



MONTHLY ISSUE

12(344)

2016

45<sup>TH</sup> YEAR

**EDITOR IN CHIEF**

LE MAI THANH

**DEPUTY 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: 04.39713333*

*Fax: 04.39764534*

*Email:*

*tcnnpl@isl.gov.vn*

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

Printed by Water Resources  
Printing Company

**Price: 20.000 VND**

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### *CRIMINAL PROCEDURE LAW*

- ❖ NGUYEN VO LINH GIANG: Right to Silence in Criminal Procedure 3

### *CIVIL LAW, INTELLECTUAL PROPERTY LAW*

- ❖ BUI THI THANH HANG: Measures of Restitution for Contract Breaches from a Comparative Perspective 7

- ❖ NGUYEN THU THUY – NGUYEN NGOC QUYNH: Software Use by Government Agencies under the Trans-Pacific Partnership Agreement and Recommendations for Vietnam 19

### *ECONOMIC LAW, LABOUR LAW*

- ❖ NGUYEN DUC MINH: The Practice of Building up Economic Law and Issues Raised for Improvement 31

- ❖ VU THI THU HIEN: The Settlement of Collective Labour Disputes Regarding Interests through Agreement between the Employer and Employees 42

- ❖ PHAM THI THUY NGA: Workplace Harassment under International and Vietnamese Laws – Some Recommendations 48

### *INTERNATIONAL LAW*

- ❖ NGUYEN HONG THAO: Eastern Sea (South China Sea) – Issues of Post-Award Dated 12 July 2016 by the Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the UNCLOS 59

- ❖ NGUYEN LAN ANH: Legal Grounds and Practice of Overlapping Maritime Claim Settlement 66

### *LEGAL SCIENCE INFORMATION*

- ❖ VU CONG GIAO – DO THU HUYEN: Law on Controlling Assets and Income of Public Officials in the World and Vietnam 74

- 2016 CONTENTS OF THE STATE AND LAW REVIEW* 85

# QUYỀN IM LẶNG TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ

Nguyễn Võ Linh Giang\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích vai trò của quyền im lặng trong tố tụng hình sự và các quy định của pháp luật Việt Nam về vấn đề này; từ đó đề xuất kiến nghị nhằm hoàn thiện.

**Abstract:** This article analyses the right to silence in criminal procedure and related laws and regulations of Vietnam. On that basis, it makes relevant recommendations.

## 1. Quyền im lặng trong tố tụng hình sự

Điều 14 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR) quy định các đảm bảo về mặt tố tụng. Cụ thể, các bảo đảm đó là: bảo đảm về quyền được xét xử công bằng; bảo đảm về suy đoán vô tội; bảo đảm quyền được bào chữa, quyền được xét xử trong thời hạn hợp lý; bảo đảm không tự buộc tội chính mình; những bảo đảm dành cho người chưa thành niên; bảo đảm không bị xét xử hay kết án hai lần. Trong đó, bảo đảm không tự buộc tội chính mình hay còn gọi là quyền im lặng là bảo đảm được thực hiện bằng nhiều biện pháp và là yếu tố chính tạo nên một thủ tục tố tụng công bằng.

Quyền im lặng là một bảo đảm cần thiết trong tố tụng hình sự khi đặt trong mối quan hệ với nguyên tắc tranh tụng và nguyên tắc suy đoán vô tội. Trong mối quan hệ với nguyên tắc tranh tụng, quyền im lặng bảo đảm sự bình đẳng giữa bên gỡ tội và bên buộc tội. Vì quyền im lặng và nguyên tắc tranh tụng có quan hệ với nhau nên việc xác định thời điểm bắt đầu tranh tụng cũng chính là xác định thời điểm người bị buộc tội có quyền im lặng.

Để xác định được thời điểm bắt đầu và kết thúc của tranh tụng, cần xem xét khái niệm tranh tụng. Có quan điểm cho rằng, tranh tụng là một quá trình tố tụng và xuất hiện xuyên suốt quá trình tố tụng. Trong khi đó, quan điểm khác cho rằng, tranh tụng là những gì diễn ra tại tòa án. Vô hình trung, quan điểm này đã đồng nhất tranh tụng và giai đoạn tranh luận tại phiên tòa. Quan điểm thứ hai đã bỏ qua các giai đoạn tiền xét xử mà chỉ chú trọng đến giai đoạn xét xử<sup>1</sup>. Tuy nhiên, các giai đoạn tiền xét xử lại là giai đoạn quan trọng để tìm chứng cứ của bên buộc tội và gỡ tội, và việc vi phạm quyền con người nói chung hay quyền của người bị buộc tội nói riêng thường xảy ra ở giai đoạn này. Do đó, việc hiểu tranh tụng như quan điểm thứ hai chưa bao quát và khó bảo vệ toàn vẹn các quyền này. Tác giả ủng hộ cách hiểu ở quan điểm thứ nhất.

Theo đó, thời điểm xuất hiện tranh tụng là thời điểm xuất hiện chức năng buộc tội (cùng với nó là chức năng gỡ tội), tức là khi có hành vi tố tụng, lấy lời khai của người bị tình nghi phạm tội, khởi tố bị can... Thời điểm kết thúc tranh tụng cũng là thời điểm kết thúc chức năng buộc tội (cũng là kết

\* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

<sup>1</sup> Xem thêm Nguyễn Văn Hiến, *Về nguyên tắc tranh tụng trong tố tụng hình sự* (2011), Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tr. 37-40.

thúc chức năng gỡ tội), tức là khi Tòa án đã ra bản án và bản án đã có hiệu lực pháp luật<sup>2</sup>. Quyền im lặng cũng xuất hiện và kết thúc cùng lúc với thời điểm xuất hiện và kết thúc của tranh tụng. Do đó, quyền im lặng xuất hiện khi bắt đầu chức năng buộc tội và kết thúc khi bản án đã có hiệu lực pháp luật.

*Trong mối quan hệ với nguyên tắc suy đoán vô tội*, quyền im lặng đặt ra trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về cơ quan tiến hành tố tụng, còn người bị buộc tội có quyền nhưng không buộc phải chứng minh là mình có tội. Cơ sở lý luận của nội dung này trong Luật La Mã cổ đại là: trách nhiệm chứng minh thuộc về người khẳng định, không thuộc về người phủ định<sup>3</sup>.

Theo nguyên tắc suy đoán vô tội, người bị cáo buộc phạm tội hình sự có quyền được coi là vô tội cho đến khi hành vi phạm tội của người đó được chứng minh theo pháp luật<sup>4</sup>. Theo đó, suy đoán vô tội gồm bốn nội dung chính. *Thứ nhất*, người bị buộc tội được cho là không có tội cho đến khi có bản án kết tội của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật. *Thứ hai*, trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về cơ quan tiến hành tố tụng. *Thứ ba*, phải giải thích theo hướng có lợi đối với mọi nghi ngờ về lỗi của người bị buộc tội. *Thứ tư*, bản án kết tội của Tòa án phải dựa trên những chứng cứ xác thực.

Nguyên tắc suy đoán vô tội là nguyên tắc nền tảng đảm bảo cho thủ tục tố tụng khách quan, hạn chế việc áp đặt ý chí chủ quan của cơ quan tiến hành tố tụng. Để thực hiện nguyên tắc này, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo được quyền bào chữa nhằm bảo

vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình theo quy định của pháp luật<sup>5</sup>. Quyền bào chữa là cách hiểu mở rộng của quyền im lặng, do đó, nguyên tắc suy đoán vô tội là tiền đề thực hiện quyền im lặng của người bị buộc tội. Quyền im lặng chỉ có thể được thực hiện nếu tuân thủ nguyên tắc suy đoán vô tội. Ngược lại, vi phạm nguyên tắc suy đoán vô tội tất yếu dẫn đến vi phạm quyền im lặng<sup>6</sup>.

## 2. Quy định của pháp luật Việt Nam về quyền im lặng trong tố tụng hình sự

Quyền im lặng được ghi nhận trực tiếp trong Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 mà không gián tiếp thông qua quyền bào chữa như BLTTHS năm 2003<sup>7</sup>. Theo đó, quyền im lặng được quy định đối với người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố<sup>8</sup>, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt<sup>9</sup>, người bị tạm giữ<sup>10</sup>, bị can<sup>11</sup> và bị cáo<sup>12</sup>. Cụ thể, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can và bị cáo, được gọi chung là người bị buộc tội, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội<sup>13</sup>.

Tố tụng hình sự là lĩnh vực mà quyền con người dễ bị xâm hại từ phía các cơ quan

<sup>2</sup> Nguyễn Văn Hiến, sđd, tr. 25.

<sup>3</sup> Nguyễn Thành Long, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật tố tụng hình sự Việt Nam* (2011), Nxb. Chính trị Quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tr. 51.

<sup>4</sup> Khoản 2 Điều 14 ICCPR.

<sup>5</sup> Nguyễn Thành Long, sđd, tr. 75.

<sup>6</sup> Xem thêm Nguyễn Thành Long, sđd, tr. 79.

<sup>7</sup> Xem thêm Điều 10, Điều 72, khoản 4 Điều 209 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003.

<sup>8</sup> Điểm e khoản 1 Điều 57 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

<sup>9</sup> Điểm d khoản 1 Điều 58 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

<sup>10</sup> Điểm c khoản 1 Điều 59 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

<sup>11</sup> Điểm d khoản 2 Điều 60 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

<sup>12</sup> Điểm h khoản 2 Điều 61 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

<sup>13</sup> Trường hợp đối với người bị tố giác, người bị kiến nghị khởi tố thì có quyền tự bảo vệ hoặc nhờ người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng<sup>14</sup>. Do đó, việc ghi nhận quyền im lặng trong BLTTHS thể hiện sự tiến bộ trong tư duy lập pháp khi nội luật hóa nội dung của ICCPR về những đảm bảo tố tụng, đặc biệt đảm bảo cho người bị buộc tội không bị đặt vào trường hợp tự buộc tội chính mình. Như vậy, quyền im lặng trong pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam còn được hiểu bao gồm quyền được bào chữa. Theo đó, quyền im lặng và quyền bào chữa là hai quyền của người bị buộc tội liên quan chặt chẽ và bổ sung cho nhau, đảm bảo cho tố tụng hình sự được tiến hành đúng đắn, khách quan, tránh làm oan người vô tội<sup>15</sup>.

Theo quy định, người bị buộc tội được thông báo và giải thích về quyền được im lặng. Việc thông báo và giải thích được tiến hành khi cơ quan tố tụng giữ người trong trường hợp khẩn cấp, bắt người, tạm giữ, khi điều tra, xét hỏi, thẩm vấn. Do đó, người bị buộc tội có quyền im lặng trong suốt quá trình tiến hành tố tụng. Đồng thời, luật cũng quy định, trong trường hợp không được thông báo và giải thích thì họ được quyền khiếu nại.

Ngoài ra, BLTTHS năm 2015 còn quy định tranh tụng trong tố tụng hình sự là một nguyên tắc<sup>16</sup>. Từ đó, nguyên tắc tranh tụng, nguyên tắc suy đoán vô tội và quyền im lặng tạo thành những bảo đảm cho thủ tục tố tụng công bằng, đảm bảo bên bị buộc tội - bên yếu thế có quyền yêu cầu sự trợ giúp của luật sư hoặc người bào chữa, hoặc giữ im lặng để tự bảo vệ chính mình trước hành

vi vi phạm tố tụng của những người tiến hành tố tụng.

Có thể thấy, những quy định trên của BLTTHS năm 2015 đã thể hiện được việc bảo vệ quyền của người bị buộc tội. Tuy nhiên, do các quy định về quyền im lặng mới được đưa vào Bộ luật nên vẫn còn một số hạn chế cần hoàn thiện.

### 3. Một số kiến nghị

Theo Quy chế Rome về Tòa Hình sự quốc tế, quyền im lặng được áp dụng khi có căn cứ cho rằng một người phạm tội thuộc quyền xét xử của một tòa án và đã bị kiểm sát viên hoặc người có thẩm quyền tiến hành tra hỏi<sup>17</sup>; người bị điều tra không bị buộc tội vì đã im lặng. Điểm a khoản 1 Điều 55 Quy chế cũng quy định, người đang bị điều tra không bị buộc phải tự buộc tội chính mình. Tuy nhiên, đây là Quy chế hoạt động của Tòa Hình sự quốc tế và không có giá trị ràng buộc đối với quốc gia, do đó, các quốc gia không bắt buộc phải nội luật hóa các quy định này.

Việt Nam chưa gia nhập Quy chế nhưng những quy định trên vẫn có giá trị tham khảo trong quá trình hoàn thiện BLTTHS. Theo quy định tại Quy chế, người bị điều tra không bị buộc phải buộc tội chính mình và có quyền im lặng, đồng thời sự im lặng không được xem là một yếu tố cấu thành tội phạm. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam mới quy định người bị buộc tội không buộc phải tự buộc tội chính mình mà chưa quy định về giá trị của quyền im lặng trong trường hợp

<sup>14</sup> Nguyễn Thành Long, sđd, tr. 75.

<sup>15</sup> Phan Trung Hoài, *Phía sau “quyền im lặng”*, <http://thuvienphapluat.vn/tintuc/vn/thoi-su-phap-luat-binh-luan-gop-y/10470/phia-sau-%E2%80%9CQuy-en-im-lang%E2%80%9D>, truy cập ngày 31/8/2016.

<sup>16</sup> Xem Điều 10 BLTTHS 2015.

<sup>17</sup> Điểm b khoản 2 Điều 55 Quy chế Rome quy định: *Khi có cơ sở tin rằng một người phạm tội thuộc quyền xét xử của Tòa án và người đó đã bị tra hỏi bởi kiểm sát viên hoặc người có thẩm quyền khác theo yêu cầu được quy định tại Phần 9, người đó phải được thông báo những quyền sau: ... (2) giữ yên lặng, sự yên lặng này không nhằm mục đích xác định tội phạm và vô tội.*

này. Vấn đề đặt ra là, liệu quyền im lặng có thể bị lợi dụng để buộc tội không khai báo hay không? Và nếu như vậy thì việc quy định quyền im lặng sẽ không có ý nghĩa trên thực tế. Thiết nghĩ, khi đã đưa vào luật thì các nhà lập pháp đã không có ý định định tội việc im lặng của người bị buộc tội. Do đó, để quyền im lặng được đảm bảo thực hiện thì cần quy định giá trị pháp lý của quyền im lặng. Theo đó, cần bổ sung quy định hoặc ban hành văn bản hướng dẫn về quyền im lặng theo hướng: người bị buộc tội có quyền im lặng và việc im lặng này không được xem là yếu tố để truy cứu trách nhiệm hình sự.

Về quy định người bị buộc tội được cơ quan tiến hành tố tụng thông báo quyền im lặng. Luật không quy định về thời điểm thông báo đã dẫn đến việc quyền này có thể được thông báo không đúng thời điểm. Theo logic, một chủ thể là bị cáo sẽ trải qua các giai đoạn trước đó như: người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt, người bị tạm giữ và bị can. Tất cả các chủ thể này đều có quyền im lặng. Vì vậy, có cần thiết thông báo cho họ quyền im lặng ở mỗi giai đoạn tố tụng khi vị trí chủ thể của họ thay đổi hay không? Và, nếu chỉ thông báo khi họ bị giữ thì việc thông báo này có được xem là vi phạm quyền được thông báo, giải thích của họ hay không? Luật cần làm rõ vấn đề này. Theo đó, văn bản hướng dẫn thi hành nên chi tiết hóa thời điểm thông báo về quyền được im lặng để người bị buộc tội được biết và để xác định trách nhiệm của cơ quan tiến hành tố tụng và người tiến hành tố tụng nếu vi phạm.

Liên quan đến quyền được thông báo, giải thích về quyền im lặng của người bị buộc tội là vấn đề khiếu nại. Luật cho họ quyền khiếu nại khi có hành vi vi phạm các

quyền luật định, trong đó có quyền được thông báo, giải thích về quyền im lặng. Vì người bị buộc tội có quyền khiếu nại khi thông báo chậm trễ dẫn đến việc họ không biết mình có quyền này và có thể rơi vào trường hợp tự buộc tội chính mình. Tuy nhiên, việc dùng cụm từ “khiếu nại” có thể dẫn đến cách hiểu việc này liên quan đến các thủ tục hành chính và cơ quan tiếp nhận khiếu nại là cơ quan quản lý trực tiếp hoặc cơ quan cấp trên của cơ quan tiến hành tố tụng có hành vi vi phạm. Như vậy, việc khiếu nại sẽ độc lập với các quyết định tư pháp liên quan đến người bị buộc tội. Nói cách khác, nếu người bị buộc tội bị vi phạm quyền im lặng và đã tự buộc tội chính mình, nhưng sau đó họ được thông báo mình có quyền im lặng và khiếu nại về việc thông báo chậm trễ này thì việc khiếu nại sẽ không làm mất đi các chứng cứ đã có trước đó. Do đó, để bảo đảm quyền im lặng không bị vi phạm do việc thông báo chậm trễ cần quy định những chứng cứ có được do vi phạm quyền im lặng sẽ bị hủy bỏ.

Mục đích của việc quy định quyền im lặng là hạn chế tình trạng ép buộc người bị buộc tội phải khai báo trong quá trình thẩm vấn. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là, việc dùng lời nói khiến cho người bị buộc tội đưa ra câu trả lời có tính buộc tội có được xem là vi phạm quyền im lặng hay không? Ví dụ, trong vụ án Rhode kiện Innis năm 1980, bị cáo bị cáo buộc về tội giết người và cướp có vũ khí. Khi đưa về Sở cảnh sát, trên xe, cảnh sát nói chuyện với nhau về tầm quan trọng của việc phải tìm ra khẩu súng vì họ sợ nếu có bé nào ở trường dành cho trẻ khuyết tật gần đó tìm ra khẩu súng thì sẽ rất nguy hiểm. Bị cáo đã tình nguyện chỉ cho

*(Xem tiếp trang 58)*

# CÁC BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC ĐỐI VỚI HÀNH VI VI PHẠM HỢP ĐỒNG DƯỚI GÓC NHÌN SO SÁNH

*Bùi Thị Thanh Hằng\**

**Tóm tắt:** Buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại là ba biện pháp khắc phục cơ bản được mọi hệ thống pháp luật ghi nhận, nhưng vị trí ưu tiên áp dụng cũng như mục đích bảo vệ của mỗi biện pháp trong mỗi hệ thống pháp luật lại có sự khác biệt. Bài viết đề cập các biện pháp này trong hệ thống dân luật (civil law), thông luật (common law), một số văn bản pháp lý quốc tế về hợp đồng và luật hợp đồng Việt Nam để chỉ ra những điểm tương đồng và khác biệt.

**Abstract:** Specific performance, termination and damages are three basic measures of restitution for contract breaches, which are recognized in all legal systems. However, the application priority of those measures and their purpose differ in different legal systems. This article analyses these measures in civil law system, common law systems, a number of international legal documents on contracts and Vietnamese contract law to point out similarities and differences between these legal systems.

Nghiên cứu các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng (biện pháp khắc phục) trong hệ thống civil law (như Pháp, Đức), common law (như Anh, Mỹ) và một số văn bản pháp lý quốc tế quan trọng về hợp đồng là Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG), Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế (UPICC), Bộ nguyên tắc châu Âu về luật hợp đồng (PECL) có thể nhận thấy, các biện pháp khắc phục rất đa dạng. Trong các biện pháp khắc phục, buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại là ba biện pháp khắc phục cơ bản được mọi hệ thống pháp luật ghi nhận, tuy nhiên, vị trí ưu tiên áp dụng cũng như mục đích bảo vệ của mỗi biện pháp trong các hệ thống pháp luật lại có sự khác biệt<sup>1</sup>.

## 1. Các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng trong hệ thống civil law

Các biện pháp khắc phục được quy định rải rác trong Bộ luật Dân sự (BLDS) Pháp năm 1804<sup>2</sup>. Trong đó, Điều 1184 ghi nhận ba biện pháp khắc phục cơ bản áp dụng trong trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng gồm: Buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại<sup>3</sup>.

Theo BLDS Pháp năm 1804, *buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng* là biện pháp khắc phục được áp dụng theo quyết định của Tòa án không phụ thuộc vào mức độ nghiêm trọng của hành vi vi phạm hợp đồng, trừ nghĩa vụ phải làm và không được làm theo quy định tại Điều 1142. Trên cơ sở nguyên

\* ThS., Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội.

<sup>1</sup> Xem Thomas D. Mugrave, *Comparative Contractual Remedies*, UWA Law Review, 2009, page 300.

<sup>2</sup> Xem Điều 1142, Điều 1143, Điều 1144, Điều 1617, Điều 1619, Điều 1644, Điều 1184 và Mục 4 Chương III Phần III BLDS Pháp năm 1804.

<sup>3</sup> Xem Điều 1184 BLDS Pháp năm 1804.

tắc “pacta sunt servanda”, Điều 1134 BLDS Pháp năm 1804 thể hiện rõ xu hướng ưu tiên áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng<sup>4</sup>. Xu hướng này cũng được thể hiện qua thực tiễn xét xử của Pháp<sup>5</sup>. Vị trí ưu tiên hàng đầu của biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng xuất phát từ lập luận cho rằng, điều mà bên có quyền mong muốn đạt được từ một hợp đồng là nghĩa vụ hợp đồng phải được thực hiện, và việc áp dụng biện pháp này cho phép thiết lập lại tình trạng các bên đã thỏa thuận khi ký kết hợp đồng.

*Hủy bỏ hợp đồng* là biện pháp khắc phục có thể được áp dụng trong mọi trường hợp vi phạm hợp đồng<sup>6</sup>, bao gồm cả vi phạm có chủ đích (không thực hiện hợp đồng hoặc thực hiện hợp đồng có khiếm khuyết) và vi phạm do bất khả kháng (tương đương trường hợp “không đạt được mục đích” trong hệ thống common law). Tuy nhiên, biện pháp khắc phục này chỉ có thể được áp dụng theo phán quyết của Tòa án dựa trên mức độ nghiêm trọng của hành vi vi phạm. Khi Tòa án ra quyết định hủy bỏ hợp đồng thì hợp đồng được ký kết sẽ vô hiệu, có nghĩa các bên trong hợp đồng phải hoàn trả cho nhau những gì đã nhận.

Theo BLDS năm 1804 của Pháp, *bồi thường thiệt hại* là biện pháp khắc phục có thể được Tòa án áp dụng “tương đương với thực hiện hợp đồng” hoặc biện pháp “thay thế cho thực hiện hợp đồng” (Exécution en équivalent)<sup>7</sup>, bởi bồi thường thiệt hại là biện

pháp khắc phục nhằm đặt bên bị vi phạm vào vị trí tương tự với vị trí họ đáng lẽ đạt được nếu hợp đồng được thực hiện đúng. Ngoài ra, bồi thường thiệt hại còn có thể được áp dụng như một biện pháp khắc phục bổ sung kết hợp với buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng nhằm đảm bảo cho bên bị vi phạm được bồi thường đầy đủ. BLDS Pháp năm 1804 cũng quy định, bên bị vi phạm chỉ có thể yêu cầu áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại trong trường hợp bên vi phạm đã được yêu cầu nhưng vẫn không thực hiện nghĩa vụ<sup>8</sup>. Theo Điều 1147, bồi thường thiệt hại được áp dụng trong trường hợp không thực hiện hoặc chậm thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp bên vi phạm hợp đồng chứng minh được việc không thực hiện hợp đồng là do sự kiện bất khả kháng<sup>9</sup>, hoặc do sự kiện bất ngờ. Về nguyên tắc, bồi thường thiệt hại được áp dụng trong trường hợp không thực hiện nghĩa vụ phải làm hay không được làm một việc<sup>10</sup>, nhưng thực tiễn xét xử của Pháp lại cho thấy bồi thường thiệt hại là biện pháp ít được áp dụng<sup>11</sup>.

Hơn 200 năm thi hành, các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng được ghi nhận trong BLDS Pháp năm 1804 thường được bổ sung, làm rõ bởi các phán quyết của Tòa án để thích ứng với thực tiễn. Những án lệ này đã được pháp

<sup>4</sup> Xem Điều 1134 BLDS Pháp năm 1804.

<sup>5</sup> Xem Thomas D. Mugrave, *Comparative Contractual Remedies*, UWA Law Review, 2009, page 336.

<sup>6</sup> Xem Điều 1184 BLDS Pháp năm 1804.

<sup>7</sup> Xem Jean-Baptiste Racine, Laura Sautonnie-Laguionie, Aline Tenenbaum and Guillaume Wicker,

*European Contract Law - Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier, European law publishers, 2008, page 275.

<sup>8</sup> Xem các điều từ Điều 1146 đến Điều 1152 BLDS Pháp năm 1804.

<sup>9</sup> Xem Điều 1148 BLDS Pháp năm 1804.

<sup>10</sup> Xem Điều 1142 BLDS Pháp năm 1804.

<sup>11</sup> Xem Thomas D. Mugrave, *Comparative Contractual Remedies*, UWA Law Review, 2009, page 336.

điển hóa thông qua Pháp lệnh số 2016-131 ngày 10/2/2016 về “Sửa đổi luật hợp đồng, các quy tắc chung về nguồn của nghĩa vụ” (sau đây gọi tắt là Pháp lệnh số 2016-131). Pháp lệnh này đã có những cải cách cơ bản, bao gồm cả cải cách về các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng. Theo đó, BLDS Pháp (mới) lần đầu tiên đã pháp điển hóa một danh sách các biện pháp khắc phục có thể được áp dụng đối với hành vi không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng.

So với các quy định của BLDS Pháp năm 1804 về các biện pháp khắc phục, Pháp lệnh số 2016-131 đã có những sửa đổi đáng kể sau:

- Thứ nhất, đưa ra danh sách các biện pháp khắc phục và nguyên tắc áp dụng các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng<sup>12</sup>.

- Thứ hai, biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng có thể không được áp dụng nếu có sự mất cân bằng về mặt kinh tế giữa chi phí mà bên vi phạm phải bỏ ra để thực hiện hợp đồng và lợi ích mà bên bị vi phạm thu được từ việc thực hiện hợp đồng<sup>13</sup>.

- Thứ ba, trong trường hợp hành vi vi phạm hợp đồng gây hậu quả nghiêm trọng,

bên cạnh quy định cho phép bên bị vi phạm yêu cầu Tòa án hủy bỏ hợp đồng, Pháp lệnh số 2016 -131 đã bổ sung thêm trường hợp cho phép bên bị vi phạm đơn phương hủy bỏ hợp đồng bằng cách thông báo việc hủy bỏ hợp đồng cho bên vi phạm. Theo đó, đơn phương hủy bỏ hợp đồng được xem như một nguyên tắc cạnh tranh đối với hủy bỏ tư pháp (hủy bỏ hợp đồng theo phán quyết của Tòa án).

Tham khảo từ Điều 9:201 PECL, Pháp lệnh số 2016-131 đã bổ sung một quy định mới về vi phạm hợp đồng được tiên liệu trước (anticipatory non-performance), cho phép một bên sau khi thông báo cho bên kia, có thể đơn phương đình chỉ thực hiện nghĩa vụ của mình nếu có căn cứ để tin rằng bên kia sẽ không thực hiện nghĩa vụ đúng hạn và hệ quả của việc không thực hiện này là nghiêm trọng đối với lợi ích của họ.

- Thứ tư, về cơ bản, ghi nhận lại các quy định của BLDS Pháp năm 1804, nhưng không còn phân biệt giữa nghĩa vụ chuyển giao và nghĩa vụ phải làm<sup>14</sup>.

Quốc gia tiêu biểu thứ hai của hệ thống civil law là **Đức**. Luật hợp đồng của Đức cũng ghi nhận ba biện pháp khắc phục cơ bản đối với hành vi vi phạm hợp đồng là tiếp tục thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Theo đó, bên bị vi phạm có thể lựa chọn áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng.

*Buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng* được quy định tại Điều 286 BLDS Đức (BGB). Biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng chỉ được áp dụng nếu thỏa mãn hai điều kiện là hợp đồng vẫn có thể thực hiện được

<sup>12</sup> Điều 1217 BLDS Pháp (mới) quy định: “Bên có nghĩa vụ không được thực hiện toàn bộ hoặc một phần có thể:

- Từ chối không thực hiện hoặc đình chỉ thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng;  
- Yêu cầu buộc tiếp tục thực hiện nghĩa vụ;  
- Yêu cầu giảm giá;  
- Hủy bỏ hợp đồng;  
- Yêu cầu khắc phục hậu quả của hành vi không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng.

Các chế tài không xung đột với nhau có thể được kết hợp với nhau, bồi thường thiệt hại có thể áp dụng bổ sung với bất cứ biện pháp nào ở bất cứ thời điểm nào”.

<sup>13</sup> Xem Điều 1121 BLDS Pháp được sửa đổi theo Pháp lệnh số 2016-131.

<sup>14</sup> Xem Điều 1131 BLDS Pháp được sửa đổi theo Pháp lệnh số 2016-131.

và bên bị vi phạm trước đó đã thông báo cho bên vi phạm.

*Hủy bỏ hợp đồng* được quy định tại Điều 323 và Điều 324 BGB. Theo đó, hủy bỏ hợp đồng là biện pháp khắc phục được áp dụng không phụ thuộc vào mức độ vi phạm hợp đồng, tuy nhiên, biện pháp này chỉ có thể được áp dụng nếu trước đó bên bị vi phạm đã gia hạn để bên vi phạm tiếp tục thực hiện hợp đồng và khi kết thúc thời hạn này bên vi phạm vẫn không thực hiện nghĩa vụ của mình.

Cùng với buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng và hủy bỏ hợp đồng, theo Điều 280 BGB, bên bị vi phạm còn có thể áp dụng biện pháp khắc phục *bồi thường thiệt hại* nếu bên vi phạm hợp đồng cấu thành trong việc thực hiện nghĩa vụ hoặc có hành vi cố ý vi phạm nghĩa vụ theo các điều kiện được quy định tại Điều 276 và 311a BGB (trách nhiệm dựa trên lỗi).

Tương tự như Pháp, luật hợp đồng Đức cũng coi bồi thường thiệt hại là biện pháp khắc phục thay thế cho biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng. Theo Điều 281, Điều 282 và Điều 283 BGB, nếu bên vi phạm hợp đồng bị coi là phải chịu trách nhiệm về hành vi vi phạm hợp đồng (có lỗi trong việc không thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng), thì bên bị vi phạm có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại thay thế cho biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng. Trong trường hợp này, yêu cầu bồi thường thiệt hại được hiểu là sự quy đổi tương đương với giá trị của việc thực hiện hợp đồng. Yêu cầu bồi thường thiệt hại thay thế cho biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng có thể là yêu cầu thanh toán phần nghĩa vụ không được thực hiện đúng hoặc yêu cầu thanh toán toàn bộ việc thực hiện hợp đồng bằng một số tiền tương đương.

Tuy nhiên, việc quy đổi toàn bộ việc thực hiện hợp đồng chỉ được áp dụng nếu bên bị vi phạm không thu được lợi ích từ việc thực hiện một phần nghĩa vụ, hoặc nếu hành vi vi phạm là cơ bản. Trong trường hợp bên vi phạm đã thực hiện một phần nghĩa vụ nhưng bên bị vi phạm yêu cầu quy đổi toàn bộ việc thực hiện hợp đồng thì phần nghĩa vụ mà bên vi phạm đã thực hiện sẽ được hoàn trả cho bên vi phạm.

Cần lưu ý là, yêu cầu thanh toán một khoản tiền tương ứng với việc thực hiện hợp đồng có thể được kết hợp với yêu cầu bồi thường thiệt hại quy định tại Điều 280.1 BGB trong trường hợp bên vi phạm có lỗi.

## **2. Các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng trong hệ thống common law**

Nếu như luật hợp đồng của các quốc gia trong hệ thống civil law xem buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng là biện pháp khắc phục chính và bồi thường thiệt hại là biện pháp khắc phục phụ, thì luật hợp đồng của các quốc gia theo hệ thống common law lại xem bồi thường thiệt hại như một biện pháp khắc phục chính<sup>15</sup> và buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng là biện pháp khắc phục phụ hay biện pháp khắc phục thứ cấp. Theo đó, buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng chỉ được áp dụng khi Tòa án cho rằng việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại không thích đáng so với biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, Tòa án khá thận trọng trong việc đưa ra phán quyết buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, do đó, biện pháp buộc tiếp tục

---

<sup>15</sup> Xem Zimmermain, *The Law of Obligation - Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford University press, 1995, page 776, 779.

thực hiện hợp đồng chỉ được áp dụng trong những trường hợp đặc biệt<sup>16</sup>.

Ở Anh, các biện pháp khắc phục cơ bản đối với hành vi vi phạm hợp đồng được quy định trong Luật Mua bán hàng hóa năm 1979 (Sale of Goods Act 1979 - SGA). Theo Điều 52 (1) SGA, buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng chỉ được áp dụng theo quyết định của Tòa án. Theo đó, Tòa án buộc bên bán phải chuyển cho bên mua vật đặc định là đối tượng của hợp đồng và việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại được chứng minh là không thích đáng.

*Buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng* trong luật Anh được xem là một biện pháp khắc phục mang tính công bình<sup>17</sup>, chỉ được áp dụng khi xét thấy cần thiết<sup>18</sup>; hay nói cách khác, việc áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng tỏ ra khá hạn chế<sup>19</sup>. Cụ thể, buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng chỉ được áp dụng nếu biện pháp bồi thường thiệt hại tỏ ra không thích đáng và việc buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng không đòi hỏi có sự giám sát liên tục của Tòa án<sup>20</sup>. Ngoài ra, buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng sẽ không được áp dụng trong các trường hợp: hợp đồng là hợp đồng dịch vụ gắn liền với

nhân thân của bên vi phạm<sup>21</sup>; việc áp dụng biện pháp này sẽ gây khó khăn quá mức cho bên vi phạm<sup>22</sup>; hoặc chi phí do bên vi phạm bỏ ra để tiếp tục thực hiện hợp đồng lớn quá mức so với lợi ích mà việc thực hiện hợp đồng mang lại cho bên bị vi phạm<sup>23</sup>.

Để xác định có thể áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng hay không, Tòa án không chỉ xem xét bản chất của đối tượng hợp đồng hay sự bất hợp lý nếu áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại, mà còn xem xét mọi tình tiết của vụ việc, bao gồm việc thực hiện hợp đồng của cả hai bên và những khó khăn mà biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng sẽ gây ra cho bên vi phạm.

*Hủy bỏ hợp đồng* là biện pháp khắc phục được ghi nhận tại Điều 11(3) SGA, theo đó, hành vi vi phạm của bên bán có thể dẫn đến việc hủy bỏ hợp đồng nếu hành vi vi phạm hợp đồng là vi phạm cơ bản. Bản chất của Điều 11(3) SGA là cho phép bên mua quyền lựa chọn hoặc hủy bỏ hợp đồng hoặc khẳng định hiệu lực của hợp đồng và yêu cầu tiếp tục thực hiện hợp đồng<sup>24</sup>. Quy định này nhằm loại bỏ việc bên vi phạm dựa vào chính hành vi vi phạm của mình “để thu lợi từ hợp đồng, hoặc để biện minh cho hành vi vi phạm, hoặc gây bất lợi cho bên bị vi phạm trong hợp đồng”<sup>25</sup>. Về nguyên tắc,

<sup>16</sup> Xem G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 11<sup>th</sup> ed, London, 2003, page 67.

<sup>17</sup> Xem Samuel L. Bray, *The System of Equitable Remedies*, UCLA Law Review, Vol 63, 2016, page 553.

<sup>18</sup> Xem Rt Hon Justice Thomas, *An Endorsement of a More Flexible Law of Civil Remedies*, Waikato Law Review, Vol 7, 1999, page 38.

<sup>19</sup> Xem Hayk Kupelyants, *Specific Performance in the Draft Common Frame of Reference*, UCL Journal of Law and Jurisprudence, Vol 1, 2012, page 20.

<sup>20</sup> Xem Michael Bryan, Simone Degeling, Scott Donald, Vicki Vann, *A Sourcebook on Equity and Trusts in Australia*, Cambridge University press, 2016, page 31, 32.

<sup>21</sup> Xem Robert Pearce, John Stevens, Warren Barr, *The law of trusts and equitable obligations*, Fifth edition, Oxford University press, 2010, page 119.

<sup>22</sup> Xem Judith Bray, *A student's guide to equity and trusts*, Cambridge University press, 2012, page 14.

<sup>23</sup> Xem Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington, *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Hart publishing, 2008, page 196.

<sup>24</sup> Xem G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 11<sup>th</sup> ed, London, 2003, page 844.

<sup>25</sup> Xem G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 11<sup>th</sup> ed, London, 2003, page 844.

hủy bỏ hợp đồng chỉ có thể được áp dụng nếu bên mua thông báo mong muốn hủy bỏ hợp đồng cho bên bán hoặc cho bên thứ ba trong trường hợp bên mua không thể xác định được bên bán.

Hệ quả của việc áp dụng biện pháp hủy bỏ hợp đồng theo SGA là giải thoát các bên (bên vi phạm cũng như bên bị vi phạm) khỏi các quyền và nghĩa vụ mà họ đã cam kết. Nghĩa là, khi hợp đồng bị hủy bỏ thì bên mua “không còn bị ràng buộc phải chấp nhận việc thực hiện hợp đồng hoặc phải trả tiền cho việc thực hiện hợp đồng của bên bán nữa”<sup>26</sup>. Như vậy, về bản chất, việc áp dụng biện pháp hủy bỏ hợp đồng đã biến nghĩa vụ thực hiện hợp đồng của bên bán trở thành nghĩa vụ bồi thường thiệt hại và quyền yêu cầu thực hiện hợp đồng của bên mua trở thành quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại.

*Bồi thường thiệt hại* là biện pháp khắc phục chính được sử dụng trong luật hợp đồng Anh. Theo Điều 51(1) SGA, bồi thường thiệt hại là biện pháp luôn có thể được áp dụng đối với bất kỳ hành vi vi phạm hợp đồng nào gây ra thiệt hại nhằm bù đắp cho bên bị vi phạm những tổn hại mà bên này phải chịu do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra.

Luật hợp đồng Anh cho phép bên bị vi phạm áp dụng kết hợp biện pháp hủy bỏ hợp đồng và biện pháp bồi thường thiệt hại trong trường hợp hành vi vi phạm hợp đồng là vi phạm cơ bản hoặc hành vi vi phạm hợp đồng dẫn tới hệ quả nghiêm trọng là bên có quyền bị mất đi phần lớn lợi ích mà họ mong muốn nhận được khi ký kết hợp

đồng<sup>27</sup>, trừ trường hợp bên bị vi phạm từ bỏ quyền hủy bỏ hợp đồng của mình<sup>28</sup>. Trong trường hợp, hành vi vi phạm hợp đồng không phải là vi phạm cơ bản hoặc không gây ra hậu quả nghiêm trọng, thì bên bị vi phạm chỉ có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại<sup>29</sup>.

Ở *Hoa Kỳ*, các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng được ghi nhận trong Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ (US Uniform Commercial Code - UCC) và Tuyển tập (lần thứ hai) về hợp đồng (Restatement (second) of contract).

Theo Điều 2-716 UCC, Tòa án có thể áp dụng *biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng* nếu đối tượng của hợp đồng là vật đặc định hoặc trong trường hợp Tòa án xét thấy việc áp dụng biện pháp này là thích đáng. Như vậy, theo Điều 2-716 UCC, bên bị vi phạm có quyền yêu cầu nhận đối tượng của hợp đồng là vật đặc định nếu không có vật thay thế mặc dù bên vi phạm đã có những cố gắng hợp lý<sup>30</sup>.

Việc áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện trong luật hợp đồng Hoa Kỳ được xây dựng dựa trên ba nguyên tắc: bồi thường thiệt hại được xem là không thích đáng nếu đối tượng của hợp đồng là vật đặc định<sup>31</sup>; biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng thường được áp dụng đối với những hợp đồng có đối tượng là bất động

---

<sup>26</sup> Xem G. H. Treitel, *The Law of Contract*, 11<sup>th</sup> ed, London, 2003, page 849.

<sup>27</sup> Xem Điều 11 (3) và Điều 51 (1) Luật Mua bán hàng hóa năm 1979.

<sup>28</sup> Xem Điều 11 (2) Luật Mua bán hàng hóa năm 1979.

<sup>29</sup> Xem Điều 11 (3) và Điều 61 (1) Luật Mua bán hàng hóa năm 1979.

<sup>30</sup> Xem Điều 2-716 (3) UCC.

<sup>31</sup> Xem John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The law of contracts*, Fourth edition, West group, 1998, page 611.

sản<sup>32</sup>; không áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng đối với hành vi vi phạm hợp đồng dịch vụ liên quan tới nhân thân bên vi phạm hoặc đòi hỏi việc giám sát tư pháp<sup>33</sup>.

Thông thường, việc áp dụng buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng theo luật hợp đồng của Hoa Kỳ sẽ loại trừ việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại bởi Hoa Kỳ cho rằng, trong trường hợp bên vi phạm đã tiếp tục thực hiện hợp đồng thì việc bồi thường thiệt hại cho giá trị của việc thực hiện nghĩa vụ của bên vi phạm đối với bên bị vi phạm là không hợp lý trừ khi hành vi vi phạm đó là vi phạm thỏa thuận không cạnh tranh<sup>34</sup>.

Theo UCC, *hủy bỏ hợp đồng* có thể được áp dụng theo thỏa thuận của các bên trong hợp đồng hoặc theo luật định. Hủy bỏ hợp đồng theo luật định được áp dụng trong trường hợp hành vi vi phạm hợp đồng là vi phạm cơ bản hoặc gây hậu quả nghiêm trọng. Biện pháp này thường được áp dụng kết hợp với biện pháp bồi thường thiệt hại và được xem là biện pháp tự khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng (self-help remedy). Theo Điều 2-106 (3) UCC, hệ quả của việc áp dụng biện pháp hủy bỏ hợp đồng là làm chấm dứt mọi quyền và nghĩa vụ chưa được thực hiện.

Trong ba biện pháp khắc phục cơ bản của common law nói chung và Hoa Kỳ nói riêng, *bồi thường thiệt hại* là biện pháp

được áp dụng chủ yếu<sup>35</sup>. Tuy nhiên, Điều 347 Tuyên tập (lần thứ hai) về hợp đồng cũng đưa ra điều kiện hạn chế áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại gồm: bên bị vi phạm có thể tránh được thiệt hại xảy ra<sup>36</sup>, các bên không thể lường trước được thiệt hại ở thời điểm ký kết hợp đồng<sup>37</sup>, không có bằng chứng hợp lý về tính chắc chắn của thiệt hại<sup>38</sup>, những tổn hại về tinh thần ngoại trừ những tổn hại gắn liền với tổn thương về người (body harm) hoặc là hệ quả rõ ràng của hành vi vi phạm hợp đồng<sup>39</sup>.

### **3. Các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng trong Công ước Viên về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế và Bộ nguyên tắc châu Âu về luật hợp đồng**

*CISG* ghi nhận nhiều biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng tùy thuộc bên vi phạm nghĩa vụ là bên mua hay bên bán. Theo các quy định tại Mục 3 Chương II và Mục 3 Chương III, Phần thứ III của CISG có thể nhận thấy, một số biện pháp khắc phục được áp dụng chung cho cả hành vi vi phạm hợp đồng của bên mua và bên bán, như tiếp tục thực hiện hợp đồng, bồi thường thiệt hại và hủy bỏ hợp đồng<sup>40</sup>, và có biện pháp khắc phục được áp dụng riêng như biện pháp giảm giá là biện pháp

<sup>32</sup> Xem John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The law of contracts*, Fourth edition, West group, 1998, page 614.

<sup>33</sup> Xem John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The law of contracts*, Fourth edition, West group, 1998, page 617-619.

<sup>34</sup> Xem John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The law of contracts*, Fourth edition, West group, 1998, page 631.

<sup>35</sup> Xem John D. Calamari, Joseph M. Perillo, *The law of contracts*, Fourth edition, West group, 1998, page 540.

<sup>36</sup> Xem Điều 350 Tuyên tập (lần thứ hai) về Luật hợp đồng.

<sup>37</sup> Xem Điều 351 Tuyên tập (lần thứ hai) về Luật hợp đồng.

<sup>38</sup> Xem Điều 352 Tuyên tập (lần thứ hai) về Luật hợp đồng.

<sup>39</sup> Xem Điều 353 Tuyên tập (lần thứ hai) về Luật hợp đồng.

<sup>40</sup> Xem Điều 45 và Điều 61 CISG.

khắc phục chỉ được áp dụng trong trường hợp bên bán vi phạm hợp đồng<sup>41</sup>. Tuy nhiên, CISG cũng ghi nhận ba biện pháp khắc phục cơ bản đối với hành vi vi phạm hợp đồng tương tự như hệ thống civil law và common law<sup>42</sup>.

Trên cơ sở các quy định trên cho thấy, các biện pháp khắc phục cơ bản đối với hành vi vi phạm hợp đồng của CISG một mặt thể hiện “sự cân bằng một cách cố ý” của những người soạn thảo CISG<sup>43</sup> giữa các quy định của hệ thống common law và civil law, nhưng mặt khác vẫn ghi nhận đặc thù của mỗi hệ thống pháp luật về vấn đề này.

Sự hài hòa giữa các quy định của hệ thống common law và civil law về các biện pháp khắc phục thể hiện qua quy định tại Điều 46 và Điều 62 CISG, đó là xem *buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng* là biện pháp khắc phục quan trọng nhất. Theo đó, CISG cho phép bên bị vi phạm có thể yêu cầu bên vi phạm phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ, trừ trường hợp bên bị vi phạm đã sử dụng một biện pháp khắc phục không phù hợp với yêu cầu đó<sup>44</sup>. Với quy định này, CISG dường như ủng hộ quan điểm của hệ thống civil law là xem tiếp tục thực hiện hợp đồng là biện pháp khắc phục quan trọng nhất.

Tuy nhiên, Điều 28 CISG lại đưa ra quy định mềm dẻo nhằm dung hòa quan điểm

của các quốc gia theo hệ thống common law – các quốc gia coi bồi thường thiệt hại là biện pháp khắc phục chính đối với hành vi vi phạm hợp đồng<sup>45</sup>. Theo đó, Điều 28 CISG 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 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”. Điều đó có nghĩa, việc lựa chọn biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng chỉ được áp dụng trong phạm vi quốc gia nếu biện pháp này được quy định trong luật quốc gia.

Bên cạnh quy định thể hiện sự dung hòa giữa quan điểm của hệ thống civil law và hệ thống common law, CISG cũng ghi nhận đặc thù của mỗi hệ thống pháp luật. Điều này được thể hiện qua quy định của CISG về *biện pháp bồi thường thiệt hại*. Đó là, việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại không đồng nghĩa với việc bên vi phạm nghĩa vụ hợp đồng có lỗi<sup>46</sup>. Bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng không dựa trên yếu tố lỗi được xem là nét đặc trưng của hệ thống common law, trong khi trong hệ thống civil law việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại lại luôn dựa trên yếu tố lỗi.

---

<sup>41</sup> Xem Điều 45.1 và Điều 61.1 CISG.

<sup>42</sup> Xem Alison E. Williams, *Forecasting the Potential Impact of the Vienna Sales Convention on International Sales Law in the United Kingdom: Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Kluwer Law International, 2000-2001, page 9-57, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/williams.html>, truy cập ngày 05/10/2016.

<sup>43</sup> Xem Avery W. Katz, *Remedies for breach of contract under the CISG*, *International Review of Law and Economics*, 2006, page 378.

<sup>44</sup> Xem Điều 46 và Điều 62 CISG.

---

<sup>45</sup> Xem Alison E. Williams, *Forecasting the Potential Impact of the Vienna Sales Convention on International Sales Law in the United Kingdom*, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/williams.html>, truy cập ngày 07/10/2016.

<sup>46</sup> Xem Điều 45 CISG.

Bồi thường thiệt hại trong CISG cũng được xem là một biện pháp khắc phục có vị trí quan trọng, bởi đây là biện pháp duy nhất mà bên bị vi phạm có thể áp dụng trong trường hợp không có đủ các điều kiện để áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng hoặc hủy bỏ hợp đồng. Bồi thường thiệt hại là biện pháp có mục đích nhằm đặt bên bị vi phạm vào vị trí tương tự vị trí đáng lẽ bên bị vi phạm đạt được nếu hợp đồng được thực hiện theo đúng thoả thuận. Do vậy, bên bị vi phạm ngoài việc áp dụng các biện pháp như yêu cầu tiếp tục thực hiện hợp đồng hay hủy bỏ hợp đồng còn có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại<sup>47</sup>, trừ trường hợp việc không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng là do một trở ngại nằm ngoài sự kiểm soát của bên vi phạm và bên vi phạm không thể tính tới trở ngại đó vào lúc ký kết hợp đồng, hoặc không thể tránh được hay khắc phục được các hậu quả của nó<sup>48</sup>.

Biện pháp khắc phục cơ bản thứ ba được ghi nhận tại Điều 49 và Điều 64 CISG là *hủy bỏ hợp đồng*. Theo đó, hủy bỏ hợp đồng chỉ được áp dụng nếu hành vi vi phạm hợp đồng là vi phạm cơ bản hoặc chậm thực hiện nghĩa vụ hợp đồng khi thời hạn được gia hạn nêu trong thông báo của bên mua đã kết thúc. Hệ quả của việc áp dụng biện pháp hủy bỏ hợp đồng sẽ đặt dấu chấm hết cho việc thực hiện nghĩa vụ của cả hai bên.

Tương tự như CISG, *UPICC* cũng ghi nhận ba biện pháp khắc phục cơ bản là buộc

tiếp tục thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Quy định về các biện pháp khắc phục được xây dựng một cách hệ thống tại Chương 7 UPICC tương tự như CISG, nhằm duy trì sự tồn tại của hợp đồng qua việc ưu tiên áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng thay vì hủy bỏ hợp đồng khi các bên trong quan hệ hợp đồng gặp khó khăn trong quá trình thực hiện hợp đồng.

*Biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng* trong UPICC được chia làm hai loại tương ứng với hai trường hợp vi phạm. Nếu hành vi vi phạm hợp đồng là không thực hiện hoặc chậm thực hiện nghĩa vụ thì biện pháp khắc phục được áp dụng là buộc tiếp tục thực hiện nghĩa vụ hợp đồng mà các bên đã cam kết; nếu là thực hiện có khiếm khuyết thì biện pháp được áp dụng sẽ là sửa chữa và thay thế. Mặc dù thể hiện rõ nguyên tắc chung là ưu tiên áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, nhưng UPICC cũng chỉ rõ việc áp dụng biện pháp này bị hạn chế trong các trường hợp: việc thực hiện hợp đồng là không thể thực hiện được hoặc là bất hợp pháp; việc thực hiện hợp đồng tạo nên gánh nặng bất hợp lý cho bên vi phạm; việc thực hiện hợp đồng có thể đạt được một cách hợp lý bằng các phương pháp khác; việc thực hiện hợp đồng gắn liền với nhân thân của bên vi phạm, hoặc nếu việc thực hiện hợp đồng không được yêu cầu trong thời gian hợp lý<sup>49</sup>.

*Hủy bỏ hợp đồng* là biện pháp khắc phục được quy định tại Mục 3 Chương 7 của UPICC. Tương tự như CISG, biện pháp hủy bỏ hợp đồng trong UPICC chỉ được áp dụng trong trường hợp hành vi vi phạm (không thực hiện hợp đồng) là vi phạm cơ

<sup>47</sup> Xem Alison E. Williams, *Forecasting the Potential Impact of the Vienna Sales Convention on International Sales Law in the United Kingdom*, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/williams.html>, truy cập ngày 07/10/2016.

<sup>48</sup> Xem Điều 79 CISG.

<sup>49</sup> Xem Điều 7.2.2 UPICC.

bản gồm<sup>50</sup>: Việc không thực hiện làm mất đi chủ yếu những gì người có quyền mong đợi từ hợp đồng, trừ trường hợp bên có nghĩa vụ đã không dự tính trước hoặc đã không thể dự tính trước một cách hợp lý hậu quả này; việc thực hiện nghiêm ngặt nghĩa vụ là bản chất của hợp đồng; việc không thực hiện là cố ý hoặc không tính đến hậu quả; việc không thực hiện khiến cho bên có quyền tin rằng không thể tin cậy vào việc thực hiện hợp đồng trong tương lai; trong trường hợp hủy bỏ hợp đồng, bên có nghĩa vụ có thể phải chịu những tổn thất quá mức do sự chuẩn bị hoặc việc thực hiện hợp đồng; không thực hiện nghĩa vụ trong thời hạn đã được gia hạn bổ sung một khoảng thời gian hợp lý.

Theo UPICC, buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng và hủy bỏ hợp đồng có thể được kết hợp với *biện pháp bồi thường thiệt hại*<sup>51</sup>. UPICC ghi nhận nguyên tắc nền tảng của bồi thường thiệt hại tại Mục 4 Chương 7 là bồi thường toàn bộ. Tuy nhiên, việc áp dụng bồi thường thiệt hại có những hạn chế như: tính xác thực của thiệt hại<sup>52</sup>, tính dự đoán trước của thiệt hại<sup>53</sup>, giảm mức bồi thường thiệt hại do lỗi của bên bị thiệt hại<sup>54</sup>; nghĩa vụ hạn chế thiệt hại<sup>55</sup>.

Tương tự như CISG và luật của Anh, UPICC cũng thừa nhận bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng là trách nhiệm nghiêm ngặt (trách nhiệm không cần lỗi).

Khác với UPICC, **PECL** dành hai chương quy định về các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng,

trong đó cũng ghi nhận ba biện pháp khắc phục cơ bản đối với hành vi vi phạm gồm: buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng và bồi thường thiệt hại. Theo PECL, việc áp dụng các biện pháp khắc phục phụ thuộc vào việc hành vi vi phạm có được miễn trách nhiệm hay không<sup>56</sup>.

Trong trường hợp, việc không thực hiện hợp đồng không được miễn trách nhiệm, bên bị vi phạm có thể áp dụng các biện pháp như buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, bồi thường thiệt hại và hủy bỏ hợp đồng<sup>57</sup>, nhưng nếu việc không thực hiện hợp đồng được miễn trách nhiệm do trở ngại khách quan thì bên bị vi phạm không được áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng hoặc bồi thường thiệt hại<sup>58</sup>.

Các quy định của PECL về *biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng* được ghi nhận tương tự như UPICC, theo đó, việc áp dụng biện pháp này sẽ bị hạn chế trong một số trường hợp:<sup>59</sup> việc thực hiện hợp đồng là bất hợp pháp hoặc không thể thực hiện được; việc thực hiện hợp đồng sẽ tạo nên một gánh nặng bất hợp lý; hợp đồng có thể thực hiện được bằng các cách hợp lý khác; việc thực hiện hợp đồng gắn liền với nhân thân bên vi phạm hợp đồng. Tương tự như UPICC, PECL cũng hạn chế áp dụng biện pháp này đối với những vi phạm hợp đồng là thực hiện hợp đồng có khiếm khuyết<sup>60</sup>.

Giống như CISG và UPICC, *hủy bỏ hợp đồng* trong PECL chỉ được áp dụng nếu hành vi vi phạm hợp đồng là vi phạm cơ

<sup>50</sup> Xem Điều 7.3.1 (2) UPICC.

<sup>51</sup> Xem Điều 7.4.1 UPICC.

<sup>52</sup> Xem Điều 7.4.3.

<sup>53</sup> Xem Điều 7.4.4.

<sup>54</sup> Xem Điều 7.4.7.

<sup>55</sup> Xem Điều 7.4.8.

<sup>56</sup> Xem Điều 8:101 PECL.

<sup>57</sup> Xem các điều: Điều 9:101; Điều 9:102; Điều 9:201; từ Điều 9:301 đến Điều 9:309; từ Điều 9:501 đến Điều 9:509 PECL.

<sup>58</sup> Xem Điều 8: 108 PECL.

<sup>59</sup> Xem Điều 9:102 (2) PECL.

<sup>60</sup> Xem Điều 9:102(1) PECL.

bản, hoặc bên bị vi phạm đã thông báo một thời gian gia hạn hợp lý để thực hiện hợp đồng nhưng hết thời hạn đó mà bên vi phạm không thực hiện nghĩa vụ<sup>61</sup>.

Tương tự UPICC, CISG và common law, theo PECL *bồi thường thiệt hại* là biện pháp được áp dụng trên cơ sở trách nhiệm nghiêm ngặt, do đó, để áp dụng biện pháp này, PECL không đòi hỏi phải có bằng chứng về sự bất cần của bên vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, giống như UPICC, CISG và common law, PECL cũng đặt ra ngoại lệ đối với trường hợp việc thực hiện hợp đồng bị cản trở bởi sự kiện nằm ngoài tầm kiểm soát của bên vi phạm hợp đồng<sup>62</sup>.

#### **4. Các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng trong luật hợp đồng Việt Nam**

Theo các quy định tại Mục 4, Chương XV, Phần III BLDS năm 2015 và các quy định tại Mục 1, Chương VII Luật Thương mại (LTM) năm 2005, các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng trong luật hợp đồng Việt Nam gồm: Buộc thực hiện đúng hợp đồng; phạt vi phạm; buộc bồi thường thiệt hại; tạm ngừng thực hiện hợp đồng; đình chỉ thực hiện hợp đồng; hủy bỏ hợp đồng; giảm giá, sửa chữa và các biện pháp khác do các bên thoả thuận không trái với nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, điều ước quốc tế mà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên và tập quán thương mại quốc tế.

Như vậy, luật hợp đồng Việt Nam cũng ghi nhận ba biện pháp khắc phục cơ bản đối với hành vi vi phạm hợp đồng tương tự như hệ thống civil law, common law, CISG,

UPICC và PECL là: Buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, bồi thường thiệt hại và hủy bỏ hợp đồng.

Các quy định của BLDS năm 2015 và LTM năm 2005 cho thấy, các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng cũng có các đặc điểm tương đồng với các biện pháp được ghi nhận trong các hệ thống pháp luật nêu trên. Đó là, các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng là các giải pháp pháp lý mang tính tài sản chỉ được áp dụng khi có hành vi vi phạm hợp đồng. Hành vi vi phạm hợp đồng được hiểu là hành vi không thực hiện, thực hiện không đúng, chậm thực hiện nghĩa vụ mà các bên đã cam kết trong hợp đồng có hiệu lực pháp luật<sup>63</sup>.

*Buộc thực hiện đúng hợp đồng* là biện pháp khắc phục được ghi nhận tại Điều 252 BLDS năm 2015 và Điều 297 LTM năm 2005. Đây là biện pháp khắc phục nhằm đạt được mục đích của các bên đặt ra khi xác lập hợp đồng. Nói khác, đây là biện pháp khắc phục hướng tới việc các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ hợp đồng của các bên được thực hiện đúng, đầy đủ và thiện chí, mang lại lợi ích kinh tế cho mỗi bên. Theo Điều 252 BLDS năm 2015 và Điều 297 LTM năm 2005, căn cứ duy nhất để áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng là có hành vi vi phạm hợp đồng.

*Bồi thường thiệt hại* là biện pháp khắc phục được ghi nhận tại Điều 360 BLDS năm 2015 và Điều 302 LTM năm 2005. Đây là biện pháp cho phép bên bị vi phạm đạt được vị trí đáng lẽ có được nếu không có hành vi vi phạm hợp đồng. Biện pháp

<sup>61</sup> Xem Điều 9:301 PECL.

<sup>62</sup> Xem Điều 8:108 PECL.

<sup>63</sup> Xem Điều 351 BLDS năm 2015 và khoản 12 Điều 3 LTM năm 2005.

khắc phục này chủ yếu có chức năng bồi hoàn, bù đắp, khôi phục những lợi ích vật chất và/hoặc tinh thần bị tổn hại cho bên bị vi phạm hợp đồng và do đó, biện pháp bồi thường thiệt hại chỉ được áp dụng khi có thiệt hại xảy ra.

Theo Điều 252 BLDS năm 2015 và Điều 297 LTM năm 2005, 3 căn cứ cần và đủ để có thể áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại là:

- Có hành vi vi phạm hợp đồng;
- Có thiệt hại thực tế xảy ra;
- Hành vi vi phạm hợp đồng là nguyên nhân trực tiếp gây ra thiệt hại đó.

*Hủy bỏ hợp đồng* là biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm được quy định tại các điều từ 423 đến 427 BLDS năm 2015 và các điều từ 312 đến 314 LTM năm 2005. Đây là biện pháp khắc phục thể hiện sự tự vệ và phản ứng trực tiếp của bên bị vi phạm đối với hành vi vi phạm hợp đồng. Việc áp dụng biện pháp khắc phục này sẽ dẫn đến hệ quả pháp lý là một phần hoặc toàn bộ hợp đồng bị huỷ bỏ không có hiệu lực từ thời điểm giao kết và các bên không phải tiếp tục thực hiện các nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng, trừ những thoả thuận về phạt vi phạm và bồi thường thiệt hại, quyền và nghĩa vụ sau khi huỷ bỏ hợp đồng và giải quyết tranh chấp<sup>64</sup>.

Trên cơ sở các quy định của BLDS năm 2015 và LTM năm 2005, có thể nhận thấy các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng trong luật hợp đồng

<sup>64</sup>Xem khoản 1 Điều 427 BLDS năm 2015, khoản 1 Điều 314 LTM năm 2005.

Việt Nam cũng có các điểm chung với luật hợp đồng của các hệ thống pháp luật đó là, các giải pháp pháp lý mang tính tài sản chỉ được áp dụng khi có hành vi vi phạm hợp đồng. Các biện pháp khắc phục này có thể được áp dụng đơn lẻ hoặc có thể được áp dụng kết hợp với nhau<sup>65</sup>. Luật hợp đồng Việt Nam tuy không có quy phạm minh thị nào chỉ rõ thứ tự ưu tiên áp dụng các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng, tuy nhiên, các quy định tại Mục 4, Chương XV, Phần III BLDS năm 2015 và Mục 1, Chương VII LTM năm 2005 cũng như nguyên tắc được ghi nhận tại khoản 2 Điều 3 BLDS năm 2015<sup>66</sup> có thể thấy, luật hợp đồng Việt Nam giống hệ thống civil law với xu hướng nghiêng về ưu tiên áp dụng biện pháp buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng.

Như vậy, buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng, bồi thường thiệt hại là 3 biện pháp khắc phục cơ bản được mọi hệ thống pháp luật ghi nhận nhưng có vị trí ưu tiên khác nhau trong các hệ thống pháp luật. Nếu như buộc tiếp tục thực hiện hợp đồng là biện pháp khắc phục có vị trí ưu tiên hàng đầu trong hệ thống civil law và Việt Nam thì bồi thường thiệt hại lại được xem là biện pháp khắc phục được áp dụng phổ biến trong hệ thống common law<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Xem khoản 1 Điều 427 BLDS năm 2015, Điều 299 LTM năm 2005.

<sup>66</sup> Luật hợp đồng Việt Nam chịu ảnh hưởng của Luật La Mã nói chung và nguyên tắc “pacta sunt servanda” nói riêng.

<sup>67</sup> Xem Thomas D. Mugrave, *Comparative Contractual Remedies*, UWA Law Review, 2009, page 300, 301.

# VIỆC SỬ DỤNG PHẦN MỀM CỦA CHÍNH PHỦ THEO QUY ĐỊNH CỦA HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC XUYÊN THÁI BÌNH DƯƠNG VÀ MỘT SỐ KHUYẾN NGHỊ ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Nguyễn Thu Thủy\*  
Nguyễn Ngọc Quỳnh\*\*

**Tóm tắt:** Trên cơ sở phân tích các quy định của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương và pháp luật Việt Nam về sử dụng phần mềm máy tính cấp Chính phủ, bài viết đưa ra một số khuyến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả thi hành các quy định về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính tại các cơ quan nhà nước trung ương của Việt Nam.

**Abstract:** This article analyses the Trans-Pacific Partnership Agreement and Vietnamese law on software use by Government agencies. On that basis, it makes recommendations for improving relevant law and its enforcement regarding intellectual property protection for software use by central government agencies in Vietnam.

Kể từ khi ra mắt lần đầu tiên, đến nay, máy tính và phần mềm máy tính đã phổ biến tại mọi nơi trên thế giới, đóng vai trò quan trọng trong đời sống của con người. Việc sáng tạo và phát triển một phần mềm máy tính là quá trình đòi hỏi sự nỗ lực và sáng tạo của người phát triển phần mềm cũng như sự đầu tư về thời gian, công sức và tài chính. Tuy nhiên, phần mềm máy tính lại có thể dễ dàng bị sao chép hoặc sử dụng trái phép. Để khuyến khích tư duy lao động sáng tạo của các cá nhân, tăng cường cạnh tranh, thúc đẩy sự phát triển của ngành công nghiệp phần mềm nhưng vẫn đảm bảo được quyền tiếp cận các sản phẩm sáng tạo của con người, việc bảo hộ một cách phù hợp và đúng mức đối với phần mềm máy tính là một yêu cầu cấp thiết. Bên cạnh việc kí kết các điều ước quốc tế cũng như đảm bảo thi hành các văn bản pháp luật quốc gia

về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính, Chính phủ, với tư cách là chủ thể sử dụng và khai thác phần mềm máy tính phải đảm bảo phù hợp với pháp luật về sở hữu trí tuệ. Trong Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP), trách nhiệm này lần đầu tiên đã được ghi nhận, thể hiện cam kết của Chính phủ các quốc gia thành viên<sup>1</sup> về sử dụng phần mềm máy tính tôn trọng quyền tác giả và các quyền liên quan.

## 1. Khái quát về phần mềm máy tính và pháp luật bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính

Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO) lần đầu đưa ra định nghĩa về phần mềm máy tính vào những năm 1970 của thế kỷ XX. Đến nay, khoa học máy tính nói chung và phần mềm máy tính nói riêng đã có sự phát triển mạnh mẽ với các ứng dụng trong hầu

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

\*\* ThS., Công ty Actip corporation.

<sup>1</sup> Bao gồm: Australia, Brunei, Chile, Malaysia, Mexico, New Zealand, Canada, Peru, Singapore, Việt Nam, Mỹ và Nhật Bản.

hết các hoạt động của con người. Cụm từ “phần mềm máy tính” (*computer software*) thường được sử dụng để phân biệt với “phần cứng máy tính” (*computer hardware*). Theo đó, phần mềm máy tính được sử dụng để chỉ tất cả các chương trình mà máy tính sử dụng. Những chương trình này đưa ra các hướng dẫn, câu lệnh để máy tính có thể đưa ra những kết quả nhất định<sup>2</sup>.

Hiện nay, trong các công trình nghiên cứu<sup>3</sup>, pháp luật quốc gia và các điều ước quốc tế, có hai thuật ngữ thường được sử dụng đó là “phần mềm máy tính” (*computer software*) và “chương trình máy tính” (*computer program*). Theo Điều 101 Luật Quyền tác giả của Hoa Kỳ, thuật ngữ “chương trình máy tính” được định nghĩa: “là tập hợp các lệnh hoặc các chỉ dẫn được sử dụng một cách trực tiếp hoặc gián tiếp trong máy tính nhằm đem lại một kết quả nhất định”; Luật Bản quyền năm 1985 của Canada quy định: “chương trình máy tính là một hệ thống các hướng dẫn hoặc lệnh được thể hiện, ghi nhận hoặc lưu trữ bằng bất kỳ phương thức nào được sử dụng trực tiếp hoặc gián tiếp bằng máy

tính để mang lại một kết quả nhất định”<sup>4</sup>; khoản 1 Điều 22 Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam năm 2005 ghi nhận: “chương trình máy tính là tập hợp các chỉ dẫn được thể hiện dưới dạng các lệnh, các mã, lược đồ hoặc bất kỳ dạng nào khác, khi gắn vào một phương tiện mà máy tính đọc được, có khả năng làm cho máy tính thực hiện được một công việc hoặc đạt được một kết quả cụ thể”. Trong khi đó, khoản 12 Điều 4 Luật Công nghệ thông tin Việt Nam năm 2006 lại sử dụng thuật ngữ “phần mềm máy tính” và định nghĩa: “phần mềm là chương trình máy tính được mô tả bằng hệ thống ký hiệu, mã hoặc ngôn ngữ để điều khiển thiết bị số thực hiện chức năng nhất định”. Tương tự, ở phạm vi quốc tế, trong khi Hiệp định về các khía cạnh thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPs), Hiệp ước về quyền tác giả của WIPO (WCT) sử dụng thuật ngữ “chương trình máy tính”, thì Hiệp định TPP lại sử dụng thuật ngữ “phần mềm máy tính”<sup>5</sup>. Như vậy, trên thực tế, hai thuật ngữ “chương trình máy tính” và “phần mềm máy tính” có nội dung tương tự nhau và có thể được sử dụng để thay thế cho nhau.

Sự phát triển của công nghệ thông tin với những lợi ích kinh tế mà phần mềm máy tính mang lại cho các tổ chức, cá nhân ngày càng rõ rệt và đáng kể. Tuy nhiên, các cá nhân, doanh nghiệp đầu tư thời gian và nguồn lực để phát triển phần mềm cũng phải đối mặt với nguy cơ bị thiệt hại về tài chính do bản sao của các phần mềm này có thể bị đối thủ cạnh tranh tạo ra một cách dễ dàng với chất lượng không thua kém bản

<sup>2</sup> Guy Platon, *The Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs: An unsatisfactory balance of competing interests*, American University International Law Review – Tập 7, số 2, năm 1992, tr. 239.

<sup>3</sup> Guy Platon, *The Council Directive on the Legal Protection of Computer Programs: An unsatisfactory balance of competing interests*, American University International Law Review – Tập 7, số 2, năm 1992. J.C. Philips, *Sui Generis Intellectual Property Protection for Computer Software*, George Washington Law Review, số 997, năm 1991, tr.60. K.L. Durell, *Intellectual Property Protection for Computer Software: How Much and What Form is Effective*, International Journal of Law and Information Technology, số 8, năm 2000, tr. 231.

<sup>4</sup> Luật về Quyền tác giả của Canada - Canada Copyright Act (R.S.C., 1985, c.C-42). Nguồn: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/page13.htm#h-37>, truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>5</sup> Điều 18.80 Hiệp định TPP.

gốc. Hơn nữa, khi các phần mềm có thể tìm thấy và tải về một cách dễ dàng trên mạng Internet, ngay cả người dùng cuối cùng cũng có thể sử dụng bất hợp pháp hoặc sao chép phần mềm vì mục đích cá nhân. Theo kết quả khảo sát năm 2016 của Liên minh phần mềm toàn cầu (BSA), giá trị thương mại của các phần mềm không bản quyền trên toàn cầu có giá trị ước tính khoảng 52.2 tỉ USD. Trong đó, tại 72 trong 116 thị trường được nghiên cứu, hơn một nửa số phần mềm máy tính được sử dụng trong năm 2015 là phần mềm không có bản quyền; còn tại 37 thị trường khác, tỉ lệ phần mềm không có bản quyền chiếm hơn 75%<sup>6</sup>.

Để bảo vệ quyền lợi của những người sáng tạo và phát triển phần mềm máy tính, pháp luật của các nước cũng như các điều ước quốc tế đều có quy định về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính. Theo Điều 10 Hiệp định TRIPs, “*chương trình máy tính phải được bảo hộ như tác phẩm văn học theo quy định của Công ước Berne*”. Hiệp ước WTC cũng quy định: “*chương trình máy tính được bảo hộ không phân biệt cách thức và hình thức thể hiện*”<sup>7</sup>. Pháp luật của nhiều quốc gia như Hoa Kỳ, Canada, Singapore, hay các nước Liên minh châu Âu (EU) đều quy định về việc bảo hộ phần mềm máy tính theo chế độ quyền tác giả. Tương tự như các tác phẩm văn học, nghệ thuật, phần mềm máy tính sẽ được bảo hộ một cách tự động tại tất cả các nước thành viên của Công ước Berne

mà không cần phải đăng kí<sup>8</sup>, và chủ sở hữu quyền tác giả đối với phần mềm máy tính sẽ được độc quyền cho phép “*sao in (...) dưới bất kỳ phương thức hay dưới hình thức nào*”<sup>9</sup>, “*phóng tác, chuyển thể hay cải biên*”<sup>10</sup>. Do đó, trong trường hợp không có sự đồng ý (hoặc được chuyển giao quyền sử dụng) của chủ sở hữu quyền tác giả đối với phần mềm máy tính, không chủ thể nào có quyền sao chép, bao gồm cả việc sử dụng, tải hay lưu giữ phần mềm máy tính. Tuy nhiên, việc bảo hộ phần mềm máy tính theo pháp luật về quyền tác giả không giúp chủ thể phát triển phần mềm có thể ngăn cản các chủ thể khác tạo ra các phần mềm với chức năng và giao diện tương tự. Chính vì vậy, một số nước như Hoa Kỳ còn bảo hộ phần mềm máy tính với tư cách là sáng chế theo pháp luật về sáng chế. Theo đó, ý tưởng và sự sáng tạo của người phát triển phần mềm sẽ được bảo hộ và người được cấp bằng sáng chế sẽ được quyền ngăn cản các chủ thể khác trong việc sử dụng, mua bán, xuất khẩu, nhập khẩu phần mềm của mình trong thời hạn được bảo hộ. Trên thực tế, Tòa án Hoa Kỳ đã đưa ra rất nhiều phán quyết về việc phần mềm máy tính có được cấp bằng độc quyền sáng chế hay không? Và bằng độc quyền sáng chế đầu tiên của một phần mềm máy tính đã được cấp tại Hoa Kỳ vào năm 1968 (U.S Patent No. 3,380,029)<sup>11</sup>. Có

<sup>6</sup> BSA Global Software Survey, Seizing Opportunity Through License Compliance, tháng 5/2016. Nguồn: [http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/studies/BSA\\_GSS\\_US.pdf](http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/studies/BSA_GSS_US.pdf), truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>7</sup> Điều 4 Hiệp ước về quyền tác giả của WIPO.

<sup>8</sup> Khoản 2 Điều 5 Công ước Berne: “*Việc thụ hưởng các quyền theo quy định của Công ước không lệ thuộc vào bất kỳ thể thức hay thủ tục nào*”.

<sup>9</sup> Điều 9.1 Công ước Berne năm 1886 về bảo hộ tác phẩm văn học, nghệ thuật và khoa học.

<sup>10</sup> Điều 12.1 Công ước Berne năm 1886 về bảo hộ tác phẩm văn học, nghệ thuật và khoa học.

<sup>11</sup> USPTO, *General information concerning patents*. Nguồn: <https://www.uspto.gov/patents-gettingstarted/general-information-concerning-patents>, Gene Quinn, *The history of software patents in the United States*, ngày 30/11/2014. Nguồn: <http://www.ipwatch>

rất nhiều tranh cãi xung quanh phán quyết này, nhưng hầu hết các bằng độc quyền sáng chế của phần mềm máy tính tại Hoa Kỳ hiện nay đều được cấp sau một phán quyết của Tòa án. Điều 52 Hiệp định châu Âu về sáng chế (European Patent Convention) cũng loại trừ chương trình máy tính là đối tượng được cấp bằng độc quyền sáng chế; tuy nhiên đã mở ra rằng, trong trường hợp chương trình đó đạt được “*đặc tính kỹ thuật*” (“technical feature”) sẽ có khả năng được cấp bằng độc quyền sáng chế<sup>12</sup>.

## 2. Quy định của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương về việc sử dụng phần mềm của Chính phủ

Việc Chính phủ sử dụng phần mềm (“*government use of software*”) đã thu hút sự quan tâm của nhiều quốc gia trên thế giới bởi nhiều nguyên nhân. Thứ nhất, Chính phủ là một trong những chủ thể sử dụng và khai thác phần mềm lớn, đóng vai trò quan trọng trong chiến lược phát triển công nghệ thông tin. Chính vì vậy, việc sử dụng phần mềm phù hợp với pháp luật bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của Chính phủ sẽ thể hiện hiệu quả việc thực thi các cam kết quốc tế về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ. Thứ hai, việc sử dụng phần mềm của Chính phủ có ảnh hưởng không nhỏ đến phần mềm được sử dụng bởi các tổ chức, cá nhân khi kết nối các dịch vụ của nhà nước. Do đó, việc tôn trọng quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính được sử dụng bởi Chính phủ

sẽ là hình mẫu cho các tổ chức, cá nhân sử dụng và khai thác phần mềm máy tính khác trong cuộc chiến chống các phần mềm bất hợp pháp. Thứ ba, mạng máy tính của Chính phủ có sự tương tác đáng kể với nguồn thông tin trên mạng internet, do đó, vi phạm quyền sở hữu trí tuệ cũng có nguy cơ xuất hiện phổ biến. Vì vậy, việc sử dụng các phần mềm phù hợp với pháp luật về sở hữu trí tuệ sẽ giúp bảo vệ an ninh mạng máy tính của Chính phủ, hạn chế sự tấn công và xâm nhập từ các phần mềm chứa mã độc.

Tại Hội nghị thượng đỉnh nhóm các nước phát triển G8 gồm Pháp, Đức, Italia, Nhật Bản, Anh, Hoa Kỳ, Canada và Nga tại Kyushu-Okinawa năm 2000, lãnh đạo các nước thành viên đã khẳng định, cam kết của Chính phủ các nước trong việc sử dụng phần mềm phù hợp với các quy định về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ<sup>13</sup>. Cam kết này được tái khẳng định trong khuôn khổ Hội nghị thượng đỉnh Hokkaido-Toyako năm 2008; đồng thời, lãnh đạo các nước G8 cũng kêu gọi các nước khác trên thế giới: “*khuyến khích và bảo hộ hiệu quả quyền sở hữu trí tuệ là yếu tố quan trọng cho sự phát triển các sản phẩm sáng tạo, khoa học công nghệ và nền kinh tế. Chúng ta sẽ tăng cường các đề xuất về chống hàng giả và vi phạm quyền sở hữu trí tuệ... Chúng tôi khẳng định cam kết của Chính phủ chúng tôi về sử dụng phần mềm tuân thủ các điều ước quốc tế liên quan và kêu gọi các nước khác cùng tuân thủ cam kết với chúng tôi*”<sup>14</sup>.

dog.com/2014/11/30/the-history-of-software-patents-in-the-united-states/id=52256/, truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>12</sup> European Patent Office, *Patents for software? European law and practice*. Nguồn: <https://www.epo.org/news-issues/issues/software.html>, truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>13</sup> G8 Okinawa Charter on Global Information Society Kyushu-Okinawa Summit, Nhật Bản, tháng 7/2000. Nguồn: <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/2000/documents/charter.html>, truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>14</sup> G8 Hokkaido Toyako Summit Leaders Declaration Hokkaido Toyako, Nhật Bản, ngày 8/7/2008. Nguồn: <http://www.mofa.go.jp/policy/economy/summit/200>

Việc sử dụng phần mềm của Chính phủ phù hợp với các quy định về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ cũng là nội dung được 12 thành viên của TPP (trong đó có 3 quốc gia đồng thời là thành viên của nhóm G8) đưa ra đàm phán và đã chính thức được ghi nhận tại Điều 18.80 của Hiệp định.

Khoản 1 Điều 18.80 Hiệp định quy định: “*Mỗi Bên thừa nhận tầm quan trọng của việc thúc đẩy ban hành các biện pháp nhằm tăng cường nhận thức của Chính phủ đối với quyền sở hữu trí tuệ và đối với những tác hại của việc xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ*”. Có thể thấy, các nước thành viên TPP thể hiện cam kết trong việc nâng cao hiểu biết và ý thức tôn trọng quyền sở hữu trí tuệ của Chính phủ các nước hữu quan. Tuy nhiên, trên thực tế, các chuyên gia công nghệ thông tin – những người thường làm việc với phần mềm máy tính của Chính phủ cũng gặp không ít khó khăn trong việc đảm bảo rằng tất cả các phần mềm máy tính người đó đang sử dụng đều là các phần mềm có bản quyền.

Mặt khác, tuy tiêu đề của Điều 18.80 về việc sử dụng phần mềm của Chính phủ, nhưng khoản 1 lại ghi nhận việc tôn trọng quyền sở hữu trí tuệ nói chung của Chính phủ các nước, mà không chỉ giới hạn trong vấn đề quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính.

Các nước thành viên TPP cũng nhận thấy tầm quan trọng của hoạt động giáo dục và đào tạo trong lĩnh vực này cho các nhân viên Chính phủ, vì vậy, khoản 1 Điều 18.80 đã quy định việc “*thúc đẩy các biện pháp để tăng cường nhận thức của Chính phủ về quyền sở hữu trí tuệ*”. Các biện pháp được

sử dụng cũng như cách thức tiến hành sẽ do các nước thành viên quy định.

Theo khoản 2 Điều 18.80, để đảm bảo việc sử dụng phần mềm của Chính phủ phù hợp với pháp luật về sở hữu trí tuệ, Hiệp định yêu cầu các nước hữu quan “*phải ban hành hoặc duy trì các đạo luật, quy định, chính sách, lệnh, hướng dẫn do Chính phủ ban hành, hoặc các chỉ thị hành chính hoặc điều hành thích hợp*”. Bằng việc sử dụng từ “*phải*” (“*shall*”), Hiệp định đã “*án định*” nghĩa vụ đối với các nước thành viên trong việc tự xem xét hệ thống pháp luật hiện hành của quốc gia mình để “*duy trì*” (nếu pháp luật hiện hành đã phù hợp và không cần tiến hành các biện pháp khác), hoặc “*ban hành*” các văn bản hướng dẫn (nếu pháp luật hiện hành chưa có hoặc cần phải bổ sung các biện pháp khác). Hệ thống văn bản các nước thành viên có thể ban hành rất đa dạng, không chỉ giới hạn trong các văn bản luật mà có thể là chính sách, hướng dẫn của Chính phủ, hay các chỉ thị hành chính hoặc thậm chí là chỉ đạo hay điều hành của Chính phủ. Thông qua hệ thống các văn bản đó, các nước thành viên của TPP cần đảm bảo ***các cơ quan Chính phủ trung ương của mình chỉ sử dụng các phần mềm máy tính không xâm phạm quyền tác giả và quyền liên quan được bảo hộ***.

Điều 18.80 của Hiệp định không giải thích cụm từ “*cơ quan Chính phủ trung ương*” (“*central government agencies*”), tuy nhiên, theo Điều 1.3 thì “*chính quyền cấp trung ương*” (“*central level of government*”) sẽ do các quốc gia tự xác định tại Phụ lục 1-A. Theo Phụ lục 1-A, chính quyền cấp trung ương của Việt Nam được xác định là chính quyền cấp quốc gia. Điều 2 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 quy định: “*Cơ cấu tổ chức của Chính phủ bao gồm các bộ, cơ*

quan ngang bộ” và thành viên Chính phủ bao gồm “*Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ*”<sup>15</sup>. Bên cạnh đó, theo Phụ lục 15-A của Chương Mua sắm chính phủ, các cơ quan chính phủ cấp trung ương (“*central government entities*”) của Việt Nam thực hiện các hoạt động mua sắm chính phủ được liệt kê bao gồm các đơn vị trực thuộc các bộ và các cơ quan ngang bộ. Như vậy, nhóm các cơ quan này có thể được xác định thuộc phạm vi điều chỉnh của khoản 2 Điều 18.80 Hiệp định TPP. Ngoài ra, theo Điều 42 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015<sup>16</sup> và Điều 2 Nghị định số 10/2016/NĐ-CP ngày 01/02/2016 quy định về cơ quan thuộc Chính phủ, thì “*cơ quan thuộc Chính phủ do Chính phủ thành lập, có chức năng phục vụ nhiệm vụ quản lý nhà nước của Chính phủ; thực hiện một số dịch vụ công có đặc điểm, tính chất quan trọng mà Chính phủ phải trực tiếp chỉ đạo*” và chịu sự quản lý nhà nước của “*Bộ quản lý ngành, lĩnh vực*”. Do đó, các cơ quan thuộc Chính phủ như: Đài Tiếng nói Việt Nam, Học viện chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh, Đài truyền hình Việt Nam, Viện Hàn lâm Khoa học và Công nghệ Việt Nam, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam,

Thông tấn xã Việt Nam sẽ thuộc nhóm “*cơ quan Chính phủ trung ương*” theo quy định tại Hiệp định. Theo Danh mục cơ quan tổ chức Đảng, Nhà nước cấp trung ương và cấp tỉnh, một số các cơ quan khác cũng thuộc nhóm “*cơ quan trung ương*” như: Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Kiểm toán nhà nước, Ngân hàng Nhà nước, Văn phòng Quốc hội, Văn phòng Chủ tịch nước, Ban Cán sự Đảng ngoài nước, Ủy ban Kiểm tra trung ương, Văn phòng Trung ương Đảng...<sup>17</sup> Những cơ quan này cũng thuộc nhóm “*cơ quan Chính phủ trung ương*” theo quy định tại Điều 18.80 Hiệp định TPP.

Như trình bày ở trên, pháp luật của các nước thành viên TPP đều ghi nhận việc bảo hộ phần mềm máy tính theo chế định về quyền tác giả. Do đó, tác giả của phần mềm máy tính sẽ được hưởng các độc quyền sao chép, phổ biến và phân phối phần mềm máy tính tại tất cả các nước thành viên một cách tự động mà không phải qua thủ tục đăng kí. Vì vậy, Điều 18.80 Hiệp định TPP yêu cầu Chính phủ các nước thành viên phải đảm bảo “*chỉ sử dụng phần mềm không xâm phạm quyền tác giả và quyền liên quan*”.

Tại đoạn 2, khoản 2 Điều 18.80 quy định: “*nếu có thể được*”, cơ quan Chính phủ trung ương của các nước thành viên TPP “*sẽ chỉ sử dụng những phần mềm máy tính với cách thức được phép trong giấy phép sử dụng tương ứng*”. Như vậy, Chính phủ các nước không những cần sử dụng phần mềm không vi phạm quyền sở hữu trí tuệ mà còn phải đảm bảo việc sử dụng phần

<sup>15</sup> Bộ Tư pháp, Bộ Kế hoạch và Đầu tư, Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, Bộ Văn hoá, Thể thao và Du lịch, Bộ Khoa học và Công nghệ, Bộ Tài chính, Bộ Xây dựng, Bộ Thông tin và Truyền thông, Bảo hiểm xã hội Việt Nam, Thanh tra Chính phủ, Bộ Công Thương, Bộ Y tế, Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ Giáo dục và Đào tạo, Bộ Nội vụ, Bộ Ngoại giao, Ủy ban Dân tộc, Văn phòng Chính phủ, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Giao thông vận tải, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng.

<sup>16</sup> Điều 42 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 quy định: “*Cơ quan thuộc Chính phủ là cơ quan do Chính phủ thành lập*”.

<sup>17</sup> Tổng cục thống kê, Danh mục cơ quan nhà nước, Đảng, Tổ chức chính trị - xã hội cấp trung ương, tỉnh/thành phố, quận/huyện. Nguồn: <https://www.gso.gov.vn/tdtcskt.aspx?tabid=699&ItemID=12453>, truy cập ngày 15/10/2016.

mềm đó phù hợp với các điều kiện và điều khoản được ghi nhận trong thoả thuận chuyển giao quyền sử dụng. Chẳng hạn, trường hợp phần mềm có giới hạn số lượng người dùng, Chính phủ của các nước sẽ phải tuân thủ giới hạn đó<sup>18</sup>.

Việc tôn trọng quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính không chỉ trong việc sử dụng phần mềm của cơ quan chính phủ trung ương mà còn cần được thực hiện cả trong các hoạt động mua sắm, “tiếp nhận và quản lý phần mềm để sử dụng Chính phủ”<sup>19</sup>. Bên cạnh đó, tại phần chú thích, Hiệp định cũng khẳng định, dù các quy định tại Điều 18.80 chỉ điều chỉnh việc sử dụng phần mềm máy tính của cơ quan chính phủ cấp trung ương thì điều đó cũng không có nghĩa là, Hiệp định “*khuyến khích các cơ quan chính quyền địa phương sử dụng phần mềm vi phạm quyền tác giả và quyền liên quan hoặc, nếu thích hợp, sử dụng phần mềm theo cách thức không được cho phép trong giấy phép sử dụng tương ứng*”. Hay nói cách khác, việc giới hạn nhóm chủ thể thuộc phạm vi điều chỉnh tại khoản 2 Điều 18.80 không bảo vệ hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ hay sử dụng các phần mềm vi phạm quyền sở hữu trí tuệ của các cơ quan nhà nước ở địa phương.

### **3. Pháp luật Việt Nam về sử dụng phần mềm máy tính của Chính phủ**

#### **3.1. Quy định của pháp luật Việt Nam về bảo hộ phần mềm máy tính và sử dụng phần mềm máy tính của Chính phủ**

Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam quy định chương trình máy tính là đối tượng được bảo hộ quyền tác giả tại điểm m, khoản 1, Điều 14. Tương tự như các quy định của EU, khoản 2 Điều 59 Luật Sở hữu trí tuệ đã loại trừ phần mềm máy tính là đối tượng được bảo hộ sáng chế, nhưng sau đó đưa ra ngoại lệ cho việc cấp độc quyền sáng chế cho chương trình máy tính. Theo đó, Điều 5.8.2.5 Quy chế thẩm định đơn đăng ký sáng chế do Cục Sở hữu trí tuệ Việt Nam ban hành nêu rõ: “*Mặc dù chương trình máy tính thuộc danh mục các đối tượng không được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế nhưng nếu đối tượng yêu cầu bảo hộ có đặc tính kỹ thuật và thực sự là một giải pháp kỹ thuật, nhằm giải quyết một vấn đề kỹ thuật bằng một phương tiện kỹ thuật để tạo ra một hiệu quả kỹ thuật thì nó có thể được bảo hộ với danh nghĩa sáng chế*”<sup>20</sup>. Như vậy, theo pháp luật sở hữu trí tuệ Việt Nam thì chương trình máy tính vẫn có khả năng được cấp bằng độc quyền sáng chế hay bằng độc quyền giải pháp hữu ích. Tuy nhiên, đến nay Cục Sở hữu trí tuệ Việt Nam chưa ghi nhận bằng độc quyền sáng chế hay giải pháp hữu ích nào liên quan đến phần mềm máy tính.

Khó khăn trong việc xác định khả năng được bảo hộ theo sáng chế đối với phần mềm máy tính chính là đặc tính kỹ thuật của phần mềm máy tính “*technical features*”. Theo quan điểm đã được thừa nhận rộng rãi trong hệ thống pháp luật quốc gia cũng như quốc tế, phần mềm máy tính bao gồm 3 phần chính: mã nguồn (source code), mã máy (object code) và tài liệu (documentation). Tác giả cho rằng, chính

<sup>18</sup> Eleanor K. Meltzer, *TPP: What the government use of software provisions mean*, Patent Bar Review, ngày 2/11/2015; Nguồn: <http://www.ipwatchdog.com/2015/11/02/tpp-what-the-government-use-of-software-provisions-mean/id=62801/>, truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>19</sup> Đoạn 2 khoản 2 Điều 18.80 Hiệp định TPP.

<sup>20</sup> Quy chế thẩm định đơn đăng ký sáng chế (Ban hành kèm theo Quyết định số 487/QĐ-SHTT) ngày 31/3/2010 của Cục trưởng Cục Sở hữu trí tuệ.

quan điểm về phần mềm máy tính như vậy đã hạn chế khả năng cấp độc quyền sáng chế đối với phần mềm máy tính, bởi việc xem xét ba thành phần chính như trên về cơ bản là không thể xác định được đặc tính kỹ thuật cụ thể nào. Do đó, cần có một định nghĩa mới bao hàm được chính xác hơn các đặc điểm cũng như đặc tính của phần mềm máy tính phù hợp với xu hướng phát triển khoa học kỹ thuật hiện nay. Từ đó, thúc đẩy sự phát triển của phần mềm máy tính khi không chỉ phần nội dung mà các ý tưởng của phần mềm cũng được bảo hộ.

Các phần mềm máy tính hiện được trang bị tại các cơ quan của Chính phủ ở Việt Nam thông qua hoạt động mua sắm chính phủ trên cơ sở các quy định chung về mua sắm chính phủ và các quy định riêng về hoạt động mua sắm cung ứng dịch vụ trong Chính phủ ở từng lĩnh vực cụ thể. Các hoạt động về mua sắm và triển khai sử dụng phần mềm máy tính là một phần thiết yếu gắn kết chặt chẽ với mục tiêu xây dựng Chính phủ điện tử (e-Government); theo đó, tất cả các hoạt động theo dõi, quản lý và hoạt động của Chính phủ đều cần sử dụng tới phần mềm máy tính. Trong Báo cáo của Ban công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, đại diện Việt Nam đã khẳng định, *“Việt Nam sẽ ban hành các văn bản quy phạm pháp luật phù hợp yêu cầu các cơ quan của Chính phủ chỉ sử dụng các phần mềm máy tính hợp pháp và không vi phạm quyền tác giả của những phần mềm này; quy định việc mua và quản lý tất cả các phần mềm do các cơ quan của Chính phủ sử dụng (...)”*<sup>21</sup>. Cho đến nay, đã có nhiều văn

bản về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính cũng như việc ứng dụng công nghệ thông tin trong hoạt động của cơ quan nhà nước như: Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, Luật Giao dịch điện tử năm 2005, Luật Công nghệ thông tin năm 2006, Nghị định 64/2007/NĐ-CP... Tuy nhiên, các quy định về việc mua sắm và sử dụng phần mềm máy tính lại nằm rải rác ở các văn bản khác nhau do các cơ quan của Chính phủ ban hành, như Quyết định 1441/QĐ-BTC về việc hệ thống mục lục ngân sách nhà nước áp dụng trong các cơ quan hành chính, đơn vị sự nghiệp thuộc Bộ Tài chính; Thông tư liên tịch của Bộ Tài chính – Bộ Y tế số 32/2008/TTLT-BTC-BYT Hướng dẫn quản lý và sử dụng kinh phí thực hiện Chương trình mục tiêu quốc gia dân số và kế hoạch hóa gia đình giai đoạn 2006-2010,... và các văn bản này chỉ nêu chương trình máy tính là một trong các đối tượng được chi tiêu ngân sách mà không có quy định cụ thể.

Ngoài ra, nhằm giảm áp lực cho ngân sách nhà nước khi trang bị phần mềm có bản quyền, việc sử dụng các phần mềm miễn phí và phần mềm mã nguồn mở trong Chính phủ đang được triển khai và cụ thể hoá trong nhiều văn bản như: Quyết định số 235/2004/QĐ-TTg ngày 02/3/2004 của Thủ tướng Chính phủ về phê duyệt Dự án tổng thể “Ứng dụng và phát triển phần mềm mã nguồn mở ở Việt Nam giai đoạn 2004-2008”; Quyết định 169/2006/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về ưu tiên mua sắm sản phẩm phần mềm mã nguồn mở; Quyết định số 223/2006/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc đầu tư mua sắm các sản

<sup>21</sup> Tổ chức Thương mại thế giới, Báo cáo của Ban Công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, ngày 27/10/2006, tr.145.

Nguồn: <http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/hiepdinhkhac/01.%20Bao%20cao%20cua%20Ban%20Cong%20tac.pdf>, truy cập ngày 15/10/2016.

phẩm công nghệ thông tin của các cơ quan, tổ chức sử dụng nguồn vốn ngân sách nhà nước, trong đó quy định phải ưu tiên đầu tư, mua sắm sử dụng các sản phẩm phần mềm tự do nguồn mở; Chi thị 07/2008/CT-BTTTT về đẩy mạnh việc sử dụng phần mềm mã nguồn mở trong hoạt động của cơ quan, tổ chức nhà nước; Thông tư 08/2010/TT-BGDĐT quy định về sử dụng phần mềm tự do mã nguồn mở trong các cơ sở giáo dục; Thông tư số 19/2011/TT-BTTTT quy định về áp dụng tiêu chuẩn định dạng tài liệu mở trong các cơ quan nhà nước,...

Như vậy có thể thấy, các quy định của pháp luật Việt Nam về việc sử dụng chương trình máy tính trong Chính phủ còn ít và thiếu, chưa thể đảm bảo được khả năng thực thi cam kết sử dụng phần mềm có bản quyền theo TPP.

### **3.2. Thực tiễn sử dụng phần mềm cấp Chính phủ tại Việt Nam**

Là một quốc gia đang phát triển, việc sử dụng khoa học công nghệ mà đặc biệt là phần mềm máy tính để phục vụ cho đời sống cũng như phát triển kinh tế là vô cùng quan trọng và ngày càng phổ biến tại Việt Nam. Chính vì vậy, Việt Nam là một thị trường tiềm năng của rất nhiều hãng phần mềm nổi tiếng thế giới và nhiều hãng đã có văn phòng đại diện cũng như đại lý tại Việt Nam như: Microsoft, Oracle, Symatech... Đặc biệt, các lãnh đạo cao cấp của Microsoft - Tập đoàn phần mềm lớn nhất thế giới đã nhiều lần đến Việt Nam, và vấn đề bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính luôn được ưu tiên thảo luận. Điều này xuất phát từ thực tế nhiều thành viên của WTO nhận thấy “*một số cơ quan của Chính phủ Việt Nam sử dụng phần mềm máy tính mà chưa được phép của chủ sở*

*hữu*” và đề nghị “*Việt Nam chấm dứt tình trạng này trong quá trình đàm phán gia nhập WTO và thực thi nghĩa vụ theo Hiệp định TRIPS*”<sup>22</sup>.

Nhằm thực hiện nghĩa vụ thành viên của WTO cũng như các điều ước quốc tế về sở hữu trí tuệ, lãnh đạo Chính phủ Việt Nam đã đưa ra các cam kết về bảo hộ phần mềm máy tính và triển khai nhiều biện pháp tích cực nhằm thực hiện các cam kết này. Bên cạnh việc ban hành các văn bản pháp luật chỉ đạo việc mua sắm và sử dụng phần mềm của các cơ quan thuộc Chính phủ, ngày 21/5/2007, Bộ Bưu chính, Viễn thông Việt Nam (nay là Bộ Thông tin và truyền thông) đã kí kết Thỏa thuận hợp tác Nhà nước – Doanh nghiệp với Tập đoàn Microsoft ở bốn lĩnh vực trọng tâm, đó là: “*sử dụng các công cụ hiệu quả được ứng dụng trên toàn thế giới; xây dựng hạ tầng Chính phủ điện tử và kỹ năng kỹ thuật; thu hẹp khoảng cách số và mở rộng khai thác các doanh nghiệp phần mềm địa phương*”. Theo đó, phần mềm Microsoft Office sẽ được sử dụng hợp pháp trên các máy tính thuộc các cơ quan chính phủ trung ương và địa phương<sup>23</sup>. Bên cạnh đó, Microsoft và Chính phủ Việt Nam sẽ tiến hành các kế hoạch xây dựng Chính phủ điện tử để từ đó “*cải thiện khả năng cung cấp dịch vụ cho người dân, nâng cao hiệu quả làm việc cho*

<sup>22</sup> Tổ chức Thương mại thế giới, Báo cáo của Ban Công tác về việc Việt Nam gia nhập WTO, ngày 27/10/2006, tr.144-145. Nguồn: <http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/hiepdinhkhac/01.%20Bao%20cao%20cua%20Ban%20Cong%20tac.pdf>, truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>23</sup> Mỹ Đình, Bộ Bưu chính Viễn thông và Microsoft thống nhất bốn lĩnh vực trọng tâm để phát triển công nghệ thông tin - truyền thông Việt Nam. Nguồn: <http://khoaoc.tv/bo-bcv-t-va-microsoft-thong-nhat-bon-linh-vuc-trong-tam-de-phat-trien-cntt-truyen-thong-viet-nam-15162>, truy cập ngày 15/10/2016.

*các cán bộ nhà nước, tối ưu hoá các nguồn lực tài chính, trao quyền hạn cho người dân và cải thiện hình ảnh tiến bộ của Chính phủ Việt Nam*"<sup>24</sup>. Nhiều phần mềm máy tính đã được xây dựng và ứng dụng trong các hoạt động của các Bộ, ngành và địa phương, nâng cao hiệu quả công tác quản lý hành chính nhà nước, đặc biệt trong xử lý hồ sơ hành chính, quản lý ngân sách, thuế, kho bạc, hải quan, bảo hiểm xã hội, thành lập doanh nghiệp... Theo thống kê, trong năm 2015, tỷ lệ doanh nghiệp thực hiện kê khai thuế điện tử đã tăng từ 65% lên 98%; thời gian nộp thuế của doanh nghiệp giảm từ 537 giờ/năm xuống còn 167 giờ/năm<sup>25</sup>.

Tuy nhiên, theo Khảo sát phần mềm toàn cầu mới công bố của BSA, người sử dụng máy tính ở Việt Nam đang sử dụng phần mềm không bản quyền với tỉ lệ đáng báo động, bất chấp mối liên hệ giữa phần mềm không bản quyền và các cuộc tấn công mạng<sup>26</sup>. Theo thống kê, tỉ lệ phần mềm cài đặt trên máy tính tại Việt Nam không có giấy phép hợp lệ hiện chiếm 78%, dù so với năm 2013, tỉ lệ này đã giảm được 3%<sup>27</sup>. Mặt

khác, theo báo cáo đặc biệt số 301 của Chính phủ Mỹ, với rất nhiều nỗ lực của các cơ quan chính phủ nhằm đảm bảo việc sử dụng các phần mềm hợp pháp, Việt Nam vẫn nằm trong nhóm những nước cần theo dõi (Watch List) năm 2016.

#### **4. Một số khuyến nghị đối với Việt Nam về sử dụng phần mềm cấp Chính phủ phù hợp với quy định của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương**

Thời gian qua, Việt Nam đang nỗ lực hoàn thiện khung pháp lí cũng như bảo đảm thực thi hiệu quả các quy định về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ nói chung và quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính nói riêng. Tuy nhiên, có thể thấy, pháp luật Việt Nam vẫn chưa có quy định điều chỉnh trực tiếp việc sử dụng phần mềm máy tính cấp Chính phủ, mà chỉ có những quy định liên quan được ghi nhận tản mát ở nhiều văn bản khác nhau và thiếu sự thống nhất. Mặt khác, việc sử dụng phần mềm máy tính phù hợp với pháp luật sở hữu trí tuệ tại các cơ quan nhà nước của Việt Nam vẫn chưa có sự quan tâm đúng mức. Điều này xuất phát từ nhiều nguyên nhân như: hiểu biết của đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức về sở hữu trí tuệ còn chưa đầy đủ, nguồn ngân sách dành cho việc trang bị các phần mềm máy tính hạn chế, các quy định pháp luật về sử dụng phần mềm máy tính của Chính phủ chưa rõ ràng, thiếu thống nhất,... Vì vậy, để đảm bảo thực thi đúng các cam kết của Việt Nam khi Hiệp định TPP có hiệu lực, cần có những giải pháp tích cực từ Chính phủ cũng như các cơ quan nhà nước và đội ngũ cán bộ, công chức:

- Thứ nhất, rà soát, đánh giá và hoàn thiện các quy định pháp luật về việc sử dụng phần mềm máy tính của Chính phủ.

<sup>24</sup> Mỹ Đình, *Bộ Bưu chính Viễn thông và Microsoft thống nhất bốn lĩnh vực trọng tâm để phát triển công nghệ thông tin - truyền thông Việt Nam*. Nguồn: <http://khoa hoc.tv/bo-bcv-t-va-microsoft-thong-nhat-bon-linh-vuc-trong-tam-de-phat-trien-cntt-truyen-thong-viet-nam-15162>, truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>25</sup> Nghị quyết số 36a/NQ-CP ngày 14/10/2015 của Chính phủ về Chính phủ điện tử.

<sup>26</sup> BSA, Thông cáo báo chí, ngày 25/05/2016. Nguồn: [http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/press/pr\\_vietnam.pdf](http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/press/pr_vietnam.pdf), truy cập ngày 15/10/2016. Thông tấn xã Việt Nam, Báo động tình trạng sử dụng phần mềm không bản quyền trong ngân hàng. Nguồn: <http://bnews.vn/bao-dong-tinh-trang-su-dung-phan-mem-khong-ban-quyen-trong-nganhang/16873.html>, truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>27</sup> BSA, Thông cáo báo chí, ngày 25/05/2016. Nguồn: [http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/press/pr\\_vietnam.pdf](http://globalstudy.bsa.org/2016/downloads/press/pr_vietnam.pdf), truy cập ngày 15/10/2016.

Khoản 2 Điều 18.80 TPP nêu rõ, các bên “*phải ban hành hoặc duy trì các đạo luật, quy định, chính sách, lệnh, hướng dẫn do Chính phủ ban hành, hoặc các chỉ thị hành chính hoặc điều hành thích hợp*” để đảm bảo việc sử dụng phần mềm của Chính phủ phù hợp với Luật Sở hữu trí tuệ, để các cơ quan chính phủ chỉ sử dụng những phần mềm có bản quyền. Vì vậy, yêu cầu cấp thiết đặt ra là, các quy định pháp luật có liên quan đến bảo hộ phần mềm máy tính và điều chỉnh hoạt động của các cơ quan chính phủ trong việc sử dụng phần mềm máy tính cần được rà soát, đánh giá để đưa ra các giải pháp hoàn thiện, nhằm thực thi các cam kết trong TPP về sử dụng phần mềm máy tính cấp Chính phủ của Việt Nam.

- Thứ hai, triển khai mở rộng sử dụng phần mềm miễn phí hoặc phần mềm mã nguồn mở.

“Phần mềm mã nguồn mở là những chương trình mà quy trình cấp phép sẽ cho người dùng quyền tự do chạy chương trình theo bất kỳ mục đích nào, quyền nghiên cứu và sửa đổi chương trình, quyền sao chép và tái phát thành phần mềm gốc hoặc phần mềm đã sửa đổi (mà không phải trả tiền cho những người lập trình trước)”<sup>28</sup>. Việc sử dụng phần mềm mã nguồn mở (*Open source software*) hay phần mềm miễn phí (*free software*) hiện nay đang là xu thế chung của người sử dụng ở mọi cấp độ, bao gồm các cá nhân, doanh nghiệp và Chính phủ. Đối với Chính phủ, một trong những ưu điểm của việc sử dụng phần mềm mã nguồn mở đó là tiết kiệm chi phí so với mua phần mềm có bản quyền, đồng thời đảm bảo

an toàn thông tin khi việc sử dụng phần mềm mã nguồn mở được điều chỉnh theo mục đích sử dụng của chính người dùng.

Việc sử dụng mã nguồn mở trong Chính phủ đặt ra hai vấn đề cần ưu tiên thực hiện. Một là, cần có văn bản hướng dẫn chiến lược phát triển sử dụng mã nguồn mở phù hợp với tình hình hiện tại thay thế các văn bản đã nêu ở trên để làm căn cứ cho các cơ quan bộ, ngành thực thi việc sử dụng phần mềm mã nguồn mở trong các hoạt động công. Hai là, bởi vì phần mềm mã nguồn mở hay phần mềm miễn phí đều có giới hạn nhất định đối với người sử dụng, không phải trường hợp sử dụng nào cũng được coi là không vi phạm quyền tác giả hay các quyền liên quan, do đó, cần xây dựng một khung pháp lý cụ thể quy định về phần mềm mã nguồn mở: từ khái niệm, các đảm bảo về quyền tác giả đối với phần mềm mã nguồn mở, cơ chế cấp phép của tác giả phần mềm (*licensing mechanism*) đối với người sử dụng, đến các quy định đối với các tổ chức, hiệp hội có hoạt động liên quan đến phần mềm mã nguồn mở. Những quy định này sẽ góp phần thúc đẩy việc sử dụng mã nguồn mở, đồng thời ngăn ngừa khả năng các cơ quan chính phủ sử dụng mã nguồn mở dẫn đến vi phạm các quyền tác giả hoặc quyền liên quan<sup>29</sup>.

- Thứ ba, cần có chính sách mua sắm phù hợp và ngân sách hợp lý dành cho phần mềm máy tính.

Để đảm bảo quyền sở hữu trí tuệ đối với phần mềm máy tính, các cơ quan nhà

<sup>28</sup> Wheeler, D.A.: Open Source Software (OSS) in U.S. Government Acquisitions. The DoD Software Tech. News 10(2), 7–13 (2007).

<sup>29</sup> Xem Brian Fitzgerald & Nic Suzor, Legal Issues for the Use of Free and Open Source Software in Government, 29 MELB. U. L. REV. 412, 422 (2005) (discussing the decision of several nations, including Brazil, to use open source products in their government offices).

nước cũng như các tổ chức, cá nhân cần có chính sách mua sắm phù hợp và ngân sách hợp lý để trang bị những phần mềm này. Bên cạnh đó, Chính phủ cũng có thể hợp tác với các tổ chức, cá nhân phát triển phần mềm máy tính để chia sẻ kinh nghiệm về việc mua sắm và sử dụng các phần mềm hợp pháp.

*- Thứ tư, nâng cao hiểu biết của đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức về quyền sở*

*hữu trí tuệ cũng như tầm quan trọng của bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.*

Khoản 1 Điều 18.80 Hiệp định TPP đã nhấn mạnh việc “*tăng cường nhận thức của Chính phủ*” về quyền sở hữu trí tuệ. Vì vậy, để nâng cao kiến thức về sở hữu trí tuệ, có thể mở các khoá đào tạo về pháp luật cũng như thực tiễn về sở hữu trí tuệ phù hợp với vai trò của từng nhóm cán bộ, công chức, viên chức do chính các chuyên gia, luật sư về sở hữu trí tuệ trong nước đào tạo.

---

## ĐÍNH CHÍNH

Do sơ suất về mặt kỹ thuật, đã xảy ra sai sót số trang gắn với các bài viết trong Mục lục Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 11(343)/2016.

File Mục lục chính xác có thể tải về theo đường link sau:

[http://isl.vass.gov.vn/noidung/anpham/Lists/TapChiNNVaPL/View\\_Detail.aspx?ItemID=10](http://isl.vass.gov.vn/noidung/anpham/Lists/TapChiNNVaPL/View_Detail.aspx?ItemID=10)

Tạp chí Nhà nước và Pháp luật thành thật xin lỗi các tác giả và bạn đọc!

# THỰC TRẠNG XÂY DỰNG PHÁP LUẬT KINH TẾ VÀ NHỮNG VẤN ĐỀ ĐẶT RA TRONG QUÁ TRÌNH HOÀN THIỆN

*Nguyễn Đức Minh\**

**Tóm tắt:** Bài viết phản ánh mang tính khái quát kết quả, hạn chế và nguyên nhân của hoạt động xây dựng pháp luật kinh tế ở nước ta hiện nay; nêu ra những vấn đề lớn về lý luận và thực tiễn cần giải quyết trong quá trình hoàn thiện pháp luật kinh tế.

**Abstract:** This article briefly reflects the results, shortcomings and their reasons of building up economic law in Vietnam nowadays. On that basis, it points out both theoretical and practical issues to be solved to improve the economic law of Vietnam.

## 1. Thực trạng xây dựng pháp luật kinh tế ở nước ta hiện nay

### 1.1. Kết quả xây dựng pháp luật kinh tế

Qua nghiên cứu hoạt động xây dựng pháp luật của nước ta thời gian qua, có thể thấy những thành tựu đã đạt được trong lĩnh vực này như sau:

*Thứ nhất*, đường lối, quan điểm, chủ trương, chính sách của Đảng Cộng sản Việt Nam về kinh tế cơ bản đã được thể chế hóa đầy đủ trong chính sách, pháp luật của Nhà nước. Hệ thống luật pháp, cơ chế, chính sách tiếp tục được hoàn thiện<sup>1</sup>.

*Thứ hai*, tính tối thượng của Hiến pháp và các đạo luật, nguyên tắc nhà nước quản lý bằng pháp luật đã được quán triệt trong thực tiễn thể chế hóa đường lối, quan điểm, chính sách của Đảng, cũng như trong hoạt động của bộ máy nhà nước và của công chức, viên chức nhà nước.

Hiện nay, Nhà nước thực thi quyền lực của mình dựa trên nền tảng Hiến pháp và pháp luật. Pháp luật được ban hành theo thủ tục hiến định. Nhà nước chịu sự kiểm soát, sự chế ngự của pháp luật trong mọi hoạt động. Nhà nước có nghĩa vụ bảo đảm bằng pháp luật các quyền tự do, dân chủ của nhân dân và công lý<sup>2</sup>.

*Thứ ba*, pháp luật, cơ chế, chính sách, chiến lược, quy hoạch, kế hoạch và các nguồn lực kinh tế đang được sử dụng như công cụ chủ yếu để quản lý nhà nước về kinh tế.

Đại hội Đảng lần thứ XI tiếp tục chủ trương sử dụng pháp luật, cơ chế, chính sách, chiến lược, quy hoạch, kế hoạch và các nguồn lực kinh tế trong quản lý nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa. Việc nhấn mạnh vai trò của pháp luật, cơ chế, chính sách trước các công cụ chiến lược, quy hoạch, kế hoạch và các nguồn lực kinh tế cho thấy sự thay đổi trong nhận thức của Đại hội Đảng XI.

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

<sup>1</sup> Theo đánh giá của Đảng Cộng sản Việt Nam trong Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII của Đảng Cộng sản Việt Nam. Xem Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII, Văn phòng trung ương Đảng*, Hà Nội, 2016, tr. 97.

<sup>2</sup> Xem thêm: Hà Hùng Cường, Hoàn thiện hệ thống pháp luật đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 18 (139 + 140), tháng 1/2009.

*Thứ tư*, Nhà nước đã hình thành cơ sở pháp lý cần thiết để tổ chức, vận hành, quản lý nền kinh tế thị trường với hệ thống các quy phạm pháp luật về sở hữu, về quyền tự do kinh doanh, về cạnh tranh và chống độc quyền, về các loại thị trường, về bình đẳng giữa các doanh nghiệp,... Hệ thống pháp luật kinh tế hiện hành đã thay thế hoàn toàn cơ sở pháp lý của nền kinh tế kế hoạch hóa quan liêu, bao cấp. Ngoài các quy định do Nhà nước ban hành, một số nguyên tắc cho phép sử dụng quy tắc, chuẩn mực xã hội về/hoặc liên quan đến kinh tế, kể cả các quy tắc hay chuẩn mực phi chính thức đã được thừa nhận<sup>3</sup>.

Đại hội Đảng lần thứ IX chính thức đưa ra khái niệm “kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa” và khái quát những nhân tố cấu thành cơ bản của nó<sup>4</sup>. Đại hội Đảng lần thứ XI đã làm rõ thêm nội dung của kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở nước ta. Theo đó, “nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở nước ta là nền kinh tế hàng hoá nhiều thành phần vận hành theo cơ chế thị trường có sự quản lý của Nhà nước dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản. Đây là một hình thái kinh tế thị trường vừa tuân theo những quy luật của kinh tế thị trường, vừa dựa trên cơ sở và được dẫn dắt, chi phối bởi các nguyên tắc và bản chất của chủ nghĩa xã hội. Trong nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa, cơ chế thị trường phải được vận dụng

đầy đủ, linh hoạt để phát huy mạnh mẽ và có hiệu quả mọi nguồn lực...”<sup>5</sup>.

Đến Đại hội lần thứ XII, Đảng ta xác định rõ hơn yêu cầu xây dựng nền tảng pháp lý cho nền kinh tế thị trường. Theo đó, đến năm 2020, nước ta phấn đấu cơ bản hoàn thiện đồng bộ hệ thống thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa theo các tiêu chuẩn phổ biến của nền kinh tế thị trường hiện đại và hội nhập quốc tế<sup>6</sup>.

*Thứ năm*, hệ thống pháp luật, chính sách kinh tế đã được xây dựng tương đối đồng bộ, cơ bản phù hợp với cơ chế thị trường và đáp ứng được ở mức độ nhất định yêu cầu, đòi hỏi của sự phát triển kinh tế thị trường và hội nhập quốc tế.

*Thứ sáu*, trong giai đoạn đầu của công cuộc đổi mới, hoạt động lập pháp, lập quy tập trung tạo cơ sở pháp lý cho việc cải cách tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, bảo đảm trật tự quản lý hành chính nhà nước, đấu tranh chống tội phạm. Cùng với quá trình đổi mới chính trị, kinh tế, xã hội của đất nước, pháp luật hướng nhiều hơn vào việc điều chỉnh các quan hệ phát sinh trong lĩnh vực thương mại, dân sự, hội nhập kinh tế quốc tế và giải quyết vấn đề xã hội, phát triển bền vững.

*Thứ bảy*, phương pháp và cách thức điều chỉnh của pháp luật đã thay đổi theo hướng tạo hành lang và khung pháp lý, phục vụ vai trò định hướng, điều chỉnh, kiểm tra, kiểm soát, giám sát, điều tiết, hỗ trợ và khuyến khích phát triển kinh tế thị trường. Điều này được thấy rõ trong Điều 33 Hiến

<sup>3</sup> Theo khoản 2 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005: Các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thoả thuận áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế nếu pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam.

<sup>4</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ IX*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2001, tr. 86.

<sup>5</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 204-205.

<sup>6</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII*, Văn phòng Trung ương, Hà Nội, 2016.

pháp hiện hành. Thay cho quy định công dân có quyền tự do kinh doanh theo quy định của pháp luật (Điều 57 Hiến pháp năm 1992, sửa đổi, bổ sung năm 2001), Điều 33 Hiến pháp hiện hành đã mở rộng phạm vi và đổi mới cách thức điều chỉnh bằng cách quy định: mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm.

*Thứ tám*, dân chủ trong lĩnh vực kinh tế đã được phản ánh và bảo đảm trong pháp luật.

Tính chất dân chủ của pháp luật ở nước ta thể hiện ở sự ghi nhận trong pháp luật các lợi ích đa dạng của các nhóm xã hội, thành phần và khu vực kinh tế; giữa trung ương và địa phương; giữa các địa phương và vùng lãnh thổ... Cơ chế xây dựng pháp luật ngày càng dân chủ, công khai, tạo cơ hội và thu hút sự tham gia thảo luận, đóng góp của các tầng lớp nhân dân, doanh nghiệp. Các văn bản pháp luật do các cơ quan nhà nước ở trung ương và địa phương ban hành đã được đăng tải thường xuyên trong Công báo của trung ương và địa phương. Các quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã được công bố công khai. Các luật về thủ tục hành chính, thủ tục pháp lý và thủ tục tố tụng đã được ban hành và thường xuyên sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với thực tiễn, tạo cơ sở cho sự phát triển của hệ thống tài phán ở nước ta.

*Thứ chín*, pháp luật kinh tế đã tạo ra mặt bằng pháp lý chung cho các loại hình doanh nghiệp, đảm bảo sự bình đẳng về pháp lý trong kinh doanh của các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế, giữa doanh nghiệp trong nước với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Sự hiện diện của Luật Đầu tư năm 2014, Luật Doanh nghiệp năm 2014 áp dụng chung cho các doanh

ngiệp thuộc mọi thành phần kinh tế là minh chứng cho điều đó.

*Thứ mười*, các quyền con người, quyền công dân về kinh tế làm nền tảng cho chế độ kinh tế đã được quy định trong Hiến pháp, đạo luật có hiệu lực pháp lý cao nhất và được cụ thể hóa trong nhiều đạo luật và văn bản dưới luật. Có thể kể đến các quyền con người, quyền công dân quan trọng trong lĩnh vực kinh tế đã được pháp luật ghi nhận, bảo đảm và bảo vệ như quyền tư hữu tài sản, quyền tự do kinh doanh, quyền lao động, quyền tự do nghề nghiệp, quyền tham gia công đoàn. Hiến pháp ghi nhận quyền bình đẳng trong các quan hệ kinh tế; bình đẳng giữa các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế...

*Thứ mười một*, pháp luật đã tác động đến nhận thức xã hội, làm cho đại bộ phận cán bộ, công chức, viên chức, người dân và doanh nghiệp hiểu rõ hơn giá trị và hạn chế của kinh tế thị trường, định hướng hành vi theo nhu cầu của thị trường.

Nhận thức, ý thức tôn trọng, tuân thủ, chấp hành, thực hiện pháp luật của cán bộ, công chức, viên chức, doanh nghiệp và người dân đã cao hơn. Sự chuyển biến nhận thức này cũng là kết quả của đổi mới nhận thức về nhà nước pháp quyền và vai trò của pháp luật trong nhà nước pháp quyền.

*Thứ mười hai*, cơ quan lập pháp đã tổ chức tốt việc lấy ý kiến nhân dân về sửa đổi Hiến pháp năm 1992 và thông qua Hiến pháp năm 2013. Cụ thể hoá Hiến pháp, Quốc hội đã thông qua gần 70 đạo luật<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Báo cáo công tác nhiệm kỳ khóa XIII của Quốc hội do Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng trình bày tại kỳ họp thứ 11 sáng 22/3/2016. Thông tin xem trên trang điện tử của Ban Nội chính trung ương ngày 23/3/2016, <http://noichinh.vn/tin-tuc-su-kien/tin->

Thứ mười ba, hiện nay, Việt Nam đã thiết lập quan hệ đối tác chiến lược toàn diện, đối tác chiến lược, đối tác toàn diện, và quan hệ đặc biệt với nhiều nước. Trong lĩnh vực kinh tế, Việt Nam đã hội nhập ở các cấp độ và hình thức khác nhau như tham gia các thỏa thuận thương mại ưu đãi (PTA), tham gia các hiệp định thương mại tự do (FTA), tham gia các liên minh thuế quan (CU), tham gia thị trường chung và tham gia liên minh kinh tế, tiền tệ. Ngoài khuôn khổ WTO, Việt Nam đã ký kết nhiều hiệp định thương mại, trong đó có Hiệp định Thương mại song phương và Hiệp định khung về Thương mại và Đầu tư với Hoa Kỳ<sup>8</sup>. Từ năm 2001, Việt Nam đã đẩy mạnh đàm phán và ký kết một số hiệp định thương mại tự do với mức độ cam kết và mở cửa thị trường cao hơn như cắt giảm biểu thuế theo tỷ lệ và theo lộ trình một số loại thuế đối với thương mại hàng hóa, xóa bỏ hàng rào phi thuế quan, điều chỉnh một số hoạt động phi thương mại, áp dụng phương pháp tự do hóa thương mại không chỉ theo phương pháp chọn cho mà cả phương pháp chọn bỏ, giảm bớt sự bảo hộ trong nước đối với thương mại dịch vụ, và đầu tư. Việt Nam đã xác lập quan hệ đối tác kinh tế toàn diện với Nhật Bản<sup>9</sup>; ký Hiệp

định thương mại tự do với Chile<sup>10</sup>. Riêng trong năm 2015, Việt Nam đã ký kết 3 Hiệp định thương mại tự do quan trọng với các khu vực thị trường lớn là Hàn Quốc<sup>11</sup>, Liên minh Kinh tế Á - Âu<sup>12</sup>, Liên minh châu Âu<sup>13</sup>. Đặc biệt, ngày 04/02/2016, tại Auckland, New Zealand Việt Nam đã ký Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP). Hiện nay, nước ta đang đàm phán ký kết Hiệp định thương mại tự do với Khối EFTA<sup>14</sup>, với Israel<sup>15</sup>.

---

hiepdinhkhac/hiep-dinh-doi-tac-kinh-te-giua-viet-nam-va-nhat-ban-vjepa.

<sup>10</sup> Hiệp định thương mại tự do Việt Nam - Chile (VCFTA) ký tháng 11/2011, có hiệu lực từ tháng 01/2014. Nội dung Hiệp định bản tiếng Việt theo Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, [http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/vcfta\\_vie.pdf](http://www.trungtamwto.vn/sites/default/files/vcfta_vie.pdf).

<sup>11</sup> Hiệp định Thương mại Tự do Việt Nam - Hàn Quốc (VKFTA), ký tháng 5/2015, có hiệu lực từ ngày 20/12/2015. Nội dung văn kiện tóm tắt theo Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/cachiepdinhkhac/tom-luoc-hiep-dinh-thuong-mai-tu-do-viet-nam-han-quo-vkfta>.

<sup>12</sup> Hiệp định Thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh Kinh tế Á-Âu được ký vào cuối tháng 5/2015. Nội dung văn kiện theo Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/cachiepdinhkhac/van-ban-hiep-dinh-thuong-mai-tu-do-viet-nam-lien-minh-kinh-te-au>.

<sup>13</sup> Hiệp định Thương mại tự do giữa Việt Nam và Liên minh châu Âu (EVFTA) được kết thúc đàm phán vào đầu tháng 12/2015. Nội dung văn kiện gần chính thức theo Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/vn-eu-fta/toan-van-hiep-dinh-thuong-mai-tu-do-giua-viet-nam-va-lien-minh-chau-au-evfta>.

<sup>14</sup> Gồm các nước Thụy Sĩ, NaUy, Ai-xơ-len, Lichteinsten.

<sup>15</sup> Phiên đàm phán thứ nhất Hiệp định thương mại tự do giữa Việt Nam và Israel đã được tiến hành tại Hà Nội ngày 28/3/2016. Thông tin của Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/tin-tuc/vong-dam-phan-thu-nhat-hiep-dinh-thuong-mai-tu-do-viet-nam-israel-tien-de-phat-trien-giai-do>.

---

trung-uong/201603/toan - van - bao - cao - cong-tac-nhiem-ky-khoa-xiii-cua-quo-hoi-300287/.

<sup>8</sup> Hiệp định Thương mại song phương Việt Nam - Hoa Kỳ (BTA) được ký kết vào ngày 13/7/2000, có hiệu lực từ ngày 11/12/2001. Hiệp định khung về Thương mại và Đầu tư Việt Nam - Hoa Kỳ (TIFA) được ký kết giữa hai bên vào năm 2007.

<sup>9</sup> Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện Việt Nam-Nhật Bản (VJEPA) ký năm 2008, có hiệu lực từ ngày 01/10/2009 là một Hiệp định kinh tế toàn diện cả về thương mại hàng hóa, dịch vụ, đầu tư và hợp tác kinh tế. Nội dung văn kiện theo Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/cac>

Trong quan hệ với ASEAN, Việt Nam đã tham gia một số hiệp định thương mại nội khối như Hiệp định Thương mại hàng hoá ASEAN (ATIGA)<sup>16</sup>, Hiệp định khung ASEAN về dịch vụ (AFAS)<sup>17</sup>, Hiệp định Đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA)<sup>18</sup>, Cộng đồng Kinh tế ASEAN (AEC)<sup>19</sup>. Ngoài ra, với tư cách là thành viên của ASEAN, một số hiệp định ký giữa ASEAN với một số đối tác cũng có hiệu lực đối với Việt Nam, như Hiệp định khung về Hợp tác kinh tế toàn diện ASEAN - Ấn Độ<sup>20</sup>, Hiệp định

thương mại tự do ASEAN - Úc - New Zealand (AANZFTA)<sup>21</sup>, Hiệp định khung về Hợp tác kinh tế toàn diện ASEAN - Hàn Quốc và các hiệp định đi kèm<sup>22</sup>, Hiệp định đối tác kinh tế toàn diện ASEAN - Nhật Bản (AJCEP)<sup>23</sup>, Hiệp định khung về Hợp tác kinh tế toàn diện ASEAN - Trung Quốc và các hiệp định đi kèm<sup>24</sup>. Hiện nay, nước ta đang cùng một số quốc gia trong ASEAN đàm phán Hiệp định Đối tác kinh tế toàn diện khu vực (RCEP)<sup>25</sup>, Hiệp định thương mại tự do ASEAN - HongKong.

<sup>16</sup> Hiệp định ATIGA là hiệp định toàn diện đầu tiên của ASEAN điều chỉnh toàn bộ thương mại hàng hóa trong nội khối và được xây dựng trên cơ sở tổng hợp các cam kết cắt giảm/loại bỏ thuế quan đã được thống nhất trong CEPT/AFTA cùng các hiệp định, nghị định thư có liên quan. Xem Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/cachiepdingkhac/tom-luoc-cong-dong-kinh-te-asean-aec>.

<sup>17</sup> Hiệp định khung về Dịch vụ của ASEAN (AFAS) được các nước thành viên ký năm 1995 và Nghị định thư sửa đổi AFAS được ký năm 2003 điều chỉnh hoạt động cung cấp dịch vụ giữa các nước ASEAN. Nội dung của AFAS tương tự Hiệp định chung về Thương mại dịch vụ của WTO. Thông tin của Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, nguồn tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>18</sup> Hiệp định Đầu tư toàn diện ASEAN (ACIA) được ký kết năm 2009, có hiệu lực từ 29/3/2012 thay thế cho Hiệp định Khuyến khích và Bảo hộ đầu tư ASEAN (IGA) 1987 và Hiệp định Khu vực đầu tư ASEAN (AIA) 1998). ACIA bao gồm 4 nội dung chính: Tự do hóa đầu tư, Bảo hộ đầu tư, Thuận lợi hóa đầu tư và Xúc tiến đầu tư. Phạm vi điều chỉnh của ACIA bao gồm cả đầu tư trực tiếp và gián tiếp. Thông tin của Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, nguồn tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>19</sup> Cộng đồng kinh tế ASEAN là khối kinh tế khu vực của 10 quốc gia thành viên ASEAN chính thức được thành lập vào ngày 31/12/2015.

<sup>20</sup> Hiệp định được ký kết ngày 8/10/2003 thiết lập Khu vực Mậu dịch tự do (AIFTA) vào năm 2011 với các nước ASEAN5 (Brunei, Indonesia, Malaysia, Singapore và Thái Lan) và Ấn Độ, năm 2016 với Lào, Campuchia, Myanmar, Philippines và Việt Nam. Thông tin của Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/node/4350>.

<sup>21</sup> Hiệp định đã được ký kết vào tháng 2/2009, có hiệu lực từ 01/01/2010. Hiệp định là thỏa thuận liên khu vực đầu tiên của ASEAN. Nội dung chi tiết của Hiệp định theo Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/node/2571>.

<sup>22</sup> Hiệp định khung về Hợp tác kinh tế toàn diện ASEAN - Hàn Quốc đã được ký ngày 13/12/2005, có hiệu lực từ ngày 01/09/2009. Trên cơ sở Hiệp định khung đó, Hàn Quốc và một số nước ASEAN đã ký Hiệp định về Cơ chế giải quyết tranh chấp vào tháng 12/2005; Hiệp định về Thương mại hàng hóa được ký bởi 9 quốc gia thành viên ASEAN và Hàn Quốc vào tháng 8/2006; Hiệp định về Thương mại dịch vụ giữa ASEAN và Hàn Quốc được ký bởi 9 quốc gia thành viên ASEAN và Hàn Quốc vào tháng 11/2007. Hiệp định về Đầu tư được ký năm 2009. Thông tin của Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/node/316>.

<sup>23</sup> Xem chú thích số 9.

<sup>24</sup> Trên cơ sở Hiệp định khung về Hợp tác Kinh tế toàn diện ký tháng 11/2002, ASEAN và Trung Quốc đã hình thành Hiệp định về thương mại hàng hóa và Thỏa thuận cơ chế giải quyết tranh chấp ký tháng 11/2004, có hiệu lực từ tháng 7/2005; Hiệp định thương mại dịch vụ được ký vào tháng 1/2007, có hiệu lực từ ngày 1/7/2007; Hiệp định đầu tư ASEAN - Trung Quốc được ký vào tháng 8/2009. Thông tin của Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www.trungtamwto.vn/node/1836>.

<sup>25</sup> Hiệp định RCEP được khởi động vào tháng 11/2012 với mục đích thúc đẩy hợp tác kinh tế sâu hơn giữa 10 quốc gia thành viên ASEAN và Australia, Trung Quốc, Ấn Độ, Nhật Bản, New Zealand và Hàn Quốc, tập trung vào thương mại hàng hóa, dịch vụ và đầu tư. Thông tin của Trung tâm WTO và Hội nhập thuộc VCCI, <http://www>.

Thể chế hóa quan điểm của Đảng trong Nghị quyết số 22-NQ/TW ngày 10/4/2013 của Bộ Chính trị về hội nhập quốc tế, Thủ tướng Chính phủ ban hành Quyết định số 40/QĐ-TTg ngày 07/01/2016 về việc phê duyệt Chiến lược tổng thể hội nhập quốc tế đến năm 2020, tầm nhìn đến năm 2030.

Việc ký kết nhiều điều ước, hiệp định song phương và đa phương về thương mại, đầu tư, tránh đánh thuế hai lần, đặc biệt là việc gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới đã tạo cơ sở pháp lý và tiền đề, điều kiện quan trọng về thể chế nền kinh tế nước ta hội nhập ngày càng sâu rộng và toàn diện vào nền kinh tế quốc tế; để pháp luật trong nước phù hợp và tương thích với pháp luật quốc tế; đồng thời, đảm bảo tính quốc tế của sự phát triển kinh tế thị trường nước ta.

*Thứ mười bốn*, nhiều quan hệ xã hội mới đã được pháp luật điều chỉnh. Chẳng hạn, khái niệm quyền tài sản theo nghĩa bao gồm quyền sở hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt và hưởng lợi từ sử dụng tài sản đã được quy định trong Hiến pháp<sup>26</sup>. Kinh tế tư nhân đã được xác định là một động lực quan trọng của nền kinh tế<sup>27</sup>. Đây sẽ là tiền đề chính trị, pháp lý hình thành các quan hệ pháp luật mới.

Ngoài những thành tựu nói trên, những cải cách pháp luật kinh tế trong thời gian qua tiếp tục được nói đến qua việc cải cách pháp luật về thủ tục kinh doanh, đầu tư theo hướng đơn giản hơn. Phân cấp trong quản lý kinh tế ngày càng rõ ràng và mức độ phân

cấp cho chính quyền địa phương ngày càng nhiều hơn.

## 1.2. Một số hạn chế trong công tác thể chế hóa

Bên cạnh những thành tựu, pháp luật kinh tế cũng còn một số hạn chế trên cả hai phương diện:

*Thứ nhất*, công tác thể chế hóa và ban hành chính sách, pháp luật cụ thể hóa đường lối, quan điểm, chính sách của Đảng, cũng như cụ thể hóa, hướng dẫn thi hành luật, trong đó có pháp luật kinh tế vẫn còn chậm<sup>28</sup>. Việc thường xuyên phải điều chỉnh Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh chưa được khắc phục. Việc chuẩn bị một số dự án luật chưa bảo đảm tiến độ và chất lượng trình Quốc hội<sup>29</sup>. Điều này ảnh hưởng đến việc thực hiện mục tiêu của đường lối, chính sách.

*Thứ hai*, chất lượng hệ thống chính sách và pháp luật kinh tế chưa thực sự đáp ứng được yêu cầu của Nhà nước pháp quyền<sup>30</sup>.

Theo đánh giá trong Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII của Đảng Cộng sản Việt Nam, “hệ thống pháp luật, cơ chế, chính sách chưa hoàn chỉnh và đồng bộ,

trungtamwto.vn/cachiepdingkhac/dam-phan-hiep-dinh-rcep-co-hoi-phia-truoc.

<sup>26</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII*, tài liệu đã dẫn, tr. 20.

<sup>27</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII*, tài liệu đã dẫn, tr. 20.

<sup>28</sup> Nghị quyết số 22/NQ-CP ngày 22/3/2014 của Chính phủ, phiên họp chuyên đề xây dựng pháp luật tháng 3/2014. Dẫn chứng, xem Hoàng Văn Tú, Chính sách xây dựng pháp luật, Kỷ yếu hội thảo khoa học “Một số vấn đề lý luận cơ bản và thực tiễn cấp bách về chính sách pháp luật”, Học viện Khoa học xã hội, Hà Nội, tháng 12/2013.

<sup>29</sup> Báo cáo công tác nhiệm kỳ khóa XIII của Quốc hội do Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng trình bày tại kỳ họp thứ 11 sáng ngày 22/3/2016, tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>30</sup> Xem thêm: Dự án “Tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền tại Việt Nam” (Dự án 00058492), Bản tin “Tăng cường tiếp cận công lý và bảo vệ quyền tại Việt Nam”, số 3, tháng 6/2011, tr. 6-7; Hoàng Văn Tú, Chính sách xây dựng pháp luật, tài liệu đã dẫn ở trên.

chất lượng không cao, chưa đáp ứng được yêu cầu đổi mới mô hình tăng trưởng, cơ cấu lại nền kinh tế, thực hiện ba đột phá chiến lược”. Biểu hiện:

(i) Hiến pháp và một số đạo luật chưa thể áp dụng nếu không có các văn bản dưới luật cụ thể hóa và hướng dẫn thi hành. Các văn bản dưới luật vẫn chiếm tỷ lệ lớn trong hệ thống văn bản quy phạm pháp luật. Nhiều văn bản pháp luật kinh tế cần có số lượng lớn các văn bản hướng dẫn thi hành<sup>31</sup>. Điều này chưa thực sự phù hợp với yêu cầu đảm bảo tính tối thượng của Hiến pháp và của các đạo luật trong Nhà nước pháp quyền. Đồng thời, việc văn bản luật cần có nhiều văn bản hướng dẫn thi hành ít nhiều gây khó khăn cho việc đảm bảo tính thống nhất và tính pháp chế của pháp luật. Thực trạng này là do các văn bản luật thường có phạm vi và đối tượng điều chỉnh rộng<sup>32</sup>.

(ii) Cơ sở pháp lý cho việc thực hiện chức năng định hướng, kiểm soát, giám sát, điều tiết, khuyến khích và trợ giúp của Nhà nước đối với thị trường và doanh nghiệp chưa đầy đủ và chưa đáp ứng được yêu cầu quản lý nhà nước đối với nền kinh tế thị trường. Điều này có thể thấy qua sự thiếu vắng luật quy hoạch<sup>33</sup>.

(iii) Nội dung của một số văn bản pháp luật chưa sát với thực tế, chưa theo kịp nhu cầu xây dựng và phát triển kinh tế thị

trường<sup>34</sup>. Không ít quy định của luật còn nặng về nguyên tắc chung, thiếu tính ổn định, chưa xác định được nguồn lực để triển khai thực hiện<sup>35</sup>; thiếu tính khả thi trong pháp luật trọng tài thương mại<sup>36</sup>.

*Thứ ba*, kết quả cải cách hệ thống pháp luật, cải cách hành chính và cải cách tư pháp chưa đồng bộ và theo kịp yêu cầu phát triển kinh tế thị trường<sup>37</sup>.

*Thứ tư*, sự hiểu biết và ý thức pháp luật của các doanh nghiệp, nhất là pháp luật về cạnh tranh, bảo vệ người tiêu dùng, hội nhập quốc tế còn thấp. Nguyên nhân là do hiệu quả tuyên truyền pháp luật chưa cao và doanh nghiệp chưa thực sự coi trọng việc tìm hiểu pháp luật.

*Thứ năm*, việc ưu tiên nguồn lực cho hoạt động xây dựng chính sách, lập pháp trong lĩnh vực kinh tế là cần thiết, nhưng điều này ít nhiều ảnh hưởng đến việc đảm bảo tính cân đối và đồng bộ của hệ thống pháp luật trong điều chỉnh các lĩnh vực khác<sup>38</sup>.

*Thứ sáu*, chi phí thực thi pháp luật còn cao, chẳng hạn chi phí kinh doanh<sup>39</sup>, tố tụng

<sup>31</sup> Hà Hùng Cường, “Hoàn thiện hệ thống pháp luật đáp ứng yêu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 2+3/2009, tr. 17-25, tài liệu đã dẫn ở trên, Luật Đất đai năm 2003 muốn được thực hiện phải dựa trên 126 văn bản.

<sup>32</sup> Hoàng Văn Tú, Chính sách xây dựng pháp luật, tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>33</sup> Dự thảo được Quốc hội đưa ra thảo luận ngày 21/11/2016.

<sup>34</sup> Đinh Văn Ân/Lê Xuân Bá, Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội 2006, tr. 98-99.

<sup>35</sup> Báo cáo công tác nhiệm kỳ khóa XIII của Quốc hội do Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng trình bày tại kỳ họp thứ 11, sáng ngày 22/3/2016, tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>36</sup> Nguyễn Văn Cương, Một số giải pháp tăng cường tính khả thi của văn bản quy phạm pháp luật, ngày 18/02/2014 trên [http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemId=6009#\\_ftn3](http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemId=6009#_ftn3).

<sup>37</sup> Hoàng Văn Tú, Chính sách xây dựng pháp luật, tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>38</sup> Dẫn chứng cụ thể, xem Hoàng Văn Tú, Chính sách xây dựng pháp luật, tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>39</sup> Edmund Malesky (Trưởng nhóm)/Đậu Anh Tuấn, Phạm Ngọc Thạch... Báo cáo thường niên Chi số

để bảo vệ quyền và lợi ích của công dân trong các tranh chấp kinh tế.

*Thứ bảy*, công tác điều hành, tổ chức thực thi pháp luật có những mặt còn yếu<sup>40</sup>.

Cơ chế thực thi và phối hợp giữa các bộ, ngành, địa phương trong quán triệt, tổ chức thực hiện các chủ trương, chính sách và pháp luật còn kém hiệu lực, hiệu quả<sup>41</sup>.

Hiệu quả kiểm tra, giám sát, hiệu quả “hậu kiểm”, xử lý vi phạm còn hạn chế<sup>42</sup>.

Quy định về thủ tục hành chính trong kinh doanh đã cải cách, nhưng trong một số lĩnh vực chuyên ngành vẫn còn phức tạp, chưa đồng bộ với thủ tục do pháp luật doanh nghiệp và pháp luật đầu tư quy định.

*Thứ tám*, năng lực phân tích, dự báo và điều chỉnh chủ trương, cơ chế, chính sách còn hạn chế<sup>43</sup>.

### **1.3. Nguyên nhân của hạn chế trong công tác thể chế hóa**

Những hạn chế trên là do các nguyên nhân sau:

*Thứ nhất*, đường lối, quan điểm, chính sách của Đảng đối với một số vấn đề chưa

kip thời được cụ thể hóa. Điều đó đã ảnh hưởng đến hoạt động thể chế hóa bằng pháp luật.

*Thứ hai*, mô hình Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa và kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở nước ta được hình thành và phát triển theo cách thức “vừa thiết kế, vừa thi công”, vừa làm, vừa tổng kết rút kinh nghiệm, khái quát thành lý luận, sau đó chất lọc xây dựng thành đường lối, chính sách, thể chế hóa và thực hiện trên thực tế, sau khi kiểm chứng lại chỉnh sửa, bổ sung đường lối và pháp luật. Các quan hệ kinh tế - xã hội mà pháp luật điều chỉnh đang phát triển, tính ổn định chưa cao<sup>44</sup>.

*Thứ ba*, công tác dự báo, nghiên cứu lý luận phục vụ việc xây dựng và hoạch định chính sách và pháp luật chưa theo kịp yêu cầu của thực tiễn. Đây là một trong những nguyên nhân làm cho pháp luật thiếu tính thực tiễn<sup>45</sup>.

*Thứ tư*, giữa nhận thức về kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa và vận dụng nhận thức đó để đưa vào chính sách và pháp luật thường tồn tại khoảng cách nhất định<sup>46</sup>. Ở đây, là sự thận trọng trong ứng dụng các yếu tố mang tính phổ biến của các

---

năng lực cạnh tranh cấp tỉnh (PCI) của Việt Nam năm 2015, Nxb. Lao động, Hà Nội, 2016.

<sup>40</sup> Trương Tấn Sang, Xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa của dân, do dân, vì dân đáp ứng yêu cầu của sự nghiệp cách mạng trong thời kỳ mới, bài công bố trên Báo điện tử Đảng Cộng sản Việt Nam, ngày 20/05/2011, [http://dangcongsan.vn/cpv/Modules/News/NewsDetail.aspx?co\\_id=28340666&cn\\_id=460528](http://dangcongsan.vn/cpv/Modules/News/NewsDetail.aspx?co_id=28340666&cn_id=460528); Về hiệu lực thực thi pháp luật, xem Đinh Văn Ân/Lê Xuân Bá, Tiếp tục xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam, Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội, 2006, tr. 97.

<sup>41</sup>Theo đánh giá trong Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam.

<sup>42</sup>Theo đánh giá trong Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam.

<sup>43</sup>Theo đánh giá trong Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam.

<sup>44</sup> Báo cáo công tác nhiệm kỳ khóa XIII của Quốc hội do Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng trình bày tại kỳ họp thứ 11, sáng ngày 22/3/2016, tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>45</sup> So sánh Đinh Dũng Sỹ, Chính sách và mối quan hệ giữa chính sách với pháp luật, chính sách pháp luật với chính sách công, Kỷ yếu hội thảo khoa học “Một số vấn đề lý luận cơ bản và thực tiễn cấp bách về chính sách pháp luật”, Học viện Khoa học xã hội, Hà Nội, tháng 12/2013.

<sup>46</sup> Theo đánh giá trong Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam: “nhận thức về nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa còn chưa đủ rõ, nhất là về kinh tế nhà nước, doanh nghiệp nhà nước, kinh tế tập thể; về cơ chế phân bổ nguồn lực, sở hữu đất đai, cơ chế giá một số hàng hóa, dịch vụ công thiết yếu”.

mô hình kinh tế thị trường khác vào mô hình kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa trong giai đoạn quá độ.

*Thứ năm*, trình độ của đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức làm công tác xây dựng pháp luật và tổ chức thực hiện pháp luật còn hạn chế. Kinh phí để xây dựng pháp luật và tổ chức thực hiện pháp luật chưa thực sự tương xứng với nhiệm vụ.

*Thứ sáu*, nền kinh tế chịu tác động tiêu cực của khủng hoảng tài chính và suy thoái kinh tế toàn cầu, trong khi đó, trình độ, năng lực nội tại của nền kinh tế và năng lực xây dựng, thực thi thể chế kinh tế còn bất cập<sup>47</sup>.

*Thứ bảy*, chưa phát huy đầy đủ được vai trò, trách nhiệm của các chủ thể tham gia vào quá trình xây dựng văn bản, nhất là cơ quan chủ trì, cơ quan tham gia soạn thảo trong việc chuẩn bị, trình, tiếp thu ý kiến, hoàn thiện dự thảo trình thông qua; sự tham gia của các chuyên gia, các nhà khoa học vào quá trình chuẩn bị văn bản còn hạn chế<sup>48</sup>.

## **2. Những vấn đề đặt ra trong quá trình hoàn thiện pháp luật kinh tế**

Bên cạnh những kết quả đã đạt được, yêu cầu tiếp tục xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa và đổi mới, phát triển kinh tế thị trường trong bối cảnh hội nhập quốc tế đã đặt ra những vấn đề lý luận và thực tiễn cần giải quyết trong quá trình hoàn thiện pháp luật kinh tế.

### **2.1. Về phương diện lý luận**

*Thứ nhất*, tiếp tục thể chế hóa quan điểm về định hướng xã hội chủ nghĩa của

nền kinh tế thị trường vào thể chế, chính sách pháp luật<sup>49</sup>. Cùng với đó, giải quyết hài hòa giữa vai trò điều tiết của Nhà nước trong đảm bảo tính định hướng xã hội chủ nghĩa với sự vận động theo quy luật kinh tế khách quan của thị trường.

Về định hướng xã hội chủ nghĩa nền kinh tế thị trường ở nước ta, Đại hội Đảng lần thứ XII xác định: “Nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa Việt Nam có quan hệ sản xuất tiến bộ phù hợp với trình độ phát triển của lực lượng sản xuất; có nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế, trong đó kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo, kinh tế tư nhân là một động lực quan trọng của nền kinh tế; các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật; thị trường đóng vai trò chủ yếu trong huy động và phân bổ có hiệu quả các nguồn lực phát triển, là động lực chủ yếu để giải phóng sức sản xuất; các nguồn lực nhà nước được phân bổ theo chiến lược, quy hoạch, kế hoạch phù hợp với cơ chế thị trường. Nhà nước đóng vai trò định hướng, xây dựng và hoàn thiện thể chế kinh tế, tạo môi trường cạnh tranh bình đẳng, minh bạch và lành mạnh; sử dụng các công cụ, chính sách và các nguồn lực của Nhà nước để định hướng và điều tiết nền kinh tế, thúc đẩy sản xuất kinh doanh và bảo vệ môi trường; thực hiện tiến bộ, công bằng xã hội trong từng bước, từng chính sách phát triển. Phát huy

<sup>47</sup> Trích từ Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam.

<sup>48</sup> Báo cáo công tác nhiệm kỳ khóa XIII của Quốc hội do Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng trình bày tại kỳ họp thứ 11, sáng ngày 22/3/2016, tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>49</sup> Trần Kim Cúc, Xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay - Từ lý luận đến thực tiễn, Tạp chí Cộng sản điện tử, ngày 16/1/2014, địa chỉ: <http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen/2014/25460/Xay-dung-nha-nuoc-phap-quyen-xa-hoi-chu-nghia-o-Viet.aspx>.

vai trò làm chủ của nhân dân trong phát triển kinh tế - xã hội”<sup>50</sup>.

*Thứ hai*, giải quyết mối quan hệ giữa tôn trọng những giá trị chung mang tính phổ biến với những yếu tố đặc thù của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa, kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa.

*Thứ ba*, cơ chế phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp đã được hiến định ở Điều 2 Hiến pháp năm 2013 cần tiếp tục cụ thể hóa<sup>51</sup>.

*Thứ tư*, yêu cầu phân định vai trò chính trị, hành chính của Nhà nước (tổ chức quyền lực công) với vai trò kinh tế của Nhà nước (chủ sở hữu đối với tài sản thuộc sở hữu nhà nước và là đại diện của sở hữu toàn dân).

## 2.2. Về phương diện thực tiễn

### 2.2.1. Yếu tố trong nước

*Thứ nhất*, yêu cầu tiếp tục cải cách và đổi mới thể chế để tạo động lực phát triển. Phấn đấu đến năm 2020 cơ bản hoàn thiện đồng bộ hệ thống thể chế kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa theo các tiêu chuẩn phổ biến của nền kinh tế thị trường hiện đại và hội nhập quốc tế<sup>52</sup>.

Tăng trưởng ở nước ta trong thời gian qua chủ yếu dựa vào các lợi thế đầu vào của sản xuất như tài nguyên thiên nhiên, nguyên liệu thô, nguồn nhân lực giá rẻ và sự cởi trói cơ chế cũ, giải phóng năng lực con người. Những yếu tố có khả năng tạo ra giá trị gia

tăng lớn của sản xuất như tri thức, khoa học và công nghệ, quản lý tiên tiến... mới được khai thác ở mức độ hạn chế. Khi động lực được tạo ra từ những cuộc cải cách vừa qua không còn đủ mạnh để thúc đẩy phát triển thì cần tạo ra những động lực mới, trong đó có đổi mới thể chế và phát huy mạnh mẽ quyền làm chủ của nhân dân<sup>53</sup>.

*Thứ hai*, yêu cầu hiện thực hóa các quan điểm, chính sách đổi mới.

Đổi mới ở nước ta đã tiến hành được gần 30 năm. Nhiều quan điểm, chính sách đổi mới của Đảng ta đã được hiện thực hóa và đạt được kết quả nhất định. Tuy nhiên, cũng có những quan điểm tiếp tục cần cụ thể hóa và hiện thực hóa trên thực tế, chẳng hạn quan điểm của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam: “thị trường đóng vai trò chủ yếu trong huy động và phân bổ có hiệu quả các nguồn lực phát triển, là động lực chủ yếu để giải phóng sức sản xuất”, “kinh tế tư nhân là một động lực quan trọng của nền kinh tế”<sup>54</sup>.

Hiện thực hóa mục tiêu đến năm 2020, nước ta về cơ bản trở thành nước công nghiệp có cơ sở vật chất, kỹ thuật hiện đại là thách thức rất lớn đối với Đảng và Nhà nước ta, trước hết là nhu cầu vốn để đầu tư phát triển.

*Thứ ba*, yêu cầu về nâng cao vai trò của Nhà nước trong quá trình phát triển.

<sup>50</sup> Trích từ Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam.

<sup>51</sup> Trần Kim Cúc, Xây dựng nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay - Từ lý luận đến thực tiễn, tài liệu đã dẫn ở trên.

<sup>52</sup> Theo Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam.

<sup>53</sup> Nguyễn Tấn Dũng, “Hoàn thiện thể chế, phát huy quyền làm chủ của Nhân dân, thực hiện thắng lợi nhiệm vụ năm 2014, tạo nền tảng phát triển nhanh và bền vững”, bài viết công bố trên Cổng Thông tin điện tử Chính phủ ngày 01/01/2014, truy cập từ địa chỉ <http://baodientu.chinhphu.vn/Cac-bai-phat-bieu-cua-Thu-tuong/Thong-diep-nam-moi-cua-Thu-tuong-Nguyen-Tan-Dung/189949.vgp>.

<sup>54</sup> Trích từ Báo cáo chính trị của Đại hội lần thứ XII Đảng Cộng sản Việt Nam.

Nhà nước pháp quyền là một thể chế để thực hành xã hội dân chủ, đồng thời là hình thức chính trị - pháp lý hợp lý để quản lý một xã hội dân chủ, văn minh và phát triển. Mọi sự đổi mới và phát triển đất nước đều không thể thoát ly được vai trò của Nhà nước. Để đảm bảo đổi mới thành công, cần phải có một Nhà nước mạnh, được tổ chức hợp lý, thực hành dân chủ, có khả năng huy động và quản lý mọi nguồn lực. Hiện nay, nước ta đang đứng trước những thách thức rất lớn của yêu cầu tăng trưởng kinh tế nhanh và bền vững, đưa nước ta đến năm 2020 cơ bản trở thành nước công nghiệp; khắc phục mặt trái của kinh tế thị trường; phát triển kinh tế đi đôi với đảm bảo công bằng xã hội. Vai trò của Nhà nước có xu hướng ngày càng tăng trong điều hành chính sách vĩ mô và phối hợp giải quyết các vấn đề quốc tế.

### 2.2.2. Yếu tố quốc tế

*Thứ nhất*, nhu cầu hạn chế nguy cơ tụt hậu và rơi vào bẫy thu nhập trung bình.

Tuy Việt Nam đã có tốc độ tăng trưởng GDP trên đầu người khá cao và đã ở vào nhóm cuối của những nước thu nhập trung bình thấp. Nhưng khoảng cách từ nước có thu nhập trung bình thấp lên nhóm nước có thu nhập trung bình cao, chưa nói đến nhóm có thu nhập cao, còn khá xa. Trong khi đó, tăng trưởng hiện nay của nước ta chưa bền vững và chưa có dấu hiệu tăng đột biến. Mặt khác, hệ thống cơ sở hạ tầng còn yếu, thị trường chứng khoán hoạt động chưa tốt, hiệu quả đầu tư so với vốn bỏ ra thấp, năng suất tăng chậm, thiếu nguồn nhân lực có trình độ cao, chi phí sản xuất tăng, tiền đồng Việt Nam có xu hướng mất giá ảnh hưởng rất lớn đến sức cạnh tranh của nền kinh tế.

*Thứ hai*, cải cách thể chế pháp lý đáp ứng yêu cầu về nâng cao năng lực cạnh

tranh và quản trị quốc gia, cũng như năng lực cạnh tranh của doanh nghiệp nhà nước với các doanh nghiệp thuộc các thành phần kinh tế khác, giữa doanh nghiệp trong nước với doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, và giữa doanh nghiệp trong nước với doanh nghiệp nước ngoài.

*Thứ ba*, tạo nền tảng pháp lý để đáp ứng cam kết quốc tế mà Việt Nam tham gia và ứng phó với những tác động tiêu cực của quá trình hội nhập quốc tế.

Tham gia ngày càng sâu, rộng vào đời sống kinh tế, chính trị, an ninh, bảo vệ môi trường thế giới làm cho nền kinh tế nước ta giao thoa rộng hơn, nhưng cũng bị tác động, ảnh hưởng nhiều hơn của các nhân tố bên ngoài. Ứng xử của Nhà nước đối với thị trường không chỉ tạo ra hiệu ứng trong nội bộ quốc gia mà còn được chú ý bởi dư luận quốc tế. Theo lộ trình khi gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới, sau năm 2018, nền kinh tế Việt Nam được công nhận và vận hành theo thể chế kinh tế thị trường hoàn chỉnh. Hiện nay, có những vấn đề mang tính toàn cầu, chẳng hạn như biến đổi khí hậu, một quốc gia không thể tự mình giải quyết được mà cần có sự hợp tác, phối hợp của nhiều quốc gia; có nhiều vấn đề phát sinh đối với doanh nghiệp, nhưng không chỉ liên quan đến doanh nghiệp mà liên quan đến cả quốc gia, doanh nghiệp không thể tự mình giải quyết được, cần có sự hỗ trợ và tham gia cùng giải quyết của nhà nước. Việc ký kết Hiệp định thương mại tự do (FTA), Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) mang lại nhiều cơ hội, nhưng cũng đặt ra không ít thách thức đối với nhà nước trong bảo đảm sự độc lập, tự chủ, bảo vệ lợi ích dân tộc, lợi ích nhân dân, chủ quyền quốc gia và nội luật hoá các cam kết đó.

# CƠ CHẾ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP LAO ĐỘNG TẬP THỂ VỀ LỢI ÍCH DO TẬP THỂ LAO ĐỘNG VÀ NGƯỜI SỬ DỤNG LAO ĐỘNG THỎA THUẬN

Vũ Thị Thu Hiền\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích và đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận.

**Abstract:** This article analyses and makes proposals to improve the mechanism of settlement of collective labour disputes regarding interests through agreement between the employer and employees.

## 1. Một số vấn đề lí luận về cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận

Tranh chấp lao động tập thể (TCLĐTT) về lợi ích là tranh chấp phát sinh từ những bất đồng giữa một bên là một hoặc nhiều người sử dụng lao động (hoặc tổ chức đại diện người sử dụng lao động) với một bên là tập thể lao động (hoặc tổ chức đại diện tập thể lao động) liên quan đến việc xác lập điều kiện lao động mới; thay đổi điều kiện lao động đã thoả thuận; gia hạn thoả ước lao động tập thể (TULĐTT), sửa đổi, bổ sung TULĐTT hay ký kết TULĐTT mới.

So với các tranh chấp khác phát sinh trong đời sống xã hội, TCLĐTT về lợi ích là loại tranh chấp “đặc biệt”: (i) TCLĐTT về lợi ích phát sinh khi không có sự vi phạm quy định của pháp luật lao động nói chung, và vi phạm thoả thuận trong TULĐTT/thoả thuận tập thể về lao động đã ký kết nói riêng; (ii) Mục đích các bên hướng tới khi tham gia TCLĐTT về lợi ích không phải để đảm bảo thực hiện đúng các quyền, nghĩa

vụ được xác định trong các văn bản pháp luật, nội quy lao động, TULĐTT, thoả thuận tập thể về lao động khác mà nhằm đạt được các thoả thuận chung cho quan hệ lao động tập thể; (iii) Khi giải quyết các TCLĐTT về lợi ích, chủ thể có thẩm quyền không căn cứ vào các quy định pháp luật hiện hành, các thoả thuận tập thể giữa các bên mà phải căn cứ vào các yếu tố như tình hình hoạt động của doanh nghiệp, mức lương của doanh nghiệp khác cùng loại, chính sách khuyến khích đầu tư/lợi ích của quốc gia, lễ công bằng... để xây dựng phương án hoà giải ban hành phán quyết giải quyết vụ tranh chấp.

Chính do tính “đặc biệt” của TCLĐTT về lợi ích nên phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp nhất là các bên tự đàm phán, trao đổi thông qua thương lượng. Khi giải quyết TCLĐTT về lợi ích bằng thương lượng nhưng không thành, pháp luật các nước thường quy định sử dụng phương thức trung gian hoặc hoà giải qua các chủ thể có thẩm quyền của Nhà nước. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, các bên của quan hệ lao động tập thể lại chủ động thoả thuận cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích của riêng

\* TS., Khoa Đào tạo Luật sư, Học viện Tư pháp.

mình nhằm giải quyết các tranh chấp phát sinh trong tương lai.

**\* Ưu điểm của cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận**

*Một là*, cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận sẽ phù hợp với hoàn cảnh và nhu cầu cụ thể của hai bên.

Khi hai bên của quan hệ lao động tập thể thoả thuận về cơ chế giải quyết tranh chấp thì dù vụ việc do một chủ thể thứ ba đứng ra giải quyết nhưng việc lựa chọn chủ thể này hoàn toàn do hai bên tự quyết định theo tiêu chí riêng. Người được lựa chọn là người được hai bên tín nhiệm, tin cậy về năng lực/khả năng giải quyết TCLĐTT về lợi ích phù hợp nhất.

Ngoài ra, khi thoả thuận về cơ chế giải quyết tranh chấp của riêng mình, tập thể lao động và người sử dụng lao động được quyền quyết định phương thức, trình tự, thủ tục áp dụng để giải quyết TCLĐTT về lợi ích phát sinh trong tương lai. Không những thế, trong quá trình áp dụng, hai bên được quyền thương lượng, thoả thuận để điều chỉnh cơ chế giải quyết tranh chấp cho phù hợp hơn với nhu cầu của mình.

*Hai là*, cơ chế giải quyết tranh chấp do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận góp phần khuyến khích sự phát triển của thương lượng tập thể, hạn chế tối đa các hành động phản ứng công nghiệp.

Về bản chất, quá trình tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận về các phương thức, thủ tục phù hợp nhằm giải quyết TCLĐTT về lợi ích phát sinh trong tương lai chính là quá trình các bên tìm kiếm các giải pháp thay thế cho các hành động phản ứng công nghiệp. Thông thường,

trong các thoả thuận về cơ chế giải quyết tranh chấp tự nguyện, các bên thường có “cam kết hoà bình”, theo đó, tập thể lao động không được đình công và người sử dụng lao động không được đóng cửa doanh nghiệp trong thời gian giải quyết tranh chấp bằng cơ chế do các bên đã thoả thuận. Hơn nữa, khi các bên đã thoả thuận được cơ chế giải quyết tranh chấp thì dù vụ TCLĐTT về lợi ích do chủ thể thứ ba đứng ra giải quyết, nhưng việc lựa chọn cơ chế cũng như cách thức giải quyết tranh chấp hoàn toàn do hai bên lựa chọn và khi đó, các bên thường “sẽ chú tâm tới việc làm cho nó thành công”<sup>1</sup>.

*Ba là*, việc các bên trong quan hệ lao động tập thể giải quyết tranh chấp thông qua cơ chế tự thoả thuận sẽ hạn chế đáng kể số lượng tranh chấp mà cơ quan nhà nước đứng ra giải quyết. Từ đó, góp phần tiết kiệm chi phí cho ngân sách của Nhà nước.

**\* Sự thừa nhận của Nhà nước với cơ chế giải quyết tranh chấp do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận**

Xuất phát từ đặc điểm của TCLĐTT về lợi ích cũng như ưu điểm của cơ chế giải quyết tranh chấp do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận, pháp luật của nhiều quốc gia đã có những quy định nhằm ghi nhận cơ chế giải quyết tranh chấp này. Việc ghi nhận ở từng nước được thể hiện theo những hình thức và mức độ khác nhau. Có nước thừa nhận một cách trực tiếp khi cho phép các bên tranh chấp được thoả thuận về cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích trong TULĐTT như ở

<sup>1</sup> Xem: Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội (2006), *Thủ tục hoà giải và trọng tài các tranh chấp lao động*, tr. 100.

Đức<sup>2</sup>. Có nước chỉ thừa nhận một cách gián tiếp thông qua quy định yêu cầu các bên liên quan phải đăng ký các thoả thuận về giải quyết tranh chấp như ở Anh, Ailen<sup>3</sup>. Tuy nhiên, nội dung được pháp luật nhiều nước quy định là ưu tiên áp dụng cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do các bên thoả thuận. Nếu tập thể lao động và người sử dụng lao động đã thoả thuận được cơ chế giải quyết tranh chấp thì hai bên sẽ không bắt buộc phải áp dụng thủ tục giải quyết theo luật định qua các chủ thể có thẩm quyền của Nhà nước, trừ khi vụ tranh chấp đó phát sinh trong các lĩnh vực thiết yếu của nền kinh tế hoặc có ảnh hưởng đến lợi ích quốc gia. Ví dụ, ở Thụy Sĩ, cơ quan hòa giải của Chính phủ không được hoà giải tranh chấp trong trường hợp các bên đã thoả thuận cơ chế giải quyết tranh chấp trong TULĐTT; ở Phần Lan, nếu các bên đã thoả thuận cơ chế giải quyết tranh chấp thì Hoà giải viên trong Ủy ban hoà giải của Nhà nước không được quyền can thiệp trừ khi cơ chế đó không thể tiến hành hoà giải được<sup>4</sup>; ở Malaysia, khi TCLĐTT về lợi ích phát sinh, mỗi bên đều có quyền yêu cầu Vụ trưởng Vụ quan hệ lao động tiến hành hoà giải, tuy nhiên, luôn ưu tiên giải quyết tranh chấp theo thoả thuận của các bên, trừ trường hợp: phương thức đó áp dụng nhưng thất bại hoặc Vụ trưởng Vụ quan hệ lao động thấy rằng phương thức đó khó có thể thành

công<sup>5</sup>; ở Campuchia, khi TCLĐTT phát sinh, các bên sẽ áp dụng cơ chế giải quyết đã được thoả thuận trong TULĐTT; hoà giải viên lao động cũng như Hội đồng trọng tài chỉ tiến hành giải quyết vụ tranh chấp theo quy định của pháp luật nếu các bên không có thoả thuận về cơ chế giải quyết trong TULĐTT<sup>6</sup>.

Có thể thấy, việc Nhà nước thừa nhận thủ tục giải quyết TCLĐTT về lợi ích do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận có ý nghĩa quan trọng trong sự phát triển của chính sách quan hệ lao động quốc gia cũng như mối quan hệ lao động tập thể giữa các bên tranh chấp. Không những chỉ góp phần đảm bảo quyền tự thương lượng, định đoạt của các bên tranh chấp, việc thừa nhận của Nhà nước với cơ chế giải quyết tranh chấp do hai bên thoả thuận còn góp phần bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của các bên trong quan hệ lao động tập thể.

## **2. Thực trạng pháp luật Việt Nam về cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích do các bên thoả thuận**

Theo quy định của Bộ luật Lao động năm 2012, ngoài các nội dung bắt buộc phải thương lượng tập thể như tiền lương, tiền thưởng, trợ cấp, nâng lương; thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, làm thêm giờ, nghỉ giữa ca..., các bên trong quan hệ lao động tập thể có quyền thương lượng về “những

<sup>2</sup> Xem: Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội (2006), *sđd*, tr. 112.

<sup>3</sup> Xem: Trần Hoàng Hải (chủ biên), *Pháp luật về giải quyết TCLĐTT – kinh nghiệm của một số nước đối với Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 92.

<sup>4</sup> Xem: Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội (2006), *sđd*, tr. 131.

<sup>5</sup> Xem: mục 18 Luật quan hệ lao động năm 1967 của Malaysia (bản dịch tiếng Anh, nguồn: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/48066/99440/F1841123767/MYS48066.pdf>), truy cập ngày 20/9/2016.

<sup>6</sup> Xem: Điều 303, 309 Bộ luật Lao động năm 1997 của Campuchia (bản dịch tiếng Việt, nguồn: Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội (2010), *Pháp luật lao động các nước Asean*, Nxb. Lao động – Xã hội, tr. 122).

nội dung khác mà hai bên quan tâm”<sup>7</sup>. Trên thực tế, tại nhiều đơn vị sử dụng lao động, tập thể lao động và người sử dụng lao động đã thoả thuận về cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích phát sinh giữa họ. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành hoàn toàn không có quy định thừa nhận và bảo đảm thực hiện trên thực tế cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do các bên trong quan hệ lao động tập thể thoả thuận. Khi TCLĐTT về lợi ích phát sinh, các bên phải giải quyết vụ tranh chấp theo trình tự, thủ tục luật định qua các chủ thể có thẩm quyền của Nhà nước. Cụ thể:

(i) *Với các TCLĐTT về lợi ích phát sinh ở doanh nghiệp được đình công*: khi tranh chấp phát sinh, các bên phải tự thương lượng để giải quyết tranh chấp. Trường hợp một trong hai bên từ chối thương lượng, thương lượng nhưng không thành hoặc thương lượng thành nhưng một trong hai bên không thực hiện, thì TCLĐTT về lợi ích sẽ được giải quyết tại Hoà giải viên lao động khi một bên có đơn yêu cầu. Nếu Hoà giải viên lao động đã hoà giải nhưng không thành hoặc một trong hai bên không thực hiện các thoả thuận trong biên bản hoà giải thành, hoặc hết thời hạn giải quyết theo quy định của pháp luật (05 ngày làm việc) mà Hoà giải viên lao động không tiến hành hoà giải thì mỗi bên tranh chấp có quyền yêu cầu Hội đồng trọng tài lao động giải quyết. Tập thể lao động có quyền đình công sau thời hạn 03 ngày, kể từ ngày Hội đồng trọng tài lao động lập biên bản hoà giải không thành hoặc trong thời hạn 05 ngày, kể từ ngày Hội đồng trọng tài lao động lập biên bản hoà giải thành mà một trong các bên không thực hiện thoả thuận đã đạt được<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> Xem: Điều 70 Bộ luật Lao động năm 2012.

<sup>8</sup> Xem: khoản 5, 6 Điều 194; khoản 2 Điều 204; Điều 206 Bộ luật Lao động năm 2012.

(ii) *Với các TCLĐTT về lợi ích phát sinh ở doanh nghiệp không được đình công, hoạt động trong các ngành, lĩnh vực thiết yếu của nền kinh tế quốc dân*: khi tranh chấp phát sinh do quá trình thương lượng tập thể không thành, Hội đồng trọng tài lao động sẽ tiến hành hoà giải vụ tranh chấp. Sau 05 ngày, kể từ ngày Hội đồng trọng tài lao động lập biên bản hoà giải thành mà một trong các bên không thực hiện thoả thuận đã đạt được hoặc sau 03 ngày, kể từ ngày Hội đồng trọng tài lao động lập biên bản hoà giải không thành thì vụ tranh chấp sẽ được giải quyết tại Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh<sup>9</sup>.

Việc pháp luật không có quy định thừa nhận và bảo đảm thực hiện cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do các bên thoả thuận đã dẫn đến những hạn chế, vướng mắc sau:

*Một là*, không đảm bảo nguyên tắc tôn trọng quyền tự thương lượng, quyết định của các bên tranh chấp.

Tôn trọng, bảo đảm để các bên tự thương lượng, quyết định trong giải quyết tranh chấp lao động là nguyên tắc cơ bản trong giải quyết tranh chấp lao động nói chung, TCLĐTT về lợi ích nói riêng. Nguyên tắc này được ghi nhận tại khoản 1 Điều 194 Bộ luật Lao động năm 2012 và được thể hiện trong nhiều quy định về giải quyết tranh chấp lao động (như quy định chỉ các bên trong tranh chấp lao động mới có quyền đưa vụ việc ra chủ thể có thẩm quyền giải quyết; các bên tranh chấp được quyền

<sup>9</sup> Xem: khoản 2 Điều 4 Nghị định số 41/2013/NĐ-CP ngày 8/5/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Điều 220 của Bộ luật Lao động về danh mục đơn vị sử dụng lao động không được đình công và giải quyết yêu cầu của tập thể lao động ở đơn vị sử dụng lao động không được đình công.

lựa chọn và yêu cầu thay đổi người tiến hành giải quyết tranh chấp; các bên tranh chấp được quyền trực tiếp hoặc thông qua đại diện của mình để tham gia giải quyết tranh chấp...). Tuy nhiên, việc không có quy định thừa nhận và bảo đảm thực hiện cơ chế giải quyết tranh chấp do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận đã phần nào ảnh hưởng đến quyền tự định đoạt của các bên trong quá trình giải quyết TCLĐTT về lợi ích, làm hạn chế nguyên tắc tôn trọng, bảo đảm quyền tự quyết định của các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp lao động.

*Hai là*, ảnh hưởng đến quyền lợi của các bên tranh chấp, đặc biệt là quyền đình công của người lao động.

Mặc dù không được pháp luật thừa nhận và bảo đảm thực hiện nhưng trên thực tế, các bên trong TCLĐTT về lợi ích vẫn áp dụng cơ chế do mình thoả thuận để giải quyết vụ tranh chấp. Việc các bên tự áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp do mình thoả thuận sẽ nảy sinh một số vướng mắc, dẫn đến hạn chế quyền của các bên, đặc biệt là quyền đình công của người lao động. Cụ thể: (i) Trong cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do các bên thoả thuận có quy định vụ tranh chấp được giải quyết bằng hoà giải và trọng tài. Khi TCLĐTT về lợi ích phát sinh, các bên đã áp dụng thủ tục hoà giải theo thoả thuận nhưng việc hoà giải không thành. Một bên hoặc cả hai bên không muốn tiếp tục giải quyết bằng thủ tục trọng tài đã thoả thuận và có đơn đề nghị Hội đồng trọng tài lao động giải quyết. Tuy nhiên, căn cứ vào quy định tại khoản 2 Điều 204 Bộ luật Lao động năm 2012, vụ TCLĐTT về lợi ích sẽ không thuộc thẩm quyền giải quyết của Hội đồng trọng tài lao động do tranh chấp chưa

qua thủ tục hoà giải tại Hoà giải viên lao động; (ii) Các bên đã áp dụng thủ tục trọng tài do hai bên thoả thuận sau khi hoà giải không thành. Trọng tài đã ban hành quyết định giải quyết, nhưng một bên không thực hiện quyết định của trọng tài và tập thể lao động tiến hành đình công. Tuy nhiên, việc đình công của tập thể lao động trong trường hợp này lại không thoả mãn các quy định về điều kiện đình công. Và như vậy, vụ đình công nếu có xảy ra, sẽ bị coi là trái pháp luật do TCLĐTT về lợi ích chưa được các cơ quan, tổ chức, cá nhân giải quyết theo quy định tại khoản 3 Điều 215 Bộ luật Lao động năm 2012.

*Ba là*, hạn chế sự phát triển của thương lượng tập thể.

Như đã đề cập, một trong những mục tiêu cơ bản của các quốc gia, trong đó có Việt Nam, là thúc đẩy sự phát triển của thương lượng tập thể trong giải quyết TCLĐTT về lợi ích nhằm bảo đảm sự ổn định và hài hòa trong quan hệ lao động. Chính vì vậy, pháp luật lao động của nhiều quốc gia thừa nhận cơ chế giải quyết tranh chấp do các bên của quan hệ lao động tập thể thoả thuận. Thông qua việc khuyến khích, thừa nhận cơ chế đó, các quốc gia đã ghi nhận các giải pháp thay thế hành động phản ứng công nghiệp, từ đó góp phần khuyến khích sự phát triển của thương lượng tập thể.

### **3. Hoàn thiện quy định của pháp luật Việt Nam về cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích do tập thể lao động và người sử dụng lao động thoả thuận**

Việc xây dựng pháp luật thừa nhận, bảo đảm thực hiện cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do hai bên trong quan

hệ lao động tập thể thoả thuận cần được tiến hành trên cơ sở các nguyên tắc và định hướng cơ bản sau:

*Một là*, thủ tục giải quyết TCLĐTT về lợi ích do hai bên thoả thuận chỉ áp dụng để giải quyết các TCLĐTT về lợi ích ở đơn vị sử dụng lao động được phép đình công. Với các TCLĐTT về lợi ích ở đơn vị sử dụng lao động không được đình công, các bên tranh chấp vẫn phải áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp theo luật định thông qua các chủ thể có thẩm quyền của Nhà nước<sup>10</sup>. Quy định này xuất phát từ sự cần thiết phải đảm bảo ổn định trong hoạt động sản xuất, kinh doanh của các đơn vị sử dụng lao động hoạt động trong các lĩnh vực thiết yếu của nền kinh tế quốc dân.

*Hai là*, cơ chế đó phải được thiết lập hợp pháp. Cụ thể, cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do hai bên thoả thuận phải là kết quả của quá trình thương lượng tập thể giữa tập thể lao động và người sử dụng lao động. Do đó, cơ chế này phải được ghi nhận trong TULĐTT được ký kết hợp pháp hoặc trong một thoả thuận tập thể về lao động khác.

*Ba là*, ưu tiên áp dụng cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do hai bên thoả thuận. Khi các bên đã thoả thuận lựa chọn cơ chế giải quyết tranh chấp một cách hợp pháp thì các bên sẽ được quyền ưu tiên áp

dụng để giải quyết TCLĐTT về lợi ích, trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác.

*Bốn là*, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các bên tranh chấp trong quá trình giải quyết tranh chấp. Cụ thể:

- Dù các bên tranh chấp đã thoả thuận về cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích nhưng các bên vẫn có quyền tiếp tục yêu cầu chủ thể có thẩm quyền của Nhà nước giải quyết theo trình tự luật định trong các trường hợp: (i) Một trong hai bên có đơn yêu cầu khi cơ chế giải quyết tranh chấp do hai bên thoả thuận không thể áp dụng được; (ii) Hai bên cùng thống nhất không áp dụng cơ chế đã thoả thuận mà yêu cầu chủ thể có thẩm quyền giải quyết.

- Các biên bản hoà giải thành/không thành; quyết định giải quyết vụ TCLĐTT về lợi ích của chủ thể có thẩm quyền do hai bên thoả thuận phải có giá trị pháp lý như biên bản hoà giải thành/không thành... của chủ thể có thẩm quyền của Nhà nước.

- Có sự tiếp nối giữa cơ chế giải quyết TCLĐTT về lợi ích do hai bên thoả thuận với cơ chế giải quyết tranh chấp của Nhà nước. Chẳng hạn, nếu vụ TCLĐTT về lợi ích đã được hoà giải theo cơ chế do hai bên thoả thuận nhưng không thành thì một trong hai bên có quyền yêu cầu Hội đồng trọng tài lao động giải quyết tiếp. Trường hợp vụ TCLĐTT về lợi ích đã được giải quyết theo thủ tục trọng tài do hai bên thoả thuận nhưng không thành, thì tập thể lao động có quyền tiến hành các thủ tục đình công và cuộc đình công này phải được xác định là không trái quy định tại khoản 3 Điều 215 Bộ luật Lao động năm 2012.

<sup>10</sup> Danh mục các doanh nghiệp không được đình công được ban hành kèm theo Nghị định số 41/2013/NĐ-CP ngày 08/5/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Điều 220 của Bộ luật Lao động về danh mục đơn vị sử dụng lao động không được đình công và giải quyết yêu cầu của tập thể lao động ở đơn vị sử dụng lao động không được đình công.

# QUẦY RỐI TÌNH DỤC TẠI NƠI LÀM VIỆC TRONG PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM – MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

*Phạm Thị Thúy Nga\**

**Tóm tắt:** Bài viết khái quát các nội dung cơ bản của pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam về quấy rối tình dục tại nơi làm việc; trên cơ sở đó, đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

**Abstract:** The article provides an overview of international and Vietnamese laws on workplace harassment. On that basis, it makes recommendation for improving Vietnamese laws on this issue.

## **Đặt vấn đề**

Từ lâu, lao động nữ đã phải đối mặt với các hành vi quấy rối tại nơi làm việc, trong đó có những hành vi có tính chất tình dục. Những hành vi này chưa được pháp luật điều chỉnh cho đến khi phụ nữ Hoa Kỳ đấu tranh yêu cầu công nhận hành vi quấy rối tình dục là phân biệt đối xử về giới theo pháp luật liên bang chống phân biệt đối xử vào những năm 1970<sup>1</sup>. Từ đó, hành vi “quấy rối tình dục tại nơi làm việc” được pháp luật nhiều nước ghi nhận.

Ở nhiều nơi trên thế giới, quấy rối tình dục được xem là vấn đề nghiêm trọng mà người lao động phải đối mặt tại nơi làm việc. Tại Đức, một cuộc khảo sát năm 1998 chỉ ra rằng, 93% lao động nữ là nạn nhân của quấy rối tình dục. Tại Hoa Kỳ, trên 50% lao động nữ đã bị quấy rối tình dục. Các nghiên cứu, khảo sát tại Canada, Ấn Độ, Hồng Kông, Trung Quốc cho kết quả tương

tự. Như vậy, quấy rối tình dục là một vấn đề mang tính toàn cầu<sup>2</sup>.

Hiện nay, ở Việt Nam chưa có số liệu thống kê chính thức về quấy rối tình dục tại nơi làm việc và chưa có trường hợp nào bị xử phạt hoặc bị đưa ra tòa. Tuy nhiên, theo khảo sát đầu năm 2015 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) và Navigos Search, quấy rối tình dục tại nơi làm việc là hiện tượng khá phổ biến. Tuy nhiên, các yếu tố văn hóa và nỗi sợ bị mất việc khiến nhiều nạn nhân không trình báo sự việc<sup>3</sup>.

## **1. Pháp luật quốc tế về quấy rối tình dục tại nơi làm việc**

Công ước về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt đối xử với phụ nữ (CEDAW) được Liên hợp quốc thông qua năm 1979. Tại thời điểm này, vấn đề quấy rối tình dục tại nơi làm việc mới bắt đầu được xã hội quan tâm, do đó, Công ước chưa có quy định cấm đối với quấy rối tình dục tại nơi làm việc.

\* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

<sup>1</sup> Deirdre McCann (2005), *Sexual harassment at work: National and international responses*, Durham University, ISBN 92-2-115798-9, p.1.

<sup>2</sup> D. K. Srivastava, *Progress of Sexual Harassment Law in India, China and Hong Kong: Prognosis for Further Reform*, Harvard International Law Journal, Volume 51 – August 11, 2010, p. 172.

<sup>3</sup> Văn phòng ILO tại Việt Nam, *Quy tắc ứng xử cho Việt Nam hy vọng giải quyết quấy rối tình dục tại nơi làm việc*, Bản tin số 12, tháng 6/2015, tr.1.

Tuy nhiên, Khuyến nghị chung số 19 (kỳ họp thứ 11, năm 1992) đã quy định “bạo lực trên cơ sở giới, trong đó làm suy yếu hoặc tước đoạt các quyền và tự do cơ bản của phụ nữ, là phân biệt đối xử” và do đó vi phạm CEDAW<sup>4</sup>. Bình đẳng việc làm có thể bị suy giảm nghiêm trọng khi phụ nữ bị bạo lực giới, chẳng hạn như quấy rối tình dục tại nơi làm việc<sup>5</sup>. Tuyên bố về xóa bỏ bạo lực đối với phụ nữ năm 1993 của Đại hội đồng Liên hợp quốc khẳng định, bạo lực đối với phụ nữ là vi phạm các quyền và tự do cơ bản của phụ nữ<sup>6</sup>.

Trong pháp luật quốc tế, quấy rối tình dục là một biểu hiện phân biệt đối xử về giới ở mức độ nghiêm trọng và vi phạm nhân quyền. Kể từ khi quấy rối tình dục tại nơi làm việc bị xem là một hình thức phân biệt đối xử về giới, các quốc gia đã ban hành pháp luật loại bỏ các hành vi quấy rối tình dục trong nhiều lĩnh vực như nhân quyền, lao động, hình sự, dân sự, bao gồm các quy định về chống quấy rối tình dục, đảm bảo bình đẳng và không phân biệt đối xử.

#### **a) Về nhận diện hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc**

Quấy rối tình dục là hành vi bị cấm trong pháp luật quốc tế. Ngày càng nhiều quốc gia có quy định pháp luật về quấy rối tình dục. Có khoảng 50 quốc gia đã quy định cấm quấy rối tình dục ở cấp quốc gia hoặc liên bang<sup>7</sup>. Tính từ năm 1995 đến nay,

có ít nhất 35 quốc gia lần đầu tiên ban hành Luật Chống quấy rối tình dục<sup>8</sup>. Bên cạnh đó, luật lao động là luật phổ biến quy định về quấy rối tình dục ở nơi làm việc. Hơn một phần ba các quốc gia quy định về quấy rối tình dục trong pháp luật lao động<sup>9</sup>. Nhiều quốc gia điều chỉnh quấy rối tình dục thông qua luật bình đẳng giới hoặc luật chống phân biệt đối xử<sup>10</sup>. Một số quốc gia

*at the workplace in Vietnam: An Overview of the Legal Framework*, Hanoi, 2013, p.43.

(Argentina, Australia, Áo, Bangladesh, Bỉ, Belize, Canada, Costa Rica, Croatia, Cộng hòa Séc, Đan Mạch, Cộng hòa Dominica, Fiji, Phần Lan, Pháp, Đức, Guyana, Honduras, Iceland, Ireland, Israel, Nhật Bản, Hàn Quốc, Latvia, Lesotho, Lithuania, Luxembourg, Malta, Mauritius, Namibia, Hà Lan, New Zealand, Na Uy, Panama, Paraguay, Philippines, Ba Lan, Bồ Đào Nha, Romania, Slovakia, Nam Phi, Tây Ban Nha, Sri Lanka, Thụy Điển, Thụy Sĩ, Thái Lan, Cộng hòa Thống nhất Tanzania, Uruguay, Venezuela).

<sup>8</sup> D. McCann, *Sexual harassment at work: National and international responses, Conditions of Work and Employment Programme*, ILO, 2005, p.17.

Gồm: Costa Rica, Phần Lan, Panama, Paraguay, Philippines, Sri Lanka, Thụy Sĩ (1995); Belize (1996); Guyana, Nhật Bản, Uruguay (1997); Honduras, Ireland, Israel, Lithuania, Mauritius, Bồ Đào Nha, Nam Phi, Tanzania, Thái Lan (1998); Fiji, Nhật Bản, Venezuela (1999); Bangladesh, Iceland, Luxembourg (2000); Đan Mạch (2001); Na Uy, Romania (2002); Croatia, Malta, Ba Lan, Slovakia (2003); Cộng hòa Czech, Latvia (2004).

<sup>9</sup> Ministry of Labour – Invalids and Social Affairs of Vietnam – ILO, *Research report sexual harassment at the workplace in Vietnam: An Overview of the Legal Framework*, Hanoi, 2013, p.44.

(Bỉ; Canada; Cộng hòa Séc; Cộng hòa Dominica; Pháp; Latvia; Lesotho; Mauritius; Namibia; Hà Lan; New Zealand; Panama; Paraguay; Ba Lan; Slovakia; Tây Ban Nha; Thái Lan; Malaysia).

<sup>10</sup> D. McCann, *Sexual harassment at work: National and international responses, Conditions of Work and Employment Programme*, ILO, 2005, p.23.

Australia (Sex Discrimination Act); Austria (Equality of Treatment Act); Denmark (Gender Equality Act); Finland (Act on Equality between Women and Men, 1995); Germany (Act to Establish Equality for Men and Women); Guyana

<sup>4</sup> ILO, General Recommendation No. 19 on Violence against Women, 1992, Paragraph 7.

<sup>5</sup> ILO, General Recommendation No. 19 on Violence against Women, 1992, Paragraph 17.

<sup>6</sup> United Nations General Assembly, Declaration on the Elimination of Violence against Women, General Assembly Resolution 48/104 of 20<sup>th</sup> December 1993, 85<sup>th</sup> Plenary Meeting.

<sup>7</sup> Ministry of Labour – Invalids and Social Affairs of Vietnam – ILO, *Research report sexual harassment*

khác điều chỉnh quấy rối tình dục bằng luật hình sự (Bangladesh, Costa Rica, Mauritius, Tây Ban Nha, Sri Lanka, Cộng hòa Tanzania và Venezuela) hoặc pháp luật về quyền con người (Canada, Fiji và New Zealand)<sup>11</sup>. Nghiên cứu của D. McCann cũng chỉ ra rằng, quấy rối tình dục có thể đồng thời được quy định bởi nhiều ngành luật. Quấy rối tình dục bị cấm theo pháp luật lao động và pháp luật về quyền con người (Canada và New Zealand) hoặc theo pháp luật hình sự và pháp luật lao động (Hà Lan)<sup>12</sup>.

Tóm lại, quấy rối tình dục nói chung và quấy rối tình dục tại nơi làm việc nói riêng bị cấm và được điều chỉnh bằng luật chống quấy rối tình dục, luật bình đẳng giới, luật chống phân biệt đối xử, luật lao động hoặc luật hình sự.

---

(Prevention of Discrimination Act, 1997); Honduras (Law on Equal Opportunities for Women); Iceland (Act on the Equal Status and Equal Rights of Women and Men); Ireland (Employment Equality Act, 1998); Japan (Equal Employment Opportunity Act); Republic of Korea (Equal Employment Act); Lithuania (Law on Equal Opportunities); Malta (Equality for Men and Women Act); Mauritius (Sex Discrimination Act); Netherlands (Equal Treatment Act); Norway (Gender Equality Act); Romania (Law on equal opportunities); South Africa (Employment Equity Act); Sweden (Equal Opportunities Act, 1991); Switzerland (Law on Equality); and Venezuela (Organic Law on the Rights of Women to Fairness and Equality).

<sup>11</sup> Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội – ILO, Báo cáo nghiên cứu: Quấy rối tình dục tại nơi làm việc ở Việt Nam: Bức tranh khái quát và khung pháp lý đề giải quyết, 2013.

<http://ifgs.org.vn/index.php?mact=News,cntnt01,detail,0&cntnt01articleid=198&cntnt01origid=89&cntnt01returnid=64>, truy cập ngày 10/10/2016.

<sup>12</sup> Ministry of Labour – Invalids and Social Affairs of Vietnam – ILO, *Research report sexual harassment at the workplace in Vietnam: An Overview of the Legal Framework*, Hanoi, 2013, p.43.

Hầu hết các quốc gia trực tiếp cấm hành vi quấy rối tình dục đều đưa ra định nghĩa về hành vi này trong luật<sup>13</sup>. Một số quốc gia đưa ra định nghĩa tương đối ngắn gọn, trong khi những quốc gia khác quy định chung chung: "quấy rối tình dục phụ nữ bị cấm". Nhìn chung, các định nghĩa về quấy rối tình dục tại nơi làm việc đều dựa trên các dấu hiệu như hành vi, tính tình dục, việc làm và đặc biệt nhấn mạnh yếu tố không mong muốn, không hưởng ứng hoặc trái với ý muốn của người bị quấy rối tình dục<sup>14</sup>. Ví dụ, mục 2 (g) Luật Việc làm Malaysia (sửa đổi, bổ sung năm 2012) quy định: "Quấy rối tình dục là bất kỳ hành vi có tính chất tình dục, bằng lời nói, không bằng lời nói, hình ảnh, cử chỉ hoặc thể chất, hướng tới một người mà người đó không mong muốn và gây ra sự xúc phạm, làm nhục hoặc đe dọa tới sức khỏe của người đó, phát sinh và xảy ra trong quá trình làm việc"<sup>15</sup>. Khoản 1 Điều 247 Bộ luật Lao động Canada sửa đổi lần cuối năm 2016 quy định: "Quấy rối tình dục có nghĩa là bất cứ hành vi, bình luận, cử chỉ hoặc tiếp xúc/động chạm có tính chất tình dục:

- (a) Có thể gây ra sự xúc phạm hoặc sỉ nhục đối với người lao động; hoặc là
- (b) Người lao động trên cơ sở hợp lý cho rằng đó là một điều kiện có tính chất

---

<sup>13</sup> D. McCann, *Sexual harassment at work: National and international responses, Conditions of Work and Employment Programme*, ILO, 2005, p.1.

<sup>14</sup> Ministry of Labour – Invalids and Social Affairs of Vietnam – ILO, *Research report sexual harassment at the workplace in Vietnam: An Overview of the Legal Framework*, Hanoi, 2013, p.47.

<sup>15</sup> Malaysia, Employment (Amendment) Act 2012 (Act A1419), [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=89543&p\\_country=MYS&p\\_count=199](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=89543&p_country=MYS&p_count=199), truy cập ngày 1/9/2016.

tình dục để có việc làm hoặc cơ hội đào tạo, thăng tiến”<sup>16</sup>.

**b) Về chủ thể thực hiện hành vi quấy rối và chủ thể bị quấy rối tình dục tại nơi làm việc**

Chủ thể có hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc được xác định khá tương đồng giữa các quốc gia. Người sử dụng lao động và người lao động đều có thể bị buộc tội quấy rối tình dục tại nơi làm việc<sup>17</sup>. Ở các quốc gia phát triển, pháp luật ghi nhận bất kỳ ai cũng có thể là người quấy rối tình dục. Đó có thể là chủ sở hữu doanh nghiệp, người quản lý, đồng nghiệp, giám sát viên, thanh tra viên, nhà tuyển dụng<sup>18</sup>, nhà thầu, khách hàng...<sup>19</sup>.

Hầu hết các quốc gia xác định lao động nữ là nạn nhân chủ yếu của quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Người quấy rối tình dục và nạn nhân có thể là người khác giới, nhưng cũng có thể là người cùng giới.

**c) Về trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại, tố cáo**

Thủ tục khiếu nại, tố cáo được xác định tùy thuộc mức độ nghiêm trọng của hành vi quấy rối tình dục và được điều chỉnh bởi các luật khác nhau (nhân quyền, hình sự, dân sự, lao động). Có ý kiến cho rằng, tính hiệu quả và tính phù hợp của các thủ tục có tác động đến việc nạn nhân sẽ khiếu nại hay

không. Do đó, những thủ tục gây tâm lý e ngại, xấu hổ cho nạn nhân cần phải sửa đổi<sup>20</sup>. Cũng có ý kiến cho rằng, pháp luật dân sự và hình sự với các quy định chung được tiến hành theo thủ tục thông thường là quá phức tạp, không đủ linh hoạt để đáp ứng tâm lý, hoàn cảnh của người bị quấy rối tình dục<sup>21</sup>.

Một số quốc gia (Australia, Canada, Finland, Ireland, New Zealand, Hàn Quốc, Thụy Điển và Hoa Kỳ) đã thành lập cơ quan chuyên trách để thực thi pháp luật về bình đẳng và không phân biệt đối xử theo giới tính. Một số quốc gia khác xem quấy rối tình dục là vi phạm quyền con người, do đó được xử lý bởi các cơ quan chuyên môn về nhân quyền ở cấp quốc gia (ví dụ Canada, Fiji và New Zealand). Các thủ tục giải quyết vụ việc quấy rối tình dục thường được quy định đặc biệt, tạo điều kiện cho việc khiếu nại, điều tra, hòa giải, đảm bảo yêu cầu xử lý kịp thời, bảo mật<sup>22</sup>. Ví dụ, ở Pakistan, các Ombudsman được thành lập để giải quyết khiếu nại về quấy rối tình dục tại nơi làm việc<sup>23</sup>. Trường hợp hoà giải không thành, các cơ quan này được trao quyền để đại diện cho nạn nhân đưa vụ việc ra tòa và đại diện trong quá trình thực hiện các hoạt động tố tụng tại tòa án<sup>24</sup>. Trong quá trình giải

<sup>16</sup> Canada, Labour Code (R.S.C., 1985, c. L-2) last amended in 2016, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/l-2/FullText.html>, truy cập ngày 1/9/2016.

<sup>17</sup> Thailand: Labour Protection Act, 1998, Section 16 <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WBTEXT/49727/65119/E98THA01.htm>, truy cập ngày 1/9/2016.

<sup>18</sup> Belize, Protection Against Sexual Harassment Act, 1996. Article 3, [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=46346&p\\_country=BLZ&p\\_count=154](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=46346&p_country=BLZ&p_count=154), truy cập ngày 1/9/2016.

<sup>19</sup> D. McCann, *Sexual harassment at work: National and international responses, Conditions of Work and Employment Programme*, ILO, 2005, p.20.

<sup>20</sup> European Commission: *General report 1998 of the Legal Experts' Group on Equal Treatment of Men and Women* (Brussels, 1999), p. 112.

<sup>21</sup> European Commission: *General report 1998 of the Legal Experts' Group on Equal Treatment of Men and Women* (Brussels, 1999), p. 112.

<sup>22</sup> D. McCann, *Sexual harassment at work: National and international responses, Conditions of Work and Employment Programme*, ILO, 2005, p.29.

<sup>23</sup> Pakistan, Protection Against Harassment of Women at Workplace Act 2010, Section 7, <https://www.qau.edu.pk/pdfs/ha.pdf>, truy cập ngày 1/9/2016.

<sup>24</sup> Ministry of Labour – Invalids and Social Affairs of Vietnam – ILO, *Research report sexual harassment*

quyết, nhiều quốc gia cho phép nạn nhân quyền yêu cầu một điều tra viên cùng giới hoặc cho phép công đoàn đại diện cho người lao động tham gia với yêu cầu phải bảo mật thông tin cá nhân của nạn nhân<sup>25</sup>.

Đối với các quốc gia giải quyết khiếu nại thông qua các cơ quan thực thi pháp luật (thanh tra, tòa án), các bên được giải quyết miễn phí, các thủ tục cũng được điều chỉnh phù hợp với tính nhạy cảm của hành vi.

**d) Về các biện pháp phòng ngừa, xử lý và khắc phục hậu quả**

Để phòng ngừa quấy rối tình dục tại nơi làm việc, hầu hết các quốc gia quy định trách nhiệm của người sử dụng lao động phải thực hiện các biện pháp phòng ngừa và hành động ngay lập tức nhằm khắc phục hậu quả hành vi vi phạm. Tại Malaysia, người sử dụng lao động có trách nhiệm tìm hiểu và trả lời khi nhận được đơn khiếu nại. Tuy nhiên, pháp luật Malaysia không quy định người sử dụng lao động có nghĩa vụ phòng ngừa, ngăn chặn quấy rối tình dục<sup>26</sup>. Trong khi đó, ở Trung Quốc, khi thực hiện Luật Bảo vệ quyền và lợi ích phụ nữ (sửa đổi, bổ sung năm 2005), nhiều tỉnh như Giang Tây, Thượng Hải, An Huy, Quảng Đông, Chiết Giang, Tứ Xuyên, Giang Tô, Hà Bắc và Bắc Kinh đã quy định người sử dụng lao động phải có các biện pháp để

phòng ngừa và ngăn chặn quấy rối tình dục đối với lao động nữ<sup>27</sup>.

Ngoài ra, các quốc gia đều khuyến khích người sử dụng lao động đưa ra các giải pháp phòng ngừa quấy rối tình dục và yêu cầu người sử dụng lao động có trách nhiệm hành động hợp lý nhằm khắc phục, đền bù các tổn thất, thiệt hại cho nạn nhân. Theo Luật Việc làm Malaysia (sửa đổi bổ sung năm 2012), khi một người lao động khiếu nại về việc bị một người lao động khác quấy rối tình dục và đã được cơ quan có thẩm quyền chứng minh là đúng, thì người sử dụng lao động có quyền xử lý kỷ luật sa thải người lao động vi phạm mà không cần thông báo; hạ bậc lương; tạm đình chỉ công việc người vi phạm, nghỉ không có lương trong thời gian tối đa hai tuần<sup>28</sup>. Luật Việc làm Malaysia cũng quy định, người sử dụng lao động không tìm hiểu thủ tục giải quyết hoặc từ chối giải quyết khiếu nại về quấy rối tình dục bị phạt tiền đến 10.000 ringgit<sup>29</sup>.

Tùy thuộc mức độ nghiêm trọng của hành vi quấy rối tình dục, các quốc gia đưa ra các chế tài khác nhau (hình sự, hành chính, lao động, dân sự), nhưng đều trên nguyên tắc chung là đảm bảo chấm dứt hành vi và nạn nhân được đền bù thỏa đáng cho những thiệt hại thể chất và các tổn thương tinh thần. Ví dụ, Luật Bảo vệ lao

*at the workplace in Vietnam: An Overview of the Legal Framework*, Hanoi, 2013, p.52

<sup>25</sup> Australia, Human Rights and Equal Opportunity Commission Act, 1986, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2006C00094/0149d776-b489-4a35-b5a3-f974e4790bd3>, truy cập ngày 10/10/2016.

<sup>26</sup> Malaysia, *Employment (Amendment) Act 2012*, Article 81(b), [http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=89543&p\\_country=MYS&p\\_count=199](http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=89543&p_country=MYS&p_count=199), truy cập ngày 10/10/2016.

<sup>27</sup> Ministry of Labour – Invalids and Social Affairs of Vietnam – ILO, *Research report sexual harassment at the workplace in Vietnam: An Overview of the Legal Framework*, Hanoi, 2013, p.51.

<sup>28</sup> Malaysian, *Employment (Amendment) Act 2012*, Article 81(c,e), [http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=89543&p\\_country=MYS&p\\_count=199](http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=89543&p_country=MYS&p_count=199), truy cập ngày 5/9/2016.

<sup>29</sup> Malaysian, *Employment (Amendment) Act 2012*, Article 81(f), [http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=89543&p\\_country=MYS&p\\_count=199](http://ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=89543&p_country=MYS&p_count=199), truy cập ngày 5/9/2016.

động năm 1998 của Thái Lan quy định người quấy rối tình dục phụ nữ hoặc trẻ em bị phạt đến 20.000 baht<sup>30</sup>. Bộ luật Hình sự Pakistan (sửa đổi năm 2010) quy định quấy rối tình dục ở bất kỳ đâu đều bị coi là tội phạm và bị phạt tù đến 3 năm hoặc bị phạt tiền đến 500.000 Rupees, hoặc bị áp dụng cả hai loại hình phạt trên<sup>31</sup>.

## 2. Pháp luật về quấy rối tình dục tại nơi làm việc của Việt Nam hiện nay

Ở Việt Nam, quấy rối tình dục tại nơi làm việc được coi là một hình thức phân biệt đối xử trên cơ sở giới, làm ảnh hưởng xấu tới môi trường làm việc, sự bình đẳng giữa lao động nam và nữ, gây ra những tác động về tâm lý như lo lắng, căng thẳng cho nạn nhân, dẫn đến môi trường làm việc không an toàn, năng suất lao động giảm sút.

Theo Báo cáo nghiên cứu về quấy rối tình dục tại nơi làm việc năm 2012 do Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội thực hiện với sự giúp đỡ của ILO, phần lớn các nạn nhân bị quấy rối tình dục ở Việt Nam là nữ giới (78,2%) và độ tuổi trong khoảng từ 18 đến 30 tuổi. Nạn nhân cũng có thể là nam giới. Các hình thức thể hiện của hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc khá đa dạng, có thể là hành động (sự đụng chạm một cách cố ý, sàm sỡ, gửi ảnh liên quan đến tình dục...); cử chỉ (liếc mắt đưa tình, nhìn chằm chằm vào một bộ phận nào đó trên cơ thể người khác giới...); lời nói. Trên thực tế, nhiều trường hợp người bị quấy rối tình dục hoặc không nhận thức được hoặc

cam chịu vì nhiều lý do (sợ mất việc làm, ngưng ngưng, sợ đàm tiếu...) nên không khiếu nại, tố cáo. Đặc biệt, Báo cáo đã chỉ ra, 80% nạn nhân không hiểu rõ hành vi nào bị coi là quấy rối tình dục, nhiều người cho rằng hành vi gọi điện, nhắn tin, chụp hình khiêu dâm chưa bị coi là quấy rối tình dục<sup>32</sup>.

Để có cơ sở pháp lý xây dựng môi trường làm việc an toàn, lành mạnh, lần đầu tiên Bộ luật Lao động Việt Nam năm 2012 đã quy định về hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Có 4 Điều đề cập đến “quấy rối tình dục”, gồm khoản 2 Điều 8 nghiêm cấm “ngược đãi người lao động, quấy rối tình dục tại nơi làm việc”; điểm c khoản 1 Điều 37 quy định “người lao động bị ngược đãi hoặc bị quấy rối tình dục có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động”; khoản 4 Điều 182 quy định lao động giúp việc gia đình có nghĩa vụ “tố cáo với cơ quan có thẩm quyền nếu người sử dụng lao động có hành vi ngược đãi, quấy rối tình dục, cưỡng bức lao động hoặc có những hành vi khác vi phạm pháp luật”; và khoản 1 Điều 183 nghiêm cấm người sử dụng lao động “ngược đãi, quấy rối tình dục, cưỡng bức lao động, dùng vũ lực đối với lao động là người giúp việc gia đình”.

Ngoài ra, hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc được quy định cụ thể tại Thông tư số 19/2014/TT-BLĐTBXH ngày 15/8/2014 của Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định 27/2014/NĐ-CP ngày 07/04/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Bộ luật Lao động

<sup>30</sup> Thailand, The Labour Protection Act, 1998, Article 147, <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/49727/65119/E98THA01.htm>, truy cập ngày 5/9/2016.

<sup>31</sup> Pakistan, The Penal Code (amended 2010), Article 509, [http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p\\_lang=en&p\\_isn=86170&p\\_classification=01.04](http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=86170&p_classification=01.04), truy cập ngày 5/9/2016.

<sup>32</sup> Trang web điện tử Thư viện Quốc hội, Văn phòng Quốc hội, *Đưa quấy rối tình dục vào Luật: Văn mờ hồ*, [http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT\\_TINLAPPHAP/View\\_Detail.aspx?ItemID=935](http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/TT_TINLAPPHAP/View_Detail.aspx?ItemID=935), truy cập ngày 24/9/2016.

về lao động là người giúp việc gia đình. Theo đó, nghiêm cấm người sử dụng lao động và các thành viên trong hộ gia đình quấy rối tình dục đối với lao động giúp việc gia đình và ngược lại (khoản 13 Điều 6).

Việc quy định về quấy rối tình dục trong Bộ luật Lao động 2012 là một bước tiến quan trọng trong việc bảo vệ người lao động khỏi quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Tuy nhiên, theo đánh giá tổng kết 3 năm (2013-2016) thực hiện Bộ luật Lao động 2012 của Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, hành vi “quấy rối tình dục tại nơi làm việc” chưa được định nghĩa, giải thích cụ thể nên vẫn chưa thực sự được áp dụng trong cuộc sống<sup>33</sup>. Tính đến nay, chưa có quy định về các thủ tục xử lý đối với hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Trong khi đó, pháp luật lao động hiện hành cũng chưa quy định biện pháp chế tài xử lý vi phạm khi người sử dụng lao động có hành vi quấy rối tình dục đối với người lao động và ngược lại. Do vậy, cơ quan nhà nước có thẩm quyền không có căn cứ để áp dụng biện pháp xử lý, người bị quấy rối tình dục cũng không được khắc phục hậu quả do hành vi quấy rối tình dục.

Trước tình hình đó, tháng 5/2015, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam và Phòng Thương mại công nghiệp Việt Nam với sự giúp đỡ của ILO đã công bố Bộ Quy tắc ứng xử về quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Mục đích của Bộ quy tắc nhằm giúp người sử dụng lao động và người lao động xây dựng, lồng ghép vào nội quy, quy chế của đơn vị làm cơ sở cho việc phòng, chống quấy rối tình dục tại nơi làm việc, giúp phát

triển quan hệ lao động hài hòa, tạo môi trường làm việc lành mạnh, an toàn, năng suất và chất lượng cao. Theo đánh giá của ông Gyorgy Sziraczki, Giám đốc ILO Việt Nam, việc công bố Bộ quy tắc là “một bước tiến của Việt Nam trong công cuộc đấu tranh chống lại bạo lực trên cơ sở giới tại nơi làm việc”<sup>34</sup>.

Bộ Quy tắc ứng xử về quấy rối tình dục tại nơi làm việc đã đưa ra khái niệm và các hình thức của quấy rối tình dục. Theo đó, “quấy rối tình dục là hành vi có tính chất tình dục gây ảnh hưởng tới nhân phẩm của nữ giới và nam giới, đây là hành vi không được chấp nhận, không mong muốn và không hợp lý làm xúc phạm đối với người bị quấy rối, và tạo ra môi trường làm việc bất ổn, đáng sợ, thù địch và khó chịu”<sup>35</sup>. Bộ Quy tắc cũng đưa ra khái niệm nơi làm việc không chỉ bao gồm những địa điểm cụ thể thực hiện công việc như văn phòng hay nhà máy, mà còn là những địa điểm khác có liên quan tới công việc. Nơi làm việc ở đây có thể hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm cả những địa điểm hay những việc có liên quan đến công việc như: (1) Các hoạt động xã hội liên quan đến công việc (tiệc chiêu đãi, đón tiếp được doanh nghiệp tổ chức dành cho nhân viên hoặc khách hàng...); (2) Hội thảo, tập huấn; (3) Chuyển đi công tác chính thức; (4) Các bữa ăn liên quan đến công việc; (5) Hội thoại trên điện thoại liên quan đến công việc; (6) Các hoạt động giao tiếp liên quan đến công việc qua phương tiện

<sup>33</sup> Vụ Pháp chế, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Dự thảo Báo cáo Tổng kết đánh giá 03 năm thi hành Bộ luật Lao động, ngày 24/11/2016.

<sup>34</sup> Văn phòng ILO tại Việt Nam, *Quy tắc ứng xử cho Việt Nam hy vọng giải quyết quấy rối tình dục tại nơi làm việc*, Bản tin số 12, tháng 6/2015, tr.1.

<sup>35</sup> Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam - Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội - VCCI, *Bộ Quy tắc ứng xử về quấy rối tình dục tại nơi làm việc*, 2015, Hà Nội, tr.7.

điện tử<sup>36</sup>.

Ngoài ra, các hành vi quấy rối tình dục cũng được Bộ Quy tắc liệt kê khá đầy đủ, bao gồm những hình thức chủ yếu sau<sup>37</sup>:

a) *Quấy rối tình dục bằng hành vi mang tính thể chất* như tiếp xúc, cố tình động chạm không mong muốn, sờ mó, vuốt ve, câu véo, ôm ấp hay hôn, tấn công tình dục, cưỡng dâm, hiếp dâm.

b) *Quấy rối tình dục bằng lời nói* gồm các nhận xét không phù hợp về mặt xã hội, văn hóa và không được mong muốn; những ngụ ý về tình dục như truyện cười gợi ý về tình dục, những nhận xét về trang phục hay cơ thể của một người nào đó khi có mặt họ hoặc hướng tới họ. Hình thức này còn bao gồm cả những lời đề nghị, những yêu cầu không mong muốn hay lời mời đi chơi mang tính cá nhân một cách liên tục.

c) *Quấy rối tình dục bằng hành vi phi lời nói* gồm các hành động không được mong muốn như ngôn ngữ cơ thể khiêu khích, biểu hiện không đứng đắn, cái nhìn gợi tình, nháy mắt liên tục, các cử chỉ của các ngón tay... Hình thức này cũng bao gồm việc phô bày các tài liệu khiêu dâm; hình ảnh, vật, màn hình máy tính, các áp phích, thư điện tử, ghi chép, tin nhắn liên quan tới tình dục.

Bên cạnh đó, Bộ Quy tắc cũng đề cập đến vai trò, trách nhiệm của người lao động, người sử dụng lao động, công đoàn, tổ chức của người sử dụng lao động, thanh tra lao động trong việc đấu tranh phòng,

chống và xử lý hành vi quấy rối tình dục; bước đầu đề cập đến quy trình khiếu nại, tố cáo, bồi thường.

### 3. Một số kiến nghị

#### a) *Về nhận diện hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc*

Việc đưa ra một định nghĩa rõ ràng về quấy rối tình dục tại nơi làm việc có ý nghĩa quan trọng, là cơ sở xác định có hay không một hành vi bị xem là quấy rối tình dục, là căn cứ để người lao động thực hiện quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động, căn cứ để khiếu nại, tố cáo và xử phạt. Dựa trên đặc điểm hệ thống pháp luật Việt Nam hiện nay, việc quy định về hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc trong pháp luật lao động là phù hợp hơn cả.

Trên cơ sở nghiên cứu kinh nghiệm của một số nước trên thế giới, theo tôi, có thể chọn một trong hai cách đưa ra định nghĩa hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc sau:

**Cách thứ nhất:** “*Quấy rối tình dục tại nơi làm việc là hành vi có tính chất tình dục xúc phạm hoặc sỉ nhục đối với người khác tại nơi làm việc mà người đó không mong muốn, chấp nhận, gây ra sự bất ổn, đáng sợ, thù địch và khó chịu trong môi trường làm việc*”. Cách định nghĩa này nêu được các dấu hiệu của hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc và nhấn mạnh yếu tố hậu quả đối với môi trường làm việc.

**Cách thứ hai:** “*Trong Bộ luật này, quấy rối tình dục tại nơi làm việc có nghĩa là hành vi có tính chất tình dục xảy ra ở nơi làm việc mà người bị quấy rối không mong muốn*”.

a) *Xúc phạm hoặc sỉ nhục đối với người bị quấy rối; hoặc*

<sup>36</sup> Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam – Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội – VCCI, *Bộ Quy tắc ứng xử về quấy rối tình dục tại nơi làm việc*, 2015, Hà Nội, tr.6-7.

<sup>37</sup> Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam - Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội - VCCI, *Bộ Quy tắc ứng xử về quấy rối tình dục tại nơi làm việc*, 2015, Hà Nội, tr.8.

*b) Khiến người bị quấy rối, trên cơ sở hợp lý, cho rằng đó là một điều kiện để có việc làm hoặc cơ hội đào tạo hoặc lợi ích khác”.*

Cách định nghĩa thứ hai ngoài nêu được các dấu hiệu của hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc còn nhấn mạnh việc cấm quấy rối tình dục mang tính trao đổi. Theo đó, người sử dụng lao động, người giám sát, người quản lý hay đồng nghiệp gây ảnh hưởng đến các lợi ích của người lao động để đổi lấy sự thỏa thuận về tình dục là trường hợp quấy rối tình dục.

Hai cách trên là cách thức chủ yếu mà các quốc gia lựa chọn để định nghĩa hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Mỗi cách thức có ưu điểm riêng và đều phản ánh được các dấu hiệu cơ bản của quấy rối tình dục tại nơi làm việc.

Theo các định nghĩa trên, quấy rối tình dục tại nơi làm việc có hai dấu hiệu:

*(1) Phạm vi thực hiện hành vi là nơi làm việc*

Nơi làm việc là tất cả các nơi mà người lao động làm việc, trong giờ làm việc hoặc làm thêm giờ. Nơi làm việc có thể là một nơi có không gian đóng hoặc mở, tĩnh hoặc động, là nơi người lao động làm việc, ra/vào nơi làm việc. Nơi làm việc ở đây được hiểu theo nghĩa rộng.

*(2) Tính chất quấy rối tình dục*

Hành vi phải có tính chất tình dục và không được mong muốn. Dấu hiệu “không được mong muốn” được xác định nếu<sup>38</sup>: (i) Người bị quấy rối thể hiện rõ thái độ không mong muốn; hoặc (ii) Người bị quấy rối cảm thấy bị sỉ nhục, xúc phạm hoặc bị đe

dọa bởi hành vi đó; hoặc (iii) Người thực hiện hành vi quấy rối có đủ căn cứ để dự đoán được người bị quấy rối sẽ cảm thấy bị xúc phạm, làm nhục, xấu hổ hoặc đe dọa. Việc đánh giá một hành vi có khả năng xúc phạm, làm nhục hoặc đe dọa là một đánh giá mang tính khách quan, dựa trên bối cảnh bình thường người bị quấy rối sẽ có cảm nhận này.

Những hành vi thông thường, phù hợp về mặt văn hóa, xã hội không bị coi là hành vi quấy rối tình dục. Hành vi có tính chất tình dục được bên kia đáp lại hoặc tự nguyện tiếp nhận không bị xem là hành vi quấy rối tình dục.

***b) Về chủ thể thực hiện hành vi quấy rối và chủ thể bị quấy rối tình dục tại nơi làm việc***

Quấy rối tình dục có thể xảy ra với tất cả mọi người. Đàn ông và phụ nữ đều có thể là nạn nhân hay thủ phạm của hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Thủ phạm và nạn nhân có thể khác giới hoặc cùng giới. Hành động quấy rối tình dục này có thể diễn ra giữa chủ doanh nghiệp/người quản lý/người giám sát và người lao động (đây là quan hệ dọc, có yếu tố phụ thuộc) hoặc giữa những người lao động với nhau (quan hệ ngang), giữa chủ doanh nghiệp/người quản lý/người lao động với bên thứ ba (đối tác, khách hàng, các nhà cung cấp dịch vụ, người xin việc...).

***c) Về thủ tục khiếu nại, tố cáo hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm việc***

Xuất phát từ đặc điểm của vụ việc quấy rối tình dục tại nơi làm việc, các thủ tục khiếu nại, tố cáo cần đảm bảo nguyên tắc công lý và bình đẳng. Hai bên, nạn nhân và bên bị cáo buộc có hành vi quấy rối phải có sự cân bằng về thông tin. Các bên đều được

<sup>38</sup> Ministry of Manpower and Transmigration of Indonesia – ILO, *Guidelines on Sexual Harassment Prevention at the Workplace*, April 2011, p.6.

thông báo về việc khiếu nại, tố cáo và quá trình giải quyết những vấn đề này. Mỗi bên sẽ được lắng nghe và cung cấp thông tin phản hồi liên quan đến khiếu nại, tố cáo. Trong trường hợp nạn nhân có yêu cầu thì các thủ tục khiếu nại, tố cáo cần bảo mật.

Để đảm bảo nguyên tắc công lý và bình đẳng, thủ tục khiếu nại, tố cáo cần đơn giản, hiệu quả; theo đó, cần quy định rõ các bước khiếu nại, tố cáo, thời hạn giải quyết, thủ tục điều tra, thủ tục kháng cáo lên cơ quan có thẩm quyền cao hơn.

Theo quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay, trình tự thủ tục giải quyết vụ việc quấy rối tình dục được áp dụng theo thủ tục giải quyết các tranh chấp lao động cá nhân. Thủ tục này bắt đầu bằng thủ tục hòa giải, nếu không thành sẽ khởi kiện ra tòa án. Trong điều kiện hiệu quả hòa giải thấp, pháp luật không quy định thủ tục đặc biệt cho các vụ việc quấy rối tình dục, nạn nhân sẽ e ngại mà không khiếu nại hoặc khởi kiện. Vì vậy, pháp luật cần cân nhắc giải pháp xây dựng hệ thống cơ quan chuyên trách giải quyết quấy rối tình dục. Trong trường hợp chưa có cơ quan chuyên trách, cần xây dựng một thủ tục đặc biệt, linh hoạt trong giải quyết vụ việc quấy rối tình dục tại nơi làm việc đảm bảo công lý, bình đẳng và bảo mật.

***d) Về các biện pháp phòng ngừa, xử lý và khắc phục hậu quả***

Để phòng ngừa hiệu quả quấy rối tình dục tại nơi làm việc, cần xác định rõ trách nhiệm của người lao động, công đoàn và người sử dụng lao động.

*Trách nhiệm của người lao động:* phải tìm hiểu và trao đổi với những người lao động khác về chính sách của doanh nghiệp đối với hành vi quấy rối tình dục tại nơi làm

việc. Khi thấy bị quấy rối tình dục, người lao động cần chủ động lưu giữ các chứng cứ và có thể đề nghị công đoàn đại diện cho mình thực hiện các thủ tục khiếu nại, tố cáo và đề nghị bồi thường.

*Trách nhiệm của tổ chức công đoàn:* đảm bảo thương lượng tất cả các vấn đề liên quan tới quấy rối tình dục tại doanh nghiệp một cách công bằng và minh bạch; đưa các nội dung này vào trong chương trình tuyên truyền, phổ biến giáo dục tới mọi người lao động; cung cấp thông tin, tư vấn và đại diện cho người lao động bị quấy rối tình dục hoặc bị khiếu nại, tố cáo có hành vi quấy rối tình dục.

*Trách nhiệm của người sử dụng lao động:* cần thực hiện tối thiểu hai nghĩa vụ: (1) Xây dựng quy chế xử lý đối với quấy rối tình dục tại nơi làm việc và phổ biến đến tất cả người lao động; (2) Khắc phục hậu quả một cách hợp lý nếu quấy rối tình dục xảy ra. Ngoài ra, người sử dụng lao động cần chủ động phòng ngừa bằng cách đưa vào nội quy các biện pháp bảo vệ và khắc phục hậu quả đối với các nạn nhân bị quấy rối tình dục; tích cực giám sát và loại bỏ tất cả các hình thức quấy rối tình dục không mong muốn; đảm bảo tất cả người lao động và bên thứ ba (khách hàng, người xin việc, nhà cung cấp dịch vụ...) không bị quấy rối tình dục.

Ngoài ra, cần chú trọng các biện pháp như truyền thông, giáo dục, xây dựng các thỏa ước lao động tập thể bao gồm nội dung cụ thể về phòng ngừa và xử lý quấy rối tình dục tại nơi làm việc.

Tùy vào mức độ nghiêm trọng của hành vi quấy rối tình dục, chế tài được áp dụng có thể là chế tài hình sự (phạt tiền, cải tạo không giam giữ, phạt tù có thời hạn...), hành

chính (cảnh cáo, phạt tiền, trục xuất...), lao động (khiển trách, kéo dài thời hạn nâng bậc lương, chuyển làm công việc khác, cách chức, sa thải) hoặc bồi thường dân sự. Ngoài ra, việc lựa chọn áp dụng chế tài còn phụ thuộc vào mong muốn của nạn nhân, mức độ ăn năn, hối hận của người vi phạm.

Bên cạnh đó, các biện pháp khắc phục hậu quả khác cũng cần được áp dụng tùy

thuộc vào điều kiện, hoàn cảnh cụ thể. Ví dụ, nếu nạn nhân bị hạ chức hay bị từ chối thăng chức trái pháp luật thì cần xem xét phục hồi chức vụ hoặc xem xét bổ nhiệm, đồng thời bồi thường các tổn thất mà họ có quyền được hưởng; loại ra khỏi hồ sơ những nhận xét bất lợi nảy sinh từ sự quấy rối; cấp ngày nghỉ phép bổ sung nếu cần theo yêu cầu của cơ quan y tế...

---

***(Tiếp theo trang 6 - Quyền im lặng trong tố tụng hình sự)***

cảnh sát vị trí khẩu súng, và Tòa quyết định sử dụng lời khai và chứng cứ này để chống lại bị cáo, vì cảnh sát đã không thẩm vấn anh ta<sup>18</sup>. Rõ ràng, trong trường hợp nêu trên, bị cáo không bị ép buộc đưa ra câu trả lời có tính buộc tội, nhưng anh ta đã bị lời nói của cảnh sát tác động dẫn đến việc đưa ra lời khai chống lại chính mình. Và tòa án đã sử dụng chứng cứ này vì bị cáo không bị ép buộc đưa ra lời khai. Do đó, pháp luật cần cân nhắc quy định về việc này sao cho để vừa có thể đảm bảo được quyền im lặng, vừa đảm bảo được tính khách quan của thủ tục tố tụng hình sự.

Khoản 5 Điều 66 BLTTSHS năm 2015 quy định: “Người làm chứng khai báo gian dối hoặc từ chối khai báo, trốn tránh việc khai báo mà không vì lý do bất khả kháng hoặc không do trở ngại khách quan thì phải

chịu trách nhiệm hình sự theo quy định của Bộ luật Hình sự”. Như vậy, người làm chứng từ chối khai báo khi có lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan thì không phải chịu trách nhiệm hình sự. Từ đó suy ra, người làm chứng cũng có quyền im lặng, nhưng có điều kiện. Tuy nhiên, lý do bất khả kháng và trở ngại khách quan được hiểu như thế nào? Trường hợp đang thực hiện một tội phạm nhưng lại là nhân chứng cho một tội phạm khác có được xem là trường hợp bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan không? Nếu là không thì lúc này nhân chứng lại rơi vào trường hợp tự buộc tội chính mình. Do đó, cần ban hành văn bản hướng dẫn về trường hợp bất khả kháng và trở ngại khách quan đối với việc từ chối khai báo của nhân chứng để bảo vệ quyền im lặng của nhân chứng.

---

<sup>18</sup> Jay M. Feinman, *Luật 101: Mọi điều bạn cần biết về pháp luật Hoa Kỳ* (Nguyễn Hồng Tâm, Trần Quang Hồng, Nguyễn Thị Thanh dịch, Nguyễn Đăng Dung, Vũ Công Giao hiệu đính), Nxb. Hồng Đức, tr. 510.

# BIỂN ĐÔNG – HẬU PHÁN QUYẾT CỦA TOÀ TRỌNG TÀI NGÀY 12/7/2016

*Nguyễn Hồng Thao\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích hiệu lực phán quyết của Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII Công ước Luật Biển 1982 trong vụ Philippines kiện Trung Quốc và giá trị áp dụng của nó đối với quá trình giải quyết bất đồng trên Biển Đông.

**Abstract:** This article analyses the effect of Award Dated 12 July 2016 by the Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII to the 1982 UNCLOS in the Philippines v. China and its validity for settlement of Eastern Sea (South China Sea) disputes.

Phán quyết của Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII Công ước Luật biển 1982 (UNCLOS) trong vụ Philippines kiện Trung Quốc đã tạo ra một bước ngoặt trong giải quyết tranh chấp tại Biển Đông. Tuy nhiên, phản ứng của các nước và tình hình chính trị phức tạp đã đưa đến những kết quả không như mong đợi. Trung Quốc trung thành với chính sách 4 không (không tham gia, không công nhận thẩm quyền của Tòa, không chấp nhận và không thi hành phán quyết)<sup>1</sup>, tiếp tục phản đối phán quyết. Chính sách xoay trục từ đồng minh của Mỹ sang thân Trung Quốc của Tổng thống Philippines, Duterte làm cho việc yêu cầu thực thi phán quyết không còn quyết liệt và có thể bị ảnh hưởng bởi những thỏa thuận ngầm. Bầu cử và sự thay đổi Tổng thống tại Mỹ cũng tạo ra những chuyển động khó lường trong chính sách của Mỹ và các nước trong khu vực. ASEAN không thống nhất một tuyên bố chung về phán quyết. Hiệu lực của phán quyết và tương lai áp dụng vẫn là những câu hỏi bỏ ngỏ.

## 1. Hiệu lực của phán quyết

Điều 11 Phụ lục VII UNCLOS quy định: “Bản án có tính chất tối hậu và không được kháng cáo”. Điều 12 bổ sung: “Bất kỳ tranh cãi nào có thể xảy ra giữa các bên trong vụ tranh chấp liên quan đến việc giải thích hay cách thi hành bản án, đều có thể được bên này hoặc bên kia đưa ra để Tòa trọng tài đã tuyên án quyết định”. Philippines và Trung Quốc là thành viên của UNCLOS có nghĩa vụ thi hành Phụ lục VII đã ký và phê chuẩn.

Ngay sau khi có phán quyết, Trung Quốc đã ra tuyên bố bác bỏ phán quyết và kêu gọi giải quyết tranh chấp bằng đàm phán song phương<sup>2</sup>. Các lý do được nêu ra là Tòa không có thẩm quyền xét xử và vi phạm bảo lưu Điều 298 UNCLOS của Trung Quốc, việc thành lập Tòa Trọng tài do chỉ định của Chánh án người Nhật Bản là thiên vị, không khách quan, phán quyết của Tòa Trọng tài không phải là nguồn của Luật quốc tế.

\* PGS.TS., Thành viên Ủy ban Luật pháp quốc tế.

<sup>1</sup> Li Mingjiang, The South China Sea Arbitration: Turning point in Chinese foreign policy, RSIS N<sup>o</sup> 205, 12 August 2016, <http://www.rsis.edu.sg>.

<sup>2</sup> China Adheres to the Position of Settling Through Negotiation the Relevant Disputes Between China and the Philippines in the South China Sea, Global Times, <http://www.globaltimes.cn/content/993982.shtml>.

Về phía Philippines, thắng lợi pháp lý đặt ra những vấn đề mới cho Tổng thống đắc cử Duterte. Ông phải bảo đảm giành được quyền đánh cá cho người dân tại Scarborough và hiện đại hóa lực lượng hải quân và cảnh sát biển. Đây là những nhiệm vụ khó thực hiện khi chính quyền mới của Philippines chưa đủ tiềm lực và đang có chính sách tìm kiếm đầu tư nước ngoài, trong khi đồng minh - Mỹ chưa sốt sáng. Trước chuyến thăm chính thức Bắc Kinh tháng 9/2016, Tổng thống Duterte gọi phán quyết là một tờ giấy có bốn góc và quyết định đẩy việc thực thi về phía sau những vấn đề nóng giữa hai nước<sup>3</sup>.

Các diễn tiến tiếp theo cho thấy, dường như hai nước đã có một thỏa thuận ngầm về hợp tác biển. Trung Quốc giảm bớt lực lượng hải giám và ngư dân Philippines được phép tiếp cận nguồn cá tại Scarborough (bãi cạn Hoàng Nham). Ngày 21/11/2016, Tổng thống Duterte đơn phương tuyên bố thành lập khu bảo tồn biển Panatag Lagoon và cho biết, các nhà lãnh đạo Trung Quốc và Philippines đã thảo luận về hợp tác biển tại Peru, bên lề hội nghị APEC<sup>4</sup>. Bước đi này nhằm hạn chế ngư dân Philippines và Trung Quốc trong khu vực, và ngăn Bắc Kinh tiếp tục xây dựng các công trình như trên 7 bãi nứa nổi nửa chìm ở Trường Sa. Trung Quốc

triển khai các “dàn xếp riêng” cho ngư dân Philippines có thể đánh cá ở những vùng nước lân cận, nhưng vẫn khẳng định: “Chủ quyền và các quyền tài phán trên bãi cạn Hoàng Nham vẫn và sẽ không thay đổi”<sup>5</sup>.

Vụ Philippines kiện Trung Quốc là một vụ án đặc thù trong thực tiễn áp dụng và giải thích UNCLOS với sự vắng mặt của một bên. Điều 9 Phụ lục VII UNCLOS đã trừu tượng: “Khi một trong số các bên trong vụ tranh chấp không ra Tòa hoặc không trình bày các lý lẽ của mình, thì bên kia có thể yêu cầu Tòa tiếp tục trình tự tố tụng và phán quyết. Việc một bên vắng mặt hay việc một bên không trình bày các lý lẽ của mình không cản trở trình tự tố tụng. Trước khi ra phán quyết, Tòa trọng tài cần phải biết chắc chắn rằng không những Tòa có thẩm quyền xét xử vụ tranh chấp, mà còn chắc chắn rằng đơn kiện có cơ sở pháp lý”. Trong quá trình xem xét, Tòa trọng tài đã thận trọng đánh giá bằng hai phán quyết về thẩm quyền và nội dung trước khi đi đến kết luận Tòa có thẩm quyền xét xử và đơn kiện có cơ sở pháp lý. Các ngoại lệ mà Tài liệu lập trường của Trung Quốc đưa ra đã lần lượt được Tòa phân tích và bác bỏ một cách thuyết phục<sup>6</sup>. Lý do Tòa trọng tài 5 người không khách quan do được thành lập thông qua chỉ định của Chánh án Tòa Trọng tài Luật Biển quốc tế (ITLOS) - ông Yanai người Nhật Bản cũng khó thuyết phục, vì

<sup>3</sup> Liu Zhen, South China Morning Post, Duterte is looking to engage with China, but says he wants to put the South China Sea dispute in 'the back seat', Oct. 19, 2016; <http://www.businessinsider.com/rodri-go-duterte-philippines-south-china-sea-dispute-piece-of-paper-2016-10>, He said the tribunal's ruling was “a piece of paper with four corners”. “The arbitral award gives us the right. China has the historical right. And they're insisting. In this situation, do we argue, or do we just talk? I would say, let us put it [off] to some other day”.

<sup>4</sup> <http://asianjournal.com/news/duterte-to-establish-panatag-as-protected-marine-sanctuary/>, Nov. 21, 2016.

<sup>5</sup> Khẳng định của người phát ngôn Bộ Ngoại giao Trung Quốc ngày 25/11/2016.

<sup>6</sup> Xem Jerome A. Cohen, The Wisdom of The Hague's South China Sea Decision, <http://www.wsj.com/articles/the-wisdom-of-the-hagues-south-china-sea-decision-1468943819>, or <http://roilogolez.blogspot.com/2016/07/the-wisdom-of-hagues-south-china-sea.html>; Nguyễn Hồng Thao, Những khía cạnh pháp lý của phán quyết Tòa trọng tài vụ Philippines kiện Trung Quốc ở Biển Đông, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 7/2016, tr. 19-28.

Trung Quốc hoàn toàn có thể tham gia vào quá trình lựa chọn trọng tài nhưng đã quyết định vắng mặt. Các thẩm phán của ITLOS là những người được lựa chọn và đánh giá một cách nghiêm ngặt, bảo đảm có năng lực pháp lý và khách quan trong công việc. Là thành viên của ITLOS, Trung Quốc và Philippines đều tham dự vào quá trình tuyển chọn này. Phán quyết của các Tòa pháp lý không phải là nguồn chính của Luật quốc tế, nhưng là những nguồn bổ trợ được quy định trong Điều 38 Quy chế của Tòa án công lý quốc tế. Điều 287 UNCLOS đã quy định quyền tự do lựa chọn các thủ tục giải quyết tranh chấp, trong đó có Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII. Điều 296 UNCLOS quy định: “Các quyết định do tòa án có thẩm quyền theo mục này đưa ra có tính chất tối hậu, và tất cả các bên tranh chấp phải tuân theo”.

Do UNCLOS và Tòa trọng tài không có cơ chế giám sát bắt buộc thi hành nên việc tuân thủ các nghĩa vụ của điều ước quốc tế như UNCLOS phải trên tinh thần *pacta sunt servanda* và phụ thuộc vào thiện chí của các bên. Nghĩa vụ này được khẳng định trong Điều 26 Công ước Viên về Luật Điều ước quốc tế 1969.

Đã có những tiền lệ trong lịch sử về việc không thực thi phán quyết. Năm 1986, trong vụ các hoạt động quân sự và bán quân sự tại Nicaragua và chống lại Nicaragua, Tòa Công lý quốc tế (ICJ) đã kết luận Mỹ vi phạm nguyên tắc cấm sử dụng và đe dọa sử dụng vũ lực, nguyên tắc can thiệp vào công việc nội bộ của nước khác, và yêu cầu chấm dứt các hoạt động hỗ trợ cho các lực lượng chống Chính phủ đồng thời bồi thường thiệt hại cho Nicaragua<sup>7</sup>. Mỹ đã phản đối và

không chấp hành phán quyết. Năm 1990, khi chính quyền mới của Nicaragua không đòi hỏi bồi thường, hai nước đã bình thường hóa quan hệ, Mỹ đã cắt viện trợ cho lực lượng Contrat, tháo dỡ lệnh cấm vận kinh tế với Nicaragua. Trong vụ *Arctic Sunrise* năm 1990, Nga tuyên bố không thừa nhận phán quyết của Tòa Trọng tài Luật biển quốc tế dù vẫn thả tàu và thủy thủ đoàn<sup>8</sup>. Các phán quyết cuối cùng vẫn được thực thi trên cơ sở thiện chí, ngoại giao mềm dẻo, giữ thể diện nước lớn và tuân thủ Luật quốc tế.

## 2. Hiệu lực của phán quyết với các nước khác

Phán quyết không có hiệu lực bắt buộc với các nước khác. Tuy nhiên, phán quyết có thể tạo ra tiền lệ cho các tranh chấp tương tự. Bằng việc giải thích Công ước, phán quyết có thể làm rõ các quyền lợi chính đáng mà các quốc gia thứ ba được hưởng và các quốc gia đó có thể vận dụng phán quyết để bảo vệ chúng. Nói cách khác, phán quyết góp phần chỉ ra nghĩa vụ *erga omnes*: các quốc gia có nghĩa vụ tôn trọng những quyền lợi chung của cộng đồng quốc tế. Tất cả các quốc gia đều có nghĩa vụ bảo vệ các lợi ích pháp lý chung. Điều này đã được Tòa Công lý quốc tế khẳng định trong Vụ Barcelona Traction năm 1970<sup>9</sup> và được các phán quyết tiếp sau củng cố.

Câu hỏi được đặt ra, nếu các bên đương sự trong vụ kiện không thi hành phán quyết, điều đó có ảnh hưởng đến quyền lợi của các quốc gia khác?

Đóng góp lớn nhất của phán quyết là giảm thiểu các vùng biển tranh chấp, tạo điều kiện để các bên tranh chấp đàm phán

in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America).

<sup>8</sup> ITLOS – Case No.22.

<sup>9</sup> ICJ Rep 1970 3 at paragraph 33.

<sup>7</sup> ICJ-file70-27/6/1986, <http://www.icj-cij.org/docket/files/70/6503.pdf>, Military and Paramilitary Activities

giải quyết tranh chấp biển một cách độc lập hay gắn với tranh chấp chủ quyền. Phán quyết đã làm rõ một số khái niệm cơ bản mà UNCLOS chưa rõ hoặc thiếu tiêu chí đánh giá cụ thể.

*Trước hết*, phán quyết đã làm rõ nội hàm pháp lý của quyền lịch sử và danh nghĩa lịch sử, qua đó bác bỏ yêu sách vùng biển bằng đường 9 đoạn của Trung Quốc. Với các hành vi và tuyên bố của Trung Quốc, Tòa kết luận Trung Quốc yêu sách các tài nguyên dầu khí và cá trong phạm vi đường 9 đoạn trên cơ sở các quyền lịch sử tồn tại độc lập đối với Công ước<sup>10</sup>. Các quyền này hoàn toàn trái với Công ước và không có hiệu lực pháp lý vì chúng vượt quá giới hạn địa lý và thực chất của các danh nghĩa biển của Trung Quốc theo Công ước<sup>11</sup>. Với kết luận này, sẽ không có sự chồng lấn giữa các vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa từ lãnh thổ lục địa của các nước ven biển với phạm vi đường 9 đoạn và do đó không có tranh chấp.

*Thứ hai*, Tòa đã đưa ra những tiêu chí đánh giá khái niệm đá và quy chế pháp lý trong Điều 121.3. Đây là điều khoản gây tranh cãi nhất trong UNCLOS. Tòa cho rằng, điều kiện để đá thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng phụ thuộc vào khả năng khách quan của thực thể, vào các điều kiện tự nhiên của chúng, vào khả năng duy trì một cộng đồng người ổn định hoặc có hoạt động kinh tế không phụ thuộc vào các nguồn lực bên ngoài hoặc được khai thác một cách hoàn

toàn tự nhiên. Tòa đã đưa ra 10 tiêu chí để đánh giá: 1) Từ “đá” trong Điều 121.3 không giới hạn rằng các thực thể phải cấu tạo từ đá cứng. Thành phần địa chất và địa mạo của đá có thể rất khác nhau, với điều kiện chúng là các vùng đất nổi trên mặt nước khi thủy triều cao nhất. 2) Quy chế của thực thể được xác định trên cơ sở khả năng tự nhiên của chúng, không có bất kỳ tác động từ bên ngoài nhằm tăng khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng. 3) Khái niệm “thích hợp cho con người đến ở” được hiểu: Những cư dân ở đây là những cư dân tự nhiên, là một cộng đồng ổn định trên thực thể, coi thực thể là nhà, mà họ có thể ở lại. Cộng đồng như vậy không nhất thiết phải lớn, và đối với những vùng đảo san hô xa xôi thì một vài cá nhân hoặc nhóm gia đình cũng đủ. Sự trú ngụ định kỳ hoặc thường xuyên của nhóm người này cũng có thể tạo nên tính thích hợp cho con người đến ở. 4) Khái niệm “đời sống kinh tế riêng” gắn liền với yêu cầu thích hợp cho con người đến ở. Điều 121.3 không nói về giá trị kinh tế mà là về “đời sống kinh tế”. Đời sống kinh tế ở đây là cuộc sống và các điều kiện sống của người dân ở và làm nhà trên các thực thể hoặc nhóm thực thể. Đời sống kinh tế này phải gắn liền với thực thể. Vì vậy, đời sống kinh tế phải được định hướng xung quanh thực thể, và không chỉ tập trung vào các vùng nước hoặc đáy biển của lãnh hải bao bọc. Hoạt động kinh tế hoàn toàn phụ thuộc vào các nguồn lực bên ngoài hoặc sử dụng thực thể như đối tượng của các hoạt động khai thác mà không có sự tham dự của cộng đồng địa phương sẽ thiếu đi sự liên hệ cần thiết với bản thân thực thể. Hoạt động khai thác kinh tế thu hoạch các tài nguyên thiên nhiên của thực thể vì lợi ích của cư dân nơi

<sup>10</sup> Final Award, par. 212-214, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>.

<sup>11</sup> Final Award, par. 246, 1203 B.2, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>.

khác là khai thác tài nguyên nhằm thu lợi kinh tế nhưng không thể được coi là tạo ra một đời sống kinh tế riêng của đảo. 5) Mặc dù lời văn của Điều 121.3 mang tính phân biệt về khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng, nhưng từ góc độ thực tiễn Tòa cho rằng, một thực thể biển chỉ có thể có một đời sống kinh tế riêng nếu như nó đã có một cộng đồng cư dân ổn định. Chỉ có ngoại lệ là trường hợp cư dân duy trì đời sống của họ thông qua mạng lưới nhiều thực thể biển liên quan. Song cư dân trên cả mạng lưới các thực thể đó sẽ không thể không thừa nhận rằng, các thực thể này có đời sống kinh tế riêng của mình mà không phải tất cả chúng đều có người cư ngụ thường xuyên. 6) Khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng là tiêu chí khách quan. Chúng không liên quan đến vấn đề chủ quyền trên thực thể. 7) Khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng phải được đánh giá theo từng vụ việc cụ thể. Các yếu tố chính tạo ra khả năng tự nhiên của thực thể bao gồm sự hiện diện của nguồn nước, thực phẩm và nơi cư ngụ với số lượng đủ cho một nhóm người sống trên thực thể trong khoảng thời gian không xác định. Các yếu tố này có thể bao gồm việc đánh giá các điều kiện sinh hoạt và phát triển đời sống kinh tế trên thực thể, như khí hậu thịnh hành, mức độ lân cận của thực thể với các vùng có cư dân khác sinh sống, tiềm năng sinh nhai trên và xung quanh thực thể. Sự đóng góp và tầm quan trọng của các yếu tố này đối với khả năng thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng sẽ khác nhau ở thực thể này với thực thể khác. 8) Đối với trường hợp một nhóm các thực thể có thể mang tính tập thể có khả năng thích hợp cho con

người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng, Tòa cho rằng không nên đánh đồng vai trò nhóm các đảo với việc cung cấp từ bên ngoài. Việc sử dụng tại địa phương các tài nguyên lân cận như một phần sinh nhai của cộng đồng không đánh đồng với những lợi ích kinh tế đến từ xa nhằm khai thác các tài nguyên thiên nhiên. 9) Bằng chứng điều kiện vật chất lúc đầu chỉ đủ để phân loại thực thể thuộc tiêu chí này hay tiêu chí khác. Nếu thực thể hoàn toàn không có thực vật và thiếu nước uống cũng như các thực phẩm thiết yếu cho đời sống cơ bản sẽ thiếu khả năng thích hợp cho con người đến ở. Ngược lại, nơi các đặc trưng vật chất của một thực thể lớn sẽ thích hợp cho con người đến ở. Vì vậy, Tòa cho rằng bằng chứng về các điều kiện vật chất là không đủ đối với một thực thể. Sẽ rất khó nếu không muốn nói là không thể, xác định từ các đặc trưng vật chất của một thực thể đơn độc và khả năng thích hợp cho một cộng đồng bắt đầu sinh sống an cư. Sự xem xét cần phải khác biệt giữa thực thể này với thực thể khác. 10) Các bằng chứng xác thực nhất về khả năng của một thực thể thường là xem xét chúng trong lịch sử. Nếu hồ sơ lịch sử của một thực thể chứng tỏ không có một cộng đồng ổn định nào được phát triển trên đó thì kết luận là, các điều kiện tự nhiên quá khó đối với việc thành lập một cộng đồng như vậy, và thực thể không có khả năng thích hợp cho con người đến ở. Trong trường hợp không có những tác động như chiến tranh, ô nhiễm, suy thoái môi trường, thì hoàn toàn có thể kết luận một thực thể không có lịch sử duy trì một cộng đồng sẽ thiếu khả năng thích hợp cho con người đến ở. Bằng chứng về sự thích hợp cho con người đến ở có trước khái niệm vùng đặc quyền kinh tế trong Luật biển và sẽ có giá trị cao hơn

bằng chứng hiện tại, bởi hiện tại có thể bị lu mờ trước những toan tính rõ ràng về yêu sách vùng biển<sup>12</sup>.

Từ các tiêu chí này, Toà đã kết luận tất cả các thực thể nổi của Trường Sa đều không thích hợp cho con người đến ở hoặc có đời sống kinh tế riêng, và do vậy chúng chỉ có lãnh hải 12 hải lý.

Các tiêu chí của Tòa có thể tạo thành tiền lệ cho việc xem xét giải quyết các tranh chấp liên quan đến đá Rockall và Shag Rocks trong yêu sách của Anh, Okinotorishima của Nhật Bản, Clipperton ở Thái Bình Dương, Tromelin ở Ấn Độ Dương hay Jabal al-Tair giữa Eritrea và Yemen.

Toà cũng xem xét quy chế của các bãi nửa nổi nửa chìm. Các quốc gia hoàn toàn có quyền xây dựng các đảo nhân tạo với điều kiện tôn trọng quyền tài phán của quốc gia ven biển. Các bãi này không có quy chế của đá nên chúng không được hưởng lãnh hải 12 hải lý mà chỉ có vùng an toàn 500m xung quanh. Các bãi nằm trong khoảng 12 hải lý tính từ các đá xung quanh có thể được chọn làm các điểm cơ sở tính lãnh hải quanh các đá đó. Quy chế của chúng được quyết định theo từng trường hợp cụ thể.

Với kết luận này, Toà đã “giải phóng” một vùng biển lớn tranh chấp do các yêu sách vùng biển chồng lấn tính từ 33 đá và khoảng 700 bãi nửa nổi nửa chìm thuộc quần đảo Trường Sa. Căn cứ các sơ đồ, thì số lượng các vùng lãnh hải 12 hải lý chồng lấn giữa các đá rất ít. Điều đó có nghĩa, các vụ phân định biển cũng giảm đi đáng kể. Toà cũng khẳng định, quần đảo Trường Sa không được coi là một tổng thể gắn bó hữu cơ mà là các đá và thực thể nửa nổi nửa

chìm rải rác. Vì vậy, mọi toan tính yêu sách Trường Sa là một quần đảo như khu vực Kalaayan của Philippines là không phù hợp với UNCLOS. Hệ quả sẽ không có một vùng biển nào được yêu sách từ đường bao bọc Kalaayan.

Kết hợp các kết luận này trong Biển Đông cho thấy:

- Xuất hiện Vùng biển cả bên ngoài đường yêu sách đặc quyền kinh tế 200 hải lý từ lục địa và các đảo lớn của các nước xung quanh: Philippines, Trung Quốc, Việt Nam, Malaysia và Brunei.

- Xuất hiện Vùng đáy biển di sản chung của loài người bên ngoài ranh giới ngoài thềm lục địa của các nước xung quanh.

Tại các vùng biển này, tất cả các quốc gia, có biển hay không có biển, đều được hưởng quyền tự do biển cả (tự do bay, tự do hàng hải, tự do đặt dây cáp và ống dẫn ngầm, tự do đánh cá, tự do nghiên cứu khoa học biển, tự do thiết lập và xây dựng các đảo nhân tạo, các công trình thiết bị trên biển), và quyền được chia sẻ tài nguyên trên đáy biển dưới sự điều hành của Cơ quan Vùng.

Quyền tự do bay, tự do hàng hải, tự do đặt dây cáp và ống dẫn ngầm trong các vùng đặc quyền kinh tế được tôn trọng. Tàu thuyền được phép thực hiện quyền tự do đi lại trong vùng nước nằm ngoài 12 hải lý lãnh hải từ các đá đang tranh chấp chủ quyền và ngoài vùng an toàn 500m từ các bãi nửa nổi nửa chìm đang có lực lượng đồn trú.

Các quyền này là các quyền đã được thừa nhận chung, được ghi nhận trong UNCLOS và có tính tập quán. Chúng được coi là các quyền *erga omnes*. Các quốc gia có quyền lợi sẽ viện dẫn phán quyết của Toà khi có tranh chấp với các bên tham gia vụ kiện. ASEAN bị phân hoá thành các nhóm tranh chấp và nhóm không có quyền lợi

<sup>12</sup> Final Award, par. 540-550, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf>.

cũng đã thấy quyền lợi chung trong Vùng biển cả và Vùng đáy biển di sản. Các quốc gia có thương mại hàng hải lớn qua Biển Đông như Mỹ, Australia, Nhật Bản, Hàn Quốc càng không thể bỏ qua quyền lợi to lớn này. Việc không chấp nhận và không thi hành phán quyết của Tòa sẽ tác động tiêu cực tới quyền của các quốc gia trong và ngoài khu vực.

### **3. Tương lai của phán quyết**

Trung Quốc tuyên bố không chấp nhận, không thi hành phán quyết, nhưng điều đó không có nghĩa nước này vĩnh viễn không chấp nhận hay thi hành. Sau phán quyết, Trung Quốc tránh không làm căng thẳng tình hình trên biển, trừ việc tiếp tục duy trì các đảo nhân tạo. Trung Quốc thậm chí đã để ngư dân Philippines quay lại đánh bắt ở Scarborough và đồng ý giải quyết các tranh chấp trên cơ sở Luật quốc tế. Biển Đông là vấn đề địa chiến lược của Trung Quốc nên nước này sẽ không bao giờ từ bỏ ý định kiểm soát toàn bộ. Trung Quốc sẽ phải tìm cách dung hòa giữa vị thế đang lên và trật tự thế giới cũ. Sự thay đổi chính sách của Tổng thống đắc cử Mỹ Donald Trump đối với Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP) và châu Á mang lại những lợi thế mới cho Trung Quốc ở Biển Đông. Song nước này không thể một mình thách thức trật tự pháp lý quốc tế. Điều này nếu xảy ra sẽ làm tổn hại đến hình ảnh trở ngại hòa bình của Trung Quốc, làm các nước xung quanh e ngại. Trung Quốc thận trọng không làm gì mới thách thức các kết luận của Tòa, trừ việc 7 đảo nhân tạo đã hoàn thành xây dựng trước phán quyết. Việc không tuân thủ phán quyết về lâu dài có thể gây ra những tranh chấp mới với các nước khác khi sử dụng quyền tự do biển cả và Vùng di sản, không có lợi cho Trung Quốc. Trong khi

vẫn duy trì yêu sách chủ quyền trên các thực thể nằm trong phạm vi đường 9 đoạn và tiếp tục bồi đắp các bãi nửa nổi nửa chìm, Trung Quốc sẽ gây áp lực để các nước khác chấp nhận hình mẫu “gác tranh chấp cùng khai thác” giống như đang làm ở Scarborough với Philippines. Hình thức đàm phán song phương sẽ được đẩy mạnh vì nó mang lại những lợi ích cục bộ (như đàm phán Philippines-Trung Quốc sau phán quyết) và là ví dụ để Trung Quốc quảng bá lập trường giải quyết tranh chấp bằng đàm phán song phương. Trung Quốc cũng cam kết cùng ASEAN sớm thông qua Bộ quy tắc ứng xử ở Biển Đông (COC).

Philippines là nước được hưởng lợi từ phán quyết sẽ phải rút lại phản đối hồ sơ chung ranh giới ngoài thềm lục địa của Việt Nam và Malaysia, và có thể tham gia cùng. Nước này sẽ có thể đẩy mạnh các sáng kiến hợp tác biển (nghiên cứu khoa học biển, bảo vệ môi trường biển...) trong khi kêu gọi đầu tư từ Trung Quốc.

Tóm lại, tranh chấp chủ quyền vẫn chưa được giải quyết. Phán quyết đã góp phần làm giảm các tranh chấp biển, nhưng điều này chỉ thực sự có ý nghĩa khi các bên liên quan đến vụ kiện có thiện chí thực hiện, và các nước trong và ngoài khu vực tạo áp lực. Công lý sẽ cần thời gian dài để thay đổi nhận thức trong nội bộ các nước liên quan vụ kiện, và để các nước khác nhận thức được quyền lợi chính đáng và đáng giá của mình khi công nghệ phát triển cho phép khai thác sử dụng tối đa biển cả và đáy biển di sản. Phán quyết sẽ được thực hiện đầy đủ khi tương quan lực lượng và tình hình chính trị thay đổi. Biển Đông cần một giải pháp tổng thể về chính trị, kinh tế, ngoại giao, pháp lý, quân sự vì hòa bình, ổn định và thịnh vượng.

# CƠ SỞ PHÁP LÝ VÀ THỰC TIỄN GIẢI QUYẾT CÁC YÊU SÁCH BIỂN CHỒNG LẤN

*Nguyễn Lan Anh\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các căn cứ pháp lý dựa trên Công ước Luật Biển 1982 và một số án lệ giải quyết các yêu sách đối với các vùng biển chồng lấn; đồng thời, đánh giá thực trạng và triển vọng giải quyết yêu sách tranh chấp từ phía Trung Quốc đối với một số vùng biển tại Biển Đông.

**Abstract:** This article analyses legal grounds under the 1982 UNCLOS and cases regarding overlapping maritime claim settlement. It also evaluates the current situations and prospects of settlement of China's claims regarding some parts of Eastern Sea (South China Sea).

## 1. Khả năng phân định các vùng biển chồng lấn

### 1.1. Các vùng biển theo quy định của Luật biển quốc tế và pháp luật Việt Nam

Theo quy định của Công ước Liên hợp quốc về Luật Biển 1982 (UNCLOS), các quốc gia ven biển có chủ quyền với hai vùng biển là nội thủy và lãnh hải, có quyền chủ quyền và quyền tài phán với ba vùng biển là vùng tiếp giáp lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa. Nội thủy là vùng biển nằm trong đường cơ sở dùng để tính chiều rộng lãnh hải. Tuỳ theo đặc điểm địa lý mà một quốc gia ven biển có thể xác định đường cơ sở theo phương pháp đường cơ sở thông thường, đường cơ sở thẳng hoặc đường cơ sở quần đảo. Lãnh hải là vùng biển tiếp liền với nội thủy, có chiều rộng tối đa là 12 hải lý kể từ đường cơ sở. Vùng tiếp giáp lãnh hải là vùng biển tiếp liền với lãnh hải, cũng có chiều rộng tối đa là 12 hải lý, cách đường cơ sở tối đa là 24

hải lý. Vùng đặc quyền kinh tế là vùng biển được xác định có chiều rộng tối đa là 200 hải lý kể từ đường cơ sở. Thềm lục địa, vùng đáy biển và lòng đất dưới đáy biển có chiều rộng được xác định theo một trong bốn phương pháp: 200 hải lý kể từ đường cơ sở, chiều rộng của thềm lục địa tự nhiên, 350 hải lý kể từ đường cơ sở, hoặc 100 hải lý kể từ đường đẳng sâu 2500m. Việc lựa chọn cách xác định chiều rộng của thềm lục địa phụ thuộc vào chiều rộng của thềm lục địa tự nhiên<sup>1</sup>.

Bên cạnh khả năng được hưởng quy chế các vùng biển từ đất liền, Điều 121 của UNCLOS còn quy định về khả năng được hưởng các vùng biển của đảo. Theo đó, nếu một cấu trúc trên biển thoả mãn các điều kiện là đảo (là một vùng đất tự nhiên, có nước bao bọc, luôn nổi trên mặt nước khi thủy triều lên) thì có thể được hưởng quy chế các vùng biển tương tự như đất liền. Tuy nhiên, trường hợp nếu là đảo đá không

\* PGS.TS., Học viện Ngoại giao.

Bài viết trong khuôn khổ Nhiệm vụ cấp Bộ “Quy chế pháp lý đảo và các vùng biển thuộc các quần đảo của Việt Nam tại Biển Đông”.

<sup>1</sup> Theo quy định tại Điều 2, 33, 56 và 76 của UNCLOS về cách xác định các vùng biển. Phương pháp xác định đường cơ sở được quy định tại Điều 5, 7 và 47 của UNCLOS.

thích hợp cho con người cư trú hoặc không có đời sống kinh tế riêng thì không được hưởng vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa<sup>2</sup>. Các bãi cạn lúc nổi lúc chìm (không nổi trên mặt nước khi thủy triều lên cao) không có vùng biển riêng, chỉ có thể được sử dụng làm điểm cơ sở khi nằm trong vùng 12 hải lý từ đất liền hoặc đảo và có công trình luôn nổi được xây dựng trên đó<sup>3</sup>.

Phù hợp với quy định của Luật biển quốc tế, từ ngày 12/5/1977 Việt Nam đã tuyên bố thiết lập 5 vùng biển thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán quốc gia, bao gồm nội thủy, lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa<sup>4</sup>. Trong đó, Việt Nam đã đệ trình ranh giới thềm lục địa mở rộng, vượt quá phạm vi 200 hải lý lên Ủy ban Ranh giới ngoài của Liên hợp quốc vào năm 2009. Luật Biển Việt Nam 2012 tiếp tục thể hiện tinh thần này tại các điều 8, 9, 11, 13, 15 và 17. Việt Nam cũng đồng thời xác định vùng biển cho các đảo và quần đảo thuộc chủ quyền của mình theo quy định chung của UNCLOS<sup>5</sup>.

### **1.2. Cơ chế phân định vùng biển chồng lấn**

Khi hai quốc gia xác định các vùng biển phù hợp theo quy định của UNCLOS mà tạo thành vùng biển chồng lấn, thì cần phải phân định các vùng biển đó theo quy định của pháp luật quốc tế.

Điều 15 của UNCLOS quy định: “khi hai quốc gia có bờ biển kề nhau hoặc đối

diện nhau, không quốc gia nào được quyền mở rộng lãnh hải ra quá đường trung tuyến mà mọi điểm nằm trên đó cách đều các điểm gần nhất của các đường cơ sở dùng để tính chiều rộng lãnh hải của mỗi quốc gia, trừ khi có sự thỏa thuận ngược lại. Tuy nhiên, quy định này không áp dụng trong trường hợp do có những danh nghĩa lịch sử hoặc có các hoàn cảnh đặc biệt khác cần phải hoạch định ranh giới lãnh hải của hai quốc gia một cách khác”<sup>6</sup>.

Điều 74 và 83 của UNCLOS cũng quy định việc hoạch định ranh giới của vùng đặc quyền kinh tế giữa các quốc gia có bờ biển tiếp liền hay đối diện nhau được thực hiện bằng biện pháp thỏa thuận phù hợp với pháp luật quốc tế như ghi nhận tại Điều 38 của Quy chế Tòa án quốc tế để đi đến một giải pháp công bằng. Nếu không đi tới một thỏa thuận trong khoảng thời gian hợp lý thì các quốc gia hữu quan sẽ sử dụng các thủ tục về giải quyết tranh chấp được quy định tại phần XV UNCLOS. Trong khi chờ ký kết thỏa thuận về phân định biển, các quốc gia hữu quan, trên tinh thần hiểu biết và hợp tác sẽ cố gắng để đi đến các dàn xếp tạm thời có tính chất thực tiễn mà không phương hại hay cản trở việc ký kết các thỏa thuận chính thức trong giai đoạn này. Trong trường hợp, giữa các quốc gia hữu quan đã tồn tại một điều ước đang có hiệu lực thì các vấn đề liên quan đến việc hoạch định ranh giới vùng đặc quyền kinh tế sẽ được giải quyết theo điều ước đó<sup>7</sup>.

Như vậy, để phân định biển, các quốc gia có thể sử dụng biện pháp thỏa thuận hoặc các biện pháp giải quyết tranh chấp khác phù hợp với nguyên tắc hòa bình giải

<sup>2</sup> Điều 121, UNCLOS.

<sup>3</sup> Điều 13, UNCLOS.

<sup>4</sup> Điểm 1-4 Tuyên bố năm 1977 của Việt Nam về các vùng biển ngày 12/5/1977.

<sup>5</sup> Điểm 5 tuyên bố 1977 và Điều 19 Luật Biển Việt Nam về vùng biển của các đảo, quần đảo thuộc chủ quyền của Việt Nam.

<sup>6</sup> Điều 15 UNCLOS.

<sup>7</sup> Điều 74 và 83 UNCLOS.

quyết tranh chấp được quy định tại Điều 2 Hiến chương Liên hợp quốc<sup>8</sup>. Đồng thời, Điều 33 của Hiến chương cũng quy định: “các bên đương sự trong các cuộc tranh chấp, mà việc kéo dài các cuộc tranh chấp ấy có thể đe dọa đến hoà bình và an ninh quốc tế, trước hết, phải cố gắng tìm cách giải quyết tranh chấp bằng con đường đàm phán, điều tra, trung gian, hoà giải, trọng tài, toà án, sử dụng những tổ chức hoặc những điều ước khu vực, hoặc bằng các biện pháp hoà bình khác tùy theo sự lựa chọn của mình”<sup>9</sup>.

Là thành viên của Liên hợp quốc từ năm 1977, Việt Nam đã khẳng định: “Chính phủ nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam sẽ cùng các nước liên quan, thông qua thương lượng trên cơ sở tôn trọng độc lập, chủ quyền của nhau, phù hợp với luật pháp và tập quán quốc tế, giải quyết các vấn đề về các vùng biển và thềm lục địa của mỗi bên”<sup>10</sup>. Năm 1994, khi phê chuẩn UNCLOS, Quốc hội một lần nữa khẳng định Việt Nam “chủ trương giải quyết các tranh chấp về chủ quyền lãnh thổ cũng như các bất đồng khác liên quan đến Biển Đông thông qua thương lượng hoà bình trên tinh thần bình đẳng, hiểu biết và tôn trọng lẫn nhau, tôn trọng pháp luật quốc tế, đặc biệt là Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982, tôn trọng quyền chủ quyền và quyền tài phán của các nước ven biển đối với vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa; trong khi nỗ lực thúc đẩy đàm phán để tìm

giải pháp cơ bản và lâu dài, các bên liên quan cần duy trì ổn định trên cơ sở giữ nguyên trạng, không có hành động làm phức tạp thêm tình hình, không sử dụng vũ lực hoặc đe dọa sử dụng vũ lực”<sup>11</sup>. Tinh thần này tiếp tục được khẳng định nhất quán tại Luật Biển Việt Nam năm 2012, trong đó ghi nhận “Nhà nước giải quyết các tranh chấp liên quan đến biển, đảo với các nước khác bằng các biện pháp hòa bình, phù hợp với Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982, pháp luật và thực tiễn quốc tế”<sup>12</sup>.

### 1.3. Phương pháp phân định vùng biển chồng lấn

Quy định của UNCLOS về phương pháp phân định biển được xác định theo thoả thuận của các bên hoặc các phương pháp phù hợp với pháp luật quốc tế để đạt được giải pháp công bằng. Cho tới nay, từ vụ việc phân định biển giữa Rumania v. Ukraine (2009)<sup>13</sup>, phương pháp phân định biển được áp dụng tương đối nhất quán trong thực tiễn quốc tế, bao gồm 3 bước: (i) Xác định đường cách đều, (ii) Điều chỉnh đường cách đều để đạt được giải pháp công bằng theo các hoàn cảnh hữu quan và (iii) Kiểm tra lại kết quả công bằng theo tỷ lệ chiều dài bờ biển.

Đường phân định tạm thời thường được sử dụng là đường cách đều. Theo định nghĩa từ vụ phân định biển giữa *Qatar v. Bahrain*,

<sup>8</sup> Điều 2 của Hiến chương Liên hợp quốc yêu cầu: “Tất cả các thành viên của Liên hợp quốc giải quyết các tranh chấp quốc tế của họ bằng biện pháp hoà bình, sao cho không tổn hại đến hoà bình, an ninh quốc tế và công lý”.

<sup>9</sup> Điều 33, Hiến chương Liên hợp quốc.

<sup>10</sup> Điểm 7 của Tuyên bố 1977 của Việt Nam.

<sup>11</sup> Điểm 4, Nghị quyết của Quốc hội ngày 23/6/1994 về việc phê chuẩn Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982.

<sup>12</sup> Điều 4, khoản 3, Luật Biển Việt Nam số 18/2012/QH13.

<sup>13</sup> *Phân định biển giữa Rumania v. Ukraine*, Phán quyết của Tòa Công lý quốc tế (ICJ), 2009.

(2001)<sup>14</sup>, đường cách đều là đường nối tất cả các điểm có khoảng cách bằng nhau từ các điểm gần nhất của đường cơ sở để tính chiều rộng lãnh hải của các quốc gia tương ứng. Xác định đường cách đều thường được sử dụng là biện pháp đầu tiên trong quá trình phân định biển giữa quốc gia có bờ biển tiếp liền và đối diện. Tuy nhiên, trong các vụ việc phân định biển được đệ trình, Tòa án và Trọng tài thường bỏ qua đường cơ sở do các bên yêu sách mà tự xác định các điểm cơ sở để từ đó xác định đường cách đều. Cá biệt trong một số vụ việc, thay vì sử dụng đường cách đều, các bên có thể sử dụng đường phân góc là đường phân định tạm thời<sup>15</sup>.

Hoàn cảnh hữu quan (hay hoàn cảnh đặc biệt khi áp dụng để phân định lãnh hải) là những yếu tố được công nhận có giá trị để điều chỉnh đường phân định tạm thời nhằm phân định biển một cách công bằng. Thực tiễn cho thấy, các quốc gia có thể đưa ra rất nhiều lập luận về các hoàn cảnh hữu quan bao gồm: đặc điểm cấu tạo của bờ biển, sự hiện diện của các cấu trúc trên biển, sự tồn tại của tài nguyên thiên nhiên, hành vi đơn phương của các bên tại các vùng biển cần phân định, thỏa thuận giữa hai bên trong khu vực biển cần phân định, các lợi ích về an ninh, hàng hải... Tuy nhiên, kết luận của tòa án qua các vụ việc gần đây (từ vụ *Qatar v. Bahrain*, 2001) cho thấy sự ưu tiên xem xét các hoàn cảnh khách quan là

<sup>14</sup> *Vụ liên quan đến phân định biển và tranh chấp lãnh thổ giữa Qatar và Bahrain*, Phán quyết của ICJ (2001).

<sup>15</sup> Ví dụ như trong vụ phân định biển giữa Nicaragua và Honduras (2007), do địa hình bất thường của mũi Gracias a Dios, Tòa không thể xác định được đường cách đều cố định. Vì vậy, đường phân góc đã được sử dụng là đường phân định tạm thời tại bước đầu tiên của quá trình phân định.

kết quả của *đặc điểm tự nhiên hoặc địa lý của các bờ biển có liên quan*, trong khi các hoàn cảnh về an ninh và kinh tế sẽ được xem xét rất thận trọng, thậm chí không được công nhận.

Kiểm tra lại kết quả công bằng theo tỷ lệ chiều dài bờ biển là việc so sánh tỉ lệ chiều dài bờ biển có liên quan của hai quốc gia với tỷ lệ diện tích vùng biển của hai bên sau khi phân định. Nếu hai tỷ lệ này tương ứng với nhau một cách tương đối thì phân định biển đã đạt được kết quả công bằng. Chỉ từ sau vụ việc phân định giữa *Rumania v. Ukraine* (2009), kiểm tra kết quả công bằng theo tỉ lệ chiều dài bờ biển mới trở thành một bước độc lập – bước thứ ba trong quá trình phân định biển.

## 2. Thực tiễn phân định biển giữa Việt Nam và Trung Quốc

### 2.1. Yêu sách biển chồng lấn của hai bên

Việt Nam và Trung Quốc là hai quốc gia có vùng biển vừa tiếp liền, vừa đối diện. Vịnh Bắc Bộ là khu vực biển mà hai nước phải cùng tiến hành phân định. Vịnh Bắc Bộ rộng khoảng 126.250 km<sup>2</sup>, được bao bọc bởi bờ biển đất liền Việt Nam, bờ biển đất liền và bờ biển đảo Hải Nam của Trung Quốc. Bờ biển của Việt Nam trong Vịnh dài khoảng 763km, bờ biển Trung Quốc trong Vịnh dài khoảng 695km. Vịnh có chiều rộng lớn nhất vào khoảng 176 hải lý và hẹp nhất 119 hải lý. Trong Vịnh có nhiều đảo lớn nhỏ nằm ven bờ, trong đó đảo Bạch Long Vỹ của Việt Nam có diện tích khoảng 2,5km<sup>2</sup> nằm gần trung tâm của Vịnh, cách bờ biển Việt Nam 110km và cách đảo Hải Nam của Trung Quốc 130km.

Tại Tuyên bố năm 1982, Việt Nam khẳng định: “Vịnh Bắc Bộ là vịnh nằm giữa

nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa. Đường biên giới giữa Việt Nam và Trung Quốc do Pháp và nhà Thanh ký ngày 26/6/1887. Phần Vịnh thuộc phía Việt Nam là vùng nước lịch sử theo chế độ nội thủy của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Đường cơ sở từ đảo Cồn Cỏ đến cửa Vịnh sẽ được công bố sau khi vấn đề đường cửa Vịnh được giải quyết<sup>16</sup>. Việt Nam muốn sử dụng đường phân chia các đảo được quy định trong Hiệp định Pháp-Thanh 1887 là đường phân định Vịnh Bắc Bộ. Trong khi đó, Trung Quốc coi quy định của Hiệp định Pháp-Thanh 1887 chỉ là đường phân chia chủ quyền đối với các đảo ven bờ. Đồng thời, Trung Quốc cũng không chấp nhận coi Vịnh Bắc Bộ là vịnh lịch sử.

Ngoài yêu sách chồng lấn trong Vịnh Bắc Bộ, Trung Quốc cũng đưa ra yêu sách chủ quyền đối với hai quần đảo Hoàng Sa và Trường Sa của Việt Nam. Không những thế, Trung Quốc còn khẳng định Trường Sa có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa và nhiều lần có những hành động coi các vùng biển thuộc vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam là các vùng biển có tranh chấp. Ngoài ra, Trung Quốc còn đưa ra yêu sách đường lưỡi bò, bao trùm phần lớn diện tích Biển Đông. Ngược lại, Việt Nam luôn khẳng định chủ quyền với Hoàng Sa, Trường Sa và phủ nhận sự tồn tại tranh chấp tại vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của Việt Nam.

Như vậy, ngoài khu vực Vịnh Bắc Bộ là nơi chắc chắn Việt Nam và Trung Quốc cần phân định vùng biển chồng lấn, hai quốc gia còn cần giải quyết các vấn đề trên biển khác

liên quan đến Hoàng Sa, Trường Sa và đường lưỡi bò.

## 2.2. Quá trình đàm phán phân định Vịnh Bắc Bộ

Quá trình đàm phán phân định Vịnh Bắc Bộ được bắt đầu từ tháng 12/1973 khi Việt Nam đề xuất đàm phán phân định chính thức giữa hai nước và kết thúc vào tháng 12/2000 với việc ký kết Hiệp định phân định biển giữa hai nước. Quá trình phân định biển được chia làm 3 giai đoạn: giai đoạn từ 1973-1974, giai đoạn từ 1977 đến 1978 và giai đoạn từ 1992-2000.

Ở giai đoạn thứ nhất và giai đoạn thứ hai, ba cuộc đàm phán đã được tổ chức vào các năm 1973, 1974 và 1977. Tuy nhiên, trong giai đoạn này quá trình đàm phán chưa thu được kết quả do lập trường của hai bên quá khác biệt. Việt Nam duy trì đề xuất sử dụng đường phân chia đảo của Hiệp định Pháp-Thanh 1887 và coi Vịnh Bắc Bộ là vịnh lịch sử, còn Trung Quốc không chấp thuận. Sau đó, quan hệ giữa hai nước trải qua giai đoạn căng thẳng và quá trình đàm phán bị gián đoạn.

Giai đoạn đàm phán thứ ba diễn ra sau quá trình bình thường hoá quan hệ giữa hai nước. Năm 1991, tại Bắc Kinh, hai nước đạt được Hiệp định tạm thời về việc giải quyết các công việc trên vùng biên giới đất liền Việt-Trung, trong đó khẳng định cam kết hai nước về việc giải quyết các vấn đề biên giới lãnh thổ bằng đàm phán hoà bình. Ngày 19/10/1993, hai nước ký Thỏa thuận về những nguyên tắc cơ bản giải quyết vấn đề biên giới lãnh thổ. Cụ thể, hai bên đồng ý áp dụng Luật biển quốc tế và tập quán quốc tế để đàm phán phân định Vịnh Bắc Bộ, đồng thời tuân theo nguyên tắc công bằng và hoàn cảnh hữu quan trong Vịnh Bắc Bộ để

<sup>16</sup> Đoạn 3, Tuyên bố năm 1982 của Việt Nam.

tiến tới một giải pháp công bằng. Hai bên lập nhóm công tác liên hợp phân định để xác định đường biên giới, dự thảo và trình đại diện có thẩm quyền của hai nước ký Hiệp định phân định Vịnh Bắc Bộ. Thực hiện cam kết giữa hai nước trong thoả thuận năm 1993, từ năm 1992 đến năm 2000, Việt Nam và Trung Quốc đã tiến hành tổng cộng 49 vòng đàm phán. Trong đó, có 7 vòng đàm phán cấp Chính phủ, 3 cuộc gặp giữa hai Trưởng đoàn đàm phán cấp Chính phủ, 18 vòng đàm phán cấp chuyên viên và nhiều vòng họp khác của Tổ chuyên viên liên hợp, Tổ chuyên gia đo vẽ, xây dựng Tổng đồ Vịnh Bắc Bộ<sup>17</sup>.

Tháng 12/2000, hai bên đã chính thức ký kết Hiệp định phân định Vịnh Bắc Bộ. Theo đó, hai bên thống nhất một đường phân định với 21 điểm kéo dài từ cửa sông Bắc Luân ra đến cửa Vịnh, trong đó từ điểm 1 đến điểm 9 là biên giới phân định nội thủy và lãnh hải; từ điểm 9 đến điểm 21 là ranh giới chung cho vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa.

Đường phân định đi cách đảo Bạch Long Vĩ 15 hải lý, tức đảo được hưởng lãnh hải rộng 12 hải lý, vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa 3 hải lý (tương đương 25% hiệu lực). Đảo Bạch Long Vĩ tạo ra một hoàn cảnh đặc biệt nên theo luật pháp và thực tiễn quốc tế chỉ được hưởng phần hiệu lực hạn chế 25% trong phân định. Đảo Cồn Cỏ cũng là một đảo nhỏ nhưng nằm gần bờ của Việt Nam hơn (cách bờ khoảng 13 hải lý) nên được hưởng hiệu lực lớn hơn trong việc phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa tại đường đóng cửa Vịnh.

<sup>17</sup> Zou Keyan, Sino-Vietnamese Agreement in the Gulf of Tonkin, 24 *Ocean Development and International Law*, 13-24, tr. 13.

Đường phân định biển chia Vịnh Bắc Bộ cho Việt Nam với tỷ lệ 53,23% và cho Trung Quốc 46,77%. Tỷ lệ chiều dài bờ biển và tỷ lệ vùng biển sau phân định giữa Việt Nam và Trung Quốc tương ứng là 1,1:1 và 1,135:1. Đây được coi là một kết quả công bằng, đạt được trên cơ sở luật pháp và điều kiện cụ thể của Vịnh, do Việt Nam có bờ biển dài hơn bờ biển của Trung Quốc và Việt Nam có nhiều đảo trong Vịnh, đặc biệt có đảo Bạch Long Vĩ nằm gần chính giữa Vịnh<sup>18</sup>.

### **2.3. Thoả thuận hợp tác trên cơ sở phân định Vịnh Bắc Bộ**

Trong Hiệp định phân định, hai bên cam kết tôn trọng chủ quyền đối với lãnh hải, quyền chủ quyền và quyền tài phán đối với vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa của mỗi bên trong Vịnh Bắc Bộ. Theo đó, mỗi bên có quyền chủ quyền tiến hành việc thăm dò, khai thác một cách độc lập các tài nguyên khoáng sản trong phạm vi thềm lục địa của mình. Tuy nhiên, đối với những cấu trúc mỏ dầu, khí tự nhiên đơn nhất hoặc mỏ khoáng sản khác nằm vắt ngang đường phân định, hai bên cần thông qua hiệp thương hữu nghị để đạt được thoả thuận về việc khai thác cũng như phân chia công bằng lợi ích thu được từ hoạt động khai thác<sup>19</sup>. Ngoài ra, Hiệp định cũng quy định về việc sử dụng hợp lý và phát triển bền vững tài nguyên sinh vật trong Vịnh Bắc Bộ cũng như các hoạt động hợp tác có liên quan đến bảo tồn,

<sup>18</sup> Nguyễn Hồng Thao, Maritime delimitation and Fisheries Cooperation in Tokin Gulf, 36 *Ocean Development and International Law* (2005), 25-44, tr. 29.

<sup>19</sup> Điều 7 Hiệp định phân định Vịnh Bắc bộ giữa Việt Nam và Trung Quốc năm 2000.

quản lý và sử dụng tài nguyên sinh vật ở vùng đặc quyền kinh tế hai nước.

Đồng thời, do Vịnh Bắc Bộ có nhiều ngư trường lớn, cung cấp nguồn hải sản quan trọng cho hai nước, đường phân định từ điểm 9 đến 21 là đường phân định vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa, nên vấn đề hợp tác nghề cá là nội dung đã được thảo luận trong quá trình phân định Vịnh Bắc Bộ.

Từ trước đến nay, ngư dân Việt Nam và Trung Quốc đều cùng đánh bắt hải sản ở vùng biển nằm ngoài lãnh hải hai nước. Trong những năm 50 và 60 của thế kỷ trước, Việt Nam và Trung Quốc đã ký kết các thỏa thuận về hợp tác nghề cá trong Vịnh Bắc Bộ. Theo các thỏa thuận này, tàu thuyền đánh cá của hai bên không được đánh cá trong vùng biển rộng 3 hải lý (Hiệp định đánh cá thuyền buồm năm 1957), 6 hải lý (Nghị định thư năm 1961 bổ sung Hiệp định đánh cá thuyền buồm năm 1957) và cuối cùng là 12 hải lý (Hiệp định hợp tác đánh cá ở Vịnh Bắc Bộ năm 1963) nằm dọc theo bờ biển và hải đảo của mỗi nước. Tại vùng biển còn lại ngoài các phạm vi nêu trên, hai bên được tự do đánh cá. Các thỏa thuận này phù hợp với các quy định của Luật biển quốc tế thời kỳ đó (cụ thể là Công ước Luật Biển năm 1958). Sau đó, các thỏa thuận này hết hiệu lực vào những năm 70, khi Liên hợp quốc bắt đầu thảo luận về việc xây dựng Công ước Luật Biển mới, trong đó có việc hình thành vùng đặc quyền kinh tế.

Dựa trên các quy định của Công ước 1982 về hợp tác giữa các quốc gia liên quan trong vùng đặc quyền kinh tế và các vùng biển kín và nửa kín, quá trình sử dụng, khai thác Vịnh Bắc Bộ, điều kiện tự nhiên của nguồn lợi hải sản, để giải quyết thỏa đáng

quyền lợi của ngư dân hai nước, Việt Nam và Trung Quốc đã tiến hành đàm phán để ký kết Hiệp định về hợp tác nghề cá song song với đàm phán ký Hiệp định phân định Vịnh Bắc Bộ.

Ngày 25/12/2000, Hiệp định về hợp tác nghề cá ở Vịnh Bắc Bộ đã được ký kết cùng với Hiệp định phân định Vịnh Bắc Bộ. Tuy nhiên, khác với Hiệp định phân định, Hiệp định hợp tác nghề cá có thời hạn hiệu lực cụ thể. Hiệp định quy định vùng đánh cá chung là khu vực dưới vĩ tuyến 200° Bắc, có vùng lõm của đảo Bạch Long Vĩ, có bề rộng chung là 30,5 hải lý tính từ đường phân định về mỗi phía ra đến đường đóng cửa Vịnh ở phía Nam, có diện tích 33.500 km<sup>2</sup>; được giới hạn bằng 16 điểm tọa độ địa lý. Thời hạn của vùng đánh cá chung là 12 năm kể từ khi Hiệp định có hiệu lực và có thể gia hạn tự động 3 năm. Trong vùng đánh cá chung thuộc vùng đặc quyền kinh tế của bên nào thì bên đó có quyền kiểm tra, kiểm soát các tàu thuyền đánh cá, xử lý các vi phạm theo luật pháp của nước mình và tuân thủ theo thỏa thuận chung của hai nước trong khuôn khổ Ủy ban liên hợp.

Hiệp định cũng quy định cụ thể về phạm vi, số lượng tàu (1.543), tỷ lệ tàu lưới kéo (không quá 40%), công suất máy tàu (60 CV đến 400CV), công suất máy tàu bình quân (137CV), tổng công suất máy tàu đánh bắt cá của mỗi bên (211.391CV) ở vùng đánh cá chung trong 2 năm đầu tiên. Sau 2 năm, Ủy ban liên hợp nghề cá của hai nước sẽ bàn bạc thống nhất số lượng tàu đánh bắt cá cho các năm tiếp theo. Mỗi bên đều có quyền hợp tác, liên doanh với nước thứ ba trong vùng đánh cá chung thuộc vùng đặc quyền kinh tế của nước mình về phạm vi, thời hạn, số lượng tàu đánh bắt cá

của mỗi bên và các quy định đối với vùng Dàn xếp quá độ và vùng Đệm cho các tàu cá loại nhỏ<sup>20</sup>.

#### **2.4. Triển vọng phân định các vấn đề trên biển khác sau khi có phán quyết trọng tài trong vụ kiện Biển Đông giữa Philippines và Trung Quốc**

Cho tới nay, Việt Nam vẫn tiếp tục duy trì ba kênh đàm phán các vấn đề trên biển với Trung Quốc. Kênh thứ nhất là đàm phán về phân định khu vực cửa Vịnh Bắc Bộ. 8 cuộc đàm phán đã diễn ra nhưng triển vọng đàm phán vẫn còn khó khăn do lập trường của hai bên còn nhiều vấn đề khác biệt, đặc biệt là các vấn đề liên quan đến chủ quyền của Hoàng Sa, giá trị pháp lý của đường lưỡi bò và hợp tác khai thác chung. Kênh thứ hai là đàm phán hợp tác về các vấn đề phi nhạy cảm. Qua 8 vòng đàm phán, hai bên đã nhất trí được hợp tác trên hai dự án: hợp tác trao đổi nghiên cứu biển và bảo vệ môi trường đảo, và hợp tác nghiên cứu so sánh trầm tích thời kỳ Holocene khu vực châu thổ sông Hồng và châu thổ sông Trường Giang. Hai bên cũng đã thảo luận về hợp tác trong lĩnh vực tìm kiếm cứu nạn. Kênh thứ ba là đàm phán hợp tác khai thác chung tại Biển Đông. Hai bên đã tiến hành 4 phiên đàm phán nhưng khó có tiến triển do bất đồng về khu vực hợp tác.

Ngày 12/7/2016, Tòa trọng tài thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS đã ra phán quyết về một số khía cạnh tranh chấp tại Biển Đông giữa Philippines và Trung Quốc. Trước hết, Tòa kết luận rằng Trung Quốc

không có căn cứ pháp lý để yêu sách các quyền lịch sử đối với tài nguyên tại vùng nước nằm trong đường chín đoạn, Trung Quốc chỉ có các quyền theo quy định của UNCLOS<sup>21</sup>. Thứ hai, Tòa cũng kết luận rằng tất cả các cấu trúc nổi tại Trường Sa (như Ba Bình, Thị Tứ, Bến Lạc, Trường Sa, Song Tử Đông, Song Tử Tây) về mặt pháp lý đều là “đảo đá” và không tạo ra vùng đặc quyền kinh tế hoặc thềm lục địa<sup>22</sup>. Kết luận này đề ngỏ khả năng áp dụng tương tự đối với các cấu trúc nổi ở Hoàng Sa. Với hai kết luận của Tòa trọng tài, các vùng biển chồng lấn giữa Việt Nam và Trung Quốc tại khu vực cửa Vịnh Bắc Bộ sẽ được xác định rõ ràng, và hai quốc gia có thể áp dụng các phương pháp phân định biển phù hợp với luật pháp và thực tiễn quốc tế để phân định khu vực chồng lấn tương tự như quá trình phân định Vịnh Bắc Bộ.

Ngoài ra, do đường lưỡi bò không có giá trị pháp lý, các cấu trúc nổi ở Hoàng Sa và Trường Sa không có khả năng tạo ra vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa, Trung Quốc sẽ không có cơ sở pháp lý để yêu cầu hợp tác khai thác chung tại vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa tạo ra từ bờ của Việt Nam. Từ đó, có thể giúp tháo gỡ các vướng mắc và bất đồng trong việc xác định khu vực hợp tác, khai thác chung nhưng cũng đề ngỏ khả năng hợp tác về nghề cá, dầu khí tại vùng biển và đáy biển quốc tế ở Biển Đông.

<sup>20</sup> Trả lời phỏng vấn báo chí của nguyên Bộ trưởng Bộ Ngoại giao Nguyễn Dy Niên, <http://nld.com.vn/thoi-su-trong-nuoc/bo-truong-ngoai-giao-nguyen-dy-nien-noi-ve-hiep-dinh-phan-dinh-vinh-bac-bo-viet-nam-trung-quoc-94783.htm>.

<sup>21</sup> Đoạn 278, Phán quyết về nội dung của vụ kiện Philippines - Trung Quốc, <http://www.pcacases.com/pcadocs/PH-CN%20-%2020160712%20-%20Award.pdf> (sau đây gọi tắt là Phán quyết về nội dung).

<sup>22</sup> Kết luận của Tòa trọng tài tại đoạn 646, Phán quyết về nội dung.

# PHÁP LUẬT VỀ KIỂM SOÁT TÀI SẢN, THU NHẬP CỦA NGƯỜI CÓ CHỨC VỤ, QUYỀN HẠN TRÊN THẾ GIỚI VÀ Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Vũ Công Giao\*  
Đỗ Thu Huyền\*\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các quy định của pháp luật quốc tế, pháp luật một số quốc gia trong việc kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn; đồng thời cho thấy thực trạng pháp luật về vấn đề này ở Việt Nam hiện nay, trên cơ sở đó đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện.

**Abstract:** The article analyses international law and law of some countries including Vietnam with respect to the control of assets and income of public officials. On that basis, it makes relevant recommendations for Vietnam.

Kiểm soát tài sản, thu nhập (TSTN) của người có chức vụ, quyền hạn (CVQH) là một trong các biện pháp quan trọng để phòng, chống tham nhũng (PCTN). Biện pháp này đã được quy định trong các điều ước quốc tế về PCTN và pháp luật của nhiều quốc gia dưới những hình thức và mức độ khác nhau. Ở Việt Nam, Luật PCTN năm 2005 (sửa đổi các năm 2007, 2012) cũng có quy định về vấn đề này. Trong bối cảnh Nhà nước ta đang tiến hành sửa đổi toàn diện Luật PCTN, việc nghiên cứu, đánh giá các biện pháp kiểm soát TSTN của người có CVQH là rất cần thiết.

## 1. Khái niệm và các biện pháp kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn

Các nghiên cứu trên thế giới và ở Việt Nam đều cho thấy, một trong những nguyên nhân chính của tham nhũng là nhà nước không giám sát, xác minh và xử lý được các TSTN có nguồn gốc bất hợp pháp của

những người có CVQH. Thông qua việc kiểm soát TSTN của người có CVQH, các cơ quan chức năng có thể phát hiện, ngăn chặn các hành vi tham nhũng và xung đột lợi ích trong quản lý nhà nước; xây dựng một môi trường khu vực công trong sạch.

Đến nay, chưa có một định nghĩa thống nhất, nhưng dựa trên những đặc điểm phổ biến có thể hiểu, kiểm soát TSTN của người có CVQH là *tổng thể những biện pháp, cách thức mà các nhà nước có thể sử dụng để biết số lượng, nguồn gốc và theo dõi biến động về TSTN của người có CVQH, qua đó phát hiện, ngăn chặn và xử lý những hành vi lợi dụng CVQH để tham nhũng.*

Hiện nay, đa số các quốc gia đều cho rằng, kê khai, công khai TSTN là biện pháp chủ yếu, quan trọng nhất để kiểm soát TSTN của người có CVQH. Trong thực tế, biện pháp này không chỉ đơn thuần kê khai và công bố, mà còn bao gồm xác minh tính trung thực, xử phạt những hành vi vi phạm hay không tuân thủ các quy định về kê khai, công khai TSTN. Ngoài ra, còn một số biện pháp khác cũng được áp dụng như:

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

\*\* ThS., Vụ Hợp tác quốc tế, Thanh tra Chính phủ.

Kiểm soát bằng hệ thống nộp thuế thu nhập; kiểm soát bằng hệ thống thanh toán qua tài khoản; kiểm soát bằng quy định nhận, trả quà tặng của người có CVQH. Các biện pháp này chỉ góp phần vào việc kiểm soát TSTN, nên thường được áp dụng kết hợp hay bổ trợ cho biện pháp kê khai, công khai TSTN.

## 2. Kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn trong pháp luật quốc tế và pháp luật một số quốc gia

Công ước Liên Mỹ về chống tham nhũng (IACAC) được thông qua năm 1996 là văn kiện quốc tế đầu tiên đề cập vấn đề kiểm soát TSTN của người có CVQH khi yêu cầu các quốc gia thành viên xem xét các biện pháp nhằm “...*thiết lập, duy trì và củng cố các hệ thống báo cáo về TSTN và trách nhiệm của những người giữ các chức vụ nhất định theo quy định của pháp luật và khi phù hợp, công khai các thông tin kê khai đó*”<sup>1</sup>.

Công ước của Liên minh châu Phi về Phòng, chống tham nhũng (AUCC) được thông qua năm 2003 cũng đề ra những quy định nhằm bảo đảm tiếp cận thông tin và minh bạch trong bộ máy nhà nước, trong đó có công khai TSTN. Điều 7 của AUCC đề nghị các quốc gia thành viên cam kết: (1) *Yêu cầu toàn bộ hay một số đối tượng công chức cụ thể phải thực hiện kê khai tài sản tại thời điểm nhậm chức, trong và sau thời gian công tác;* (2) *Thành lập ban nội bộ hay cơ quan tương ứng với trách nhiệm xây dựng bộ quy tắc ứng xử và giám sát việc triển khai bộ quy tắc, đồng thời tuyên truyền, tập huấn công chức về các vấn đề đạo đức cho công chức;* (3) *Xây dựng các*

*biện pháp kỷ luật và quy trình thẩm tra đối với hành vi tham nhũng và các vi phạm có liên quan theo hướng áp dụng công nghệ mới và nâng cao hiệu quả làm việc của những tổ chức, cá nhân có trách nhiệm về vấn đề này*”<sup>2</sup>.

Công ước của Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) về Phòng, chống nạn hối lộ của công chức nước ngoài trong giao dịch kinh doanh quốc tế (ký kết năm 1997 và có hiệu lực năm 1999) không quy định cụ thể về công khai TSTN, nhưng thừa nhận vai trò của các hệ thống công khai TSTN của các quốc gia thành viên trong việc giám sát những biến động về tài sản của công chức, qua đó phát hiện những trường hợp làm giàu bất chính và hỗ trợ thực thi Công ước<sup>3</sup>.

Khuyến nghị R10 của Hội đồng Bộ trưởng các quốc gia thành viên Liên minh châu Âu (thông qua ngày 11/5/2000) về Bộ quy tắc ứng xử cho công chức quy định về việc kê khai tài sản như sau: “*Công chức giữ những chức vụ mà có khả năng tác động đến lợi ích cá nhân của người đó thì phải kê khai định kỳ TSTN và khi có yêu cầu hay bất kỳ khi nào có sự thay đổi về bản chất hoặc phạm vi của các lợi ích đó*” (Điều 14).

Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng<sup>4</sup> (UNCAC) năm 2003 - điều ước quốc tế quan trọng nhất về chống tham nhũng cũng nhấn mạnh vai trò của biện pháp kiểm soát TSTN. Cụ thể, Công ước quy định: “*Khi thích hợp và phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật nước*

<sup>1</sup> Điều III, khoản 4 Công ước Liên Mỹ về Chống tham nhũng, tại <http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>.

<sup>2</sup> Xem toàn văn Công ước tại <http://www.africa-union.org/root/au/documents/treaties/treaties.htm>.

<sup>3</sup> Xem toàn văn Công ước tại <http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-58.html>.

<sup>4</sup> Xem toàn văn UNCAC tại <http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html#textofthe/>.

mình, mỗi quốc gia thành viên nỗ lực thiết lập các biện pháp và cơ chế yêu cầu công chức báo cáo cơ quan có thẩm quyền về các vấn đề có liên quan, trong đó có những hoạt động công việc, các khoản đầu tư bên ngoài hay tài sản hoặc quà tặng giá trị lớn, những thứ mà có thể gây xung đột lợi ích khi họ thực hiện công vụ” (khoản 5 Điều 8). Khoản 5 Điều 52 UNCAC cũng quy định: “Mỗi quốc gia thành viên sẽ xem xét việc thiết lập, căn cứ vào pháp luật quốc gia, hệ thống công khai tài chính hiệu quả đối với nhóm công chức nhất định, và quy định chế tài thích hợp đối với việc không chấp hành...”. Khoản 12 hướng dẫn thực hiện UNCAC sau đó đưa ra một số khuyến nghị để cụ thể hoá các quy định trên và yêu cầu các quốc gia phải xem xét áp dụng các cơ chế kê khai, công khai tài sản và sự tương thích của cơ chế đó với hệ thống pháp luật nước mình.

Vấn đề kiểm soát TSTN của người có CVQH cũng được quy định trong pháp luật của một số quốc gia. Ví dụ, Luật Phòng ngừa tham nhũng năm 1889 của Vương quốc Anh<sup>5</sup> đã có một số quy định về phòng chống xung đột lợi ích để thông qua đó, kiểm soát TSTN của người có CVQH. Tuy nhiên, vấn đề này chỉ trở nên phổ biến trong pháp luật của các quốc gia từ sau Chiến tranh thế giới thứ hai<sup>6</sup>. Ở Hoa Kỳ, trước tình trạng tham nhũng của bộ máy nhà nước, năm 1978<sup>7</sup>, Nghị viện đã ban hành Luật về Đạo đức trong Chính phủ, trong đó bắt buộc

các công chức ở cấp bậc nhất định trong cả ba nhánh quyền lực của chính quyền liên bang phải công khai TSTN.

Việc công khai TSTN và các lợi ích về tài chính của công chức ở Tây Âu được quy định muộn hơn<sup>8</sup>. Ngoài Vương quốc Anh, các quy định về kê khai, công khai tài sản được thông qua ở Tây Ban Nha và Ý năm 1982<sup>9</sup>, Bồ Đào Nha năm 1983<sup>10</sup> và mở rộng sang các nước trong khối xã hội chủ nghĩa cũ ở Trung và Đông Âu<sup>11</sup> vào cuối những năm 80, đầu thập kỷ 90 của thế kỷ XX.

Thời kỳ phát triển mạnh mẽ nhất của pháp luật về kiểm soát TSTN của người có CVQH trên thế giới là thập kỷ 1990-2000<sup>12</sup>. Ngoài các nguyên nhân như tính hiệu quả của cơ chế và sự chuyển đổi hệ thống chính trị ở các nước trong khối Đông Âu cũ, còn do sự tác động mạnh mẽ của các điều ước quốc tế và khu vực về chống tham nhũng được thông qua ở thời điểm này.

Trên thế giới, hiện có ba mô hình cơ bản về kiểm soát TSTN của người có chức vụ, quyền hạn:<sup>13</sup>

- *Mô hình tập trung vào việc chống làm giàu bất chính* nhấn mạnh việc khai báo giá trị của các loại TSTN, trong đó pháp luật thường quy định kê khai chi tiết các loại tài sản và các khoản thu nhập của những người

<sup>5</sup> OECD (2011), *Fighting Corruption in Eastern Europe and Central Asia, Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption (Chống tham nhũng ở Đông Âu và Trung Á, kê khai tài sản của công chức: Một công cụ để phòng ngừa tham nhũng)*, tr. 22.

<sup>6</sup> Như trên.

<sup>7</sup> Như trên.

<sup>8</sup> Như trên.

<sup>9</sup> Như trên.

<sup>10</sup> Như trên.

<sup>11</sup> Như trên, tr.23.

<sup>12</sup> Như trên.

<sup>13</sup> Xem WB (2012), *Public Office, Private Interests: Accountability through Income and Asset Disclosure*, tr.9-16; tại <http://documents.worldbank.org/curated/en/934171468170080306/pdf/676270VIETNAME0Viec0cong0loi0ich0tu.pdf>. Và xem OSCE (2015), *Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption, Fighting Corruption in Eastern Europe and Central Asia*, tr.20-21, tại <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/47489446.pdf>.

có CVQH. Mô hình này được áp dụng chủ yếu ở các nước đang phát triển với nền quản trị nhà nước còn yếu. Mục tiêu chính của mô hình này là phát hiện tham nhũng và răn đe về hậu quả của hành vi tham nhũng<sup>14</sup>. Các cơ quan có thẩm quyền quản lý việc kê khai, công khai tài sản có nhiệm vụ chủ yếu là phát hiện các hành vi làm giàu phi pháp.

- *Mô hình tập trung vào phòng, chống xung đột lợi ích* nhấn mạnh việc khai báo các mối quan hệ, các nguồn thu nhập của người có CVQH, trong đó, hệ thống pháp luật thường chỉ quy định những người có CVQH phải khai báo tổng giá trị tài sản. Mô hình này được áp dụng chủ yếu ở các nước phát triển, nơi quản trị nhà nước đã đạt đến trình độ cao, tình trạng tham nhũng không nghiêm trọng. Mục tiêu chính của mô hình này là phòng ngừa những tình huống có nguy cơ phát sinh tham nhũng. Các cơ quan có thẩm quyền quản lý việc kê khai, công khai TSTN có vai trò chủ yếu là cố vấn nhằm mục đích phòng ngừa các hành vi làm giàu phi pháp.

- *Mô hình kết hợp* là mô hình có xu hướng được nhiều quốc gia, cả phát triển và đang phát triển áp dụng. Các quốc gia theo mô hình này thường áp dụng những cách thức của cả hai mô hình chống làm giàu bất chính và chống xung đột lợi ích, với phạm vi và mức độ cân bằng hơn so với các quốc gia nghiêng về một mô hình nhất định.

Mặc dù không có một mô hình chung trong việc kê khai, công khai TSTN của người có CVQH, nhưng một số yếu tố các quốc gia cần cân nhắc khi xây dựng cơ chế của riêng mình, bao gồm:<sup>15</sup>

a) *Tính phù hợp*: Cơ chế được xây dựng phải phù hợp với trình độ quản trị công và thực trạng tham nhũng của một quốc gia. Với những quốc gia có tình trạng tham nhũng cao, mô hình tập trung vào việc phòng ngừa làm giàu bất chính sẽ thích hợp. Mô hình tập trung vào phòng chống xung đột lợi ích chỉ phát huy tối đa hiệu quả ở quốc gia có hệ thống giám sát công chức tốt và có văn hoá liêm chính cao trong bộ máy công quyền.

b) *Phạm vi đối tượng phải kê khai, công khai tài sản*: Để bảo đảm sự tuân thủ pháp luật, các quốc gia nên giới hạn phạm vi đối tượng phải kê khai, công khai tài sản để tập trung vào những người có chức vụ hay vị trí có nguy cơ cao nhất về xung đột lợi ích hay làm giàu bất chính. Đây là cách làm có tính chiến lược và hiệu quả về chi phí<sup>16</sup>.

Những nghiên cứu gần đây cho thấy, có 5 dạng đối tượng có thể phải kê khai, công khai tài sản là: (i) Những người đứng đầu quốc gia; (ii) Các bộ trưởng; (iii) Đại biểu Quốc hội; (iv) Công chức; (v) Vợ chồng/con cái của bốn dạng đối tượng đã nêu<sup>17</sup>. Các đối tượng phải kê khai, công khai TSTN cũng có thể được chia thành các nhóm như: (i) Quan chức chính trị cao cấp (bao gồm nhưng rộng hơn so với nhóm người đứng đầu quốc gia); (ii) Đại biểu các cơ quan dân cử (Nghị viện, Hội đồng địa phương); (iii) Thủ tướng và các thành viên Chính phủ, (iv) Công chức, (v) Thẩm phán, công tố viên; (vi) Những người có liên quan đến các nhóm đối tượng đã nêu (người thân

<sup>14</sup> Xem WB (2012), tài liệu đã dẫn, tr.15.

<sup>15</sup> Xem WB (2012), tài liệu đã dẫn, tr.16-22, OSCE (2015), tài liệu đã dẫn, tr.37.

<sup>16</sup> Xem WB (2012), tài liệu đã dẫn, tr.18.

<sup>17</sup> Nguồn: Bộ số liệu PAM (Public Accountability Mechanisms Initiative - Sáng kiến Hệ thống giải trình trách nhiệm trong khu vực công) của Ngân hàng Thế giới về 87 quốc gia, 2010, tại <https://www.agidata.org/pam>.

trong gia đình, bạn bè, cộng sự thân cận...). Đa số các quốc gia thiết lập một cơ chế kê khai, công khai TSTN áp dụng cho tất cả các dạng đối tượng nêu trên; tuy nhiên, một số quốc gia có sự phân định giữa một số nhóm. Nguyên tắc chung là những người có chức vụ, chức trách càng cao thì càng bị kiểm soát chặt chẽ về TSTN.

c) *Nội dung và tần suất kê khai, công khai thông tin*: Nội dung và tần suất kê khai, công khai tỷ lệ thuận với nguồn lực mà nhà nước cần sử dụng để vận hành cơ chế. Vì vậy, các quốc gia cũng cần cân nhắc để bảo đảm phù hợp với nguồn lực và năng lực của mình.

Về nguyên tắc, nội dung phải kê khai, công khai phụ thuộc vào mục đích của cơ chế kiểm soát TSTN của người có CVQH là kiểm soát xung đột lợi ích hay chống làm giàu bất chính. Ngoài ra, khái niệm TSTN cũng được hiểu khác nhau ở mỗi quốc gia. Kinh nghiệm cho thấy, tiền lương và bất động sản là những đối tượng phổ biến được yêu cầu kê khai, công khai ở các quốc gia. Theo Bộ chỉ số AGI<sup>18</sup>/PAM<sup>19</sup>, danh mục các loại thông tin mà công chức phải khai báo ở các quốc gia rất rộng, bao gồm<sup>20</sup>: Bất động sản; tiền mặt, tín dụng, nợ; thu nhập (từ lao động và được tọa hưởng); các khoản chi tiêu; những lợi ích bằng tiền và không bằng tiền (ví dụ, thu nhập trong tương lai, các thỏa thuận bảo hiểm, kế hoạch lương hưu...). Tuy nhiên, những thông tin về

TSTN, quà tặng, chi tiêu, TSTN của người thân, bạn bè, cộng sự thường phổ biến hơn.

Về tần suất, có 5 mức chính mà các quốc gia thường quy định<sup>21</sup>, bao gồm: (i) Khi nhậm chức; (ii) Khi thôi chức; (iii) Định kỳ hàng năm; (iv) Khi có thay đổi (đến một mức độ nhất định) trong TSTN, nợ; (v) Trong vòng 3 năm sau khi thôi chức. Theo đó, yêu cầu kê khai, công khai TSTN ở thời điểm đầu (nhậm chức) và thời điểm cuối (thôi chức) của công chức mang tính phổ biến, vì đây là những thời điểm rất quan trọng để giám sát sự biến động bất thường về TSTN của người có CVQH.

d) *Phạm vi và cách thức xác minh thông tin trong bản kê khai TSTN*: Để kiểm tra tính chính xác của thông tin trong các tờ khai, cần áp dụng đồng thời nhiều phương pháp như kiểm tra tính nhất quán trong nội dung kê khai, đối chiếu thông tin để phát hiện những biến động bất thường về TSTN theo thời gian, kiểm tra chéo với các nguồn thông tin khác, tiến hành điều tra mức sống để xác minh mức độ phù hợp với TSTN được khai báo.

Hiện có ba hình thức kê khai<sup>22</sup> là nộp bản kê khai bằng giấy (phổ biến nhất), kê khai qua mẫu điện tử trực tuyến và nộp bản kê khai điện tử (qua email). Thực tiễn cho thấy, đa số quốc gia áp dụng cùng một lúc nhiều hình thức nộp kê khai. Tương tự, việc công khai TSTN cũng được thực hiện qua hai dạng chính là gửi văn bản giấy và đăng tải trên trang thông tin điện tử. Tuy nhiên, một số quốc gia còn quy định việc tiếp cận thông tin về bản khai tại trụ sở, với những điều kiện nhất định. Kê khai, công khai qua hình thức điện tử mang lại nhiều lợi ích như

<sup>18</sup> Chỉ số Trách nhiệm trong quản lý nhà nước (*Actionable Governance Indicators* -AGI). Xem thông tin cụ thể về AGI tại WB (2012), tài liệu đã dẫn, tr.95.

<sup>19</sup> Nguồn: Sáng kiến Hệ thống giải trình trách nhiệm trong khu vực công của Ngân hàng Thế giới (PAM), tài liệu đã dẫn, tr.92.

<sup>20</sup> Nguồn: WB (2012), tài liệu đã dẫn, tr.109,110.

<sup>21</sup> Nguồn: Bộ số liệu PAM, tài liệu đã dẫn, tr.38.

<sup>22</sup> Nguồn WB (2012), tài liệu đã dẫn, tr.109,110.

làm tăng thêm mức độ tuân thủ của công chức, giảm chi phí xử lý các bản khai; tăng mức độ giám sát của người dân và báo chí; khả năng giám sát các mối quan hệ tiềm ẩn xung đột lợi ích của quan chức.

Cách xác minh phổ biến nhất là kiểm tra chéo nội dung bản kê khai với các nguồn dữ liệu sẵn có khác về TSTN của công chức, ví dụ như thông tin về đất đai, xe cộ, tài sản đăng ký; hay thông tin về ngân hàng, thuế... Nhìn chung, có thể chia thành các bước kiểm tra như sau: *Kiểm tra ban đầu* để đối chiếu những thông tin trong bản kê khai nhằm phát hiện những thiếu sót về hình thức trong việc kê khai; *Kiểm tra đơn giản* để xem xét đánh giá tính chính xác về nguồn gốc của các TSTN trong bản khai và giá trị của TSTN được kê khai với giá trị thực tế; *Kiểm tra chuyên sâu* để đối chiếu với các nguồn dữ liệu khác nhằm phát hiện những gian lận tinh vi. Tiến hành chất vấn hoặc yêu cầu người kê khai giải thích về những thông tin không rõ ràng nếu cần thiết. Thông thường, các quốc gia đều kết hợp giữa kiểm tra ngẫu nhiên và kiểm tra có trọng điểm.

*đ) Mức độ, cách thức đáp ứng yêu cầu của công chúng về tiếp cận thông tin các nội dung kê khai.* Việc công khai thông tin cần được cân nhắc hợp lý để bảo đảm cân bằng giữa quyền được biết của công chúng với các quyền về đời tư, quyền được bảo đảm an ninh cá nhân của những đối tượng có liên quan, các yêu cầu hợp lý, chính đáng về bảo vệ an ninh quốc gia và của các hoạt động tổ tụng hình sự.

Mức độ công khai thông tin TSTN có thể chia thành ba dạng chính: (i) *Không công khai*, những thông tin này chỉ được cung cấp theo yêu cầu của tòa án; (ii) *Công khai toàn bộ*, chỉ áp dụng với một số đối

tượng là các quan chức cấp cao, như Tổng thống, Thủ tướng và các Bộ trưởng; và (iii) *Công khai hạn chế*, chỉ công khai một phần thông tin về TSTN của công chức để tôn trọng quyền bí mật cá nhân.

Về cách thức công khai, tại nhiều quốc gia, việc công khai thông tin TSTN của công chức được thực hiện theo hình thức thông báo hay đăng tải trên Internet (trang web của các cơ quan nhà nước có liên quan) để mọi người có thể tiếp cận. Tuy nhiên, có quốc gia quy định người dân hoặc báo chí muốn tiếp cận thông tin và TSTN của công chức phải có yêu cầu (kèm theo cung cấp thông tin cá nhân của người yêu cầu) và đáp ứng một số điều kiện để bảo đảm các thông tin được sử dụng đúng mục đích (tránh việc sử dụng vào mục đích thương mại hay các mục đích xấu), hoặc phải trả phí cung cấp thông tin để nhà nước bù đắp chi phí hành chính.

*e) Chế tài áp dụng:* Cần có các biện pháp chế tài với những đối tượng kê khai không trung thực và những hành vi không tuân thủ khác như kê khai muộn, kê khai thiếu, hay không chịu kê khai TSTN. Bốn dạng chế tài chủ yếu là chế tài kỷ luật, chế tài hành chính, chế tài dân sự và chế tài hình sự cần được quy định phù hợp, tương xứng với mức độ của hành vi và có khả năng thực thi công minh, nhất quán.

Kinh nghiệm ở nhiều quốc gia cho thấy, những vi phạm nghĩa vụ về kê khai, công khai TSTN có thể phân thành hai nhóm chính: (i) Những vi phạm liên quan đến nghĩa vụ nộp bản kê khai TSTN; (ii) Những vi phạm liên quan đến thông tin được kê khai. Đa số quốc gia đều quy định các chế tài đối với hành vi vi phạm. Những chế tài này cũng rất đa dạng, song có thể chia thành các nhóm: chế tài hình sự (như Hoa Kỳ,

Anh, Italia, Ba Lan), chế tài hành chính (phổ biến nhất và hình thức chủ yếu là phạt tiền) và chế tài kỷ luật (ví dụ như khiển trách, hạ bậc lương hay cho thôi việc)<sup>23</sup>.

g) *Tổ chức bộ máy*: Từ góc độ thiết chế, có thể chia thành hai mô hình<sup>24</sup>: *Thiết chế nội bộ*. Những quốc gia theo thiết chế này giao việc kiểm soát TSTN của công chức cho chính cơ quan, tổ chức quản lý họ; và thường được áp dụng ở những quốc gia phát triển. Ưu điểm là tạo thuận lợi cho việc phòng ngừa xung đột lợi ích, nhưng cũng có hạn chế là năng lực kiểm soát rất khác nhau và phụ thuộc nhiều vào trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan, tổ chức. *Thiết chế độc lập*. Những quốc gia theo thiết chế này giao việc kiểm soát TSTN của công chức cho một cơ quan chuyên trách, thường là cơ quan PCTN. Ưu, nhược điểm của mô hình này về cơ bản ngược lại với mô hình nội bộ và thường được áp dụng ở những quốc gia đang phát triển. Bên cạnh hai dạng mô hình chính đã nêu, ở nhiều quốc gia còn có những cơ quan, tổ chức khác tham gia trực tiếp hoặc gián tiếp vào việc kiểm soát TSTN của người có CVQH, như cơ quan thuế, cơ quan bầu cử quốc gia, văn phòng Quốc hội, toà án<sup>25</sup>... Kinh nghiệm cho thấy, dù được thành lập dưới hình thức tổ chức như thế nào thì pháp luật cũng cần đảm bảo tính độc lập và nguồn nhân, vật lực cho hoạt động

của cơ quan được giao trách nhiệm kiểm soát. Việc áp dụng công nghệ thông tin, kết nối các nguồn tư liệu, sự phối hợp giữa các cơ quan có thẩm quyền... là những yếu tố quan trọng giúp giảm thiểu nguồn lực đầu tư cho các cơ quan này mà vẫn đạt được hiệu quả cao.

### 3. Thực trạng cơ chế kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn ở Việt Nam hiện nay

Ở Việt Nam, kiểm soát TSTN được Đảng và Nhà nước coi là một trong những giải pháp then chốt, trọng tâm trong PCTN. Đảng Cộng sản Việt Nam đã ban hành một số văn kiện về PCTN, trong đó có các chỉ đạo về kiểm soát TSTN như Kết luận Hội nghị lần thứ năm Ban Chấp hành Trung ương Đảng (khóa XI) tháng 5/2012 về việc tiếp tục thực hiện Nghị quyết Hội nghị lần thứ ba Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI; Chỉ thị số 33-CT/TW ngày 03/01/2014 của Bộ Chính trị về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với việc kê khai và kiểm soát việc kê khai tài sản; Chỉ thị số 50-CT/TW ngày 07/12/2015 của Bộ Chính trị về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phát hiện, xử lý vụ việc, vụ án tham nhũng. Nhà nước cũng đã ban hành nhiều văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh vấn đề kiểm soát TSTN của cán bộ, công chức, trong đó những văn bản đang có hiệu lực như Luật PCTN 2005 (sửa đổi, bổ sung các năm 2007 và 2012); Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012; Nghị định số 78/2013/NĐ-CP ngày 17/07/2013 của Chính phủ quy định về minh bạch TSTN; Thông tư số 08/2013/TT-TTCTP ngày 31/10/2013 của Thanh tra Chính phủ hướng dẫn thi hành các quy định về minh bạch TSTN; Quyết định số 64/2007/QĐ-TTg ngày 10/5/2007 của Thủ tướng Chính phủ

<sup>23</sup> OECD (2011), *Fighting Corruption in Eastern Europe and Central Asia, Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption (Chống tham nhũng ở Đông Âu và Trung Á, kê khai tài sản của công chức: Một công cụ để phòng ngừa tham nhũng)*, tr.81.

<sup>24</sup> OECD (2006), *Policy Brief: Managing Conflict of Interest in the Public Service (Khái lược chính sách: Quản lý xung đột lợi ích trong dịch vụ công)*, tại <http://www.oecd.org/dataoecd/31/15/36587312.pdf>, tr.39, truy cập ngày 5/10/2016.

<sup>25</sup> Nguồn: Bộ số liệu PAM, tài liệu đã dẫn, tr.28.

ban hành Quy chế về việc tặng quà, nhận quà tặng và nộp lại quà tặng của cơ quan, tổ chức, đơn vị có sử dụng ngân sách nhà nước và của cán bộ, công chức, viên chức; Chỉ thị số 20/2007/CT-TTg ngày 14/8/2007 của Thủ tướng Chính phủ về việc trả lương qua tài khoản cho các đối tượng hưởng lương từ ngân sách nhà nước. Ngoài ra, vấn đề kiểm soát TSTN cũng được đề cập trong Chiến lược quốc gia PCTN đến năm 2020.

Trên phương diện hợp tác quốc tế, với tư cách là quốc gia thành viên của UNCAC từ năm 2009, Việt Nam đã cam kết thực thi các quy định của UNCAC, trong đó có các quy định về kiểm soát TSTN của người có CVQH.

Trên thực tế, vấn đề kiểm soát TSTN của người có CVQH ở Việt Nam hiện nay được thực hiện thông qua nhiều biện pháp có tính bổ trợ lẫn nhau, cụ thể:

***Thứ nhất, về minh bạch tài sản, thu nhập qua kê khai***

Pháp luật Việt Nam đã bước đầu tạo ra một khuôn khổ nhằm kiểm soát và tăng tính minh bạch về TSTN của người có CVQH. Vấn đề này hiện được quy định tại Mục 4 Chương II của Luật PCTN và hướng dẫn thi hành tại Nghị định 78/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 17/7/2013 về minh bạch TSTN và Thông tư 08/2013/TT-TTCP của Thanh tra Chính phủ ngày 31/10/2013. Luật PCTN (khoản 4 Điều 45) quy định thu nhập phải kê khai là thu nhập phải chịu thuế theo quy định của pháp luật.

Theo Báo cáo của Chính phủ về Tổng kết 10 năm thực hiện Luật PCTN, đến nay việc kê khai TSTN đã có những tiến bộ và dần đi vào nề nếp. Theo đó, tỷ lệ kê khai TSTN đúng thời hạn đạt 99,5%, công khai đạt 98,3%; đã xác minh được 4.859 trường

hợp, phát hiện, xử lý kỷ luật 17 người kê khai tài sản không trung thực. Ngoài ra, còn có 70 người bị xử lý kỷ luật do vi phạm quy định về tổ chức thực hiện việc kê khai TSTN. Tuy nhiên, theo Chỉ thị 33-CT/TW ngày 03/11/2014 của Bộ Chính trị về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với việc kê khai và kiểm soát việc kê khai tài sản và Báo cáo tổng kết 10 năm thi hành Luật PCTN, việc kê khai tài sản còn mang tính hình thức. Sau khi kê khai, bản kê khai chỉ được lưu trữ tại cơ quan, tổ chức, đơn vị mà chưa được sử dụng nhằm mục đích kiểm soát TSTN của người có CVQH. Do đó, việc xác minh, phát hiện vi phạm trong kê khai tài sản còn rất hạn chế. Số liệu thống kê cho thấy, đến nay mới có trên 7.000 bản kê khai được xác minh (chỉ chiếm khoảng 1,5 phần nghìn tổng số bản kê khai). Bên cạnh đó, kết quả hoạt động xác minh mới chỉ dừng lại ở việc kết luận về tính trung thực của bản kê khai, chưa có quy định về việc xử lý TSTN không được giải trình hợp lý.

Nguyên nhân dẫn đến hạn chế trên là do những quy định của pháp luật hiện hành về minh bạch TSTN còn nhiều điểm bất hợp lý về trình tự, thủ tục công khai bản kê khai và thủ tục giải trình; xác minh TSTN khi có yêu cầu còn phức tạp, chưa yêu cầu xác minh nội dung nguồn gốc tài sản kê khai; thiếu chế tài xử lý vi phạm; thiếu quy định về thời hạn giải trình, xử lý người và TSTN không giải trình được hợp lý nguồn gốc tài sản. Việc quản lý, khai thác, sử dụng bản kê khai TSTN còn nhiều bất cập, chưa quy định công khai tại nơi cư trú, trên mạng thông tin điện tử. Việc kê khai chỉ dựa vào ý thức tự giác, không kiểm tra, xác nhận, không kê khai nguồn gốc, không giải trình tăng giảm TSTN. Số đối tượng có nghĩa vụ

phải kê khai, công khai TSTN hiện quá lớn so với năng lực quản lý của các cơ quan nhà nước có trách nhiệm. Việc thẩm tra, xác minh bản kê khai được giao cho quá nhiều cơ quan và còn mang tính nội bộ. Quy định về TSTN phải kê khai còn nhiều bất cập. Chưa quy định rõ về cơ quan quản lý nhà nước về kê khai TSTN và phạm vi quản lý đối tượng kê khai ở từng cấp, việc phân công cơ quan đầu mối tham mưu.

### ***Thứ hai, về thuế thu nhập cá nhân***

Nhìn chung, các quy định hiện hành về thuế thu nhập cá nhân (TNCN) tại Luật Thuế TNCN năm 2007 (sửa đổi, bổ sung năm 2012) đã tạo được khung pháp lý nhằm kiểm soát những khoản thu nhập hợp pháp của người có CVQH. Tuy nhiên, việc kê khai nộp thuế hiện nay mới chỉ dừng lại ở tiền lương và tiền công được trả theo hợp đồng lao động; trong khi đó, thu nhập ngoài lương của người có CVQH được hình thành từ nhiều nguồn khác nhau. Các cơ quan thuế chưa có biện pháp hữu hiệu để kiểm soát nguồn thu nhập chịu thuế, cụ thể là phát hiện, xử lý vi phạm trong trường hợp không kê khai thuế hoặc kê khai không trung thực<sup>26</sup>. Ngoài ra, còn do thói quen dùng tiền mặt vẫn chưa được khắc phục.

### ***Thứ ba, về phương thức thanh toán***

Chủ trương áp dụng các biện pháp quản lý để thực hiện việc thanh toán thông qua tài khoản tại ngân hàng, kho bạc nhà nước được thể hiện trong quy định của Luật PCTN (Điều 58); Quyết định 291/2006/QĐ-

TTg ngày 29/12/2006 phê duyệt Đề án thanh toán không dùng tiền mặt giai đoạn 2006 - 2010 và định hướng đến năm 2020 tại Việt Nam; Quyết định 2453/QĐ-TTg ngày 27/12/2011 phê duyệt Đề án đẩy mạnh thanh toán không dùng tiền mặt tại Việt Nam giai đoạn 2011 - 2015; Nghị định 59/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 17/6/2013 quy định về đổi mới phương thức thanh toán và quản lý hoạt động thu, chi bằng tiền mặt đối với cán bộ, công chức, viên chức (Điều 62); Nghị định 222/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 31/12/2013 về thanh toán bằng tiền mặt... Thời gian qua, Ngân hàng Nhà nước đã đẩy mạnh việc thanh toán không dùng tiền mặt; triển khai xây dựng khung pháp lý trong lĩnh vực này để hạn chế giao dịch bằng tiền mặt trong nền kinh tế. Việc trả lương qua tài khoản cho các đối tượng hưởng lương ngân sách nhà nước đạt trên 72% số cơ quan, tổ chức, đơn vị hưởng lương từ ngân sách nhà nước<sup>27</sup>. Tuy nhiên, việc thanh toán không dùng tiền mặt chủ yếu mới được thực hiện trong chi trả lương và các khoản phụ cấp cho các đối tượng lao động trong khu vực công và một số doanh nghiệp. Những hạn chế trên chủ yếu do các biện pháp của nhà nước để xóa bỏ thói quen này còn chưa hiệu quả; cơ sở hạ tầng về công nghệ cho việc thanh toán qua tài khoản chưa đáp ứng được yêu cầu của xã hội.

### ***Thứ tư, về tặng quà và nhận quà tặng***

Để thực hiện Điều 40 của Luật PCTN, Thủ tướng Chính phủ đã ra Quyết định 64/2007/QĐ-TTg ngày 10/5/2007 ban hành Quy chế về việc tặng quà, nhận quà tặng và nộp lại quà tặng của cơ quan, tổ chức, đơn

<sup>26</sup> Xem: Trần Văn Long, *Kiểm soát thu nhập của cán bộ, công chức nhằm phòng, chống tham nhũng - một số vấn đề đang đặt ra*, đăng trên: [http://www.thanhtra.edu.vn/category/detail/1542-kiem-soat-thu-nhap-cua-can-bo,-cong-chuc-nham-phong,-chong-tham-nhung---mot-so-van-de-dang-dat-ra.html](http://www.thanhtra.edu.vn/category/detail/1542-kiem-soat-thu-nhap-cua-can-bo,-cong-chuc-nham-phong,-chong-tham-nhung---mot-so-van-de-dang-dat-ra), truy cập ngày 15/10/2016.

<sup>27</sup> Nguồn: Báo cáo của Chính phủ về Tổng kết 10 năm thực hiện Luật PCTN.

vị có sử dụng ngân sách nhà nước và của cán bộ, công chức, viên chức.

Các quy định pháp luật về nhận và nộp lại quà tặng đã được áp dụng và có một số kết quả bước đầu: Từ năm 2006-2015, có 879 cán bộ, công chức nộp lại quà tặng với tổng giá trị 3,3 tỷ đồng; trong đó có 10 trường hợp vi phạm được phát hiện và xử lý<sup>28</sup>. Song tình trạng lợi dụng văn hóa về tặng quà, cảm ơn để biểu xén, đưa hối lộ vì động cơ vụ lợi vẫn còn phổ biến. Báo cáo hàng năm của Chính phủ cho thấy, số lượng cá nhân cũng như giá trị quà tặng được nộp lại ngày càng ít hơn<sup>29</sup>. Nguyên nhân là do các quy định về việc tặng quà, nhận quà và nộp lại quà tặng còn có những nội dung chưa chặt chẽ, không khả thi. Ranh giới giữa quà tặng và tài sản hối lộ chưa được làm rõ. Quy định về trình tự báo cáo, nộp lại quà, nhất là đối với quà tặng bằng hiện vật phức tạp, khó thực hiện. Chưa có chế tài xử lý vi phạm. Ngoài ra, pháp luật chưa có phương án xử lý đối với quà tặng là những lợi ích phi vật chất.

#### 4. Một số giải pháp

Để hoàn thiện cơ chế kiểm soát TSTN của người có CVQH ở Việt Nam hiện nay, cần thực hiện các định hướng và giải pháp sau:

##### a) Về định hướng

- Cơ chế kiểm soát TSTN của người có CVQH cần khả thi, phù hợp với yêu cầu

phát triển kinh tế - xã hội, bảo đảm tính thống nhất, đồng bộ trong toàn hệ thống. Có thể kết hợp cả hai mô hình chống làm giàu bất chính và mô hình phòng, chống xung đột lợi ích theo nguyên tắc bảo đảm sự cân bằng giữa yêu cầu kiểm soát TSTN và quyền về tài sản của công dân, bảo đảm giám sát được TSTN nhưng không cản trở sự gia tăng thu nhập hợp pháp của đối tượng chịu kiểm soát. Cần nghiên cứu xây dựng cơ chế kiểm soát TSTN phù hợp cho từng nhóm đối tượng cán bộ, công chức theo nguyên tắc chức vụ/chức trách càng cao thì càng bị kiểm soát chặt chẽ. Bên cạnh đó, cần hoàn thiện các quy định về thuế TNCN, về thanh toán không dùng tiền mặt và về nhận quà và nộp lại quà tặng.

- Thiết lập cơ chế phối hợp giữa các cơ quan quản lý nhà nước trong việc trao đổi, cung cấp các thông tin liên quan đến thu nhập của người có CVQH; xây dựng hệ thống dữ liệu về thu nhập của người có CVQH làm cơ sở cho việc quản lý và theo dõi, giám sát.

- Hình thành cơ chế kiểm soát các khoản chi đầu tư và chi tiêu dùng có giá trị lớn của người có CVQH làm cơ sở đối chiếu, xác minh các khoản thu nhập của họ.

##### b) Một số giải pháp cụ thể

- Thu hẹp một cách hợp lý diện đối tượng có nghĩa vụ kê khai, công khai TSTN. Áp dụng cả hai tiêu chí chức trách và cấp bậc để xác định phạm vi đối tượng phải kê khai, công khai TSTN. Với tiêu chí chức trách, nên quy định ngưỡng tối thiểu giá trị của các giao dịch có thể thực hiện; còn với tiêu chí cấp bậc, nên nâng mức ngạch bậc cao hơn hiện nay.

- Nghiên cứu quy định về việc kê khai tài sản của người thân trong gia đình người có CVQH chỉ áp dụng khi có cơ sở nghi

<sup>28</sup> Nguồn: Báo cáo của Chính phủ về Tổng kết 10 năm thực hiện Luật PCTN.

<sup>29</sup> Xem: Hoàng Nam Hải, *Bắt cập trong quy định và thực hiện việc kiểm soát thu nhập của người có CVQH theo Luật Phòng, chống tham nhũng*, đăng trên: [http://www.nclp.org.vn/thuc\\_tien\\_phap\\_luat/bat-cap-trong-quy-111inh-va-thuc-hien-viec-kiem-soat-thu-nhap-cua-nguoi-co-chuc-vu-quyen-han-theo-luat-phong-chong-tham-nhung](http://www.nclp.org.vn/thuc_tien_phap_luat/bat-cap-trong-quy-111inh-va-thuc-hien-viec-kiem-soat-thu-nhap-cua-nguoi-co-chuc-vu-quyen-han-theo-luat-phong-chong-tham-nhung), truy cập ngày 16/10/2016.

ngờ được dùng để che giấu tài sản tham nhũng nhằm giảm tải cho các cơ quan chức năng.

- Duy trì quy định người có CVQH phải kê khai tài sản hàng năm và khi nhậm chức, đồng thời bổ sung quy định việc kê khai sau một thời điểm (1-3 năm) khi thôi chức. Bổ quy định kê khai “sau khi thôi chức” để tránh trùng chéo. Ngoài ra, không nên quy định kê khai bổ sung vì rất khó thực hiện.

- Quy định cụ thể nghĩa vụ của người có CVQH phải chịu trách nhiệm về tính chính xác của nội dung kê khai. Tiếp tục xem xét việc hình sự hóa hành vi làm giàu bất chính.

- Đẩy mạnh việc áp dụng công nghệ thông tin vào kê khai, công khai TSTN. Trước mắt, có thể quy định hình thức kê khai, công khai chung là qua bản mềm (gửi thư điện tử, hoặc xây dựng một trang web để khai báo trực tuyến).

- Tiếp tục hoàn thiện quy chế kiểm tra, xác minh tính chính xác của việc khai báo TSTN, trong đó quy định việc xác minh bản kê khai định kỳ hoặc đột xuất; kết hợp giữa kiểm tra ngẫu nhiên và kiểm tra các nhóm/cá nhân có nguy cơ cao.

- Để xử lý TSTN tăng thêm không được giải trình một cách hợp lý, cần quy định cho phép áp dụng các biện pháp cần thiết để ngăn chặn việc che giấu thông tin, tẩu tán tài sản hoặc cản trở, can thiệp trái pháp luật vào hoạt động kiểm tra, xác minh; quy định cơ quan xác minh có thể sử dụng một số nghiệp vụ điều tra nhằm làm rõ các khoản thu nhập có dấu hiệu bất minh; quy định các biện pháp chế tài cụ thể, khả thi. Đồng thời, cần nghiên cứu quy định đối với các khoản thu nhập không kê khai hoặc kê khai không đầy đủ, không giải trình được nguồn gốc thì mặc nhiên bị coi là bất hợp pháp.

- Xác định rõ các loại vi phạm về kê khai TSTN để tùy từng tính chất, mức độ của mỗi loại sẽ áp dụng một hoặc đồng thời các chế tài kỷ luật, hành chính, dân sự, hình sự.

- Quy định bắt buộc thực hiện việc chi trả qua tài khoản ngân hàng đối với tất cả các khoản chi từ ngân sách nhà nước cho người có CVQH.

- Bổ sung nghĩa vụ kê khai quà tặng nhận được của người có CVQH trong kỳ kê khai hoặc khi có yêu cầu; nghĩa vụ kê khai tổng thu nhập từ quà tặng trong tổng thu nhập kê khai hàng năm của người có CVQH.

- Nghiên cứu bổ sung vào danh mục phải kê khai thông tin về các khoản nợ, các khoản chi tiêu, những lợi ích bằng tiền và không bằng tiền. Quy định nghĩa vụ kê khai các khoản chi đầu tư và chi tiêu dùng có giá trị lớn của người có CVQH với mục chi và giá trị cụ thể nhằm đối chiếu với TSTN của họ.

- Xây dựng cơ chế phối hợp, rà soát định kỳ giữa các cơ quan nhà nước trong kiểm tra, giám sát việc thực hiện các quy định về kiểm soát thu nhập của người có CVQH.

- Nghiên cứu xây dựng cơ sở dữ liệu trên toàn quốc về TSTN của người có CVQH từ khi được bầu, tuyển dụng, bổ nhiệm đến 5 năm sau khi nghỉ hưu với các nội dung thông tin gồm: kê khai TSTN của người có CVQH; thu nhập từ ngân sách nhà nước; thu nhập chịu thuế TNCN từ các giao dịch kinh tế, dân sự khác; thu nhập từ quà tặng, quà biếu, bồi dưỡng, hoa hồng; về các khoản chi đầu tư và tiêu dùng có giá trị lớn. Xác định rõ nhiệm vụ, quyền hạn của các cơ quan trong việc quản lý, khai thác, sử dụng cơ sở dữ liệu.

## TỔNG MỤC LỤC NĂM 2016

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
<b>I</b>	<b><i>Lý luận và lịch sử nhà nước và pháp luật, Luật Hiến pháp, Luật Hành chính</i></b>			
1.	Ý thức pháp luật trong cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay – lý luận và thực tiễn	TRINH ĐỨC THẢO HOÀNG MINH HỘI	2	3
2.	Thách thức và định hướng triển khai áp dụng án lệ ở Việt Nam	CHÂU HOÀNG THÂN	2	11
3.	Một số điểm tiến bộ của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015	CAO VŨ MINH	2	19
4.	Bàn về thẩm quyền giải thích Hiến pháp	NGUYỄN ĐĂNG DUNG NGUYỄN ĐĂNG DUY	11	3
5.	Vấn đề nhất thể hóa người lãnh đạo và người quản lý, thiết lập cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước hiệu quả ở nước ta hiện nay	NGUYỄN MINH ĐOAN	11	7
6.	Hành vi hợp pháp và đảm bảo thực hiện hành vi hợp pháp	HOÀNG THỊ KIM QUÊ	11	12
7.	Đặc trưng cấu trúc làng xã Nam Bộ trong lịch sử (giai đoạn trước năm 1945)	NGUYỄN THỊ VIỆT HƯƠNG CAO TỰ THANH	3	78
8.	Quyền hành pháp và vai trò của Chính phủ trong thực hiện quyền hành pháp theo Hiến pháp năm 2013	BÙI XUÂN ĐỨC	3	3
9.	Quyền tiếp cận công lý của công dân và nghĩa vụ xét xử của tòa án	NGÔ QUỐC CHIẾN	3	13
10.	Công lý theo kết quả, công lý theo thủ tục và liên hệ với nền tư pháp Việt Nam	TRẦN QUYẾT THẮNG	4	3
11.	Quy định về án lệ trong Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 – nhìn từ góc độ bản chất của án lệ	ĐẬU CÔNG HIỆP HÀ THỊ PHƯƠNG TRÀ	4	9
12.	Một số vấn đề về tổ chức chính quyền địa phương theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015	VŨ THƯ	7	3
13.	Thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh theo Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015	CAO VŨ MINH	9	3
14.	Pháp luật về di sản văn hóa phi vật thể ở Việt Nam hiện nay	ĐỖ THANH HƯƠNG	9	10
15.	Bắt cập trong các quy định về đối tượng khiếu nại là quyết định hành chính theo Luật Khiếu nại năm 2011	LÊ VIỆT SƠN	2	27
16.	Các yếu tố ảnh hưởng đến hoạt động tài phán hành chính ở nước ta hiện nay	TRẦN MINH ĐỨC	3	18
17.	Quản lý nhà nước về biểu tình theo khuyến nghị của Tổ chức An ninh và hợp tác châu Âu	VŨ CÔNG GIAO NGUYỄN PHÚ HẢI	3	27
18.	Một số bất cập trong các quy định của Luật Tố cáo năm 2011 và hướng hoàn thiện	CAO VŨ MINH	4	14

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
19.	Áp dụng mô hình quản lý nguồn nhân lực công theo vị trí việc làm ở Việt Nam hiện nay	NGUYỄN VĂN VIÊN	5	3
20.	Định kỳ chuyển đổi vị trí công tác đối với công chức cấp xã: thực trạng và giải pháp	NGUYỄN ĐĂNG PHƯƠNG TRUYỀN	5	8
21.	Bắt cập trong các quy định pháp luật về tài sản không được kê biên để bán đấu giá khi thực hiện cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính	CAO VŨ MINH NGUYỄN NHẬT KHANH	6	9
<b>II Luật Hình sự, Luật Tố tụng Hình sự</b>				
22.	Quyền tài phán trong các điều ước đa phương về chống khủng bố và vấn đề nội luật hóa trong pháp luật hình sự Việt Nam	NGUYỄN QUYẾT THẮNG	2	36
23.	Phân hóa trách nhiệm hình sự của đồng phạm trong Bộ luật Hình sự năm 2015	PHÍ THÀNH CHUNG	3	34
24.	Những điểm mới về hình phạt tử hình trong Bộ luật Hình sự năm 2015	PHAN VĂN CHÁNH	4	20
25.	Về hình phạt tiền áp dụng đối với người phạm tội trong Bộ luật Hình sự năm 2015	MAI THỊ THÙY ĐÀO THỊ NGUYỆT	4	25
26.	Quy định về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại trong Bộ luật Hình sự năm 2015	NGUYỄN VĂN THUYẾT	5	13
27.	Chế định tha tù trước thời hạn có điều kiện trong Bộ luật Hình sự năm 2015	NGUYỄN VĂN HƯƠNG	6	16
28.	Mối quan hệ giữa trách nhiệm hình sự của cá nhân và pháp nhân thương mại trong Bộ luật Hình sự năm 2015	NGUYỄN QUÝ KHUYẾN	6	22
29.	Quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo Bộ luật Hình sự năm 2015	MAI THỊ THÙY	6	27
30.	Tham nhũng trong Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và vấn đề hoàn thiện Bộ luật Hình sự Việt Nam	BÙI ĐÌNH TIỀN	6	33
31.	Các yếu tố cấu thành tội phạm của các tội hối lộ trong Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003 và sự ghi nhận trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015	NGUYỄN THỊ BÌNH NGUYỄN HUYỀN LY	6	40
32.	Các tội phạm về khủng bố trong Bộ luật Hình sự năm 2015	NGUYỄN QUYẾT THẮNG BÙI TRƯƠNG NGỌC QUỲNH	7	29
33.	Một số sai sót trong Bộ luật Hình sự năm 2015	ĐỖ LƯỜNG THIỆN	7	35
34.	Hiệu lực về không gian theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 – một số bình luận từ góc độ pháp luật quốc tế	NGUYỄN THỊ THUẬN	9	13
35.	Xử lý chuyển hướng đối với người chưa thành niên phạm tội	MAI THỊ THÙY	10	3

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
36.	Chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong những quy định mới của Bộ luật Hình sự năm 2015 và một số kiến nghị	NGUYỄN THỊ PHƯƠNG HOA	11	24
37.	Thương lượng nhận tội trong tố tụng hình sự - kinh nghiệm quốc tế và gợi mở cho pháp luật Việt Nam	NGUYỄN TIẾN ĐẠT	2	43
38.	Những điểm mới trong các quy định về biện pháp bắt bị can, bị cáo để tạm giam của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015	NGÔ VĂN VINH	3	39
39.	Nội dung quyền tư pháp của Tòa án nhân dân theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015	PHÍ THÀNH CHUNG	5	20
40.	Một số điểm mới về kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015	VÕ THỊ KIM OANH LÊ THỊ THÙY DƯƠNG	7	40
41.	Bồi thường thiệt hại cho người bị buộc tội oan trong vụ án hình sự khởi tố theo yêu cầu của bị hại	TRẦN HỒNG CA	10	9
42.	Quyền im lặng trong tố tụng hình sự	NGUYỄN VÕ LINH GIANG	12	3
<b>III Luật Dân sự, Luật Tố tụng Dân sự, Luật Hôn nhân và Gia đình, Luật Sở hữu trí tuệ</b>				
43.	Mối liên hệ gắn bó nhất trong xác định pháp luật áp dụng đối với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài theo Bộ luật Dân sự năm 2015	NGUYỄN THANH TÚ HOÀNG NGỌC BÍCH	3	42
44.	Sự phát triển của chế định hợp đồng tiêu dùng và triển vọng đối với pháp luật hợp đồng Việt Nam	ĐỖ GIANG NAM	4	32
45.	Những điểm mới cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2015	DƯƠNG QUỲNH HOA	5	25
46.	Các vấn đề pháp lý đặt ra trong việc thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi	VŨ THỊ LAN ANH	5	32
47.	Thỏa thuận pháp luật áp dụng trong quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài theo Bộ luật Dân sự năm 2015	TRẦN THỊ THU PHƯƠNG	5	40
48.	Một số sửa đổi, bổ sung trong các quy định về thừa kế của Bộ luật Dân sự năm 2015	TRẦN VĂN HÀ	7	45
49.	Một số nội dung đáng lưu ý của Phần thứ hai “Quyền sở hữu và quyền khác đối với tài sản” trong Bộ luật Dân sự năm 2015	BÙI THỊ THANH HẰNG NGUYỄN ANH THƯ	8	3
50.	Trách nhiệm của Nhà nước và cơ quan nhà nước khi tham gia quan hệ dân sự theo Bộ luật Dân sự năm 2015	NGUYỄN NGỌC HÀ	8	11
51.	Bản về quy định giao dịch dân sự vi phạm điều cấm của luật trong Bộ luật Dân sự năm 2015	NGÔ QUỐC CHIẾN	8	20
52.	Bảo lưu quyền sở hữu của người bán đối với tài sản mua bán theo Bộ luật Dân sự năm 2015	ĐỖ VIỆT ANH THÁI	9	18
53.	Bảo vệ quyền lợi của tổ chức tín dụng ngay tình trong giao dịch bảo đảm	NGUYỄN THỊ THƯƠNG NGUYỄN TUÂN	10	15

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
54.	Một số điểm mới trong các quy định về giao dịch dân sự, giám hộ và đại diện của Bộ luật Dân sự năm 2015	TRƯƠNG HỒNG QUANG	11	33
55.	Các biện pháp khắc phục đối với hành vi vi phạm hợp đồng dưới góc nhìn so sánh	BÙI THỊ THANH HẰNG	12	7
56.	Những điểm mới cơ bản của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015	TRẦN VĂN BIÊN	1	26
57.	Thi hành án dân sự về tài sản trí tuệ	NGUYỄN VĂN ANH CHÂU VŨ	3	50
58.	Những sửa đổi, bổ sung về kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015	NGUYỄN THỊ THU HÀ	6	46
59.	Thẩm quyền áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời trong tố tụng trọng tài	NGUYỄN THỊ THU THỦY	8	25
60.	Người đại diện của đương sự trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015	NGUYỄN THỊ THU HÀ	9	28
61.	Kết hôn giả tạo và hướng xử lý trong giai đoạn chuyển tiếp giữa Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2000 với Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014	HUỶNH THỊ TRÚC GIANG	1	36
62.	Một số vấn đề về áp dụng tập quán trong quan hệ hôn nhân và gia đình	NGUYỄN PHƯƠNG LAN	8	31
63.	Pháp luật Việt Nam với vấn đề ly thân	NGÔ THU TRANG	8	39
64.	Vấn bản thỏa thuận về chế độ tài sản của vợ chồng trong Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014	PHẠM LINH NHÂM	8	44
65.	Một số bất cập trong các quy định về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014	NGUYỄN HUY CƯỜNG	9	38
66.	Một số vấn đề về thời điểm bắt đầu cấp dưỡng nuôi con sau ly hôn	LÊ THANH LÂM	10	22
67.	Xử lý việc kết hôn trái pháp luật theo Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014	HUỶNH THỊ TRÚC GIANG	11	41
68.	Bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý theo quy định của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương	VŨ THỊ HẢI YẾN	2	62
69.	Chồng lẩn trong bảo hộ quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp	VŨ THỊ HẢI YẾN	4	42
70.	Một số vấn đề về đăng ký nhãn hiệu âm thanh	ĐỖ THỊ ĐỨC	8	48
71.	Việc sử dụng phần mềm của Chính phủ theo quy định của Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương và một số khuyến nghị đối với Việt Nam	NGUYỄN THU THỦY NGUYỄN NGỌC QUỲNH	12	19

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
<b>IV</b>	<b><i>Luật Kinh tế, Luật Ngân hàng, Luật Lao động, Luật An sinh xã hội</i></b>			
72.	Hoàn thiện các quy định của Luật Hợp tác xã năm 2012	TRẦN NGỌC DŨNG	1	42
73.	Nghĩa vụ cẩn trọng của giám đốc công ty cổ phần	ĐỖ MINH TUẤN	1	46
74.	Bảo vệ nhà đầu tư trong trường hợp thay đổi chính sách, pháp luật ở Việt Nam hiện nay	NGÔ VĨNH BẠCH DƯƠNG NGUYỄN THU DUNG	2	48
75.	Quyền của doanh nghiệp đối với con dấu theo quy định của Luật Doanh nghiệp 2014 và các văn bản pháp luật có liên quan	NGUYỄN TUẤN VŨ	3	56
76.	Giám sát kinh doanh bảo hiểm: lý luận, thực trạng pháp luật và giải pháp hoàn thiện	TRẦN VŨ HẢI	3	62
77.	Hoàn thiện quy định về cơ chế giám sát hoạt động quản lý, điều hành trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014	TRẦN NGỌC DŨNG	5	45
78.	Một số vấn đề pháp lý về hợp đồng đối tác công tư	LÊ HƯƠNG GIANG	5	50
79.	Tiêu chí kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam và kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới	DƯƠNG ANH SƠN TRƯƠNG TRỌNG HIẾU	6	54
80.	Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp năm 2014 dưới góc độ quyền tự do kinh doanh	NGÔ GIA HOÀNG NGUYỄN THỊ THƯƠNG	7	48
81.	Pháp luật về tự vệ thương mại ở Việt Nam hiện nay	NGUYỄN THU HƯƠNG	7	54
82.	Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong Cộng đồng kinh tế ASEAN và một số vấn đề pháp lý đặt ra cho Việt Nam	PHAN THỊ THANH THÙY	7	63
83.	Quy tắc xuất xứ trong Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương và một số vấn đề đặt ra cho Việt Nam	NGUYỄN TUẤN VŨ	8	56
84.	Các biện pháp vệ sinh an toàn thực phẩm trong Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương và pháp luật Việt Nam hiện nay	NGUYỄN THU DUNG	8	62
85.	Điều kiện trở thành cơ sở thường trú của doanh nghiệp nước ngoài theo các hiệp định tránh đánh thuế hai lần và Luật Thuế thu nhập doanh nghiệp Việt Nam	DƯƠNG VĂN HỌC	8	73
86.	Một số vấn đề về pháp luật điều chỉnh hoạt động đầu tư, thương mại của doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài tại Việt Nam	TRẦN THỊ THU PHƯƠNG	9	41
87.	Phân chia tài sản của con nợ phá sản trong Luật Phá sản năm 2014	DƯƠNG MỸ AN	9	50
88.	Quyền tự do thành lập doanh nghiệp theo Hiến pháp	NGUYỄN NHƯ PHÁT	10	28

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
89.	Hòa giải thương mại – triển vọng và một số kiến nghị xây dựng pháp luật tại Việt Nam	LÊ HƯƠNG GIANG	10	33
90.	Pháp luật về sản xuất, kinh doanh thực phẩm chức năng và nhu cầu bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng	PHẠM VĂN HẢO	10	39
91.	Tổ chức quản lý nội bộ hợp tác xã theo Luật Hợp tác xã năm 2012	VŨ THỊ HÒA NHƯ	11	47
92.	Một số vấn đề pháp lý trong giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và bên cung cấp hàng hóa, dịch vụ bằng phương thức thương lượng	PHAN THỊ THANH THÙY	11	54
93.	Thực trạng xây dựng pháp luật kinh tế và những vấn đề đặt ra trong quá trình hoàn thiện	NGUYỄN ĐỨC MINH	12	31
94.	Kiến nghị hoàn thiện pháp luật về thủ tục phá sản tổ chức tín dụng ở Việt Nam hiện nay	DƯƠNG KIM THẾ NGUYỄN	1	51
95.	Pháp luật về cho vay tiêu dùng tại Việt Nam hiện nay	ĐINH THỊ THANH NHÀN TRẦN THU HÀ	10	46
96.	Pháp luật phòng, chống rửa tiền qua ngân hàng thương mại Việt Nam	PHẠM THỊ GIANG THU	10	55
97.	Tiếp cận dựa trên quyền con người trong xây dựng, thực thi pháp luật lao động ở Việt Nam	LÊ THỊ HOÀI THU	5	58
98.	Cơ chế giải quyết tranh chấp lao động tập thể về lợi ích do tập thể lao động và người sử dụng lao động thỏa thuận	VŨ THỊ THU HIỀN	12	42
99.	Quấy rối tình dục tại nơi làm việc trong pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam – một số kiến nghị	PHẠM THỊ THÚY NGÀ	12	48
100.	Một số vấn đề về việc hình thành, sử dụng và phát triển quỹ bảo hiểm xã hội theo Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014	ĐỖ QUANG HẢI PHẠM THỊ THI	6	64
<b>V Luật Đất đai, Luật Môi trường</b>				
101.	Vài suy nghĩ về sở hữu toàn dân đối với đất đai	NGUYỄN QUANG TUYẾN	1	13
102.	Sở hữu đất đai trong Hiến pháp Việt Nam và một số kiến nghị hoàn thiện	ĐINH THANH PHƯƠNG	1	19
103.	Pháp luật về bảo lãnh trong bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai	BÙI ĐỨC GIANG	2	52
104.	Thông tin trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất	THÂN VĂN TÀI	2	57
105.	Bắt cập trong các quy định về căn cứ giao đất, cho thuê đất của Luật Đất đai năm 2013	ĐẶNG ANH QUÂN	5	64
106.	Cấu trúc sở hữu toàn dân về đất đai và vấn đề giám sát quyền của đại diện chủ sở hữu về đất đai ở Việt Nam	NGUYỄN QUANG TUYẾN HÀ VĂN HÒA	6	70
107.	Căn cứ xác lập quyền sử dụng đất ở và một số vướng mắc trong các quy định pháp luật hiện hành	NGUYỄN THÙY TRANG	6	77

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
108.	Bất cập trong quy định về xác định tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất đối với tổ chức kinh tế	CHÂU HOÀNG THÂN	11	62
109.	Pháp luật về giao, cho thuê rừng và đất rừng đối với doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực lâm nghiệp – thực trạng và giải pháp	NGUYỄN THANH HUYỀN	4	55
110.	Hạn chế của pháp luật về buôn bán, vận chuyển, sử dụng động vật rừng nguy cấp, quý, hiếm tại Việt Nam	VŨ THỊ DUYÊN THỦY	5	74
<b>VI Luật Quốc tế, Nhà nước và pháp luật nước ngoài</b>				
111.	Khung pháp luật dành cho Khu vực đầu tư ASEAN và những tác động đối với các nước thành viên	HOÀNG PHƯỚC HIỆP	1	60
112.	Nguyên tắc tội phạm kép trong dẫn độ tội phạm – một số vấn đề lý luận và thực tiễn	HỒ THỊ NGỌC HƯƠNG NGUYỄN VĂN THUYẾT	1	71
113.	Đối xử tối huệ quốc trong pháp luật thương mại quốc tế	NGUYỄN SƠN	2	77
114.	Chuyển giao người bị kết án phạt tù theo Luật quốc tế và pháp luật Việt Nam	NGÔ HỮU PHƯỚC LÊ ĐỨC PHƯƠNG	4	62
115.	Pháp luật Việt Nam về đối xử tối huệ quốc trong thương mại quốc tế	NGUYỄN SƠN	4	74
116.	Áp dụng trực tiếp điều ước quốc tế	HOÀNG PHƯỚC HIỆP	5	79
117.	Tòa trọng tài và phán quyết về giải thích và áp dụng Công ước Luật Biển 1982	LÊ MAI THANH	7	10
118.	Những khía cạnh pháp lý trong phán quyết của Tòa trọng tài vụ Philippines kiện Trung Quốc ở Biển Đông	NGUYỄN HỒNG THAO	7	19
119.	Trọng tài thường trực và Trọng tài được thành lập theo Phụ lục VII của Công ước Luật Biển năm 1982 – những điểm tương đồng và khác biệt	NGÔ HỮU PHƯỚC	9	62
120.	Hiệp định đối tác xuyên Thái Bình Dương và bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ	LÊ MAI THANH	10	61
121.	Quyền tự do lập hội của người lao động theo pháp luật quốc tế và yêu cầu đặt ra đối với Việt Nam	PHẠM THỊ THÚY NGA	10	70
122.	Trung Quốc tham gia với tư cách bên thứ ba vào cơ chế giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới và kinh nghiệm cho Việt Nam	NGUYỄN NGỌC HÀ	11	69
123.	Khung pháp lý về tự do hóa lao động trong Cộng đồng Kinh tế Hiệp hội các nước Đông Nam Á – một số hạn chế và khuyến nghị	NGÔ THỊ TRANG	11	77
124.	Biển Đông – hậu phán quyết của Tòa trọng tài ngày 12/7/2016	NGUYỄN HỒNG THAO	12	59
125.	Cơ sở pháp lý và thực tiễn giải quyết các yêu sách biển chồng lấn	NGUYỄN LAN ANH	12	66

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
126.	Thiết chế quốc gia bảo vệ quyền con người theo mô hình Ombudsman và gợi mở cho Việt Nam	NGUYỄN LINH GIANG	7	70
127.	Những điểm bất hợp lý trong quy định của Hoa Kỳ về kiểm tra đối với cá da trơn và khả năng khởi kiện của Việt Nam	TRẦN VANG PHỦ	7	78
128.	Thẩm quyền trong các vụ kiện Facebook của tòa án Pháp: Gợi mở với Việt Nam	LÝ VĂN ANH	9	75
129.	Vai trò của các tổ chức đại diện người lao động trong doanh nghiệp theo pháp luật một số nước thành viên TPP và gợi mở cho Việt Nam	HOÀNG KIM KHUYÊN	10	79
<b>VII Quyền con người</b>				
130.	Cơ quan nhân quyền quốc gia ở một số nước Đông Nam Á và những kinh nghiệm cho Việt Nam	VŨ CÔNG GIAO NGUYỄN MINH TÂM	1	3
131.	Các yếu tố quyết định đến sự lựa chọn mô hình cơ quan nhân quyền quốc gia ở Việt Nam hiện nay	TƯỜNG DUY KIÊN	2	32
132.	Căn cứ pháp lý của quyền được chết trong pháp luật quốc tế và hướng đi cho Việt Nam	NGUYỄN TIÊN ĐỨC	8	79
133.	Xây dựng pháp luật về chuyển đổi giới tính với phương pháp tiếp cận dựa trên quyền	ĐẬU CÔNG HIỆP	11	18
<b>VIII Góp ý Dự thảo văn bản quy phạm pháp luật</b>				
134.	Về loại hình hội không có tư cách pháp nhân và một số góp ý cho Dự thảo Luật về Hội	NGUYỄN VĂN QUẢN	2	72
135.	Một số góp ý cho Dự thảo Luật Ban hành quyết định hành chính	NGUYỄN HOÀNG YẾN NGUYỄN THỊ BÍCH PHƯƠNG	3	73
136.	Một số ý kiến về Dự thảo Nghị định quy định điều kiện kinh doanh mua bán nợ	PHẠM THỊ GIANG THU	4	81
<b>IX Thông tin khoa học pháp lý</b>				
137.	Một số vấn đề cơ bản trong nghiên cứu về quyền động vật	ĐẬU CÔNG HIỆP	1	78
138.	Bài phát biểu của đồng chí Trần Đại Quang, Ủy viên Bộ Chính trị, Chủ tịch nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam tại buổi thăm và làm việc với Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam (Hà Nội, ngày 18/5/2016)	TRẦN ĐẠI QUANG	6	3
139.	Diễn văn của Chủ tịch Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam GS.TS. Nguyễn Quang Thuấn (trong Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam 18/5/2016)	NGUYỄN QUANG THUẤN	6	6
140.	Pháp luật về kiểm soát tài sản, thu nhập của người có chức vụ, quyền hạn trên thế giới và ở Việt Nam hiện nay	VŨ CÔNG GIAO ĐỖ THU HUYỀN	12	74