



ISSN 0866 - 7446

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
VIỆN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Vietnam Academy of Social Sciences
Institute of State and Law

11(391)
2020

THÁNG RA MỘT KỲ

11(391)

2020

NĂM THỨ 49

TỔNG BIÊN TẬP

TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC
PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI
PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HẢO
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIỀN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT
PGS.TS. LÊ MINH THÔNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. VÕ KHÁNH VINH
PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động
báo chí: số 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty Cổ phần
in và thương mại
Đông Bắc

Giá: 20.000^d

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP

- ❖ VÕ KHÁNH VINH: Về tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp ở Việt Nam 3

QUYỀN CON NGƯỜI

- ❖ LƯU MINH SANG – NGUYỄN THỊ THÙY DUNG: Nguyên tắc xử lý dữ liệu cá nhân trên không gian mạng theo pháp luật Việt Nam dưới góc nhìn so sánh với pháp luật Singapore, Liên minh châu Âu 16

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT KINH TẾ, LUẬT MÔI TRƯỜNG

- ❖ BÙI NGUYỄN TRÀ MY: Quy định về quyền lợi bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm hàng hải 23
- ❖ GIẢN THỊ LÊ NA: Vi phạm hợp đồng hiệu quả: Từ thuyết vị lợi của Jeremy Bentham đến tư tưởng tự do của John Stuart Mill 35
- ❖ NGUYỄN THỊ BẢO NGÀ: Một số bất cập của pháp luật về điều kiện thu nhập để được mua nhà ở xã hội đối với người có thu nhập thấp 46
- ❖ PHẠM HỒNG HẠNH: Những hạn chế trong quản lý rác thải nhựa trên biển tại Việt Nam theo Kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030 53

LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

- ❖ NGUYỄN NGỌC HÀ: Áp dụng giải thích phát triển trong giải thích một số quy định của Tổ chức Thương mại thế giới và lưu ý đối với Việt Nam 61
- ❖ TÀO THỊ HUỆ – NGUYỄN QUANG ANH: Thực tiễn áp dụng Điều 6 Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế và khuyến nghị cho doanh nghiệp Việt Nam 76

MONTHLY ISSUE

11(391)

2020

49TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

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: 024.39713333

Fax: 024.39764534

**Email:
tcnnpl@isl.gov.vn**

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

Printed by Dong Bac
Trade and Print Joint
Stock Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW

- ❖ VO KHANH VINH: On Continuously Strengthening Judicial Reform in Viet Nam 3

HUMAN RIGHTS

- ❖ LUU MINH SANG – NGUYEN THI THUY DUNG: The Principles of Personal Data Processing in the Cyber Space under Vietnamese Law in Comparison with the Laws of Singapore and the European Union 16

CIVIL LAW, ECONOMIC LAW, ENVIRONMENTAL LAW

- ❖ BUI NGUYEN TRA MY: Regulations on Insurable Interest in Marine Insurance Contracts 23
- ❖ GIAN THI LE NA: Efficient Breach of Contract From Jeremy Bentham's Utilitarianism to John Stuart Mill's Liberalism 35
- ❖ NGUYEN THI BAO NGA: Shortcomings of the Law on Income Eligibility for Buying Affordable Apartments of the People with Low Income 46

- ❖ PHAM HONG HANH: Shortcomings of the Management of Marine Plastic Waste in Viet Nam under the National Action Plan on the Control of Ocean Plastic Waste up to 2030 53

INTERNATIONAL TRADE LAW

- ❖ NGUYEN NGOC HA: Applying Evolutionary Interpretation in Interpreting World Trade Organization's Regulations and Implications for Viet Nam 61
- ❖ TAO THI HUE – NGUYEN QUANG ANH: The Practical Implementation of Article 6 of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 and Recommendations for Vietnamese Enterprises 76

VỀ TIẾP TỤC ĐẨY MẠNH CẢI CÁCH TƯ PHÁP Ở VIỆT NAM

Võ Khánh Vinh*

Tóm tắt: *Tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp với tư cách là một thành tố của sự nghiệp đổi mới đất nước, là nhu cầu tất yếu, cần thiết, khách quan hiện nay. Bài viết này phân tích bối cảnh quốc tế và trong nước tác động đến cải cách tư pháp ở nước ta; luận giải mục tiêu, quan điểm, định hướng, nội dung tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp trong thời gian tới để góp phần phục vụ sự nghiệp phát triển đất nước.*

Abstract: *Continuously Strengthening Judicial Reform as an element of the national reform is an essential and manifest prerequisite for the time being. This Article analyzes the international and domestic context surrounding our country's judicial reform; expounds the objectives, viewpoints, directions and substance on strengthening the judicial reform in the coming time to make a contribution to the development of the country.*

1. Về sự cần thiết của việc tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp ở nước ta

Bối cảnh mới, đòi hỏi mới hiện nay yêu cầu phải tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp, nâng cải cách tư pháp lên một tầm cao mới, phù hợp với những gì vốn có của tư pháp, phù hợp với các điều kiện mới. Bối cảnh quốc tế, khu vực và trong nước đã, đang và sẽ có tác động to lớn, toàn diện, bao trùm và sâu sắc đến cải cách tư pháp thời gian tới.

Bối cảnh quốc tế, khu vực: Quá trình toàn cầu hoá, khu vực hoá; hội nhập quốc tế, khu vực; cuộc cách mạng công nghiệp 4.0, sự phát triển của khoa học và công nghệ, kinh tế số; sự phát triển nhanh chóng các giao dịch dân sự, thương mại toàn cầu; sự bảo hộ công dân về mặt pháp luật được tăng cường; các xung đột, tranh chấp quốc tế, khu vực liên quan đến pháp luật; đặc biệt, các tranh chấp chủ quyền, quyền chủ quyền, tranh chấp về biên, tình hình tội

phạm xuyên quốc gia, khủng bố, các tranh chấp kinh tế, thương mại gia tăng, đang diễn ra mạnh mẽ, tác động sâu sắc đến tư pháp, cải cách tư pháp trên phạm vi toàn cầu và đến tư pháp, cải cách tư pháp của từng quốc gia.

Bối cảnh trong nước: Sự nghiệp đổi mới đất nước đã đạt được những thành tựu quan trọng, đang bước sang giai đoạn mới, đồng thời đã và đang đặt ra nhiều vấn đề cần phải được giải quyết đối với tư pháp. Trong xã hội Việt Nam xuất hiện các nhân tố khách quan và chủ quan mới tác động đến tư duy, tư tưởng, quan điểm về tư pháp. Đó là những biến đổi to lớn đang diễn ra trong mọi lĩnh vực của đời sống xã hội nước ta, đã và đang thúc đẩy tích cực hơn, khẩn trương hơn tiến trình cải cách tư pháp để phúc đáp nhu cầu phát triển của xã hội Việt Nam.

Đòi hỏi mới của cải cách tư pháp là các yêu cầu mới bắt buộc phải tiến hành đẩy mạnh cải cách tư pháp ở nước ta trong giai đoạn tới. Các đòi hỏi mới thể hiện tập trung ở yêu cầu mới sau đây:

* GS.TS., Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

- *Quá trình hình thành và xây dựng xã hội pháp quyền Việt Nam đòi hỏi phải tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp.* Xã hội pháp quyền¹ là xã hội hướng đến các giá trị pháp quyền, trong đó có các giá trị như: Công lý, công bằng, tự do, nhân đạo, pháp quyền, quyền con người trong xã hội. Các giá trị đó ngày càng được gia tăng trong quá trình dân chủ hoá, công khai hoá, minh bạch hoá, pháp quyền hoá, nhân quyền hoá trong xã hội. Xã hội pháp quyền là xã hội coi tư pháp là một thành tố đặc biệt quan trọng của mình, là thể chế phòng ngừa sự vi phạm quyền con người, bảo đảm, bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người trong xã hội.

- *Sự phát triển kinh tế thị trường trong giai đoạn mới ở nước ta đòi hỏi phải tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp.* Đó là, sự phát triển nền kinh tế thị trường ở nước ta lên trạng thái mới - nền kinh tế thị trường đầy đủ; nhu cầu phát triển lành mạnh các quan hệ xã hội, đặc biệt các quan hệ kinh tế, dân sự; nhu cầu bảo đảm thực hiện tự do trong kinh tế, bảo đảm quyền tự do kinh doanh, quyền được bảo hộ về tài sản; nhu cầu bảo vệ các quyền, lợi ích của các chủ thể trong xã hội; nhu cầu giải quyết các tranh chấp kinh tế bằng phương thức tư pháp pháp quyền.

- *Các đòi hỏi mới của xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền Việt Nam trong giai đoạn mới đòi hỏi phải tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp.* Đó là, yêu cầu xác định đúng vị thế thực chất của quyền tư pháp trong cơ chế quyền lực nhà nước; yêu cầu tăng cường quyền tư pháp trong tiến trình phát triển nhà nước pháp quyền; yêu cầu bảo đảm tư pháp độc lập; yêu cầu bảo vệ

công lý, bảo vệ quyền con người; yêu cầu tăng cường sự giám sát của quyền tư pháp đối với quyền lập pháp, quyền hành pháp.

- *Các đòi hỏi mới của quá trình hội nhập quốc tế, khu vực đòi hỏi phải tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp.* Đó là, đòi hỏi tăng cường hợp tác trong lĩnh vực tư pháp để giải quyết những vấn đề tranh chấp mang tính pháp lý toàn cầu; đòi hỏi tăng cường sự tương thích, xích lại gần nhau của các thể chế tư pháp khu vực, quốc gia trong quá trình hội nhập quốc tế; đòi hỏi hài hoà hoá tư pháp; đòi hỏi tăng cường trách nhiệm thực hiện các cam kết, các điều ước quốc tế về tư pháp; đòi hỏi tăng cường năng lực của tư pháp quốc gia trong hợp tác quốc tế.

- *Quy luật tương tác, quy luật phát triển của chính tư pháp trong giai đoạn mới đòi hỏi phải tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp.* Cải cách tư pháp không tự tiến hành độc lập, biệt lập với các cuộc cải cách, đổi mới khác đang diễn ra một cách tất yếu trong xã hội Việt Nam ở giai đoạn hiện nay mà được tiến hành đồng thời, cùng với các cuộc cải cách, đổi mới đó, đặc biệt cải cách pháp luật và cải cách hành pháp. Do vậy, việc tăng cường cải cách pháp luật và cải cách hành pháp đòi hỏi phải đẩy mạnh cải cách tư pháp. Quá trình vận động và phát triển của tư pháp đã bộc lộ các hạn chế, khiếm khuyết của chính mình, đòi hỏi phải được khắc phục để thực hiện tốt hơn sứ mệnh, vai trò, chức năng, nhiệm vụ vốn có của mình trong xã hội; đòi hỏi khẩn trương khắc phục những vi phạm, sai lầm, oan, sai trong hoạt động tư pháp, giải quyết tốt các tranh chấp, xung đột xã hội, tình hình tội phạm đang gia tăng trong xã hội; nhiều chủ trương về cải cách tư pháp đã được đề ra chưa được thực hiện hoặc thực hiện chưa triệt để.

¹ Xem: Võ Khánh Vinh, *Về xã hội pháp quyền Việt Nam*, trong sách “Tiếp tục đổi mới tư duy pháp lý phục vụ sự nghiệp phát triển đất nước”, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2020, tr.55-72.

2. Về đổi mới cách tiếp cận đến tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp

Nghiên cứu cách tiếp cận đến cải cách tư pháp ở nước ta cả trên phương diện lý luận và thực tiễn cho thấy, cách tiếp cận hiện nay về cải cách tư pháp chưa hoàn toàn đầy đủ, hệ thống, bao quát, và có thể nói, chưa đúng thực chất, do vậy, chưa đem đến kết quả cải cách tư pháp như mong muốn. Cụ thể hơn là, cải cách tư pháp phần lớn mới liên quan đến những vấn đề mang tính tổ chức hình thức, pháp luật, mà chưa thực sự hướng đến tư pháp trong chính thể, đến quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp, pháp quyền tư pháp với tất cả những gì vốn có của nó, chưa làm nổi bật những giá trị pháp quyền mà tư pháp hướng đến để duy trì và bảo vệ. Và ngay cả cách tiếp cận về tổ chức và pháp luật đến cải cách tư pháp cũng chưa đầy đủ, toàn diện, hệ thống.

Cần phải có cách tiếp cận tổng thể, bao trùm tất cả các phương diện đến cải cách tư pháp. Cách tiếp cận tổng thể đó được thể hiện cụ thể ở các cách tiếp cận cụ thể sau đây: *Tiếp cận quyền lực, tiếp cận giá trị pháp quyền, tiếp cận tổ chức và nhân lực.*

Tiếp cận quyền lực về tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp

Cách tiếp cận này đòi hỏi phải có nhận thức đúng rằng, cải cách tư pháp, trước hết, nếu không nói là mang tính bản chất, là đổi mới nhận thức (đặc biệt trong điều kiện Việt Nam) về quyền tư pháp trong cơ chế quyền lực chính trị, quyền lực nhà nước, về vị thế của quyền tư pháp trong xã hội. Về vấn đề này, ở mức độ khái quát nhất định, Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã được nêu trong các quan điểm cải cách tư pháp (các mục: 2.1, 2.2, 2.3), nhưng lại không được thể hiện cụ thể

trong các phương hướng và nhiệm vụ cải cách tư pháp, do vậy, chưa được triển khai mạnh mẽ trong thực tiễn. Các luận điểm đó đã được hiến định tại Điều 2 và Điều 102 Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam. Khoản 3 Điều 2 Hiến pháp năm 2013 chỉ rõ: Quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp. Khoản 1 Điều 102 Hiến pháp năm 2013 khẳng định: Toà án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp.

Do vậy, đổi mới tư duy cải cách tư pháp, tiến hành cải cách tư pháp trong giai đoạn hiện nay cần phải dựa trên sự *đổi mới mạnh mẽ tư duy chính trị - pháp lý về quyền tư pháp và thực hiện quyền tư pháp*; dựa trên những luận điểm mới của Hiến pháp năm 2013 về quyền tư pháp và thực hiện quyền tư pháp; dựa trên xu hướng vận động và phát triển của quyền tư pháp và thực hiện quyền tư pháp ở nước ta thời gian qua và sắp tới. Điều đó có nghĩa rằng, cải cách tư pháp, trước hết, theo bản chất và thực chất, cần phải hướng đến quyền tư pháp, đến thực hiện quyền tư pháp.

Tác giả cho rằng, theo cách tiếp cận này, trọng tâm của tiếp tục cải cách tư pháp phải chăng là tăng cường quyền tư pháp, tăng cường thực hiện quyền tư pháp, hoàn thiện cơ chế thực hiện quyền tư pháp, tăng cường bảo đảm tính độc lập tư pháp, chất lượng thực hiện quyền tư pháp, tăng cường các nguồn lực để thực hiện quyền tư pháp.

Tiếp cận giá trị pháp quyền về tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp

Quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp được hình thành và phát triển trong suốt chiều dài lịch sử phát triển của xã hội loài

người, nhưng chỉ đến một giai đoạn phát triển nhất định của xã hội loài người, nó mới trở thành một giá trị độc lập trong xã hội – giá trị pháp quyền. Sự ra đời của giá trị đó đánh dấu một bước phát triển mới của tư pháp trên tất cả các chiều cạnh của nó, đặc biệt tư duy về vị thế của tư pháp (quyền tư pháp, toà án, thẩm phán) trong xã hội, trong cơ chế quyền lực chính trị, cơ chế quyền lực nhà nước. Tiếp đến, quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp gắn liền với các giá trị cao cả trong xã hội, đó là công lý, công bằng, pháp quyền, quyền con người, quyền công dân, chế độ xã hội, các lợi ích hợp pháp, trật tự pháp luật và các giá trị xã hội khác. Đó là các giá trị pháp quyền cốt lõi của xã hội đương đại, của xã hội loài người. Hiện thân của người thực hiện quyền tư pháp, của công lý, của người bảo vệ quyền con người, quyền công dân và các giá trị nói trên là toà án.

Về vấn đề này, ở mức độ khái quát nhất định, Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã được nêu trong mục tiêu cải cách tư pháp. Khoản 3 Điều 102 Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam chỉ rõ: “Toà án nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân”.

Cách tiếp cận này đòi hỏi phải xây dựng toà án trở thành thiết chế có năng lực, khả năng hiện thực để thực hiện quyền tư pháp một cách hiệu quả, hiệu lực cao nhằm bảo vệ các giá trị pháp quyền cốt lõi của xã hội, là hiện thân của công lý, công bằng, lẽ phải, bảo vệ pháp luật, là trung tâm của thực hiện quyền tư pháp; thẩm phán là một loại công chức đặc biệt, một nghề đặc biệt, cao cả, có danh tiếng, được xã hội tôn trọng, tôn vinh.

Tiếp cận tổ chức, hoạt động và nhân lực về tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp

Tư pháp được thể hiện thông qua tổ chức, hoạt động, những người đại diện và thực hiện các hoạt động tư pháp. Tiếp cận tổ chức, hoạt động và nhân lực đến tư pháp tức là tiếp cận đến tư pháp trên phương diện tổ chức thiết chế, vị thế, vai trò, chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan thực hiện quyền tư pháp, của các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp, các cơ quan, tổ chức hỗ trợ tư pháp và con người trong lĩnh vực tư pháp. Đây là hiện thân “nhìn thấy được” của tư pháp.

Về vấn đề này, Điều 102 Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam khẳng định:

Toà án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp (khoản 1). Toà án nhân dân gồm Toà án nhân dân tối cao và các toà án khác do luật định (khoản 2).

Phương diện tổ chức, bộ máy, chức năng, nhiệm vụ, thẩm quyền, hoạt động, nhân lực tư pháp được thể hiện rất rõ trong toàn bộ nội dung, từ mục tiêu, quan điểm đến phương hướng và nhiệm vụ cải cách tư pháp của Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

Tiếp cận này đòi hỏi phải tăng cường tư pháp trên phương diện tổ chức, hoạt động và nhân lực để tư pháp thực hiện tốt vị thế, vai trò, chức năng, nhiệm vụ, trách nhiệm của toà án và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp.

3. Về xác định rõ, chính xác mục tiêu của tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp

Mọi cuộc cải cách nói chung đều hướng đến những mục tiêu nhất định theo hướng *gia tăng các giá trị* của các mục tiêu đó. Tư pháp, cải cách tư pháp có các mục tiêu của

mình. Vậy, tư pháp Việt Nam ở nghĩa nền tư pháp là gì? Nền tư pháp nước ta dựa trên những nền tảng nào? Mục tiêu của tư pháp là gì? Mục tiêu của cải cách tư pháp là gì? Mục tiêu của tư pháp và mục tiêu của cải cách tư pháp có mối quan hệ với nhau như thế nào?

Nền tư pháp là lĩnh vực, bộ phận, nền tảng vững chắc được hình thành trong đời sống xã hội mà dựa vào đó tư pháp được thiết kế, được vận hành, được hoạt động. Nói cách khác, nền tư pháp là tất cả những gì cốt lõi, cơ bản tạo nên tư pháp. Đó là mục tiêu, nguyên tắc của tư pháp, quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp, chế độ pháp luật về tư pháp, hệ thống tư pháp, tổ chức và hoạt động tư pháp, phương thức thực hiện quyền tư pháp. Đó là những nền tảng: Cái cốt lõi, cơ bản nào tạo nên tư pháp? Phải chăng, đó là các mục tiêu mà tư pháp, cải cách tư pháp hướng đến? Hay các quan điểm về quyền tư pháp, về hệ thống tư pháp, về tổ chức thực hiện quyền tư pháp, về phương thức thực hiện quyền tư pháp, về chủ thể thực hiện quyền tư pháp?

Mục tiêu của tư pháp là bảo vệ các giá trị pháp quyền cốt lõi, cao cả của xã hội như: Công lý, công bằng, pháp quyền, quyền con người, quyền công dân, chế độ xã hội, các lợi ích hợp pháp, trật tự pháp luật, tính độc lập, tính trong sạch, tính vững mạnh, tính dân chủ, tính nghiêm minh, tính hiện đại của nền tư pháp và các giá trị xã hội khác. Vấn đề đặt ra là mục tiêu của tư pháp có thay đổi hay không trong quá trình vận động của tư pháp? Tư pháp được nhận thức cả ở trạng thái tĩnh lẫn ở trạng thái động, do vậy, mục tiêu của tư pháp cũng được nhận thức ở các trạng thái tĩnh và động. Tác giả cho rằng, mục tiêu mang tính tất yếu, bản chất, cốt lõi của tư pháp là không thay đổi trong quá trình vận động của

nó, nhưng trạng thái, mức độ mục tiêu của tư pháp luôn luôn vận động theo hướng tiến tới trạng thái, mức độ cao hơn, hiệu quả hơn, chất lượng hơn trong tiến trình vận động của tư pháp.

Mục tiêu của cải cách tư pháp là *làm gia tăng, bảo vệ có hiệu quả, hiệu lực, chất lượng hơn* các giá trị pháp quyền cốt lõi, cao cả của xã hội như: Công lý, công bằng, pháp quyền, quyền con người, quyền công dân, chế độ xã hội, các lợi ích hợp pháp, trật tự pháp luật, tính độc lập, tính trong sạch, tính vững mạnh, tính dân chủ, tính nghiêm minh, tính hiện đại của nền tư pháp và các giá trị xã hội khác. Tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp phải chăng là tiếp tục làm gia tăng, bảo vệ có hiệu quả, hiệu lực, chất lượng cao hơn nữa các giá trị pháp quyền cốt lõi, cao cả của xã hội? Câu trả lời của tác giả là đúng như vậy.

Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã xác định mục tiêu của cải cách tư pháp là: “Xây dựng nền tư pháp trong sạch, vững mạnh, dân chủ, nghiêm minh, bảo vệ công lý, từng bước hiện đại, phục vụ nhân dân, phụng sự Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa; hoạt động tư pháp mà trọng tâm là hoạt động xét xử được tiến hành có hiệu quả và hiệu lực cao”².

Trên cơ sở đánh giá *trạng thái, mức độ* đạt được mục tiêu của cải cách tư pháp thời gian qua, các đòi hỏi mới, các mong đợi mới trong thời gian tới, cần thiết kế lại mục tiêu của cải cách tư pháp theo hướng *chỉ rõ mục tiêu tổng quát, lâu dài, trường tồn và*

² Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

các mục tiêu cụ thể cần đạt được trong thời gian nhất định của cải cách tư pháp.

Theo quan điểm của tác giả, các mục tiêu tổng quát, lâu dài, trường tồn của tư pháp, cải cách tư pháp ở Việt Nam gắn liền với các giá trị xã hội và giá trị pháp quyền khái quát nhất, cao nhất của xã hội Việt Nam nói chung, của tư pháp nói riêng, gắn liền mãi với tư pháp trong tiến trình tồn tại và phát triển của nó. Các mục tiêu cụ thể thể hiện các trạng thái, mức độ thể hiện khác nhau của các mục tiêu tổng quát, lâu dài, trường tồn của tư pháp, được đặt ra và hướng tới đạt được trong thời gian nhất định. Vấn đề quan trọng được đặt ra là xác định mục tiêu nào là mục tiêu tổng quát, lâu dài, trường tồn, mục tiêu nào là mục tiêu cụ thể cần đạt được trong thời gian nhất định của cải cách tư pháp.

Các thành tố của mục tiêu, ngoài các thành tố được chỉ rõ trong Chiến lược, hiện nay cần bổ sung các thành tố mới như: Tăng cường quyền tư pháp, bảo đảm tính độc lập của tư pháp hay tư pháp độc lập, bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, bảo đảm công khai, minh bạch, chất lượng...; và điều chỉnh theo hướng bỏ một số thành tố không mang tính mục tiêu trong Chiến lược hiện nay: Phục vụ nhân dân, phụng sự Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa; hoạt động tư pháp mà trọng tâm là hoạt động xét xử được tiến hành có hiệu quả và hiệu lực cao.

Theo đó, cần xác định lại mục tiêu của cải cách tư pháp ở Việt Nam là tăng cường quyền tư pháp, bảo đảm tính độc lập tư pháp, bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ

chức, cá nhân, bảo đảm công khai, minh bạch, chất lượng.

Tác giả cho rằng, mục tiêu tổng quát, lâu dài, trường tồn của tư pháp, cải cách tư pháp là xây dựng nền tư pháp độc lập, bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân. Mục tiêu cụ thể cần đạt được đến năm 2030, tầm nhìn đến năm 2045 là tăng cường quyền tư pháp, xây dựng nền tư pháp trong sạch, hiện đại, hoạt động hiệu lực, hiệu quả, chất lượng. Hai nhóm thành tố đó cần phải được thể hiện một cách logic khi xác định mục tiêu của cải cách tư pháp trong giai đoạn mới – giai đoạn 2021-2030, tầm nhìn 2045.

Từ phân tích trên, theo tác giả, cần xác định lại một cách chính xác hơn, rõ hơn, logic hơn mục tiêu cải cách tư pháp ở nước ta giai đoạn 2021-2030, tầm nhìn 2045 là: *Xây dựng nền tư pháp độc lập, trong sạch, hiện đại, hiệu quả, chất lượng, bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân.*

4. Về quan điểm tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp

Các quan điểm cải cách tư pháp là bộ phận cấu thành quan trọng tiếp theo mục tiêu cải cách tư pháp, được hiểu là những tư tưởng nền tảng cơ bản chỉ đạo toàn bộ quá trình cải cách tư pháp để đạt được mục tiêu cải cách tư pháp đã được đặt ra. Khi xác định các quan điểm cải cách tư pháp cần phải dựa vào tất cả những gì cốt lõi nhất của tư pháp, các đòi hỏi của cải cách tư pháp để làm cơ sở tư tưởng cho việc xác định các định hướng và nhiệm vụ của cải cách tư pháp. Như vậy, quan điểm cải cách tư pháp

là chiếc cầu nối giữa mục tiêu và các định hướng, nhiệm vụ cải cách tư pháp.

Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã xác định 05 quan điểm cải cách tư pháp³. Vấn đề đặt ra là cần đánh giá các quan điểm đó đã được hiện thực hoá trong cải cách tư pháp thời gian qua đến mức nào? Có cần điều chỉnh, bổ sung các quan điểm đó cho chính xác hơn, đầy đủ hơn, rõ hơn hay không? Hiện nay, trong sách báo pháp lý nước ta có những quan niệm khác nhau về việc xác định các quan điểm cải cách tư pháp, từ tên các quan điểm, nội dung của từng quan điểm, số lượng các quan điểm, thứ tự sắp xếp các quan điểm cải cách tư pháp. Mỗi quan niệm về các quan điểm cải cách tư pháp là một sự tìm kiếm sáng tạo để đẩy mạnh cải cách tư pháp nhìn từ phương diện quan điểm. Trong các quan niệm đó có những điểm tương đồng, thống nhất nhất định và cả những điểm khác biệt. Đó là điều bình thường.

Khi xác định quan điểm cải cách tư pháp cần phải đặc biệt lưu ý rằng, đó là việc xác định những tư tưởng nền tảng cơ bản chỉ đạo toàn bộ quá trình cải cách tư pháp để đạt được mục tiêu cải cách tư pháp đã được đặt ra. Các tư tưởng đó là những tư tưởng vừa mang tính chính trị vừa mang tính pháp lý chỉ đạo cơ bản, tức là mang tính chính trị - pháp lý.

Dựa trên việc luận giải về đổi mới cách tiếp cận về tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp, về mục tiêu của tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp, về mối quan hệ giữa cách tiếp cận, mục tiêu của tiếp tục đẩy mạnh cải

cách tư pháp và quan điểm cải cách tư pháp, cần phải điều chỉnh lại, sửa đổi, bổ sung, phát triển các quan điểm cải cách tư pháp cho phù hợp với điều kiện hiện nay. Do vậy, tác giả cho rằng, tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp cần phải quán triệt và tuân thủ nghiêm ngặt các quan điểm sau đây:

Thứ nhất, cải cách tư pháp phải đặt dưới sự lãnh đạo chặt chẽ của Đảng, giữ vững bản chất nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam của Nhân dân, do Nhân dân, vì Nhân dân, nguyên tắc tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước là thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp; tăng cường quyền tư pháp; bảo đảm phát huy sức mạnh tổng hợp của cả hệ thống chính trị; đổi mới sự lãnh đạo của Đảng đối với tư pháp.

Thứ hai, cải cách tư pháp phải phù hợp với các đòi hỏi của xã hội pháp quyền, nhà nước pháp quyền; tiến hành đồng bộ, gắn liền, đi cùng với đổi mới lập pháp, cải cách hành pháp, phù hợp với quy luật phát triển khách quan của xã hội Việt Nam, với các điều kiện cụ thể của xã hội Việt Nam, góp phần phát triển xã hội, hội nhập quốc tế, đáp ứng được xu hướng phát triển của xã hội trong tương lai.

Thứ ba, cải cách tư pháp phải phù hợp với bản chất, đặc điểm, nội dung, quy luật phát triển của tư pháp ở nước ta, kế thừa các giá trị pháp lý dân tộc, những thành tựu đã đạt được của nền tư pháp Việt Nam xã hội chủ nghĩa, tiếp thu có chọn lọc các giá trị, những kinh nghiệm của nước ngoài phù hợp với điều kiện nước ta và yêu cầu chủ động hội nhập quốc tế, phù hợp với các xu hướng phát triển của tư pháp trên thế giới.

³ Xem: Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

Thứ tư, cải cách tư pháp phải lấy cải cách toà án làm trung tâm, hoạt động xét xử làm trọng tâm; toà án là biểu tượng, chỗ dựa của Nhân dân trong việc bảo vệ công lý, quyền con người, bảo vệ pháp luật; cải cách đồng bộ các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp, hỗ trợ tư pháp.

Thứ năm, cải cách tư pháp phải được tiến hành với quyết tâm chính trị cao, khẩn trương, đồng bộ; xác định rõ những nội dung trọng tâm, trọng điểm; có chương trình, kế hoạch, lộ trình cải cách phù hợp; xác định rõ thẩm quyền và trách nhiệm của từng cơ quan, tổ chức, cá nhân trong thực hiện cải cách tư pháp.

5. Về các định hướng và nhiệm vụ tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp ở nước ta

5.1. Về các định hướng tiếp tục cải cách tư pháp

Các định hướng cải cách tư pháp được hiểu một cách khái quát là các phương hướng cải cách tư pháp. Việc xác định các định hướng cải cách tư pháp cần phải xuất phát từ bối cảnh, đòi hỏi của cải cách tư pháp, cách tiếp cận đến cải cách tư pháp, mục tiêu, quan điểm cải cách tư pháp. Các định hướng cải cách tư pháp cụ thể hoá cách tiếp cận, mục tiêu, quan điểm cải cách tư pháp thành các phương hướng cụ thể, để từ đó xác định các nhiệm vụ của cải cách tư pháp.

Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã xác định 04 phương hướng cải cách tư pháp⁴. Vấn đề đặt ra là cần đánh giá các phương hướng đó đã được hiện thực hoá trong cải cách tư pháp đến mức nào? Có cần điều chỉnh, bổ

sung các phương hướng đó cho chính xác hơn, đầy đủ hơn, rõ hơn hay không? Dựa vào những hạn chế của việc thực hiện các phương hướng cải cách tư pháp trong thời gian qua, những cơ sở mới đã được luận giải ở các phần phân tích ở trên, tác giả cho rằng, cần xác định chính xác hơn, đầy đủ hơn, rõ hơn, có trọng tâm hơn các định hướng cải cách tư pháp trong giai đoạn mới. Các định hướng tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp giai đoạn mới cần phải bao quát hết các thành tố quan trọng của tư pháp, từ thành tố mục tiêu cải cách tư pháp, quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp, hệ thống tư pháp, chính sách pháp luật về tư pháp, pháp luật tư pháp, phương thức thực hiện quyền tư pháp, nhân lực tư pháp, các bảo đảm cho tư pháp, sự lãnh đạo đối với tư pháp. Do vậy, tác giả cho rằng, tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp cần được tiến hành theo các định hướng sau đây:

- Tiếp tục tăng cường quyền tư pháp và thực hiện quyền tư pháp trong cơ chế quyền lực chính trị, cơ chế quyền lực nhà nước, tiếp tục mở rộng các quyền năng của quyền tư pháp (toà án); tăng cường sự giám sát của quyền tư pháp đối với quyền hành pháp và quyền lập pháp; bảo đảm sự cân bằng giữa các lĩnh vực, phạm vi, loại quyền lực trong cơ chế quyền lực nhà nước thống nhất; tăng cường bảo đảm tính độc lập hiện thực của quyền tư pháp trong cơ chế quyền lực chính trị, quyền lực nhà nước; tiếp tục hoàn thiện phương thức thực hiện quyền tư pháp; tăng cường hiệu lực, hiệu quả của quyền tư pháp, của thực hiện quyền tư pháp, tăng cường năng lực thực hiện quyền tư pháp.

- Tiếp tục hoàn thiện chính sách pháp luật, pháp luật hình sự, pháp luật dân sự, pháp luật khác liên quan đến tư pháp, pháp luật tố tụng tư pháp, pháp luật thi hành án, pháp luật về các thiết chế tư pháp theo các

⁴ Xem: Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020.

đòi hỏi của nhà nước pháp quyền, xã hội pháp quyền; bảo đảm tính đồng bộ, tính dân chủ, tính công bằng, tính công khai, tính minh bạch, tôn trọng và bảo vệ quyền con người; tăng cường tổ chức thi hành pháp luật, nâng cao hiệu lực, hiệu quả, chất lượng của hoạt động tư pháp.

- Tiếp tục tăng cường và bảo đảm tính độc lập hiện thực của tư pháp, của toà án, của các cấp xét xử; tiếp tục hoàn thiện tổ chức và hoạt động của các cơ quan thực hiện quyền tư pháp, các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp (hoạt động tư pháp), các chế định hỗ trợ tư pháp; xác định rõ hơn vai trò, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của Toà án trong thực hiện quyền tư pháp; đẩy mạnh xã hội hoá các hoạt động hỗ trợ tư pháp, huy động tối đa các nguồn lực xã hội tham gia hỗ trợ tư pháp.

- Tiếp tục đẩy mạnh phát triển nhân lực tư pháp, đặc biệt đào tạo, phát triển thẩm phán, chuyên môn hoá thẩm phán; xác định rõ hệ tiêu chuẩn về chính trị, phẩm chất, đạo đức, chuyên môn nghiệp vụ và kinh nghiệm, kiến thức đối với từng loại nhân lực tư pháp; nâng cao chất lượng nhân lực tư pháp; tiếp tục đổi mới cơ bản, toàn diện nghiên cứu, giáo dục và đào tạo về tư pháp; tiếp tục đổi mới, hoàn thiện chế độ tuyển chọn, thi tuyển, đào tạo, bồi dưỡng, đánh giá, quy hoạch, bổ nhiệm, điều động, luân chuyển cán bộ tư pháp; tiếp tục nghiên cứu, sửa đổi chính sách trọng dụng, đãi ngộ đối với các loại nhân lực tư pháp (các chức danh tư pháp) phù hợp với đặc thù nghề nghiệp, thu hút người có đức, có tài tham gia tuyển chọn, bổ nhiệm chức danh tư pháp.

- Tiếp tục đổi mới hợp tác và hội nhập quốc tế về tư pháp; chủ động, tích cực hợp tác quốc tế, khu vực trong lĩnh vực tư pháp, đặc biệt trong đấu tranh phòng, chống tội

phạm; tăng cường nguồn lực vật chất, tổ chức, nhân lực và các nguồn lực khác để thực hiện quyền tư pháp.

- Tiếp tục đổi mới mạnh mẽ sự lãnh đạo của Đảng đối với tư pháp, cải cách tư pháp trên cơ sở dựa vào các đặc điểm đặc thù của quyền tư pháp và thực hiện quyền tư pháp; cần phải coi trọng, đề cao quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp đúng *thực chất, hiện thực* trong cơ chế quyền lực chính trị trong điều kiện một Đảng cầm quyền.

5.2. Về các nhiệm vụ tiếp tục cải cách tư pháp

- Về tiếp tục tăng cường quyền tư pháp và thực hiện quyền tư pháp

Tiếp tục nghiên cứu, xác định các quyền năng, thẩm quyền của quyền tư pháp, mở rộng thẩm quyền xét xử của toà án, giao thẩm quyền giải thích pháp luật, mở rộng thẩm quyền xét xử các vi phạm hành chính cho toà án; mở rộng các thẩm quyền khác; xây dựng thiết chế bảo hiến độc lập hoặc giao vai trò, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của thiết chế bảo hiến cho Toà án nhân dân tối cao; tiếp tục chuyên môn hoá tổ chức và hoạt động tư pháp.

Tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện cơ chế giám sát của quyền tư pháp đối với quyền lập pháp, quyền hành pháp, hoàn thiện cơ chế giám sát bên trong của quyền tư pháp, cơ chế giám sát bên ngoài đối với quyền tư pháp, phù hợp với đặc thù của quyền tư pháp và thực hiện quyền tư pháp; đổi mới việc thực thi quyền giám sát của quyền lập pháp đối với quyền tư pháp theo hướng bảo đảm độc lập tư pháp và trách nhiệm giải trình của tư pháp; không chính trị hoá các phán quyết của toà án; giảm thiểu sự can thiệp của Quốc hội vào hoạt động tư pháp; không giám sát các vụ án cụ thể.

Tiếp tục hoàn thiện phương thức thực hiện quyền tư pháp: Các phương thức tổ tụng tư pháp và các phương thức phi tổ tụng tư pháp; kết nối các phương thức phi tổ tụng tư pháp với các phương thức tổ tụng tư pháp; xây dựng và hoàn thiện các phương thức tổ tụng để tiếp cận, dân chủ, công bằng, văn minh, pháp quyền để thực hiện quyền tư pháp; hoàn thiện các phương thức tổ tụng tư pháp thân thiện, rút gọn; khắc phục tính không đồng bộ, tính không thống nhất của pháp luật tổ tụng tư pháp với pháp luật nội dung trong lĩnh vực tư pháp.

Tăng cường truyền thông về quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp, hệ thống tư pháp; xây dựng và thực hiện chiến lược truyền thông phù hợp về tư pháp, quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp.

Tăng cường vai trò của hệ thống tư pháp trong phòng ngừa, đấu tranh chống tham nhũng; xây dựng các cơ quan thực hiện quyền tư pháp, tham gia thực hiện quyền tư pháp thực sự trong sạch, vững mạnh, các cán bộ tư pháp miễn nhiễm với mọi tiêu cực xã hội, không thể bị mua chuộc, có ý thức về danh dự, vinh dự, trách nhiệm và lương tâm nghề nghiệp trong bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, thẩm nhân lời dạy của Chủ tịch Hồ Chí Minh đối với cán bộ tư pháp “Phụng công, thủ pháp, chí công, vô tư”; đẩy mạnh phòng, chống tham nhũng trong lĩnh vực tư pháp, phòng, chống “lợi ích nhóm” trong tổ tụng tư pháp; phòng chống oan, sai, bỏ lọt tội phạm trong hoạt động tư pháp, công khai xin lỗi và bồi thường thiệt hại kịp thời trong hoạt động tổ tụng tư pháp.

- Về tiếp tục hoàn thiện chính sách pháp luật tư pháp, pháp luật tư pháp

Nghiên cứu xây dựng và tổ chức thực hiện chính sách tổng thể về pháp luật tư

pháp, làm cơ sở cho hoàn thiện pháp luật tư pháp, bao gồm chính sách hình sự (chính sách pháp luật hình sự, chính sách pháp luật tổ tụng hình sự, chính sách pháp luật thi hành án hình sự, chính sách điều tra hình sự, chính sách phòng ngừa tình hình tội phạm), chính sách dân sự (chính sách pháp luật dân sự, chính sách pháp luật tổ tụng dân sự, chính sách pháp luật thi hành án dân sự) và các chính sách pháp luật khác liên quan đến tư pháp.

Tiếp tục hoàn thiện pháp luật tư pháp: Pháp luật hình sự, pháp luật phòng ngừa tội phạm, pháp luật dân sự, các lĩnh vực pháp luật khác liên quan đến tư pháp; hoàn thiện pháp luật hình sự theo hướng giảm thiểu sự trùng tri, gia tăng tính nhân đạo; hoàn thiện pháp luật dân sự, kinh tế, khắc phục những chỗ hổng, kẽ hở, mâu thuẫn, chồng chéo hiện có.

Tiếp tục hoàn thiện pháp luật tổ tụng tư pháp: Pháp luật tổ tụng hình sự, pháp luật tổ tụng dân sự, pháp luật tổ tụng hành chính, các pháp luật tổ tụng tư pháp khác; hoàn thiện pháp luật tổ tụng hình sự theo hướng xác định rõ hơn mục tiêu, các nguyên tắc, các chức năng mô hình tổ tụng tranh tụng, các chủ thể tổ tụng hình sự; hoàn thiện pháp luật về chứng cứ; tăng cường kiểm soát hoạt động xét xử dân sự, kinh tế; tăng cường kiểm soát việc thực hiện thẩm quyền tổ tụng của điều tra viên, kiểm sát viên, thẩm phán, chấp hành viên.

Tiếp tục hoàn thiện pháp luật thi hành án: Pháp luật thi hành án hình sự, pháp luật thi hành án dân sự, pháp luật thi hành án hành chính...; pháp điển hoá pháp luật thi hành án hình sự bằng việc xây dựng và ban hành Bộ luật Thi hành án hình sự; đổi mới tổ chức bộ máy thi hành án, phương thức thi hành án, nâng cao hiệu lực, hiệu quả thi

hành án; tăng quyền hạn, trách nhiệm của toà án nhân dân trong thi hành án; tăng cường xã hội hoá thi hành án.

Tiếp tục hoàn thiện pháp luật tổ chức các thiết chế tư pháp: Về toà án, viện kiểm sát, cơ quan điều tra, các chế định bổ trợ tư pháp, pháp luật về tổ chức phòng ngừa tình hình tội phạm để các thiết chế đó thực hiện có hiệu quả, chất lượng các chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm được giao.

Nghiên cứu, ban hành kịp thời các văn bản giải thích, hướng dẫn thi hành các quy định của Bộ luật Hình sự, Bộ luật Dân sự, các văn bản pháp luật liên quan đến tư pháp, Bộ luật Tổ tụng Hình sự, Bộ luật Tổ tụng Dân sự.

Tiến hành tổng kết thực tiễn áp dụng pháp luật của toà án, xây dựng chính sách xét xử tổng thể và cụ thể về những vấn đề nhất định; xây dựng và phát triển án lệ.

- Về tiếp tục hoàn thiện tổ chức và hoạt động của toà án, các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp, bổ trợ tư pháp

Tiếp tục nghiên cứu, xác định rõ hơn vai trò, chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và trách nhiệm của toà án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân, cơ quan điều tra, tổ chức luật sư, bổ trợ tư pháp trong thực hiện quyền tư pháp; xác định thẩm quyền của các cấp xét xử, thẩm quyền của các cấp toà án.

Tiếp tục nghiên cứu, đổi mới hệ thống tổ chức toà án; thành lập thiết chế chuyên trách bảo vệ Hiến pháp, xây dựng đề án thành lập các toà án nhân dân sơ thẩm khu vực, thành lập các toà chuyên trách; tăng cường công khai hoá, minh bạch hoá mọi hoạt động và kết quả hoạt động của toà án; tiếp tục đổi mới việc tổ chức phiên toà xét xử, xác định rõ hơn nữa vai trò, vị trí, chức năng, quyền hạn, trách nhiệm của các chủ thể tố tụng hình sự; nâng cao chất lượng

tranh tụng trong tố tụng, coi đây là khâu đột phá của hoạt động tư pháp; hoàn thiện chế định hội thẩm nhân dân để tăng tính dân chủ, tính nhân dân của hoạt động xét xử; nghiên cứu đề áp dụng ở giới hạn phù hợp chế định bồi thẩm đoàn; xây dựng cơ chế phù hợp để giảm áp lực không chính đáng, không hợp pháp từ mọi thiết chế và các chủ thể khác nhau trong xã hội đối với toà án và thẩm phán; củng cố và phát triển niềm tin của xã hội vào toà án, xây dựng và phát triển niềm tin vào toà án, tức là xây dựng và phát triển niềm tin vào công lý, cậy nhờ vào công lý.

Tiếp tục đổi mới hệ thống tổ chức và hoạt động của viện kiểm sát; xây dựng đề án chuyển viện kiểm sát thành viện công tố, hoàn thiện cơ chế tăng cường trách nhiệm công tố trong hoạt động điều tra, viện công tố chỉ đạo điều tra, thực hiện chức năng công tố; không thực hiện chức năng kiểm sát xét xử; tăng cường sự kiểm soát bên trong của việc thực hành quyền công tố.

Tiếp tục đổi mới hệ thống tổ chức và hoạt động của cơ quan điều tra; xây dựng đề án tổ chức lại các cơ quan điều tra liên thông theo hướng thu gọn đầu mối; bảo đảm sự lãnh đạo, chỉ đạo thông suốt từ trung ương đến địa phương, hoạt động độc lập, tuân thủ pháp luật không phụ thuộc vào đơn vị hành chính, phù hợp với mô hình tổ chức của các cơ quan thực hiện chức năng công tố, chức năng xét xử; phân định rõ, kết hợp chặt chẽ, liên thông giữa công tác trinh sát và hoạt động điều tra tố tụng hình sự, hoàn thiện pháp luật về công tác trinh sát.

Tiếp tục đổi mới hệ thống tổ chức và hoạt động thi hành án; xây dựng đề án thống nhất quản lý thi hành án; tiếp tục hoàn thiện cơ chế thi hành án hình sự; tiếp tục hoàn thiện cơ chế, giải pháp nâng cao

chất lượng, hiệu quả thi hành án dân sự, hành chính; tiếp tục đẩy mạnh xã hội hoá công tác thi hành án dân sự.

Tiếp tục xác định rõ hơn vai trò, trách nhiệm tự quản, tự chịu trách nhiệm của các tổ chức luật sư và nội dung quản lý nhà nước về luật sư; nâng cao trách nhiệm, đạo đức của luật sư; hoàn thiện chính sách phát triển nhân lực (đội ngũ) luật sư, nâng cao chất lượng, hiệu quả hoạt động của luật sư; phát triển đội ngũ luật sư giỏi, có khả năng tham gia hoạt động tư pháp quốc tế.

Tiếp tục đẩy mạnh xã hội hoá trợ giúp pháp lý theo hướng mở rộng phạm vi xã hội hoá hoạt động trợ giúp pháp lý; Nhà nước và xã hội cần phải chú trọng trợ giúp pháp lý cho những người dễ bị tổn thương, bảo vệ quyền, lợi ích của họ.

Tiếp tục hoàn thiện chính sách, pháp luật về giám định tư pháp; huy động các cơ quan, tổ chức có đủ điều kiện tham gia giám định; xã hội hoá giám định tư pháp; chuyên môn hoá, chuyên nghiệp hoá, độc lập chịu trách nhiệm của giám định viên.

Tiếp tục hoàn thiện pháp luật về công chứng; xác định rõ hơn nhiệm vụ, quyền hạn, trách nhiệm của tổ chức hành nghề công chứng, của công chứng viên; xác định rõ hơn thẩm quyền, trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước về công chứng.

Xây dựng cơ sở pháp luật đầy đủ về tổ chức và hoạt động thừa phát lại; đẩy mạnh xã hội hoá thừa phát lại.

- Về tiếp tục phát triển nhân lực tư pháp

Tiếp tục hoàn thiện pháp luật về nhân lực tư pháp; xây dựng và tổ chức thực hiện chiến lược, quy hoạch, kế hoạch, đề án tổng thể, cụ thể phát triển nhân lực tư pháp quốc gia giai đoạn mới; nâng cao chất lượng đào tạo, bồi dưỡng nhân lực tư pháp; hoàn thiện cơ chế tuyển chọn, tuyển dụng, sử dụng,

trọng dụng nhân lực tư pháp; xây dựng hệ tiêu chí đánh giá nhân lực tư pháp, đánh giá nhân lực tư pháp đúng thực chất; tiếp tục đổi mới chế độ, chính sách đối với nhân lực tư pháp; tạo lập môi trường, điều kiện làm việc tốt nhất để phát triển nhân lực tư pháp; tiếp tục xây dựng, hoàn thiện và tổ chức thực hiện nghiêm quy tắc đạo đức nghề nghiệp.

Thành lập Hội đồng tư pháp quốc gia để chăm lo việc xây dựng và phát triển đội ngũ thẩm phán, có phẩm chất đạo đức, vững về chính trị, có chuyên môn nghiệp vụ chuyên sâu và kinh nghiệm, nâng cao năng lực của đội ngũ thẩm phán với tư cách là nhân vật trung tâm thực hiện quyền tư pháp.

- Về tiếp tục đẩy mạnh hợp tác quốc tế về tư pháp; về tiếp tục tăng cường các bảo đảm cho tư pháp

Tiếp tục triển khai thực hiện tốt các điều ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết; tiếp tục ký kết các hiệp định tương trợ tư pháp với các nước khác; tăng cường phối hợp chung trong hoạt động phòng, chống tình hình tội phạm có yếu tố nước ngoài, các tội phạm phi truyền thống; rà soát, tổng kết, đánh giá các điều ước quốc tế mà Việt Nam ký kết, gia nhập, phê chuẩn trong lĩnh vực tư pháp đã được chuyển hoá vào pháp luật Việt Nam; nội luật hoá đầy đủ các điều ước đó.

Tăng cường đào tạo, bồi dưỡng nhân lực tư pháp, nhân lực hỗ trợ tư pháp có đủ trình độ nghiệp vụ và ngoại ngữ tham gia hoạt động phòng, chống tội phạm có yếu tố nước ngoài, các tội phạm phi truyền thống, bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của Nhà nước, các tổ chức, công dân của Việt Nam liên quan đến các quan hệ tư pháp quốc tế, đáp ứng yêu cầu hội nhập quốc tế và khu vực.

Tiếp tục tăng cường nguồn lực vật chất, hoàn thiện cơ chế sử dụng, ngân sách, phân

bổ ngân sách cho toà án và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp, đổi mới cơ chế phân bổ ngân sách do địa phương cấp, tăng cường ngân sách phục vụ việc ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động tư pháp, xây dựng hệ thống tư pháp tội phạm đồng bộ với việc xây dựng Quốc hội điện tử, Chính phủ điện tử.

- *Về tiếp tục đổi mới sự lãnh đạo của Đảng đối với tư pháp*

Tiếp tục đổi mới nội dung, phương thức lãnh đạo của các cấp uỷ, tổ chức Đảng đối với cơ quan toà án và các cơ quan tham gia thực hiện quyền tư pháp; khắc phục tình trạng cấp uỷ Đảng buông lỏng lãnh đạo hoặc can thiệp không đúng vào hoạt động tư pháp.

Tiếp tục tăng cường công tác xây dựng Đảng, giáo dục, quản lý, kiểm tra, giám sát hoạt động của các tổ chức Đảng, đảng viên trong các cơ quan thực hiện quyền tư pháp, tham gia thực hiện quyền tư pháp; chăm lo công tác phát triển nhân lực tư pháp.

Lựa chọn những cán bộ có trình độ, năng lực, uy tín, bản lĩnh giới thiệu, bầu vào cấp uỷ và bổ nhiệm giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý các cơ quan tư pháp; bố trí Trưởng Ban Nội chính tỉnh uỷ, thành uỷ và Chánh án toà án nhân dân địa phương là Thường vụ cấp uỷ và đồng chí Uỷ viên Bộ Chính trị là Trưởng ban Nội chính Trung ương và Chánh án Toà án nhân dân tối cao.

6. Kiến nghị

- Xây dựng Chiến lược mới về cải cách tư pháp giai đoạn 2021-2030, tầm nhìn 2045, đáp ứng yêu cầu xây dựng xã hội pháp quyền, nhà nước pháp quyền, phát triển kinh tế thị trường, hợp tác và hội nhập quốc tế và các quy luật phát triển của pháp luật, của tư pháp. *Trên phương diện chiến lược, theo quan điểm của tác giả*, cần nghiên cứu để xây dựng Chiến lược Cải cách tư pháp mới giai đoạn 2021-2030, tầm

nhìn 2045. Chiến lược mới cần phải phù hợp với bối cảnh phát triển mới của đất nước, đánh giá đúng trạng thái hiện thực những thành tựu, những hạn chế, thiếu sót của quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp hiện nay và xu hướng vận động của quyền tư pháp, thực hiện quyền tư pháp ở nước ta trong thời gian tới, xác định rõ hệ mục tiêu, quan điểm, các định hướng, các hình thức, các giải pháp, các nguồn lực và lộ trình thực hiện cải cách tư pháp giai đoạn mới.

- Kết nối Chiến lược mới về cải cách tư pháp giai đoạn 2021-2030, tầm nhìn 2045 với Chiến lược xây dựng pháp luật, Chiến lược cải cách hành pháp giai đoạn 2021-2030, tầm nhìn 2045 thành một chỉnh thể thống nhất trên tất cả các phương diện (chính trị, pháp luật, tổ chức, nhân lực,...).

- Cần xây dựng và tiến hành thực hiện một chương trình nghiên cứu mang tính quốc gia trong giai đoạn mới 2021-2030 về cải cách tư pháp. Chương trình nghiên cứu đó phải mang tính tổng thể, toàn diện, hệ thống, tiếp cận đa chiều, liên ngành về cải cách tư pháp, tổng kết những kết quả đã đạt được, giải quyết những vấn đề lý luận và thực tiễn chưa được giải quyết về cải cách tư pháp, cung cấp những luận cứ mới cho việc thực hiện các nhiệm vụ cải cách tư pháp trong giai đoạn mới. Thiết nghĩ rằng, nên giao chương trình nghiên cứu đó cho các cơ quan, tổ chức nghiên cứu khoa học kết hợp với các cơ quan thực tiễn có liên quan thực hiện để bảo đảm tính khách quan, tính khoa học, tính bảo đảm điều hoà các lợi ích, tránh việc chỉ vì lợi ích ngành trong cải cách tư pháp.

- Cần tăng cường mọi nguồn lực cho tiếp tục cải cách tư pháp, đặc biệt nguồn nhân lực, nguồn lực tài chính; đẩy mạnh phát triển nhân lực tư pháp đủ năng lực, khả năng tiếp tục đẩy mạnh cải cách tư pháp.

NGUYÊN TẮC XỬ LÝ DỮ LIỆU CÁ NHÂN TRÊN KHÔNG GIAN MẠNG THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM DƯỚI GÓC NHÌN SO SÁNH VỚI PHÁP LUẬT SINGAPORE, LIÊN MINH CHÂU ÂU

*Lưu Minh Sang**
*Nguyễn Thị Thùy Dung***

Tóm tắt: Bài viết tập trung bàn về các nguyên tắc xử lý dữ liệu cá nhân nhằm bảo vệ an toàn dữ liệu cá nhân trên không gian mạng theo quy định pháp luật Việt Nam. Đồng thời, bài viết so sánh pháp luật Việt Nam với pháp luật của Singapore và Liên minh châu Âu để rút ra các bài học giúp hoàn thiện khung pháp lý điều chỉnh vấn đề này ở Việt Nam.

Abstract: This Article concentrates on the principles of personal data processing in order to protect personal data on cyberspace domain according to Vietnamese law. Simultaneously, this Article will make the comparisons between Vietnamese law and Singaporean and European Union law to draw experiences for completing the Vietnamese legal framework governing personal data protection in cyberspace domain.

1. Đặt vấn đề

Dữ liệu cá nhân ngày càng trở nên có giá trị trên không gian mạng, đặc biệt là mạng Internet. Tuy nhiên, không phải ai cũng ý thức được giá trị của dữ liệu cá nhân cũng như các quyền đối với dữ liệu cá nhân và chúng được pháp luật bảo vệ như thế nào.

Hàng nghìn giao dịch mua bán dữ liệu cá nhân trên không gian mạng đang được diễn ra hàng ngày, tuy nhiên, phần lớn các giao dịch này là bất hợp pháp. Cụ thể, đầu năm 2020, Bộ Công an đã báo cáo phát hiện hơn 60 tổ chức, cá nhân liên quan đến hoạt động mua bán, sử dụng trái phép thông tin, dữ liệu cá nhân trên không gian mạng, trong đó có các công ty cung cấp giải pháp công nghệ¹. Có thể thấy, việc dữ liệu cá nhân trở

nên có giá trị trong thương mại ngày nay dẫn đến nhiều vụ việc vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ bảo vệ dữ liệu cá nhân trên không gian mạng.

Hiện nay, Việt Nam đã có một số văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh vấn đề bảo vệ thông tin cá nhân trong lĩnh vực công nghệ thông tin, nhưng các quy định này còn rời rạc, chưa đầy đủ, rõ ràng. Chính vì vậy, việc xây dựng khung pháp lý riêng về bảo vệ dữ liệu cá nhân là vấn đề mang tính cấp thiết.

2. Nhận diện dữ liệu cá nhân

Việc nhận diện dữ liệu cá nhân là vấn đề mang tính quyết định đến việc xây dựng khung pháp lý về bảo vệ dữ liệu cá nhân. Tuy nhiên, đến thời điểm này, pháp luật Việt Nam chưa có bất kỳ quy định nào làm rõ nội hàm của dữ liệu cá nhân. Thực tế cho thấy, dữ liệu cá nhân đang được hiểu là thông tin cá nhân dưới dạng dữ liệu. Nội hàm của thông tin cá nhân được xác định theo quy định tại Luật An toàn thông tin

*, ** Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Nguyễn Hương, *Dữ liệu cá nhân đang bị mua bán, thu thập*, <http://cand.com.vn/Xa-hoi/Du-lieu-ca-nhan-dang-bi-mua-ban-thu-thap-581155/>, truy cập ngày 13/05/2020.

mạng năm 2015. Theo đó, thông tin cá nhân được hiểu là thông tin gắn với việc xác định danh tính của một người cụ thể² và dữ liệu điện tử là ký hiệu, chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh hoặc dạng tương tự được tạo ra, lưu trữ, truyền đi hoặc nhận được bởi phương tiện điện tử³.

Như vậy, theo quy định pháp luật Việt Nam hiện hành, dữ liệu cá nhân chính là những thông tin gắn với việc xác định danh tính của một người cụ thể được thể hiện dưới một hình thức dữ liệu nhất định (ký hiệu, chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh...) được tạo ra, lưu trữ, truyền đi hoặc nhận được bởi phương tiện điện tử.

So sánh với quy định pháp luật của Liên minh châu Âu (EU) hay Singapore, có thể thấy nội hàm về dữ liệu cá nhân theo pháp luật Việt Nam là rất hẹp. Theo Quy định chung về bảo vệ dữ liệu của EU - General Data Protection Regulation (GDPR), dữ liệu cá nhân được nhận dạng là *“bất kỳ thông tin nào liên quan đến một cá nhân xác định hoặc có thể nhận dạng (chủ thể dữ liệu); một cá nhân có thể nhận dạng là một người có thể được xác định, một cách trực tiếp hoặc gián tiếp, đặc biệt bằng cách tham chiếu đến một mã định danh như tên, số nhận dạng, dữ liệu vị trí, số nhận dạng trực tuyến hoặc một hoặc nhiều yếu tố cụ thể đối với vật lý, sinh lý, sinh trắc, tinh thần, kinh tế, văn hóa hoặc xã hội của cá nhân đó”*⁴. Như vậy, GDPR không định nghĩa thông tin cá nhân dựa trên chức năng nhận dạng và xác định danh tính của cá nhân mà dựa vào sự liên quan của thông tin đến một cá nhân cụ thể.

Khá tương đồng với GDPR, Luật Bảo vệ dữ liệu cá nhân năm 2012 của Singapore - Personal Data Protection Act (PDPA) cũng xác định dữ liệu cá nhân là *“dữ liệu, dù đúng hay không, về một cá nhân có thể được xác định (i) Từ dữ liệu đó; hoặc (ii) Từ dữ liệu đó và thông tin khác mà tổ chức có hoặc có khả năng có quyền truy cập”*⁵. Có thể thấy, tiêu chí để xác định dữ liệu cá nhân của Singapore là tính liên quan của thông tin đến một cá nhân xác định.

Trong khi đó, theo Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 của Việt Nam, dữ liệu cá nhân chỉ là những dữ liệu gắn với việc xác định danh tính của một người cụ thể. Mặc dù Nghị định số 64/2007/NĐ-CP về ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động của cơ quan nhà nước có đề cập đến khái niệm “bí mật cá nhân” (là những bí mật cá nhân bao gồm hồ sơ y tế, hồ sơ nộp thuế, số thẻ bảo hiểm xã hội, số thẻ tín dụng và những bí mật cá nhân khác)⁶, nhưng cũng không thể hiện rõ bí mật cá nhân có phải là thông tin cá nhân hay không. Hơn hết, nếu như áp dụng cách định nghĩa của Luật An toàn thông tin mạng năm 2015, cho dù là bí mật cá nhân, nhưng không có chức năng định danh một cá nhân cụ thể thì cũng không phải thông tin cá nhân. Thêm vào đó, phạm vi điều chỉnh của Nghị định này rất hạn chế, không thể áp dụng cho toàn bộ dữ liệu cá nhân trên không gian mạng. Do đó, phạm vi dữ liệu được xem là dữ liệu cá nhân theo luật Việt Nam hiện nay chỉ bao gồm những dữ liệu có chức năng định danh. Chính vì vậy, những dữ liệu mặc dù liên quan chặt chẽ đến một người, nhưng không có chức năng định danh, chẳng hạn như dữ

² Khoản 15 Điều 3 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015.

³ Khoản 5 Điều 4 Luật Giao dịch điện tử năm 2005.

⁴ Article 4 of European Union's General Data Protection Regulation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, truy cập ngày 13/05/2020.

⁵ Article 2 of Singaporean Personal Data Protection Act 2012, <https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012>, truy cập ngày 13/05/2020.

⁶ Khoản 3 Điều 5 Nghị định số 64/2007/NĐ-CP.

liệu về lịch sử y tế, giáo dục, bản sắc văn hóa sẽ không được xem là dữ liệu cá nhân.

Không gian mạng là một thế giới không biên giới, nơi mà các hệ thống pháp luật được áp dụng chồng chéo. Do đó, nếu phạm vi dữ liệu cá nhân trên không gian mạng được pháp luật Việt Nam bảo vệ quá hẹp, sẽ dẫn đến hậu quả thiệt thòi đối với các chủ thể cung cấp dữ liệu cá nhân của mình lên không gian mạng tại Việt Nam. Hơn hết, các hậu quả này còn có khả năng tác động xấu đến an ninh quốc gia khi dữ liệu cá nhân của công dân Việt Nam không được đảm bảo chặt chẽ khi cung cấp cho các doanh nghiệp nước ngoài. Vì vậy, pháp luật Việt Nam cần phải mở rộng phạm vi bảo vệ dữ liệu cá nhân, cụ thể không chỉ dựa trên tiêu chí định danh, mà còn áp dụng tiêu chí có liên kết đối với một cá nhân xác định để bảo vệ dữ liệu cá nhân trên không gian mạng tại Việt Nam hiệu quả hơn.

3. Nguyên tắc xử lý dữ liệu cá nhân trên không gian mạng

3.1. Sự đồng ý của chủ thể dữ liệu đối với việc xử lý dữ liệu của chủ quản hệ thống thông tin

Theo pháp luật Việt Nam, việc xử lý dữ liệu cá nhân trong mọi giai đoạn (thu thập, sử dụng, cung cấp, chia sẻ, phát tán dữ liệu cá nhân cho bên thứ ba) chỉ được thực hiện khi có sự đồng ý của chủ thể dữ liệu về phạm vi, mục đích của việc thu thập và sử dụng dữ liệu đó⁷. Tuy nhiên, sự đồng ý này được thể hiện dưới hình thức nào thì vẫn là một điều bỏ ngỏ trong pháp luật Việt Nam.

Theo khoản 2 Điều 8 Thông tư số 25/2010/TT-BTTTT hướng dẫn việc xử lý thông tin cá nhân được thu thập trên trang thông tin điện tử hoặc cổng thông tin điện tử

của cơ quan nhà nước, việc xin ý kiến người sử dụng để cung cấp, chia sẻ thông tin cá nhân phải được tiến hành thông qua một bước riêng để người đó lựa chọn chấp nhận hoặc từ chối; không được thiết lập cơ chế chọn đồng ý mặc định cho người sử dụng. Như vậy, theo Thông tư này, sự đồng ý của chủ thể dữ liệu cá nhân phải được thể hiện rõ ràng theo một thủ tục riêng biệt chứ không phải sự đồng ý mặc định. Tuy nhiên, quy định của Thông tư số 25/2010/TT-BTTTT chỉ điều chỉnh một lĩnh vực chuyên biệt, việc xử lý dữ liệu cá nhân trên không gian mạng nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của Thông tư này vẫn là vấn đề còn bỏ ngỏ.

Theo GDPR của EU, sự đồng ý của chủ thể dữ liệu cá nhân phải rõ ràng, tức là phải có một tuyên bố hoặc một hành động khẳng định rõ ràng. Sự đồng ý không thể được ngụ ý và phải luôn được đưa ra thông qua việc lựa chọn đồng ý, tuyên bố (bằng văn bản, phương tiện điện tử hoặc bằng lời nói) hoặc một hành động chủ động, để không có sự hiểu lầm rằng chủ thể dữ liệu đã đồng ý với việc xử lý thông tin đó. Sự im lặng sẽ không cấu thành sự đồng ý. Đồng thời, chủ thể dữ liệu cũng có quyền rút lại sự đồng ý của họ và quyền này phải được thông báo rõ ràng cho chủ thể dữ liệu⁸.

Theo pháp luật Singapore, sự đồng ý của chủ thể dữ liệu cá nhân chỉ có giá trị pháp lý khi chủ thể dữ liệu đó đã được thông báo về mục đích xử lý dữ liệu cá nhân được thu thập. Hình thức của sự đồng ý có thể là bằng văn bản hoặc lời nói (nếu đáp ứng điều kiện về chứng minh). Bên cạnh đó, pháp luật Singapore còn quy định về “đồng ý mặc định” (Deemed consent). Cụ thể, có hai trường hợp mà một cá nhân có thể được coi là đồng ý ngay cả khi người đó chưa

⁷ Điểm a, b, c khoản 1 Điều 17 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015; khoản 1, 2 Điều 21 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

⁸ Council of Europe, *Handbook on European data protection law*, Publications Office of the EU, 2018, pp.111.

thực sự đồng ý. Trường hợp đầu tiên là một cá nhân tự nguyện cung cấp dữ liệu cá nhân của mình cho một mục đích đã được thông báo. Trường hợp thứ hai là một cá nhân đồng ý hoặc được “đồng ý mặc định” cho tổ chức A tiết lộ dữ liệu cá nhân đó cho tổ chức B vì một mục đích nhất định, cá nhân đó được xem đã “đồng ý mặc định” cho tổ chức B xử lý dữ liệu cá nhân đó⁹.

Có thể thấy, pháp luật Singapore hay EU quy định rất cụ thể về hình thức sự đồng ý của chủ thể dữ liệu cá nhân. Điều này tạo nên cơ chế pháp lý bảo vệ dữ liệu cá nhân chặt chẽ hơn, buộc chủ quản hệ thống thông tin phải tuân thủ khi xử lý dữ liệu cá nhân trên không gian mạng. Do đó, pháp luật Việt Nam cần tham khảo để bổ sung cụ thể các quy định về hình thức của sự đồng ý (bao gồm lời nói, văn bản vật lý hoặc điện tử).

Trong một số trường hợp đặc biệt, chủ quản hệ thống thông tin cá nhân có thể xử lý dữ liệu cá nhân mà không cần sự đồng ý của chủ thể dữ liệu. Pháp luật Việt Nam hiện hành cho phép chủ quản hệ thống thông tin có thể thu thập, xử lý dữ liệu cá nhân mà không cần phải đạt được sự đồng ý của người dùng cho một số mục đích nhất định như để xác lập, thực hiện hợp đồng hay theo yêu cầu của cơ quan nhà nước¹⁰. Tuy nhiên, các ngoại lệ này rất hạn chế và dường như là hiển nhiên. Đối với việc tiết lộ dữ liệu cá nhân, pháp luật Việt Nam không cho phép bất kỳ trường hợp ngoại lệ nào để chủ quản hệ thống thông tin được chia sẻ dữ liệu cho bên thứ ba mà không phải xin phép chủ thể dữ liệu cá nhân. Tuy nhiên, thực tiễn cho thấy không phải trong mọi trường hợp chủ

quản hệ thống thông tin đều phải đạt được sự đồng ý mới có thể xử lý dữ liệu, dẫn đến việc xử lý các tình huống khẩn cấp chậm chạp, thiếu hiệu quả và gây thiệt hại cho các bên, chẳng hạn như việc chủ quản hệ thống thông tin xử lý dữ liệu cá nhân cho các mục đích có lợi cho chủ thể dữ liệu.

Về vấn đề này, pháp luật Singapore đã quy định rất chi tiết và đa dạng các trường hợp mà chủ quản hệ thống thông tin có thể thu thập, sử dụng dữ liệu cá nhân mà không cần đạt được sự đồng ý của chủ thể dữ liệu. Chẳng hạn, trường hợp chủ quản hệ thống thông tin cá nhân có cơ sở để tin rằng việc thu thập, sử dụng dữ liệu cá nhân là vì lợi ích cho chủ thể dữ liệu mà chủ thể dữ liệu không thể kịp thời đồng ý hoặc tin rằng sẽ đồng ý; hoặc nhằm để xử lý kịp thời các tình huống khẩn cấp đe dọa tính mạng của chủ thể dữ liệu hoặc cá nhân khác; hoặc dữ liệu cá nhân đó đã được công khai... Liên quan đến việc tiết lộ thông tin, pháp luật Singapore cũng cho phép nhiều trường hợp ngoại lệ mà không cần đạt được sự đồng ý của chủ thể dữ liệu như: Vì lợi ích quốc gia; hoặc nhằm thực hiện quá trình điều tra, tố tụng; tiết lộ cần thiết để thu hồi một khoản nợ...¹¹.

3.2. Thông báo mục đích xử lý dữ liệu cá nhân của chủ quản hệ thống thông tin

Theo quy định pháp luật Việt Nam hiện hành, chủ quản hệ thống thông tin chỉ được thu thập dữ liệu cá nhân sau khi có sự đồng ý của chủ thể dữ liệu về phạm vi, mục đích của việc thu thập và sử dụng thông tin đó¹². Điều này có nghĩa là chủ quản hệ thống thông tin bắt buộc phải thông báo cho chủ thể dữ liệu các mục đích mà các dữ liệu cá

⁹ Section 13, 14, 15 Singaporean Personal Data Protection Act 2012; Singaporean Personal Data Protection Commission, *Main Advisory Guidelines on obligation of consent*, 2019, pp.35- 56.

¹⁰ Khoản 3 Điều 21 Luật Công nghệ thông tin năm 2006; điểm c khoản 1 Điều 17 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015.

¹¹ Schedule 2-4 Singaporean Personal Data Protection Act 2012, <https://sso.agc.gov.sg/Act/PA2012>, truy cập ngày 13/05/2020.

¹² Điểm a, b khoản 1 Điều 17 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015; điểm a khoản 2 Điều 21 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

nhân của họ được thu thập, sử dụng. Tuy nhiên, đối với việc cung cấp, chia sẻ, tiết lộ, phát tán dữ liệu cho bên thứ ba (gọi chung là tiết lộ dữ liệu cá nhân), pháp luật Việt Nam chỉ quy định rằng, chủ quản hệ thống thông tin không được tiết lộ dữ liệu mà mình đã thu thập cho bên thứ ba, trừ trường hợp có sự đồng ý của chủ thể dữ liệu đó hoặc theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền¹³. Có thể thấy, chủ quản hệ thống thông tin không bắt buộc phải thông báo mục đích của việc tiết lộ dữ liệu cá nhân mà chỉ cần đạt được sự đồng ý của chủ thể dữ liệu về việc tiết lộ dữ liệu cho bên thứ ba là được. Điều này sẽ dẫn đến các bất lợi cho chủ thể dữ liệu bởi vị trí yếu thế của họ. Họ thậm chí có thể tin tưởng đồng ý cho chủ quản hệ thống thông tin chia sẻ các dữ liệu cá nhân của mình mà không hề biết các bên thứ ba đó sẽ làm gì với dữ liệu của mình và cho mục đích gì. Ngoài ra, pháp luật Việt Nam hiện hành cũng không quy định giới hạn các mục đích cho việc thu thập, sử dụng và tiết lộ thông tin cũng như hình thức thông báo các mục đích đó cho chủ thể dữ liệu. Điều này làm giảm đi khả năng bảo vệ dữ liệu cá nhân của chủ thể dữ liệu trên không gian mạng.

Theo pháp luật Singapore, trong tất cả giai đoạn thu thập, sử dụng, tiết lộ dữ liệu cá nhân, chủ quản hệ thống thông tin đều phải thông báo cho chủ thể dữ liệu mục đích mà họ thu thập, sử dụng và tiết lộ dữ liệu đó, trừ các trường hợp ngoại lệ như các trường hợp “đồng ý mặc định” đã được đề cập ở trên hoặc các trường hợp mà chủ quản hệ thống thông tin được xử lý dữ liệu mà không cần sự đồng ý của chủ thể dữ liệu (ví dụ các dữ liệu cá nhân đã được công khai). Hơn hết, các mục đích để xử lý dữ liệu phải

được xem xét là hợp lý trong các trường hợp cụ thể¹⁴. Ngoài ra, theo Hướng dẫn tư vấn các thuật ngữ trong PDPA của Ủy ban Bảo vệ dữ liệu cá nhân Singapore, các chủ quản hệ thống thông tin nên nỗ lực để đảm bảo rằng, thông báo của họ rõ ràng, dễ hiểu, cung cấp thông tin phù hợp và có thể dễ dàng truy cập. Các hình thức thông báo có thể xem xét là bằng văn bản thông qua biểu mẫu, trên trang web hoặc bằng miệng¹⁵.

Tương tự như vậy, theo GDPR của EU, chủ quản hệ thống thông tin được yêu cầu phải cung cấp thông tin cho chủ thể dữ liệu, bao gồm thông tin về mục đích xử lý dữ liệu cá nhân như một nguyên tắc công bằng và minh bạch trong việc xử lý dữ liệu (The principles of fair and transparent processing)¹⁶. Thêm vào đó, các mục đích để xử lý thông tin phải là các mục đích cụ thể, rõ ràng, hợp pháp¹⁷. Hơn hết, GDPR còn quy định việc thông báo phải được thực hiện một cách chính xác, minh bạch, dễ hiểu và dễ dàng truy cập. Hay nói cách khác, các mục đích xử lý dữ liệu phải được thể hiện dưới dạng văn bản hoặc dưới dạng điện tử.

Như vậy, pháp luật Việt Nam cần phải xem xét bổ sung quy định yêu cầu chủ quản hệ thống thông tin thông báo cho chủ thể dữ liệu mục đích của việc tiết lộ dữ liệu cho

¹³ Điểm c khoản 1 Điều 17 Luật An toàn thông tin mạng năm 2015; khoản 2 Điều 22 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

¹⁴ Section 18, 20 Singaporean Personal Data Protection Act 2012, <https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012>, truy cập ngày 13/05/2020.

¹⁵ Singaporean Personal Data Protection Commission, *Main Advisory Guidelines on obligation of consent*, 2019, pp. 64-65.

¹⁶ Article 13.1.c European Union's General Data Protection Regulation; Recital 60: Information Obligation of European Union's General Data Protection Regulation. Council of Europe, *Handbook on European data protection law*, Publications Office of the European Union, 2018, pp. 207.

¹⁷ Article 5.1.b European Union's General Data Protection Regulation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, truy cập ngày 13/05/2020.

bên thứ ba. Đồng thời, pháp luật Việt Nam cũng cần quy định giới hạn các mục đích xử lý dữ liệu là mục đích hợp pháp và quy định hình thức cụ thể cho việc thông báo các mục đích đó.

3.3. Quyền xử lý dữ liệu của chủ thể dữ liệu

Bên cạnh việc quy định sự đồng ý của chủ thể dữ liệu là điều kiện tiên quyết để chủ quản hệ thống thông tin thu thập, sử dụng, tiết lộ dữ liệu cá nhân, trừ một số ít trường hợp ngoại lệ thì pháp luật Việt Nam còn quy định cho chủ thể dữ liệu các quyền truy cập, kiểm tra, đính chính, sửa đổi, hủy bỏ dữ liệu cá nhân của mình. Đây là một điểm tiến bộ của pháp luật Việt Nam khi thể hiện quyền định đoạt dữ liệu cá nhân cuối cùng thuộc về chủ thể dữ liệu chứ không phải bất kỳ chủ thể nào khác. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam lại đưa ra một quy định dường như sẽ vô hiệu hóa các quyền này của chủ thể dữ liệu. Cụ thể, Luật An toàn thông tin mạng năm 2015 quy định khi chủ thể dữ liệu yêu cầu về việc cập nhật, sửa đổi, hủy bỏ thông tin cá nhân hoặc đề nghị ngừng cung cấp thông tin cá nhân cho bên thứ ba thì chủ quản hệ thống thông tin có thể chỉ thông báo cho chủ thể thông tin cá nhân đó trong trường hợp chưa thực hiện được yêu cầu do yếu tố kỹ thuật hoặc yếu tố khác. Rõ ràng, “yếu tố khác” ở đây không được quy định rõ ràng và chủ quản hệ thống thông tin có thể viện ra rất nhiều lý do không hợp lý để từ chối các yêu cầu của chủ thể dữ liệu.

Về vấn đề này, PDPA của Singapore cũng như GDPR của EU quy định rất rõ ràng các trường hợp ngoại lệ cho phép chủ quản hệ thống thông tin từ chối các yêu cầu của chủ thể dữ liệu phải xuất phát từ các lý do hợp pháp và hợp lý. Chẳng hạn, theo GDPR, quyền yêu cầu xóa dữ liệu cá nhân

có thể bị từ chối nếu việc tiếp tục lưu trữ là theo yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền hoặc để phục vụ cho mục đích lợi ích công cộng, nghiên cứu khoa học, lịch sử hoặc mục đích thống kê¹⁸. Hay, theo PDPA, chủ quản hệ thống thông tin có thể từ chối các yêu cầu chỉnh sửa dữ liệu của chủ thể dữ liệu nếu các dữ liệu cá nhân đó đang được lưu trữ cho mục đích đánh giá hoặc đang được lưu giữ bởi một tổ chức trọng tài hoặc một trung tâm hòa giải...¹⁹

Có thể thấy, pháp luật Việt Nam cần quy định chi tiết, cụ thể, rõ ràng hơn các ngoại lệ này để hạn chế việc xâm phạm các quyền của chủ thể dữ liệu vì các lý do bất hợp lý khi xử lý dữ liệu của chủ quản thông tin.

Ngoài ra, một vấn đề khác được đặt ra là pháp luật Việt Nam vẫn chưa bao quát hết tất cả các quyền đối với dữ liệu cá nhân của chủ thể dữ liệu. Các quyền vẫn chưa được ghi nhận là quyền phản đối xử lý dữ liệu và quyền hạn chế xử lý dữ liệu.

Theo GDPR, quyền phản đối xử lý dữ liệu là quyền phản đối việc xử lý dữ liệu cá nhân vào bất cứ lúc nào dựa trên những căn cứ liên quan đến tình huống cụ thể mà dữ liệu cá nhân được thu thập, sử dụng thông qua các căn cứ không cần sự đồng ý của chủ thể dữ liệu²⁰. Tương tự với GDPR, pháp luật Việt Nam cũng cho phép chủ quản hệ thống thông tin có quyền thu thập, sử dụng dữ liệu cá nhân mà không cần sự đồng ý của

¹⁸ Article 17 European Union's General Data Protection Regulation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, truy cập ngày 13/05/2020.

¹⁹ Schedule 6 Singaporean Personal Data Protection Act 2012, <https://sso.agc.gov.sg/Act/PDPA2012>, truy cập ngày 13/05/2020.

²⁰ Article 21.1, Article 6.1.e, Article 6.1.f European Union's General Data Protection Regulation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, truy cập ngày 13/05/2020.

chủ thể dữ liệu trong một số trường hợp nhất định²¹. Tuy nhiên, quyền phản đối xử lý dữ liệu cá nhân của chủ thể dữ liệu trong trường hợp này lại không được pháp luật Việt Nam ghi nhận. Có thể thấy, quyền phản đối là một quyền rất hợp lý. Bởi lẽ, mục đích đặt ra các trường hợp ngoại lệ cho phép chủ quản hệ thống thông tin thu thập, sử dụng dữ liệu là vì lợi ích của các bên trong quan hệ hợp đồng được xác lập. Tuy nhiên, nếu quyền lợi của chủ thể dữ liệu bị xâm phạm hoặc có nguy cơ bị xâm phạm, họ có quyền được lên tiếng phản đối sự thu thập dữ liệu đó.

Đối với quyền hạn chế xử lý dữ liệu, theo GDPR, chủ thể dữ liệu có thể hạn chế chủ quản hệ thống thông tin xử lý dữ liệu cá nhân của mình trong một khoảng thời gian nhất định nếu có các trường hợp luật định xảy ra, chẳng hạn như trong trường hợp chủ thể dữ liệu tranh cãi về tính chính xác của dữ liệu hoặc việc xử lý là trái pháp luật²². Hiện nay, pháp luật Việt Nam cũng có quy định một phần về quyền hạn chế xử lý dữ liệu này. Cụ thể, Luật Công nghệ thông tin năm 2006 quy định chủ quản hệ thống thông tin không được cung cấp hoặc sử dụng thông tin cá nhân liên quan cho đến khi thông tin đó được đính chính lại²³. Tuy nhiên, nội hàm của quy định này chỉ đề cập đến trường hợp dữ liệu bị sai hoặc chưa được cập nhật, cần đính chính lại. Đối với các trường hợp khác như việc thu thập sử dụng, tiết lộ dữ liệu trái pháp luật... vẫn chưa được đề cập.

²¹ Điểm a khoản 3 Điều 21 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

²² Article 18.1 European Union's General Data Protection Regulation, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679>, truy cập ngày 13/05/2020.

²³ Điểm d khoản 2 Điều 21 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

4. Kết luận và kiến nghị

Mặc dù đã ghi nhận các quyền đối với dữ liệu cá nhân của chủ thể dữ liệu cũng như quy định một cách tương đối bao quát các nội dung chủ chốt về việc bảo vệ dữ liệu cá nhân, pháp luật Việt Nam vẫn còn nhiều lỗ hổng cũng như bất cập khiến việc áp dụng trên thực tiễn còn nhiều lúng túng. Do đó, thông qua việc so sánh với quy định của các hệ thống pháp luật tiên tiến trên thế giới như EU và Singapore, các tác giả kiến nghị cần xây dựng Nghị định về bảo vệ dữ liệu cá nhân, trong đó ghi nhận những nội dung sau:

Thứ nhất, mở rộng phạm vi dữ liệu cá nhân được bảo vệ, cụ thể không chỉ dựa trên tiêu chí định danh, mà còn áp dụng tiêu chí có liên quan đối với một cá nhân xác định cụ thể.

Thứ hai, quy định cụ thể hình thức xác định sự đồng ý của chủ thể dữ liệu trong quá trình chủ quản hệ thống thông tin thu thập, sử dụng, xử lý, chia sẻ thông tin cá nhân với bên thứ ba.

Thứ ba, bổ sung quy định yêu cầu chủ quản hệ thống thông tin thông báo cho chủ thể dữ liệu mục đích của việc tiết lộ dữ liệu cho bên thứ ba; đồng thời, quy định giới hạn các mục đích xử lý dữ liệu là mục đích hợp pháp và quy định hình thức cụ thể cho việc thông báo các mục đích đó.

Thứ tư, quy định rõ ràng, chi tiết các trường hợp ngoại lệ cho phép chủ quản hệ thống thông tin từ chối các quyền yêu cầu xử lý dữ liệu của chủ thể dữ liệu dựa trên các lý do hợp lý và hợp pháp.

Cuối cùng, bổ sung ghi nhận quyền phản đối và quyền hạn chế chủ quản hệ thống thông tin xử lý dữ liệu của chủ thể dữ liệu để có thể tạo vị thế chủ động cho chủ thể dữ liệu trong việc bảo vệ dữ liệu cá nhân của mình.

QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN LỢI BẢO HIỂM TRONG HỢP ĐỒNG BẢO HIỂM HÀNG HẢI

*Bùi Nguyễn Trà My**

Tóm tắt: Quyền lợi bảo hiểm là một nguyên tắc quan trọng trong bảo hiểm nói chung và bảo hiểm hàng hải nói riêng, được ghi nhận trong Luật Bảo hiểm hàng hải tại nhiều nước. Bài viết tập trung phân tích các vấn đề pháp lý liên quan tới quyền lợi bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm hàng hải dưới góc độ so sánh. Cụ thể trả lời ba câu hỏi nghiên cứu: (1) Quyền lợi bảo hiểm là gì; (2) Xác định quyền lợi bảo hiểm như thế nào dựa trên hợp đồng thương mại quốc tế và (3) Hợp đồng bảo hiểm hàng hải trong trường hợp người được bảo hiểm không có hoặc không còn quyền lợi bảo hiểm có hậu quả pháp lý như thế nào.

Abstract: Insurable interest is a central principle of insurance law, especially in marine insurance law, which is recognized under many countries' marine insurance law. This Article focuses on analyzing legal issues relating to insurable interest in marine insurance contracts from the perspective of comparative law. Accordingly, it answers three research questions: (1) What is an insurable interest; (2) How to determine insurable interest based on international commercial contract and (3) What are legal consequences of a lack of insurable interest in a marine insurance contract.

Đặt vấn đề

Trong nhiều năm, khái niệm quyền lợi bảo hiểm (QLBH) không được coi trọng và hợp đồng bảo hiểm không có QLBH vẫn có hiệu lực. Trải qua một thời gian dài, nguyên tắc QLBH được phát triển nhằm bảo đảm rằng, người được bảo hiểm phải chịu tổn thất trên đối tượng được bảo hiểm mới được bồi thường tiền bảo hiểm. Ngoài ra, sự khác nhau giữa hoạt động mua bán tài sản thông thường trong một quốc gia và hoạt động thương mại quốc tế là tiền đề để đưa nguyên tắc QLBH vào luật bảo hiểm hàng hải, và có các đặc điểm riêng.

Bộ luật Hàng hải Việt Nam năm 2015 (BLHH) có hiệu lực từ ngày 1/1/2017, đã có sự thay đổi nội dung về điều khoản QLBH

so với Bộ luật Hàng hải năm 2005. Tuy nhiên, các điều khoản này vẫn còn thiếu sót, bất cập cần có sự nghiên cứu và sửa đổi kịp thời để có sự tương thích với thông lệ hàng hải quốc tế. Vấn đề đặt ra trong bài viết là từ khái niệm về QLBH, làm sao xác định ai đang có nó dựa trên hợp đồng thương mại quốc tế và hậu quả pháp lý của hợp đồng bảo hiểm hàng hải trong trường hợp người được bảo hiểm không có hoặc không còn QLBH là như thế nào?

1. Khái niệm quyền lợi bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm hàng hải

Trong nhiều thập kỉ, hệ thống pháp luật đặt ra các giới hạn để ngăn cản một người mua bảo hiểm mà không có QLBH, vì điều này có thể sẽ khuyến khích người mua bảo hiểm chấm dứt cuộc đời người thụ hưởng hoặc hủy hoại tài sản để hưởng tiền bảo

* ThS., Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế – Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

hiểm^{1,2}. Một hợp đồng thiếu QLBH là không hợp lệ. QLBH được hình thành từ 2 nguồn: (1) Luật định và (2) Bản chất vốn có của bảo hiểm, nếu người được bảo hiểm không có quyền lợi thì anh ta không chịu tổn thất³. Bản chất của hợp đồng bảo hiểm là một hợp đồng bồi thường, nên mục đích của nó là để bù đắp tổn thất cho người được bảo hiểm chứ không phải kiếm lời từ đó. Một người không có QLBH, không phải gánh chịu tổn thất từ việc mất mát, hư hỏng của đối tượng được bảo hiểm, nhưng vẫn hưởng tiền bảo hiểm tức là đang kiếm lời trên hợp đồng. Do đó, việc thanh toán tiền bảo hiểm không được vượt quá QLBH của người thụ hưởng. Yêu cầu không trục lợi bảo hiểm là yêu cầu cơ bản của bảo hiểm, ngăn chặn sự làm giàu bất công từ một người với công ty bảo hiểm⁴.

Quyền lợi có thể được bảo hiểm, hay gọi tắt là QLBH được định nghĩa trong Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000, sửa đổi, bổ sung năm 2010 (LKDBH) và BLHH không giống nhau. Theo đó, khoản 9 Điều 3 LKDBH định nghĩa rằng: “*Quyền lợi có thể được bảo hiểm là quyền sở hữu, quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền tài sản; quyền, nghĩa vụ nuôi dưỡng, cấp dưỡng đối với đối tượng được bảo hiểm*”. Trong khi đó, khoản 1 và khoản 2 Điều 305 BLHH quy định: QLBH là quyền lợi đối với đối

tượng bảo hiểm trong hành trình đường biển, cụ thể là sự liên quan đến hành trình hoặc bất kỳ đối tượng có thể được bảo hiểm nào mà theo đó nếu đối tượng bảo hiểm đến cảng an toàn thì người có quyền lợi thu được lợi nhuận, nếu nó bị tổn thất, hư hỏng, bị lưu giữ hoặc phát sinh trách nhiệm thì người có quyền lợi không thu được lợi nhuận. Theo định nghĩa của Điều 305 BLHH, QLBH đã được mở rộng. Người có QLBH không cần thiết là người có quyền sở hữu, quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền tài sản đối với đối tượng được bảo hiểm, mà người đó chỉ cần chứng minh rằng mình thu lợi khi đối tượng bảo hiểm đến cảng an toàn hoặc thiệt hại nếu đối tượng bảo hiểm bị tổn thất, hư hỏng, bị lưu giữ hoặc phát sinh trách nhiệm.

Định nghĩa về QLBH trong LKDBH và BLHH phản ánh hai học thuyết khác nhau về QLBH. Học thuyết thứ nhất “*quyền lợi tuyệt đối*” (*strict interest*), theo đó người được bảo hiểm phải chứng minh được quyền hoặc trách nhiệm hợp pháp và hợp lý đối với tài sản. Sau khi chứng minh được, người được bảo hiểm sẽ được coi là chịu tổn thất về mặt pháp lý và có QLBH. Học thuyết này ra đời trước và được công nhận rộng rãi, nhưng sau đó bộc lộ những bất cập trong áp dụng. Do đó, dần dần, bảo hiểm hàng hải hiện đại chuyển dần sang học thuyết thứ hai “*QLBH dựa trên tổn thất thực tế*” (*factual expectation insurable interest*), theo đó yêu cầu người được bảo hiểm phải chứng minh tổn thất thực tế phải gánh chịu, bất kể mối quan hệ sở hữu đối với đối tượng được bảo hiểm là như thế nào⁵. Các nước theo học thuyết này có thể kể đến như Anh, Canada, Mỹ, Úc và Việt Nam.

¹ Ahmed Mahrous, *Sections 4 - 14: Insurable Interest*, <https://www.linkedin.com/pulse/sections-4-14-insurable-interest-ahmed-mahrous-cert-cila>, truy cập ngày 30/01/2020.

² Kyriaki Noussia, *Insurable Interest in Marine Insurance Contracts: Modern Commercial Needs versus Tradition*, *Journal of Maritime Law and Commerce*, số 39.1, năm 2008, tr.81–96.

³ Julian Long, *The Concept of Insurable Interest and the Insurance Law Reform Act 1985*, *Auckland UL Rev.*, số 7, năm 1992, tr.80.

⁴ Julian Long, *tlđđ*, tr.80.

⁵ Julian Long, *tlđđ*, tr.80.

Tại các nước theo hệ thống thông luật, định nghĩa về QLBH đã được ghi nhận tại Luật Bảo hiểm hàng hải hoặc Luật Hàng hải, ví dụ, ở Anh là Điều 5 Bộ luật Bảo hiểm hàng hải (Marine Insurance Act 1906, gọi tắt là MIA 1906), ở Canada là Điều 8 Bộ luật Bảo hiểm hàng hải (Marine Insurance 1993, gọi tắt là CMIA 1993). Tuy nhiên, để giải thích rõ hơn QLBH là gì, tòa án các nước thường cụ thể hóa nó trong các án lệ.

Theo Điều 5 MIA 1906⁶, người có QLBH là người có mối quan hệ hợp pháp hoặc hợp lý với chuyến hành trình hoặc với bất kỳ tài sản có thể bảo hiểm nào vào thời điểm rủi ro mà theo đó người này sẽ hưởng lợi nếu tài sản an toàn và tổn thất nếu nó bị phá hủy. Trước đây, theo vụ án “*Lucena v. Craufurd*”⁷, tòa án Anh định nghĩa QLBH là “*quyền đối với tài sản, hoặc quyền xuất phát từ một hợp đồng tài sản mà có thể bị mất do một số hoàn cảnh ảnh hưởng tới*

quyền sở hữu hoặc hưởng lợi của một bên”⁸. Tuy nhiên, cũng trong vụ án đó, thẩm phán Lawrence cho rằng, người có QLBH là người có lợi ích khi đối tượng được bảo hiểm còn tồn tại, bất chấp có quyền về tài sản hay không. Quan điểm này tuy không được công nhận tại vụ án “*Lucena v. Craufurd*”, nhưng đã dần được mở rộng và ghi nhận bởi các thẩm phán khác trong các vụ án sau này⁹.

Điều 8 CMIA 1993 có quy định tương tự như MIA 1906. Pháp luật về bảo hiểm ở Canada cũng có sự mở rộng quan điểm về QLBH từ “quyền lợi tuyệt đối” sang “QLBH dựa trên tổn thất thực tế”. QLBH được định nghĩa là: “*Quyền lợi hợp pháp và hợp lý đối với tài sản*”. Tuy nhiên, trước đây, việc áp dụng định nghĩa này vào thực tế vẫn bó hẹp trong việc xác định quyền sở hữu tài sản. Cụ thể thông qua án lệ “*Macaura v. Northern Assurance Co Ltd*”¹⁰, tòa nhận định rằng, do bản chất pháp nhân của công ty, chủ sở hữu duy nhất của công ty không sở hữu tài sản của công ty. Do đó, tòa tuyên rằng, anh ta không có mối liên hệ nào với tài sản công ty là đối tượng được bảo hiểm; hay nói cách khác, anh ta không có QLBH đối với tài sản của công ty. Anh

⁶ “(1) Subject to the provisions of this Act, every person has an insurable interest who is interested in a marine adventure. (2) In particular a person is interested in a marine adventure where he stands in any legal or equitable relation to the adventure or to any insurable property at risk therein, in consequence of which he may benefit by the safety or due arrival of insurable property, or may be prejudiced by its loss, or by damage thereto, or by the detention thereof, or may incur liability in respect thereof”. Dịch là: “(1) Người có quyền lợi có thể được bảo hiểm là người có quyền lợi trong chuyến hành trình hàng hải. (2) Đặc biệt một người có quyền lợi trong chuyến hành trình hàng hải khi người đó có mối quan hệ hợp pháp hoặc hợp lý với chuyến hành trình hoặc với bất kỳ tài sản có thể được bảo hiểm nào vào thời điểm rủi ro, hệ quả là người này hưởng lợi khi tài sản có thể được bảo hiểm an toàn hoặc tới nơi theo kế hoạch, hoặc có thể bị tổn thất bởi vì nó mất mát, thiệt hại, bị lưu giữ hoặc phát sinh trách nhiệm”.

⁷ *Lucena v. Craufurd* (1806) 2 Bos & PNR 269, <https://swarb.co.uk/lucena-v-craufurd-hl-1806/>, truy cập ngày 19/02/2020.

⁸ Nguyên văn: “A right in the property, or a right derivable out of some contract about the property, which in either case may be lost upon some contingency affecting the possession or enjoyment of the party”.

⁹ The Law Commission and The Scottish Law Commission, *Insurance Contract Law: Insurable Interest*, trích từ LCCP 201 / SLCDP 152 (*Post Contract Duties and Other Issues*), http://www.law.com.gov.uk/app/uploads/2015/06/cp201_extract_insurable_interest.pdf, truy cập ngày 13/02/2020.

¹⁰ *Macaura v Northern Assurance Co Ltd* [1925], AC 619, <https://www.coursehero.com/file/p5v5i3r/Macaura-v-Northern-Assurance-Co-Ltd-1925-AC-619-HL-Page-2-of-5-LAW-3110-Company/>, truy cập ngày 13/02/2020

ta chỉ có quyền lợi đối với phần vốn góp mà anh ta có mối quan hệ hợp pháp và hợp lý. Nhận định như vậy có ý nghĩa khi áp dụng cho người không có lợi ích thực sự và giao kết hợp đồng bảo hiểm để nhằm thu lời bất chính. Hợp đồng bảo hiểm lúc này trở thành “hợp đồng cá cược”¹¹, tức hợp đồng không liên quan tới bất kì tổn thất thực sự nào. Tuy nhiên, với những người bị mất mát thực sự thì là ngoại lệ. Án lệ “*Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*”¹² đã mở rộng hơn định nghĩa về QLBH, theo đó, chủ sở hữu duy nhất của công ty, mặc dù không có quyền sở hữu nào với tài sản công ty, nhưng có QLBH với nó. Anh ta có lợi ích nhất định nếu tài sản công ty tồn tại và sẽ bị thiệt hại nếu nó bị phá hủy. Tòa án cho rằng, “quyền xuất phát từ tài sản” vốn dĩ không chắc chắn, học thuyết “tổn thất thực tế” chính xác, thực tế hơn, có lợi cho xã hội và phù hợp với đơn bảo hiểm. Tuy nhiên, tòa cũng cho rằng, khó khăn lớn nhất của học thuyết này là xác định được tổn thất đối với người được bảo hiểm.

Pháp luật về bảo hiểm của Úc hiện nay cũng ghi nhận việc mở rộng khái niệm QLBH. Năm 1980, Ủy ban cải cách của Úc chấp nhận học thuyết “tổn thất thực tế”, cụ thể là “khi người được bảo hiểm bị tổn thất về mặt kinh tế do tài sản bị thiệt hại hoặc phá hủy, người bảo hiểm không nên được miễn trách nhiệm vì lý do người được bảo hiểm không có quyền lợi hợp pháp và hợp lý đối với tài sản”¹³. Do đó, Điều 16 Luật về

Hợp đồng bảo hiểm¹⁴ quy định: “*Hợp đồng bảo hiểm không vô hiệu chỉ vì lý do rằng vào thời điểm hợp đồng được ký kết, người được bảo hiểm không có quyền lợi đối với đối tượng được bảo hiểm của hợp đồng*”. Điều 17 bổ sung thêm: “*Theo hợp đồng bảo hiểm, khi người được bảo hiểm chịu thiệt hại hoặc tổn thất về kinh tế vì tài sản là đối tượng được bảo hiểm bị hư hỏng hoặc bị phá hủy, người bảo hiểm không được miễn trách nhiệm theo hợp đồng bởi lý do duy nhất, tại thời điểm tổn thất, người được bảo hiểm không có quyền lợi theo luật hoặc theo lẽ công bằng đối với tài sản*”.

Việc vận chuyển hàng hóa bằng đường biển vốn đã tiềm tàng rủi ro cao đối với hàng hóa và tàu biển. Một thị trường bảo hiểm hiệu quả sẽ cho phép các bên hoạt động thương mại hàng hải quyết định thực hiện hành trình đường biển. Một định nghĩa hẹp về QLBH sẽ làm suy yếu hệ thống bảo hiểm, ngăn cản sự thúc đẩy hoạt động giao thương đường biển. Nếu căn cứ vào định nghĩa hẹp của QLBH, tức là chủ sở hữu mới có QLBH, thì sẽ kéo dài thời gian tranh tụng, rủi ro kiện tụng, không có lợi cho cả người bảo hiểm và người được bảo hiểm. Cụ thể là, khá khó khăn trong việc xác định thời điểm tổn thất xảy ra trước hay sau thời điểm chuyển giao quyền sở hữu, để xác định xem liệu người khiếu nại có quyền sở hữu trước hay sau khi xảy ra tổn thất, hay nói cách khác liệu anh ta có QLBH hay không. Trong trường hợp định nghĩa hẹp, bên bảo hiểm sẽ thường chậm trễ bồi thường theo hợp đồng bảo hiểm vì lý do chưa xác định được liệu người khiếu nại có quyền sở hữu hay không, và nếu có thì có

¹¹ Dịch từ “Gambling contract” hoặc “Wagering contract”.

¹² *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 SCR 2, <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/190/index.do>, truy cập ngày 13/02/2020.

¹³ Julian Long, tldd, tr.80.

¹⁴ Luật về hợp đồng bảo hiểm của Úc: Insurance Contracts Act 1984, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00820>, truy cập ngày 13/02/2020.

trước hay sau khi tổn thất xảy ra. Từ đó, làm mất lòng tin của người được bảo hiểm, làm giảm mục đích công của hợp đồng bảo hiểm. Theo định nghĩa mở rộng, người được bảo hiểm nếu không thể xác định được thời điểm chuyển giao quyền sở hữu thì chỉ cần chứng minh mình hưởng lợi khi hàng, tàu tới đích đúng kế hoạch, an toàn và thiệt hại nếu hàng, tàu bị mất mát, thiệt hại, lưu giữ, phát sinh trách nhiệm.

Tóm lại, định nghĩa về QLBH tại BLHH được xem là sự tiếp thu học thuyết “QLBH dựa trên tổn thất thực tế” vốn được thừa nhận rộng rãi trên thế giới. QLBH là nguyên tắc quan trọng trong hợp đồng bảo hiểm hàng hải và là một trong các căn cứ để xác định liệu người được bảo hiểm có phải là người thụ hưởng tiền bồi thường từ hợp đồng bảo hiểm hay không, hay nói cách khác là căn cứ để xác lập trách nhiệm bảo hiểm của người bảo hiểm. Một người muốn được thụ hưởng tiền bồi thường từ hợp đồng bảo hiểm phải thỏa mãn hai điều kiện: (1) Người này phải có tên trên hợp đồng bảo hiểm với tư cách là người được bảo hiểm và (2) Người này có QLBH.

2. Xác định quyền lợi bảo hiểm dựa trên hợp đồng thương mại quốc tế

Theo khái niệm mở rộng về QLBH, người được bảo hiểm có thể chưa có quyền sở hữu vào thời điểm tổn thất, nhưng dựa trên một hợp đồng hợp lệ hoặc một quyền thực sự đối với vật mà có QLBH¹⁵. Như vậy, QLBH gắn liền với hợp đồng mua bán hàng hóa. Hợp đồng trong trường hợp này phải có hiệu lực với các bên. Nếu bên mua chưa đồng ý với các điều khoản chính trong

hợp đồng, chưa đồng ý mua hàng¹⁶, mà bên bán đã thực hiện việc chuyển hàng thì bên mua cũng không có QLBH. Hoặc, hợp đồng mua bán vô hiệu vì gian lận hay vì bất kì lí do nào khác được quy định trong Bộ luật Dân sự thì hợp đồng cũng không còn là cơ sở để xác định QLBH nữa. Ngoài ra, theo quan điểm của tác giả, đối với những hợp đồng có điều khoản sẽ khấu trừ tiền hàng như các hợp đồng tương lai, do không giao hàng đúng theo thỏa thuận của hợp đồng, trong trường hợp hàng hóa bị tổn thất và người bán không thể giao hàng, người bán không có QLBH đối với tiền khấu trừ bởi sự không chắc chắn của việc khấu trừ. Hai bên không thể chắc chắn trong tương lai, hợp đồng tiếp theo có thể bị hủy hay không, được thực hiện hay không, giả sử được thực hiện thì điều khoản khấu trừ có hiệu lực và thực hiện hay không. Và không thể phủ nhận rằng, tại thời điểm hàng hóa bị tổn thất, việc khấu trừ chưa xảy ra, do đó người bán không có QLBH với thiệt hại do việc khấu trừ diễn ra¹⁷.

¹⁶ Özlem Gürses, *Marine Insurance Law*, Marine Insurance Law, Nxb. Routledge, New York, năm 2015, tr.37.

¹⁷ Ấn lệ Broadgrain Commodities Inc. v. Continental Casualty Company (CNA Canada), 2018 ONCA 438, xem tại <https://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2018/2018onca438/2018onca438.html>, truy cập ngày 19/02/2020. Theo đó, người mua đã thanh toán tiền hàng cho người bán, hàng hóa bị tổn thất trên đường vận chuyển, hợp đồng có điều khoản quy định người mua sẽ khấu trừ số tiền tổn thất mà họ chịu trong các hợp đồng tương lai. Tòa án Canada cho rằng, việc người bán có quyền lợi bảo hiểm, ngay cả khi đã chuyển rủi ro cho người mua, người mua đã thanh toán và có quyền sở hữu lô hàng, bởi người bán có nguy cơ bị khấu trừ trong các chuyển hàng tương lai do tổn thất hàng nói trên, nghĩa là người bán muốn tiếp tục, thông qua chuyển hành trình “hưởng lợi từ việc về đích an toàn của hàng hóa” hoặc bị thiệt hại bởi tổn thất của hàng hóa, theo định nghĩa mở rộng của quyền lợi bảo hiểm. Tuy nhiên, tác giả không

¹⁵ Joseph A Joyce, *A Treatise on Marine*, Nxb. Fire, Life, Accident and All Other Insurances (San Francisco, 1897), năm 1897, tr.1042.

Hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là sự thỏa thuận giữa các bên mua bán ở các nước khác nhau, theo đó bên bán có nghĩa vụ giao hàng và chứng từ liên quan và chuyển quyền sở hữu, bên mua phải thanh toán tiền hàng và nhận hàng theo thỏa thuận¹⁸. Như vậy, hợp đồng mua bán quốc tế là một thỏa thuận chuyển quyền sở hữu về vật chất và hợp pháp từ bên bán sang bên mua, là bằng chứng cho QLBH. Người mua có nghĩa vụ thanh toán để đổi lại nhận được quyền sở hữu hàng hóa. Sau khi rủi ro đã chuyển cho người mua, dù hàng hóa bị tổn thất trước khi người mua nhận hàng hóa, người mua vẫn phải thanh toán (Điều 66 Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế - CISG, khoản 3 Điều 50 Luật Thương mại năm 2005). Lí do là, hợp đồng mua bán có giá trị ràng buộc hai bên, người ta tin rằng, tại thời điểm xảy ra tổn thất, nghĩa vụ của bên mua phải thanh toán, cho dù bên mua không thể chiếm hữu hàng được nữa. Bên mua trong trường hợp này có QLBH và có thể tìm người bảo hiểm để yêu cầu bồi thường theo hợp đồng bảo hiểm. Trong trường hợp này, người bán chỉ có thể kiện người mua theo hợp đồng mua bán vì người mua đã vi phạm hợp đồng chứ người bán không thể khiếu nại người bảo hiểm bồi thường tổn thất theo lý lẽ mình có QLBH. Tuy nhiên, nguyên tắc này không chỉ dừng lại ở đây.

Trong hoạt động thương mại quốc tế, thông thường có ba hợp đồng: Hợp đồng

mua bán hàng hóa, hợp đồng vận chuyển và hợp đồng bảo hiểm. Chúng bổ trợ và liên quan mật thiết tới nhau, cụ thể phải có hợp đồng vận chuyển mới có sự chuyển dịch rủi ro và quyền sở hữu từ người bán sang người mua, việc xác định người có QLBH trong hợp đồng bảo hiểm phải dựa vào hợp đồng mua bán hàng hóa. Trong hợp đồng mua bán ngoại thương, sự chuyển giao quyền sở hữu và rủi ro tách biệt nhau. Quyền lợi đối với hàng hóa chủ yếu tập trung vào các điều khoản về thanh toán và rủi ro hơn là chuyển quyền sở hữu. Nói chung, khái niệm “rủi ro” sẽ liên quan tới nghĩa vụ của người bán và người mua trong hợp đồng mua bán hàng hóa, ví dụ việc giao hàng, thanh toán phí vận chuyển và bảo hiểm. Còn khái niệm “sở hữu” sẽ liên quan tới quyền sở hữu đối với vật mà từ đó có thể phát sinh quyền kiện tụng¹⁹. Ngoài ra, không nên nhầm lẫn rằng “chuyển nhượng đơn bảo hiểm hàng hải” (assignment of interest) được quy định tại Điều 17(1) MIA 1906 và tại Điều 314 BLHH sẽ làm chuyển QLBH. Thực chất đây là việc một người có quyền nhận bồi thường từ người bảo hiểm chuyển nhượng quyền này cho người khác, thông qua việc ký hậu chuyển nhượng đơn bảo hiểm hoặc một thỏa thuận rõ ràng chuyển nhượng đơn bảo hiểm.

Các điều khoản thương mại quốc tế (International Commercial Terms, gọi tắt là Incoterms) không quy định về nguyên tắc chuyển quyền sở hữu, nhưng xác định khi nào chuyển rủi ro. Ví dụ, hợp đồng mua bán hàng hóa theo CIF (cost, freight, insurance)

cùng quan điểm với Tòa án Canada mà cho rằng, tại thời điểm hàng hóa bị tổn thất, thiệt hại do việc khấu trừ chưa xảy ra, do đó người bán không thể có quyền lợi bảo hiểm.

¹⁸ Điều 430 Bộ luật Dân sự năm 2015, Điều 34 và Điều 50 Luật Thương mại năm 2005, Điều 30 và Điều 53 Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế.

¹⁹ Michelle Taylor, *Cargo Interests in Australia: Standing on the Edge-Imbalances That Permeate International Sale Contracts, Carriage Contracts and Recovery Rights*, Austl. & NZ Mar. LJ, số 22, năm 2008, tr.56.

và FOB (free on board) chỉ ra rằng, rủi ro chuyển từ người bán sang người mua vào thời điểm hàng hóa qua lan can tàu. Bảo hiểm dựa trên rủi ro, do đó rủi ro đang thuộc về ai thì người đó có QLBH, bởi nếu hàng hóa hư hỏng, mất mát thì người đó phải gánh chịu tổn thất. Có thể hiểu, thời điểm chuyển giao rủi ro gắn liền với thời điểm chuyển QLBH. Như vậy, đối với hợp đồng bảo hiểm có điều khoản “warehouse to warehouse” (được hiểu là bảo hiểm từ kho tới kho), người mua cũng không có QLBH trước thời điểm bốc hàng qua lan can tàu.

Tuy nhiên, QLBH không chỉ đơn giản được chuyển từ người bán qua người mua khi chuyển rủi ro. Nếu người mua thực hiện quyền từ chối nhận hàng hay người bán thực hiện quyền dừng việc giao hàng thì quyền lợi đối với hàng hóa sẽ được chuyển lại cho người bán. Hay nói cách khác lúc này người bán có QLBH²⁰. Cụ thể, vấn đề này được quy định tại khoản 4 Điều 305 BLHH: “*Trường hợp người mua hàng đã mua bảo hiểm cho hàng hóa thì có quyền lợi bảo hiểm mặc dù có thể đã từ chối nhận hàng hoặc đã xử lý hàng hóa đó như đối với hàng hóa thuộc rủi ro của người bán hàng do giao hàng chậm hoặc vì những lý do khác*”. Nhưng, đây là một điều khoản khó hiểu và dễ gây nhầm lẫn. Có thể Điều 4 BLHH dịch lại từ khoản 2 Điều 7 của MIA 1906 như sau: “(2) *In particular, where the buyer of goods has insured them, he has an insurable interest, notwithstanding that he might, at his election, have rejected the goods, or have treated them as at the seller's risk, by reason of the latter's delay in making delivery or otherwise*”. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 7 chỉ là ví dụ của

khoản 1 Điều 7: “(1) *A defeasible interest is insurable, as also is a contingent interest*”²¹ để giải thích thế nào là “defeasible interest”²² (tạm dịch là quyền lợi bảo hiểm bị mất) và “contingent interest”²³ (tạm dịch là quyền lợi bảo hiểm phụ thuộc), bởi hai khái niệm này không được định nghĩa trong luật. “Contingent interest” và “defeasible interest” là QLBH không chắc chắn, không cố định. Hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế có thể có nhiều tình huống xảy ra. Một tình huống trong tương lai xảy ra có thể làm mất hoặc phát sinh QLBH, làm QLBH chuyển từ người mua sang người bán và ngược lại. Điều 7 MIA 1906 là một điều khoản quan trọng đối với việc xác định QLBH, bởi theo luật Anh, hợp đồng không có QLBH sẽ bị vô hiệu. Như vậy, QLBH của một người có thể phụ thuộc vào tình huống, sự kiện mà xuất hiện hoặc biến mất, nhưng nó không ngăn cản người đó mua bảo hiểm cho quyền lợi của mình. Hay nói cách khác, theo khoản 1 Điều 7 MIA 1906, “contingent interest” và “defeasible interest” có thể được bảo hiểm, nhưng để được bồi thường thì tại thời điểm tổn thất, người có quyền lợi phải chứng minh được mình có QLBH, tức bị thiệt hại khi hàng hóa bị tổn thất. Quyền lợi, như đã phân tích ở trên, phải dựa trên một hợp đồng hợp lệ hoặc một quyền thực sự đối với vật. Khó

²¹ Tạm dịch là: Một quyền lợi bảo hiểm bị mất hoặc quyền lợi bảo hiểm phụ thuộc có thể được bảo hiểm.

²² Robin Burnett and Vivienne Bath, *Law of International Business in Australasia*, Nxb. Federation Press, Australia, năm 2009, tr.184. Theo đó, “defeasible interest” là một quyền lợi thực sự mà một bên có đối với đối tượng được bảo hiểm, nhưng có thể bị mất sau đó.

²³ Robin Burnett and Vivienne Bath, sdd, tr.184. Theo đó, contingent interest là một quyền lợi bảo hiểm mà phụ thuộc vào sự xuất hiện một tình huống hoặc một sự kiện thực tế.

²⁰ S Hodges, *Law of Marine Insurance*, Nxb. Taylor & Francis, New York, năm 2013, tr.17.

khẩn đặt ra trong mỗi tình huống không phải là có hay không có QLBH, mà là QLBH đang ở đâu, ở người bán hay người mua vào thời điểm tổn thất²⁴.

Theo khoản 2, nếu người bán bán hàng hóa và quyền sở hữu chuyển cho người mua, lúc này người bán có “contingent interest”. Quyền lợi của anh ta phụ thuộc vào việc người mua có từ chối hàng hóa hay không. Người mua có quyền từ chối hàng nếu họ thấy hàng hóa không phù hợp với mô tả hàng hóa theo hợp đồng mua bán. Việc từ chối hàng có thể thông qua việc từ chối chứng từ thể hiện quyền sở hữu hàng (thông thường là vận đơn) vì lý do chứng từ không hợp lệ hoặc không đúng; hoặc từ chối hàng khi hàng tới cảng đích mà không đúng với hàng hóa miêu tả trong hợp đồng hoặc hàng hóa kém chất lượng²⁵. Lúc này, quyền sở hữu và QLBH sẽ chuyển ngược lại cho người bán.

Người mua có QLBH hay không phụ thuộc vào hợp đồng mua bán. Theo các án lệ của Anh, người mua có “quyền lợi bảo hiểm phụ thuộc” cho tới khi toàn bộ hàng hóa²⁶ qua lan can tàu nếu đối tượng của hợp

đồng mua bán là hàng rời không thể bán riêng lẻ, nghĩa là nếu mới bốc một phần hàng lên tàu thì người mua không có QLBH đối với nó vì hàng không đúng mô tả trong hợp đồng. Tuy nhiên, nếu hợp đồng quy định đó là hàng theo kiện thì rủi ro sẽ tương ứng với từng kiện hàng. Người mua sẽ có QLBH bắt đầu kể từ khi một phần lô hàng được bốc lên tàu²⁷.

Nếu một người đã được khẳng định có QLBH, nhưng mất quyền lợi đó ngay sau tổn thất thì người bảo hiểm không thể từ chối bồi thường cho anh ta²⁸. Điều này thể hiện trong án lệ *Sparks v. Marshall*²⁹, theo đó người bán ký hợp đồng mua bán với người mua và người mua dựa vào hợp đồng đó để mua bảo hiểm cho lô hàng. Nhưng trước khi tổn thất, người mua được thông báo rằng, hàng không thể giao tới cảng đã thỏa thuận mà là một cảng khác. Người mua đã phản đối và khi biết người bán có ý định bán lô hàng cho người thứ ba thì khẳng định quyền của mình đối với lô hàng và yêu cầu người bán giao tới địa điểm đã thỏa thuận. Tòa án cho rằng, trong trường hợp này, người mua có QLBH dù chưa thanh toán dựa trên cam kết bán và giao hàng của người bán ghi rõ trong hợp đồng.

Một trường hợp khác của “defeasible interest” là việc quyền lợi của người mua có thể chấm dứt bởi người bán thực hiện “Stoppage in transit” (tạm dịch là dừng

²⁴ S Hodges, sdd, tr.17.

²⁵ Indira Carr and Peter Stone, *International Trade Law*, Nxb. Routledge, New York, năm 2013, tr.28.

²⁶ Özlem Gürses, sdd, tr.121-158: Trong án lệ *Anderson v. Morice* (1876) 3 Asp MLC 290, HL, người mua đã mua bảo hiểm cho lô hàng gạo được vận chuyển từ Rangoon đến một cảng bất kỳ ở Anh hoặc Continent trên con tàu Sunbeam. Khi đang chất hàng lên tàu, tàu bị chìm cùng với phần lớn số gạo. Hợp đồng mua bán được ký kết theo CIF, theo đó, người mua sẽ có quyền lợi bảo hiểm đối với lô hàng kể từ thời điểm toàn bộ hàng hóa đã được chất lên tàu. Tòa nhận định rằng, rủi ro chuyển cho người mua khi toàn bộ hàng đã được đưa qua lan can tàu, nếu chỉ một phần lô hàng được chuyển qua thì không thể nhận định rủi ro tương ứng với phần lô hàng đó đã được chuyển qua cho người mua, vì hàng hóa chưa đúng như trong mô tả của hợp đồng mua bán. Do đó, người mua không có quyền lợi bảo hiểm.

²⁷ *Colonial Insurance Company of New Zealand v. Adelaide Marine Insurance Company* (1886) 12 AC 128, PC, xem tại <https://www.casemine.com/judgement/uk/5b4dc2592c94e07cccd24012>, truy cập ngày 20/02/2020.

²⁸ Özlem Gürses, sdd, tr.45.

²⁹ *Sparks v. Marshall*, 2 Bing. N. C. 761, xem tại sách Horace Binney Wallace, *Select Decisions of American Courts: In Several Departments of Law; with Especial Reference to Mercantile Law*, Volume 2, Nxb. T. & J. W. Johnson, năm 1848, tr.272.

hàng khi đang chuyển giao quyền sở hữu^{30,31}. Cụ thể là, nếu người bán không được thanh toán, anh ta có quyền thu hồi hàng³² và do đó, quyền lợi của người mua “bị mất”. Ngoài ra, quyền này còn phụ thuộc vào điều khoản trong hợp đồng mua bán hàng hóa. Ví dụ, trong trường hợp người mua sở hữu tàu hoặc là người thuê tàu, thuyền trưởng con tàu sẽ như đại diện của người mua và sẽ hành động nhân danh người mua trong việc vận chuyển hàng hóa, như vậy việc chuyển giao sẽ chấm dứt ngay khi hàng hóa được bốc lên tàu và người bán sẽ không còn có quyền “stoppage in transit” nữa^{33,34} (thường trong hợp đồng FOB).

³⁰ “Stoppage in transit” là quyền của người bán được phép dừng việc chuyển quyền sở hữu nếu người mua không có khả năng thanh toán hoặc từ chối thanh toán, và dừng cho tới khi người mua thanh toán hoặc có đề nghị mới về giá cả. Điều 71(2) CISG quy định: “Nếu người bán đã gửi hàng đi khi phát hiện những lý do nêu (là một bên sẽ không thể thực hiện hợp đồng vì không có khả năng) trong khoản trên, họ có thể ngăn cản không để hàng hóa được giao cho người mua ngay cả nếu người này giữ trong tay chứng từ cho phép họ nhận hàng. Mục này chỉ liên quan đến các quyền của người mua và người bán đối với hàng hóa”. Tuy nhiên, người bán sẽ mất quyền này khi vận đơn đã giao và hàng đã được chuyển quyền sở hữu.

³¹ Khoản 1 Điều 165 BLHH Việt Nam quy định: “Người giao hàng có quyền định đoạt hàng hóa cho đến khi hàng được trả cho người nhận hàng hợp pháp, nếu chưa giao quyền này cho người khác; có quyền yêu cầu dỡ hàng trước khi tàu biển bắt đầu chuyến đi, thay đổi người nhận hàng hoặc cảng trả hàng sau khi chuyến đi đã bắt đầu với điều kiện phải bồi thường mọi tổn thất và chi phí liên quan. Người vận chuyển chỉ có nghĩa vụ thực hiện yêu cầu của người giao hàng sau khi đã thu lại toàn bộ số vận đơn gốc đã ký phát”.

³² Indira Carr and Peter Stone, sđd, tr.24.

³³ Yinan Yin, Luận văn *Entitlement to Insurable Interest in Stoppage of Transit under English and Chinese Law: A Comparative Study*, Khoa Luật, Trường Đại học Lund, năm 2010, tr.32.

Hoặc người bán đã lập vận đơn (gọi tắt là B/L) dưới tên của người mua hoặc theo lệnh của người mua, như vậy quyền sở hữu chuyển cho người mua tại thời điểm hàng hóa được bốc lên tàu, người bán không còn giữ quyền định đoạt với hàng hóa và không có quyền dừng việc chuyển giao hàng nữa.

Trong thương mại quốc tế, “ai nắm giữ B/L” thì người đó có quyền định đoạt hàng hóa³⁵. B/L là công cụ người bán sử dụng để kiểm soát hàng hóa, cụ thể: (1) Sở hữu B/L sẽ định đoạt việc nhận hàng và (2) Bên bán sẽ giữ, định đoạt B/L cho tới khi người mua thanh toán tiền hàng. Nếu người mua không thanh toán thì người bán sử dụng quyền “stoppage in transit” và người mua không có B/L để nhận hàng tại cảng đích. Khi người bán sử dụng quyền này, rủi ro hay QLBH sẽ chuyển lại từ người mua sang cho người bán. Ngân hàng cũng có thể có quyền tương tự như người bán khi ngân hàng là người nắm giữ B/L và dựa vào thư tín dụng (L/C) ngân hàng có quyền định đoạt với lô hàng.

Nếu người bán vi phạm hợp đồng³⁶ mà không chuyển giao vận đơn hoặc chuyển giao vận đơn không hợp lệ, người mua được quyền không thanh toán và hủy hợp đồng³⁷. Hợp đồng chấm dứt, rủi ro lúc này đang ở người mua sẽ chuyển ngược lại cho người bán, người bán sẽ phải gánh chịu thiệt hại nếu hàng hóa không về tới cảng đích an toàn. Người bán sẽ có QLBH chứ không phải người mua. Điều này thể hiện qua vụ

³⁴ Thomas Laemmli, Luận văn *Transfer of Ownership in International Sales of Goods*, Đại học Cape Town, năm 2014.

³⁵ Khoản 2 Điều 148 BLHH Việt Nam.

³⁶ Điều 34 Luật Thương mại năm 2005, Điều 30 CISG.

³⁷ Khoản 4 Điều 312 Luật Thương mại năm 2005, khoản 1 Điều 72 CISG.

tranh chấp giữa *Nanjing Resources Group* và *Tian An Insurance Co. Ltd., Nanjing Branch*³⁸ được Tòa hàng hải Vũ Hán, Trung Quốc xử dựa trên các điều khoản CISG, Incoterm 1990 và UCP 500. Tòa nhận định rằng: Theo nguyên tắc lợi ích bảo hiểm, nếu người mua có QLBH được thừa nhận hợp pháp, họ hoàn toàn có thể mua bảo hiểm. Rủi ro hàng hóa được chuyển cho người mua khi hàng hóa qua lan can tàu. Khi thanh toán được thực hiện bởi L/C, nếu người bán nộp đủ các chứng từ hợp lệ, ngân hàng phát hành sẽ thanh toán, nhưng nếu không, ngân hàng có quyền từ chối thanh toán. Người bán vi phạm nghĩa vụ chuyển chứng từ dẫn tới người mua không cần phải thanh toán và hợp đồng đình chỉ. Rủi ro lúc này chuyển sang cho người bán. Người mua không phải chịu bất kỳ tổn thất nào. Nếu công ty bảo hiểm trả cho người mua, đó là sự kiếm lời không chính đáng.

Tóm lại, trong hoạt động mua bán hàng hóa quốc tế, việc xác định QLBH đang ở người bán hay người mua dựa trên việc xác định thời điểm chuyển rủi ro. Tuy nhiên, người mua hay người bán đều có quyền mua bảo hiểm cho một QLBH có thể có hoặc không vào thời điểm tổn thất mà không làm hợp đồng bảo hiểm vô hiệu. Đó là “QLBH bị mất” và “QLBH phụ thuộc”, phát sinh tùy thuộc vào hoàn cảnh. Nguyên tắc này được ghi nhận một phần, không đầy

đủ tại khoản 4 Điều 305 BLHH, dẫn tới sự khó hiểu và dễ gây hiểu nhầm. Do đó, tác giả kiến nghị cần hoàn thiện quy định tại khoản 4 Điều 305 BLHH.

3. Hậu quả pháp lý của hợp đồng bảo hiểm trong trường hợp người được bảo hiểm không có hoặc không còn quyền lợi bảo hiểm

BLHH không quy định về hậu quả pháp lý của hợp đồng nếu người được bảo hiểm không có hoặc không còn QLBH. Tuy nhiên, theo khoản 3 Điều 12 LKDBH thì: “Hợp đồng bảo hiểm hàng hải được áp dụng theo quy định của Bộ luật Hàng hải; đối với những vấn đề mà Bộ luật hàng hải không quy định thì áp dụng theo quy định của Luật này”.

Thứ nhất, trường hợp người được bảo hiểm không có QLBH. BLHH cho phép người được bảo hiểm không cần có QLBH tại thời điểm giao kết hợp đồng, nhưng phải có QLBH tại thời điểm xảy ra tổn thất, căn cứ khoản 3 Điều 305, trừ trường hợp có điều khoản “tổn thất hoặc không có tổn thất”. Tuy nhiên, nếu người được bảo hiểm không có QLBH tại thời điểm tổn thất thì xử lý hợp đồng như thế nào và liệu hợp đồng có vô hiệu không? Theo Điều 22 LKDBH, hợp đồng bảo hiểm vô hiệu khi bên mua không có QLBH, tức là người bảo hiểm sẽ hoàn lại phí bảo hiểm đã nhận từ người mua bảo hiểm và bên có lỗi gây thiệt hại thì phải bồi thường. Câu hỏi đặt ra theo LKDBH là việc “không có QLBH” được xác định khi nào, tại thời điểm giao kết hợp đồng hay tại thời điểm phát sinh trách nhiệm bảo hiểm hay tại thời điểm xảy ra sự kiện bảo hiểm? Giả sử A mua bảo hiểm, đóng phí bảo hiểm đầy đủ, nhưng tại thời điểm mua không có QLBH. Tuy nhiên, tại thời điểm xảy ra tổn thất, A có QLBH. Vậy

³⁸ Wuhan Maritime Court China, *Nanjing Resources Group v. Tian An Insurance Co. Ltd., Nanjing Branch*, xem tại <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020910c1.html>, truy cập ngày 28/02/2020. Vụ án tranh chấp giữa người bán trong hợp đồng mua bán hàng hóa C&F, thanh toán bằng L/C và công ty bảo hiểm. Hàng hóa đã được bốc lên tàu, nhưng sau đó bị tổn thất toàn bộ vì tàu chìm. Tại thời điểm tổn thất, người bán chưa chuyển B/L và người mua chưa thanh toán. Công ty bảo hiểm từ chối bồi thường vì lí do người mua không có quyền lợi bảo hiểm.

hợp đồng bảo hiểm này có vô hiệu theo Điều 22 LKDBH hay không?

Trong luật của Anh, theo Điều 4 MIA 1906³⁹, nếu hợp đồng vốn được thực hiện trên cơ sở không có QL BH và trong tương lai cũng không có, tức là kể từ khi ký kết hợp đồng và trong suốt quá trình thực hiện hợp đồng không có QL BH. Trong trường hợp này, hợp đồng vô hiệu, người bảo hiểm sẽ hoàn lại phí bảo hiểm cho người được bảo hiểm, trừ khi việc không có QL BH, nhưng vẫn ký hợp đồng là sự cố ý của người được bảo hiểm, tạo thành “hợp đồng cá cược”⁴⁰. Như vậy, BLHH cần thiết quy định hậu quả pháp lý đối với “hợp đồng không có QL BH” hoặc LKDBH cần bổ sung làm rõ khái niệm “không có QL BH”.

³⁹ Nguyên văn: [1] Every contract of marine insurance by way of gaming or wagering is void. [2] A contract of marine insurance is deemed to be a gaming or wagering contract –[a] Where the assured has not an insurable interest as defined by this Act, and the contract is entered into with no expectation of acquiring such an interest; or [b] Where the policy is made ‘interest or no interest’, or ‘without further proof of interest than the policy itself’, or ‘without benefit of salvage to the insurer’, or subject to any other like term: provided that, where there is no possibility of salvage, a policy may be effected without benefit of salvage to the insurer.

Dịch là: “(1) Mọi hợp đồng bảo hiểm hàng hải thực hiện theo dạng không quyền lợi bảo hiểm sẽ vô hiệu. (2) Một hợp đồng bảo hiểm hàng hải được cho là hợp đồng cá cược (a) Khi người được bảo hiểm không có quyền lợi bảo hiểm được quy định tại luật này, và hợp đồng được thực hiện mà không có kì vọng sẽ có quyền lợi bảo hiểm, hoặc (b) Khi đơn bảo hiểm có điều khoản “quyền lợi hoặc không quyền lợi” hoặc “không cần bằng chứng về quyền lợi mà chỉ cần đơn bảo hiểm” hoặc “không có lợi ích thu hồi cho người bảo hiểm” hoặc tuân theo bất kì điều khoản nào khác: với điều kiện là không có khả năng thu hồi, một đơn bảo hiểm có thể được thực hiện mà không có lợi ích thu hồi cho người bảo hiểm”.

⁴⁰ Điều 85(6), 85(7) Luật Bảo hiểm hàng hải Canada 1993 và 84(3)(c) Luật Bảo hiểm hàng hải Anh 1906.

Tuy nhiên, nếu tại thời điểm ký kết hợp đồng, người được bảo hiểm không có QL BH, nhưng tại thời điểm xảy ra tổn thất lại có QL BH thì hợp đồng vẫn hợp lệ, hoặc trong trường hợp đặc biệt có điều khoản “tổn thất hoặc không tổn thất”, hoặc chuyển nhượng đơn bảo hiểm sau khi tổn thất thì QL BH được ghi nhận kể cả sau khi tổn thất xảy ra và hợp đồng hợp lệ⁴¹. Quy tắc này cũng được nêu tại khoản 3 Điều 305 BLHH.

Thứ hai, đối với trường hợp không còn QL BH, theo Điều 23 và Điều 24 LKDBH, hợp đồng bảo hiểm sẽ chấm dứt khi bên mua không còn QL BH. “Không còn” ở đây có thể hiểu là trước đây bên mua bảo hiểm có QL BH, nhưng vì một vài lí do mà không còn QL BH nữa. Trong trường hợp này, bên bảo hiểm phải hoàn lại phí bảo hiểm tương ứng với thời gian còn lại của hợp đồng bảo hiểm mà bên mua bảo hiểm đã đóng phí bảo hiểm sau khi trừ các chi phí liên quan⁴². Đối với hợp đồng bảo hiểm hàng hải, nếu tại thời điểm xảy ra tổn thất, người được bảo hiểm không còn QL BH thì đương nhiên công ty bảo hiểm sẽ không phải bồi thường bởi lúc này người này không phải gánh chịu tổn thất khi đối tượng bảo hiểm bị tổn thất hoặc mất mát. Nhưng, liệu có cần phải xác định thời điểm người được bảo hiểm không còn QL BH để xác định thời điểm hợp đồng bảo hiểm chấm dứt và để xác định mức phí bảo hiểm mà bên bảo hiểm phải hoàn lại không? Điều 310 BLHH có quy định về quyền chấm dứt hợp đồng bảo hiểm, nhưng không nhắc tới trường hợp người được bảo hiểm không còn QL BH. Vậy, theo khoản 3 Điều 12 LKDBH, trường hợp này phải áp dụng Điều 23 và 24 LKDBH, tức là khi hợp đồng không còn QL BH thì người bảo hiểm

⁴¹ Điều 6 Luật Bảo hiểm hàng hải Anh 1906.

⁴² Điều 24 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2000.

phải hoàn lại phí bảo hiểm. Tuy nhiên, quy định này sẽ khó áp dụng trong hoạt động bảo hiểm hàng hải.

Việc hoàn phí bảo hiểm có thể thực hiện nếu có thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm, ví dụ, trong hợp đồng bảo hiểm thân tàu, nếu tàu thay đổi đăng kiểm hoặc cờ thì hợp đồng tự động chấm dứt và phí bảo hiểm có thể hoàn lại một phần hoặc toàn bộ⁴³.

Trường hợp không còn QL BH hàng hải do chuyển nhượng đối tượng bảo hiểm thì không thể áp dụng Điều 23 và 24 LKDBH. Như đã phân tích ở mục 2, nếu người được bảo hiểm hoàn thành chuyển nhượng đối tượng bảo hiểm, lúc này anh ta sẽ ngừng QL BH trên đối tượng được bảo hiểm đó. Việc chuyển nhượng đối tượng bảo hiểm không đồng thời chuyển nhượng đơn bảo hiểm, do đó người được bảo hiểm cần làm đồng thời hoặc chuyển nhượng đơn bảo hiểm trước vì theo khoản 2 Điều 314 BLHH, “người không có quyền lợi trong đối tượng bảo hiểm thì không được chuyển nhượng đơn bảo hiểm”. Theo tập quán quốc tế, việc chuyển nhượng đơn bảo hiểm hàng hải không cần thông báo cho công ty bảo hiểm. Công ty bảo hiểm không phải bồi hoàn lại một phần tiền phí bảo hiểm, trừ khi có thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm⁴⁴. Lí do là bởi người được bảo hiểm được tự do lựa chọn muốn chuyển nhượng đơn bảo hiểm hoặc không và nếu có thì hợp đồng bảo hiểm vẫn có thể tiếp tục, nó không phụ thuộc vào người bảo hiểm. Trong trường hợp người được bảo hiểm có “defeasible

interest” như đã phân tích ở mục 2 và QL BH chấm dứt trong suốt quá trình rủi ro, phí bảo hiểm cũng không thể hoàn lại⁴⁵.

Đơn bảo hiểm được ký kết nhằm mục đích trục lợi bảo hiểm có thể cấu thành Tội gian lận trong kinh doanh bảo hiểm quy định tại Điều 213 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Cụ thể, nếu khách hàng có ý định trục lợi bảo hiểm và đã thực hiện hành vi trục lợi bằng cách giả mạo giấy tờ, hồ sơ về việc mình có QL BH và yêu cầu công ty bảo hiểm chi trả tiền bảo hiểm thì có thể cấu thành Tội gian lận trong kinh doanh bảo hiểm. Tuy nhiên, Bộ luật Hình sự không nêu rõ, trong trường hợp như vậy, hậu quả pháp lý của hợp đồng sẽ như thế nào, có áp dụng quy định về hợp đồng vô hiệu trong Bộ luật Dân sự và LKDBH không? Công ty bảo hiểm phải hoàn trả lại phí bảo hiểm cho người được bảo hiểm và bên được bảo hiểm có lỗi gây thiệt hại thì phải bồi thường, hay hợp đồng này bất hợp pháp do lỗi của người được bảo hiểm và công ty bảo hiểm không cần thiết phải hoàn trả lại phí bảo hiểm? Theo Điều 84(3)(a) MIA 1906 và Điều 85(2) CMIA 1993, trong trường hợp hợp đồng vô hiệu, nhưng do gian lận và hành vi bất hợp pháp từ người được bảo hiểm thì người bảo hiểm không cần hoàn trả lại phí bảo hiểm.

Tóm lại, rất khó áp dụng quy định của LKDBH về QL BH cho các trường hợp phát sinh từ hợp đồng bảo hiểm hàng hải, cụ thể là hậu quả pháp lý của hợp đồng bảo hiểm hàng hải trong trường hợp người được bảo hiểm không có hoặc không còn QL BH. Do đó, BLHH cần quy định thêm về các trường hợp này.

⁴³ Điều 4 Bộ Điều khoản bảo hiểm thời hạn thân tàu (Institute Time Clauses Hulls) hoặc Điều 13.2 Bộ Điều khoản bảo hiểm thân tàu quốc tế (International Hull Clauses).

⁴⁴ Thuộc trường hợp Điều 83 Luật Bảo hiểm hàng hải Anh 1906 và Điều 83 Luật Bảo hiểm hàng hải Canada 1993.

⁴⁵ Điều 85(9) Luật Bảo hiểm hàng hải Canada 1993 và Điều 84(3)(d) Luật Bảo hiểm hàng hải Anh 1906.

VI PHẠM HỢP ĐỒNG HIỆU QUẢ: TỪ THUYẾT VỊ LỢI CỦA JEREMY BENTHAM ĐẾN TƯ TƯỞNG TỰ DO CỦA JOHN STUART MILL

*Giản Thị Lê Na**

Tóm tắt: *Vi phạm hợp đồng hiệu quả (Efficient Breach) là một vấn đề pháp lý khá mới mẻ về hành vi vi phạm hợp đồng, nhưng được xem xét dưới góc độ kinh tế, cụ thể là tính hiệu quả về kinh tế của hành vi vi phạm. Ẩn chứa trong vi phạm hợp đồng hiệu quả là sự tính toán về lợi ích của bên vi phạm. Trên cơ sở trình bày về vi phạm hợp đồng hiệu quả qua lăng kính thuyết vị lợi của Jeremy Bentham và tư tưởng tự do của John Stuart Mill, bài viết đưa ra một số luận giải, bình luận và liên hệ với quy định của pháp luật hợp đồng Việt Nam.*

Abstract: *Efficient breach of contract, which is a novel legal issue in terms of contract breaches, is examined in light of economics, particularly the economic efficiency of a breach. Embedded in efficient breach are calculations of interests of the breaker. Expounding on efficient breach of contract from the perspective of Jeremy Bentham's utilitarianism and John Stuart Mill's liberalism, this Article presents some explanations and discussions with reference to Viet Nam's contract laws.*

1. Đặt vấn đề

Một vấn đề pháp lý dù mới hay cũ thường sẽ khơi dậy nhiều tranh cãi. Vi phạm hợp đồng hiệu quả (*Efficient Breach*) cũng không phải là ngoại lệ. Cũng như rất nhiều vấn đề pháp lý khác, vi phạm hợp đồng hiệu quả cũng đã nhận được rất nhiều sự đồng tình, nhưng bên cạnh đó cũng đã có không ít ý kiến phản đối với quan điểm về hành vi vi phạm hợp đồng này. Những sự đồng thuận hay phản đối đều có những lý do đi kèm của nó. Trên cơ sở quan điểm đồng thuận với vi phạm hiệu quả, bài viết giúp nhận diện về loại vi phạm hợp đồng này và lý giải sự vi phạm hợp đồng này trên cơ sở thuyết vị lợi và tư tưởng tự do của hai đại diện triết học vĩ đại người Anh Jeremy Bentham và John Stuart Mill.

Sở dĩ tác giả lựa chọn thuyết vị lợi và tư tưởng tự do của John Stuart Mill để giải thích cho vi phạm hợp đồng hiệu quả là bởi lẽ có sự tương đồng giữa việc xem xét lợi ích của một chủ thể khi thực hiện hành vi vi phạm trong vi phạm hợp đồng hiệu quả và tinh thần tối ưu hóa lợi ích của thuyết vị lợi cũng như nguyên tắc làm điều có lợi cho mình mà không gây hại cho người khác của John Stuart Mill.

2. Vi phạm hợp đồng hiệu quả

Từ trước đến nay, hành vi không thực hiện, thực hiện không đầy đủ hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ theo thỏa thuận giữa các bên hoặc theo quy định của pháp luật đều được coi là vi phạm hợp đồng¹. Sự vi phạm pháp luật nói chung và vi phạm hợp đồng nói riêng vẫn thường được nhìn nhận

* Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Điều 3 Luật Thương mại năm 2005.

là hành vi tiêu cực và đi kèm với nó luôn là những trách nhiệm pháp lý/trách nhiệm hợp đồng tương ứng, bởi lẽ hành vi này có thể mang lại lợi ích cho bên vi phạm, nhưng đồng thời nó cũng sẽ khiến cho bên bị vi phạm bị thiệt hại.

Tuy nhiên, vi phạm hợp đồng hiệu quả được nhìn nhận ở một quan điểm khác. Chỉ ở cái tên thôi cũng đã cho thấy hành vi vi phạm này không còn mang tính tiêu cực nữa, mà ngược lại nó sẽ mang lại hiệu quả cho các bên và thậm chí là cho xã hội. Tất nhiên, như đã nói sự hiệu quả của hành vi vi phạm hợp đồng đang được đề cập là hiệu quả về mặt kinh tế² và đó là những lợi ích kinh tế bởi lẽ vi phạm hợp đồng hiệu quả là một vấn đề của Kinh tế học pháp luật.

Vi phạm hiệu quả (Efficient Breach): *“là sự cố ý vi phạm và bồi thường thiệt hại của một bên khi họ sẽ phải chịu một tổn thất kinh tế lớn hơn nếu hợp đồng được thực thi”*³. Thậm chí, vi phạm hiệu quả đã trở thành một học thuyết và được định nghĩa: *“là việc một bên nên được phép vi phạm hợp đồng và bồi thường thiệt hại nếu việc vi phạm đem lại hiệu quả kinh tế cao hơn so với việc thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng”*⁴. Robert Birmingham là người đầu tiên đã nêu lên quan điểm về vi phạm hợp đồng hiệu quả trong tác phẩm “Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency” (tạm dịch là Vi phạm hợp đồng, bồi thường thiệt hại và hiệu quả kinh tế) rằng: *“Việc thoái thác thực hiện nghĩa vụ hợp đồng của bên cam kết thực hiện nên được khuyến khích nếu sự vi phạm đó khiến*

*anh ta có thể được hưởng lợi ích nhiều hơn và đảm bảo bên còn lại trong hợp đồng cũng được hưởng lợi ích đúng như những gì họ tin tưởng đạt được nếu bên vi phạm thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng”*⁵.

Trên cơ sở định nghĩa này, có thể hình dung về các trường hợp mang lại hiệu quả (về kinh tế) của hành vi vi phạm hợp đồng như sau:

Thứ nhất, sự hiệu quả của vi phạm trước hết được đánh giá ở việc bên vi phạm đã tránh được một tổn thất kinh tế lớn hơn so với tổn thất mà họ sẽ phải gánh chịu khi thực hiện hợp đồng.

Thứ hai, sự hiệu quả cũng có thể được nhìn thấy ở trường hợp mà khoản lợi người vi phạm sẽ nhận được khi vi phạm hợp đồng (có thể là do giao kết hợp đồng mới với một bên thứ 3 khi họ trả giá cao hơn) lớn hơn khoản lợi mà họ sẽ có được nếu tiếp tục thực hiện hợp đồng.

Thứ ba, hoặc sự hiệu quả này có được trên cơ sở tính toán khoản chênh lệch giữa số tiền mà bên vi phạm sẽ phải bồi thường thiệt hại cho bên bị vi phạm với khoản lợi họ có được từ việc không thực hiện hợp đồng. Có thể hình dung, khi việc thực hiện hợp đồng khiến cho họ thiệt hại lớn hơn so với khoản bồi thường mà họ phải trả cho bên bị vi phạm thì lẽ tất nhiên họ sẽ chọn phương án vi phạm hợp đồng.

Lý giải cho sự vi phạm hợp đồng để có được các trường hợp hiệu quả trên bởi lẽ có thể nói rằng ích kỷ, vì lợi ích cá nhân là bản chất tự nhiên của mỗi con người. Quan điểm về bản chất của con người vốn dĩ là ích kỷ, hành vi của con người vốn dĩ là tìm

² Đồng thời, những lợi ích của bên bị vi phạm mà bên vi phạm phải bồi thường cũng chỉ được xem xét là là những lợi ích kinh tế.

³ Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004), tr.564.

⁴ Black’s Law Dictionary (8th ed. 2004), tr.1563.

⁵ Robert Birmingham, *Breach of Contract, Damage Measures, and Economics Efficient*, Rutgers Law Review, Vol.24, 1970, p.273-284.

kiếm lợi ích cho chính mình đã ăn sâu vào tư tưởng phương Tây từ thế kỷ XVII dưới ảnh hưởng của các triết gia như Thomas Hobbes, George Santayana, Freud... Trong tác phẩm *Leviathan* của mình, Thomas Hobbes đã cho rằng, mỗi hành vi mà chúng ta thực hiện dù có vẻ ngoài là tử tế hoặc vì tha đều nhằm mục đích lợi ích cá nhân⁶. Như vậy, thật không khó để một chủ thể đưa ra quyết định khi họ đứng trước bài toán kinh tế giữa việc lựa chọn phương án nào là có lợi hơn cho mình. Rõ ràng, họ sẽ chọn phương án nào mang lại lợi ích tối ưu cho họ.

Và tất nhiên, tất cả các trường hợp tạo nên hiệu quả kinh tế trên đều phải được xem xét trong mối tương quan khi bên vi phạm có được lợi nhuận cao hơn hoặc tránh được thiệt hại kinh tế lớn hơn, nhưng đồng thời lợi ích mà bên bị vi phạm có được phải không ít hơn so với lợi ích của họ khi hợp đồng được thực thi. Nếu chỉ vì lợi ích của bên vi phạm mà không cân nhắc đến lợi ích của bên bị vi phạm thì sự vi phạm hợp đồng đó không thể coi là vi phạm hiệu quả. Bởi lẽ, một trong những cơ sở lý thuyết cơ bản và quan trọng nhất của vi phạm hợp đồng hiệu quả đó là “*Hiệu quả Pareto*” (Pareto Optimality). Theo đó, một tập hợp các trạng thái của nền kinh tế mà từ đó việc mang lại lợi ích cho bất kỳ một cá nhân nào chỉ có thể được thực hiện với chi phí họ phải trả do gây tổn hại cho người khác. Những trạng thái như vậy được đặc trưng là tối ưu Pareto. Nghĩa là, nếu một động thái làm

tăng phúc lợi của một số cá nhân nhất định và làm giảm đi phúc lợi của những người khác, thì không thể nói rằng đó là lợi thế cho toàn bộ cộng đồng để có lý do cho việc thực hiện động thái đó. Vì thế, trong tất cả các trường hợp, việc có thể làm cho mọi người trở nên tốt hơn so với trước đây, hoặc bằng mọi giá để làm cho một số người trở nên tốt hơn mà không làm cho bất cứ ai trở nên tồi tệ hơn được coi là một “*Hiệu quả Pareto*”⁷.

Như vậy, rõ ràng có thể thấy, vi phạm hợp đồng hiệu quả đáp ứng được yêu cầu này khi người vi phạm thu được lợi ích cho mình từ hành vi vi phạm hợp đồng và đồng thời sau khi nhận được khoản bồi thường thì vị trí lợi ích của người bị vi phạm không có gì khác biệt so với vị trí lợi ích mà họ sẽ có được như khi hợp đồng được thực hiện⁸. Việc vi phạm như vậy được xem là một hiệu quả Pareto⁹. Đồng thời, nếu pháp luật xử lý những hành vi vi phạm như vậy thông qua việc bồi thường quá mức cho bên bị vi phạm thì đó là việc làm ngăn chặn việc tái phân bổ nguồn lực cộng đồng hiệu quả¹⁰.

Thẩm phán Oliver Wendell Holmes, người ủng hộ mạnh mẽ cho thuyết vi phạm hiệu quả đã cho rằng: *Nghĩa vụ giữ đúng hợp đồng theo thông luật không có gì khác ngoài việc bạn phải trả tiền bồi thường nếu bạn không giữ đúng nó* và đồng thời ông cũng cho rằng, luật hợp đồng chỉ đơn giản là bồi thường cho sự vi phạm mà không trừng phạt bất kỳ vi phạm về mặt đạo đức

⁶ Thomas Hobbes, *Leviathan or the matter forme and power of a commonwealth ecclesiastical and civil*, Chapter XVI Of person, Authors, and things personated. Xem: <https://quod.lib.umich.edu/e/eebo/A43998.0001.001/1:8.16?rgn=div2;view=fulltext>, truy cập ngày 25/5/2020.

⁷ Nicholas Kaldor, *Welfare Propositions in Economics and Interpersonal Comparison of Utility*, The Economic Journal, Vol. 49, No. 195 (1939).

⁸ Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wesley Press, 3rd ed., 1986, p.107.

⁹ Richard A. Posner, 1986, tldd, tr.57.

¹⁰ Robert Brimingham, tldd.

nào¹¹. Chức năng của bồi thường thiệt hại, đặc biệt theo hệ thống pháp luật Anh – Mỹ là bù trừ chứ không nhằm mục đích trừng phạt¹². Vì vậy, lý do vi phạm của một bên trong quan hệ hợp đồng không quan trọng bằng lợi ích mà các bên đạt được kể cả trong trường hợp có sự vi phạm hợp đồng xảy ra. Như vậy, có thể thấy rằng, trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong vi phạm hiệu quả là vô cùng quan trọng. Chỉ khi sự bồi thường đủ để đem người bị vi phạm về đúng vị trí lợi ích như khi những thỏa thuận trong hợp đồng được thực thi thì lúc đó điều kiện đủ của vi phạm hợp đồng hiệu quả mới được đáp ứng. Đồng thời, những người ủng hộ vi phạm hợp đồng hiệu quả cho rằng, luật pháp nên coi nghĩa vụ thực hiện hợp đồng, đồng nghĩa với việc lựa chọn hoặc là thực hiện hợp đồng, hoặc là bồi thường thiệt hại¹³.

Trong bài viết “*The Reliance Interest in Contract Damages*” (tạm dịch là “Lợi ích liên quan đến bồi thường thiệt hại hợp đồng”), Lon Fuller và William Perdue đã phân biệt 3 khoản bồi thường thiệt hại tương ứng với mỗi loại lợi ích của bên bị vi phạm, cụ thể:

(i) Khoản bồi thường thiệt hại nhằm khôi phục lại tình trạng cho bên bị vi phạm như khi chưa giao kết hợp đồng (*restitution damages*). Đây là khoản bồi thường thiệt hại được đặt ra khi bên bị vi phạm đã dựa vào lời hứa của bên vi phạm mà trao một số

giá trị cho bên vi phạm. Khi bên vi phạm không thực hiện lời hứa của mình, toà án có thể bắt buộc bên vi phạm phải trả lại giá trị đã nhận từ bên bị vi phạm. Lợi ích này có thể được gọi là lợi ích hoàn lại (*restitution interest*)¹⁴.

(ii) Khoản bồi thường thiệt hại mà bên bị vi phạm đã phải bỏ ra bởi vì tin tưởng rằng hợp đồng chắc chắn được thực hiện (*reliance damages*). Điều này có thể hiểu rằng, bên bị vi phạm đã phụ thuộc vào lời hứa của bên vi phạm mà thay đổi vị trí của mình, ví dụ người mua tin tưởng vào hợp đồng mà đã bỏ ra chi phí để chuẩn bị kho bãi chứa hàng. Khoản lợi ích này của người bị vi phạm cũng phải được người vi phạm bồi thường, có thể gọi đó là lợi ích tin tưởng (*reliance interest*)¹⁵.

(iii) Khoản bồi thường thiệt hại mà đưa người bị vi phạm vào vị trí tốt như họ có được nếu người vi phạm thực hiện hợp đồng. Khoản bồi thường này tương ứng với giá trị lợi ích mà người bị vi phạm đã kỳ vọng sẽ có được khi giao kết hợp đồng (*expectation interest*), nên có thể gọi đây là bồi thường thiệt hại kỳ vọng (*expectation damages*)¹⁶.

Có thể nói, trong ba khoản bồi thường thiệt hại trên, bồi thường thiệt hại kỳ vọng (*expectation damages*) là khoản bồi thường quan trọng nhất và làm rõ được bản chất của vi phạm hợp đồng hiệu quả nhất. Và, yêu cầu đặt ra là khoản bồi thường này không được ít hơn cũng như nhiều hơn những thiệt hại kỳ vọng của người bị vi phạm. Nếu

¹¹ Oliver Wendell Holmes, *The Path of Law*, Harvard Law Review, Vol. 10, No. 8, 1897, p.457-462.

¹² Stephen B. Katz, *The California Tort of Bad Faith Breach, the Dissent in Seaman's v. Standard Oil, and the Role of Punitive Damages in Contract Doctrine*, 60 S. Cal. L. Rev, 1987, p.509-521.

¹³ Clark A. Remington, *Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach*, Buff. L. Rev, Vol 47, No.1, 1999, p.645-711.

¹⁴ L.L. Fuller & William M. Perdue, Jr., *The Reliance Interest in Contract Damages: 1*, YALE L.J, Vol.46, 1936, p.52.

¹⁵ L.L. Fuller & William M. Perdue, tldd.

¹⁶ L.L. Fuller & William M. Perdue, tldd.

nhiều hơn sẽ khiến người bán không lựa chọn sự vi phạm hiệu quả và nếu ít hơn thì sự vi phạm đó sẽ không còn hiệu quả khi mà lợi ích của người bị vi phạm bị giảm sút hơn so với khi hợp đồng được thực thi. Và đồng thời nguyên tắc bồi thường thiệt hại kỳ vọng còn khiến cho sản phẩm được phân phối về nơi có giá trị cao hơn, làm tăng tối ưu hóa lợi ích cho xã hội¹⁷.

Một trong những cơ sở lý thuyết quan trọng của vi phạm hợp đồng hiệu quả đó là thuyết vị lợi (đại diện tiêu biểu là Jeremy Bentham) và tư tưởng tự do của John Stuart Mill. Khi phân tích về vi phạm hợp đồng hiệu quả, có thể thấy mục tiêu của hành vi vi phạm này hướng tới đó là sự hiệu quả về mặt kinh tế, lợi ích kinh tế của các bên và tổng lợi ích của xã hội có được từ việc vi phạm hợp đồng. Có thể thấy, tinh thần này cũng phần nào đã được ẩn chứa trong nội dung thuyết vị lợi của Bentham. Tuy nhiên, có thực sự vi phạm hợp đồng hiệu quả mang tinh thần này của thuyết vị lợi? Để trả lời cho câu hỏi này tác giả sẽ giới thiệu khái quát về thuyết vị lợi của Jeremy Bentham và tư tưởng tự do của John Stuart Mill trước khi đi vào tập trung phân tích về tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của vi phạm hợp đồng hiệu quả.

3. Thuyết vị lợi của Jeremy Bentham và tư tưởng tự do của John Stuart Mill

Thuyết vị lợi (*Utilitarianism*)¹⁸ là một triết lý đạo đức, một trường phái triết học xã hội. Theo thuyết này, hành động tốt nhất là hành động đạt được một cách cao nhất

những gì được cho là hữu ích, lợi ích. Jeremy Bentham (1748-1832), người đặt nền móng cho chủ nghĩa vị lợi mô tả “lợi ích” như tất cả những gì làm hài lòng chúng ta xuất phát từ hành động, không gây ra đau đớn cho bất kì ai liên quan.

Mặc dù có nhiều loại quan điểm được thảo luận, nhưng ý tưởng chính của thuyết vị lợi là: Nguyên tắc đạo đức cao nhất là tối đa hóa hạnh phúc, hành động đúng đắn về mặt đạo đức là hành động tạo ra điều tốt nhất¹⁹. Hạnh phúc ở đây có thể hiểu bao gồm cả lợi ích trong đó có lợi ích kinh tế. Theo quan điểm của thuyết vị lợi, người ta phải tối đa hóa lợi ích chung, nghĩa là xem xét lợi ích của người khác cũng như lợi ích của chính mình²⁰.

Luận điểm căn bản để ủng hộ cho thuyết vị lợi này là bởi không ai biết rõ nhu cầu và mong muốn của một người bằng chính bản thân họ, và cách duy nhất để tăng lợi ích cho mỗi cá nhân, từ đó tăng lợi ích xã hội đó là để cho mỗi người được tự do lựa chọn điều tốt nhất cho mình. Vì thế, dưới quan điểm của các nhà kinh tế học trên cơ sở xuất phát từ thuyết vị lợi thì thị trường là cách tổ chức xã hội hiệu quả nhất. Bởi lẽ, thị trường giúp thúc đẩy phúc lợi của mỗi người và của toàn xã hội bằng cách tạo ra động lực để con người ta làm việc và tạo ra của cải vật chất hay những dịch vụ mà người khác mong muốn. Và quan trọng hơn cả là thị trường tôn trọng tự do cá nhân, cho phép mỗi người được tự do lựa chọn điều

¹⁷ Sự tối ưu hóa lợi ích xã hội này của vi phạm hiệu quả thể hiện qua bồi thường thiệt hại kỳ vọng sẽ được tác giả phân tích kỹ ở phần nội dung sau.

¹⁸ Thuyết vị lợi hay thuyết duy lợi, còn gọi là chủ nghĩa vị lợi, hay chủ nghĩa công lợi.

¹⁹ Xem Michael Sandel, “*Phải trái, đúng sai*” (Justice What’s the right thing to do?), Bản dịch tiếng Việt của Hồ Đắc Phương, Nxb. Trẻ, năm 2011, tr.52.

²⁰ *The History of Utilitarianism*, <https://plato.stanford.edu/entries/utilitarianism-history/>, truy cập ngày 25/5/2020.

mà chính bản thân họ cho rằng là tốt nhất mà không đặt ra câu hỏi giá trị nào là tốt hay không tốt, mong ước nào là cao quý hay thấp hèn^{21, 22}.

John Stuart Mill (1806-1873), là thế hệ sau của Bentham, cũng là người đã sửa đổi học thuyết vị lợi của Bentham và đưa ra lý lẽ cho hai sự phản bác lớn nhất là thuyết vị lợi của Bentham gặp phải: (1) Sự không tôn trọng phẩm giá con người và các quyền cá nhân; (2) Không thể quy đổi mọi giá trị đạo đức qua thang đo hạnh phúc và nỗi buồn²³. Là tác giả của tác phẩm kinh điển “Bàn về tự do” (*On Liberty*, 1859). Cũng như Bentham, John Stuart Mill coi lợi ích là mục tiêu cuối cùng của tất cả các vấn đề về đạo đức, nhưng phải là lợi ích trong phạm vi lớn nhất, căn cứ trên lợi ích vĩnh cửu của con người là một thực thể tiến bộ²⁴. Cụ thể, ông tôn trọng tự do, và sự tự do của mỗi cá nhân cần hướng đến lợi ích, người dân phải được tự do làm bất kỳ điều gì họ muốn, miễn là điều này không gây hại cho người khác²⁵.

Đối với ông, hành vi, thói quen của con người bao gồm hai loại: Hành vi mang tính cá nhân và hành vi mang tính xã hội. Khi hành vi cư xử của một cá nhân không ảnh hưởng đến quyền lợi của ai khác ngoài bản thân anh ta, hoặc chỉ ảnh hưởng đến người khác nếu họ thích (mọi người có liên can đều đủ tuổi trưởng thành và có đủ trí sáng suốt bình thường) thì xã hội và pháp luật

phải đảm bảo tự do tuyệt đối cho cá nhân thực hiện hành vi và tự gánh chịu các hậu quả. Tuy nhiên, chừng nào cư xử nào đó của một cá nhân gây phương hại đến quyền lợi của những người khác thì xã hội có quyền xét xử²⁶.

Có rất nhiều nội dung về thuyết vị lợi và tư tưởng tự do của hai nhà triết học vĩ đại Jeremy Bentham và John Stuart Mill, tuy nhiên trong phạm vi bài viết này tác giả chỉ đề cập và sử dụng hai vấn đề cơ bản: (1) Tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của thuyết vị lợi và (2) Quan điểm về việc tự do cá nhân, nhưng không gây hại cho người khác của John Stuart Mill để phân tích về vi phạm hợp đồng hiệu quả.

4. Tính tối ưu hóa lợi ích xã hội của vi phạm hợp đồng hiệu quả thể hiện ở bồi thường thiệt hại kỳ vọng (Expectation Damages)

Như đã đề cập, có 3 khoản thiệt hại tương ứng với 3 dạng lợi ích của bên bị vi phạm mà bên vi phạm sẽ phải bồi thường cho bên bị vi phạm trong vi phạm hợp đồng hiệu quả bao gồm: (1) Lợi ích khôi phục (*restitution interest*), (2) Lợi ích tin tưởng (*reliance interest*) và (3) Lợi ích kỳ vọng (*expectation interest*). Đối với hai loại lợi ích đầu tiên, không khó để giải thích lý do phải bồi thường của bên vi phạm bởi lẽ: (1) Khi họ đã nhận một số giá trị từ bên kia để thực hiện hợp đồng, mà nay không thực hiện thì đương nhiên phải trả lại những giá trị đó; (2) Khi bên kia đã tin tưởng vào những thỏa thuận mà bỏ ra một số giá trị để chuẩn bị cho kết quả thực thi của hợp đồng, làm thay đổi vị trí của mình thì rõ ràng nếu không thực hiện thỏa thuận nữa bên vi

²¹ Chính quan điểm này của thuyết vị lợi dẫn đến nhiều ý kiến phản đối học thuyết này, tuy nhiên bài viết không tập trung làm rõ các lý do phản đối và lý giải cho thuyết vị lợi.

²² Đinh Vũ Trang Ngân, *Công lý: Làm việc gì là đúng? Ai xứng đáng điều gì?* Chương trình Giảng dạy Kinh tế Fulbright, 2013.

²³ Michael Sandel, sđd, tr.72.

²⁴ John Stuart Mill, *On Liberty*, 1859, p.14.

²⁵ John Stuart Mill, sđd, tr.69.

²⁶ John Stuart Mill, sđd, tr.69.

phạm sẽ phải bồi thường cả những thiệt hại do tin tưởng vào hợp đồng này. Hai khoản bồi thường thiệt hại này nhằm khôi phục lại cho bên kia vị trí như khi hợp đồng chưa được giao kết. Tuy nhiên, bồi thường thiệt hại kỳ vọng (*expectation damages*) là khoản bồi thường đòi hỏi bên vi phạm phải cung cấp cho bên bị vi phạm những lợi ích dự kiến họ sẽ thu được từ giao dịch để đặt bên bị vi phạm vào đúng vị trí lợi ích mà họ sẽ có được khi hợp đồng được thực thi. Nhưng, có một câu hỏi đặt ra, tại sao luật pháp nên bồi thường cho bên bị vi phạm bằng cách đưa cho họ những thứ mà họ chưa bao giờ thực sự có?

Câu hỏi này có thể được trả lời dựa trên tinh thần của thuyết vị lợi, đó là biện pháp bồi thường thiệt hại kỳ vọng giúp tối ưu hóa lợi ích xã hội. Bởi lẽ, các biện pháp bồi thường thiệt hại tạo cho các bên tham gia hợp đồng một động lực để thực hiện lời hứa của mình trừ khi kết quả là việc sử dụng tài nguyên không hiệu quả²⁷. Đồng thời, trong ba biện pháp bồi thường thiệt hại, chỉ có bồi thường thiệt hại kỳ vọng mới mang lại động lực khuyến khích cho việc thực hiện hợp đồng khi và chỉ khi việc thực hiện này mang lại hiệu quả.

Để làm rõ vấn đề này, tác giả xin được sử dụng lại ví dụ mà Gregory Klass đã đưa ra trong bài viết “*Efficient Breach*”²⁸:

Giả sử hợp đồng giữa người bán và người mua được ký vào ngày 1/1, theo đó người bán sẽ cung cấp cho người mua 100 sản phẩm vào hoặc trước ngày 1/7. Người

mua phải trả 10 USD mỗi sản phẩm hoặc tổng số 1.000 USD. Dự tính chi phí sản xuất của người bán là 8 USD cho mỗi sản phẩm, như vậy khi bán với giá 10 USD người bán sẽ thu lợi 2 USD. Người mua sẽ sử dụng các sản phẩm này vào việc sản xuất hàng hóa với dự tính sẽ bán ra thành phẩm của mình với giá 18 USD. Sau khi trừ đi 10 USD trả cho người bán và 6 USD cho các chi phí sản xuất khác, người mua sẽ thu lợi 2 USD. Như vậy, tổng chi phí sản xuất người bán và người mua cùng nhau đầu tư ròng là 14 USD để tạo ra một sản phẩm 18 USD. Trong số thặng dư 4 USD này, mỗi bên sẽ chia nhau 2 USD. Nếu khả năng thương lượng và vị thế của họ khác nhau thì có thể số thặng dư đó sẽ được chia khác nhau. Tuy nhiên, có một điều chắc chắn rằng, người bán sẽ không bán với giá dưới 8 USD và người mua sẽ không mua với giá 12 USD, bởi lẽ họ không chấp nhận với những thỏa thuận sẽ mang lại cho họ sự thua lỗ.

Tại thời điểm giao kết hợp đồng, rõ ràng mỗi bên đều đã có thể nhìn thấy và dự liệu được phần lợi ích của mình khi hợp đồng được thực thi, đó là động lực – lý do để họ đi đến thỏa thuận hợp đồng. Tuy nhiên, mọi thứ đều có thể thay đổi trước thời điểm hợp đồng được thực hiện, và có rất nhiều lý do có thể khiến người bán không thực hiện nghĩa vụ giao hàng của mình đối với người mua. Trong bài viết này tác giả đặt ra hai trường hợp dẫn đến sự vi phạm của người bán: (1) Do có sự trả giá cao hơn từ bên thứ 3; (2) Chi phí sản xuất của người bán đột ngột tăng cao.

Trường hợp thứ nhất: Giả sử vào ngày 1/4, bên thứ 3 liên hệ với người bán và đề nghị mua 100 sản phẩm này với giá 1.300 USD hoặc 13 USD/sản phẩm. Bên thứ 3 là đối thủ cạnh tranh của người mua và sẵn

²⁷ Richard A. Posner, 1986, tldd, tr.107,

²⁸ Gregory Klass, *Efficient Breach*, in *The Philosophical foundations of contract law*(G. Klass, G. Letsas & P. Saprai, eds., Oxford University Press 2014), p.362-387.

sàng trả nhiều tiền hơn cho hàng hóa vì họ có phương thức sản xuất mới, ít tốn kém hơn. Trong khi chi phí sản xuất của người mua là 6 USD mỗi sản phẩm thì chi phí sản xuất của bên thứ 3 chỉ là 3 USD. Trong bối cảnh này, người bán không có khả năng sản xuất hơn 100 sản phẩm và do đó chỉ có thể bán cho bên thứ 3 nếu vi phạm với người mua. Đồng thời, để đơn giản vấn đề và chỉ tập trung vào thiệt hại kỳ vọng thì giả sử vào ngày 1/4, người mua chưa đầu tư bất kỳ nguồn lực nào vào giao dịch và đồng thời cũng chưa trả tiền hàng. Nếu người bán vi phạm, người mua sẽ không thể lấy hàng thay thế ở nơi khác.

Lúc này, người bán bán cho bên thứ 3 sẽ hiệu quả hơn bán cho người mua. Bởi lẽ: Giao dịch giữa người bán và người mua tạo ra 4 USD giá trị cho mỗi sản phẩm cuối cùng được bán (giá bán ra thị trường 18 USD – 8 USD chi phí sản xuất của người bán – 6 USD chi phí sản xuất của người mua). Khi người bán bán cho bên thứ 3, ngược lại sẽ tạo ra 7 USD mỗi đơn vị (giá bán thị trường 18 USD – 8 USD chi phí sản xuất của người bán – 3 USD chi phí sản xuất của bên thứ 3). Như vậy, nếu muốn tối ưu hóa lợi ích xã hội (tính bằng USD) thì người bán nên vi phạm hợp đồng với người mua trong trường hợp này. Và đó được coi là vi phạm hợp đồng hiệu quả.

Giờ đây hãy sử dụng bồi thường thiệt hại kỳ vọng để chứng minh tính hiệu quả của hành vi vi phạm hợp đồng trên và liệu rằng bồi thường thiệt hại kỳ vọng có mang lại sự tối ưu hóa lợi ích cho xã hội như vậy?

Biện pháp bồi thường thiệt hại kỳ vọng yêu cầu bên bán phải trả cho bên mua khoản lợi nhuận mà bên mua sẽ kiếm được từ hợp đồng cộng với mọi chi phí mà bên mua đã

phải chịu. Trong tình huống này có nghĩa là người bán sẽ phải chuyển sang người mua 2 USD/sản phẩm. Nếu bán cho bên thứ 3, người bán sẽ thu được 5 USD/sản phẩm (13 USD – 8 USD chi phí sản xuất). Sau khi bồi thường thiệt hại kỳ vọng cho người mua (2USD), người bán còn lại 3 USD lợi nhuận ròng (nhiều hơn 1 USD khi người bán thực hiện hợp đồng với người mua). Như vậy, nếu người bán hoàn toàn chỉ vì tối đa hóa lợi ích, ngoài ra không có một lý do nào khác để vi phạm thì thiệt hại kỳ vọng (*expectation damages*) sẽ tạo ra kết quả người bán nên vi phạm hợp đồng với người mua tương xứng với kết quả tối ưu hóa lợi ích xã hội ở trên.

Ngược lại, giả sử bên thứ 3 chỉ đưa ra đề nghị với người bán về mức giá 11 USD/sản phẩm, lúc đó người bán sẽ phải chọn lựa để thực hiện. Với giá 11 USD người bán kiếm được 3 USD, nhưng sau khi trả cho người mua 2 USD thiệt hại kỳ vọng thì người bán chỉ còn lại 1 USD, khi đó thực hiện hợp đồng sẽ là lựa chọn được ưu tiên của người bán. Đồng thời, mức giá 11 USD không chỉ ra được bên thứ 3 đánh giá hàng hóa này có giá trị hơn người mua. Có thể bên thứ 3 cùng chi phí sản xuất như người mua, nhưng sẵn sàng chấp nhận lợi nhuận 1 USD thay vì 2 USD như người mua. Chỉ khi bên thứ 3 đưa ra mức giá hơn 12 USD thì mới cho thấy bên thứ 3 đánh giá hàng hóa này có giá trị cao hơn người mua. Như vậy, biện pháp kỳ vọng đưa ra lý do vi phạm cho người bán khi bên thứ 3 đánh giá giá trị sản phẩm cao hơn người mua.

Trường hợp thứ hai: Giả sử chi phí sản xuất cho mỗi sản phẩm của người bán tăng từ 8 USD lên 11 USD/sản phẩm. Giao dịch bây giờ sẽ gây bất lợi 1 USD cho người bán

(chi phí sản xuất là 11 USD mà chỉ bán cho người mua giá 10 USD). Nhưng, xét trên yếu tố tối đa hóa lợi ích xã hội thì giao dịch trên vẫn đảm bảo bởi lẽ người bán đầu tư 11 USD và người mua đầu tư 6 USD, họ cùng nhau chi 17 USD để tạo ra 18 USD giá trị. Nếu, thay vào đó, chi phí sản xuất của người bán lên tới 13 USD thì việc thực hiện hợp đồng của người bán là không hiệu quả bởi lẽ người bán và người mua cùng bỏ ra 19 USD để tạo nên 18 USD giá trị.

Một lần nữa nếu phân tích tình huống trên bởi biện pháp bồi thường thiệt hại kỳ vọng sẽ cho thấy hiệu quả của sự vi phạm: Nếu chi phí sản xuất trên mỗi sản phẩm của người bán lên tới 11 USD, người bán sẽ mất 1 USD mỗi đơn vị nếu thực hiện hợp đồng (chi phí 11 USD – giá hợp đồng 10 USD). Vì vi phạm sẽ khiến người bán phải trả 2 USD/sản phẩm thiệt hại do kỳ vọng nên người bán sẽ chọn thực hiện hợp đồng. Nếu chi phí sản xuất của người bán lên tới 13 USD, người bán sẽ mất 3 USD/sản phẩm. Bây giờ người bán sẽ chọn vi phạm và bồi thường thiệt hại (kết quả này giống với kết quả phân tích dựa trên yếu tố tối ưu hóa lợi ích xã hội).

Bồi thường khoản thiệt hại kỳ vọng mang lại sự khuyến khích hiệu quả cho sự vi phạm: Trong hợp đồng giữa A và B, lợi ích xã hội từ việc thực hiện hợp đồng của A là tổng lợi nhuận dự kiến của A và B. Nếu không có biện pháp pháp lý, cụ thể là bồi thường thiệt hại kỳ vọng thì khi A quyết định giữa thực hiện và vi phạm, A chỉ xem xét lợi nhuận dự kiến của chính mình. Thiệt hại kỳ vọng buộc A phải tính toán ảnh hưởng của vi phạm đối với lợi nhuận dự kiến của B. Do đó, nó buộc A phải cân nhắc tất cả các lợi ích giữa thực hiện và vi phạm.

A sẽ thực hiện hợp đồng khi thực hiện tạo ra nhiều giá trị hơn và sẽ vi phạm khi vi phạm tạo ra nhiều giá trị hơn. Điều này cũng đúng với tinh thần của thuyết vị lợi đã được Bentham đề ra: Hành động đúng đắn về mặt đạo đức là hành động tạo ra điều tốt nhất²⁹.

Như vậy, qua các ví dụ trên, chúng ta có thể thấy, vi phạm hợp đồng hiệu quả mang tinh thần của thuyết vị lợi. Hành vi vi phạm sẽ là hiệu quả nếu nó tối ưu hóa được lợi ích xã hội. Và để tối ưu hóa được lợi ích này thì bồi thường thiệt hại kỳ vọng trong vi phạm hợp đồng hiệu quả là biện pháp quan trọng nhất.

Trong pháp luật hợp đồng Việt Nam, Bộ luật Dân sự năm 2015 và Luật Thương mại năm 2005 đều quy định về các khoản thiệt hại mà bên vi phạm sẽ phải bồi thường cho bên bị vi phạm. Cụ thể, theo quy định tại Điều 302 Luật Thương mại năm 2005, giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm: (i) Giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải gánh chịu do bên vi phạm gây ra và (ii) Khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm. Trong khi đó, Bộ luật Dân sự năm 2015, cụ thể Điều 316 quy định bên bị vi phạm có thể yêu cầu bên vi phạm bồi thường thiệt hại về vật chất cũng như thiệt hại tinh thần cho mình khi vi phạm hợp đồng. Khoản thiệt hại về vật chất được xác định bởi: (i) Những tổn thất vật chất thực tế xác định được, bao gồm: Tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại và (ii) Thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút.

Có thể hình dung những tổn thất thực tế mà Bộ luật Dân sự năm 2015 cũng như Luật

²⁹ Michael Sandel, sđd, tr.51.

Thương mại năm 2005 quy định tương thích với hai khoản bồi thường thiệt hại: (i) Nhằm khôi phục lại tình trạng cho bên bị vi phạm khi chưa giao kết hợp đồng (*restitution damages*) – ví dụ trả lại giá trị đã nhận từ bên bị vi phạm và (ii) Khoản bồi thường thiệt hại mà bên bị vi phạm đã phải bỏ ra bởi vì tin tưởng rằng hợp đồng chắc chắn được thực hiện (*reliance damages*) – ví dụ chi phí để chuẩn bị cho việc nhận hàng³⁰. Tuy nhiên, điều chúng ta quan tâm và để xác định liệu có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả đối với pháp luật hợp đồng Việt Nam hay không đó là khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng (theo quy định của Luật Thương mại) hay thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút (theo quy định của Bộ luật Dân sự) và liệu đây có phải là khoản bồi thường thiệt hại kỳ vọng (*expectation damages*).

Theo quan điểm của người viết, quy định của Luật Thương mại năm 2005 có cơ sở để thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả hơn Bộ luật Dân sự năm 2015. Khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng có thể hiểu đó là những lợi ích mà bên bị vi phạm đã kỳ vọng và mong muốn sẽ có được khi hợp đồng được thực thi. Đây phải là những lợi ích gắn trực tiếp với hợp đồng và giúp người bị vi phạm có được vị trí lợi ích như khi hợp đồng được thực hiện. Điều này cho thấy, dường như khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng theo quy định của Luật Thương mại năm 2005 tương thích với khoản bồi thường thiệt hại kỳ vọng (*expectation damages*) trong vi phạm hợp đồng hiệu quả. Trong khi đó, quy định về thu nhập thực tế bị mất

hoặc giảm sút của Bộ luật Dân sự năm 2015 có nội hàm rộng hơn. Thu nhập thực tế bị mất hoặc giảm sút liệu có tương đồng với khoản bồi thường thiệt hại kỳ vọng hay khoản lợi đáng lẽ được hưởng theo quy định của Luật Thương mại khi mà Bộ luật Dân sự không quy định đó là trực tiếp? Như vậy, có thể hiểu rằng, khoản bồi thường này là thu nhập thực tế trực tiếp bị mất/giảm sút hoặc cũng có thể là khoản thu nhập thực tế bị mất/giảm sút không có mối quan hệ trực tiếp với vi phạm hợp đồng. Ví dụ, đó là khoản thu nhập mỗi tháng bị giảm sút khi người vi phạm không giao hàng, dẫn đến người bị vi phạm không có hàng để giao cho bên thứ ba và một trong những đối tác lâu năm của họ đã hủy bỏ việc làm ăn với bên bị vi phạm. Nếu pháp luật hợp đồng Việt Nam yêu cầu bên vi phạm phải bồi thường thiệt hại cả những khoản thu nhập thực tế bị mất hoặc giảm sút không có mối quan hệ trực tiếp với vi phạm hợp đồng này thì thật khó để có thể thừa nhận vi phạm hợp đồng hiệu quả.

5. Vi phạm hợp đồng hiệu quả từ tư tưởng tự do của John Stuart Mill

John Stuart Mill đề cao tự do cá nhân, ông khuyến khích mỗi cá nhân hãy làm những điều có lợi cho mình chỉ cần không gây hại cho người khác. Chúng ta có thể dễ dàng nhận thấy, vi phạm hợp đồng hiệu quả mang trong nó tư tưởng về tự do cá nhân này của John Stuart Mill. Sự vi phạm của một bên chỉ được coi là hiệu quả khi tránh được thiệt hại hoặc đem lại lợi ích lớn hơn cho bên bị vi phạm và đồng thời phải đảm bảo bên bị vi phạm cũng có được lợi ích như khi hợp đồng được thực thi. Sự so sánh thiệt hại của bên vi phạm và lựa chọn thực hiện hợp đồng hay vi phạm hợp đồng trên

³⁰ Nội dung này đã được phân tích ở mục 2. Vi phạm hợp đồng hiệu quả.

cơ sở tính toán lợi ích là cá nhân đó đang làm một việc có lợi cho mình. Tuy nhiên, đối với vi phạm hợp đồng hiệu quả thì người vi phạm còn phải tính toán giữa lợi ích của bản thân và lợi ích của bên bị vi phạm, bởi lẽ liên quan đến bồi thường thiệt hại kỳ vọng. Họ không chỉ phải trả cho bên bị vi phạm những gì đã nhận, kèm với những giá trị khi bên bị vi phạm vì tin vào thỏa thuận đã bỏ ra nhằm đạt được mục đích của hợp đồng, mà bên vi phạm còn phải trả cả thiệt hại kỳ vọng – những lợi ích bên bị vi phạm kỳ vọng sẽ có được khi hợp đồng được thực thi. Các biện pháp bồi thường được đặt ra trong vi phạm hợp đồng hiệu quả không những đưa người bị vi phạm về đúng vị trí lợi ích như khi hợp đồng chưa được giao kết, thậm chí còn đưa tới cho họ vị trí lợi ích mà họ sẽ có được như khi hợp đồng được thực hiện. Điều này chứng tỏ, vi phạm hiệu quả là việc cá nhân đang làm một việc có lợi cho mình mà không gây hại cho người khác.

Có thể sẽ có ý kiến phản biện rằng, sự vi phạm của một bên chắc chắn sẽ gây thiệt hại cho bên còn lại thì mới đặt ra vấn đề bồi thường, kể cả là bồi thường thiệt hại kỳ vọng (khoản lợi mà họ chưa bao giờ thực sự có). Như vậy, không thể coi là cá nhân đó đang làm một việc có lợi cho mình mà không gây hại cho người khác. Tuy nhiên, theo tác giả, dù trên thực tế hành vi vi phạm của một bên gây thiệt hại cho bên còn lại, nhưng những thiệt hại này đều đã được bên vi phạm đền bù đầy đủ thông qua các khoản bồi thường đã nói ở trên, thậm chí đưa họ về đúng vị trí lợi ích như khi hợp đồng được giao kết thì kết quả cuối cùng bên bị vi phạm cũng không còn thiệt hại nữa.

Chưa kể, nếu thực hiện hợp đồng thì thiệt hại sẽ rất lớn, còn nếu không thực hiện hợp đồng thì sẽ phải bồi thường thiệt hại cho bên bị vi phạm. Nếu thiệt hại do thực hiện lớn hơn mức bồi thường thì sự lựa chọn vi phạm của bên vi phạm hợp đồng cũng cần được coi là một trường hợp của vi phạm hiệu quả. Bởi lẽ, xét dưới góc độ kinh tế thì sự vi phạm này đã tránh được một tổn thất kinh tế lớn hơn cho bên vi phạm, nhưng đồng thời cũng không làm cho vị trí lợi ích của bên bị vi phạm bị giảm sút so với khi hợp đồng được thực hiện. Và hiểu một cách rộng ra, khi bên vi phạm tránh được một thiệt hại kinh tế lớn hơn thay vào đó là bồi thường do vi phạm hợp đồng cũng đồng nghĩa với việc sự vi phạm này đã tránh được một tổn thất kinh tế lớn hơn cho xã hội.

Để kết lại bài viết, có thể thấy, sự đề cao tính tối ưu hóa lợi ích cho xã hội của Bentham đã được thể hiện rất rõ trong vi phạm hợp đồng hiệu quả. Bên cạnh đó, vi phạm hợp đồng hiệu quả là việc cá nhân đang đưa ra lựa chọn có lợi cho mình trên cơ sở tính toán thiệt hơn cho cả những người khác đúng như tinh thần về tự do của John Stuart Mill. Quay trở lại với tư tưởng về tự do này thì khi một cư xử nào đó của một cá nhân gây phương hại đến quyền lợi của những người khác, lúc bấy giờ xã hội có quyền xét xử và can thiệp để thúc đẩy hạnh phúc chung³¹. Vi phạm hợp đồng hiệu quả không những không gây phương hại đến quyền lợi của người khác (bên bị vi phạm), mà đồng thời còn làm cho lợi ích của bên vi phạm tăng lên và tối ưu hóa được lợi ích xã hội, vì vậy pháp luật nên cho phép vi phạm hợp đồng khi sự vi phạm đó là hiệu quả.

³¹ John Stuart Mill, sđd, tr.69.

MỘT SỐ BẤT CẬP CỦA PHÁP LUẬT VỀ ĐIỀU KIỆN THU NHẬP ĐỂ ĐƯỢC MUA NHÀ Ở XÃ HỘI ĐỐI VỚI NGƯỜI CÓ THU NHẬP THẤP

Nguyễn Thị Bảo Nga*

Tóm tắt: Bài viết phân tích những bất cập về điều kiện thu nhập áp dụng đối với người có thu nhập thấp để được mua nhà ở xã hội theo pháp luật Việt Nam hiện nay.

Abstract: This Article analyzes the shortcomings of income eligibility applicable to the people with low income for buying affordable apartments under Vietnamese laws.

Đặt vấn đề

Hiện nay, ở Việt Nam đang thực hiện chính sách phân phối nhà ở xã hội (NOXH) dưới ba hình thức là thuê, thuê - mua và mua bán NOXH. Trong đó, mua bán NOXH là hình thức phát triển mạnh mẽ hơn cả¹. Bởi, hình thức này thỏa mãn được mục tiêu kép, vừa đáp ứng được nhu cầu của các đối tượng khó khăn về nhà ở, nhưng có khả năng tích lũy và có thể mua NOXH giá phải chăng; vừa tạo điều kiện cho chủ đầu tư kinh doanh có thể nhanh thu lợi và quay vòng vốn để phát triển các quỹ NOXH khác. Đồng thời, hình thức này còn giúp Nhà nước thực hiện tốt chức năng đảm bảo an sinh và trật tự xã hội của mình. Nhưng, chúng ta đều biết NOXH không dành cho tất cả mọi người. Vì vậy, đặt ra điều kiện về thu nhập là khâu then chốt để cơ quan có thẩm quyền sàng lọc và quyết định một chủ

thể có đủ điều kiện được mua và vay mua NOXH hay không?

Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay, người có thu nhập thấp tại đô thị là một trong mười đối tượng được mua NOXH. Để được hưởng chính sách ưu đãi trên, ngoài việc cá nhân, hộ gia đình phải đáp ứng các điều kiện về nhà ở và cư trú thì phải đáp ứng được các điều kiện về thu nhập. Cụ thể, người có thu nhập thấp phải thuộc diện không phải nộp thuế thu nhập thường xuyên theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập cá nhân; tự kê khai về mức thu nhập của bản thân và chịu trách nhiệm về thông tin tự khai². Nhưng, qua quá trình rà soát các quy định pháp luật có liên quan và đối chiếu với thực tiễn thi hành cho thấy, vẫn còn một số hạn chế, vướng mắc ảnh hưởng đến hiệu quả của việc thực hiện chính sách về NOXH cho người có thu nhập thấp.

1. Không phân biệt rõ khái niệm người có thu nhập thấp và điều kiện thu nhập để được mua nhà ở xã hội đối với người có thu nhập thấp

Lâu nay, cụm từ thu nhập thấp vẫn được đề cập trong các văn bản, chính sách

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ “NOXH là nhà ở có sự hỗ trợ của nhà nước cho các đối tượng được hưởng chính sách hỗ trợ về nhà ở” (khoản 7 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014);

Mua bán NOXH là sự thỏa thuận giữa bên mua và bên bán bằng văn bản. Bên bán NOXH có nghĩa vụ bàn giao và chuyển quyền sở hữu nhà cho bên mua. Bên mua có nghĩa vụ trả tiền cho bên bán theo đúng thỏa thuận giữa các bên trong hợp đồng. Hoạt động mua bán NOXH thực hiện theo trình tự thủ tục mua bán NOXH theo quy định của pháp luật.

² Khoản 4 Điều 49, điểm c khoản 1 Điều 51 Luật Nhà ở năm 2014, khoản 3 Điều 22 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ về phát triển và quản lý NOXH (Nghị định số 100/2015/NĐ-CP).

như một lẽ thông thường. Chỉ đến khi sàng lọc đối tượng có thu nhập thấp và điều kiện thu nhập đối với các đối tượng thuộc khoản 4, 5, 6 và 7 Điều 49 Luật Nhà ở năm 2014 (cán bộ, công chức, sĩ quan, hạ sĩ quan, người lao động làm việc tại các doanh nghiệp, người thu nhập thấp, hộ nghèo, hộ cận nghèo) thì mới thấy lúng túng vì không hiểu “không thuộc diện phải nộp thuế thu nhập cá nhân”³ là tiêu chí nhận diện đối tượng có thu nhập thấp hay là điều kiện thu nhập để lựa chọn đối tượng có quyền mua NOXH. Đơn cử như trong Quyết định số 16/2019/QĐ-UBND của Ủy ban nhân dân tỉnh Bình Định ngày 5/4/2019 ban hành quy định về đối tượng, điều kiện và tiêu chí ưu tiên để lựa chọn các đối tượng được mua, thuê, thuê mua NOXH tại các dự án do các thành phần kinh tế đầu tư bằng nguồn vốn ngoài ngân sách nhà nước trên địa bàn tỉnh Bình Định đã xây dựng khái niệm đối tượng có thu nhập thấp là người có mức thu nhập bình quân hàng tháng không thuộc diện phải nộp thuế thu nhập cá nhân từ thu nhập thường xuyên theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập cá nhân (khoản 2 Điều 3). Và, đó cũng được coi là điều kiện thu nhập để áp dụng cho các đối tượng cán bộ, công chức, viên chức, sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, người lao động làm việc tại các doanh nghiệp trong và ngoài khu công nghiệp... phải đáp ứng nếu muốn được mua NOXH (khoản 3 Điều 4).

Bất cập này xuất phát từ việc Quốc hội không xây dựng một khái niệm rõ ràng về người có thu nhập thấp mà giao Chính phủ thẩm quyền xác định đối tượng nào được coi là có thu nhập thấp⁴. Nhưng, sau đó Chính phủ lại trao lại quyền này cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh để đảm bảo phù hợp với

tình hình và điều kiện kinh tế của địa phương⁵. Tuy nhiên, do không có tiêu chí hướng dẫn xác định đối tượng có thu nhập thấp từ phía Quốc hội, Chính phủ nên các địa phương rất lúng túng trong vấn đề này, dẫn đến xuất hiện các văn bản khiến người áp dụng hoang mang hơn khi thực hiện như trường hợp ở tỉnh Bình Định đã nêu trên.

Xét về mặt logic, một nội hàm chỉ có một ngoại diện, do đó không thể lấy một nội hàm “không thuộc diện phải nộp thuế thu nhập cá nhân” để điều chỉnh hai ngoại diện khác nhau là đối tượng có thu nhập thấp và điều kiện thu nhập để được mua NOXH. Hơn nữa, điều kiện thu nhập không thuộc diện phải nộp thuế thu nhập cá nhân chỉ thể hiện dấu hiệu của người có thu nhập thấp, nhưng chưa đủ để hình thành khái niệm về người có thu nhập thấp. Sự mơ hồ về khái niệm thu nhập thấp và thiếu hướng dẫn từ phía nhà làm luật đã dẫn đến sự trùng lặp, khó hiểu trong các quy phạm pháp luật; đồng nhất hóa điều kiện thu nhập để được mua NOXH của một số đối tượng với nhận diện người có thu nhập thấp cho thấy sự sai lầm và thiếu đồng bộ của quy phạm. Từ đó, gây khó khăn cho quá trình giải thích, xây dựng và thực thi chính sách về mua bán NOXH cho đối tượng có thu nhập thấp ở Việt Nam hiện nay.

Để tháo gỡ cho những vướng mắc trên, tác giả cho rằng, vẫn trao thẩm quyền xác định người có thu nhập thấp cho Ủy ban nhân dân cấp tỉnh thực hiện để phù hợp với tình hình và điều kiện kinh tế của địa phương. Nhưng, nhà làm luật nên xây dựng khái niệm và các tiêu chí cần thiết để giúp các địa phương có thể nhận diện được đối tượng này. Rất nhiều quốc gia cho rằng, thu

³ Điểm c khoản 1 Điều 51 Luật Nhà ở năm 2014.

⁴ Khoản 1 Điều 174 Luật Nhà ở năm 2014.

⁵ Khoản 8 Điều 19, Điều 30 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ về phát triển và quản lý NOXH.

nhập thấp là thu nhập dưới mức thu nhập bình quân của dân cư tại một khu vực cụ thể với một tỷ lệ phần trăm nhất định hoặc so sánh với mức chuẩn nghèo tại từng quốc gia (như Mỹ là dưới hai lần mức chuẩn nghèo chung, Canada là thấp hơn hoặc bằng 50% thu nhập trung bình); và mức thu nhập thấp được xác định căn cứ vào tương quan tỷ lệ phần trăm chi phí lương thực, thực phẩm, y tế, nhà ở... trong tổng số thu nhập của cá nhân hoặc hộ gia đình (Ngân hàng thế giới và Chương trình phát triển Liên hợp quốc cho rằng người có thu nhập thấp là người phải chi tiêu ít nhất 66% thu nhập cho lương thực, thực phẩm và 34% thu nhập còn lại dành cho nhà ở, văn hoá, giáo dục, y tế, đi lại...).⁶ Tham khảo kinh nghiệm quốc tế, tác giả cho rằng, tiêu chí nhận diện người thu nhập thấp nhất thiết phải được xem xét với mức chi phí nhà ở trong tổng thu nhập cũng như chi phí sinh hoạt của người dân. Đối tượng thu nhập thấp được hiểu là những người có thu nhập trên hộ nghèo và dưới mức trung bình, nhưng ổn định và vẫn có thể tích lũy để mua được nhà ở giá rẻ. Có như vậy mới đảm bảo xác định được đúng đối tượng có điều kiện kinh tế khó khăn, nhưng có khả năng trả nợ các khoản vay để mua nhà; đồng thời gỡ vướng cho tình trạng điều kiện thu nhập cản trở người thu nhập thấp tiếp cận các khoản vay vốn ưu đãi để mua NOXH được phân tích dưới đây.

2. Điều kiện thu nhập không đảm bảo lựa chọn được đúng đối tượng có thu nhập thấp

Thực tiễn và các quy định pháp luật hiện nay không phản ánh chính xác được thu nhập của một cá nhân bởi:

⁶ Nguyễn Thu Dung, “*Pháp luật về NOXH cho người có thu nhập thấp qua thực tiễn thực hiện tại thành phố Hà Nội*”, Luận văn thạc sĩ Luật học, Học viện Khoa học xã hội, 2011, tr. 12-13.

Thứ nhất, dưới góc độ pháp lý, pháp luật về thuế của Việt Nam chưa có điều khoản nào đưa ra khái niệm chung về thu nhập. Định nghĩa thu nhập, thu nhập chịu thuế và thu nhập miễn thuế hiện nay đang được giải thích với từng loại thu nhập khác nhau theo phương pháp liệt kê để tính các loại thuế. Cụ thể, theo quy định tại Điều 3, Điều 4 Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27/6/2013 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân (Nghị định số 65/2013/NĐ-CP), có 10 loại thu nhập phải đóng thuế thu nhập cá nhân và 15 khoản thu nhập được miễn thuế thu nhập; không có quy định thể nào về thu nhập thường xuyên. Vậy có thể hiểu, một người được xem là có thu nhập thấp khi người đó không có thu nhập từ 10 nguồn trên, hoặc có thu nhập từ 10 nguồn trên, nhưng sau khi trừ đi các khoản thu nhập được miễn thuế thì không phát sinh nghĩa vụ nộp thuế thu nhập cá nhân. Nếu soi chiếu định nghĩa về thu nhập dưới góc độ kinh tế, thu nhập bao gồm thu nhập bằng hiện vật hoặc bằng tiền do một cá nhân, hộ gia đình hoặc doanh nghiệp tạo nên từ những nguồn khác nhau trong một khoảng thời gian nhất định⁷, rõ ràng cách liệt kê nguồn thu nhập để tính thuế, miễn thuế nêu trên không thể đảm bảo bao quát hết phạm vi các khoản phát sinh thu nhập của một cá nhân. Nhất là thực tế hiện nay, các hoạt động kinh doanh qua mạng xã hội diễn ra rất phổ biến (kinh doanh online qua facebook, qua instagram...), một người kinh doanh online có thể có thu nhập vượt mức đóng thuế hàng chục lần, nhưng không có căn cứ để truy thu thuế thu nhập cá nhân.

⁷ Viện Quốc tế Konrad-Adenauer, *Từ điển tường giải Kinh tế thị trường xã hội – cẩm nang chính sách kinh tế*, 2005, Nxb. Từ điển Bách khoa, tr. 386.

Thứ hai, ở Việt Nam, công tác công khai, minh bạch, kê khai, kiểm soát tài sản và thu nhập mới chỉ đặt ra đối với các đối tượng có chức vụ, quyền hạn (nhưng cũng chưa bao quát hết thu nhập của các đối tượng này⁸); còn đối với người dân thì chưa yêu cầu trách nhiệm này. Bên cạnh đó, việc sử dụng tiền mặt vẫn còn khá phổ biến trong các giao dịch dân sự của người dân, nhất là ở địa bàn nông thôn, vùng sâu, vùng xa; các hoạt động thanh toán, chi trả và luân chuyển của dòng tiền không phải tất cả đều phải thực hiện qua ngân hàng... cũng là yếu tố hàng đầu khiến cho Nhà nước không kiểm soát được thu nhập của một cá nhân.

Do đó, nếu dựa vào căn cứ thu nhập thấp là thu nhập dưới mức 11 triệu đồng/tháng⁹ là điều kiện để lựa chọn đối tượng được quyền mua NOXH (trong đó có người có thu nhập thấp) là chưa phù hợp cũng như không đảm bảo việc lựa chọn đúng đối tượng có thu nhập thấp, có khó khăn về nhà ở, bị hạn chế về thu nhập và tích lũy. Quy định này đã và đang là nguyên nhân khiến cho quá trình phân phối NOXH và chính sách ưu đãi NOXH bị méo mó và dễ bị trục lợi vì giá NOXH rẻ hơn so với nhà thương mại và mức lãi suất ưu đãi để mua nhà rất thấp chỉ 4,8%/năm¹⁰, lại được vay vốn đến 80% giá trị căn nhà và giải

ngân trong 15 năm¹¹. Không hiếm những thông tin phản ánh tình trạng người có thu nhập thấp mua NOXH, nhưng đi ô tô hạng sang¹²... đang khiến cho người dân mất niềm tin vào chính sách NOXH hiện nay.

Chính vì vậy, thay đổi về quan niệm thu nhập, cách thức tính thu nhập chịu thuế, miễn thuế trong các quy định là điểm mấu chốt để đảm bảo tính đúng, tính đủ thu nhập của một cá nhân. Và, điều quan trọng nhất lúc này ở Việt Nam là phải có cơ chế để đảm bảo công khai, minh bạch thu nhập của toàn bộ người dân; đẩy mạnh triển khai các giải pháp phát triển thanh toán không dùng tiền mặt trên mọi lĩnh vực. Có như vậy, việc áp dụng điều kiện thu nhập để sàng lọc đối tượng thu nhập thấp được mua NOXH mới thực chất, hiệu quả và đảm bảo các chính sách an sinh đến đúng được đối tượng.

3. Điều kiện thu nhập là rào cản khiến người thu nhập thấp khó có thể vay vốn mua nhà ở xã hội

Mục tiêu cốt lõi của chính sách mua bán NOXH của Đảng và Nhà nước là nhằm tạo lập chỗ ở, nâng cao chất lượng cuộc sống cho nhóm đối tượng xã hội khó khăn về nhà ở, nhưng không có khả năng thanh toán theo cơ chế thị trường; góp phần giúp các thành phần kinh tế phát triển NOXH nhanh chóng thu hồi vốn để đầu tư và giảm gánh nặng cho Nhà nước về đảm bảo an sinh xã hội cho người dân. Để đạt được mục tiêu này, thông qua các ngân hàng, Chính phủ tiếp tục triển khai gói hỗ trợ tín dụng 30.000 tỷ

⁸ Mặc dù Điều 35 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 có quy định các loại tài sản, thu nhập người có chức vụ quyền hạn phải kê khai, nhưng trong thời đại cách mạng công nghiệp 4.0 hiện nay, việc quan chức có tài sản ảo có giá trị (ví dụ như đồng tiền ảo Bitcoin) lại không được tính là tài sản.

⁹ Nghị quyết số 954/2020/UBTVQH14 ngày 2/6/2020 về mức điều chỉnh giảm trừ gia cảnh của thuế thu nhập cá nhân.

¹⁰ Quyết định số 1232/QĐ-TTg về mức lãi suất cho vay ưu đãi của Ngân hàng Chính sách xã hội theo quy định tại Nghị định số 100/2015/NĐ-CP của Chính phủ về phát triển và quản lý NOXH.

¹¹ Khoản 4, 5 Điều 16, Điều 22 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ về phát triển và quản lý NOXH.

¹² Xem thêm: <https://danviet.vn/nha-xa-hoi-danh-cho-nguoi-thu-nhap-thap-sao-o-to-nhieu-the-7777987766.htm>, truy cập ngày 3/8/2020; <https://www.tienphong.vn/xa-hoi/nguoi-co-thu-nhap-thap-mua-nha-o-xa-hoi-gi-ma-toan-di-o-to-1427259.tpo>, truy cập ngày 3/8/2020.

để thúc đẩy phát triển NOXH, không chỉ cung ứng vốn cho các doanh nghiệp xây dựng NOXH, mà còn tạo điều kiện cho cá nhân có nhu cầu (trong đó có người thu nhập thấp) có cơ hội được mua NOXH; qua đó hình thành điểm cân bằng trong quan hệ cung - cầu NOXH¹³.

Theo đó, để được giải ngân vốn vay ưu đãi mua NOXH, về điều kiện thu nhập, người có thu nhập thấp ngoài yêu cầu phải có thu nhập dưới mức phải nộp thuế thu nhập cá nhân còn phải chứng minh được mình có đủ vốn tối thiểu để vay vốn, có nguồn thu nhập và khả năng trả nợ¹⁴. Việc đưa ra các điều kiện thu nhập đối với người có nhu cầu vay vốn là cần thiết, nhằm sử dụng gói hỗ trợ đúng mục đích và đối tượng, đồng thời bảo đảm điều kiện cho tổ chức tín dụng thu hồi được vốn cho vay. Tuy nhiên, trong quá trình triển khai, nhóm điều kiện về mức thu nhập của người có thu nhập thấp lại là nội dung trung tâm, gây bất cập và cản trở việc cho vay vốn để mua NOXH.

Về phía người thu nhập thấp, khả năng được vay vốn mua NOXH là rất khó do không có đủ khả năng trả nợ vay. Theo quy định, người có thu nhập thấp sẽ được vay lãi suất ưu đãi 4,8%/năm tại Ngân hàng Chính sách xã hội hoặc các tổ chức tín dụng do Nhà nước chỉ định thực hiện để mua NOXH¹⁵. Tuy nhiên, khi vay ở bất cứ một ngân hàng nào, ngoài việc phải đáp ứng các chính sách chung của Nhà nước, các đối tượng này còn phải tuân thủ các quy định riêng của từng ngân hàng. Ví dụ, người vay

vốn phải thực hiện gửi tiền tiết kiệm hàng tháng tại Ngân hàng Chính sách xã hội với thời gian gửi tối thiểu 12 tháng kể từ ngày ký hợp đồng tín dụng. Mức gửi hàng tháng tối thiểu bằng mức trả nợ hàng tháng của người vay vốn¹⁶. Như vậy, ngoài 20% tổng số tiền NOXH chi trả ban đầu cho chủ đầu tư, mỗi tháng họ phải trả từ 4.500.000 đồng đến 7.500.000 đồng cả lãi lẫn gốc và gửi tiết kiệm. Muốn vậy, thu nhập của gia đình phải gấp đôi hoặc gấp ba mức chi trả trên mới đủ điều kiện để mua nhà¹⁷. Chính vì vậy, mặc dù đã đáp ứng điều kiện thu nhập của đối tượng thu nhập thấp được vay mua NOXH, nhưng ngân hàng lại không mấy mặn mà và từ chối cho vay với nhóm đối tượng này vì hệ số rủi ro trong việc thu hồi vốn.

Về phía ngân hàng cho vay, dù là ngân hàng chính sách hay ngân hàng thương mại thì yếu tố đầu tiên vẫn phải là lợi nhuận. Trong khi đó, khi giao nhiệm vụ hỗ trợ triển khai NOXH, Nhà nước lại không chế mức lãi trần cũng như bắt buộc lựa chọn đối tượng người có thu nhập thấp cho vay là không phù hợp với tính chất tự do kinh doanh và làm khó cho các ngân hàng. Như đã phân tích ở trên, đây là nhóm đối tượng có khả năng hoàn trả nợ rất thấp, trong khi tỷ lệ lợi nhuận thấp, dẫn đến hệ số rủi ro trong tín dụng tăng cao và làm tăng nguy cơ tỷ lệ nợ xấu của ngân hàng. Quy định này trực tiếp xung đột với lợi ích, tôn chỉ hoạt động của các ngân hàng với tư cách là một doanh nghiệp đặc thù hoạt động hướng tới lợi nhuận.

¹³ Nghị quyết số 41/NQ-CP của Chính phủ ngày 9/4/2020 về phiên họp thường kỳ tháng 3/2020.

¹⁴ Khoản 5 Thông tư số 25/2015/TT-NHNN ngày 9/12/2015 về hướng dẫn cho vay vốn ưu đãi thực hiện chính sách NOXH.

¹⁵ Điều 13 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP.

¹⁶ Văn bản số 2526/NHCS-TDSV ngày 27/7/2016 của Ngân hàng Chính sách xã hội về việc hướng dẫn nghiệp vụ cho vay ưu đãi để mua, thuê mua NOXH; xây dựng mới hoặc cải tạo, sửa chữa nhà để ở.

¹⁷ Thanh Giang, *Nhà ở xã hội: Thu nhập thấp, vẫn khó chạm tay*, <http://daidoanket.vn/kinh-te/nha-o-xa-hoi-thu-nhap-thap-van-kho-cham-tay>, truy cập ngày 1/7/2020.

Do đó, quy định về điều kiện thu nhập dưới mức nộp thuế thu nhập thường xuyên đang là rào cản lớn nhất khiến cho người có thu nhập thấp khó có cơ hội tiếp cận gói vay ưu đãi mua NOXH, cũng như tính chất hỗ trợ của Nhà nước để phát triển NOXH cho nhóm đối tượng này bị thụt lùi. Có thể thấy, nguyên nhân sâu xa gây ra khó khăn, vướng mắc trên bắt nguồn từ vấn đề thu nhập và điều kiện thu nhập đối với người có thu nhập thấp mới chỉ đưa ra một con số cào bằng, mà chưa được xem xét trên tương quan tỷ lệ mức chi phí sinh hoạt (trong đó có chi phí về nhà ở) trong tổng thu nhập, nên không đảm bảo người có thu nhập thấp có khả năng tích lũy và có khả năng trả nợ các khoản vay hay không.

Vì vậy, để tạo sự thông thoáng, thuận lợi trong quá trình hoàn thiện hồ sơ vay vốn và mua NOXH cho các đối tượng có thu nhập thấp, tác giả cho rằng, Nhà nước không nên quy định các điều khoản có tính chất can thiệp quá sâu đến điều kiện thu nhập và sự lựa chọn đối tượng cho vay của ngân hàng. Thay vào đó, Nhà nước nên làm rõ khái niệm người có thu nhập thấp để nhận diện đối tượng được mua NOXH. Việc hình thành khái niệm sẽ giúp phân biệt với các đối tượng khác và nhằm tạo điều kiện xác định các đặc tính sinh sống của từng đối tượng, nhu cầu nhà ở của từng đối tượng; từ đó có phương thức hỗ trợ phù hợp hơn (công việc, đào tạo nghề, thuế đất...) giữa các đối tượng khác nhau nhằm giảm thiểu gánh nặng chi phí nhà ở chứ không chỉ về lãi suất vay ngân hàng như hiện nay.

4. Thủ tục xác nhận điều kiện thu nhập với đối tượng có thu nhập thấp còn lỏng lẻo, dễ bị trục lợi và nhiều rủi ro

Nếu như để được mua NOXH, các đối tượng quy định tại khoản 5, 6 và 7 Điều 49 của Luật Nhà ở năm 2014 phải chứng minh

mình đáp ứng điều kiện thu nhập thông qua xác nhận của cơ quan, đơn vị mà người đó đang làm việc về mức thu nhập không thuộc diện phải nộp thuế thu nhập thường xuyên thì người có thu nhập thấp chỉ cần tự kê khai về mức thu nhập của bản thân và chịu trách nhiệm về thông tin tự kê khai. Khi nghi ngờ về tính chính xác của thu nhập, Sở Xây dựng sẽ liên hệ với Cục Thuế địa phương để xác minh thuế thu nhập của các đối tượng này¹⁸. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, quy phạm này chưa đựng nhiều bất cập, cần sửa đổi bổ sung:

Thứ nhất, với quy định này, rõ ràng thủ tục xác nhận điều kiện thu nhập áp dụng đối với người thu nhập thấp không có tính đảm bảo và cho thấy sự lỏng lẻo, dễ dãi trong việc xét đối tượng được mua NOXH hiện nay. Liệu ngân hàng có thể cho một đối tượng vay dựa vào bảng thu nhập tự khai mà không được xác nhận bởi cơ quan có thẩm quyền nào. Sẽ có quá nhiều rủi ro cho các ngân hàng khi cho các đối tượng này vay vốn. Bởi, nếu xét duyệt và thẩm tra không kỹ điều kiện thu nhập sẽ để lọt các đối tượng trục lợi, để xảy ra nợ xấu và ngân hàng sẽ phải chịu hậu quả. Do đó, trên thực tế, các ngân hàng rất khó cho các đối tượng thu nhập thấp vay vì điều kiện thu nhập không đảm bảo tính xác thực.

Để tạo niềm tin cho ngân hàng cho vay vốn cũng như đảm bảo tính xác thực về điều kiện thu nhập của người thu nhập thấp, tác giả kiến nghị nên giao cho Chi cục Thuế xác nhận thu nhập của người đăng ký mua NOXH. Bởi chi cục thuế sẽ nắm rõ nhất tình trạng thu nhập của cá nhân, chỉ cần kiểm tra mã số thuế sẽ xác minh được có phải là người thu nhập thấp hay không. Tuy nhiên, để làm được điều đó cần phải thực hiện đồng bộ giải pháp về việc cấp mã số

¹⁸ Khoản 3 Điều 22 Nghị định số 100/2015/NĐ-CP.

thuế cho tất cả mọi công dân và các hoạt động thanh toán phải không dùng tiền mặt cũng như công khai minh bạch về thu nhập. Nếu giải quyết được vấn đề trên sẽ góp phần giúp quy trình, thủ tục mua NOXH được rõ ràng hơn, người xin xác nhận sẽ dễ dàng trong việc hoàn thành hồ sơ. Ngoài ra, cũng tránh được tình trạng đùn đẩy trách nhiệm giữa các cơ quan với nhau.

Thứ hai, quy định về tính tự chịu trách nhiệm về thông tin thu nhập tự khai của người có thu nhập thấp không thật sự thuyết phục. Mặc dù pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực nhà ở có quy định trường hợp mua bán NOXH không đúng đối tượng thì sẽ bị xử phạt hành chính lên đến 30 triệu¹⁹. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, mức phạt này quá thấp so với những lợi ích nếu mua được NOXH, được hưởng các chính sách ưu đãi về vốn vay và được bán lại với giá như nhà ở thương mại sau 05 năm sử dụng. Hơn nữa, công tác thanh tra, kiểm tra việc mua NOXH chưa thường xuyên nên số vụ bị phát hiện sai đối tượng chưa phản ánh đúng thực tế. Chính vì vậy, tình trạng các đối tượng không đủ điều kiện thu nhập được mua NOXH vẫn còn diễn ra.

Để công khai minh bạch và nâng cao trách nhiệm của các chủ thể trong quan hệ mua bán NOXH, cơ quan quản lý cần phải công khai danh sách người được duyệt mua NOXH trên trang thông tin về mua bán NOXH để ban quản trị, người dân chủ động giám sát, tố cáo những người không thật sự khó khăn về nhà ở, nhưng vẫn lợi dụng kẽ

hở của pháp luật để hưởng lợi chính sách từ Nhà nước.

Thứ ba, theo mẫu giấy tự khai về điều kiện thu nhập được quy định trong Thông tư số 20/2016/TT-BXD của Bộ Xây dựng ngày 30/6/2020 hướng dẫn thực hiện một số nội dung của Nghị định số 100/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ về phát triển và quản lý NOXH, người thu nhập thấp phải cam kết không thuộc diện nộp thuế thu nhập cá nhân hàng tháng. Nhưng, hướng dẫn không chỉ ra khoảng thời gian kê khai thu nhập cá nhân; hàng tháng ở đây được tính trong bao lâu, nếu có tháng phát sinh thuế, có tháng không thì sao?

Theo quan điểm của tác giả, nên áp dụng khoảng kê khai thu nhập theo năm để bao quát hết được một số ngành nghề có các khoản thu nhập có thể phát sinh theo năm như các công việc làm dịch vụ, nghiên cứu, kiến trúc, thầu xây dựng... Nên xác nhận tình trạng thu nhập của cá nhân trong khoảng một thời gian nhất định trước khi nộp hồ sơ mua nhà, có thể là 3-5 năm để thể hiện được diễn biến trong của thu nhập cũng như phản ánh tình trạng thu nhập tốt của cá nhân, có như vậy mới tạo được niềm tin cho ngân hàng khi cho vay vốn.

Kết luận

Qua phân tích trên cho thấy, nhà làm luật Việt Nam đã rất nỗ lực xây dựng các quy phạm để tạo điều kiện thuận lợi hơn cho các đối tượng có thu nhập thấp được mua NOXH, đạt được ước muốn an cư lạc nghiệp. Tuy nhiên, cách làm và tư duy còn chưa phù hợp với lý luận và thực tiễn khách quan, dẫn đến thực trạng mua bán NOXH còn nhiều bất cập, nhất là trong các quy định về điều kiện thu nhập. Do đó, để thúc đẩy và hoàn thiện chính sách phát triển NOXH cho các đối tượng có thu nhập thấp cần phải nhanh chóng sửa đổi các bất cập nêu trên.

¹⁹ Khoản 1 Điều 63 Nghị định số 139/2017/NĐ-CP ngày 27/11/2017 quy định về xử phạt hành chính trong hoạt động đầu tư xây dựng; khai thác, chế biến, kinh doanh khoáng sản làm vật liệu xây dựng, sản xuất, kinh doanh vật liệu xây dựng; quản lý công trình hạ tầng kỹ thuật; kinh doanh bất động sản, phát triển nhà ở, quản lý sử dụng nhà và công sở.

NHỮNG HẠN CHẾ TRONG QUẢN LÝ RÁC THẢI NHỰA TRÊN BIỂN TẠI VIỆT NAM THEO KẾ HOẠCH HÀNH ĐỘNG QUỐC GIA VỀ QUẢN LÝ RÁC THẢI NHỰA ĐẠI DƯƠNG ĐẾN NĂM 2030

*Phạm Hồng Hạnh**

Tóm tắt: Bài viết nhằm phân tích những vấn đề pháp lý về quản lý rác thải nhựa trên biển theo các quy định pháp luật hiện hành của Việt Nam; từ đó, đánh giá những điểm hạn chế trong khuôn khổ pháp lý điều chỉnh vấn đề này và đưa ra một số đề xuất hoàn thiện pháp luật.

Abstract: This Article aims to analyze legal issues on the management of marine plastic waste under the existing laws and regulations of Viet Nam. Thereby it points out limitations of the laws and makes relevant recommendations.

1. Cơ sở pháp lý về quản lý rác thải nhựa trên biển của Việt Nam

Ngày 4/12/2019, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1746/QĐ-TTg về Kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030. Đây là văn bản pháp lý đầu tiên trực tiếp điều chỉnh riêng biệt về quản lý chất thải nhựa trên biển của Việt Nam. Trước đó, vấn đề quản lý chất thải nhựa trên biển đã được quy định trong một số luật và văn bản dưới luật dưới góc độ là một nội dung của quản lý chất thải rắn nói chung trong bảo vệ môi trường và một nội dung của kiểm soát ô nhiễm môi trường biển. Cụ thể:

Dưới góc độ là một nội dung trong quản lý chất thải rắn nói chung, vấn đề quản lý chất thải nhựa trên biển được ghi nhận trong Luật Bảo vệ môi trường năm 2014 với những quy định chung về quản lý chất thải, bao gồm chất thải rắn và xử lý, khắc phục ô nhiễm môi trường; Nghị định số

38/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 24/4/2015 về quản lý chất thải và phế liệu với những quy định chung về quản lý chất thải trong đó, bao gồm chất thải nguy hại, chất thải rắn sinh hoạt, chất thải rắn công nghiệp thông thường và Thông tư số 36/2015/TT-BTNMT ngày 30/6/2015 về quản lý chất thải nguy hại; Quyết định số 491/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 7/5/2018 về Phê duyệt điều chỉnh chiến lược quốc gia về quản lý tổng hợp chất thải rắn đến năm 2025, tầm nhìn đến năm 2050 ghi nhận mục tiêu, nhiệm vụ và những giải pháp cơ bản liên quan đến chất thải rắn nói chung.

Dưới góc độ là một nội dung của kiểm soát ô nhiễm môi trường biển, vấn đề quản lý chất thải nhựa trên biển được điều chỉnh trước tiên bởi Luật Tài nguyên, môi trường, biển và hải đảo năm 2015 với những quy định chung về kiểm soát ô nhiễm môi trường biển và hải đảo. Bên cạnh đó là những văn bản trong các lĩnh vực kinh tế biển như thủy sản, dầu khí, hàng hải với những quy định chung liên quan đến bảo vệ

* TS., Khoa Pháp luật quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

môi trường trong quá trình tiến hành các hoạt động kinh tế trên biển như Luật Thủy sản, Luật Dầu khí, Bộ luật Hàng hải...

Như vậy, ngoài Kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030 (gọi tắt là Kế hoạch hành động quốc gia về rác thải nhựa đại dương), chất thải nhựa trên biển hiện nay vẫn đang được điều chỉnh chung bằng các văn bản pháp luật về quản lý chất thải nói chung và chất thải rắn nói riêng cũng như các văn bản về quản lý những hoạt động kinh tế biển, trong đó, có vấn đề bảo vệ môi trường biển. Tuy nhiên, Kế hoạch hành động quốc gia về rác thải nhựa đại dương về bản chất chỉ là một văn bản khung mang tính định hướng chiến lược. Do đó, hiệu quả trong việc thực hiện Kế hoạch hành động này sẽ phụ thuộc nhiều vào sự hoàn thiện của những quy định chung trong quản lý chất thải và bảo vệ môi trường biển trong quá trình tiến hành những hoạt động kinh tế biển.

2. Thách thức trong quản lý rác thải nhựa trên biển của Việt Nam theo Kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030

2.1. Sự dàn trải, thiếu tập trung trong quy định cơ quan đầu mối, chủ trì quản lý rác thải nhựa trên biển

Theo quy định tại Quyết định số 1746/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030, những chủ thể có thẩm quyền quản lý rác thải nhựa trên biển của Việt Nam hiện nay bao gồm:

(1) Các bộ, cơ quan ngang bộ có liên quan gồm: Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, Bộ Giao

thông vận tải, Bộ Công Thương, Bộ Ngoại giao, Bộ Thông tin và truyền thông, Bộ Giáo dục và Đào tạo. Trong đó, mỗi bộ sẽ chủ trì những nội dung trực tiếp thuộc lĩnh vực quản lý của bộ mình, đồng thời phối hợp với các bộ liên quan trong việc triển khai những nội dung cụ thể về quản lý rác thải nhựa trên biển. Cụ thể:

- Bộ Tài nguyên và Môi trường chủ trì và phối hợp với Bộ Thông tin và truyền thông, Bộ Ngoại giao, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Giao thông vận tải, Đài Tiếng nói Việt Nam, Đài Truyền hình Việt Nam và các cơ quan chủ quản báo chí Trung ương, địa phương và các cơ quan có liên quan trong hoạt động: (i) Truyền thông về rác thải nhựa, (ii) Quan trắc tài nguyên và môi trường, định kỳ đánh giá hiện trạng rác thải nhựa đại dương tại một số khu vực, (iii) Thúc đẩy các hoạt động hợp tác quốc tế, triển khai các sáng kiến của Việt Nam với cộng đồng quốc tế về quản lý rác thải nhựa đại dương;

- Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, Bộ Giao thông vận tải, Bộ Công Thương, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn chủ trì và phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường, các bộ, ngành, cơ quan có liên quan trong quản lý rác thải nhựa từ các hoạt động kinh tế thuần biển;

- Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn chủ trì, phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường, các bộ, ngành, cơ quan có liên quan kiểm soát trong quản lý rác thải nhựa tại các khu bảo tồn biển và cộng đồng ngư dân ven biển;

- Bộ Giáo dục và Đào tạo chủ trì, phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường, bộ, ngành, cơ quan có liên quan trong việc xây dựng và lồng ghép nội dung về rác thải

nhựa trên biển vào các chương trình giáo dục, đào tạo ở các cấp học;

- Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch chủ trì, phối hợp với Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương trong việc xây dựng mô hình thí điểm không sử dụng túi ni lông khó phân hủy, túi nhựa dùng một lần tại một số khu du lịch;

- Bộ Ngoại giao chủ trì, phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường, các bộ, ngành có liên quan và Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có biển thúc đẩy ký kết các điều ước quốc tế về quản lý rác thải nhựa đại dương.

(2) Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có biển. Với tư cách là cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương, Ủy ban nhân dân các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương có biển sẽ trực tiếp thực hiện một số hoạt động liên quan đến quản lý rác thải nhựa trên biển như thu gom, phân loại, lưu giữ, vận chuyển và xử lý chất thải, rác thải nhựa từ các hoạt động ở khu vực ven biển và trên biển; đồng thời phối hợp với một số bộ, cơ quan ngang bộ có liên quan trong việc thực hiện một số nội dung như phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Giao thông vận tải, các bộ, ngành, cơ quan có liên quan điều tra, khảo sát, rà soát, nghiên cứu, xây dựng cơ chế quản lý rác thải nhựa đại dương đảm bảo đồng bộ, thống nhất, hiệu lực, hiệu quả.

Việc quản lý rác thải nhựa trên biển tại Việt Nam được xây dựng theo mô hình phân cấp quản lý từ Trung ương tới địa phương. Theo đó, các cơ quan quản lý nhà nước tại Trung ương là các bộ, ngành liên quan xây dựng kế hoạch, chính sách, pháp luật và cơ quan quản lý nhà nước tại địa

phương là Ủy ban nhân dân các tỉnh thành phố, trực thuộc Trung ương có biển trực tiếp triển khai những nội dung này. Từ những quy định hiện nay về thẩm quyền quản lý rác thải nhựa trên biển, có thể thấy hệ thống những cơ quan quản lý rác thải nhựa trên biển của Việt Nam khá dàn trải. Ngoài Bộ Tài nguyên và môi trường, có đến 6 bộ khác cùng chịu trách nhiệm chủ trì các nội dung liên quan đến quản lý rác thải nhựa trên biển. Đặc biệt, đối với hoạt động thu gom, xử lý rác thải nhựa từ những hoạt động kinh tế thuần biển, cả Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, Bộ Giao thông vận tải, Bộ Công Thương, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn đều được giao trách nhiệm chủ trì.

Sự dàn trải trong hoạt động giữa các bộ dễ dẫn đến tình trạng đùn đẩy trách nhiệm giữa các bộ với nhau. Bởi lẽ, trong cùng một khu vực biển, có thể diễn ra nhiều hoạt động kinh tế biển khác nhau, vì vậy, rác thải nhựa có thể đồng thời phát sinh từ nhiều hoạt động kinh tế biển. Khi đó, bộ nào sẽ chịu trách nhiệm chủ trì trong quản lý? Chẳng hạn tại vịnh Hạ Long, rác thải nhựa có thể vừa phát sinh từ những hoạt động du lịch của tàu thuyền trên vịnh, từ hoạt động vận chuyển hàng hoá của các tàu thuyền trong quá trình ra vào cảng cũng như những hoạt động thủy sản của ngư dân. Trong trường hợp này, trách nhiệm chủ trì trong thu gom, xử lý những loại rác thải nhựa này sẽ do Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch, Bộ Giao thông vận tải hay Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn thực hiện?

Ngoài ra, việc quy định cơ quan chủ trì quản lý đối với một số nội dung chưa phù hợp, chưa tương thích với những văn bản khác trong cùng lĩnh vực. Cụ thể, theo quy định tại Kế hoạch hành động quốc gia về

quản lý rác thải nhựa đại dương, Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch xây dựng và thực hiện thí điểm mô hình quản lý, giảm thiểu, tiến tới không sử dụng sản phẩm nhựa dùng một lần, túi ni lông khó phân hủy tại một số khu du lịch quốc gia ven biển (Mục 3b Phần II Điều 1 Kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương). Tuy nhiên, thẩm quyền này không thuộc chức năng quản lý nhà nước về văn hóa, gia đình, thể dục, thể thao và du lịch trong phạm vi cả nước của Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch được quy định tại Nghị định số 79/2017/NĐ-CP quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch. Mặt khác, theo quy định tại Quyết định số 582/QĐ-TTg về đề án tăng cường kiểm soát ô nhiễm môi trường do sử dụng túi ni lông khó phân hủy trong sinh hoạt đến năm 2020, trách nhiệm chủ trì thực hiện những nội dung liên quan đến kiểm soát việc sử dụng túi ni lông được giao cho Bộ Tài nguyên và Môi trường (Mục V khoản 1 Điều 1).

2.2. Thiếu các quy định pháp luật làm cơ sở thực hiện những biện pháp quản lý rác thải nhựa trên biển

Những biện pháp quản lý rác thải nhựa trên biển được quy định trong Quyết định số 1746/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030 bao gồm:

(1) Tuyên truyền, nâng cao nhận thức, thay đổi hành vi, ứng xử với các sản phẩm nhựa và rác thải nhựa đại dương thông qua việc xây dựng các chương trình truyền thông về tác hại của các sản phẩm sử dụng một lần có nguồn gốc từ nhựa, túi ni lông khó phân hủy; đào tạo, tập huấn, nâng cao

nhận thức, tinh thần trách nhiệm, thay đổi thói quen sử dụng các sản phẩm nhựa dùng một lần, túi ni lông khó phân hủy; nâng cao năng lực, kinh nghiệm quản lý chất thải, rác thải nhựa cho đội ngũ cán bộ quản lý các cấp ở các địa phương có biển; tuyên truyền, kêu gọi các tổ chức, cá nhân tăng cường tái chế, tái sử dụng chất thải nhựa, thúc đẩy xây dựng nền kinh tế tuần hoàn, tăng trưởng xanh.

(2) Thu gom, phân loại, lưu giữ, vận chuyển và xử lý chất thải, rác thải nhựa từ các hoạt động ở khu vực ven biển và trên biển. Cụ thể:

+ Tổ chức các phong trào, chiến dịch thu gom, làm sạch bãi biển quy mô quốc gia, địa phương và cộng đồng dân cư ven biển, tối thiểu một năm hai lần;

+ Bố trí các thiết bị lưu chứa và các điểm tập kết chất thải, rác thải nhựa phù hợp, an toàn, thuận lợi, bảo đảm mỹ quan và vệ sinh môi trường;

+ Tạo điều kiện, khuyến khích và hỗ trợ các tổ chức, cá nhân thực hiện các hoạt động thu gom, phân loại, lưu giữ, vận chuyển, tái chế, tái sử dụng chất thải nhựa ở các lưu vực sông, khu vực các hệ sinh thái ven biển, rừng ngập mặn, các bãi tắm, vùng nước ven biển;

+ Xây dựng cơ sở thông tin, dữ liệu về rác thải nhựa đại dương thống nhất, phù hợp với cơ sở dữ liệu quốc gia về nguồn thải.

(3) Kiểm soát rác thải nhựa từ nguồn, bao gồm:

+ Điều tra, thống kê, phân loại, đánh giá các nguồn thải nhựa phát sinh từ đất liền và từ các hoạt động trên biển, hải đảo đồng thời lồng ghép với các giải pháp, biện pháp quản lý tổng hợp lưu vực sông, các đô thị ven biển, cửa sông;

+ Xây dựng, hoàn thiện hệ thống thu gom, phân loại, vận chuyển, xử lý chất thải, rác thải nhựa tại nguồn, chất thải nhựa tại các khu công nghiệp, đô thị, khu du lịch, khu dân cư tập trung ven biển, ven sông, cảng biển, chất thải nhựa phát sinh từ các hoạt động kinh tế thuần biển;

+ Ngăn ngừa, giảm thiểu việc thải bỏ, làm thất lạc ngư cụ khai thác thủy sản đi đôi với thực hiện nghiêm các chế tài, công cụ xử phạt vi phạm;

+ Tăng cường kiểm soát, quản lý việc xả thải vào nguồn nước; giám sát, xử lý thường xuyên và đột xuất các trường hợp vi phạm về xả thải trên biển; có biện pháp xử lý vi phạm từ nước thải khu đô thị và khu công nghiệp, nhất là tại vùng ven biển, cửa sông, vùng biển ven bờ.

(4) Hợp tác quốc tế, nghiên cứu khoa học, ứng dụng, phát triển, chuyển giao công nghệ về xử lý rác thải nhựa đại dương thông qua việc đẩy mạnh nghiên cứu, trao đổi chuyên sâu, chia sẻ thông tin, dữ liệu với các quốc gia và vùng lãnh thổ trong khu vực, trên thế giới về rác thải nhựa đại dương, bao gồm cả chuyển giao công nghệ, kỹ thuật trong xử lý và giảm thiểu rác thải nhựa đại dương; chủ động ký kết và thực hiện các điều ước quốc tế; phối hợp trong việc kiểm soát, quản lý rác thải nhựa đại dương; huy động nguồn lực quốc tế trong hỗ trợ kỹ thuật, đầu tư kiểm soát rác thải nhựa đại dương; thành lập Trung tâm quốc tế về rác thải nhựa đại dương; xây dựng hệ thống quan trắc, giám sát rác thải nhựa đại dương...

(5) Điều tra, khảo sát, rà soát, nghiên cứu, xây dựng cơ chế quản lý rác thải nhựa đại dương đảm bảo đồng bộ, thống nhất, hiệu lực, hiệu quả.

Như đã nói ở trên, do Kế hoạch hành động quốc gia về rác thải nhựa đại dương thực chất là một văn bản mang tính định hướng chiến lược nên về phương diện pháp lý, những biện pháp trong Kế hoạch này sẽ được thực hiện thông qua những quy định được ghi nhận trong các văn bản pháp luật có liên quan điều chỉnh vấn đề quản lý rác thải nhựa. Tuy nhiên, đến nay, cơ sở pháp lý này chưa được hoàn thiện:

Thứ nhất, những quy định về thu gom, xử lý chất thải nhựa trên biển hiện nay vẫn đang được điều chỉnh bằng Nghị định số 38/2015/NĐ-CP của Chính phủ về quản lý chất thải và phế liệu, trong khi Nghị định này chỉ điều chỉnh chung về rác thải nhựa mà chưa có hướng dẫn cụ thể về việc thu gom và xử lý loại chất thải này.

Thứ hai, chưa có quy định pháp luật về hạn chế hay cấm nhựa sử dụng một lần, đặc biệt là túi ni lông. Đối với hoạt động *sản xuất túi ni lông*, mặc dù Đề án tăng cường kiểm soát ô nhiễm môi trường do sử dụng túi ni lông khó phân hủy trong sinh hoạt đến năm 2020 có ghi nhận giải pháp “ban hành quy định cấm sản xuất các loại túi ni lông khó phân hủy có chiều dày một lớp màng nhỏ hơn 30 micromet (30 μm)” (điểm c khoản 2 Mục III Điều 1 Quyết định số 582/QĐ-TTg về đề án tăng cường kiểm soát ô nhiễm môi trường do sử dụng túi ni lông khó phân hủy trong sinh hoạt đến năm 2020), nhưng đến nay, Bộ Tài nguyên và Môi trường vẫn chưa có quy định cấm việc sản xuất túi ni lông khó phân hủy như trên. Đối với hoạt động *sử dụng túi ni lông*, Kế hoạch hành động quốc gia về rác thải nhựa đại dương mới chỉ ghi nhận về việc “thực hiện thí điểm mô hình quản lý, giảm thiểu, tiến tới không sử dụng sản phẩm nhựa

dùng một lần, túi ni lông khó phân hủy tại một số khu du lịch quốc gia ven biển” (Mục 3b Phần II Điều 1) chứ chưa quy định cấm hẳn việc sử dụng toàn bộ túi ni lông, đồng thời cũng chưa có văn bản nào quy định như vậy.

Thứ ba, chưa có quy định cụ thể về tái chế nhựa. Một trong những mục tiêu được ghi nhận trong Quyết định số 491/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt điều chỉnh chiến lược quốc gia về quản lý tổng hợp chất thải rắn đến năm 2025, tầm nhìn đến năm 2050 cũng như Kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030 là tái chế rác thải nhựa để phù hợp với xu thế phổ biến hiện nay của nhiều quốc gia trong quản lý rác thải nhựa theo mô hình kinh tế tuần hoàn. Tuy nhiên, Kế hoạch hành động quốc gia hầu như chưa đề cập đến những giải pháp để thực hiện mục tiêu này ngoài nội dung tuyên truyền, kêu gọi, tạo điều kiện, khuyến khích, hỗ trợ các tổ chức, cá nhân thực hiện các hoạt động tái chế chất thải nhựa ở các lưu vực sông, khu vực các hệ sinh thái ven biển, rừng ngập mặn, các bãi tắm, vùng nước ven biển.

Thứ tư, chưa có quy định cụ thể về thu gom, xử lý chất thải nhựa phát sinh từ các hoạt động kinh tế thuần biển cũng như ngăn ngừa, giảm thiểu việc thải bỏ, làm thất lạc ngư cụ khai thác thủy sản. Mặc dù Kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030 đã ghi nhận việc thu gom, xử lý chất thải nhựa phát sinh từ các hoạt động kinh tế thuần biển và ngăn ngừa, giảm thiểu việc thải bỏ, làm thất lạc ngư cụ khai thác thủy sản là những giải pháp nhằm kiểm soát rác thải nhựa từ nguồn, nhưng các văn bản luật chuyên

ngành trong các lĩnh vực kinh tế thuần biển, gồm du lịch và dịch vụ biển, kinh tế hàng hải, khai thác dầu khí và các tài nguyên khoáng sản biển, nuôi trồng và khai thác thủy sản, năng lượng biển cũng chưa quy định chi tiết về vấn đề này. Chẳng hạn, đối với giải pháp ngăn ngừa, giảm thiểu việc thải bỏ, làm thất lạc ngư cụ khai thác thủy sản, Luật Thủy sản và các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành không quy định những biện pháp cụ thể để thực hiện nội dung này mà chỉ quy định đây là một trong những hành vi bị cấm khi tiến hành hoạt động thủy sản và mức phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng đối với hành vi vứt bỏ trái phép ngư cụ xuống vùng nước tự nhiên (Nghị định số 42/2019/NĐ-CP của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực thủy sản); đối với việc thu gom, xử lý chất thải nhựa phát sinh từ hoạt động hàng hải, Bộ luật Hàng hải năm 2015 chỉ quy định: “Chủ tàu, chủ cảng và tổ chức, cá nhân liên quan phải tuân thủ quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường” (Điều 128); Luật Tài nguyên, môi trường biển và hải đảo quy định về kiểm soát ô nhiễm môi trường biển từ các hoạt động trên biển cũng theo cách tương tự: “Chất thải nguy hại từ các hoạt động trên biển phải được thu gom, phân loại, lưu giữ, vận chuyển và xử lý theo quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường; chất thải rắn phát sinh từ tàu thuyền, giàn khoan, giàn khai thác dầu khí, công trình và thiết bị khác trên biển phải được quản lý chặt chẽ theo quy định của pháp luật; chất thải trôi nổi trên biển và ven bờ biển phải được thu gom, phân loại, xử lý theo quy định của pháp luật về bảo vệ môi trường và pháp luật có liên quan” (Điều 45); Nghị định số 58/2017/NĐ-CP hướng

dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Hàng hải và Thông tư số 41/2017/TT-BGTVT về quản lý thu gom và xử lý chất thải từ tàu thuyền trong vùng nước cảng biển không có quy định riêng điều chỉnh vấn đề này mà vẫn viện dẫn những quy định chung tại Nghị định số 38/2015/NĐ-CP ngày 24/4/2015 của Chính phủ về quản lý chất thải và phế liệu và Thông tư số 36/2015/TT-BTNMT ngày 30/6/2015 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường về quản lý chất thải nguy hại.

Thứ năm, chưa có quy định cụ thể về quản lý chất thải nhựa trên biển có nguồn gốc từ đất liền. 80% chất thải nhựa trên biển có nguồn gốc từ đất liền¹. Bằng nhiều phương thức khác nhau, rác thải nhựa trên đất liền đổ ra biển. Ví dụ, rác nhựa trôi từ các sông nhỏ, gộp về sông lớn và ra biển. Tuy nhiên, Kế hoạch hành động quốc gia về rác thải nhựa đại dương mới chủ yếu tập trung vào vấn đề xử lý rác thải từ những hoạt động trên biển. Vấn đề xử lý rác thải nhựa có nguồn gốc từ đất liền vẫn chưa được điều chỉnh một cách thoả đáng. Cụ thể, đối với rác thải nhựa từ đất liền, Kế hoạch hành động chỉ ghi nhận giải pháp điều tra, thống kê, phân loại, đánh giá các nguồn thải nhựa phát sinh từ đất liền; thực hiện tốt mô hình phân loại chất thải, rác thải nhựa tại nguồn; xây dựng, hoàn thiện hệ thống thu gom, phân loại, vận chuyển, xử lý chất thải nhựa tại các khu công nghiệp, đô thị, khu du lịch, khu dân cư tập trung ven biển, ven sông, cảng biển theo quy định của

pháp luật về bảo vệ môi trường; lồng ghép thực hiện việc điều tra, thống kê, phân loại, đánh giá các nguồn thải nhựa từ đất liền, với các giải pháp, biện pháp quản lý tổng hợp lưu vực sông, các đô thị ven biển, cửa sông; tăng cường kiểm soát, quản lý việc xả thải vào nguồn nước và có biện pháp xử lý vi nhựa từ nước thải khu đô thị và khu công nghiệp, nhất là tại vùng ven biển, cửa sông, vùng biển ven bờ.

3. Một số đề xuất hoàn thiện pháp luật về quản lý rác thải nhựa trên biển của Việt Nam

Thứ nhất, tập trung hơn trong quy định cơ quan đầu mối chủ trì trong quản lý rác thải nhựa trên biển. Bản chất của hoạt động quản lý rác thải trên biển nói chung và rác thải nhựa trên biển nói riêng là hoạt động bảo vệ môi trường biển. Do đó, để tránh tình trạng dàn trải như đã phân tích, đồng thời cũng phù hợp với chức năng quản lý nhà nước về bảo vệ môi trường nói chung và bảo vệ môi trường biển nói riêng của Bộ Tài nguyên và Môi trường, nhiệm vụ chủ trì trong quản lý rác thải từ hoạt động kinh tế thuần biển nên được ghi nhận cho Bộ Tài nguyên và Môi trường, còn các bộ khác có liên quan có trách nhiệm phối hợp với Bộ Tài nguyên và Môi trường khi liên quan đến những hoạt động kinh tế thuộc phạm vi quản lý của bộ mình.

Thứ hai, ban hành quy định về cấm sản xuất các loại túi ni lông khó phân hủy có chiều dày một lớp màng nhỏ hơn 30 micromet (30 μ m) và ban hành quy định về hạn chế sử dụng sản phẩm nhựa dùng một lần, túi ni lông khó phân hủy, đồng thời tính đến việc sử dụng công cụ kinh tế là đánh thuế đối với người tiêu dùng khi sử dụng sản phẩm này. Mặc dù từ ngày 1/1/2019,

¹ Xem: Tổng cục Biển và hải đảo Việt Nam (2019), *Hành động quốc gia về rác thải nhựa đại dương*, <http://www.vasi.gov.vn/757/-hanh-dong-quoc-gia-ve-rac-thai-nhua-dai-duong/t708/c249/i1638>, truy cập ngày 8/3/2020.

biểu thuế Bảo vệ môi trường áp dụng đối với mặt hàng túi ni lông tăng lên 50.000 đồng/kg nhằm sử dụng biện pháp kinh tế để hạn chế sử dụng mặt hàng này, nhưng số liệu từ Bộ Tài chính cho thấy, công cụ thuế dường như chưa phát huy được tác động như mong muốn khi lượng túi được đánh thuế bảo vệ môi trường nộp vào ngân sách ngày càng giảm, từ 746 tấn năm 2014 xuống 577 tấn năm 2017, giảm 23%. Mặt khác, số lượng túi ni lông nhập khẩu cũng tăng rất lớn, gần 250% sau 4 năm, từ năm 2014 là 63,8 tấn lên 220 tấn năm 2017, giá bán túi ni lông trên thị trường rất thấp, giá túi nilông loại cao cấp khoảng 50.000-60.000 đồng/kg, loại kém chất lượng chỉ hơn 10.000 đồng/kg, chỉ bằng 65% mức thu của thuế bảo vệ môi trường². Thực tế này đòi hỏi cần có sự điều chỉnh trong công cụ kinh tế, đồng thời cần ban hành những quy định pháp luật hạn chế hoặc cấm việc sản xuất, sử dụng túi ni lông.

Thứ ba, cần quy định chi tiết, cụ thể về thu gom, tái chế, xử lý chất thải nhựa từ các hoạt động kinh tế thuần biển cũng như các hoạt động trên đất liền, nơi chiếm đến 80% nguồn gốc rác thải biển. Những vấn đề pháp lý liên quan đến các hoạt động kinh tế thuần biển, bao gồm cả nội dung bảo vệ môi trường, ngoài những quy định chung của Luật Bảo vệ môi trường thì được điều chỉnh chủ yếu bằng những quy định trong các ngành luật chuyên ngành về kinh tế biển như Luật Dầu khí, Luật Thủy sản, Luật Du lịch... cùng các văn bản hướng dẫn thi hành. Do đó, để có cơ sở pháp lý cho những hoạt động thu gom, tái chế, xử lý chất thải

nhựa từ các hoạt động kinh tế thuần biển, cần đưa những nội dung này vào văn bản của các ngành luật trên và quy định chi tiết, cụ thể với tư cách là một nội dung của bảo vệ môi trường từ những hoạt động kinh tế biển. Đối với chất thải nhựa có nguồn gốc từ đất liền, Bộ Tài nguyên và Môi trường cần ban hành những quy định chi tiết về quản lý đối với những chất thải nhựa này theo hướng ghi nhận những biện pháp, công cụ để tăng cường kiểm soát, quản lý việc xả thải vào nguồn nước và xử lý vi nhựa từ nước thải khu đô thị và khu công nghiệp, nhất là tại vùng ven biển, cửa sông, vùng biển ven bờ.

Kết luận

Nghị quyết số 36-NQ/TW ngày 22/10/2018 của Hội nghị lần thứ tám Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII về Chiến lược phát triển bền vững kinh tế biển Việt Nam đến năm 2030, tầm nhìn đến năm 2045 đã đặt mục tiêu “*Ngăn ngừa, kiểm soát và giảm đáng kể ô nhiễm môi trường biển; tiên phong trong khu vực về giảm thiểu chất thải nhựa đại dương*”. Kế hoạch hành động quốc gia về quản lý rác thải nhựa đại dương đến năm 2030 đã đặt ra mục tiêu giảm thiểu 50% rác thải nhựa trên biển và đại dương vào năm 2025 và 75% rác thải nhựa trên biển và đại dương vào năm 2030. Để đạt được những mục tiêu này, Việt Nam cần tiếp tục hoàn thiện khuôn khổ pháp lý về quản lý rác thải nhựa nói chung và rác thải nhựa trên biển nói riêng. Bên cạnh những giải pháp pháp lý như trên, các hoạt động truyền thông xã hội nhằm nâng cao ý thức người tiêu dùng về ô nhiễm rác thải nhựa cũng cần được đầu tư và quan tâm hơn nữa. Bởi lẽ, bảo vệ môi trường thiết thực nhất phải bắt nguồn từ sự thay đổi trong thói quen, suy nghĩ và hành động của mỗi tổ chức, cá nhân.

² Xem: Xuân Long (2019), *Hạn chế túi ni lông: Đánh thuế cũng như không!*, <https://tuoitre.vn/han-che-tui-nilong-danh-thue-cung-nhu-khong-2019092308472249.htm>, truy cập ngày 31/1/2020.

ÁP DỤNG GIẢI THÍCH PHÁT TRIỂN TRONG GIẢI THÍCH MỘT SỐ QUY ĐỊNH CỦA TỔ CHỨC THƯƠNG MẠI THẾ GIỚI VÀ LƯU Ý ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Hà*

Tóm tắt: Trên cơ sở các quy định của Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế, giải thích phát triển đã được thừa nhận và sử dụng rộng rãi bởi các cơ quan tài phán quốc tế. Trong khuôn khổ cơ chế giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), giải thích phát triển cũng đã được sử dụng, góp phần làm rõ nghĩa của nhiều thuật ngữ được sử dụng trong một số quy định. Bài viết này tập trung làm rõ một số vấn đề lý thuyết chung về giải thích phát triển, sau đó, phân tích việc áp dụng giải thích phát triển trong giải quyết tranh chấp tại WTO, cuối cùng, rút ra một số lưu ý cho Việt Nam.

Abstract: On the basis of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, evolutionary interpretation has been widely recognized and employed by international tribunals. Within the dispute settlement framework of the World Trade Organization (WTO), evolutionary interpretation has been used, contributing to the elucidation of concepts in many regulations. This Article focuses on clarifying general theoretical issues, and analyzes the application of evolutionary interpretation in settling disputes at WTO. Finally, it draws some implications for Viet Nam.

Mở đầu

Các điều ước quốc tế được ký kết trên cơ sở sự thống nhất ý chí của các chủ thể công pháp quốc tế khác nhau về chế độ pháp lý, kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội. Vào thời điểm ký kết, các nhà đàm phán khó có thể dự đoán được hết các hoàn cảnh mà ở đó các quy phạm điều ước sẽ được áp dụng¹. Đồng thời, để đảm bảo điều ước có thể đáp ứng những yêu cầu mà các chủ thể tham gia ký kết điều ước đưa ra, đôi khi, các nhà đàm phán lại phải sử dụng những thuật

ngữ chung chung, thiếu rõ ràng, dẫn đến có thể được hiểu theo các cách khác nhau. Nhằm hạn chế điều này, khi thực hiện điều ước, các chủ thể thực hiện cần áp dụng tốt các phương pháp giải thích điều ước, để “làm sáng tỏ nội dung của điều ước”² để giúp các quy định của một điều ước quốc tế có thể được áp dụng “đầy đủ và chính xác nhất, tránh sự hiểu lầm và mâu thuẫn phát sinh trong quá trình thực hiện điều ước”³.

Để đảm bảo mục tiêu nêu trên, Điều 31, 32 và 33 của Công ước Viên năm 1969 về

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương. Nghiên cứu này được tài trợ bởi Quỹ Phát triển khoa học và công nghệ quốc gia (NAFOSTED) trong đề tài mã số 505.99-2019.01.

¹ Patrick Daillier, Mathias Forteau & Alain Pellet, *Droit international public*, 8^e édition, L.G.D.J., Paris, 2009, tr. 276.

² Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh, *Giáo trình Công pháp quốc tế (Quyển 1)*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, Tp. Hồ Chí Minh, 2017, tr. 130.

³ Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh, *tlđd*, tr. 130.

Luật Điều ước quốc tế⁴ đã đưa ra các yêu cầu và hướng dẫn về giải thích điều ước quốc tế⁵. Về nguyên tắc chung, Công ước Viên năm 1969 yêu cầu điều ước quốc tế phải được giải thích trên cơ sở thiện chí, theo nghĩa thông thường của các thuật ngữ được sử dụng, có đặt trong bối cảnh và phù hợp với mục tiêu cũng như đối tượng của điều ước.

Một vấn đề được đặt ra khi áp dụng các quy định nêu trên để xác định nghĩa thông thường của các thuật ngữ được sử dụng trong điều ước là nghĩa thông thường đó cần được xác định theo cách hiểu của thuật ngữ vào thời điểm ký kết điều ước hay có thể được cập nhật theo sự tiến triển của thuật ngữ đó vào thời điểm sau khi điều ước được ký kết? Để trả lời câu hỏi này, một số cơ quan tài phán quốc tế cũng như các thiết chế giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế đã chấp nhận phương pháp giải thích phát triển (evolutive/evolutionary/dynamic interpretation) để đảm bảo có thể giải thích nghĩa thông thường của các thuật ngữ theo sự phát triển của thuật ngữ đó.

1. Giới thiệu về giải thích phát triển

Thứ nhất, về khái niệm giải thích phát triển

⁴ Tương tự là Điều 31 và Điều 32 của Công ước Viên năm 1986 về Luật Điều ước quốc tế giữa quốc gia và tổ chức quốc tế và giữa các tổ chức quốc tế (tuy nhiên Công ước này chưa có hiệu lực).

⁵ Về nội dung này, xem thêm: Trần Hữu Duy Minh, “Giải thích điều ước quốc tế theo quy định của Công ước Viên năm 1969 và pháp luật Việt Nam”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2018, số 10(366), tr. 77-84; Lê Văn Bính, “Tìm hiểu chế định giải thích điều ước quốc tế”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2005, số 12, tr. 53-59; Nguyễn Thị Thuận, “Về giải thích điều ước quốc tế”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2005, số 11, tr. 49-54.

Hiện nay, chưa có một khái niệm thống nhất về “giải thích phát triển”. Theo Eirik Bjorge, giải thích phát triển được hiểu là giải thích cho phép “*xác định nghĩa của các thuật ngữ trong điều ước vào thời điểm mà điều ước đó được áp dụng*”⁶. Sondre Torp Helmersen cho rằng “*giải thích phát triển là sự giải thích theo đó một thuật ngữ được bổ sung thêm nghĩa thay đổi theo thời gian*”⁷. Zdenek Nový định nghĩa: “*Giải thích phát triển là việc giải thích điều ước quốc tế theo đó một thuật ngữ được sử dụng trong điều ước quốc tế được gán cho một nghĩa thay đổi theo thời gian*”⁸. Theo Tòa án Công lý quốc tế, giải thích phát triển mang lại khả năng thay đổi “*nghĩa của một thuật ngữ có liên quan mỗi khi mà điều ước quốc tế được áp dụng*”⁹. Trong khi đó, Ủy ban Luật quốc tế của Liên hợp quốc thì cho rằng, giải thích phát triển là giải thích mang lại cho một thuật ngữ “*một nghĩa có khả năng tiến triển theo thời gian*”¹⁰.

Dù có những cách hiểu không hoàn toàn giống nhau, các khái niệm trên đều cho thấy, giải thích phát triển được sử dụng để giải thích một thuật ngữ trong điều ước mà

⁶ Eirik Bjorge, *The Evolutionary Interpretation of Treaties*, Oxford University Press, Oxford, 2014, tr. 59.

⁷ Sondre Torp Helmersen, “*Evolutive Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions*”, *European Journal of Legal Studies*, 2013, vol. 6, n^o. 1, tr. 162.

⁸ Zdenek Nový, “*Evolutionary Interpretation of International Treaties*”, *Czech Yearbook of International Law*, 2017, vol. VIII, tr. 211.

⁹ *Navigation and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)* (Judgment), 2009, CIJ Rep. 213, đoạn 63-64 và 70.

¹⁰ International Law Commission, *Report of the International Law Commission: Sixty-eighth Session (2 May-10 June and 4 July-12 August 2016)*, A/71/10 (2016), tr. 182-183.

nghĩa của thuật ngữ đó có thể thay đổi theo thời gian. Điều này có nghĩa là, giữa thời điểm điều ước được ký kết với thời điểm mà việc giải thích được thực hiện, thuật ngữ đã có sự thay đổi về nghĩa. Sự thay đổi về nghĩa có thể tồn tại dưới dạng là thuật ngữ đó đã có thêm nghĩa mới; thuật ngữ đó được hiểu theo cách khác, khác theo cách hiểu truyền thống; thuật ngữ đó đã được mở rộng thêm phạm vi áp dụng nhờ vào những sự thay đổi của các yếu tố văn hóa, xã hội, pháp luật, kinh tế, công nghệ... Như vậy, có thể thấy, giải thích phát triển cho phép điều ước quốc tế cập nhật được với sự phát triển, thay đổi của đời sống quốc tế, của các mối quan hệ quốc tế, dù rằng điều ước quốc tế có thể được ký kết từ rất lâu trong quá khứ. Mang yếu tố thời gian vào trong quá trình giải thích điều ước đảm bảo khả năng các điều ước trở thành các “*văn kiện sống được giải thích phù hợp với các điều kiện của cuộc sống thường ngày*”¹¹.

Thứ hai, về cơ sở pháp lý cho việc sử dụng giải thích phát triển

Pháp luật quốc tế chứa đựng một số quy định cho phép xem xét sự tiến triển của các tình huống trong giải thích điều ước quốc tế mà vẫn đảm bảo tương thích với thỏa thuận mà các bên đã thiết lập vào thời điểm ký kết điều ước.

Trước hết, theo Điều 31.3.a và b của Công ước Viên năm 1969 về Luật Điều ước quốc tế, khi giải thích điều ước, cùng với

nội dung của văn bản, bối cảnh, đối tượng và mục đích của điều ước, người giải thích sẽ phải tính đến: “*a) Mọi thỏa thuận sau này giữa các bên về việc giải thích điều ước hoặc về việc thi hành các quy định của điều ước; b) Mọi thực tiễn sau này trong khi thực hiện điều ước được các bên thỏa thuận liên quan đến việc giải thích điều ước*”. Nói cách khác, quy định nêu trên cho phép người giải thích điều ước có thể sử dụng các thỏa thuận và thực tiễn sau này (*subsequent agreement and practice*).

Năm 2018, sau hơn 10 năm làm việc về chủ đề “Các điều ước quốc tế theo thời gian”, Ủy ban Luật Quốc tế của Liên hợp quốc đã đệ trình Đại hội đồng “Dự thảo các kết luận về thỏa thuận và thực tiễn sau này trong giải thích điều ước quốc tế”¹². Theo Ủy ban Luật Quốc tế, “*thỏa thuận sau này với ý nghĩa là một phương tiện giải thích xác thực theo Điều 31.3(a) là một thỏa thuận về giải thích điều ước hoặc về áp dụng các quy định của điều ước đó mà các bên đã đạt được sau khi ký kết điều ước*”¹³, trong khi đó thực tiễn sau này, với ý nghĩa là phương tiện xác thực theo Điều 31.3(b) hoặc phương tiện bổ sung cho việc giải thích điều ước theo Điều 32, được định nghĩa là “*bất kỳ hành vi nào trong việc áp dụng điều ước, sau khi điều ước được ký kết, theo đó thiết lập thỏa thuận của các bên*

¹¹ *Tyrer v. The United Kingdom (Application n° 5856/7)*, Judgment of European Court of Human Rights of 25 April 1978, đoạn 31. Xem thêm: Georg Nolte, “Annex I: Les traités dans le temps, en particuliers l’accord et la pratique ultérieurs”, trong *Commission du droit international, Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa soixantième session*, A/63/10, 2008, tr. 163-174.

¹² Nations Unies, *Rapport de la Commission du droit international*, soixante-dixième session (30 avril-1er juin et 2 juillet-10 août 2018), Supplément n° 10 (A/73/10), tr. 11-122.

¹³ Xem kết luận số 4.1 của Dự thảo các kết luận về thỏa thuận và thực tiễn sau này trong giải thích điều ước của Ủy ban Luật Quốc tế. Nations Unies, *tlđđ*, tr. 13.

đối với việc giải thích điều ước”¹⁴ hoặc “bất kỳ hành vi nào của một hoặc nhiều bên trong áp dụng điều ước, sau khi ký kết điều ước đó”¹⁵.

Các khái niệm này đều cho thấy một điểm giống nhau là thỏa thuận sau này hay thực tiễn sau này chỉ được sử dụng vào giải thích điều ước trên cơ sở thỏa mãn hai yếu tố: i) Có sự đồng thuận của các bên ký kết điều ước về thỏa thuận hay thực tiễn sau này; ii) Các thỏa thuận hay thực tiễn sau này phải liên quan đến điều ước¹⁶. Nói cách khác, dù trong kết luận của mình, Ủy ban Luật Quốc tế khẳng định: “*Các thỏa thuận sau này và thực tiễn sau này theo quy định của Điều 31 và 32 có thể giúp xác định nội dung của các bên vào thời điểm giao kết điều ước quốc tế có thể trao cho một thuật ngữ một nghĩa tiến triển theo thời gian*”¹⁷, thì các thỏa thuận hoặc thực tiễn sau này, khi được sử dụng để giải thích phát triển, vẫn phải đảm bảo có sự đồng thuận của các bên và có liên quan đến điều ước mà các bên đã ký kết¹⁸.

¹⁴ Xem kết luận số 4.2 của Dự thảo các kết luận về thỏa thuận và thực tiễn sau này trong giải thích điều ước của Ủy ban Luật Quốc tế. Nations Unies, *tlđđ*, tr. 14.

¹⁵ Xem kết luận số 4.3 của Dự thảo các kết luận về thỏa thuận và thực tiễn sau này trong giải thích điều ước của Ủy ban Luật Quốc tế. Nations Unies, *tlđđ*, tr. 14.

¹⁶ Gabrielle Marceau, “*Evolutive Interpretation by the WTO Adjudicator*”, *Journal of International Economic Law*, 2018, vol. 21, n°. 4, tr. 798.

¹⁷ Xem kết luận số 8 của Dự thảo các kết luận về thỏa thuận và thực tiễn sau này trong giải thích điều ước của Ủy ban Luật Quốc tế. Nations Unies, *tlđđ*, tr. 15.

¹⁸ Trong vụ tranh chấp *Denmark v. Norway*, Tòa án Công lý quốc tế đã loại trừ việc áp dụng Điều 31.3(a) và (b) của Công ước Viên năm 1969 khi cho rằng, Thỏa thuận năm 1979 giữa Đan Mạch và Na Uy được sử dụng để giải thích cho Thỏa thuận năm

Thỏa thuận và thực tiễn sau này đã được nhiều cơ quan tài phán quốc tế, trong đó có cả các hội đồng trọng tài, sử dụng làm phương tiện giải thích điều ước quốc tế. Trong một số tranh chấp hoặc ý kiến tư vấn được đệ trình và giải quyết, Pháp viện Thường trực, Tòa án Công lý quốc tế, Tòa án Quốc tế về Luật biển, Tòa án Nhân quyền châu Âu, Tòa án quốc tế về Nam Tư cũ... đã được vận dụng thỏa thuận hoặc thực tiễn sau này để làm rõ ý nghĩa tiến triển theo thời gian của thuật ngữ được sử dụng trong điều ước¹⁹.

Bên cạnh quy định của Điều 31.3(a) và (b) kể trên, quy định tại Điều 31.3(c) cũng có thể được sử dụng làm căn cứ cho giải thích phát triển. “*Mọi quy tắc thích hợp của pháp luật quốc tế áp dụng trong các quan hệ giữa hai bên*”, như được nêu tại Điều 31.3(c) làm căn cứ để giải thích điều ước quốc tế, cho phép mở rộng phạm vi áp dụng của Điều 31.3(a) và (b). Do thuật ngữ “quy tắc” (rules) có nghĩa rộng hơn “thỏa thuận” (agreement) hay “thực tiễn” (practice), đồng thời không bắt buộc phải liên quan đến điều ước ban đầu mà các bên đã ký kết, nên việc hình thành các “quy tắc thích hợp của pháp luật quốc tế” và áp dụng các quy tắc này vào giải thích điều ước có thể dẫn đến việc “*sửa đổi phạm vi nghĩa vụ được quy định trong điều ước ban đầu*”²⁰. Điều này cũng

1965, không có liên quan đến Thỏa thuận năm 1965 vì trong Thỏa thuận năm 1979 không có bất kỳ dẫn chiếu nào, trực tiếp hoặc gián tiếp, tới sự tồn tại hoặc nội dung của Thỏa thuận năm 1965. Xem: International Court of Justice, *Case concerning maritime delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment of 14 June 1993, I.C.J. Reports 1993, đoạn 28.

¹⁹ Xem thêm: Georg Nolte, *tlđđ*, tr. 164.

²⁰ Gabrielle Marceau, *tlđđ*, tr. 799.

phù hợp với quan điểm của Ian Sinclair, trong công trình nghiên cứu khá toàn vẹn của mình về Công ước Viên năm 1969, khi cho rằng: “*Tồn tại một số bằng chứng cho thấy sự tiến triển và phát triển của pháp luật quốc tế có thể có ảnh hưởng quyết định tới nghĩa của các thuật ngữ được sử dụng trong một điều ước*”²¹. Nói cách khác, trên cơ sở nguyên tắc tích hợp hệ thống của pháp luật quốc tế (*principle of systemic integration of international law*)²², một điều ước có thể cập nhật những sự tiến triển theo thời gian bằng những giải thích phát triển dựa vào “các quy tắc thích hợp của pháp luật quốc tế” mà các bên đã áp dụng trong quan hệ giữa họ.

Thứ ba, về mối quan hệ giữa “giải thích phát triển” với các phương pháp giải thích khác

Có thể thấy, giải thích phát triển không được trực tiếp nhắc đến trong các Điều 31, 32 và 33 của Công ước Viên năm 1969. Được hình thành và sử dụng bởi các cơ quan tài phán quốc tế trong giải thích điều ước, giải thích phát triển không được coi là một phương pháp giải thích độc lập với những phương pháp được nhắc tới trong Công ước Viên năm 1969. Nói cách khác, giải thích phát triển được áp dụng trên cơ sở

vận dụng các quy định về giải thích mà Công ước Viên năm 1969 đã đưa ra. Bất kỳ một giải thích phát triển nào được đưa ra cho một thuật ngữ trong một điều ước không thể tách rời các phương pháp giải thích thông thường và phải xuất phát từ quá trình áp dụng các phương thức giải thích thông thường đó²³. Đồng thời, giải thích phát triển cũng phải thỏa mãn yêu cầu về thiện chí, đảm bảo xác định được nghĩa thông thường của thuật ngữ được đặt trong bối cảnh, đối tượng và mục đích của điều ước. Đây cũng là các yêu cầu cơ bản mà giải thích phát triển phải tuân thủ, từ đó, sẽ đảm bảo “nghĩa phát triển” của một thuật ngữ mà giải thích phát triển mang lại là đúng, phù hợp với bối cảnh áp dụng cụ thể của điều ước.

Thứ tư, trường hợp áp dụng giải thích phát triển

Khi nào giải thích phát triển cần được áp dụng là câu hỏi đến nay chưa có quan điểm thống nhất. Nói cách khác, khi nào và cách thức để xem xét đến các thay đổi về mặt ý nghĩa của các thuật ngữ hoặc quy định được đưa vào trong một điều ước quốc tế giữa thời điểm ký kết điều ước và ngày thực hiện giải thích vẫn là vấn đề còn có một số quan điểm khác nhau²⁴. Tuy vậy, nhiều học giả cho rằng, giải thích phát triển nên được áp dụng cho các thuật ngữ chung (*generic terms*) vì các thuật ngữ này có thể có nghĩa được phát triển theo thời gian. Trong khi đó, các thuật ngữ cụ thể, mang tính kỹ thuật (*specific or technical terms*) cần được giải thích với nghĩa được sử dụng vào thời điểm điều ước được ký kết (nói

²¹ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd edition, Manchester University Press, Manchester, 1984, tr. 139.

²² Commission du droit international, *Fragmentation du droit international: Difficulté découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, tr. 227; Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, vol. 54, n^o. 2, tr. 279-320.

²³ Xem thêm: Nations Unies, *tlđđ*, tr. 70.

²⁴ Gabrielle Marceau, *tlđđ*, tr. 795.

cách khác, lúc này cần áp dụng giải thích đương thời hay giải thích tĩnh (*contemporaneous interpretation/static interpretation*²⁵)²⁶.

Ngoài ra, Tòa án Công lý quốc tế cũng đã từng gợi ý trong nhiều vụ tranh chấp²⁷, rằng giải thích phát triển có thể được áp dụng với một điều ước quốc tế nếu các bên đã đưa vào trong điều ước đó những điều khoản mà các thuật ngữ được sử dụng và tính chất của điều khoản đó dẫn đến sự phát triển theo thời gian.

Trên cơ sở này, tác giả Campbell McLachlan đề xuất giải thích phát triển có thể được áp dụng trong ba tình huống sau²⁸:

²⁵ Phân biệt cụ thể giữa giải thích phát triển và giải thích đương thời, có thể xem thêm: Peter Tzeng, “The Principles of Contemporaneous and Evolutionary Interpretation”, trong Joseph Klingler, Yuri Parkhomenko & Constatinos Salonidis (eds.), *Between the Lines of the Vienna Convention? Canons and Other Principles of Interpretation in Public International Law*, Wolters Kluwer, 2018, tr. 387-422.

²⁶ Paulo Palchetti, “Interpreting “Generic Terms”: Between Respect for the Parties’ Original Intention and the Identification of the Ordinary Meaning”, trong Nerina Boschiero, Tullio Scovazzj, Cesare Pitea & Chiara Ragni (eds.), *International Courts and the Development of International Law: Essays in Honour of Tullio Treves*, Springer, The Hague, 2013, tr. 91-92. Patrick Daillier, Mathias Forteau & Alain Pellet, *tlđđ*, tr. 287. Theodore Georgopoulos, “Le droit intertemporel et les dispositions conventionnelles évolutives”, *Revue générale de droit international public*, 2004, vol. 108, n^o. 1, tr. 130; Brigitte Stern, *20 ans de jurisprudence de la Cour internationale de Justice: 1975-1995*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1998, tr. 80-81.

²⁷ Xem nhận định của Tòa án Công lý quốc tế về vấn đề này trong các vụ tranh chấp hoặc ý kiến tư vấn như: *Namibia (Legal Consequence)*, ICJ Rep. (1971), tr. 31; *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)*, ICJ Rep. 1978, tr. 3; *Case concerning Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, ICJ Rep. (1997), đoạn 76-80.

²⁸ Campbell McLachlan, *tlđđ*, tr. 317.

- Các thuật ngữ được sử dụng trong điều ước có nghĩa được phát triển theo thời gian và các bên của điều ước có dẫn chiếu đến nghĩa được phát triển đó trong quá trình xác định quyền và nghĩa vụ cụ thể của mỗi bên đối với nhau;

- Việc sử dụng ngôn ngữ trong một điều ước, đặc biệt là trong mối quan hệ với đối tượng và mục đích của điều ước, cho thấy các bên đã cam kết sử dụng những sự phát triển sau này để giải thích điều ước;

- Các nghĩa vụ được mô tả bằng các thuật ngữ chung mà cần phải xem xét đến sự thay đổi của bối cảnh khi giải thích và áp dụng nghĩa vụ đó.

Ví dụ cụ thể cho quan điểm này có thể xem ở phần 2 dưới đây khi nghiên cứu về việc áp dụng giải thích phát triển vào giải thích một số điều ước thương mại quốc tế trong khuôn khổ WTO.

Thứ năm, về vai trò của giải thích phát triển

Có thể thấy, việc áp dụng giải thích phát triển là cần thiết trong một số trường hợp nhất định. Vai trò cụ thể của giải thích phát triển được thể hiện ở một số điểm sau đây:

- Giải thích phát triển cho phép rà soát lại các giải thích đang tồn tại đối với một thuật ngữ hoặc một quy định nào đó trong điều ước.

- Giải thích phát triển đảm bảo sự năng động và linh hoạt cho giải thích và áp dụng điều ước quốc tế khi thời điểm ký kết và thời điểm giải thích điều ước có thể cách xa nhau và cách hiểu một thuật ngữ giữa hai thời điểm đó đã có nhiều sự khác biệt.

- Giải thích phát triển cho phép bảo vệ những lợi ích chung trong Luật Quốc tế. Nhận định về vai trò này, Giorgio Gaja đã

khẳng định: “*Sự tiến triển của các khái niệm được sử dụng trong điều ước không nhất thiết dẫn đến việc thúc đẩy bảo vệ các lợi ích chung của cộng đồng quốc tế. Tuy nhiên, tính đến các sự phát triển sau đó của các khái niệm lại cho phép tạo ra cơ hội để tìm thấy trong điều ước một nghĩa mà theo đó việc bảo vệ các lợi ích chung được tăng cường*”²⁹.

Tóm lại, có thể thấy, dù không được nêu đích danh trong Công ước Viên năm 1969, giải thích phát triển trở thành một phương pháp được thừa nhận giúp xác định được nghĩa của thuật ngữ trong điều ước theo thời gian ở một số trường hợp nhất định. Các phân tích dưới đây sẽ làm rõ hơn về giải thích phát triển khi được áp dụng vào giải thích một số hiệp định thương mại của WTO.

2. Áp dụng giải thích phát triển trong giải thích một số quy định của Tổ chức Thương mại thế giới

Giải thích phát triển ngày càng được chấp nhận rộng rãi bởi các cơ quan tài phán quốc tế trong quá trình giải thích và áp dụng các điều ước quốc tế. Dù được cho rằng phù hợp nhất cho các điều ước về tổ chức quốc tế và về quyền con người, giải thích phát triển cũng đã được áp dụng để giải thích một số quy định của WTO.

Các hiệp định thương mại trong khuôn khổ của WTO đã được thông qua vào cuối vòng Uruguay và có hiệu lực từ ngày 01/01/1995, trong đó Hiệp định chung về thuế quan và thương mại (GATT) được ký

kết từ năm 1947³⁰. Một số thuật ngữ được đưa vào trong các hiệp định này cần được cập nhật theo những ý nghĩa mới cùng với sự thay đổi của bối cảnh chính trị, xã hội, lịch sử, pháp lý, công nghệ, ngôn ngữ... có liên quan đến thương mại quốc tế. Do đó, trong khuôn khổ giải thích các quy định của WTO, Cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO, thông qua hoạt động của các Ban Hội thẩm và Cơ quan Phúc thẩm, đã áp dụng giải thích phát triển. Các phân tích dưới đây sẽ làm rõ sự cần thiết phải áp dụng giải thích phát triển trong khuôn khổ của WTO và các trường hợp áp dụng. Cụ thể:

Thứ nhất, về sự cần thiết phải áp dụng giải thích phát triển

Khi lần đầu tiên sử dụng giải thích phát triển để diễn giải cụm từ “nguồn tài nguyên có thể cạn kiệt” được sử dụng trong Điều XX.g của GATT trong vụ tranh chấp US – Shrimp, Cơ quan Phúc thẩm đã dẫn chiếu với các phán quyết hoặc ý kiến tư vấn của Tòa án Công lý quốc tế³¹ để khẳng định: “*Tòa án Công lý Quốc tế đã đánh giá rằng, khi các thuật ngữ được sử dụng trong một điều ước “được định nghĩa phát triển”, giải thích các thuật ngữ đó không thể bỏ qua sự phát triển mà pháp luật đã ghi nhận sau này... Hơn nữa, bất kỳ công cụ pháp lý quốc tế nào cũng phải được giải thích và áp dụng trong khuôn khổ của toàn bộ hệ thống pháp lý đang có hiệu lực vào thời điểm việc*

²⁹ Giorgio Gaja, *The protection of general interests in the international community*, in Académie de Droit International de la Haye, *Recueil des cours*, vol. 364, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, tr. 66.

³⁰ Trừ Hiệp định Tạo thuận lợi thương mại được ký kết vào năm 2013 và có hiệu lực từ năm 2017 và Hiệp định về các sản phẩm công nghệ thông tin được ký kết vào năm 1996.

³¹ Cơ quan Phúc thẩm đã dẫn chiếu đến Ý kiến tư vấn của Tòa án Công lý quốc tế trong vụ *Namibia (Legal Consequence)*, ICJ Rep. (1971), tr. 31; *Aegean Sea Continental Shelf Case (Greece v. Turkey)*, ICJ Rep. 1978, tr. 3.

giải thích được thực hiện”³². Việc dẫn chiếu tới các nhận định của Tòa án Công lý quốc tế không chỉ đảm bảo sự thống nhất trong việc giải thích và áp dụng pháp luật quốc tế, mà còn cho thấy trong khuôn khổ của WTO cũng như trong pháp luật quốc tế nói chung, một số thuật ngữ được sử dụng có nghĩa không “tĩnh” mà “được định nghĩa phát triển”. Trong bối cảnh đó, giải thích phát triển cần được áp dụng.

Sau đó, trong vụ tranh chấp *Trung Quốc – Xuất bản phẩm và các sản phẩm nghe nhìn*, Cơ quan Phúc thẩm đã làm rõ hơn sự cần thiết phải áp dụng giải thích phát triển. Trước hết, Cơ quan Phúc thẩm đã phủ nhận cách tiếp cận của Ban Hội thẩm theo đó “nghĩa thông thường” của thuật ngữ mà Điều 31.1 Công ước Viên năm 1969 yêu cầu xác định tương ứng với nghĩa được sử dụng trong từ điển³³. Cơ quan Phúc thẩm, sau đó, nhận định: “*Theo Điều 31 của Công ước Viên, “nghĩa thông thường” của các thuật ngữ trong một điều ước chỉ có thể được xác định trong bối cảnh, theo đối tượng và mục đích của điều ước. Từ góc độ này, Cơ quan Phúc thẩm đã giải thích rằng giải thích theo các quy tắc tập quán được pháp điển hóa theo Điều 31 Công ước Viên, cuối cùng, luôn là một công việc tổng thể không thể bị chia rời thành các phần riêng lẻ một cách cơ học*”³⁴. Nhận định này cho thấy, giải thích phát triển, trong trường hợp

được sử dụng, cũng cần phải kết hợp với các yếu tố khác như bối cảnh, đối tượng, mục đích của điều ước để tìm được “nghĩa thông thường” của thuật ngữ mà “nghĩa thông thường” này đã có sự tiến triển theo những thay đổi của bối cảnh, các điều kiện khoa học, công nghệ, văn hóa, xã hội pháp lý hay ngôn ngữ tại thời điểm mà thuật ngữ đó được giải thích³⁵. Cơ quan Phúc thẩm tiếp tục bổ sung yêu cầu theo đó người giải thích phải căn cứ vào bối cảnh, đối tượng và mục đích của điều ước để xác định được nghĩa phù hợp của thuật ngữ³⁶. Cách làm như vậy sẽ giúp có được một giải thích chính xác đối với thuật ngữ cần giải thích.

Với quan điểm và cách tiếp cận như vậy, Cơ quan Phúc thẩm đã không đồng ý với ý kiến của Trung Quốc khi thành viên này cho rằng, thuật ngữ “các bản ghi âm” và “phân phối” được đưa vào trong biểu cam kết dịch vụ của mình cần phải được giải thích theo nghĩa vào thời điểm mà chúng được đưa vào biểu cam kết. Dựa trên nguyên tắc tự do hóa thương mại dần dần, được ghi nhận là đối tượng cũng như mục đích của Hiệp định chung về thương mại dịch vụ (GATS) và được quy định cụ thể trong Điều XIX GATS, Cơ quan Phúc thẩm cho rằng “*một giải thích như vậy sẽ làm ảnh hưởng đến khả năng dễ dự đoán, tính an toàn và rõ ràng của các cam kết cụ thể trong GATS đã đạt được nhờ vào một loạt các cuộc đàm phán liên tiếp và phải được giải thích theo các quy tắc tập quán về giải*

³² United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, ghi chú số 109.

³³ China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, 19 January 2010, đoạn 348.

³⁴ *Tlđđ*, WT/DS363/AB/R, đoạn 348.

³⁵ Gabrielle Marceau, *tlđđ*, tr. 803. Xem thêm: Hélène Ruiz Fabri & Pierre Monnier, “OMC: Chronique du règlement des différends 2009-2010”, *Journal du droit international (Clunet)*, 2010, n° 3, tr. 911-953.

³⁶ *Tlđđ*, WT/DS363/AB/R, đoạn 399.

*thích điều ước quốc tế*³⁷. Có thể thấy, nhận định này của Cơ quan Phúc thẩm cũng tương thích với cách tiếp cận của Tòa án Nhân quyền châu Âu khi xem xét các điều ước thương mại quốc tế là những “công cụ pháp lý sống” có thể được giải thích phát triển. Hơn nữa, xuất phát từ yêu cầu nói chung của cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO được quy định tại Điều 3.2 của Thỏa thuận về Giải quyết tranh chấp (DSU)³⁸, Cơ quan Phúc thẩm cũng cho thấy, áp dụng giải thích phát triển là cần thiết để đảm bảo “tính an toàn và dễ dự đoán” của hệ thống thương mại đa phương.

Thứ hai, về các trường hợp áp dụng giải thích phát triển

Từ các vụ tranh chấp mà ở đó giải thích phát triển được áp dụng, có thể thấy, giải thích phát triển đã được áp dụng trong bốn tình huống cụ thể dưới đây:

Một là, đối với việc giải thích các thuật ngữ chung trong các ngoại lệ có liên quan đến những vấn đề mang tính thời sự

Các nghĩa vụ của thành viên WTO theo các hiệp định của tổ chức này có thể đi kèm với các ngoại lệ, trong đó có các ngoại lệ chung tại Điều XX của GATT hay Điều XIV của GATS. Khi áp dụng một số ngoại lệ chung, Ban hội thẩm và Cơ quan Phúc thẩm của WTO đã áp dụng giải thích phát triển để làm rõ ý nghĩa của một số thuật ngữ trong ngoại lệ này. Trường hợp điển hình nhất là việc giải thích cụm từ “nguồn tài nguyên có thể bị cạn kiệt” theo quy định

của Điều XX.g³⁹ GATT 1947/1994. Trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ – Tôm*, để xác định biện pháp bị khiếu kiện của Hoa Kỳ có đáp ứng các yêu cầu của ngoại lệ theo Điều XX.g hay không, Ban Hội thẩm và Cơ quan Phúc thẩm đã phải xác định rùa biển – đối tượng bảo vệ mà biện pháp bị khiếu kiện của Hoa Kỳ hướng tới – có là “nguồn tài nguyên có thể bị cạn kiệt” hay không⁴⁰. Theo các nguyên đơn trong vụ tranh chấp (như Ấn Độ, Pakistan và Thái Lan), “nguồn tài nguyên có thể bị cạn kiệt” cần được giải thích một cách hợp lý để chỉ bao gồm những nguồn tài nguyên khoáng sản, mà không bao gồm nguồn tài nguyên sinh vật hoặc có thể tái tạo được. Tuy nhiên, Cơ quan Phúc thẩm đã có quan điểm khác khi cho rằng, thuật ngữ “nguồn tài nguyên” (*natural resources*) được đưa vào GATT từ năm 1947: i) Cần phải được giải thích theo những quan ngại hiện tại của cộng đồng quốc tế về bảo vệ môi trường cũng như về phát triển bền vững⁴¹; ii) Là một thuật ngữ chung không có nội dung “tĩnh” mà cần được hiểu theo nghĩa “phát triển”; iii) Nhiều điều ước quốc tế khác đều hiểu thuật ngữ này bao gồm cả nguồn tài nguyên “sống” và “không sống”⁴², trong đó có Công ước quốc tế về buôn bán các loại động, thực vật hoang dã nguy cấp (CITES) xếp rùa biển vào nhóm động vật có nguy

³⁹ Ngoại lệ này cho phép một thành viên WTO áp dụng một biện pháp thương mại “*liên quan đến việc gìn giữ nguồn tài nguyên thiên nhiên có thể bị cạn kiệt, nếu các biện pháp đó cũng được áp dụng hạn chế cả với sản xuất và tiêu dùng trong nước*”.

⁴⁰ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, đoạn 127 và sau đó.

⁴¹ *Tlđđ*, WT/DS58/AB/R, đoạn 129.

⁴² *Tlđđ*, WT/DS58/AB/R, đoạn 130.

³⁷ *Tlđđ*, WT/DS363/AB/R, đoạn 397.

³⁸ Điều 3.2 của DSU quy định: “Hệ thống giải quyết tranh chấp của WTO là một nhân tố trung tâm trong việc tạo ra sự an toàn và khả năng dự đoán trước cho hệ thống thương mại đa biên”.

cơ tuyệt chủng⁴³, Cơ quan Phúc thẩm đã khẳng định rùa biển là “nguồn tài nguyên có thể bị cạn kiệt”. Có thể thấy rõ, Cơ quan Phúc thẩm đã chỉ ra thuật ngữ “nguồn tài nguyên” là một thuật ngữ chung, và do đó, cần phải áp dụng giải thích phát triển để làm rõ nội hàm của thuật ngữ này theo cách hiểu vào thời điểm giải thích, phù hợp với các quan ngại của cộng đồng quốc tế và pháp luật quốc tế có liên quan. Đồng thời, đây cũng là việc áp dụng triệt để nguyên tắc giải thích có lợi, vì khi mở rộng phạm vi của thuật ngữ “nguồn tài nguyên có thể bị cạn kiệt”, giải thích này sẽ có lợi cho các hoạt động bảo vệ môi trường.

Bên cạnh trường hợp điển hình này, giải thích phát triển cũng đã được ngầm sử dụng để làm rõ thuật ngữ “đạo đức công cộng” được nêu tại Điều XIV.a của GATS. Ban Hội thẩm trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ – Đánh bạc* đã nhận định: “Chúng tôi nhận thức rõ rằng, có sự nhạy cảm khi giải thích các thuật ngữ “đạo đức công cộng” hoặc “trật tự công cộng” được sử dụng trong Điều XIV. Theo quan điểm của Ban Hội thẩm, nội dung của các thuật ngữ này đối với các thành viên có thể thay đổi theo thời gian và không gian, phụ thuộc vào một loạt các yếu tố, bao gồm cả các giá trị xã hội, văn hóa, dân tộc và tôn giáo”⁴⁴. Nhận định này cho thấy, khi giải thích thuật ngữ “đạo đức công cộng”, người giải thích cần phải xem xét đến các sự thay đổi về thời gian và không gian với một loạt các yếu tố có thể tác động đến nội hàm và ngoại diên của

thuật ngữ. Dù không chỉ rõ là các Ban Hội thẩm hay Cơ quan Phúc thẩm phải áp dụng giải thích phát triển, nhưng việc dẫn chiếu đến sự thay đổi nghĩa của cụm từ “đạo đức công cộng” theo thời gian đã cho thấy, nó cần được giải thích theo hướng phát triển⁴⁵.

Gần đây, Ban Hội thẩm, trong vụ *Ấn Độ – Pin mặt trời*, cũng xác định cụm từ “sản phẩm thuộc diện khan hiếm chung hoặc tại một địa phương” (*products in general or local short supply*) trong Điều XX.j⁴⁶ GATT năm 1947/1994 cũng hàm chứa những thuật ngữ không “tĩnh” mà “đủ chung” để cần phải giải thích theo hướng phát triển⁴⁷.

Hai là, đối với việc giải thích các thuật ngữ chung bao trùm lên các sản phẩm, dịch vụ hoặc hình thức khai thác quyền sở hữu trí tuệ mới

Do có độ trễ về mặt thời gian, các sản phẩm, dịch vụ hoặc hình thức khai thác quyền sở hữu trí tuệ được quy định trong các hiệp định của WTO vào thời điểm ký kết có thể không bao trùm hết được các loại hình sản phẩm, dịch vụ hoặc hình thức khai thác quyền sở hữu trí tuệ được hình thành sau đó. Nói cách khác, sự phát triển của khoa học công nghệ, cộng với sự năng động

⁴³ *Tlđđ*, WT/DS58/AB/R, đoạn 132.

⁴⁴ *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Panel Report, WT/DS285/R, 20 April 2005, đoạn 6.461.

⁴⁵ Gabrielle Marceau, *tlđđ*, tr. 805.

⁴⁶ Điều XX.j của GATT quy định một thành viên có thể thi hành một biện pháp “**thiết yếu để có được hay phân phối một sản phẩm thuộc diện khan hiếm chung hoặc tại một địa phương**”; tuy nhiên, các biện pháp đó phải tương thích với các nguyên tắc theo đó mỗi bên ký kết phải có một phần công bằng trong việc quốc tế cung cấp các sản phẩm đó và các biện pháp không tương thích với các quy định khác của Hiệp định này sẽ được xóa bỏ ngay khi hoàn cảnh dẫn tới lý do áp dụng đã không còn tồn tại nữa”.

⁴⁷ *India – Certain Measures relating to Solar Cells and Solar Modules*, Report of Panel, WT/DS456/R, 24 February 2016, đoạn 7. 232.

và biến đổi không ngừng của môi trường kinh doanh có thể làm cho các quy định của WTO trở nên lỗi thời nếu chỉ áp dụng phương pháp giải thích tĩnh. Trong vụ tranh chấp *Trung Quốc – Xuất bản phẩm và các sản phẩm nghe nhìn*, bằng việc áp dụng giải thích phát triển, Cơ quan Phúc thẩm đã xác định các thuật ngữ như “bản ghi âm” và “phân phối” được sử dụng trong biểu cam kết dịch vụ của Trung Quốc⁴⁸ là các thuật ngữ chung mà nghĩa của chúng có thể thay đổi theo thời gian⁴⁹. Từ đó, Cơ quan Phúc thẩm cho rằng, dịch vụ phân phối các bản ghi âm, theo cam kết của Trung Quốc, bao gồm cả việc phân phối các sản phẩm ghi âm hữu hình hay phân phối sản phẩm ghi âm vô hình, thông qua các kênh phân phối điện tử⁵⁰.

Tương tự, trong vụ *Cộng đồng châu Âu – Sản phẩm công nghệ thông tin*, Ban Hội thẩm đã được thành lập để xem xét biện pháp thuế quan mà Cộng đồng kinh tế châu Âu đã sử dụng đối với các thiết bị hiển thị màn hình phẳng (*flat-panel display devices* (FPD)) có khả năng tiếp nhận và tái tạo tín hiệu video từ các máy xử lý dữ liệu tự động hoặc các nguồn khác. Giữa nguyên đơn và bị đơn đã có sự bất đồng quan điểm khi xác định FPD có nằm trong dòng thuế mà Cộng đồng kinh tế châu Âu cam kết đối với sản phẩm giao diện trực quan kỹ thuật số (Digital Visual Interface – DVI) hay không.

Ban Hội thẩm, sau khi chỉ ra rằng, các thuật ngữ chung đã được sử dụng để mô tả về DVI trong biểu cam kết thuế quan của Cộng đồng kinh tế châu Âu, xác định các thuật ngữ chung đó có thể bao trùm lên một phạm vi rộng các sản phẩm và công nghệ⁵¹. Từ đó, Ban Hội thẩm cho rằng, FPD là sản phẩm được xếp vào nhóm DVI.

Đối với hình thức khai thác quyền sở hữu trí tuệ mới, trong vụ tranh chấp *Trung Quốc – Quyền sở hữu trí tuệ*, Ban Hội thẩm đã xác định thuật ngữ “quy mô thương mại” (commercial scale) được sử dụng trong Điều 61 của Hiệp định các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (Hiệp định TRIPs)⁵² không được hiểu theo nghĩa “tĩnh” mà cần được thay đổi để phù hợp với các dạng thức kinh doanh và cạnh tranh do các yếu tố công nghệ và thực tiễn marketing tạo ra. Cụ thể, Ban hội thẩm nhận định:

“Một “quy mô thương mại” có thể áp dụng cho rất nhiều hình thức thương mại khác nhau, và do đó, cho nhiều hình thức vi phạm khác nhau. Các hình thức thương mại cụ thể không “tĩnh” mà thích nghi theo sự thay đổi các hình thức cạnh tranh được tạo ra bởi sự phát triển công nghệ và sự tiến triển của các thực tiễn marketing. Ban Hội thẩm cho rằng, không có lý do để giải thích vì sao các hình thức thương mại lại chỉ bị

⁴⁸ Trong mục 2.D về “dịch vụ nghe nhìn”, Trung Quốc đã đưa ra các cam kết mở cửa đối với “dịch vụ phân phối bản ghi âm” (sound recording distribution services).

⁴⁹ *China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products*, WT/DS363/AB/R, 19 January 2010, đoạn 396.

⁵⁰ *Id*đ, WT/DS363/AB/R, đoạn 396.

⁵¹ *European Communities and its member States – Tariff Treatment of Certain Information Technology Products*, Panel Report, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/DS377/R, 21 September 2010, đoạn 7.599.

⁵² Điều 61 của Hiệp định TRIPs quy định: “Các thành viên phải quy định việc áp dụng các thủ tục hình sự và các hình phạt để áp dụng ít nhất đối với các trường hợp cố tình giả mạo nhãn hiệu hàng hóa hoặc xâm phạm bản quyền với quy mô thương mại (...)”.

giới hạn bởi các hình thức thương mại tồn tại vào thời điểm đàm phán Hiệp định TRIPs. Do đó, việc áp dụng thuật ngữ “quy mô thương mại” cần được điều chỉnh cho các tình huống khác nhau, đề cập đến một cấp độ, mức độ hoặc tỷ lệ tương đối khác nhau, tùy thuộc vào thực tế”⁵³.

Như vậy, có thể thấy, giải thích phát triển đã được sử dụng để giúp xác định được các sản phẩm, dịch vụ hoặc hình thức khai thác quyền sở hữu trí tuệ mới thuộc phạm vi điều chỉnh của các hiệp định có liên quan của WTO hoặc của các cam kết mà một thành viên WTO đưa ra. Việc sử dụng này là hợp lý vì một mặt, cho phép các quy định hoặc cam kết đó được cập nhật theo những sự phát triển mới của khoa học, công nghệ hoặc thực tiễn kinh doanh; mặt khác, làm rõ các nghĩa vụ của thành viên WTO theo các quy định hoặc cam kết có liên quan.

Ba là, sử dụng các thỏa thuận và thực tiễn sau này của WTO để giải thích các quy định của WTO

Như Điều 31.3(a) và (b) của Công ước Viên năm 1969 cho phép, các thỏa thuận và thực tiễn sau này giữa các bên của điều ước và có liên quan đến điều ước có thể được sử dụng để giải thích điều ước, từ đó mang đến các nghĩa phát triển cho điều ước. Đây là điều mà Cơ quan Phúc thẩm của WTO đã sử dụng trong một số vụ tranh chấp. Trường hợp đầu tiên có thể kể đến là vụ *Hoa Kỳ – Cá ngừ II (Mexico)*, Cơ quan Phúc thẩm đã sử dụng “Quyết định ban hành Bộ Nguyên tắc về phát triển tiêu chuẩn quốc tế: Hướng dẫn và khuyến nghị liên quan đến Điều 2, 5

và Phụ lục 3 Hiệp định”⁵⁴ của Ủy ban về các hàng rào kỹ thuật trong thương mại (TBT) năm 2000 để giải thích cho thuật ngữ “cơ quan tiêu chuẩn hóa quốc tế” (*international standardizing body*) được sử dụng trong định nghĩa tại Phụ lục 1.4 của Hiệp định TBT⁵⁵. Có thể thấy, khi thừa nhận rằng, Quyết định của Ủy ban TBT đã làm rõ phạm vi thời gian của yêu cầu, theo đó, cơ quan tiêu chuẩn hóa quốc tế phải mở cho các cơ quan có thẩm quyền của các thành viên WTO trên cơ sở không phân biệt đối xử⁵⁶, Cơ quan Phúc thẩm đã làm rõ sự tiến triển của khái niệm “cơ quan tiêu chuẩn hóa quốc tế” với những yêu cầu mới được đặt ra trong một quyết định sau này của Ủy ban TBT – quyết định được Cơ quan Phúc thẩm xác định thỏa mãn đầy đủ yêu cầu về thỏa thuận sau này của Điều 31.3(a) Công ước Viên năm 1969⁵⁷. Tương tự, trong vụ *Hoa Kỳ – Thuốc lá đình hương*⁵⁸, Cơ quan Phúc thẩm cũng sử dụng đoạn 5.2 trong Quyết định Bộ trưởng Doha năm 2001⁵⁹ với

⁵⁴ World Trade Organization – Committee on Technical Barriers to Trade, *Decision of the Committee on Principles for the development of International standards, Guides and Recommendation with relation to Article 2, 5 and Annex 3 of the Agreement*, G/TBT/9, 13 November 2000.

⁵⁵ Định nghĩa tại Phụ lục 1.4 của Hiệp định TBT về “cơ quan hoặc hệ thống quốc tế” là “cơ quan hoặc hệ thống mà tư cách thành viên được mở cho các cơ quan có thẩm quyền của ít nhất tất cả các thành viên”. *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, Appellate Body Report, 16 May 2012, WT/DS381/AB/R, đoạn 372.

⁵⁶ *Tlđđ*, WT/DS381/AB/R, đoạn 378.

⁵⁷ *Tlđđ*, WT/DS381/AB/R, đoạn 372.

⁵⁸ *United States – Measures affecting the production and sale of clove cigarettes*, Appellate Body Report, WT/DS406/AB/R, 3 April 2012, đoạn 266.

⁵⁹ Đoạn 5.2 quy định: “Theo các điều kiện được nêu tại Điều 2.12 của Hiệp định TBT, thuật ngữ “một

⁵³ *China – Intellectual Property Rights*, Panel Report, WT/DS362/R, 26 January 2009, đoạn 7.657.

ý nghĩa là thỏa thuận sau này theo Điều 31.3(a) Công ước Viên năm 1969 để giải thích cụm từ “khoảng thời gian hợp lý” (*reasonable interval*) trong Điều 2.4⁶⁰ của Hiệp định TBT. Đoạn 5.2 của Quyết định Bộ trưởng Doha năm 2001 cho phép xác định rõ khoảng thời gian hợp lý đó phải không ít hơn sáu tháng. Đây là nghĩa mà các bên ký kết Hiệp định TBT chưa xác định vào thời điểm ký kết⁶¹.

Điểm quan trọng trong các lập luận mà Cơ quan Phúc thẩm đưa ra là các thỏa thuận hay thực tiễn sau này có thể được sử dụng “*phải là một dạng phổ biến, nhất quán và rõ ràng của hành vi hoặc phát ngôn*” mà không cần thiết tất cả các thành viên của WTO phải liên quan đến thỏa thuận hoặc thực tiễn đó⁶². Đồng thời, trong một số tình

huống nhất định, im lặng hoặc không hành động của một thành viên WTO cũng có thể được coi là một sự chấp nhận mặc nhiên đối với thỏa thuận hoặc thực tiễn sau này⁶³. Có thể thấy, các nhận định trên là một bổ sung cần thiết cho việc áp dụng giải thích phát triển, bởi nếu yêu cầu thỏa thuận hay thực tiễn sau này theo Điều 31.3(a) và (b) Công ước Viên năm 1969 phải được tất cả các thành viên WTO đồng ý thì khó có thể sử dụng hai yếu tố này vào giải thích các quy định trong hiệp định của WTO.

Bốn là, đối với các quy định trong các hiệp định của WTO có dẫn chiếu đến các quy định bên ngoài WTO mà các quy định này được sửa đổi theo thời gian

Có thể thấy, các hiệp định của WTO không tồn tại trong tình trạng “cách ly pháp lý” (*clinical isolation*) với pháp luật quốc tế nói chung⁶⁴. Nói cách khác, các hiệp định của WTO có mối quan hệ chặt chẽ với các nguồn khác nhau của pháp luật quốc tế. Không ít các quy định của WTO đã dẫn chiếu trực tiếp với các điều ước quốc tế⁶⁵ hoặc tới tập quán quốc tế⁶⁶. Ngoài ra, cũng lưu ý là Điều 31.3(c) của Công ước Viên năm 1969 cho phép sử dụng các “quy tắc quốc tế phù hợp” để giải thích

khoảng thời gian hợp lý” cần được hiểu là một khoảng thời gian không ít hơn 6 tháng, trừ khi khoảng thời gian này là không hiệu quả để đạt được mục đích hợp pháp hướng tới”. World Trade Organization, Doha Ministerial Decision on Implementation-related issues and concerns of 14 November 2001, WT/MIN(01)/17, 20 November 2001.

⁶⁰ Điều 2.12 của Hiệp định TBT quy định: “*Trừ các trường hợp khẩn cấp được đề cập trong khoản 10, các thành viên cần tạo ra một khoảng thời gian hợp lý giữa thời điểm công bố các tiêu chuẩn kỹ thuật và thời điểm các quy định đó bắt đầu có hiệu lực để có thời gian cho các nhà sản xuất của các thành viên xuất khẩu khác điều chỉnh các sản phẩm hoặc phương pháp sản xuất cho phù hợp với các yêu cầu của các thành viên nhập khẩu*”.

⁶¹ Có thể xem thêm các giải thích tương tự được Cơ quan Phúc thẩm đưa ra trong các vụ tranh chấp như: *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, Appellate Body Report, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, 27 September 2005, đoạn 272; *European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, Appellate Body Report, 1 June 2011, WT/DS316/AB/R, đoạn 845.

⁶² *Tlđđ*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, đoạn 259.

⁶³ *Tlđđ*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, đoạn 272.

⁶⁴ Xem nhận định của Cơ quan Phúc thẩm trong vụ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Appellate Body Report, WT/DS2/AB/R, đoạn 16.

⁶⁵ Ví dụ Điều 2, 3 và 9 của Hiệp định TRIPS dẫn chiếu tới các điều ước quốc tế khác nhau về quyền sở hữu trí tuệ; Điều 2.4 và 3.1 của Hiệp định TBT dẫn chiếu tới các “tiêu chuẩn quốc tế” được các tổ chức quốc tế về tiêu chuẩn hóa xây dựng...

⁶⁶ Điều 3.2 của Thỏa thuận về giải quyết tranh chấp (DSU) dẫn chiếu trực tiếp tới các tập quán giải thích công pháp quốc tế.

điều ước quốc tế. Vậy, khi các quy định trong các công cụ pháp lý quốc tế bên ngoài WTO này có sự thay đổi theo thời gian, các quy định của WTO có cần được giải thích theo hướng phát triển cùng với sự thay đổi đó không?

Không trả lời trực tiếp cho câu hỏi này, Cơ quan Phúc thẩm, trong vụ tranh chấp *Cộng đồng châu Âu và một số quốc gia thành viên – Máy bay dân dụng thân rộng*, đã dựa vào “nguyên tắc tích hợp hệ thống” mà Điều 31.3(c) Công ước Viên năm 1969 tạo nên, để khẳng định:

“Điều 31.3(c) của Công ước Viên được coi là sự biểu hiện của “nguyên tắc tích hợp hệ thống” mà, theo ngôn từ của Ủy ban Luật Quốc tế, hướng tới đảm bảo rằng “các nghĩa vụ quốc tế được giải thích bằng việc dẫn chiếu tới môi trường pháp lý của chúng” theo cách mang lại sự “tương thích và có ý nghĩa” cho quá trình giải thích pháp luật. Trong bối cảnh đa biên như WTO, khi các quy tắc bên ngoài WTO được viện dẫn đến với mục đích giải thích các quy định trong các hiệp định của WTO, một sự cân bằng phù hợp cần phải được đảm bảo giữa một bên là việc xem xét một cách đầy đủ nghĩa vụ quốc tế của một thành viên WTO, và, một bên là việc đảm bảo cách tiếp cận tương ứng và hài hòa cho quá trình giải thích luật của WTO giữa toàn bộ các thành viên của WTO”⁶⁷.

Điều này cho thấy, các quy định của WTO có thể được giải thích trên cơ sở các quy tắc bên ngoài WTO. Các quy định bên ngoài WTO này, trong mối quan hệ với các nghĩa vụ quốc tế của một thành viên WTO, cần phải được đặt trong môi trường pháp lý

của chúng, tức là cần được xem xét theo sự tiến triển của môi trường pháp lý đó. Nói cách khác, *“pháp luật quốc tế phát triển và quốc gia phải tiếp tục tuân thủ pháp luật quốc tế trong quá trình thực thi và áp dụng các nghĩa vụ điều ước của mình”⁶⁸*. Đây là cơ sở cho phép giải thích phát triển quy định của WTO theo sự phát triển của pháp luật quốc tế nói chung.

3. Lưu ý cho Việt Nam

Vì giải thích phát triển đã được thừa nhận rộng rãi trong giải thích điều ước quốc tế, trong đó có giải thích một số quy định của WTO, nên đối với Việt Nam, khi vận dụng giải thích phát triển đối với các điều ước quốc tế về thương mại, cần phải lưu ý ở hai góc độ:

Thứ nhất, từ góc độ tham gia giải quyết tranh chấp tại WTO hoặc đàm phán, thực thi các quy định trong các hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên

Trong thời gian qua, Việt Nam đã trở thành nguyên đơn trong năm vụ tranh chấp được giải quyết tại WTO và là bên thứ ba trong nhiều vụ tranh chấp khác nhau. Việc nắm vững các trường hợp áp dụng cũng như cách thức áp dụng của giải thích phát triển có thể giúp cho Việt Nam hiểu, diễn giải được một cách đúng đắn các quy định của WTO, từ đó, có thể bảo vệ tốt hơn lợi ích của mình.

Bên cạnh đó, trong khuôn khổ của các hiệp định thương mại tự do mà Việt Nam là thành viên, nhiều quy định được xây dựng trên cơ sở các hiệp định của WTO hoặc cho phép các bên dẫn chiếu tới các quy định của

⁶⁷ *Tlđđ*, WT/DS316/AB/R, đoạn 845.

⁶⁸ Gabrielle Marceau, *tlđđ*, tr. 810.

WTO⁶⁹. Từ đó, các quy định, thuật ngữ của WTO đã được giải thích theo hướng phát triển có thể sẽ được vận dụng để giải thích, diễn giải các thuật ngữ trong các hiệp định này nhằm làm rõ nghĩa vụ của các bên tham gia. Trong một số trường hợp, trên cơ sở những giải thích phát triển của WTO, Việt Nam và các đối tác cũng đã biến những giải thích phát triển đó thành các quy định cụ thể trong hiệp định thương mại tự do⁷⁰. Nói cách khác, hiểu rõ giải thích phát triển và nắm được những giải thích phát triển đã được thực hiện trong khuôn khổ của WTO không chỉ giúp Việt Nam trong quá trình đàm phán các hiệp định thương mại tự do, mà còn giúp Việt Nam thực thi tốt hơn các quy định của các hiệp định này.

Thứ hai, từ góc độ áp dụng điều ước thương mại quốc tế ở trong nước

Theo Điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016 của Việt Nam, một quy định của điều ước thương mại quốc tế có thể được áp dụng trực tiếp hoặc áp dụng gián tiếp tại Việt Nam. Khi quy định đó được áp dụng gián tiếp, việc giải thích và hướng dẫn áp dụng quy định điều ước đó thường là công việc của các nhà làm luật với mục đích để chuyển hóa quy định đó vào trong nội luật. Ngược lại, khi quy định được áp dụng trực tiếp⁷¹, việc giải thích và áp dụng quy định

đó có thể thuộc về các cơ quan hành pháp hoặc cơ quan tư pháp (tòa án hoặc trọng tài) trong quá trình giải quyết một vụ tranh chấp cụ thể.

Điều này có nghĩa là, dù được áp dụng gián tiếp hay áp dụng trực tiếp, việc giải thích các thuật ngữ, quy định trong điều ước thương mại quốc tế là cần thiết để các cơ quan nhà nước của Việt Nam có thể chuyển hóa hoặc áp dụng chính xác theo đúng nghĩa thông thường trong bối cảnh, phù hợp với đối tượng và mục đích của điều ước đó. Từ góc độ này, các cơ quan nhà nước và các chủ thể có liên quan cũng có thể vận dụng giải thích phát triển khi cần làm rõ ý nghĩa của những thuật ngữ chung có khả năng phát triển theo thời gian được sử dụng trong các điều ước này.

Như vậy, dù không phải là một phương pháp giải thích điều ước độc lập, giải thích phát triển đã được áp dụng và trở thành một phương pháp giải thích được thừa nhận rộng rãi. Trong cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, giải thích phát triển được Ban Hội thẩm hoặc Cơ quan Phúc thẩm của WTO sử dụng trong bốn tình huống cụ thể. Các trường hợp sử dụng này đều tuân thủ các quy tắc và yêu cầu về giải thích mà Công ước Viên năm 1969 đặt ra. Đối với Việt Nam, việc hiểu rõ và vận dụng chính xác giải thích phát triển có thể giúp ích cho nước ta không chỉ trong bối cảnh tham gia cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO, đàm phán, giải thích các hiệp định thương mại tự do, mà còn giúp các điều ước đó được áp dụng một cách đúng đắn.

chuẩn Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương, hay Nghị quyết số 71/2006/NQ-QH11 của Quốc hội ngày 29/11/2006 phê chuẩn Nghị định thư gia nhập Hiệp định thành lập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO).

⁶⁹ Đánh giá về việc sử dụng các quy định của WTO trong các hiệp định thương mại tự do nói chung, có thể xem: André Sapir, Henrik Horn & Petros C. Mavroidis, “Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreement”, *The World Economy*, 2010, vol. 33, n°. 1, tr. 1565-1588.

⁷⁰ Ví dụ, xem Điều 29.1 về Các ngoại lệ chung của Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương.

⁷¹ Xem các quy định được áp dụng trực tiếp của một số điều ước thương mại quốc tế trong Nghị quyết số 72/2018/QH14 của Quốc hội ngày 12/11/2018 phê

THỰC TIỄN ÁP DỤNG ĐIỀU 6 CÔNG ƯỚC VIÊN NĂM 1980 VỀ HỢP ĐỒNG MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ VÀ KHUYẾN NGHỊ CHO DOANH NGHIỆP VIỆT NAM

Tào Thị Huệ*
Nguyễn Quang Anh**

Tóm tắt: Điều 6 Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG) cho phép các doanh nghiệp thỏa thuận loại trừ áp dụng toàn bộ Công ước hoặc loại trừ áp dụng, sửa đổi các điều khoản cụ thể của Công ước trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của họ. Tuy nhiên, CISG lại không quy định cụ thể về cách thức loại trừ áp dụng Công ước này. Bài viết sau đây nghiên cứu các án lệ liên quan tới Điều 6 CISG, trên cơ sở đó đưa ra khuyến nghị cho doanh nghiệp Việt Nam khi muốn áp dụng quy định này.

Abstract: Article 6 of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) allows enterprises to entirely exclude the application of the Convention and to derogate from some of its provisions. However, such means are not expressly demonstrated in the wording of the Convention. This Article studies case law related to Article 6 CISG and propose some recommendations for Vietnamese enterprises to effectively employ this provision.

1. Quy định về loại trừ áp dụng CISG đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

CISG là chữ viết tắt theo tiếng Anh của Công ước Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods). CISG được soạn thảo bởi Ủy ban của Liên hợp quốc về Luật Thương mại quốc tế (UNCITRAL). Công ước này đã có hiệu lực tại Việt Nam từ ngày 01/01/2017¹.

*,** ThS., Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Pace Law School Institute of International Commercial Law, Vietnam, <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries-Vietnam.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

Việc Việt Nam gia nhập CISG sẽ giúp thương nhân tiết giảm chi phí trong việc đàm phán lựa chọn pháp luật áp dụng của hợp đồng, cũng như hỗ trợ giải quyết các tranh chấp liên quan đến mua bán hàng hóa quốc tế giữa các bên có trụ sở tại các nước thành viên khác nhau của Công ước. CISG giúp cân bằng lợi ích giữa các thương nhân tại các quốc gia khác nhau, bởi các quy định trong CISG trung lập và khách quan hơn so với pháp luật quốc gia, đồng thời không tạo ra “lợi thế sân nhà” cho một trong hai bên. CISG sẽ trở thành luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế giữa các thương nhân trong 2 trường hợp sau:

(1) Khi các bên có trụ sở thương mại ở các quốc gia là thành viên Công ước (Điều 1.1.a CISG);

(2) Khi theo các quy tắc tư pháp quốc tế thì luật áp dụng là luật của nước thành viên CISG (Điều 1.1.b CISG). Nhấn mạnh là chỉ có thể áp dụng quy định này tại các quốc gia thành viên CISG chưa đưa ra tuyên bố bảo lưu Điều 1.1.b theo Điều 95 CISG. Tuy nhiên, thương nhân Việt Nam cần lưu ý rằng: Ngay cả khi các hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế thuộc trường hợp áp dụng CISG thì họ vẫn có quyền thỏa thuận loại trừ hiệu lực của Công ước này theo quy định tại Điều 6 CISG. Điều 6 CISG quy định: *“Các bên có thể loại bỏ việc áp dụng Công ước này hoặc với điều kiện tuân thủ Điều 12, có thể làm trái với bất cứ điều khoản nào của Công ước hay sửa đổi hiệu lực của các điều khoản đó”*. Theo quy định này, CISG cho phép thương nhân có quyền²:

(1) Thỏa thuận loại trừ việc áp dụng toàn bộ Công ước; hoặc

(2) Thỏa thuận không áp dụng, hay sửa đổi bất kỳ điều khoản nào của Công ước, với điều kiện tuân thủ Điều 12 CISG³.

Quy định này của CISG bắt nguồn từ nguyên tắc cơ bản trong lĩnh vực hợp đồng

thương mại quốc tế: Nguyên tắc tự do hợp đồng⁴. Cụ thể, theo nguyên tắc này, các bên có quyền tự do thỏa thuận về các nội dung trong hợp đồng, bao gồm cả pháp luật áp dụng⁵. Hơn ai hết, các bên trong hợp đồng hiểu rõ những điều khoản nào là phù hợp nhất đối với lợi ích của họ. Do đó, luật áp dụng cho hợp đồng sẽ chỉ có vai trò “lấp đầy lỗ hổng” - điều chỉnh những gì mà các bên không thỏa thuận. Một khi các bên có thỏa thuận mà nội dung của thỏa thuận đó trái với luật áp dụng cho hợp đồng, thỏa thuận của các bên sẽ có giá trị pháp lý cao hơn (trừ khi thỏa thuận đó trái với những quy định bắt buộc của pháp luật)⁶.

Ngoài ra, CISG lại không quy định cụ thể về cách thức loại trừ áp dụng Công ước theo quy định tại Điều 6, dẫn đến những tranh luận về việc loại trừ áp dụng CISG phải thể hiện trực tiếp/rõ ràng (explicitly excluded) hay có thể thỏa thuận gián tiếp/ngụ ý (impliedly excluded) rằng các bên có ý muốn loại trừ CISG⁷. Trong thống kê tại Hệ thống dữ liệu CISG online của Viện Luật Thương mại quốc tế (IICL) thuộc Đại học Luật Pace (Hoa Kỳ), số vụ tranh chấp áp dụng Điều 6 CISG là 177 vụ⁸. Thực

² UNCITRAL, *UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, 2016 edition, p. 33, https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG_Digest_2016.pdf, truy cập ngày 20/3/2020.

³ Điều 12 quy định: *“Bất kỳ quy định nào của Điều 11, Điều 29 hoặc phần thứ hai của Công ước này cho phép hợp đồng mua bán, việc thay đổi hoặc đình chỉ hợp đồng theo sự thỏa thuận của các bên hoặc đơn chào hàng và chấp nhận đơn chào hàng hay bất kỳ sự thể hiện ý chỉ nào của các bên được lập và không phải dưới hình thức văn bản mà dưới bất cứ hình thức nào sẽ không được áp dụng khi dù chỉ một trong số các bên có trụ sở thương mại đặt ở nước là thành viên của Công ước mà nước đó đã tuyên bố bảo lưu theo Điều 96 của Công ước này. Các bên không được quyền làm trái với điều này hoặc sửa đổi hiệu lực của nó”*.

⁴ Secretariat Commentary, *Guide to CISG Article 39*, <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-39.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

⁵ Scoles, Eugene F./Hay, Peter/Borchers, Patrick J./Symeonides, Symeon C., *Conflict of Laws*, West Publishing Company, Minnesota, 2000, tr. 858.

⁶ John O'Honnold, *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*, 3rd ed., Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 47.

⁷ Pace Law School Institute of International Commercial Law, *Use of the UNIDROIT Principles to help interpret CISG Article 6*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp6.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

⁸ Pace Law School Institute of International Commercial Law, *Article 6, 3,000 cases 10,000 case*

tiến giải quyết tranh chấp Điều 6 CISG có thể giúp làm sáng tỏ cách thức áp dụng quy định này, mang lại nhiều kinh nghiệm cho các doanh nghiệp Việt Nam khi áp dụng quy định này trong hợp đồng của mình.

2. Thỏa thuận loại trừ việc áp dụng toàn bộ CISG đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

Việc loại trừ áp dụng CISG không thể diễn ra đơn phương mà cần phải có sự đồng thuận từ các bên trong hợp đồng⁹. Việc loại trừ có thể được thực hiện trực tiếp thông qua một điều khoản loại trừ hoặc gián tiếp thông qua điều khoản chọn luật áp dụng của các bên.

2.1. Thỏa thuận trực tiếp loại trừ việc áp dụng CISG

Các thương nhân có thể trực tiếp loại trừ việc áp dụng CISG bằng một điều khoản trong hợp đồng là CISG sẽ không áp dụng cho hợp đồng của họ. Trong thực tiễn giải quyết tranh chấp, có hai trường hợp xảy ra¹⁰:

Thứ nhất, các bên thỏa thuận là CISG sẽ không áp dụng cho hợp đồng của họ, đồng thời, lựa chọn luật áp dụng thay thế cho CISG;

Thứ hai, các bên loại trừ việc áp dụng CISG, nhưng không lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng.

Trong trường hợp *thứ nhất*, thực tiễn giải quyết tranh chấp cho thấy, một số cách thức diễn đạt sau đây được công nhận là thỏa thuận trực tiếp loại trừ việc áp dụng CISG:

- *Một là*, CISG bị loại trừ trong điều khoản lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng

Trong hợp đồng giữa bên bán (Đức) và bên mua (Australia) trong vụ *Venter v. Ilona MY Ltd.; Ilona MY Ltd v. MD Engineering Gesellschaft mit beschränkter Haftung*¹¹, các bên có thỏa thuận: “*Luật pháp của Cộng hòa Liên bang Đức sẽ được áp dụng. Việc áp dụng Công ước Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế ngày 11/04/1980 (CISG, Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế) sẽ bị loại trừ*”. Ý chí của các bên về việc loại trừ CISG được thể hiện rõ ràng trong trường hợp này. Do đó, thỏa thuận được tòa án chấp nhận và luật áp dụng để giải quyết tranh chấp hợp đồng sẽ là luật do các bên thỏa thuận lựa chọn.

- *Hai là*, dẫn chiếu đến hợp đồng mẫu, trong hợp đồng mẫu có điều khoản loại trừ CISG

Trong vụ *Grain case*¹², hợp đồng mua bán ngũ cốc giữa bên bán (Belize) và bên

annotations, UNCITRAL Digest cases for Article 6 plus added cases for this Article, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-cases-06.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

⁹ Netherlands 2 January 2007 Appellate Court's- Hertogenbosch (G.W.A. Bernards v. Carstenfelder Baumschulen Pflanzenhandel GmbH), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070102n1.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

¹⁰ UNCITRAL, tlđd 2, p.33.

¹¹ Supreme Court of New South Wales, *Venter v. Ilona MY Ltd; Ilona MY Ltd v. MD Engineering Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, <http://www.8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/nsw/NSWSC/2012/1029.html?stem=0&synonyms=0&query=CISG>, truy cập ngày 20/3/2020. Nguyên văn trong hợp đồng là: “The law of the Federal Republic of Germany shall apply. The applicability of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 11/04/1980 (CISG, Vienna Convention on International Sale of Goods) shall be excluded”.

¹² Russia 5 November 2004 Arbitration proceeding 164/2003 (*Grain case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041105r1.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

mua (Áo) có thỏa thuận luật điều chỉnh hợp đồng này là luật của Cộng hòa Liên bang Nga. Tuy nhiên, các điều khoản khác trong hợp đồng này lại dẫn chiếu đến hợp đồng mẫu về mua bán ngũ cốc và thức ăn chăn nuôi số 78 (Hợp đồng GAFTA 78). Theo Điều 25 của Hợp đồng GAFTA 78, CISG sẽ không được áp dụng. Do đó, theo Điều 6 CISG, Hội đồng Trọng tài thương mại quốc tế tại Phòng Thương mại và Công nghiệp Liên bang Nga cho rằng, CISG sẽ không được áp dụng cho hợp đồng giữa các bên.

Trường hợp thứ hai, các bên chỉ thỏa thuận trong hợp đồng về việc loại trừ áp dụng CISG, nhưng không lựa chọn luật áp dụng. Trong vụ *Vegetable fats case*¹³, hợp đồng giữa bên bán (Serbia) và bên mua (Macedonia) có thỏa thuận: “*Công ước Viên của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán sản phẩm quốc tế (CISG) sẽ không được áp dụng cho hợp đồng này*”. Trọng tài giải quyết tranh chấp là Trọng tài Ngoại thương thuộc Phòng Thương mại quốc tế Serbia cho rằng: Mặc dù các bên không ghi chính xác tên của CISG, cũng không lựa chọn luật áp dụng cụ thể, nhưng đã thể hiện rõ ý chí loại trừ áp dụng Công ước. Do đó, Trọng tài không áp dụng CISG để giải quyết tranh chấp giữa các bên.

Với những trường hợp các bên chỉ loại trừ CISG mà không lựa chọn luật áp dụng, các quy phạm xung đột trong pháp luật của nước nơi giải quyết tranh chấp sẽ được áp

dụng để xác định luật điều chỉnh hợp đồng này¹⁴.

2.2. Thỏa thuận gián tiếp/ngụ ý loại trừ việc áp dụng CISG

Thực tiễn giải quyết tranh chấp liên quan đến Điều 6 CISG cho thấy, các bên trong hợp đồng có thể gián tiếp loại trừ việc áp dụng CISG. Trong trường hợp đó, hai loại thỏa thuận sau đây thường được cơ quan giải quyết tranh chấp xem xét có là thỏa thuận gián tiếp/ngụ ý loại trừ CISG hay không¹⁵:

Trường hợp 1, thỏa thuận chọn luật của một quốc gia thành viên CISG là luật áp dụng cho hợp đồng;

Trường hợp 2, thỏa thuận chọn luật của một quốc gia không phải thành viên CISG là luật áp dụng cho hợp đồng.

Với trường hợp 1, có nhiều án lệ thể hiện quan điểm của cơ quan giải quyết tranh chấp trong trường hợp này. Cụ thể, trong vụ tranh chấp *Agricultural products and cereals case*¹⁶ giữa người bán (Serbia) và người mua (Bosnia & Herzegovina), các bên thỏa thuận luật áp dụng cho hợp đồng là luật của Serbia. Theo Tòa trọng tài Ngoại thương thuộc Phòng Thương mại Serbia, dù các bên đã chọn luật áp dụng cho hợp đồng là luật Serbia, nhưng vẫn có cơ sở để áp dụng CISG do: (i) Cả Serbia và Bosnia & Herzegovina đều là thành viên của CISG, và (ii) CISG là một bộ phận của pháp luật Serbia. Hội đồng trọng tài cũng đưa ra quan điểm rằng, nếu các bên muốn loại trừ áp dụng CISG thì phải thể hiện rõ ý chí đó

¹³ Serbia 17 August 2009 Foreign Trade Court of Arbitration attached to the Serbian Chamber of Commerce (*Vegetable fats case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090817sb.html>, truy cập ngày 20/3/2020. Nguyên văn trong câu thứ hai Điều 37 của hợp đồng quy định là: “United Nations Convention on contracts in international trade in products (CISG) shall not be applied”.

¹⁴ UNCITRAL, tldd 2, p.33.

¹⁵ Như trên.

¹⁶ Serbia 6 May 2010 Foreign Trade Court attached to the Serbian Chamber of Commerce (*Agricultural products and cereals case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100506sb.html>, truy cập ngày 21/3/2020.

trong hợp đồng, ví dụ như lựa chọn áp dụng pháp luật của một quốc gia không phải thành viên CISG. Quan điểm tương tự cũng được các cơ quan giải quyết tranh chấp đưa ra trong các vụ *Auto Case* giữa người bán Áo và người mua Đức¹⁷, vụ *Ostrozniak Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.* giữa người mua Slovenia và người bán Italia¹⁸.

Trong vụ *Boiler case*¹⁹, người bán (Áo) và người mua (Đức) thỏa thuận rằng, hợp đồng của họ sẽ được điều chỉnh bởi “*pháp luật Áo*”. Trong vụ kiện này, Tòa án tối cao Áo đã nhận định rằng, điểm mấu chốt trong việc loại trừ áp dụng CISG là các bên phải thỏa thuận áp dụng luật nội địa của quốc gia đó (ví dụ như Bộ luật Dân sự Áo). Việc dẫn chiếu tới “*pháp luật Áo*” nói chung là không đủ để cho thấy các bên có ý chí loại trừ việc áp dụng CISG. Trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, “*pháp luật Áo*” sẽ bao gồm cả CISG.

Trong vụ tranh chấp *Coke case*²⁰, người bán (Hà Lan) và người mua (Hoa Kỳ) thỏa thuận chọn luật áp dụng cho hợp đồng là “*pháp luật Thụy Sĩ*”. Trong quá trình xét xử, trọng tài ICC kết luận: (i) CISG là một phần của pháp luật Thụy Sĩ, (ii) CISG đảm bảo tính trung lập và cân bằng quyền lợi của các bên, và (iii) Các bên đã thỏa thuận là

chọn “*pháp luật Thụy Sĩ*” chứ không phải là một luật nội địa cụ thể của Thụy Sĩ. Do đó, trọng tài ICC đã quyết định chọn CISG là luật áp dụng cho hợp đồng.

Đồng quan điểm với các cơ quan giải quyết tranh chấp trong các án lệ trên, nhiều học giả cũng có quan điểm rằng, việc lựa chọn pháp luật quốc gia thành viên là không đủ để cho thấy các bên có ý chí loại trừ CISG. Khi một quốc gia phê chuẩn CISG, Công ước này sẽ trở thành một phần không thể tách rời của pháp luật quốc gia thành viên cũng là dẫn chiếu tới CISG²¹. Ngược lại, một số học giả, như Walter A. Stoffel và Lajos Vekas lại cho rằng, việc các bên lựa chọn pháp luật của quốc gia thành viên là đủ để chứng minh ý chí loại trừ việc áp dụng CISG, vì nếu thực sự các bên có ý định áp dụng Công ước này thì họ đã không đưa điều khoản chọn luật quốc gia vào trong hợp đồng²².

Với trường hợp thứ hai, thỏa thuận chỉ định rõ luật áp dụng trong hợp đồng là luật của nước không phải thành viên CISG thường được công nhận là thỏa thuận loại trừ CISG²³. Đây là quan điểm của nhiều cơ quan giải quyết tranh chấp khi xem xét có thỏa thuận chọn luật của các bên có ngụ ý loại trừ CISG hay không. Trước hết, trong vụ tranh chấp *Agricultural products and cereals case* đã nêu ở trên, Tòa trọng tài

¹⁷ Austria 23 January 2006 Oberlandesgericht [Appellate Court] Linz (*Auto case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060123a3.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

¹⁸ Italy 11 January 2005 District Court Padova (*Ostrozniak Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

¹⁹ Austria 2 April 2009 Supreme Court (*Boiler case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090402a3.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

²⁰ ICC Arbitration Case No. 7565 of 1994 (*Coke case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947565i1.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

²¹ Schwenzer/Hachem, *Commentary on the UN Convention for the International Sale of Goods (CISG)*, 4th ed, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 106; Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, New York, 1992, p. 49.

²² Franco Ferrari, *Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG*, *Journal of Law and Commerce*, số 25, 2005, p.24.

²³ UNCITRAL, tldd 2, p.34.

Ngoại thương thuộc Phòng Thương mại Serbia đã đưa ra quan điểm: Lựa chọn áp dụng pháp luật của một quốc gia không phải thành viên CISG được coi là thỏa thuận loại trừ áp dụng CISG. Tương tự, trong các vụ *Auto Case* giữa người bán Áo và người mua Đức, vụ *Ostrozniak Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.* giữa người mua Slovenia và người bán Italia, cơ quan giải quyết tranh chấp đều từ chối không chấp nhận việc loại trừ CISG, và nhận định chỉ khi các bên lựa chọn luật của nước không phải thành viên CISG hoặc là bộ luật cụ thể của một nước thành viên CISG (như Bộ luật Dân sự Ý) thì mới được coi là ngụ ý loại trừ CISG.

3. Thỏa thuận không áp dụng điều khoản cụ thể của CISG trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế

Điều 6 CISG quy định thương nhân có quyền thỏa thuận không áp dụng, hay sửa đổi bất kỳ điều khoản nào của Công ước, với điều kiện họ phải tuân thủ Điều 12 CISG. Như vậy, theo Điều 6 CISG, Điều 12 CISG là hạn chế duy nhất đối với quyền tự do loại trừ hay sửa đổi quy định cụ thể của CISG²⁴. Các điều khoản khác trong CISG đều có thể được các bên thỏa thuận không áp dụng hoặc tự ý sửa đổi²⁵.

Đối với hạn chế tại Điều 12 CISG, cần lưu ý những vấn đề pháp lý sau:

Thứ nhất, về đối tượng áp dụng

Hạn chế theo Điều 12 CISG chỉ áp dụng với hợp đồng mua bán hàng hóa mà ít nhất một trong các bên có trụ sở đặt tại một nước

ký kết đã tuyên bố bảo lưu theo Điều 96 của Công ước. Điều này đồng nghĩa hạn chế về Điều 12 CISG sẽ không áp dụng với những hợp đồng giữa các bên đều có trụ sở tại các nước ký kết không tuyên bố bảo lưu theo Điều 96 CISG.

Thứ hai, về nội dung

Điều 12 CISG cho phép các quốc gia thành viên bảo lưu quy định rằng “*hợp đồng mua bán, việc thay đổi hoặc đình chỉ hợp đồng theo sự thỏa thuận của các bên, hoặc chào hàng và chấp nhận chào hàng, hay bất kỳ sự thể hiện ý chí nào của các bên*” phải được lập thành văn bản hoặc những hình thức tương đương²⁶. Trong trường hợp đó, các thương nhân không được tự ý sửa đổi quy định tại Điều 12 CISG để cho phép việc xác lập, sửa đổi và chấm dứt hợp đồng bằng những hình thức phi văn bản (như lời nói hoặc hành vi). Còn các thông báo khác giữa các bên, như các thông báo liên quan đến việc gia hạn thời gian thực hiện hợp đồng (theo Điều 47 hoặc Điều 63), thông báo về sự không phù hợp của hàng hóa (Điều 39) hoặc liên quan đến việc giảm giá (Điều 50) thì không phải tuân thủ hình thức văn bản²⁷.

Trường hợp phổ biến nhất về sửa đổi các điều khoản của CISG là khi các bên áp dụng tập quán về giao nhận hàng hóa INCOTERMS, thường là điều kiện FOB hoặc CIF. Khi đó, các vấn đề pháp lý về xác định nơi giao hàng hoặc thời điểm chuyển rủi ro đối với hàng hóa từ người bán sang người mua sẽ được xác định theo tập quán mà các bên đã chọn, chứ không áp dụng các quy định tương ứng của CISG (Điều 9

²⁴ İbrahim GÜL, *Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under Cisg*, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi (Ankara) 6(1), 2016, p. 92, <http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale4.pdf>, truy cập ngày 20/3/2020.

²⁵ UNCITRAL, tlđd 2, p.33.

²⁶ Về hình thức văn bản CISG chỉ quy định: “*Theo Công ước này, điện báo và telex cũng được coi là hình thức văn bản*” (Điều 13).

²⁷ İbrahim GÜL, tlđd 23, p.93.

CISG)²⁸. Nguyên tắc này được thừa nhận rộng rãi trong thực tiễn xét xử của nhiều cơ quan giải quyết tranh chấp. Có thể kể đến vụ *St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*²⁹, trong tranh chấp này, mặc dù hợp đồng thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG, nhưng do hai bên đã thỏa thuận lựa chọn điều kiện CIF của INCOTERMS nên tòa án đã áp dụng tập quán này để xác định thời điểm chuyển rủi ro đối với hàng hóa từ người bán sang người mua. Tương tự, vụ *Cedar Petrochemicals inc. v. Dongbu Hannong Chemical Ltd.*³⁰, trong hợp đồng hai bên lựa chọn điều kiện FOB của INCOTERMS, nên tòa án cũng áp dụng điều kiện này để xác định thời điểm chuyển rủi ro đối với hàng hóa từ người bán sang người mua.

Ngoài ra, trong thực tiễn một số vụ tranh chấp liên quan tới Điều 39³¹, Điều 55³², Điều 57³³ của CISG, các cơ quan giải quyết tranh chấp đều có chung quan điểm,

²⁸ Bernard Audit, *The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/audit.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

²⁹ United States 26 March 2002 Federal District Court [New York] (*St. Paul Guardian Insurance Company et al. v. Neuromed Medical Systems & Support et al.*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020326u1.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

³⁰ United States 28 September 2011 Federal District Court [New York] (*Cedar Petrochemicals inc. v. Dongbu Hannong Chemical Ltd.*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110928u1.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

³¹ Germany 5 July 1994 District Court Giessen (*Women's clothes case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940705g1.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

³² France 26 April 1995 Appellate Court Grenoble (*Alain Veyron v. Ambrosio*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950426f1.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

³³ Austria 10 November 1994 Supreme Court (*Chinchilla furs case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941110a3.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

trừ khi các bên có thỏa thuận rõ ràng về việc loại trừ những điều khoản này, các điều khoản này cũng sẽ được áp dụng khi CISG được áp dụng.

Tuy nhiên, việc xác định xem liệu ngoài Điều 12 CISG, còn có những hạn chế nào với quyền tự do thỏa thuận loại trừ của các bên hay không vẫn cần tiếp tục nghiên cứu làm rõ. Theo UNCITRAL, mặc dù Công ước không quy định rõ ràng, nhưng các bên trong hợp đồng không thể loại trừ hiệu lực của 13 điều (từ Điều 89 đến Điều 101 CISG) tại Phần thứ tư - Những quy định cuối cùng của Công ước. Bởi vì, đây là những điều khoản quy định về các vấn đề liên quan đến các quốc gia ký kết chứ không phải các thương nhân³⁴. Đặc biệt, trong vụ *Ostrozniak Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.*³⁵, tòa án quận Padova (Italia) đã đưa ra một kết luận: Hợp đồng giữa bên bán (trụ sở tại Slovenia) và bên mua (có trụ sở tại Ý) thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG theo quy định tại Điều 1.1.a CISG, nhưng các bên có quyền thỏa thuận sửa đổi các quy định không mang tính bắt buộc áp dụng (non-mandatory rules), ngoại trừ các Điều 12, 28 và từ Điều 89 đến 101 của CISG. Như vậy, theo tòa án này, Điều 28 của Công ước cũng không thể bị các bên thỏa thuận sửa đổi³⁶. Điều này có thể là do đối tượng

³⁴ UNCITRAL, tldd 2, p.33.

³⁵ Italy 11 January 2005 District Court Padova (*Ostrozniak Savo v. La Faraona soc. coop. a.r.l.*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050111i3.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

³⁶ Điều 28 quy định: “Nếu một bên có quyền yêu cầu bên kia phải thi hành một nghĩa vụ nào đó thì chiếu theo các quy định của Công ước này, Tòa án không bị bắt buộc phải đưa ra phán quyết buộc bên kia thực hiện thực sự hợp đồng trừ trường hợp nếu tòa án ra phán quyết đó trên cơ sở luật nước mình đối với các hợp đồng mua bán tương tự không do Công ước này điều chỉnh”.

mà Điều 28 điều chỉnh là tòa án quốc gia, và việc áp dụng phụ thuộc vào pháp luật quốc gia, chứ không phải là quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng.

4. Một số bình luận và khuyến nghị cho doanh nghiệp Việt Nam

Về nguyên tắc, sau khi gia nhập các điều ước quốc tế, Việt Nam sẽ tiến hành sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ hoặc ban hành văn bản quy phạm pháp luật để thực hiện điều ước quốc tế đó³⁷. Tuy nhiên, việc thực thi CISG có sự khác biệt, theo đó việc gia nhập CISG không đòi hỏi Việt Nam phải sửa đổi, bổ sung, bãi bỏ hoặc ban hành văn bản quy phạm pháp luật trong nước, mà CISG sẽ được áp dụng trực tiếp, bởi những nguyên nhân sau:

Thứ nhất, theo quy định tại khoản 1 Điều 100 CISG, Công ước này áp dụng cho: (i) Việc ký kết các hợp đồng trong những trường hợp khi một đề nghị ký kết hợp đồng được đưa ra vào ngày Công ước bắt đầu có hiệu lực hoặc sau ngày đó đối với các quốc gia thành viên theo Điều 1.1.a hoặc đối với quốc gia thành viên theo Điều 1.1.b; (ii) Các hợp đồng được ký kết vào đúng ngày hoặc sau ngày Công ước bắt đầu có hiệu lực đối với các quốc gia thành viên theo Điều 1.1.a hoặc đối với quốc gia thành viên theo Điều 1.1.b.

Thứ hai, nội dung các điều khoản trong CISG quy định trực tiếp quyền và nghĩa vụ của các thương nhân trong hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế. CISG không quy định nghĩa vụ của Việt Nam với các nước thành viên khác, hay nghĩa vụ của Việt Nam đối với thương nhân, hàng hóa có xuất xứ từ các nước thành viên CISG.

Do đó, CISG được áp dụng trực tiếp với các hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của thương nhân Việt Nam thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước này. Doanh nghiệp Việt Nam không cần chờ đợi việc văn bản quy phạm pháp luật trong nước hướng dẫn thực thi CISG. Điều này đồng nghĩa với doanh nghiệp Việt Nam cũng có quyền áp dụng Điều 6 CISG để thỏa thuận loại trừ hiệu lực của toàn bộ Công ước hoặc những điều khoản cụ thể của Công ước.

Tình huống này cũng không hề mâu thuẫn với quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành. Có thể thấy, các văn bản pháp luật chủ yếu của Việt Nam điều chỉnh lĩnh vực hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế là Bộ luật Dân sự năm 2015 và Luật Thương mại năm 2005. Mặc dù các luật này không có quy định về quyền thỏa thuận loại trừ hiệu lực điều ước quốc tế, nhưng căn cứ quy định tại:

(1) Điều 664 của Bộ luật Dân sự năm 2015, cho thấy: (i) Pháp luật áp dụng cho hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế sẽ được xác định theo điều ước quốc tế Việt Nam là thành viên hoặc luật Việt Nam (khoản 1); (ii) Trường hợp điều ước quốc tế Việt Nam là thành viên hoặc luật Việt Nam quy định các bên có quyền lựa chọn pháp luật áp dụng thì luật áp dụng được xác định theo lựa chọn của các bên (khoản 2).

(2) Điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016 quy định: Trường hợp văn bản quy phạm pháp luật và điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó, trừ Hiến pháp (khoản 1).

Theo đó, thỏa thuận loại trừ hiệu lực của CISG cũng là thỏa thuận về lựa chọn

³⁷ Khoản 4 Điều 76 Luật Điều ước quốc tế năm 2016.

luật áp dụng cho hợp đồng, vì vậy, quy định tại Điều 6 của CISG sẽ được áp dụng đối với hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của thương nhân Việt Nam thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước này.

Nhưng, cũng chính vì pháp luật Việt Nam hiện hành không có quy định chi tiết về thực thi CISG nói chung và Điều 6 CISG nói riêng; Việt Nam chưa có án lệ liên quan đến Điều 6 CISG³⁸, nên trên cơ sở nghiên cứu nêu trên, có thể rút ra những lưu ý đối với các doanh nghiệp Việt Nam như sau:

Một là, về điều khoản thỏa thuận loại trừ hiệu lực của toàn bộ Công ước

Nếu hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế của doanh nghiệp Việt Nam thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG và các bên có ý muốn loại trừ CISG, cần lưu ý cả hai vấn đề sau: (i) Cần nêu rõ CISG không được áp dụng cho hợp đồng này; (ii) Thỏa thuận về nguồn luật cụ thể được lựa chọn để điều chỉnh nội dung hợp đồng. Bởi vì, chỉ dừng ở loại trừ CISG, khi tranh chấp xảy ra, luật được áp dụng sẽ phụ thuộc các quy phạm xung đột trong pháp luật của nước nơi giải quyết tranh chấp. Có thể tham khảo một điều khoản mẫu như³⁹:

- “Các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng này sẽ không bị điều chỉnh

bởi Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG); thay vào đó, các quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng sẽ được điều chỉnh bởi luật pháp của bang Connecticut, bao gồm cả Bộ luật Thương mại thống nhất được ban hành tại Connecticut”.

- “Hợp đồng này sẽ được điều chỉnh và hiểu theo luật của bang Pennsylvania, không bao gồm Công ước Viên năm 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG)”.

Hai là, về điều khoản thỏa thuận loại trừ hiệu lực, sửa đổi những điều khoản cụ thể của CISG

Việt Nam đã bảo lưu theo Điều 96 CISG, vì vậy, khi muốn thỏa thuận loại trừ hiệu lực, sửa đổi những điều khoản cụ thể của CISG, doanh nghiệp Việt Nam cần lưu ý không thể loại trừ Điều 12 CISG. Nghĩa là hình thức của hợp đồng mua bán, thỏa thuận thay đổi hoặc đình chỉ hợp đồng, hoặc chào hàng và chấp nhận chào hàng, hay bất kỳ sự thể hiện ý chí nào của các bên đều phải chứng minh bằng hình thức văn bản. Ngoài ra, các điều khoản trong CISG không quy định trực tiếp quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng (như Điều 28, Điều 89-101) thì không thể bị loại trừ hoặc sửa đổi. Việc loại trừ, sửa đổi các điều khoản cụ thể của CISG có thể đạt được bằng cách quy định nội dung điều khoản hợp đồng khác với các điều khoản trong Công ước hoặc bằng cách nêu rõ điều khoản nào của Công ước sẽ không được áp dụng cho hợp đồng⁴⁰.

³⁸ Việt Nam mới có 1 vụ xét xử liên quan đến CISG được thống kê, nhưng không áp dụng Điều 6 CISG: Vụ People's Supreme Court in Ho Chi Minh City 5 April 1996, 28/KTPT (*Ng Nam Bee Pte Ltd. v. Tay Ninh Trade Co.*). Arts. 8, 29, 53, 61(3), 64(1), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/caselit.html#vietnam>, truy cập ngày 20/3/2020.

³⁹ Doanh nghiệp Việt Nam có thể tham khảo một số điều khoản mẫu về vấn đề này trong Peter Winship, *Changing Contract Practices in the Light of the United Nations Sales Convention: A Guide for Practitioners*, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/winship.html>, truy cập ngày 20/3/2020.

⁴⁰ Doanh nghiệp Việt Nam có thể tham khảo một số điều khoản mẫu về vấn đề này trong John P. McMahon, *Drafting CISG Contracts and Documents and Compliance Tips for Traders*, <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/guide-managers-and-counsel-drafting-cisg-contracts-and-documents>, truy cập ngày 20/3/2020.

THẺ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa... trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: i) *Tên bài viết*; ii) *Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết*; iii) *Nội dung bài viết*. Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: tcnnpl@isl.gov.vn hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phiên dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, <http://isl.vass.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biểu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biểu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.