

THÔNG RA MẬT KÓ
12(368)
2018
NĂM THỨ 47
TỔNG BIÊN TẬP
PGS.TS. LÊ MAI THANH
PHÓ TỔNG BIÊN TẬP
TS. TRẦN VĂN BIÊN
HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP
GS.TSKH. ĐÀO TRẦN C
PGS.TS. BÙI XUÂN C
PGS.TS. PHẠM HỒNG H
PGS.TS. TRẦN C
PGS.TS. HÀ TH
PGS.TS. PH
PGS.TS. NGUYỄN NH
PGS.TS. L
PGS.TS. NGUYỄN TR
GS.TS. V
PGS.TS. Đ
Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội
Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn
Giấy phép ho
bố ch
BTTTT, ngày 22/4/2013
In tại Công ty in Thủy lợi
Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ THÁI VĨNH THẮNG: Chế định nguyên thủ quốc gia qua các bản Hiến pháp Việt Nam dưới góc nhìn tham chiếu	3
❖ NGUYỄN HOÀNG YẾN: Xử lý kết quả đối thoại trong tổ tụng hành chính	9

LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

❖ ĐINH HOÀNG QUANG: Biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015	18
--	----

LUẬT KINH TẾ, LUẬT LAO ĐỘNG, LUẬT ĐẤT ĐAI

❖ NGUYỄN NHƯ PHÁT: Hiệu quả pháp luật doanh nghiệp	26
❖ PHAN THÀNH NHÂN – ĐỖ THỊ NHUNG: Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp: Thực trạng pháp luật và hướng hoàn thiện	36
❖ PHẠM THỊ GIANG THU: Rào cản pháp lý trong huy động, tiếp cận nguồn lực về vốn của doanh nghiệp khởi nghiệp	46
❖ LÊ THỊ HOÀI THU: Bảo vệ lao động nữ nhằm mục tiêu bình đẳng giới trong pháp luật lao động Việt Nam	59
❖ NGUYỄN THỊ NGÀ: Bất cập trong các quy định về chủ thể sử dụng đất của Luật Đất đai năm 2013	68

QUYỀN CON NGƯỜI

❖ NGUYỄN LINH GIANG: Nguyên tắc “Biên độ đánh giá” đối với các quốc gia trong án lệ của Tòa án Nhân quyền châu Âu	76
---	----

TỔNG MỤC LỤC NĂM 2018	85
------------------------------	-----------

MONTHLY ISSUE
12(368)
2018
47TH 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
<i>Office of the Editorial Board:</i> 27 Tran Xuan Soan Ha Noi <i>Tel: 024.39713333</i> <i>Fax: 024.39764534</i> <i>Email:</i> <i>tcnnpl@isl.gov.vn</i>
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	
CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW	
❖ THAI VINH THANG: Head of state regime under the Constitutions of Vietnam through the comparative perspective	3
❖ NGUYEN HOANG YEN: Handling dialogue outcomes in administrative procedure	9
CRIMINAL PROCEDURE LAW	
❖ DINH HOANG QUANG: Residential confinement measure under the 2015 Criminal Procedure Code	18
ECONOMIC LAW, LABOR LAW, LAND LAW	
❖ NGUYEN NHU PHAT: Effectiveness of the law on enterprises	26
❖ PHAN THANH NHAN – DO THI NHUNG: Legal representative of enterprise: Current situation and direction for improvement	36
❖ PHAM THI GIANG THU: Legal barriers in raising and access to capital resource of start-up enterprises	46
❖ LE THI HOAI THU: Protection of women workers to ensure gender equality under Vietnam's labor law	59
❖ NGUYEN THI NGA: Shortcomings of regulations on land users under the 2013 Land Law	68
HUMAN RIGHTS	
❖ NGUYEN LINH GIANG: The principle of “margin of appreciation” of States in the case law of the European Court of Human Rights	76
GENERAL INDEX OF STATE AND LAW REVIEW IN 2018	85

CHẾ ĐỊNH NGUYÊN THỦ QUỐC GIA QUA CÁC BẢN HIẾN PHÁP VIỆT NAM DƯỚI GÓC NHÌN THAM CHIẾU

*Thái Vĩnh Thắng**

Tóm tắt: Bài viết phân tích chế định nguyên thủ quốc gia qua các bản Hiến pháp Việt Nam dưới góc nhìn tham chiếu và chỉ ra xu hướng của các nước lớn (Mỹ, Pháp, Nga, Trung Quốc) trên thế giới hiện nay là tăng cường vai trò của người đứng đầu Nhà nước, từ đó khẳng định việc Tổng bí thư Đảng cầm quyền đồng thời giữ chức vụ Chủ tịch nước là phù hợp với xu hướng của thế giới đương đại và phù hợp với yêu cầu thực tiễn hiện nay ở Việt Nam.

Abstract: The article analyzes head of state regime under the Constitutions of Vietnam through the comparative perspective and points out that the mainstream of big nations (the United States of America, France, Russia, and China) in the world is to strengthen the authority of Head of State, thereby it asserts that the combination of Head of the State and Head of the Party is in line with the world's contemporary trend and pragmatic requirements in Vietnam.

1. Hiến pháp năm 1946 và mô hình Nguyên thủ quốc gia đứng đầu Chính phủ

Hiến pháp năm 1946 đã chọn mô hình Chính phủ do nguyên thủ quốc gia đứng đầu. Theo quy định tại Điều 44, Chính phủ gồm Chủ tịch nước Việt Nam dân chủ cộng hòa, Phó Chủ tịch nước và nội các. Nội các có Thủ tướng, các Bộ trưởng, Thứ trưởng, có thể có Phó Thủ tướng. Chủ tịch nước có quyền yêu cầu Nghị viện thảo luận lại luật. Hiến pháp năm 1946 của Việt Nam đã sáng tạo ra một chính thể cộng hòa có nhiều yếu tố của chế độ cộng hòa tổng thống, tuy nhiên không hề sao chép nguyên bản của bất kỳ một chính thể cộng hòa tổng thống hoặc cộng hòa lưỡng tính nào. Theo Hiến pháp năm 1946, sau khi thông qua dự luật, Nghị viện chuyển dự luật cho Chủ tịch nước để công bố. Trong vòng 10 ngày kể từ khi nhận được dự luật để công bố, Chủ tịch nước có quyền yêu cầu Nghị viện xem xét lại dự luật đã được Nghị viện thông qua.

Đây là một cơ chế cần thiết để tránh các sai sót và tính bất hợp hiến có thể có của một dự luật trước khi công bố chính thức.

Mô hình nguyên thủ quốc gia đứng đầu Chính phủ là mô hình tập trung quyền lực cho người đứng đầu Nhà nước vì người đứng đầu Nhà nước đồng thời là người đứng đầu Chính phủ. Trong bối cảnh năm 1946, việc tập trung quyền lực cho người đứng đầu Nhà nước càng thuận lợi hơn do người đứng đầu Nhà nước cũng là người đứng đầu đảng cầm quyền. Ở Việt Nam trong thời kỳ phong kiến, vị vua nổi tiếng có tài trị nước là vua Lê Thánh Tông đã áp dụng mô hình Nhà nước do nguyên thủ quốc gia đứng đầu (1460 - 1497). Theo nhà nghiên cứu Lê Đức Tiết, trước vua Lê Thánh Tông, các vua thường giao quyền trực tiếp điều khiển quan lại cho một vị tể tướng, còn gọi là tướng quốc. Theo dụ “Hiệu định quan chế” (còn gọi là Hoàng triều quan chế) để trực tiếp cai quản đội ngũ quan lại, vua Lê Thánh Tông đã bỏ chức tể tướng. Bằng cách đó, nhà vua buộc mình phải trực tiếp xem xét, đánh giá năng lực,

* GS.TS., Đại học luật Hà Nội.

trình độ, cất nhắc, lựa chọn, sử dụng các quan lại chủ chốt dưới quyền¹.

Khi hình thành chế độ cộng hòa, nguyên tắc phân chia quyền lực giữa ba nhánh lập pháp, hành pháp và tư pháp được xác lập. Mô hình nguyên thủ quốc gia là Tổng thống đứng đầu Chính phủ được xác lập theo Hiến pháp năm 1787 của Hoa Kỳ, hiện nay đang thịnh hành ở 46 quốc gia trên thế giới và là một trong những mô hình Chính phủ có hiệu quả và ảnh hưởng nhất trên thế giới. Theo thống kê của nhà nghiên cứu Chu Dương², các Nhà nước sau đây có hình thức chính thể cộng hòa tổng thống: Hoa Kỳ, Argentina, Angola, Benin, Bolivia, Botswana, Brazil, Burundi, Chile, Colombia, Costa Rica, Congo, Zambia, Zimbabwe, Dominica, El Salvador, Ecuador, Eritrea, Ghana, Guinea – Bissau, Guatemala, Guyana, Honduras, Indonesia, Kenya, Kiribati, Liberia, Malawi, Maldives, Mexico, South Africa, Nicaragua, Nigeria, Panama, Palau, Philippines, Ship, Venezuela, Sierra Leone, Turkmenistan, Uzbekistan, Uruguay, Sudan, Syria, Seychelles. Qua số liệu trên đây, có thể thấy mô hình cộng hòa tổng thống khá phổ biến trên thế giới, đặc biệt tại các nước châu Mỹ La tinh, các nước Đông Nam Á và Tây Á.

Đặc trưng cơ bản nhất của mô hình này là Tổng thống do dân bầu ra có thể trực tiếp hoặc gián tiếp. Ở Hoa Kỳ, nhân dân bầu Tổng thống một cách gián tiếp. Các nhà lập hiến Hoa Kỳ quan niệm rằng bầu cử gián tiếp đã thông qua một bộ lọc là các đại cử tri, thường được coi là thông thái hơn các cử tri đại trà. Giải pháp bầu cử thông qua đại cử tri là sự thỏa hiệp và sáng kiến của Hội

ngị lập hiến nhằm có được cử tri đủ nhận thức, theo tỷ lệ của các tiểu bang và Tổng thống không phụ thuộc vào Quốc hội³. Cũng có ý kiến cho rằng, cuộc bầu cử phải do toàn thể dân chúng tham gia, nhưng như vậy bầu cử sẽ được thực hiện bởi những người ít hiểu biết nhất về tư cách và phẩm chất của ứng viên. Sau các cuộc tranh luận, Hội nghị lập hiến đã quyết định lựa chọn phương pháp bầu Tổng thống theo như cách J.Madison (Tổng thống thứ 4 của Hoa Kỳ) đã đề ra: Cử tri bầu ra đại cử tri và đại cử tri sẽ bầu ra Tổng thống⁴. Việc người đứng đầu cơ quan hành pháp cũng do nhân dân bầu chứ không phải do Nghị viện bầu ra đã tạo ra thế cân bằng quyền lực giữa cơ quan lập pháp và cơ quan hành pháp. Tổng thống không chỉ đứng đầu cơ quan hành pháp mà còn có thể can thiệp vào hoạt động lập pháp bằng quyền phủ quyết dự luật và quyền “đặt hàng” làm luật bằng thông điệp vào đầu nhiệm kỳ và thông điệp hàng năm. Theo số liệu thống kê, hầu hết các Tổng thống Hoa Kỳ đều dùng quyền phủ quyết dự luật. Trong các Tổng thống Mỹ, lập kỷ lục là Tổng thống Franklin Roosevelt trong gần 4 nhiệm kỳ của mình đã phủ quyết 635 dự luật, trong số đó chỉ có 9 dự luật trở thành luật. Tổng thống Glover Cleveland trong 2 nhiệm kỳ đã phủ quyết 584 dự luật, Quốc hội chỉ khôi phục được 7 dự luật trong số đó. Tổng thống Harry S. Truman trong hai nhiệm kỳ đã phủ quyết 250 dự luật, Quốc hội chỉ khôi phục được 12 dự luật. Tổng thống Dwight D. Eisenhower đã phủ quyết 181 dự luật, Quốc hội chỉ khôi phục được 2 dự luật. Tổng thống Ronald Reagan đã phủ quyết 78 dự luật, Quốc hội chỉ khôi phục

¹ Lê Đức Tiệt, *Lê Thánh Tông - vị vua anh minh, nhà cách tân vĩ đại*, Nxb. Tư pháp, 2007, tr.23.

² Chu Dương, *Thế chế nhà nước của các quốc gia trên thế giới*, Nxb. Tư pháp, 2005, tr. 854-861.

³ Xem Nguyễn Cảnh Bình dịch và giới thiệu, “*Hiến pháp Mỹ được làm ra như thế nào*”, Nxb. Thế giới, 2003, tr. 205.

⁴ Xem Nguyễn Cảnh Bình dịch và giới thiệu, *tlđđ*, tr. 217, 219.

được 9 dự luật trong số đó⁵. Trong mỗi nhiệm kỳ, trung bình khoảng 42 dự luật bị Tổng thống phủ quyết.

Trong thực tiễn, nguyên tắc kiềm chế, đối trọng đã tạo ra thế cân bằng quyền lực khi thực hiện chức năng nhiệm vụ của các nhánh quyền lực⁶. Ví dụ, khi Tổng thống bổ nhiệm các bộ trưởng và các quan chức cao cấp với sự phê chuẩn của Thượng viện, nếu Thượng viện gây khó khăn thì đối lại Tổng thống cũng có thể phủ quyết các dự luật của Nghị viện. Đứng đầu chính quyền hành pháp và đứng đầu Nhà nước, Tổng thống nắm cả quyền lực đối nội và đối ngoại, trở thành trung tâm của quyền lực nhà nước. Trong trường hợp Tổng thống lạm dụng quyền lực, Hạ viện sẽ buộc tội, Thượng viện sẽ xét xử theo thủ tục đàn hạch để phế truất chức vụ Tổng thống. Đã có 3 vị Tổng thống Hoa Kỳ bị xét xử theo thủ tục đàn hạch là Andrew Johnson, Richard Nixon và Bill Clinton, trong đó có Richard Nixon bị phế truất chức vụ Tổng thống trước thời hạn.

2. Hiến pháp năm 1959 và mô hình nguyên thủ quốc gia chia sẻ quyền hành pháp với Thủ tướng

Theo Hiến pháp năm 1959, Chính phủ được xây dựng theo mô hình nguyên thủ quốc gia chia sẻ quyền hành pháp với Thủ tướng. Mô hình này thường thấy trong chính thể cộng hòa lưỡng tính, mà điển hình là Pháp và Nga. Theo Hiến pháp năm 1959, Thủ tướng đứng đầu Chính phủ, tuy nhiên theo quy định tại Điều 66, Chủ tịch nước Việt Nam dân chủ cộng hòa khi xét thấy cần thiết, có quyền tham dự và chủ tọa các phiên họp của Hội đồng Chính phủ. Ngoài

ra, theo quy định tại Điều 67, Chủ tịch nước Việt Nam dân chủ cộng hòa khi xét thấy cần thiết thì triệu tập và chủ tọa Hội nghị chính trị đặc biệt. Theo quy định của Hiến pháp năm 1959, vào năm 1964, Chủ tịch nước Hồ Chí Minh đã triệu tập Hội nghị chính trị đặc biệt để bàn các quyết sách nhằm giải phóng miền Nam, thống nhất đất nước.

Trong các mô hình Nhà nước đương đại, mô hình chia sẻ quyền hành pháp giữa nguyên thủ quốc gia và Thủ tướng cũng tồn tại ở nhiều nước trên thế giới. Giữa hai chính thể cộng hòa tổng thống và cộng hòa nghị viện, có một chính thể kết hợp được ưu điểm của hai chính thể này là chính thể cộng hòa lưỡng tính, hay còn gọi là chính thể cộng hòa bán tổng thống (Semi - Presidential republic). Chính thể cộng hòa lưỡng tính hiện đang tồn tại ở 56 quốc gia trên thế giới, bao gồm các nước sau đây: Pháp, Nga, Armenia, Azerbaijan, Egypt, Algeria, Poland, Belarus, Burkina, Cameroon, Saudi Arabia, Capve, Como, Côte D' Ivoire, Croatia, Gabon, Guinea, Guinea - Bussau, Georgia, Guyana, Haiti, Korea (South Korea), Kazakstan, Kirgystan, Liban, Madagaskar, Mali, Mozambique, Mauritania, Mondova, Mongolia, Namibia, Niger, Pakistan, Palestine, Peru, Finland, Ruanda, Rumania, Sat, Tanzania, Tajikistan, Togo, Central Africa, Tunisia, Ukraine, Uganda, Sarauy, Sao Tome và Principe, Senegal, Somali, Sri Lanka, Suriname, Yemen⁷.

Chính thể cộng hòa lưỡng tính khá phổ biến ở các nước châu Âu, đặc biệt là các nước thuộc Liên Xô cũ và các nước xã hội chủ nghĩa Đông Âu cũ chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường, các nước châu Phi. Tổng

⁵ Xem: Michael A.Genovese, *The power of the American Presidency 1789-2000*, Oxford University Press, New York, 2001, p. 155 -157.

⁶ Samuel Kernell and Gary C. Jacobson, *The logic of american politics* (Bản dịch), Nxb. Chính trị quốc gia, 2007, tr. 296.

⁷ Samuel Kernell and Gary C. Jacobson, *The logic of american politics*, (Bản dịch), Nxb. Chính trị quốc gia, 2007, tr.854 -861.

thống Pháp và Nga đều do dân bầu trực tiếp, đây là yếu tố của chế độ cộng hòa tổng thống, tuy nhiên ở Pháp và Nga đều có định chế Thủ tướng đứng đầu Chính phủ. Quyền hành pháp được chia sẻ giữa Thủ tướng và Tổng thống. Một nhà nghiên cứu về chính thể đã viết rằng: Trong chính thể cộng hòa lưỡng tính, Thủ tướng chỉ huy dàn nhạc, nhưng dàn nhạc đó chỉ biểu diễn những bản nhạc do Tổng thống viết ra⁸. Hiến pháp năm 1946 và 1959 của Việt Nam cũng đã sáng tạo ra một chính thể cộng hòa lưỡng tính, tuy nhiên không hề sao chép nguyên bản của bất kỳ một chính thể cộng hòa lưỡng tính nào.

3. Hiến pháp năm 1980 và chế định nguyên thủ quốc gia tập thể

Vào những năm 60 và 70 của thế kỷ XX, khi Liên Xô được coi là thành trì của chủ nghĩa xã hội, là nước giúp đỡ Việt Nam nhiều nhất trong công cuộc xây dựng chủ nghĩa xã hội ở miền Bắc và công cuộc kháng chiến chống Mỹ cứu nước, ảnh hưởng của Liên Xô đối với Việt Nam là rất lớn. Cũng như nhiều chế định khác, chế định Chủ tịch nước chịu ảnh hưởng sâu sắc của Hiến pháp Liên Xô năm 1977. Chế định Chủ tịch nước và Ủy ban thường vụ Quốc hội (UBTVQH) theo Hiến pháp năm 1959 được nhập vào trong một chế định được gọi là Hội đồng Nhà nước. Theo quy định tại Điều 98 Hiến pháp năm 1980, Hội đồng Nhà nước là cơ quan cao nhất hoạt động thường xuyên của Quốc hội, là Chủ tịch tập thể của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Hội đồng Nhà nước có quyền hạn rất lớn:

-Tuyên bố và chủ trì việc bầu cử đại biểu Quốc hội;

- Triệu tập các kỳ họp của Quốc hội;
- Công bố luật;
- Ra pháp lệnh;
- Giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh;
- Quyết định việc trưng cầu ý kiến nhân dân;

- Giám sát công tác của Hội đồng Bộ trưởng (Chính phủ), của Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao;

- Đình chỉ việc thi hành, sửa đổi hoặc bãi bỏ những Nghị quyết, Nghị định, Quyết định của Hội đồng Bộ trưởng trái với Hiến pháp, Luật và Pháp lệnh;

- Giám sát và hướng dẫn hoạt động của Hội đồng nhân dân các cấp, nhằm phát huy chức năng cơ quan đại biểu nhân dân của Hội đồng nhân dân;

- Sửa đổi hoặc bãi bỏ những nghị quyết không thích đáng của Hội đồng nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và cấp tương đương; giải tán các Hội đồng nói trên trong trường hợp các Hội đồng đó làm thiệt hại nghiêm trọng đến quyền lợi của nhân dân;

- Trong thời gian Quốc hội không họp quyết định việc thành lập hoặc giải thể các Bộ, các Ủy ban Nhà nước;

- Trong thời gian Quốc hội không họp, cử và bãi miễn các Phó Chủ tịch Hội đồng bộ trưởng, các Bộ trưởng, các Chủ nhiệm Ủy ban Nhà nước;

- Cử và bãi miễn các Phó Chánh án, Thẩm phán và Hội thẩm nhân dân của Tòa án nhân dân tối cao; cử và bãi miễn các Phó Viện trưởng và kiểm sát viên Viện kiểm sát nhân dân tối cao;

- Bổ nhiệm, bãi miễn và triệu hồi các đại diện tòa quyền ngoại giao của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài và các tổ chức quốc tế;

- Tiếp nhận các đại diện toàn quyền ngoại giao của nước ngoài;

⁸ *Bureaucratic tradition, semi-presidential rule and parliamentary government: The case of Finland*, European journal of political research; 1988, vol 16, n^o2.

- Phê chuẩn hoặc bãi bỏ những hiệp ước quốc tế, trừ trường hợp xét thấy cần trình Quốc hội quyết định;
- Quy định hàm và cấp quân sự, ngoại giao và các hàm cấp khác;
- Quy định và quyết định việc tặng thưởng huân chương, huy chương và danh hiệu vinh dự nhà nước;
- Quyết định đặc xá;
- Trong thời gian Quốc hội không họp, tuyên bố tình trạng chiến tranh khi nước nhà bị xâm lược;
- Quyết định tổng động viên hoặc động viên cục bộ, việc giới nghiêm trong toàn quốc hoặc trong từng địa phương.

Những quyết định của Hội đồng Nhà nước liên quan đến việc thành lập hoặc bãi bỏ các bộ, Ủy ban Nhà nước, cử và bãi miễn các Phó Chủ tịch Hội đồng bộ trưởng, các Bộ trưởng và Chủ nhiệm Ủy ban Nhà nước và việc tuyên bố tình trạng chiến tranh phải trình Quốc hội phê chuẩn trong kỳ họp gần nhất của Quốc hội.

Thẩm quyền của Hội đồng Nhà nước rộng do thiết chế này thực hiện chức năng của hai cơ quan là UBTVQH và Chủ tịch nước. Hạn chế cơ bản của thiết chế Chủ tịch nước tập thể so với thiết chế Chủ tịch nước cá nhân là sự kém nhanh nhạy, nguyên nhân chủ yếu là Hội đồng Nhà nước là thiết chế tập thể nên các quyết định đều phải trên cơ sở họp, thảo luận và phải được sự đồng thuận của đa số thành viên nên thường không đáp ứng được tình hình có tính khẩn cấp và phản ứng nhanh, tức thời. Ngoài ra, hoạt động đối ngoại cũng bất tiện khi tiếp đón hoặc hội đàm với nguyên thủ quốc gia là cá nhân. Có lẽ vì thế mà thiết chế này không phổ biến trong quá khứ và cũng rất hiếm hoi thời hiện đại. Vì vậy, khi xây dựng Hiến pháp năm 1992, chúng ta đã chuyển từ thiết chế Chủ tịch nước tập thể sang thiết chế Chủ tịch nước là cá nhân.

4. Hiến pháp năm 1992 (sửa đổi, bổ sung năm 2001), Hiến pháp năm 2013 và mô hình nguyên thủ quốc gia có quyền lực hạn chế

Mô hình nguyên thủ quốc gia có quyền lực hạn chế chủ yếu liên quan đến hai mô hình chính thể là cộng hòa nghị viện (Parliamentary Republic) và quân chủ lập hiến (Constitutional Monarchy). Mô hình cộng hòa nghị viện hiện nay đang tồn tại ở 34 quốc gia trên thế giới, ở các nước: Iceland, Albania, Austria, Ireland, India, Bangladesh, Portugal, Hungary, Dominica, Timor East, Germany, Ethiopia, Estonia, Hungary, Greece, Italia, Israel, Latvia, Litva, Maxedonia, Marshall Island, Malta, Micronesia, Moritania, Nauru, Fiji, Sec, Turkey, Switzerland, Vanuatu, San Marino, Singapor, Slovakia, Slovenia⁹. Đặc điểm của mô hình cộng hòa nghị viện là Chính phủ được thành lập trên cơ sở bầu cử nghị viện, đảng chiếm đa số trong Nghị viện sẽ được quyền thành lập Chính phủ và Thủ tướng là thủ lĩnh của đảng chiếm ưu thế trong Nghị viện. Trường hợp không có đảng nào chiếm đa số, Đảng có ưu thế nhất sẽ liên kết với một đảng khác để thành lập chính phủ liên hợp. Việc kiểm soát quyền lực được thể hiện qua cơ chế kiểm chế đối trọng, theo đó Nghị viện có thể bỏ phiếu không tín nhiệm Chính phủ, buộc Chính phủ phải giải tán và ngược lại, theo đề nghị của Thủ tướng có thể giải tán Hạ viện. Một đạo luật do Nghị viện làm ra nếu vi hiến có thể bị tòa án hiến pháp tuyên bố là vi hiến và làm vô hiệu hóa đạo luật đó. Trong chính thể cộng hòa nghị viện, Thủ tướng có quyền lực rất lớn do là thủ lĩnh của đảng chiếm ưu thế trong Nghị viện, có chỗ dựa là đa số trong Nghị viện. Việc kiểm soát quyền lực ở

⁹ Chu Dương, *Thế chế chính trị của các quốc gia trên thế giới*, Nxb. Tư pháp, 2005, tr. 854-861.

những nước này dựa trên nguyên tắc phân chia quyền lực mềm dẻo, Nghị viện có Thanh tra Nghị viện (Ombudsman) và Kiểm toán Nghị viện (Parliamentary Audit) là công cụ đặc lực để kiểm soát quyền hành pháp. Tòa án Hiến pháp là công cụ đặc lực bảo vệ Hiến pháp, bảo vệ các quyền con người và công dân.

Một chính thể khác mà quyền lực của nguyên thủ quốc gia mang tính hình thức cũng rất thông dụng trong thời đại ngày nay là chính thể quân chủ lập hiến. Trước đây, các nhà khoa học Nga cho rằng, ở những nước mà cách mạng dân chủ tư sản không giành được thắng lợi triệt để thì tạo nên hình thức chính thể này vì nó là sự thỏa hiệp giữa giai cấp tư sản đang lên và thể lực phong kiến đang lụi tàn. Tuy nhiên, thời gian người ta thấy rằng hình thức chính thể này cũng có những ưu việt của nó. Bên cạnh một Thủ tướng đứng đầu Chính phủ có nhiều quyền lực nhưng chỉ tồn tại không quá hai nhiệm kỳ và có thể bị Nghị viện bỏ phiếu bất tín nhiệm để bãi chức bất kỳ khi nào, tồn tại một vị vua tuy quyền lực hạn chế nhưng giữ quyền lực suốt đời. Hai thiết chế này bổ sung cho nhau để tạo thành một cơ chế thực hiện quyền hành pháp một cách hợp lý. Đây là lý do giải thích tại sao trên thế giới ngày nay vẫn có 35 quốc gia theo chính thể này: Anh, Nhật, Thụy Điển, Tây Ban Nha, Bỉ, Hà Lan, Thái Lan, Brunei, Andorra, Australia, Antigua and Barbuda, Bahama, Bahrain, Barbados, Belize, Belgique, Buhtan, Canada, Qata, Campuchia, Kuwait Lesotho, Liechtenstein, Malaysia, Luxembourg. Oman, Papua New Guinea, Tonga, Trinidad and Tobago, Tuvalu, Vatican, Samoa, Vincent and Grenadines, Cent Lusua, Solomon Islands¹⁰.

¹⁰ Chu Dương, *Thế chế chính trị của các quốc gia trên thế giới*, Nxb. Tư pháp, 2005, tr. 854-861.

Theo Hiến pháp của Việt Nam năm 1992 và 2013, Chế định Chủ tịch nước thuộc nhóm nguyên thủ quốc gia có quyền lực hạn chế (quyền lực không lớn). Chủ tịch nước Việt Nam không đứng đầu chính quyền hành pháp và không có quyền phủ quyết dự luật như Tổng thống Hoa Kỳ; không có quyền giải tán một bộ phận nào của Quốc hội như quyền giải tán Hạ viện của Tổng thống Nga, Pháp, Italia; không có quyền triệu tập và chủ tọa các phiên họp của Chính phủ, không chia sẻ quyền hành pháp với Thủ tướng như Pháp, Nga, Hàn Quốc và một số nước khác. Tuy nhiên, kể từ khi Quốc hội bầu Tổng Bí thư Đảng cộng sản Việt Nam Nguyễn Phú Trọng làm Chủ tịch nước, quyền lực thực tế của Chủ tịch nước sẽ lớn hơn trước đây rất nhiều; quyền lực này có được nhờ người đứng đầu Nhà nước đồng thời là người đứng đầu Đảng cầm quyền.

5. Một số gợi mở về mô hình nguyên thủ quốc gia

Trong các mô hình nguyên thủ quốc gia, chúng ta thấy hai mô hình được lựa chọn nhiều nhất là mô hình cộng hòa lưỡng tính và mô hình cộng hòa tổng thống. Hai mô hình này cũng là mô hình nguyên thủ quốc gia chúng ta đã lựa chọn theo Hiến pháp năm 1959 và Hiến pháp năm 1946. Đây là mô hình mà người đứng đầu Nhà nước có quyền lực lớn và được nhiều cường quốc lựa chọn như Mỹ, Pháp, Nga, Trung Quốc, Hàn Quốc. Một mô hình khác là mô hình nguyên thủ quốc gia quyền lực hạn chế nhưng Thủ tướng phải có nhiều quyền lực, do đó Thủ tướng phải là thủ lĩnh của đảng chiếm ưu thế trong nghị viện. Đây là mô hình mà nhiều nước đã lựa chọn như Đức, Anh, Thái Lan, Malaysia... Riêng về mô hình của Hoa Kỳ, chắc không ít người đã đặt câu hỏi vì sao Hiến pháp Hoa Kỳ tồn tại lâu như vậy. Việc Hiến pháp Hoa Kỳ đã tồn

(Xem tiếp trang 17)

XỬ LÝ KẾT QUẢ ĐỐI THOẠI TRONG TỔ TỤNG HÀNH CHÍNH

Nguyễn Hoàng Yến*

Tóm tắt: Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015 với các quy định chặt chẽ, cụ thể về thủ tục đối thoại nói chung và xử lý kết quả đối thoại nói riêng đã bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các đương sự và góp phần nâng cao hiệu quả của hoạt động xét xử. Bên cạnh những mặt tích cực, quy định hiện hành về xử lý kết quả đối thoại vẫn còn tồn tại một số vướng mắc, hạn chế nhất định. Bài viết phân tích các quy định pháp luật tổ tụng hành chính hiện hành, đánh giá các bất cập, hạn chế và đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện các quy định này.

Abstract: The 2015 Law on Administrative Procedure has provided more detailed and stringent regulations on procedures for dialogue and handling of outcomes thereof to ensure legitimate rights and interests of the litigants and contribute to the enhancement of effectiveness of trial. Besides positive results, current regulations on the handling of dialogue outcomes have certain shortcomings and ambiguity. The article analyzes regulations under the current Administrative Procedure Law, assesses shortcomings, limitations thereof, and makes proposals for the improvement of relevant regulations.

1. Xử lý kết quả đối thoại theo quy định của Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015

Đối thoại được xem là thủ tục đặc thù của tổ tụng hành chính nhằm giúp các bên đương sự hiểu rõ hơn về nội dung vụ án, từ đó có các quyết định phù hợp. Sau khi đối thoại, tùy thuộc vào ý chí của đương sự mà tòa án sẽ có cách thức xử lý khác nhau. Xử lý kết quả đối thoại là một trong những nội dung mới quan trọng được quy định tại Điều 140 và khoản 3 Điều 249 của Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015 (Luật TTHC).

1.1. Xử lý kết quả đối thoại trong giải quyết vụ án hành chính theo thủ tục thông thường

Vụ án hành chính được giải quyết theo thủ tục thông thường là những vụ án được tiến hành theo trình tự, thủ tục, thời hạn chung do pháp luật quy định. Thuật ngữ này

được Luật TTHC sử dụng để phân biệt với giải quyết vụ án hành chính theo thủ tục rút gọn. Đối với những vụ án giải quyết theo thủ tục thông thường, trong thời hạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm, tòa án tiến hành đối thoại để các đương sự thống nhất với nhau về việc giải quyết vụ án, trừ những vụ án không tiến hành đối thoại được, vụ án khiếu kiện về danh sách cử tri, vụ án xét xử theo thủ tục rút gọn được quy định tại các điều 135, 198 và 246 của Luật TTHC¹. Sau khi các bên tiến hành đối thoại, kết quả đối thoại được xử lý theo quy định tại Điều 140 của Luật TTHC, cụ thể như sau:

Thứ nhất, trong trường hợp qua đối thoại mà người khởi kiện vẫn giữ yêu cầu khởi kiện, người bị kiện giữ nguyên quyết định, hành vi bị khởi kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập vẫn giữ nguyên yêu cầu.

* ThS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Theo khoản 1 Điều 134 Luật TTHC.

Đối thoại trong tố tụng hành chính là cuộc gặp gỡ giữa các bên đương sự nhằm làm rõ các vấn đề liên quan đến nội dung vụ án. Qua đối thoại, các bên đương sự có thể đi đến thống nhất với nhau về việc giải quyết vụ án hành chính hoặc vẫn giữ nguyên ý kiến của mình. Nếu người khởi kiện vẫn giữ yêu cầu khởi kiện, người bị kiện giữ nguyên quyết định, hành vi bị khởi kiện, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập vẫn giữ nguyên yêu cầu, theo quy định tại khoản 1 Điều 140 của Luật TTHC, thẩm phán sẽ tiến hành các thủ tục để mở phiên tòa xét xử vụ án. Đây được xem là trường hợp các đương sự đối thoại không thành công, vụ án sẽ được đưa ra xét xử tại phiên tòa xét xử sơ thẩm.

Thứ hai, trường hợp qua đối thoại mà người khởi kiện tự nguyện rút đơn khởi kiện.

Sau khi được tiếp cận, công khai tài liệu, chứng cứ, nghe ý kiến của người bị kiện về yêu cầu khởi kiện, căn cứ ban hành quyết định, thực hiện hành vi bị khởi kiện, người khởi kiện có đầy đủ điều kiện cơ bản để xác định tính hợp pháp, tính có căn cứ trong yêu cầu khởi kiện của mình. Qua đối thoại, nếu người khởi kiện tự nguyện rút đơn khởi kiện, theo quy định tại khoản 2 Điều 140, thẩm phán lập biên bản về việc người khởi kiện rút đơn khởi kiện, ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án đối với yêu cầu của người khởi kiện. Việc người khởi kiện tự nguyện rút đơn khởi kiện tại phiên họp đối thoại được xem là vụ việc đối thoại thành², việc giải quyết vụ án sẽ chấm dứt. Đây là quyền quyết định và tự định đoạt của người khởi kiện. Sau khi tòa án ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án, người khởi

kiện được quyền khởi kiện lại vụ án nếu thời hiệu khởi kiện vẫn còn.

Thứ ba, trong trường hợp qua đối thoại mà người bị kiện cam kết sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định bị khởi kiện hoặc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện cam kết rút đơn khởi kiện.

Khi khiếu nại không còn là thủ tục bắt buộc trong tố tụng hành chính, đối thoại được xem là thủ tục giúp cho người bị kiện kiểm tra, xem xét lại quyết định, hành vi bị khởi kiện. Nếu qua đối thoại người bị kiện phát hiện quyết định, hành vi bị khởi kiện có sai sót, họ có thể cam kết sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định hoặc chấm dứt hành vi. Khi cam kết của người bị kiện đáp ứng được nguyện vọng của người khởi kiện và họ cam kết rút đơn khởi kiện, theo quy định tại khoản 3 Điều 140 của Luật TTHC, tòa án sẽ lập biên bản về việc cam kết của đương sự. Trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày lập biên bản, người bị kiện phải gửi cho tòa án quyết định hành chính mới hoặc thông báo về việc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện gửi cho tòa án văn bản rút đơn khởi kiện. Hết thời hạn này mà một trong các đương sự không thực hiện cam kết của mình thì thẩm phán tiến hành các thủ tục để mở phiên tòa xét xử vụ án.

Có thể nhận thấy, đây là quy định rất hợp lý, khắc phục thiếu sót của Luật TTHC năm 2010, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp cho các đương sự, đặc biệt là người khởi kiện trong tố tụng hành chính. Trước đây do Luật TTHC năm 2010 không quy định cụ thể về vấn đề này nên thực tiễn đã phát sinh nhiều bất cập. Tại phiên họp đối thoại, khi người bị kiện cam kết hủy bỏ quyết định hành chính bị khởi kiện, người khởi kiện đã cam kết rút đơn

² Xem mục 2.2 Công văn số 55/TANDTC-PC ngày 20/3/2018 của Tòa án nhân dân tối cao về tiêu chí xác định vụ việc hòa giải, đối thoại thành.

khởi kiện, nhưng vì các lý do khác nhau, người bị kiện lại không thực hiện cam kết. Trong trường hợp này, khi người khởi kiện rút đơn khởi kiện, tòa án đã ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án³. Ở đây, việc rút đơn khởi kiện hoàn toàn không mang tính tự nguyện từ phía người khởi kiện mà là kết quả của một sự cam kết giữa đôi bên. Vì thế, mặc dù quyết định đình chỉ giải quyết của tòa án không trái với quy định pháp luật, nhưng cách thức xử lý này không chỉ ảnh hưởng đến quyền, lợi ích mà còn tạo nên sự bức xúc, không thuyết phục từ phía người khởi kiện.

Ngoài ra, khoản 3 Điều 140 của Luật TTHC đã quy định cụ thể về thủ tục tiến hành khi các bên thực hiện cam kết, theo đó, trường hợp nhận được quyết định hành chính mới hoặc văn bản rút đơn khởi kiện thì tòa án phải thông báo cho các đương sự khác biết. Trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án, nếu các đương sự không có ý kiến phản đối thì thẩm phán ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ việc giải quyết vụ án và gửi ngay cho đương sự, viện kiểm sát cùng cấp.

Quyết định công nhận kết quả đối thoại thành và đình chỉ giải quyết vụ án là kết quả của sự tự nguyện cam kết của hai bên. Bên cạnh đó, trong quá trình thực hiện cam kết, các bên có một khoảng thời gian cần thiết đủ để xem xét, cân nhắc việc thực hiện cam kết này. Do đó, để đảm bảo hiệu lực, hiệu quả của kết quả đối thoại, quyết định công nhận kết quả đối thoại thành và đình chỉ giải quyết vụ án có hiệu lực thì hành ngay và không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm. Trong trường hợp có căn cứ cho rằng nội dung các bên đã thống nhất và cam

kết là do bị nhầm lẫn, lừa dối, đe dọa hoặc trái pháp luật, trái đạo đức xã hội thì quyết định của tòa án có thể được xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm.

1.2. Xử lý kết quả đối thoại trong giải quyết vụ án hành chính theo thủ tục rút gọn

Thủ tục rút gọn trong tố tụng hành chính là thủ tục rút ngắn về thời gian và đơn giản hóa thủ tục so với giải quyết vụ án hành chính thông thường, nhưng khi xuất hiện các điều kiện dựa trên Luật TTHC⁴. Do không chỉ rút ngắn về thời gian mà còn đơn giản hóa về thủ tục giải quyết vụ án hành chính so với thủ tục thông thường nên đối thoại được tiến hành tại phiên tòa sơ thẩm. Theo quy định tại khoản 3 Điều 249 Luật TTHC, sau khi khai mạc phiên tòa, thẩm phán tiến hành đối thoại, trừ trường hợp không tiến hành đối thoại được theo quy định tại Điều 135 của Luật TTHC. Sau khi đối thoại, nếu các đương sự thống nhất được với nhau về việc giải quyết vụ án thì thẩm phán lập biên bản đối thoại thành và ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành theo quy định tại Điều 140 của Luật TTHC. Trường hợp đương sự không thống nhất được với nhau về việc giải quyết vụ án thì thẩm phán tiến hành xét xử.

Qua quy định này có thể nhận thấy, xuất phát từ mục đích, tính chất của thủ tục rút gọn, quy định về xử lý kết quả đối thoại trong thủ tục rút gọn có những điểm khác biệt rất lớn so với thủ tục thông thường. Trong thủ tục thông thường, tại cuộc họp đối thoại, khi người bị kiện và người khởi kiện cùng cam kết về việc giải quyết vụ án⁵, thẩm

³ Theo điểm b khoản 1 Điều 120 của Luật TTHC năm 2010.

⁴ Theo khoản 1 Điều 245 của Luật TTHC.

⁵ Người bị kiện cam kết sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định bị khởi kiện hoặc chấm dứt hành

phán chỉ lập biên bản về việc cam kết của đương sự và dành cho các bên 07 ngày để thực hiện cam kết. Trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án nếu các đương sự không có ý kiến phản đối thì thẩm phán mới ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án. Đối với đối thoại trong thủ tục rút gọn, khi các bên đương sự thống nhất được với nhau về việc giải quyết vụ án hành chính, điều này đồng nghĩa với việc đối thoại đã thành công, khi đó thẩm phán sẽ lập biên bản đối thoại thành và ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành. Quyết định công nhận kết quả đối thoại thành có hiệu lực thi hành ngay và không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm.

2. Một số vướng mắc, bất cập trong quy định về xử lý kết quả đối thoại trong tố tụng hành chính và kiến nghị hoàn thiện

Xử lý kết quả đối thoại được xem là một trong những điểm mới nổi bật của Luật TTHC, góp phần bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các đương sự và nâng cao hiệu quả của hoạt động xét xử, tuy nhiên, qua hơn 02 năm thực hiện, quy định này còn tồn tại một số bất cập, vướng mắc.

Thứ nhất, quy định tại khoản 3 Điều 140 của Luật TTHC chưa rõ ràng dẫn đến sự không thống nhất về cách thức xử lý sau khi các bên đã cam kết về việc giải quyết vụ án

Trong trường hợp qua đối thoại mà người bị kiện cam kết sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định bị khởi kiện hoặc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện cam kết rút đơn khởi kiện, theo quy định tại khoản 3 Điều 140

của Luật TTHC, “*Tòa án lập biên bản về việc cam kết của đương sự. Trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày lập biên bản, người bị kiện phải gửi cho tòa án quyết định hành chính mới hoặc thông báo về việc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện phải gửi cho tòa án văn bản rút đơn khởi kiện. Hết thời hạn này mà một trong các đương sự không thực hiện cam kết của mình thì thẩm phán tiến hành các thủ tục để mở phiên tòa xét xử vụ án*”. Cách thức xử lý của tòa án khi một trong các bên đương sự không thực hiện cam kết theo quy định này là mở phiên tòa xét xử. Tuy nhiên, cũng theo quy định tại khoản 3 Điều 140, “*Trường hợp nhận được quyết định hành chính mới hoặc văn bản rút đơn khởi kiện thì tòa án phải thông báo cho các đương sự khác biết. Trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án, nếu các đương sự không có ý kiến phản đối thì thẩm phán ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ việc giải quyết vụ án và gửi ngay cho đương sự, viện kiểm sát cùng cấp*”. Do nội dung thể hiện không rõ ràng trong cùng một điều luật nên quy định này hiện nay có thể được hiểu và vận dụng theo những cách thức khác nhau dẫn đến mâu thuẫn, không thống nhất trong thực tiễn thực hiện.

Với cách tiếp cận thứ nhất, quy định này được hiểu là trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày lập biên bản về việc cam kết của đương sự, người khởi kiện và người bị kiện phải thực hiện cam kết. Khi người khởi kiện và người bị kiện đã thực hiện cam kết, tòa án sẽ tiến hành thông báo cho các đương sự biết về việc thực hiện cam kết của các bên. Trong thời hạn 7 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án, nếu các đương sự không có ý kiến phản đối về việc thực hiện

vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện cam kết rút đơn khởi kiện.

đó thì thẩm phán ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ việc giải quyết vụ án. Cách tiếp cận này được thể hiện trong Quyết định số 04/2017/QĐST-HC về công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án hành chính của Tòa án nhân dân quận Ninh Kiều (thành phố Cần Thơ) sau đây⁶:

Ngày 01/8/2017, Tòa án nhân dân quận Ninh Kiều (Thành phố Cần Thơ) ban hành Quyết định số 04/2017/QĐST-HC công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án giữa người khởi kiện là ông Nguyễn Hòa B và người bị kiện là Chủ tịch Ủy ban nhân dân phường AH. Bên cạnh biên bản đối thoại ngày 11/7/2017 về việc các đương sự thống nhất với nhau về việc giải quyết toàn bộ vụ án hành chính, cơ sở để ban hành Quyết định này là: *“Người bị kiện đã ban hành quyết định hành chính số 312/2017/QĐ-UBND ngày 14/7/2017 hủy bỏ quyết định hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện đã nộp cho tòa án văn bản rút đơn khởi kiện; đã hết thời hạn 07 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án về việc người bị kiện đã ban hành quyết định hành chính mới và người khởi kiện đã nộp cho Tòa án văn bản rút đơn khởi kiện, không có đương sự nào có ý kiến phản đối”*.

Như vậy, quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án của Tòa án nhân dân quận Ninh Kiều ban hành khi cả người khởi kiện và người bị kiện cùng thực hiện cam kết và ban hành vào thời điểm hết hạn 07 ngày kể từ ngày nhận được thông báo về việc các bên đã thực hiện cam kết mà không có đương sự nào có ý kiến phản đối.

Với cách tiếp cận thứ hai, trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày lập biên bản về việc cam kết của các đương sự, khi một bên thực hiện cam kết (người khởi kiện có văn bản rút đơn khởi kiện hoặc người bị kiện gửi cho tòa án quyết định hành chính mới, thông báo về việc chấm dứt hành vi hành chính), tòa án phải thông báo cho các đương sự biết. Trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án, nếu các đương sự không có ý kiến phản đối nghĩa là mặc nhiên xem như đồng ý với nội dung đã cam kết trước đây, thẩm phán ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ việc giải quyết vụ án. Cách tiếp cận này được thể hiện trong Quyết định số 12/2017/QĐST-HC về công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án của Tòa án nhân dân tỉnh Bình Định⁷:

Ngày 23/5/2017, Tòa án nhân dân tỉnh Bình Định đã ban hành Quyết định số 12/2017/QĐST-HC công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án giữa người khởi kiện là bà Trần Thị D và người bị kiện là Ủy ban nhân dân huyện HN. Trong phần xét thấy của Quyết định có nội dung như sau: *“Người khởi kiện, người bị kiện, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan thống nhất như nội dung của biên bản đối thoại thành; đại diện theo ủy quyền của người khởi kiện đã có văn bản rút đơn khởi kiện. Đã hết thời hạn 07 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án về việc người khởi kiện đã nộp cho tòa án văn bản rút đơn khởi kiện, không có đương sự nào có ý kiến phản đối”*. Trong khi đó, tại cuộc họp đối thoại, các đương sự thống nhất với nhau các nội dung sau đây:

⁶ Quyết định số 04/2017/QĐST-HC ngày 01/8/2017 của Tòa án nhân dân quận Ninh Kiều về Công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án.

⁷ Quyết định số 12/2017/QĐST-HC ngày 23/5/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Bình Định về công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án.

a. Người đại diện theo ủy quyền của người khởi kiện cam kết rút toàn bộ yêu cầu khởi kiện vụ án hành chính.

b. Người đại diện theo ủy quyền của người bị kiện đã thống nhất các nội dung với đại diện theo ủy quyền của người khởi kiện.

- Tuy nhiên, thời gian thực hiện là 02 tháng kể từ ngày đối thoại (16/5/2017)⁸.

Có thể nhận thấy, Tòa án nhân dân tỉnh Bình Định ban hành quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án sau khi đã hết thời hạn 07 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án về việc người khởi kiện đã nộp cho tòa án văn bản rút đơn khởi kiện, không có đương sự nào có ý kiến phản đối, trong khi người bị kiện chưa thực hiện nội dung cam kết trên thực tế.

Đây cũng là một trong những vướng mắc được Tòa Hành chính – Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh đặt ra trong thực tiễn áp dụng thủ tục tố tụng hành chính tại Tòa Hành chính. Theo bài viết về “Xử lý các vướng mắc trong việc áp dụng thủ tục tố tụng hành chính tại Tòa Hành chính – Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh” được đăng trên mục “Diễn đàn pháp luật” của Cổng thông tin điện tử Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh⁹, “*thực tế, nếu hết thời hạn 7 ngày mà người bị kiện không ban hành quyết định hành chính mới, nhưng người khởi kiện vẫn đồng ý rút đơn khởi kiện thì Tòa Hành chính ra quyết định đình chỉ giải*

quyết vụ án. Trường hợp người bị kiện ban hành quyết định hành chính mới, nhưng khởi kiện vẫn không rút đơn khởi kiện thì Tòa Hành chính đưa vụ án ra xét xử”.

Trong các cách thức áp dụng quy định tại khoản 3 Điều 140 của Luật TTHC, tác giả cho rằng cách tiếp cận thứ nhất là hợp lý. Biên bản về việc cam kết của đương sự chỉ được lập khi qua đối thoại mà người bị kiện cam kết sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định bị khởi kiện hoặc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện cam kết rút đơn khởi kiện. Nó thể hiện sự tự nguyện thống nhất về việc giải quyết vụ án hành chính của các bên đương sự. Do đây chỉ mới là cam kết nên Luật TTHC đã dành cho các bên 07 ngày để thực hiện cam kết. Khi đã thực hiện cam kết, tòa án phải thông báo cho các đương sự khác biết để các đương sự này kiểm tra việc thực hiện nội dung đã cam kết. Do đó, chỉ khi các đương sự cùng thực hiện cam kết và không có ý kiến phản đối của các đương sự khác thì thẩm phán mới có thể ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án. Nếu vận dụng theo cách thứ hai và của Tòa Hành chính Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh sẽ mâu thuẫn với chính nội dung tại khoản 3 Điều 140 của Luật TTHC là “*Hết thời hạn này mà một trong các đương sự không thực hiện cam kết của mình thì thẩm phán tiến hành các thủ tục để mở phiên tòa xét xử vụ án*”; không bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của người khởi kiện. Vì thế, theo tác giả, cách thức xử lý theo quan điểm thứ nhất về quy định tại khoản 3 Điều 140 là hợp lý. Thế nhưng, để có thể hiểu và áp dụng thống nhất quy định này, thiết nghĩ Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn chi tiết.

⁸ Quyết định số 12/2017/QĐST-HC ngày 23/5/2017 của Tòa án nhân dân tỉnh Bình Định về công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án.

⁹ Đỗ Khắc Tuấn, “Xử lý các vướng mắc trong việc áp dụng thủ tục tố tụng hành chính tại Tòa Hành chính – Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh”, <http://www.tand.hochiminhcity.gov.vn>, truy cập ngày 30/7/2018.

Thứ hai, về việc cam kết và thực hiện cam kết của người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập khi đối thoại

Thủ tục đối thoại nhằm giúp các bên làm rõ các nội dung liên quan đến đối tượng khởi kiện, yêu cầu khởi kiện và yêu cầu độc lập. Nếu các bên đương sự tự nguyện thống nhất với nhau có thể đi đến chấm dứt quá trình giải quyết vụ án hành chính. Là một trong các đương sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan là thành phần tham gia bắt buộc trong phiên họp kiểm tra việc tiếp cận, công khai chứng cứ và đối thoại¹⁰. Tại phiên họp, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan sẽ trình bày bổ sung về yêu cầu, những căn cứ để bảo vệ yêu cầu và đề xuất ý kiến giải quyết phần liên quan đến họ. Mặc dù không phải là chủ thể làm phát sinh quá trình giải quyết vụ án hành chính, nhưng yêu cầu độc lập của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan là một phần của vụ án hành chính.

Quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án hành chính được ban hành khi các đương sự thống nhất được với nhau về việc giải quyết toàn bộ vụ án hành chính. Tuy nhiên, khoản 3 Điều 140 chỉ đề cập đến sự cam kết của người khởi kiện và người bị kiện mà không ghi nhận sự cam kết của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan. Khi người bị kiện và người khởi kiện cam kết và thực hiện cam kết theo quy định của pháp luật, thẩm phán sẽ ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ giải quyết vụ án, điều này có nghĩa, yêu cầu độc lập của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan sẽ không được xem xét đến. Sự thiếu sót này ảnh hưởng rất lớn đến quyền, lợi ích của người có quyền lợi, nghĩa

vụ liên quan có yêu cầu độc lập trong vụ án hành chính.

Bên cạnh đó, theo quy định tại khoản 3 Điều 140, “*Trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của Tòa án, nếu các đương sự không có ý kiến phản đối thì thẩm phán ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành, đình chỉ việc giải quyết vụ án*”. Ở đây Luật TTHC quy định chung là “*các đương sự không có ý kiến phản đối*”, như vậy, nếu trong thời hạn 07 ngày kể từ ngày nhận được thông báo của tòa án mà người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập có ý kiến phản đối thì thẩm phán sẽ xử lý như thế nào. Chính vì thế, pháp luật tố tụng hành chính cần bổ sung vấn đề cam kết và thực hiện cam kết của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan cũng như cách thức xử lý khi họ có ý kiến phản đối với việc thực hiện cam kết của các đương sự trong quy định về xử lý kết quả đối thoại.

Thứ ba, về xử lý kết quả đối thoại trong giải quyết vụ án hành chính theo thủ tục rút gọn

Theo quy định tại khoản 3 Điều 249 của Luật TTHC, sau khi khai mạc phiên tòa, thẩm phán tiến hành đối thoại. Trong trường hợp các đương sự thống nhất được với nhau về việc giải quyết vụ án thì thẩm phán lập biên bản đối thoại thành và ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành theo quy định tại Điều 140 của Luật TTHC. Điều này có nghĩa là nếu các đương sự thống nhất được với nhau về việc giải quyết vụ án, song song với việc lập biên bản đối thoại thành, thẩm phán ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành và quyết định này sẽ có hiệu lực thi hành ngay, không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm. Quy định trên khá phù hợp với tính chất,

¹⁰ Điểm c khoản 1 Điều 137 Luật TTHC.

mục đích của thủ tục rút gọn, nhưng thiết nghĩ lại khó thực hiện trong vụ án hành chính và có thể ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của người khởi kiện.

Trong thủ tục rút gọn, đối thoại là cuộc gặp gỡ, tiếp xúc lần đầu giữa người khởi kiện và người bị kiện sau khi vụ án được tòa án thụ lý giải quyết. Nếu trong vụ án dân sự, các đương sự có toàn quyền quyết định và định đoạt về nội dung tranh chấp nên khi các đương sự thống nhất với nhau sẽ làm chấm dứt ngay việc giải quyết vụ án. Đối với vụ án hành chính, nội dung thống nhất của các đương sự là việc người bị kiện sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định hành chính bị kiện hoặc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện rút đơn khởi kiện. Người bị kiện trong vụ án hành chính là cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, danh sách cử tri bị khởi kiện¹¹. Là người có thẩm quyền ban hành quyết định, thực hiện hành vi theo quy định của pháp luật nên chỉ họ mới có quyền ban hành quyết định hành chính mới sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định bị khởi kiện hoặc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện. Hiện nay, theo quy định của pháp luật tổ tụng hành chính, người bị kiện có thể ủy quyền cho chủ thể khác tham gia tố tụng. Mặc dù, người đại diện theo ủy quyền có các quyền và nghĩa vụ của người được đại diện, được quyền thống nhất về việc giải quyết vụ án hành chính, nhưng họ không có thẩm quyền sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định hành chính bị khởi kiện hay chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện. Hơn nữa, trong hoạt động quản lý

nhà nước, một quyết định, hành vi của chủ thể quản lý phải có sự xem xét cân trọng nên việc thực hiện ngay tại phiên tòa là không khả thi.

Ngoài ra, nếu sự thống nhất về việc giải quyết vụ án của đương sự tại phiên tòa theo thủ tục rút gọn được thực hiện tương tự như thủ tục thông thường, tức là các bên chỉ mới cam kết với nhau về việc giải quyết vụ án thì việc thẩm phán lập biên bản đối thoại thành và ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành là không hợp lý. Sau khi ra quyết định công nhận kết quả đối thoại thành nếu người bị kiện không thực hiện nội dung đã thống nhất sẽ xâm phạm đến quyền, lợi ích của người khởi kiện.

Ngoài ra, khoản 3 Điều 249 của Luật TTHC chỉ đề cập đến cách thức xử lý trong hai trường hợp phát sinh sau khi đối thoại là đương sự thống nhất hoặc không thống nhất được với nhau về việc giải quyết vụ án. Trong khi đó, nếu qua đối thoại mà người khởi kiện tự nguyện rút đơn khởi kiện thì thẩm phán sẽ xử lý như thế nào. Đây có thể được xem là trường hợp các đương sự thống nhất với nhau về việc giải quyết vụ án hành chính hay không?

Chính vì thế, nhằm bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp cho các đương sự và hiệu quả của thủ tục đối thoại trong giải quyết vụ án hành chính theo thủ tục rút gọn, quy định tại khoản 3 Điều 249 của Luật TTHC có một số nội dung cần phải làm rõ như sau:

Một là, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao nên có sự giải thích cụ thể như thế nào là trường hợp “*đương sự thống nhất được với nhau về việc giải quyết vụ án hành chính*”. Theo tác giả, nội dung này cần được hiểu tương tự như đối thoại trong giải quyết vụ án hành chính theo thủ tục thông thường, đó là việc người bị kiện cam kết

¹¹ Khoản 9 Điều 3 Luật TTHC.

sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định bị khởi kiện hoặc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện cam kết rút đơn khởi kiện.

Hai là, cách thức xử lý sau khi các bên đương sự thống nhất được với nhau về việc giải quyết vụ án hành chính cần được xem xét lại theo hướng tương tự như quy định tại khoản 3 Điều 140 nhưng có sự rút ngắn về thời gian thực hiện nội dung cam kết. Theo đó, tại phiên tòa sơ thẩm theo thủ tục rút gọn, qua đối thoại mà người bị kiện cam kết sửa đổi, bổ sung, thay thế, hủy bỏ quyết định bị khởi kiện hoặc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện cam kết rút đơn khởi kiện thì thẩm phán lập biên bản về việc cam kết của đương sự và tạm ngừng phiên tòa. Trong thời hạn 03 ngày làm việc kể từ ngày lập biên bản, người bị

kiện phải gửi cho tòa án quyết định hành chính mới hoặc thông báo về việc chấm dứt hành vi hành chính bị khởi kiện và người khởi kiện phải gửi cho tòa án văn bản rút đơn khởi kiện. Hết thời hạn này mà một trong các đương sự không thực hiện cam kết của mình thì thẩm phán tiến hành các thủ tục để tiếp tục phiên tòa xét xử vụ án.

Xử lý kết quả đối thoại có vai trò quan trọng trong giải quyết vụ án hành chính nói chung và thủ tục đối thoại nói riêng. Đối thoại không thể đạt hiệu quả cao nếu việc xử lý kết quả đối thoại còn nhiều khó khăn, vướng mắc. Chính vì thế, để có sự thống nhất trong việc áp dụng pháp luật, bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp cho các đương sự, nâng cao hiệu quả của công tác đối thoại, vấn đề xử lý kết quả đối thoại là một trong những nội dung cần sớm được hoàn thiện.

(Tiếp theo trang 8 – Chế định nguyên thủ quốc gia...)

tại 231 năm và các chế định nghị viện, tổng thống, tòa án (lập pháp, hành pháp, tư pháp) về cơ bản vẫn không hề thay đổi cho thấy các thiết chế này cho đến nay là hợp lý và đã ảnh hưởng ít nhiều đến hai mô hình cộng hòa tổng thống (46 nước) và cộng hòa lưỡng tính (56 nước) trên thế giới. Mô hình chính trị hai đảng thay nhau cầm quyền ở Hoa Kỳ, theo tác giả, cũng là mô hình hợp lý vì không tạo ra thể chế chính trị độc tài, cũng không gây ra sự quá phân tán khi quá nhiều đảng thay nhau cầm quyền.

Nguyên thủ quốc gia là chức vụ biểu tượng cho cả quốc gia và dân tộc. Hãy để cho nhân dân sáng suốt lựa chọn vị nguyên thủ quốc gia của mình và giao cho vị lãnh tụ đó quyền hành pháp cao nhất. Việc Quốc

hội đã bầu Tổng bí thư Đảng cầm quyền giữ chức vụ Chủ tịch nước hiện nay là cần thiết để tăng cường vai trò của nguyên thủ quốc gia trong bộ máy nhà nước và đó cũng là giải pháp phù hợp với xu hướng chung của nhiều nước trên thế giới là tăng cường quyền lực của người đứng đầu Nhà nước. Theo tác giả, để tinh giản bộ máy nhà nước, bộ máy của Đảng nên hòa nhập vào bộ máy nhà nước. Các tổ chức chính trị - xã hội phải là các tổ chức tự trang trải hoạt động của mình, không dựa vào ngân sách nhà nước. Cần xây dựng chế độ xã thôn tự quản để giảm chi tiêu ngân sách. Như vậy, đội ngũ công chức nhà nước sẽ gọn nhẹ và được hưởng lương cao. Tuy nhiên, để tránh sự đột ngột trong cải cách xã hội, cần có một lộ trình rõ ràng cho quá trình này.

BIỆN PHÁP CẤM ĐI KHỎI NƠI CƯ TRÚ THEO BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

*Đinh Hoàng Quang**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những quy định của Bộ luật Tổ tụng Hình sự năm 2015 về biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú, nhận diện những vấn đề đặt ra trong quá trình thực hiện và đưa ra những đề xuất, kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes regulations under the 2015 Criminal Procedure Code on residential confinement, identifies issues arising during the implementation thereof, and makes proposals for the improvement of the law.

Ở nước ta, cấm đi khỏi nơi cư trú là biện pháp ngăn chặn lần đầu tiên được quy định trong Bộ luật Tổ tụng Hình sự (BLTTHS) năm 1988; sau đó được kế thừa và sửa đổi, hoàn thiện qua các BLTTHS năm 2003, 2015. Đây là biện pháp ngăn chặn có tính ưu việt nhất định: Không buộc người bị áp dụng phải chịu sự quản lý giam giữ, nhưng vẫn phải đảm bảo thực hiện những nghĩa vụ theo yêu cầu của người có thẩm quyền. Tuy nhiên, qua nghiên cứu quy định của BLTTHS năm 2015 về biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú đặt ra những vấn đề sau:

1. Về điều kiện áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú

Điều kiện áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú là những căn cứ để dựa vào đó cơ quan, người có thẩm quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn này. Một trong những điểm mới quan trọng của BLTTHS năm 2015 so với BLTTHS năm 2003 về điều kiện áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú là việc quy định bị can, bị cáo phải có lý lịch rõ ràng. Khoản 1 Điều 123 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Cấm đi*

khỏi nơi cư trú là biện pháp ngăn chặn có thể áp dụng đối với bị can, bị cáo có nơi cư trú, lý lịch rõ ràng nhằm bảo đảm sự có mặt của họ theo giấy triệu tập của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án”. Theo quy định trên, điều kiện áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú gồm:

Thứ nhất, đối tượng có thể bị áp dụng là bị can, bị cáo.

Theo quy định của BLTTHS năm 2015 thì bị can là người hoặc pháp nhân bị khởi tố về hình sự¹; bị cáo là người hoặc pháp nhân đã bị tòa án quyết định đưa ra xét xử². Và đương nhiên, biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú áp dụng đối với bị can, bị cáo phải là cá nhân cụ thể.

Thứ hai, bị can, bị cáo có nơi cư trú, lý lịch rõ ràng.

Theo quy định của Luật Cư trú năm 2006 (được sửa đổi, bổ sung năm 2013), cư trú là việc công dân sinh sống tại một địa điểm thuộc xã, phường, thị trấn dưới hình thức thường trú hoặc tạm trú³. Nơi cư trú

* ThS., Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

¹ Khoản 1 Điều 60 BLTTHS năm 2015.

² Khoản 1 Điều 61 BLTTHS năm 2015.

³ Điều 1 Luật Cư trú năm 2006 (được sửa đổi, bổ sung năm 2013).

của công dân là chỗ ở hợp pháp mà người đó thường xuyên sinh sống, đó là nơi thường trú, nơi tạm trú hoặc là nơi người đó đang sinh sống và có xác nhận của Công an xã, phường, thị trấn⁴.

Lý lịch được hiểu là “*lai lịch và nói chung những điều cần biết về quá khứ của một người hay vật nào đó*”⁵; “*lai lịch là nguồn gốc và bước đường đã trải qua*”⁶.

Như vậy, “nơi cư trú, lý lịch rõ ràng” chính là những điều mà cơ quan có thẩm quyền cần biết về bị can, bị cáo; nơi thường trú hoặc tạm trú của bị can, bị cáo có thể nhận biết được một cách rõ ràng. Việc bổ sung “lý lịch rõ ràng” là một trong những căn cứ để có thể áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú trong BLTTHS năm 2015 là hợp lý; bởi lẽ, việc áp dụng biện pháp biện pháp ngăn chặn đối với một người cụ thể cần căn cứ vào cả nơi cư trú của người đó và những đặc điểm cá nhân của họ (nhân thân).

Thứ ba, có căn cứ xác định bị can, bị cáo có mặt theo giấy triệu tập của cơ quan điều tra, viện kiểm sát, tòa án.

Có thể thấy, đặc thù của việc áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú so với biện pháp tạm giữ, tạm giam là ở chỗ, bị can, bị cáo không bị cách ly khỏi xã hội (nơi cư trú) trong một khoảng thời gian nhất định. Mục đích của việc áp dụng biện

pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú là nhằm bảo đảm sự có mặt của họ theo giấy triệu tập của cơ quan điều tra, viện kiểm sát, tòa án.

So với BLTTHS năm 2003, quy định của BLTTHS năm 2015 về điều kiện áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú có những điểm tiến bộ. Tuy nhiên, vẫn còn một số bất cập sau:

Một là, đối tượng có thể bị áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú không phải chỉ là bị can, bị cáo, mà còn có thể áp dụng đối với người bị kết án phạt tù⁷. Bởi lẽ, khoản 4 Điều 123 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú đối với người bị kết án phạt tù không quá thời hạn kể từ khi tuyên án cho đến thời điểm người đó đi chấp hành án phạt tù*”.

Bên cạnh đó, khi xem xét căn cứ áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú cần xem xét đến yếu tố: “Việc có mặt sinh sống ở nơi cư trú không gây ảnh hưởng đến an ninh, trật tự”⁸. Điều này là cần thiết, bởi lẽ người bị áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú tức là người này không bị cách ly khỏi xã hội mà vẫn cư trú ở một địa phương nhất định. Do đó, có thể gây ra những ảnh hưởng tới an ninh, trật tự của địa phương nơi cư trú.

Hai là, mục đích áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú nhằm bảo đảm sự có mặt của người bị áp dụng theo giấy triệu tập

⁴ Nghị định số 31/2014/NĐ-CP ngày 18/04/2014 của Chính phủ hướng dẫn chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Cư trú.

⁵ Hoàng Phê (chủ biên), *Từ điển Tiếng Việt*, Viện ngôn ngữ học, Nxb. Đà Nẵng – Trung tâm từ điển học, Hà Nội – Đà Nẵng, 2004, tr. 565.

⁶ Hoàng Phê (chủ biên), *Từ điển Tiếng Việt*, Viện ngôn ngữ học, Nxb. Đà Nẵng – Trung tâm từ điển học, Hà Nội – Đà Nẵng, 2004, tr. 536.

⁷ Cấm đi khỏi nơi cư trú còn có thể áp dụng đối với người bị yêu cầu dẫn độ có nơi cư trú rõ ràng nhằm bảo đảm sự có mặt của họ theo giấy triệu tập của tòa án được quy định tại Điều 504 BLTTHS năm 2015.

⁸ Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội, *Giáo trình Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam* (TS. Phạm Mạnh Hùng chủ biên), Nxb. Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2016, tr. 238.

của cơ quan điều tra, viện kiểm sát, tòa án là chưa đầy đủ. Bởi những lý do sau:

- Theo quy định tại khoản 3 Điều 123 BLTTHS năm 2015, Đoàn trưởng Đoàn biên phòng có quyền ra lệnh cấm đi khỏi nơi trú. Như vậy, việc áp dụng biện pháp này còn nhằm bảo đảm sự có mặt của người bị áp dụng theo giấy triệu tập của Đoàn biên phòng.

- Mục đích áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú không nằm ngoài căn cứ chung của việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn là: “Để kịp thời ngăn chặn tội phạm hoặc khi có căn cứ chứng tỏ người bị buộc tội sẽ gây khó khăn cho việc điều tra, truy tố, xét xử hoặc sẽ tiếp tục phạm tội hoặc để bảo đảm thi hành án”⁹ và do đó, mục đích để áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú cũng cần xem xét đến mục đích chung của việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn. Đồng thời, xem xét đến khả năng của người bị áp dụng có thể thực hiện được các nghĩa vụ của mình khi bị áp dụng biện pháp này (không đi khỏi nơi cư trú nếu không được cơ quan đã ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú cho phép; có mặt theo giấy triệu tập, trừ trường hợp vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan; không bỏ trốn hoặc tiếp tục phạm tội; không mua chuộc, cưỡng ép, xúi giục người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật; không tiêu hủy, giả mạo chứng cứ, tài liệu, đồ vật của vụ án, tẩu tán tài sản liên quan đến vụ án; không đe dọa, khống chế, trả thù người làm chứng, bị hại, người tố giác tội phạm và người thân thích của những người này¹⁰).

Ba là, các biện pháp ngăn chặn trong tố tụng hình sự đều được quy định tại Mục I –

Biện pháp ngăn chặn trong Chương VII BLTTHS năm 2015. Việc giải thích biện pháp “cấm đi khỏi nơi cư trú là biện pháp ngăn chặn...” là không cần thiết.

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng, cần sửa đổi khoản 1 Điều 123 BLTTHS năm 2015 như sau: “*Cấm đi khỏi nơi cư trú có thể áp dụng đối với bị can, bị cáo, người bị kết án phạt tù có nơi cư trú, lý lịch rõ ràng và việc có mặt sinh sống ở nơi cư trú không gây ảnh hưởng đến an ninh, trật tự*”.

2. Về nghĩa vụ của người bị áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú

Một trong những điểm mới của BLTTHS năm 2015 là đã quy định chi tiết và bổ sung nghĩa vụ của người bị áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú. Trước đây, nghĩa vụ của người bị áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú là “làm giấy cam đoan không đi khỏi nơi cư trú của mình, phải có mặt đúng thời gian, địa điểm ghi trong giấy triệu tập”¹¹. Rõ ràng, nghĩa vụ này chưa thể hiện hết mục đích của việc áp dụng biện pháp ngăn chặn nói chung và tính đặc thù của biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú.

Do đó, khoản 2 Điều 123 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Bị can, bị cáo bị cấm đi khỏi nơi cư trú phải làm giấy cam đoan thực hiện các nghĩa vụ:*

a) *Không đi khỏi nơi cư trú nếu không được cơ quan đã ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú cho phép;*

b) *Có mặt theo giấy triệu tập, trừ trường hợp vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan;*

⁹ Điều 109 BLTTHS năm 2015.

¹⁰ Khoản 2 Điều 123 BLTTHS năm 2015.

¹¹ Khoản 2 Điều 91 BLTTHS năm 2003.

c) Không bỏ trốn hoặc tiếp tục phạm tội;

d) Không mua chuộc, cưỡng ép, xúi giục người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật; không tiêu hủy, giả mạo chứng cứ, tài liệu, đồ vật của vụ án, tẩu tán tài sản liên quan đến vụ án; không đe dọa, khống chế, trả thù người làm chứng, bị hại, người tố giác tội phạm và người thân thích của những người này”.

Bên cạnh đó, hậu quả pháp lý đối với người bị áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú vi phạm nghĩa vụ của mình cũng được quy định cụ thể. Trước đây, BLTTHS năm 2003 chỉ quy định chung chung “bị can, bị cáo vi phạm lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú sẽ bị áp dụng biện pháp ngăn chặn khác”¹² mà chưa cụ thể rõ biện pháp ngăn chặn khác là biện pháp ngăn chặn gì? Khắc phục hạn chế trên, khoản 2 Điều 123 BLTTHS năm 2015 quy định: “Trường hợp bị can, bị cáo vi phạm nghĩa vụ cam đoan quy định tại khoản này thì bị tạm giam”.

Tuy nhiên, như trên đã phân tích, việc áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú không chỉ áp dụng đối với bị can, bị cáo, mà còn có thể áp dụng đối với người bị kết án phạt tù. Do đó, quy định “Bị can, bị cáo bị cấm đi khỏi nơi cư trú phải làm giấy cam đoan thực hiện các nghĩa vụ...” cần phải bổ sung như sau: “*Bị can, bị cáo, người bị kết án phạt tù bị cấm đi khỏi nơi cư trú phải làm giấy cam đoan thực hiện các nghĩa vụ...*”.

3. Về thẩm quyền áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú

Khoản 3 Điều 123 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Những người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 của Bộ luật này, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, Đoàn trưởng Đoàn biên phòng có quyền ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú*”.

Khoản 1 Điều 113 BLTTHS năm 2015 quy định về những người có thẩm quyền ra lệnh, quyết định bắt bị can, bị cáo để tạm giam gồm: Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp; Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân và Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự các cấp; Chánh án, Phó Chánh án Tòa án nhân dân và Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quân sự các cấp; Hội đồng xét xử.

Như vậy, thẩm quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú gồm: Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng Cơ quan điều tra các cấp; Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân và Viện trưởng, Phó Viện trưởng Viện kiểm sát quân sự các cấp; Chánh án, Phó Chánh án Tòa án nhân dân và Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quân sự các cấp; Hội đồng xét xử; Đoàn trưởng Đoàn biên phòng.

Tuy nhiên, khi nghiên cứu các quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú đặt ra một số vấn đề sau:

Thứ nhất, việc bổ sung thẩm quyền cho Đoàn trưởng Đoàn biên phòng.

Việc áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú chỉ có thể áp dụng đối với bị can, bị cáo, người bị kết án phạt tù; và những người có thẩm quyền ra quyết định khởi tố bị can thì cũng có thể ra các quyết định cấm đi khỏi nơi cư trú. Tuy nhiên, để hạn chế việc tùy tiện trong việc áp dụng

¹² Khoản 3 Điều 91 BLTTHS năm 2003.

biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú thì BLTTTHS năm 2015 chỉ mở rộng thêm thẩm quyền này so với trước đây cho Đoàn trưởng Đoàn biên phòng; mặc dù cấp trưởng của các cơ quan của Bộ đội biên phòng, lực lượng Cảnh sát biển, Kiểm ngư cũng có quyền ra quyết định khởi tố bị can và quyết định áp dụng biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế theo quy định đối với tội phạm ít nghiêm trọng trong trường hợp phạm tội quả tang, chứng cứ và lý lịch người phạm tội rõ ràng¹³.

Như vậy, cần lưu ý, Đoàn trưởng Đoàn biên phòng chỉ có thẩm quyền ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú đối với bị can phạm tội ít nghiêm trọng trong trường hợp phạm tội quả tang, chứng cứ và lý lịch người phạm tội rõ ràng.

Thứ hai, chưa phân định rõ thẩm quyền ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú trong giai đoạn chuẩn bị xét xử.

Theo quy định trên thì Chánh án, Phó Chánh án và Thẩm phán chủ tọa phiên tòa đều có thẩm quyền áp dụng lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú trong giai đoạn chuẩn bị xét xử. Vấn đề đặt ra là trường hợp nào là Chánh án, Phó Chánh án? Trường hợp nào là Thẩm phán chủ tọa phiên tòa áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú? Việc không quy định rõ ràng có thể dẫn đến sự chồng chéo.

Tác giả cho rằng, do luật chỉ quy định Chánh án, Phó Chánh án mới có thẩm quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam trong giai đoạn chuẩn bị xét xử¹⁴, nên

Chánh án, Phó Chánh án mới có quyền hủy bỏ biện pháp ngăn chặn tạm giam, đồng thời có quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn mới. Như vậy, đối với trường hợp Chánh án, Phó Chánh án hủy bỏ biện pháp ngăn chặn tạm giam thì có quyền áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú.

Do đó, tác giả kiến nghị sửa đổi khoản 3 Điều 123 BLTTTHS năm 2015 như sau: *“Những người có thẩm quyền quy định tại khoản 1 Điều 113 của Bộ luật này, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa, Đoàn trưởng Đoàn biên phòng có quyền ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú. Chánh án, Phó Chánh án Tòa án nhân dân và Chánh án, Phó Chánh án Tòa án quân sự các cấp có quyền ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú sau khi hủy bỏ biện pháp ngăn chặn tạm giam”*.

4. Về thời hạn áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú

Nhằm phát huy hiệu quả của việc áp dụng các biện pháp ngăn chặn thay thế biện pháp tạm giam, bảo đảm giải quyết vụ án được nhanh chóng, đồng thời bảo đảm mọi biện pháp hạn chế quyền con người, quyền công dân phải được ràng buộc chặt chẽ về thời hạn¹⁵. Khoản 4 Điều 123 BLTTTHS năm 2015 bổ sung quy định: *“Thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú không quá thời hạn điều tra, truy tố hoặc xét xử theo quy định của Bộ luật này. Thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú đối với người bị kết án phạt tù không quá thời hạn kể từ khi tuyên án cho đến thời điểm người đó đi chấp hành án phạt tù”*.

Như vậy, thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú trong giai đoạn điều tra không quá thời

¹³ Khoản 1 Điều 32; khoản 1 Điều 35; khoản 1 Điều 36 Luật Tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015.

¹⁴ Khoản 5 Điều 119 BLTTTHS năm 2015; khoản 1 Điều 278 BLTTTHS năm 2015.

¹⁵ Viện kiểm sát nhân dân tối cao, *Tài liệu tập huấn Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*, Hà Nội, tháng 4/2016, tr. 18.

hạn điều tra; thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú trong giai đoạn truy tố không quá thời hạn truy tố; thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú trong giai đoạn xét xử không quá thời hạn xét xử. Tuy nhiên, ở đây cũng đặt ra vấn đề: Liệu khi vụ án chuyển sang giai đoạn truy tố, xét xử mà thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú do cơ quan điều tra, Đoàn biên phòng ban hành hoặc vụ án chuyển sang giai đoạn xét xử mà thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú do viện kiểm sát ban hành vẫn còn thời hạn thì viện kiểm sát/tòa án có phải ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú mới hay sử dụng lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú trước đó (nếu vẫn có căn cứ để áp dụng)?¹⁶ Tác giả cho rằng, cũng giống như tạm giam¹⁷, các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng hoàn toàn có thể sử dụng lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú do cơ quan có thẩm quyền ở giai đoạn trước đó đã ban hành nếu thời hạn vẫn còn và có căn cứ để tiếp tục áp dụng. Tuy nhiên, điều luật cũng cần có hướng dẫn cụ thể để các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng thống nhất áp dụng.

Một vấn đề nữa đặt ra khi khoản 4 Điều 123 BLTTHS năm 2015 bổ sung quy định: “...*Thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú đối với người bị kết án phạt tù không quá thời hạn kể từ khi tuyên án cho đến thời điểm người đó đi chấp hành án phạt tù*” đã tạo ra sự

chồng chéo về thời hạn. Bởi lẽ, thời điểm từ khi bản án được tuyên (tuyên án) cho đến thời điểm bản án có hiệu lực pháp luật (hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị mà không có kháng cáo, kháng nghị đối với bản án sơ thẩm) vẫn thuộc giai đoạn xét xử và đã được điều chỉnh bởi quy định “*Thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú không quá thời hạn điều tra, truy tố hoặc xét xử theo quy định của Bộ luật này*”. Đồng thời, việc quy định “*không quá thời hạn...đến thời điểm người đó đi chấp hành án phạt tù*” (không xác định mức thời hạn cụ thể) sẽ dẫn đến việc Hội đồng xét xử phải ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú “cho đến khi chấp hành án phạt tù” mà không ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú là 45 ngày hay 01 tháng; 02 tháng...¹⁸. Bởi lẽ, thời điểm chấp hành án của mỗi người chấp hành án (người được tại ngoại, người được hoãn chấp hành án phạt tù...) là khác nhau; hiện không có quy định về tòa án có thẩm quyền ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú nếu thời hạn cấm đi khỏi nơi cư trú đã hết sau khi bản án có hiệu lực pháp luật. Mặt khác, Hội đồng xét xử ra lệnh tạm giam để bảo đảm việc thi hành án cũng phải xác định cụ thể thời hạn: Nếu thời hạn chấp hành hình phạt tù còn lại từ 45 ngày trở lên thì ghi thời hạn tạm giam là 45 ngày (bốn mươi lăm ngày); nếu thời hạn chấp hành hình phạt tù còn lại dưới 45 ngày thì ghi thời hạn tạm giam bằng thời hạn chấp hành hình phạt tù còn lại và trong trường hợp này

¹⁶ Xem thêm: Bài viết “*lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú – kiến nghị hoàn thiện*”, http://toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/baiviet?p_page_id=1754190&p_cateid=1751909&item_id=14954124&article_details=1, truy cập ngày 15/7/2018.

¹⁷ Xem: Mục 16 Thông tư liên tịch số 05/2005/TTLT-VKSTC-BCA-BQP ngày 07/09/2005 của Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng về quan hệ phối hợp giữa cơ quan điều tra và Viện kiểm sát trong việc thực hiện một số quy định của BLTTHS năm 2003.

¹⁸ Hiện nay, Nghị quyết số 05/2017/NQ-HĐTP ngày 19/09/2017 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành một số biểu mẫu trong giai đoạn xét xử vụ án hình sự, xét lại bản án và quyết định đã có hiệu lực pháp luật của BLTTHS không có biểu mẫu về việc tòa án ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú.

cần ghi thêm hết thời hạn tạm giam này, Cơ sở giam giữ có trách nhiệm trả tự do ngay cho bị cáo nếu họ không bị giam, giữ về hành vi vi phạm pháp luật khác¹⁹. Do đó, cần quy định thời hạn cụ thể về lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú để bảo đảm việc thi hành án.

Ngoài ra, việc áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú đối với người dưới 18 tuổi phạm tội cũng chưa quy định cụ thể. Điều 419 BLTTHS năm 2015 quy định về việc áp dụng biện pháp ngăn chặn, biện pháp cưỡng chế đối với người dưới 18 tuổi phạm tội cũng chỉ quy định “*Chỉ áp dụng biện pháp ngăn chặn, biện pháp áp giải đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi trong trường hợp cần thiết...*”. Nên chăng, việc áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú đối với người dưới 18 tuổi cũng cần có quy định riêng về thời hạn giống như biện pháp ngăn chặn tạm giam (bằng hai phần ba thời hạn áp dụng đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên)?

5. Về thủ tục áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú

Để hoàn thiện quy định về thủ tục áp dụng biện pháp cấm đi khỏi cư trú, khoản 5 Điều 123 BLTTHS năm 2015 đã bổ sung thẩm quyền cho đơn vị quân đội quản lý người trong đơn vị; điều này là hợp lý bởi lẽ nơi cư trú của người đang làm nghĩa vụ

quân sự hoặc đang phục vụ có thời hạn trong Công an nhân dân là đơn vị đóng quân của người đó. Nơi cư trú của sĩ quan, hạ sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công chức quốc phòng, công nhân quốc phòng; sĩ quan, hạ sĩ quan nghiệp vụ, sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên môn kỹ thuật, công nhân, viên chức Công an nhân dân là nơi đơn vị của người đó đóng quân²⁰. Đối với bị can, bị cáo là người trong quân đội thì việc quản lý họ do đơn vị quân đội thực hiện và không xác định phạm vi nơi cư trú mà là theo phạm vi nơi đơn vị đóng quân²¹.

Do đó, khoản 5 Điều 123 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Người ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú phải thông báo về việc áp dụng biện pháp này cho chính quyền xã, phường, thị trấn nơi bị can, bị cáo cư trú, đơn vị quân đội đang quản lý bị can, bị cáo và gia đình bị can, bị cáo cho chính quyền xã, phường, thị trấn hoặc đơn vị quân đội đó để quản lý, theo dõi họ. Trường hợp bị can, bị cáo vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan phải tạm thời đi khỏi nơi cư trú thì phải được sự đồng ý của chính quyền xã, phường, thị trấn nơi người đó cư trú hoặc đơn vị quân đội quản lý họ và phải có giấy cho phép của người đã ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú*”.

Tuy nhiên, về thủ tục áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú cũng có một số bất cập sau:

Thứ nhất, tương tự như phân tích ở trên, điều luật cũng chưa quy định về thủ tục áp

¹⁹ - Mục 4 Phần IV Nghị quyết số 04/2004/NQ-HĐTP ngày 05/11/2004 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định trong Phần thứ ba “Xét xử sơ thẩm” của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003.

- Mẫu số 07-HS Ban hành kèm theo Nghị quyết số 05/2017/NQ-HĐTP ngày 19/09/2017 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành một số biểu mẫu trong giai đoạn xét xử vụ án hình sự, xét lại bản án và quyết định đã có hiệu lực pháp luật của BLTTHS.

²⁰ Điều 16 Luật Cư trú năm 2006 (được sửa đổi, bổ sung năm 2013).

²¹ Xem thêm: Bùi Kiên Điện, *Về biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú*, Tạp chí Luật học số 01/1999.

dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú đối với người bị kết án phạt tù.

Thứ hai, chưa quy định thẩm quyền xem xét cho đi ra khỏi nơi cư trú nếu do Hội đồng xét xử ra lệnh.

Điều luật mới chỉ quy định việc người bị áp dụng lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú phải có giấy cho phép của người đã ra lệnh cấm nếu đi khỏi nơi cư trú. Như vậy, trong trường hợp Hội đồng xét xử ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú thì ai sẽ có thẩm quyền ban hành giấy cho phép. Trường hợp này là Thẩm phán chủ tọa phiên tòa hay Hội đồng xét xử?

Ngoài ra, để khắc phục những hạn chế trước đây khi không quy định rõ ràng trách nhiệm của chính quyền cơ sở trong việc quản lý, theo dõi người bị áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú, làm hạn chế tính khả thi của biện pháp này²², khoản 6 Điều 123 BLTTHS năm 2015 bổ sung quy định: *“Nếu bị can, bị cáo vi phạm nghĩa vụ cam đoan thì chính quyền xã, phường, thị trấn nơi bị can, bị cáo cư trú, đơn vị quân đội đang quản lý bị can, bị cáo phải báo ngay cho cơ quan đã ra lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú biết để xử lý theo thẩm quyền”*.

Việc xử lý được thực hiện theo đoạn cuối khoản 2 Điều 123 BLTTHS năm 2015: *“...trường hợp bị can, bị cáo vi phạm nghĩa vụ cam đoan quy định tại khoản này thì bị tạm giam”*. Tuy nhiên, tiếp tục áp dụng biện pháp tạm giam lại đặt ra một số vấn đề sau:

- Một người đã bị áp dụng biện pháp tạm giam (hết thời hạn theo quy định), sau

đó bị áp dụng biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú, nhưng lại vi phạm nghĩa vụ cam đoan thì trong trường hợp này áp dụng lại biện pháp tạm giam có vi phạm quy định về thời hạn tạm giam?

Ví dụ: Bị can A bị khởi tố về tội phạm nghiêm trọng bị tạm giam tối đa (kể cả gia hạn) là 05 tháng (Điều 173 BLTTHS năm 2015); thời hạn điều tra tối đa đối với tội phạm nghiêm trọng (kể cả gia hạn) là 08 tháng (Điều 172 BLTTHS năm 2015). Như vậy, nếu đã áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam đối với A 05 tháng, sau đó áp dụng biện pháp ngăn chặn cấm đi khỏi nơi cư trú nhưng A vi phạm nghĩa vụ trong thời gian này thì nếu áp dụng lại biện pháp tạm giam đối với A sẽ vi phạm pháp luật vì thời hạn tạm giam để điều tra đã hết.

- Đối với bị cáo vi phạm nghĩa vụ sau khi Hội đồng xét xử đã áp dụng lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú thì việc áp dụng biện pháp ngăn chặn tạm giam lúc này sẽ thuộc về Chánh án, phó Chánh án hay Hội đồng xét xử? Điều này cũng cần quy định rõ để tránh những khó khăn trên thực tiễn.

Ngoài ra, có những ý kiến cho rằng: Cần xem xét thời gian thực hiện lệnh cấm đi khỏi nơi cư trú phải được quy đổi thành thời hạn hình phạt²³. Đây cũng là những ý kiến hợp lý cần được xem xét để sửa đổi quy định về biện pháp ngăn chặn này.

²² Ban soạn thảo BLTTHS, *Báo cáo tổng kết thực tiễn 8 năm thi hành BLTTHS năm 2003*, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, tr.19.

²³ - Nguyễn Sơn Hà (2014), *Hoàn thiện các quy định về biện pháp ngăn chặn trong tố tụng hình sự nhằm đảm bảo quyền của bị can, bị cáo đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp*, Tạp chí Kiểm sát, 20(10), tr.50.

- Nguyễn Trọng Phúc, *Chế định các biện pháp ngăn chặn theo Luật Tố tụng hình sự Việt Nam*, Luận án tiến sĩ, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội – 2010, tr. 160.

HIỆU QUẢ PHÁP LUẬT DOANH NGHIỆP

*Nguyễn Như Phát**

Tóm tắt: Trong những năm gần đây, hệ thống pháp luật của Việt Nam nói chung và pháp luật doanh nghiệp nói riêng đã có nhiều thay đổi và hoàn thiện đáng kể. Tuy nhiên, nhu cầu hoàn thiện thể chế pháp lý của kinh tế thị trường ở nước ta đã chỉ ra vấn đề đáng quan ngại là hiệu quả của pháp luật doanh nghiệp còn khá thấp mà nguyên nhân một phần là chất lượng của pháp luật. Bài viết này nêu một số vấn đề về lý luận và yêu cầu về tính hiệu quả của pháp luật doanh nghiệp trong bối cảnh xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền ở Việt Nam. Trên tinh thần đó, bài viết phân tích một số vấn đề về nội dung của pháp luật doanh nghiệp với tính cách là tiêu chí quan trọng để nâng cao hiệu quả của pháp luật doanh nghiệp.

Abstract: In recent years, Vietnam's legal system and law on enterprises in particular have witnessed various significant developments and improvement. However, the demands for improvement of legal institution of market economy in Vietnam have shown that the effectiveness of enterprise law remains limited, which is caused by the low quality of the law. The article sets forth a number of theoretical issues and requirements of effectiveness of enterprise law in the context of building and developing the rule of law-based State in Vietnam. In this spirit, the article analyzes substantive issues under the enterprise law with a view to bolster effectiveness thereof.

1. Khái niệm về hiệu quả của pháp luật

Trong khoa học pháp lý, hiệu quả của pháp luật là một chủ đề rất phức tạp và có nhiều ý kiến, quan niệm rất khác nhau.

Quan niệm thứ nhất xuất phát từ góc độ xem xét hiệu quả pháp luật từ bản thân pháp luật, coi chất lượng của pháp luật là yếu tố quyết định hiệu quả của pháp luật. Theo đó, khái niệm hiệu quả pháp luật thường được hiểu đồng nhất hoặc về cơ bản thống nhất với tính đúng đắn, tối ưu và bảo đảm cơ sở của pháp luật nói chung và của bản thân pháp luật nói riêng. Đây là quan điểm xuất hiện rất sớm vào cuối những năm năm mươi, đầu những năm sáu mươi của thế kỷ XX ở Liên Xô¹.

Quan điểm thứ hai do chú trọng tính thực chứng nên đã cho rằng, có những trường hợp pháp luật được ban hành với chất lượng tốt, với kỹ thuật pháp lý cao, nhưng lại có hiệu quả thấp; ngược lại, có trường hợp pháp luật được ban hành còn có những khiếm khuyết nhất định, nhưng do có sự vận dụng, áp dụng sáng tạo hoặc do những yếu tố khác lại đạt hiệu quả cao. Cho nên, cần phải xem xét hiệu quả pháp luật từ chính thực tiễn thực hiện và áp dụng pháp luật. Theo đó, hiệu quả pháp luật được hiểu là mức độ đạt được những mục đích và lợi ích xã hội trên thực tế mà vì những điều đó pháp luật được ban hành².

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

Bài viết được công bố trong khuôn khổ thực hiện Đề tài cấp bộ: “Thực hiện pháp luật kinh doanh của doanh nghiệp ở nước ta hiện nay”, Chủ nhiệm:

PGS.TS Phạm Hữu Nghị.

¹ Lê Minh Tâm, *Về khái niệm hiệu quả pháp luật và những tiêu chí xác định hiệu quả pháp luật*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11, năm 2000, tr. 46.

² Lê Minh Tâm, *tlđd*, tr. 47.

Quan điểm thứ ba xuất phát chủ yếu từ góc độ kinh tế cho rằng, cần phải tính đến các chi phí và mức chi phí để xem xét vấn đề hiệu quả pháp luật: Nếu số lượng và mức chi phí trung bình thấp nhưng vẫn đạt được mục đích đề ra khi ban hành quy phạm pháp luật thì hiệu quả pháp luật là cao; ngược lại, nếu số lượng và mức độ chi phí trung bình là cao để đạt được mục đích thì hiệu quả pháp luật là thấp. Theo đó, hiệu quả pháp luật được hiểu là sự đạt được mục đích đề ra khi ban hành quy phạm pháp luật với những chi phí ít nhất. Những chi phí này có thể là chi phí về tài chính, về thời gian, về công sức... vì suy cho cùng, thời gian, công sức cũng là những giá trị có thể và phải được quy đổi thành vật chất³.

Quan điểm thứ tư, tuy về cơ bản tán thành với quan điểm thứ ba, nhưng lại thận trọng hơn khi cho rằng, hiệu quả pháp luật là “khả năng của pháp luật có thể tác động được vào các quan hệ xã hội và ý thức xã hội để điều chỉnh các quan hệ đó với những phí tổn vật chất và tinh thần ít nhất, mang lại kết quả theo hướng cần điều chỉnh và cần được xác định của pháp luật”⁴. Một quan điểm khác lại coi hiệu quả của pháp luật là “mối quan hệ giữa kết quả thực tế của tác động pháp luật và những mục đích xã hội mà để đạt được chúng, các quy phạm pháp luật đã được ban hành”⁵.

Mỗi quan điểm nói trên đều có yếu tố hợp lý, có căn cứ khoa học và thực tiễn,

nhưng chưa đầy đủ, toàn diện. Tuy nhiên, quá trình thực hiện và áp dụng pháp luật dù có quan trọng đến mấy cũng phải dựa cơ bản trên cơ sở của pháp luật thực định; sự linh hoạt và “sáng tạo quá mức” có thể dẫn đến những hậu quả và vi phạm.

Nếu hiểu hiệu quả pháp luật là “mối quan hệ” thì chưa bao quát hết những nội dung cần thể hiện của khái niệm. Bởi thế, để xây dựng khái niệm hiệu quả pháp luật, cần phải trở về phân tích bản thân thuật ngữ hiệu quả, từ đó liên hệ với lý luận và thực tiễn pháp luật để hình thành một định nghĩa vừa phản ánh được nét chung vừa thể hiện được những đặc thù của hiệu quả pháp luật. Hiệu quả được hiểu là “có kết cục tốt, đúng như mong muốn”⁶, diễn đạt theo ngôn ngữ hiện đại thì đó là kết quả đạt được đúng như mục đích và yêu cầu đặt ra. Tương tự, theo Từ điển tiếng Việt, hiệu quả là kết quả như yêu cầu của việc làm mang lại⁷. Như vậy, nói về hiệu quả pháp luật bao giờ cũng phải chú ý hai mặt có mối quan hệ hữu cơ là: Phải có kết quả thực tế và kết quả đó không phải là do ngẫu nhiên, mà xuất phát từ ý muốn, từ những mục tiêu, yêu cầu có chủ định từ trước và mong muốn đạt được. Do đó, hiệu quả khác với kết quả thông thường vì kết quả chỉ là sự việc sau cùng, là kết cục của sự việc. Sự khác nhau đó cho thấy rằng, trong thực tiễn việc đánh giá kết quả thường dễ hơn rất nhiều so với đánh giá hiệu quả. Việc xác định, đánh giá về một hoạt động, một lĩnh vực, một phương tiện, một hiện tượng có đạt được hiệu quả hay không; hiệu quả đó cao hay thấp... luôn đòi hỏi phải có quan điểm toàn diện và thực tiễn.

³ Nguyễn Như Phát (Chủ biên): “*Xây dựng hệ thống pháp luật thống nhất, đồng bộ, minh bạch và hiệu quả trong nhà nước pháp quyền Việt Nam*”, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2014, tr. 233.

⁴ Viện Nhà nước và Pháp luật, *Những vấn đề lý luận cơ bản về Nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 441.

⁵ Lê Minh Tâm, *Về khái niệm hiệu quả pháp luật và những tiêu chí xác định hiệu quả pháp luật*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11, năm 2000, tr. 47.

⁶ Vũ Xuân Thái, “*Gốc và Nghĩa của từ Việt thông dụng*”, Nxb. Văn hóa – Thông tin, Hà Nội, 1999, tr. 378-379.

⁷ Viện ngôn ngữ học, “*Từ điển tiếng Việt*”, Nxb. Đà Nẵng, 1996, tr. 424.

Với tính cách là một hiện tượng thuộc thượng tầng kiến trúc, pháp luật có quan hệ đa chiều, đa diện, có phạm vi tác động rộng và mọi sự tác động để đạt được hiệu quả đều phải thông qua hành vi cụ thể của con người. Vì vậy, hiệu quả pháp luật có thể phát sinh trực tiếp nhưng cũng có thể phát sinh gián tiếp. Hơn thế, trong nhiều trường hợp, pháp luật chỉ thể hiện dưới dạng khung, những khuôn khổ và nguyên tắc để các chủ thể có thể chủ động xác lập và thực hiện những hành vi trong khuôn khổ và theo những nguyên tắc đó. Hiệu quả của pháp luật được biểu hiện ở nhiều mức độ và cấp độ khác nhau: Hiệu quả của cả hệ thống pháp luật nói chung, của một ngành luật, một chế định pháp luật, một nhóm quy phạm pháp luật hay chỉ là của một quy phạm pháp luật xác định. Vì vậy, xét theo quan điểm hệ thống, cũng cần phải có sự phân biệt giữa khái niệm hiệu quả quy phạm pháp luật và hiệu quả của từng bộ phận của quy phạm pháp luật. Tuy nhiên, có thể thấy rằng, dù xem xét ở cấp độ nào, mức độ nào thì mục đích và yêu cầu của pháp luật cũng có thể tìm thấy được để làm cơ sở cho việc đối chiếu, đánh giá.

Trên cơ sở những phân tích trên, có thể đưa ra một định nghĩa chung nhất về hiệu quả pháp luật như sau: *“Hiệu quả pháp luật là kết quả đạt được trên thực tế do sự tác động pháp luật mang lại, phản ánh đúng những mục đích, yêu cầu và định hướng mà pháp luật quy định với những chi phí thấp và mang lại nhiều lợi ích xã hội”*⁸. Khái niệm này hàm chứa ba nội dung có quan hệ hữu cơ với nhau:

⁸ Nguyễn Như Phát (Chủ biên): *“Xây dựng hệ thống pháp luật thống nhất, đồng bộ, minh bạch và hiệu quả trong nhà nước pháp quyền Việt Nam”*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2014, tr. 237.

Một là, hiệu quả pháp luật phải là những kết quả đạt được trên thực tế với những chi phí thấp và mang lại nhiều lợi ích xã hội, nghĩa là hiệu quả pháp luật có thể định lượng được: Nhiều hay ít, lớn hay nhỏ;

Hai là, những kết quả đó không phải ngẫu nhiên mà là do sự tác động pháp luật mang lại. Nói cách khác, đó là những kết quả mang tính pháp lý đạt được dưới sự tác động của tất cả các khuynh hướng, các hình thức tác động có tính chất pháp lý và bằng tất cả các phương tiện pháp luật (quy phạm pháp luật, quan hệ pháp luật, văn bản áp dụng pháp luật và hành vi pháp luật...);

Ba là, hiệu quả pháp luật luôn phản ánh sự tương quan giữa kết quả mang tính pháp lý đạt được trên thực tế với những mục đích, yêu cầu, định hướng pháp luật. Thiếu sự so sánh tương quan này cũng không thể đánh giá đúng được hiệu quả pháp luật.

2. Yêu cầu, đòi hỏi của nhà nước pháp quyền đối với tính hiệu quả của pháp luật

Trong nhà nước pháp quyền, những điều kiện pháp lý có khả năng ảnh hưởng trực tiếp đến hiệu quả của pháp luật là: Sự hoàn thiện của hệ thống pháp luật thực định; sự hoàn thiện của cơ chế thực hiện và áp dụng pháp luật; ý thức pháp luật và văn hóa pháp lý của mọi công dân.

Sự hoàn thiện của hệ thống pháp luật thực định

Điều kiện đặc biệt quan trọng bảo đảm hiệu quả của pháp luật là sự hoàn thiện của hệ thống pháp luật thực định. Hệ thống pháp luật hoàn thiện đòi hỏi phải bảo đảm được những tiêu chuẩn, yêu cầu nhất định như tính phù hợp, tính toàn diện, tính đồng bộ và trình độ kỹ thuật pháp lý cao, đáp ứng được những nhu cầu của cuộc sống đang đặt ra. Trong nhà nước pháp quyền, sự hoàn

thiện của pháp luật thực định thể hiện chủ yếu ở hệ thống văn bản quy phạm pháp luật. Để có chất lượng cao, các văn bản quy phạm pháp luật phải:

- Được xây dựng trên cơ sở những thành tựu khoa học pháp lý mới nhất với một trình độ lập pháp cao và có tính đến những quy định của pháp luật quốc tế cũng như kinh nghiệm của các quốc gia khác;

- Bảo đảm tính toàn diện và đồng bộ của hệ thống các văn bản pháp luật;

- Các mục tiêu đề ra trong văn bản pháp luật phải phù hợp với trình độ phát triển kinh tế, văn hóa, xã hội của đất nước⁹.

Như vậy, hệ thống pháp luật thực định có kết cấu khoa học và nội dung phù hợp, được trình bày chính xác, dễ hiểu, dễ thực hiện và áp dụng trong đời sống, những mục đích đề ra để pháp luật luôn có tính hiện thực cao là một trong những điều kiện quan trọng bảo đảm cho hiệu quả của pháp luật trong nhà nước pháp quyền.

Sự hoàn thiện của cơ chế thực hiện và áp dụng pháp luật

Sự hoàn thiện của cơ chế thực hiện và áp dụng pháp luật là một trong những điều kiện quan trọng để bảo đảm hiệu quả của pháp luật. Hoạt động thực hiện và áp dụng pháp luật là một quá trình hoạt động có mục đích làm cho các quy định của pháp luật đi vào cuộc sống, tạo ra những hoạt động thực tế hợp pháp của các chủ thể pháp luật. Trong các hình thức thực hiện pháp luật thì áp dụng pháp luật là hình thức có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, nó không chỉ là một hình thức thực hiện pháp luật, mà còn là giai đoạn đặc thù của quá trình thực hiện pháp luật. Mục đích trực tiếp của áp dụng

pháp luật là nhằm bảo đảm cho các quy phạm pháp luật được thực hiện đầy đủ, chính xác, nghiêm minh trong cuộc sống. Nếu thiếu sự bảo đảm này, sẽ có nhiều quy phạm pháp luật không được thực hiện, hoặc được thực hiện nhưng không chính xác, không đúng và trong những trường hợp đó, chúng không phát huy tác dụng của mình trong đời sống thực tế¹⁰.

Ý thức pháp luật và văn hóa pháp lý của người dân

Trình độ ý thức pháp luật và văn hóa pháp lý của mỗi cá nhân, tổ chức hoặc của cả xã hội nói chung là một trong những điều kiện quan trọng để bảo đảm hiệu quả của pháp luật.

Ý thức pháp luật cá nhân và nhóm xã hội có ảnh hưởng rất lớn đến nội dung, chất lượng của ý thức pháp luật xã hội. Những ảnh hưởng có thể là tích cực, tiến bộ nhưng cũng có thể là tiêu cực, lạc hậu. Ý thức pháp luật xã hội bao quát hết tất cả các khía cạnh của đời sống pháp lý, là một hệ thống lý luận thống nhất, nhất quán về pháp luật có ảnh hưởng lớn đến chất lượng xây dựng pháp luật của Nhà nước và sự tuân theo pháp luật hiện hành trên quy mô toàn xã hội.

Hiệu quả của pháp luật phụ thuộc vào cả ba loại ý thức pháp luật nói trên. Tuy nhiên, mỗi loại ý thức pháp luật có những đặc điểm riêng nhất định, do vậy cần phân tích nắm vững các đặc điểm đó để xác định các phương pháp, cách thức nâng cao ý thức pháp luật cho phù hợp, phát huy được vai trò, tác dụng của chúng trong đời sống xã hội, góp phần nâng cao hiệu quả của pháp luật.

⁹ Nguyễn Minh Đoan, “*Hiệu quả pháp luật – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 64.

¹⁰ Nguyễn Minh Đoan, “*Hiệu quả pháp luật – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2002, tr. 74.

Như vậy, hiệu quả của pháp luật là kết quả của sự tác động của văn bản quy phạm pháp luật đến các quan hệ xã hội so với các yêu cầu, mục tiêu khi ban hành văn bản đó. Nếu như hiệu lực của văn bản quy phạm pháp luật thể hiện thuộc tính của các quy phạm pháp luật, thì hiệu quả của một văn bản quy phạm pháp luật lại là những gì mà văn bản đó có thể đem lại trong cuộc sống, là kết quả của sự tương tác giữa pháp luật và xã hội, bởi chức năng chính của pháp luật là điều chỉnh các quan hệ xã hội. Pháp luật hướng cho các chủ thể sống và làm việc một cách hợp tác với nhau, để cùng nhau đạt được những gì họ muốn, vì lợi ích của tất cả thành viên trong xã hội.

3. Pháp luật doanh nghiệp và những tiêu chí đánh giá hiệu quả thi hành pháp luật

Kinh doanh là việc thực hiện liên tục một, một số hoặc tất cả các công đoạn của quá trình đầu tư, từ sản xuất đến tiêu thụ sản phẩm hoặc cung ứng dịch vụ trên thị trường nhằm mục đích sinh lợi¹¹. Như vậy, khái niệm này có thể tương đồng với khái niệm thương mại hiểu theo nghĩa truyền thống. Theo đó, pháp luật thương mại luôn bao gồm hai bộ phận chính là: (i) Pháp luật về những thành viên của thị trường (thương gia/doanh nghiệp) và (ii) Pháp luật về hoạt động kinh doanh/thương mại của các thành viên trong thị trường. Tuy nhiên, vì lý do lịch sử và nhu cầu đổi mới chế độ kinh tế (chuyển từ tập trung, quan liêu, bao cấp sang kinh tế thị trường), hệ thống pháp luật về các chủ thể của thị trường ở nước ta ra đời trước so với pháp luật về hành vi của các chủ thể kinh doanh (Luật Thương mại). Cũng từ đó, hệ thống pháp luật kinh doanh của nước ta được chia thành hai tiểu hệ

thống: Pháp luật về doanh nghiệp và pháp luật về hoạt động thương mại.

Hệ thống pháp luật về doanh nghiệp là khái niệm chỉ toàn bộ các bộ phận cấu thành có mối quan hệ với nhau theo những nguyên tắc pháp lý nhất định, tạo nên chỉnh thể pháp luật về doanh nghiệp. Hệ thống pháp luật về doanh nghiệp có thể được tiếp cận từ hai phương diện: Hệ thống cấu trúc bên trong và hệ thống văn bản pháp luật.

Về cấu trúc bên trong, hệ thống pháp luật về doanh nghiệp được cấu thành bởi các quy phạm, các chế định pháp luật liên quan đến vấn đề tổ chức doanh nghiệp. Các nhóm quy phạm chủ yếu của pháp luật về doanh nghiệp bao gồm:

- Các quy định về ghi nhận và mô tả bản chất pháp lý của loại hình doanh nghiệp
- Các quy định về đăng ký doanh nghiệp (pháp luật về gia nhập thị trường);
- Các quy định về tổ chức quản trị doanh nghiệp;
- Các quy định về tổ chức lại doanh nghiệp (thay đổi hình thức pháp lý của hoạt động kinh doanh);
- Các quy định về giải thể/phá sản doanh nghiệp (pháp luật về rút khỏi thị trường).

Hệ thống văn bản quy phạm pháp luật về doanh nghiệp bao gồm các văn bản pháp luật thuộc nhiều cấp độ hiệu lực khác nhau, chứa đựng các quy phạm pháp luật về doanh nghiệp. Các văn bản pháp luật về doanh nghiệp có thể rất phong phú, đa dạng và được ban hành vào các thời điểm khác nhau, nhưng đều có mối liên hệ mật thiết với nhau và tạo thành một hệ thống. Trung tâm của hệ thống pháp luật về doanh nghiệp là các luật về tổ chức doanh nghiệp. Thực tiễn cho thấy, hệ thống các văn bản pháp luật về tổ chức doanh nghiệp theo pháp luật

¹¹ Khoản 16 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

các nước được thiết kế rất phong phú, đa dạng cả về tên gọi và đối tượng, phạm vi điều chỉnh. Ở các nước có nền kinh tế thị trường và pháp luật phát triển, thông thường mỗi loại hình doanh nghiệp được điều chỉnh bằng một luật đơn hành, trên cơ sở các quy định chung về chủ thể kinh doanh (thương nhân) trong Bộ luật Dân sự hoặc Bộ luật Thương mại. Vì vậy, sẽ là sai lầm khi toan tính ban hành một đạo luật doanh nghiệp thống nhất để tạo sự bình đẳng giữa các doanh nghiệp trong nền kinh tế thị trường. Bởi lẽ, pháp luật doanh nghiệp là loại pháp luật về tổ chức theo cấu trúc bên trong như trình bày trên đây và vì thế, nó không có sứ mệnh ghi nhận hay đảm bảo về mặt pháp lý sự bình đẳng giữa các doanh nghiệp.

Trong nền kinh tế thị trường, kinh doanh là thuộc phạm trù tự do, quyền kinh doanh là quyền con người và như thế, hiệu quả của thi hành pháp luật kinh doanh suy cho cùng là hiệu quả của việc ghi nhận và đảm bảo quyền con người, quyền và nghĩa vụ của công dân.

Về các *tiêu chí* để đánh giá hiệu quả pháp luật doanh nghiệp:

Trước hết, cần tìm hiểu tiêu chí đánh giá hiệu quả pháp luật nói chung. Có quan điểm¹² xuất phát từ chỗ khẳng định rằng, những chỉ số về hiệu quả pháp luật chỉ có thể nằm ngay trong phạm vi các quan hệ xã hội được điều chỉnh và ở trong bản thân quy phạm pháp luật được áp dụng, ngoài ra không thể tìm ở phạm vi khác, đã đưa ra các chỉ số về hiệu quả pháp luật gồm:

- Dữ liệu cụ thể về đối tượng điều chỉnh nhằm nói lên trạng thái trước khi được pháp luật điều chỉnh;

- Dữ liệu cụ thể về những kết quả của việc điều chỉnh pháp luật thông qua những thay đổi trong đối tượng điều chỉnh;

- Dữ kiện cụ thể về những mục đích đã đạt được của việc điều chỉnh;

- Dữ kiện và những khiếm khuyết, những hệ quả tiêu cực xảy ra trong đối tượng điều chỉnh và trong quy phạm pháp luật;

Quan điểm khác lại cho rằng¹³, có ba chỉ số cơ bản để xác định hiệu quả của pháp luật là:

- Mục tiêu của pháp luật;

- Kết quả thực tiễn thu được do sự tác động của pháp luật; và

- Chi phí cho việc điều chỉnh pháp luật.

Từ những phân tích trên cho thấy, khi đánh giá hiệu quả pháp luật doanh nghiệp cần phải dựa trên các tiêu chí sau đây:

Một là, phải căn cứ vào trạng thái ban đầu của các quan hệ xã hội và ý thức xã hội khi chưa có sự tác động và điều chỉnh của pháp luật, nhưng đòi hỏi phải có pháp luật để tác động và điều chỉnh. Đây là cơ sở quan trọng để có thể so sánh với trạng thái sau khi đã có sự điều chỉnh và tác động của pháp luật.

Hai là, phải lấy căn cứ là những mục đích, yêu cầu, định hướng của pháp luật nhằm điều chỉnh và tác động tới các đối tượng điều chỉnh. Chỉ trên cơ sở xác định rõ như vậy mới có thể đánh giá xem những kết quả đạt được trên thực tế có phản ánh đúng những mục đích, yêu cầu và định hướng mà pháp luật đã định ra hay không và phản ánh ở mức độ nào.

¹² Viện Nhà nước và Pháp luật, “*Những vấn đề lý luận cơ bản về Nhà nước và pháp luật*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1995, tr. 441.

¹³ Nguyễn Minh Đoan, “*Hiệu quả pháp luật – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*”, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 1997, tr. 37.

Ba là, phải đánh giá đúng chất lượng của pháp luật, vì chất lượng của pháp luật có ý nghĩa quyết định đến hiệu quả của pháp luật. Pháp luật được ban hành kịp thời, đầy đủ, đồng bộ, phù hợp với các quy luật khách quan, phù hợp với các điều kiện kinh tế - xã hội và ở trình độ pháp lý cao: Rõ ràng, chính xác, một nghĩa thì tạo cơ sở cho điều chỉnh, tác động pháp luật đạt được kết quả cao và ngược lại.

Bốn là, phải đánh giá đúng kết quả thực tế đạt được do sự điều chỉnh và tác động của pháp luật mang lại. Trên cơ sở đánh giá đúng kết quả thực tiễn đạt được, cho phép chúng ta có thể liên hệ với ba tiêu chí trên để kết luận chính xác về hiệu quả pháp luật đạt được.

Năm là, phải xem xét mức độ chi phí cụ thể cho việc đạt được các kết quả thực tế. Nếu kết quả thực tế đạt được nhiều, tốt mà các phí tổn ở mức thấp thì hiệu quả pháp luật là cao và ngược lại.

Sáu là, phải xác định những lợi ích xã hội và những giá trị xã hội mới do điều chỉnh và tác động pháp luật đem lại. Tiêu chí này có thể gộp chung với tiêu chí thứ tư. Tuy nhiên, cũng có thể tách riêng vì những lợi ích xã hội và những giá trị xã hội mới ở đây được hiểu ở bình diện chung nhất và được đánh giá ở tầm khái quát cao nhất. Chẳng hạn như trật tự pháp luật được củng cố và phát triển ở mức độ nào? Đời sống pháp luật có những chuyển biến tích cực gì? Nếu xét ở những giá trị xã hội cơ bản: An toàn, tự do, công bằng và tiến bộ thì pháp luật đã có vai trò như thế nào và đến mức độ nào trong việc bảo vệ, củng cố và phát huy các giá trị đó. Còn những kết quả đạt được thực tế theo tiêu chí thứ tư thể hiện một cách cụ thể hơn và gắn với các quan hệ có liên quan trực tiếp tới các chủ thể pháp luật xác định.

Sáu tiêu chí này cần được xem xét trong sự thống nhất chung và hiệu quả pháp luật chỉ có thể được đánh giá một cách đúng đắn và đầy đủ khi xem xét toàn diện theo cả sáu tiêu chí với những phương pháp khoa học. Trong mỗi tiêu chí cũng cần được cụ thể hóa thành các chỉ số để có thể xem xét đánh giá đầy đủ về mặt định lượng cũng như định tính¹⁴.

Tuy nhiên, theo tác giả, yếu tố về chất lượng pháp luật (tiêu chí thứ ba) có lẽ là tiêu chí quan trọng hơn cả để đánh giá hiệu quả của pháp luật doanh nghiệp. Theo đó, tiếp cận từ những tính chất và đặc điểm của pháp luật doanh nghiệp mà từ đó, thể hiện và thực hiện tốt các tính chất và chức năng vốn có của pháp luật doanh nghiệp cũng là đồng nghĩa với đảm bảo tốt hiệu quả của pháp luật từ mục đích tự thân của nó, vì đây là lĩnh vực pháp luật có những đặc điểm đặc thù so với nhiều lĩnh vực pháp luật khác. Theo đó, pháp luật doanh nghiệp có những đặc tính như sau:

Một là, pháp luật “tự hành”

Nói một cách khác, pháp luật doanh nghiệp là pháp luật mang tính chất tự quản của các nhà đầu tư – các chủ sở hữu, đồng sở hữu doanh nghiệp. Như thế, hiệu quả của pháp luật sẽ lệ thuộc vào mức độ đảm bảo và tạo điều kiện để các chủ sở hữu thực hiện khả năng tự quản của họ trong quá trình tổ chức và sản xuất kinh doanh. Như trên đã nêu, kinh doanh là vấn đề thuộc quyền tự do và như thế, trên cơ sở tách bạch quyền lực công/quyền lực tư (quyền lực của thị trường), Nhà nước và pháp luật cần phải tạo ra cơ hội và khuyến khích sự tự quản của

¹⁴ Nguyễn Như Phát (Chủ biên): “*Xây dựng hệ thống pháp luật thống nhất, đồng bộ, minh bạch và hiệu quả trong nhà nước pháp quyền Việt Nam*”, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 2014, tr. 240.

các nhà đầu tư, các doanh nghiệp trong sân chơi thị trường của họ. Trong một xã hội dân chủ có kinh tế thị trường hiện đại, với phương châm “nhà nước nhỏ, xã hội lớn”, việc trao cho xã hội (khu vực kinh tế thị trường) nhiều quyền tự chủ như có thể là tiêu chí quan trọng để đánh giá hiệu quả của pháp luật kinh doanh.

Sự “tự quản” của các doanh nghiệp, của các nhà đầu tư (chủ sở hữu doanh nghiệp) được thực hiện theo nguyên tắc “doanh nghiệp được làm những gì mà pháp luật không cấm” sẽ diễn ra trong mọi lĩnh vực hoạt động của doanh nghiệp, từ nguyên lý của “cuộc chơi” cho đến những vấn đề về tổ chức bộ máy quản trị, phân chia quyền lực, điều hành hoạt động kinh doanh, thậm chí cả những vấn đề trong quá trình rút khỏi thị trường (giải thể/phá sản).

Những nguyên lý cuộc chơi của các nhà đầu tư trong kinh doanh có thể là sự phân biệt đặc tính kinh tế - pháp lý của các doanh nghiệp để thiết lập cuộc chơi và những sở thích của các nhà đầu tư, doanh nghiệp như:

- “Doanh nghiệp thể nhân – doanh nghiệp pháp nhân”. Theo đó, có vấn đề vô cùng quan trọng là nguyên tắc tách bạch – không tách bạch về tư cách pháp lý của chủ doanh nghiệp và tài sản thuộc sở hữu của họ cũng như tài sản đưa vào kinh doanh. Đây là vấn đề mà thực tiễn hiện nay, trong thực hiện và kể cả trong áp dụng pháp luật vẫn còn có nhận thức không đúng, không thống nhất, làm giảm hiệu quả của pháp luật doanh nghiệp. Vì lẽ đó, cặp phạm trù “cá nhân” và “pháp nhân” trong pháp luật dân sự/thương mại của nước ta là không toàn diện. Bởi lẽ, nhận thức thực tiễn cũng như lý luận cho thấy, khái niệm pháp nhân (không phải là người – sinh vật) được sinh ra là để phân biệt với người. Trong khi, khái niệm người bao gồm cá nhân và tập thể.

- “Trách nhiệm vô hạn (có thể liên đới) – trách nhiệm hữu hạn” trong kinh doanh. Theo đó, trách nhiệm vô hạn hay trách nhiệm hữu hạn là năng lực và giới hạn nghĩa vụ thanh toán nợ của doanh nghiệp khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản và thực hiện thanh lý tài sản theo pháp luật phá sản.

- “Đối nhân - đối vốn” trong mối quan hệ giữa các nhà đầu tư đồng sở hữu doanh nghiệp (công ty). Theo đó, trong các công ty, tùy vào đặc điểm pháp lý của từng loại hình công ty mà các thành viên công ty có thể áp dụng nguyên tắc căn bản trong mối quan hệ giữa họ trong quá trình tổ chức, hoạt động và phân chia quyền lực trong các quá trình đó hoặc theo tỷ lệ phần vốn góp (vào vốn điều lệ) trong công ty hoặc theo nhân cách/uy tín (được suy tôn) là yếu tố chi phối cuộc chơi của các thành viên với nhau trong công ty.

Vì vậy, theo tinh thần của các nguyên lý trên đây, việc Luật Doanh nghiệp năm 2014, khi trình bày về công ty hợp danh có quy định tại Điều 172: “2. Công ty hợp danh có *tư cách pháp nhân* kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp” và Điều 174: “1. Tài sản góp vốn của các thành viên *đã được chuyển quyền sở hữu cho công ty*” là đi ngược với những nguyên lý chung về đặc điểm và tính chất pháp lý của pháp luật kinh doanh và nhất định sẽ không có hiệu quả trên thực tế.

Nhân đây, xin bàn thêm về công cụ pháp lý để thể hiện khả năng tự quản của doanh nghiệp trong kinh tế thị trường: Theo nguyên lý về tự quản, các chủ/đồng chủ sở hữu doanh nghiệp luôn thiết lập cho mình những quy tắc xử sự trong tổ chức và quản trị doanh nghiệp. Điều lệ doanh nghiệp mà nhiều người cho rằng là “hiến pháp của doanh nghiệp” luôn thể hiện những ý chí và

sở thích, mong muốn tự chủ của họ theo tinh thần “pháp luật không cấm”. Vì vậy, nó có hiệu lực về đối nội và đối ngoại trong hoạt động của doanh nghiệp. Đáng tiếc, pháp luật về doanh nghiệp nước ta chưa bao giờ minh định giá trị và bản chất pháp lý của điều lệ doanh nghiệp. Về phương diện thực tiễn, các điều lệ doanh nghiệp cũng không thực sự phản ánh ý chí, sở thích và tinh thần tự chủ của các chủ doanh nghiệp. Bởi lẽ, các sáng lập viên thường phải nộp tại Cơ quan đăng ký kinh doanh các bản dự thảo điều lệ được soạn theo mẫu của cơ quan này hoặc theo mẫu của những người tư vấn thành lập doanh nghiệp. Đây cũng là một hiện tượng làm giảm hiệu quả thực hiện pháp luật doanh nghiệp.

Hai là, pháp luật tư

Trong khuôn khổ “pháp luật không cấm”, các doanh nghiệp được tự do hành xử, tự do ý chí trong việc đăng ký kinh doanh và thực hiện các hoạt động kinh doanh trên thị trường. Vì vậy, việc tiến hành đầu tư, thành lập doanh nghiệp, thực hiện các hoạt động giao lưu thương mại/kinh doanh của các doanh nghiệp không có sự can thiệp của các thế lực bên ngoài doanh nghiệp (theo Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014). Như vậy, trong lĩnh vực kinh doanh, các doanh nghiệp được tự do hành động/không hành động trong mọi quá trình của hoạt động kinh doanh (luật tư).

Vấn đề đặt ra là, tại sao lại có hiện tượng cấm kinh doanh hoặc kinh doanh có điều kiện? Và việc này có đi ngược nguyên tắc của luật tư, của quyền tự do kinh doanh?

Tự do là “nhận thức được quy luật” và vì thế, quyền tự do của người này không được làm tổn hại đến tự do của người khác, của cộng đồng. Mặt khác, vì đây là vấn đề thuộc quyền con người nên tiếp cận dựa trên

quyền, việc giới hạn quyền tự do kinh doanh chỉ có thể được thực hiện bởi luật và dựa trên căn cứ của luật. Vì vậy, Hiến pháp năm 2013 tại khoản 2 Điều 14 đã quy định: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng; khoản 4 Điều 15 quy định: “Việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác”.

Từ đây, xuất hiện vấn đề là, kể cả việc cấm/hạn chế quyền tự do kinh doanh được quy định trong luật, theo nguyên tắc của chủ nghĩa hợp hiến, cũng đều phải tuân thủ tinh thần và nội dung của Hiến pháp. Nếu không, luật của Quốc hội cũng sẽ cần thiết đối mặt với cơ chế bảo hiến.

Cũng từ đây, cần bàn thêm về bản chất của việc đăng ký doanh nghiệp theo tinh thần của luật tư. Khoản 12 Điều 4 của Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: “*Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp* là văn bản hoặc bản điện tử mà Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp cho doanh nghiệp ghi lại những thông tin về đăng ký doanh nghiệp”. Như vậy, việc đăng ký là quyền của doanh nghiệp khi họ công khai trên thị trường về sự xuất hiện của mình theo nguyên tắc “tiền đăng, hậu kiểm”. Điều này sẽ xa lạ với một thủ tục hành chính và như thế, Cơ quan đăng ký kinh doanh không ban hành một quyết định hành chính (khác với thủ tục thành lập doanh nghiệp theo Luật Doanh nghiệp tư nhân năm 1990, Luật Công ty năm 1990). Từ đây, vấn đề bản chất “công quyền” của Cơ quan đăng ký kinh doanh sẽ lu mờ và quyền, nghĩa vụ của họ không thể được tiếp cận giống như mọi cơ quan khác

thuộc hệ thống hành pháp. Nếu cơ quan đăng ký kinh doanh hành xử theo nguyên lý của hành chính thì rõ ràng sẽ tạo nút thắt hành chính và hiệu quả của pháp luật doanh nghiệp sẽ không đạt được.

Vấn đề nổi cộm hiện nay là vấn đề của các “giấy phép con”. Sẽ là sai lầm nếu cho rằng, tự do trong kinh tế thị trường là bất chấp tất cả các điều kiện, trình tự, yêu cầu về các điều kiện kinh tế - kỹ thuật vì mục tiêu đảm bảo trật tự, an toàn và ổn định xã hội. Đành rằng, sự xuất hiện và hoạt động của một doanh nghiệp trên thị trường sẽ là tiền đề để phát triển sản xuất và tăng trưởng kinh tế; thực dụng hơn là tạo việc làm cho xã hội và nguồn thu (thuế) cho ngân sách nhà nước. Tuy nhiên, mọi doanh nghiệp đều có thể tác động mang tính tiêu cực đối với xã hội, môi trường, con người, bao gồm người tiêu dùng. Vì vậy, một nền kinh tế thị trường hiện đại luôn là nền kinh tế có trật tự, quy chuẩn, ngăn ngừa mọi tác động tiêu cực hoặc rủi ro do hoạt động kinh doanh gây ra. Chính vì vậy, pháp luật doanh nghiệp đã thiết kế và có phân biệt về kinh doanh có điều kiện và điều kiện kinh doanh. Theo đó, ngành nghề kinh doanh có điều kiện là các ngành nghề cụ thể thuộc danh mục Luật Đầu tư quy định, mà ở đó khi đăng ký doanh nghiệp, nhà đầu tư phải làm thủ tục cấp phép kinh doanh (giấy phép con). Trong khi đó, điều kiện kinh doanh là các điều kiện để chủ thể kinh doanh phải đáp ứng để kinh doanh (trên thực tế) các ngành nghề kinh doanh có điều kiện. Như vậy, sự khác nhau của hai vấn đề này chính là ở chỗ:

- Trong khi vấn đề kinh doanh có điều kiện xuất hiện trong bối cảnh đăng ký doanh nghiệp (có thể bổ sung khi doanh nghiệp đã hoạt động) thì các điều kiện kinh doanh cần

phải có khi doanh nghiệp triển khai trên thực tế hoạt động kinh doanh;

- Trong khi kinh doanh có điều kiện kéo theo thủ tục cấp phép – một thủ tục hành chính kinh tế thì đối với điều kiện kinh doanh, đây là một thủ tục “hậu kiểm” mang tính chất “chứng thực” về sự hiện diện của các điều kiện kinh doanh mà các doanh nghiệp đã đáp ứng.

Cũng vì trên thực tiễn còn sự lẫn lộn từ phía công quyền về bản chất pháp lý và thời điểm đáp ứng của hai loại thủ tục (giấy tờ) này nên các nhà đầu tư và doanh nghiệp vẫn gặp nhiều trở ngại trong việc đăng ký và tổ chức hoạt động kinh doanh. Đây lại là một hiện tượng làm giảm hiệu quả của việc thực hiện pháp luật doanh nghiệp.

Ba là, pháp luật tối thiểu

Xuất phát từ nguyên lý của pháp luật tự hành và pháp luật tư trong kinh tế thị trường, bằng pháp luật, nhà nước luôn phải kiểm chế trong việc ban hành những quy phạm pháp luật mang tính bắt buộc chung đối với tất cả các doanh nghiệp và hoạt động của chúng. Nhà nước vì vậy luôn dành cho các chủ doanh nghiệp những khoảng không gian điều chỉnh pháp luật để họ tự do sáng tạo, thể hiện những sở thích và toan tính của mình trong kinh doanh. Do đó, tính chất của các quy phạm pháp luật trong kinh doanh thường mang tính tùy nghi. Theo đó, pháp luật thường tạo ra những khả năng khác nhau để các nhà đầu tư và doanh nghiệp lựa chọn. Chẳng hạn, trong lĩnh vực pháp luật doanh nghiệp thường gặp những quy định “nếu điều lệ doanh nghiệp/công ty không có quy định khác”. Cách tiếp cận như vậy cho thấy, pháp luật do nhà nước ban hành một mặt có thể là những “gợi ý”, và mặt khác, mang tính tối thiểu.

(Xem tiếp trang 58)

NGƯỜI ĐẠI DIỆN THEO PHÁP LUẬT CỦA DOANH NGHIỆP: THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Phan Thành Nhân*

Đỗ Thị Nhung**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp cũng như thực tiễn thực hiện các quy định này, từ đó đưa ra một số giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes and assesses regulations under the 2014 Law on Enterprises on legal representative of an enterprise as well as the implementation thereof; Thereby it makes proposals for improvement.

Luật Doanh nghiệp (LDN) năm 2014 được Quốc hội thông qua ngày 26/11/2014 và có hiệu lực thi hành kể từ ngày 01/7/2015 với những cải cách mạnh mẽ và sâu rộng, đặc biệt là quy định về người đại diện theo pháp luật đã tạo điều kiện thuận lợi cho doanh nghiệp trong việc tiến hành các hoạt động kinh doanh và tiệm cận hơn với các chuẩn mực pháp lý quốc tế¹. Tuy nhiên, qua hơn 03 năm đi vào cuộc sống, quy định trên đã bộc lộ một số hạn chế, bất cập nhất định.

1. Thực trạng pháp luật về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

1.1. Khái niệm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

Ở một số nước trên thế giới, khái niệm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp được quy định không giống nhau. Chẳng hạn, Luật Công ty của Anh quy định

người đại diện theo pháp luật của công ty là: “Một thành viên cá nhân được công ty ủy quyền thực hiện các quyền hạn tương tự mà công ty có thể thực hiện”². LDN của Úc quy định: “Đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân do doanh nghiệp chỉ định để thực hiện tất cả hoặc bất kỳ quyền hạn nào mà doanh nghiệp có thể thực hiện”³. Pháp luật Nhật Bản tiếp cận người đại diện theo pháp luật thông qua chức năng quản lý, đó là: “Người quản lý có quyền thực hiện bất kỳ và tất cả các hành vi pháp lý và phi tư pháp nhân danh công ty liên quan đến hoạt động kinh doanh của mình”⁴. Riêng đối với Luật Công ty trách nhiệm hữu hạn (CTTNHH) của Đức không đưa ra khái niệm một cách rõ ràng, mà khẳng định: “Công ty sẽ do các Giám đốc làm đại diện. Trong trường hợp công ty không có Giám đốc, các cổ đông sẽ làm đại diện cho công ty bất cứ

* ThS., Tòa án nhân dân huyện Lai Vung, tỉnh Đồng Tháp.

** ThS., Tòa án nhân dân thị xã Bến Cát, tỉnh Bình Dương.

¹ Vũ Thị Lan Anh, “Quy định mới của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp”, Tạp chí Luật học, số 4/2016, tr.11.

² Điều 323.2 Luật Công ty Anh năm 2006, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/323>, truy cập ngày 09/10/2018.

³ Điều 250D LDN Úc năm 2001, http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/s250d.html, truy cập ngày 09/10/2018.

⁴ Điều 11.1 Luật Công ty Nhật Bản năm 2005, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2035&vm=04&re=02>, truy cập ngày 09/10/2018.

khi nào có tuyên bố hoặc các giấy tờ có liên quan được xác lập”⁵. Như vậy, có thể hiểu một cách đơn giản là quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật trong các CTTNHH ở Đức được thể hiện thông qua quyền và nghĩa vụ của Giám đốc và các cổ đông (nếu công ty không có giám đốc).

Khảo sát quy định về người đại diện theo pháp luật của một số nước trên thế giới, chúng ta có thể khẳng định thuật ngữ “người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp” bao hàm nội dung khác nhau, tùy thuộc vào pháp luật của mỗi quốc gia. Tuy nhiên, tựu trung lại, pháp luật của các nước vẫn có điểm giao thoa nhau về khái niệm người đại diện theo pháp luật, đó là người được doanh nghiệp chỉ định để thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn nhân danh doanh nghiệp.

Ở Việt Nam, trước đây, LDN năm 2005 không đưa ra khái niệm cụ thể mà chế định về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp chỉ nằm rải rác ở các điều luật quy định về cơ cấu tổ chức, quản lý của các loại hình doanh nghiệp⁶. Tuy nhiên, LDN năm 2014 đã thể hiện bước tiến khi có một điều khoản riêng để quy định về người đại diện theo pháp luật. Theo đó, khoản 1 Điều 13 LDN năm 2014 quy định: “*Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân đại diện cho doanh nghiệp thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn,*

người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài, Tòa án và các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật”. Với quy định này, LDN năm 2014 đã ghi nhận chức năng đại diện theo pháp luật trong tổ tụng của người đại diện theo pháp luật, cũng được quy định từ Điều 85 đến Điều 90 của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015. Tuy nhiên, khái niệm trên chỉ mới đề cập đến việc “thực hiện” giao dịch nhân danh doanh nghiệp mà chưa đề cập đến chức năng “xác lập” giao dịch nhân danh doanh nghiệp - vốn là một trong các quyền then chốt của chế định người đại diện theo pháp luật. Mặc dù, khoản 1 Điều 13 LDN năm 2014 có thêm quy định mở là người đại diện theo pháp luật được thực hiện “các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật”, tức là được thực hiện quyền xác lập giao dịch, song việc không quy định cụ thể quyền này trong văn bản luật chuyên ngành cũng là một hạn chế⁷. Mặt khác, theo quy định tại khoản 1 Điều 134 Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 thì người đại diện là người nhân danh và vì lợi ích của người được đại diện xác lập, thực hiện giao dịch dân sự. Chính vì vậy, vai trò “xác lập” giao dịch dân sự là một trong những vai trò không thể thiếu đối với người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

1.2. Quy định về số lượng người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

Pháp luật một số nước tiên tiến trên thế giới như Anh⁸, Pháp, Thụy Sĩ, Đức, Úc,

⁵ Điều 35.2 Luật Công ty trách nhiệm hữu hạn Đức năm 2016, http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gmbhg/englisch_gmbhg.html, truy cập ngày 09/10/2018.

⁶ Chẳng hạn, CTTNHH (khoản 5 Điều 67, khoản 1 Điều 74); công ty cổ phần (khoản 1 Điều 116); công ty hợp danh (khoản 1 Điều 137); doanh nghiệp tư nhân (khoản 4 Điều 143).

⁷ Bùi Đức Giang, “*Hành lang pháp lý mới về người đại diện theo pháp luật của Luật Doanh nghiệp năm 2014*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6/2015, tr. 18.

⁸ Xem thêm: Geoffrey Morse and others, *Palmer's Company Law - Volume 1* (Sweet & Maxwell, 2015), para.8.101 and seq.

Hoa Kỳ, Singapore,... đều cho phép một công ty có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật. Điển hình như LDN của Úc và Luật CTTNHH của Đức đều cùng quy định Giám đốc là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp và một doanh nghiệp có thể có nhiều Giám đốc⁹ (tức là một doanh nghiệp có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật). Ở Hoa Kỳ, những người điều hành là người đại diện theo pháp luật của công ty trong phạm vi thẩm quyền được giao bao gồm: Tổng Giám đốc, Chủ tịch, Phó Chủ tịch, Giám đốc tài chính,... và họ sẽ điều hành các công việc hàng ngày của công ty theo lĩnh vực được phân công¹⁰. Còn ở Singapore, công ty có Ban Giám đốc, từng Giám đốc (như Giám đốc điều hành - CEO, Giám đốc nhân sự, Giám đốc bán hàng,...) đều có quyền đại diện cho công ty về những vấn đề trong phạm vi, quyền hạn của họ và phải có ít nhất một Giám đốc thường trú tại quốc gia sở tại¹¹.

Ở Việt Nam, số lượng người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp tư nhân (DNTN) và công ty hợp danh (CTHD) trong LDN năm 2014 không có gì thay đổi so với LDN năm 2005, đó là chủ DNTN vẫn là người đại diện duy nhất theo pháp luật của DNTN¹², còn tất cả các thành viên hợp danh là người đại diện theo pháp luật của CTHD¹³. Tuy nhiên, LDN năm 2014 đã

tháo gỡ sự bế tắc cho hoạt động của các doanh nghiệp, nhất là đối với những công ty lớn, có số lượng nhân viên đông và có cơ sở kinh doanh ở nhiều tỉnh, thành khi quy định CTTNHH và công ty cổ phần (CTCP) có thể có một hoặc nhiều người đại diện theo pháp luật, với điều kiện là điều lệ công ty quy định cụ thể số lượng, chức danh quản lý và quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp¹⁴.

Quy định trên tuy là một trong những điểm mới mang tính đột phá của LDN năm 2014, nhưng xét ở góc độ kỹ thuật lập pháp thì vẫn còn chưa hợp lý khi quy định đích danh chỉ CTTNHH và CTCP mới có thể có nhiều người đại diện theo pháp luật. Điều này có nghĩa các loại hình doanh nghiệp còn lại sẽ không được có nhiều người đại diện theo pháp luật. Tuy nhiên, có thể thấy CTHD luôn có ít nhất từ hai người đại diện theo pháp luật trở lên và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty¹⁵.

1.3. Quy định về điều kiện cư trú của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

LDN năm 2014 quy định đối với doanh nghiệp chỉ có một người đại diện theo pháp luật và người này vắng mặt tại Việt Nam quá 30 ngày mà không ủy quyền cho người khác thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp thì chủ sở hữu công ty, Hội đồng

⁹ Điều 201A Luật Doanh nghiệp Úc năm 2001, http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/s250d.html, truy cập ngày 10/10/2018.

¹⁰ Lê Thị Thu Thủy và Đỗ Minh Tuấn, *Thể chế pháp luật kinh tế một số quốc gia trên thế giới*, Nxb. Tài chính, 2016, Hà Nội, tr. 157.

¹¹ Vũ Thị Lan Anh, “*Pháp luật Singapore về các hình thức tổ chức kinh doanh*”, Tạp chí Luật học, số 12/2009, tr. 55.

¹² Khoản 4 Điều 185 LDN năm 2014.

¹³ Khoản 1 Điều 179 LDN năm 2014.

¹⁴ Khoản 2 Điều 13 LDN năm 2014.

¹⁵ Điểm a khoản 1 Điều 172 LDN năm 2014 quy định: “*Công ty hợp danh là doanh nghiệp phải có ít nhất 02 thành viên là chủ sở hữu chung của công ty, cùng kinh doanh dưới một tên chung*” và tại khoản 1 Điều 179 quy định: “*Các thành viên hợp danh có quyền đại diện theo pháp luật và tổ chức điều hành hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty*”.

thành viên (HĐTV), Hội đồng quản trị (HĐQT) cử người khác làm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp¹⁶. Đối với CTTNHH có hai thành viên trở lên, nếu người đại diện theo pháp luật của công ty trốn khỏi nơi cư trú thì thành viên còn lại đương nhiên làm người đại diện theo pháp luật của công ty cho đến khi có quyết định mới của HĐTV về người đại diện theo pháp luật của công ty¹⁷. Quy định này nhằm đảm bảo cho doanh nghiệp không bị trống người đại diện theo pháp luật quá lâu, gây cản trở cho các hoạt động của doanh nghiệp.

Tuy nhiên, LDN năm 2014 quy định doanh nghiệp phải bảo đảm luôn có ít nhất một người đại diện theo pháp luật cư trú tại Việt Nam và nếu doanh nghiệp chỉ có một người đại diện theo pháp luật, thì khi xuất cảnh mới thực hiện việc ủy quyền nêu trên (khoản 3 Điều 13) là chưa đầy đủ. LDN năm 2014 quy định rằng, doanh nghiệp có nhiều người đại diện theo pháp luật thì nhất thiết phải có một người cư trú tại Việt Nam. Thế nhưng, vì một lý do nào đó mà tất cả người đại diện theo pháp luật xuất cảnh, thì doanh nghiệp lại không được phép ủy quyền hoặc nếu có ủy quyền mà thời hạn ủy quyền đã hết, thì cũng không được phép kéo dài thời hạn như trường hợp chỉ có một người đại diện theo pháp luật¹⁸. Trong khi đó, doanh nghiệp có nhiều người đại diện theo pháp luật và có thể mỗi người chỉ được phân công thực hiện một hoặc một số nhiệm vụ, quyền hạn nhất định theo Điều lệ công ty quy định. Như vậy, trong cùng một tình huống hoàn toàn tương tự nhau, nhưng LDN năm 2014 lại quy định không thống

nhất, tạo ra sự không bình đẳng giữa các loại hình doanh nghiệp.

1.4. Quy định về “người quản lý doanh nghiệp”

Theo quy định tại khoản 18 Điều 4 LDN năm 2014 thì: “*Người quản lý doanh nghiệp là người quản lý công ty và người quản lý DNTN, bao gồm chủ DNTN, thành viên hợp danh, Chủ tịch HĐTV, thành viên HĐTV, Chủ tịch công ty, Chủ tịch HĐQT, thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân giữ chức danh quản lý khác có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty*”. Quy định này cho thấy, mọi thành viên HĐTV đều là người quản lý doanh nghiệp, trong khi đó cơ cấu HĐTV của CTTNHH hai thành viên trở lên bao gồm tất cả các thành viên của công ty¹⁹ và trong CTHD, HĐTV là cơ quan có quyền quản lý cao nhất, bao gồm mọi thành viên của công ty và thành viên góp vốn cũng nằm trong cơ cấu của HĐTV²⁰. Trong cuộc họp của HĐTV, thành viên góp vốn chỉ được tham gia và thảo luận, chỉ có quyền biểu quyết về các nội dung có liên quan đến việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty; sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn; về tổ chức lại và giải thể công ty và các nội dung khác của Điều lệ công ty có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ²¹. Bên cạnh đó, LDN năm 2014 quy định thành viên góp vốn không được tham gia quản lý công ty, không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty²². Điều này cũng đồng

¹⁶ Khoản 5 Điều 13 LDN năm 2014.

¹⁷ Khoản 6 Điều 13 LDN năm 2014.

¹⁸ Khoản 3 và khoản 4 Điều 13 LDN năm 2014.

¹⁹ Khoản 1 Điều 56 LDN năm 2014.

²⁰ Khoản 1 Điều 177 LDN năm 2014.

²¹ Điểm a khoản 1 Điều 182 LDN năm 2014.

²² Điểm b khoản 2 Điều 182 LDN năm 2014.

nghĩa với việc thành viên góp vốn không thể trở thành người quản lý doanh nghiệp như định nghĩa tại khoản 18 Điều 4 LDN năm 2014. Như vậy, khái niệm người quản lý doanh nghiệp theo khoản 18 Điều 4 đã mâu thuẫn với Điều 55 (về cơ cấu tổ chức quản lý CTTNHH hai thành viên trở lên) và Điều 182 (về nghĩa vụ của thành viên góp vốn trong CTHD).

1.5. Sự mâu thuẫn giữa khoản 6 với khoản 1 Điều 13 Luật Doanh nghiệp năm 2014 và không phù hợp với Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)

Theo quy định tại khoản 6 Điều 13 LDN năm 2014: “Đối với CTTNHH có hai thành viên, nếu có thành viên là cá nhân làm người đại diện theo pháp luật của công ty bị tạm giam, kết án tù, trốn khỏi nơi cư trú, bị mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc bị tòa án tước quyền hành nghề vì phạm tội buôn lậu, làm hàng giả, kinh doanh trái phép, trốn thuế, lừa dối khách hàng và tội khác theo quy định của Bộ luật hình sự thì thành viên còn lại đương nhiên làm người đại diện theo pháp luật của công ty cho đến khi có quyết định mới của HĐTV về người đại diện theo pháp luật của công ty”. Quy định này cho thấy, đối với CTTNHH có hai thành viên trở lên có thể có “thành viên là tổ chức” làm người đại diện theo pháp luật của công ty, trong khi đó khái niệm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp quy định tại khoản 1 Điều 13 LDN năm 2014 thì chỉ có “cá nhân” mới được làm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. Ngoài ra, điều luật còn liệt kê các tội danh cụ thể như tội buôn lậu, làm hàng giả, kinh doanh trái phép, trốn thuế, lừa dối khách hàng. Tuy nhiên, Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã bỏ Tội

“kinh doanh trái phép” nên việc liệt kê các tội danh như trên sẽ không còn phù hợp. Đối với “tội khác theo quy định của BLHS” thì đó có phải là các tội phạm còn lại được quy định trong BLHS không, nếu đúng như vậy thì có vẻ việc liệt kê các tội danh như trên lại tỏ ra thừa khi đã có quy định “quét” tất cả các tội danh. Có thể lý giải cho quy định này là nhằm mục đích nhấn mạnh các hành vi mà doanh nghiệp thường vi phạm, nhưng đây vẫn là một sự hạn chế đáng tiếc của điều luật.

1.6. Sự không thống nhất trong quy định về người đại diện đương nhiên giữa Công ty trách nhiệm hữu hạn một thành viên với Công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên

LDN năm 2014 quy định những chức danh quản lý đương nhiên hoặc trường hợp doanh nghiệp chỉ có một người đại diện theo pháp luật của công ty. Chẳng hạn, đối với CTTNHH một thành viên, trong trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì Chủ tịch HĐTV hoặc Chủ tịch công ty là người đại diện theo pháp luật²³. Thế nhưng, CTTNHH hai thành viên trở lên lại không có quy định tương tự, trong khi đó Điều lệ và Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh lại thể hiện thông tin về người đại diện theo pháp luật. Mặt khác, LDN năm 2014 còn quy định quyền và nghĩa vụ của Giám đốc, Tổng Giám đốc được “kết hợp đồng nhân danh công ty, trừ trường hợp thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Hội đồng thành viên”²⁴. Như vậy, theo logic có thể hiểu, trong CTTNHH hai thành viên trở lên thì Giám đốc, Tổng Giám đốc hoặc Chủ tịch HĐTV là một trong hai chủ thể có thể làm

²³ Khoản 2 Điều 78 LDN năm 2014.

²⁴ Điểm e khoản 2 Điều 64 LDN năm 2014.

người đại diện theo pháp luật. Cho nên, để đảm bảo thống nhất trong việc áp dụng pháp luật, theo chúng tôi cần quy định bổ sung về trường hợp này vào LDN năm 2014.

1.7. Bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba khi xác lập giao dịch với doanh nghiệp có nhiều người đại diện theo pháp luật

Khi một công ty có nhiều người đại diện theo pháp luật thì sự phân công thẩm quyền đại diện giữa những người này sẽ như thế nào. Chẳng hạn, đối với CTHD, các thành viên hợp danh phân công nhau quản lý và kiểm soát trong hoạt động kinh doanh²⁵, còn CTTNHH và CTCP thì sự phân công quyền và nghĩa vụ của những người đại diện theo pháp luật sẽ được quy định cụ thể trong Điều lệ của công ty²⁶. Tuy nhiên, trong trường hợp nếu không xác định được cụ thể phạm vi đại diện theo Điều lệ thì người đại diện theo pháp luật mới được quyền xác lập, thực hiện mọi giao dịch theo khoản 2 Điều 141 BLDS năm 2015. Mặc dù, Điều lệ là văn bản ghi nhận rõ nhất các chức danh quản lý, cũng như quyền và nghĩa vụ của từng người đại diện theo pháp luật, nhưng cũng chỉ là văn bản mang tính nội bộ và không phải nội dung bắt buộc phải thông báo công khai²⁷. Từ đó, có thể sẽ gây khó khăn trong quá trình vận dụng, vì “điều lệ của pháp nhân cho dù được công bố vẫn chỉ là quy định nội bộ để ràng buộc những người của pháp nhân, không thể làm cơ sở để ràng buộc người ngoài. Thực tế, điều lệ của pháp nhân thường rất dài, khó hiểu vì câu từ phức tạp, không chuẩn xác và đôi tác không thể đọc toàn bộ điều lệ của pháp nhân mỗi khi xác lập giao dịch với

pháp nhân... chưa kể đến trường hợp điều lệ pháp nhân thay đổi theo thời gian và vì quá dài nên có thể bị thay thế mà đối tác không thể kiểm chứng”²⁸. Hơn nữa, các đối tác của công ty không phải lúc nào cũng tiếp cận được điều lệ và bảo đảm việc xác định được chính xác nội dung phân quyền cũng như bản điều lệ nào có hiệu lực thật sự²⁹. Chính vì vậy, có tác giả cho rằng đây là một sự bổ sung nguy hiểm đối với các bên tham gia vào giao dịch, vì điều lệ chỉ là quy định nội bộ của pháp nhân nhưng lại có nguy cơ để khai thác chống lại người thứ ba³⁰. Như vậy, rất dễ dẫn đến trường hợp giao dịch với người không có thẩm quyền đại diện hoặc người có thẩm quyền đại diện nhưng đã bị thay đổi, chấm dứt, từ đó sẽ dẫn đến những rủi ro do giao dịch vô hiệu mang lại.

Trên thực tế, nhiều doanh nghiệp cũng gặp phải những vướng mắc và lúng túng trong quá trình áp dụng. Chẳng hạn, trường hợp một lãnh đạo của Sở giao dịch chứng khoán Hà Nội đã đưa ra vấn đề: “*Nếu xảy ra tình trạng hôm nay, một người đại diện theo pháp luật ký văn bản với nội dung A, gửi cho các bên có liên quan và cả cơ quan quản lý, ngày mai người đại diện theo pháp luật khác gửi một văn bản với nội dung hoàn toàn trái ngược thì các bên sẽ tin ai?*” và điều này sẽ dẫn tới sự tranh chấp giữa các nhóm cổ đông, giữa những người đại

²⁵ Khoản 2 Điều 179 LDN năm 2014.

²⁶ Khoản 2 Điều 13 LDN năm 2014.

²⁷ Khoản 1 Điều 33 LDN năm 2014.

²⁸ Đỗ Văn Đại, Lê Thị Hồng Vân, “*Hoàn thiện quy định về đại diện trong dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi*”, Tạp chí Kiểm sát, số 22, 2015, tr. 43.

²⁹ Phạm Thị Hồng Đào (2016), “*Một số hạn chế của Luật Doanh nghiệp và Luật Đầu tư năm 2014 cần hoàn thiện*”, Trang thông tin điện tử Bộ Tư pháp: <http://www.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=2066>, truy cập ngày 20/02/2018.

³⁰ Đỗ Văn Đại, *Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án, tập 1*, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, 2017, tr. 324.

diện theo pháp luật của doanh nghiệp³¹. Mặc dù, pháp luật có quy định người đại diện phải thông báo cho bên thứ ba biết về phạm vi đại diện của mình, nhưng trong trường hợp người đại diện cố tình không thông báo thì lại không có chế tài để ràng buộc trách nhiệm của doanh nghiệp đối với giao dịch³². Theo chúng tôi, nếu không có cơ chế để bên thứ ba tiếp cận Điều lệ hay các văn bản nội bộ khác của doanh nghiệp thì nên áp dụng tương tự như quy định tại khoản 1 Điều 179 LDN năm 2014, đó là: “*Mọi hạn chế đối với thành viên hợp danh trong thực hiện công việc kinh doanh hằng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó*”.

Cách tiếp cận này không quá mới, trong Điều 11.3 Luật Công ty Nhật Bản năm 2005 cũng quy định: “*Có thể khẳng định quyền đại diện đầy đủ của người đại diện đối với người thứ ba mà họ không biết về những hạn chế đó*”³³. Pháp luật Anh còn quy định vì lợi ích của bên thứ ba giao dịch với công ty một cách ngay tình, quyền hạn của các giám đốc (người đại diện) nhân danh công ty (hoặc ủy quyền lại cho người khác hành động nhân danh công ty) không chịu bất cứ giới hạn nào theo các văn bản nội bộ của công ty³⁴. Pháp luật Úc còn cho phép người thứ ba ngay tình có quyền suy đoán

(*statutory assumptions*)³⁵ về “thẩm quyền đương nhiên” (*apparent authority*) hoặc thẩm quyền mặc định (*implied actual authority*) của một đại diện công ty khi thực hiện các giao dịch với người đại diện³⁶. Nghĩa là, về nguyên tắc, hợp đồng do người đại diện ký vượt quá phạm vi thẩm quyền đại diện (*defective contracts*) vẫn có hiệu lực, trừ khi công ty (người được đại diện) có thể chứng minh rằng người thứ ba không ngay tình. Nói cách khác, một bên giao dịch với công ty được coi là ngay tình và không có nghĩa vụ phải tìm hiểu việc giới hạn thẩm quyền của người đại diện, trừ khi công ty có thể chứng minh được điều ngược lại³⁷. Ở nước ta, mặc dù BLDS không quy định rõ, nhưng về phía người đại diện, cũng phải thừa nhận rằng, người đại diện theo pháp luật không phải chịu trách nhiệm đối với các giao dịch được xác lập hợp pháp, vì bên giao dịch là người được đại diện chứ không phải là người đại diện và trên thực tế khi có tranh chấp xảy ra, tòa án cũng cho rằng họ không có liên quan trong vụ việc tranh chấp đó nên đã không đưa họ vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan³⁸.

³⁵ Luật công ty Úc đã đưa nguyên tắc “việc trong nhà” (*indoor management rule*) và quyền suy đoán dựa trên luật pháp (*statutory assumptions*) vào Điều 128 và Điều 129 Luật Công ty năm 2001.

³⁶ Quách Thúy Quỳnh - Nguyễn Thị Vân Anh (2016), “*Lại chuyện hợp đồng vô hiệu do vi phạm thẩm quyền*”, <https://www.thesaigontimes.vn/148793/Lai-chuyen-hop-dong-vo-hieu-do-vi-pham-tham-quyen.html>, truy cập ngày 09/10/2018.

³⁷ Tim Sewell, *Companies vol. 10(1) - Directors and other officers, shareholders, shares and share capital* (Lexis Nexis, 2011), para. 76.

³⁸ Đỗ Văn Đại, *Luật hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án, tập 1*, Nxb. Hồng Đức, 2017, tr. 289 (Xem thêm: Quyết định Giám đốc thẩm số 03/2008/KDTM-GĐT ngày 10/01/2008 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao).

³¹ Bùi Sường, “*Nhiều người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp*”, <http://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/nhieu-nguoi-dai-dien-theo-phap-luat-can-song-van-vuong-155815.html>, truy cập ngày 10/10/2018.

³² Khoản 4 Điều 141 BLDS năm 2015.

³³ Điều 11.3 Luật Công ty Nhật Bản năm 2005, <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2035&vm=04&re=02>, truy cập ngày 10/10/2018.

³⁴ Điều 40 Luật Công ty Anh năm 2006, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/section/323>, truy cập ngày 10/10/2018.

2. Một số đề xuất, kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

2.1. Đảm bảo thống nhất trong một số quy định về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

- *Thứ nhất*, cần bổ sung chức năng “xác lập” các giao dịch vào khái niệm về người đại diện theo pháp luật được quy định tại khoản 1 Điều 13 LDN năm 2014. Cụ thể: “Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân đại diện cho doanh nghiệp *xác lập*, thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước trọng tài, tòa án và các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật”. Việc bổ sung chức năng “xác lập” các giao dịch là cần thiết và phù hợp, vì người đại diện theo pháp luật không chỉ là người “thực hiện” mà còn là người ký kết, “xác lập” các giao dịch nhân danh doanh nghiệp, đó cũng chính là một trong các quyền hạn then chốt của người đại diện theo pháp luật và cũng đảm bảo thống nhất với quy định tại khoản 1 Điều 134 BLDS năm 2015.

- *Thứ hai*, cần sửa đổi thuật ngữ “người quản lý doanh nghiệp” để không mâu thuẫn với quy định tại Điều 55 và Điều 182 LDN năm 2014 như đã phân tích trên. Trong thời gian tới, khi sửa đổi LDN năm 2014, các nhà làm luật cần xây dựng khái niệm người quản lý doanh nghiệp phù hợp với cơ cấu tổ chức của từng mô hình doanh nghiệp và không mâu thuẫn với các điều luật còn lại của LDN. Có thể tham khảo khái niệm người quản lý doanh nghiệp của LDN năm

2005³⁹, vì LDN năm 2005 đã tính toán hợp lý đến cơ cấu tổ chức của từng mô hình doanh nghiệp để định nghĩa người quản lý doanh nghiệp khá chính xác và không tạo ra mâu thuẫn với các điều luật còn lại của LDN.

- *Thứ ba*, việc tách ra thành hai khoản (khoản 8 và khoản 9 Điều 24 LDN năm 2014) khiến quy định trở nên kém súc tích và tạo cho người đọc sự hiểu nhầm là có sự khác nhau giữa hai khoản trong một văn bản luật. Vì vậy, theo chúng tôi nên gộp chung quy định tại khoản 8 và khoản 9 Điều 24 LDN năm 2014 thành một khoản như sau: “Họ, tên, chữ ký, địa chỉ thường trú, quốc tịch, số Thẻ căn cước công dân, Giấy chứng minh nhân dân, Hộ chiếu hoặc chứng thực cá nhân hợp pháp khác của *người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp*”. Việc gộp chung và chỉ ghi “người đại diện theo pháp luật” là phù hợp, vì chủ DNTN và thành viên hợp danh của CTHD cũng đều là người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

- *Thứ tư*, LDN năm 2014 không quy định người đại diện theo pháp luật đương nhiên của doanh nghiệp đối với CTTNHH hai thành viên trở lên. Trong khi đó, cũng cùng một loại hình doanh nghiệp là CTTNHH một thành viên và CTCP lại có quy định về trường hợp người đại diện theo pháp luật đương nhiên⁴⁰. Do vậy, cần bổ sung quy định về người đại diện theo pháp luật đương nhiên của CTTNHH hai thành viên trở lên vào Điều 55 LDN năm 2014

³⁹ Khoản 13 Điều 4 LDN năm 2005: “Người quản lý doanh nghiệp là chủ sở hữu, giám đốc DNTN, TVHD CTHD, Chủ tịch HĐQT, Chủ tịch công ty, thành viên HĐQT, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và các chức danh quản lý khác do Điều lệ công ty quy định”.

⁴⁰ Khoản 2 Điều 78, khoản 2 Điều 134 LDN năm 2014.

theo hướng như sau: “Trong trường hợp Điều lệ công ty không quy định thì Chủ tịch HĐQT hoặc Giám đốc, Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật”. Việc quy định các chức danh Chủ tịch HĐQT hoặc Giám đốc, Tổng giám đốc là người đại diện theo pháp luật đương nhiên là phù hợp với quy định tại Điều 55 LDN năm 2014 về cơ cấu tổ chức quản lý công ty và cũng phù hợp với nhiệm vụ, quyền hạn của Chủ tịch HĐQT, Giám đốc, Tổng Giám đốc⁴¹.

- Thứ năm, để thống nhất với khái niệm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp được quy định tại khoản 1 Điều 13 LDN năm 2014 và phù hợp với quy định của BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), cũng như sự thay đổi của BLHS trong tương lai, trong thời gian tới cần sửa đổi, bổ sung khoản 6 Điều 13 LDN năm 2014 theo hướng khái quát, không quy định liệt kê các tội danh cụ thể. Cụ thể như sau: “Đối với CTTNHH hai thành viên trở lên, nếu có thành viên làm người đại diện theo pháp luật của công ty bị tạm giam, kết án tù, trốn khỏi nơi cư trú, bị mất hoặc bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc bị tòa án tước quyền hành nghề vì phạm tội theo quy định tại Chương XVIII⁴² và Chương XIX⁴³ của BLHS thì thành viên còn lại đương nhiên làm người đại diện theo pháp luật của công ty cho đến khi có quyết định mới của HĐQT về người đại diện theo pháp luật của công ty”.

2.2. Cần xây dựng cơ chế để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bên thứ ba trong các giao dịch thông qua người đại diện theo pháp luật

- Trường hợp có nhiều người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp, quyền hạn và nghĩa vụ của những người này được quy định trong Điều lệ của doanh nghiệp. Cho nên, nếu bên thứ ba không xem xét kỹ Điều lệ của doanh nghiệp trước khi xác lập giao dịch hoặc thông tin về việc phân công trách nhiệm trong nội bộ doanh nghiệp thì họ có thể giao dịch với người không có thẩm quyền đại diện⁴⁴. Bên cạnh đó, nội dung Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp cũng không ghi nhận phạm vi được đại diện⁴⁵ và các thông tin về chức danh quản lý, quyền hạn, nghĩa vụ của từng người đại diện chỉ được thể hiện trong Điều lệ công ty không bắt buộc thông báo công khai⁴⁶.

Vì vậy, theo nhóm tác giả, nên có quy định theo hướng: “Mọi quy định hạn chế của doanh nghiệp về phân công thẩm quyền giữa những người đại diện theo pháp luật trong cùng một doanh nghiệp chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi họ biết được về sự hạn chế đó”. Quy định này sẽ tạo cho doanh nghiệp chủ động hơn trong việc công bố thông tin về người đại diện theo pháp luật với bên thứ ba, từ đó hạn chế được rủi ro do những giao dịch vô hiệu mang lại và đảm bảo phù hợp với quy định tại khoản 1 Điều 179 LDN năm 2014⁴⁷.

⁴⁴ Nguyễn Thị Tình (2014), Một số ý kiến về quy định “người đại diện theo pháp luật” và “con dấu” trong Dự thảo Luật doanh nghiệp, Cổng thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp, <https://dangkykinhdoanh.gov.vn/NewsandUpdates/tabid/91/ArticleID/886/language/vi-vn/Default.aspx>, truy cập ngày 09/10/2018.

⁴⁵ Khoản 3 Điều 29 LDN năm 2014.

⁴⁶ Khoản 1 Điều 33 LDN năm 2014.

⁴⁷ Khoản 1 Điều 179 LDN năm 2014 quy định: “Mọi hạn chế đối với TVHD, trong thực hiện công việc kinh doanh hằng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó”.

⁴¹ Điều 57 và Điều 64 LDN năm 2014.

⁴² Các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế.

⁴³ Các tội phạm về môi trường.

- Trường hợp thay đổi người đại diện theo pháp luật, nếu bên thứ ba xác lập với người không còn làm người đại diện theo pháp luật cho doanh nghiệp nữa và giao dịch đó có phần bất lợi cho doanh nghiệp, thì doanh nghiệp có thể đề nghị tuyên bố giao dịch vô hiệu và sẽ dẫn đến rủi ro quá lớn cho bên thứ ba. Do vậy, theo nhóm tác giả cần có quy định bắt buộc: *“Doanh nghiệp phải công bố thông tin cho bên thứ ba biết về việc thay đổi, chấm dứt tư cách người đại diện của người đại diện theo pháp luật liên quan đến giao dịch tại thời điểm xác lập”*. Đối với doanh nghiệp có nhiều người đại diện theo pháp luật, thì người đại diện theo pháp luật còn lại sẽ thực hiện việc công bố thông tin. Còn đối với doanh nghiệp có một người đại diện theo pháp luật thì cấp phó phụ trách mảng hành chính sẽ thực hiện việc công bố thông tin. Tuy nhiên, để đảm bảo việc công bố thông tin được kịp thời thì trước hết cần phải công bố ngay trên cổng thông tin điện tử của doanh nghiệp sau khi ban hành quyết định về việc thay đổi, chấm dứt tư cách của người đại diện theo pháp luật.

Nếu như doanh nghiệp không công bố thông tin, thì có thể coi bên thứ ba là ngay tình, lỗi sẽ thuộc về doanh nghiệp và giao dịch này có hiệu lực đối với các bên theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 142 BLDS năm 2015. Đi xa hơn nữa, cần thừa nhận một nguyên tắc: Trước hoặc tại thời điểm xác lập giao dịch với người thứ ba, nếu doanh nghiệp không tuyên bố bằng văn bản cho người thứ ba rằng người đại diện theo pháp luật nhân danh doanh nghiệp xác lập giao dịch với bên thứ ba không có thẩm quyền đối với giao dịch này, thì bên thứ ba

được quyền mặc nhiên suy đoán là người đại diện theo pháp luật này có thẩm quyền và giao dịch có hiệu lực đối với doanh nghiệp và bên thứ ba.

- Trường hợp trong cùng một doanh nghiệp, khi một người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp đã ra một quyết định, nhưng quyết định đó gây bất lợi cho doanh nghiệp nên người đại diện theo pháp luật khác lại ra một quyết định phủ định làm ảnh hưởng đến uy tín của doanh nghiệp và niềm tin của bên thứ ba. Vì vậy, để tránh tình trạng này, theo nhóm tác giả cần có văn bản hướng dẫn LDN năm 2014 theo hướng: *“Khi người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp đã ra một quyết định đối với bên thứ ba mà quyết định này đã được ban hành đúng trình tự, thủ tục, thẩm quyền, nội dung theo quy định của pháp luật và đã được công bố chính thức với bên thứ ba, thì có giá trị pháp lý đối với các bên, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”*.

Kết luận

LDN năm 2014 có những cải cách tiên bộ về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp nhưng vẫn chưa đáp ứng được mong muốn và kỳ vọng thật sự của môi trường kinh doanh. Chính vì vậy, trong thời gian tới⁴⁸ cần phải sửa đổi, bổ sung LDN năm 2014 để nhằm đảm bảo tính hợp lý và logic trong văn bản luật, đồng thời để bảo vệ tốt hơn quyền lợi của bên thứ ba khi giao dịch với doanh nghiệp có nhiều người đại diện theo pháp luật.

⁴⁸ Theo Nghị quyết số 57/2018/QH14 ngày 08/6/2018 của Quốc hội về Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2019 và điều chỉnh Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2018, LDN năm 2014 là một trong các luật được sửa đổi vào năm 2019.

RÀO CẢN PHÁP LÝ TRONG HUY ĐỘNG, TIẾP CẬN NGUỒN LỰC VỀ VỐN CỦA DOANH NGHIỆP KHỞI NGHIỆP

*Phạm Thị Giang Thu**

Tóm tắt: Bài viết trình bày quan điểm của tác giả về pháp luật trong lĩnh vực huy động, tiếp cận nguồn vốn, chỉ ra những điểm chủ yếu về doanh nghiệp khởi nghiệp và pháp luật điều chỉnh việc tiếp cận vốn của doanh nghiệp khởi nghiệp cũng như các rào cản pháp lý về huy động vốn, tiếp cận nguồn lực về vốn của các chủ thể khởi nghiệp. Đồng thời, bài viết đưa ra giải pháp trong xây dựng và thực thi pháp luật liên quan đến huy động vốn, tiếp cận nguồn lực về vốn của các chủ thể khởi nghiệp.

Abstract: The article presents the author's viewpoint regarding the law on raising and access to capital resource, and points out characteristics of start-up enterprises and the law governing capital access thereof, as well as legal barriers in raising and access to capital resource of start-up subjects. Further, the article makes proposals for formulation and implementation of the law related to raising and access to capital of the start-up subjects.

1. Khái quát pháp luật trong lĩnh vực huy động, tiếp cận nguồn lực về vốn

Để có được năng lực kinh doanh, các doanh nghiệp cần sự nỗ lực trước hết ở khả năng tài chính và khả năng chấp nhận rủi ro trong kinh doanh, sự tổn hao về tài sản.

1.1. Nguồn lực về vốn và các phương thức tiếp cận nguồn lực về vốn

Nguồn lực vốn (tài chính) được hiểu là khoản tiền có sẵn để thực hiện hoạt động kinh doanh, tồn tại dưới dạng tiền mặt, chứng khoán có độ thanh khoản cao hoặc các khoản tín dụng. Trước khi tiến hành kinh doanh, nhà kinh doanh cần phải đảm bảo có nguồn tài chính cho hoạt động kinh doanh một cách có hiệu quả và thành công¹. Nguồn lực liên quan đến tài chính và vốn

phải là nguồn lực vật chất, xác định được chính xác về giá trị.

Khái niệm “tiếp cận” thường được hiểu là “khả năng hưởng lợi từ cái gì đó”. Cụ thể hơn, tiếp cận có thể hiểu là tập hợp các quan hệ, theo đó, cho phép các chủ thể tham gia có được, giữ được, quản lý được một nguồn lợi xác định trước. Tiếp cận nguồn lực là quyền, là cơ hội để sử dụng, quản lý hay kiểm soát một loại nguồn lực nào đó. Nguồn lực như đã đề cập ở đây là nguồn lực tài chính để đạt được những lợi ích nhất định từ nguồn lực ấy.

Để có được nguồn lực tài chính (vốn), các doanh nghiệp thường tiếp cận theo những phương thức sau đây:

Một là, tiếp cận vốn thông qua những quan hệ thân quen.

Hai là, tiếp cận thông qua hoạt động chào bán chứng khoán trên thị trường chứng khoán.

* PGS.TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Nguồn: <http://www.businessdictionary.com/definition/financial-resources.html>, truy cập ngày 19/7/2018.

Ba là, tiếp cận nguồn vốn thông qua thị trường tín dụng truyền thống.

Bốn là, tiếp cận nguồn vốn thông qua chào bán đồng tiền kỹ thuật số (Initial Coin Offering - ICO). ICO là thuật ngữ mới được hình thành từ sản phẩm của công nghệ Blockchain, đề cập đến hoạt động chào bán lần đầu đồng tiền kỹ thuật số của các công ty chuyên về công nghệ. Đây là cách thức gọi vốn ban đầu của các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo. Cách thức tạo vốn mới này đã gây tranh cãi ở nhiều quốc gia (trong đó có Việt Nam).

Năm là, tiếp cận nguồn vốn thông qua các phương thức chiếm dụng vốn của doanh nghiệp, tổ chức. Thực tế từ xa xưa, việc các chủ thể kinh doanh chiếm dụng vốn lẫn nhau thông qua hoạt động mua bán thanh toán chậm đã là phổ biến. Đây chính là nguồn gốc hình thành các “công cụ nhận nợ” thông qua các giao dịch thương mại. Pháp luật Việt Nam cũng đã ghi nhận hình thức này.

Sáu là, tiếp cận vốn của các tổ chức, quỹ đầu tư.

1.2. Khởi nghiệp và doanh nghiệp khởi nghiệp

Khởi nghiệp (Startup) là thuật ngữ chỉ những doanh nghiệp đang trong giai đoạn bắt đầu kinh doanh, với nghĩa hẹp thường hay đề cập đến các công ty hoạt động trong lĩnh vực công nghệ trong giai đoạn lập nghiệp. Nói đến khởi nghiệp là nói đến quá trình hoạt động, xây dựng ý tưởng ban đầu để cung cấp các sản phẩm hoặc dịch vụ với “những điều kiện không chắc chắn nhất”.

Điểm đáng nói ở đây là, thuật ngữ khởi nghiệp đã được đề cập rất nhiều trong đời sống kinh tế - xã hội, nhưng lại chưa được đề cập đến trong bất kỳ một văn bản pháp

luật nào. Trước khi Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa được Quốc hội thông qua vào ngày 12/6/2017, Dự thảo Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa có đề xuất khái niệm khởi nghiệp và khởi nghiệp sáng tạo. Theo đó, “Khởi nghiệp là quá trình hiện thực ý tưởng kinh doanh, bao gồm quá trình thành lập và vận hành doanh nghiệp trong vòng 05 năm kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp lần đầu, chưa niêm yết trên thị trường chứng khoán”² và “Khởi nghiệp sáng tạo (startup) là quá trình khởi nghiệp dựa trên việc tạo ra hoặc ứng dụng kết quả nghiên cứu, giải pháp kỹ thuật, công nghệ, giải pháp quản lý để nâng cao năng suất, chất lượng, giá trị gia tăng của sản phẩm, hàng hóa và có khả năng tăng trưởng nhanh”³. Tuy nhiên, Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa năm 2017 không đề cập đến khái niệm khởi nghiệp và khởi nghiệp sáng tạo mà chỉ quy định về “doanh nghiệp nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo là doanh nghiệp nhỏ và vừa được thành lập để thực hiện ý tưởng trên cơ sở khai thác tài sản trí tuệ, công nghệ, mô hình kinh doanh mới và có khả năng tăng trưởng nhanh”⁴.

Doanh nghiệp khởi nghiệp có một số đặc điểm sau:

Thứ nhất, quy mô vốn sở hữu chủ thường rất nhỏ. Với doanh nghiệp khởi nghiệp, đặc biệt là khởi nghiệp sáng tạo,

² Khoản 9 Điều 3 Dự thảo 1 Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1196&TabIndex=1&LanID=1197, truy cập ngày 18/7/2018.

³ Khoản 1 Điều 3 Dự thảo 1 Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=1196&TabIndex=1&LanID=1197, truy cập ngày 18/7/2018.

⁴ Xem khoản 2 Điều 3 Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa số 04/2017/QH14 ngày 12/06/2017.

nhu cầu vốn rất lớn để triển khai ý tưởng hoặc mô hình kinh doanh mới. Những ý tưởng hay mô hình này thường chưa có tiền lệ nên khó xác định được mức độ rủi ro cũng như giá trị thực, vì vậy việc tiếp cận vốn sẽ gặp phải những khó khăn đáng kể. Ngoài ra, năng lực vốn ban đầu của doanh nghiệp khởi nghiệp hoặc doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo thường rất nhỏ, chính điều này sẽ hạn chế cơ hội tiếp cận vốn bằng con đường tín dụng thông thường.

Thứ hai, doanh nghiệp khởi nghiệp luôn mang tính sáng tạo. Tính sáng tạo giúp doanh nghiệp tạo ra những sản phẩm có giá trị gia tăng cao so với chi phí tạo ra sản phẩm, có khả năng tăng trưởng nhanh và trong chừng mực nhất định, có thể mở ra mô hình kinh doanh mới cho nền kinh tế. Theo John R. Dearie (2017), nhờ tính sáng tạo, các doanh nghiệp khởi nghiệp đã đóng góp rất lớn đến tăng trưởng kinh tế Hoa kỳ những năm 1950⁵. Như vậy, tính sáng tạo của các doanh nghiệp khởi nghiệp cần được khuyến khích để mở ra nhưng hướng phát triển mới cho nền kinh tế thế giới, trong đó có Việt Nam.

Thứ ba, sản phẩm được tạo ra giải quyết được nhiều khiếm khuyết của điều kiện kinh tế xã hội. Điển hình nhất có thể nói đến sản phẩm của blockchain trong việc xác định tính chân thực và duy nhất của các giao dịch hành chính kinh tế, làm tiền đề cho việc quyết định xây dựng các chính phủ điện tử ở các quốc gia. Việc Lào quyết tâm xây dựng chính phủ vận hành bằng công nghệ blockchain đầu tiên ở Đông Nam Á, chỉ sau các Tiểu Vương

quốc Ả Rập Thống nhất (UAE) và Cộng hòa Estonia là ví dụ điển hình⁶.

Thứ tư, tính dễ bị thâm tóm hoặc có tuổi thọ ngắn.

1.3. Các bộ phận cấu thành của pháp luật về tiếp cận vốn của doanh nghiệp khởi nghiệp

Để tiếp cận được nguồn vốn với nhiều phương thức khác nhau, các quốc gia trong đó có Việt Nam thường đưa ra nhóm quy phạm điều chỉnh các vấn đề sau đây:

Một là, xác định tư cách chủ thể khi tiếp cận vốn.

Khi đề cập đến tư cách chủ thể tiếp cận vốn, pháp luật Việt Nam thường đề cập đến việc nhận diện ở các góc độ luật chung và luật chuyên ngành. Đối với góc độ luật chung, Bộ luật Dân sự năm 2015⁷ quy định về chủ thể tham gia quan hệ dân sự là pháp nhân và cá nhân. Điểm đáng lưu ý ở đây là, theo cách hiểu này thì chủ thể tham gia quan hệ dân sự không có chủ thể là “tổ chức”. Để thiết lập quan hệ tài chính cụ thể, các luật chuyên ngành có những quy định làm rõ hơn về vấn đề này. Điểm có thể thấy rõ ràng nhất đó là việc xác định tư cách khi tham gia quan hệ liên quan đến tín dụng, tài chính với khách hàng. Vấn đề này tác giả sẽ đề cập chi tiết ở phần sau trong bài viết này.

Hai là, xác định điều kiện khi tiếp cận vốn thường đề cập đến ba nhóm điều kiện sau đây:

Thứ nhất, nhóm điều kiện về tình trạng hoặc hiện trạng của doanh nghiệp khởi nghiệp, trong đó đề cập đến điều kiện về

⁵ Xem: John R. Dearie (2017), The Start-ups Slump: Can Tax Reform Help Revive Entrepreneurship?, <https://files.taxfoundation.org/20171003090316/SAHtoJEC-10.3FINAL.pdf>, truy cập ngày 24/07/2018.

⁶ Xem: Lào thúc đẩy xây dựng chính phủ vận hành bằng blockchain đầu tiên ở Đông Nam Á, <http://cafef.vn/lao-thuc-day-xay-dung-chinh-phu-van-hanh-bang-blockchain-dau-tien-o-dong-nam-a-20180619201421409.chn>, truy cập ngày 19.06.2018

⁷ Xem Điều 9 Bộ luật Dân sự năm 2015.

hình thức pháp lý, lĩnh vực kinh doanh, các hồ sơ liên quan đến doanh nghiệp.

Thứ hai, nhóm điều kiện về năng lực tài chính hiện có. Thông thường các nguồn vốn được chuyển giao cần có minh chứng cho việc ngoài phần vốn dự định huy động, bản thân doanh nghiệp cũng đã đạt mức độ tối thiểu (vốn điều lệ không dưới mức vốn pháp định, tình hình tài chính, kết quả kinh doanh liên trước của doanh nghiệp).

Thứ ba, nhóm điều kiện về nhân sự (con người). Nhóm điều kiện này thường xác định các tiêu chí nhằm đảm bảo nguồn vốn chuyển đến doanh nghiệp sẽ được sử dụng an toàn, có hiệu quả và có mức sinh lời cao nhất.

Ba là, biện pháp bảo đảm đối với nguồn vốn tiếp cận. Cho dù là nguồn vốn chủ sở hữu hay nguồn vốn vay, pháp luật thường quy định các biện pháp bảo đảm đối với nguồn vốn tiếp cận nhằm hạn chế rủi ro cho nhà đầu tư ban đầu. Đối với nguồn vốn chủ sở hữu, ngoài việc quy định điều kiện tiếp cận vốn, quy định các cách thức tiếp cận nguồn vốn cũng là phương án đảm bảo an toàn cho nguồn vốn của nhà đầu tư. Điều đó lý giải vì sao bên cạnh những phương thức được pháp luật cho phép còn có những phương thức pháp luật khuyến cáo rủi ro hoặc cấm thực hiện. Đối với nguồn vốn vay, các biện pháp bảo đảm bằng tài sản, đảm bảo bằng nghĩa vụ tài chính của bên thứ ba chính là các rào cản để hạn chế rủi ro cho các khoản vốn cho vay của nhà đầu tư.

Các biện pháp bảo đảm nguồn vốn tiếp cận này thường chính là rào cản để các doanh nghiệp khởi nghiệp hay khởi nghiệp sáng tạo tiếp cận vốn do tính non trẻ, tính hạn chế về tài sản bảo đảm cũng như tìm kiếm sự bảo đảm bằng nghĩa vụ tài chính của bên thứ ba. Theo đó, nếu tạo khả năng tiếp cận vốn nhiều hơn cho doanh nghiệp

khởi nghiệp hay khởi nghiệp sáng tạo cũng đồng nghĩa với việc phải có những quy định cụ thể riêng cho nhóm chủ thể đặc thù.

Bốn là, giới hạn các khoản vốn và năng lực của doanh nghiệp khởi nghiệp. Xuất phát từ yêu cầu sử dụng có hiệu quả nguồn vốn có được, đảm bảo quyền lợi của nhà đầu tư (với tư cách là chủ sở hữu hoặc chủ nợ đối với doanh nghiệp) và phân tán rủi ro, pháp luật thường quy định cụ thể giới hạn cho phần vốn của mỗi đợt huy động, khoảng thời gian cần thiết giữa các đợt huy động (nếu sử dụng cách thức huy động theo luật chứng khoán), giới hạn tối đa mà doanh nghiệp và các bên liên quan của doanh nghiệp có thể tiếp cận nguồn vốn của các tổ chức tín dụng (theo luật các tổ chức tín dụng) hoặc giới hạn tối đa cho nguồn vốn có thể nhận được (từ nguồn vốn hỗ trợ của các quỹ hỗ trợ thuộc nguồn vốn ngân sách nhà nước)... Cách quy định cụ thể trong mỗi trường hợp có thể khác nhau từ việc xác định hiện trạng doanh nghiệp khi tiếp cận nguồn vốn.

Năm là, giám sát sau khi tiếp cận vốn và cơ chế thu hồi đối với các khoản nợ. Đối với các khoản vốn thuộc sở hữu chủ, việc báo cáo kết quả thu hút vốn được coi là yêu cầu bắt buộc và phải quy định rõ thời điểm báo cáo kết quả tiếp cận vốn sở hữu chủ cho từng trường hợp. Vấn đề này được quy định tại Luật Doanh nghiệp hoặc Luật Chứng khoán. Đối với các khoản vốn vay, giới hạn này được quy định tại Luật Tổ chức tín dụng.

2. Nhận diện các rào cản pháp lý về huy động vốn, tiếp cận nguồn lực về vốn của các chủ thể khởi nghiệp

2.1. Rào cản về tiếp cận vốn từ tổ chức tín dụng

Với các doanh nghiệp khởi nghiệp, khó khăn không phải là công nghệ lạc hậu, trình

độ lao động thấp mà chính ở những yêu cầu thông tin minh bạch, tài sản thế chấp, tỷ lệ vay vốn của các doanh nghiệp này còn rất hạn chế.

Phần lớn các doanh nghiệp khởi nghiệp quy mô nhỏ, thậm chí rất nhỏ, chỉ là một nhóm cá nhân tập hợp để xây dựng ý tưởng sáng tạo; vốn chủ sở hữu và năng lực tài chính đều hạn chế; thiếu hoặc không có tài sản bảo đảm; quyền sở hữu đối với tài sản có thể không rõ ràng; chưa có sự hợp tác mạnh mẽ từ tổ chức tín dụng để cơ cấu lại hồ sơ xin vay. Chính những điều đó dẫn đến các doanh nghiệp khởi nghiệp, khởi nghiệp sáng tạo mất đi cơ hội tiếp cận vốn kinh doanh tiềm năng.

Thực tế cho thấy, khả năng tiếp cận vốn từ các tổ chức tín dụng của các doanh nghiệp khởi nghiệp chỉ ở mức 30%⁸. Việc tiếp cận vốn hiện tại đã khó, các lần tiếp cận vốn tiếp theo lại thêm phần khó khăn do khó duy trì tình trạng sử dụng vốn và chứng minh năng lực tài chính. Việc tiếp cận vốn không ổn định dẫn đến doanh nghiệp tìm kiếm các nguồn vốn phi chính thức với giá cao.

Thực trạng này xuất phát từ chính việc thực thi các điều kiện cho vay theo Luật Tổ chức tín dụng, các văn bản hướng dẫn thi hành và chính từ tâm lý sợ trách nhiệm của bên cấp tín dụng. Điều kiện này được quy định tại Điều 7 Thông tư 39/2016/TT-NHNN ngày 30/12/2016 quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng. Việc áp dụng điều kiện cấp tín dụng và năng lực của doanh nghiệp khởi nghiệp thể hiện ở những điểm chính:

⁸ Xem: Thành Trung, *Doanh nghiệp nhỏ và vừa vẫn khó tiếp cận tín dụng*, <http://vcci.com.vn/doanh-nghiep-nho-va-vua-van-kho-tiep-can-tin-dung>, truy cập ngày 2/4/2018.

Thứ nhất, về việc xác định năng lực pháp luật dân sự của doanh nghiệp, năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp tại thời điểm đề nghị cấp tín dụng. Các tổ chức tín dụng thường phân định nhóm khách hàng khởi nghiệp, khởi nghiệp sáng tạo vào nhóm khách hàng SME (doanh nghiệp nhỏ và vừa) là nhóm có độ rủi ro cao; cơ chế thẩm định tín dụng và cấp tín dụng thường rất khó khăn so với nhóm khách hàng doanh nghiệp khác.

Thứ hai, đánh giá tính hợp pháp của mục đích vay vốn. Thông thường, doanh nghiệp cũng như bất kỳ khách hàng nào đều đưa ra thông tin mục đích vay vốn của mình là hợp pháp. Đối với các doanh nghiệp khởi nghiệp, việc chứng minh tính hợp pháp của mục đích vay vốn thường ở mức độ đơn giản, thể hiện tại hồ sơ vay vốn. Vì vậy, việc xem xét để quyết định cho vay không phải lúc nào cũng thực hiện được nhanh chóng và thuận tiện. Điều này càng khó khăn hơn khi xem xét về mục đích vay vốn hợp pháp của các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo. Sản phẩm của các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo có thể khó tiên lượng, định tính; khái niệm xây dựng một “môi trường sinh thái” cho một vấn đề nào đó thường khó cân đo. Chính những điều này dẫn đến khó khăn cho tổ chức tín dụng khi quyết định cho vay và khoản tín dụng có thể cho vay.

Thứ ba, về tính khả thi trong phương án sử dụng vốn. Điều này được xác định thông qua công tác thẩm định tính khả thi của phương án sử dụng vốn, thể hiện các nội dung: Tính pháp lý của dự án, phương án; tổng nguồn vốn cần sử dụng, chi tiết các loại nguồn vốn trong tổng nguồn vốn cần sử dụng; doanh thu, chi phí, lợi nhuận của

phương án sử dụng vốn; nguồn trả nợ của khách hàng; Nguồn thu từ phương án, dự án kinh doanh hoặc các nguồn thu hợp pháp khác của khách hàng đảm bảo khả năng trả nợ; thị trường sản phẩm... Đối với các chủ thể mới gia nhập thị trường, việc phân tích đánh giá khả năng sử dụng vốn khả thi với những công thức cho trước của các tổ chức tín dụng hầu như dẫn đến sự bế tắc về cơ hội vốn cho doanh nghiệp khởi nghiệp. Bởi lẽ, tất cả các yếu tố được xem xét đều ở mức độ “khởi đầu”, không dễ dàng cho việc nhận được nguồn vốn.

Thứ tư, phân tích, đánh giá về khả năng tài chính của khách hàng. Khách hàng được đánh giá là có khả năng tài chính để trả nợ (trừ khách hàng vay vốn có bảo đảm bằng số dư tiền gửi 100% giá trị nợ cho vay, bao gồm cả gốc và lãi tiền vay), thể hiện qua các tiêu chí cơ bản sau:

- Kinh doanh có hiệu quả, năm trước liền kề có lãi. Trường hợp năm trước liền kề lỗ và/hoặc có lỗ lũy kế thì phải có phương án khắc phục lỗ khả thi và có khả năng trả nợ đầy đủ, đúng hạn trong thời hạn cam kết. Đối với pháp nhân mới thành lập, chưa có số liệu về tình hình hoạt động kinh doanh, việc đánh giá khả năng tài chính của khách hàng sẽ thông qua phần vốn thực góp của các thành viên/cổ đông thể hiện trên sự cân đối kế toán của doanh nghiệp so với vốn điều lệ đã đăng ký trên giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp/giấy chứng nhận đầu tư.

- Không có nợ xấu, nợ đã xử lý rủi ro tổ chức tín dụng cho vay và các tổ chức tín dụng khác tại thời điểm thẩm định cho vay, trừ trường hợp thuộc đối tượng chính sách theo quy định của cấp có thẩm quyền được tiếp tục cho vay hoặc khách hàng được cho vay tháo gỡ khó khăn quy định.

- Có vốn đối ứng tham gia vào phương án, dự án kinh doanh và được xác định dựa trên các nguồn vốn: Vốn đối ứng = Vốn lưu động ròng + Vốn khác.

Thứ năm, điều kiện về tình hình tài chính minh bạch, lành mạnh, áp dụng lãi suất thỏa thuận, về bảo đảm tiền vay. Việc thẩm định các điều kiện cho vay là căn cứ để ngân hàng lập báo cáo thẩm định, đề xuất việc cho vay hay không cho vay, mức cho vay, thời hạn cho vay, biện pháp bảo đảm tiền vay, mức lãi suất cho vay, lãi suất quá hạn, lãi suất chậm trả và các nội dung khác có liên quan.... Chính vì vậy, ngân hàng phải có những quy định rõ ràng và đội ngũ cán bộ đầy đủ năng lực, trình độ để thẩm định nội dung trên, tránh trường hợp cho vay không đúng mục đích dẫn đến các rủi ro cho ngân hàng về sau. Để phòng ngừa rủi ro, khi nguồn vốn huy động được hữu hạn và giới hạn cấp tín dụng cũng chỉ dừng ở mức độ nhất định, ngân hàng sẽ không lựa chọn phương án cho các doanh nghiệp khởi nghiệp, khởi nghiệp sáng tạo vay vốn. Điều này cũng đồng nghĩa với việc cánh cửa vay vốn đóng lại đối với các doanh nghiệp khởi nghiệp.

Ngoài các điều kiện trên, doanh nghiệp còn có thể gặp rào cản về giá trị khoản tín dụng được cấp và thời gian cấp vốn (nếu được cấp tín dụng) so với nhu cầu vốn⁹. Để huy động mọi nguồn lực tài chính, doanh nghiệp có thể chấp nhận nhận khoản vốn với giá trị thấp và thời hạn ngắn để phục vụ

⁹ Điều 128 Luật Các Tổ chức tín dụng 2010 quy định chung về "Giới hạn cấp tín dụng", "Tổng mức dư nợ cấp tín dụng đối với một khách hàng không được vượt quá 15% vốn tự có của ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, quỹ tín dụng nhân dân, tổ chức tài chính vi mô; tổng mức dư nợ cấp tín dụng đối với một khách hàng và người có liên quan không được vượt quá 25% vốn tự có của ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài..."

cho nhu cầu vốn cấp bách của dự án đầu tư. Các khoản vốn ngắn hạn khiến doanh nghiệp phải chấp nhận mọi điều kiện để có vốn bù đắp cho thời gian còn lại, làm đội chi phí đầu tư kinh doanh, đồng thời gây khó khăn trong việc kiểm soát dòng tiền, quản trị tài chính. Khi “giật gấu, vá vai”, doanh nghiệp sẽ bị động trong việc trả nợ và hầu như không còn lợi nhuận trong đầu tư kinh doanh. Bản thân nguồn vốn chủ sở hữu ban đầu của các doanh nghiệp nhỏ, doanh nghiệp khởi nghiệp cũng bị ăn mòn trong ngắn hạn. Điều đó lý giải vì sao, bên cạnh số doanh nghiệp đăng ký mới¹⁰ thì số doanh nghiệp hoàn tất thủ tục giải thể doanh nghiệp cũng là con số rất đáng kể¹¹.

Cuối cùng là tâm lý sợ trách nhiệm của bên cấp tín dụng dẫn đến nguy cơ các doanh nghiệp SME nói chung và doanh nghiệp khởi nghiệp, khởi nghiệp sáng tạo nói riêng khó đạt được mong muốn về tiếp cận nguồn vốn.

Để được cấp tín dụng, cấp có thẩm quyền phải thẩm định và ban hành quyết định cho vay. Bộ máy quản trị và điều hành cùng với hoạt động của họ có vai trò quan trọng trong hoạt động cấp tín dụng và theo đó, kiểm soát và hạn chế rủi ro tín dụng.

Bên cạnh đó, chính cơ quan quản trị (Hội đồng quản trị, Hội đồng thành viên) và bộ máy điều hành (Tổng giám đốc và các chức danh khác được pháp luật hoặc Điều lệ tổ chức tín dụng quy định) cũng có trách nhiệm đối với các khoản tín dụng được cấp

theo luật định¹². Tuy nhiên, quy định pháp luật cho dù đã có những điều chỉnh nhất định¹³, nhưng điều kiện cho vay hầu như không có gì thay đổi. Điều kiện cho vay còn quy định quá chung chung, gây khó khăn cho ngân hàng thương mại trong quá trình thực hiện, dẫn đến nguy cơ vi phạm các điều kiện cho vay mà bản thân ngân hàng thương mại chưa tiên lượng hoặc vi phạm với lỗi vô ý¹⁴. Chẳng hạn, quy định về điều kiện vay vốn của khách hàng là khi có khả năng tài chính, có mục đích vay vốn hợp pháp, có khả năng trả nợ khoản vay. Quy định như vậy sẽ khiến cách hiểu của tổ chức tín dụng và khách hàng hiểu theo phương án mở vì các tiêu chí trên không có định lượng. Tuy nhiên, đây cũng chính là sai phạm mang tính phổ biến của các tổ chức tín dụng khi bị thanh tra hoạt động tín dụng hay thanh tra toàn diện¹⁵. Điều đó cũng đồng nghĩa với việc hạn chế cơ hội tiếp cận vốn của doanh nghiệp khởi nghiệp, doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo. Mặc dù pháp luật “khuyến khích tổ chức tín dụng cho vay

¹² Phạm Thị Giang Thu, *Bắt cập trong pháp luật điều chỉnh tổ chức, hoạt động của tổ chức tín dụng với việc hạn chế rủi ro tín dụng hiện nay*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 10/2015, tr. 55.

¹³ Thông tư 39/2016/TT-NHNN ngày 30/12/2017 quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng đã thay thế cho Quyết định số 1627/2001/QĐ-NHNN ngày 31/12/2001 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về việc ban hành Quy chế cho vay của tổ chức tín dụng đối với khách hàng và các văn bản sửa đổi bổ sung Quyết định số 1627/2001/QĐ-NHNN.

¹⁴ Nguyễn Ngọc Lương, *Luận án tiến sĩ Luật học, Pháp luật điều chỉnh hoạt động cấp tín dụng của ngân hàng thương mại ở Việt Nam*, Trường Đại học Luật Hà Nội, 2017, tr. 113.

¹⁵ Lê Thị Thu Thủy (2016), *Pháp luật về các biện pháp hạn chế rủi ro trong hoạt động cho vay của các tổ chức tín dụng ở Việt Nam và một số nước trên thế giới*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội.

¹⁰ Ví dụ: Số doanh nghiệp đăng ký mới trong tháng 4/2018 là 14.510, lớn nhất trong cả 6 tháng đầu năm 2018, <http://www.mpi.gov.vn/congkhaithongtin/Pages/solieudoanhnghiep.aspx>, truy cập ngày 25/07/2018.

¹¹ Ví dụ: Cũng trong tháng 4/2018, số doanh nghiệp hoàn thành thủ tục giải thể là 1554, <http://www.mpi.gov.vn/congkhaithongtin/Pages/solieudoanhnghiep.aspx>, truy cập ngày 25/07/2018.

đối với doanh nghiệp nhỏ và vừa dựa trên xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp và biện pháp phù hợp khác”¹⁶, nhưng tâm lý e ngại từ các tổ chức tín dụng dẫn đến quy định pháp luật khó đi vào thực tiễn.

2.2. Rào cản về khả năng huy động vốn chủ sở hữu thông qua thị trường chứng khoán

Thị trường chứng khoán là môi trường thu hút vốn chủ yếu với mục đích đầu tư vào chứng khoán (cổ phiếu hoặc chứng chỉ quỹ đầu tư, trong phần này cổ phiếu được xem xét một cách ưu tiên) và chứng khoán nợ (trái phiếu). Để có cơ sở cho việc huy động vốn chủ sở hữu qua thị trường chứng khoán, khoản 3 Điều 110 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: “Công ty cổ phần có quyền phát hành cổ phần các loại để huy động vốn”. Doanh nghiệp khởi nghiệp về lý thuyết có thể chào bán cổ phần ra công chúng theo Điều 122 khoản 1 Luật Doanh nghiệp và Điều 12 Luật Chứng khoán. Tuy nhiên, có thể nhận thấy, doanh nghiệp khởi nghiệp, khởi nghiệp sáng tạo khó có điều kiện để chào bán cổ phần ra công chúng để trở thành công ty đại chúng. Vì theo Điều 12 Luật Chứng khoán, thời điểm trước khi chào bán vốn điều lệ phải góp là từ 10 tỷ đồng, chưa đề cập đến các điều kiện khác. Doanh nghiệp khởi nghiệp khó có thể đạt mức vốn này. Với mức vốn điều lệ trung bình của các doanh nghiệp nhỏ và vừa¹⁷ hiện nay, cơ hội huy động vốn thông qua thị trường chứng khoán theo Luật

Chứng khoán dường như không đặt ra với mô hình này.

2.3. Rào cản về khả năng tiếp cận các quỹ đầu tư rủi ro

Bên cạnh Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa, thời gian qua Chính phủ ban hành Nghị định 39/2018/NĐ-CP ngày 11/3/2018 quy định chi tiết về tiêu chí và thủ tục xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa, doanh nghiệp siêu nhỏ, phương thức và điều kiện được lựa chọn tham gia đề án hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa. Với 216.859 doanh nghiệp được thành lập mới và nguồn vốn đăng ký 1.295,9 nghìn tỷ trong năm 2017, nhu cầu tiếp cận vốn là vô cùng to lớn. Trong khi đó, tổng vốn hỗ trợ từ năm 2013¹⁸ là quá khiêm tốn so với nhu cầu doanh nghiệp. Tác giả đồng thuận với ý kiến cho rằng “thực tế cho thấy nguồn vốn điều lệ 2.000 tỷ của Quỹ là quá eo hẹp đối với nhu cầu hỗ trợ của hơn 500.000 doanh nghiệp vừa và nhỏ trên phạm vi toàn quốc¹⁹. Nếu chỉ với “nguồn vốn điều lệ 837,25 tỷ đồng của Quỹ được cấp từ Ngân sách nhà nước cho năm 2016 đã là vốn mồi của Nhà nước cho việc huy động các nguồn tài chính ngoài Nhà nước cùng tham gia hỗ trợ doanh nghiệp vừa và nhỏ”²⁰, hoàn toàn có thể hình dung được cơ hội hiếm hoi của doanh nghiệp nhỏ và vừa tiếp cận nguồn tài chính từ quỹ hỗ trợ tài chính của Nhà nước với lãi

¹⁶ Khoản 1 Điều 8 Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa năm 2017.

¹⁷ Từ 2011 đến 2016, Số vốn đăng ký bình quân một doanh nghiệp lần lượt là: 6,62; 6,69; 5,18; 5,78; 6,35 8,09 tỷ đồng. Nguồn: Bộ Kế hoạch và đầu tư – Cục phát triển doanh nghiệp, *Sách trắng Doanh nghiệp nhỏ và vừa Việt Nam*, Hà Nội – 2017, tr. 11.

¹⁸ Năm mà Quỹ hỗ trợ phát triển doanh nghiệp vừa và nhỏ được thành lập và hoạt động theo Quyết định 601/QĐ-TTg ngày 17/04/2013 của Thủ tướng Chính phủ.

¹⁹ Xem: Xuân Thân, Quỹ Phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa: Tăng nguồn vốn hỗ trợ, đổi phương thức cho vay, <https://vov.vn/kinh-te/quy-phat-trien-dnnv-v-tang-nguon-v-on-ho-tro-doi-phuong-thuc-cho-vay-558789.vov>, truy cập ngày 3/8/2018.

²⁰ Nguồn: <http://phattriendnnvv.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=91&idcm=30>, truy cập ngày 20/8/2018.

suất ưu ái: 5,5% đối với các khoản cho vay ngắn hạn và 7% đối với các khoản cho vay trung và dài hạn²¹.

2.4. Rào cản về sự chưa cho phép đối với hoạt động huy động vốn của các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo

Hoạt động chào bán lần đầu đồng tiền mã hóa (token) được diễn ra ở nước ngoài và cả ở trong nước dẫn đến rất nhiều vấn đề phát sinh.

Nếu hầu hết các sản phẩm của nền công nghiệp 4.0 được đón nhận một cách nồng nhiệt thì tiền kỹ thuật số đang là vấn đề nan giải khi không được công nhận trong mọi hoạt động phát hành cũng như giao dịch ở Việt Nam.

Ngày 11/4/2018 Thủ tướng có Chỉ thị số 10/CT-TTg về tăng cường quản lý các hoạt động liên quan tới Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác. Theo đó, các công ty đại chúng, công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ, các quỹ đầu tư chứng khoán không được thực hiện các hoạt động phát hành, giao dịch và môi giới giao dịch liên quan tới tiền ảo trái pháp luật. Như vậy, việc phát hành và giao dịch tiền kỹ thuật số bị cấm ở Việt Nam. Điều này dẫn đến tình trạng các doanh nghiệp khởi nghiệp ở Việt Nam đã tiến hành chào bán đồng tiền kỹ thuật số (ICO) ở nước ngoài, mà trước hết là Singapore²². Tuy vậy, quan điểm của tác giả

về vấn đề này có điểm không đồng thuận. Bởi, khi chúng ta chưa đánh giá được hết mức độ rủi ro và khả năng kiểm soát của các doanh nghiệp khi thực hiện ICO cũng như chưa có sự đầu tư một cách thỏa đáng thì đầu tư vào đồng tiền kỹ thuật số cũng đồng nghĩa với việc đầu tư rủi ro.

Ở Singapore, việc tạo điều kiện cho các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo tiến hành ICO hiện nay luôn gắn với trách nhiệm của các Quỹ đầu tư rủi ro (venture capital funds – VC) và đặt ra rất nhiều điều kiện cho VC, gắn với Luật Chứng khoán và Luật Về giao dịch tương lai (Securities and Futures Act). Mức độ “khó” rất cao cho các nhà đầu tư nắm giữ tiền kỹ thuật số được ICO²³. Bên cạnh đó, Ngân hàng Trung ương Singapore cũng luôn áp dụng chế độ cảnh báo về rủi ro khi nhà đầu tư tham gia vào các đồng tiền kỹ thuật số²⁴. Với những phân tích này, có thể lý giải được vì sao Việt Nam cần rất thận trọng trong việc ghi nhận hoạt động ICO cũng như các hoạt động khác có liên quan khi mà nhà đầu tư tham gia vào hoạt động này chưa có được những kiến thức cần thiết cũng như khả năng chấp nhận rủi ro.

Thực tế cũng đang xuất hiện một thuật ngữ “Security Token” (chứng khoán số) – một dạng cổ phiếu điện tử phát hành dưới dạng token. Người sở hữu “Security Token”

²¹ Nguồn: <http://phattriendnnvv.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=91&idcm=30>, truy cập ngày 20/8/2018.

²² Phát biểu của ông Nguyễn Hòa Bình, chủ tịch NextTech Group: “Không nên để dòng tiền của các doanh nghiệp và nhà đầu tư ở Việt Nam chảy ra những thị trường quốc tế, mà trước hết là Singapore” trong bài tham luận “Hành lang pháp lý quản lý tiền ảo ở các nước trên thế giới”, hội thảo “Xây dựng khung pháp lý về tiền ảo tại Việt Nam –

Một số vấn đề đặt ra”, Bộ Tư pháp, ngày 30-31/3/2018.

²³ Nguồn: MAS simplifies rules for managers of venture capital funds to facilitate start-ups’ access to capital, <http://www.mas.gov.sg/News-and-Publications.aspx>, truy cập ngày 4/9/2018.

²⁴ Nguồn: MAS cautions against investments in cryptocurrencies, <http://www.mas.gov.sg/News-and-Publications/Media-Releases/2017/MAS-cautions-against-investments-in-cryptocurrencies.aspx>, truy cập ngày 4/9/2018.

sẽ được hưởng cổ tức dựa trên số cổ phần của dự án. “Security Token” còn cho phép chủ sở hữu có quyền bầu chọn hoặc tham gia một số công việc của dự án²⁵. Bên cạnh “Security Token” còn có “Hybrid Token”, theo đó, “Hybrid Token” “là một loại sản phẩm hỗn hợp, vừa xác định là khoản nợ vừa có thể sử dụng như phương tiện thanh toán”²⁶. Như vậy, có nhiều phương án tiếp cận vốn cho doanh nghiệp nhỏ và vừa, đặc biệt là các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo trong thời gian hiện tại và tương lai.

Liên quan đến Security Token, mặc dù khoản 1 Điều 6 Luật Chứng khoán năm 2006 (sửa đổi bổ sung 2010) có quy định về hình thức biểu hiện của chứng khoán có thể là “chứng chỉ, bút toán ghi sổ, dữ liệu điện tử”, tuy nhiên quy định này không đồng nghĩa với khái niệm “chứng khoán số - Security Token”. Có quan điểm cho rằng, “chứng khoán số” được hiểu là một loại chứng khoán vốn²⁷. Nếu theo cách hiểu này, “chứng khoán số” là cổ phiếu hay chứng chỉ quỹ đầu tư (khi có quyền quyết định một số vấn đề của dự án...). Nếu xét theo nghĩa cổ điển cũng như quy định về chứng khoán của các quốc gia trên thế giới, khó có thể có một

“chứng khoán số” nào được tồn tại vì chính đặc điểm của nó. Các yếu tố quyết định giá thị trường, tính thanh khoản, tính định danh của chủ thể phát hành đều không đạt được. Vì vậy, tác giả cho rằng, với những dấu hiệu hiện tại, “chứng khoán số - Security Token” chưa thể là một loại chứng khoán. Điều này cũng có nghĩa các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo hay doanh nghiệp thông thường không thể tiếp cận nguồn vốn thông qua chào bán “chứng khoán số - Security Token”.

3. Đề xuất các giải pháp trong xây dựng và thực thi pháp luật liên quan đến huy động vốn, tiếp cận nguồn lực về vốn của các chủ thể khởi nghiệp

Với những lập luận và phân tích nêu trên, tác giả nhận thấy cần cân nhắc thực hiện một số biện pháp pháp lý để tạo điều kiện cho các chủ thể khởi nghiệp tiếp cận các nguồn vốn, cụ thể là:

3.1. Tạo cơ sở pháp lý để doanh nghiệp tiếp cận nguồn vốn vay trong nước bằng con đường truyền thống: Vay vốn của tổ chức tín dụng

Mặc dù pháp luật hiện hành đã có nhiều cơ chế, chính sách và thể hiện bằng việc ban hành các văn bản pháp luật nhằm hỗ trợ doanh nghiệp khởi nghiệp tiếp cận nguồn vốn, tuy nhiên, việc nhận được khoản tín dụng vẫn không phải là dễ dàng đối với các doanh nghiệp. Vì vậy Ngân hàng nhà nước cần có sự phối hợp với các bên có liên quan, đặc biệt là các cấp ở địa phương để triển khai đồng bộ chính sách bảo lãnh tín dụng cho doanh nghiệp nhỏ và vừa.

Như đã phân tích, quy định hiện hành về điều kiện vay vốn tại tổ chức tín dụng khá chung chung, dường như chỉ mang yếu tố định tính và ấn định trách nhiệm của

²⁵ Nguồn: Đề tài khoa học cấp Bộ “*Các khía cạnh pháp lý của tiền ảo: Thực tiễn các nước và một số kinh nghiệm cho Việt Nam*”, Chủ nhiệm: TS. Nguyễn Minh Oanh, Bộ Tư pháp – Trường Đại học Luật Hà Nội, 8/2018, tr. 33.

²⁶ Nguyễn Thanh Tú, Vụ trưởng Vụ pháp luật Dân sự Kinh tế - Bộ Tư pháp, Tiền ảo, Quyết định 1255/QĐ-TTg và một số vấn đề đặt ra đối với khung pháp lý về tiền ảo tại Việt Nam. Kỷ yếu hội thảo “Xây dựng khung pháp lý về tiền ảo tại Việt Nam – Một số vấn đề đặt ra”, Bộ Tư pháp, ngày 30-31/3/2018.

²⁷ Báo cáo tổng hợp Đề tài khoa học cấp Bộ: “*Các khía cạnh pháp lý của tiền ảo - thực tiễn các nước và một số kinh nghiệm cho Việt Nam*”, Chủ nhiệm: TS. Nguyễn Minh Oanh, Bộ Tư pháp – Trường Đại học Luật Hà Nội, 8/2018.

người quyết định cho vay, dẫn đến khó khăn cho doanh nghiệp để được vay vốn. Vì điều kiện không rõ ràng, để tránh trách nhiệm, các tổ chức tín dụng thường quy định yêu cầu cao để không thực hiện cho vay đối với các doanh nghiệp khởi nghiệp. Bên cạnh đó, việc chứng minh những điều kiện được ưu đãi theo quy định pháp luật không dễ dàng và có thể đáp ứng về yếu tố thời gian. Để giải quyết những vấn đề này, Ngân hàng nhà nước cần quy định rõ điều kiện cấp tín dụng cho nhóm chủ thể mới này.

Đi đôi với việc quy định cụ thể điều kiện vay vốn, các cấp có thẩm quyền cũng cần có quan điểm rõ ràng về việc “không hình sự hóa các quan hệ kinh tế” khi không có yếu tố vụ lợi, để tạo sự chủ động cho cá nhân khi quyết định tín dụng phục vụ cho nhóm chủ thể khởi nghiệp đang gặp khó khăn tài chính. Ngoài ra, một nội dung nữa cần cân nhắc điều chỉnh là có quy định ưu đãi hoặc cơ chế tái cấp vốn cho các tổ chức tín dụng sử dụng nguồn vốn để cho vay đối với doanh nghiệp khởi nghiệp với tỷ trọng lớn.

Đối với các tổ chức tín dụng: Nguồn vốn chỉ có thể được chuyển giao khi có quyết định cho vay/cấp tín dụng của từng tổ chức tín dụng. Vì vậy, nếu các tổ chức tín dụng đa dạng hóa hơn nữa các sản phẩm cho vay, tạo điều kiện cho nhóm chủ thể doanh nghiệp nhỏ và vừa, doanh nghiệp khởi nghiệp, thì cơ hội có vốn sẽ cao hơn. Những giả định có thể đặt ra như: Tổ chức tín dụng rút ngắn quy trình cấp tín dụng, phát triển hoạt động cho vay khép kín từ khâu cho vay, giám sát sử dụng vốn thông qua kiểm soát dòng tiền của toàn bộ quá trình (từ khâu thu mua, sơ chế, sản xuất, xuất khẩu và thanh toán...), sẽ là các biện pháp giảm bớt rủi ro.

Bên cạnh việc rút gọn quy trình cấp tín dụng, cũng cần sử dụng tối đa thông tin có được về khách hàng vay vốn – doanh nghiệp nhỏ và vừa hay doanh nghiệp khởi nghiệp. Nguồn thông tin tiếp cận quan trọng chính là Báo cáo tài chính của doanh nghiệp nhỏ và vừa có nhu cầu vay vốn. Đây là tài liệu quan trọng để bên cho vay “chấm điểm tín dụng đối với khách hàng”. Để đánh giá chất lượng thông tin, thông qua đó có cơ sở cho việc quyết định cho vay, tổ chức tín dụng thường quan tâm tới dòng tiền, dự báo dòng tiền, tình hình thực hiện nghĩa vụ tài chính²⁸. Những yếu tố này có thể giúp cho tổ chức tín dụng quyết định lượng tín dụng sẽ cấp và các điều kiện đi kèm.

3.2. Tạo cơ hội tiếp cận các nguồn tài trợ từ phía Nhà nước thông qua các dự án hỗ trợ doanh nghiệp khởi nghiệp, quỹ hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa

Bên cạnh việc Ngân hàng nhà nước phối hợp cùng với các bộ ngành có liên quan để thực hiện cơ chế bảo lãnh vay vốn cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa hay doanh nghiệp khởi nghiệp, cần nhanh chóng thành lập các quỹ đặc biệt của Nhà nước dành cho các doanh nghiệp khởi nghiệp, khởi nghiệp sáng tạo. Các quỹ có thể đặt ra như: Quỹ đầu tư tác động, Quỹ sáng kiến trong giai đoạn đầu, Quỹ đầu tư mạo hiểm theo ngành nghề của Nhà nước. Hoạt động của các quỹ này bên cạnh nguồn vốn “mồi” của Nhà nước, cũng có thể xã hội hóa nguồn vốn. Phương thức xã hội hóa có thể cân nhắc thực hiện như gọi vốn cộng đồng, góp vốn của các quỹ đầu tư mạo hiểm.

²⁸ Xem: Nguyễn Bích Ngọc, *Báo cáo tài chính của doanh nghiệp nhỏ và vừa – đối tượng sử dụng và chất lượng thông tin trên báo cáo tài chính*, Tạp chí Khoa học Ngân hàng và đào tạo, số 192 – tháng 5/2018, tr. 33.

Với Quỹ đầu tư cho doanh nghiệp, cần cân nhắc nói rộng giới hạn khoản hỗ trợ tài chính, tránh tình trạng chia nhỏ, mục tiêu đầu tư sẽ không đạt được. Thực tế cho thấy, để nhận được nguồn tài chính trực tiếp từ quỹ đầu tư thường rất khó khăn, vì vậy, Nhà nước có thể áp dụng đầu tư công (theo địa chỉ và đơn đặt hàng) để hình thành những vườn ươm khởi nghiệp có quy mô lớn.

3.3. Tạo cơ hội tiếp cận các quỹ đầu tư rủi ro

Như đã phân tích, hoạt động khởi nghiệp rất cần sự hỗ trợ từ các quỹ đầu tư rủi ro (venture capital funds). Ở Việt Nam, ngoài những quỹ đầu tư mạo hiểm lớn như IDG Ventures Vietnam (IDGVV), CyberAgent Ventures, DFJ VinaCapital²⁹, hiện có nhiều quỹ đầu tư mạo hiểm khác đã bắt đầu tham gia vào thị trường Việt Nam. Cho đến thời điểm này, hoạt động đầu tư mạo hiểm cũng có khoảng thời gian đáng kể (IDG là quỹ đầu tiên và đã hoạt động tại Việt Nam đã 11 năm), vì vậy, đã đến thời điểm cần xây dựng văn bản pháp luật có hiệu lực pháp lý cao (Luật về Quỹ đầu tư rủi ro), tạo căn cứ pháp lý đầy đủ cho các quỹ rủi ro hỗ trợ tài chính cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa, doanh nghiệp khởi nghiệp trong hiện tại và tương lai.

Để có cơ sở thực hiện nội dung này, tác giả cho rằng, cần cân nhắc ban hành văn bản pháp luật về quỹ đầu tư rủi ro. Hiện nay, chúng ta đã có quỹ đầu tư chứng khoán áp dụng theo Luật Chứng khoán. Tuy nhiên, cơ chế hoạt động, cách thức, mục tiêu hoạt động của quỹ đầu tư chứng khoán không tương đồng với quỹ đầu tư rủi ro. Vậy, câu

hỏi đặt ra: Văn bản quy định về quỹ đầu tư rủi ro cần điều chỉnh những nội dung cơ bản nào? Tác giả cho rằng:

- Phạm vi điều chỉnh cần hướng tới các hoạt động đầu tư tài chính cho các hoạt động khởi nghiệp, khởi nghiệp sáng tạo có độ rủi ro.

- Hình thức hiện diện của quỹ đầu tư rủi ro: Xác định đây có phải là pháp nhân hay không? Việc này có ý nghĩa quan trọng trong xác định trách nhiệm và mức độ chịu trách nhiệm đối với hoạt động của quỹ.

- Cơ chế hình thành quỹ và quy định cơ bản về việc tạo lập và sử dụng quỹ.

- Nguyên tắc minh bạch hóa trong quá trình tạo lập và sử dụng quỹ.

- Xác định cơ chế thỏa thuận trong đầu tư tài chính đối với doanh nghiệp khởi nghiệp, khởi nghiệp sáng tạo.

Nếu những nội dung trên được quy định, cơ hội cho các doanh nghiệp khởi nghiệp sẽ rõ ràng hơn đồng thời gắn trách nhiệm của họ đối với nguồn vốn được đầu tư.

3.4. Xây dựng môi trường để các doanh nghiệp nhỏ và vừa có cơ hội chào bán các loại chứng khoán

Như đã phân tích, các doanh nghiệp nhỏ và vừa, doanh nghiệp khởi nghiệp khó có cơ hội chào bán chứng khoán tại thị trường chứng khoán có tổ chức. Tác giả cũng đề cập đến việc không nên xây dựng một thị trường chứng khoán riêng cho các doanh nghiệp nhỏ và vừa. Tuy vậy, để loại hình doanh nghiệp này có vốn bằng con đường chào bán chứng khoán (quyền của công ty theo Luật Doanh nghiệp) và không gây rủi ro lớn cho các nhà đầu tư, có thể cân nhắc một số điểm sau đây:

Trước hết, chúng ta cần thống nhất với nhau về việc một chủ thể kinh doanh có

²⁹ Nguồn: <http://khoi.nghep.vn/he-sinh-thai/danh-sach-nhung-quy-dau-tu-mao-hiem-tai-viet-nam.html>, truy cập ngày 4/9/2018.

nhiều phương án khác nhau và tiếp cận vốn thông qua thị trường chứng khoán tập trung (bằng con đường chào bán chứng khoán ra công chúng) chỉ là một trong nhiều phương án.

Khi tất cả các phương án chào bán chứng khoán ra công chúng không áp dụng được (do điều kiện cần có hàng hóa chất lượng tốt tại Sở Giao dịch chứng khoán), khó tiếp cận thêm nguồn vốn từ những người thân quen (thông qua chào bán chứng khoán riêng lẻ), không đủ điều kiện để tiếp tục vay vốn tại tổ chức tín dụng hay quỹ hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa của Nhà nước thì Nhà nước nên có giải pháp cho nhóm các doanh nghiệp khởi nghiệp, doanh nghiệp nhỏ và vừa. Các chứng khoán mà công ty cổ phần hay công ty trách nhiệm hữu hạn khởi nghiệp có thể là các chứng khoán và điều kiện “dưới chuẩn” nhưng lại cần có hỗ trợ của các tổ chức hỗ trợ thị trường.

Một số điểm cần cân nhắc khác bao gồm:

- Tổ chức phát hành đây là mô hình công ty cổ phần có quy mô nhỏ.

- Về điều kiện chào bán và định giá chứng khoán chào bán, cần đặc biệt quan tâm đến báo cáo tài chính và đánh giá tình hình thị trường liên quan của sản phẩm mà tổ chức chào bán cung cấp trong ngắn hạn và dài hạn.

- Chỉ nên quy định loại chứng khoán chào bán là cổ phiếu và trái phiếu, không quy định chào bán chứng khoán phái sinh.

- Nhất thiết có các quỹ đầu tư rủi ro tham gia với tư cách nhà đầu tư chuyên nghiệp và thị trường rủi ro.

- Để chứng khoán của bộ phận này có sức thanh khoản, cần quy định sự tham gia của công ty chứng khoán với tư cách là nhà tạo lập thị trường.

- Về cơ quan quản lý và giám sát thị trường chứng khoán này, nên quy định cho Hiệp hội kinh doanh chứng khoán.

(Tiếp theo trang 35 – Hiệu quả pháp luật doanh nghiệp)

Tuy nhiên, để mọi doanh nghiệp hoạt động ổn định và thông suốt thì những quy tắc xử sự mà Nhà nước ban hành thường là không đủ “thước đo” cho hoạt động quản trị doanh nghiệp. Theo nguyên tắc “tự hành”, các chủ sở hữu doanh nghiệp luôn tạo cho doanh nghiệp mình những quy tắc xử sự bổ sung để có thêm những quy tắc xử sự mới, cần thiết, áp dụng ở doanh nghiệp, thể hiện cách chơi (có thể khác nhau) của mỗi doanh nghiệp trong thị trường. Mặt khác, đây cũng chính là những thước đo để phân chia và xác định quyền lực của các vị trí việc làm trong hệ thống tổ chức và quản trị doanh nghiệp. Đó chính là *điều lệ doanh nghiệp* –

nơi thể hiện ý chí của chủ doanh nghiệp, ghi nhận cụ thể mọi vấn đề tổ chức và vận hành một doanh nghiệp. Đây cũng là sự bổ sung cho pháp luật tối thiểu và vì thế, nó là pháp luật tối đa cho doanh nghiệp.

Chính vì vậy mọi nghiên cứu tiếp cận doanh nghiệp giống như tiếp cận đối với công quyền hay nhà nước mà theo đó yêu cầu pháp luật doanh nghiệp phải cụ thể hóa, chi tiết hóa mọi vấn đề của doanh nghiệp là không theo nguyên lý và không khả thi. Điều đó sẽ làm thu hẹp tự do, sáng tạo của doanh nghiệp và như thế không làm cho pháp luật doanh nghiệp có hiệu quả.

BẢO VỆ LAO ĐỘNG NỮ NHẪM MỤC TIÊU BÌNH ĐẲNG GIỚI TRONG PHÁP LUẬT LAO ĐỘNG VIỆT NAM

*Lê Thị Hoài Thu**

Tóm tắt: Lao động nữ với những đặc điểm khác biệt về sức khỏe, giới tính, thể lực, cần được nâng cao năng lực bằng các quy định đặc thù của pháp luật để bảo đảm quyền lợi cho họ vì mục tiêu bình đẳng giới. Bài viết đề cập và phân tích những bất cập trong pháp luật lao động Việt Nam hiện hành về bảo vệ lao động nữ, từ đó đưa ra một số giải pháp hoàn thiện.

Abstract: Given health, physical, and gender differences of women workers, their capacity needs to be strengthened through special regulations in order to ensure their rights and interests for an aim of gender equality. The article makes mention of and analyzes shortcomings under Vietnam's labor law on protection of women workers, thereby it makes proposals for improvement.

Ở Việt Nam, từ trước đến nay phụ nữ luôn chiếm hơn một nửa dân số và được duy trì tương đối ổn định trong thời gian dài: “Khoảng 73% phụ nữ Việt Nam có mặt trong lực lượng lao động, một trong những tỷ lệ cao nhất toàn cầu...”¹. Chính vì vậy, bảo vệ quyền cho lao động nữ là một trong nội dung quan trọng của công cuộc đổi mới và xây dựng đất nước hiện nay. Bộ luật Lao động đã dành cả chương X để qui định riêng đối với lao động nữ và Nghị định số 85/2015/NĐ-CP ngày 01/10/2015 của Chính phủ qui định chi tiết một số điều của Bộ luật Lao động về chính sách đối với lao động nữ. Ngoài ra, Bộ luật Lao động năm 2012 có 11 điều khác qui định với lao động nữ như: Điều 4; Điều 8; Điều 12; Điều 32; Điều 37; Điều 39; Điều 90; Điều 123; Điều 152; Điều 187; Điều 240. Những qui định này tập trung thể hiện chính sách lao động

và chính sách xã hội đối với lao động nữ, tạo điều kiện để lao động nữ phát huy năng lực của mình. Có thể nói, bằng các qui định của pháp luật cho thấy những nỗ lực đáng ghi nhận của Việt Nam trong việc thực hiện các mục tiêu phát triển bền vững của Liên hợp quốc.

1. Pháp luật lao động Việt Nam hiện hành về bảo vệ lao động nữ

1.1. Bảo đảm quyền làm việc bình đẳng của lao động nữ

Theo qui định của Bộ luật Lao động năm 2012, bảo đảm việc làm cho người lao động là trách nhiệm của Nhà nước, của doanh nghiệp và toàn xã hội. Đối với lao động nữ, Nhà nước có trách nhiệm: “Bảo đảm quyền làm việc bình đẳng của lao động nữ” (khoản 1 Điều 153 Bộ luật Lao động năm 2012). Ngoài ra, khoản 7 Điều 4 Bộ luật Lao động năm 2012 qui định: “Bảo đảm nguyên tắc bình đẳng giới; qui định chế độ lao động và chính sách xã hội nhằm bảo vệ lao động nữ...”. Nhà nước khuyến khích cải thiện điều kiện làm việc, nâng cao trình độ nghề nghiệp, chăm sóc sức khỏe, phúc lợi vật chất và tinh thần của lao động

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

¹ Văn phòng ILO tại Việt Nam, *Tóm tắt chính sách bình đẳng giới trong thực tiễn tuyển dụng và thăng tiến ở Việt Nam*, tháng 3/2015, tr. 1, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---ilo-hanoi/documents/publication/wcms_349673.pdf.

nữ nhằm giúp lao động nữ phát huy có hiệu quả năng lực nghề nghiệp, kết hợp hài hòa cuộc sống lao động và cuộc sống gia đình; có chính sách giảm thuế đối với người sử dụng lao động có sử dụng nhiều lao động nữ theo qui định của pháp luật về thuế; mở rộng nhiều loại hình đào tạo thuận lợi cho lao động nữ có thêm nghề dự phòng và phù hợp với đặc điểm về cơ thể, sinh lý và chức năng làm mẹ của phụ nữ; Nhà nước có kế hoạch, biện pháp tổ chức nhà trẻ, lớp mẫu giáo ở nơi có nhiều lao động nữ (Điều 153 Bộ luật Lao động năm 2012). Ngoài ra, khoản 2 Điều 11 Nghị định số 85/2015/NĐ-CP qui định chi tiết một số điều của Bộ luật Lao động về chính sách đối với lao động nữ đã qui định rõ: Các khoản chi tăng thêm cho lao động nữ được tính vào chi phí được trừ khi xác định thu nhập chịu thuế thu nhập doanh nghiệp theo qui định của Bộ Tài chính; được vay vốn với lãi suất thấp từ quỹ quốc gia giải quyết việc làm. Với qui định này, Nhà nước đã tạo điều kiện khích lệ doanh nghiệp sử dụng nhiều lao động nữ, tạo cơ hội việc làm, giúp lao động nữ ổn định cuộc sống.

Trong cơ chế thị trường hiện nay, cùng một lúc, lao động nữ phải đảm nhận hai công việc: Gia đình và xã hội, nên họ chưa chuyên tâm cho công việc. Do vậy, người sử dụng lao động rất ngại nhận lao động nữ, khiến cơ hội việc làm đối với họ hết sức khó khăn. Nhằm khắc phục những thực tế đó, Điều 154 Bộ luật Lao động năm 2012 qui định nghĩa vụ của người sử dụng lao động đối với lao động nữ: “Bảo đảm thực hiện bình đẳng giới và các biện pháp thúc đẩy bình đẳng giới trong tuyển dụng, sử dụng, đào tạo, thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, tiền lương và các chế độ khác; tham khảo ý kiến của lao động nữ hoặc đại diện của họ khi quyết định những vấn đề liên

quan đến quyền và lợi ích của phụ nữ; bảo đảm có đủ buồng tắm và buồng vệ sinh phù hợp tại nơi làm việc; giúp đỡ, hỗ trợ xây dựng nhà trẻ, lớp mẫu giáo hoặc một phần chi phí gửi trẻ, mẫu giáo cho lao động nữ”. Ngoài ra, để đảm bảo quyền có việc làm cho lao động nữ, pháp luật lao động còn qui định: “Người sử dụng lao động không được sa thải hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động đối với lao động nữ vì lý do kết hôn, mang thai, nghỉ thai sản, nuôi con dưới 12 tháng tuổi, trừ trường hợp người sử dụng lao động là cá nhân chết, bị Tòa án tuyên bố mất tích, năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết hoặc người sử dụng lao động không phải là cá nhân chấm dứt hoạt động” (khoản 3 Điều 155 Bộ luật Lao động năm 2012).

Bảo đảm việc làm cho lao động nữ sau khi sinh con cũng được qui định khá chặt chẽ trong Bộ luật Lao động năm 2012 “Lao động nữ được bảo đảm việc làm cũ khi trở lại làm việc sau khi nghỉ hết thời gian theo qui định của pháp luật; trường hợp việc làm cũ không còn thì người sử dụng lao động phải bố trí việc làm khác cho họ với mức lương không thấp hơn mức lương trước khi nghỉ thai sản” (Điều 158).

Luật pháp khuyến khích sự bình đẳng giữa lao động nam và nữ trong lĩnh vực việc làm. Tuy vậy, lao động nữ vẫn chịu nhiều thiệt thòi, họ luôn rơi vào thế yếu trên thị trường lao động. Nhiều chủ sử dụng lao động không muốn nhận lao động nữ vào làm việc, đặc biệt là các doanh nghiệp đòi hỏi tính năng động cao. Khi có sự thay đổi công nghệ sản xuất, sắp xếp lại tổ chức, lao động nữ dễ bị mất việc làm hơn nam giới. Ở nhiều đơn vị sản xuất, phụ nữ thường làm những công việc giản đơn, thủ công với tiền lương thấp. Vì thế, những cơ hội về học tập, nâng cao trình độ, nghiệp vụ, khả năng tham

gia vào các khóa học đào tạo của lao động nữ rất hạn chế, khiến sự bất bình đẳng giữa lao động nữ và lao động nam càng lớn. Do vậy, Nhà nước khuyến khích người sử dụng lao động “Ưu tiên tuyển dụng, sử dụng phụ nữ vào làm việc khi người đó đủ điều kiện, tiêu chuẩn làm công việc phù hợp với cả nam và nữ” (khoản 2 Điều 5 Nghị định số 85/2015/NĐ-CP).

Để hạn chế những ảnh hưởng xấu từ các ngành nghề, môi trường làm việc độc hại đến sức khỏe và chức năng làm mẹ của lao động nữ, Điều 160 Bộ luật Lao động năm 2012 đã quy định những công việc không được sử dụng lao động nữ và Thông tư số 26/2013/TT-BLĐTB&XH ngày 18/10/2013 ban hành danh mục công việc không được sử dụng lao động nữ, trong đó có 77 loại công việc không được sử dụng lao động nữ. Tuy nhiên, nhiều doanh nghiệp đã lợi dụng Thông tư này để chỉ ưu tiên tuyển dụng lao động nam, trong khi các công việc đó không thuộc danh mục công việc độc hại, dẫn đến tình trạng bất bình đẳng giới trong tuyển dụng lao động.

1.2. Đảm bảo tiếp cận công bằng trong đào tạo nghề đối với lao động nữ

Bộ luật Lao động năm 2012 đã quy định về cơ chế, chính sách đào tạo nghề như sau: Mọi người được tự do lựa chọn nghề và nơi học, doanh nghiệp, tổ chức cá nhân có đủ điều kiện theo quy định của pháp luật được mở cơ sở dạy nghề. Lao động nữ cũng như nam được quyền lựa chọn những hình thức, phương thức cũng như thời gian đào tạo nghề phù hợp với bản thân. Lao động nữ trong doanh nghiệp được đào tạo nghề dự phòng ngoài nghề đang làm, Nhà nước có trách nhiệm: “Mở rộng nhiều loại hình đào tạo thuận lợi cho lao động nữ có thêm nghề dự phòng và phù hợp với đặc điểm về cơ thể, sinh lý và chức năng làm mẹ của phụ

nữ” (khoản 5 Điều 153 Bộ luật Lao động năm 2012). Ngoài ra, để đảm bảo quyền lợi cho lao động nữ trong quan hệ học nghề, khoản 3 Điều 18 Nghị định số 139/2006/NĐ-CP ngày 20/11/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Giáo dục và Bộ luật Lao động về dạy nghề quy định: “Trong thời gian thực hiện hợp đồng mà người học nghề có thai, nếu có giấy chứng nhận của cơ sở y tế có thẩm quyền về việc thực hiện hợp đồng học nghề sẽ ảnh hưởng xấu đến thai nhi thì người học nghề được chấm dứt hợp đồng học nghề và được trả lại phần học phí đã đóng của thời gian học còn lại và được bảo lưu kết quả học tập”.

1.3. Tiền lương và thu nhập

Khoản 3 Điều 90 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: “Người sử dụng lao động phải bảo đảm trả lương bình đẳng, không phân biệt giới tính đối với người lao động làm công việc có giá trị như nhau”. Nhằm bảo vệ quyền lợi cho lao động nữ do xuất phát từ những yếu tố đặc thù, khoản 2, khoản 5 Điều 155 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: Lao động nữ được giảm giờ làm trong một số trường hợp đặc biệt nhưng vẫn được hưởng đủ tiền lương đối với lao động nữ có thai đến tháng thứ 7 đang làm công việc nặng nhọc, lao động nữ trong thời gian hành kinh, lao động nữ chăm sóc con nhỏ dưới 12 tháng tuổi. Điều này thể hiện sự tiến bộ, là sự nội luật hóa các Công ước quốc tế mà Việt Nam đã phê chuẩn bảo đảm sự bình đẳng về giới, đồng thời giúp lao động nữ giải quyết tốt công việc xã hội và gia đình. Nhìn chung, các quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về vấn đề tiền lương đối với người lao động nói chung và lao động nữ nói riêng ngày càng được mở rộng hơn theo hướng có lợi cho người lao động. Tuy nhiên, trong thực tế, mức lương

binh quân của lao động nữ thường thấp hơn nam giới: “Tỷ lệ lao động nữ không có hợp đồng lao động chiếm (49%) cao hơn so với nam giới (36%). Có nhiều phụ nữ làm việc trong khu vực phi chính thức hơn nam giới và chỉ có thu nhập trung bình thấp hơn 50% và phải đối mặt với nhiều bất bình hơn cũng như có ít khả năng tiếp cận dịch vụ bảo trợ xã hội”². Nguyên nhân của những hiện tượng này trước hết là do họ bị chi phối bởi việc thực hiện các thiên chức khác. Hơn thế, hoàn cảnh gia đình, điều kiện kinh tế-xã hội hay truyền thống văn hóa vùng miền cũng làm ảnh hưởng đến cơ hội thăng tiến và thu nhập của họ. Cần phải trả lương như nhau cho cùng một công việc, hay nói cách khác, “Hành vi trả lương không công bằng giữa lao động nam và lao động nữ vì lý do giới tính hoặc do sự phân công công việc có phân biệt đối xử theo giới tính được xác định là hành vi vi phạm pháp luật và bị xử phạt hành chính. Tuy nhiên, hiện nay chưa có các tiêu chí bình đẳng trong đánh giá công việc để xác định xem công việc trả công có mang tính phân biệt đối xử về giới hay không?”³.

1.4. Cải thiện điều kiện làm việc

Điều kiện làm việc, an toàn vệ sinh lao động đối với lao động nữ được coi trọng hàng đầu trong chiến lược bảo vệ sức khỏe con người. Khoản 2 Điều 152 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: “Lao động nữ phải được khám chuyên khoa phụ sản...”; hay Điều 160 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: “Công việc không được sử dụng lao

động nữ gồm công việc có ảnh hưởng xấu đến chức năng sinh đẻ và nuôi con theo danh mục do Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội chủ trì phối hợp với Bộ Y tế ban hành; công việc phải ngâm mình thường xuyên dưới nước; công việc làm thường xuyên dưới hầm mỏ” và tại Điều 154 Bộ luật Lao động năm 2012 quy định: “Bảo đảm có đủ buồng tắm và buồng vệ sinh phù hợp tại nơi làm việc; giúp đỡ, hỗ trợ xây dựng nhà trẻ, lớp mẫu giáo hoặc một phần chi phí gửi trẻ, mẫu giáo cho lao động nữ”. Tuy nhiên, trong thực tế, “việc đảm bảo môi trường làm việc đối với người lao động nói chung và lao động nữ nói riêng còn rất nhiều hạn chế, vẫn còn tỷ lệ lớn lao động nữ làm việc trong môi trường nóng, bụi, độc hại, nặng nhọc. Tại một số doanh nghiệp các điều kiện tối thiểu nhất như nhà vệ sinh, buồng thay quần áo, nhà tắm dành cho nữ còn rất hạn chế”⁴.

1.5. Thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi

Để bảo vệ quyền của bà mẹ và trẻ em, pháp luật lao động quy định về thời gian làm việc ưu tiên hơn đối với lao động nữ: “Người sử dụng lao động không được sử dụng lao động nữ làm việc ban đêm, làm thêm giờ và đi công tác xa trong các trường hợp: Mang thai từ tháng thứ 7 hoặc từ tháng thứ 6 nếu làm việc ở vùng cao, vùng sâu, vùng xa, biên giới, hải đảo; đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi; lao động nữ làm công việc nặng nhọc khi mang thai từ tháng thứ 7, được chuyển làm công việc nhẹ hơn hoặc được giảm bớt 1 giờ làm việc hàng ngày mà vẫn hưởng đủ lương” (khoản 1, khoản 2 Điều 155 Bộ luật Lao động năm 2012). Và khi “Lao động nữ trong thời gian hành kinh

² Hoàng Đức, “Sửa đổi luật để thu hẹp khoảng cách giới”, Báo Phụ nữ thủ đô, số 52 ngày 28/12/2016.

³ PGS.TS. Trần Thị Minh Thi, “Nhận diện vấn đề giới và kiến nghị tăng cường bảo đảm nguyên tắc bình đẳng giới trong dự thảo Bộ luật Lao động (sửa đổi)”. Hội thảo góp ý dự thảo Bộ luật Lao động (sửa đổi), tháng 6/2018, Viện nghiên cứu lập pháp-ILO-UNDP.

⁴ An Hà, “Những thiệt thòi đối với lao động nữ”, Báo Phụ nữ thủ đô, số 29, tháng 7/2017.

được nghỉ mỗi ngày 30 phút; trong thời gian nuôi con dưới 12 tháng tuổi, được nghỉ mỗi ngày 60 phút trong thời gian làm việc. Thời gian nghỉ vẫn được hưởng đủ tiền lương theo hợp đồng lao động” (khoản 5 Điều 155 Bộ luật Lao động). Như vậy, pháp luật lao động nước ta đã có những quy định hết sức cần thiết về thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi để phụ nữ phát huy vai trò của mình trong lao động sản xuất và trong việc tái sản xuất sức lao động. Điều này thể hiện chính sách nhân đạo của Nhà nước ta, quan tâm chăm sóc các bà mẹ chính là quan tâm đến thế hệ tương lai, bảo vệ và tôn trọng quyền trẻ em. Song trong thực tế, còn nhiều doanh nghiệp lợi dụng sức ép của việc làm và sự kém hiểu biết về pháp luật của lao động nữ nên đã tăng ca triền miên, khai thác sức lao động của họ quá mức khiến cho lao động nữ không đảm bảo sức khỏe cho bản thân. Khảo sát của Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam cho thấy: *“Vẫn có tỷ lệ lớn lao động nữ phải làm thêm quá thời gian luật định. Lẽ ra qui định lao động nữ trong thời gian nuôi con dưới 12 tháng tuổi được nghỉ mỗi ngày 60 phút, nhưng hầu như các doanh nghiệp ít được thực hiện, đặc biệt ở các doanh nghiệp tổ chức sản xuất theo dây chuyền”*⁵. Thời gian làm việc theo kiểu linh hoạt, làm việc không trọn ngày, không trọn tuần, giao việc tại nhà được qui định tại khoản 2 Điều 153 Bộ luật Lao động năm 2012, nhưng trong thực tế, các doanh nghiệp rất ít thực hiện. Bởi lẽ, khi thay đổi giờ giấc làm việc theo kiểu linh hoạt sẽ kéo theo hàng loạt các vấn đề phát sinh do phải

tuyển thêm người hoặc điều chỉnh người làm thay thế và phát sinh thêm chi phí.

1.6. Bảo vệ danh dự, nhân phẩm đối với lao động nữ

Điều 8 Bộ luật Lao động 2012 qui định về các hành vi bị cấm: Phân biệt đối xử về giới tính, dân tộc, màu da, thành phần xã hội, tình trạng hôn nhân, tín ngưỡng, tôn giáo...

Để bảo vệ danh dự, nhân phẩm cho người lao động nói chung và lao động nữ nói riêng, Bộ luật Lao động đã có những quy định cấm khi xử lý kỷ luật lao động, được cụ thể hóa tại Điều 128 và nghiêm cấm người sử dụng lao động có hành vi “quấy rối tình dục tại nơi làm việc” (Điều 8 Bộ luật Lao động năm 2012). Rất tiếc, Bộ luật Lao động năm 2012 lại chưa đưa ra định nghĩa thế nào là hành vi quấy rối tình dục cũng như qui định các hành vi bị coi là quấy rối tình dục. Về vấn đề này, Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội cùng Tổng Liên đoàn lao động Việt Nam, Phòng Thương mại và công nghiệp Việt Nam đã ban hành bộ Quy tắc ứng xử về quấy rối tình dục tại nơi làm việc, nêu rõ: Quấy rối tình dục tại nơi làm việc là hình thức phân biệt đối xử dựa trên giới tính làm ảnh hưởng xấu đến môi trường làm việc và sự bình đẳng giữa lao động nam và nữ. Ở Việt Nam, thực tế cho thấy⁶: *Chiếm phần lớn các nạn nhân bị quấy rối tình dục là nữ giới (78,2%) và độ tuổi của các nạn nhân này trong khoảng từ 18 đến 30 tuổi. Tuy nhiên, do văn hóa Á Đông và nỗi lo sợ mất việc làm đã khiến nhiều nạn nhân bị quấy rối tình dục không dám lên tiếng. Và nạn nhân bị quấy rối tình dục không khiếu nại vì họ cảm thấy xấu hổ.*

⁵ Ban Quan hệ lao động – Tổng liên đoàn lao động Việt Nam, “Hoàn thiện chính sách pháp luật để bảo đảm quyền lợi của người lao động” tại Hội thảo: Vai trò và quyền lợi của người lao động trong sự thúc đẩy phát triển kinh tế thời hội nhập do Ủy ban Các vấn đề xã hội của Quốc hội và Viện đào tạo, tư vấn và phát triển kinh tế tổ chức, Hà Nội, ngày 19/8/2017.

⁶ ILO-Molisa (2012), “Báo cáo nghiên cứu quấy rối tình dục tại nơi làm việc ở Việt Nam: Bức tranh khái quát và khung pháp lý để giải quyết”, tháng 12/2012.

1.7. Bảo hiểm xã hội

Chính sách xã hội nói chung và bảo hiểm xã hội nói riêng đối với lao động nữ đã được Nhà nước ta quan tâm, đảm bảo quyền bình đẳng giữa những người lao động. Có thể nói, chế độ bảo hiểm xã hội đã tạo điều kiện cho lao động nữ ở nước ta có điều kiện tham gia làm việc và khi về già được hưởng trợ cấp bảo hiểm xã hội, giúp họ ổn định cuộc sống gia đình, thực hiện tốt vai trò làm mẹ, làm vợ.

Thứ nhất, chế độ thai sản: Xuất phát từ đặc điểm riêng về cơ thể, tâm sinh lý và thiên chức làm mẹ, ngoài những qui định chung cho người lao động, Bộ luật Lao động năm 2012 còn có những qui định riêng cho lao động nữ khi mang thai, sinh con và chăm sóc con nhỏ, thể hiện ở chế độ trợ cấp thai sản được qui định tại Điều 155, Điều 157, Điều 159. Ngoài ra, chế độ thai sản dành cho lao động nữ còn được cụ thể hóa tại Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014. Việc qui định lao động nữ nghỉ thai sản được hưởng trợ cấp trong khoảng thời gian qui định cụ thể cho từng loại hình công việc là phù hợp và có ý nghĩa thiết thực. Chính cơ chế mở cho lao động nữ được toàn quyền quyết định thời gian nghỉ đẻ của mình đã giúp họ giải quyết nhiều khó khăn liên quan đến sức khỏe và kinh tế, nhất là đối với lao động nữ làm việc trong các doanh nghiệp.

Thứ hai, chế độ hưu trí: Để đảm bảo quyền lợi cho lao động nữ phù hợp với đặc điểm giới tính, sức khỏe, tuổi nghỉ hưu của người lao động được qui định tại Điều 187 Bộ luật Lao động năm 2012 là: “Nam đủ 60 tuổi, nữ đủ 55 tuổi”. Qui định này đã được thực hiện trong một thời gian dài và được coi là một chính sách ưu tiên đối với lao động nữ. Hiện nay, cùng với quá trình đổi mới nền kinh tế, bản thân người lao động nữ làm ở những khu vực, những ngành nghề

khác nhau lại có những quan điểm khác nhau về độ tuổi nghỉ hưu của lao động nữ.

Quan điểm thứ nhất: Giữ nguyên quy định tuổi nghỉ hưu như hiện nay vì quy định này đã được thực hiện ổn định ở Việt Nam trong nhiều năm, nếu có sự thay đổi sẽ gây xáo trộn về quyền lợi và đời sống của bản thân, gia đình người lao động. Điều quan trọng là Nhà nước phải quản lý được lao động và thu nhập trên thị trường lao động, thu đúng và đủ tiền bảo hiểm xã hội theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014⁷.

Quan điểm thứ hai: Nâng tuổi nghỉ hưu của cả lao động nam và lao động nữ theo hướng: i) Cứ mỗi năm tăng một số tháng cho đến khi đạt được độ tuổi theo mục tiêu; ii) Tính toán tốc độ nâng hợp lý giữa lao động nam và lao động nữ để vừa đảm bảo thực hiện bình đẳng giới trong chế độ hưu trí, vừa phù hợp với các yếu tố đặc thù về sinh học của từng giới⁸.

Quan điểm thứ ba: Giữ nguyên độ tuổi của lao động nam như hiện nay; nâng tuổi nghỉ hưu của lao động nữ lên bằng tuổi nghỉ hưu của lao động nam để đảm bảo sự bình đẳng về giới trong chế độ hưu trí⁹.

Quan điểm thứ tư: Nâng tuổi nghỉ hưu đồng loạt lên 5 tuổi để đảm bảo phù hợp với thực trạng và xu hướng già hóa dân số hiện nay và trong tương lai, đồng thời đảm bảo cân đối thu – chi của Quỹ bảo hiểm hưu trí và tử tuất, tránh xảy ra tình trạng vỡ quỹ như dự báo¹⁰.

⁷ Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội (2017), *Tờ trình đề nghị xây dựng dự án Bộ luật Lao động (sửa đổi)*.

⁸ Thái Dương, “Bàn về tuổi nghỉ hưu của lao động nữ”, Tạp chí Bảo hiểm xã hội, số 12/2011.

⁹ Thái Dương, tldd.

¹⁰ TS. Phạm Đỗ Nhật Tân (2016), “Nâng tuổi nghỉ hưu và một số vấn đề đặt ra”, Tạp chí Lao động và Xã hội, số 538.

Quan điểm thứ năm: Giữ nguyên độ tuổi như quy định hiện nay, kết hợp với việc mở rộng đối tượng được kéo dài thời gian làm việc (thời gian công tác) khi đến tuổi nghỉ hưu. Lý do của quan điểm này tương tự quan điểm thứ nhất, tuy nhiên với việc mở rộng các đối tượng được kéo dài thời gian làm việc sẽ có tác dụng đáp ứng nguyện vọng của nhiều người lao động hơn nếu chưa muốn nghỉ hưu khi đạt tuổi chuẩn của chế độ hưu trí, vừa tăng thu, giảm chi cho Quỹ bảo hiểm hưu trí và tử tuất¹¹.

1.8. Các biện pháp pháp lý bảo vệ lao động nữ

Các biện pháp bảo vệ người lao động nói chung trong đó có lao động nữ nói riêng rất đa dạng và đan xen với nhau trong quá trình thực hiện. Có thể kể đến các biện pháp sau: Biện pháp bồi thường thiệt hại; biện pháp xử lý vi phạm hành chính; biện pháp giải quyết tranh chấp; biện pháp liên kết và thông qua tổ chức để tự bảo vệ. Trong các biện pháp này, biện pháp xử lý vi phạm hành chính đã có những quy định riêng dành cho lao động nữ. Theo qui định tại Điều 18 Nghị định số 95/2013/NĐ-CP ngày 22/08/2013 của Chính phủ qui định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực lao động, bảo hiểm xã hội, đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng thì áp dụng mức phạt cảnh cáo hoặc phạt tiền từ 500.000 đồng đến 1.000.000 đồng đối với người sử dụng lao động có một trong các hành vi sau đây: Không tham khảo ý kiến của lao động nữ hoặc đại diện của họ khi quyết định những vấn đề có liên quan đến quyền và lợi ích của lao động nữ;

không cho lao động nữ nghỉ 30 phút mỗi ngày trong thời gian hành kinh. Mức phạt tiền sẽ tăng từ 10.000.000 đồng đến 20.000.000 đồng đối với người sử dụng lao động có một trong các hành vi sau đây: Sử dụng lao động nữ làm thêm giờ, làm việc ban đêm và đi công tác xa thuộc một trong các trường hợp: Mang thai từ tháng thứ 07 hoặc từ tháng thứ 06 nếu làm việc ở vùng cao, vùng sâu, vùng xa, biên giới, hải đảo; đang nuôi con dưới 12 tháng tuổi; không cho lao động nữ trong thời gian nuôi con dưới 12 tháng tuổi nghỉ 60 phút mỗi ngày... Ngoài hình thức xử phạt chính, đối tượng vi phạm còn bị áp dụng các hình thức xử phạt bổ sung như: Tước giấy phép, chứng chỉ hành nghề, trục xuất, khắc phục hậu quả. Bên cạnh đó, biện pháp liên kết và thông qua tổ chức để tự bảo vệ tại Điều 4 Nghị định số 85/2015/NĐ-CP ngày 01/10/2015 của Chính phủ qui định chi tiết một số điều của Bộ luật Lao động về chính sách đối với lao động nữ ghi nhận: Trường hợp đã thành lập tổ chức công đoàn thì đại diện của lao động nữ là công đoàn cơ sở; trường hợp chưa thành lập tổ chức công đoàn thì đại diện lao động nữ là công đoàn cấp trên trực tiếp cơ sở nếu được tập thể lao động nữ có yêu cầu. Trường hợp không có yêu cầu thì người sử dụng lao động lấy ý kiến của trên 50% lao động nữ tại doanh nghiệp; công đoàn thực hiện quyền, trách nhiệm trong việc tổng hợp và phản ánh ý kiến của lao động nữ đối với những vấn đề liên quan đến quyền và lợi ích của họ khi người sử dụng lao động tham khảo ý kiến.

Tóm lại, bảo vệ lao động nữ trong pháp luật lao động Việt Nam đã được qui định khá toàn diện trên nhiều lĩnh vực của quan hệ lao động. Về phương diện luật pháp, chính sách trên thể hiện tính ưu việt của xã hội, sự phát triển của nền kinh tế trong thời

¹¹ Viện Nghiên cứu Lập pháp-Quỹ ROSA LUXEMBURG, Mai Đức Chính, “*Tác động của việc tăng tuổi nghỉ hưu và đề xuất của tổ chức công đoàn*”, Hội thảo góp ý hoàn thiện dự thảo Bộ luật Lao động (sửa đổi), Quảng Ninh, tháng 4/2017.

kỳ đổi mới. Các qui định riêng đối với lao động nữ trong pháp luật lao động thực sự là những chính sách được ban hành xuất phát từ yếu tố về giới, thể hiện đúng nhu cầu của phụ nữ trong sự nghiệp công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước. Do vậy, việc tổ chức thực hiện chính sách đối với lao động nữ có tác dụng rất lớn đến hiệu quả sản xuất kinh doanh. Pháp luật lao động đã tạo điều kiện để phát huy cao nhất mọi tiềm năng của phụ nữ, thể chế hóa các chủ trương của Đảng và Nhà nước trong lĩnh vực điều tiết các quan hệ lao động. Tuy nhiên, trên thực tế, vị trí và vai trò của lao động nữ vẫn chưa được đánh giá đúng mức, họ vẫn còn chịu nhiều thiệt thòi so với nam giới. Hơn nữa, các quan hệ lao động ngày càng phát triển và biến đổi một cách nhanh chóng, do vậy, pháp luật lao động không thể tránh khỏi những bất cập cần phải sửa đổi, bổ sung nhằm bảo vệ tốt hơn quyền lợi cho lao động nữ.

2. Một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật lao động Việt Nam về bảo vệ lao động nữ đảm bảo mục tiêu bình đẳng giới

Việc tiếp tục hoàn thiện pháp luật lao động có liên quan đến các chế độ đối với lao động nữ là tất yếu khách quan, là trách nhiệm của các nhà hoạch định chính sách ở tầm vĩ mô, nhằm đạt được mục tiêu bình đẳng về giới trong các cam kết quốc tế. Do vậy, để bảo vệ tốt hơn quyền cho lao động nữ, pháp luật lao động cần phải khắc phục những điểm bất hợp lý của các qui định hiện hành, phù hợp với điều kiện kinh tế-xã hội ở Việt Nam hiện nay. Đồng thời, hoàn thiện pháp luật lao động phải đảm bảo mối tương quan hợp lý giữa bảo vệ lao động nữ với quyền và lợi ích hợp pháp của người sử dụng lao động. Quan trọng hơn, việc hoàn thiện pháp luật lao động còn phải phù hợp với các Công ước quốc tế mà Việt Nam đã

phê chuẩn, đặc biệt là các mục tiêu phát triển bền vững do Liên hợp quốc đề ra. Theo tác giả, để bảo đảm sự bình đẳng cho lao động nữ cần phải thực hiện những biện pháp sau:

Một là, tiếp tục bổ sung và hoàn thiện các qui định pháp luật lao động có liên quan đến lao động nữ, đặc biệt là trong lĩnh vực việc làm, tiền lương, điều kiện lao động, bảo hiểm xã hội, bảo vệ quyền lợi hợp pháp của họ trong cơ chế thị trường. Cụ thể là trong quá trình sửa đổi, bổ sung Bộ luật Lao động năm 2012 cần bổ sung một số qui định nhận diện rõ hơn về cường bức lao động, phân biệt đối xử tại nơi làm việc, quấy rối tình dục tại nơi làm việc để phòng ngừa, nhận diện và xử lý tốt vấn đề quấy rối tình dục tại nơi làm việc. Cần nghiên cứu, sửa đổi Điều 160 Bộ luật Lao động năm 2012 theo hướng loại bỏ danh mục công việc mà người lao động nữ không được làm. Thay vào đó, pháp luật cần qui định cụ thể điều kiện, môi trường làm việc cũng như các trang thiết bị bảo hộ cá nhân trong một số môi trường lao động đặc thù¹². Tạo ra môi trường pháp lý công bằng, phù hợp với đặc trưng của nữ giới và điều kiện kinh tế - xã hội quốc gia là nền tảng vững chắc để thực thi các mục tiêu bình đẳng giới và trao quyền cho phụ nữ, đặc biệt trong lĩnh vực lao động.

¹² Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội - ILO, Hội thảo: *Việc thực hiện các công ước quốc tế về phân biệt đối xử trong việc làm nghề nghiệp và trả công bình đẳng giữa lao động nam và lao động nữ cho một công việc có giá trị như nhau ở Việt Nam* tại Hải Phòng ngày 10 – 11/06/2010, <http://genic.molisa.gov.vn/Default.aspx?tabid=371&newsid=53375&seo=Bo-cao-danh-gia-viec-thuc-hien-cac-cong-uoc-Quoc-te-ve-phan-biet-doi-xu-trong-viec-lam-nghe-nghiep-va-tra-cong-binh-dang-giua-lao-dong-nam-va-lao-do-ng-nu-cho-mot-cong-viec-co-gia-tri-ngang-nhau-o-Viet-Nam&language=vi-VN>.

Hai là, cần tiếp tục nghiên cứu để có chế độ bảo hiểm xã hội thích hợp đối với lao động nữ ở từng khu vực như: Hành chính nhà nước, sản xuất kinh doanh, nông nghiệp, lao động kinh tế gia đình... góp phần đảm bảo ổn định đời sống cho lao động nữ.

Ba là, việc sửa đổi quy định về tuổi nghỉ hưu cần được cân nhắc một cách kỹ lưỡng và cần đảm bảo các yêu cầu cơ bản như giải quyết hài hòa lợi ích ba bên: Người lao động, người sử dụng lao động và Nhà nước; phù hợp với nhu cầu và sức khỏe của lực lượng lao động xã hội; đảm bảo bình đẳng giới; giải quyết được mâu thuẫn giữa xu hướng già hóa dân số và xu hướng trẻ hóa lực lượng lao động; phù hợp với chính sách giải quyết việc làm và giải quyết tình trạng thất nghiệp của người lao động; đồng bộ với các qui định khác có liên quan; kết hợp với tăng cường công tác thực hiện pháp luật và quản lý nhà nước; khả năng cân đối thu-chi của Quỹ bảo hiểm xã hội nói chung và Quỹ hưu trí nói riêng.

Bốn là, cần nghiên cứu việc đào tạo nghề dự phòng và chế độ làm việc linh hoạt cũng như việc cải thiện điều kiện làm việc, tăng cường các biện pháp bảo vệ sức khỏe cho lao động nữ. Đây là yếu tố quan trọng để Việt Nam hoàn thành mục tiêu thị trường việc làm đến năm 2030. Trong Công ước số 156 của Tổ chức lao động quốc tế - Công ước về bình đẳng cơ may và đối xử lao động nam và nữ: Những người lao động có gia đình cần các dịch vụ chăm sóc trẻ em và hỗ trợ gia đình của họ... Nhà nước có trách nhiệm áp dụng các biện pháp thích hợp để phát triển, thúc đẩy các dịch vụ chăm sóc trẻ em và hỗ trợ gia đình của họ. Vậy nên, pháp luật cần bổ sung qui định “Người sử dụng lao động được khuyến khích tham gia xây dựng nhà trẻ, mẫu giáo và hỗ trợ một phần

chi phí gửi trẻ, mẫu giáo cho người lao động. Chi phí của người sử dụng lao động bỏ ra khi thực hiện các biện pháp này và các biện pháp bảo đảm, thúc đẩy bình đẳng giới khác được hưởng chính sách ưu đãi của Nhà nước theo pháp luật về thuế”¹³.

Năm là, tăng cường công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật về bình đẳng giới cũng như nâng cao nhận thức của toàn xã hội về vấn đề giới và bình đẳng giới. Trong đó, giáo dục về bình đẳng giới cần đi vào chiều sâu và tập trung vào các nhóm lao động nữ dễ bị tổn thương. Chỉ có thông qua giáo dục thì lao động nữ mới có thể chủ động hơn trong việc bảo vệ các quyền của mình.

Sáu là, tăng cường công tác thanh tra, kiểm tra việc thực hiện pháp luật về bình đẳng giới. Tăng cường sự giám sát của Mặt trận Tổ quốc và các tổ chức thành viên trong việc thực hiện các qui định pháp luật về bình đẳng giới. Ngoài ra, cần phát hiện kịp thời và xử lý nghiêm minh những cơ quan, tổ chức, cá nhân không thực hiện hoặc có hành vi phân biệt đối xử, xúc phạm nhân phẩm, bạo lực với phụ nữ. Kết quả xử lý phải được công bố công khai trên các phương tiện thông tin đại chúng, thông báo đến cơ quan, đơn vị có người vi phạm.

Việc hoàn thiện các qui định pháp luật đối với lao động nữ phải đáp ứng yêu cầu của nền kinh tế thị trường, đảm bảo bình đẳng giới trong quan hệ lao động, đồng thời tạo điều kiện cho lao động nữ thực hiện tốt vai trò của mình. Có thể nói, bảo vệ lao động nữ trong lĩnh vực lao động là góp phần hướng tới tăng trưởng kinh tế bền vững, toàn diện.

¹³ Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, *Thay đổi nhận thức và cách tiếp cận từ bảo vệ người lao động nữ sang thúc đẩy bình đẳng giới*, Chương trình hội thảo tham vấn thúc đẩy bình đẳng giới trong sửa đổi Bộ luật Lao động, tháng 10/2018.

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ CHỦ THỂ SỬ DỤNG ĐẤT CỦA LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013

Nguyễn Thị Nga*

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập trong các quy định của Luật Đất đai năm 2013 về chủ thể sử dụng đất, qua đó, đề xuất các giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes certain shortcomings of regulations under the 2013 Land Law on land users, thereby it makes proposals for improvement.

Theo quy định của pháp luật đất đai hiện hành, chủ thể sử dụng đất đóng vai trò là một bên tham gia quan hệ pháp luật đất đai, được Nhà nước xác lập hoặc công nhận, bao gồm¹:

a. Tổ chức trong nước gồm cơ quan nhà nước, đơn vị vũ trang nhân dân, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức kinh tế, tổ chức chính trị xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tổ chức sự nghiệp công lập và tổ chức khác theo quy định của pháp luật về dân sự (sau đây gọi chung là tổ chức);

b. Hộ gia đình, cá nhân trong nước (sau đây gọi chung là hộ gia đình, cá nhân);

c. Cộng đồng dân cư gồm cộng đồng người Việt Nam sinh sống trên cùng địa bàn thôn, làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố và điểm dân cư tương tự có cùng phong tục, tập quán hoặc có chung dòng họ;

d. Cơ sở tôn giáo gồm chùa, nhà thờ, nhà nguyện, thánh thất, thánh đường, niệm phật đường, tu viện, trường đào tạo riêng của tôn giáo, trụ sở của tổ chức tôn giáo và cơ sở khác của tôn giáo;

đ. Tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao gồm cơ quan đại diện ngoại giao,

cơ quan lãnh sự, cơ quan đại diện khác của nước ngoài có chức năng ngoại giao được Chính phủ Việt Nam thừa nhận; cơ quan đại diện của tổ chức thuộc Liên hợp quốc, cơ quan hoặc tổ chức liên chính phủ, cơ quan đại diện của tổ chức liên chính phủ;

e. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài theo quy định của pháp luật về quốc tịch;

g. Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài gồm doanh nghiệp 100% vốn đầu tư nước ngoài, doanh nghiệp liên doanh, doanh nghiệp Việt Nam mà nhà đầu tư nước ngoài mua cổ phần, sáp nhập, mua lại theo quy định của pháp luật về đầu tư.

1. Những bất cập trong các quy định về chủ thể sử dụng đất của Luật Đất đai năm 2013

Luật Đất đai năm 2013 sau hơn 04 năm thi hành đã thu được nhiều kết quả đáng ghi nhận. Tuy nhiên, quá trình thực thi Luật Đất đai trong những năm qua đã bộc lộ những bất cập lớn, gây nhiều rào cản cho quá trình thực hiện, mà trong đó, vấn đề xác định chủ thể sử dụng đất hợp pháp trong quan hệ pháp luật đất đai với Nhà nước và với các chủ thể khác là một trong những minh chứng điển hình. Cụ thể như sau:

Thứ nhất, về khái niệm hộ gia đình sử dụng đất

Có nhiều quan điểm khác nhau về hộ gia đình sử dụng đất. Nguyên nhân bắt

* PGS.TS., Khoa Pháp luật kinh tế, Đại học Luật Hà Nội.

¹ Điều 5 Luật Đất đai năm 2013.

nguồn từ Luật Đất đai hiện hành không quy định rõ ràng, cụ thể về khái niệm hộ gia đình, về cơ sở xác lập quyền sử dụng đất của hộ gia đình, về giải quyết những tồn đọng do lịch sử để lại (trước đây cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho hộ gia đình mà không ghi rõ ai trong hộ gia đình có quyền sử dụng đất; mâu thuẫn giữa Luật Đất đai và luật khác có liên quan đến hộ gia đình). Điều đó làm phát sinh nhiều khó khăn, vướng mắc trong thực tiễn triển khai. Theo khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013, để được xem là thành viên “hộ gia đình” sử dụng đất phải đáp ứng các dấu hiệu sau: Thứ nhất, *là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình*; thứ hai, *những chủ thể trên phải đang sống chung và có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất*. Những thành viên không đáp ứng được hai yếu tố trên thì không được xem là thành viên của hộ gia đình sử dụng đất; dẫn đến hậu quả sau đây:

- Một là, xem xét vấn đề huyết thống khi công nhận quyền sử dụng đất cho hộ gia đình còn nhiều quan niệm khác nhau.

Việc xác định quan hệ huyết thống theo quy định của pháp luật Việt Nam không thống nhất; khi xem xét để công nhận quyền sử dụng đất nếu dựa trên cơ sở các luật khác nhau sẽ có kết quả khác nhau. Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, việc xác định quan hệ huyết thống làm cơ sở cho việc xác định quan hệ thừa kế theo pháp luật được tính đến 03 đời². Tương tự, Luật

Hôn nhân và Gia đình năm 2014 cũng xác định khái niệm gia đình, thành viên trong hộ gia đình và cách thức xác định quan hệ huyết thống cũng được xác định đến 03 đời³. Tuy nhiên, một số quy định trong văn bản liên quan khác lại không rõ ràng. Như vậy, khi xem xét công nhận quyền sử dụng đất trong trường hợp đất không có bất kỳ loại giấy tờ nào, song đủ điều kiện cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất theo quy định tại Điều 101 Luật Đất đai năm 2013 mà trong hộ gia đình có nhiều thành viên thuộc nhiều thế hệ sinh sống và căn cứ vào quan hệ huyết thống để công nhận quyền sử dụng đất cho các thành viên thì phải áp dụng pháp luật nào? Trên thực tế, việc xác

a) Hàng thừa kế thứ nhất gồm: Vợ, chồng, cha đẻ, mẹ đẻ, cha nuôi, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi của người chết;

b) Hàng thừa kế thứ hai gồm: Ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại, anh ruột, chị ruột, em ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là ông nội, bà nội, ông ngoại, bà ngoại;

c) Hàng thừa kế thứ ba gồm: Cụ nội, cụ ngoại của người chết; bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột của người chết; cháu ruột của người chết mà người chết là bác ruột, chú ruột, cậu ruột, cô ruột, dì ruột; chất ruột của người chết mà người chết là cụ nội, cụ ngoại.

³ Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định:

Khoản 16 Điều 3: *Thành viên gia đình* bao gồm vợ, chồng; cha mẹ đẻ, cha mẹ nuôi, cha dượng, mẹ kế, cha mẹ vợ, cha mẹ chồng; con đẻ, con nuôi, con riêng của vợ hoặc chồng, con dâu, con rể; anh, chị, em cùng cha mẹ, anh, chị, em cùng cha khác mẹ, anh, chị, em cùng mẹ khác cha, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người cùng cha mẹ hoặc cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha; ông bà nội, ông bà ngoại; cháu nội, cháu ngoại; cô, dì, chú, cậu, bác ruột và cháu ruột.

Khoản 17 Điều 3: *Những người cùng dòng máu về trực hệ* là những người có quan hệ huyết thống, trong đó, người này sinh ra người kia kế tiếp nhau. *Những người có họ trong phạm vi ba đời* là những người cùng một gốc sinh ra gồm cha mẹ là đời thứ nhất; anh, chị, em cùng cha mẹ, cùng cha khác mẹ, cùng mẹ khác cha là đời thứ hai; anh, chị, em con chú, con bác, con cô, con cậu, con dì là đời thứ ba.

² Điều 651 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định những người thừa kế theo pháp luật được quy định theo thứ tự sau đây:

định quan hệ huyết thống để xác định quan hệ tài sản (trong đó có công nhận quyền sử dụng đất cho hộ gia đình) thường được áp dụng theo tinh thần của Bộ luật Dân sự, Luật Hôn nhân và Gia đình và Luật Thuế thu nhập cá nhân.

- *Hai là*, vấn đề nuôi dưỡng: Việc xét công nhận quyền sử dụng đất cho hộ gia đình được dựa trên quan hệ nuôi dưỡng cũng là một phạm vi khá rộng và gây nhiều phức tạp, vướng mắc. Theo đó, nếu xét theo quan hệ nuôi dưỡng sẽ không còn giới hạn theo huyết thống hay quan hệ hôn nhân, khái niệm hộ gia đình trong trường hợp này thường dựa theo hộ khẩu (bao gồm cả người được xác định theo quan hệ hôn nhân, huyết thống và cả những người không có quan hệ hôn nhân, huyết thống) cũng được đứng tên trên giấy chứng nhận nếu họ chứng minh có quan hệ nuôi dưỡng. Điều này sẽ hợp lý trong trường hợp đất mà các thành viên đang sử dụng không có sự biến động về diện tích, sổ hộ khẩu cũng không có sự sai khác về số lượng các thành viên sinh sống trên đất đó. Tuy nhiên, vấn đề sẽ trở nên phức tạp hơn và không thể xác định được quyền sử dụng đất một cách chính xác và công bằng khi xét công nhận quyền sử dụng đất trong trường hợp có sự biến động về diện tích và có sự sai khác về số lượng thành viên trong hộ gia đình đó.

- *Ba là*, hộ gia đình được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất trong trường hợp đất mà hộ gia đình sử dụng không có bất kỳ loại giấy tờ gì, song nguồn gốc đất khi xét công nhận và cấp giấy chứng nhận có diễn biến phức tạp, rất khó để xác định quyền sử dụng đất thuộc về thành viên nào trong hộ gia đình cho hợp lý và chính xác. Chẳng hạn: Trường hợp đất khai hoang? Trường hợp đất không được giao, trong hộ gia đình có thành viên không tham gia tạo lập quyền sử dụng đất

ban đầu nhưng có công quản lý, cải tạo, tu bổ, làm tăng giá trị của đất? Hoặc trường hợp tại thời điểm Nhà nước giao đất, con trai cùng hộ với bố mẹ, sau khi được giao đất theo hộ, con trai lập gia đình, ở riêng và tách khẩu; tức là không còn “đang sống chung” nhưng quyền sử dụng đất chung vẫn còn thì quyền sử dụng đất có được xác lập cho người con hay không?

Thứ hai, về việc xử lý các vi phạm trong lĩnh vực đất đai đối với một số trường hợp cụ thể

Một là, sự mâu thuẫn giữa pháp luật đất đai và pháp luật khác có liên quan làm cho vấn đề xử lý vi phạm trong lĩnh vực đất đai trở nên khó khăn, thậm chí không thể xử lý được.

Quy định về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai theo Nghị định số 102/2014/NĐ-CP của Chính phủ có sự mâu thuẫn với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 và là nguyên nhân của một số vướng mắc trong quá trình triển khai. Cụ thể: Tại khoản 1 và khoản 2 Điều 2 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định:

“1. Vi phạm hành chính là hành vi có lỗi do cá nhân, tổ chức thực hiện, vi phạm quy định của pháp luật về quản lý nhà nước mà không phải là tội phạm và theo quy định của pháp luật phải bị xử phạt vi phạm hành chính.

2. Xử phạt vi phạm hành chính là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi vi phạm hành chính theo quy định của pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính”.

Trong khi đó, tại Điều 2 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định về đối tượng bị xử phạt hành chính trong lĩnh vực đất đai bao gồm:

a. Hộ gia đình, cộng đồng dân cư; cá nhân trong nước, cá nhân nước ngoài, người Việt Nam định cư ở nước ngoài (sau đây gọi chung là cá nhân);

b. Tổ chức trong nước, tổ chức nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài (sau đây gọi chung là tổ chức);

c. Cơ sở tôn giáo.

Từ hai quy định trên cho thấy, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP về xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai quy định thêm ít nhất 01 nhóm chủ thể bị xử phạt vi phạm hành chính là hộ gia đình. Quy định này vừa mâu thuẫn với Luật Xử lý vi phạm hành chính, vừa chưa phù hợp với lý luận và thực tiễn vì các lý do sau:

- Hiểu theo nghĩa hộ gia đình sử dụng đất căn cứ khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai thì hộ gia đình trở thành phép cộng của các cá nhân có đồng quyền sử dụng đất. Và do vậy, xác định hộ gia đình vi phạm là tất cả các thành viên hay một số thành viên, hay chỉ 01 thành viên hộ gia đình vi phạm? Mặt khác, nếu có hơn 01 thành viên hộ gia đình vi phạm thì phải xác định đây là trường hợp nhiều người vi phạm hay không?

- Từ vướng mắc về lý luận nêu trên dẫn đến thực tiễn để xác định vi phạm, lập biên bản vi phạm và ban hành quyết định xử lý vi phạm hành chính về đất đai đối với hộ gia đình là rất khó khăn, vì về nguyên tắc, xác định hộ gia đình sử dụng đất cần phải xác định các thành viên của hộ gia đình; mà nội dung này hiện nay lại không được thể hiện trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. (Trong trường hợp này, trên giấy chứng nhận chỉ ghi chung là cấp cho hộ ông A hoặc cấp cho hộ bà B mà không ghi rõ trong hộ đó có những thành viên nào). Vậy nên, sẽ rất khó xác định đúng đối tượng vi phạm, đối tượng bị áp dụng chế tài, bị cưỡng chế.

Mặt khác, trong trường hợp cá nhân chủ hộ không vi phạm, không tham gia tạo điều kiện, giúp sức cho việc vi phạm nhưng lại lập hồ sơ vi phạm theo kiểu đối tượng vi phạm là hộ ông A/bà B là hết sức phi lý.

Hai là, chủ thể là cộng đồng dân cư cũng không được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012; chỉ duy nhất Luật Đất đai năm 2013 có khoản 3 Điều 5 quy định: “Cộng đồng dân cư gồm cộng đồng người Việt Nam sinh sống trên cùng địa bàn thôn làng, ấp, bản, buôn, phum, sóc, tổ dân phố và điểm dân cư tương tự có cùng phong tục, tập quán hoặc có chung dòng họ”. Do khái niệm này cũng không rõ ràng, dẫn đến khó khăn khi xác định vi phạm đó là do cộng đồng thực hiện hay do một số người trong cộng đồng thực hiện?

Ba là, chủ thể là “cơ sở tôn giáo” cũng chưa được làm rõ mà mới được liệt kê tại khoản 4 Điều 5 Luật Đất đai: “Cơ sở tôn giáo gồm nhà chùa, nhà thờ, nhà nguyện, thánh thất, thánh đường, niệm phật, tu viện, trường đào tạo riêng của tôn giáo, trụ sở của tổ chức tôn giáo và cơ sở khác của tôn giáo”. Cơ sở tôn giáo không phải là hộ gia đình, cá nhân, nhưng có phải mọi cơ sở tôn giáo đều là tổ chức hay không? Do vậy, quy định như tại Điều 3 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP thì cơ sở tôn giáo khi có hành vi vi phạm trong quản lý và sử dụng đất đai sẽ áp dụng hình thức xử lý vi phạm đối với cá nhân, hộ gia đình hay đối với tổ chức. Hiện tại, khoản 3 Điều 6 Dự thảo sửa đổi Nghị định số 102/2014 quy định khi cơ sở tôn giáo có hành vi phạm pháp luật về sử dụng đất thì áp dụng xử lý như đối với tổ chức cũng không thực sự thỏa đáng⁴.

⁴ Theo khoản 12 Điều 2 Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016: Tổ chức tôn giáo là tập hợp tín đồ, chức

Thứ ba, về quyền của hộ gia đình trong các giao dịch về quyền sử dụng đất

Quy định hiện nay của Luật Đất đai năm 2013 tại điểm d khoản 1 Điều 179 về quyền của hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất chưa thực sự chuẩn xác và có mâu thuẫn. Cụ thể: Khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013 quy định cơ sở, nguồn gốc xác lập quyền sử dụng đất cho hộ gia đình làm điều kiện tiên quyết để được thực hiện các giao dịch dân sự về chuyển quyền sử dụng đất là “Hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất nông nghiệp được Nhà nước giao trong hạn mức; đất được Nhà nước giao có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê, được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất; đất nhận chuyển đổi, nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho, nhận thừa kế”. Quy định này cho thấy, nguồn gốc hình thành quyền sử dụng đất của hộ gia đình là rất rộng. Tuy nhiên, điểm d khoản 1 lại giới hạn thu hẹp: “Hộ gia đình được Nhà nước giao đất, nếu trong hộ có thành viên chết thì quyền sử dụng đất của thành viên đó được để thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật”. Quy định này vô hình trung chỉ ghi nhận đất mà hộ gia đình có nguồn gốc được Nhà nước giao mới được để lại thừa kế, còn các nguồn gốc khác như: Thuê đất trả tiền một lần, đất được Nhà nước công nhận hoặc đất được nhận chuyển đổi, được thừa kế hoặc được tặng cho đều không được để thừa kế quyền sử dụng đất.

Thứ tư, về xác định tài sản vợ chồng khi cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất

Khoản 4 Điều 98 Luật Đất đai năm 2013 quy định về nguyên tắc cấp giấy

chứng nhận quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng như sau: “*Trường hợp quyền sử dụng đất hoặc quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất là tài sản chung của vợ và chồng thì phải ghi cả họ, tên vợ và họ, tên chồng vào Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất, trừ trường hợp vợ và chồng có thỏa thuận ghi tên một người*”. Nếu chỉ dừng lại ở nguyên tắc quy định bắt buộc là quyền sử dụng đất là tài sản chung của vợ chồng thì trên giấy chứng nhận phải thể hiện đầy đủ tên của cả vợ và chồng, đây là quy định đúng đắn và bắt buộc phải thực hiện nhằm đảm bảo quyền bình đẳng về tài sản vợ chồng trong quan hệ hôn nhân. Quy định này cũng là cần thiết nhằm giảm thiểu tranh chấp về tài sản trong trường hợp vợ chồng ly hôn. Tuy nhiên, quy định: “*trừ trường hợp vợ và chồng có thỏa thuận ghi tên một người*” được hiểu theo hai hướng như sau:

- Thỏa thuận ghi tên một người trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất chỉ đơn giản là: Hoặc người chồng, hoặc người vợ thay mặt người còn lại đứng tên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và việc đứng tên này không đồng nghĩa là người đứng tên trên giấy có toàn quyền đối với quyền sử dụng đất này. Theo đó, sau khi thỏa thuận đứng tên vợ hoặc chồng trên giấy chứng nhận thì quyền quản lý, khai thác và đặc biệt là quyền định đoạt đối với quyền sử dụng đất đó vẫn bắt buộc phải có sự đồng ý và nhất trí của cả vợ và chồng. Các giao dịch về quyền sử dụng đất vẫn phải có cả hai vợ chồng ký tên. Do quyền sử dụng đất là tài sản lớn, việc định đoạt đối với tài sản này có tác động và ảnh hưởng tới nơi ăn, chốn ở, kế mưu sinh của vợ chồng; vì vậy,

sắc, chức việc, nhà tu hành của một tôn giáo được tổ chức theo một cơ cấu nhất định được Nhà nước công nhận nhằm thực hiện các hoạt động tôn giáo.

bất luận trong trường hợp nào, liên quan tới việc định đoạt đối với tài sản này đều phải có sự thống nhất ý chí của cả vợ và chồng.

- Thỏa thuận ghi tên một người hoặc vợ hoặc chồng trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất còn bao hàm cả nghĩa thứ hai: Quyền thỏa thuận giữa vợ và chồng về việc tách quyền sử dụng đất từ *tài sản chung* của vợ chồng trở thành *tài sản riêng* của vợ hoặc chồng. Theo đó, sau khi thỏa thuận và trên giấy chỉ thể hiện tên của một người hoặc vợ hoặc chồng thì người có tên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất được toàn quyền quản lý, sử dụng và định đoạt quyền sử dụng đất đó mà không cần thiết phải có sự đồng ý của người còn lại. Mọi giao dịch phát sinh từ quyền sử dụng đất đó chỉ cần chữ ký của người đứng tên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất là đủ mà không cần phải có đầy đủ chữ ký của hai người. Theo đó, cũng cần loại trừ trường hợp thỏa thuận của vợ chồng từ tài sản chung trở thành tài sản riêng là quyền sử dụng đất trái pháp luật, nhằm che giấu hay trốn tránh việc thực hiện nghĩa vụ dân sự đối với chủ thể khác. Điều này bắt nguồn từ tư duy cho rằng, pháp luật hôn nhân và gia đình cho phép sáp nhập từ tài sản riêng của vợ hoặc chồng trở thành tài sản chung trong trường hợp có sự đồng thuận của vợ chồng⁵ thì đương nhiên không thể “cấm” vợ chồng thỏa thuận tài sản chung của vợ chồng (trong đó có quyền sử dụng đất) trở thành tài sản riêng của vợ hoặc chồng. Mặt khác, Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 cũng thừa nhận tài sản riêng của vợ chồng không chỉ tạo ra trước thời kỳ hôn nhân, do được thừa kế, tặng cho riêng trong thời kỳ hôn nhân, mà còn do sự thỏa thuận của vợ

chồng về việc chia tài sản chung của vợ chồng thành tài sản riêng⁶.

Xuất phát từ quy định chung chung tại khoản 4 Điều 98 Luật Đất đai năm 2013 nêu trên, việc xuất hiện hai cách hiểu trái ngược là hoàn toàn khó tránh khỏi. Không chỉ dừng lại ở đó, cách hiểu khác nhau về quy định này cũng đã và đang tạo ra cách thức áp dụng pháp luật rất khác nhau trên thực tế trong việc công chứng đối với các giao dịch chuyển nhượng quyền sử dụng đất. Thực tế, các văn phòng công chứng chỉ quan tâm, chú trọng tới ai là người có quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất để đảm bảo việc định đoạt đối với quyền sử dụng đất đó một cách hợp pháp, ít quan tâm tới bên nhận chuyển nhượng là một người hay nhiều người. Bởi họ cho rằng: Chỉ cần tại thời điểm ký kết và thực hiện hợp đồng chuyển nhượng, họ có đầy đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự để giao dịch, còn khi làm thủ tục trước bạ sang tên thì việc chỉ đứng tên người nhận chuyển nhượng được ghi nhận trong hợp đồng công chứng trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc ghi tên ai khác là do ý chí của người thực hiện hợp đồng chuyển nhượng.

Tuy nhiên, kể từ ngày 01/7/2014 (ngày Luật Đất đai năm 2013 có hiệu lực) với quy định tại khoản 4 Điều 98 nêu trên thì một số văn phòng công chứng, trong trường hợp bên nhận chuyển nhượng là cá nhân, bắt buộc cá nhân nhận chuyển nhượng phải có xác nhận “tình trạng độc thân” thì mới công chứng đối với hợp đồng này, mặc dù cả Luật Đất đai, Bộ luật Dân sự, Luật Công chứng hay Luật Nhà ở hiện hành không có bất cứ quy định nào yêu cầu về vấn đề này. Xét ở khía cạnh pháp lý, đảm bảo tính chặt

⁵ Điều 33 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

⁶ Điều 38, 39, 40 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014.

chẽ với mục đích phòng ngừa tranh chấp, bất đồng, mâu thuẫn thì yêu cầu của các công chứng viên là cần thiết; tuy nhiên, dưới khía cạnh quyền tự do tài sản, tự do ý chí, tự do hợp đồng và giản tiện các thủ tục hành chính đối với các giao dịch dân sự về quyền sử dụng đất thì đây là yêu cầu không được các chủ thể sử dụng đất hưởng ứng, thậm chí là phản đối và coi đây là yêu cầu không cần thiết.

Về vấn đề này, tác giả đồng tình với quan điểm cho rằng, điều quan trọng là đất khi chuyển nhượng thuộc quyền sử dụng hợp pháp của ai, quyền sử dụng đất đó có đủ điều kiện để chuyển nhượng hay không và khi chuyển nhượng thì tất cả các chủ thể có quyền sử dụng hợp pháp phải ký tên trong hợp đồng chuyển nhượng hoặc phải có văn bản ủy quyền thực hiện giao dịch hoặc văn bản xác nhận tài sản riêng cho người đứng tên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất... Còn bên nhận chuyển nhượng đứng tên trong hợp đồng chỉ cần đủ năng lực pháp luật và năng lực hành vi dân sự giao kết hợp đồng. Việc sau khi ký hợp đồng chuyển nhượng, người nhận chuyển nhượng làm thủ tục đăng ký và trước bạ sang tên tại Văn phòng đăng ký quyền sử dụng đất thì lúc này mới cần phải chứng minh họ còn độc thân để đứng tên một mình hay chứng minh đó là tài sản riêng để họ được đứng tên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Nói tóm lại, đây là công việc thuộc trách nhiệm của Văn phòng Đăng ký quyền sử dụng đất mà không thuộc chức năng của văn phòng công chứng; không cần tạo ra những thủ tục rườm rà để làm cản trở việc thực hiện các giao dịch về quyền sử dụng đất trên thị trường, mà vẫn không làm mất đi tính chính xác và đúng đắn của pháp luật khi xác nhận quyền sử dụng đất thuộc về ai.

Thứ năm, sự bất cập trong việc ghi nhận quyền sử dụng đất ở gắn với quyền sở hữu nhà ở trong trường hợp cá nhân người nước ngoài được quyền mua và sở hữu nhà ở tại Việt Nam

Với sự ghi nhận 07 chủ thể sử dụng đất tại Điều 5 Luật Đất đai năm 2013 như đã đề cập cùng với quy định về việc loại trừ quyền của cá nhân nước được mua nhà ở và sở hữu nhà ở tại Việt Nam theo quy định tại Điều 186 Luật Đất đai năm 2013 cho thấy, pháp luật còn bỏ sót chủ thể cá nhân là người nước ngoài hiện đang sử dụng đất ở gắn liền với quyền sở hữu nhà ở tại Việt Nam. Khoảng trống này một mặt phản ánh sự thiếu tương thích giữa Luật Đất đai năm 2013 với Luật Nhà ở năm 2014 khi Luật Nhà ở ghi nhận cá nhân nước ngoài được quyền sở hữu nhà ở tại Việt Nam⁷. Khi cho phép quyền được sở hữu nhà ở thì đương nhiên cá nhân nước ngoài cũng có quyền sử dụng đất hợp pháp gắn liền với nhà ở trên đất đó. Vì vậy, không ghi nhận quyền sử dụng đất ở cho chủ thể này trong Luật Đất đai năm 2013 là một sự khuyết thiếu đáng tiếc. Hiện nay, khoản 8 Điều 5 Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi quy định về chủ thể sử dụng đất còn bao gồm: “*Cá nhân nước ngoài đủ điều kiện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam theo quy định của pháp luật về nhà ở. Chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp nước ngoài, quỹ đầu tư nước ngoài và chi nhánh ngân hàng nước ngoài đang hoạt động tại Việt Nam (sau đây gọi chung là tổ chức nước ngoài) đủ điều kiện sở hữu nhà ở theo quy định của pháp luật về nhà ở*”.

2. Một số kiến nghị

Từ những phân tích ở trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau:

⁷ Khoản 3 Điều 7 và Điều 159 Luật Nhà ở năm 2014.

Thứ nhất, hoàn thiện các quy định pháp luật về xác định quyền sử dụng đất của hộ gia đình.

Một là, cần sửa đổi khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 về khái niệm hộ gia đình. Theo đó, pháp luật cần tập trung quy định rõ cách xác định thành viên của hộ gia đình. Tiêu chí xác định hộ gia đình sử dụng đất theo Luật Đất đai năm 2013 là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình đang sống chung và có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất, nhận chuyển quyền sử dụng đất. Có nghĩa là chủ thể hộ gia đình trong quan hệ đất đai là chủ thể hộ gia đình trong quan hệ hôn nhân, gia đình gắn bó với nhau theo hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng. Trên thực tế, thành viên trong hộ gia đình luôn có sự biến động như: Sinh, tử, chia, tách, nhập... Đồng thời, quá trình sử dụng đất cũng luôn có sự biến động từng thời điểm như: Thời điểm xác lập quyền sử dụng đất; thời điểm chuyển quyền sử dụng đất; thời điểm chấm dứt quyền sử dụng đất, thời điểm làm tăng thêm diện tích đất sử dụng. Trong mỗi thời điểm đó, số lượng thành viên trong hộ gia đình có thể có sự khác nhau, diện tích đất của hộ gia đình cũng có thể tăng thêm.

Hai là, hiện nay pháp luật cần quy định rõ căn cứ vào giấy tờ gì để xác định chính xác thành viên của hộ gia đình, đặc biệt là thành viên của hộ gia đình sử dụng đất. Việc xác định thành viên của hộ gia đình rất quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến việc xác định phần quyền của mỗi thành viên đối với tài sản chung của hộ.

Ba là, pháp luật đất đai cần có quy định xác định phần quyền sử dụng đất của từng thành viên trong hộ gia đình để xác định di

sản khi một thành viên trong hộ gia đình chết. Bởi lẽ, hộ gia đình là một cộng đồng người có tài sản chung và làm kinh tế chung; cộng đồng sở hữu tức nhiều người cùng thực hiện quyền làm chủ của mình trên khối tài sản chung của hộ. Do đó, “Hệ quả của việc thực hiện quyền sở hữu trên tài sản chung của hộ là tài sản của hộ gia đình không có sự tách bạch với tài sản riêng của từng thành viên trong hộ; trong khi đó, tài sản của pháp nhân hoàn toàn tách bạch và độc lập với phần tài sản riêng còn lại trong sản nghiệp của từng thành viên”⁸. Quyền sử dụng đất chung của hộ gia đình sẽ bao gồm tài sản chung hợp nhất (quan hệ hôn nhân) và tài sản chung theo phần (quan hệ huyết thống, nuôi dưỡng), do đó tùy theo mối quan hệ mà phần di sản của người chết trong hộ gia đình sẽ được xác định một cách phù hợp.

Thứ hai, cần sửa đổi, bổ sung điểm d khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai năm 2013

Sửa đổi nhằm đảm bảo quyền cho hộ gia đình trong các giao dịch dân sự về quyền sử dụng đất, nhất là quyền thừa kế quyền sử dụng đất và cũng đảm bảo tính nhất quán trong cùng một điều luật về quyền của hộ gia đình, cá nhân. Theo đó, quyền sử dụng đất của hộ gia đình được hình thành không chỉ từ hoạt động giao đất mà còn cả từ việc cho thuê đất, nhận quyền hợp pháp từ người khác hoặc được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất. Theo đó, quyền của hộ gia đình sử dụng đất cũng phải được hưởng trong các trường hợp sử dụng đất phát sinh từ các hình thức này. Vì vậy, tác giả kiến nghị sửa đổi quy định của

(Xem tiếp trang 84)

⁸ Lê Minh Hùng (2005), *Địa vị pháp lý của hộ gia đình trong pháp luật dân sự*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử: <http://tailieutonghop.com>, truy cập ngày 15/9/2018.

NGUYÊN TẮC "BIÊN ĐỘ ĐÁNH GIÁ" ĐỐI VỚI CÁC QUỐC GIA TRONG ÁN LỆ CỦA TOÀ ÁN NHÂN QUYỀN CHÂU ÂU

Nguyễn Linh Giang*

Tóm tắt: Nguyên tắc "Biên độ đánh giá" thường được Toà án Nhân quyền châu Âu sử dụng trong các vụ kiện để đánh giá tính hợp lý trong việc hạn chế quyền con người của các Nhà nước châu Âu đối với từng trường hợp cụ thể. Thực tế cho thấy, Toà án Nhân quyền thường để biên độ tự do hành động khá rộng cho các Nhà nước thành viên trong các trường hợp hạn chế quyền con người vì lý do tình trạng khẩn cấp, an ninh quốc gia, đạo đức xã hội, tôn giáo... Bài viết thông tin, giới thiệu về nguyên tắc này và liên hệ với Việt Nam.

Abstract: The principle of "margin of appreciation" is a principle commonly used in the case law of the European Court of Human Rights to consider the compatibility of a limitation of human rights by the European nation States. In fact, the European Court of Human Rights often gives wide-ranging freedom to member states in cases where human rights are limited due to state of emergency, national security or social morality, religion, etc. The article provides information, introduction of this principle and makes reference to Vietnam.

Toà án Nhân quyền châu Âu từ lâu đã được xem là một cơ chế bảo vệ quyền con người ở cấp độ khu vực hiệu quả nhất thế giới. Trong cơ chế này, các cá nhân có quyền kiện một Nhà nước vì lý do vi phạm đến các quyền cá nhân của họ được bảo vệ bởi Công ước châu Âu về quyền con người.

Các thẩm phán Toà án Nhân quyền châu Âu, khi xem xét các vụ kiện, phải dựa trên rất nhiều yếu tố, nhiều nguyên tắc khác nhau để đưa ra phán quyết của mình. Một trong những nguyên tắc hay được đưa ra xem xét trong Toà án Nhân quyền châu Âu chính là nguyên tắc "Biên độ đánh giá". Theo đó, trong một số hoàn cảnh đặc biệt, mặc dù đã có vi phạm về quyền cá nhân,

nhưng các quốc gia có liên quan trong vụ kiện lại không bị xem là vi phạm nghĩa vụ của quốc gia thành viên Công ước châu Âu về quyền con người. Hay nói cách khác, nguyên tắc này chính là một trong những yếu tố đánh giá việc hạn chế quyền con người của Nhà nước là có hợp lý và hợp pháp hay không.

1. Thẩm quyền của Toà án Nhân quyền châu Âu

Toà án Nhân quyền châu Âu được thành lập năm 1959 dựa trên Công ước châu Âu về quyền con người¹, có trụ sở tại thành phố Strasbourg, Pháp. Toà án hiện có 47 thẩm phán được lựa chọn từ 47 quốc gia thành viên của Cộng đồng châu Âu.

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết được công bố trong khuôn khổ thực hiện Đề tài cấp Bộ "Cơ sở lý luận và thực tiễn về hạn chế quyền con người ở Việt Nam hiện nay".

¹ Công ước châu Âu về Quyền con người được thông qua năm 1950, có hiệu lực năm 1953, hiện có 47 quốc gia thành viên.

Toà án có thể tiếp nhận các đơn kiện và xem xét các vụ việc được xem là vi phạm Công ước châu Âu về quyền con người. Sau khi đã sử dụng hết các cấp xét xử trong nước mà vẫn không thoả mãn, các cá nhân, các nhóm người, các tổ chức có thể kiện một hay nhiều quốc gia thành viên của Công ước châu Âu về quyền con người ra Toà án Nhân quyền châu Âu. Đồng thời, một quốc gia châu Âu cũng có thể kiện một quốc gia khác ra Toà án Nhân quyền châu Âu².

Khi một vụ việc đủ điều kiện được thụ lý và giải quyết ở toà án, toà án sẽ ra quyết định về việc quốc gia thành viên có liên quan đến vụ kiện có vi phạm một hoặc một số quyền con người được bảo vệ bởi Công ước châu Âu về quyền con người hay không. Toà án sẽ là cấp xét xử cuối cùng và quyết định của toà án có giá trị ràng buộc các quốc gia thành viên phải tuân thủ. Khi một quốc gia thành viên bị phán quyết có vi phạm Công ước châu Âu về quyền con người, quốc gia đó phải có biện pháp khắc phục vi phạm bằng cách bồi thường cho nạn nhân của vi phạm, giải quyết vụ việc có liên quan hoặc thậm chí phải sửa đổi cả pháp luật trong nước³.

2. Nguyên tắc "Biên độ đánh giá"

2.1. Định nghĩa và nguồn gốc

Nguyên tắc "Biên độ đánh giá" ("Margin of appreciation" trong tiếng Anh và "Marge d'appréciation" trong tiếng Pháp) liên quan đến một khái niệm của luật hành chính được phát triển bởi Tham chính viện của Pháp. Đây là một học thuyết gắn với

quyền tùy ý lựa chọn của cơ quan công quyền trong pháp luật hành chính⁴. Nguyên tắc này được phát triển bởi Toà án Nhân quyền châu Âu nhằm phán xét xem liệu một quốc gia thành viên của Công ước châu Âu về quyền con người có "được miễn trừ khỏi các nghĩa vụ được ghi nhận trong Công ước"⁵ hay không.

Nguyên tắc này không xuất hiện trong Công ước Châu Âu về quyền con người, cũng như trong suốt quá trình soạn thảo Công ước. Nó chỉ xuất hiện lần đầu tiên vào năm 1956 trong báo cáo của Ủy ban châu Âu trong vụ việc Hy Lạp kiện Anh⁶. Từ đó đến nay, nguyên tắc này được áp dụng trong hơn 700 vụ việc của toà án⁷.

Tại Toà án Nhân quyền châu Âu, "biên độ đánh giá" liên quan đến khả năng tự do lựa chọn mà toà án cho phép cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp của một nước thực hiện⁸. Đây là một quy định mang tính trung gian trong án lệ của Toà án Nhân quyền châu Âu, nó cho phép có một vài sự điều chỉnh giữa mục tiêu của Công ước và hoàn cảnh thực tiễn của các quốc gia thành viên. Tức là, khi xem xét các vụ kiện về nhân

⁴ R. St. J. Macdonald, *The Margin of Appreciation* trong cuốn *The European system for the protection of human rights*, R.St. J. Macdonald và F.Matcher, H.Petzold chủ biên, Nxb Martinus Nijhoff Publishers, 1993, tr.83.

⁵ Application No. 176/56 (Hy Lạp kiện nước Anh, "Cyprus"), Yearbook of the European Convention 1958 - 1959, 174-199, đoạn 176.

⁶ Vụ việc Cyprus (Hy Lạp kiện nước Anh), Niên giám Công ước châu Âu về quyền con người, 1958-1959, tập 2, tr.172-197.

⁷ "The Doctrine of Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice", Human Rights Law Journal 1998, No 19, tr.1.

⁸ H.C.Yourow, *The margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1996, tr.13.

² European Court of Human Rights, *The Court in brief*, https://echr.coe.int/Documents/Court_in_brief_ENG.pdf.

³ The European Court of Human Rights, *The ECHR in 50 questions: Answers frequently asked questions on the Convention and the Court*, 2/2014.

quyền, thẩm phán của Toà án Nhân quyền châu Âu sẽ xét đến sự khác biệt giữa pháp luật của các quốc gia liên quan so với quy định của Công ước⁹.

Mục tiêu của nguyên tắc "Biên độ đánh giá" là nhằm cân bằng quyền của cá nhân với lợi ích quốc gia, cũng như để giải quyết bất cứ xung đột tiềm tàng nào. Điều này có nghĩa là các Nhà nước thành viên của Toà án Nhân quyền châu Âu có quyền hạn chế quyền con người trong một số trường hợp đặc biệt, nhưng không bị coi là vi phạm các nghĩa vụ của quốc gia thành viên Công ước châu Âu về quyền con người.

Như đã đề cập, vấn đề về "Biên độ đánh giá" lần đầu tiên được đưa ra bởi Ủy ban châu Âu về Quyền con người vào năm 1956, trong vụ việc Hy Lạp kiện nước Anh. Trong vụ việc này, nước Anh được miễn trừ khỏi nghĩa vụ quốc gia, theo quy định tại Điều 15 của Công ước châu Âu về quyền con người, trong giai đoạn khẩn cấp.

Tiếp đó, vào năm 1957, trong vụ việc Lawless kiện Ireland, lần đầu tiên nguyên tắc này được áp dụng tại Toà án Nhân quyền châu Âu. Trong vụ việc này Lawless, một thành viên của IRA (một tổ chức bị xem là đã tổ chức một số hoạt động phá hoại tại Ireland), đã bị bắt ngày 11/7/1957 khi di chuyển từ Ireland sang Anh. Ông ta đã bị giam giữ mà không được xét xử theo cáo buộc vì chống lại Nhà nước theo Luật năm 1940. Vụ việc đã bị toà án bác đơn vì lý do Nhà nước Ireland có biên độ tự do hành động trong trường hợp khẩn cấp này. Tuy nhiên, ở thời điểm này, Chủ tịch Ủy ban châu Âu về Quyền con người Humphrey Waldock đã nhận xét rằng: "Một Nhà nước được miễn trừ khỏi trách nhiệm

là một vấn đề thực sự rất nhạy cảm với các yếu tố phức tạp và cân bằng giữa các xung đột, có tính đến lợi ích công cộng"¹⁰.

Học thuyết "Biên độ đánh giá" có sự phát triển đáng kể vào năm 1976, với quyết định của toà án trong vụ Handyside kiện Anh, hay còn gọi là án lệ "The little red school book" nổi tiếng tại Toà án Nhân quyền châu Âu. Vụ việc liên quan đến việc xuất bản cuốn sách "The little red school book" của Đan Mạch vào năm 1969. Trong cuốn sách đó có mô tả các hành vi nghiện ngập và tình dục - những vấn đề gây rất nhiều tranh cãi. Cuốn sách đã được xuất bản ở một số nước châu Âu, nhưng lại bị cấm ở Anh. Handyside là chủ một nhà xuất bản ở Anh đã bị phạt vì vi phạm luật xuất bản khi xuất bản cuốn sách này. Năm 1972, Handyside đã kiện nước Anh ra Toà án Nhân quyền châu Âu. Năm 1975, vụ việc được đưa ra Toà án Nhân quyền châu Âu để xem nước Anh có vi phạm quyền tự do biểu đạt theo quy định tại Điều 10 của Công ước châu Âu về quyền con người hay không? Thực tế rằng, cuốn sách "The little red school book" được cho phép xuất bản ở một số nước châu Âu khác chính là một thách thức. Tuy nhiên, toà án đã cho phép đặt hạn chế với quyền tự do biểu đạt vì lý do đạo đức xã hội và kết luận nước Anh không vi phạm Công ước.

Bằng phán quyết này, toà án đã củng cố nguyên tắc phân biệt giữa sự theo dõi việc thực thi công ước với sự tự do hành động của quốc gia thành viên. Tuy nhiên, toà án khẳng định: "Toà án... giữ quyền phán quyết

⁹ Vụ Sunday Times kiện nước Anh, No.6538/74, ECHR 1979 A30.

¹⁰ Lawless kiện Ireland, no.332/57, ECHR 1961 A3 (biên bản ghi nhận tại phiên toà ngày 8/4). Được trích dẫn trong J.Christoffersen, Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European convention on HR (koninklijke Brill NV, Leiden, 2009), tr.244.

cuối cùng đối với việc xem xét các "hạn chế" hoặc "phạt" có phù hợp với quyền tự do biểu đạt được bảo vệ theo Điều 10. "Biên độ đánh giá" của quốc gia cần được toà án châu Âu theo dõi theo từng vụ việc"¹¹.

Có thể thấy, thông qua hệ thống các án lệ của mình, Toà án Nhân quyền châu Âu đã "bật đèn xanh", cho phép các quốc gia thành viên được tự hạn chế các quyền con người được bảo vệ trong Công ước châu Âu về quyền con người vì các lý do như đạo đức xã hội hay trong tình huống khẩn cấp. Tuy nhiên, mặc dù các quốc gia có một "biên độ" để tùy ý đưa ra hàng rào hạn chế quyền con người, toà án vẫn có đầy đủ thẩm quyền để "đánh giá" các hành vi đó có hợp lý hay không.

2.2. Phạm vi áp dụng

Vụ việc Handyside kiện nước Anh ở trên đã đặt ra vấn đề về tính cân bằng giữa bảo vệ lợi ích chung của cộng đồng với việc tôn trọng và bảo vệ các quyền cá nhân cơ bản. Án lệ này đã minh họa cho bản chất của nguyên tắc "Biên độ đánh giá", đó là vấn đề mục đích của hạn chế quyền con người của các quốc gia thành viên. Mục tiêu của "Biên độ đánh giá" là xây dựng "một khái niệm đa chiều về việc thực thi Công ước châu Âu về quyền con người mang tính văn hoá và địa lý"¹².

Một luận giải cho bất kỳ một sự giải phóng nghĩa vụ của quốc gia thành viên với Công ước Châu Âu liên quan đến quan niệm về sự cần thiết cho nền dân chủ trong một xã hội. Tuy nhiên, biên độ tự do hành động của các quốc gia trong từng trường

hợp cụ thể là khác nhau, phụ thuộc vào hoàn cảnh và bản chất của quyền liên quan. Về bản chất, biên độ này được đánh giá dưới hai góc độ: Mục tiêu của Nhà nước khi hạn chế quyền và bản chất của quyền bị hạn chế. Việc xem xét nguyên tắc này khá nhạy cảm, nhất là xem xét sự cần thiết của quốc gia thành viên khi quyết định tùy ý lựa chọn trong bối cảnh nào thì được xem là liên quan đến lợi ích quốc gia, tình huống nào là đe dọa đến sự sống còn của quốc gia. Đôi khi, để đánh giá sự cân bằng giữa các lợi ích mà Nhà nước đang bảo vệ như lợi ích cá nhân, lợi ích xã hội hay chính lợi ích của Nhà nước trong các vụ việc là không đơn giản. Thậm chí, các mục tiêu chính của Nhà nước có khi lại bị che giấu trong các mục tiêu khác. Chính vì thế, đây là một yếu tố khó đánh giá.

Trên thực tế, việc phát triển nguyên tắc này gắn với quan điểm của Hội đồng châu Âu về sự phát triển của Công ước phải gắn với các án lệ, được luận giải trong từng trường hợp cụ thể. Nguyên tắc này có thể còn phát triển nữa dựa vào sự phát triển của pháp luật châu Âu và pháp luật quốc tế. Bởi vì sự áp dụng nguyên tắc này đòi hỏi "phải cần thiết trong một xã hội dân chủ" - như được quy định trong Công ước châu Âu - cũng như trong các văn kiện pháp luật quốc tế khác¹³. Mặc dù tại nhiều nơi, người ta vẫn còn nghi ngờ về nguyên tắc này, nhưng các án lệ liên quan trong hệ thống của châu Âu cũng như trong pháp luật quốc tế đã làm cho nguyên tắc trở nên ngày càng thu hút và được quan tâm hơn trong cộng đồng quốc tế.

¹¹ Vụ Handyside kiện nước Anh, No.5493/72, đoạn 49, ECHR 1976 A24.

¹² F.Mégret, "Nature of Obligations" in D.Moeckli et al., International Human rights Law (second Edition) Oxford University Press, Oxford, 2014, tr.104.

¹³ Điều 6 Công ước châu Âu về quyền con người; Điều 4 Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hoá, Điều 32 Công ước châu Mỹ về quyền con người.

2.3. Giải thích về nguyên tắc "Biên độ đánh giá"

Nguyên tắc "Biên độ đánh giá" có một vai trò quan trọng trong việc vận hành Công ước châu Âu về quyền con người tại các quốc gia thành viên cũng như trong các cơ quan của Cộng đồng châu Âu, và ở toà án. Có thể thấy, các quốc gia thành viên Công ước có truyền thống văn hoá, pháp lý... khác nhau, không thể tránh khỏi việc áp dụng các quy định của Công ước theo những cách khác nhau. Sự khác biệt này chính là tiềm năng gây ra những bất đồng giữa quốc gia với toà án. Khi giải quyết các vụ việc, toà án không chỉ bị ràng buộc bởi các quy định của Công ước mà còn phải tôn trọng chủ quyền quốc gia. Học thuyết "Biên độ đánh giá" cung cấp cho toà án một phương tiện để cho phép các quốc gia thành viên có quyền tự do lựa chọn hành động trong giới hạn phù hợp với Công ước, không phá vỡ các mục tiêu của Công ước vì lý do đặc thù văn hoá, pháp lý của quốc gia thành viên.

Học thuyết này không phải chỉ áp dụng ở toà án mà nó còn tồn tại trong hệ thống pháp luật dân sự, hành chính của một số nước châu Âu. Trong bối cảnh của châu Âu, học thuyết này "giải thích mối quan hệ giữa quan niệm quốc tế và trật tự pháp luật quốc gia, bao gồm cả vai trò của toà án trong nước"¹⁴. Tức là, theo học thuyết, tất cả các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp của một quốc gia thành viên đều có quyền tự do hành động khi thực thi hoạt động của mình trong mối quan hệ với các quyền tự do được quy định theo Công ước. Việc định ra một phạm vi cho nguyên tắc này là không thể.

¹⁴ Explain the margin of appreciation doctrine, <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/explain-the-margin-of-appreciation-law-essays.php#citethis>, truy cập ngày 18/11/2018.

Nhưng, qua hoạt động thực tiễn ở Strasbourg, có thể xác định phạm vi của nguyên tắc phụ thuộc vào từng điều kiện, hoàn cảnh cụ thể. Như vậy, ý nghĩa của nguyên tắc này chính là cung cấp cho cơ quan nhà nước khả năng tự bảo vệ khi đối mặt với cáo buộc về sự vi phạm quyền tự do cá nhân.

Một hướng dẫn đơn giản được phát triển bởi toà án giúp giải thích nguyên tắc này, đó là việc áp dụng nguyên tắc tỉ lệ, dựa trên: (i) Bản chất và tầm quan trọng của quyền đó; (ii) Mức độ can thiệp của Nhà nước; (iii) Bản chất và tầm quan trọng của mục tiêu hạn chế quyền; (iv) Mối quan hệ giữa biện pháp và mục tiêu; (v) Sự so sánh về chuẩn mực quốc gia với quốc tế¹⁵.

Ví dụ như vụ Handyside, liệu toà án đã xem việc bảo vệ đạo đức xã hội là đòi hỏi của một xã hội dân chủ hay không? Sự can thiệp của Nhà nước trong bối cảnh đó có cần thiết và phù hợp không? Sẽ không thể tìm thấy một quan điểm đồng nhất về đạo đức giữa các quốc gia châu Âu. Đạo đức còn là khái niệm thay đổi theo thời gian trên cùng một nước, bởi vậy, việc đánh giá về đạo đức phải luôn biến đổi và mềm dẻo. Vì lý do này, cơ quan có thẩm quyền của quốc gia chắc chắn sẽ đánh giá tình huống tốt hơn các thẩm phán quốc tế. Ở đây có một khoảng không gian cho cơ quan quyền lực quốc gia tự hành động. Tuy nhiên, vẫn phải nhấn mạnh rằng, "biên độ đánh giá" này của quốc gia kéo theo nghĩa vụ hành động của Nhà nước, tức là toà án để khoảng không tự do hành động cho các quốc gia với điều kiện phải tôn trọng các quy định của Công ước.

Nguyên tắc này còn cho phép các cơ quan nhà nước có thẩm quyền tự do để thực

¹⁵ Explain the margin of appreciation doctrine, sđd.

hiện các quy định của Công ước phù hợp với tiến trình dân chủ thông thường của quốc gia mình. Xa hơn nữa, toà án nhấn mạnh rằng án lệ có thể được áp dụng tương tự với các quốc gia khác. Nhưng, liệu các quốc gia kia có quyền tự do lựa chọn áp dụng tương tự hay không?¹⁶. Toà án không thể đảm bảo rằng, Công ước sẽ được áp dụng đồng bộ ở tất cả các quốc gia thành viên, đồng thời phải tôn trọng chủ quyền quốc gia của các quốc gia thành viên, vì vậy, cơ quan nhà nước phải là cơ quan đánh giá tình hình thực tiễn, tính phù hợp của các biện pháp mà họ sử dụng. Do đó, cơ quan nhà nước được trang bị quyền tự do lựa chọn hành động. Toà án chỉ xem xét xem cơ quan nhà nước có lạm dụng quyền tự do lựa chọn hành động kia hay không. Sự đánh giá này sẽ rất đa dạng, phụ thuộc vào từng bối cảnh cụ thể, vào rất nhiều yếu tố khác nhau như quy định của pháp luật, bản chất của quyền được bảo vệ; bản chất của nghĩa vụ mà Nhà nước thực hiện (nghĩa vụ chủ động hay bị động), bản chất của mục tiêu đang theo đuổi, bản chất của các hoạt động đang điều chỉnh.

3. Khả năng tùy chọn của Nhà nước trong hạn chế quyền con người

Thật khó để liệt kê đầy đủ các vấn đề mà Toà án Nhân quyền Châu Âu cho phép các quốc gia được sử dụng nguyên tắc "Biên độ đánh giá". Việc sử dụng nguyên tắc này nằm trong sự lựa chọn của mỗi quốc gia, tùy thuộc vào từng hoàn cảnh cụ thể. Những vấn đề được tổng hợp dưới đây là các vấn đề thường gặp phải trong các án lệ của Toà án Nhân quyền châu Âu và bản danh sách này còn có thể được bổ sung thường xuyên trong tương lai.

3.1. Đạo đức xã hội

Vụ việc Handyside chính là minh họa cho vấn đề về đạo đức. Một vụ việc khác là vụ việc Dudgeon kiện nước Anh¹⁷ liên quan đến một luật chống lại hoạt động của người đồng tính tại nơi riêng tư. Việc thông qua luật này chính là đi ngược lại sự tôn trọng đời sống riêng tư. Nếu so với vụ Handyside, "Biên độ đánh giá" trong vụ này đi xa hơn nhiều. Mặc dù cùng liên quan đến vấn đề đạo đức, nhưng sự can thiệp của Nhà nước trong hai trường hợp này rõ ràng khác nhau. Một bên là đời sống riêng tư, còn một bên là liên quan đến lợi ích công. Như vậy, bản chất của mục tiêu hạn chế quyền chính là yếu tố ảnh hưởng đến phạm vi của "Biên độ đánh giá". Quan điểm của toà án trong vụ Dudgeon cũng là quan điểm được đồng thuận rộng rãi ở các nước châu Âu, theo đó, hành vi tình dục đồng giới giữa những người lớn với nhau ở những nơi riêng tư không phải là tội phạm.

3.2. Quyền riêng tư

Đối với một số quyền riêng tư, quyền tự do cá nhân được quy định từ Điều 8 đến Điều 11 của Công ước châu Âu về quyền con người, Nhà nước cũng có một số biên độ lựa chọn hành động. Đây là các quyền liên quan đến quyền cá nhân và gia đình, quyền bất khả xâm phạm về nơi ở và thư tín, tự do tư tưởng, tự do tín ngưỡng, tôn giáo, tự do biểu đạt, tự do hội họp, lập hội. Các quyền này đều là các quyền có thể bị giới hạn với một vài thể thức, điều kiện theo quy định của pháp luật. Cơ quan nhà nước có biên độ tự do hành động trong điều kiện của sự cần thiết của một xã hội dân chủ trong các điều kiện đặc biệt. Sự hạn chế

¹⁶ *Explain the margin of appreciation doctrine*, tldd.

¹⁷ Dudgeon kiện nước Anh, ECHR 2, 7525/76, (1983) 5 EHRR 573.

phải phù hợp với quy định pháp luật hoặc phải được quy định trước trong luật, và phải phù hợp với sự cần thiết xã hội. Thực tế, hoạt động của toà án trong thời gian qua đã cho thấy sự đồng thuận của toà án trong các trường hợp Nhà nước cấm nạo thai, cấm phụ nữ Đạo Hồi đeo mạng che mặt (Niqab) đến nơi công cộng¹⁸... Đây mặc dù là các quyền tự do cá nhân, nhưng Nhà nước vẫn có biên độ tự quyết khi can thiệp vào các vấn đề này.

3.3. Trường hợp khẩn cấp

Điều 15 của Công ước châu Âu về quyền con người cho phép quốc gia loại trừ một số nghĩa vụ trong một số trường hợp đặc biệt như "chiến tranh, bối cảnh nguy hiểm đe dọa đời sống quốc gia". Quy định này để lại một biên độ tùy chọn cho Nhà nước. Tuy nhiên, các yếu tố tạo nên "trường hợp khẩn cấp" do các quốc gia thành viên tự xác định. Các quốc gia có quyền tự do áp dụng các biện pháp phù hợp trong bối cảnh khẩn cấp. Cho nên, đây cũng là một trường hợp tùy ý hành động với biên độ khá rộng của cơ quan có thẩm quyền của quốc gia. Tuy nhiên, quyền lực của cơ quan nhà nước trong các trường hợp này không phải là không có giới hạn. Toà án vẫn có thẩm quyền xem xét quốc gia thành viên liệu có vi phạm quyền con người trong từng trường hợp cụ thể hay không?

3.4. Lợi ích công

Toà án Nhân quyền châu Âu cho rằng khái niệm "lợi ích công" là một khái niệm rộng. Học thuyết "Biên độ đánh giá" vì vậy

tác động đến cả các trường hợp có bản chất này. Ví dụ: Vụ James kiện nước Anh¹⁹, vụ việc liên quan đến Điều 1 của Nghị định thư thứ nhất về quyền sở hữu. Toà án nhận định: Liên quan đến các đặc trưng riêng của xã hội và nhu cầu riêng của từng xã hội đó, cơ quan có thẩm quyền của quốc gia sẽ đánh giá tình huống tốt hơn thẩm phán quốc tế về vấn đề lợi ích công. Dưới hệ thống bảo vệ được thiết lập bởi Công ước, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với việc quốc hữu hoá các tài sản của người dân cũng như thực hiện các biện pháp đền bù tương ứng. Vấn đề liên quan đến hạn chế quyền sở hữu là vấn đề gây nhiều tranh cãi trong quá trình soạn thảo Công ước. Vì vậy, vấn đề này không được đưa vào nội dung Công ước mà để ở Nghị định thư bổ sung. Vấn đề này còn liên quan đến cả việc quốc hữu hoá vì các lý do an ninh, quốc phòng, phát triển kinh tế - xã hội. Tuy nhiên, việc hạn chế quyền sở hữu phải được thực hiện trong khuôn khổ của luật pháp, theo quy định của pháp luật hoặc phù hợp với các nguyên tắc của pháp luật. Một trường hợp khác là việc tịch biên tài sản trong trường hợp chủ sở hữu tài sản vi phạm một số nghĩa vụ với Nhà nước, ví dụ như nộp thuế hoặc bồi thường thiệt hại. Trường hợp này, tịch biên tài sản sẽ thực hiện thông qua một bản án có hiệu lực pháp luật của toà án.

Một biên độ quyết định rộng khác được trao cho Nhà nước liên quan đến vấn đề bảo vệ về y tế, sức khỏe - một yếu tố cũng được xem là lợi ích công ở một số quốc gia thành viên. Ví dụ minh họa cho trường hợp này là án lệ S.H. và những người khác kiện nước Áo²⁰. Vụ này liên quan đến việc hai cặp vợ

¹⁸ Xem các vụ kiện: S.A.S kiện nước Pháp, phán quyết ECHR 191 (2014) ngày 01/07/2014; Belcacemi & Oussar kiện Bỉ, phán quyết ECHR 241 (2017) ngày 11/07/2017; Dakir kiện Bỉ, phán quyết ECHR 242 (2017) ngày 11/7/2017; A., B., C. kiện Ireland, phán quyết số 974 ngày 16/12/2010.

¹⁹ James kiện nước Anh (1986) 8 EHRR 123.

²⁰ S.H. và những người khác kiện nước Áo - 57813/00, Phán quyết ngày 3/11/2011.

chồng khởi kiện nước Áo khi họ muốn thực hiện phương pháp thụ tinh trong ống nghiệm thông qua việc xin trứng của cặp thứ nhất và xin tinh trùng của cặp thứ hai nhưng không được cho phép. Trong phán quyết của mình, toà án đã kết luận rằng quyết định của nước Áo không vi phạm Công ước châu Âu về quyền con người. Việc cấm này là vì lợi ích chung của cộng đồng, nhằm cấm việc buôn bán trứng, tinh trùng, đồng thời tránh việc hôn nhân cùng huyết thống trong tương lai có thể xảy ra giữa những người có cùng huyết thống từ các ông bố, bà mẹ cho tặng tinh trùng hoặc trứng mà họ không biết đến. Vì vậy, khi một vụ việc gọi lên những câu hỏi liên quan đến các vấn đề còn gây tranh cãi về tư tưởng, đạo đức như vậy thì toà án cho phép các quốc gia có biên độ tự do hành động²¹.

Như vậy, đối với các trường hợp này, toà án đã cho các quốc gia một biên độ tùy chọn khá lớn trong lập pháp cũng như hành pháp và phán quyết thế nào là "lợi ích công". Tuy nhiên, toà án luôn có thẩm quyền để xem các phán quyết của quốc gia có nằm ngoài phạm vi của học thuyết này hay không.

3.5. Các vụ việc liên quan đến kinh tế

Liên quan đến phán quyết của vụ việc Danute Mockiene kiện Litva²²: Khủng hoảng kinh tế năm 2008 là nguyên nhân của việc cắt giảm ngân sách ở một số quốc gia và đã làm thay đổi các chính sách ưu tiên của Nhà nước trong lĩnh vực trợ cấp xã hội dành cho các đối tượng dễ bị tổn thương. Ngày 9/12/2009, Nghị viện Litva đã thông qua một luật về ổn định ngân sách nhằm

điều chỉnh chính sách trong khủng hoảng kinh tế và cắt giảm 15% trợ cấp đối với người nghỉ hưu và các trợ cấp xã hội khác. Nguyên đơn đưa vụ việc ra Toà châu Âu và viện dẫn 3 quyền bị vi phạm đó là quyền sở hữu theo Điều 1, Nghị định thư thứ nhất của Công ước; vi phạm Điều 14 của Công ước về chống phân biệt đối xử và liên quan đến quá trình thủ tục kiện cáo kéo dài của hệ thống trong nước làm ảnh hưởng đến quyền được xét xử công bằng theo Điều 6 của Công ước. Bảy thẩm phán của Toà án châu Âu đã thảo luận rất nhiều về vụ việc mà không đưa ra được sự nhất trí về vấn đề này. Cuối cùng, toà án đã tuyên bố không có sự vi phạm của quốc gia trong trường hợp này vì đây là một biện pháp quản lý của nhà nước trong bối cảnh khủng hoảng, đồng thời đây cũng là một quyền tự do lựa chọn của quốc gia.

4. Một vài gợi mở đối với Việt Nam

Có thể thấy, hạn chế quyền con người là một lĩnh vực khá nhạy cảm và đôi khi rất khó đánh giá tính hợp lý, phù hợp của các quyết định của Nhà nước. Việc Toà án Nhân quyền châu Âu áp dụng nguyên tắc "Biên độ đánh giá" cũng là để trang bị cho các quốc gia một công cụ quyết định trong một số lĩnh vực. Nói cách khác, Nhà nước cần phải tìm ra cách để hạn chế quyền con người trong một phạm vi có thể chấp nhận được trong các hoàn cảnh khác nhau.

Hiến pháp năm 2013 của Việt Nam, lần đầu tiên đã có quy định về hạn chế quyền con người trong khoản 2 Điều 14. Theo đó, quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo các lý do: Quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe cộng đồng. Mặc dù nhiều ý kiến cho rằng, quy định này chung chung, không rõ ràng, dễ gây cản trở cho

²¹ Đoạn 94-97 Phán quyết vụ SH. và những người khác kiện nước Áo.

²² Danute Mockiene kiện Litva, application No.75916/13, ECHR 258 (2017), 27/07/2017.

việc thực hiện quyền của người dân, nhưng trên thực tế, phần lớn các bản Hiến pháp trên thế giới cũng dùng các điều kiện ngăn gọn này để hạn chế quyền con người. Tuy nhiên, vấn đề quan trọng là các quốc gia phải có đầy đủ các cơ chế cần thiết để giải thích và bảo vệ Hiến pháp. Có như vậy, các quy định hạn chế quyền con người trong Hiến pháp mới có cơ hội được giải thích và áp dụng trong các tình huống thực tế. Đối với các nước châu Âu, với cơ chế Tòa án Nhân quyền châu Âu, họ có thêm một cơ hội để đánh giá lại các quyết định hạn chế quyền con người của Nhà nước từ góc nhìn khách quan bên ngoài.

Trong bối cảnh của Việt Nam, để cụ thể hoá được các quy định hạn chế quyền con người theo Hiến pháp năm 2013, cần thiết phải xây dựng một cơ chế bảo hiến hiệu quả trong tương lai. Trong đó, cần có cơ chế tiền

kiểm rõ ràng đối với các luật trước khi được thông qua để có thể đánh giá được các quy định hạn chế quyền con người nếu có. Trước mắt, cần có phương án giải thích Hiến pháp một cách rõ ràng, trong đó có cả các quy định tại khoản 2 Điều 14. Nhưng giải pháp quan trọng nhất chính là tập trung vào vai trò của toà án. Có thể thấy, Tòa án Nhân quyền châu Âu đóng vai trò trung tâm trong việc phán quyết một quyết định nào đó của Nhà nước là phù hợp và chấp nhận được hay không. Đối với Việt Nam, toà án cần phải là cơ quan được trao thẩm quyền giải thích pháp luật. Đồng thời, cần tăng cường và mở rộng thẩm quyền của Tòa Hành chính trong việc xem xét các khiếu kiện có liên quan đến các văn bản quy phạm pháp luật. Có như vậy, việc áp dụng các quy định về hạn chế quyền con người mới tránh được sự tùy tiện từ phía các cơ quan nhà nước.

(Tiếp theo trang 75 – Bắt cập trong các quy định...)

điểm đ khoản 1 Điều 179 theo hướng: *“Trường hợp quyền sử dụng đất của hộ gia đình mà trong hộ có thành viên chết thì quyền sử dụng đất của thành viên đó được để thừa kế theo di chúc hoặc theo pháp luật”*.

Thứ ba, cần phải quy định rõ nội hàm của thỏa thuận giữa vợ và chồng về việc đứng tên một người trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà và tài sản khác gắn liền với đất.

Theo đó, cần phải xác định rõ: Thỏa thuận đứng tên một người chỉ dừng lại ở việc người đó đại diện đứng tên, chứ không hàm chứa quyền định đoạt đối với tài sản. Hay nói cách khác, người đứng tên không

có toàn quyền quản lý, khai thác và định đoạt quyền sử dụng đất đó nếu không có sự đồng ý của người không đứng tên trên giấy.

Thứ tư, cần có sự sửa đổi, bổ sung về đối tượng bị xử lý vi phạm hành chính trong lĩnh vực đất đai quy định tại Luật Đất đai năm 2013 và Nghị định số 102/2014/NĐ-CP cho đầy đủ và tương thích với Luật Xử lý vi phạm hành chính 2012.

Đặc biệt, xác định rõ cách thức xử lý trong trường hợp chủ thể vi phạm pháp luật đất đai là hộ gia đình mà không ghi rõ hộ gia đình đó gồm những ai; cần có quy định cụ thể về xử lý vi phạm đối với cộng đồng dân cư, cơ sở tôn giáo sử dụng đất thì áp dụng đối với tổ chức hay cá nhân vi phạm?

TỔNG MỤC LỤC NĂM 2018

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
I	<i>Lịch sử Nhà nước và pháp luật</i>			
1.	Đạo đức công vụ của quan lại dưới triều Vua Minh Mệnh và một số giá trị kế thừa	PHẠM THỊ THU HIỀN	2	77
II	<i>Lý luận Nhà nước và pháp luật</i>			
2.	Tiếp cận đa ngành, liên ngành, xuyên ngành trong nghiên cứu và đào tạo luật học ở Việt Nam hiện nay	VÕ KHÁNH VINH	5	3
3.	Vấn đề lựa chọn và áp dụng pháp luật tại Việt Nam – Bất cập và kiến nghị	TRẦN VANG PHỦ	5	12
4.	Khái niệm, nội dung của nguyên tắc pháp quyền	NGUYỄN ĐỨC MINH	6	3
5.	Một số quy tắc giải thích pháp luật thành văn của Úc và gợi mở cho Việt Nam	HUỲNH THỊ SINH HIỀN	7	3
6.	Một số quan niệm về pháp quyền trên thế giới	NGUYỄN ĐỨC MINH	10	3
III	<i>Luật Hiến pháp</i>			
7.	Nhiệm vụ bảo vệ công lý và trách nhiệm chứng minh của tòa án trong hoạt động tố tụng	PHÍ THÀNH CHUNG	2	3
8.	Nhu cầu giải thích quy định về hạn chế quyền con người, quyền công dân của Hiến pháp năm 2013	TRƯƠNG HỒNG QUANG	3	3
9.	Phân công, phối hợp, kiểm soát việc thực hiện quyền lực nhà nước theo nguyên tắc pháp quyền ở Việt Nam hiện nay	NGUYỄN MINH ĐOAN	5	18
10.	Đánh giá tính hợp hiến của việc giới hạn quyền hiến định: Thách thức và xu hướng	BÙI TIẾN ĐẠT	10	16
11.	Kiểm soát của cơ quan lập pháp đối với cơ quan hành pháp ở Việt Nam	NGUYỄN MẠNH HÙNG TRƯƠNG THỊ MINH THỦY	10	24
12.	Vai trò giám sát xã hội của các tổ chức xã hội đối với các vấn đề về quyền con người	NGUYỄN NHƯ PHÁT	11	3
13.	Giải pháp hoàn thiện các điều kiện thực hiện dân chủ đại diện ở Việt Nam	NGUYỄN MINH TUẤN	11	11
14.	Tính chuyên nghiệp của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam hiện nay	PHAN THANH HÀ	11	20
15.	Chế định nguyên thủ quốc gia qua các bản Hiến pháp Việt Nam dưới góc nhìn tham chiếu	THÁI VĨNH THẮNG	12	3

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
IV	<i>Luật Hành chính</i>			
16.	Hình thức xử phạt trực xuất trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012	CAO VŨ MINH	1	3
17.	Thời hạn thanh tra theo Luật Thanh tra năm 2010	VÕ TẤN ĐÀO HỒ QUANG CHÁNH	2	10
18.	Những hạn chế của Luật Thanh tra năm 2010 và phương hướng hoàn thiện	CAO VŨ MINH	3	14
19.	Quyền tiếp cận công lý trong hoạt động công vụ ở Việt Nam	NGUYỄN MINH PHƯƠNG VŨ THỊ THU HẰNG	5	25
20.	Hoàn thiện pháp luật xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực đưa người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng	NGUYỄN NHẬT KHANH NGUYỄN THỊ KIM DUYỄN	5	31
21.	Hoàn thiện pháp luật quản lý cư trú đối với người nước ngoài trên lãnh thổ Việt Nam	CAO VŨ MINH	6	22
22.	Một số vướng mắc, bất cập trong quy trình xây dựng, ban hành nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ	NGUYỄN PHƯỚC THỌ	8	3
23.	Hoàn thiện các quy định về rút khiếu nại và khiếu nại lại trong Luật Khiếu nại năm 2011	VÕ TẤN ĐÀO	8	10
24.	Thẩm quyền của thanh tra trong phát hiện và xử lý vi phạm pháp luật – Một số khó khăn, vướng mắc và kiến nghị	NGUYỄN TUẤN KHANH	9	3
25.	Hoàn thiện các quy định của pháp luật về thi hành án hành chính	LÊ VIỆT SƠN	9	11
26.	Sự chồng chéo giữa biện pháp khắc phục hậu quả với các hình thức xử phạt trong pháp luật về xử phạt vi phạm hành chính	CAO VŨ MINH	10	38
27.	Bất cập và hướng hoàn thiện quy định của Luật Khiếu nại năm 2011	CHÂU HOÀNG THÂN	11	34
28.	Xử lý kết quả đối thoại trong tổ tụng hành chính	NGUYỄN HOÀNG YẾN	12	9
V	<i>Luật Hình sự</i>			
29.	Về quyết định hình phạt dưới mức thấp nhất của khung hình phạt được áp dụng theo quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)	MAI THỊ THÚY	1	10
30.	Điểm mới và một số bất cập của các tội phạm về hối lộ trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)	NGUYỄN VĂN HƯƠNG	1	15
31.	Những điểm mới trong quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về các hình phạt đối với người phạm tội	MAI THỊ THÚY	4	3

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
32.	Thẩm phán không chuyên trong phiên tòa hình sự: Mô hình của Hoa Kỳ, Nhật Bản và kinh nghiệm cho Việt Nam	VÕ MINH KỶ NGUYỄN PHƯƠNG ANH	6	30
33.	Hình phạt trục xuất trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017): Một số bất cập và kiến nghị hoàn thiện	NGUYỄN NHẬT KHANH NGUYỄN PHƯƠNG THẢO TRẦN VĂN THƯỢNG	8	19
VI	<i>Luật Tố tụng hình sự</i>			
34.	Một số nguyên tắc đánh giá chứng cứ trong tố tụng tranh tụng và kiến nghị cho Việt Nam	VÕ MINH KỶ	3	22
35.	Quyền có người bào chữa và quyền im lặng trong phiên tòa tranh tụng	VÕ MINH KỶ VÕ HỒNG PHƯỢNG	4	9
36.	Điều tra vụ án hình sự đối với người chưa thành niên bị buộc tội theo pháp luật Thái Lan và kinh nghiệm cho Việt Nam	NGUYỄN PHƯƠNG THẢO	5	36
37.	Hoàn thiện quy định của Luật Thi hành án hình sự năm 2010 về tiếp nhận, chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù	LÊ ĐỨC PHƯƠNG	9	19
38.	Thủ tục tố tụng đối với pháp nhân thương mại tại giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015	PHÍ THÀNH CHUNG	10	48
39.	Biện pháp cấm đi khỏi nơi cư trú theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015	ĐÌNH HOÀNG QUANG	12	18
VII	<i>Luật Dân sự</i>			
40.	Bình luận về chế định giải thích hợp đồng trong Bộ luật Dân sự năm 2015	HÀ THỊ THÚY	1	23
41.	Bảo lưu quyền sở hữu và hiệu lực đối kháng với người thứ ba	DƯƠNG ANH SƠN	2	19
42.	Quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự năm 2015	NGUYỄN MINH OANH CHU THỊ LAM GIANG	6	39
43.	Công nhận giao dịch dân sự không tuân thủ quy định về hình thức	LÝ VĂN TOÁN NGUYỄN THỊ KIM LAN	7	12
44.	Một số bình luận về Điều 420 Bộ luật Dân sự năm 2015: Thực hiện hợp đồng khi hoàn cảnh thay đổi cơ bản	ĐÀM THỊ DIỄM HẠNH LÊ THỊ KIM OANH	7	19
45.	Bình luận quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về hợp đồng tặng cho tài sản	VŨ THỊ HỒNG YẾN	9	36

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
VIII	<i>Luật Tổ tụng dân sự</i>			
46.	Một số vấn đề về bảo đảm thực thi thỏa thuận hòa giải	NGÔ THU TRANG NGUYỄN THẾ ĐỨC TÂM	1	32
47.	Kiện tập thể trong giải quyết tranh chấp tiêu dùng ở một số nước ASEAN và những gợi ý cho Việt Nam	PHAN THỊ THANH THỦY	1	40
48.	Những vụ án dân sự không tiến hành hòa giải được: Thực tiễn áp dụng và kiến nghị hoàn thiện pháp luật	LÝ VĂN TOÁN	3	30
49.	Sự tương thích giữa các nguyên tắc cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2015 và Bộ luật Tổ tụng Dân sự năm 2015	TRẦN PHƯƠNG THẢO	4	15
IX	<i>Luật Hôn nhân và gia đình</i>			
50.	Hoàn thiện pháp luật về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo dưới góc độ bảo vệ quyền trẻ em	NGUYỄN THỊ LÊ HUYỀN	9	44
X	<i>Luật Sở hữu trí tuệ</i>			
51.	Hoàn thiện pháp luật bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ ở Việt Nam hiện nay	ĐỖ THỊ MINH THỦY	1	50
52.	Trách nhiệm của các nhà cung cấp dịch vụ internet trong thực thi quyền tác giả trên môi trường mạng trực tuyến và đề xuất cho Việt Nam	NGUYỄN THỊ LÂM NGHI	2	26
XI	<i>Luật Kinh tế</i>			
53.	Giám sát doanh nghiệp xã hội theo pháp luật Vương quốc Anh và một số đề xuất cho Việt Nam	CHU THỊ THANH AN PHẠM THỊ HIỀN	2	39
54.	Khái niệm và bản chất pháp lý của công ty hợp vốn đơn giản	NGUYỄN VINH HƯNG	2	49
55.	Một số nội dung nổi bật trong Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa	ĐẶNG MINH PHƯƠNG LÃ MINH TRANG	3	37
56.	Trách nhiệm của công ty mẹ đối với các nghĩa vụ của công ty con – cách tiếp cận của pháp luật Nhật Bản	NGUYỄN THỊ PHƯƠNG HÀ	3	45
57.	Pháp luật về nghĩa vụ công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước	TÔ HỒNG DUNG	4	21
58.	Bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo Công ước Viên 1980	NGUYỄN THẾ ĐỨC TÂM PHẠM ÁNH DƯƠNG	4	27
59.	Bàn về chủ thể thực hiện giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần	NGUYỄN TRUNG DƯƠNG NGÔ THỊ KIM HOÀNG	6	46
60.	Pháp luật về hòa giải thương mại của Cộng hòa Liên bang Đức và một số gợi mở cho Việt Nam	LÊ HƯƠNG GIANG	7	24
61.	Bảo vệ cổ đông thiểu số thông qua kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan	ĐẶNG HOA TRANG DANH PHẠM MỸ DUYỀN	8	28

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
62.	Mâu thuẫn giữa Luật Xây dựng và Luật Đấu thầu trong các quy định về đầu tư xây dựng cơ bản bằng nguồn vốn nhà nước: Nhận diện và giải pháp	TRẦN VŨ HẢI NGUYỄN NGỌC YẾN	8	37
63.	Hoàn thiện quy định về chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp trong công ty cổ phần và công ty trách nhiệm hữu hạn hai thành viên trở lên	LƯU THỊ TUYẾT	9	51
64.	Nhận diện điều kiện kinh doanh ở Việt Nam hiện nay và một số khuyến nghị	NGUYỄN THU DUNG	10	54
65.	Pháp luật về gia nhập thị trường ở Việt Nam hiện nay	PHẠM HỮU NGHỊ NGUYỄN THU DUNG	11	43
66.	Pháp luật về vị trí, vai trò và cơ cấu tổ chức của Hội đồng quản trị trong công ty cổ phần	CAO THANH HUYỀN	11	52
67.	Hiệu quả pháp luật doanh nghiệp	NGUYỄN NHƯ PHÁT	12	26
68.	Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp: Thực trạng pháp luật và hướng hoàn thiện	PHAN THÀNH NHÂN ĐỖ THỊ NHUNG	12	36
69.	Rào cản pháp lý trong huy động, tiếp cận nguồn lực về vốn của doanh nghiệp khởi nghiệp	PHẠM THỊ GIANG THU	12	46
XII	<i>Luật Ngân hàng</i>			
70.	Giao dịch tư lợi trong ngân hàng thương mại cổ phần	NGUYỄN THỊ THƯƠNG	7	34
71.	Cơ sở cho việc hoán đổi nợ xấu của ngân hàng thương mại thành vốn góp doanh nghiệp để xử lý nợ xấu	NGUYỄN HẢI YẾN NGUYỄN MINH HẰNG	7	43
XIII	<i>Luật Tài chính</i>			
72.	Quyền được hưởng chế độ ưu đãi và miễn, giảm của người nộp thuế theo quy định của pháp luật Việt Nam	NGUYỄN TRUNG DƯƠNG	5	44
XIV	<i>Luật Lao động</i>			
73.	Góp ý Dự thảo Bộ luật Lao động (sửa đổi) về giải quyết tranh chấp lao động bằng Hội đồng trọng tài lao động	NGUYỄN TRẦN BẢO UYÊN TÔ HỒNG DUNG	1	60
74.	Thực trạng thực hiện quy định của Bộ luật Lao động năm 2012 về hợp đồng lao động và một số kiến nghị sửa đổi	ĐOÀN XUÂN TRƯỜNG	3	53
75.	Chết do làm việc quá sức (karōshi) ở Nhật Bản: Những vấn đề pháp lý và liên hệ với Việt Nam	PHAN VŨ	4	35
76.	Quyền làm việc và điều khoản không cạnh tranh/bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ trong hợp đồng lao động theo pháp luật Pháp – Gợi mở cho Việt Nam	NGUYỄN VÕ LINH GIANG	8	46
77.	Bảo vệ lao động nữ nhằm mục tiêu bình đẳng giới trong pháp luật lao động Việt Nam	LÊ THỊ HOÀI THU	12	59

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
XV	<i>Luật An sinh xã hội</i>			
78.	Một số bất cập trong các quy định về chương trình hưu trí bổ sung tự nguyện	PHẠM THỊ THI	10	63
XVI	<i>Luật Đất đai</i>			
79.	Xác định giá trị bồi thường đối với nhà, công trình xây dựng khi Nhà nước thu hồi đất	TRẦN VANG PHỦ	2	56
80.	Hộ gia đình sử dụng đất theo Luật Đất đai năm 2013	NGÔ GIA HOÀNG	4	46
81.	Thực trạng pháp luật về thẩm định phương án giá đất cụ thể	CHÂU HOÀNG THÂN	5	51
82.	Thực trạng pháp luật đất đai tại Việt Nam hiện nay dưới góc nhìn tham chiếu với Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương	NGUYỄN QUANG TUYẾN TRẦN TUẤN SƠN	8	54
83.	Công khai thông tin trong xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất	CHÂU HOÀNG THÂN	9	56
84.	Bất cập trong các quy định về chủ thể sử dụng đất của Luật Đất đai năm 2013	NGUYỄN THỊ NGÀ	12	68
XVII	<i>Luật Môi trường</i>			
85.	Bất cập trong các quy định về phương thức tính phí bảo vệ môi trường đối với nước thải công nghiệp	LÊ THỊ THU HẰNG	4	54
86.	Vấn đề bảo vệ môi trường trong Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP)	LÊ HỒNG HẠNH	5	58
XVIII	<i>Luật Quốc tế</i>			
87.	Khái niệm “hợp tác cùng phát triển trên biển”	NGUYỄN HỒNG THAO	1	70
88.	Phân định biển và hợp tác cùng phát triển: Cơ sở pháp lý, mối quan hệ và liên hệ thực tiễn Việt Nam	TRẦN HỮU DUY MINH	2	62
89.	Bồi thường thiệt hại phát sinh trong tương lai theo quy định của Công ước Viên 1980	TRẦN VIỆT DŨNG PHẠM THỊ HIỀN	2	69
90.	Những vấn đề lý luận cơ bản về nhận trở lại công dân trong Luật quốc tế và pháp luật Việt Nam	NGÔ HỮU PHƯỚC	3	62
91.	Vùng nhận diện phòng không và thực tiễn thiết lập của Hàn Quốc	TRẦN THỊ THU THỦY	6	54
92.	Pháp luật về các phương thức tổng đạt giấy tờ ra nước ngoài	NGÔ THỊ NGỌC ÁNH NGUYỄN HỒNG BẮC	6	64

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
93.	Thẩm quyền tư vấn pháp luật của Tòa án công lý quốc tế	NGÔ HỮU PHƯỚC	7	52
94.	Đánh bắt cá bất hợp pháp, không báo cáo, không tuân thủ quy định và biện pháp hạn chế thương mại của Liên minh châu Âu	NGUYỄN THỊ HỒNG YẾN MAI NGÂN HÀ	7	62
95.	Nội luật hóa các cam kết của Việt Nam theo Tổ chức Thương mại thế giới và các hiệp định thương mại tự do về một số dịch vụ chuyên môn	NGUYỄN NGỌC HÀ	9	64
96.	Hạn chế quyền con người theo các điều ước quốc tế về nhân quyền	LÊ MAI THANH	10	69
97.	Giải thích điều ước quốc tế theo quy định của Công ước Viên năm 1969 và pháp luật Việt Nam	TRẦN HỮU DUY MINH	10	77
98.	Bảo hộ công dân Việt Nam đồng thời có quốc tịch nước ngoài	NGUYỄN THỊ KIM NGÂN	11	62
99.	Bài học kinh nghiệm từ vụ khởi kiện Indonesia áp dụng biện pháp tự vệ đối với tôn lạnh nhập khẩu từ Việt Nam	NGUYỄN NGỌC HÀ	11	73
XIX	<i>Tư pháp quốc tế</i>			
100.	Vấn đề dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba trong tư pháp quốc tế	LÝ VĂN ANH	4	70
XX	<i>Luật Thương mại quốc tế</i>			
101.	Quyền phản tố của Nhà nước trong giải quyết tranh chấp với nhà đầu tư nước ngoài tại trọng tài quốc tế	ĐÀO KIM ANH	8	72
XXI	<i>Nhà nước và pháp luật nước ngoài</i>			
102.	Chính sách và pháp luật về tiền ảo của Singapore – Kinh nghiệm cho Việt Nam	NGUYỄN MINH OANH HÀ CÔNG ANH BẢO	1	77
103.	Chính sách, pháp luật về tiền ảo của Thái Lan và kinh nghiệm cho Việt Nam	NGUYỄN MINH OANH HÀ CÔNG ANH BẢO	3	72
104.	Hệ thống Ủy ban giám sát trong Hiến pháp Trung Quốc sửa đổi năm 2018	ĐẬU CÔNG HIỆP	7	73
105.	Quản trị địa phương ở một số quốc gia châu Âu: Góc nhìn lịch sử, lý luận và tham chiếu với Việt Nam	ĐÀO BẢO NGỌC	7	78
106.	Pháp luật Thái Lan về tổ chức xã hội và vai trò của tổ chức xã hội trong quản lý nhà nước – Một số kinh nghiệm cho Việt Nam	BÙI THỊ HƯỜNG TRẦN THỊ LOAN	9	75

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
XXII	Quyền con người			
107.	Giới hạn quyền con người trong Công ước Nhân quyền châu Âu và gợi mở cho Việt Nam	NGUYỄN TIỀN ĐỨC	4	60
108.	Quyền được sử dụng thực phẩm an toàn theo pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam	VŨ CÔNG GIAO NGUYỄN ĐÌNH ĐỨC	6	74
109.	Nguyên tắc “Biên độ đánh giá” đối với các quốc gia trong án lệ của Tòa án Nhân quyền châu Âu	NGUYỄN LINH GIANG	12	76
XXIII	Thông tin khoa học pháp lý			
110.	Phương pháp so sánh trong nghiên cứu pháp luật nước ngoài	ĐINH NGỌC THẮNG	3	78
111.	Phán quyết của Tòa Công lý châu Âu về dịch vụ Uber: Liên hệ với Việt Nam	DƯ NGỌC BÍCH	4	77
XXIV	Góp ý dự thảo văn bản quy phạm pháp luật			
112.	Góp ý dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi) về chính sách khoan hồng	VÕ NGỌC DUY TÔ HỒNG DUNG	5	67
113.	Góp ý hoàn thiện các quy định về hành vi lạm dụng vị trí thống lĩnh thị trường, lạm dụng vị trí độc quyền trong dự thảo Luật Cạnh tranh (sửa đổi)	VÕ THỊ THANH LINH	5	78
114.	Một số ý kiến góp ý cho dự thảo Nghị định về họ, họ, biếu, phườ	TRẦN VĂN BIÊN	8	63
115.	Góp ý Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thi hành án Hình sự về thi hành án tử hình	LÊ HUỖNH TUẤN DUY	9	30