuất, kinh doanh TPCN, NTD luôn ở vị thế yếu hơn và có nguy cơ gánh chịu rủi ro, thiệt hại. Tổ chức Quốc tế người tiêu dùng (CI) ghi nhận có 8 quyền cơ bản của NTD gồm: i) Quyền được thỏa mãn những nhu cầu cơ bản; ii) Quyền được an toàn; iii) Quyền được thông tin; iv) Quyền được lựa chọn; v) Quyền được lắng nghe; vi) Quyền được khiếu nại và bồi thường; vii) Quyền được giáo dục, đào tạo về tiêu dùng; viii) Quyền được có môi trường sống lành mạnh và bền vững<sup>4</sup>. Pháp luật Việt Nam về cơ bản đã nội luật hóa các quyền này trong Luật Bảo vệ quyền lợi NTD, Luật An toàn thực phẩm và các văn bản pháp lý liên quan. Trong đó, quyền được bảo vệ về tính mạng, sức khỏe và quyền được cung cấp thông tin trung thực về an toàn thực phẩm, hướng dẫn sử dụng, vận chuyển, lưu giữ, bảo quản, lựa chọn, sử dụng thực phẩm phù hợp; được cung cấp thông tin về nguy cơ gây mất an toàn, cách phòng ngừa khi nhận được thông tin cảnh báo đối với thực phẩm là những quyền quan trọng liên quan trực tiếp đến NTD thực phẩm và lĩnh vực sản xuất, kinh doanh TPCN.

TPCN là một loại thực phẩm phi truyền thống, được phát triển dựa trên các kết quả nghiên cứu, tổng hợp từ các nguồn thực phẩm trong tự nhiên nhằm cải thiện sức khỏe cho con người. Chính vì vậy, bên cạnh những mặt tích cực, TPCN còn gây ra

<sup>4</sup> Cục Quản lý cạnh tranh (2006), *Sổ tay công tác bảo vệ NTD*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.33.

những nguy cơ nhất định với sức khỏe của NTD. Ví dụ, trên thực tế, có một số hoặc thậm chí là nhiều thành phần trong TPCN chứa chất nguy hại cho sức khỏe con người nhưng lại không được ghi thông tin trên nhãn bao bì sản phẩm<sup>5</sup>. Trong khi đó, các sản phẩm TPCN này thường được NTD tự lựa chọn mà không phải theo chỉ dẫn hay đơn thuốc của bác sĩ và không ít NTD hiểu nhầm TPCN có thể thay thế thuốc chữa bệnh. Về mặt lý thuyết, các quy định pháp luật về TPCN là công cụ để đảm bảo tính an toàn, chất lượng, thành phần, tính năng của sản phẩm. Song, trên thực tế, do các quy định pháp luật còn hạn chế, việc quản lý hoạt động sản xuất, nhập khẩu, kinh doanh TPCN còn thiếu chặt chẽ dẫn đến không ít sản phẩm không đạt yêu cầu về chất lượng hoặc được quảng cáo sai sự thật về công dụng nhưng vẫn được chào bán trên thị trường. Theo quy định của pháp luật về quảng cáo TPCN, trước khi thực hiện quảng cáo phải được sự thẩm định nội dung của cơ quan chuyên môn. Doanh nghiệp và các cơ quan phát hành quảng cáo chỉ được phát hành đúng nội dung đã được đăng ký thẩm định và không được quảng cáo khi chưa có thẩm định nội dung. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy, không ít đơn vị sản xuất, nhập khẩu, kinh doanh TPCN đã vi phạm quy định quảng cáo TPCN như: ghi nhãn sản phẩm có công hiệu như thuốc chữa bệnh; quảng cáo sản phẩm nhưng không đăng ký hoặc quảng cáo không đúng nội dung cấp phép. Ngoài ra, đa số các sản phẩm TPCN được bán với giá đắt gấp nhiều lần so với giá trị thực. Có thể thấy, chính những vi phạm trong lĩnh vực sản xuất, kinh doanh TPCN đang xâm hại, đe dọa xâm hại nghiêm trọng

đến quyền và lợi ích của NTD. Vì lẽ đó, bảo vệ quyền lợi NTD trong lĩnh vực an toàn vệ sinh thực phẩm nói chung và TPCN nói riêng là nhu cầu cấp thiết.

## **2. Pháp luật về sản xuất, kinh doanh thực phẩm chức năng ở Việt Nam**

Ở Việt Nam, TPCN được quy định trong Luật An toàn thực phẩm năm 2010; Nghị định số 38/2012/NĐ-CP ngày 25/4/2012 của Chính phủ Việt Nam quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật An toàn thực phẩm; Nghị định số 178/2013/NĐ-CP ngày 14/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính về an toàn thực phẩm. Đặc biệt, để quản lý hoạt động sản xuất, kinh doanh TPCN, ngày 24/11/2014, Bộ Y tế đã ban hành Thông tư số 43/2014/TT-BYT quy định về quản lý TPCN. Theo đó, ngoài các quy định chung đối với thực phẩm, còn có các quy định cụ thể đối với TPCN như: điều kiện bảo đảm an toàn đối với TPCN; yêu cầu về kiểm nghiệm và báo cáo thử nghiệm hiệu quả về công dụng tại các tổ chức có chức năng nghiên cứu về y học. Riêng đối với sản phẩm công bố có tác dụng hỗ trợ điều trị bệnh kiểm nghiệm phải được thực hiện tại các bệnh viện có chức năng nghiên cứu khoa học từ tuyến tỉnh trở lên; thông tư quy định về công bố điều kiện bảo đảm an toàn đối với thực phẩm nhập khẩu; công bố tiêu chuẩn chất lượng thực phẩm; quảng cáo và ghi nhãn sản phẩm; về điều kiện bảo đảm an toàn thực phẩm đối với thực phẩm chức năng; về điều kiện bảo đảm an toàn thực phẩm đối với thực phẩm nhập khẩu, thực phẩm xuất khẩu; thu hồi, xử lý và truy xuất nguồn gốc TPCN vi phạm. Bên cạnh đó, hoạt động sản xuất, nhập khẩu, kinh doanh TPCN còn được điều chỉnh bởi các văn bản có liên quan như: Luật Quảng cáo năm

<sup>5</sup> Tạp chí về Thuốc và Pháp luật của Mỹ (American Journal of Medical and Law) (2002), tr. 108-109.

2012; Nghị định số 181/2013/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Quảng cáo; Nghị định số 158/2013/NĐ-CP quy định xử phạt hành chính trong lĩnh vực văn hóa, thể thao, du lịch và quảng cáo; Thông tư số 08/2013/TT-BYT hướng dẫn về quảng cáo thực phẩm thuộc phạm vi quản lý của Bộ Y tế; Thông tư số 09/2015/TT-BYT quy định về xác nhận nội dung quảng cáo đối với sản phẩm, hàng hóa, dịch vụ đặc biệt thuộc lĩnh vực quản lý của Bộ Y tế; Thông tư số 19/2012/TT-BYT hướng dẫn việc công bố hợp quy và công bố phù hợp quy định an toàn thực phẩm; Thông tư số 16/2012/TT-BYT về điều kiện an toàn thực phẩm đối với cơ sở sản xuất, kinh doanh thực phẩm, dụng cụ, vật liệu bao gói, chứa đựng thực phẩm thuộc phạm vi quản lý của Bộ Y tế. Thông tư số 26/2012/TT-BYT quy định cấp Giấy chứng nhận cơ sở đủ điều kiện an toàn thực phẩm trong sản xuất, kinh doanh thực phẩm thuộc phạm vi quản lý của Bộ Y tế.

Nhìn chung, quy định pháp luật đã điều chỉnh bao quát các hoạt động sản xuất, kinh doanh TPCN ở nước ta hiện nay. Đặc biệt, với sự ra đời của Thông tư số 43/2014/TT-BYT quy định về quản lý TPCN, về căn bản những tồn tại trước đây trong quản lý nhà nước với lĩnh vực này đã được giải quyết, góp phần bảo đảm các quyền lợi của NTD.

### **3. Một số bất cập của pháp luật về sản xuất, kinh doanh thực phẩm chức năng**

Trong thời gian qua, với các quy định pháp luật tương đối đầy đủ, việc quản lý hoạt động sản xuất, kinh doanh TPCN đã từng bước đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn. Tuy nhiên, vẫn còn một số vấn đề bất cập cần được hoàn thiện:

*Một là*, về khái niệm TPCN, cần được hiểu là các sản phẩm bổ sung hoặc thay thế

các chất dinh dưỡng và những chất có lợi cho sức khỏe. Chúng không phải là thực phẩm đơn thuần hay thuốc theo đơn, nhưng có chức năng giúp duy trì, tăng cường sức khỏe và phòng ngừa bệnh tật cho con người. Hiện nay, định nghĩa TPCN được ghi nhận tại Điều 2 Luật An toàn thực phẩm: "*là thực phẩm dùng để hỗ trợ các chức năng của cơ thể con người, tạo cho cơ thể tình trạng thoải mái, tăng sức đề kháng, giảm bớt nguy cơ mắc bệnh, bao gồm thực phẩm bổ sung, thực phẩm bảo vệ sức khỏe, thực phẩm dinh dưỡng y học*". Theo định nghĩa trên, TPCN phải tạo ra cho cơ thể người sử dụng tình trạng thoải mái. Cách hiểu này chưa đúng trong thực tế, gây nhầm lẫn với các loại thực phẩm khác. Bởi lẽ, không phải TPCN nào cũng tạo ra tình trạng thoải mái cho cơ thể.

*Hai là*, hiện chưa có quy định phân biệt rõ ràng giữa TPCN với các loại thuốc bởi TPCN có chứa các thành phần từ thực phẩm nhưng lại có tính năng và được sử dụng như các loại thuốc. Do đó, các quy định hiện hành chưa đảm bảo kiểm soát hết những rủi ro có thể xảy ra đối với các thành phần có trong TPCN. Thông tư số 43/2014/TT-BYT quy định về quản lý TPCN cũng đã nêu rõ các yêu cầu về công bố chất lượng, thành phần, hàm lượng, khuyến cáo đối tượng sử dụng. Song, với các quy định này, NTD khó có thể phân biệt được sự khác biệt về tính năng, tác dụng của TPCN với thực phẩm thông thường và các loại thuốc.

*Ba là*, quy định tại Điều 6 Thông tư số 43/2014/TT-BYT dẫn chiếu tới khoản 3, Điều 7 Thông tư liên tịch số 34/2014/TTLT-BYT-BNNPTNT-BCT hướng dẫn ghi nhãn hàng hóa đối với thực phẩm, phụ gia thực phẩm và chất hỗ trợ chế biến thực phẩm bao gói sẵn: "Trường hợp thành phần

hỗn hợp chiếm dưới 5% khối lượng của sản phẩm cuối cùng thì không phải công bố thành phần hỗn hợp đó, trừ các phụ gia thực phẩm có chức năng công nghệ đối với sản phẩm cuối cùng". Đối với TPCN, các tác dụng của nó với sức khỏe NTD là rất đặc biệt. Do đó, có những thành phần cho dù là thành phần phụ với hàm lượng nhỏ, nhưng nếu không được đưa thông tin trên bao bì có thể dẫn đến những nguy hại cho người sử dụng nếu họ có tiền sử dị ứng với một trong những thành phần đó. Với quy định trên, có thể dẫn đến thông tin không đầy đủ về sản phẩm và gây tác hại cho sức khỏe của NTD.

*Bốn là*, mặc dù Điều 3 Thông tư số 43/2014/TT-BYT có yêu cầu TPCN phải được công bố hợp quy và phù hợp với quy định về an toàn thực phẩm, nhưng hiện nay chúng ta vẫn chưa xây dựng được bộ tiêu chuẩn chất lượng về TPCN. Do đó, việc công bố hợp quy mới chỉ dựa trên những tiêu chí và quy trình chung của thực phẩm theo Nghị định số 38/2012/NĐ-CP và Thông tư số 19/2012/TT-BYT. Trong khi đó, TPCN với thành phần hoạt chất hỗ trợ tăng cường sức khỏe và điều trị một số bệnh lý thì cần những tiêu chuẩn đặc thù riêng như: Thực phẩm bổ sung, thực phẩm bảo vệ sức khỏe, thực phẩm dinh dưỡng y học (thực phẩm dinh dưỡng dùng cho mục đích y tế đặc biệt), thực phẩm cho chế độ ăn đặc biệt.

*Năm là*, thủ tục đăng ký và cấp phép kinh doanh vẫn còn nhiều điểm không thuận lợi trong vấn đề công bố hợp quy, phù hợp an toàn thực phẩm, việc chứng minh về tác dụng của thành phần tạo nên chức năng đã công bố gặp khó khăn khi các cơ sở có đủ điều kiện thẩm định, thí nghiệm lâm sàng mà mới chỉ dừng lại ở hoạt động thử nghiệm. Do đó, có tình trạng doanh nghiệp lợi dụng sản xuất thuốc dưới

dạng TPCN nhằm tránh nghĩa vụ thí nghiệm lâm sàng.

*Sáu là*, hiện còn khoảng trống trong các văn bản pháp luật quy định về Thực hành sản xuất tốt (GMP) với TPCN nhằm loại bỏ những doanh nghiệp yếu kém, tạo môi trường cạnh tranh lành mạnh cho các đơn vị đạt tiêu chuẩn. Điều 14, Thông tư số 43/2014/TT-BYT mới chỉ quy định về điều kiện đối với sản xuất TPCN theo hướng khuyến khích doanh nghiệp sản xuất theo GMP và có lộ trình bắt buộc GMP, hệ thống phân tích mối nguy và kiểm soát điểm tới hạn (HACCP) nhưng chưa quy định rõ TPCN được sản xuất trên dây chuyền sản xuất thuốc và doanh nghiệp sản xuất được phẩm có được sản xuất TPCN hay không?

*Bảy là*, Điều 14 Nghị định số 38/2012/NĐ-CP quy định các trường hợp được miễn kiểm tra thực phẩm nhập khẩu như: thực phẩm mang theo người khi nhập cảnh để tiêu dùng cá nhân trong định mức được miễn thuế nhập khẩu; thực phẩm trong túi ngoại giao, túi lãnh sự; thực phẩm quá cảnh, chuyên khẩu; thực phẩm gửi kho ngoại quan; thực phẩm là mẫu thử nghiệm hoặc nghiên cứu; thực phẩm là mẫu trưng bày hội trợ, triển lãm. Trong thực tế, các cá nhân, tổ chức đã lợi dụng quy định trên để nhập lậu TPCN vào Việt Nam; do không được kiểm soát nên khó có thể khẳng định được chất lượng cũng như mức độ an toàn của các sản phẩm này với sức khỏe NTD.

*Tám là*, mức xử phạt đối với vi phạm trong lĩnh vực kinh doanh TPCN hiện nay còn chưa phù hợp với thực tiễn. Cụ thể, các hành vi vi phạm sẽ được xử lý theo Điều 6 Luật An toàn thực phẩm; Nghị định số 08/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính đối với hành vi sản xuất, buôn bán hàng giả và Nghị định số 91/2012/NĐ-

CP quy định xử phạt vi phạm hành chính về an toàn thực phẩm. Theo đó, mức phạt tối đa có thể áp dụng là 100 triệu đồng hoặc gấp 7 lần giá trị hàng hóa vi phạm. Có thể thấy, mức phạt trên chưa được tương xứng với mức độ nguy hiểm và giá trị thực tế của TPCN bán trên thị trường hiện nay.

*Chín là*, hiện đã có những quy định để quản lý TPCN nhập khẩu, nhưng lại chưa phân biệt được rạch ròi giữa nguyên liệu nhập khẩu với thực phẩm.

*Mười là*, đối với hoạt động quản lý nhà nước về giá bán TPCN, hiện vẫn còn những lỗ hổng, chưa có chính sách và văn bản pháp luật để quản lý. Do đó, giá TPCN được đề xuất bởi nhà sản xuất, còn giá bán thực tế ra thị trường được quy định bởi các cửa hàng, đại lý phân phối TPCN trên cơ sở thỏa thuận giữa người mua và người bán. Bên cạnh đó, TPCN còn được tiêu thụ qua kênh bán hàng đa cấp và không ít sản phẩm bị thổi phồng chất lượng, công dụng. Việc NTD có thể tiếp cận và mua bất kỳ loại TPCN nào mà không cần bác sĩ kê đơn hay tư vấn có thể dẫn đến nguy cơ lạm dụng TPCN.

#### **4. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về sản xuất, kinh doanh thực phẩm chức năng nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng**

Bảo vệ quyền lợi NTD khi sử dụng thực phẩm nói chung, cũng như TPCN nói riêng là một trong những nhiệm vụ quan trọng luôn được quan tâm. Những bất cập từ chính sách và quy định pháp luật trong hoạt động quản lý TPCN đang trở thành rào cản trong việc bảo vệ quyền lợi NTD. Do đó, cần hoàn thiện các quy định pháp luật về sản xuất, kinh doanh TPCN trên các phương diện sau:

- *Thứ nhất*, cần điều chỉnh khái niệm TPCN. Để khắc phục cách hiểu chưa rõ ràng như hiện nay, Điều 2 Luật ATTP cần quy định theo hướng: *TPCN là loại thực phẩm có chứa hoạt tính sinh học có ích cho sức khỏe trên cơ sở các chất dinh dưỡng cơ bản.*

- *Thứ hai*, cần xây dựng một khung pháp lý riêng về TPCN với mục đích đảm bảo mọi TPCN phải thực sự an toàn đối với sức khỏe con người và được quản lý nghiêm ngặt bởi các cơ quan có thẩm quyền. Ngoài ra, cần bổ sung quy định bắt buộc phải ghi đầy đủ thành phần hỗn hợp kể cả khi có tỷ lệ dưới 5%. Tất cả các quảng cáo và thông tin ghi nhãn phải ghi rõ "sản phẩm này không phải là thuốc và không có chức năng thay thế thuốc chữa bệnh", "sản phẩm này không phải là thuốc và chỉ hỗ trợ chữa bệnh", nhằm giúp NTD phân biệt chức năng chữa bệnh của thuốc và chức năng hỗ trợ chữa bệnh của TPCN.

- *Thứ ba*, cần xây dựng các bộ tiêu chuẩn riêng cho từng loại thực phẩm chức năng; quy trình kiểm nghiệm, thử nghiệm, thí nghiệm lâm sàng và công bố TPCN chặt chẽ hơn nhằm tránh lạm dụng sản xuất thuốc dưới dạng TPCN. Trong đó, quy định lộ trình bắt buộc về GMP, HACCP với TPCN nhằm loại bỏ những doanh nghiệp yếu kém, tạo môi trường cạnh tranh lành mạnh cho các đơn vị đạt tiêu chuẩn. Đồng thời, quản lý nguyên liệu sản xuất TPCN theo các quy định đặc thù, có kiểm soát chất lượng và mức độ an toàn của nguyên liệu theo hướng: xác định danh mục các chất, nguyên liệu sản xuất TPCN được phép nhập khẩu, thiết lập các tiêu chuẩn đối với từng chất, từng nguyên liệu, yêu cầu các doanh nghiệp sản xuất TPCN phải đảm bảo đúng

các nguyên liệu nhập khẩu. Có chính sách giảm hoặc không đánh thuế đối với trang thiết bị nhập khẩu để sản xuất TPCN.

- *Thứ tư*, đối với các TPCN được đưa vào Việt Nam theo hình thức "hàng xách tay", cần có quy định giới hạn số lượng sản phẩm TPCN được mang theo, cấm bán và quảng cáo các loại TPCN này, nhằm tránh việc lạm dụng để kinh doanh các TPCN của nước ngoài chưa được công bố hợp quy tại Việt Nam.

- *Thứ năm*, cần nâng mức xử phạt vi phạm hành chính tương xứng với mức độ nguy hiểm của việc sản xuất, kinh doanh TPCN không đảm bảo an toàn. Đồng thời, xử phạt vi phạm với hành vi kê TPCN vào đơn thuốc.

- *Thứ sáu*, đưa TPCN vào mặt hàng cần quản lý giá, trong đó có quy định về việc đăng ký, công bố giá và bán theo giá đã ghi trên bao bì sản phẩm, nhằm hạn chế việc bán sản phẩm không tương xứng với giá trị và chi phí sản xuất thực tế. Bên cạnh đó, cần quy định rõ quy trình, nội dung đăng ký quảng cáo TPCN với các đơn vị quản lý, đồng thời tăng cường hợp tác giữa các cơ quan quản lý trong việc xử lý vi phạm, đặc biệt các trường hợp kinh doanh đa cấp TPCN, quảng cáo không đúng sự thật. Ngoài ra, phải khống chế tỉ lệ hoa hồng đại lý và ngăn ngừa mô hình kim tự tháp trong kinh doanh đa cấp; cho phép trả lại hàng hóa, nhằm bảo vệ tối đa quyền lợi của người tham gia hệ thống phân phối và NTD sử dụng TPCN.

---

**(Tiếp theo trang 38 – Hòa giải thương mại ...)**

khẳng định giá trị của kết quả hoà giải. Hơn nữa quy định tại Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 áp dụng chung cho mọi hoạt động hoà giải ngoài toà án. Do đó, Nghị định cần dẫn chiếu sang Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015. Quy định như vậy vừa đảm bảo được tính toàn diện khi xây dựng pháp luật về hoà giải thương mại nhưng vẫn phù hợp với quy định tại Bộ luật Tố tụng Dân sự.

***Thứ tư, cần xây dựng các quy định về sự hỗ trợ của Nhà nước đối với hoà giải thương mại.***

Đối với các phương thức giải quyết tranh chấp ngoài Toà án, yếu tố thoả thuận, tính linh hoạt mềm dẻo được xem là ưu thế. Tuy nhiên, chính những ưu thế này lại trở thành khó khăn nếu trong quá trình giải quyết tranh

chấp phải áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời, hay khi kết thúc giải quyết tranh chấp một bên không tự nguyện thi hành thoả thuận. Do đó, Nhà nước cần có những quy định hỗ trợ nhằm khắc phục các khó khăn trong hoạt động giải quyết tranh chấp ngoài Toà án, đặc biệt các biện pháp hỗ trợ về tư pháp như: áp dụng, thay đổi, huỷ bỏ các biện pháp khẩn cấp tạm thời; thu thập các chứng cứ; triệu tập người làm chứng; đăng ký biên bản hoà giải thành; công nhận và huỷ kết quả hoà giải thành; hỗ trợ giải quyết các khiếu nại trong hoạt động hoà giải thương mại. Ngoài ra, Nhà nước cũng cần có những chủ trương, chính sách để đào tạo nguồn nhân lực hoà giải viên, nâng cao chất lượng của đội ngũ này.

# PHÁP LUẬT VỀ CHO VAY TIÊU DÙNG TẠI VIỆT NAM HIỆN NAY

*Đinh Thị Thanh Nhàn\**  
*Trần Thu Hà\*\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích thực trạng và chỉ ra những bất cập trong các quy định pháp luật điều chỉnh hoạt động cho vay tiêu dùng tại Việt Nam. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số đề xuất hoàn thiện pháp luật hiện hành về vấn đề này.

**Abstract:** This article analyses shortcomings, drawbacks and loopholes in law and regulation on consumption loan in Vietnam. On that basis, it makes proposals to improve such law and regulation.

## 1. Đặt vấn đề

Hoạt động tín dụng cho vay tiêu dùng trong thời gian gần đây phát triển rất nhanh. Cho vay tiêu dùng, đặc biệt là cho vay tín chấp, đang là sản phẩm hấp dẫn đối với khách hàng, đặc biệt các khách hàng cá nhân, và cũng là mảng kinh doanh mang lại lợi nhuận đáng kể cho các ngân hàng, tổ chức tài chính. Dễ dàng tiếp cận vốn vay, điều kiện vay đơn giản, thủ tục thông thoáng, gọn nhẹ là những điểm hấp dẫn của loại tín dụng này. Theo thống kê của VPBank trong báo cáo thường niên năm 2015, dư nợ các khoản vay tín chấp tiêu dùng của ngân hàng tăng 136%. Trong số lãi sau thuế của VPBank đạt 2.396 tỷ đồng, riêng hoạt động cho vay tiêu dùng của Công ty Tài chính VPBank (FE Credit) đã đóng góp gần 960 tỷ đồng<sup>1</sup>. Sự nở rộ của hoạt động tài chính tiêu dùng bắt nguồn từ thực tế nhu cầu vay vốn trong dân cư rất lớn và

sự đa dạng hóa các sản phẩm cho vay tiêu dùng của các công ty tài chính, ngân hàng thương mại để đáp ứng sự đa dạng các nhu cầu vốn cho mục đích tiêu dùng.

Tuy nhiên, mặc dù là một hướng kinh doanh triển vọng cho các tổ chức tín dụng, nhưng hiện tại các tổ chức này vẫn gặp nhiều khó khăn trong việc tìm ra hướng phát triển bền vững để đảm bảo hoạt động cho vay tiêu dùng vừa phù hợp với pháp luật hiện hành, vừa sinh lợi và tránh rủi ro thất thu nợ. Bên cạnh đó, sự cạnh tranh thị phần trong phân khúc thị trường cho vay tiêu dùng, đặc biệt là tiêu dùng cá nhân tín chấp, dẫn đến sự “nhón nháo” về lãi suất, về cơ chế thu hồi nợ đã tạo ra sự e dè, lo sợ của người tiêu dùng. Đồng thời, khung pháp lý hiện hành với các quy định còn sơ sài, chưa có những quy định riêng biệt cho hoạt động cho vay tiêu dùng; quy định dành cho hoạt động cho vay của các tổ chức tín dụng đã quá lạc hậu, mâu thuẫn, bất cập so với thực tế cũng là lực cản của sự phát triển hoạt động này.

## 2. Các quy định pháp luật hiện hành về hoạt động cho vay tiêu dùng

Hiện nay, hoạt động cho vay tiêu dùng được thực hiện trên cơ sở các văn bản pháp luật như: Luật các tổ chức tín dụng (TCTD),

\* TS., Khoa Kinh tế – Luật, Đại học Thương mại.

\*\* ThS., Khoa Đào tạo quốc tế, Trường Đại học Giao thông vận tải.

<sup>1</sup> Nhuệ Mẫn, “Cần quy định riêng cho tín dụng tiêu dùng”, <http://www.baomoi.com/can-quy-dinh-rieng-cho-tin-dung-tieu-dung/c/19014545.epi>, truy cập ngày 15/7/2016.

Quy chế cho vay của TCTD đối với khách hàng ban hành kèm theo Quyết định 1627/2001/QĐ-NHNN của Ngân hàng Nhà nước ngày 31/12/2001 (Quy chế 1627). Ngoài ra, còn những quy định liên quan đến hợp đồng vay tài sản Bộ luật Dân sự (BLDS) 2005 (BLDS 2015 từ 1/1/2017 mới có hiệu lực), Luật Bảo vệ người tiêu dùng và các văn bản hướng dẫn.

### 2.1. Về điều kiện, quy trình, thủ tục cho vay tiêu dùng

Hiện tại, chưa có quy định về quy trình, thủ tục cho vay tiêu dùng, vì vậy, tín dụng tiêu dùng cũng chịu sự điều chỉnh của các quy định về cho vay tại Luật các TCTD 2010, Quy chế 1627 năm 2001. Năm 2014, Ngân hàng Nhà nước soạn thảo Thông tư về cho vay tiêu dùng với khách hàng là cá nhân người tiêu dùng với nhiều nội dung mới<sup>2</sup>. Tuy nhiên, đến nay Thông tư này vẫn chưa được ban hành.

### 2.2. Về lãi suất cho vay

Pháp luật hiện hành không có quy định riêng về lãi suất cho vay tiêu dùng, vì vậy lãi suất cho vay tiêu dùng được áp dụng theo quy định tại Điều 91 Luật các TCTD 2010<sup>3</sup>. Theo đó, tổ chức tín dụng và khách hàng có quyền thỏa thuận lãi suất, nhưng

<sup>2</sup> Xem nội dung dự thảo Thông tư tín dụng tiêu dùng của công ty tài chính tại <https://www.shs.com.vn/News/2014918/868934/du-thao-thong-tu-quy-dinh-hoat-dong-tin-dung-tieu-dung-cua-cong-ty-tai-chinh.aspx>, truy cập ngày 05/7/2016.

<sup>3</sup> **Điều 91. Lãi suất, phí trong hoạt động kinh doanh của tổ chức tín dụng:**

1. Tổ chức tín dụng được quyền ấn định và phải niêm yết công khai mức lãi suất huy động vốn, mức phí cung ứng dịch vụ trong hoạt động kinh doanh của tổ chức tín dụng.
2. Tổ chức tín dụng và khách hàng có quyền thỏa thuận về lãi suất, phí cấp tín dụng trong hoạt động ngân hàng của tổ chức tín dụng theo quy định của pháp luật.

mức lãi suất phải theo quy định chung được quy định tại Điều 476 BLDS 2005<sup>4</sup>:

Mới đây, BLDS 2015 thay thế BLDS 2005 đã có nội dung mới về lãi suất cho vay. Theo đó, đã mở rộng quyền tự do thỏa thuận của các bên trong hợp đồng cho vay tại Điều 468<sup>5</sup>.

Về lãi suất quá hạn áp dụng đối với khoản vay tiêu dùng, hiện tại chưa có qui định riêng, vì vậy áp dụng theo khoản 5 Điều 474 BLDS 2005: “*Trong trường hợp vay có lãi mà khi đến hạn bên vay không trả hoặc trả không đầy đủ thì bên vay phải trả tiền lãi trên nợ gốc và lãi nợ quá hạn theo lãi suất cơ bản do Ngân hàng nhà nước công bố tương ứng với thời hạn vay tại thời điểm trả nợ*”.

3. Trong trường hợp hoạt động ngân hàng có diễn biến bất thường, để bảo đảm an toàn của hệ thống tổ chức tín dụng, Ngân hàng Nhà nước có quyền quy định cơ chế xác định phí, lãi suất trong hoạt động kinh doanh của tổ chức tín dụng.

#### <sup>4</sup> Điều 476. Lãi suất

1. Lãi suất vay do các bên thỏa thuận nhưng không được vượt quá 150% của lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố đối với loại cho vay tương ứng.
2. Trong trường hợp các bên có thỏa thuận về việc trả lãi, nhưng không xác định rõ lãi suất hoặc có tranh chấp về lãi suất thì áp dụng lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước công bố tương ứng với thời hạn vay tại thời điểm trả nợ.

#### <sup>5</sup> Điều 468. Lãi suất

1. Lãi suất vay do các bên thỏa thuận. Trường hợp các bên có thỏa thuận về lãi suất thì lãi suất theo thỏa thuận không được vượt quá 20%/năm của khoản tiền vay, trừ trường hợp luật khác có liên quan quy định khác. Căn cứ tình hình thực tế và theo đề xuất của Chính phủ, Ủy ban Thường vụ Quốc hội quyết định điều chỉnh mức lãi suất nói trên và báo cáo Quốc hội tại kỳ họp gần nhất. Trường hợp lãi suất theo thỏa thuận vượt quá lãi suất giới hạn được quy định tại khoản này thì mức lãi suất vượt quá không có hiệu lực.
2. Trường hợp các bên có thỏa thuận về việc trả lãi, nhưng không xác định rõ lãi suất và có tranh chấp về lãi suất thì lãi suất được xác định bằng 50% mức lãi suất giới hạn quy định tại khoản 1 Điều này tại thời điểm trả nợ.

BLDS 2015 cũng có quy định mới về trách nhiệm trả lãi trong trường hợp chậm thực hiện nghĩa vụ trả nợ tại khoản 5 Điều 466:

*“Trường hợp vay có lãi mà khi đến hạn bên vay không trả hoặc trả không đầy đủ thì bên vay phải trả lãi như sau:*

*a) Lãi trên nợ gốc theo lãi suất thỏa thuận trong hợp đồng tương ứng với thời hạn vay mà đến hạn chưa trả; trường hợp chậm trả thì còn phải trả lãi theo mức lãi suất quy định tại khoản 2 Điều 468 của Bộ luật này;*

*b) Lãi trên nợ gốc quá hạn chưa trả bằng 150% lãi suất vay theo hợp đồng tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”.*

Như vậy, BLDS 2015 đã có sự đổi mới về tư duy lập pháp theo hướng giảm bớt sự can thiệp của Nhà nước vào quan hệ dân sự. Cụ thể, trong các quy định về lãi suất, BLDS 2015 đã linh hoạt, mở rộng quyền của các bên tham gia giao dịch bằng việc xác định lãi suất, lãi suất quá hạn dựa trên sự thỏa thuận của các bên mà không chỉ căn cứ vào lãi suất của Ngân hàng Nhà nước tại thời điểm giao dịch như BLDS 2005.

Tuy nhiên, nếu bên cho vay đưa ra mức lãi suất cho vay tiêu dùng vượt quá mức lãi suất tối đa do pháp luật quy định thì sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự trong trường hợp có đủ các yếu tố cấu thành của Tội cho vay nặng lãi theo quy định của Điều 163 Bộ luật Hình sự 1999<sup>6</sup>:

**<sup>6</sup> Điều 163: Tội cho vay nặng lãi**

1. Người nào cho vay với mức lãi suất cao hơn mức lãi suất cao nhất mà pháp luật quy định từ mười lần trở lên có tính chất chuyên bóc lột, thì bị phạt tiền từ một lần đến mười lần số tiền lãi hoặc phạt cải tạo không giam giữ đến 1 năm.
2. Phạm tội thu lợi bất chính lớn thì bị phạt tù từ 6 tháng đến 3 năm.

Trường hợp các bên bất đồng về mức lãi suất cao hơn lãi suất do pháp luật qui định, có thể kiện ra tòa dân sự đề nghị tuyên điều khoản lãi suất trong hợp đồng cho vay tiêu dùng trái với quy định của Điều 467 BLDS 2005. Tuy nhiên, tòa án sẽ không giải quyết được, vì không thể tuyên hợp đồng vô hiệu khi không có đủ dấu hiệu kết luận hợp đồng vô hiệu theo quy định Điều 469 BLDS 2005. Đối với BLDS 2015, hướng giải quyết sẽ là thỏa thuận của các bên không có hiệu lực mà áp dụng mức lãi suất trần 20%.

**2.3. Về hợp đồng cho vay**

Điểm nổi bật của hợp đồng cho vay tiêu dùng là các ngân hàng và công ty tài chính thường sử dụng các hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung do bên cho vay soạn sẵn để giao kết với khách hàng. Tuy nhiên, sử dụng hợp đồng mẫu, điều kiện giao dịch chung có thể tạo ra bất lợi cho người tiêu dùng khi các ngân hàng, công ty tài chính lợi dụng thế mạnh của mình để đưa ra những điều khoản có lợi cho mình, xâm phạm đến quyền lợi của người tiêu dùng<sup>7</sup>.

3. Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ một đến năm lần số lợi bất chính, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 1 năm đến 5 năm.

**<sup>7</sup> Điều 406 BLDS 2005** qui định:

1. Hợp đồng mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong một thời gian hợp lý, nếu bên được đề nghị trả lời chấp thuận thì coi như chấp thuận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đưa ra.
2. Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng, thì bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích các điều khoản đó.

**Điều 3 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng:**

Hợp đồng theo mẫu là hợp đồng do tổ chức cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ soạn thảo để giao dịch với người tiêu dùng.

**Điều 405 BLDS 2015:**

1. Hợp đồng mẫu là hợp đồng gồm những điều khoản do một bên đưa ra theo mẫu để bên kia trả lời trong

Chính vì vậy, để bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng, pháp luật Việt Nam đưa ra một số quy định cơ bản sau:

*Thứ nhất*, theo khoản 1 Điều 407 BLDS 2005 (từ 1/1/2017 được thay thế bằng Điều 405 BLDS 2015) và Điều 17 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, hợp đồng theo mẫu phải để cho bên kia “trả lời trong một thời gian hợp lý”. Quy định này nhằm đảm bảo cho khách hàng có đủ thời gian hợp lý để đọc, nghiên cứu, hiểu nội dung hợp đồng.

*Thứ hai*, ngôn ngữ sử dụng trong hợp đồng phải rõ ràng, dễ hiểu. Luật các TCTD yêu cầu các hợp đồng cho vay phải được ký kết bằng văn bản hoặc tài liệu giao dịch có giá trị tương đương văn bản. Điều 14 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng quy định: “ngôn ngữ sử dụng trong hợp đồng phải được thể hiện rõ ràng, dễ hiểu. Ngôn ngữ sử dụng trong hợp đồng giao kết với người tiêu dùng là tiếng Việt, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Nghị định 99/2011/NĐ-CP hướng dẫn chi tiết thêm về cỡ chữ ít nhất là 12, nền giấy và màu mực thể hiện nội dung hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải tương phản nhau.

---

một thời gian hợp lý, nếu bên được đề nghị trả lời chấp thuận thì coi như chấp thuận toàn bộ nội dung hợp đồng theo mẫu mà bên đề nghị đưa ra.

Hợp đồng theo mẫu phải được công khai để bên được đề nghị biết hoặc phải biết về những nội dung của hợp đồng.

Trình tự, thể thức công khai hợp đồng theo mẫu thực hiện theo quy định của pháp luật.

2. Trong trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng, thì bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích các điều khoản đó.

3. Trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng theo mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác.

*Thứ ba*, các ngân hàng và tổ chức tài chính phải đăng ký, công khai nội dung hợp đồng theo mẫu và những điều kiện chung của hợp đồng. Khoản 1 Điều 405 BLDS 2015 yêu cầu hợp đồng theo mẫu phải “được công khai để bên được đề nghị biết về những nội dung của hợp đồng”. Bên cạnh đó, theo Điều 19 Luật Bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng và Thông tư số 10/2013/TT-BCT, các ngân hàng, tổ chức tín dụng phải làm thủ tục đăng ký công khai nội dung hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung với Cục Quản lý cạnh tranh đối với các hợp đồng có phạm vi áp dụng trên toàn quốc hoặc từ 02 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương trở lên; và Sở Công Thương đối với các hợp đồng, điều kiện áp dụng trong phạm vi 1 tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Quyết định số 35/2015/QĐ-TTg bổ sung thêm việc bắt buộc đăng ký công khai thông tin hợp đồng tín dụng tiêu dùng tại Cục Quản lý cạnh tranh đối với: (1) Phát hành thẻ ghi nợ nội địa, mở và sử dụng dịch vụ tài khoản thanh toán cho khách hàng cá nhân; (2) Vay vốn cá nhân nhằm mục đích tiêu dùng. Cục Quản lý cạnh tranh hoặc Sở Công Thương có quyền tự mình, hoặc theo đề nghị của người tiêu dùng thông báo không chấp nhận đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều khoản giao dịch chung và yêu cầu bên cho vay hủy bỏ hoặc sửa đổi, giải trình hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trong trường hợp phát hiện có vi phạm đến quyền lợi của người tiêu dùng (Điều 16 Luật Bảo vệ người tiêu dùng)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Ngoài ra, Quyết định số 14/QĐ-QLCT quy định Cục Quản lý cạnh tranh có quyền thông báo không chấp nhận đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều khoản giao dịch chung vì các lý do:

*Thứ tư*, bên đưa ra hợp đồng phải chịu bất lợi khi giải thích những điều khoản không rõ ràng trong hợp đồng theo mẫu và điều khoản giao dịch chung (khoản 2 Điều 406 BLDS 2005, khoản 2 Điều 405 BLDS 2015, Điều 15 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng).

*Thứ năm*, những điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng mẫu, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia sẽ không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác (khoản 3 Điều 405 BLDS 2015). Điều 16 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng cụ thể hóa bằng việc liệt kê 09 loại điều khoản của hợp đồng theo mẫu sẽ không có hiệu lực.

*Thứ sáu*, quy định về tính “trọn gói” của các hợp đồng theo mẫu, theo đó, nếu bên được đề nghị trả lời chấp nhận thì coi như chấp nhận toàn bộ nội dung của hợp đồng theo mẫu do bên cho vay đưa ra (khoản 1 Điều 406 BLDS 2005 và khoản 1 Điều 405 BLDS 2015).

### **3. Một số bất cập trong các quy định về cho vay tiêu dùng**

#### **3.1. Về quy trình, thủ tục cho vay**

Để vận hành được các hoạt động cho vay, các công ty tài chính, TCTD ban hành một số quy trình nghiệp vụ, điều kiện nội bộ để áp dụng trên cơ sở khung pháp lý là Quy chế 1627. Tuy nhiên, Quy chế 1627 chỉ quy định cho vay sản xuất kinh doanh, mà không có quy định cho vay tiêu dùng. Vì vậy, việc vay vốn cho tiêu dùng tại các ngân

hàng gặp rất nhiều khó khăn về chứng minh mục đích vay vốn cũng như các điều kiện được phép vay vốn. Theo Quy chế 1627, ngân hàng và công ty tài chính đều phải tuân thủ các quy định về điều kiện cho vay, giới hạn cho vay, thủ tục cho vay, dù hoạt động cho vay của công ty tài chính và TCTD là khác nhau. Bên cạnh đó, hoạt động cho vay tiêu dùng chỉ mới bùng phát vài năm gần đây, trong khi Quy chế 1627 ban hành từ năm 2001, vì vậy các quy định đã lỗi thời và lạc hậu so với thực tế.

#### **3.2. Về lãi suất**

Đặc thù cho vay tiêu dùng là rủi ro cao, vì những khoản vay đáp ứng cho nhu cầu tiêu dùng của cá nhân như mua nhà, mua xe và các vật dụng không sinh lợi. Khách hàng vay chủ yếu là người có thu nhập trung bình, khó tiếp cận được với các hình thức vay vốn khác tại các ngân hàng. Tín dụng tiêu dùng hiện chủ yếu là vay không có tài sản bảo đảm (thường được gọi là vay tín chấp) nên tình trạng nợ khó đòi cũng chiếm tỷ trọng lớn hơn các sản phẩm cấp tín dụng khác.

Tuy nhiên, mức lãi suất trần hiện pháp luật quy định không mang tính khả thi, không phù hợp với hoạt động cho vay tiêu dùng. Cụ thể là, 13,5%/năm theo BLDS 2005 và 20%/năm theo BLDS 2015. Thực tế cho thấy, lãi suất thỏa thuận giữa các bên áp dụng cho vay tiêu dùng thường cao hơn 20%. Theo thống kê, các công ty tài chính đang áp dụng mức lãi suất cho vay tiêu dùng phổ biến từ 20-29%<sup>9</sup>, nhiều nơi lên đến 50-60%<sup>10</sup>. Theo đánh giá, mức lãi suất

1. Hợp đồng có điều khoản không có hiệu lực theo quy định Điều 16 Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

2. Hợp đồng có điều khoản không phù hợp quy định tại Điều 7 Nghị định 99/2011/NĐ-CP.

3. Hợp đồng có điều khoản không phù hợp với các quy định khác của pháp Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và nguyên tắc chung về giao kết hợp đồng.

<sup>9</sup> Hoài Thu, *Khó xử lý cho vay nặng lãi bằng trần lãi suất*, <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/ebank/ngan-hang/kho-xu-ly-cho-vay-nang-lai-bang-tran-lai-suat-3315023.html>, truy cập ngày 10/7/2016.

<sup>10</sup> Cao Sỹ Kiên, *Cho vay tiêu dùng, lãi suất theo rủi ro nhưng không thể quá cao*, <http://tinnhanhchungkhoan.vn/tien-te/cho-vay-tieu->

mà các công ty tài chính (chủ thể cho vay chủ yếu) áp dụng là hợp lý, bởi chi phí vốn tại các công ty tài chính cao hơn các ngân hàng thương mại. Theo quy định tại Luật các TCTD, các công ty tài chính không được huy động vốn trực tiếp từ người dân mà phải huy động từ thị trường bán buôn có lãi suất cao là các tổ chức kinh tế, vay của các tổ chức tín dụng, Ngân hàng nhà nước dưới hình thức tái cấp vốn. Như vậy, mức lãi suất trần mà BLDS 2015 đưa ra là xa rời thực tế và cản trở sự vận hành của nền kinh tế thị trường.

Sự bất hợp lý về quy định mức lãi suất trần cho vay còn dẫn đến một thực tế nữa là, để né tránh các quy định trần lãi suất, các ngân hàng, tổ chức tài chính buộc phải đặt ra các khoản phí bên cạnh các thỏa thuận về lãi suất theo luật. Các khoản phí này nhằm đối phó với quy định pháp luật và cũng để đảm bảo khả năng sinh lợi từ hoạt động cho vay tiêu dùng.

### 3.3. Về hợp đồng cho vay

*Thứ nhất*, pháp luật quy định phải dành thời gian hợp lý để người tiêu dùng nghiên cứu hợp đồng cho vay tiêu dùng theo mẫu để họ hiểu và tránh những điều khoản rủi ro. Tuy nhiên, việc xác định khoảng “thời gian hợp lý” lại chưa có hướng dẫn cụ thể. Thực tế, khách hàng thường chỉ có khoảng thời gian rất ngắn tự đọc toàn bộ hoặc đọc theo hướng dẫn của nhân viên bên cho vay mà không được giải thích rõ về những nội dung của hợp đồng. Trong trường hợp khách hàng phát hiện ra rủi ro và yêu cầu sửa đổi thì bên cho vay từ chối và trả lời đó là chính sách chung cho tất cả các khách hàng. Do vậy, việc quy định về thời gian hợp lý thực tế đã bị vô hiệu hóa.

*Thứ hai*, về hình thức của hợp đồng. Các hợp đồng cho vay tiêu dùng thường rất dài, soạn thảo chi tiết và đẽ gọt nhẹ, các ngân hàng, tổ chức tài chính thường trình bày với cỡ chữ rất nhỏ (4, 5-6) trong khi NĐ 99/2011/NĐ-CP quy định cỡ chữ là 12. Vì vậy, người tiêu dùng thường bỏ qua, ngại đọc, hoặc chỉ đọc lướt và dừng lại ở ba điều khoản: giá thành, số lượng và chất lượng. Thực tế, các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng tín dụng tiêu dùng lại chủ yếu liên quan đến thời gian, phương thức thanh toán, thanh lý hợp đồng trước hạn, chậm thanh toán và các khoản phí liên quan đến hợp đồng mà không phải 03 điều khoản trên. Ngoài ra, quy định về ngôn ngữ tiếng Việt trong hợp đồng cũng gây khó khăn với các hợp đồng mẫu của các chi nhánh ngân hàng nước ngoài, ngân hàng, công ty tài chính có vốn đầu tư nước ngoài phải dịch sang tiếng Việt, và trong nhiều trường hợp dễ tạo điều kiện cho bên cho vay lợi dụng bất đồng ngôn ngữ để đưa ra những điều khoản bất lợi cho người tiêu dùng.

*Thứ ba*, về quy định đăng ký công khai các điều khoản của hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung. Hiện tại, có 11 nhóm hàng hóa dịch vụ thiết yếu bao gồm 02 nhóm thuộc dịch vụ tín dụng tiêu dùng cá nhân phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung, nhưng thực tế có rất ít doanh nghiệp thực hiện. Theo báo cáo thống kê Tổng kết công tác bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng giai đoạn 2011-2015, số hồ sơ đăng ký gồm 607 hồ sơ cho 11 lĩnh vực trong năm 2015<sup>11</sup>, rất khiêm tốn với một nền kinh tế đang phát triển như Việt Nam. Thách thức đặt ra với cơ quan quản lý nhà nước trong việc yêu cầu bên kinh doanh đăng ký

[dung-lai-suot-theo-rui-ro-nhung-khong-the-qua-cao-150070.html](http://dung-lai-suot-theo-rui-ro-nhung-khong-the-qua-cao-150070.html), truy cập ngày 15/7/2016.

<sup>11</sup> Nguồn, <http://www.vca.gov.vn>.

công khai hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung theo đúng quy định pháp luật còn do sự thiếu vắng các quy định cụ thể về thời hạn nộp hồ sơ đăng ký. Nếu các bên không thực hiện nghĩa vụ này thì chế tài áp dụng chỉ là phạt hành chính, đã dẫn đến thực tế các bên kinh doanh né tránh việc thực hiện nghĩa vụ.

Ngoài ra, về thẩm quyền đăng ký thuộc về Bộ Công Thương và các Sở Công Thương, có ý kiến cho rằng việc quy định cơ quan nhà nước kiểm soát hợp đồng dẫn đến sự can thiệp quá sâu của Nhà nước vào các quan hệ hợp đồng<sup>12</sup>. Tuy nhiên, theo quan điểm tác giả, bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng ở Việt Nam hiện nay đang trong giai đoạn đầu, trong bối cảnh quyền lợi người tiêu dùng thường bị vi phạm, nhận thức và trách nhiệm của xã hội, của doanh nghiệp đối với công tác này chưa cao, người tiêu dùng thường ở vị thế yếu hơn trong quan hệ giao dịch với doanh nghiệp. Vì vậy, việc can thiệp của Nhà nước nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong giai đoạn này là hợp lý.

*Thứ tư*, nghiên cứu các hợp đồng theo mẫu đang sử dụng tại các ngân hàng, tổ chức tài chính có thể thấy, còn rất nhiều những thỏa thuận bất lợi cho người tiêu dùng. Chẳng hạn, trong hợp đồng mở tài khoản thẻ của Ngân hàng Nông nghiệp và phát triển nông thôn (Agribank), “Trường hợp thẻ bị lợi dụng trước khi ngân hàng có xác nhận bằng văn bản hoặc bằng thông điệp dữ liệu có giá trị pháp lý về việc đã xử lý thông báo nhận được từ khách hàng và trước thời điểm khóa thẻ, khách hàng phải hoàn toàn chịu trách nhiệm và bồi thường

thiệt hại do việc thẻ bị lợi dụng gây ra”<sup>13</sup>. Theo quy định này, Agribank đẩy rủi ro khi thẻ bị lợi dụng về phía khách hàng, cả trong trường hợp nhân viên ngân hàng làm sai quy trình xử lý khóa thẻ hoặc chậm trễ trong việc khóa thẻ dẫn đến việc thẻ bị lợi dụng gây thiệt hại cho khách hàng.

*Thứ năm*, mặc dù, loại hợp đồng này sử dụng rất phổ biến không chỉ trong lĩnh vực tín dụng tiêu dùng mà còn trong nhiều lĩnh vực khác của đời sống xã hội như cung cấp điện, nước, internet, điện thoại, các hợp đồng bảo hiểm, chứng khoán, hợp đồng sử dụng các websites,... nhưng sự hiểu biết về tính ràng buộc trọn gói của loại hợp đồng này còn mơ hồ trong đại bộ phận dân chúng. Vì vậy, trong nhiều trường hợp, người tiêu dùng đã ký những điều khoản bất lợi cho mình.

#### 4. Một số kiến nghị

##### *Một là, về lãi suất*

Ngân hàng Nhà nước cần điều chỉnh lại mức lãi suất trần. Con số 150% lãi suất cơ bản do Ngân hàng Nhà nước ấn định như hiện nay hay 20%/năm từ 1/1/2017 đều là thấp và không khả thi so với thực tế. Hoạt động cho vay tiêu dùng mang tính đặc thù là chứa đựng rủi ro cao, vì thế mức lãi suất cho vay phải cao hơn so với các hình thức vay vốn khác. Vì vậy, pháp luật phải phản ánh sự đặc thù này trong các quy định pháp luật chuyên biệt. Theo các chuyên gia tài chính<sup>14</sup>, việc ấn định lãi suất trần trong cho

<sup>12</sup> Trần Ngọc Diệp, *Pháp luật về hợp đồng mẫu theo quy định pháp luật Việt Nam*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở, Đại học Thương mại 2016, tr. 45.

<sup>13</sup> Điều 5 Hợp đồng mở tài khoản thẻ Agribank, được trích dẫn bởi Trần Ngọc Diệp, “Pháp luật về hợp đồng mẫu theo quy định pháp luật Việt Nam”, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở, Đại học Thương mại 2016, tr. 51.

<sup>14</sup> Hoài Thu, *Khó xử lý cho vay nặng lãi bằng trần lãi suất*, <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/ebank/ngan-hang/kho-xu-ly-cho-vay-nang-lai->

vay tiêu dùng sẽ hạn chế sự phát triển của các kênh cho vay chính thức và khuyến khích các hoạt động cho vay tự phát như các tiệm cầm đồ và các quỹ tín dụng đen. Hơn nữa, theo kinh nghiệm của các nước, hoạt động cho vay tiêu dùng chịu sự quản lý chặt chẽ bởi nhà nước và các tổ chức bảo vệ người tiêu dùng. Thực tế ở các nước như Anh, Australia, lãi suất vay tiêu dùng cao hơn rất nhiều so với lãi suất cho vay thông thường và cũng có sự kiểm soát chặt chẽ từ phía các cơ quan nhà nước. Tuy nhiên, tại các nước này, Nhà nước hạn chế tối đa sự can thiệp hành chính vào lãi suất mà về cơ bản lãi suất cho vay tiêu dùng là do các bên thỏa thuận. Nhà nước chủ yếu thực hiện chức năng giám sát về tính minh bạch hóa thông tin, về quy định các điều kiện đăng ký kinh doanh đối với bên cho vay, yêu cầu về trách nhiệm thẩm định độ tin cậy của các hợp đồng vay từ phía các ngân hàng và công ty tài chính. Ví dụ, Cơ quan thực thi tài chính Vương quốc Anh quy định về lãi suất trần đối với các khoản vay tiêu dùng ngắn hạn (high-cost-short-term credit loans) là 0,8 %/ngày (tức 292%/năm), phí đòi nợ không được quá £15 và tổng lãi và phí mà người tiêu dùng phải trả cho 1 khoản vay không được phép vượt quá 100% giá trị khoản vay, còn các hình thức khác theo thỏa thuận<sup>15</sup>. Quy định về lãi suất của Anh rất mềm dẻo, mức lãi suất trần có quy định nhưng ở biên độ cực lớn trong sự so sánh với mức lãi suất cho vay tiêu dùng trên thị

[bang-tran-lai-suot-3315023.html](http://bang-tran-lai-suot-3315023.html), truy cập ngày 10/7/2016.

<sup>15</sup> Financial Conduct Authority (FCA), *Detail rules for the price cap on high – cost – short – term credit; Including feedback CP 14/10 and final rules*, Policy Statement PS 14/16 (12/2014), <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps14-16.pdf>, truy cập ngày 12/10/2016.

trường của Anh hiện tại chỉ ở mức 4% năm<sup>16</sup>. Tại Australia, không có lãi suất trần cho vay tiêu dùng đối với ngân hàng và các tổ chức tín dụng. Tuy nhiên, Luật bảo vệ tín dụng tiêu dùng quốc gia Australia 2009 (sửa đổi năm 2012) cấm các khoản vay < 2000 AUD (gọi là khoản vay nhỏ) dưới 15 ngày<sup>17</sup>. Đối với khoản vay nhỏ này mà thời hạn vay từ 16 ngày đến 1 năm, Luật bảo vệ tín dụng tiêu dùng Australia không quy định giới hạn lãi suất, nhưng có quy định giới hạn tối đa các khoản phí (fee limites for small amount loans): phí ban đầu (on-off establishment fee) không được vượt quá 20% tổng giá trị khoản vay, phí duy trì tài khoản vay (monthly account keeping fee) không được quá 4% tổng giá trị khoản vay và phí thu hồi nợ (default fees or charges – khoản phí áp dụng khi khách hàng không chịu trả nợ) không được phép vượt quá 200% tổng giá trị khoản vay. Đối với khoản vay từ \$2001-\$5000, thời hạn vay từ 16 ngày đến 2 năm, phí ban đầu là \$400, lãi suất trần hàng năm (maximum annual interest fee) là 48%/năm bao gồm tất cả các loại phí. Các khoản vay từ \$5000 với thời hạn từ 2 năm trở lên thì mức lãi suất trần là 48% /năm gồm tất cả các loại phí<sup>18</sup>. Mức lãi suất trần theo quy định của Australia có thể

<sup>16</sup> Jill Treanor, “Interest rates on personal loans fall to lowest level on record” *The Guardian (online)* (13/7/2015), <https://www.theguardian.com/business/2015/jul/13/interest-rates-personal-loans-fall-lowest-levels-on-record>.

<sup>17</sup> Xem tại Federal Register of Legislation, *National Consumer Credit Protection 2009*, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2014C0041>; ASIC, *Consumer Credit Regulation*, <https://www.moneysmart.gov.au/borrowing-and-credit/consumer-credit-regulation>.

<sup>18</sup> ASIC, *Consumer Credit Regulation*, <https://www.moneysmart.gov.au/borrowing-and-credit/consumer-credit-regulation>.

nói là rất cao bởi lẽ mức lãi suất cho vay tiêu dùng hiện tại trên thị trường tại Australia chỉ giao động từ 4.75%/năm<sup>19</sup>. Tại Mỹ, liên bang Mỹ không quy định giới hạn lãi suất đối với cho vay tiêu dùng. Tùy điều kiện, chính quyền các bang có thể quy định quản lý lãi suất trần đối với vay tiêu dùng, chủ yếu đối với các khoản vay thế chấp lương và vay tiêu dùng trả góp<sup>20</sup>.

Hơn nữa, ở Việt Nam, để lành mạnh, minh bạch hóa thị trường cho vay tiêu dùng thì việc quản lý chung lãi suất trần hiện nay không tạo ra sự chủ động cho các ngân hàng và công ty tài chính trong nâng cao khả năng cạnh tranh, quản lý rủi ro, phân bổ vốn. Vì vậy, trước mắt cần phải có những quy định riêng về lãi suất đối với hoạt động cho vay tiêu dùng, không phân biệt là của ngân hàng hay các công ty tài chính. Theo đó, mức lãi suất trần cho vay tiêu dùng nên cao hơn khá nhiều so với các hoạt động tín dụng khác. Có như vậy mới bù đắp được những rủi ro lớn của hoạt động này, để đảm bảo các tổ chức cho vay duy trì được khả năng sinh lời, đồng thời giúp người tiêu dùng quen với suy nghĩ lãi suất cho vay tiêu dùng phải cao hơn so với loại hình cho vay khác. Sự quy định riêng này cũng hoàn toàn phù hợp với Điều 468 BLDS 2015 về “trường hợp pháp luật có quy định khác”. Trong dài hạn, nhà nước cần đẩy mạnh cơ chế kiểm soát gián tiếp hoạt động cho vay tiêu dùng thay vì sử dụng công cụ lãi suất trần. Cụ thể, có thể ban hành các quy định riêng về quy chế, điều kiện hoạt động của

các công ty tài chính trong thực hiện cho vay tiêu dùng; quy định quy trình, giới hạn rủi ro, tăng cường cơ chế giám sát thông tin đảm bảo tính minh bạch trong việc tính toán áp dụng lãi suất tại các công ty tài chính...

#### **Hai là, về hợp đồng cho vay tiêu dùng**

- Cần có quy định cụ thể về “thời gian hợp lý” nghiên cứu hợp đồng để bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong những trường hợp không được đọc, hiểu hợp đồng do thời gian bị hạn chế. Đối với các hợp đồng tín dụng cho vay mua nhà, xe ô tô hay các khoản vay có giá trị lớn thì cần thiết phải có một khoảng thời gian dài hơn các loại hợp đồng khác để bên vay có đủ thời gian tự đọc hoặc xin ý kiến chuyên gia. Thời gian này rất quan trọng để phòng tránh những rủi ro xảy ra trong quá trình thực hiện hợp đồng.

- Về hình thức hợp đồng. Có ý kiến cho rằng, việc quy định cỡ chữ 12 trong hợp đồng là có lợi cho người tiêu dùng nhưng ở góc độ doanh nghiệp có thể tạo ra một số lo ngại với những hợp đồng mẫu có nội dung rất dài, việc để cỡ chữ lớn sẽ dẫn đến sự công kênh về giấy tờ, thêm chi phí. Theo chúng tôi, việc quy định về cỡ chữ như vậy là phù hợp với bối cảnh hiện nay, tuy nhiên trong tương lai, khi ý thức về quyền lợi của người tiêu dùng đã được tăng lên thì cần cân nhắc việc bỏ quy định này và thay vào đó những quy định mang tính thực chất hơn, như buộc bên kinh doanh phải giới thiệu khái quát về từng điều khoản trong hợp đồng khi chuyển hợp đồng cho khách hàng bằng ngôn ngữ rõ ràng, dễ hiểu... Ngoài ra, để phù hợp với quá trình hội nhập thương mại quốc tế, cần quy định ngôn ngữ không chỉ là tiếng Việt mà có thể là ngôn ngữ do các bên thỏa thuận.

*(Xem tiếp trang 60)*

<sup>19</sup> Reserve Bank of Australia, *Interests ad Yields* (23/8/2016), <http://www.rba.gov.au/statistics/tables/> (truy cập ngày 10/7/2016).

<sup>20</sup> Nguyễn Đức Long, *Thực trạng lãi suất cho vay tiêu dùng và đề xuất giải pháp quản lý*, Tạp chí Ngân hàng số 12/2015.

# PHÁP LUẬT PHÒNG, CHỐNG RỬA TIỀN QUA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI VIỆT NAM

*Phạm Thị Giang Thu\**

**Tóm tắt:** Bài viết đề cập một số nội dung liên quan đến pháp luật phòng, chống rửa tiền qua ngân hàng thương mại ở Việt Nam dưới góc độ đánh giá và đề xuất hướng hoàn thiện.

**Abstract:** This article addresses some issues relating to law and regulation on anti-money laundering through Vietnamese commercial banks and makes relevant proposals.

## 1. Khái quát pháp luật về phòng, chống rửa tiền qua hệ thống ngân hàng thương mại

Rửa tiền là vấn đề đã được cộng đồng quốc tế xác định là hành vi phạm pháp. Có thể chỉ ra nhóm các văn bản pháp luật quốc tế cũng như pháp luật trong nước về phòng, chống rửa tiền như sau:

Một là, các khuyến nghị của Lực lượng đặc nhiệm tài chính toàn cầu (Financial Action Task Force - FATF)<sup>1</sup>. FATF đưa ra nhóm 40 + 9 khuyến nghị với hai nội dung cơ bản: thiết lập cơ sở pháp lý để nhận dạng, truy tìm, phong tỏa và tịch thu các khoản tiền bất hợp pháp liên quan đến rửa tiền, khủng bố, và các biện pháp phòng ngừa rửa tiền và tài trợ khủng bố. Nhóm các khuyến nghị này đã được điều chỉnh thành 40 khuyến nghị/chuẩn mực mới, theo đó FATF đưa ra khuôn khổ các biện pháp mà các quốc gia thành viên FATF cần thực hiện phù hợp với điều kiện cụ thể của mình.

Hai là, các cam kết và biện pháp phòng, chống rửa tiền qua hệ thống ngân hàng thương mại được quy định trong Công ước và Nghị quyết của Liên hợp quốc. Công ước Palermo năm 2000 về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và Công ước 1999 về chống tài trợ khủng bố; trong đó yêu cầu các quốc gia thành viên ban hành hệ thống pháp luật, thiết lập cơ chế giải quyết các vấn đề nêu trên<sup>2</sup>.

Ba là, các hướng dẫn của Ủy ban giám sát ngân hàng (Basel). Để phòng, chống rửa tiền cần sự tuân thủ pháp luật của chính ngân hàng thương mại. Rủi ro tuân thủ là một trong các nội dung được Basel quan tâm, bởi nó ảnh hưởng tới hệ thống pháp luật quốc gia và quy định nội bộ của ngân hàng thương mại. Nội dung mà Basel đề cập gắn với yêu cầu về phòng, chống rửa tiền là quy định về hướng dẫn phòng, chống rửa tiền và tài trợ cho hoạt động ngân hàng quốc tế (Cross-border banking)<sup>3</sup>.

\* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> Truy cập tại: <http://www.fatf-gafi.org>: fatf recommendations 2012 "International standards on combating money-laundering and the finan Đại học Luật Hà Nội cing of terrorism & proliferation - the FATF Recommenntdations, February 2012".

<sup>2</sup> Nguồn: Nghị quyết 1267 của Liên hợp quốc về Afghanistan, Nghị quyết 1373 ngày 28/9/2001 của Liên hợp quốc về phong tỏa, tịch thu tài sản của các phần tử khủng bố và tài trợ cho khủng bố.

<sup>3</sup> Truy cập: <http://www.bis.org/bcbs/publ/d375.htm>, "Basel II - The International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards - ICCMCS,

Bốn là, hệ thống pháp luật quốc gia quy định về phòng, chống rửa tiền và pháp luật có liên quan, bao gồm Luật về phòng, chống rửa tiền và các luật chuyên ngành khác như Luật Ngân hàng Nhà nước (Luật về ngân hàng trung ương), Luật Các tổ chức tín dụng (Luật về kinh doanh ngân hàng), Luật hình sự, Luật đầu tư... Việt Nam cũng đã ban hành các văn bản pháp luật cần thiết nhằm cụ thể hóa các khuyến nghị và cam kết quốc tế.

Theo khoản 1 Điều 4 Luật Phòng, chống rửa tiền 2012 của Việt Nam, rửa tiền là hành vi của tổ chức, cá nhân nhằm hợp pháp hóa nguồn gốc của tài sản do phạm tội mà có, bao gồm:

- Hành vi được quy định trong Bộ luật hình sự;

- Hành vi trợ giúp tổ chức, cá nhân hợp pháp hóa nguồn gốc tài sản do phạm tội mà có nhằm trốn tránh trách nhiệm pháp lý;

- Hành vi chiếm hữu tài sản, nhằm hợp pháp hóa nguồn gốc tài sản khi đã biết rõ tài sản đó do phạm tội mà có.

Như vậy, có thể thấy, nguồn gốc của “tiền bẩn” rất đa dạng, nhưng thường là kết quả của các hoạt động phạm pháp như:

- Buôn lậu, tham ô, lừa đảo;

- Do tham nhũng, nhận hối lộ của các nhà lãnh đạo quốc gia, các quan chức địa phương;

- Do lợi dụng chức vụ, địa vị trong bộ máy nhà nước mà có, như lợi dụng việc biết trước chủ trương, chính sách, quy hoạch... để trục lợi;

- Do mua bán nội gián;

- Do hoạt động chuyển giá, tổng tiền, tổ chức đánh bạc...

Thuật ngữ rửa tiền rất quan trọng, là căn cứ để các chủ thể xác định nghĩa vụ và trách nhiệm có liên quan. Thuật ngữ này ở Việt Nam về cơ bản đáp ứng các chuẩn mực chung của các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia như Công ước của Liên hợp quốc về chống buôn bán chất ma túy<sup>4</sup>; Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia<sup>5</sup>, các chuẩn mực quốc tế về phòng, chống rửa tiền<sup>6</sup>.

Hành vi rửa tiền thông qua ngân hàng thương mại thường thể hiện dưới các hình thức:

a. Hoạt động gửi tiền và nhận các dịch vụ thanh toán qua ngân hàng thương mại, bao gồm:

- Thực hiện các giao dịch đáng ngờ;

- Thực hiện các giao dịch có giá trị lớn;

- Thực hiện các hoạt động chuyển tiền quốc tế;

b. Nhận dịch vụ tín dụng và hoạt động đầu tư, nhận ủy thác đầu tư của ngân hàng thương mại.

c. Đầu tư vào hệ thống các ngân hàng thương mại thông qua việc nắm giữ cổ phần hoặc mua lại ngân hàng thương mại.

## **2. Thực trạng thực thi pháp luật phòng, chống rửa tiền qua hệ thống ngân hàng thương mại Việt Nam và một số đề xuất**

a. Đối với hoạt động gửi tiền và nhận các dịch vụ thanh toán qua ngân hàng thương mại

Việt Nam đang áp dụng phương thức phổ biến để tìm ra các dấu hiệu rửa tiền hiện

2006" "Basel III - The Net Stable Funding Ratio: Frequently asked questions, 13 July 2016".

<sup>4</sup> Xem: Công ước Viên 1988 chống buôn bán bất hợp pháp chất ma túy và các chất hướng thần.

<sup>5</sup> Xem: Công ước Palermo năm 2000.

<sup>6</sup> Xem: Bản khuyến nghị 40 ngày 15/2/2012 của FATF tại Paris – Pháp.

nay là giám sát các giao dịch đáng ngờ<sup>7</sup> và giao dịch có giá trị lớn<sup>8</sup>. Giao dịch đáng ngờ và giao dịch có giá trị lớn không đồng nghĩa với giao dịch nhằm mục đích rửa tiền, nhưng có nhiều biểu hiện nhất của hành vi rửa tiền với mục đích làm sạch dấu hiệu bất minh (nguồn tiền đầu vào có thể là bất minh nhưng tiền rút khỏi ngân hàng thương mại được hiểu là tiền có nguồn gốc rõ ràng). Điều 8 Chương 2 Luật Phòng, chống rửa

tiền 2012 đã quy định về cách thức giám sát này, theo đó, việc kiểm soát được thực hiện thông qua các biện pháp nhận biết khách hàng. Từ năm 1994 đến nay, công việc này đã được triển khai trên diện rộng với các ngân hàng thương mại như là biện pháp bắt buộc và đạt kết quả đáng kể. thể hiện qua việc tiếp nhận và xử lý các báo cáo về giao dịch đáng ngờ của các ngân hàng thương mại.

**Số lượng các báo cáo về giao dịch đáng ngờ từ 2011-2015**

	2011	2012	2013	2014	2015
Ngân hàng thương mại Nhà nước	121	252	314	422	329
Ngân hàng thương mại cổ phần	185	189	267	297	869
Chi nhánh Ngân hàng Nhà nước, Ngân hàng Nhà nước	54	32	90	91	153
<b>Tổng</b>	<b>360</b>	<b>473</b>	<b>671</b>	<b>810</b>	<b>1351</b>

*Nguồn: Cơ quan thanh tra giám sát - Ngân hàng Nhà nước*

*(Ngân hàng thương mại nhà nước là Ngân hàng 100% vốn Nhà nước và Ngân hàng thương mại mà Nhà nước nắm cổ phần chi phối)*

Việc gia tăng các giao dịch đáng ngờ được báo cáo qua các năm không chỉ thể hiện nguy cơ tiềm ẩn của các hoạt động rửa tiền, mà còn là sự nỗ lực thu thập thông tin của các bộ phận liên quan đến hoạt động phòng, chống rửa tiền. Ở giai đoạn 2005-2010, số lượng giao dịch đáng ngờ được báo cáo rất khiêm tốn. Theo đó, cả giai đoạn chỉ có 474 báo cáo (tương đương giao dịch của năm 2012 giai đoạn 2011-2015).

Trong thời gian qua, các giao dịch có giá trị lớn, giao dịch đáng ngờ, giao dịch chuyển tiền quốc tế đều được Cục Phòng, chống rửa tiền xử lý theo Điều 23 Luật Phòng, chống rửa tiền; khoản 4, Điều 20 Nghị định 116/2013/NĐ-CP hướng dẫn Luật Phòng, chống rửa tiền ngày 4/10/2013 và thực hiện kết nối hiệu quả với các cơ quan có liên quan: Hải quan, công an. Tuy nhiên, vấn đề ở chỗ, việc nhận biết để chuyển cơ quan điều tra (theo Điều 20 Nghị định 116/2013/NĐ-CP) gắn chặt với các yếu tố nhận biết khách hàng nhưng việc nhận biết khách hàng lại do các ngân hàng

<sup>7</sup> Xem: Điều 22 Luật Phòng, chống rửa tiền 2012.

<sup>8</sup> Xem: Điều 21 Luật Phòng, chống rửa tiền 2012.

thương mại thực hiện. Vì vậy, việc bỏ lọt các giao dịch rửa tiền hoàn toàn có thể xảy ra. Thực tế cho thấy, các giao dịch chuyển tiền quốc tế ngày càng tăng, tỷ lệ thuận với khả năng rửa tiền quốc tế. Các tổ chức phòng, chống rửa tiền quốc tế cũng cảnh báo về phương thức thủ đoạn thực hiện qua ngân hàng thương mại như khách hàng có kỹ năng che giấu, sử dụng phương thức kỹ thuật tinh vi; thực hiện các giao dịch nhiều tầng, phức tạp nhằm tránh sự nghi ngờ của các nhân viên ngân hàng.

Tương tự với việc giám sát hoạt động chuyển tiền quốc tế, khả năng sử dụng thẻ thanh toán như một phương án rửa tiền cũng hoàn toàn có khả năng xảy ra. Tỷ lệ thanh toán bằng thẻ càng cao, việc nhận diện tính chân thực của chủ thẻ càng khó. Chủ thẻ có thể chuyển tiền vào tài khoản có khả năng thanh toán và người thực tế sử dụng thẻ có thể là chủ thẻ khác. Pháp luật hiện nay cũng không có quy định về việc chứng minh quyền sử dụng thẻ của người đang cầm thẻ. Nhận định này càng rõ khi các ngân hàng thương mại và trung tâm thanh toán thẻ không đặt ra yêu cầu sử dụng chữ ký điện tử (PIN) vào thời điểm thanh toán; không yêu cầu xác thực người thanh toán thẻ và chủ thẻ phải trùng khớp.

*b. Đối với nhận tín dụng và hoạt động đầu tư, ủy thác đầu tư của ngân hàng thương mại*

Đối với quan hệ cấp tín dụng, trường hợp cá nhân có thẩm quyền quyết định cấp tín dụng sai đối tượng hoặc tài trợ tín dụng với những điều khoản đặc biệt cho "người liên quan". Trong lĩnh vực ngân hàng, để hạn chế rủi ro, Ngân hàng Nhà nước đã ban hành Thông tư 36/2014/TT-NHNN ngày 20/11/2014 (đã được sửa đổi, bổ sung) quy

định rất chi tiết về nhóm người liên quan<sup>9</sup> gồm: người có liên quan của một tổ chức và người liên quan của cá nhân. Những nội dung này phù hợp với yêu cầu của Basel II và Basel III. Tuy nhiên, trên thực tế vẫn có nhiều vi phạm xảy ra. Điển hình là vụ việc của Ngân hàng Xây dựng, với những quan hệ cho vay "lòng vòng" để "tăng vốn điều lệ" không chỉ sai phạm trong quy định cho vay, mà còn dẫn đến tình trạng lượng tín dụng được cấp trở thành các khoản "tiền bản" khi sử dụng để "chăm sóc khách hàng đặc biệt"<sup>10</sup>. Theo cáo trạng, Phạm Công Danh cùng các cá nhân đã rút từ Ngân hàng Xây dựng hơn 18.000 tỷ đồng, trong đó có hơn 4.000 tỷ đồng dùng để "chăm sóc khách hàng"<sup>11</sup>.

Đối với dịch vụ bảo lãnh L/C cho khách hàng<sup>12</sup>, bộ chứng từ đi kèm L/C khó làm giả, nhưng hợp đồng thương mại lại có khả năng là làm giả, dẫn đến rủi ro cho ngân hàng nhận bảo lãnh. Điểm c khoản 3 Điều 22 Luật Phòng, chống rửa tiền ghi nhận dấu hiệu về khả năng đáng ngờ dưới hình thức "Sử dụng thư tín dụng và các phương thức tài trợ thương mại khác có giá trị lớn, tỷ lệ chiết khấu với giá trị cao so với bình thường" là chưa đầy đủ.

<sup>9</sup> Nguồn: khoản 15 Điều 3 Thông tư 36/2014/TT-NHNN ngày 20/11/2014 quy định các giới hạn, tỷ lệ bảo đảm an toàn trong hoạt động của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài (đã được sửa đổi, bổ sung).

<sup>10</sup> Xem: <http://vietnamnet.vn/vn/phap-luat/ho-so-vu-an/318229/dai-an-9-000-ty-pham-cong-danh-bat-khoc-giua-toa.html>, truy cập ngày 29/07/2016.

<sup>11</sup> Xem: <http://giaoduc.net.vn/Ban-doc/4000-ty-dong-duoc-chi-vao-cham-soc-khach-hang-trong-vu-an-Pham-Cong-Danh-post169778.gd>, truy cập ngày 29/07/2016.

<sup>12</sup> Đây là một hình thức cấp tín dụng phổ biến trong quan hệ mua bán hàng hóa quốc tế.

Bên cạnh hoạt động cấp tín dụng, ngân hàng thương mại có thể nhận ủy thác đầu tư. Thông qua ủy thác đầu tư với ngân hàng thương mại, tổ chức, cá nhân có thể đầu tư vào chứng khoán của chính ngân hàng thương mại cổ phần đó hoặc chứng khoán khác. Tiền vào của cá nhân, tổ chức có thể không hợp pháp, nhưng tiền thu được từ hoạt động ủy thác lại hợp pháp. Cá nhân cũng có thể mở tài khoản tiền gửi tại ngân hàng thương mại để thanh toán tiền đầu tư chứng khoán. Vì vậy, việc kiểm soát dòng tiền vào tài khoản đầu tư chứng khoán của nhà đầu tư hoàn toàn không dễ dàng. Luật Phòng, chống rửa tiền chưa quy định về vấn đề này. Do đó, cần bổ sung quy định nhằm phòng, chống rửa tiền thông qua hoạt động hợp tác đầu tư hoặc ủy thác đầu tư nêu trên.

*c. Đầu tư vào hệ thống các ngân hàng thương mại thông qua việc nắm giữ cổ phần hoặc mua lại ngân hàng thương mại*

Có thể nhận định rằng, nếu như các hành vi rửa tiền truyền thống đã được pháp luật Việt Nam quy định khá rõ ràng thì hình thức rửa tiền qua ngân hàng thương mại bằng hình thức nắm giữ cổ phần hoặc mua lại ngân hàng thương mại lại chưa được chú ý.

Hoạt động đầu tư vào các ngân hàng thương mại đang là mối quan tâm của rất nhiều nhà đầu tư, với mục đích khác nhau, trong đó không loại trừ việc đầu tư nắm giữ cổ phần của ngân hàng thương mại từ những nguồn tiền bất hợp pháp. Mặc dù chưa có bất cứ cuộc điều tra, khảo sát chính thức về mức độ hay quy mô rửa tiền, nhưng xét theo các tiêu chí nguy cơ tội phạm “rửa tiền” thì Việt Nam nằm trong nhóm có nguy cơ khá cao. Khả năng có thể xảy ra là:

- Việc mua lại cổ phiếu của các ngân hàng thương mại cổ phần với giá tốt (giá cao) để trở thành cổ đông lớn và bán lại với giá ưu

đãi (rút vốn). Mục tiêu của việc mua lại cổ phiếu không hướng tới lợi nhuận của hoạt động đầu tư mà là chuyển từ tiền có nguồn gốc bất hợp pháp sang nguồn thu nhập hợp pháp (bán phần đầu tư để thu hồi vốn). Điều này có thể diễn ra phức tạp và thường xuyên hơn khi hoạt động cơ cấu lại ngân hàng thương mại đang gấp rút ở Việt Nam.

- Nhận chuyển nhượng cổ phần của các cổ đông lớn để đảm bảo đúng quy định của Luật Các tổ chức tín dụng về giới hạn nắm giữ cổ phần. Đến cuối 2015, thông tin "Cổ đông lớn của Techcombank chạy trần sở hữu"<sup>13</sup> đã được nhiều nhà đầu tư cũng như nhà nghiên cứu quan tâm. Hàng loạt lãnh đạo chủ chốt của Ngân hàng Techcombank chào bán cổ phần cho cổ đông nội bộ nhằm giảm sở hữu vượt trần cho phép. Như vậy, ai sẽ là người có đủ vốn để mua số cổ phần cần bán với mức giá thị trường? Nguồn gốc của phần vốn được sử dụng để mua lại số cổ phần đó có xác định được hay không (để tránh tình trạng chuyển nhượng mang hình thức phần cổ phần vượt quá cho các tổ chức/cá nhân có mối quan hệ đặc biệt với người chuyển nhượng)? Pháp luật cũng chưa quy định cụ thể về việc chứng minh nguồn tiền hợp pháp của bên nhận chuyển nhượng nếu như bên nhận chuyển nhượng chưa phải là cổ đông lớn hay nhóm cổ đông lớn của công ty cổ phần đại chúng.

- Đầu tư có dấu hiệu đáng ngờ với tình trạng "vỏ bọc nhiều lớp" (thuê người đứng tên đầu tư/nắm giữ...).

Cũng có thể xuất hiện dấu hiệu rửa tiền quốc tế khi tổ chức/cá nhân Việt Nam nhận tiền từ công ty nước ngoài, nhưng tên giao dịch và địa chỉ của công ty nước ngoài thực

<sup>13</sup> Nguồn: <http://www.stockbiz.vn/News/2015/11/30/621195/co-dong-lon-techcombank-chay-tran-so-huu.aspx>, truy cập ngày 19/6/2016.

té không tồn tại. Từ sự kiện Hồ sơ Panama có thể nhận thấy, hoạt động đầu tư bằng nguồn thu nhập bất hợp pháp vào ngân hàng thương mại hoàn toàn có thể xảy ra nếu Việt Nam không có phương án luật hóa quy định về các biện pháp nhận diện vỏ bọc trong đầu tư. Các lớp vỏ bọc có thể thực hiện rất đa dạng: dòng tiền có thể được chuyển ra nước ngoài bằng tiền mặt, thuê người nước ngoài đứng tên đầu tư và thực hiện các hành

vi chuyển tiền dưới sự chỉ đạo trực tiếp của người sở hữu thực sự tài sản nhưng có ý định che giấu với nhiều mục tiêu khác nhau.

Vì vậy, pháp luật cần bổ sung quy định nhằm xử lý những trường hợp rửa tiền thông qua nhiều vỏ bọc, đặc biệt đối với những trường hợp vỏ bọc xuyên biên giới (tiền bản thực tế từ Việt Nam, thuê người nước ngoài thực hiện hoạt động góp vốn, mua cổ phần tại ngân hàng thương mại).

---

*(Tiếp theo trang 54 – Pháp luật về cho vay ...)*

- Về vấn đề đăng ký công khai hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung. Trước hết, các cơ quan nhà nước cần tuyên truyền, phổ biến về lợi ích tích cực của việc bên kinh doanh thực hiện đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung (như tăng vị thế, uy tín, lòng tin của người tiêu dùng đối với doanh nghiệp, giảm chi phí phát sinh do kiện tụng với người tiêu dùng vì đã qua khâu tiền kiểm tại cơ quan quản lý nhà nước). Đồng thời, cần có chế tài đủ mạnh để doanh nghiệp nghiêm túc thực hiện nghĩa vụ của mình. Bên cạnh đó, theo quan điểm tác giả, để tránh gánh nặng hành chính cho cơ quan nhà nước, nên chăng nhà nước cân nhắc việc xây dựng và thực hiện cơ chế phối hợp, hợp tác với các tổ chức xã hội, ngành nghề (ví dụ Hội bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng,...) có năng lực, uy tín và chuyên môn để hỗ trợ việc rà soát, đánh giá các hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung thuộc diện kiểm soát, từ đó kiến nghị cơ quan quản lý nhà nước phương án thực hiện. Như vậy, việc kiểm soát, đăng ký hợp đồng theo mẫu của doanh nghiệp với người tiêu dùng có thể được tiến hành theo thủ tục đơn giản, thuận tiện và được thẩm định bởi những chuyên gia có chuyên môn.

- Để hạn chế việc các tổ chức, cá nhân kinh doanh đưa vào những điều khoản thoái thác trách nhiệm, hay điều khoản bất lợi cho người tiêu dùng thì bên cạnh việc kiểm soát đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung cần có những chiến dịch tuyên truyền phổ biến pháp luật đến người tiêu dùng về quyền lợi của người tiêu dùng. Cần tuyên truyền về nội dung các quyền lợi của người tiêu dùng khi tham gia vào các hợp đồng tín dụng tiêu dùng. Bên cạnh đó, người tiêu dùng cần biết và nên sử dụng cơ chế khởi kiện thông qua các tổ chức xã hội bảo vệ người tiêu dùng khi bên kinh doanh có sự xâm phạm đến lợi ích của người tiêu dùng, bên kinh doanh đưa vào hợp đồng các điều khoản bất lợi cho người tiêu dùng, thoái thác trách nhiệm, bỏ qua quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng của người tiêu dùng trong những hợp đồng giao kết từ xa, hợp đồng dịch vụ liên tục, hợp đồng bán hàng tại cửa. Thông qua cơ chế khiếu kiện này, người tiêu dùng có thể chủ động tự bảo vệ quyền lợi của mình ngay cả khi các hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung chưa nộp hồ sơ, chưa được đăng ký công khai thông tin tại các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

# HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG VÀ BẢO HỘ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ

*Lê Mai Thanh\**

**Tóm tắt:** Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) là Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới. Sở hữu trí tuệ<sup>1</sup> là một trong những nội dung quan trọng trong TPP. Bên cạnh các tiêu chuẩn bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ theo Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), TPP cũng ghi nhận tiêu chuẩn bảo hộ, yêu cầu thực thi quyền sở hữu trí tuệ sâu và rộng hơn liên quan đến một số đối tượng đặc thù đối với các nước thành viên của TPP, trong đó có Việt Nam. Bài viết phân tích các điểm mới của TPP nói chung và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ nói riêng nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam thích ứng với yêu cầu của TPP.

**Abstract:** The Trans-Pacific Partnership Agreement (TPP) is a new generation free trade agreement. Intellectual property is one of the most important issues of TPP. TPP requires its members including Vietnam to establish new intellectual property protection and enforcement standards which are WTO TRIPS plus. This article analyses new issues of intellectual property protection under TPP in the context of improving Vietnamese law for TPP compatibility.

**T**rong quá trình hợp tác hội nhập kinh tế quốc tế, một trong những nội dung được chú trọng đàm phán ký kết giữa các quốc gia là vấn đề bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ (SHTT)<sup>1</sup>. Mặc dù chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đều hướng tới thúc đẩy sáng tạo, tiếp cận thị trường và cân bằng quyền của chủ sở hữu với khả năng thụ hưởng, khai thác của cộng đồng, nhưng nhu cầu thực tế bảo hộ quyền SHTT tại các nền kinh tế sẽ không giống nhau dẫn đến những rào cản thương mại khác biệt tại các thị trường. Vì vậy, các quốc gia buộc phải thỏa thuận về các nguyên tắc, tiêu chuẩn

bảo hộ, phương thức và biện pháp thực thi quyền SHTT chung nhằm đảm bảo sự cạnh tranh công bằng trong quá trình khai thác những yếu tố thương mại của quyền SHTT tại khu vực thương mại tự do.

Đối với Việt Nam, tác động hội nhập kinh tế đối với chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ được đánh dấu qua các sự kiện như ký kết Hiệp định thương mại Việt Nam - Hoa Kỳ năm 2000 với nội dung bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ theo nền tảng Hiệp định về các khía cạnh thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPs – WTO); trở thành thành viên WTO với nghĩa vụ tuân thủ TRIPs và ký kết một số Hiệp định thương mại tự do (FTAs), trong đó đặc biệt là TPP với nội dung bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ cao hơn, rộng hơn TRIPs.

Vậy nên, việc nhận diện những vấn đề mới đặt ra trong bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ

\* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết được công bố trong khuôn khổ thực hiện Đề tài cấp Bộ “Hoàn thiện pháp luật Việt Nam thích ứng yêu cầu của TPP”.

<sup>1</sup> Bài viết sử dụng thuật ngữ sở hữu trí tuệ căn cứ theo Luật Sở hữu trí tuệ hiện hành mà không bàn luận về cách sử dụng thuật ngữ tương đương khác.

nhằm đáp ứng các cam kết của Việt Nam là việc làm cần thiết.

### 1. TPP và vai trò trong hợp tác khu vực

Tại một trong những khu vực sôi động và chiếm tỷ trọng thương mại lớn của thế giới<sup>2</sup>, các quốc gia ven Thái Bình Dương đã thỏa thuận, ký kết TPP như dạng hình mẫu FTA thế hệ mới. Đánh giá về TPP, các nhà lãnh đạo trong khuôn khổ Diễn đàn APEC<sup>3</sup> khẳng định: TPP với các tiêu chuẩn đi tiên phong cho các quy tắc thương mại mới; là một hình mẫu cho các hiệp định thương mại trong tương lai và là tiền đề tiến tới mục tiêu xây dựng một khu vực thương mại tự do ở châu Á - Thái Bình Dương<sup>4</sup>.

TPP thiết lập một khu vực thương mại tự do xuyên Thái Bình Dương trong phạm vi 12 nước đối tác bao gồm: New Zealand, Brunei, Chile, Singapore, Australia, Peru, Hoa Kỳ, Malaysia, Việt Nam, Canada, Mexico và Nhật Bản. Các bên đã kết thúc đàm phán vào ngày 5/10/2015 và ký kết TPP vào ngày 4/2/2016.

Thời điểm TPP có hiệu lực được xác định theo các mốc thời gian với giả thiết khác nhau. Trong 2 năm kể từ khi ký kết, nếu tất cả các nước phê chuẩn và nộp lưu chiểu thì Hiệp định sẽ có hiệu lực sau 60 ngày kể từ khi 12 thành viên phê chuẩn. Trường hợp 12 nước TPP không cùng phê chuẩn trong thời gian này, Hiệp định sẽ có

hiệu lực sau 60 ngày kể từ thời điểm kết thúc 2 năm đó nếu ít nhất 6 nước đã ký kết có tổng thu nhập quốc dân chiếm ít nhất 85% tổng thu nhập của các nước TPP (tại thời điểm 2013 theo công bố của Quỹ tiền tệ quốc tế) phê chuẩn Hiệp định. Sau 2 năm ký kết (ngày 4/2/2018), nếu không xảy ra tình huống như trên thì hiệu lực TPP sẽ phát sinh sau 60 ngày kể từ khi ít nhất 6 quốc gia ký kết Hiệp định có tổng thu nhập quốc dân chiếm ít nhất 85% thu nhập của các nước TPP (tại thời điểm 2013 theo công bố của Quỹ tiền tệ quốc tế) phê chuẩn Hiệp định<sup>5</sup>. Các quốc gia thành viên cũng có thể rút khỏi Hiệp định trên cơ sở gửi văn bản thông báo đến quốc gia lưu chiểu Hiệp định (New Zealand) và việc chấm dứt tư cách thành viên sẽ có hiệu lực sau 6 tháng kể từ khi gửi thông báo<sup>6</sup>. Như vậy, TPP có thể có hiệu lực trước hoặc sau 2 năm kể từ ngày 12 nước ký kết với mốc là tháng 2/2018. Và một khi 12 nước không đồng thuận phê chuẩn trong 2 năm kể từ khi ký kết thì hiệu lực của TPP sẽ bắt đầu sớm nhất là tháng 4/2018 (60 ngày sau 2 năm kể từ thời điểm ký kết - ngày 4/2/2016).

So với các FTAs cũng như các thỏa thuận thương mại khác, Hiệp định TPP giữa 12 nước tác động lớn tới nền kinh tế và thể chế pháp lý của Việt Nam.

Xuất phát điểm, TPP hình thành từ Hiệp định đối tác kinh tế chiến lược xuyên Thái Bình Dương (P4) được thỏa thuận giữa 4 quốc gia là Brunei, Singapore, Chi Lê và New Zealand vào năm 2005. Mục tiêu các

<sup>2</sup> 40% GDP thế giới: Tham khảo Tóm tắt TPP của Văn phòng đại diện thương mại Hoa Kỳ qua trang web chính thức <https://ustr.gov/tpp/>

<sup>3</sup> 12 nước đàm phán TPP đều là thành viên APEC (12/21 thành viên APEC) <http://www.apec.org/About-Us/About-APEC/Member-Economies.aspx>.

<sup>4</sup> Tuyên bố chung của các nhà lãnh đạo TPP bên lề APEC 2013.

<sup>5</sup> Căn cứ vào khoản 1-3, Điều 30.5 TPP (bản chính thức tiếng Anh).

<sup>6</sup> Điều 30.6 và khoản 1 Điều 30.7 TPP (bản chính thức tiếng Anh).

bên hướng tới là thiết lập Hiệp định mẫu thu hút các quốc gia Thái Bình Dương<sup>7</sup>. Sau khi đàm phán P4 kết thúc, nội dung cũng như chủ thể tham gia đàm phán được mở rộng.

So với các FTA, TPP ghi nhận: mức độ cam kết cao hơn; diện cam kết rộng hơn; những lĩnh vực mới không đơn thuần về thương mại như quyền tự do tham gia và lập hội của người lao động; mua sắm của Chính phủ; doanh nghiệp nhà nước; môi trường; minh bạch và chống tham nhũng...

## 2. Sở hữu trí tuệ trong TPP

Nội dung về SHTT là một trong những vấn đề phức tạp gây nhiều tranh luận trong quá trình đàm phán.

Nếu như Việt Nam gia nhập WTO trên cơ sở chấp nhận luật chơi được ấn định thì đàm phán TPP dựa trên vị thế bình đẳng giữa các thành viên; hay nói cách khác, Việt Nam có thể chủ động đề xuất, thảo luận các phương án phù hợp với nhu cầu, lợi ích và năng lực thực thi của mình. Mặc dù vậy, các phương án đưa ra trong từng chương, mục của TPP luôn thể hiện dấu ấn, tác động của một vài thành viên. Chương 18 về SHTT của TPP với các tiêu chuẩn bảo hộ cao và rộng hơn các đối tượng của quyền SHTT so với Hiệp định về các khía cạnh thương mại của quyền SHTT trong khuôn khổ WTO (TRIPs), cũng như các thỏa thuận trước đó giữa các thành viên thể hiện khá rõ nét phương án được Hoa Kỳ đề xuất. Điều này xuất phát từ lợi ích của Hoa Kỳ khi họ là nước đi đầu trong nhiều lĩnh vực tiên tiến. Mỗi năm Hoa Kỳ đầu tư 450 tỷ đô la, chiếm

30% vốn đầu tư của các nước Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) cho nghiên cứu sáng tạo. Vậy nên Hoa Kỳ theo đuổi chính sách bảo hộ quyền SHTT chặt chẽ để tăng năng lực sản xuất các sản phẩm trong lĩnh vực dược phẩm, y tế, giải trí, vũ trụ, internet, nông phẩm, công nghệ số... nhằm tạo việc làm (40 triệu lao động trong năm 2012) và thu phí từ khai thác quyền SHTT của cả thế giới (39%). Đặc biệt, Hoa Kỳ chú trọng đến thị trường châu Á - Thái Bình Dương với 3,2 tỷ dân (đến 2030) nhằm cung cấp thuốc, sản phẩm công nghệ, phim, vệ tinh, máy bay cho các Chính phủ và doanh nghiệp<sup>8</sup>. Mặc dù thị trường lớn nhưng khu vực này cũng nổi lên với các vấn đề vi phạm quyền SHTT; tỷ lệ hàng giả, ăn trộm bí mật kinh doanh trong môi trường kỹ thuật số cao. Vì vậy, Hoa Kỳ buộc phải theo đuổi thỏa thuận bảo hộ chặt chẽ đối với quyền SHTT, như vấn đề cân bằng giữa phát triển thuốc mới và tiếp cận thuốc thông thường trong quan hệ giữa các nước TPP nhằm bảo vệ quyền lợi cho chính mình. Các tiêu chuẩn đó tương đồng với pháp luật bảo hộ quyền SHTT của Hoa Kỳ<sup>9</sup> nhưng lại là tiêu chuẩn bảo hộ cao hơn, rộng hơn và tạo ra thách thức lớn đối với Việt Nam. Trong giai đoạn đàm phán từ 2010 đến khi kết thúc, Việt Nam đã chủ động đề xuất, thương lượng từ góc độ lợi ích của một quốc gia đang phát triển.

<sup>7</sup> <http://mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/2-Trade-Relationships-and-Agreements/Trans-Pacific/index.php> trang web của Bộ Ngoại giao và Ngoại thương New Zealand truy cập ngày 10/3/2016.

<sup>8</sup> Tham khảo "The TPP Leveling the playing field for American workers & American businesses", Executive Office of the President - Office of the United States Trade Representative, <https://ustr.gov/tpp>, truy cập ngày 20/7/2016.

<sup>9</sup> Economic Counselor John Hill remarks at National IPR Campaign "Vietnamese Businesses and IPR Enforcement in the TPP", April 20, 2016.

Cuối cùng, Chương 18 TPP về SHTT đã được thông qua với 7 Mục (Mục A đến Mục K - quy định chung; hợp tác; nhãn hiệu; tên quốc gia; sáng chế và các dữ liệu chưa bộc lộ và dữ liệu thử nghiệm; kiểu dáng công nghiệp; quyền tác giả và quyền liên quan; thực thi; điều khoản cuối cùng) gồm 83 Điều (từ 18.1 đến 18.83).

Chương 18 TPP nâng cao yêu cầu bảo hộ quyền SHTT so với tiêu chuẩn chung trong khuôn khổ WTO (TRIPs).

Về mục tiêu bảo hộ, Chương 18 TPP thúc đẩy mạnh mẽ và cân bằng giữa tiêu chuẩn bảo hộ và tiêu chuẩn thực thi quyền SHTT. Việc bảo hộ phải thúc đẩy sáng tạo, ngăn ngừa xâm phạm quyền, nâng cao ý thức xã hội và vì phúc lợi kinh tế. Bên cạnh các đối tượng bảo hộ truyền thống theo TRIPs, TPP còn đưa vào Chương 18 những dấu hiệu có nguy cơ gây cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực SHTT như tên quốc gia, tên miền sử dụng trong môi trường số.

TPP ghi nhận các tiêu chuẩn bảo hộ sản phẩm sáng tạo căn cứ trên TRIPs nhưng ở mức rộng hơn và cao hơn.

Điều 18.3 xác định các Nguyên tắc trong đó các bên có thể xây dựng hoặc sửa đổi luật pháp của mình nhằm thực hiện mục tiêu của TPP nếu các biện pháp đó cần thiết và phù hợp với quy định của Chương 18; tránh việc lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ từ chủ sở hữu quyền cũng như việc hạn chế thương mại hoặc tác động tiêu cực đến chuyển giao công nghệ quốc tế.

Các quốc gia thành viên thừa nhận việc bảo hộ nhằm thúc đẩy sự đổi mới và sáng tạo; tạo điều kiện cho việc truyền bá thông tin, kiến thức, công nghệ, văn hóa và nghệ thuật; thúc đẩy cạnh tranh và mở cửa thị

trường hiệu quả thông qua hệ thống sở hữu trí tuệ của nước mình. Các bên cam kết tuân thủ nguyên tắc minh bạch và công bằng, có tính đến lợi ích của các nhà đầu tư liên quan, bao gồm cả chủ sở hữu quyền, người cung cấp dịch vụ, người sử dụng và công chúng.

Mỗi nước thành viên sẽ tự do quyết định cách thích hợp thực hiện cam kết về SHTT trong phạm vi hệ thống pháp luật và thông lệ của mình.

Các bên thừa nhận cần thúc đẩy sáng chế dược phẩm, nhưng vẫn bảo đảm khả năng tiếp cận thuốc khi tính đến các cuộc chiến chống lại đại dịch (tái khẳng định Tuyên bố năm 2001 của WTO về TRIPs và Sức khỏe cộng đồng; thành viên TPP không bị hạn chế khi áp dụng các biện pháp bảo vệ sức khỏe cộng đồng như trường hợp đại dịch HIV/AIDS).

Điều 18.7 quy định, ngoài những điều ước quốc tế mà các bên đã là thành viên như Hiệp định Hợp tác về bằng sáng chế (sửa đổi bổ sung ngày 28/9/1979); Công ước Paris; và Công ước Berne, các bên phải trở thành thành viên của các điều ước sau: Nghị định thư Madrid (Việt Nam đã là thành viên); Hiệp định quốc tế về sự công nhận quốc tế đối với việc nộp lưu chủng vi sinh nhằm tiến hành các thủ tục về patent (Hiệp định Budapest 1977 yêu cầu các quốc gia thành viên phải công nhận việc nộp lưu chủng vi sinh tại bất cứ quốc gia nào trong quá trình tiến hành thủ tục bảo hộ sáng chế); Hiệp định Singapore về Luật Nhãn hiệu (nhằm thiết lập khuôn khổ hệ thống thủ tục hài hòa thuận lợi đăng ký nhãn hiệu trong lĩnh vực công nghệ tương tác); Công ước về bảo hộ giống cây trồng (UPOV) 1991 (Việt

Nam đã là thành viên); Hiệp định của Tổ chức sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO) về quyền tác giả (WCT) (bảo hộ tác phẩm và quyền tác giả trong môi trường số); và Hiệp định của WIPO về biểu diễn và bản ghi âm (WPPT) (bảo hộ quyền của 2 chủ thể là người biểu diễn và nhà sản xuất, định hình bản ghi âm)<sup>10</sup>.

Tại Mục A, nguyên tắc đối xử quốc gia (đối xử như công dân) được ghi nhận tại Điều 18.8. Yêu cầu minh bạch thông tin liên quan đến bảo hộ và thực thi quyền bằng cách công bố các thông tin về đơn đăng ký, văn bằng bảo hộ đối với quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng, quy định pháp luật, các thủ tục và quyết định hành chính áp dụng chung thông qua internet được ghi nhận tại Điều 18.9. Chương 18 áp dụng đối với các quyền đang tồn tại và không áp dụng hồi tố với các hành vi đã xảy ra trước khi TPP có hiệu lực.

Chương 18 TPP đã ghi nhận một số nội dung mới so với các thỏa thuận toàn cầu trước đây như:

- Hình sự hóa tội ăn trộm bí mật kinh doanh (kể cả qua hệ thống máy tính).

- Trên cơ sở làm rõ vai trò doanh nghiệp nhà nước, việc thực thi quyền SHTT cũng áp dụng đối với nhóm chủ thể này nhất là liên quan đến thực thi quyền đối với bí mật kinh doanh.

- Ấn định chế tài hình sự với tội liên quan hàng giả nhãn hiệu và vi phạm bản quyền qua biên giới; thiết lập các kênh ngăn chặn hàng hóa hàm chứa yếu tố xâm phạm

này, nhất là hàng đe dọa sức khỏe và sự an toàn của người tiêu dùng.

- TPP là hiệp định đầu tiên quy định các bên phải chống xâm phạm quyền SHTT trong môi trường kỹ thuật số chứ không chỉ nhằm vào các sản phẩm hữu hình.

- Thúc đẩy mô hình kinh doanh mới như phân phối phim, nhạc, sách, phần mềm trên mạng. Đặc biệt, ghi nhận quyền tác giả và minh bạch hóa việc bảo hộ quyền tác giả của chủ sở hữu quyền, của ISP (các nhà cung cấp dịch vụ mạng ISP sẽ không bị gán trách nhiệm bảo đảm quyền tác giả trên dịch vụ của họ nhằm thúc đẩy việc cung cấp dịch vụ tốt trong công nghiệp điện tử và giải trí, của khách hàng dựa trên quy định chung. TPP cũng nhấn mạnh vai trò của tổ chức quản lý tập thể quyền tác giả trong việc thu tác quyền.

- Bảo đảm quyền tác giả trong môi trường kỹ thuật số trên cơ sở hệ thống bảo hộ cân bằng, có tính đến các ngoại lệ và giới hạn quyền như đối với trường hợp sử dụng tác phẩm để bình luận, phản biện, trích dẫn, giảng bài, nghiên cứu, đưa tin...

- Các quốc gia hợp tác với nhau bằng cách thích hợp để ngăn chặn việc đăng ký tên miền cấp cao mã quốc gia xâm phạm nhãn hiệu.

- Bảo hộ quyền SHTT đối với sản phẩm dược và sinh học. Quy định này nhằm thúc đẩy sáng tạo và tiếp cận thuốc. Các nước có thể lựa chọn hai cách: quy định bảo hộ dữ liệu 8 năm hoặc quy định kết hợp giữa việc bảo hộ 5 năm và bảo hộ theo cách thức quốc gia (bằng pháp luật hoặc biện pháp hành chính). Cả 2 cách đều ân hạn bảo hộ tại thị trường đối với thuốc; tạo động lực sáng tạo tìm ra thuốc cứu người; cân bằng

<sup>10</sup> Tham khảo <http://www.wipo.int/treaties/en/ip>, truy cập ngày 12/6/2016.

giữa bảo hộ dữ liệu và đưa thuốc vào thị trường TPP. Sản phẩm sinh học cũng cần bảo hộ. Các nước TPP sẽ phải quy định và áp dụng các phương pháp bảo hộ thích hợp không ảnh hưởng đến chương trình chăm sóc sức khỏe và các quy định khác.

- Đối với chỉ dẫn địa lý, các nước TPP phải quy định và áp dụng các biện pháp thích hợp thừa nhận các chỉ dẫn tương đương đối với hàng hóa từ các đối tác (chủ yếu liên quan đến Hoa Kỳ) để không dùng đó làm rào cản cho các sản phẩm nông nghiệp mang tính cạnh tranh của họ.

- Các nước hợp tác với nhau nhằm hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa, hỗ trợ kỹ thuật các nước đang phát triển và trao đổi cơ sở dữ liệu tra cứu và xét nghiệm theo các tiêu chí bảo hộ.

Cụ thể hóa các nội dung trên, TPP quy định các tiêu chuẩn bảo hộ và thực thi theo nhóm các đối tượng của quyền SHTT có tính đến sự phát triển của môi trường số<sup>11</sup>.

Đối với nhãn hiệu, các quốc gia thành viên phải bảo hộ nhãn hiệu âm thanh và tiến tới bảo hộ nhãn hiệu mùi; quản lý nhãn hiệu qua phương thức điện tử; không yêu cầu đăng ký lixăng; có chính sách ngăn ngừa sự lạm dụng đăng ký tên miền dẫn đến cạnh tranh không lành mạnh với nhãn hiệu<sup>12</sup>.

Các thành viên TPP phải quy định chế tài đối với việc sử dụng tên quốc gia gây nhầm lẫn về xuất xứ hàng hóa (Điều 18.29 Mục D).

<sup>11</sup> Trích dẫn từ Bản dịch không chính thức, tài liệu "Chương 18 TPP - Những nội dung chủ yếu có tác động đến pháp luật Việt Nam" của Cục SHTT, và tham khảo tài liệu đã trích dẫn số 10.

<sup>12</sup> Nếu có tranh chấp sẽ giải quyết tranh chấp theo mô hình của ICANN – Tổ chức quản lý tên miền quốc tế.

Đối với chỉ dẫn địa lý, các quốc gia không yêu cầu bắt buộc đăng ký nhưng nếu bắt buộc thì phải đáp ứng yêu cầu như đăng ký nhãn hiệu kèm theo thủ tục phản đối đơn và hủy bỏ đăng ký; không bảo hộ chỉ dẫn địa lý là tên gọi chung của hàng hóa tại nước đó; không loại trừ hoàn toàn khả năng hủy bỏ/chấm dứt hiệu lực đăng ký. Việc sử dụng chỉ dẫn địa lý trùng với nhãn hiệu đã được đăng ký trước sẽ bị hạn chế bởi quyền của chủ sở hữu nhãn hiệu (Điều 18.20 và Điều 18.21). TPP đã tính đến sự khác biệt trong hệ thống bảo hộ của các quốc gia thành viên nhằm ngăn ngừa xung đột giữa bảo hộ chỉ dẫn địa lý và các đối tượng có liên quan<sup>13</sup>. Khi ký kết điều ước quốc tế, các bên phải ngăn ngừa bảo hộ chỉ dẫn địa lý xung đột với nhãn hiệu có trước; phải quy định về thủ tục phản đối và không loại trừ hoàn toàn khả năng chấm dứt hiệu lực đăng ký.

Đối với sáng chế, các quốc gia không buộc phải quy định về bảo hộ công dụng mới nếu đã bảo hộ phương pháp sử dụng mới hoặc quy trình sử dụng mới của sáng chế (Điều 18.37.2). Ân hạn 12 tháng đối với tính mới của sáng chế một khi sáng chế bị bộc lộ. Thông tin sáng chế phải được công khai minh bạch và nếu cơ quan thẩm định để xảy ra việc chậm trễ cấp bằng thì sẽ phải bù thời hạn bảo hộ tương ứng.

Các quốc gia thành viên phải bảo hộ độc quyền dữ liệu thử nghiệm bí mật và dữ liệu bí mật khác đã nộp trong quá trình đăng ký lưu hành dược phẩm (gồm cả hóa phẩm và sinh phẩm y tế); nội dung độc quyền bao gồm việc không cho phép chủ thể khác lưu hành thuốc trùng hoặc tương tự với dược

<sup>13</sup> Ví dụ, Hoa Kỳ không bảo hộ chỉ dẫn địa lý như đối tượng riêng biệt.

phẩm của người nộp dữ liệu nếu thuốc đó có được nhờ vào dữ liệu thử nghiệm hoặc việc cấp phép, hoặc thông tin cấp phép lưu hành ở nước khác đối với người nộp dữ liệu. Nghĩa vụ bảo hộ của các quốc gia TPP áp dụng tương tự với nông hóa phẩm.

Các quốc gia thành viên phải bảo hộ bí mật kinh doanh bằng các phương thức phù hợp với bối cảnh phát triển công nghệ kỹ thuật số; thể chế hóa pháp luật về công nghệ số nhằm thúc đẩy sáng tạo trên môi trường kỹ thuật số.

Đối với kiểu dáng công nghiệp, các quốc gia thành viên phải bảo hộ kiểu dáng của bộ phận sản phẩm (kiểu dáng riêng) hoặc kiểu dáng có một bộ phận là điểm nhấn trong tổng thể sản phẩm (đặc điểm tạo dáng cơ bản). Bên cạnh đó, các bên phải xem xét gia nhập Thỏa ước La Hay về đăng ký quốc tế kiểu dáng công nghiệp nhằm đơn giản hóa thủ tục đăng ký quốc tế.

Nghĩa vụ bảo hộ quyền tác giả (nhất là đối với các tác phẩm âm nhạc, phim, sách và phần mềm) và quyền liên quan phải bao gồm bảo hộ tín hiệu cấp và tín hiệu vệ tinh; nghiêm cấm các hành vi làm tiền đề cho việc xâm phạm quyền tác giả, nhất là trong môi trường số; cụ thể hóa nội dung quyền sao chép, truyền đạt, phân phối. Bảo hộ dựa trên sự cân bằng lợi ích của chủ thể quyền và công chúng thông qua các giới hạn và ngoại lệ quyền. Thời hạn bảo hộ quyền tác giả và quyền liên quan là 70 năm sau khi tác giả qua đời hoặc 70 năm sau ngày công bố/ngày tạo lập tác phẩm (tùy thuộc tác phẩm đã công bố trong 25 năm hay không công bố từ khi tác phẩm được tạo lập).

Các tiêu chuẩn về thực thi quyền SHTT trong TPP cao hơn các tiêu chuẩn thực thi

theo TRIPs khi gắn với sự phát triển của môi trường số. Các quốc gia thành viên phải quy định thủ tục và chế tài dân sự hết sức chi tiết về bồi thường thiệt hại tính trên cơ sở giá hàng thật hoặc theo cách tính của chủ sở hữu quyền SHTT. Quy định về bồi thường thiệt hại mang tính răn đe hoặc áp dụng bồi thường bổ sung. Cơ quan thực thi có quyền buộc tiêu hủy hàng hóa xâm phạm; xử lý ngoài kênh thương mại nguyên liệu, phương tiện được sử dụng để sản xuất hàng hóa đó. Các hành vi xâm phạm trên mạng internet cũng bị xử lý như xâm phạm thông thường. Các quốc gia phải quy trách nhiệm đối với nhà cung cấp dịch vụ internet và các điều kiện được miễn trách nhiệm. Các quốc gia không nhất thiết phải quy định về thủ tục hành chính; biện pháp kiểm soát biên giới được tiến hành theo yêu cầu của chủ thể quyền hoặc theo sự chủ động của hải quan.

Điểm nổi bật trong thực thi quyền theo TPP liên quan đến thủ tục và chế tài hình sự. Việc xử lý bằng biện pháp hình sự áp dụng đối với cả những hành vi có nguy cơ xâm phạm quyền SHTT (như phá hỏng hoặc kinh doanh sản phẩm, dịch vụ phá công nghệ bảo vệ; xóa/thay đổi thông tin quản lý quyền; phân phối nhập khẩu hàng hóa với thông tin đã bị xóa/thay đổi về chủ sở hữu quyền; nhập khẩu và sử dụng trong thị trường nội địa nhãn sản phẩm hoặc bao gói sản phẩm chứa nhãn hiệu giả mạo) hoặc hành vi không nhằm khai thác thị trường nội địa như xuất khẩu hàng giả mạo nhãn hiệu, hàng xâm phạm quyền tác giả và quyền liên quan. Bên cạnh đó, xâm phạm bí mật kinh doanh (kể cả qua hệ thống máy tính) vì mục tiêu thương mại/gây tổn hại đến lợi ích kinh tế của chủ thể quyền hoặc

xâm phạm quyền tác giả và quyền liên quan không đến mức quy mô thương mại (như quay phim trong rạp gây thiệt hại đáng kể cho chủ sở hữu) đều bị coi là hành vi tội phạm. Quy mô thương mại trong lĩnh vực quyền tác giả và quyền liên quan đã được xác định khi đáp ứng 1 trong 2 điều kiện: Nhằm đạt lợi thế thương mại/thu lợi tài chính hoặc gây thiệt hại lớn tới quyền lợi của chủ sở hữu.

Như vậy, việc xử lý hành vi xâm phạm quyền bằng biện pháp hành chính một cách phổ biến tại Việt Nam hiện nay sẽ dần thay đổi (ít nhất là đối với các hành vi xâm phạm quyền trên môi trường số). Việc hình sự hóa các hành vi xâm phạm quyền SHTT theo TPP sẽ đi ngược lại với xu hướng nhân đạo hóa chính sách xử lý hình sự của Việt Nam; đây là yêu cầu của TPP đối với các nước thành viên trong tiêu chuẩn thực thi quyền SHTT.

Ngoài ra, TPP đã mở rộng quy định liên quan đến thời hạn bảo hộ thực tế; khả năng tiếp cận của SMEs trong xác lập và bảo hộ quyền SHTT; tăng cường tính minh bạch; cụ thể hóa các thủ tục nhằm xóa bỏ rào cản trong quá trình xác lập quyền SHTT...

Với nội dung Chương 18 TPP như trên, nghĩa vụ thực thi sẽ là thách thức lớn với nước kém phát triển đồng thời là nước nông nghiệp duy nhất trong số thành viên TPP như Việt Nam. Thách thức đó có thể xuất phát từ sự lựa chọn của Việt Nam về phương thức và cơ chế thực thi cam kết; thách thức cũng có thể xuất phát từ khả năng thích ứng với các tiêu chuẩn bảo hộ cao từ phía xã hội khi mong muốn tiếp cận các đối tượng của quyền SHTT.

### **3. Lựa chọn phương thức thực thi quyền sở hữu trí tuệ**

Như trên đã phân tích, Việt Nam là quốc gia chịu nhiều thách thức về bảo hộ SHTT một khi Hiệp định này có hiệu lực. Bất luận Điều 18.83.4 TPP quy định thời gian chuyển tiếp dành cho Việt Nam (3 năm cho sửa đổi pháp luật, 5 năm cho xã hội thích ứng với việc kéo dài các thời hạn bảo hộ và 12 năm đối với tiêu chuẩn cao trong bảo hộ dữ liệu hóa phẩm và sinh phẩm), chúng ta vẫn phải đối mặt với nhiều tác động từ những cam kết chặt chẽ này.

Việc bảo hộ theo tiêu chuẩn cao sẽ tăng khả năng xác lập quyền cũng như mở rộng và kéo dài quyền năng của chủ sở hữu quyền SHTT. Việc bảo hộ chặt chẽ các sản phẩm sáng tạo trí tuệ sẽ khuyến khích, thúc đẩy tư duy sáng tạo của tác giả; tuy nhiên thực tế cho thấy, các sáng chế chủ yếu là của chủ thể nước ngoài đăng ký bảo hộ ở Việt Nam nên sự hưởng lợi sẽ thiên về các nhà đầu tư nước ngoài. Việc bảo hộ rộng và sâu hơn đối với các chỉ dẫn thương mại sẽ tạo ra thị trường cạnh tranh lành mạnh và bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng. Tuy nhiên, đối với chỉ dẫn địa lý của một quốc gia có nhiều sản phẩm nông nghiệp đặc sắc như Việt Nam, việc áp dụng ưu thế trong khai thác quyền của chủ sở hữu nhãn hiệu vô hình trung sẽ tạo rào cản đối với chỉ dẫn có được từ yếu tố tự nhiên.

Tiêu chuẩn thực thi quyền SHTT cao sẽ bảo đảm hiệu lực quyền SHTT trong thực tế. Thực thi quyền ở mức độ chuẩn mực sẽ ngăn cản các chủ thể khác xâm phạm và xử lý xâm phạm quyền SHTT tốt hơn. Tuy nhiên, với một quốc gia đang phát triển, thực thi quyền chặt chẽ sẽ kéo

theo sự gia tăng chi phí cuộc sống của người dân, khả năng thích ứng với các tiêu chuẩn thực thi cao sẽ gặp khó khăn. Việc hình sự hóa các hành vi xâm phạm sẽ làm phát sinh hậu quả về mặt xã hội khi các hành vi xâm phạm khác được xử lý bằng cách hành chính hóa hoặc dân sự hóa, trong khi lĩnh vực SHTT lại theo xu hướng ngược lại. Hơn thế nữa, tăng cường xử lý bằng biện pháp hình sự sẽ dẫn đến việc tăng gánh nặng cho nhà nước trong việc xử lý xâm phạm.

Trước những tác động lớn đó, Việt Nam cần lựa chọn phương thức thực thi TPP phù hợp với điều kiện và nhu cầu bảo hộ của một nước đang phát triển.

TPP xác định các tiêu chuẩn bảo hộ và tiêu chuẩn thực thi chung cho các quốc gia thành viên, nhưng mỗi quốc gia thành viên sẽ tự quyết định cách thức thích hợp trong phạm vi hệ thống pháp luật và tập quán của mỗi quốc gia (Điều 18.5 TPP).

Trước hết, Việt Nam cần gia nhập các điều ước quốc tế theo yêu cầu của TPP. Các nguyên tắc, hiệu lực, các Mục khác của Chương 18 TPP quy định về tiêu chuẩn bảo hộ nhãn hiệu, sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, quyền tác giả và quyền liên quan nên thực thi bằng cách áp dụng trực tiếp nếu: Quy định của TPP đủ cụ thể, chi tiết, xác định rõ quyền và nghĩa vụ liên quan; tránh sự hưởng lợi không hợp lý đối với các chủ thể bên ngoài TPP... Việc áp dụng trực tiếp phản ánh nhu cầu hoàn thiện pháp luật, bảo đảm tính nhất quán trong thực thi cam kết và tiết kiệm được trí tuệ, tài chính khi không cần sửa đổi bổ sung các quy định hiện hành.

Nếu quy định của Chương 18 TPP không đủ cụ thể, rõ ràng để có thể áp dụng

trực tiếp hoặc xuất phát từ nhu cầu hoàn thiện thể chế pháp luật (ví dụ: mở rộng đối tượng bảo hộ nhãn hiệu đối với các dấu hiệu âm thanh có khả năng phân biệt; loại trừ bảo hộ đối với chỉ dẫn địa lý đã trở thành tên gọi thông thường của hàng hóa...), Việt Nam sẽ thực hiện nghĩa vụ mà mình đã cam kết bằng cách nội luật hóa.

Bên cạnh đó, các quy định về thủ tục trong hoạt động xác lập quyền, hoạt động quản lý của cơ quan quản lý nhà nước trong lĩnh vực SHTT cũng cần được nội luật hóa bởi tính chất hành chính của chúng.

Các tiêu chuẩn thực thi quyền SHTT bao gồm biện pháp và chế tài xử lý xâm phạm quyền cần phải được nội luật hóa. Nghĩa vụ mở rộng phạm vi áp dụng các biện pháp thực thi như biện pháp hình sự (TPP không ghi nhận nghĩa vụ bổ sung tiêu chuẩn thực thi thông qua biện pháp hành chính; như vậy có thể hiểu, biện pháp hành chính vẫn áp dụng theo chuẩn mực chung) cũng cần được nội luật hóa trong pháp luật Việt Nam. Đối với chế tài áp dụng trong trường hợp xâm phạm quyền, cần nội luật hóa thông qua các văn bản liên quan như Bộ luật Dân sự, Luật Sở hữu trí tuệ, Bộ luật Hình sự, Luật Xử lý vi phạm hành chính hiện hành.

Các cơ quan chức năng cần nâng cao năng lực thực thi cũng như nâng cao nhận thức của cán bộ thực thi công vụ của hệ thống bảo hộ quyền SHTT. Ngoài ra, cần tuyên truyền phổ biến pháp luật nhằm nâng cao nhận thức, ý thức công chúng về quyền SHTT theo cam kết TPP, tiến tới thích nghi với các tiêu chuẩn bảo hộ cao đối với quyền SHTT tại Việt Nam, tránh hiện tượng vô tình xâm phạm quyền khi TPP có hiệu lực.

# QUYỀN TỰ DO LẬP HỘI CỦA NGƯỜI LAO ĐỘNG THEO PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VÀ YÊU CẦU ĐẶT RA ĐỐI VỚI VIỆT NAM

*Phạm Thị Thúy Nga\**

**Tóm tắt:** Bài viết giới thiệu các nội dung cơ bản về quyền tự do lập hội của người lao động theo quy định của Tổ chức lao động quốc tế, đồng thời cho thấy những yêu cầu đặt ra đối với Việt Nam hiện nay.

**Abstract:** This article addresses some issues relating to law and regulation on anti-money laundering through Vietnamese commercial banks and makes relevant proposals.

Tham gia đàm phán và ký kết Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) đánh dấu quá trình hội nhập quốc tế mạnh mẽ của Việt Nam. Lĩnh vực lao động được xem là một trong những nội dung quan trọng của TPP. Theo đó, TPP không bắt buộc các nước thành viên phê chuẩn các Công ước cơ bản của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO), nhưng phải khẳng định cam kết thực thi nghĩa vụ là thành viên ILO và các nghĩa vụ nêu trong Tuyên bố năm 1998 của ILO, trong đó bao gồm tự do lập hội.

Theo đánh giá của các chuyên gia, những cam kết về lao động, nhất là cam kết về tự do lập hội cho người lao động trong TPP và trong Kế hoạch song phương Việt Nam – Hoa Kỳ nhằm thúc đẩy quan hệ thương mại và lao động đặt ra yêu cầu nghiên cứu làm rõ về quyền tự do lập hội của người lao động theo pháp luật quốc tế trên nền tảng các công ước quốc tế của ILO.

## 1. Khái quát quyền tự do lập hội của người lao động trong các văn kiện quốc tế

Trong Lời nói đầu của Hiến chương ILO năm 1919, tự do lập hội được đề cập như là một trong những phương tiện cải thiện các điều kiện lao động và bảo đảm hòa bình. Năm 1944, Tuyên bố Philadelphia tái khẳng định "tự do ngôn luận và lập hội là rất cần thiết để tiến bộ bền vững". Tháng 6 năm 1998, Tuyên bố của ILO về các nguyên tắc và quyền lao động cơ bản tại nơi làm việc được thông qua, trong đó bao gồm quyền tự do lập hội của người lao động và quyền thương lượng tập thể.

Trong Tuyên ngôn thế giới về quyền con người (UDHR) năm 1948, quyền tự do lập hội được ghi nhận tại khoản 1 Điều 20 và khoản 4 Điều 23. Theo đó, "mọi người đều có quyền thành lập hoặc gia nhập công đoàn để bảo vệ các quyền lợi của mình". Quyền tự do lập hội của người lao động được tái khẳng định và cụ thể hóa tại khoản 1 Điều 22 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR): "Mọi người có quyền tự do lập hội với những người khác, kể cả quyền lập và gia nhập các công đoàn để bảo vệ lợi ích của mình". Quyền tự do lập hội được quy định tại Điều 22 này bao gồm: Quyền thành lập ra các hội mới; quyền gia nhập các hội đã

---

\* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

có sẵn; và quyền hoạt động, điều hành các hội, kể cả việc tìm kiếm, huy động các nguồn kinh phí. Theo quy định của khoản 2 Điều 22, việc thực hiện quyền lập hội không bị hạn chế, trừ trường hợp do pháp luật quy định và những hạn chế này là cần thiết trong một xã hội dân chủ, vì lợi ích an ninh quốc gia, an toàn và trật tự công cộng, để bảo vệ sức khoẻ của công chúng hoặc nhân phẩm, hoặc các quyền và tự do cơ bản của người khác. Điều này không ngăn cản việc hạn chế một cách hợp pháp quyền lập hội của lực lượng vũ trang và cảnh sát.

Việc đảm bảo quyền lập hội của người lao động tiếp tục được ghi nhận tại Điều 8 Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966 (ICESCR). Theo đó, ICESCR quy định các quốc gia thành viên bảo đảm: (a) Quyền của mọi người được thành lập và gia nhập công đoàn mà mình lựa chọn, chỉ phải tuân theo quy chế của tổ chức đó để thúc đẩy và bảo vệ các lợi ích kinh tế và xã hội của mình; (b) Quyền của các tổ chức công đoàn được liên kết thành công đoàn quốc gia và quyền của các thiết chế này được thành lập hay gia nhập các tổ chức khác; (c) Quyền của các công đoàn được hoạt động tự do, không bị một sự hạn chế nào ngoài những hạn chế do pháp luật quy định.

Ngoài 3 văn kiện nói trên, quyền tự do lập hội của người lao động chủ yếu được quy định trong Tuyên bố về các nguyên tắc và quyền lao động cơ bản tại nơi làm việc năm 1998, Công ước số 87 năm 1948 và Công ước số 98 năm 1949 của ILO. Quyền tự do lập hội được đề cập đến trong hai công ước này chỉ bao gồm quyền của người lao động cũng như của người sử dụng lao động được thành lập, gia nhập tổ chức đại diện cho mình nhằm mục đích tương tác

trong quan hệ lao động, mà không điều chỉnh các hiệp hội cũng như các hoạt động không thuộc về quan hệ lao động.

Ở cấp độ khu vực, quyền tự do lập hội của người lao động được ghi nhận trong các công ước về bảo vệ quyền tự do cơ bản của con người như: Công ước châu Âu về Nhân quyền (ECHR) năm 1950 (Điều 11), Công ước châu Mỹ về Nhân quyền năm 1969 (Điều 16), Hiến chương châu Phi về Nhân quyền năm 1981 (Điều 10), Công ước về quyền và tự do cơ bản của con người Cộng đồng các quốc gia độc lập năm 1995 (Điều 12 khoản 1) và Hiến chương Á Rập về Nhân quyền năm 2004 (Điều 24 khoản 5).

Các quốc gia thành viên thực thi quyền tự do lập hội của người lao động bằng cách áp dụng trực tiếp các công ước hoặc ban hành pháp luật thực thi các công ước tùy thuộc đặc điểm hệ thống pháp luật mỗi nước. Theo thống kê của ILO, quyền tự do lập hội đã được ghi nhận trong 142 bản hiến pháp của các nước<sup>1</sup>. Theo đó, hầu hết các

<sup>1</sup> Albania, Algeria, Angola, Argentina, Armenia, Azerbaijan, Belarus, Benin, Plurinational State of Bolivia, Bosnia and Herzegovina, Brazil, Bulgaria, Burkina Faso, Burundi, Cambodia, Cameroon, Cape Verde, Central African Republic, Chad, Chile, Colombia, Congo, Czech Republic, Democratic Republic of the Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croatia, Cyprus, Djibouti, Dominican Republic, Ecuador, El Salvador, Estonia, Ethiopia, France, Georgia, Greece, Guatemala, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Haiti, Honduras, Hungary, Italy, Kazakhstan, Kenya, Republic of Korea, Kyrgyzstan, Latvia, Lithuania, Luxembourg, The former Yugoslav Republic of Macedonia, Madagascar, Republic of the Maldives, Mali, Mauritania, Mexico, Republic of Moldova, Montenegro, Morocco, Mozambique, Nicaragua, Niger, Panama, Paraguay, Peru, Philippines, Poland, Portugal, Romania, Russian Federation, Rwanda, San Marino, Sao Tome and Principe, Senegal, Serbia, Seychelles, Slovakia, Slovenia, South Africa, Spain, Sweden, Switzerland, Suriname, Timor-Leste, Togo, Turkey,

hiến pháp đều quy định quyền tự do lập hội được thực hiện theo quy định của pháp luật.

## **2. Những nội dung cơ bản về quyền tự do lập hội của người lao động theo quy định của Tổ chức Lao động quốc tế**

### **2.1. Về mối quan hệ giữa quyền tự do lập hội của người lao động với các quyền dân sự, chính trị**

Tự do lập hội vượt ra ngoài khuôn khổ của pháp luật lao động. Trong những tình huống mà dân chủ còn bị hạn chế thì quyền tự do lập hội có thể đóng vai trò là chất xúc tác cho dân chủ. Mặt khác, luôn tồn tại mối quan hệ giữa các quyền dân sự, chính trị và quyền tự do lập hội của người lao động. Có một số quyền dân sự, chính trị cơ bản là tiền đề cho việc thực hiện quyền tự do lập hội như: (i) Quyền tự do và an toàn cá nhân. Không ai bị bắt hoặc bị giam giữ vô cớ; (ii) Quyền tự do tư tưởng, quyền tự do ngôn luận; (iii) Quyền tự do hội họp; (iv) Quyền được xét xử công bằng, công khai bởi một tòa án độc lập và khách quan; và (v) Quyền sở hữu hay quyền được bảo vệ tài sản của các tổ chức công đoàn. Các cơ quan giám sát của ILO luôn nhấn mạnh sự phụ thuộc lẫn nhau giữa các quyền dân sự, chính trị và quyền tự do lập hội của người lao động. Một phong trào công đoàn thực sự tự do và độc lập chỉ có thể phát triển trong một môi trường không có bạo lực, áp lực và các mối đe dọa chống lại các nhà lãnh đạo và các thành viên tổ chức công đoàn.

---

Ukraine, United States, Uruguay and Bolivarian Republic of Venezuela...

See: International Labour Conference, 101st Session, 2012, General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008: Report III (Part 1B), p.50.

### **2.2. Về quyền tự do lập hội của người lao động**

Điều 2 Công ước số 87 của ILO quy định: “Người lao động và người sử dụng lao động, không phân biệt dưới bất kỳ hình thức nào, đều không phải xin phép trước mà vẫn có quyền được tổ chức và gia nhập các tổ chức theo sự lựa chọn của mình, với một điều kiện duy nhất là phải tuân theo điều lệ của chính tổ chức đó”. Cần lưu ý rằng, quyền tự do lập hội của người lao động bao hàm cả quyền tự do không gia nhập công đoàn.

ILO nhấn mạnh việc thực hiện quyền tự do lập hội của người lao động đảm bảo không phân biệt đối xử và được xem như là một nguyên tắc chung (trừ một số ngoại lệ). Những trường hợp bị hạn chế là những trường hợp cần thiết vì lợi ích của an ninh quốc gia và trật tự công cộng, hoặc vì mục đích bảo vệ các quyền và tự do của người khác. Tất cả các trường hợp ngoại lệ đều phải được luật quy định.

Theo kết quả nghiên cứu, khảo sát của ILO, hầu hết các nước đều có quy định một số trường hợp ngoại lệ mà theo đó, người lao động tạm đình chỉ hoặc bị hạn chế quyền tự do lập hội. Chủ yếu là các trường hợp sau:

*Một là*, cảnh sát và các lực lượng vũ trang. Theo quy định tại khoản 1 Điều 9 Công ước số 87 của ILO, cảnh sát và lực lượng vũ trang là những trường hợp ngoại lệ duy nhất không sử dụng quyền tự do lập hội. Người lao động là nhân viên dân sự trong các lực lượng vũ trang, nhân viên phục vụ cứu hỏa, nhân viên nhà tù, hải quan và nhân viên dân sự trong các cơ sở công nghiệp của các lực lượng vũ trang không thuộc đối tượng bị hạn chế quyền tự do lập hội.

Tuy nhiên, một số quốc gia vẫn cho phép lực lượng cảnh sát được thành lập tổ chức công đoàn, ví dụ như ở châu Âu, Brazil và New Zealand<sup>2</sup>.

*Hai là*, người lao động trong lĩnh vực dịch vụ công xuất phát từ đặc điểm, tính chất công việc đặc biệt. Tùy theo quy định của mỗi nước, tất cả người lao động làm việc trong khu dịch vụ công, hoặc chỉ một số loại chức danh nhất định bị hạn chế quyền tự do lập hội. Một số nước có sự phân biệt giữa các nhân viên và người quản lý nhằm hướng đến hạn chế quyền tự do lập hội của các quan chức cao cấp.

Một số nước không cho phép thành lập tổ chức đại diện của người lao động trong khu vực dịch vụ công, nhưng cho phép thành lập hiệp hội (không phải tổ chức công đoàn thực sự). Các hiệp hội này có thể được Chính phủ công nhận và tham gia vào các cuộc đàm phán nghề nghiệp nhất định<sup>3</sup>.

*Ba là*, thẩm phán, thư ký tòa án, các công tố viên và giáo viên, nhằm đảm bảo vì lợi ích an ninh quốc gia, trật tự công cộng hoặc vì mục đích bảo vệ các quyền và tự do của người khác<sup>4</sup>. Tuy nhiên, một số nước đã

có những thay đổi, như: Canada xây dựng chế độ thương lượng tập thể của các công tố viên<sup>5</sup>, Botswana thực hiện quyền tự do lập hội cho các giáo viên<sup>6</sup>.

*Bốn là*, một số trường hợp khác cũng bị hạn chế quyền tự do lập hội, như những trường hợp: lao động giúp việc gia đình; lao động không chính thức, người học nghề, người lao động đang trong giai đoạn thực tập, lao động tự do, công nhân không có hợp đồng lao động<sup>7</sup>, nông dân<sup>8</sup>, lao động trong khu chế xuất, lao động trong các tổ chức từ thiện<sup>9</sup>, lao động theo các hợp đồng thầu phụ<sup>10</sup>.

Để bảo vệ tốt nhất quyền lợi cho người lao động, theo ILO, trong thời gian tới, các nước cần nghiên cứu, hoàn thiện hệ thống pháp luật quốc gia theo hướng bảo đảm quyền tự do lập hội của người lao động ngày càng mở rộng và các trường hợp ngoại lệ cần được thu hẹp.

### **2.3. Về các điều kiện đối với thành viên công đoàn, người đại diện**

Theo đánh giá của ILO, pháp luật của hầu hết các nước đều không quy định các điều kiện đối với các công đoàn viên trên cơ sở giới tính, tình trạng hôn nhân hoặc tuổi tối thiểu, hay bất kỳ sự phân biệt nào khác. Việc không quy định điều kiện này chính là một yếu tố đảm bảo thực hiện quyền tự do

<sup>2</sup> International Labour Conference, 101st Session, 2012, General Survey on the fundamental Conventions concerning rights at work in light of the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, 2008: Report III (Part 1B), p.19.

<sup>3</sup> Sri Lanka - CEACR, Observation, 2011.

<sup>4</sup> Armenia - CEACR, Direct request, 2011; Burundi - CEACR, Observation, năm 2011; Campuchia - CEACR, Direct request, 2010, Chile - CEACR, Observation, năm 2010; Armenia - CEACR, Direct request, 2011; Burundi - CEACR, Observation, 2011; Cambodia - CEACR, Direct request, 2010; Chile - CEACR, Observation, 2010; Democratic Republic of the Congo - CEACR, Observation, 2010; Ethiopia - CEACR, Observation, 2010; Kazakhstan - CEACR, Observation, 2011; Mauritania - CEACR, Observation, 2011; Peru - CEACR, Observation, 2011; United Republic of

Tanzania (Zanzibar) - CEACR, Observation, 2011; Tunisia - CEACR, Observation, 2011; Turkey - CEACR, Observation, 2010; Ukraine - CEACR, Observation, 2011; Yemen - CEACR, Observation, 2011; Zambia - CEACR, Observation, 2011.

<sup>5</sup> Canada - CEACR, Observation, 2010.

<sup>6</sup> Botswana - CEACR, Observation, 2005.

<sup>7</sup> Turkey - CEACR, Observation, 2010.

<sup>8</sup> Poland - CEACR, Observation, 2011.

<sup>9</sup> Bangladesh - CEACR, observation, 2010; Ethiopia - CEACR, observation, 2010; and Pakistan - CEACR, observation, 2010).

<sup>10</sup> Colombia - CEACR, Observation, 2010.

lập hội. Tuy vậy, vẫn có một số biểu hiện hạn chế quyền tự do lập hội như:

- Quy định tuổi tối thiểu cho công đoàn viên (giới hạn trên và giới hạn dưới).

Để bảo đảm quyền tự do lập hội, các quốc gia không quy định tiêu chuẩn độ tuổi tối thiểu, tối đa của người lao động muốn gia nhập tổ chức công đoàn. Tuy nhiên, một số nước quy định người lao động phải đủ độ tuổi tối thiểu để được nhận vào làm việc hoặc học nghề. Vì khi đó, họ mới có đủ năng lực thực hiện quyền tự do lập hội hay còn gọi là quyền tự do thành lập, gia nhập tổ chức của người lao động. Trên thực tế, có một số quốc gia cũng cho phép kết nạp công đoàn viên dưới độ tuổi tối thiểu nếu có sự đồng ý của cha mẹ hoặc người giám hộ<sup>11</sup>.

- Quy định điều kiện trên cơ sở quốc tịch hoặc nơi cư trú.

Theo Công ước số 87 của ILO, người lao động, không có sự phân biệt, có quyền tự do thành lập và tham gia các tổ chức công đoàn không phụ thuộc quốc tịch và nơi cư trú của người lao động. Mặc dù pháp luật của đa số các nước công nhận quyền của lao động di cư được tham gia công đoàn, thì ở một số nước vẫn có những hạn chế liên quan đến quốc tịch và nơi cư trú của người lao động, như quy định công dân nước sở tại mới có quyền thành lập tổ chức công đoàn, hoặc xác định tỷ lệ các thành viên

phải là công dân nước sở tại<sup>12</sup>. Tuy nhiên, trong những năm gần đây, pháp luật các nước đã có xu hướng mở rộng quyền lập hội cho người lao động nước ngoài<sup>13</sup>.

- Quy định điều kiện về quan điểm chính trị (bày tỏ quan điểm chính trị hoặc tham gia vào các hoạt động chính trị). Điều kiện này vi phạm quy định tại Điều 2 Công ước số 87 của ILO (trừ những chủ trương chính trị bạo lực).

Đối với các cá nhân muốn được bầu giữ một chức vụ trong tổ chức công đoàn, pháp luật nhiều nước quy định một số điều kiện nhất định:

+ Quy định *thời gian làm việc* trước thời điểm bầu cử. Ví dụ: Burundi yêu cầu thâm niên ít nhất 1 năm trong lĩnh vực tư nhân và 3 năm trong lĩnh vực dịch vụ công cộng<sup>14</sup>, Campuchia yêu cầu thâm niên 1 năm<sup>15</sup>, Fiji 6 tháng<sup>16</sup>, Libya 4 năm<sup>17</sup>...

+ Quy định *phải làm việc trong các ngành nghề liên quan*<sup>18</sup> hoặc *phải có việc làm*<sup>19</sup>. Theo quan điểm của ILO, điều lệ công đoàn quy định các điều kiện trên sẽ không vi phạm Công ước số 87 nếu thể hiện quyền tự do của tổ chức công đoàn trong việc xây dựng điều lệ. Nhưng nếu pháp luật quốc gia quy định (trực tiếp hoặc gián tiếp) như là một tiêu chuẩn để được bầu giữ một

<sup>11</sup> Burkina Faso – CEACR, Direct request, 2011; Burundi – CEACR, Observation, 2011; Chad – CEACR, Observation, 2010; Djibouti – CEACR, Direct request, 2011; Mali – CEACR, Direct request, 2011; Mauritania – CEACR, Observation, 2011; Central African Republic – CEACR, Observation, 2010; Romania – CEACR, Direct request, 2011; Senegal – CEACR, Observation, 2011; Sri Lanka – CEACR, Observation, 2011; Togo – CEACR, Direct request, 2011; Tunisia – CEACR, Observation, 2011.

<sup>12</sup> Algeria – CEACR, Observation, 2010; Libya – CEACR, Direct request, 2011.

<sup>13</sup> El Salvador – CEACR, Observation, 2010; Kuwait – CEACR, Observation, 2011; Syrian Arab Republic – CEACR, Observation, 2002.

<sup>14</sup> Burundi – CEACR, Observation, 2011; Burundi – CEACR Direct request, 2010.

<sup>15</sup> Cambodia – CEACR, Direct request, 2011.

<sup>16</sup> Fiji – CEACR, Observation, 2010.

<sup>17</sup> Libya – CEACR, Direct request, 2011.

<sup>18</sup> Mauritania – CEACR, Observation, 2005; Mauritania – CEACR, Direct request, 2011.

<sup>19</sup> Peru – CEACR, Direct request, 2011.

chức vụ trong tổ chức công đoàn thì thực chất là vi phạm quyền tự do đó.

+ Quy định điều kiện về *quốc tịch, tuổi tác và biết chữ*. ILO cho rằng, các nước nên cho phép công nhân nước ngoài tham gia giữ chức vụ trong tổ chức công đoàn nếu họ đã có một thời gian cư trú hợp lý ở nước sở tại. Ví dụ thời hạn này của Venezuela là 5 đến 10 năm<sup>20</sup>, Congo là 20 năm<sup>21</sup>. Những năm gần đây, nhiều quốc gia cho phép người nước ngoài được bầu giữ các chức vụ trong tổ chức công đoàn như Áo, Botswana, Burkina Faso, Luxembourg, Nicaragua, Romania, Ả Rập, và Thổ Nhĩ Kỳ<sup>22</sup>. Về điều kiện độ tuổi, ILO cho rằng chỉ cần đạt độ tuổi thành niên và khuyến khích các nước loại bỏ tiêu chí biết chữ, như ở Guatemala<sup>23</sup>.

+ Quy định về *quan điểm và hoạt động chính trị hợp pháp*. Tuy nhiên, theo ILO, việc tước bỏ quyền của một người được bầu giữ một chức vụ trong tổ chức của họ chỉ vì quan điểm chính trị là không tương thích với Công ước 87, trừ khi quan điểm chính trị đó theo chủ trương bạo lực.

+ Quy định loại bỏ tư cách được bầu giữ chức vụ trong tổ chức công đoàn nếu người đó đã từng bị kết án, không phụ thuộc vào mức độ phạm tội và loại hành vi phạm

tội (Campuchia<sup>24</sup>), hoặc người bị kết án về một số tội phạm cụ thể (Bangladesh<sup>25</sup>), hoặc bị kết án tù giam trên 6 tháng (Burundi<sup>26</sup>)... Theo quan điểm của ILO, khuyến khích các nước loại bỏ điều kiện về lý lịch chưa từng phạm tội hình sự để đảm bảo tối đa quyền tự do của tổ chức công đoàn trong việc thành lập và bầu đại diện.

#### **2.4. Về quyền thành lập, tham gia tổ chức do chính người lao động lựa chọn**

Theo Điều 2 Công ước số 87 của ILO, người lao động có quyền thành lập và tham gia tổ chức "do họ tự chọn", chỉ tuân theo các quy tắc của tổ chức có liên quan. Tuy nhiên, trên thực tế, việc thực hiện quyền này gặp phải một số điều kiện nhất định:

*Một là*, quy định điều kiện về số lượng thành viên để một tổ chức công đoàn có thể được thành lập. Ở nhiều quốc gia, một tổ chức nghề nghiệp được thành lập khi có số lượng tối thiểu các thành viên. Theo quan điểm của ILO, yêu cầu này không vi phạm Công ước số 87 nhưng số lượng thành viên cần được quy định một cách hợp lý để không gây cản trở việc thành lập tổ chức công đoàn. Tiêu chí này cần được đánh giá dựa trên quy mô tổ chức công đoàn (ví dụ, công đoàn ở cấp ngành, cấp doanh nghiệp)<sup>27</sup>. ILO cũng đưa ra nhận định, tiêu chí 40 thành viên để thành lập một tổ chức công đoàn ở cấp doanh nghiệp là quá cao<sup>28</sup>. Việc yêu cầu số lượng thành viên tối thiểu quá cao sẽ dẫn đến tình trạng hạn chế việc thành lập nhiều hơn một tổ chức trong một

<sup>20</sup> Bolivarian Republic of Venezuela – CEACR, Observation, 2011.

<sup>21</sup> Democratic Republic of the Congo – CEACR, Direct request, 2011.

<sup>22</sup> ILO, Austria – CEACR, Observation, 2008; Botswana – CEACR, Observation, 2005; Burkina Faso – CEACR, Observation, 2006; Luxembourg – CEACR, Observation, 2005; Mauritania – CEACR, Observation, 2005; Nicaragua – CEACR, Observation, 2005; Romania – CEACR, Direct request, 2005; Syrian Arab Republic – CEACR, Observation, 2002; Turkey – CEACR, Observation, 2010.

<sup>23</sup> Guatemala – CEACR, Observation, 2002.

<sup>24</sup> Cambodia – CEACR, Direct request, 2011.

<sup>25</sup> Bangladesh – CEACR, Observation, 2010.

<sup>26</sup> Burundi – CEACR, Observation, 2011.

<sup>27</sup> Latvia – CEACR, Direct request, 2011; Nigeria – CEACR, Observation, 2011; Panama – CEACR, Observation, 2011.

<sup>28</sup> Panama – CEACR, Observation, 2011.

ngành, nghề, một doanh nghiệp, trong khi các doanh nghiệp chủ yếu là doanh nghiệp vừa và nhỏ. ILO cho rằng, số lượng lao động cần thiết để thành lập một tổ chức công đoàn cơ sở trong các doanh nghiệp nhỏ và vừa nên dưới 30 người<sup>29</sup>.

*Hai là*, quy định một số thủ tục thành lập tổ chức công đoàn. Các nước đều quy định người lao động có quyền thành lập tổ chức công đoàn mà không cần xin phép trước. Tuy nhiên, đều đòi hỏi một số thủ tục cho việc thành lập. Theo quan điểm của ILO, việc quy định các thủ tục thành lập công đoàn không mâu thuẫn với Công ước 87 với điều kiện là các thủ tục này thực tế không đặt ra yêu cầu “xin phép trước” hoặc giúp cho các cơ quan chức năng tùy ý từ chối việc thành lập tổ chức công đoàn. Các cản trở trong việc quy định điều kiện thủ tục thành lập tổ chức công đoàn chủ yếu là do các thủ tục đăng ký quá dài và phức tạp.

*Ba là*, quy định điều kiện người lao động chỉ được tham gia một tổ chức công đoàn. Câu hỏi đặt ra là, người lao động có quyền tham gia nhiều tổ chức công đoàn cùng một lúc không? Theo quan điểm của ILO, việc cho phép người lao động chỉ tham gia vào một tổ chức công đoàn là vi phạm quyền thành lập và gia nhập tổ chức mà họ tự do lựa chọn. Người lao động được tham gia vào nhiều công việc khác nhau nên cần được tham gia vào các tổ chức công đoàn tương ứng như là một thành viên có tư cách đầy đủ. Trên thực tế, có nhiều nước cấm người lao động tham gia hoặc thành lập nhiều hơn một tổ chức công đoàn<sup>30</sup>

(Bangladesh, Ai Cập, Pakistan, Paraguay, Romania); một số nước khác giới hạn bằng cách quy định các thành viên của một tổ chức công đoàn phải thuộc cùng một ngành nghề hoặc có ngành nghề tương tự nhau<sup>31</sup> (Bangladesh, Pakistan), hoặc quy định một cấu trúc chung cho hệ thống các tổ chức công đoàn, mỗi đơn vị không có nhiều hơn một tổ chức công đoàn, mỗi tỉnh không có nhiều hơn một tổ chức công đoàn cấp tỉnh<sup>32</sup>. Theo quan điểm của ILO, các hạn chế nói trên chỉ có thể được áp dụng cho các tổ chức công đoàn cấp cơ sở với điều kiện các tổ chức công đoàn cơ sở này được tự do thành lập tổ chức liên ngành nghiệp và tham gia vào các liên đoàn.

### 2.5. Về hệ thống tổ chức công đoàn

Theo quy định tại Điều 2 Công ước số 87 của ILO, người lao động có quyền tự do thành lập tổ chức công đoàn, dẫn đến khả năng nhiều tổ chức công đoàn có thể cùng tồn tại trong một doanh nghiệp, một ngành nghề. Cần phải khẳng định rằng, việc chỉ có một hệ thống tổ chức công đoàn (hay còn gọi là công đoàn độc quyền) không trái với Công ước nếu người lao động không có nguyện vọng thành lập một tổ chức công đoàn khác. Tuy nhiên, người lao động có thể thay đổi và lựa chọn một công đoàn khác hoặc thành lập một tổ chức công đoàn mới độc lập, hiệu quả hơn. Do đó, hiện tượng công đoàn độc quyền, thống nhất do bị áp đặt (trực tiếp hoặc gián tiếp bởi pháp luật) là trái với tinh thần của Công ước.

<sup>29</sup> Ecuador – CEACR, Observation, 1999.

<sup>30</sup> Bangladesh – CEACR, Observation, 2010; Egypt – CEACR, Direct request, 2011; Libya – EEACR, Direct request, 2011; Pakistan – CEACR, Observation, 2010; Paraguay – CEACR,

Observation, 2011; Romania – CEACR, Direct request, 2011.

<sup>31</sup> Bangladesh – CEACR, Observation, 2010; Pakistan – CEACR, Observation, 2010; Zambia – CEACR, Observation, 2011.

<sup>32</sup> Panama – CEACR, Observation, 2011.

Trên thực tế, một số nước tiếp tục xây dựng một hệ thống công đoàn duy nhất (Belarus, Iraq, Libya, Syrian Arab, Turkmenistan, Yemen, Brazil...) <sup>33</sup>, với việc chỉ cho phép thành lập một tổ chức công đoàn cho tất cả những người lao động trong cùng một doanh nghiệp, cùng một ngành, nghề. Có nước quy định số lượng thành viên tối thiểu để thành lập một tổ chức công đoàn ít nhất bằng 50% tổng số người lao động có liên quan, do đó sẽ không có khả năng thành lập được tổ chức công đoàn thứ hai trong cùng một doanh nghiệp <sup>34</sup>. Trong những trường hợp này, quyền tự do thành lập tổ chức của người lao động chưa được đảm bảo triệt để.

Nhìn chung, tổ chức công đoàn ở các nước sẽ theo một trong hai cách: chỉ có một hệ thống công đoàn thống nhất hoặc có nhiều các tổ chức công đoàn cấp cơ sở. Các nước có nhiều tổ chức công đoàn đưa ra khái niệm "công đoàn đại diện nhất" để lựa chọn tổ chức đại diện thực hiện việc bảo vệ quyền lợi cho người lao động. Có nhiều phương pháp khác nhau để xác định tổ chức công đoàn đại diện nhất và cách thức để các tổ chức công đoàn này cùng nhau hoặc riêng rẽ tham gia đối thoại, thương lượng tập thể, lãnh đạo đình công. Các tiêu chí xác định tổ chức công đoàn đại diện nhất cần được làm rõ; phải vừa có yếu tố định lượng, vừa có yếu tố định tính để đảm bảo lựa chọn được tổ chức công đoàn thay mặt tập thể

người lao động thương lượng với người sử dụng lao động, giám sát thực hiện thỏa ước... Theo kinh nghiệm của Bỉ, việc lựa chọn tổ chức công đoàn đại diện nhất nhiều khi phụ thuộc vào mục tiêu của việc đại diện (đối thoại, thương lượng, lãnh đạo đình công, chỉ định đại biểu cho các tổ chức quốc tế...), nhưng nhìn chung đều dựa trên các tiêu chí như: (1) Mục tiêu của công đoàn khi thành lập; (2) Công đoàn được thành lập ở cấp cao hơn; (3) Công đoàn có phạm vi hoạt động nhiều nghề nghiệp, đại diện cho đa số ngành và các loại lao động trong khu vực công và tư nhân; (4) Quyền ưu đãi dành cho người lao động trong công đoàn đó <sup>35</sup>.

#### **2.6. Về quản lý tài chính của công đoàn**

Quyền tự chủ, độc lập về tài chính và quyền được bảo vệ tài sản là những điều kiện quan trọng để công đoàn có thể tự do tổ chức, hoạt động, và đảm bảo không chịu ảnh hưởng bởi bên thứ ba, đặc biệt là từ phía người sử dụng lao động, để công đoàn có thể trở thành đại diện thực chất của người lao động. Trên cơ sở đó, chỉ những quy định của pháp luật về giám sát quản lý tài chính trong công đoàn nhằm mục đích đảm bảo tính trung thực và hiệu quả mới được chấp nhận. Theo ILO, các hoạt động sau của cơ quan tư pháp được xem là tương thích với Công ước 87: (1) Việc giám sát chỉ nằm trong phạm vi nghĩa vụ nộp báo cáo tài chính hàng năm; (2) Việc xác minh được thực hiện khi có căn cứ rõ ràng về việc tổ chức công đoàn có hành động vi phạm pháp luật; (3) Việc xác minh được thực hiện trong trường hợp có một số lượng đáng kể

<sup>33</sup> Belarus – CEACR, Observation, 2007; Iraq – CEACR, Observation, Convention No. 98, 2010; Libya – CEACR, Direct request, 2011; Syrian Arab Republic – CEACR, Observation, 2011; Turkmenistan – CEACR, Direct request, 2011; Yemen – CEACR, Observation, 2011.

<sup>34</sup> Plurinational State of Bolivia – CEACR, Observation, 2010; Guatemala – CEACR, Observation, 2011.

<sup>35</sup> Belgium – CEACR, Observation, 2010.

người lao động (ví dụ 10%) khiếu nại hoặc kêu gọi điều tra với tội danh tham ô<sup>36</sup>.

Theo ILO, nếu pháp luật cho phép các cơ quan chức năng giám sát vượt quá phạm vi nói trên, hoặc có xu hướng can thiệp những vấn đề do công đoàn tự điều chỉnh (ví dụ quy định mức đóng góp tối thiểu của các công đoàn viên; xác định tỷ lệ quỹ công đoàn phải nộp cho các liên đoàn...) hoặc trao quyền cho các cơ quan hành chính kiểm tra sổ sách, tài liệu của công đoàn đều là không phù hợp với Công ước. Việc kiểm tra, giám sát tài chính nếu cần được thực hiện thì nhất thiết phải do một cơ quan tư pháp tiến hành, không nên để các cơ quan hành chính thực hiện nhằm tránh sự tùy tiện.

### 3. Một số yêu cầu đặt ra cho Việt Nam

Trước hết cần khẳng định rằng, đã đến lúc Việt Nam cần đổi mới mạnh mẽ quan hệ lao động bởi hai lý do chính: *Một là* Việt Nam hiện nay đã có các khu công nghiệp tập trung số lượng lớn người lao động với những quan hệ lao động cần phải có những chính sách, giải pháp thích hợp; *hai là*, ngoài TPP, Việt Nam đã ký một số hiệp định thương mại tự do như FTA Việt Nam – EU bao gồm các điều khoản yêu cầu sự điều chỉnh pháp luật về quan hệ lao động<sup>37</sup>.

Một khi TPP và các thỏa thuận về lao động trong khuôn khổ TPP có hiệu lực, Việt Nam không chỉ thực hiện nghĩa vụ sửa đổi,

bổ sung pháp luật mà còn phải củng cố cơ chế thực thi những cam kết đó.

Trong quá trình nghiên cứu triển khai, cần tập trung làm rõ ba nhóm vấn đề:

*Một là*, các vấn đề trước khi thành lập tổ chức công đoàn thứ hai bên cạnh tổ chức công đoàn thuộc Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam, như: những yếu tố, điều kiện để có thể thành lập tổ chức công đoàn thứ hai; những chủ thể như Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam, Chính phủ, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam... phản ứng như thế nào đối với việc sẽ thành lập công đoàn thứ hai.

*Hai là*, các vấn đề về thương lượng tập thể khi đã thành lập tổ chức công đoàn thứ hai: trình tự và tổ chức tiến hành thương lượng tập thể; ai sẽ được hưởng lợi từ thương lượng tập thể; mối quan hệ giữa các công đoàn cơ sở khi thương lượng tập thể.

*Ba là*, thủ tục, cơ chế giải quyết nếu phát sinh tranh chấp khi có nhiều tổ chức công đoàn: Dự báo tình hình đình công, tình trạng đình công tự phát, ai lãnh đạo đình công...

Những nghiên cứu dự báo về các nhóm vấn đề trên sẽ giúp Việt Nam xác định hướng sửa đổi, bổ sung pháp luật lao động và tìm ra các giải pháp phù hợp.

---

<sup>36</sup> ILO, *General Survey of the reports on the Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention*, 1994, paras 124–125.

<sup>37</sup> Đài truyền hình Việt Nam VTV1, Phóng sự Vấn đề hôm nay: *Đổi mới quan hệ lao động - Thách thức trước ngưỡng cửa TPP*, Phỏng vấn ông Nguyễn Mạnh Cường, 22h00 ngày 20/04/2016, <http://vtv.vn/van-de-hom-nay/doi-moi-quan-he-lao-dong-thach-thuc-truoc-nguonng-cua-tp-20160420001130789.htm>, truy cập ngày 25/9/2016.

# VAI TRÒ CỦA CÁC TỔ CHỨC ĐẠI DIỆN NGƯỜI LAO ĐỘNG TRONG DOANH NGHIỆP THEO PHÁP LUẬT MỘT SỐ NƯỚC THÀNH VIÊN TPP VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

*Hoàng Kim Khuyên\**

**Tóm tắt:** Bài viết thông tin về vai trò của các tổ chức đại diện người lao động trong các doanh nghiệp của một số nước thành viên Hiệp định TPP; qua đó đưa ra một số gợi mở có giá trị tham khảo đối với Việt Nam.

**Abstract:** This article introduces the role of trade unions in enterprises in some TPP countries. On that basis, it draws out implications for Vietnam.

## 1. Vai trò của các tổ chức đại diện lao động trong doanh nghiệp theo pháp luật một số nước TTP

Trong lĩnh vực lao động, pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới đều thừa nhận tổ chức đại diện cho người lao động dưới hình thức tổ chức Công đoàn. Tuy nhiên, tùy thuộc mô hình đơn nhất hay đa hình thức, vai trò, chức năng của các tổ chức đại diện người lao động ở các nước có sự khác nhau.

### 1.1. Tại Singapore

Trong khuôn khổ pháp luật về lao động, Singapore có ba văn bản quan trọng là Luật Việc làm, Luật Quan hệ lao động và Luật Công đoàn. Thứ nhất, Luật Việc làm quy định những điều kiện cơ bản về việc làm, quyền và nghĩa vụ của người lao động và người sử dụng lao động, trong đó quy định rõ quyền của người lao động được gia nhập tổ chức công đoàn. Thứ hai, Luật Quan hệ lao động xây dựng một nền tảng hợp lý cho

quan hệ lao động; quy định sự khác biệt giữa người sử dụng lao động và công đoàn, nhưng vẫn đảm bảo cân bằng lợi ích của hai bên. Luật cấm người sử dụng lao động cố tình cản trở người lao động tham gia công đoàn. Luật cũng quy định thủ tục đại diện cho người lao động của tổ chức công đoàn trong đó bao gồm việc thông báo cho người sử dụng lao động và người lao động bỏ phiếu kín để đảm bảo bầu ra được tổ chức thực sự là đại diện cho người lao động trong doanh nghiệp. Thứ ba, Luật Công đoàn tại đoạn 2 Phần 1 có đưa ra định nghĩa về công đoàn<sup>1</sup>. Theo đó, công đoàn là một tổ chức hoặc một sự liên kết tạm thời hay vĩnh viễn của người lao động, với mục đích: thúc đẩy quan hệ lao động giữa người lao động và người sử dụng lao động; cải thiện điều kiện làm việc nhằm nâng cao vị thế về mặt kinh tế, xã hội cho người lao động; vì lợi ích của người lao

---

<sup>1</sup> Xem thêm: Trade Unions Act (Chapter 333) in Singapore, <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/electronic/54098/65129/F1680845546/SGP54098.pdf>.

---

\* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

động, người sử dụng lao động cũng như sự tăng trưởng kinh tế của Singapore. Từ định nghĩa này có thể thấy như sau:

**Về vị trí của tổ chức đại diện người lao động:** Công đoàn đã trở thành một phần hữu cơ trong cơ cấu kinh tế, xã hội và chính trị của Singapore. Nếu ở các quốc gia khác, công đoàn là một tổ chức bị coi làm tổn kém Ngân sách nhà nước và là gánh nặng cho nền kinh tế thì ở Singapore, công đoàn có những vai trò nhất định, mang tính tích cực trong việc thúc đẩy nền kinh tế phát triển.

**Về mô hình tổ chức đại diện người lao động:** Tổ chức đại diện người lao động do người lao động tự nguyện lập ra nhưng phải đáp ứng các điều kiện thủ tục về đăng ký<sup>2</sup>. Pháp luật Singapore thừa nhận hai loại tổ chức đại diện của người lao động song song tồn tại là tổ chức Công đoàn và tổ chức, cá nhân không thuộc hệ thống công đoàn (do tập thể lao động bầu hoặc cử ra)<sup>3</sup>.

**Về vai trò, chức năng của tổ chức đại diện người lao động:**

❖ *Đối với quan hệ lao động giữa người lao động và người sử dụng lao động:* Để duy trì một quan hệ lao động hài hòa, ổn định, tiến bộ và phát triển giữa người lao động và người sử dụng lao động thì vai trò của công đoàn Singapore thể hiện ở các nội dung sau đây:

*Vai trò đại diện trong việc thương lượng tập thể* với người sử dụng lao động tại nơi làm việc (vai trò truyền thống). Theo đó, để đảm bảo công bằng về tiền lương, điều kiện làm việc, nâng cao mức sống và chất lượng sống của người lao động, tổ chức công đoàn thực hiện đại diện cho người lao động trong việc đàm phán, thỏa thuận với người sử dụng lao động. Đây là vai trò cơ bản của tổ chức công đoàn tại Singapore được duy trì từ những năm 50, 60 của thế kỷ trước, khi còn bị thực dân Anh cai trị. Hiện nay, để đảm bảo quan hệ lao động được ổn định và hài hòa thì *vai trò đại diện của tổ chức công đoàn đã được mở rộng*. Theo đó, công đoàn được quyền thỏa thuận với người sử dụng lao động trong thỏa ước lao động tập thể về đào tạo kỹ năng cơ bản cho người lao động, xây dựng các chương trình giáo dục, đào tạo cho người lao động.

*Xử lý tranh chấp giữa các bên tham gia quan hệ lao động.* Ở Singapore cũng như các quốc gia khác trên thế giới, các tranh chấp giữa những người lao động hoặc giữa tập thể người lao động và người sử dụng lao động có thể xảy ra do mâu thuẫn về lợi ích, tiền lương, thu nhập, học nghề, thực hiện hợp đồng lao động, thỏa ước lao động tập thể, hoặc các vấn đề khác... Cách thức tối ưu được tổ chức công đoàn hướng tới và sử dụng là hòa giải, thông qua các cuộc đàm phán để đi đến một thỏa thuận chung.

Ngoài ra, công đoàn còn đảm bảo *tìm kiếm việc làm cho người lao động*. Theo đó, tổ chức đại diện người lao động sẽ tạo việc làm bằng cách vận động từ phía các nhà đầu tư trong các ngành công nghiệp khác nhau sử dụng lao động tại Singapore.

---

<sup>2</sup> Xem: Đoạn 7 phần 2 về đăng ký của Luật Công đoàn Singapore.

<sup>3</sup> Xem thêm: *Hệ thống các tổ chức đại diện lao động hoạt động theo Luật Công đoàn của Singapore*, <http://www.mom.gov.sg/employment-practices/trade-unions/trade-union-directory#/>, truy cập ngày 16/4/2015.

Như vậy, có thể thấy, Công đoàn ở Singapore chú trọng đến vai trò và chức năng hơn là vị trí của tổ chức này trong xã hội với mục đích tạo cơ hội việc làm cho người lao động; đảm bảo điều kiện, môi trường làm việc an toàn, lành mạnh; tăng cường an ninh việc làm và nâng cao chất lượng cuộc sống cho người lao động thông qua việc đào tạo, giáo dục, nâng cấp các kỹ năng, tư vấn chính sách; đảm bảo hiệu quả của tổ chức đại diện lao động qua việc tăng cường khả năng lãnh đạo và thu hút số lượng thành viên<sup>4</sup>.

❖ *Đối với Chính phủ:* Tổ chức đại diện người lao động có ảnh hưởng tích cực, có vai trò nhất định trong việc xây dựng các chính sách của Chính phủ. Quan hệ lao động ở Singapore được vận hành dựa trên nguyên tắc ba bên cùng hợp tác để nâng cao năng suất lao động, tăng cường khả năng cạnh tranh và đạt mức tăng trưởng kinh tế. Ba bên phải hợp tác và hình thành mối quan hệ giữa quản lý và lao động một cách chặt chẽ để tạo ra môi trường đầu tư thông thoáng và hấp dẫn đầu tư nước ngoài. Ở Singapore, công đoàn và người lao động được khuyến khích cùng phối hợp theo hình thức quản lý nhóm ở cấp doanh nghiệp. Trong khi Chính phủ nhiều nước hạn chế vai trò của mình trong quan hệ lao động và áp dụng nguyên tắc “không can thiệp” vào quan hệ giữa hai bên thì Chính phủ

Singapore lại chọn cách tiếp cận là thúc đẩy sự hợp tác ba bên. Hiện nay, Liên đoàn lao động thương mại quốc gia của Singapore (NTUC) có những đóng góp rất quan trọng vào các cuộc thảo luận của Chính phủ liên quan đến đảm bảo việc làm, sự phân phối cân bằng các lợi ích cho tăng trưởng kinh tế. Là một tổ chức công đoàn, một chủ thể trong đối tác ba bên (Bộ nhân lực, NTUC, Liên đoàn người sử dụng lao động quốc gia Singapore) NTUC được Chính phủ Singapore ủng hộ mạnh mẽ, tạo điều kiện hoạt động để bảo vệ quyền lợi cho người lao động Singapore.

## 1.2. Tại Nhật Bản

Nhật Bản là một quốc gia phát triển trên thế giới.

Pháp luật lao động Nhật Bản quy định mỗi doanh nghiệp đều phải thành lập một tổ chức công đoàn cơ sở, với mục đích thỏa thuận với người sử dụng lao động về thương lượng tập thể, thỏa ước lao động tập thể, tiền lương và các nội dung khác của quan hệ lao động.

**Bản chất và vai trò của Công đoàn:** Tổ chức và hoạt động của công đoàn Nhật Bản được quy định trong Luật Công đoàn năm 1949, sửa đổi, bổ sung năm 2005. Theo đó, công đoàn thường được hình thành tại các công ty và được gọi là công đoàn doanh nghiệp. Cấp trên của công đoàn doanh nghiệp là công đoàn ngành, là một trong các thành phần của Tổng liên đoàn Công đoàn Nhật Bản (Rengo).

**Về công đoàn doanh nghiệp:** Công đoàn doanh nghiệp Nhật Bản được thành lập từ trước năm 1990 khi nền kinh tế Nhật rơi vào khủng hoảng và có sự thiếu hụt lao

<sup>4</sup> Xem thêm: Evelyn S. Wong, International Institute for Labour Studies, *Partnership of trade unions in national development programmes and in promotion of labour mobility in Singapore*, tr. 6 - 7, <http://library.fes.de/pdf-files/gurn/00157.pdf>.

động có tay nghề cao tại các doanh nghiệp<sup>5</sup>. Các công đoàn doanh nghiệp được thành lập với mục tiêu truyền thống là *an ninh việc làm, tăng lương và cải thiện điều kiện làm việc cho người lao động; thương lượng tập thể*.

❖ **Về công đoàn ngành:** Công đoàn ngành bao gồm các công đoàn doanh nghiệp, đại diện cho một ngành công nghiệp tương ứng<sup>6</sup>, đóng vai trò quan trọng trong việc xác định chương trình nghị sự và ra các quyết định trong ngành công nghiệp nói chung và công đoàn doanh nghiệp nói riêng. Nói cách khác, quá trình đàm phán lao động phụ thuộc vào các công đoàn ngành chứ không phải là các công đoàn doanh nghiệp. Bên cạnh đàm phán, công đoàn ngành Nhật Bản còn có những vai trò cơ bản: Cải thiện điều kiện lao động toàn diện để đảm bảo lợi ích cho người lao động, cũng như các thành viên trong gia đình họ; cải thiện tình trạng kinh tế và xã hội của người lao động trong sự hợp tác với các tổ chức lao động tự do và dân chủ; duy trì quyền tự chủ của công đoàn; và hơn hết là tạo ra một xã hội tự do hơn, bình đẳng, công bằng và hòa bình trong sự hợp tác với người lao động trên toàn thế giới.

### 1.3. Tại Hoa Kỳ

**Về cơ sở pháp lý của quyền thành lập và gia nhập công đoàn.** Ở Hoa Kỳ, Đạo luật Quan hệ lao động liên bang năm 1935 (còn gọi là Đạo luật Wagner 1935 – NLRA)

được coi là khung pháp lý quan trọng trong lĩnh vực lao động, ban hành ở thế kỷ XX<sup>7</sup>. Đạo luật đề ra mục đích: Thiết lập các quyền hợp pháp của công nhân để tổ chức hoặc tham gia vào các tổ chức lao động. Trong đó, cho công nhân quyền được gia nhập nghiệp đoàn và thương lượng tập thể thông qua đại diện nghiệp đoàn. Đồng thời, Đạo luật cũng lập ra Ủy ban Quan hệ lao động quốc gia (NLRB) để trừng phạt các hành vi của người sử dụng lao động khi cản trở người lao động thành lập nghiệp đoàn. NLRB có quyền cưỡng chế giới chủ phải hoàn trả thanh toán nếu sa thải công nhân vì lý do tham gia các hoạt động nghiệp đoàn.

Đạo luật cấm người sử dụng lao động có hành vi can thiệp hoặc ép buộc người lao động thực hiện các quyền liên quan đến tổ chức, hình thành, tham gia hoặc hỗ trợ một tổ chức lao động cho các mục đích thương lượng tập thể của người lao động để đòi hỏi người sử dụng lao động phải cải thiện điều kiện lao động. Tương tự như vậy, đạo luật cũng yêu cầu tổ chức của người lao động mà họ tự thành lập hoặc tham gia cũng không được can thiệp hoặc ép buộc người lao động thực hiện quyền tham gia công đoàn<sup>8</sup>.

**Về vai trò của tổ chức đại diện lao động ở Hoa Kỳ.** Có thể nói, vai trò của Công đoàn Hoa Kỳ được thể hiện đa chiều như sau:

*Đại diện trong quá trình thương lượng tập thể.* Ở Hoa Kỳ, công đoàn thương mại

<sup>5</sup> Xem thêm: John Benson, *The Development and Structure of Japanese Enterprise Unions*, <http://apjjf.org/-John-Benson/2938/article.html>.

<sup>6</sup> Xem thêm: Hệ thống các công đoàn công nghiệp ở Nhật Bản, <http://www.jtuc-rengo.org/affiliates/>.

<sup>7</sup> Xem thêm: <https://www.britannica.com/topic/trade-union>.

<sup>8</sup> Xem thêm: <https://www.nlr.gov/rights-protect/employerunion-rights-and-obligations>.

hay công đoàn lao động được thành lập từ những năm 1930 của thế kỷ XX với mục đích thông qua việc thương lượng tập thể để đại diện cho quyền lợi của người lao động trong quan hệ lao động. Theo đó, nhờ vai trò này mà người lao động được hưởng lương và điều kiện làm việc tốt hơn cũng như được đối xử một cách công bằng tại nơi làm việc<sup>9</sup>.

*Kiểm tra, giám sát hoạt động của người sử dụng lao động:* Đạo luật quy định cấm người sử dụng lao động có các hành vi can thiệp, ép buộc người lao động tổ chức hoặc tham gia tổ chức công đoàn, phân biệt đối xử đối với người lao động tham gia vào các hoạt động công đoàn...

*Tư vấn pháp luật:* Công đoàn cũng đóng một vai trò quan trọng trong việc phát triển pháp luật lao động ở Hoa Kỳ nói chung và các quy định về bảo vệ người lao động nói riêng có hiệu quả. Ngoài ra, các công đoàn còn thực hiện việc tuyên truyền, tư vấn các quy định pháp luật liên quan đến người lao động tại nơi làm việc. Đồng thời, công đoàn cũng giám sát người sử dụng lao động thực hiện pháp luật trên thực tế.

## 2. Một số gợi mở cho Việt Nam

Theo Hiệp định TTP, việc cho phép người lao động thành lập tổ chức công đoàn độc lập là yêu cầu bắt buộc. Qua phân tích mô hình tổ chức, vị trí và vai trò của các tổ chức đại diện người lao động của 3 nước

điển hình ở trên, có thể rút ra một số gợi ý cho việc thành lập hệ thống tổ chức công đoàn ở Việt Nam như sau:

*Một là, về mô hình của tổ chức đại diện lao động.* Trên thế giới, có một số quốc gia chỉ thừa nhận một tổ chức đại diện lao động duy nhất là công đoàn; một số quốc gia khác lại thừa nhận hai/nhiều loại hình đại diện lao động song song cùng tồn tại, trong đó có tổ chức công đoàn. Nhà nước luôn quy định rõ chức năng đại diện của từng loại hình đại diện trong việc tham gia vào quan hệ lao động và công đoàn vẫn là tổ chức đại diện chủ yếu, được thừa nhận rộng rãi, có tác động lớn đến việc bảo vệ quyền và lợi ích của người lao động. Ở Việt Nam, tổ chức công đoàn Nhà nước có hệ thống từ trung ương đến địa phương, trong hầu hết các doanh nghiệp, nhưng thực sự vẫn chưa phát huy quyền đại diện, quyền thương lượng tập thể, quyền thanh tra, giám sát... để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động. Do đó, tổ chức đại diện người lao động trong doanh nghiệp ở Việt Nam cần được tổ chức theo hệ thống hành chính lãnh thổ đồng thời theo hệ thống ngành. Đây là căn cứ để xây dựng thỏa ước lao động tập thể ngành có hiệu quả hơn.

*Hai là, về nhân sự và quá trình hoạt động của tổ chức đại diện lao động.* Ở các nước, thành viên của các tổ chức đại diện người lao động là người được cử, không bị ràng buộc bởi quan hệ lao động với người sử dụng lao động, hưởng lương từ đoàn phí của các công đoàn viên. Mọi hoạt động của tổ chức công đoàn đều từ quỹ của công đoàn viên. Do đó, có thể nói, hoạt động của tổ chức công đoàn là hoạt động độc lập và

<sup>9</sup> Xem thêm: James Williams, The Role of Trade Unions in Industrial Relations (Vai trò của công đoàn trong quan hệ lao động), <http://smallbusiness.chron.com/role-trade-unions-industrial-relations-65197.html>.

đối kháng với người sử dụng lao động. Ở Việt Nam, việc hình thành tổ chức đại diện người lao động cần có sự tách bạch mối quan hệ giữa các thành viên của tổ chức với người sử dụng lao động. Tổ chức đại diện phải tạo dựng niềm tin, tăng cường liên kết giữa người lao động và người sử dụng lao động, nâng cao chính sách phúc lợi qua các cuộc đối thoại; nâng cao năng lực cho cán bộ công đoàn nhằm thu hút người lao động tham gia vào tổ chức...

*Ba là, về vai trò của tổ chức đại diện lao động.* Ở các nước, các tổ chức đại diện người lao động có tính chất độc lập, nên để thu hút được người lao động tham gia, các tổ chức này phải chú trọng đến vai trò của mình hơn là quá trình tổ chức. Đó là, vai trò *đại diện, tư vấn* để bảo vệ người lao động trước người sử dụng lao động; vai trò *tham*

*vấn chính sách* với Chính phủ để nâng cao chất lượng đời sống của người lao động và gia đình họ; vai trò *an ninh việc làm, tìm kiếm việc làm* cho người lao động trước những thay đổi của thị trường, xu hướng toàn cầu hóa; vai trò *hợp tác* để nâng cao nhận thức và trách nhiệm của người sử dụng lao động với người lao động trong doanh nghiệp... Để thực hiện các vai trò đó, các tổ chức đại diện lao động tại những nước này đã thường xuyên đổi mới nội dung và phương thức hoạt động nhằm thu hút người lao động tham gia; liên tục khảo sát để nắm bắt nhu cầu, nguyện vọng của người lao động để đưa ra các giải pháp phù hợp<sup>9</sup>; thường xuyên tuyên truyền giáo dục, đồng thời nâng cao nhận thức pháp luật cho người lao động giúp họ tự bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp, của mình.

---

<sup>9</sup> Xem thêm: <http://vuit.org.vn/tin-tuc/t1556/hoat-dong-cua-to-chuc-cong-doan-jcm--nhung-diem-khac-biet.html>, truy cập ngày 20/11/2015.