

THÔNG RA MỘT KỶ

2(358)

2018

NUM TH 47

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TR VN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. O TR C
PGS.TS. B XUÂN C
PGS.TS. PH H H H H H
PGS.TS. TR N NH H O
PGS.TS. HÀ TH MAI HI N
PGS.TS. PH M H O NGH O
PGS.TS. NGUYỄN NH O PH T
PGS.TS. L MINH TH NG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T N
GS.TS. V KH NH VINH
PGS.TS. INH NG C V NG

*Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội*

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

**Giấy phép ho ng
b ch s 121/GP-
BT TT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy lợi

Gi 20.000

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ PHÍ THÀNH CHUNG: Nhiệm vụ bảo vệ công lý và trách nhiệm chứng minh của tòa án trong hoạt động tố tụng 3

❖ VÕ TẤN ĐÀO – HỒ QUANG CHÁNH: Thời hạn thanh tra theo Luật Thanh tra năm 2010 10

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ

❖ DƯƠNG ANH SƠN: Bảo lưu quyền sở hữu và hiệu lực đối kháng với người thứ ba 19

❖ NGUYỄN THỊ LÂM NGHI: 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 26

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI

❖ CHU THỊ THANH AN – PHẠM THỊ HIỀN: Giám sát doanh nghiệp xã hội theo pháp luật Vương quốc Anh và một số đề xuất cho Việt Nam 39

❖ NGUYỄN VINH HÙNG: Khái niệm và bản chất pháp lý của công ty hợp vốn đơn giản 49

❖ TRẦN VANG PHỦ: Xác định giá trị bồi thường đối với nhà, công trình xây dựng khi Nhà nước thu hồi đất 56

LUẬT QUỐC TẾ

❖ TRẦN HỮU DUY MINH: Phân định biên và hợp tác cùng phát triển: Cơ sở pháp lý, mối quan hệ và liên hệ thực tiễn Việt Nam 62

❖ TRẦN VIỆT DŨNG – PHẠM THỊ HIỀN: Bồi thường thiệt hại phát sinh trong tương lai theo quy định của Công ước Viên 1980 69

LỊCH SỬ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

❖ PHẠM THỊ THU HIỀN: Đạo đức công vụ của quan lại dưới triều Vua Minh Mệnh và một số giá trị kế thừa 77

MONTHLY ISSUE

2(358)

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

Office of the Editorial Board:

*27 Tran Xuan Soan
Ha Noi*

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

❖ PHI THANH CHUNG: The Protection of Justice and Burden of Proof by Courts in Proceedings 3

❖ VO TAN DAO – HO QUANG CHANH: Inspection Time Period under the Law on Inspection of 2010 10

CIVIL LAW, INTELLECTUAL PROPERTY LAW

❖ DUONG ANH SON: Reservation of Ownership and Its Legal Effect against the Third Party 19

❖ NGUYEN THI LAM NGHI: Responsibility of Internet Service Providers for Copyright Enforcement in Online Environment and Recommendation for Vietnam 26

ECONOMIC LAW, LAND LAW

❖ CHU THI THANH AN – PHAM THI HIEN: Oversight of Social Enterprises under British Law and Implications for Vietnam 39

❖ NGUYEN VINH HUNG: The Concept and Legal Nature of a Limited Partnership 49

❖ TRAN VANG PHU: Determining Compensation for Housing and Construction Work Upon State's Taking Back Relevant Land 56

INTERNATIONAL LAW

❖ TRAN HUU DUY MINH: Maritime Boundary Delimitation and Joint Development Cooperation: Legal Grounds, Relation and Vietnamese Practice 62

❖ TRAN VIET DUNG – PHAM THI HIEN: Recovery of Future Loss under the CISG 69

STATE AND LAW HISTORY

❖ PHAM THI THU HIEN: Ethics and Morality in Civil Service by Mandarins under Minh Menh Dynasty and Inherited Value 77

NHIỆM VỤ BẢO VỆ CÔNG LÝ VÀ TRÁCH NHIỆM CHỨNG MINH CỦA TÒA ÁN TRONG HOẠT ĐỘNG TỔ TỤNG

*Phí Thành Chung**

Tóm tắt: Hiến pháp 2013 lần đầu tiên quy định nhiệm vụ bảo vệ công lý của Tòa án. Tòa án, với tư cách là cơ quan tư pháp, có nhiệm vụ phải bảo vệ công lý thông qua việc thực hiện các thủ tục tố tụng và thực hiện hoạt động chứng minh. Bài viết nghiên cứu làm rõ trách nhiệm chứng minh của Tòa án để thực hiện nhiệm vụ bảo vệ công lý trong các hoạt động tố tụng.

Abstract: The Constitution of 2013 stipulates for the first time the responsibility of courts in the protection of justice. Courts as judicial agencies protect justice through conducting proceedings and burden of proof. This paper clarifies burden of proof by courts to protect justice in proceedings.

1. Công lý và nhiệm vụ bảo vệ công lý của tòa án

- Nhận thức về công lý:

Công lý là một phạm trù xuất hiện trong triết học cổ đại, có nội hàm ngày càng mở rộng cùng với sự phát triển của đời sống chính trị - xã hội. Công lý chỉ được đặt ra trong mối quan hệ tương tác giữa các chủ thể trong xã hội. Công lý sơ khai thể hiện bằng sự trả thù cá nhân, “mắt đền mắt, răng đền răng”, sau được phát triển thay báo thù, dĩ oán báo oán bằng phạt vạ, bồi thường nhưng vẫn mang tính cá nhân, tiếp đến là sự thẩm định, đánh giá xét xử của Tòa án – chủ thể trung gian, để giải quyết các xung đột trong xã hội.

Theo quan điểm triết học, công lý được bắt nguồn từ trật tự xã hội, một xã hội ổn định, có trật tự sẽ thúc đẩy sự phát triển của công lý và ngược lại, một nền công lý mạnh mẽ sẽ thúc đẩy một xã hội trật tự, ổn định¹. Platon cho rằng, công lý chỉ có khi mỗi cá nhân làm đúng bổn phận và trách nhiệm của

mình, cống hiến tài năng và sức lực của mình cho lợi ích xã hội². Còn theo Aristotle, công lý cốt ở việc đối xử bình đẳng với những người ngang nhau và bất bình đẳng với những người không ngang hàng, tương xứng với sự khác nhau về địa vị của họ³. Triết gia La Mã nhận định, công lý được xem là yêu cầu bắt buộc trao cho con người những quyền của họ. Pháp luật là tổng hợp các quyền cá nhân. Công lý là một nội dung và là khía cạnh của xã hội⁴.

Trong xã hội hiện đại, công lý hướng tới vấn đề tạo ra sự công bằng trong phân phối các giá trị thụ hưởng và trách nhiệm, giữa quyền lợi và nghĩa vụ⁵. Thủ tục tố tụng

* Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

¹ Will Durant: Câu chuyện triết học, <http://www.rosenfels.org/Durant.pdf>, tr. 24-26.

² Hoàng Thị Kim Quế, Nguyễn Đăng Dung, *Lịch sử tư tưởng chính trị - pháp lý*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2016, tr. 114.

³ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp* (Phạm Kiều Tùng dịch), Nxb. Tri thức, năm 2011, tr. 112.

⁴ Xem: ThS. Nguyễn Xuân Tùng, *Về khái niệm “công lý” trong chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 tại Việt Nam*, <http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1546>, truy cập ngày 5/8/2017.

⁵ Xem: Raymond Wacks, *Triết học luật pháp* (Phạm Kiều Tùng dịch), Nxb. Tri thức, năm 2011, tr. 115.

tư pháp là cơ chế hữu hiệu, công cụ đắc lực để đạt tới công lý.

Từ góc độ ngôn ngữ học, công lý là đạo lý rất công bằng, không chệch lệch thiên tư về mặt nào⁶; công lý là lẽ phải dùng chung cho tất cả mọi người hoặc lẽ đúng đã được mọi người nhìn nhận mà không cần phải chứng minh⁷; công lý là lẽ phải được xã hội thừa nhận, phù hợp với đạo lý và lợi ích chung của xã hội⁸; hay, công lý là sự nhận biết đúng đắn và tôn trọng lẽ phải các quyền lợi chính đáng của mọi người⁹.

Như vậy, theo nghĩa chung nhất, công lý chính là lẽ phải, lương tri, lẽ công bằng và những giá trị xã hội phù hợp với lợi ích chung, được xã hội và pháp luật thừa nhận.

- Công lý và pháp luật:

Công lý và pháp luật không hoàn toàn đồng nhất với nhau, nhưng có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Pháp luật phải hướng tới công lý, thúc đẩy và bảo vệ công lý. Công lý không có sự bảo vệ của pháp luật sẽ bị yếu đuối, mờ nhạt. Pháp luật không dựa trên các giá trị của công lý sẽ trở nên hà khắc, tàn bạo. Pháp luật phải phản ánh được cơ bản nhu cầu, lợi ích của xã hội, thể chế hóa những giá trị tiến bộ của lẽ phải, lương tri, công bằng. Đồng thời, pháp luật phải được áp dụng đúng đắn thì công lý mới được đảm bảo. Áp dụng pháp luật đạt tới công lý thì phán quyết sẽ được “tâm phục, khẩu phục”. Công lý chính là sự hài hòa giữa tính hợp tình và hợp lý của pháp luật.

⁶ Đào Duy Anh, *Hán Việt Từ điển*, Nxb. Trường Thi, 1957, tr.119.

⁷ Ban Tu Thư Khai Trí, *Từ điển Việt Nam*, 1971, tr.145.

⁸ Nguyễn Như Ý (chủ biên), *Đại từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Văn hóa thông tin, tr. 456.

⁹ Nguyễn Văn Đạm, *Từ điển tường giải và liên tưởng Tiếng Việt*, Nxb. Văn hóa thông tin, 1999, tr. 182.

- Tòa án nhân dân và nhiệm vụ bảo vệ công lý:

Trong cơ chế thực thi quyền lực, tòa án là chủ thể quyền tư pháp, do đó, tòa án có nhiệm vụ bảo vệ công lý. Đây cũng là nội dung đã được hiến định tại Điều 102 Hiến pháp 2013: “Tòa án có nhiệm vụ bảo vệ công lý, bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ chế độ xã hội chủ nghĩa, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân”.

Quy định này khẳng định một số nội dung quan trọng: i) Nhiệm vụ bảo vệ công lý là nhiệm vụ hàng đầu của tòa án nhân dân các cấp trong quá trình tổ chức và hoạt động. ii) Bảo vệ công lý chứ không phải bảo vệ pháp luật, do đó, tòa án được chủ động, không thuần túy áp dụng pháp luật thực định để bảo đảm và bảo vệ quyền cơ bản của công dân như những quan niệm trước đây. Trong những lĩnh vực chưa có quy định pháp luật, tòa án có thể áp dụng tập quán, án lệ, lẽ công bằng để xét xử, không được từ chối yêu cầu giải quyết vụ, việc dân sự vì chưa có điều luật áp dụng. iii) Tòa án trở thành biểu tượng của công lý, lẽ phải, niềm tin của nhân dân, là công cụ đắc lực, tin cậy để người dân chủ động bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình trước các hành vi vi phạm, đặc biệt là các hành vi vi phạm từ phía cơ quan công quyền và công chức nhà nước. Đây chính là điểm khác biệt cơ bản nhất giữa cơ quan xét xử thuần túy và cơ quan bảo vệ công lý.

Thực hiện nhiệm vụ bảo vệ công lý, thông qua hoạt động tố tụng và chứng minh, tòa án có trách nhiệm “tìm kiếm” lẽ phải, lương tri, lẽ công bằng và những giá trị xã hội được thừa nhận, để từ đó phân định đúng sai, nhân danh nhà nước đưa ra các phán quyết thực thi công lý. Để đạt được điều đó, trước hết, tòa án và các chủ thể

khác phải cùng hướng tới việc tìm ra sự thật của vụ việc, với ý nghĩa là một trong những thành tố cơ bản của công lý. Trong quá trình này, trách nhiệm chứng minh của tòa án, các chủ thể tiến hành tố tụng, tham gia tố tụng ở các loại hình tố tụng khác nhau (hình sự, dân sự, hành chính) là không giống nhau. Tố tụng hình sự luôn đặt nặng trách nhiệm chứng minh của các cơ quan tiến hành tố tụng, còn tố tụng dân sự đề cao vai trò chứng minh của người tham gia tố tụng, tòa án chỉ là chủ thể hỗ trợ quá trình chứng minh. Trong tố tụng hành chính, tòa án là chủ thể chứng minh tích cực để không chỉ tìm ra sự thật khách quan của vụ án, mà còn để xác định tính phù hợp hay không phù hợp của việc áp dụng các quy phạm pháp luật nhằm giải quyết vụ việc.

Những phân tích sau đây sẽ góp phần làm sáng tỏ các lập luận trên về nhiệm vụ bảo vệ công lý và trách nhiệm chứng minh của tòa án trong các loại hình tố tụng.

2. Thực hiện nhiệm vụ bảo vệ công lý và trách nhiệm chứng minh của tòa án trong tố tụng hình sự

Một trong những chức năng của tố tụng hình sự là chứng minh tội phạm và quá trình thu thập, đánh giá chứng cứ trong tố tụng hình sự thực chất là quá trình chứng minh tội phạm thông qua việc tìm kiếm chứng cứ để xác định sự thật khách quan của vụ án hình sự đã xảy ra.

Chủ thể có nghĩa vụ xác định sự thật khách quan của vụ án là các cơ quan tiến hành tố tụng bởi vì trách nhiệm chứng minh tội phạm là trách nhiệm của nhà nước. Nhà nước với tư cách là một tổ chức quyền lực công cộng, tồn tại bằng tiền thuế của người dân phải có nghĩa vụ bảo vệ xã hội trước sự xâm hại của tội phạm. Người bị buộc tội có quyền, nhưng không buộc phải chứng minh là mình vô tội. Bởi vì không thể buộc người

đang được coi là vô tội chứng minh mình vô tội. Sự thật khách quan này cũng chính là thực tế của vụ án, là cái mà sự việc đã diễn ra, không phải là sự áp đặt ý chí của chủ thể tiến hành tố tụng. Cơ quan tiến hành tố tụng không thể buộc tội một người mà không khẳng định được người đó đã thực hiện một tội phạm, cũng không thể áp dụng hình phạt với họ nếu không xác định được họ đã thực hiện tội phạm như thế nào. Do đó, nếu không xác định được sự thật khách quan thì mọi nghi ngờ phải được giải thích và áp dụng theo hướng có lợi cho người bị buộc tội. Nếu có nghi ngờ về lỗi của bị cáo, mà không có chứng cứ để chứng minh thì phải tuyên bị cáo vô tội.

Tuy nhiên, tùy thuộc vào chức năng, nhiệm vụ, mỗi cơ quan tiến hành tố tụng có phạm vi về trách nhiệm chứng minh tội phạm khác nhau. Đối với tòa án, thể hiện ở các điểm sau đây:

- Tòa án phải tìm ra sự thật khách quan – công lý của vụ án.

“Sự thật khách quan là những sự việc cụ thể diễn ra trên thực tế khi xảy ra vụ án. Những sự việc này có nguyên nhân, điều kiện và quan hệ nhân quả vừa tồn tại độc lập, vừa có mối quan hệ logic chặt chẽ với nhau, có người thực hiện tội phạm, nạn nhân và những đối tượng, nhân chứng, vật chứng có liên quan”¹⁰. Sự thật khách quan của vụ án hình sự không chỉ bao hàm những yếu tố, hành vi, mà còn cả những yếu tố chi phối những hành vi, những tình tiết đó. Nội dung của sự thật khách quan bao gồm các yếu tố: i) Sự việc phạm tội xảy ra (sự việc phạm tội trước hết xét dưới góc độ hành vi phạm tội, nếu không có hành vi phạm tội xảy ra thì không có tội phạm); ii) Người

¹⁰ Viện Khoa học pháp lý, *Từ điển Luật học*, Nxb. Tư pháp và Nxb. Từ điển Bách khoa, năm 2006, tr. 680.

phạm tội được xem xét dưới góc độ chủ thể và nhân thân, lỗi, động cơ, mục đích phạm tội của họ; iii) Thủ đoạn gây án và che giấu tội phạm; iv) Thời gian, địa điểm và các tình tiết khác có liên quan đến điều kiện, hoàn cảnh tội phạm xảy ra; v) Mối liên hệ giữa hành vi với hậu quả xảy ra, giữa hành vi với các điều kiện hoàn cảnh, giữa chủ thể của tội phạm với đối tượng bị xâm hại¹¹.

Nghĩa vụ xác định sự thật của tòa án tùy thuộc vào mục đích của tố tụng hình sự và mô hình tố tụng hình sự tương ứng. Trong mô hình tố tụng hình sự thẩm vấn, mục đích xác định sự thật khách quan, phát hiện tội phạm luôn là nhiệm vụ quan trọng nhất. Chính vì vậy, toàn bộ thiết chế tố tụng hình sự phải thực hiện nhiệm vụ này, trong đó có tòa án. Tòa án có nhiệm vụ xác định sự thật khách quan. Trong mô hình tố tụng hình sự tranh tụng, mục đích cũng là tìm kiếm sự thật nhưng nhấn mạnh đến sự thật pháp lý. Sự thật pháp lý là sự thật được xác định trong hồ sơ vụ án, theo nguyên tắc “cái gì không có trong hồ sơ là cái không tồn tại”. Trong tố tụng tranh tụng, tòa án là bên thứ ba, trọng tài để phán quyết chứ không có nghĩa vụ phải chứng minh.

Tố tụng hình sự Việt Nam là tố tụng hình sự thẩm vấn, đây cũng là cơ sở để tòa án thực hiện nhiệm vụ bảo vệ công lý, có nghĩa vụ tìm ra sự thật khách quan của vụ án. Điều 10 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2003 và Điều 15 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 đều quy định, trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng (bao gồm tòa án). Trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải áp

dụng các biện pháp hợp pháp để xác định sự thật của vụ án một cách khách quan, toàn diện và đầy đủ, làm rõ chứng cứ xác định có tội và chứng cứ xác định vô tội, tình tiết tăng nặng và tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của người bị buộc tội.

Theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015, nhiệm vụ, biện pháp tòa án xác định sự thật khách quan của vụ án được thực hiện trong giai đoạn xét xử:

Khi nghiên cứu hồ sơ chuẩn bị xét xử, thẩm phán chủ tọa phiên tòa phải chuẩn bị những điều kiện cần thiết để đưa vụ án ra xét xử theo đúng thời hạn quy định. Thẩm phán nghiên cứu nội dung các tài liệu và kiểm tra tính hợp pháp của các tài liệu. Tòa án quyết định trả hồ sơ điều tra bổ sung khi thiếu chứng cứ dùng để chứng minh sự thật của vụ án (Điều 85, 280) hoặc yêu cầu viện kiểm sát bổ sung tài liệu, chứng cứ cần thiết để xác định sự thật của vụ án mà không cần phải trả hồ sơ để điều tra bổ sung (Điều 284). Đặc biệt, tòa án trực tiếp xác minh, thu thập, bổ sung chứng cứ để xác định sự thật của vụ án (Điều 252).

Trong quá trình xét xử tại phiên tòa, tòa án phải đảm bảo quyền bào chữa và nguyên tắc tranh tụng nhằm xác định sự thật của vụ án. Đảm bảo quyền bào chữa để bị cáo chứng minh sự vô tội, tránh xu hướng buộc tội một chiều, và thông qua tranh tụng bình đẳng, công khai giữa bên buộc tội và bên gỡ tội tòa án mới có cơ sở để đánh giá, xác định chính xác, có căn cứ sự thật khách quan của vụ án. Đối với thủ tục hỏi tại phiên tòa, hội đồng xét xử phải đảm bảo tính toàn diện, không được bỏ qua bất cứ tình tiết nào của vụ án để mọi tình tiết chứng cứ phải được xem xét, đánh giá, tranh luận công khai tại phiên tòa.

Khi nghị án, hội đồng xét xử phải giải quyết tất cả các vấn đề của vụ án, chỉ căn cứ

¹¹ Đinh Thế Hùng (2017), *Nguyên tắc xác định sự thật của vụ án trong tố tụng hình sự Việt Nam*, Luận án tiến sĩ, Học viện Khoa học xã hội Việt Nam, tr. 24-25.

vào các chứng cứ, tài liệu đã được thẩm tra tại phiên tòa, trên cơ sở xem xét đầy đủ, toàn diện ý kiến của kiểm sát viên, người tham gia tố tụng để quyết định các vấn đề của vụ án. Nếu sự thật khách quan chưa được làm sáng tỏ, hội đồng xét xử quyết định trở lại phần xét hỏi, tranh luận. Nếu có vấn đề của vụ án chưa được làm rõ và không thể làm rõ tại phiên tòa thì hội đồng xét xử quyết định trả lại hồ sơ để điều tra bổ sung.

Trong giai đoạn xét xử phúc thẩm, giám đốc thẩm, tái thẩm, tòa án tiếp tục thực hiện nhiệm vụ xác định sự thật của vụ án thông qua việc xét xử lại vụ án, xem xét lại bản án, quyết định. Việc xét xử phúc thẩm là nhằm phát hiện, sửa chữa kịp thời các sai lầm của tòa án sơ thẩm nếu có. Trong giai đoạn xét xử phúc thẩm, viện kiểm sát, người tham gia tố tụng có quyền bổ sung chứng cứ, tài liệu, đồ vật (Điều 353) nhằm đảm bảo cho việc xét xử được khách quan, đầy đủ, toàn diện. Khi bản án đã có hiệu lực pháp luật, để khắc phục những vi phạm trong quá trình giải quyết vụ án hoặc khi xuất hiện những tình tiết mới khiến cho bản án không chính xác, không hợp pháp thì tòa án phải xem xét lại bản án. Hội đồng xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm phải xem xét lại hồ sơ vụ án, nếu có vi phạm thì phải hủy bản án để điều tra, xét xử lại nhằm xác định chính xác sự thật khách quan của vụ án.

- Tòa án phải có quyết định bảo vệ công lý.

Khi có đầy đủ căn cứ xác định sự thật khách quan của vụ án, tòa án phải ra bản án nhân danh nhà nước công bố công khai tại phiên tòa, trong đó xác định một người nào đó có phạm tội và áp dụng trách nhiệm hình sự đối với họ hoặc tuyên bố một người không phạm tội và khôi phục quyền và lợi ích hợp pháp cho họ, đồng thời giải quyết các vấn đề khác của vụ án hình sự. Quyết

định bảo vệ công lý của tòa án là khẳng định sự thật khách quan của vụ án – có tội hoặc không có tội.

Bản án của tòa án không được dựa trên giả định, phải có căn cứ, xác định, hợp lý, hợp pháp. Bản án kết tội phải là bản án có đủ các chứng cứ đã được xem xét tại phiên tòa, chứng minh được là bị cáo có tội. Lời nhận tội của bị can, bị cáo chỉ được coi là chứng cứ nếu phù hợp với các chứng cứ khác của vụ án (khoản 2 Điều 98); không được dùng lời nhận tội của bị can, bị cáo làm chứng cứ duy nhất để kết tội (khoản 3 Điều 98); những tình tiết do người làm chứng, người bị hại trình bày sẽ không được dùng làm chứng cứ nếu họ không thể nói rõ hơn vì sao biết được tình tiết đó (khoản 2 Điều 91, Điều 92). Nội dung bản án phải phân tích lý do mà hội đồng xét xử không chấp nhận những chứng cứ buộc tội, chứng cứ gỡ tội, yêu cầu, đề nghị của kiểm sát viên, bị cáo, người bào chữa và những người tham gia tố tụng (Điều 260). Bản án tuyên vô tội phải ghi rõ những căn cứ xác định bị cáo không phạm tội. Những căn cứ để tuyên bị cáo vô tội ngoài trường hợp có đủ chứng cứ và có căn cứ pháp lý xác định bị cáo không phạm tội, còn bao gồm trường hợp không đủ căn cứ chứng minh bị cáo phạm tội, không thể kết luận được những nội dung chủ yếu quy định tại Điều 85 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 thì tòa án không kết tội bị cáo.

3. Thực hiện nhiệm vụ bảo vệ công lý và trách nhiệm chứng minh của tòa án trong tố tụng dân sự

Chứng minh trong tố tụng dân sự được hiểu là việc làm rõ các sự kiện, tình tiết của vụ việc dân sự, là quá trình bao gồm hoạt động của tòa án và những người tham gia tố tụng trong việc cung cấp, thu thập, nghiên cứu và đánh giá chứng cứ nhằm mục đích

xác định sự thật của vụ việc. Nguyên tắc chung của tố tụng dân sự là đương sự có yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình hay cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện để bảo vệ lợi ích công cộng, lợi ích nhà nước hoặc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người khác phải thu thập, cung cấp và giao nộp chứng cứ cho tòa án để chứng minh cho yêu cầu đó là có căn cứ và hợp pháp.

Bên cạnh đó, tòa án cũng tham gia vào hoạt động chứng minh và tùy theo mô hình tố tụng, hoạt động chứng minh của tòa án có nhiều điểm khác biệt. Theo mô hình tố tụng tranh tụng, nghĩa vụ chứng minh hoàn toàn thuộc về các đương sự, tòa án đóng vai trò thụ động và rất ít can thiệp vào hoạt động chứng minh. Tòa không điều tra, thu thập chứng cứ của vụ án mà các đương sự có vai trò chủ đạo trong việc xuất trình chứng cứ, xác định các vấn đề cần chứng minh. Thẩm phán không có trách nhiệm tìm ra sự thật khách quan mà trách nhiệm của thẩm phán chỉ là tìm ra sự thật giới hạn trong các lý lẽ, chứng cứ mà các bên trình bày tại tòa án (sự thật pháp lý). Tại phiên tòa, thẩm phán sẽ lắng nghe các đương sự trình bày và quyết định chấp nhận sử dụng chứng cứ nào để giải quyết vụ án. Ngoài ra, tòa án có thể hỗ trợ các bên đương sự trong quá trình chứng minh bằng việc chấp nhận yêu cầu buộc đương sự phía bên kia hoặc bên thứ ba phải cung cấp tài liệu, chứng cứ mà họ cất giữ nhưng không tự nguyện cung cấp hoặc áp dụng chế tài đối với chủ thể không cung cấp chứng cứ, cố ý tiêu hủy, che giấu chứng cứ. Trong mô hình tố tụng thẩm vấn, mặc dù pháp luật vẫn quy định các đương sự có nghĩa vụ chứng minh, tuy nhiên, tòa án đóng vai trò chủ đạo trong quá trình chứng minh. Trước phiên tòa, tòa án yêu cầu các bên đương sự cung cấp tài liệu, chứng cứ và

lưu giữ trong hồ sơ vụ án. Nếu thấy chứng cứ chưa đủ để làm rõ được vụ việc thì tòa án yêu cầu các đương sự giao nộp bổ sung. Trong trường hợp các đương sự không thể tự mình thu thập được chứng cứ thì tòa án có thể tiến hành các biện pháp thu thập chứng cứ. Tại phiên tòa, thẩm phán thẩm tra lại tính hợp pháp và có căn cứ của các tài liệu, chứng cứ một cách công khai, làm rõ nội dung vụ án thông qua xét hỏi và tổ chức quá trình tranh luận giữa các bên đương sự.

Tố tụng dân sự Việt Nam có nhiều đặc điểm của mô hình tố tụng thẩm vấn. Nghiên cứu sự phát triển của pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam cho thấy, nghĩa vụ chứng minh đã có sự thay đổi từ tòa án sang đương sự, nhưng tòa án vẫn phải có trách nhiệm chính trong việc xác định sự thật của vụ việc, cho dù đó có thể chỉ là sự thật pháp lý. Đây là một trong những yêu cầu của nhiệm vụ bảo vệ công lý của tòa án.

Trước khi Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 được ban hành, tòa án đóng vai trò hoàn toàn chủ động trong tố tụng dân sự và có nghĩa vụ điều tra, thu thập chứng cứ để giải quyết vụ việc dân sự. Nghĩa vụ cung cấp chứng cứ, chứng minh của đương sự là rất mờ nhạt. Đương sự có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ để bảo vệ quyền lợi của mình. Tòa án có nhiệm vụ xem xét mọi tình tiết của vụ án và khi cần thiết có thể thu thập thêm chứng cứ để đảm bảo cho việc giải quyết vụ án được chính xác. Đến khi Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004 ra đời, nghĩa vụ chứng minh trong tố tụng dân sự được chuyển từ tòa án sang cho đương sự. “Các đương sự có nghĩa vụ cung cấp chứng cứ cho tòa án và chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp. Tòa án chỉ tiến hành xác minh, thu thập chứng cứ trong những trường hợp do Bộ luật Tố tụng Dân sự quy định” (Điều 6 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004). Tòa án chỉ

thu thập chứng cứ khi đương sự không thể tự mình thu thập được chứng cứ và có yêu cầu tòa án thu thập chứng cứ hoặc một số trường hợp hạn chế mà tòa án được tự mình thu thập chứng cứ khi đương sự không có yêu cầu. “Đương sự có nghĩa vụ đưa ra chứng cứ để chứng minh mà không đưa ra được chứng cứ hoặc không đưa ra đủ chứng cứ thì phải *chịu hậu quả của việc không chứng minh hoặc chứng minh không đầy đủ*” (khoản 4 Điều 79 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2004). Tuy nhiên, thực tiễn thi hành quy định này gặp nhiều khó khăn. Vai trò và khả năng chứng minh của các đương sự khá mờ nhạt, hình thức, việc cung cấp chứng cứ thường không đầy đủ để làm rõ bản chất vụ việc, trong khi đó, theo quy định pháp luật, tòa án rất khó để thu thập, xác minh chứng cứ. Vì vậy, nhiều vụ án bị hủy do tính pháp lý của sự thật cũng chưa được đảm bảo. Khắc phục hạn chế này, Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015 đã sửa đổi, bổ sung theo hướng mở rộng khả năng tòa án có thể tiến hành các biện pháp thu thập chứng cứ nhằm tạo điều kiện cho tòa án có sự chủ động, tích cực trong tố tụng dân sự hướng tới việc giải quyết vụ án được chính xác, hiệu quả, thực sự bảo vệ công lý. Tuy vậy, Bộ luật vẫn đề cao trách nhiệm chứng minh của đương sự và đương sự sẽ có sự trợ giúp cần thiết từ tòa án trong quá trình thu thập chứng cứ để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. “Đương sự có quyền và nghĩa vụ *chủ động thu thập, giao nộp* chứng cứ cho tòa án và chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp. Tòa án có *trách nhiệm hỗ trợ đương sự* trong việc thu thập chứng cứ” (Điều 6 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015). Trong trường hợp đương sự không đưa ra được hoặc đưa ra không đầy đủ chứng cứ chứng minh, tòa án vẫn tiến hành giải quyết vụ án dân sự theo thủ tục

chung, ra quyết định trên cơ sở *các tài liệu, chứng cứ đã thu thập trong hồ sơ vụ việc* (khoản 4 Điều 91 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015) và được kiểm tra, xem xét tại phiên tòa, cũng như kết quả việc hỏi và tranh luận công khai tại phiên tòa.

4. Thực hiện nhiệm vụ bảo vệ công lý và trách nhiệm chứng minh của tòa án trong tố tụng hành chính

Vai trò bảo vệ công lý của tòa án được thể hiện rõ nét trong quan hệ tố tụng hành chính, mà ở đó người dân khởi kiện chính quyền khi cho rằng quyết định hành chính, hành vi hành chính có vi phạm, xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Thông qua hoạt động chứng minh, tòa án và các chủ thể tham gia tố tụng làm sáng tỏ các tình tiết của vụ việc và tính phù hợp của luật áp dụng. Không giống như hoạt động chứng minh trong tố tụng hình sự và tố tụng dân sự, hoạt động chứng minh trong tố tụng hành chính bên cạnh việc phải tái hiện lại toàn bộ diễn biến của vụ việc (chân lý khách quan của vụ việc), còn có mục đích xác định tính phù hợp hay không phù hợp của việc áp dụng các quy phạm pháp luật để giải quyết vụ việc. Bởi vì, theo nguyên tắc tố tụng hành chính, tòa án đánh giá tính hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khiếu kiện. Trên cơ sở kết quả của việc đánh giá tính hợp pháp này, tòa án ra phán quyết về giá trị pháp lý của quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khởi kiện và quyết định các biện pháp xử lý theo thẩm quyền đã được pháp luật quy định.

Do tính chất của luật công và mối quan hệ bất cân xứng giữa bên bị đơn là cơ quan nhà nước với rất nhiều quyền lực và bên nguyên đơn là công dân có vị trí thấp bé, nên tòa án phải có trách nhiệm chứng minh

(Xem tiếp trang 18)

THỜI HẠN THANH TRA THEO LUẬT THANH TRA NĂM 2010

*Võ Tấn Đào**
*Hồ Quang Chánh***

Tóm tắt: Bài viết phân tích, bình luận những quy định của Luật Thanh tra năm 2010 về thời hạn thanh tra, đồng thời, chỉ ra một số điểm bất cập trong thực tiễn thực hiện các quy định này, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This paper analyses provisions on inspection time period under the Law on Inspection of 2010. It also points out the flaws and shortcomings of those provisions and makes relevant recommendation.

Thời hạn thanh tra là khoảng thời gian Đoàn thanh tra hay Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành... trực tiếp tiến hành làm việc với đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan tại trụ sở hoặc nơi tiến hành kiểm tra, xác minh¹. Nói cách khác, thời hạn thanh tra là khoảng thời gian cố định tính từ ngày công bố quyết định thanh tra đến ngày kết thúc việc thanh tra tại nơi được thanh tra², sau khoảng thời gian này, chủ thể có thẩm quyền phải chấm dứt hoạt động thanh tra đối với đối tượng thanh tra. Trên cơ sở kế thừa các quy định của Luật Thanh tra năm 2004, Luật Thanh tra năm 2010 đã quy định về thời hạn thanh

tra đối với thanh tra hành chính (Điều 45); đối với thanh tra chuyên ngành (Điều 56) và chi tiết hóa tại các văn bản hướng dẫn. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng quy định về thời hạn thanh tra vẫn còn nhiều vướng mắc.

1. Các quy định của pháp luật về thời hạn thanh tra

Theo quy định của pháp luật thanh tra hiện hành, thời hạn thanh tra được phân định dựa theo loại hoạt động thanh tra, bao gồm thời hạn thanh tra hành chính và thời hạn thanh tra chuyên ngành³. Theo đó, đối với hoạt động thanh tra hành chính, thời hạn thanh tra được quy định tại Điều 45 Luật Thanh tra năm 2010 khác nhau tùy thuộc vào chủ thể tiến hành thanh tra, cụ thể: (i) Cuộc thanh tra do Thanh tra Chính phủ tiến hành không quá 60 ngày, trường hợp phức tạp thì có thể kéo dài nhưng không quá 90 ngày, đối với cuộc thanh tra đặc biệt phức tạp, liên quan đến nhiều lĩnh vực, nhiều địa

* Khoa Luật Hành chính – Nhà nước, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** Thanh tra Quận 12, TP. Hồ Chí Minh.

¹ Khoản 1 Điều 4 Thông tư số 05/2014/TT-TTCTP ngày 16/10/2014 của Thanh tra Chính phủ quy định về tổ chức, hoạt động, quan hệ công tác của đoàn thanh tra và trình tự, thủ tục tiến hành một cuộc thanh tra (Thông tư số 05/2014/TT-TTCTP).

² Khoản 2 Điều 45 Luật Thanh tra năm 2010, khoản 2 Điều 16 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP ngày 09/02/2012 của Chính phủ quy định về cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành và hoạt động thanh tra chuyên ngành (Nghị định số 07/2012/NĐ-CP).

³ Khoản 1 Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010: “Thanh tra nhà nước là hoạt động xem xét, đánh giá, xử lý theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Thanh tra nhà nước bao gồm thanh tra hành chính và thanh tra chuyên ngành”.

phương thì thời hạn thanh tra có thể kéo dài, nhưng không quá 150 ngày; (ii) Cuộc thanh tra do thanh tra tỉnh, thanh tra bộ tiến hành không quá 45 ngày, trường hợp phức tạp thì có thể kéo dài, nhưng không quá 70 ngày; (iii) Cuộc thanh tra do thanh tra huyện, thanh tra sở tiến hành không quá 30 ngày, trường hợp thanh tra ở miền núi, biên giới, hải đảo, vùng sâu, vùng xa đi lại khó khăn thì thời hạn thanh tra có thể kéo dài, nhưng không quá 45 ngày.

Trong khi đó, đối với hoạt động thanh tra chuyên ngành, Luật Thanh tra năm 2010 không ấn định rõ thời hạn thanh tra mà chuyển giao cho Chính phủ quy định cụ thể, bởi lẽ “trong quản lý nhà nước, mỗi ngành, lĩnh vực có những đặc thù khác nhau nên yêu cầu về thời hạn thanh tra không thể quy định giống nhau; có lĩnh vực hoạt động thanh tra chuyên ngành cần phải tiến hành khẩn trương, ví dụ như vệ sinh an toàn thực phẩm, nhưng có lĩnh vực thì hoạt động thanh tra chuyên ngành lại cần phải có thời gian dài hơn, ví dụ như về an toàn hạt nhân...”⁴. Bên cạnh đó, khác với hoạt động thanh tra hành chính bắt buộc phải được tiến hành dưới một phương thức duy nhất là đoàn thanh tra⁵, hoạt động thanh tra chuyên ngành được tiến hành dưới hai phương thức theo đoàn thanh tra và theo phương thức phân công thanh tra viên, công chức thanh tra chuyên ngành tiến hành thanh tra độc lập⁶ với sự khác biệt nhất định về tính chất, quy mô và mức độ, dẫn đến thời hạn thanh tra khác nhau theo từng phương thức. Do

đó, việc trao cho Chính phủ quy định chi tiết về nội dung này là điều phù hợp.

Thực hiện nhiệm vụ được giao tại Điều 56 Luật Thanh tra năm 2010, Chính phủ đã quy định minh thị thời hạn thanh tra chuyên ngành tại Điều 16 và Điều 30 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP. Theo đó, khi tiến hành hoạt động thanh tra chuyên ngành theo phương thức đoàn thanh tra thì thời hạn cuộc thanh tra chuyên ngành do: (i) Thanh tra bộ, tổng cục, cục thuộc bộ tiến hành không quá 45 ngày, trường hợp phức tạp có thể kéo dài hơn, nhưng không quá 70 ngày; (ii) Thanh tra sở, chi cục thuộc sở tiến hành không quá 30 ngày, trường hợp phức tạp có thể kéo dài hơn, nhưng không quá 45 ngày⁷. Đối với phương thức thanh tra chuyên ngành độc lập thì thời hạn thanh tra đối với mỗi đối tượng thanh tra là 05 ngày làm việc, kể từ ngày tiến hành thanh tra, trường hợp cần thiết, chánh thanh tra bộ, chánh thanh tra sở, tổng cục trưởng, cục trưởng thuộc bộ, chi cục trưởng thuộc sở gia hạn thời gian thanh tra nhưng thời gian gia hạn không được vượt quá 05 ngày làm việc⁸.

Tựu trung lại, có thể thấy, pháp luật thanh tra đã có những quy định về thời hạn thanh tra tương đối toàn diện, bảo đảm tính thống nhất giữa các phương thức thanh tra và phù hợp với đặc thù của từng loại hoạt động thanh tra. Đây cũng chính là một trong những cơ sở để hoạt động thanh tra dần đi vào khuôn khổ, giúp cho các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra “thấy được khoảng thời gian vật chất để thực hiện các nhiệm vụ được giao, phòng ngừa các tình huống phát sinh dẫn đến việc kéo dài thời gian tiến hành”⁹.

⁴ Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Báo cáo số 376/BC-UBTVQH12 ngày 15 tháng 10 năm 2010 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội về giải trình, tiếp thu chính lý Dự thảo Luật Thanh tra (sửa đổi), Hà Nội, năm 2011, tr. 11.

⁵ Điều 43 Luật Thanh tra năm 2010.

⁶ Mục 1 và Mục 2 Chương 3: Hoạt động thanh tra chuyên ngành của Nghị định số 07/2012/NĐ-CP.

⁷ Điều 16 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP.

⁸ Điều 30 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP.

⁹ Hội đồng phối hợp công tác phổ biến giáo dục pháp luật của Chính phủ, *Đặc san tuyên truyền pháp luật*

2. Một số bất cập trong thực tiễn áp dụng và kiến nghị hoàn thiện pháp luật

Trong thời gian qua, thực tiễn thực hiện các quy định về thời hạn thanh tra đã phải đối diện với những vướng mắc nhất định, cần sớm được sửa đổi để hoàn thiện pháp luật.

Thứ nhất, căn cứ kéo dài thời hạn thanh tra chưa được làm rõ và chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể. Hiện nay, hai căn cứ để có thể quyết định kéo dài thời hạn thanh tra gồm: Một là, tính chất phức tạp của vụ việc (áp dụng đối với thanh tra hành chính và thanh tra chuyên ngành được tổ chức dưới phương thức đoàn thanh tra) hoặc tính chất đặc biệt phức tạp, liên quan đến nhiều lĩnh vực, nhiều địa phương; và hai là, đặc điểm của địa phương tiến hành thanh tra như ở miền núi, biên giới, hải đảo, vùng sâu, vùng xa đi lại khó khăn. Tuy nhiên, pháp luật thanh tra hoàn toàn bỏ ngỏ và không có một văn bản nào giải thích chi tiết để xác định căn cứ kéo dài thời hạn thanh tra. Điều này không những dẫn đến hệ lụy là các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra tùy tiện trong việc quyết định kéo dài thời hạn thanh tra, mà còn tạo nên sự trì trệ, chậm trễ trong quá trình thực thi nhiệm vụ thanh tra. Với sự không rõ ràng và thiếu giải thích như trên, nhiều cơ quan đã lợi dụng để gây khó dễ, phiền hà đối với đối tượng thanh tra, ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra. Chính vì vậy, thiết nghĩ trong thời gian tới, cần có văn bản hướng dẫn và giải thích rõ các căn cứ cụ thể nhằm bảo đảm tính thống nhất trong việc áp dụng pháp luật, giảm thiểu những hệ quả không đáng có trên thực tế.

Vấn đề đặt ra ở đây là cần quy định và giải thích như thế nào cho phù hợp và giúp áp dụng pháp luật thống nhất. Theo quan điểm của chúng tôi, pháp luật thanh tra cần quy định căn cứ kéo dài thời hạn thanh tra với tính chất phức tạp của vụ việc dựa vào các yếu tố sau: *Một là*, vụ việc có nhiều đối tượng thanh tra; *hai là*, vụ việc thanh tra có liên quan đến nhiều lĩnh vực, nhiều địa phương; *ba là*, vụ việc có nhiều tài liệu, có các chứng cứ mâu thuẫn nhau cần có thêm thời gian để nghiên cứu, tổng hợp các tài liệu có trong hồ sơ thanh tra, cần tham khảo ý kiến của cơ quan chuyên môn hoặc cần phải giám định kỹ thuật phức tạp... Bên cạnh đó, căn cứ xác định khu vực miền núi, biên giới, hải đảo, vùng sâu, vùng xa đi lại khó khăn cũng phải được làm rõ. Về vấn đề này, thiết nghĩ, nên quy định tiêu chí xác định dựa trên đặc điểm của địa phương tiến hành thanh tra như xã, huyện, tỉnh có ranh giới địa giới hành chính là đường biên giới hoặc có đường ranh giới tiếp giáp bờ biển, bán đảo, hải đảo... Mặt khác, cũng có thể tham khảo hoặc viện dẫn Quyết định của Bộ trưởng - Chủ nhiệm Ủy ban Dân tộc về việc công nhận các xã, huyện, tỉnh là miền núi, vùng cao¹⁰.

Thứ hai, quy định về căn cứ kéo dài thời hạn thanh tra giữa các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra còn chưa phù hợp và thống nhất. Theo điểm a, điểm b khoản 1 Điều 45 Luật Thanh tra năm 2010, khi tiến

¹⁰ Quyết định số 42/UB-QĐ ngày 23/5/1997 của Bộ trưởng, Chủ nhiệm Ủy ban Dân tộc và Miền núi về việc công nhận 3 khu vực miền núi, vùng cao; Quyết định số 172/2006/QĐ-UBDT ngày 07/07/2006 của Bộ trưởng, Chủ nhiệm Ủy ban Dân tộc về việc công nhận các xã, huyện, tỉnh là miền núi, vùng cao; Quyết định số 01/2007/QĐ-UBDT ngày 31/05/2007 của Bộ trưởng, Chủ nhiệm Ủy ban Dân tộc về việc công nhận các xã, huyện, tỉnh là miền núi, vùng cao do điều chỉnh địa giới hành chính...

số 06/2012 – Chủ đề Thanh tra và pháp luật về thanh tra, Hà Nội, năm 2012, tr. 68.

hành hoạt động thanh tra hành chính, thanh tra chính phủ, thanh tra tỉnh, thanh tra bộ có thể quyết định kéo dài thời hạn thanh tra trong trường hợp vụ việc phức tạp. Tuy nhiên, trên thực tế, khi các cơ quan này tiến hành thanh tra ở những khu vực miền núi, biên giới, hải đảo, vùng sâu, vùng xa... lại không được kéo dài thời hạn thanh tra do những lý do trên không được quy định. Tương tự, đối với thanh tra huyện, theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 45 Luật Thanh tra năm 2010, khi tiến hành thanh tra hành chính, họ chỉ có thể kéo dài thời hạn thanh tra vì lý do thanh tra ở miền núi, biên giới, hải đảo, vùng sâu, vùng xa... mà không thể dựa vào tính chất phức tạp của vụ việc.

Bên cạnh đó, theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 45 Luật Thanh tra năm 2010, khi thanh tra sở tiến hành hoạt động thanh tra hành chính có thể căn cứ vào tính chất địa hình, khu vực miền núi, biên giới, hải đảo, vùng sâu, vùng xa để quyết định kéo dài thời hạn thanh tra, nhưng theo điểm b khoản 1 Điều 16 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP, căn cứ để thanh tra sở tiến hành hoạt động thanh tra chuyên ngành có thể kéo dài thời hạn thanh tra là trường hợp vụ việc phức tạp. Điều này thực sự khó hiểu khi cùng một loại chủ thể thanh tra nhưng lại có căn cứ kéo dài thời hạn thanh tra khác biệt và không thống nhất.

Thực tế chỉ ra rằng, khi tiến hành hoạt động thanh tra, các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra đều có thể phải đối diện với những khó khăn khác nhau, và xác suất gặp phải những vụ việc có tính chất phức tạp hoặc ở những khu vực miền núi, biên giới, hải đảo, vùng sâu, vùng xa hoặc cả hai lý do trên là ngang nhau. Do đó, việc quy định theo hướng cứng nhắc một loại căn cứ để kéo dài thời hạn thanh tra áp dụng đối với

một số cơ quan nhất định hoặc đưa ra các căn cứ không thống nhất với cùng một cơ quan thanh tra ít nhiều tạo nên những khó khăn khi áp dụng pháp luật trên thực tế.

Do vậy, theo chúng tôi, cần mở rộng theo hướng, các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra đều có quyền kéo dài thời hạn thanh tra với lý do vụ việc phức tạp hay ở những khu vực miền núi, biên giới, hải đảo, vùng sâu, vùng xa đi lại khó khăn.

Thứ ba, chưa thống nhất quy định về cách tính thời hạn thanh tra. Hiện nay tồn tại ba quan điểm khác nhau về cách tính thời hạn thanh tra như sau: *Quan điểm thứ nhất*, thời hạn thanh tra được tính theo ngày làm việc, không bao gồm ngày lễ, ngày nghỉ...; *quan điểm thứ hai*, thời hạn thanh tra được tính theo ngày thực tế liên tục, bao gồm cả ngày lễ, ngày nghỉ...; và *quan điểm thứ ba*, thời hạn thanh tra được tính theo ngày thực tế mà chủ thể thanh tra đến tiếp xúc, làm việc trực tiếp với đối tượng thanh tra. Nghĩa là, chỉ những ngày chủ thể thanh tra đến nơi làm việc, trụ sở của đối tượng thanh tra thì mới được tính vào thời hạn thanh tra.

Để nhận thức quan điểm nào là phù hợp, theo chúng tôi cần vận dụng đúng tinh thần của pháp luật thanh tra để lý giải. Điều 30 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP về thời hạn thanh tra chuyên ngành độc lập xác định rõ thời hạn thanh tra sẽ được tính bằng ngày làm việc. Như vậy, có thể kết luận, thời hạn thanh tra sẽ được tính là ngày làm việc; nếu không thì sẽ được tính là ngày thực tế liên tục¹¹. Điều này cũng cho thấy,

¹¹ Điều này cũng được thể hiện rõ theo quy định tại khoản 6 và khoản 7 phần giải thích từ ngữ của Quy trình thanh tra thuế (Ban hành kèm theo Quyết định số 1404/QĐ-TCT ngày 28/7/2015 của Tổng cục trưởng Tổng cục Thuế) như sau: “*Trường hợp thời gian được tính bằng “ngày” thì tính liên tục theo*

pháp luật thanh tra hiện nay chỉ hướng đến quan điểm thứ nhất và thứ hai, tức là tính theo ngày làm việc hoặc theo ngày thực tế liên tục mà không tồn tại quy định theo quan điểm thứ ba. Chúng tôi cho rằng, điều đó là hoàn toàn phù hợp, bởi lẽ nếu tính thời hạn thanh tra theo quan điểm thứ ba, vụ việc thanh tra có thể bị kéo dài về thời gian, có nguy cơ xâm phạm và gây ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra, vi phạm nguyên tắc thanh tra được nêu tại Điều 7 Luật Thanh tra năm 2010: “*Không làm cản trở hoạt động bình thường của cơ quan, tổ chức, cá nhân là đối tượng thanh tra*”.

Hiện nay, trên thực tế, cách thức xác định thời hạn thanh tra của các cơ quan thanh tra trong quyết định thanh tra là không thống nhất, có cơ quan xác định là ngày làm việc, nhưng có cơ quan lại không ấn định rõ thời hạn này. Ví dụ, theo Quyết định thanh tra số 04/QĐ-TTH ngày 05/4/2017 của Chánh thanh tra huyện Hoà Vang về thanh tra quản lý tài chính tại Trường Trung học cơ sở Trần Quốc Tuấn, huyện Hoà Vang, thành phố Đà Nẵng đã xác định rõ thời hạn thanh tra là 30 ngày làm việc kể từ ngày công bố Quyết định thanh tra¹². Trong khi đó, theo Quyết định thanh tra số 60/QĐ-BKHĐT ngày 19/01/2017 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư về thanh tra việc lập, thẩm định, phê duyệt chủ trương đầu tư, quyết định đầu tư và điều chỉnh tổng mức đầu tư; quá trình thực hiện

ngày dương lịch, kể cả ngày nghỉ theo quy định”; “Trường hợp thời hạn được tính bằng “ngày làm việc” thì tính theo ngày làm việc của cơ quan hành chính nhà nước trừ ngày nghỉ theo quy định”.

¹² Thanh tra huyện Hoà Vang, *Thanh tra Huyện Hòa Vang: Công bố Quyết định thanh tra tại Trường Trung học cơ sở Quốc Tuấn*, <http://thanhtra.danang.gov.vn/chi-tiet?articleId=234394>, truy cập ngày 29/7/2017.

dự án; việc xử lý nợ đọng xây dựng cơ bản giai đoạn 2014-2016 trên khu vực tỉnh Thái Nguyên lại xác định thời hạn thanh tra là 45 ngày, kể từ ngày công bố Quyết định thanh tra¹³, nghĩa là 45 ngày thực tế liên tục, bao gồm ngày nghỉ, ngày lễ...

Thiết nghĩ, pháp luật thanh tra cần xác định rõ thời hạn thanh tra sẽ được tính thống nhất là ngày làm việc hay ngày thực tế liên tục. Trong đó, cần xét trên hai phương diện sau đây: *Một là*, việc ấn định thời hạn thanh tra tính theo ngày làm việc hay ngày thực tế liên tục phải nhằm mục đích bảo đảm giá trị của thời hạn thanh tra, vừa tạo điều kiện để hoạt động của chủ thể thanh tra đạt được hiệu quả, vừa bảo đảm không ảnh hưởng đến hoạt động bình thường của đối tượng thanh tra. *Hai là*, thời hạn thanh tra được ấn định phải phù hợp với thực tế hoạt động thanh tra trong một số lĩnh vực đặc thù. Theo quan điểm của chúng tôi, nên ấn định rõ ràng thời hạn thanh tra của các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra với các loại hình đều là ngày làm việc, trừ một số trường hợp sẽ tính theo ngày thực tế liên tục. Điều này nhằm bảo đảm thời gian làm việc, thực thi nhiệm vụ của các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra cũng như đối tượng thanh tra, vì hiện nay các cơ quan này chủ yếu làm việc trong thời gian hành chính, không bao gồm ngày lễ và ngày nghỉ... Tuy nhiên, có những vụ việc thanh tra do tính chất đặc thù của ngành nghề kinh doanh như vũ trường, khách sạn, karaoke... thì thời gian hoạt động có thể bao gồm cả ngày làm việc, ngày lễ, ngày nghỉ. Do vậy, pháp luật cũng cần xác định những

¹³ Phương Thom, *Công bố quyết định thanh tra các dự án*, <http://baothainguyen.org.vn/tin-tuc/trong-tinh/cong-bo-quyet-dinh-thanh-tra-cac-du-an-243564-205.html>, truy cập ngày 02/8/2017.

trường hợp ngoại lệ để bảo đảm hoạt động thanh tra của các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra, vừa tính rõ thời hạn thanh tra để tránh gây thiệt hại cho đối tượng thanh tra. Trong những trường hợp như vậy, thời hạn thanh tra sẽ được tính là ngày thực tế liên tục.

Thứ tư, chưa quy định về những trường hợp không tính vào thời hạn thanh tra và số lần gia hạn thời hạn thanh tra trong hoạt động thanh tra chuyên ngành do thanh tra viên, công chức được giao nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành tiến hành thanh tra độc lập. Về mặt lý thuyết, một cuộc thanh tra lý tưởng sẽ được diễn ra khi đối tượng thanh tra có thiện chí và trách nhiệm trong việc hợp tác với chủ thể thanh tra nhằm bảo đảm hoạt động thanh tra có hiệu lực, hiệu quả. Tuy nhiên, trên thực tế có rất nhiều trường hợp đối tượng thanh tra bất hợp tác, dẫn đến vụ việc thanh tra phải tạm ngưng và chủ thể thanh tra không thể tiếp tục công việc của mình một cách suôn sẻ, trôi chảy, và việc vi phạm thời hạn thanh tra là hệ quả khó tránh khỏi. Chẳng hạn, thực tế nảy sinh những tình huống như đối tượng thanh tra cố tình trì trệ, không hợp tác, vắng mặt hay cố tình lợi dụng quyền giải trình của mình để gây khó dễ, kéo dài thời gian... Có những trường hợp vì lý do xuất phát từ hoàn cảnh thực tế của đối tượng thanh tra như phải đi công tác xa, dài ngày, ốm đau bệnh tật... không thể làm việc với chủ thể thanh tra.

Về mặt pháp lý, hiện nay Luật Thanh tra năm 2010, Nghị định số 07/2012/NĐ-CP và Nghị định số 86/2011/NĐ-CP ngày 22/09/2011 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thanh tra (Nghị định số 86/2011/NĐ-CP) đều không đề cập về việc tạm ngưng thanh tra và các khoảng thời gian không tính thời

hạn thanh tra. Vấn đề này chỉ được quy định trong Quy trình thanh tra thuế (Ban hành kèm theo Quyết định số 1404/QĐ-TCT ngày 28/7/2015 của Tổng cục trưởng Tổng cục Thuế). Theo đó, tại điểm a khoản 2.3 quy định: “*Trong thời gian thanh tra tại trụ sở người nộp thuế phát sinh trường hợp bất khả kháng phải tạm dừng thanh tra, trưởng đoàn thanh tra báo cáo lãnh đạo bộ phận thanh tra nêu rõ lý do tạm dừng, thời hạn tạm dừng để trình người ban hành quyết định ra thông báo về việc tạm dừng thanh tra. Thời gian tạm dừng không tính trong thời hạn thanh tra*”. Tuy nhiên cần thấy rằng, vấn đề này mới chỉ giới hạn trong phạm vi lĩnh vực thanh tra của ngành thuế mà không áp dụng rộng rãi đối với tất cả các cuộc thanh tra. Do vậy, thiết nghĩ trong thời gian tới, cơ quan có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn, trong đó nêu rõ những trường hợp không tính vào thời hạn thanh tra. Điều này một mặt nhằm bảo đảm hiệu quả hoạt động của cơ quan thực hiện chức năng thanh tra, mặt khác còn tránh sự tùy tiện của cơ quan này và các hành vi cản trở hoạt động thanh tra của đối tượng thanh tra.

Ngoài ra, tại Điều 30 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP quy định chủ thể có thẩm quyền được quyền gia hạn thời hạn thanh tra và thời gian gia hạn không được vượt quá 05 ngày làm việc nhưng lại chưa làm rõ được quyền gia hạn tối đa bao nhiêu lần. Để tránh sự lạm dụng và tùy tiện, thiết nghĩ pháp luật cần xác lập rõ việc gia hạn đối với nội dung trên chỉ được thực hiện một lần duy nhất. Bởi lẽ, hoạt động thanh tra chuyên ngành độc lập vốn dĩ được thực hiện một cách thường xuyên, nhanh chóng, chỉ do một hoặc một vài chủ thể tiến hành mà không dựa trên một đoàn thanh tra như

phương thức thanh tra khác, do đó, nếu cho phép gia hạn nhiều lần, thời hạn thanh tra sẽ kéo dài và hoạt động thanh tra chuyên ngành độc lập sẽ “lệch” khỏi bản chất, ý nghĩa vốn có của nó.

Thứ năm, chưa quy định về thời hạn thanh tra bổ sung, dẫn đến gây lúng túng cho các chủ thể thanh tra trong quá trình áp dụng. Lần đầu tiên, vấn đề này được đề cập tại khoản 4 Điều 35 Thông tư số 05/2014/TT-TTCP, theo đó, trong trường hợp cần thiết, để bảo đảm cho việc nhận xét, đánh giá, kết luận, kiến nghị, xử lý được chính xác, khách quan thì người ra quyết định thanh tra quyết định tiến hành thanh tra bổ sung. Trên thực tế, có không ít trường hợp người ra quyết định thanh tra đánh giá nội dung báo cáo kết quả thanh tra chưa đủ cơ sở để kết luận về hành vi vi phạm pháp luật. Trường hợp khác, do nhận định của cơ quan chuyên môn được giao nghiên cứu, thẩm định nội dung Dự thảo Kết luận thanh tra¹⁴ có sự khác biệt với đoàn thanh tra, như về tính toàn diện của các chứng cứ thu thập được trong quá trình thanh tra hay việc đoàn thanh tra kết luận đối tượng thanh tra có dấu hiệu tội phạm làm cơ sở chuyển hồ sơ vụ việc sang cơ quan điều tra... Do đó, việc pháp luật ghi nhận về thanh tra bổ sung là hoàn toàn có cơ sở và phù hợp với thực tiễn

¹⁴ Theo quy định tại Điều 35 Thông tư số 05/2014/TT-TTCP, sau khi nhận được báo cáo kết quả thanh tra và báo cáo bổ sung (nếu có) của Đoàn thanh tra, người ra quyết định thanh tra chỉ đạo Trưởng đoàn thanh tra xây dựng Dự thảo kết luận thanh tra và tiến hành xem xét hoặc giao cho cơ quan, đơn vị chuyên môn nghiên cứu Dự thảo kết luận thanh tra để tham mưu đề xuất cho mình chỉ đạo hoàn thiện Dự thảo kết luận thanh tra. Ý kiến tham mưu đề xuất của cơ quan, đơn vị chuyên môn với người ra quyết định thanh tra được thể hiện bằng văn bản và được lưu trong hồ sơ thanh tra.

hoạt động thanh tra. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là việc tiến hành thanh tra bổ sung của cơ quan thực hiện chức năng thanh tra được tiến hành trong khoảng thời gian như thế nào thì hiện đang còn bỏ ngỏ. Điều này tạo ra những hệ lụy nhất định, trong đó có việc tùy tiện quyết định thời hạn thanh tra bổ sung của chủ thể thanh tra. Theo quan điểm của chúng tôi, cần quy định cụ thể thời hạn thanh tra bổ sung do người ra quyết định thanh tra quyết định nhưng không quá 15 ngày làm việc, đối với vụ việc phức tạp thì không quá 30 ngày làm việc. Thiết nghĩ, khoảng thời gian nêu trên là phù hợp và bảo đảm cho đoàn thanh tra hoàn thiện các nội dung cần thiết vì các nội dung thanh tra hầu như đã được tiến hành trong thời hạn thanh tra ban đầu, việc thanh tra bổ sung chỉ nhằm mục đích làm rõ thêm một số nội dung có liên quan hoặc thu thập bổ sung chứng cứ cần thiết theo định hướng của người ra quyết định thanh tra hoặc đề xuất của cơ quan, đơn vị chuyên môn thẩm định Dự thảo kết luận thanh tra.

Thứ sáu, quy định về thời hạn thanh tra của một số chủ thể thanh tra còn bị bỏ sót, thiếu tập trung, thống nhất. Điều 16 và Điều 30 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP chỉ quy định về thời hạn thanh tra đối với các cuộc thanh tra của những chủ thể sau đây: Thanh tra bộ, tổng cục, cục thuộc bộ, thanh tra sở, chi cục thuộc sở, mà không bao gồm cục thuộc tổng cục và tương đương, chi cục thuộc cục và tương đương. Đây rõ ràng là sự thiếu thống nhất trong chính Nghị định trên, bởi lẽ theo quy định tại Mục 1 Chương 2 của Nghị định này xác định: Cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành ngoài tổng cục thuộc bộ, chi cục thuộc sở, còn có cục thuộc tổng cục và tương đương, chi cục thuộc cục và tương

đương¹⁵. Dĩ nhiên các cơ quan này vẫn được giao quyền tiến hành hoạt động thanh tra chuyên ngành và tất yếu, khi tiến hành hoạt động thanh tra, họ vẫn phải tuân thủ thời hạn thanh tra do pháp luật xác lập. Hiện nay, thời hạn thanh tra của các chủ thể này được quy định không tập trung, rời rạc ở rất nhiều văn bản khác nhau. Theo đó, có lúc thời hạn thanh tra của một số cơ quan được quy định trong Nghị định của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của thanh tra ngành, lĩnh vực như Cục Dự trữ Nhà nước, Cục Hải quan, Kho bạc Nhà nước, Cảng vụ Hàng không, Cảng vụ Hàng hải, Cảng vụ Đường thủy nội địa...¹⁶, trong khi một số cơ quan khác lại được quy định trong các

¹⁵ Cục thuộc tổng cục và tương đương được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành: Cục Dự trữ Nhà nước khu vực; Cục Hải quan; Kho bạc Nhà nước tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (Điều 7 Nghị định số 26/2014/NĐ-CP ngày 07/4/2014 của Chính phủ quy định về tổ chức và hoạt động của Thanh tra, giám sát Ngân hàng)...

- Chi cục thuộc cục và tương đương được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành: Cảng vụ Hàng không, Cảng vụ Hàng hải, Cảng vụ Đường thủy nội địa thuộc Cục Đường thủy nội địa Việt Nam; Chi cục Thuế; Trung tâm Tần số khu vực (Điều 8 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP); cơ quan quản lý đường bộ ở khu vực (Điều 4 Nghị định số 57/2013/NĐ-CP ngày 31/5/2013 của Chính phủ quy định về tổ chức và hoạt động thanh tra ngành giao thông vận tải) (Nghị định số 57/2013/NĐ-CP)...

¹⁶ Cục Dự trữ Nhà nước khu vực, Cục Hải quan, Kho bạc Nhà nước tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương, Cục Thuế: “*Không quá 30 ngày, trường hợp phức tạp có thể kéo dài hơn nhưng không quá 45 ngày*” (khoản 3 Điều 17 Nghị định số 82/2012/NĐ-CP ngày 09/10/2012 về tổ chức và hoạt động thanh tra ngành tài chính); Cảng vụ Hàng không, Cảng vụ Hàng hải, Cảng vụ Đường thủy nội địa, Chi cục đường thủy nội địa, Cơ quan quản lý đường bộ ở khu vực: “*Không quá 30 ngày, trường hợp phức tạp có thể kéo dài hơn nhưng không quá 45 ngày*” (khoản 3 Điều 20 Nghị định số 57/2013/NĐ-CP)...

thông tư của bộ như trường hợp của Cục Thống kê¹⁷. Việc quy định thiếu tập trung, thống nhất như trên còn dẫn đến hệ quả là bỏ sót thời hạn thanh tra chuyên ngành của một số cơ quan như trường hợp của Trung tâm Tần số vô tuyến điện khu vực¹⁸. Bởi lẽ như trên đã đề cập, Điều 16 và Điều 30 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP chưa quy định về thời hạn thanh tra đối với các cuộc thanh tra của chi cục thuộc cục và tương đương, đồng thời Nghị định số 140/2013/NĐ-CP ngày 22/10/2013 của Chính phủ về tổ chức và hoạt động của thanh tra Thông tin và Truyền thông lại tiếp tục viện dẫn các quy định của Nghị định số 07/2012/NĐ-CP về thanh tra chuyên ngành để áp dụng¹⁹. Đây là điểm bất cập và gây không ít khó khăn cho các trung tâm tần số vô tuyến điện khu vực trong việc thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành về tần số

¹⁷ Theo quy định tại khoản 3 Điều 4 Thông tư số 06/2014/TT-BKHĐT ngày 14/10/2014 của Bộ Kế hoạch và đầu tư hướng dẫn một số điều quy định tại Nghị định số 216/2013/NĐ-CP ngày 24/12/2013 của Chính phủ quy định về tổ chức và hoạt động của thanh tra ngành kế hoạch và đầu tư; Nghị định số 07/2012/NĐ-CP ngày 09/02/2012 của Chính phủ quy định về cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành và hoạt động thanh tra chuyên ngành đối với thanh tra chuyên ngành thống kê thì: “*Cuộc thanh tra của Đoàn thanh tra chuyên ngành thống kê do Cục Thống kê tiến hành không quá 30 ngày; trường hợp phức tạp có thể kéo dài hơn, nhưng không quá 45 ngày*”.

¹⁸ Theo quy định tại điểm b khoản 2 Điều 4 Nghị định số 140/2013/NĐ-CP ngày 22/10/2013 của Chính phủ, Trung tâm Tần số vô tuyến điện khu vực là cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành thông tin và truyền thông, trực thuộc Cục Tần số vô tuyến điện - Bộ Thông tin và Truyền thông (có vị trí pháp lý tương đương chi cục thuộc cục).

¹⁹ Khoản 2 Điều 21 Nghị định số 140/2013/NĐ-CP ngày 22/10/2013 của Chính phủ quy định: “*Hoạt động thanh tra chuyên ngành thực hiện theo quy định từ Điều 51 đến Điều 56 Luật Thanh tra và từ Điều 14 đến Điều 28 Nghị định số 07/2012/NĐ-CP*”.

vô tuyến điện trong phạm vi địa bàn quản lý của mình²⁰.

Như vậy, có thể thấy rằng “trách nhiệm” của Chính phủ quy định về thời hạn thanh tra chuyên ngành được Luật Thanh tra năm 2010 giao cho chưa được thực hiện triệt để, toàn diện. Theo chúng tôi, để phản ánh đúng tinh thần, dụng ý của các nhà làm luật như quy định tại Điều 56 Luật Thanh

tra năm 2010, cũng như Nghị định số 07/2012/NĐ-CP điều chỉnh chung về thời hạn thanh tra chuyên ngành tại Điều 16 và Điều 30 thì đối với các cơ quan như cục thuộc tổng cục và tương đương, chi cục thuộc cục và tương đương cũng cần được điều chỉnh trong Nghị định này, chứ không nằm rải rác trong các văn bản khác nhau như hiện nay.

²⁰ Hiện nay, trên cả nước có 08 Trung tâm Tần số vô tuyến điện khu vực có phạm vi địa bàn quản lý theo quy định của Bộ Thông tin và Truyền thông, chẳng hạn như Trung tâm Tần số vô tuyến điện khu vực I thực thi nhiệm vụ quản lý nhà nước chuyên ngành về tần số vô tuyến điện trên địa bàn 11 tỉnh, thành phố: Bắc Cạn, Bắc Giang, Bắc Ninh, Cao Bằng, Hà Nam, Hà Nội, Hoà Bình, Lạng Sơn, Ninh Bình, Thái Nguyên và Vĩnh Phúc theo Quyết định số 1523/QĐ-BTTTT ngày 14/10/2013 của Bộ trưởng Bộ Thông tin và Truyền thông về quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của trung tâm tần số vô tuyến điện khu vực I thuộc Cục Tần số vô tuyến điện...

(Tiếp theo trang 9 – Nhiệm vụ bảo vệ công lý...)

tích cực trong quá trình tố tụng và xác định sự thật khách quan của vụ việc¹².

Tuy nhiên, nghĩa vụ chứng minh trong tố tụng hành chính Việt Nam được xây dựng theo hướng khác với các nguyên tắc trên và có nhiều nét tương đồng với tố tụng dân sự:

- Đương sự có nghĩa vụ chứng minh, tòa án có trách nhiệm hỗ trợ đương sự chứng minh.

Điều 9 Luật Tố tụng hành chính 2015 quy định: Các đương sự có quyền và nghĩa vụ chủ động thu thập, giao nộp tài liệu, chứng cứ cho tòa án và chứng minh yêu cầu của mình là có căn cứ và hợp pháp. Cá nhân khởi kiện, yêu cầu để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người khác có quyền và nghĩa vụ thu thập, cung cấp tài liệu, chứng cứ, chứng minh như đương sự. Tòa án có trách nhiệm hỗ trợ đương sự trong việc thu thập

tài liệu, chứng cứ và tiến hành thu thập, xác minh chứng cứ; yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu, chứng cứ cho tòa án hoặc đương sự.

- Nếu đương sự không nộp hoặc nộp không đầy đủ tài liệu, chứng cứ do tòa án yêu cầu mà không có lý do chính đáng thì tòa án căn cứ vào tài liệu, chứng cứ mà đương sự đã giao nộp và tòa án đã thu thập để giải quyết vụ án (Điều 83 Luật Tố tụng hành chính 2015).

Tóm lại, tòa án có trách nhiệm chứng minh để thực hiện nhiệm vụ bảo vệ công lý, tuy nhiên, tùy theo loại hình tố tụng, tòa án phải thực hiện nghĩa vụ chứng minh khác nhau. Yêu cầu với các tòa án là phải nhận thức rõ giới hạn tham gia hoạt động chứng minh này để giải quyết vụ án công bằng, hợp pháp nhằm bảo vệ quyền và lợi ích của các chủ thể trong xã hội.

¹² Phạm Hồng Thái (chủ biên), *Giáo trình Luật Tố tụng hành chính*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2002, tr. 212.

BẢO LƯU QUYỀN SỞ HỮU VÀ HIỆU LỰC ĐỐI KHÁNG VỚI NGƯỜI THỨ BA

*Dương Anh Sơn**

Tóm tắt: Bảo lưu quyền sở hữu là một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Đây cũng là một trong những nội dung mới được đưa vào Bộ luật Dân sự năm 2015. Trong bài viết này, tác giả phân tích một số quy định của pháp luật liên quan đến bảo lưu quyền sở hữu. Bài viết cũng đề cập đến quyền đòi lại tài sản, vấn đề hiệu lực đối kháng với người thứ ba, và trên cơ sở đó, đưa ra một số đề xuất hoàn thiện pháp luật.

Abstract: Reservation of ownership is a measure ensuring the enforcement of obligation. This is one of the new issues of the Civil Code of 2015. This paper analyses law and regulation on reservation of ownership. It also discusses right to taking back property and legal effect against the third party. Basing on that, it makes proposals to improve relevant law and regulation.

Có thể nhận thấy, Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 đã có nhiều quy định mới, trong đó có quy định về bảo lưu quyền sở hữu tài sản là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, về vấn đề này hiện đang có nhiều quan điểm khác nhau.

1. Về bảo lưu quyền sở hữu

Theo Điều 331 BLDS năm 2015, trong hợp đồng mua bán, quyền sở hữu tài sản có thể được bên bán bảo lưu cho đến khi nghĩa vụ thanh toán được thực hiện đầy đủ. Bảo lưu quyền sở hữu phải được lập thành văn bản riêng hoặc được ghi trong hợp đồng mua bán. Bảo lưu quyền sở hữu phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký tại Trung tâm đăng ký giao dịch bảo đảm. Có ý kiến cho rằng, quy định như vậy là đảm bảo hài hoà lợi ích của bên bán và bên mua¹.

Theo pháp luật của nhiều nước, bảo lưu quyền sở hữu chỉ có thể được thực hiện khi:

i) Trong hợp đồng mua bán, người bán đồng ý cho người mua trả chậm; và ii) Việc bảo lưu quyền sở hữu được thoả thuận trong hợp đồng. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam có vẻ không nhất quán trong vấn đề này. Khoản 2 Điều 331 quy định một cách gián tiếp rằng, bảo lưu quyền sở hữu chỉ có thể được thực hiện khi có sự thoả thuận của các bên trong hợp đồng hoặc trong một văn bản riêng biệt. Trong khi đó, theo khoản 1 Điều 453 BLDS năm 2015, các bên có thể thoả thuận về việc bên mua trả chậm hoặc trả dần tiền mua trong một thời hạn sau khi nhận tài sản mua. Bên bán được bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản bán cho đến khi bên mua trả đủ tiền, trừ trường hợp có thoả thuận khác.

Từ quy định của Điều 331 có thể hiểu rằng, người bán chỉ có thể có quyền bảo lưu quyền sở hữu trong khoảng thời gian người mua chưa thực hiện xong nghĩa vụ thanh toán và bảo lưu quyền sở hữu sẽ chấm dứt tại thời điểm nghĩa vụ thanh toán cho bên bán được thực hiện xong². Nếu người mua thực hiện nghĩa vụ thanh toán trước hoặc vào thời điểm nhận hàng thì người bán

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

¹ Xem: Nguyễn Minh Tuấn, *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự của nước Cộng hoà xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, 2015, tr. 505.

² Xem khoản 1 Điều 334 BLDS năm 2015.

không có quyền bảo lưu quyền sở hữu. Bên cạnh Điều 331, Điều 453 BLDS năm 2015³ cũng quy định về bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản và người mua được phép trả chậm. Tuy nhiên, căn cứ phát sinh bảo lưu quyền sở hữu lại khác nhau: Có thoả thuận bảo lưu theo Điều 331 và mặc nhiên bảo lưu theo Điều 453. Căn cứ Điều 453 BLDS năm 2015, điều kiện cần và đủ để người bán bảo lưu quyền sở hữu là người mua chưa thực hiện đầy đủ nghĩa vụ thanh toán (trả chậm, trả dần), trong khi đó đây mới chỉ là điều kiện cần để người bán bảo lưu quyền sở hữu theo Điều 331 (điều kiện đủ là phải có thoả thuận của các bên).

Hợp đồng là sự thoả thuận giữa các bên nhằm xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền và nghĩa vụ. Theo Điều 453 BLDS năm 2015, trong hợp đồng mua bán trả chậm, trả dần, bảo lưu quyền sở hữu không phụ thuộc vào việc các bên có thoả thuận hay không, người bán chỉ không có quyền này nếu các bên có thoả thuận trong hợp đồng. Về nguyên tắc, pháp luật chỉ áp đặt các bên trong hợp đồng trong trường hợp cần bảo vệ lợi ích của nhà nước, của xã hội hoặc của người thứ ba. Trong hợp đồng mua bán trả chậm, trả dần, tác giả nhận thấy, việc bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản không thuộc các trường hợp trên nên pháp luật không cần can thiệp mà nên căn cứ vào thoả thuận các bên.

Từ đó, tác giả cho rằng, quy định tại Điều 453 BLDS năm 2015 không những mâu thuẫn với Điều 331 mà còn trái thực tiễn và thiếu tính khả thi⁴.

2. Về quyền đòi lại tài sản

³ Điều 453 BLDS năm 2015 về “mua trả chậm, trả dần”.

⁴ Xem thêm Đỗ Văn Đại, *Bình luận khoa học những điểm mới của BLDS 2015*, Nxb. Hồng Đức, năm 2016, tr. 335.

Theo Điều 332 BLDS năm 2015, trong trường hợp bên mua không hoàn thành nghĩa vụ thanh toán cho bên bán theo thoả thuận thì bên bán có quyền đòi lại tài sản. Bên bán hoàn trả cho bên mua số tiền bên mua đã thanh toán sau khi trừ giá trị hao mòn tài sản do sử dụng. Trường hợp bên mua làm mất, hư hỏng tài sản thì bên bán có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại.

Trong trường hợp người mua vẫn đang chiếm giữ tài sản và tài sản vẫn còn duy trì tình trạng ban đầu thì việc đòi lại tài sản là việc đơn giản. Vấn đề sẽ trở nên phức tạp hơn nhiều khi hàng hoá nguyên gốc không còn do hành vi sáp nhập, trộn lẫn hay chế biến của người khác, thậm chí tạo thành sản phẩm mới cùng với nguyên vật liệu của người khác⁵. Trong những trường hợp này pháp luật chưa dự liệu quyền đòi lại tài sản được thực hiện như thế nào.

Thứ nhất, nếu quyền đòi lại tài sản bao gồm đòi lại tài sản nguyên trạng hoặc đòi lại giá trị của tài sản thì bảo lưu quyền sở hữu không còn được coi là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ mà chỉ là điều khoản do các bên thoả thuận trong hợp đồng mua bán tài sản.

Thứ hai, nếu trong hợp đồng không có điều khoản bảo lưu quyền sở hữu và pháp luật không điều chỉnh vấn đề này thì người bán có quyền đòi lại tài sản đã bán khi người mua không thực hiện nghĩa vụ thanh toán hay không?

Theo Điều 425 BLDS năm 2005, một bên có quyền huỷ bỏ hợp đồng mà không phải bồi thường thiệt hại khi việc vi phạm hợp đồng là điều kiện huỷ bỏ đã được các

⁵ Xem: Trịnh Thục Hiền, *Bảo lưu quyền sở hữu trong Dự thảo Bộ luật Dân sự: một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ*, kỷ yếu Hội thảo “Góp ý xây dựng Bộ luật Dân sự” do trường Đại học Kinh tế - Luật tổ chức ngày 28/4/2015.

bên thoả thuận hoặc pháp luật quy định; khi hợp đồng bị huỷ bỏ thì hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết và các bên phải hoàn trả cho nhau tài sản đã nhận; nếu không hoàn trả được bằng hiện vật thì phải trả bằng tiền, bên có lỗi trong việc hợp đồng bị huỷ bỏ phải bồi thường thiệt hại. Trong trường hợp không có thoả thuận vi phạm hợp đồng là điều kiện huỷ hợp đồng, BLDS năm 2005 quy định một số trường hợp cho phép người mua được huỷ hợp đồng và yêu cầu bồi thường thiệt hại⁶. Trong khi đó không có quy định nào của BLDS năm 2005 và Luật Thương mại (LTM) năm 2005 cho phép người bán huỷ bỏ hợp đồng khi người mua không thực hiện nghĩa vụ thanh toán nếu các bên không có thoả thuận khác. Có thể thấy rằng đây là một trong những bất cập của BLDS năm 2005 và LTM năm 2005.

Tuy nhiên, theo BLDS năm 2005, ngay cả khi không có điều khoản bảo lưu quyền sở hữu thì người bán vẫn có quyền đòi lại tài sản bằng cách huỷ hợp đồng nếu các bên thoả thuận việc không thực hiện nghĩa vụ thanh toán là điều kiện huỷ hợp đồng.

Thứ ba, nếu không có quyền đòi lại tài sản theo quy định tại Điều 332 BLDS năm 2015 và không có thoả thuận bảo lưu quyền sở hữu thì người bán có quyền đòi lại tài sản khi người mua không thanh toán hay không. Có thể khẳng định rằng, người mua không thanh toán cho người bán có nghĩa là người mua đã vi phạm hợp đồng và căn cứ Điều 424 BLDS năm 2015 thì người bán có quyền huỷ hợp đồng.

Thật vậy, theo Điều 424 BLDS năm 2015, trường hợp bên có quyền yêu cầu

thực hiện nghĩa vụ trong một thời hạn hợp lý nhưng bên có nghĩa vụ không thực hiện thì bên có quyền có thể huỷ bỏ hợp đồng⁷. Khi hợp đồng bị huỷ, theo Điều 427 BLDS năm 2015 thì: i) Hợp đồng không có hiệu lực từ thời điểm giao kết, các bên không phải thực hiện nghĩa vụ đã thoả thuận, trừ thoả thuận về phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại và thoả thuận về giải quyết tranh chấp; ii) Các bên phải hoàn trả cho nhau những gì đã nhận sau khi trừ chi phí hợp lý trong thực hiện hợp đồng và chi phí bảo quản, phát triển tài sản. Việc hoàn trả được thực hiện bằng hiện vật; trường hợp không hoàn trả được bằng hiện vật thì được trị giá thành tiền để hoàn trả; và iii) Bên bị thiệt hại do hành vi vi phạm nghĩa vụ của bên kia được bồi thường. Quy định này của pháp luật được áp dụng cho cả trường hợp người mua không thực hiện nghĩa vụ thanh toán theo hợp đồng.

Do đó, cho dù không có quyền đòi lại tài sản theo Điều 332 BLDS năm 2015 thì người bán vẫn có quyền đòi lại tài sản theo Điều 424 và Điều 427 BLDS năm 2015.

Vấn đề đặt ra là việc đòi lại tài sản khi bảo lưu quyền sở hữu theo Điều 332 và việc hoàn trả lại tài sản trong trường hợp hợp đồng bị huỷ theo Điều 427 BLDS năm 2015 có gì khác nhau? Về vấn đề này pháp luật còn để ngỏ. Theo quan điểm của tác giả, pháp luật cần cho phép người bán đòi lại tài sản đã được bảo lưu quyền sở hữu một cách nhanh chóng, linh hoạt và bảo đảm hơn so với việc hoàn trả lại tài sản khi hợp đồng bị huỷ.

3. Hiệu lực đối kháng với người thứ ba: Quyền truy đòi tài sản hay quyền ưu tiên

⁶ Xem: Điểm c khoản 2 Điều 435 - Trách nhiệm do giao vật không đúng số lượng; điểm b khoản 1 Điều 436 - Trách nhiệm do giao vật không đồng bộ, khoản 3 Điều 437 - Trách nhiệm giao vật không đúng chủng loại.

⁷ Có thể nói rằng, Điều 424 BLDS 2015 khắc phục được khiếm khuyết của Điều 425 BLDS 2005 khi trao cho người bán quyền huỷ hợp đồng trong trường hợp người mua vi phạm nghĩa vụ thanh toán.

Hiệu lực đối kháng với người thứ ba được coi là nội dung mới trong BLDS năm 2015. Trước đây, cụm từ “có giá trị pháp lý đối với người thứ ba”⁸ như khoản 3 Điều 323 BLDS năm 2005 quy định được hiểu là: i) Người nhận bảo đảm được ưu tiên thanh toán trước so với các chủ nợ khác theo quy định tại Điều 308 BLDS năm 2015; ii) Người có quyền (người bán) có quyền truy đòi tài sản từ người thứ ba đang chiếm giữ tài sản theo quy định tại khoản 2 Điều 297 BLDS năm 2015. Trong phần này không đề cập đến quyền ưu tiên thanh toán mà chỉ đi sâu phân tích quyền truy đòi.

Có ý kiến cho rằng, “quyền truy đòi” theo BLDS năm 2015 có ý nghĩa tương đương như “trả lại tài sản” của bên nhận cầm cố đối với trường hợp tài sản bị người khác chiếm giữ theo BLDS năm 2005⁹. Tác giả cho rằng, quyền truy đòi và quyền yêu cầu người đang chiếm hữu, sử dụng trái pháp luật tài sản cầm cố trả lại tài sản theo khoản 1 Điều 314, quyền yêu cầu bên thế chấp hoặc người thứ ba giữ tài sản thế chấp giao tài sản đó cho mình để xử lý khi bên thế chấp không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ theo khoản 5 Điều 323, quyền đòi lại tài sản theo Điều 332 BLDS năm 2015 là không giống nhau. Bên có quyền thực hiện quyền truy đòi khi họ không thể đòi lại tài sản từ các chủ thể nói trên vì tài sản đã được họ chuyển giao cho người thứ ba khác.

Đối với các biện pháp cầm cố và thế chấp thì bên cầm cố hoặc bên thế chấp khó có thể chuyển nhượng tài sản thế chấp cho người thứ ba vì đã đăng ký biện pháp bảo

đảm hoặc tài sản đã bị chiếm giữ. Nếu là cầm cố động sản thì bên nhận cầm cố đang chiếm giữ tài sản nên vấn đề truy đòi không được đặt ra mà chỉ có thể đòi lại tài sản từ người chiếm giữ trái pháp luật. Nếu tài sản cầm cố (là động sản) hoặc thế chấp bất động sản (cả thế chấp động sản) thì bên cầm cố và bên thế chấp chỉ có thể chuyển nhượng tài sản đó một cách bất hợp pháp cho người thứ ba, khi đó, bên nhận cầm cố hoặc bên nhận thế chấp có quyền đòi lại tài sản từ người chiếm hữu mà không phải thực hiện quyền truy đòi. Trong trường hợp thế chấp động sản, bên nhận thế chấp có thể cho phép bên thế chấp bán tài sản thế chấp và có quyền theo đuổi (cũng có thể gọi là quyền truy đòi) tài sản đó (hoặc giá trị tài sản).

Như vậy, quyền truy đòi được thực hiện khi không thể đòi lại tài sản từ chủ thể có nghĩa vụ (bên thế chấp động sản có quyền bán động sản đó và người mua tài sản được bảo lưu quyền sở hữu) vì tài sản đã được chuyển giao hợp pháp cho người thứ ba. Hay nói cách khác là người bán thực hiện quyền truy đòi tài sản khi có đủ các điều kiện cần và đủ: Điều kiện cần là trong hợp đồng có điều khoản bảo lưu quyền sở hữu và biện pháp bảo đảm này đã được đăng ký; điều kiện đủ là người mua không còn chiếm giữ tài sản mua bán được bảo lưu quyền sở hữu và tài sản đã được người mua bán cho người thứ ba.

Việc thực hiện quyền truy đòi tài sản từ khách hàng của người mua sẽ gặp những khó khăn nào, có thể gây ra những rủi ro và hậu quả pháp lý là gì?

Quyền truy đòi tài sản của người bán có thể được phân tích qua ví dụ sau: A bán tài sản cho B và trong hợp đồng A cho phép B trả chậm (tương tự mua trả chậm, trả dần). Trong hợp đồng ghi nhận điều khoản bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản đó của A.

⁸ Xem: Nguyễn Hải An, “Các quy định mới về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và tác động đến lợi ích của các doanh nghiệp”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 2(105), 2017.

⁹ Xem: Nguyễn Hải An, t.lđd.

Biện pháp bảo đảm này được đăng ký. Sau khi nhận tài sản từ A, B bán tài sản đó cho C. Đến thời hạn, B không thực hiện nghĩa vụ thanh toán đối với A. Theo quy định tại Điều 332 BLDS 2015, A có quyền đòi lại tài sản từ B, nhưng vì tài sản đã được ông B bán cho ông C nên A có quyền truy đòi tài sản từ C. Như phân tích ở trên, việc A đòi tài sản từ B đã là vấn đề phức tạp thì việc A truy đòi tài sản từ C lại càng khó khăn hơn.

Thực tiễn hoạt động thương mại cho thấy, người mua hàng hoá thường có mục đích kiếm lời. Vì vậy, sau khi nhận hàng từ người bán họ không giữ lại mà chuyển nhượng cho những người mua khác và đây cũng là điều mà các nhà làm luật đã dự liệu trước.

Việc thực hiện quyền truy đòi tài sản sẽ gặp những vấn đề phức tạp sau đây:

Thứ nhất, tài sản đã được chuyển giao một cách hợp pháp qua nhiều người, ví dụ, A bán cho B và A bảo lưu quyền sở hữu, B bán cho C, C bán cho D... Trong trường hợp này người bán truy đòi tài sản từ ai trong số những người nói trên và như thế nào?

Thứ hai, sau khi mua tài sản được bảo lưu quyền sở hữu, người mua bán lại cho nhiều khách hàng và không loại trừ các khách hàng của người mua đã chuyển nhượng tài sản cho những người khác. Trong trường hợp này, người bán khó có thể xác định được hết khách hàng của người mua đã mua tài sản là đối tượng bảo lưu quyền sở hữu. Vấn đề sẽ trở nên phức tạp hơn rất nhiều khi tài sản đó là động sản và vật cùng loại.

Thứ ba, tài sản được bảo lưu đã được khách hàng của người mua trộn lẫn với các loại tài sản khác thành tài sản chung hợp nhất. Trong trường hợp này việc truy đòi chính tài sản là đối tượng của bảo lưu quyền sở hữu là không thể mà chỉ có thể truy đòi

giá trị của phần tài sản đó. Việc này cũng không thể được thực hiện dễ dàng. Ai sẽ là người xác định tỉ lệ? Ai sẽ bỏ chi phí để thuê giám định? Dưới góc độ kinh tế học thì chi phí giao dịch có thể khá cao và điều này làm giảm đáng kể hiệu quả của giao dịch.

Thứ tư, ngoài những khó khăn khi thực hiện quyền truy đòi tài sản, việc thực hiện quyền này có thể mang lại rủi ro cho người thứ ba là khách hàng của người mua. Đây được coi là rủi ro mà khách hàng của người mua khó có thể lường trước được và họ có thể phải gánh chịu. Hậu quả tiếp theo là tạo ra môi trường kinh doanh nhiều rủi ro, trong đó người mua luôn cảm thấy bất an về việc hàng hoá họ mua có thuộc đối tượng bảo lưu quyền sở hữu theo quy định tại Điều 331 BLDS năm 2015 hay không, nhất là khi người mua và người bán cố tình đưa vào hợp đồng thoả thuận cho phép người mua trả chậm và người bán bảo lưu quyền sở hữu đối với tài sản mua bán.

Theo nguyên tắc chung, hợp đồng làm phát sinh hiệu lực ràng buộc đối với các bên tham gia. Còn hợp đồng làm phát sinh hiệu lực đối với người thứ ba được coi là ngoại lệ của nguyên tắc chung đó. Điều này được lý giải bởi việc chủ thể phải chịu trách nhiệm về hành vi mà họ thực hiện mà không chịu trách nhiệm về hành vi của người khác. Tuy nhiên, trong trường hợp này, khách hàng của người mua lại phải chịu trách nhiệm cho những hành vi của người khác. Để khỏi phải chịu rủi ro thì khách hàng của người mua cần phải xác định tài sản họ mua có thuộc đối tượng bảo lưu quyền sở hữu hay không.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 387 BLDS năm 2015, một bên phải thông báo cho bên kia biết thông tin ảnh hưởng đến việc chấp nhận giao kết hợp đồng. Theo quy định này thì người mua phải có nghĩa vụ

thông báo cho khách hàng của mình biết về việc tài sản mua bán thuộc đối tượng bảo lưu quyền sở hữu, và nếu không thông báo mà gây thiệt hại thì phải bồi thường. Vấn đề là nếu người mua đã không thể thực hiện nghĩa vụ thanh toán cho người bán thì việc bồi thường cho khách hàng là khó có thể xảy ra. Hậu quả là khách hàng của người mua có thể vừa bị truy đòi tài sản, vừa bị thiệt hại nhưng không được bồi thường.

Trong trường hợp người mua không thực hiện nghĩa vụ được quy định tại khoản 1 Điều 387 thì theo quy định tại Điều 59 Nghị định 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 của Chính phủ về Đăng ký biện pháp bảo đảm, cá nhân, pháp nhân, hộ gia đình (khách hàng của người mua) có quyền tìm hiểu hoặc yêu cầu cung cấp thông tin về biện pháp bảo đảm được lưu giữ trong sổ đăng ký, cơ sở dữ liệu về biện pháp bảo đảm và Hệ thống dữ liệu quốc gia về biện pháp bảo đảm. Như vậy về mặt lý thuyết, để tránh rủi ro, người mua hàng có thể tìm hiểu hàng hoá họ định mua có thuộc đối tượng của bảo lưu quyền sở hữu và biện pháp bảo lưu này có được đăng ký bảo đảm hay không. Tuy nhiên, để có được những thông tin đó, người mua hàng phải mất một khoảng thời gian nhất định và phí tra cứu đăng ký giao dịch bảo đảm.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 453 BLDS năm 2015, bên mua có quyền sử dụng tài sản mua trả chậm, trả dần và phải chịu rủi ro trong thời gian sử dụng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Như vậy, người mua trong hợp đồng mua bán trả chậm, trả dần không có quyền định đoạt tài sản, điều này có nghĩa là người mua không có quyền bán tài sản đó cho người khác và theo logic, quy định này cũng được áp dụng cho tình huống theo Điều 331, vậy vấn đề là quyền truy đòi tài sản được hình thành trên

cơ sở nào nếu người mua không được phép chuyển nhượng tài sản cho người khác¹⁰.

Pháp luật của những quốc gia cho phép bảo lưu quyền sở hữu hết sức thận trọng với quyền truy đòi tài sản và hầu hết không quy định quyền truy đòi mà chỉ coi điều khoản về bảo lưu quyền sở hữu là một điều khoản trong hợp đồng mua bán tài sản do các bên thỏa thuận. Ví dụ, theo quy định tại khoản 3 Điều 449 BLDS của Đức¹¹, thỏa thuận bảo lưu quyền sở hữu sẽ vô hiệu khi việc chuyển giao quyền sở hữu được thực hiện bởi bên mua nhằm thỏa mãn yêu cầu của bên thứ ba, nhất là khi bên thứ ba này có quan hệ kinh tế với bên bán.

Trong ví dụ được đưa ra nói trên, liệu người mua B có quyền bán hàng hoá không thuộc sở hữu của họ hay không khi mà Điều 444 BLDS năm 2015 (Bảo đảm quyền sở hữu của bên mua đối với tài sản mua bán) quy định, bên bán có nghĩa vụ bảo đảm quyền sở hữu đối với tài sản đã bán cho bên mua không bị người thứ ba tranh chấp. Khoản 2 điều này quy định, nếu người thứ ba (A) có quyền sở hữu một phần hoặc toàn bộ tài sản mua bán thì bên mua (C) có quyền hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bên bán (B) bồi thường thiệt hại nếu tại thời điểm ký hợp đồng mua bán giữa B và C khi C không biết tài sản bị người thứ ba (người bán A) tranh chấp. Còn nếu tại thời điểm ký hợp đồng mua bán, người mua C biết hoặc buộc phải biết tài sản họ mua là đối tượng bảo lưu quyền sở hữu của A thì C phải trả lại tài sản cho chủ sở hữu A và không có quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại.

¹⁰ Có thể thấy quy định tại khoản 2 Điều 453 BLDS năm 2015 là hoàn toàn trái thực tiễn. Trong thực tế, người mua thường bán lại hàng hoá cho người khác mặc dù chưa thanh toán hết tiền mua hàng cho người bán.

¹¹ Xem: German Civil Code (BGB), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, truy cập ngày 02/11/2017.

Theo quan điểm của tác giả, xuất phát từ khoản 2 Điều 297 và Điều 444 BLDS năm 2015, người mua sẽ không mua tài sản nếu biết được tài sản đó đang là đối tượng bảo lưu quyền sở hữu. Kết quả là người mua đã mất thời gian nhưng cuối cùng hợp đồng không được ký kết và quy định về quyền truy đòi là không thực tế. Rõ ràng, quy định quyền truy đòi làm tăng chi phí giao dịch và trong nhiều trường hợp làm cho người mua mất cơ hội kinh doanh.

4. Kết luận

Pháp luật của các nước tiếp cận khác nhau về chức năng và vai trò của vấn đề bảo lưu quyền sở hữu đối với hàng hoá đã bán. Pháp luật của Liên bang Nga không đề cập đến vấn đề này và có vẻ coi bảo lưu quyền sở hữu chỉ là điều khoản do các bên thoả thuận trong hợp đồng (Điều 491 BLDS)¹². Pháp luật của Đức không coi bảo lưu quyền sở hữu là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ mà chỉ xem xét vấn đề này là điều khoản trong hợp đồng mua bán tài sản là động sản¹³. Pháp luật của Pháp (Điều 2367 BLDS¹⁴), Điều 9-103 Bộ luật Thương mại thống nhất của Hoa Kỳ (Uniform Commercial Code - UCC)¹⁵ thừa nhận bảo lưu quyền sở hữu là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Ngay cả khi pháp luật của Pháp coi bảo lưu quyền sở hữu là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, và có ý kiến

cho rằng, không nên chỉ sử dụng biện pháp bảo lưu quyền sở hữu mà còn cần phải sử dụng các biện pháp bảo đảm khác¹⁶.

Tác giả cho rằng:

Thứ nhất, bảo lưu quyền sở hữu không phải là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ bởi nó không mang lại cho bên có quyền sự đảm bảo chắc chắn là nghĩa vụ được thực hiện theo biện pháp bảo đảm khác như khi bên cầm cố, thế chấp không thực hiện nghĩa vụ thì bên nhận cầm cố, thế chấp có quyền xử lý tài sản thế chấp, cầm cố đó. Trong bảo lưu quyền sở hữu thì không có sự chắc chắn đó, người mua không thể thực hiện nghĩa vụ thanh toán và cũng không còn tài sản. Nếu so sánh giữa phạt vi phạm hợp đồng với bảo lưu quyền sở hữu thì có thể thấy, điều khoản phạt vi phạm trong hợp đồng có tính răn đe cao hơn điều khoản bảo lưu quyền sở hữu vì kể từ thời điểm ký hợp đồng, các bên bị đặt vào tình thế và buộc phải ý thức được hậu quả mà họ phải gánh chịu nếu không thực hiện đúng nghĩa vụ hợp đồng. Điều khoản phạt vi phạm, ngoài việc cho phép bên bị vi phạm đòi lại tài sản (nếu hợp đồng bị huỷ) còn bắt buộc bên vi phạm phải trả một khoản tiền phạt. Tuy nhiên, phạt vi phạm không còn được coi là biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ theo BLDS năm 2005 và BLDS năm 2015.

Ngoài ra, chỉ nên coi bảo lưu quyền sở hữu là một loại điều khoản trong hợp đồng do các bên thoả thuận. Việc thoả thuận bảo lưu quyền sở hữu xuất phát từ bối cảnh, trong đó có các yếu tố liên quan như loại tài sản mua bán là để sử dụng hay để bán lại...

(Xem tiếp trang 61)

¹² Xem: Статья 491. Сохранение права собственности за продавцом, *Гражданский кодекс Российской Федерации (ГК РФ)*, <https://www.zakonrf.info/gk/491/>, truy cập ngày 02/11/2017.

¹³ Xem: German Civil Code (BGB), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, truy cập ngày 02/11/2017.

¹⁴ Xem: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do>, truy cập ngày 02/11/2017.

¹⁵ Điều 9-103 UCC được hiểu là lợi ích bảo đảm trên tài sản mua. Xem: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-103>, truy cập ngày 02/11/2017.

¹⁶ Xem: Joan Dray, *Clause de réserve de propriété et déclaration de créance à la procédure collective*, <https://www.legavox.fr/blog/maitre-joan-dray/clause-reserve-propriete-declaration-creance-15271.htm>, truy cập ngày 02/11/2017.

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**

Tóm tắt: Bài viết phân tích vai trò của các nhà cung cấp dịch vụ internet trong lĩnh vực thực thi quyền tác giả trên môi trường internet ở Việt Nam và tổng quan về ba phương thức áp dụng trách nhiệm đối với các nhà cung cấp dịch vụ internet phổ biến. Đồng thời, bài viết đề xuất một phương thức cho các nhà cung cấp dịch vụ internet ở Việt Nam và định hướng chính sách của Việt Nam trong bối cảnh hiện nay.

Abstract: This paper analyses the role of internet service providers (ISP) in copyright enforcement in online environment in Vietnam and introduces three main kinds of ISP responsibility. It also proposes another kind of ISP responsibility and related policy in Vietnam.

Trong thời đại internet phát triển nhanh và mạnh như hiện nay, với sự phổ biến công nghệ chia sẻ file đồng đẳng (peer to peer – P2P), các hành vi xâm phạm quyền tác giả nở rộ khiến chủ tác quyền gặp nhiều khó khăn trong việc bảo vệ hiệu quả quyền lợi chính đáng của mình. Các nhà cung cấp dịch vụ internet, vốn có vị trí đặc biệt, nổi lên như là một đối tượng cần hướng đến của các nhà làm luật để biến họ thành chủ thể có trách nhiệm thực thi quyền tác giả trên internet.

1. Vai trò của các nhà cung cấp dịch vụ internet trong hệ thống pháp luật về thực thi quyền tác giả tại Việt Nam

1.1. Khái niệm “nhà cung cấp dịch vụ internet”

Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) không quy định cụ thể vai trò của các nhà cung cấp dịch vụ

internet (internet service provider – sau đây gọi tắt là ISP) như là một thực thể thực thi quyền tác giả trong môi trường số, vì vậy, không có khái niệm về ISP trong văn bản này. Thay vào đó, khái niệm ISP được quy định trong Nghị định số 72/2013/NĐ-CP về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng (Nghị định 72).

Tuy nhiên, cần lưu ý là có sự khác nhau đáng kể về nội hàm của khái niệm ISP theo Nghị định 72 của Việt Nam với quy định của các quốc gia khác trên thế giới. Cụ thể, trong Nghị định 72, ISP được định nghĩa là những doanh nghiệp viễn thông cung cấp dịch vụ truy nhập internet và dịch vụ kết nối internet (khoản 4 Điều 3). Theo đó, dịch vụ truy nhập internet là dịch vụ cung cấp cho người sử dụng internet khả năng truy nhập đến internet, còn dịch vụ kết nối internet là dịch vụ kết nối doanh nghiệp cung cấp dịch vụ truy nhập internet, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ ứng dụng viễn thông với nhau để chuyển tải lưu lượng internet (khoản 2

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

Điều 3). Khác với Việt Nam, ở nhiều quốc gia khác trên thế giới, ISP được định nghĩa với tư cách là một chủ thể chịu sự điều chỉnh của Luật Bản quyền có nội hàm rộng hơn. Theo đó, Luật Bản quyền của các quốc gia như Mỹ, Úc hay Liên minh châu Âu quy định ISP bao gồm cả hai loại: Các nhà cung cấp dịch vụ truy nhập và kết nối internet cùng các nhà cung cấp dịch vụ lưu trữ thông tin và công cụ định vị thông tin. Ví dụ, Úc quy định các ISP¹ có 4 loại hoạt động chịu sự điều chỉnh của Luật Bản quyền 1968 (The Copyright Act 1968 (Cth) bao gồm cung cấp dịch vụ truyền dẫn, định tuyến, lưu trữ trung gian hoặc tạm thời, lưu trữ bản sao các đối tượng bản quyền một cách tự động (caching) hoặc theo yêu cầu của người dùng, và cuối cùng là chuyển người dùng đến địa chỉ trực tuyến bằng công cụ định vị thông tin².

Những quy định tương tự cũng có thể tìm thấy trong Đạo luật Thiên niên kỷ số của Hoa Kỳ (Digital Millennium Copyright Act – DMCA) tại Điều 512³.

Ngoài ra, khái niệm về ISP được ghi nhận trong Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP)⁴ cũng có nội hàm rộng

như vậy. Cụ thể, Điều 18.8 quy định ISP bao gồm hai loại:

(1) Nhà cung cấp các dịch vụ trực tuyến cho việc truyền dẫn, định tuyến hoặc cung cấp kết nối cho truyền thông trực tuyến kỹ thuật số, giữa hai hay nhiều điểm do người dùng xác định, đối với các nội dung do người dùng lựa chọn, thực hiện chức năng truyền dẫn, định tuyến, hoặc cung cấp kết nối đến các tài liệu mà không làm thay đổi nội dung của tài liệu đó, hoặc lưu trữ trung gian và tạm thời các tài liệu đó một cách tự động trong một quy trình kỹ thuật;

(2) Nhà cung cấp các dịch vụ trực tuyến thực hiện chức năng lưu trữ, theo chỉ định của người dùng, tài liệu trên hệ thống hoặc mạng được điều khiển hoặc vận hành bởi hoặc cho nhà cung cấp dịch vụ internet; và chuyển hoặc kết nối người dùng đến một vị trí trực tuyến bằng việc sử dụng các công cụ định vị thông tin, gồm cả siêu liên kết và thư mục.

Thậm chí, Chỉ thị về thương mại điện tử 2000/31/EC của Nghị viện và Hội đồng châu Âu⁵ còn quy định rằng bất kỳ cá nhân, tổ chức nào cung cấp dịch vụ xã hội thông tin đều được coi là người cung cấp dịch vụ và chịu sự điều chỉnh của pháp luật về quyền tác giả. Khái niệm “dịch vụ xã hội thông tin” được hiểu theo quy định tại Điều 1(2) của Chỉ thị 98/34/EC⁶ được sửa đổi, bổ sung bởi Chỉ thị 98/48/EC⁷, theo đó “dịch

¹ Luật Bản quyền của Úc không sử dụng khái niệm ISP mà thay vào đó là khái niệm “các nhà cung cấp dịch vụ vận chuyển” (carriage service provider).

² Điều 116AC, 116AD, 116AE và 116AF, Luật Bản quyền 1968 của Úc, tại: http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdb/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/, truy cập ngày 23/9/2017.

³ Luật Quyền tác giả của Hoa Kỳ (còn gọi là Đạo luật thiên niên kỷ số - DMCA), tại: <https://www.copyright.gov/title17/>, truy cập ngày 23/9/2017.

⁴ Toàn văn của TPP tại <http://wtocenter.vn/tpp/full-text-and-summaries-tp>, truy cập ngày 23/9/2017. Tại cuộc họp vào tháng 11/2017 tại Đà Nẵng – Việt Nam, Hiệp định này đã được các nước thành viên tham gia thống nhất đổi tên thành Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương –

CPTPP (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership).

⁵ Chỉ thị về thương mại điện tử 2000/31/EC, tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:32000L0031>, truy cập ngày 23/9/2017.

⁶ Xem tại <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31998L0034>, truy cập ngày 23/9/2017.

⁷ Xem tại <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=LEGISSUM:121003>, truy cập ngày 23/9/2017.

vụ” là “bất cứ dịch vụ xã hội thông tin nào, nghĩa là, bất cứ dịch vụ nào thông thường được cung cấp có tính phí, ở một khoảng cách, bằng các phương tiện điện tử và theo yêu cầu của cá nhân người nhận dịch vụ”. Như vậy, những hoạt động được bao quát bởi các Chỉ thị của Liên minh châu Âu mà một nhà cung cấp dịch vụ thực hiện là rất rộng lớn.

Rõ ràng, khái niệm ISP theo luật Việt Nam có nội hàm hẹp hơn so với các hệ thống pháp luật khác, theo đó, chỉ bao gồm các tổ chức cung cấp dịch vụ truy nhập internet hoặc có vai trò trung chuyển lưu lượng internet (internet transit), chứ không bao gồm doanh nghiệp có vai trò lưu trữ (storage, hosting) hay cung cấp công cụ định vị (location tools) thông tin cho người dùng. Trong tương lai, Việt Nam cần sửa đổi, bổ sung khái niệm ISP cho phù hợp với xu thế chung của quốc tế.

1.2. Vai trò hiện tại của ISP theo quy định của pháp luật Việt Nam

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam về quyền tác giả, trách nhiệm của ISP là một khoảng trống lớn. Hầu như không có một quy định cụ thể áp trách nhiệm lên các ISP trong việc thực thi tác quyền trong môi trường mạng trực tuyến. Trong Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), vai trò của các ISP không hề được đề cập. Thậm chí, trong Nghị định 72, mặc dù có quy định về trách nhiệm, quyền hạn của ISP nhưng lại không đặt ra trách nhiệm thực thi quyền sở hữu trí tuệ. Không thể tìm thấy bất cứ trách nhiệm nào của ISP trong việc bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ tại Điều 5 (các hành vi bị cấm) hay Điều 7 của Nghị định 72 (quy định quyền và nghĩa vụ của doanh nghiệp cung cấp dịch vụ internet), thay vào đó, Nghị định 72 chỉ quy định nghĩa vụ này

đối với các tổ chức, doanh nghiệp thiết lập trang thông tin điện tử tổng hợp và các quy định này vẫn còn rất chung chung, thiếu cụ thể⁸. Mặc dù khoản 4 Điều 24 Nghị định 72 yêu cầu các tổ chức, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ phải kiểm tra, giám sát loại bỏ những thông tin công cộng có nội dung vi phạm Điều 5 Nghị định 72 ngay khi tự phát hiện hoặc có yêu cầu bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, nhưng Điều 5 lại hoàn toàn không đề cập đến hành vi vi phạm quyền tác giả. Tương tự, Luật Công nghệ thông tin năm 2006 dù có quy định nghiêm cấm hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ (khoản 3 Điều 12) nhưng lại không có những quy định cụ thể về cách thức, quy trình cũng như trách nhiệm bảo vệ quyền tác giả cho các ISP. Bên cạnh đó, Luật cũng chỉ quy định các tổ chức, cá nhân truyền đưa, lưu trữ tạm thời, cho thuê chỗ lưu trữ, cung cấp công cụ tìm kiếm thông tin số có nghĩa vụ gỡ bỏ hoặc ngăn chặn việc truy nhập thông tin số chỉ trong trường hợp theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc do mình tự phát hiện thông tin số được lưu trữ là trái pháp luật (Điều 16 đến Điều 19). Nói cách khác, các cá nhân, tổ chức này không phải chịu trách nhiệm theo dõi, giám sát các thông tin số được truyền đưa, lưu trữ theo yêu cầu của người khác⁹, và cũng không phải chịu trách nhiệm về tính hợp pháp của các thông tin này nếu như họ không sửa đổi thông tin hay thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật

⁸ Khoản 5 Điều 24 Nghị định số 72/2013/NĐ-CP quy định tổ chức, doanh nghiệp thiết lập trang thông tin điện tử tổng hợp phải thực hiện quy định của pháp luật về sở hữu trí tuệ liên quan đến việc cung cấp và sử dụng thông tin nhưng không nêu rõ cơ chế thực hiện cụ thể.

⁹ Ví dụ: khoản 2 Điều 17 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

khác¹⁰. Một điều đáng lưu ý là Luật Công nghệ thông tin năm 2006 chỉ quy định các tổ chức, cá nhân truyền đưa, lưu trữ thông tin số chỉ phải tháo gỡ hoặc ngăn chặn truy nhập đến các dữ liệu thuộc trường hợp bị cấm quy định tại khoản 2 Điều 12 mà không áp dụng cho khoản 3 Điều 12 về điều khoản cấm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ.

Thêm vào đó, các văn bản pháp lý hiện nay đều yêu cầu ISP phải có nghĩa vụ bảo vệ bí mật thông tin khách hàng, không được tiết lộ trừ các trường hợp ngoại lệ theo luật định mà trong số các ngoại lệ đó, không có ngoại lệ nào liên quan đến việc chủ sở hữu tác quyền có quyền yêu cầu ISP phải cung cấp thông tin thuê bao để thực thi quyền tác giả¹¹.

Như vậy, hệ thống pháp luật Việt Nam từ trước đến nay đều ghi nhận ISP thuần túy có vai trò như là một người trung gian có nhiệm vụ chuyển tải thông tin theo yêu cầu của người gửi đến người nhận như một bưu điện, và hầu như không có trách nhiệm đối với những nội dung của người dùng và càng không có quyền can thiệp đến những nội dung đó (trừ một số ngoại lệ như đã đề cập). Hiện tại ISP không bị áp dụng trách nhiệm phải thực hiện bảo hộ quyền tác giả trong môi trường mạng như ba phương thức phổ biến trên thế giới được trình bày sau đây.

¹⁰ Điều 20 Luật Công nghệ thông tin năm 2006.

¹¹ Ví dụ, khoản 4 Điều 6 Luật Viễn thông quy định các trường hợp ngoại lệ này bao gồm: (1) Người sử dụng dịch vụ viễn thông đồng ý cung cấp thông tin; (2) Các doanh nghiệp viễn thông có thỏa thuận bằng văn bản với nhau về việc trao đổi cung cấp thông tin liên quan đến người sử dụng dịch vụ viễn thông để phục vụ cho việc tính giá cước, lập hóa đơn và ngăn chặn hành vi trốn tránh thực hiện nghĩa vụ theo hợp đồng; và (3) Khi có yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

2. Phương thức áp dụng trách nhiệm ISP bảo hộ quyền tác giả trên internet

2.1. Thủ tục thông báo và gỡ bỏ (*notice and take-down*)

Quốc gia tiêu biểu áp dụng thủ tục này là Hoa Kỳ. Thủ tục *notice and takedown* được quy định trong Đạo luật Bản quyền Thiên niên kỷ số (Digital Millennium Copyright Act – DMCA) năm 1998. Theo đó, khi chủ sở hữu tác quyền phát hiện hành vi vi phạm quyền tác giả được thực hiện bởi một người dùng online, họ có quyền phát một thông báo (*notice/notification*) theo quy định của DMCA (gọi là DMCA notice) gửi đến ISP nơi chứa đựng nội dung bị cáo buộc vi phạm, nếu thông báo đáp ứng các yêu cầu của DMCA thì ISP phải có trách nhiệm gỡ bỏ nội dung ấy xuống (*takedown*).

Để có hiệu lực pháp lý, một thông báo DMCA phải hội đủ các yếu tố sau¹²:

(1) Chữ ký (kể cả chữ ký điện tử) của người nhân danh chủ sở hữu quyền bị xâm phạm;

(2) Tài liệu chứng minh quyền đối với một tác phẩm (hoặc danh sách đại diện của nhiều tác phẩm) cho là bị xâm phạm trên một địa chỉ online;

(3) Xác định tài liệu là đối tượng bị cáo buộc vi phạm tác quyền, hoặc các tài liệu đã bị gỡ bỏ hoặc đường dẫn truy nhập bị vô hiệu hóa, và thông tin hợp lý, đầy đủ cho phép nhà cung cấp dịch vụ định vị được tài liệu đó;

(4) Thông tin đầy đủ, hợp lý cho phép nhà cung cấp dịch vụ liên hệ với bên khiếu nại, ví dụ địa chỉ, số điện thoại, và địa chỉ e-mail (nếu có);

(5) Một tuyên bố thể hiện bên khiếu nại có niềm tin ngay tình rằng việc sử dụng tài

¹² Điều 512(c)(3) DMCA.

liệu bị khiếu nại là không được sự cho phép của chủ sở hữu tác quyền hoặc đại diện hợp pháp của họ hoặc trái luật;

(6) Một tuyên bố thể hiện rằng những thông tin trong thông báo là chính xác và bên khiếu nại được quyền hành động nhân danh chủ sở hữu quyền bị xâm phạm.

Ngoài ra, DMCA còn quy định rằng nếu không đồng ý với cảnh báo của ISP, người dùng có quyền thông báo phản hồi (counter notification) đến ISP để tuyên bố hành vi của mình là không xâm phạm quyền tác giả như khiếu nại của bên phát thông báo DMCA. Một thông báo phản hồi phải có các thông tin sau¹³:

(1) Chữ ký của người sử dụng;

(2) Thông tin chứng minh các tài liệu đã bị gỡ bỏ hoặc đường dẫn truy nhập bị vô hiệu hóa và vị trí của chúng;

(3) Một tuyên bố thể hiện rằng người sử dụng có niềm tin ngay tình rằng việc tài liệu bị xóa hoặc bị vô hiệu hóa là do nhầm lẫn hoặc thông tin chứng minh quyền có sai sót.

(4) Tên, địa chỉ, số điện thoại của người sử dụng và một tuyên bố rằng người sử dụng đồng ý thẩm quyền xét xử của Tòa án khu vực của Liên bang.

Khi nhận được thông báo phản hồi có nội dung phù hợp với yêu cầu của DMCA, ISP có trách nhiệm gửi bản sao của thông báo phản hồi này đến người đã gửi thông báo khiếu nại DMCA, và báo rằng ISP sẽ khôi phục lại dữ liệu đã bị gỡ bỏ hoặc bị vô hiệu hóa. Công việc này tiến hành trong vòng 10-14 ngày làm việc kể từ ngày nhận được thông báo phản hồi, trừ trường hợp bên khiếu nại khởi kiện ra tòa để ngăn cản hành vi xâm phạm quyền tác giả của phía bên kia.

¹³ Điều 512(g)(3) DMCA.

DMCA cũng quy định các điều kiện để ISP được hưởng quyền miễn trừ hoặc giới hạn trách nhiệm (safe harbours). Nhìn chung, ISP được giới hạn trách nhiệm đối với trường hợp họ chỉ truyền đưa thông tin theo yêu cầu của người khác và họ không can thiệp vào thông tin đó, hoặc họ không biết và không buộc phải biết thông tin được lưu trữ hoặc được định vị là xâm phạm quyền tác giả và họ đã ngay lập tức tháo gỡ thông tin hay ngăn cản truy nhập đến thông tin xâm phạm ngay khi biết được sự vi phạm đó (Điều 512 (a), 512(b), 512(c), 512(d)).

Ngoài ra, DMCA quy định chủ thể quyền tác giả có quyền yêu cầu một lệnh từ tòa án cho phép ISP cung cấp các thông tin nhận dạng các tài khoản internet có hành vi xâm phạm để thực thi việc bảo hộ quyền tác giả (Điều 512.h).

Thủ tục *notice and takedown* cũng được áp dụng bởi các quốc gia như Úc¹⁴. Hiệp định Đối tác xuyên Thái Bình Dương (TPP – CPTPP) cũng quy định thủ tục này tại mục J của Chương 18 về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ. Nhìn chung, các quy định của TPP – CPTPP tạo ra một chuẩn chung về vai trò của ISP và bên cạnh đó, TPP – CPTPP có những chú thích khuyến nghị cách thức cụ thể hóa các quy định chung này trong luật của mỗi quốc gia thành viên. Về cơ bản, có thể nhận thấy thủ tục *notice and takedown* trong TPP mang dáng dấp các quy định của DMCA rất rõ nét. Dù vậy, vẫn có một số điểm khác nhau giữa TPP và DMCA đáng lưu ý; và chính những khác biệt này lại khiến thủ tục *notice and*

¹⁴ Phần 2AA, Luật Bản quyền (Copyright Act 1968 (Cth)) quy định các giới hạn bồi thường thiệt hại của các nhà cung cấp dịch vụ truyền tải, và phần 3A Điều lệ Bản quyền (Copyright Regulations 1969) quy định cụ thể cơ chế phát thông báo vi phạm bản quyền tương tự như DMCA.

takedown của TPP – CPTPP có nhiều khuyết điểm hơn DMCA. Cụ thể:

Thứ nhất, quy định về thông báo phản hồi trong TPP – CPTPP không mang tính bắt buộc mà tùy vào luật của mỗi quốc gia¹⁵. Điều đó có thể dẫn tới khả năng “lạm quyền” của các chủ sở hữu quyền tác giả khi cố gắng khiếu nại càng nhiều càng tốt các hành vi vốn dĩ không vi phạm tác quyền (ví dụ như các trường hợp được sử dụng hợp lý – fair use) trong trường hợp luật quốc gia không quy định việc thông báo phản hồi.

Thứ hai, TPP – CPTPP đặt ra những yêu cầu tương đối thoáng đối với nội dung của thông báo vi phạm gửi đến ISP. Cụ thể, một thông báo có thể chỉ cần thỏa mãn hai yếu tố sau: (1) Chứa thông tin đầy đủ và hợp lý để cho phép ISP xác định được tác phẩm, buổi biểu diễn, bản ghi âm được cho là bị xâm phạm, tài liệu bị cáo buộc là vi phạm, vị trí trực tuyến của vi phạm bị cáo buộc; và (2) Có xác nhận đầy đủ về tính xác thực thẩm quyền của người thông báo. Tất nhiên, các quốc gia thành viên có thể quy định thêm các nội dung khác. Tuy nhiên, nếu luật của một quốc gia chỉ dừng lại ở những quy định này thì vẫn được coi là tuân thủ TPP. Trong trường hợp này, chủ tác quyền có thể dễ dàng phát một thông báo đến ISP mà không phải cân nhắc về ngoại lệ của việc sử dụng tác phẩm có quyền tác giả.

Có thể nói, thủ tục *notice and takedown* áp đặt trách nhiệm đáng kể lên các ISP. Tuy luật của các quốc gia áp dụng thủ tục này đều khẳng định không yêu cầu ISP phải giám sát thông tin cũng như chủ động tìm kiếm bằng chứng chống lại các hành vi xâm phạm bản quyền, nhưng với quy trình hành

xử theo thông báo và thông báo phản hồi như trên, ISP không còn đóng vai trò đơn thuần là một người vận chuyển thông tin mang tính trung gian truyền thống nữa mà dường như tiến gần hơn đến vai trò của một người điều hành, quản lý thông tin.

2.2. Phương thức phản ứng tăng dần (*graduated response/three strikes*)

Có thể nói, đây là một biến thể chặt chẽ hơn của thủ tục *notice and takedown*. Pháp là quốc gia đầu tiên khởi xướng thủ tục này vào năm 2008. *Graduated response* hay *three strikes* yêu cầu các ISP có nghĩa vụ hạn chế hành vi xâm phạm bản quyền trên internet, đặc biệt là các hoạt động chia sẻ file dưới hình thức P2P, bằng cách ban hành các biện pháp trừng phạt nghiêm khắc. Theo đó, chủ thể quyền tác giả sẽ thông báo hành vi xâm phạm tác quyền của các thuê bao đến ISP, ISP có nghĩa vụ gửi thông báo cảnh cáo đến những thuê bao đó, đồng thời, gỡ bỏ nội dung vi phạm hoặc vô hiệu hóa đường dẫn đến nội dung đó; nếu người dùng vẫn còn tiếp tục vi phạm thì tùy theo luật của mỗi quốc gia, ISP phải áp dụng các biện pháp kỹ thuật để “trừng phạt” như phạt tiền, giảm băng thông internet, khóa giao thức mạng (protocol) hoặc thậm chí ngắt kết nối internet đối với thuê bao đó. Phương thức này được ghi nhận trực tiếp trong các đạo luật như ở Pháp¹⁶, New Zealand¹⁷ và Hàn

¹⁶ *HADOPI Law*, ban hành năm 2009. Xem Hugh Schofield, *New internet piracy law comes into effect in France*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/8436745.stm>, truy cập ngày 23/9/2017. Xem toàn văn HADOPI Law, bản tiếng Pháp tại <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020735432>, truy cập ngày 23/9/2017; bản dịch tiếng Anh không chính thức của tổ chức La Quadrature du Net tại: https://wiki.laquadrature.net/HADOPI_full_translation, truy cập ngày 23/9/2017.

¹⁷ *Copyright (Infringing File sharing) Amendment Act*, được ban hành năm 2011, <http://www.>

¹⁵ Điều 18.82.4 của TPP.

Quốc¹⁸; hoặc thông qua việc ban hành Bộ quy tắc nghĩa vụ mang tính bắt buộc như ở Anh¹⁹. Ở Mỹ, phương thức này không được luật hóa, nhưng các ISP có thể tham gia một cách tự nguyện²⁰.

Phương thức *graduated response* nhận được sự ủng hộ nhiệt tình của các tổ chức đại diện cho chủ sở hữu quyền tác giả, đặc biệt trong lĩnh vực âm nhạc và phim ảnh – lĩnh vực dễ bị xâm phạm quyền bởi hoạt động chia sẻ file qua giao thức P2P, nhưng cũng bị phản đối mạnh mẽ bởi những bên còn lại, bao gồm ngành công nghiệp ISP, các thuê bao internet, các nhà hoạt động nhân quyền lẫn các chuyên gia pháp lý. Lập luận phản đối chủ yếu xuất phát từ lý do lo ngại phương thức này áp đặt trách nhiệm quá nặng nề và không công bằng cho ISP, cản trở quyền tự do ngôn luận, gây khó khăn trong việc sử dụng hợp lý quyền tác giả, hoặc tệ hơn, đã biến các ISP trở thành

“cảnh sát”²¹, có quyền trừng phạt hành vi vi phạm, làm biến dạng vai trò dân sự của ISP.

2.3. Thủ tục thông báo và thông báo (*notice and notice*)

Khác với hai phương thức trên, thủ tục *notice and notice* được áp dụng ở Canada mang tính mềm mỏng hơn. Luật Hiện đại hóa bản quyền (the Copyright Modernization Act), còn gọi là Bill C-11, được thông qua năm 2012, quy định các ISP không có nghĩa vụ gỡ bỏ các nội dung bị cáo buộc là vi phạm tác quyền hay phải công bố thông tin của thuê bao bị cáo buộc trừ khi có lệnh của tòa án. Như vậy, khác với thủ tục *notice and takedown*, ISP trong thủ tục này không đòi hỏi phải tự xem một nội dung truyền tải trên internet hay một hành vi nào đó của thuê bao là có xâm phạm tác quyền hay không mà vai trò đó vẫn thuộc về tòa án. ISP cũng không có quyền bộc lộ thông tin cá nhân của thuê bao trừ khi có lệnh của tòa.

Có thể thấy, thủ tục *notice and notice* của Canada khá mềm dẻo và chính sự mềm dẻo này đã thu hút sự phê phán của các tổ chức đại diện cho chủ sở hữu quyền tác giả. Một ví dụ điển hình là Hiệp hội Sở hữu trí tuệ quốc tế (International Intellectual Property Alliance – IIPA) cho rằng, thủ tục *notice and notice* không hiệu quả, không tạo ra đủ động lực để ngăn chặn hành vi xâm phạm quyền tác giả trực tuyến và không tạo đủ áp lực buộc các ISP thực thi luật bản quyền, do đó nó “không thay đổi được bức tranh tổng thể của việc thiếu các công cụ pháp lý [nhằm thực thi tác quyền trên

legislation.govt.nz/act/public/2011/0011/latest/DLM2764312.html, truy cập ngày 23/9/2017.

¹⁸ *Copyright Law*, được ban hành năm 2009, <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7182>, truy cập ngày 23/9/2017.

¹⁹ *Digital Economy Act*, được ban hành năm 2010, quy định các ISP phải tuân thủ phương thức *graduated response* được quy định trong Bộ quy tắc nghĩa vụ được phê chuẩn bởi OFCOM (cơ quan quản lý thông tin liên lạc của Chính phủ Anh), <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/24/contents>, truy cập ngày 23/9/2017.

²⁰ Trước đây, *Hệ thống cảnh báo bản quyền (Copyright Alert System – CAS)* ở Mỹ - một tổ chức có chức năng cảnh báo, giáo dục và trừng phạt các thuê bao có hành vi xâm phạm bản quyền, đã thực thi phương thức *graduated response*, cụ thể, nếu sau hàng loạt thông báo cảnh cáo đến người vi phạm, nhưng hành vi vi phạm vẫn duy trì, thì tối đa đến cảnh báo lần thứ 6, ISP sẽ áp dụng các biện pháp trừng phạt đối với họ (nên còn gọi là phương thức “six strikes”). CAS gồm 5 thành viên: AT&T, Cablevision, Time Warner Cable, Verizon và Comcast. Tuy nhiên, hiện nay, CAS đã chấm dứt áp dụng phương thức này.

²¹ Rebecca Giblin, *When ISPs become Copyright police*, IEEE Internet Computing, tập 18, số 2, tr. 86.

internet]”²². Ngược lại, một số chuyên gia pháp lý tin rằng, thủ tục *notice and notice* của Canada là hiệu quả và cân bằng được lợi ích của cả chủ sở hữu tác quyền lẫn người dùng internet²³.

3. Thủ tục *notice and notice* – áp dụng cho ISP Việt Nam

Liệu trong tương lai, để hòa hợp với xu thế áp trách nhiệm thực thi luật bản quyền lên các ISP trong môi trường internet, Việt Nam nên lựa chọn cách nào trong số ba phương thức trên? Đây là một câu hỏi không đơn giản, đòi hỏi phải có những nghiên cứu chuyên sâu và phân tích toàn diện các vấn đề từ lý luận đến thực tiễn. Do đó, trong khuôn khổ bài viết này, tác giả không có tham vọng đề xuất các quy định chi tiết, cụ thể về một biện pháp áp trách nhiệm cho ISP mà chỉ nêu ý kiến về một khung pháp lý phù hợp với tình hình thực tế của Việt Nam. Tác giả cho rằng, thủ tục *notice and notice* như Canada áp dụng sẽ thích hợp với Việt Nam hơn cả bởi các lý do sau:

(1) Về trách nhiệm của ISP

Thủ tục *notice and takedown* và phương thức *graduated response* nếu được áp dụng tại Việt Nam sẽ đặt ra một gánh nặng rất lớn đối với các ISP. ISP là chủ thể duy nhất nắm rõ thông tin cá nhân thực của các tài khoản ảo và nắm rõ các hoạt động của những tài khoản này, do đó, nếu không có sự hợp tác của ISP, các chủ sở hữu tác quyền khó có khả năng ngăn chặn các hành vi vi phạm. Nhưng cũng chính vì thế, ISP

nằm ở vị trí nhạy cảm, dễ bị khiếu nại để “thế thân” cho những chủ tài khoản ảo. Trong khi đó, không giống như các quốc gia có luật sở hữu trí tuệ phát triển, ISP ở Việt Nam từ trước đến nay được đối xử đơn thuần là một tổ chức cung cấp dịch vụ mang tính trung gian nên chưa có kinh nghiệm lẫn chuẩn bị kỹ càng về kỹ thuật, kỹ năng và kiến thức pháp lý cho một vai trò mới với nhiều trách nhiệm nặng nề. Chẳng hạn, phương thức *notice and takedown* và *graduated response* buộc ISP phải tự mình thẩm định xem một nội dung đăng tải của người dùng có đủ yếu tố cấu thành hành vi xâm phạm quyền tác giả hay không. Một quyết định mang tính chất tư pháp như vậy rõ ràng là quá sức đối với ISP ở Việt Nam vốn còn xa lạ với vị trí của một người thực thi quyền tác giả.

(2) Về tác động xã hội

Các đối tượng vi phạm tác quyền trên internet thường bao gồm hai loại: (1) Chủ thể là các cá nhân, tổ chức đăng tải nội dung vi phạm quyền tác giả trên các website do họ lập ra với mục đích kinh doanh, tìm kiếm lợi nhuận lớn thông qua việc thu hút được nhiều lượt xem và nhờ thế tăng doanh thu bán quảng cáo mà không phải mất phí mua bản quyền²⁴, và (2) Cá nhân người dùng tải về, truy cập hay chia sẻ các file vi phạm. Đối với loại chủ thể thứ hai, có thể có nhiều nguyên nhân khác nhau dẫn đến hành vi vi

²² International Intellectual Property Alliance, 2016 *Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement – Canada*, 2/5/2016, tr. 81 – 82.

²³ Xem: Ví dụ, quan điểm của Giáo sư Đại học Ottawa – Canada, Michael Geist, *The effective of notice and notice*, 2007 tại <http://www.michaelgeist.ca/2007/02/notice-and-notice-in-canada/>, truy cập ngày 23/9/2017.

²⁴ Xem: Ví dụ, Báo cáo của Liên minh Sở hữu trí tuệ quốc tế về tình hình vi phạm bản quyền trên internet ở Việt Nam: IIPA, 2017 *Special 301 Report on Copyright Protection and Enforcement – Vietnam*, tr. 72 – 73; mới đây, Cục Phát thanh truyền hình và Thông tin điện tử đã công bố danh sách 83 website có dấu hiệu vi phạm bản quyền nội dung chương trình truyền hình, [http://abei.gov.vn/bao-ve-ban-quyen-noi-dung/danh-sach-mot-so-website-co-dau-hieu-vi-pham-ban-quyen-noi-dung-chuong-trinh-truyen-hinh/106515](http://abei.gov.vn/bao-ve-ban-quyen-noi-dung/danh-sach-mot-so-website-co-dau-hieu-vi-pham-ban-quyen-noi-dung-chuong-trinh-truyen-hinh/), truy cập ngày 21/9/2017.

phạm, trong đó có hai nguyên nhân khách quan chủ yếu đáng chú ý sau:

Thứ nhất, thu nhập người dân Việt Nam còn thấp trong khi phí bản quyền cho những sản phẩm trí tuệ lại cao. Tác giả chưa tìm thấy một nghiên cứu đầy đủ về mối tương quan giữa tình trạng vi phạm bản quyền với GDP của Việt Nam. Tuy nhiên, chúng ta có thể tham khảo các quốc gia có nền kinh tế đang phát triển như Việt Nam. Một nghiên cứu sử dụng phương pháp hồi quy cắt ngang trong kinh tế học của Simit Kaur đã chứng minh rằng, các quốc gia có mức độ GDP bình quân đầu người thấp sẽ có tỉ lệ vi phạm bản quyền cao hơn²⁵. Simit Kaur còn dẫn nghiên cứu của Regmi đưa ra các con số để chứng minh rằng, nếu ở các quốc gia có thu nhập cao dành 16% thu nhập chi tiêu cho thực phẩm và tỉ lệ chi tiêu lớn hơn cho những xa xỉ phẩm bao gồm cả việc chi tiêu cho những sản phẩm có bản quyền như phần mềm thì ở các nước có thu nhập thấp, 55% thu nhập là dành chi tiêu cho thực phẩm (ở Nepal con số này là 70% và ở Ấn Độ, Bangladesh và Pakistan là 50%)²⁶. Như vậy, khi người dân còn dành phần lớn thu nhập để lo vấn đề sinh hoạt tiêu dùng thì đòi hỏi họ phải bỏ ra một khoản chi tiêu lớn để

thỏa mãn nhu cầu tinh thần thông qua việc mua các sản phẩm có bản quyền trên internet là một điều khó có thể thực hiện.

Thứ hai, trên thực tế, tồn tại khả năng bản thân người thực hiện hành vi xâm phạm bản quyền trên internet không biết rõ hành vi đó là vi phạm. Điều này có thể là do họ chưa được trang bị đủ kiến thức về luật bản quyền nên họ không ý thức được hành vi vi phạm của mình. Một khảo sát năm 2016 của Úc về tình trạng vi phạm bản quyền trực tuyến cho thấy, có khoảng 42% người được hỏi không chắc hành vi tải về, truy cập và chia sẻ nội dung nào là hợp pháp hay bất hợp pháp trên internet²⁷. Có thể thấy, đây là một tỉ lệ tương đối cao ở một quốc gia phát triển như Úc. Mặc dù không có thống kê tại Việt Nam, chúng ta hoàn toàn có cơ sở để tin rằng ở một nước đang phát triển với trình độ dân trí thấp hơn Úc như Việt Nam, tỉ lệ này ắt hẳn còn cao hơn nhiều.

Với thực trạng như vậy, việc ngay lập tức áp dụng chế tài nghiêm khắc như *notice and takedown* hay *graduated response* lên người dùng internet có khả năng gây ra những xáo trộn xã hội nhất định khi người dùng chưa sẵn sàng chấp nhận. Với thực trạng hiện tại của Việt Nam cùng với xu hướng trong tương lai, do yêu cầu hội nhập quốc tế, khi ngưỡng áp dụng chế tài hình sự được nâng cao hơn thì chế tài mạnh như *graduated response* hay *notice and takedown* có khả năng áp dụng với các hành vi truy cập internet xảy ra mỗi ngày.

Để khắc phục nguy cơ trên, thủ tục *notice and notice* có thể là một giải pháp tốt vì thủ tục này tập trung vào việc giáo dục,

²⁵ Simit Kaur, *Intellectual Property Rights and Software Piracy in India*, Intellectual Property Rights in Developing Countries (Kỷ yếu hội thảo tại Việt Nam), Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2012, tr. 51.

²⁶ Regmi, A., Deepak, J. L. Seale, Jr., và J. Bernstein., *Cross-country analysis of food consumption patterns*, In Changing structure of global food consumption and trade, A. Regmi biên tập, Washington, D.C.: United States Department of Agriculture Economic Research Service, 2001, dẫn theo Simit Kaur, *Intellectual Property Rights and Software Piracy in India*, Intellectual Property Rights in Developing Countries (Kỷ yếu hội thảo tại Việt Nam), Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2012, tr. 51.

²⁷ Department of Communications and the Arts of Australia, *Consumer survey on Online Copyright Infringement – A marketing research report*, 6/2016, tr. 70.

nâng cao ý thức cũng như cung cấp kiến thức về luật bản quyền cho người dân thông qua hình thức cảnh báo kịp thời mà không đe dọa gây ra những xáo trộn xã hội lớn.

(3) *Về vấn đề cân bằng lợi ích của chủ sở hữu bản quyền và quyền lợi chính đáng của cộng đồng*

Một biện pháp có tính nghiêm khắc đòi hỏi vai trò rất năng động của ISP như *notice and takedown* hoặc quá hà khắc như *graduated response* có thể gây ra sự mất cân bằng cho lợi ích giữa các bên trong lĩnh vực quyền tác giả, đặc biệt khi thiếu những quy định hợp lý và một quy trình nghiêm ngặt²⁸. Không khó để nhận thấy, về bản chất, bên hưởng lợi lớn nhất từ các biện pháp này chính là chủ thể quyền tác giả²⁹, do đó, khả năng lạm dụng quyền từ chủ thể này là hoàn toàn có thể xảy ra. Một báo cáo của Tổ chức Giáo dục, khoa học và văn hóa của Liên hợp quốc (UNESCO) đã dẫn ra các nghiên cứu cho thấy, thủ tục *notice and takedown* của DMCA thường dễ bị lạm dụng và khiến ISP như một thực thể thực hiện quyền kiểm duyệt gần như mang tính tư pháp (quasi-judicial) bởi vì luật quy định họ phải quyết định tính hợp pháp của hành vi mà bên thứ ba thực hiện³⁰, mà vốn dĩ về nguyên tắc, chỉ có tòa án mới có thẩm quyền ra phán quyết một hành vi là vi phạm pháp luật. Trên thực tế, nhiều thông báo về vi phạm bản quyền theo thủ tục *notice and*

takedown của DMCA là không chính xác do được xử lý tự động bằng các robot, mà không có sự giám sát của con người³¹. Các thông báo cáo buộc thiếu chính xác hoặc thông tin sai như vậy có thể gây ảnh hưởng xấu đến môi trường internet cũng như quyền được sử dụng tác phẩm một cách hợp pháp của công chúng. Thậm chí, phương thức *graduated response* còn đi xa hơn, buộc ISP phải thực hiện các biện pháp chế tài để trừng phạt hành vi xâm phạm như giảm băng thông, khóa giao thức mạng và thậm chí cắt kết nối internet của người vi phạm. Những chế tài này là vượt quá mức cần thiết, xâm phạm đến quyền tự do tiếp cận thông tin của con người. Rõ ràng, để tránh những hậu quả này, chúng ta cần có một khuôn khổ pháp lý hiệu quả để đảm bảo nguyên tắc cân bằng lợi ích giữa chủ thể quyền và lợi ích công cộng – một nguyên tắc nền tảng của luật quyền tác giả. Để đảm bảo được sự cân bằng này, việc áp dụng biện pháp mềm dẻo như thủ tục *notice and notice* là phương án có thể xem xét đến.

(4) *Về hiệu quả*

Thủ tục *notice and notice* dù bị chỉ trích nhiều bởi các tổ chức sở hữu bản quyền, nhưng trên thực tế ở Canada, nó có hiệu quả đáng kể trong việc nâng cao ý thức người dùng internet và làm giảm hành vi tái phạm. Cụ thể, theo CEG-TEK International (một công ty về an ninh mạng có kinh nghiệm làm việc với 125 khách hàng ở Canada), trong 13 tuần kể từ khi Luật Hiện đại hóa bản quyền có hiệu lực, các hành vi vi phạm

²⁸ Rebecca MacKinnon, Elonnai Hickok, Allon Bar và Hae-in Lim, *Fostering freedom online – Role of Internet Intermediaries*, UNESCO series on Internet freedom, 2014, tr. 41.

²⁹ Rebecca Giblin, *When ISPs become Copyright police*, IEEE Internet Computing, tập 18, số 2, tr. 85.

³⁰ Rebecca MacKinnon, Elonnai Hickok, Allon Bar và Hae-in Lim, *Fostering freedom online – Role of Internet Intermediaries*, UNESCO series on Internet freedom, 2014, tr. 41.

³¹ Jamie Williams, *Absurd Automated Notices Illustrate Abuse of DMCA takedown Process*, Electronic Frontier Foundation, 24/1/2015, <https://www.eff.org/deeplinks/2015/02/absurd-automated-notices-illustrate-abuse-dmca-takedown-process>, truy cập ngày 21/9/2017.

tác quyền trên dịch vụ internet được cung cấp bởi 5 ISP lớn nhất ở Canada đã giảm đáng kể, bao gồm: Bell Canada – giảm 69,6%), Telus Communications – giảm 54,0%, Shaw Communications – giảm 52,1%, TekSavvy Solutions – giảm 38,3% và Rogers Cable – giảm 14,9%³². Trước đó, năm 2011, ISP Rogers cũng đã công bố dữ liệu cho thấy, 67% thuê bao nhận được thông báo lần đầu đã không tái phạm hành vi xâm phạm bản quyền và 89% dừng hành vi vi phạm sau khi nhận được thông báo lần thứ 2. Với hai thông báo, khoảng 99% thuê bao của Rogers không phải nhận thêm thông báo nào tiếp theo nữa. Tương tự, Hiệp hội Phần mềm Canada cũng báo cáo rằng, 71% thuê bao nhận được thông báo đã không upload file vi phạm trở lại lên hệ thống BitTorrent³³.

Trong khi đó, Trung tâm Thông tin Bản quyền của Hoa Kỳ (CCI), tổ chức áp dụng hệ thống cảnh báo bản quyền (Copyright Alert System - CAS) bằng phương thức *graduated response* với sự tham gia của 5 ISP hàng đầu của Hoa Kỳ, đầu năm 2017 đã ra thông báo tuyên bố chấm dứt hệ thống cảnh báo này³⁴. Trong thông báo, CCI không nêu rõ lý do chấm dứt, tuy nhiên,

Steven Fabrizio, luật sư của Hiệp hội Điện ảnh Hoa Kỳ (MPAA) – một thành viên của CCI, thừa nhận rằng, mặc dù nhiều người khi nhận được các cảnh báo đã dừng hành vi vi phạm, nhưng vẫn có một nhóm thuê bao hầu như không thay đổi thái độ³⁵.

Lực lượng đặc nhiệm an ninh internet (Internet Security Task Force – ISTF), tổ chức liên minh những chủ doanh nghiệp nhỏ Hoa Kỳ, ủng hộ áp dụng thủ tục *notice and notice* của Canada, cho rằng đó là biện pháp hiệu quả nhất để chống lại hành vi xâm phạm bản quyền trên internet. Năm 2015, tổ chức này đã gửi thư kêu gọi 5 ISP tham gia CAS dừng hệ thống cảnh báo theo phương thức *graduated response* mà ban hành một thủ tục cảnh báo mới tương tự như thủ tục *notice and notice* của Canada, và cuối cùng CCI thông báo chấm dứt hệ thống CAS³⁶.

4. Xác định trách nhiệm của ISP Việt Nam

Như đã phân tích, thủ tục *notice and notice* là một lựa chọn phù hợp cho Việt Nam. Tuy nhiên, một điều khó khăn cản trở Việt Nam áp dụng thủ tục này là các quy định của TPP - CPTPP. Trong tương lai, nếu TPP – CPTPP có hiệu lực, Việt Nam phải chịu sự ràng buộc đối với thủ tục *notice and takedown*. Tuy vậy, có một lưu ý là không phải quốc gia nào gia nhập TPP đều phải áp dụng thủ tục này. Bởi lẽ, phần

³² Internet Security Task Force, *Six Strikes And You're (Not Even Close To) Out: Internet Security Task Force Calls for End of Copyright Alert System*, 12/5/2015, <http://www.prnewswire.com/news-releases/six-strikes-and-youre-not-even-close-to-out-internet-security-task-force-calls-for-end-of-copyright-alert-system-300082007.html>, truy cập ngày 23/9/2017.

³³ Michael Geist, *Rogers provides new evidence on effectiveness of notice-and-notice system*, 23/3/2011, <http://www.michaelgeist.ca/2011/03/effectiveness-of-notice-and-notice/>, truy cập ngày 23/9/2017.

³⁴ Center for Copyright Information, *Statement on the copyright alert system*, 27/1/2017, <http://www.copyrightinformation.org/statement/statement-on-the-copyright-alert-system/>, truy cập ngày 23/9/2017.

³⁵ US halts internet “six strikes” anti-piracy scheme, BBC News, 31/1/2017, <http://www.bbc.com/news/technology-38808719>, truy cập ngày 23/9/2017.

³⁶ Internet Security Task Force, *Six Strikes And You're (Not Even Close To) Out: Internet Security Task Force Calls for End of Copyright Alert System*, 12/5/2015, <http://www.prnewswire.com/news-releases/six-strikes-and-youre-not-even-close-to-out-internet-security-task-force-calls-for-end-of-copyright-alert-system-300082007.html>, truy cập ngày 23/9/2017.

Phụ lục 18-E của TPP – CPTPP cho phép các quốc gia thành viên áp dụng những phương thức khác nhằm “tạo điều kiện thuận lợi cho việc thực thi bản quyền trên internet và để tránh tình trạng rối loạn thị trường không chính đáng trên môi trường mạng trực tuyến” miễn là đáp ứng được các điều kiện nhất định. Cụ thể, các điều kiện này đòi hỏi quốc gia áp dụng phải có luật quy định trách nhiệm của ISP đối với những trường hợp sử dụng dịch vụ của mình cung ứng để vi phạm tác quyền, bao gồm: (1) Quy định trường hợp các ISP không đáp ứng điều kiện được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm; (2) Có những hợp tác với chủ sở hữu bản quyền để thông báo hành vi vi phạm quyền tác giả đến tài khoản thuê bao; (3) Cung cấp công cụ định vị thông tin để gỡ bỏ các bản sao tài liệu trong một thời gian nhất định; và (4) Phải gỡ bỏ các tài liệu vi phạm khi biết được có quyết định của tòa án tuyên tài liệu đó là xâm phạm tác quyền. Như vậy, thủ tục *notice and notice* hoàn toàn có thể được áp dụng. Tuy nhiên, ngoại lệ này chỉ áp dụng đối với các quốc gia đã đáp ứng các điều kiện trên “vào ngày Hiệp định này được thỏa thuận về mặt nguyên tắc” là ngày 5/10/2015. Như vậy, mặc dù Canada, với thủ tục *notice and notice* đã được ban hành trước ngày 5/10/2015, được hưởng ngoại lệ này, nhưng những quốc gia chưa thỏa mãn các điều kiện đó như Việt Nam thì không. Ngoại lệ này được cho là kết quả đấu tranh mạnh mẽ của Canada trên bàn đàm phán.

Điều mà những người quan sát quá trình đàm phán TPP đều nhận thấy là nhiều quy định của TPP – CPTPP được ban hành là do sức ép rất lớn từ phía Mỹ bao gồm cả các quy định về sở hữu trí tuệ, vốn cũng là một trong những phần gây tranh cãi nhiều

nhất của TPP– CPTPP³⁷. Đối với các quy định về trách nhiệm dành cho ISP, thậm chí Michael Geist, giáo sư luật thuộc Đại học Ottawa – Canada, còn khẳng định rằng, Mỹ đã tích cực vận động để “xuất khẩu” quy định DMCA ra thế giới thông qua TPP– CPTPP³⁸. Trong bối cảnh hiện tại, khi Mỹ không tham gia TPP– CPTPP thì đây có lẽ là thời khắc thuận lợi để các quốc gia đàm phán lại những thỏa thuận vốn mang đậm “dấu ấn Mỹ” còn gây nhiều tranh cãi trước đây. Theo một chuyên gia, việc không thực thi các cam kết này có thể là một “vốn liếng để mà mặc cả với Mỹ trong tương lai, kể cả khi Mỹ quay lại TPP– CPTPP, hay khi Mỹ đàm phán một hiệp định thương mại song phương với từng nước” bởi lẽ trong đàm phán thương mại, nguyên tắc đàm phán “cao hơn hiện trạng” thường được áp dụng³⁹.

Thực tế đã chứng minh điều đó. Ngày 11/11/2017 vừa qua tại Đà Nẵng – Việt Nam, các nước tham gia TPP đã thống nhất đổi tên TPP thành Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương – CPTPP (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership)⁴⁰

³⁷ Trang Nguyễn, *TPP “không Mỹ” – vẫn có giải pháp khả dĩ*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online, <http://www.thesaigontimes.vn/162677/TPP-khong-Mỹ---van-co-giai-phap-kha-di.html>, truy cập ngày 23/9/2017.

³⁸ Michael Geist, *The Trouble with the TPP, Day 4: Copyright Notice and Takedown Rules*, xem: <http://www.michaelgeist.ca/2016/01/the-trouble-with-the-tpp-day-4-copyright-notice-and-takedown-rules/>, truy cập ngày 23/9/2017.

³⁹ Trang Nguyễn, *TPP “không Mỹ” – vẫn có giải pháp khả dĩ*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online, <http://www.thesaigontimes.vn/162677/TPP-khong-Mỹ---van-co-giai-phap-kha-di.html>, truy cập ngày 23/9/2017.

⁴⁰ Quỳnh Trung & Trần Phương, *TPP chính thức có tên mới, vẫn chờ Mỹ quay lại*, Báo Tuổi trẻ Online,

đồng thời thống nhất 20 điều khoản sẽ được tạm hoãn thực hiện để chờ Mỹ quay trở lại, trong đó có 10 điều khoản liên quan đến sở hữu trí tuệ. Trong số 10 điều khoản này có Điều 18.82 và các Phụ lục 18-E và 18-F quy định thủ tục *notice and takedown* và các trường hợp ngoại lệ⁴¹. Mặc dù không có thông tin gì về hiệu lực của 20 điều khoản nói chung và Điều 18.82 nói riêng trong thời gian tới nhưng việc tạm hoãn thực thi thủ tục *notice and takedown* sẽ cho Việt Nam một khoảng thời gian nhất định để từng bước lựa chọn, xây dựng và hoàn thiện hơn các quy định về trách nhiệm của ISP đối với hoạt động thực thi bản quyền trong môi trường mạng trực tuyến để sẵn sàng hội nhập quốc tế sâu rộng trong tương lai. Hơn nữa, dù Mỹ có quay lại TPP hay không Việt Nam vẫn có cơ hội yêu cầu xem xét lại các điều khoản này trong thời gian tạm hoãn thực hiện. Ngay cả trong trường hợp thủ tục *notice and takedown* không được gỡ bỏ, Việt Nam cũng có thể đề xuất bổ sung quyền lựa chọn áp dụng giữa thủ tục này và thủ tục *notice and notice* như là một nguyên tắc chung phổ quát chứ không phải chỉ là một ngoại lệ dành riêng cho nước đã áp dụng trước đó như Canada. Bởi lẽ, ngoại lệ này ở một khía cạnh nào đó là không công bằng cho các thành viên khác của TPP–CPTPP, đặc biệt là đối với một quốc gia như Việt Nam vốn dĩ chưa có khung pháp lý dành cho ISP. Rõ ràng, với quy định về ngoại lệ dành cho Canada, ngưỡng tối thiểu mà một bên phải đáp ứng đối với trách

nhiệm của ISP là một biện pháp tương tự như thủ tục *notice and notice*. Cùng với nguyên tắc đàm phán “cao hơn hiện trạng” phổ biến hiện nay, một quốc gia còn thiếu các quy định về trách nhiệm của ISP trong lĩnh vực quyền tác giả hoàn toàn phù hợp để được áp dụng ngưỡng tối thiểu này. Trên thực tế, Chile đã phản đối sự ưu tiên bất hợp lý này một cách mạnh mẽ và cuối cùng họ cũng được miễn áp dụng thủ tục *notice and takedown*, thay vào đó họ chỉ phải thực hiện theo quy định trong Hiệp định thương mại tự do Hoa Kỳ - Chile⁴². Như vậy, tại sao Việt Nam lại không có cơ hội để đặt lại vấn đề này trên bàn đàm phán trong bối cảnh TPP – CPTPP với 11 thành viên ký kết và Mỹ không tiếp tục tham gia?

5. Kết luận

Mặc dù vai trò của ISP trong việc thực thi quyền tác giả trên internet không quá mới mẻ trên thế giới, nhưng đối với hệ thống pháp luật sở hữu trí tuệ còn non trẻ như ở Việt Nam, đây vẫn còn là điều khá xa lạ. Dù quyền lợi chính đáng của chủ sở hữu quyền tác giả cần được bảo vệ để chống lại các hành vi xâm phạm trên internet, nhưng bảo vệ như thế nào và đến mức độ nào thì cần phải xem xét trong bối cảnh thực tế ở Việt Nam, và nhất thiết cần đảm bảo nguyên tắc cân bằng quyền lợi giữa chủ sở hữu bản quyền và quyền tiếp cận, truyền đạt thông tin của cộng đồng. Thủ tục *notice and notice* do vậy, đáng xem xét và cân nhắc để áp dụng tại Việt Nam vì những lợi ích của nó.

<https://tuoitre.vn/tpp-chinh-thuc-co-ten-moi-van-cho-my-quay-lai-20171111102853531.htm>, truy cập ngày 13/11/2017.

⁴¹ Chỉ có 20 điều khoản trong Hiệp định TPP bị tạm hoãn thực thi, xem: <https://www.vietnamplus.vn/chi-co-20-dieu-khoan-trong-hiep-dinh-tpp-bi-tam-hoan-thuc-thi/474944.vnp>, truy cập ngày 13/11/2017.

⁴² Michael Geist, *The Trouble with the TPP, Day 4: Copyright Notice and Takedown Rules*, xem: <http://www.michaelgeist.ca/2016/01/the-trouble-with-the-tpp-day-4-copyright-notice-and-takedown-rules/>, truy cập ngày 23/9/2017.

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***

Tóm tắt: Bài viết phân tích các quy định pháp luật của Vương quốc Anh về giám sát doanh nghiệp xã hội, từ đó đưa ra một số đề xuất cho Việt Nam.

Abstract: This paper analyses British law and regulation on oversight of social enterprises. Basing on that, it draws out implications for Vietnam.

1. Khái quát về doanh nghiệp xã hội ở Vương quốc Anh

Doanh nghiệp xã hội (DNXH) đầu tiên xuất hiện ở nước Anh từ thế kỷ XVII¹. Trải qua quá trình dài phát triển và bùng nổ vào những năm 1990, khu vực DNXH của Anh phát triển mạnh mẽ nhất trong Liên minh châu Âu².

Dù không đưa ra khái niệm pháp lý về DNXH nhưng Chính phủ Anh đã định nghĩa trong Chiến lược phát triển DNXH năm 2002: “DNXH là một mô hình kinh doanh được thành lập nhằm thực hiện các mục tiêu xã hội, và sử dụng lợi nhuận để tái đầu tư cho mục tiêu đó hoặc cho cộng đồng, thay vì tối đa hóa lợi nhuận cho cổ đông hoặc chủ sở hữu”³. Định nghĩa này đề cập đến các mục tiêu hoạt động của doanh nghiệp thay vì dựa trên hình thức pháp lý để phân biệt DNXH với các doanh nghiệp thương mại truyền thống. DNXH ở Anh

hoạt động dưới hình thức pháp lý rất đa dạng, từ thương nhân đơn lẻ (sole trader), công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty hợp danh hữu hạn (Limited liability partnerships – LLP), hợp tác xã và hiệp hội vì lợi ích cộng đồng (Community Benefit Societies), tổ chức từ thiện. Tuy nhiên, để có nhiều lựa chọn linh hoạt trong hình thức tổ chức phù hợp với sự vận hành của DNXH, Chính phủ Anh đã giới thiệu mô hình Công ty vì lợi ích cộng đồng (Community Interest Company, sau đây gọi là CIC) từ năm 2005. Ưu điểm của CIC so với các hình thức pháp lý khác là cho phép DNXH tham gia không hạn chế vào các hoạt động thương mại, miễn là đảm bảo thực hiện mục tiêu vì lợi ích cộng đồng.

Thúc đẩy phát triển DNXH là một trong những chính sách quan trọng của Chính phủ Anh. Từ năm 2006 đến nay, Chính phủ đã ban hành và thực hiện nhiều chính sách hỗ trợ và ưu đãi đối với DNXH như: Kế hoạch hành động về DNXH; Tầm nhìn về một xã hội lớn (Big Society); Quỹ Xã hội lớn (Big Society Capital Fund)... từ đó, hình thành một “hệ sinh thái”⁴ cho sự phát triển toàn diện của DNXH ở quốc gia này. Tuy nhiên, bên cạnh việc tạo thuận lợi cho hoạt động

*** ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Hội đồng Anh, Viện Nghiên cứu Quản lý kinh tế Trung ương, *DNXH tại Việt Nam: Khái niệm, bối cảnh và chính sách*, Hà Nội, năm 2012, tr. ix.

² KMU Forschung Austria, Austrian Institute for SME Research, *Study on Practices and Policies in the Social Enterprises Sector in Europe*, năm 2007, tr. 12.

³ Department of Trade and Industry, *Social Enterprise: A Strategy for Success*, 2002, tr. 17.

⁴ Xem: Hội đồng Anh, *tlđđ*, tr.38.

của DNXH, một vấn đề được đặt ra là làm thế nào để giám sát DNXH? Bởi lẽ, giám sát DNXH là cần thiết nhằm: (1) Đảm bảo doanh nghiệp thực hiện đúng cam kết vì lợi ích cộng đồng; (2) Đảm bảo không có xung đột giữa mục tiêu xã hội và mục tiêu thương mại, ngăn chặn các hành vi trục lợi; và (3) Giúp cải thiện hiệu quả thực hiện mục tiêu xã hội trong tương lai.

Trong phạm vi bài viết, các tác giả tập trung nghiên cứu những quy định pháp luật về giám sát DNXH hoạt động dưới hình thức CIC, bởi đây là hình thức pháp lý được thiết kế riêng cho DNXH ở Anh⁵. Hiện nay, các văn bản quy phạm pháp luật chủ yếu điều chỉnh CIC bao gồm: Luật Công ty năm 2006 (The Companies Act 2006); Phần 2 của Luật Công ty (Kiểm toán, điều tra và doanh nghiệp vì cộng đồng) năm 2004 (The Companies (Audit, Investigations and Community Enterprise) Act 2004)⁶, và Quy chế về Công ty vì lợi ích cộng đồng năm 2005 (The Community Interest Company Regulation 2005)⁷.

2. Giám sát thông qua các quy định về quản trị doanh nghiệp

CIC là công ty trách nhiệm hữu hạn (limited companies) chịu sự điều chỉnh của luật công ty chung như các loại hình công ty khác đăng ký hoạt động theo Luật Công ty năm 2006. Pháp luật Anh không thiết kế cấu trúc quản trị đặc thù cho CIC, tuy nhiên một số đặc điểm về quản trị được bổ sung nhằm

đảm bảo CIC thực hiện sứ mệnh vì lợi ích của cộng đồng, xã hội. Đây cũng chính là cơ chế giúp giám sát CIC từ phương diện quản trị doanh nghiệp. Cụ thể như sau:

a) Các quy định về nghĩa vụ của giám đốc và thành viên công ty phải tuân thủ vì lợi ích cộng đồng

Khác với các công ty thương mại thông thường theo đuổi giá trị cho cổ đông (shareholders), hoạt động của CIC là vì các mục tiêu cộng đồng. Để đạt được mục tiêu này, pháp luật đặt ra một số hạn chế đối với CIC như sau:

- Quy định về hạn chế đăng ký lại, chuyển đổi và giải thể

Pháp luật Anh không cho phép CIC chuyển đổi thành công ty thông thường. Theo quy định tại các điều 53, 54 và 56 của Luật Công ty năm 2004, CIC chỉ có thể từ bỏ tư cách công ty vì lợi ích cộng đồng trong các trường hợp: (1) Phá sản hoặc giải thể, (2) Chuyển đổi để hoạt động dưới hình thức quỹ từ thiện hoặc hội ái hữu và làng nghề (industrial and provident society) – các tổ chức chịu những hạn chế trong việc sử dụng tài sản (asset-locked body) tương tự như CIC⁸. Trong trường hợp cổ đông của CIC muốn giải thể công ty, Quy chế về CIC năm 2005 quy định tài sản của công ty không được chuyển nhượng cho cổ đông. Thay vào đó, cổ đông chỉ được trả một khoản tiền tương ứng với vốn đầu tư ban đầu của mình vào công ty, và tài sản còn lại sẽ được phân bổ cho các CIC khác⁹. Việc quyết định CIC nào được nhận tài sản có thể được quy định trong Điều lệ thành lập CIC (article of association) hoặc do Cơ quan quản lý Công ty vì lợi ích cộng đồng (the

⁵ Tính đến tháng 10/2017, có 13.744 CIC đã đăng ký và hoạt động ở Anh. Nguồn: The Regulator of Community Interest Companies, List of Community Interest Companies, tại trang <https://www.gov.uk/government/statistics/community-interest-companies-new-cics-registered-in-october-2013>, truy cập ngày 30/11/2017.

⁶ Sau đây gọi là Luật Công ty năm 2004.

⁷ Sau đây gọi là Quy chế về CIC năm 2005.

⁸ Điều 2 Quy chế về CIC năm 2005.

⁹ Điều 23 (2) và (3) Quy chế về CIC năm 2005.

Regulator for Community Interest Companies, sau đây gọi là Cơ quan quản lý) quyết định¹⁰.

Ở Việt Nam, pháp luật doanh nghiệp cũng quy định các hạn chế nhằm đảm bảo DNXH duy trì mục tiêu trong suốt quá trình hoạt động. Tuy nhiên, khác với pháp luật Anh, Việt Nam không đặt ra hạn chế trong trường hợp DNXH từ bỏ tư cách DNXH. Điểm a khoản 2 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định DNXH muốn từ bỏ mục tiêu xã hội, môi trường, không sử dụng lợi nhuận để tái đầu tư thì doanh nghiệp phải thông báo với cơ quan có thẩm quyền để tiến hành các thủ tục theo quy định pháp luật. Như vậy, DNXH có thể tự quyết định việc chấm dứt thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường và từ bỏ tư cách DNXH. Trong cả 2 trường hợp, DNXH từ bỏ mục tiêu xã hội hoặc DNXH giải thể, Nghị định 96/2015/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp chỉ quy định việc xử lý số dư tài sản đối với nguồn viện trợ, tài trợ DNXH đã nhận¹¹ mà không đặt ra hạn chế đối với khoản tiền cổ đông hoặc thành viên của DNXH nhận được như pháp luật Anh. Đây có thể là khoảng trống pháp lý để một số DNXH từ bỏ mục tiêu xã hội sau một thời gian hoạt động nhằm trục lợi. Do vậy, các tác giả đề xuất bổ sung quy định cổ đông hoặc thành viên DNXH chỉ được nhận khoản tiền tương ứng với vốn đầu tư ban đầu của mình vào doanh nghiệp. Số dư tài sản còn lại là lợi nhuận từ hoạt động của doanh nghiệp sẽ được chuyển cho DNXH khác, hoặc tổ chức khác có mục tiêu xã hội tương tự.

¹⁰ Điều 23 (4), (5) và (6) Quy chế về CIC năm 2005.

¹¹ Điểm b khoản 4 Điều 6 và khoản 3 Điều 8 Nghị định 96/2015/NĐ-CP ngày 19/10/2015 Quy định chi tiết một số điều của Luật Doanh nghiệp.

- Quy định về phân chia lợi nhuận cho cổ đông

Quy chế về CIC năm 2005 quy định giới hạn chi trả cổ tức (dividend cap), theo đó tối đa 35% lợi nhuận của CIC được trả dưới dạng cổ tức¹². Mặc dù vậy, Cơ quan quản lý có quyền quyết định giới hạn các khoản trả cổ tức và các khoản giải ngân khác của CIC¹³. Có quan điểm cho rằng, mức tối đa 35% là quá hạn chế và ngăn cản CIC thu hút vốn từ các nhà đầu tư trên phạm vi rộng hơn, vì thế công ty khó có nguồn tài chính hoặc đầu tư cần thiết để phát triển hoạt động¹⁴. Tuy nhiên, các nhà lập pháp Anh cho rằng, giới hạn như vậy là cần thiết để đảm bảo nguyên tắc lợi nhuận của CIC được tái đầu tư vào công ty và được sử dụng cho cộng đồng, đồng thời, cổ đông được nhận lại một phần lợi nhuận từ khoản đầu tư của mình, từ đó khuyến khích mọi người đầu tư vào CIC¹⁵.

Pháp luật Việt Nam quy định DNXH phải sử dụng ít nhất 51% tổng lợi nhuận hàng năm của doanh nghiệp để tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường đã đăng ký¹⁶. Tỷ lệ được cho là đáp ứng

¹² Điều 22 (1) (b) Quy chế về CIC năm 2005.

¹³ Điều 22 (3) Quy chế về CIC năm 2005.

¹⁴ Xem: Stephen Lloyd, 'Transcript: Creating the CIC', Vermont Law Review, số 11/2010 tr. 31; và Celia R. Taylor, 'Carpe Crisis: Capitalizing on the Breakdown of Capitalism to Consider the Creation of Social Business', New York Law School Law Review, năm 2009/2010, tr. 743.

¹⁵ Department of Business, Energy and Industrial Strategy, *Community Interest Companies: Information and guidance note*, Chapter 6: The Asset Lock, năm 2016, tr.8, tại trang https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605418/14-1089-community-interest-company-s-chapter-6-the-asset-lock.pdf, truy cập ngày 05/11/2017.

¹⁶ Điểm c khoản 1 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

ngưỡng “phần lớn lợi nhuận” và giúp khuyến khích đầu tư vào DNXH¹⁷, tuy nhiên lại rất thấp so với tỷ lệ tối thiểu 65% theo pháp luật Anh. Mặc dù, đây là tỷ lệ tối thiểu và các thành viên hoặc cổ đông của DNXH có thể thỏa thuận một tỷ lệ khác cao hơn, tuy nhiên, vẫn cần có cơ chế giám sát chặt chẽ đối với việc phân bổ lợi nhuận và sử dụng lợi nhuận để tái đầu tư nhằm đảm bảo DNXH thực hiện cam kết vì mục tiêu xã hội, môi trường ở mức tối ưu.

- Các hạn chế khác đối với hoạt động tài chính

Ngoài hạn chế đối với phân chia lợi nhuận, pháp luật Anh còn đặt ra một số hạn chế đối với CIC như sau: *Thứ nhất*, pháp luật quy định giới hạn chi trả lãi suất (interest cap) cho các khoản nợ liên quan đến hoạt động của CIC¹⁸ nhằm ngăn ngừa khả năng CIC lợi dụng việc chi trả lãi suất không có hạn chế để tránh giới hạn cổ tức¹⁹. Hiện nay, giới hạn lãi suất là 20% khoản nợ bình quân (average amount of debt) của

¹⁷ Lê Nhật Bảo, “Xác định mục tiêu hoạt động của doanh nghiệp xã hội trong pháp luật Vương quốc Anh, Hàn Quốc và một số gợi ý mở cho Việt Nam”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 10/2017, tr.41.

¹⁸ Xem Điều 22(1)(c) Quy chế về CIC năm 2005. Các khoản nợ liên quan đến hoạt động của CIC còn được gọi là “khoản nợ có đặc điểm vốn chủ sở hữu” (debt with equity characteristics). Xem Department of Business, Energy and Industrial Strategy, Community Interest Companies: Information and guidance note, Chapter 6: The Asset Lock, năm 2016, tr.10, tại trang: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605418/14-1089-community-interest-companies-chapter-6-the-asset-lock.pdf, truy cập ngày 05/11/2017.

¹⁹ Department of Business, Energy and Industrial Strategy, Community Interest Companies: Information and guidance note, Chapter 6: The Asset Lock, năm 2016, tr.10, tại trang: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605418/14-1089-community-interest-companies-chapter-6-the-asset-lock.pdf, truy cập ngày 05/11/2017.

CIC²⁰. *Thứ hai*, CIC chỉ có thể mua lại cổ phần với giá tương đương với giá mua ban đầu²¹. *Thứ ba*, trong trường hợp giảm vốn, CIC không được thanh toán cho các cổ phần chưa được thanh toán đầy đủ và số tiền tối đa có thể thanh toán được là bằng với số cổ phần đã được thanh toán đầy đủ²².

Trong khi đó, việc mua lại cổ phần và giảm vốn của DNXH tại Việt Nam được thực hiện theo quy định của pháp luật doanh nghiệp tương ứng với hình thức pháp lý của doanh nghiệp. Điều này có nghĩa, pháp luật Việt Nam không đặt ra hạn chế về giá mua lại cổ phần, hay hạn chế đối với các cổ phần chưa được thanh toán đầy đủ như pháp luật Anh. Khác với doanh nghiệp thông thường, DNXH theo đuổi mục tiêu vì lợi ích của xã hội và cộng đồng thay vì tối đa hóa lợi ích của thành viên hoặc cổ đông của công ty. Do vậy, việc pháp luật không quy định giới hạn về giá mua lại cổ phần và thanh toán cổ phần trong trường hợp giảm vốn có thể đem lại lợi ích cho cá nhân thành viên hoặc cổ đông của DNXH. Trong khi đó, pháp luật quy định tỷ lệ lợi nhuận hàng năm tái đầu tư nhằm thực hiện mục tiêu xã hội khá thấp (51%). Điều này có thể dẫn đến khả năng thành viên hoặc cổ đông của DNXH bòn rút các nguồn lực khỏi doanh nghiệp. Vì vậy, từ kinh nghiệm điều chỉnh pháp luật của Anh, các tác giả đề xuất bổ sung quy định về hạn chế mua lại cổ phần và hạn chế thanh toán đối với cổ phần chưa được thanh toán đầy đủ trong trường hợp DNXH giảm vốn. Ngoài ra, để việc giám sát được hiệu quả cần có quy định DNXH phải cung cấp thông tin về việc mua lại cổ phần và giảm vốn cho cơ quan quản lý có thẩm quyền.

²⁰ Xem: Department of Business, t.lđđ.

²¹ Điều 24 Quy chế về CIC năm 2005.

²² Điều 25(6) Quy chế về CIC năm 2005.

b) Giám sát của cổ đông và người có lợi ích liên quan đối với giám đốc

- Quyền của cổ đông

Các quy định về quyền của cổ đông trong CIC được điều chỉnh bởi các quy định của Luật Công ty năm 2006 về khởi kiện của cổ đông đối với hoạt động quản lý trong trường hợp giám đốc vi phạm các nghĩa vụ theo luật định²³. Ngoài ra, cổ đông được trao các quyền khác như quyền bầu và miễn nhiệm giám đốc²⁴, sửa đổi điều lệ của công ty²⁵ và quyền thông qua các giao dịch quan trọng của công ty²⁶. Chẳng hạn, khác với hầu hết các loại hình công ty khác, CIC chỉ có thể tuyên bố việc chia cổ tức bằng một nghị quyết thường niên hoặc đặc biệt (ordinary or special resolution) của các thành viên công ty²⁷. Điều này có nghĩa, giám đốc không được phép quyết định và công bố chia cổ tức mà không tham vấn và được sự thông qua của các thành viên của công ty. Như vậy, quy định về các quyền của cổ đông là biện pháp giúp giám sát hoạt động của giám đốc để đảm bảo CIC đạt được mục tiêu vì cộng đồng.

Ở Việt Nam, Luật Doanh nghiệp năm 2014 có quy định quyền của thành viên, cổ đông khởi kiện trách nhiệm dân sự đối với người quản lý công ty; và quyền thông qua phương án phân chia lợi nhuận của Hội đồng thành viên²⁸, quyền thảo luận và thông qua mức cổ tức của Đại hội đồng cổ đông²⁹. So sánh với pháp luật Anh thì các quy định

này khá đầy đủ và phù hợp để các thành viên, cổ đông của DNXH thực hiện giám sát đối với hoạt động của giám đốc và người quản lý doanh nghiệp.

- Quyền của người có lợi ích liên quan (stakeholders)

Người có lợi ích liên quan của một doanh nghiệp bao gồm người lao động, người quản lý, khách hàng... tuy nhiên, một nguyên tắc quan trọng với CIC là công ty phải đặc biệt quan tâm đến người có lợi ích liên quan chính (major stakeholder) – tức là cộng đồng mà công ty cam kết đem lại lợi ích từ hoạt động của mình. Vì vậy, sự tham gia của các bên có lợi ích liên quan cần được lồng ghép vào quản trị doanh nghiệp của CIC. Trên thực tế, mức độ tham gia của các bên có lợi ích liên quan rất đa dạng, phụ thuộc vào quy mô, mục đích, phạm vi hoạt động của CIC cũng như chi phí cần tương xứng với quy mô hoạt động. Theo quy định của pháp luật hiện hành ở Anh, người có lợi ích liên quan không có quyền khởi kiện CIC, tuy nhiên họ có thể khiếu nại lên Cơ quan quản lý CIC³⁰.

Pháp luật doanh nghiệp Việt Nam chưa có quy định rõ ràng về sự tham gia của các bên có lợi ích liên quan, đặc biệt là cộng đồng trong quản trị DNXH. Theo các tác giả, cần bổ sung quy định về quyền khiếu nại của cộng đồng - đối tượng bị tác động và hưởng lợi trực tiếp từ hoạt động của DNXH - lên cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền để tạo ra cơ chế giám sát đa chiều và hiệu quả đối với DNXH ở Việt Nam.

c) Các hạn chế đối với chuyển nhượng tài sản

Khóa tài sản (asset lock) là một đặc điểm cơ bản của CIC, bao gồm tập hợp các

²³ Điều 260 Luật Công ty năm 2006.

²⁴ Điều 168 Luật Công ty năm 2006.

²⁵ Điều 21 Luật Công ty năm 2006.

²⁶ Xem Chương 4 Luật Công ty năm 2006.

²⁷ Điều 17 Quy chế về CIC năm 2005.

²⁸ Điểm g khoản 2 Điều 56 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

²⁹ Điểm e khoản 2 Điều 136 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

³⁰ Điều 41 Luật Công ty năm 2004.

quy định được thiết kế nhằm đảm bảo tài sản của CIC (bao gồm lợi nhuận hoặc các thặng dư khác có được từ hoạt động của CIC, trừ các khoản chi trả theo quy định về chia cổ tức) được giữ lại CIC và được sử dụng vì mục đích cộng đồng. Theo đó, việc chuyển nhượng tài sản của CIC phải đáp ứng một trong những yêu cầu sau³¹:

+ Việc chuyển nhượng được thực hiện với giá trị thị trường đầy đủ (full market value) để CIC giữ lại giá trị của tài sản được chuyển nhượng;

+ Việc chuyển nhượng được thực hiện cho tổ chức có tài sản khóa khác (asset-locked body)³² được quy định trong Điều lệ thành lập CIC;

+ Việc chuyển nhượng được thực hiện cho tổ chức có tài sản khóa khác khi có sự đồng ý của Cơ quan quản lý (the Regulator); hoặc

+ Việc chuyển nhượng được thực hiện vì lợi ích của cộng đồng.

Như vậy, pháp luật Anh thiết kế cơ chế hạn chế việc chuyển nhượng tài sản ra ngoài CIC thông qua quy định về “khóa tài sản”, đồng thời đặt ra các quy định hạn chế việc chuyển nhượng trong nội bộ CIC thông qua các quy định về thù lao chi trả cho giám đốc, chia cổ tức cho thành viên... Các hạn chế này cho phép sự giám sát của cổ đông, cộng đồng cũng như Cơ quan quản lý đối với hoạt động chuyển nhượng tài sản của CIC.

Ở Việt Nam, Luật Doanh nghiệp năm 2014³³ và Nghị định 96/2015/NĐ-CP chỉ

quy định những hạn chế đối với chuyển nhượng phần vốn góp, vốn cổ phần, việc sử dụng các khoản tài trợ và mức lợi nhuận giữ lại để tái đầu tư của DNXH. Theo các tác giả, những hạn chế này là chưa đủ để đảm bảo DNXH sử dụng tài sản nhằm theo đuổi và tối đa hóa lợi ích cho cộng đồng, trong khi quy định về tỷ lệ lợi nhuận để tái đầu tư vì mục tiêu xã hội chỉ là 51%. Do đó, từ kinh nghiệm của Anh trong quy định về “khóa tài sản”, các tác giả đề xuất bổ sung quy định về các điều kiện chuyển nhượng tài sản của DNXH làm căn cứ cho phép cổ đông, cộng đồng và cơ quan quản lý nhà nước giám sát hoạt động tài chính của DNXH.

d) Nghĩa vụ minh bạch và giải trình

CIC thực hiện nghĩa vụ minh bạch và giải trình thông qua cơ chế báo cáo (reporting). Pháp luật Anh quy định nghĩa vụ công bố báo cáo hàng năm của CIC cho: (1) Cơ quan quản lý nhà nước, (2) Cổ đông, và (3) Người có lợi ích liên quan. Mục đích của việc báo cáo là giúp cơ quan quản lý nhà nước, cổ đông cũng như người có lợi ích liên quan biết CIC đã đạt được những mục tiêu xã hội như thế nào. Báo cáo hàng năm CIC phải công bố bao gồm: (1) Báo cáo về tài khoản của giám đốc; (2) Báo cáo về hoạt động của CIC; và (3) Tuyên bố xác nhận (confirmation statement)³⁴. So với các doanh nghiệp thông thường, báo cáo hàng năm của CIC phải bao gồm những nội dung sau³⁵:

- Mô tả công ty đã phục vụ lợi ích cộng đồng như thế nào;

- Mô tả công ty đã tham vấn các nhóm lợi ích bị ảnh hưởng bởi hoạt động của công ty và kết quả tham vấn như thế nào;

³¹ Điều 2 Quy chế về CIC năm 2005.

³² Tổ chức có tài sản khóa khác (asset-locked body) là CIC, quỹ từ thiện, tổ chức đã đăng ký hoạt động ở Anh hoặc ngoài Anh mà có địa vị pháp lý tương tự.

³³ Xem các điểm a, d khoản 2 Điều 10 Luật Doanh nghiệp năm 2014; và các khoản 1, 2 Điều 9 Nghị định 96/2015/NĐ-CP.

³⁴ Được áp dụng từ ngày 30/6/2016 thay cho báo cáo doanh thu thường niên (annual return).

³⁵ Điều 26 Quy chế về CIC năm 2005.

- Thông tin về các khoản trả thù lao cho giám đốc, và người quản lý;

- Thông tin về các khoản trả lợi tức cho cổ đông;

- Thông tin về các khoản trả lãi suất cho vay mà phụ thuộc vào lợi nhuận của công ty;

- Đánh giá các hoạt động mà công ty thực hiện không thu phí hoàn toàn.

Các khoản trả thù lao cho giám đốc, trả lợi tức cho cổ đông sẽ được Cơ quan quản lý đánh giá dựa trên các Bản đánh giá lợi ích cộng đồng (Community Interest Test) và quy định về “khóa tài sản”. Trong trường hợp Cơ quan quản lý nhận thấy khoản trả thù lao cho giám đốc là không phù hợp (giá trị cao hơn) so với công việc đã làm và lợi ích cộng đồng đã nhận thì đây được coi là vi phạm quy định về tài sản khóa và có thể dẫn đến sự can thiệp của Cơ quan quản lý nếu cần thiết.

Mặc dù pháp luật không quy định báo cáo hoạt động của CIC phải được kiểm toán, tất cả CIC phải xác nhận về thông tin đã công bố bằng một tuyên bố xác nhận (Confirmation statement)³⁶. Tuyên bố xác nhận này có thể được đưa ra vào bất kỳ thời điểm nào trong khoảng thời gian đánh giá (review period) nhưng không được vượt quá thời hạn đánh giá là 12 tháng. Pháp luật quy định CIC phải đưa ra tuyên bố xác nhận ít nhất 01 lần/năm, tuy nhiên CIC có thể lựa chọn xác nhận thông tin thường xuyên hơn. Việc không thực hiện tuyên bố xác nhận trong thời gian quy định là vi phạm pháp luật hình sự và CIC cùng người quản lý của công ty có thể bị khởi tố³⁷.

Ở Việt Nam, Điều 10 Nghị định 96/2015/NĐ-CP quy định nghĩa vụ công khai hoạt động của DNXH thông qua báo cáo đánh giá tác động xã hội định kỳ hàng năm trong trường hợp doanh nghiệp nhận ưu đãi, viện trợ, định kỳ hàng năm. Các nội dung phải có trong báo cáo đánh giá tác động xã hội bao gồm: (1) Tên, mã số doanh nghiệp; (2) Các khoản ưu đãi, viện trợ và tài trợ đã nhận được; (3) Các hoạt động doanh nghiệp đã thực hiện được trong năm, các vấn đề xã hội, môi trường mà doanh nghiệp đã giải quyết; và (4) Các lợi ích và tác động xã hội mà doanh nghiệp đã đạt được và các nhóm đối tượng được hưởng lợi tương ứng.

Như vậy, so sánh với Anh thì pháp luật Việt Nam không quy định nghĩa vụ báo cáo của DNXH nói chung. Nội dung của báo cáo không bao gồm: (1) Khoản chi trả thù lao cho giám đốc và người quản lý doanh nghiệp, (2) Các khoản chi trả cổ tức cho cổ đông, (3) Các khoản chi trả lãi suất cho khoản vay phụ thuộc vào lợi nhuận của doanh nghiệp, và (4) Hoạt động tham vấn với nhóm lợi ích bị ảnh hưởng bởi lợi ích của doanh nghiệp. Quy định như vậy khiến cơ quan quản lý, các bên có lợi ích liên quan và cộng đồng khó đánh giá được mức độ hiệu quả hoạt động của DNXH. Thêm vào đó, việc không quy định nghĩa vụ tham vấn cộng đồng và báo cáo kết quả hoạt động tham vấn cộng đồng đã hạn chế sự tham gia của cộng đồng vào hoạt động của DNXH, trong khi đây là mục tiêu hướng tới và là đối tượng bị tác động trực tiếp bởi hoạt động của DNXH.

Do vậy, để tăng cường tính minh bạch trong hoạt động của DNXH, các tác giả kiến nghị: (1) Cần có quy định về nghĩa vụ báo cáo hàng năm đối với tất cả DNXH, và (2)

³⁶ Điều 853A Luật Công ty năm 2006.

³⁷ Điều 853L Luật Công ty năm 2006.

Bổ sung quy định về các nội dung bắt buộc trong báo cáo đánh giá tác động xã hội hàng năm của DNXH. Ngoài ra, pháp luật không quy định báo cáo đánh giá tác động xã hội phải được kiểm toán nên cần có quy định, DNXH phải chịu hoàn toàn trách nhiệm về tính chính xác và trung thực của báo cáo. Ở điểm này, việc bổ sung quy định về một tuyên bố xác nhận (confirmation statement) như quy định đối với CIC theo pháp luật Anh có thể là kinh nghiệm tốt cho Việt Nam.

3. Giám sát của cơ quan nhà nước

Luật Công ty năm 2004 thiết lập Cơ quan quản lý là một cơ quan độc lập được bổ nhiệm bởi Bộ trưởng Bộ Thương mại và Công nghiệp. Chính phủ Anh thực hiện chính sách quản lý “nói lỏng” (light touch), hay giảm thiểu sự can thiệp, để khuyến khích sự phát triển của CIC. Do vậy, Cơ quan quản lý chủ yếu thực hiện hoạt động giám sát thông qua cơ chế báo cáo hàng năm để đánh giá mức độ hiệu quả giữa hoạt động với mục tiêu mà CIC đã đặt ra. Tuy nhiên, điểm cốt lõi của quản lý “nói lỏng” là Cơ quan quản lý không thực hiện việc kiểm soát chủ động mà giám sát để đảm bảo sự tuân thủ pháp luật của CIC³⁸. Để thực hiện vai trò giám sát này, Cơ quan quản lý được pháp luật trao cho hai thẩm quyền quan trọng: (1) Điều tra; và (2) Áp đặt chế tài trong trường hợp cần thiết (impose special sanctions).

Trên cơ sở báo cáo hàng năm của CIC hoặc đơn khiếu nại của cổ đông và các bên có lợi ích liên quan, Cơ quan quản lý sẽ

đánh giá và quyết định thực hiện thẩm quyền giám sát (supervisory powers) đối với một CIC.

- Thẩm quyền điều tra

Thẩm quyền điều tra của Cơ quan quản lý được quy định tại Điều 42 và Phụ lục 7 của Luật Công ty năm 2004. Theo đó, Cơ quan quản lý có thể: (1) Tự mình hoặc (2) Bổ nhiệm một cán bộ thuộc Cơ quan quản lý, hoặc (3) Bổ nhiệm bên thứ ba, chẳng hạn kế toán viên hoặc luật sư, thực hiện điều tra các vấn đề của CIC.

Khi thực hiện điều tra, điều tra viên có các thẩm quyền sau:

(1) Yêu cầu CIC hoặc bất kỳ người nào khác cung cấp tài liệu và thông tin cần thiết³⁹.

(2) Sử dụng các tài liệu và thông tin đã thu thập được là bằng chứng trong thủ tục tố tụng dân sự do Cơ quan quản lý khởi kiện, bao gồm thủ tục chống lại các bên xuất trình và cung cấp tài liệu. Các thông tin và tài liệu này cũng có thể được giao cho cơ quan công tố trong quá trình điều tra hành vi vi phạm pháp luật hình sự, tuy nhiên có những hạn chế về mức độ thông tin có thể được sử dụng trong tố tụng hình sự đối với người đã cung cấp tài liệu, thông tin⁴⁰.

³⁸ The Regulator of Community Interest Company, Incorporating a New Community Interest Company 21, năm 2008, tại trang <http://www.cicregulator.gov.uk/guidanceindex.shtml>, truy cập ngày 30/11/2017.

³⁹ Tuy nhiên, điều tra viên không được quyền yêu cầu cung cấp thông tin bí mật, chẳng hạn thông tin liên quan đến vụ kiện được đưa ra tòa thượng thẩm (high court), hoặc phiên tòa nhằm bảo mật thông tin liên lạc, hoặc yêu cầu bên cung cấp dịch vụ ngân hàng xuất trình tài liệu, thông tin liên quan đến công việc của khách hàng, trừ khi yêu cầu cung cấp đó đã được áp đặt cho chính khách hàng. Xem: Mục 2, Phụ lục 7 Luật Công ty năm 2004.

⁴⁰ Chẳng hạn, lời trình bày của người được yêu cầu cung cấp thông tin không được xem là bằng chứng có thể được viện dẫn bởi hoặc thay mặt cho cơ quan công tố. Xem: Mục 3, Phụ lục 7 Luật Công ty năm 2004.

Trong trường hợp, bên được yêu cầu không thực hiện yêu cầu cung cấp thông tin thì Cơ quan quản lý có thể khiếu nại lên tòa án. Nếu không đưa ra được lý do hợp lý cho việc không cung cấp thông tin, thì bên được yêu cầu sẽ bị tòa tuyên tội không chấp hành quyết định của tòa án (contempt of the court). Ngoài ra, việc cung cấp thông tin sai bị coi là hành vi vi phạm pháp luật hình sự và có thể bị phạt tù tới 2 năm, hoặc phạt tiền, hoặc cả hai⁴¹.

- *Thẩm quyền áp đặt chế tài trong trường hợp cần thiết*

Thẩm quyền áp đặt chế tài của Cơ quan quản lý còn được gọi là thẩm quyền cưỡng chế (enforcement powers). Trong hầu hết các trường hợp, việc áp dụng biện pháp cưỡng chế nào được thực hiện sau thủ tục điều tra chính thức. Cơ quan quản lý cần nhắc việc áp đặt chế tài là nếu nhận thấy CIC không thực hiện đúng những nghĩa vụ luật định (default condition), theo đó⁴²:

+ Có hành vi sai trái (misconduct) hoặc quản lý kém (mismanagement) trong quản lý công ty;

+ Cần phải bảo toàn tài sản của công ty hoặc bảo đảm việc sử dụng đúng tài sản đó;

+ Công ty không thỏa mãn các tiêu chí đánh giá lợi ích cộng đồng (community interest test);

+ Công ty không thực hiện bất kỳ hoạt động nào để đạt được các mục đích vì cộng đồng như đã đề ra.

Các biện pháp cưỡng chế mà Cơ quan quản lý có thể áp đặt bao gồm:

(1) Tiến hành thủ tục tố tụng dân sự nhân danh một CIC khi các thành viên hoặc

giám đốc của CIC đó không thực hiện thủ tục này. Chẳng hạn, công ty khởi kiện vi phạm nghĩa vụ của giám đốc của công ty.

(2) Bổ nhiệm hoặc cách chức giám đốc CIC khi không thực hiện đúng những nghĩa vụ luật định (default condition) nhằm đảm bảo rằng ban giám đốc của CIC có đủ năng lực chuyên môn để khắc phục vấn đề này.

(3) Bổ nhiệm một người quản lý để kiểm soát các công việc nhất định của CIC.

(4) Ủy thác tài sản (vest in trust) nhằm bảo toàn tài sản của CIC. Theo đó, Cơ quan quản lý bổ nhiệm một cán bộ đảm nhận chức vụ Quản tài viên (Official Property Holder) để giải quyết tài sản nhân danh CIC.

(5) Yêu cầu chuyển nhượng cổ phần hoặc thanh toán phần lãi trong công ty trách nhiệm hữu hạn bởi bảo đảm (company limited by guarantee) trong trường hợp Cơ quan quản lý cho rằng CIC đó thuộc trường hợp loại trừ (tức công ty được coi là tổ chức chính trị).

(6) Nộp đơn yêu cầu giải thể CIC lên tòa án nếu Cơ quan quản lý nhận thấy việc giải thể và phân bổ tài sản của CIC sau giải thể là có lợi cho cộng đồng.

(7) Nộp đơn yêu cầu tòa án thu hồi Giấy đăng ký hoạt động khi CIC bị giải thể hoặc chuyển tài sản của mình thành tài sản vô chủ (bona vacatina). Bằng cách này Cơ quan quản lý có thể bảo toàn tài sản của CIC vì lợi ích của cộng đồng.

Như vậy, pháp luật trao cho Cơ quan quản lý thẩm quyền cưỡng chế khá rộng trong trường hợp nhận thấy có vấn đề nghiêm trọng ảnh hưởng đến việc thực hiện mục tiêu vì lợi ích cộng đồng của CIC. Thẩm quyền này được sử dụng để đảm bảo các

⁴¹ Xem: Mục 5, Phụ lục 7 Luật Công ty năm 2004.

⁴² Điều 41(3) Luật Công ty năm 2004.

thành viên và giám đốc của CIC thực hiện công việc của mình một cách trung thực, tuân thủ pháp luật và điều lệ thành lập CIC⁴³.

Trong khi đó, Việt Nam không thành lập một cơ quan riêng để giám sát DNXH mà thẩm quyền này được trao cho Ủy ban nhân cấp tỉnh (sau đây gọi là Ủy ban) nơi doanh nghiệp có trụ sở chính⁴⁴. Sở Kế hoạch và Đầu tư hoặc cơ quan quản lý viện trợ thuộc Ủy ban là cơ quan đầu mối giúp Ủy ban thực hiện việc theo dõi, giám sát⁴⁵. Theo dõi, giám sát đối với DNXH được thực hiện theo cách thức như sau:

- DNXH nhận ưu đãi, viện trợ, tài trợ gửi báo cáo đánh giá tác động xã hội hàng năm cho Sở Kế hoạch và Đầu tư hoặc cơ quan quản lý tài trợ thuộc Ủy ban⁴⁶;

- Yêu cầu doanh nghiệp báo cáo việc tuân thủ Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường trong trường hợp cần thiết⁴⁷;

- Trực tiếp hoặc đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền kiểm tra doanh nghiệp theo những nội dung Cam kết thực hiện mục tiêu xã hội, môi trường⁴⁸.

Thẩm quyền giám sát của Ủy ban theo pháp luật hiện hành là khá hẹp và bị động. Theo đó, DNXH không bị buộc phải gửi báo cáo hàng năm cho cơ quan có thẩm

quyền giám sát, trừ trường hợp doanh nghiệp nhận được tài trợ, viện trợ. Ủy ban có quyền yêu cầu doanh nghiệp cung cấp thông tin và báo cáo việc tuân thủ Cam kết của doanh nghiệp, tuy nhiên pháp luật không quy định chế tài trong trường hợp doanh nghiệp chậm trễ thực hiện, hoặc không thực yêu cầu báo cáo. Thêm vào đó, Ủy ban có thẩm quyền trực tiếp kiểm tra doanh nghiệp nhưng pháp luật chưa quy định về bước tiếp theo Ủy ban cần thực hiện sau khi có kết luận kiểm tra. Chẳng hạn, trong trường hợp DNXH không thực hiện đúng nội dung Cam kết hoặc có vi phạm nghĩa vụ luật định thì Ủy ban có thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục tình trạng của DNXH hoặc xử lý vi phạm không? Hay Ủy ban gửi kiến nghị áp dụng biện pháp xử lý đến cơ quan nào?

Việt Nam thực hiện chủ trương tạo điều kiện cho DNXH phát triển, DNXH được nhận các khoản viện trợ, tài trợ, các chương trình ưu đãi và hỗ trợ của Nhà nước. Tuy nhiên, với mục tiêu hoạt động là giải quyết các vấn đề xã hội và môi trường, DNXH cần được giám sát để đảm bảo các mục tiêu này được thực hiện và cộng đồng được thụ hưởng các lợi ích từ hoạt động của doanh nghiệp. Kinh nghiệm của Anh cho thấy, hiệu quả giám sát của cơ quan có thẩm quyền phụ thuộc vào việc được trao thẩm quyền áp dụng các biện pháp cưỡng chế trong trường hợp cần thiết. Do vậy, trong thời gian tới cần nghiên cứu và bổ sung các quy định về thẩm quyền cho cơ quan giám sát DNXH ở Việt Nam, bao gồm: (1) Thẩm quyền áp dụng biện pháp cưỡng chế trong trường hợp cần thiết; và (2) Thẩm quyền áp dụng chế tài DNXH không thực hiện hoặc thực hiện không đúng yêu cầu của cơ quan giám sát.

⁴³ Department of Business, Energy and Industrial Strategy, Community Interest Companies: Information and guidance note, Chapter 11: The Regulator, 2016, tr.9, tại trang: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/605423/13-714-community-interest-companies-guidance-chapter-11-the-regulator.pdf, truy cập ngày 30/11/2017.

⁴⁴ Khoản 1 Điều 11 Nghị định 96/2015/NĐ-CP.

⁴⁵ Xem chú thích trên.

⁴⁶ Khoản 1 Điều 10 Nghị định 96/2015/NĐ-CP.

⁴⁷ Điểm a khoản 1 Điều 11 Nghị định 96/2015/NĐ-CP.

⁴⁸ Điểm b khoản 1 Điều 11 Nghị định 96/2015/NĐ-CP.

KHÁI NIỆM VÀ BẢN CHẤT PHÁP LÝ CỦA CÔNG TY HỢP VỐN ĐƠN GIẢN

Nguyễn Vinh Hưng*

Tóm tắt: Công ty hợp vốn đơn giản là một loại hình công ty có nhiều điểm tương đồng với công ty hợp danh trong Luật Doanh nghiệp năm 2014. Bài viết phân tích những vấn đề pháp lý cơ bản của công ty hợp vốn đơn giản để từ đó xác định sự khác biệt giữa công ty hợp vốn đơn giản và công ty hợp danh, đồng thời, đề xuất kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật liên quan đến vấn đề này.

Abstract: A limited partnership is similar to a general partnership under the Law on Enterprises of 2014. This paper analyses basic legal issues of a limited partnership to determine the difference between that and a general partnership. Basing on that, it makes relevant recommendation to improve related law and regulation.

1. Đặt vấn đề

Công ty hợp vốn đơn giản (hay còn được gọi là công ty hợp danh hữu hạn) thường được xếp vào “loại hình công ty thuộc hình thức của công ty đối nhân”¹. Mặc dù vậy, khác với một loại hình của công ty đối nhân khác là công ty hợp danh, công ty hợp vốn đơn giản còn chứa đựng các yếu tố mà chỉ có trong các loại hình của công ty đối vốn, bởi loại công ty này còn có cả thành viên góp vốn được hưởng chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn về mặt tài sản.

Hiện nay, các quy định về hình thức pháp lý của công ty hợp danh trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 vẫn chưa rõ ràng do còn chứa đựng dấu hiệu của loại hình công ty hợp vốn đơn giản². Đây là điểm bất cập lớn vì nó cản trở việc xây dựng quy định chi tiết, đầy đủ về từng loại hình công

ty, đồng thời cũng là sự khác biệt với pháp luật của hầu hết các quốc gia vốn đều tách bạch rõ ràng giữa công ty hợp vốn đơn giản và công ty hợp danh. Thông thường, mỗi loại hình công ty thường được pháp luật tại các quốc gia này điều chỉnh bằng từng đạo luật riêng biệt.

2. Những vấn đề pháp lý về công ty hợp vốn đơn giản

2.1. Khái niệm công ty hợp vốn đơn giản

Công ty hợp vốn đơn giản là loại hình công ty phái sinh hay biến tấu từ chính công ty hợp danh. Thông thường, “công ty hợp vốn đơn giản được hình thành trên cơ sở chuyển đổi từ công ty hợp danh để có thể kết nạp thêm người thừa kế của các thành viên hợp danh đã chết với tư cách là thành viên góp vốn. Bởi lẽ, có thể những người thừa kế của thành viên hợp danh đã chết chưa thành niên (chưa có tư cách thương nhân) và cũng có thể những người này chỉ muốn tham gia vào công ty với tư cách là thành viên góp vốn”³. Hoặc theo các tác giả

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

¹ Nguyễn Như Phát (Chủ biên), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Viện đại học Mở Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, năm 2011, tr. 81.

² Nguyễn Vinh Hưng, *Phân biệt công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản theo Luật Doanh nghiệp năm 2014*, Tạp chí Nghề Luật, số 6/2015, tr. 9.

³ Nguyễn Vinh Hưng, *Phân biệt công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản theo Luật Doanh nghiệp năm 2014*, tđđ, tr. 11.

Maurice Cozian và Alian Viandier: “Công ty hợp danh cũ buộc phải chuyển đổi thành công ty hợp tư (công ty hợp vốn đơn giản) khi có một hội viên qua đời nhằm tạo điều kiện cho người thừa kế chưa thành niên trở thành hội viên xuất vốn (họ không thể có tư cách kinh doanh vì vậy không thể trở thành hội viên công ty hợp danh được)”⁴.

Dù vậy, công ty hợp vốn đơn giản và công ty hợp danh vẫn là hai loại hình công ty hoàn toàn khác nhau. Sự khác biệt được thể hiện ngay từ khái niệm về hai công ty này.

Công ty hợp danh, theo Luật Hợp danh thống nhất của Hoa Kỳ (*Uniform Partnership Act*) năm 1997 là: “Một hội gồm hai thể nhân trở lên và với tư cách là những đồng sở hữu họ cùng nhau kinh doanh để thu lợi nhuận”⁵. Tại Đức, công ty hợp danh là: “Công ty trong đó các thành viên cùng nhau tiến hành một hoạt động thương mại dưới một hãng chung và cùng liên đới chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ của công ty”⁶. Ở Cộng hòa Pháp (công ty hợp danh - *Société en nom collectif*): “Là công ty mà trong đó các thành viên đều có tư cách thương gia chịu trách nhiệm vô hạn và liên đới về các khoản nợ của công ty”⁷. Còn tại Việt Nam, tương tự công ty hợp vốn đơn giản, công ty hợp danh là loại hình công ty xuất hiện từ thời

Pháp thuộc. Thời kỳ đó, công ty hợp danh được gọi dưới các cái tên như “công ty đồng danh”⁸ hay “hội hợp danh”⁹, “là một hội đoàn thành lập giữa hai người, hay một số người nhiều hơn, để làm thương mại dưới một hội danh”; hay theo Điều 42 Bộ luật Thương mại Trung phần 1944, hội hợp danh “là một hội hoạt động dưới một hội danh, trong đó, tất cả các hội viên đều phải chịu trách nhiệm liên đới, vô giới hạn, trên sản nghiệp của mình, về công nợ của hội”¹⁰.

Với loại hình công ty hợp vốn đơn giản, pháp luật Hoa Kỳ quy định: “Công ty hợp danh hữu hạn bao gồm hai hoặc nhiều người, trong đó phải có ít nhất một thành viên hợp danh và một thành viên góp vốn. Trong khi thành viên hợp danh có nghĩa vụ cá nhân không giới hạn, nghĩa vụ của thành viên góp vốn là giới hạn với số tiền đầu tư của mình trong công ty”¹¹. Tại Đức, công ty hợp vốn đơn giản khác công ty hợp danh ở điểm quan trọng là: “Trong công ty hợp vốn đơn giản chỉ cần ít nhất có một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn (thành viên nhận vốn hay giống như thành viên hợp danh trong công ty hợp danh), còn những thành viên khác chịu trách nhiệm hữu hạn (thành viên góp vốn)”¹². Ở Pháp, “công ty góp vốn đơn giản có hai loại thành viên khác nhau: Thành viên nhận vốn là loại hình thành viên

⁴ Maurice Cozian và Alian Viandier (1990), *Tổ chức công ty*, dịch từ nguyên bản tiếng Pháp “Droit des sociétés: Litec. 1988, Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, tr. 190.

⁵ Khoản 1, Điều 6 của Luật Hợp danh thống nhất của Mỹ 1997.

⁶ Friedrich Fubler và Jurgen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng hòa Liên bang Đức*, Nxb. Pháp lý, tr. 31.

⁷ Nguyễn Thị Thùy Giang (2012), *Pháp luật Việt Nam về công ty hợp danh*, Luận văn Thạc sĩ luật học, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 7.

⁸ Lê Tài Triển (1959), *Luật Thương mại toát yếu*, Quyển thứ 2, Bộ quốc gia giáo dục xuất bản, tr. 50.

⁹ Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân (1973), *Luật Thương mại Việt Nam dân giải*, Nxb. Kim lai ấn quán, Quyển II, tr. 763.

¹⁰ Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân (1973), *Luật Thương mại Việt Nam dân giải*, tldđ, tr. 763.

¹¹ <http://www.quickmba.com/law/partnership/limited/>, truy cập ngày 15/3/2017.

¹² Friedrich Fubler và Jurgen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng hòa Liên bang Đức*, tldđ, tr. 31.

giống như thành viên hợp danh của công ty hợp danh, nên các quy tắc liên quan đến thành viên này được áp dụng tương tự. Thành viên xuất vốn, thành viên này không phải đem hết tài sản của cá nhân ra để chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty, họ chỉ chịu trách nhiệm đến hết giá trị phần vốn góp của mình”¹³. Ở Việt Nam thời kỳ trước, công ty này được định nghĩa: “Là hội thành lập giữa một hay nhiều hội viên được gọi là hội viên thụ tư, cùng liên đới chịu trách nhiệm, và một hay nhiều hội viên khác, cấp vốn, được gọi là hội viên xuất tư những người này chỉ chịu trách nhiệm tới mức phần hùn của mình”¹⁴. Chính quyền Việt Nam Cộng hòa trước đây cũng đưa ra khái niệm về loại hình Hội hợp tư đơn thường (công ty hợp vốn đơn giản): “Hội hợp tư đơn thường là hội thành lập để hoạt động về thương mại giữa một hay nhiều hội viên được gọi là hội viên thụ tư liên đới chịu trách nhiệm vô hạn định về mọi khoản nợ của hội và một hay nhiều hội viên xuất tư chỉ chịu trách nhiệm tới phần hùn của mình”¹⁵.

Từ các khái niệm trên có thể thấy, công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản là hai loại hình công ty hoàn toàn khác biệt. Trong công ty hợp danh chỉ có duy nhất một loại hình thành viên hợp danh, còn công ty hợp vốn đơn giản sẽ luôn phải tồn tại hai loại hình thành viên khác nhau về tư cách pháp lý là: Thành viên hợp danh (hay chính xác là thành viên nhận vốn) và thành viên

góp vốn. Đây là quy định phổ biến trong pháp luật nhiều quốc gia và cả trong pháp luật thời kỳ trước tại Việt Nam. Tuy nhiên, Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại quan niệm công ty hợp danh theo hướng: “Công ty hợp danh là doanh nghiệp, trong đó: Phải có ít nhất 02 thành viên là chủ sở hữu chung của công ty, cùng nhau kinh doanh dưới một tên chung (sau đây gọi là thành viên hợp danh). Ngoài các thành viên hợp danh, công ty có thể có thêm thành viên góp vốn”¹⁶. Với khái niệm này, rõ ràng Luật Doanh nghiệp đã lồng ghép loại hình công ty hợp vốn đơn giản vào công ty hợp danh. Điều này là không hợp lý vì làm cho hình thức pháp lý của cả hai loại công ty đều không rõ ràng.

2.2. Bản chất pháp lý của công ty hợp vốn đơn giản

Thứ nhất, công ty hợp vốn đơn giản là công ty tồn tại đan xen các yếu tố của loại hình công ty đối nhân và cả loại hình công ty đối vốn.

Công ty hợp vốn đơn giản đôi khi được phân loại là “công ty thuộc hình thức của công ty đối nhân”¹⁷, bởi một số yếu tố của công ty đối nhân đã ảnh hưởng lên cách thức thành lập, tổ chức và vận hành của công ty hợp vốn đơn giản. Tuy nhiên, so với công ty hợp danh, công ty hợp vốn đơn giản không phải là dạng công ty đối nhân có tính tuyệt đối như công ty hợp danh, vì bên cạnh các thành viên nhận vốn (Luật Doanh nghiệp của Việt Nam gọi là “thành viên hợp danh”), công ty hợp vốn đơn giản còn có sự tồn tại của các thành viên góp vốn - chủ thể

¹³ Francis Lemeunier (1993), *Nguyên lý và thực hành Luật Thương mại, Luật Kinh doanh*, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 196.

¹⁴ Lê Tài Triển, Nguyễn Vạng Thọ và Nguyễn Tân (1973), *Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải*, tđđ, tr. 800.

¹⁵ Điều 194 Bộ luật Thương mại năm 1972.

¹⁶ Điểm a khoản 1 Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

¹⁷ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Thương mại, tập 1*, Nxb. Công an nhân dân, năm 2011, tr. 115.

được hưởng chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn về tài sản. Đây là sự khác biệt quan trọng, nếu so với chế độ chịu trách nhiệm vô hạn về tài sản của các loại hình công ty thuộc hình thức của công ty đối nhân như công ty hợp danh. Bởi vậy, có thể nói, công ty hợp vốn đơn giản là một loại hình công ty trung hòa giữa công ty đối nhân và công ty đối vốn, khi nó luôn chứa đựng, dung nạp các yếu tố của cả hai loại hình công ty này. Minh chứng cho luận điểm khoa học này, có nghiên cứu nhận định: “Chấp nhận dung nạp thành viên góp vốn trong cơ cấu, một đặc điểm xa lạ với tính chất đối nhân truyền thống của công ty hợp danh. Nói cách khác, sự xuất hiện của thành viên góp vốn làm giảm đi tính chất đối nhân”¹⁸.

Thứ hai, công ty hợp vốn đơn giản là công ty có hai loại hình thành viên khác nhau về địa vị pháp lý.

Thành viên nhận vốn có đầy đủ quyền và nghĩa vụ như thành viên hợp danh của công ty hợp danh, vì mặc dù tên gọi khác nhau nhưng thực chất đây chỉ là một loại thành viên có quy chế pháp lý giống nhau. Tại công ty hợp vốn đơn giản, thành viên nhận vốn mới là những chủ thể có quyền quyết định mọi vấn đề quan trọng của công ty. Trong khi đó, thành viên góp vốn không có quyền hạn liên quan đến việc quản lý, điều hành hay đại diện cho công ty hợp vốn đơn giản. Vai trò của thành viên góp vốn trong công ty hợp vốn đơn giản chỉ là thứ yếu. Sự tồn tại của loại thành viên này không làm ảnh hưởng đến hoạt động của

công ty hợp vốn đơn giản bởi chỉ có quyền hạn chế.

Thứ ba, các thành viên nhận vốn có trách nhiệm đến cùng với công ty.

Suy cho cùng, các thành viên nhận vốn và công ty hợp vốn đơn giản luôn là một thể thống nhất trách nhiệm do đây vẫn là công ty mang bản chất của loại hình công ty đối nhân, trong đó vai trò của các thành viên nhận vốn chính là những người bảo lãnh liên đới cho mọi hoạt động của công ty. Khi phát sinh trách nhiệm, công ty hợp vốn đơn giản phải chịu trách nhiệm trước các chủ nợ, còn mọi thành viên nhận vốn thì luôn phải chịu trách nhiệm đến cùng với công ty.

Tóm lại, công ty hợp vốn đơn giản là công ty có hai loại hình thành viên với địa vị pháp lý khác nhau. Công ty hợp vốn đơn giản chứa đựng hai yếu tố cơ bản - đó là đề cao mối quan hệ giữa các thành viên cũng như chế độ chịu trách nhiệm khác nhau về tài sản của từng loại thành viên. Điều này thể hiện sự khác biệt rất rõ ràng so với công ty hợp danh và với hầu hết các loại hình công ty khác.

Giống với hầu hết các công ty khác, công ty hợp vốn đơn giản là một hình thức liên kết đầu tư giữa các nhà kinh doanh để cùng tìm kiếm lợi nhuận. Tuy vậy, khác với loại hình công ty đối vốn như công ty cổ phần vốn có thể được thành lập mà không cần quan tâm đến yếu tố quen biết, tin tưởng giữa các cổ đông, công ty hợp vốn đơn giản được xây dựng dựa trên sự quan hệ chặt chẽ, tin tưởng giữa các thành viên nhận vốn với nhau.

Khá giống công ty hợp danh, công ty hợp vốn đơn giản thường chỉ quy tụ một số lượng ít thành viên như anh em, đồng

¹⁸ Lê Thanh Phong, *Tìm hiểu về công ty hợp danh trong pháp luật Việt Nam và Cộng hòa Pháp*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 10 (151), năm 2004, tr. 34 - 37.

nghiệp, bạn bè... Mặt khác, là công ty đối nhân nên hoạt động trên nguyên tắc các thành viên nhận vốn của công ty hợp vốn đơn giản phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn bằng tất cả tài sản của chính họ. Vì vậy, yếu tố quan trọng nhất đối với thành viên nhận vốn là sự tin tưởng, thân thiết giữa các thành viên nhận vốn với nhau, còn vấn đề vốn góp giữa các thành viên này chỉ là yếu tố thứ yếu. Tuy nhiên, nếu công ty hợp vốn đơn giản chỉ có sự tồn tại của các thành viên nhận vốn thì nó cũng sẽ là một công ty hoàn toàn khép kín tương tự công ty hợp danh. Sự tham gia của các thành viên góp vốn không những mang lại nguồn bổ sung về mặt tài chính, mà nó còn làm cho tính chất chặt chẽ, khép kín của nhóm thành viên công ty rộng mở hơn. Vì thế, pháp luật của nhiều quốc gia thường quy định đối tượng trở thành thành viên góp vốn khá đơn giản, dễ dàng.

Khác với hầu hết các loại hình của công ty đối vốn khi thành viên đóng góp bằng tài sản, phần “vốn góp” vào công ty hợp vốn đơn giản của các thành viên nhận vốn có thể là uy tín kinh doanh, kinh nghiệm, trình độ chuyên môn, chứng chỉ hành nghề... tức là có sự gắn bó mật thiết giữa tài sản góp vào công ty với nhân thân của các thành viên nhận vốn. Tuy nhiên, với các thành viên góp vốn, phần “vốn góp” của họ bắt buộc phải bằng tiền bạc vì “vai trò của thành viên góp vốn chủ yếu là đem thêm nguồn tài chính vào cho công ty”¹⁹. Như pháp luật tại Trung Quốc quy định: “Thành viên góp vốn có thể góp vốn bằng tiền, bằng hiện vật hoặc bằng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất hoặc các tài sản khác. Không có

thành viên góp vốn nào có thể đóng góp vốn bởi các dịch vụ lao động”²⁰.

Để phân biệt với một loại hình công ty có khá nhiều đặc điểm giống với công ty hợp vốn đơn giản là công ty hợp danh, các quốc gia sử dụng tiếng Anh, thường gọi công ty hợp danh dưới cái tên *general partnership, ordinary partnership, normal partnership*, hoặc *simple partnership*... còn công ty hợp vốn đơn giản thường chỉ được gọi với cái tên duy nhất là *limited partnership*. “Người Pháp dùng các thuật ngữ như *societas, societe en common dite* để chỉ các hình thức hợp danh. *Societas* là hình thức hợp danh chỉ bao gồm các thành viên hợp danh, còn *societe en common dite* bao gồm cả thành viên hợp danh và thành viên góp vốn”²¹. Tại Nhật Bản, *Gomei-Kaisha* chỉ công ty hợp danh (*general partnership company*) và *Goushi-Kaisha* chỉ công ty hợp danh hữu hạn (*limited partnership company*)²². Trước đây, Điều 43 Bộ luật Thương mại Nhật Bản năm 1911 không quan niệm công ty hợp danh và công ty hợp danh hữu hạn là công ty, mà pháp luật nước này chỉ coi đó là các hiệp hội kinh doanh (*business associations*).

Trên thực tế, công ty hợp vốn đơn giản đã từng tồn tại ở Việt Nam từ thời Pháp thuộc và được gọi dưới các cái tên như “công ty cấp vốn đơn giản”²³ hay “hội hợp

¹⁹ Nguyễn Mạnh Bách, *Các công ty thương mại*, Nxb. Tổng hợp Đồng Nai, năm 2006, tr. 83.

²⁰ Điều 64 Luật Hợp danh (sửa đổi 2006) Trung Quốc.

²¹ Lê Học Lâm và Lê Ngọc Đức (2010), *Luật Kinh doanh*, Nxb. Thống kê, tr. 166.

²² Khoản 2 Điều 6 Luật Công ty năm 2006 của Nhật Bản.

²³ Lê Tài Triển (1959), *Luật Thương mại toát yếu*, tđđd, tr. 50.

tư đơn thường”²⁴. Hiện nay, một số học giả Việt Nam gọi đây là loại hình “công ty hợp danh hữu hạn”²⁵ hoặc “công ty hợp vốn đơn giản”²⁶. Trong từ điển pháp lý Anh - Việt, cụm từ “*limited partnership*” dịch sang tiếng Việt nghĩa là “công ty hợp tư thường”, khác với “*general partnership*” là “công ty hợp danh thương mại”²⁷.

Điểm tương đồng giữa pháp luật nhiều quốc gia là không cho phép các thành viên góp vốn được dùng tên của họ làm tên hãng hoặc một phần tên hãng của công ty hợp vốn đơn giản. Nói cách khác, tên hãng chỉ có thể là tên của một (hoặc một số) thành viên nhận vốn. Lý giải cho điều này, có quan điểm cho rằng: “Hội hợp tư không thể đem tên hội viên xuất tư (thành viên góp vốn) ghi vào hội danh, vì sẽ làm cho người đệ tam lầm tưởng rằng những người này cũng là hội viên có trách nhiệm vô hạn định”²⁸.

Như vậy, tương tự công ty hợp danh, tên gọi của công ty hợp vốn đơn giản thể hiện khá rõ đặc trưng về mặt xã hội. Đó chính là sự hợp tác, gắn bó chặt chẽ giữa các thành viên.

Khác với hầu hết các loại hình công ty, công ty hợp vốn đơn giản bao gồm hai loại

hình thành viên khác nhau nên pháp luật ấn định quy chế pháp lý riêng biệt để áp dụng đối với mỗi loại tương ứng. Cụ thể, thành viên góp vốn của công ty hợp vốn đơn giản được hưởng chế độ trách nhiệm hữu hạn về tài sản. Điều đó có nghĩa, trong bất cứ trường hợp nào, thành viên góp vốn chỉ phải chịu trách nhiệm trong phạm vi số vốn góp của họ tại công ty hợp vốn đơn giản. Bởi bản chất của chế độ trách nhiệm hữu hạn chính là “nghĩa vụ của cổ đông hay thành viên phải trả các khoản nợ của công ty được giới hạn trong số vốn đã cam kết góp vào công ty”²⁹. Vì thế, chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn về tài sản của thành viên góp vốn của công ty hợp vốn đơn giản khá tương đồng với chế độ chịu trách nhiệm hữu hạn của cổ đông trong công ty cổ phần hay thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn. Tuy nhiên, so với thành viên của công ty trách nhiệm hữu hạn thì quyền của thành viên góp vốn của công ty hợp vốn đơn giản bị hạn chế hơn, trong đó có quyền tham gia các công việc quản lý điều hành hoặc đại diện cho công ty. Bởi lẽ, thành viên góp vốn của công ty hợp vốn đơn giản luôn được xác định rõ ràng chỉ là những chủ thể tham gia đóng góp nguồn vốn cho công ty để hưởng lợi nhuận. Các công việc của công ty hợp vốn đơn giản sẽ do các thành viên nhận vốn trực tiếp đảm nhiệm.

Đối với thành viên nhận vốn của công ty hợp vốn đơn giản, trong bất cứ trường hợp nào, đều phải liên đới và chịu trách nhiệm vô hạn về mọi khoản nợ của công ty. Do vậy, dù không trực tiếp thực hiện hành

²⁴ Lê Tài Triển, Nguyễn Vượng Thọ và Nguyễn Tân (1973), *Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải*, tđđ, tr. 800.

²⁵ Nguyễn Như Phát (chủ biên), *Giáo trình Luật Kinh tế*, Nxb. Thống kê, năm 2007, tr. 144.

²⁶ Bùi Ngọc Cường (chủ biên), *Giáo trình Luật Thương mại*, Nxb. Giáo dục Việt Nam, năm 2010, Tập I, tr. 54.

²⁷ Nhà xuất bản khoa học xã hội, *Từ điển pháp luật Anh - Việt, Legal dictionary English - Vietnamese*, năm 2001, tr. 287.

²⁸ Lê Tài Triển, Nguyễn Vượng Thọ và Nguyễn Tân, *Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải*, tđđ, năm 1973, tr. 769.

²⁹ Phạm Duy Nghĩa, *Luật Doanh nghiệp: Tình huống - phân tích - bình luận*, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2009, tr. 69.

vi gây thiệt hại cho công ty nhưng các thành viên nhận vốn vẫn phải gánh vác hậu quả từ hành vi của các thành viên nhận vốn khác bởi giữa họ có sự liên đới trách nhiệm. Nên đối với chủ nợ của công ty hợp vốn đơn giản thì con nợ chính là công ty này, còn các thành viên nhận vốn luôn có nghĩa vụ liên đới đối với công ty bằng tất cả tài sản của họ.

3. Kiến nghị

Có thể khẳng định rằng, công ty hợp vốn đơn giản và công ty hợp danh là hai loại hình công ty hoàn toàn khác nhau. Việc không tách bạch rõ ràng hai loại công ty này dẫn đến trong thực tiễn hoạt động kinh doanh tại Việt Nam, loại hình công ty hợp danh không được các nhà đầu tư ưu chuộng. Đã có nghiên cứu chỉ rõ, “công ty hợp danh hầu như không phát triển mấy ở Việt Nam”³⁰.

Một số nghiên cứu về tâm lý kinh doanh cũng như truyền thống thương mại tại Việt Nam cho rằng: “Trong điều kiện của nước ta hiện nay, việc pháp luật ghi nhận loại hình công ty đối nhân cũng là cần thiết, phù hợp với truyền thống của người Việt Nam là quan hệ họ hàng bền chặt. Với tư tưởng, “một giọt máu đào hơn ao nước lã” những người họ hàng tin tưởng vào nhau hơn, đặc biệt là trong điều kiện ít vốn, họ chỉ muốn liên kết lại với nhau để kinh doanh chung, lấy công ty làm lõi là chủ yếu, do đó rất thích hợp với loại hình công ty đối nhân”³¹. Hay “từ niềm tin, thói quen, các thiết chế cho đến khả năng quản lý... có nhiều cơ sở để dự báo mô hình kinh doanh

chủ yếu của người Việt Nam trong một tương lai gần vẫn là doanh nghiệp vừa và nhỏ, sức mạnh của họ chủ yếu là niềm tin giữa những người trong gia đình, dòng họ, bạn bè”³². Điều này càng khẳng định vai trò, tầm quan trọng và triển vọng phát triển của các loại hình công ty đối nhân như công ty hợp vốn đơn giản và công ty hợp danh tại Việt Nam. Từ đó, tôi cho rằng, để loại hình công ty hợp vốn đơn giản và công ty hợp danh có thể triển khai hiệu quả và phù hợp hơn với môi trường thương mại tại Việt Nam thì nên xem xét giải pháp sau:

Trước mắt, cần nhanh chóng xây dựng thêm chế định pháp luật về công ty hợp vốn đơn giản trong Luật Doanh nghiệp. Đối với công ty hợp danh, cần quy định chỉ có duy nhất một loại hình thành viên là thành viên hợp danh. Đồng thời nên giữ nguyên quy định về số lượng thành viên hợp danh tối thiểu như hiện nay, còn công ty hợp vốn đơn giản thì chỉ cần quy định tối thiểu một thành viên nhận vốn và một thành viên góp vốn.

Về lâu dài, chúng ta nên hỏi học kinh nghiệm từ các quốc gia, xây dựng hệ thống pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam theo hướng mỗi loại hình công ty được quy định trong từng đạo luật riêng biệt. Có như vậy, hệ thống pháp luật doanh nghiệp của Việt Nam mới thật sự chặt chẽ, đầy đủ và tránh được sự xung đột, mâu thuẫn. Đồng thời, điều này còn góp phần xây dựng, tạo lập môi trường đầu tư, kinh doanh an toàn, hiệu quả và rất bền vững.

³⁰ Minh Ngọc và Ngọc Hà, *Luật Kinh tế*, Nxb. Lao động, năm 2011, tr. 224.

³¹ Nguyễn Thị Khế và Bùi Thị Khuyên, *Luật Kinh doanh*, Nxb. Thống kê, năm 1999, tr. 195.

³² Phạm Duy Nghĩa, *Chuyên khảo Luật Kinh tế*, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, năm 2004, tr. 338.

XÁC ĐỊNH GIÁ TRỊ BỒI THƯỜNG ĐỐI VỚI NHÀ, CÔNG TRÌNH XÂY DỰNG KHI NHÀ NƯỚC THU HỒI ĐẤT

*Trần Vang Phú**

Tóm tắt: *Bồi thường thỏa đáng tài sản gắn liền với đất là một trong những yếu tố quan trọng quyết định đến sự đồng thuận của người bị thu hồi đất. Bài viết này tập trung phân tích các vấn đề liên quan đến việc xác định và tính toán giá trị bồi thường đối với nhà ở, công trình xây dựng trong quá trình Nhà nước thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.*

Abstract: *Full compensation for land attached property is one of the most important issues leading to consensus by persons whose land plots are taken back by State. This paper focuses on the determination and calculation of the value of compensation for housing and construction work upon State's taking back relevant land.*

Đặt vấn đề

Chế định về bồi thường đối với tài sản gắn liền với đất khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh, quốc gia, công cộng được chính thức ghi nhận từ Nghị định 90-CP ngày 17/8/1994 của Chính phủ quy định về việc đền bù thiệt hại khi Nhà nước thu hồi đất, đặt nền móng cho việc bồi thường tài sản. Tiếp đó, Nghị định 22/1998/NĐ-CP ngày 24/4/1998 của Chính phủ về việc đền bù thiệt hại khi Nhà nước thu hồi đất để sử dụng vào mục đích quốc phòng, an ninh, lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng đã có những quy định chi tiết hơn về vấn đề này. Đến Luật Đất đai năm 2003, bên cạnh các quy định liên quan đến bồi thường về đất, việc xác định thiệt hại và tính toán giá trị bồi thường nhà, công trình xây dựng cũng được bổ sung hoàn thiện hơn, tạo cơ sở để Luật Đất đai năm 2013 kế thừa và phát triển.

Mặc dù vậy, hiện nay, việc xác định thiệt hại và tính toán giá trị bồi thường phát sinh trong quá trình Nhà nước thu hồi đất vẫn còn một số bất cập trên cả phương diện lý luận và thực tiễn.

1. Nguyên tắc chung áp dụng bồi thường thiệt hại về nhà, công trình xây dựng trên đất khi Nhà nước thu hồi đất

Về cơ bản, vấn đề xác định và tính toán bồi thường đối với nhà và công trình xây dựng khác trên đất bị thiệt hại khi Nhà nước thu hồi đất phải dựa trên những nguyên tắc được quy định tại Điều 88 và Điều 89 Luật Đất đai năm 2013 như sau:

Thứ nhất, đối với nhà ở, công trình phục vụ sinh hoạt gắn liền với đất của hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài buộc phải tháo dỡ toàn bộ hoặc một phần mà phần còn lại không bảo đảm tiêu chuẩn kỹ thuật theo quy định của pháp luật thì chủ sở hữu nhà ở, công trình đó được bồi thường bằng giá trị xây dựng mới với tiêu chuẩn kỹ thuật tương đương. Trường hợp phần còn lại của nhà ở, công trình vẫn bảo đảm tiêu chuẩn kỹ thuật theo quy định của pháp luật thì bồi thường thiệt hại thực tế¹.

Thứ hai, đối với nhà, công trình xây dựng khác gắn liền với đất không thuộc trường hợp thứ nhất mà bị tháo dỡ toàn bộ

* Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

¹ Khoản 1 Điều 89 Luật Đất đai năm 2013.

hoặc một phần mà phần còn lại không bảo đảm tiêu chuẩn kỹ thuật theo quy định của pháp luật thì được bồi thường thiệt hại theo quy định tại khoản 1 Điều 9 Nghị định 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất như sau:

- Mức bồi thường nhà, công trình bằng tổng giá trị hiện có của nhà, công trình bị thiệt hại và khoản tiền tính bằng tỷ lệ phần trăm theo giá trị hiện có của nhà, công trình đó.

- Giá trị hiện có của nhà, công trình bị thiệt hại được xác định bằng (=) tỷ lệ phần trăm chất lượng còn lại của nhà, công trình đó nhân (x) với giá trị xây dựng mới của nhà, công trình có tiêu chuẩn kỹ thuật tương đương do Bộ quản lý chuyên ngành ban hành.

- Khoản tiền tính bằng tỷ lệ phần trăm theo giá trị hiện có của nhà, công trình do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định, nhưng mức bồi thường không quá 100% giá trị xây dựng mới của nhà, công trình có tiêu chuẩn kỹ thuật tương đương với nhà, công trình bị thiệt hại.

Ngoài ra, khoản 3 Điều 9 Nghị định 47/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ quy định về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất quy định đối với nhà, công trình xây dựng khác bị phá dỡ một phần mà phần còn lại không còn sử dụng được thì bồi thường cho toàn bộ nhà, công trình; trường hợp nhà, công trình xây dựng khác bị phá dỡ một phần, nhưng vẫn tồn tại và sử dụng được thì bồi thường phần giá trị công trình bị phá dỡ và chi phí để sửa chữa, hoàn thiện phần còn lại theo tiêu chuẩn kỹ thuật tương đương của nhà, công trình trước khi bị phá dỡ.

Tóm lại, nếu nhà ở, công trình xây dựng thuộc khoản 1 Điều 89 Luật Đất đai năm

2013 nếu bị ảnh hưởng sẽ được bồi thường 100% giá trị xây dựng mới, nhưng nếu thuộc khoản 2 Điều 89 thì nhà, công trình xây dựng này sẽ bị khấu hao thời gian đã sử dụng chứ không được bồi thường 100% giá trị xây dựng mới theo khoản 1.

Thứ ba, đối với công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội gắn liền với đất đang sử dụng không thuộc trường hợp quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều 89 Luật Đất đai năm 2013 thì mức bồi thường tính bằng giá trị xây dựng mới của công trình có tiêu chuẩn kỹ thuật tương đương theo quy định của pháp luật chuyên ngành.

Ngoài ra, mặc dù nguyên tắc chung là khi Nhà nước thu hồi đất, đất và các tài sản gắn liền với đất bị thiệt hại sẽ được xem xét bồi thường hoặc hỗ trợ, tuy nhiên khi tài sản gắn liền với đất thuộc một trong các trường hợp được quy định tại Điều 92 Luật Đất đai năm 2013 sẽ không được bồi thường². Cụ thể như sau:

Một là, tài sản gắn liền với đất thuộc một trong các trường hợp thu hồi đất quy định tại các điểm a, b, d, đ, e, i khoản 1 Điều 64 và điểm b, d khoản 1 Điều 65 của Luật Đất đai năm 2013. Cụ thể các trường hợp được quy định tại khoản 1 Điều 92 Luật Đất đai năm 2013 bao gồm:

- Sử dụng đất không đúng mục đích đã được Nhà nước giao, cho thuê, công nhận quyền sử dụng đất và đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi sử dụng đất không đúng mục đích mà tiếp tục vi phạm;

- Người sử dụng đất cố ý hủy hoại đất;

- Đất không được chuyển nhượng, tặng cho theo quy định của Luật Đất đai năm 2013 mà nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho;

² Đối với nhà, công trình xây dựng không đủ điều kiện để được bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất, thì tùy trường hợp cụ thể có thể được xem xét hỗ trợ.

- Đất được Nhà nước giao để quản lý mà bị lấn, chiếm;

- Đất không được chuyển quyền sử dụng theo quy định của Luật Đất đai năm 2013 mà người sử dụng đất do thiếu trách nhiệm để bị lấn, chiếm;

- Đất được Nhà nước giao, cho thuê để thực hiện dự án đầu tư đã không được sử dụng trong thời hạn 12 tháng liên tục hoặc tiến độ sử dụng đất chậm 24 tháng so với tiến độ ghi trong dự án đầu tư kể từ khi nhận bàn giao đất trên thực địa; trường hợp không đưa đất vào sử dụng thì chủ đầu tư được gia hạn sử dụng 24 tháng và phải nộp cho Nhà nước khoản tiền tương ứng với mức tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đối với thời gian chậm tiến độ thực hiện dự án trong thời gian này; hết thời hạn được gia hạn mà chủ đầu tư vẫn chưa đưa đất vào sử dụng thì Nhà nước thu hồi đất mà không bồi thường về đất và tài sản gắn liền với đất, trừ trường hợp do bất khả kháng.

- Các trường hợp thu hồi đất do chấm dứt việc sử dụng đất theo pháp luật, tự nguyện trả lại đất, có nguy cơ đe dọa tính mạng con người bao gồm:

+ Cá nhân sử dụng đất chết mà không có người thừa kế;

+ Đất được Nhà nước giao, cho thuê có thời hạn nhưng không được gia hạn.

Hai là, theo quy định tại khoản 2 Điều 92 Luật Đất đai năm 2013 thì tài sản gắn liền với đất được tạo lập trái quy định của pháp luật hoặc tạo lập từ sau khi có thông báo thu hồi đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền thì không được bồi thường.

Tuy nhiên, còn một vấn đề chưa có cách hiểu thống nhất liên quan đến xác định thời điểm tạo lập hợp pháp của nhà, công trình xây dựng khi Nhà nước thu hồi đất. Theo đó, có ba cách hiểu phổ biến sau: (i) Chỉ cần tài sản tạo lập trước khi có thông báo thu

hồi đất là được bồi thường (theo khoản 2 Điều 92 Luật Đất đai năm 2013); (ii) Để được bồi thường tài sản phải được tạo lập trước khi có thông báo triển khai dự án đầu tư (giai đoạn này thường có sau việc công bố kế hoạch sử dụng đất hàng năm cấp huyện và có trước thông báo thu hồi đất của dự án); (iii) Tài sản phải được tạo lập trước khi kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện được phê duyệt công bố (theo khoản 2 Điều 49 Luật Đất đai năm 2013).

Theo quy định tại khoản 2 Điều 49 Luật Đất đai năm 2013 thì sau khi kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện được phê duyệt, công bố thì người sử dụng đất chỉ “...không được xây dựng mới nhà ở, công trình, trồng cây lâu năm...”. Như vậy, nhà ở, công trình xây dựng và cây lâu năm chỉ được xem là tạo lập hợp pháp trước thời điểm công bố kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện. Tuy nhiên, thời điểm công bố kế hoạch sử dụng đất và thời điểm thông báo thu hồi đất trên thực tế cách nhau tương đối xa. Do đó, một số địa phương chọn phương án xác định tài sản được xem là đủ điều kiện bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất khi thoả mãn cả 03 điều kiện sau: (i) Tài sản phải được tạo lập trên đất hợp pháp; (ii) Thời điểm tạo lập tài sản trước khi có thông báo thu hồi đất; (iii) Việc tạo lập tài sản này không bị cơ quan có thẩm quyền ra quyết định đình chỉ xây dựng hoặc xử phạt vi phạm hành chính. Theo đó, để xác định thời điểm tạo lập hợp pháp của những tài sản là nhà ở, công trình xây dựng, trước hết cần căn cứ vào thông tin trong “Phiếu tự kê khai” của chủ sở hữu tài sản, sau đó, Hội đồng bồi thường, hỗ trợ, tái định cư sẽ phối hợp với Ủy ban nhân dân cấp xã và Trưởng khu vực (ấp) để xác minh và thống nhất lại thời điểm tạo lập cũng như giá trị pháp lý của việc tạo lập nhà ở, công trình xây dựng nêu trên.

Ba là, công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng xã hội và công trình xây dựng khác không còn sử dụng³.

Tuy nhiên, để xác định nhà ở, công trình xây dựng khác có đủ điều kiện được bồi thường hoặc hỗ trợ khi Nhà nước thu hồi hay không phải xem xét từng trường hợp cụ thể. Trong đó bốn vấn đề sau cần được làm rõ để xác định và tính toán giá trị bồi thường, hỗ trợ là: (i) Thời điểm tạo lập (xây dựng); (ii) Giá trị pháp lý của việc xây dựng, tức là công trình được xây dựng có trái với quy định của pháp luật hay không, nếu có thì ở mức độ và hoàn cảnh như thế nào; (iii) Kết cấu thực của công trình so với bản vẽ, thiết kế (nếu có), hoặc hiện trạng công trình so với phần tự kê khai của người chủ sở hữu công trình; (iv) Mục đích của việc xây dựng công trình.

Có thể nhận xét rằng, khó khăn lớn nhất trong xác định và tính toán để bồi thường về nhà, công trình xây dựng khi Nhà nước thu hồi đất không nằm ở công thức tính thiệt hại và mức bồi thường, mà phụ thuộc vào việc xác định loại, kết cấu và thời điểm tạo lập (xây dựng) công trình trên thực tế. Ngoài ra, tình trạng xây dựng công trình để “*đón quy hoạch*”, “*đón dự án*” diễn ra khá phổ biến và rất khó phát hiện hành vi xây dựng mới, hoặc cải tạo, nâng cấp công trình trái phép nhằm tăng giá trị bồi thường. Bên cạnh đó, việc xác định thời điểm công trình được tạo lập sẽ khó khăn hơn nếu công trình sử dụng các vật liệu cũ và đa phần các trường hợp bị phát hiện thuộc những hộ có diện tích đất bị thu hồi ít hoặc hoàn cảnh khó khăn, vì thế công chức địa chính – xây dựng hoặc các cơ quan chức năng khác không cương quyết trong việc xử lý.

³ Khoản 3 Điều 92 Luật Đất đai năm 2013.

2. Một số vấn đề cần trao đổi về bồi thường đối với nhà, công trình xây dựng khi Nhà nước thu hồi đất

Mặc dù Luật Đất đai năm 2013 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã có nhiều quy định tiến bộ phù hợp cả về lý luận lẫn thực tiễn nhưng vẫn còn tồn tại một số vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu.

Một là, liên quan đến bồi thường nhà, công trình xây dựng, vật kiến trúc. Căn cứ vào kết cấu xây dựng của công trình, nhà ở và giá vật liệu xây dựng, đơn giá xây dựng công trình có thể xác định được mức thiệt hại và số tiền bồi thường của tài sản. Tuy nhiên, vấn đề sẽ phức tạp hơn nếu tài sản gắn liền với đất là một ngôi nhà, công trình có giá trị truyền thống, lịch sử của một gia đình, tộc họ qua nhiều thế hệ. Có thể tính toán được giá trị xây dựng mới ngôi nhà, công trình đó, nhưng khó có thể xác định được giá trị về mặt lịch sử, truyền thống của một ngôi nhà đã nuôi dưỡng nhiều thế hệ hay nằm ở một vị trí có giá trị kỷ niệm, lịch sử đối với gia đình, tộc họ⁴. Hiện tại, pháp luật Việt Nam chưa có quy định về vấn đề này, đặc biệt là khi dự án có liên quan đến các ngôi nhà cổ, công trình cổ và chủ sở hữu đang khai thác giá trị cổ xưa này để kinh doanh du lịch, dịch vụ. Theo tài liệu hướng dẫn của Tổ chức Nông lương thế giới (FAO), khi Nhà nước thu hồi đất ảnh hưởng đến các công trình tôn giáo cần giao một vị trí xây dựng và nên tính toán đến chi phí xây dựng mới cũng như các chi phí phát sinh khác do việc di chuyển sang vị trí mới...⁵

⁴ Trần Văn Phú, “*Những khó khăn khi áp dụng cơ chế chuyển dịch đất đai tự nguyện ở Việt Nam và một số giải pháp*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 12(332)/2015, tr. 78-80.

⁵ Nguyên văn tiếng anh: [...in the case of a temple, church, mosque and other building that houses the meetings of a religious group, it may be possible for

Hai là, vị trí, diện tích, kiểu dáng và một số yếu tố khác của nhà ở, công trình xây dựng, vật kiến trúc⁶ chưa được tính đến trong quá trình Nhà nước thu hồi đất. Đặc biệt là khả năng sinh lợi của thửa đất, công trình xây dựng (vị trí kinh doanh thuận lợi) chưa được quy định hài hoà lợi ích giữa Nhà nước và người bị thu hồi đất. Về vấn đề này, kinh nghiệm pháp luật nước ngoài có thể cho chúng ta một số gợi mở. Chẳng hạn, pháp luật về bồi thường trong trường hợp trưng mua đất của Australia quy định, khi xác định giá trị của công trình xây dựng để tính giá trị bồi thường, cơ quan chức năng phải xem xét công trình đang được sử dụng ở tình trạng và điều kiện tốt nhất, đồng thời phải tính đến các yếu tố có thể ảnh hưởng đến giá trị, khả năng sinh lợi của công trình như kiểu dáng, diện tích, chất liệu, mục đích sử dụng, thậm chí là cả thời gian đã ở, sử dụng thửa đất, căn nhà... để xác định giá trị bồi thường⁷. Đồng thời, phải tính đến các chi phí liên quan như vị trí sản xuất, kinh

doanh mới, chi phí quảng cáo do phải chuyển sang vị trí mới...⁸. Còn theo quy định của Luật Trưng mua đất của Singapore (Luật số 41 năm 1966, sửa đổi, bổ sung năm 2015), sau khi đất bị trưng mua buộc phải làm các thủ tục liên quan đến việc cấp lại quyền sở hữu, các khoản phí hoặc chi phí liên quan đến khảo sát, phát hành và đăng ký quyền sở hữu, thuế tem và các chi phí hợp lý khác phát sinh sẽ được xem xét bồi thường khi Nhà nước trưng mua đất⁹.

Ba là, pháp luật Việt Nam hiện hành chưa quy định rõ ràng về việc xác định và bồi thường đối với “thiệt hại vô hình” trong quá trình Nhà nước thu hồi đất tại Việt Nam. Trong ngữ cảnh này, có những thiệt hại đôi khi xảy ra nhưng do chưa được quy định nên được gọi là “thiệt hại vô hình” và vì vậy thiếu cơ sở để yêu cầu bồi thường. Hầu hết các nước đưa ra các tiêu chí về mặt nguyên tắc để từ đó xác định, tính toán thiệt hại khi Nhà nước thu hồi đất chứ không dùng phương pháp “liệt kê thiệt hại”. Thiệt hại được xác định dựa trên cơ sở các nguyên tắc chung và chứng cứ chứng minh thiệt hại đã phát sinh hoặc sẽ phát sinh và người bị ảnh hưởng, thiệt hại có thể yêu cầu cơ quan có thẩm quyền có mức bồi thường hợp lý. Anh là một trong những quốc gia tiên phong trong việc xác định thiệt hại theo phương pháp này¹⁰.

the acquiring agency either to provide the group with an equivalent building on another site, or to pay compensation that covers the cost of constructing an equivalent place of worship at a new site, the cost of the new site, and costs associated with any disturbance] và [...Whenever possible, measures should be taken to avoid destruction of these sites. Even if an affected community can no longer live near its sacred areas, such preservation may at least enable community members to continue to visit the site according to traditional practices...]. Xem FAO, *Compulsory acquisition of land and compensation*, năm 2008, tr.33, <http://www.fao.org/3/a-i0506e.pdf>, truy cập ngày 01/8/2017.

⁶ Hiện nay, chưa có định nghĩa chính thức nào về thuật ngữ “vật kiến trúc”, tuy nhiên có thể hiểu: Vật kiến trúc là các công trình xây dựng phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày của hộ gia đình, cá nhân như bến nước, trường rào, nhà kho, nhà vệ sinh...

⁷ Australia - Office of the Valuer General: “*Compensation following compulsory acquisition*”, tháng 10-2014, http://www.valuergeneral.nsw.gov.au/_data/assets/pdf_file/0019/200359/Just_Terms_policy_18-12-2014.pdf, truy cập ngày 01/8/2017, tr. 6-8.

⁸ Tlđđ, tr.14-15.

⁹ Điểm f khoản 1A Điều 33 Luật Trưng mua đất của Singapore (Singapore Land Acquisition Act, amended 2015): “if, in consequence of the acquisition, any reissue of title is necessary, the fees or costs relating to survey, issue and registration of title, stamp duty and such other costs or fees which may reasonably be incurred”.

¹⁰ The United of Kingdom - Communities and Local Government, “*Compulsory Purchase and Compensation - Compensation to Residential Owners and Occupiers*”, Vol. 4, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/7719/147648.pdf, truy cập ngày 01/8/2017.

Kết luận

Việc xác định và tính toán mức độ thiệt hại về vật chất và phi vật chất trong quá trình Nhà nước thu hồi đất đóng vai trò hết sức quan trọng trong việc tạo nên sự đồng thuận của người bị thu hồi đất; góp phần hài hoà lợi ích giữa các chủ thể có liên quan như Nhà nước, chủ đầu tư và người có đất, tài sản bị ảnh hưởng. Với việc bồi thường thiệt hại nói chung, bồi thường về nhà, công trình xây dựng nói riêng sẽ giúp cho tiến độ giải phóng mặt bằng của dự án được đẩy nhanh cũng như rút ngắn thời gian triển khai thực hiện dự án. Với ý nghĩa quan trọng như vậy, thiết nghĩ pháp luật về bồi thường đối với tài sản gắn liền với đất khi Nhà nước thu hồi đất cần bổ sung thêm các quy định về: (i) Thời điểm tạo lập tài sản hợp pháp (trước khi có thông báo thu hồi đất, hay trước khi công bố kế hoạch sử dụng đất hàng năm của cấp huyện?); (ii) Phương

pháp xác định thiệt hại trong trường hợp công trình xây dựng là công trình tôn giáo, tín ngưỡng hay các công trình cổ có giá trị đặc biệt ngoài giá trị kết cấu của công trình; (iii) Xem xét miễn, giảm một số loại phí liên quan trong trường hợp người bị thu hồi đất đề nghị cấp mới/điều chỉnh giấy phép xây dựng hoặc giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà, công trình xây dựng; (iv) Quy định rõ tài sản sau khi Nhà nước đã chi trả tiền bồi thường, hỗ trợ sẽ do Nhà nước quản lý, khai thác, tận thu hay cho người bị thu hồi đất được sử dụng, khai thác, tận thu; và (v) Hướng dẫn nguyên tắc và phương pháp xác định, tính toán giá trị bồi thường, hỗ trợ đối với những thiệt hại thực tế về vật chất và phi vật chất trong quá trình thu hồi đất như tiếng ồn, khói bụi, vị trí kinh doanh, nguồn nước, thay đổi vị trí sản xuất – kinh doanh, nơi làm việc, tình cảm gắn bó với nơi đã sinh sống lâu đời, sức khoẻ...

(Tiếp theo trang 25 – Bảo lưu quyền sở hữu...)

Xuất phát từ đặc điểm của đối tượng hợp đồng mà các bên thoả thuận cơ chế, cách thức đòi lại tài sản trong trường hợp người mua không hoàn thành nghĩa vụ thanh toán.

Thứ hai, nên có sự phân biệt việc đòi lại tài sản theo quy định tại Điều 332 với việc hoàn trả lại tài sản trong trường hợp hợp đồng bị huỷ theo Điều 427 BLDS năm 2015. Pháp luật cần cho phép người bán đòi lại tài sản không cần căn cứ vào quyết định của toà án mà chỉ cần bằng chứng người mua không hoàn thành nghĩa vụ thanh toán.

Thứ ba, việc đăng ký biện pháp bảo lưu quyền sở hữu chỉ cần cho phép người bán có quyền ưu tiên thanh toán mà không bao gồm quyền truy đòi. Quyền ưu tiên là vấn

đề cốt lõi của giao dịch bảo đảm. Đây là đặc quyền dành cho chủ nợ có bảo đảm. Đó là quyền được ưu tiên thanh toán trước chủ thể khác khi xử lý tài sản bảo đảm, có ý nghĩa trong trường hợp tài sản của bên bảo đảm không đủ thanh toán cho các yêu cầu của các chủ thể¹⁷.

Thứ tư, nếu Điều 331 cho phép người bán bảo lưu quyền sở hữu khi người mua chưa thực hiện nghĩa vụ thanh toán cho người bán thì quy định tại Điều 453 – mua trả chậm, trả dần là không cần thiết. Nếu giữ lại thì quy định này phải phù hợp với Điều 331, theo đó, phải bỏ quy định tại khoản 2 Điều 453 “bên mua có quyền sử dụng tài sản mua trả chậm, trả dần”.

¹⁷ Xem: Lê Thị Thu Thủy, *Giao dịch bảo đảm dưới góc độ so sánh luật học*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số 4/2015.

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**

Tóm tắt: *Phân định biển và hợp tác cùng phát triển là hai giải pháp chính mà các quốc gia có vùng biển chồng lấn có thể lựa chọn. Trong khi phân định biển thường phức tạp và kéo dài thì hợp tác cùng phát triển có thể là một bước thúc đẩy đàm phán phân định biển hoặc là một giải pháp lâu dài mà các bên có thể chấp nhận trong và sau khi phân định biển. Bài viết phân tích cơ sở pháp lý và mối quan hệ giữa phân định biển với hợp tác cùng phát triển, đồng thời liên hệ thực tiễn Việt Nam.*

Abstract: *Maritime boundary delimitation and joint development cooperation are two main solutions chosen by States having overlapping maritime claims. Since maritime boundary delimitation is very lengthy and complicated, joint development cooperation may be a step to speed up the negotiation of maritime boundary delimitation or a good solution accepted by related parties in the process of and after maritime boundary delimitation. Therefore, this paper analyses the legal grounds and relation between maritime boundary delimitation and joint development cooperation. It also uses Vietnamese practice to illustrate relevant issues.*

1. Cơ sở pháp lý cho việc phân định biển theo Công ước Luật Biển năm 1982

Theo Công ước Luật Biển năm 1982 (UNCLOS), cơ sở pháp lý cho việc phân định biển bao gồm: Điều 15 về phân định lãnh hải, khoản 1 Điều 74 về phân định vùng đặc quyền kinh tế và khoản 1 Điều 83 về phân định thềm lục địa. Điều 15 yêu cầu các quốc gia áp dụng phương pháp đường trung tuyến/hoàn cảnh đặc biệt để phân định nếu không đạt được thoả thuận. Khoản 1 Điều 74 và khoản 1 Điều 83 về cơ bản quy định tương tự nhau, theo đó, các quốc gia sẽ tiến hành phân định biển bằng một thoả thuận trên cơ sở luật pháp quốc tế nhằm đạt được một giải pháp công bằng. Hai điều khoản trên không quy định cụ thể phương pháp, mà chỉ đặt ra một yêu cầu duy nhất là việc phân định biển phải công bằng.

Các đường phân định biển thường được xác lập theo một trong hai cách sau: Thoả thuận thông qua đàm phán hoặc phán quyết phân định biển của các cơ quan tài phán. Cũng lưu ý rằng, trong cùng một trường hợp nhưng kết quả phân định biển có thể khác nhau tùy thuộc vào cách thức các quốc gia lựa chọn. Lý do là các quốc gia và cơ quan tài phán có quan điểm khác nhau về yếu tố được coi là quan trọng khi vạch đường phân định. Đối với các quốc gia có thể là yếu tố địa lý, lịch sử, chính trị, kinh tế, an ninh và bất kỳ yếu tố nào khác mang lại quyền lợi tốt nhất cho mình¹. Trong khi đó, không phải yếu tố nào cũng được các cơ quan tài phán cho là hợp lý và phù hợp để

* Khoa Luật Quốc tế, Học viện Ngoại giao.

¹ Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Office of Legal Affairs, United Nations (DOALOS), *Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries*, United Nations: New York, 2000, tr. 25.

xem xét khi tiến hành phân định. Các cơ quan tài phán chú trọng đến yếu tố địa lý, địa hình của bờ biển và khu vực biển cần phân định cũng như tỷ lệ tương xứng giữa chiều dài đường bờ biển và diện tích phân chia cho từng bên. Ví dụ như về yếu tố kinh tế, các cơ quan tài phán không quan tâm đến sự phân bố tài nguyên khoáng sản, dầu khí hay tài nguyên hải sản trong vùng biển phân chia cho hai bên, trừ trường hợp việc phân chia vùng biển không có tài nguyên cho một bên gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của cộng đồng cư dân ven biển khu vực đó². Do đó, các quốc gia cần xem xét cẩn trọng trước khi quyết định đưa tranh chấp phân định biển ra giải quyết ở cơ quan tài phán quốc tế.

2. Cơ sở pháp lý cho việc hợp tác cùng phát triển theo Công ước Luật Biển năm 1982

Cơ sở pháp lý cho việc hợp tác cùng phát triển khi chưa phân định được vùng biển chồng lấn bao gồm: Khoản 3 Điều 74 đối với vùng đặc quyền kinh tế và khoản 3 Điều 83 đối với thềm lục địa. Tuy nhiên, không có quy định tương tự đối với vùng lãnh hải. Theo khoản 3 Điều 74 và khoản 3 Điều 83, trong giai đoạn chưa phân định biển các quốc gia phải nỗ lực hết sức mình để đạt được một dàn xếp tạm thời có tính thực tiễn và không làm phương hại hay cản trở việc đạt được thỏa thuận phân định cuối cùng³. Nói cách khác, “các dàn xếp tạm thời có tính thực tiễn” là giải pháp tối ưu mà

Công ước yêu cầu các quốc gia phải nỗ lực đạt được trong khi chưa thể thỏa thuận về một đường phân định phân chia vùng biển chồng lấn. Lưu ý rằng, đây là nghĩa vụ nỗ lực, do đó không bắt buộc phải thực sự đạt được bất kỳ dàn xếp tạm thời nào⁴.

Các dàn xếp tạm thời có thể có những hình thức khác nhau tùy thuộc vào thỏa thuận cụ thể của các bên liên quan. Việc hợp tác cùng phát triển là hình thức phổ biến nhất của hoạt động “dàn xếp tạm thời có tính thực tiễn” theo quy định của khoản 3 Điều 74 và khoản 3 Điều 83 nêu trên. Thuật ngữ “hợp tác cùng phát triển” được sử dụng trong bài viết này với nội hàm để chỉ các hoạt động hợp tác của các quốc gia liên quan trên vùng biển chồng lấn trong nhiều lĩnh vực liên quan và không liên quan đến khai thác tài nguyên thiên nhiên. Do đó thuật ngữ này có nội hàm rộng hơn so với các thuật ngữ “phát triển chung” (joint development), “khai thác chung” (joint exploitation) hay “sử dụng chung” (joint utilization) chỉ chú trọng đến lĩnh vực khai thác tài nguyên, chủ yếu là tài nguyên dầu khí.

Hợp tác cùng phát triển bao gồm tất cả các hoạt động liên quan đến mọi quyền chủ quyền và quyền tài phán mà các quốc gia liên quan cùng có trên vùng biển chồng lấn. Căn cứ vào Điều 56 và Điều 77, các quốc gia có vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa chồng lấn có thể hợp tác đa dạng trên rất nhiều lĩnh vực. Ví dụ như trong vùng chồng lấn đặc quyền kinh tế, các quốc gia liên quan đều có các quyền chủ quyền và quyền tài phán trên nhiều lĩnh vực như hợp tác trong thăm dò, khai thác, quản lý, bảo tồn

² Tanaka Yoshifumi, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012, tr. 208 – 209.

³ Xem Trần Hữu Duy Minh, *Nghĩa vụ của các quốc gia trong vùng biển chồng lấn thềm lục địa và đặc quyền kinh tế theo Công ước Liên hợp quốc về Luật Biển 1982*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5 (325), 2015, tr. 80.

⁴ *Vụ Phân định biển ở Đại Tây Dương (Ghana vs Bờ Biển Ngà)*, Phán quyết ngày 23/9/2017, Viện đặc biệt thuộc Tòa án Luật Biển quốc tế, đoạn 627.

tài nguyên thiên nhiên, xây dựng, vận hành công trình nhân tạo, bảo vệ môi trường biển, nghiên cứu khoa học biển, thậm chí có thể hợp tác trong việc xem xét hướng đi của ống ngầm của quốc gia khác trên đáy biển vùng chông lán.

Trong hình thức hợp tác cùng phát triển cũng có nhiều biến thể khác nhau về đối tượng hợp tác (như dầu khí, hải sản, tuần tra - kiểm soát, an ninh, tìm kiếm cứu nạn, nghiên cứu khoa học biển...) và mô hình khác nhau (ủy ban liên hợp, thành lập liên doanh, giao khoán cho một bên thực hiện, tuần tra chung...). Ngoài ra, dàn xếp tạm thời cũng có thể dưới hình thức là một thoả thuận xác định đường phân chia tạm thời. Đây là việc các quốc gia thoả thuận với nhau về một đường tạm thời phân chia khu vực hoạt động giữa hai nước nhằm tránh va chạm, xung đột không cần thiết. Đường này có thể ngầm định theo lịch sử quản lý trên thực địa hoặc có thể xác định bằng thoả thuận.

Theo khoản 3 Điều 74 và khoản 3 Điều 83, việc xác định đường phân chia tạm thời và hợp tác cùng phát triển hay các hình thức dàn xếp tạm thời khác đều không ảnh hưởng đến việc phân định biển sau này. Nói cách khác, các bên không được viện dẫn bất kỳ thực tiễn hay hoạt động của mình theo dàn xếp tạm thời trong quá trình phân định biển sau này.

Hợp tác cùng phát triển cũng có thể được tiến hành sau khi phân định biển. Cơ sở pháp lý cho việc hợp tác cùng phát triển sau khi phân định biển là thoả thuận giữa các quốc gia, thông thường được ký kết bên cạnh thoả thuận phân định hoặc được ghi nhận trực tiếp trong thoả thuận phân định biển giữa các quốc gia. Các thoả thuận này đặt trên cơ sở tự do ý chí và nguyên tắc bình

đẳng chủ quyền của các quốc gia liên quan theo luật pháp quốc tế nói chung. UNCLOS cũng không ngăn cản các quốc gia ký kết các thoả thuận này trong chừng mực các thoả thuận phù hợp với Công ước và không ảnh hưởng đến quyền và nghĩa vụ của các quốc gia khác⁵. Khác với hợp tác cùng phát triển trong giai đoạn trước khi phân định biển, hợp tác cùng phát triển sau khi phân định biển không phải là một nghĩa vụ mà là một quyền tự do của các quốc gia liên quan.

3. Mối quan hệ giữa phân định biển, xác định đường phân chia tạm thời và hợp tác cùng phát triển

Để xử lý các vùng chông lán biển giữa các quốc gia có bờ biển đối diện hoặc liền kề, các quốc gia có thể lựa chọn một trong các giải pháp sau: Phân định biển và xác lập ranh giới phân chia vùng biển chông lán; xác định một đường phân chia tạm thời hoặc tiến hành hợp tác cùng phát triển⁶. Tùy tình hình thực tế, các quốc gia cũng có thể lựa chọn một trong các giải pháp hoặc kết hợp các giải pháp với nhau⁷. Ví dụ, các quốc gia có thể tiến hành phân định đối với một phần vùng chông lán để đàm phán, xác lập đường phân chia tạm thời khu vực kiểm soát, thực thi quyền tài phán ở một số phần còn lại và/hoặc khoanh vùng một khu vực hoặc một số các lĩnh vực hợp tác cùng phát triển ở những khu vực chưa thể phân định.

Giải pháp tốt nhất cho các quốc gia liên quan là có thể phân định và xác định rõ ràng đường ranh giới trên biển. Việc xác định rõ ràng đường phân định biển sẽ có vai trò rất

⁵ Khoản 2 Điều 311 Công ước Luật Biển 1982.

⁶ David Anderson CMG, *Methods of resolving maritime boundary disputes*, bài trình bày tại the Meeting of the International Law Discussion Group at Chatham House, ngày 14/2/2006, xem tại <https://www.chathamhouse.org>.

⁷ Như trên.

lớn trong việc giảm nguy cơ xung đột an ninh và chính trị giữa các quốc gia. Có thể nói, các tranh chấp biên giới lãnh thổ, bao gồm cả tranh chấp biển, có nguy cơ đe dọa rất cao đến quan hệ giữa các quốc gia. Do đó, việc phân định rõ ràng các vùng biển sẽ loại trừ nguy cơ này. Hơn nữa, việc phân định biển sẽ mang lại sự chắc chắn, rõ ràng về mặt pháp lý, qua đó thúc đẩy hoạt động kinh tế. Các công ty dầu khí sẽ an tâm khi đầu tư; ngư dân có định hướng, kế hoạch phát triển nghề cá khi họ biết rõ vùng biển được phép đánh bắt và trữ lượng cá ở khu vực đó. Phân định biển là giải pháp tốt nhất nhưng trong nhiều trường hợp không phải là giải pháp khả thi nhất.

Phân định biển thường rất phức tạp và các cuộc đàm phán sẽ đòi hỏi nhiều thời gian. Trong khi chưa đạt được kết quả phân định cuối cùng, nguy cơ bất ổn an ninh và chính trị vẫn tồn tại, các xung đột, va chạm trên biển vẫn xảy ra kìm hãm các hoạt động kinh tế, gây thiệt hại cho các quốc gia liên quan. Trong ba giải pháp trên, việc xác định đường phân chia tạm thời và hợp tác cùng phát triển có thể giúp các bên tăng cường hợp tác, tránh xung đột hay va chạm trong vùng biển chồng lấn. Hai giải pháp này có thể tạo cơ sở cho các cuộc đàm phán tiếp theo hướng đến một đường phân định biển cuối cùng giữa các quốc gia liên quan. Trong đó, hợp tác cùng phát triển có thể được tiến hành trước hoặc sau khi phân định biển.

Tác giả cho rằng, trong khu vực chồng lấn các quốc gia nên kết hợp cả phân định biển và hợp tác cùng phát triển để thúc đẩy việc đàm phán, hỗ trợ sớm đạt được giải pháp lâu dài và ổn định hoạt động trên vùng biển xung quanh đường phân định sau này.

3.1. Hợp tác cùng phát triển trước hoặc đồng thời với phân định biển

Như đã phân tích, UNCLOS quy định nghĩa vụ cho các quốc gia phải nỗ lực đạt được các dàn xếp tạm thời có tính chất thực tiễn trong giai đoạn chưa thể phân định biển. Trên thực tế hình thức thông thường nhất của các dàn xếp tạm thời là hợp tác cùng phát triển giữa các quốc gia liên quan. Như vậy, hợp tác cùng phát triển là một trong các cách thức phổ biến để thực thi nghĩa vụ theo quy định của Công ước trong giai đoạn tiền phân định.

Hợp tác cùng phát triển sẽ có vai trò và tác động hỗ trợ lớn cho quá trình đàm phán phân định biển. Thông qua quá trình hợp tác, các quốc gia liên quan sẽ có thể cùng nhau khảo sát, tiến hành dự án chung, khai thác chung nguồn tài nguyên hoặc hợp tác quản lý vùng biển. Việc hợp tác giúp các quốc gia có thông tin đáng tin cậy về nguồn tài nguyên của vùng biển chồng lấn, tạo cơ sở phân chia hợp lý tài nguyên trong các cuộc đàm phán phân định biển sau này. Có học giả cho rằng, việc xác lập các khu vực phát triển chung có vai trò giống như một chất xúc tác để các bên đạt được thỏa thuận phân định cuối cùng, ví dụ như trao cho các bên một số quyền trong khu vực chồng lấn, tránh được nguy cơ sau khi phân định biển, các quốc gia nhận thấy phần lớn hoặc tất cả các nguồn tài nguyên trong khu vực chồng lấn lại nằm phía bên kia đường phân định⁸.

Lịch sử luật biển quốc tế hiện đại và quy định của UNCLOS cho thấy, việc xác lập vùng thềm lục địa và đặc quyền kinh tế nhằm mục đích kinh tế là chủ yếu⁹. Các

⁸ Clive H. Schofield, *Blurring the lines: Maritime joint development and the cooperative management of ocean resources*, *Issues Legal Scholarship*, 8 (1), 2009, Article 3, tr. 5.

⁹ Tanaka Yoshifumi, *sdd*, tr. 124, 132.

quốc gia ven biển có quyền chủ quyền đối với việc thăm dò, khai thác, quản lý và bảo tồn tài nguyên thiên nhiên, sinh vật và phi sinh vật trong hai vùng biển trên¹⁰. Các đặc quyền về kinh tế, đặc biệt là dầu khí và hải sản, là mối quan tâm số một của các quốc gia ven biển khi đàm phán và soạn thảo quy chế của vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa.

Mặc dù trong các án lệ về phân định biển của tòa án và trọng tài quốc tế, các yếu tố kinh tế, tài nguyên không đóng vai trò quan trọng hay thậm chí không được xem xét đến¹¹. Yếu tố kinh tế, tài nguyên có lẽ là yếu tố mà các quốc gia quan tâm nhất khi tiến hành phân định biển. Việc có một vùng biển lớn nhưng nghèo tài nguyên không phải là kết quả mà các quốc gia mong muốn. Nếu việc phân định biển được tiến hành thông qua đàm phán, các quốc gia có thể chú ý nhiều đến nguồn lợi tài nguyên mà mình mong muốn và yếu tố này sẽ có tác động đến việc liệu các bên có đạt được thỏa thuận hay không.

Các dự án hợp tác cùng phát triển có thể bảo đảm sự thống nhất và nhận thức chung giữa các quốc gia về nguồn tài nguyên và các lợi ích kinh tế khác, tăng sự hiểu biết về lợi ích của nhau trong vùng biển chồng lấn, tạo cơ sở cho việc đạt được thỏa thuận mà các bên có thể cùng chấp nhận, mang lại lợi ích công bằng và hợp lý cho mọi bên.

Ngoài ra, hợp tác cùng phát triển cũng giúp các quốc gia quản lý tài nguyên thiên nhiên hiệu quả hơn, đặc biệt là tài nguyên sinh vật. Các đàn cá thường di chuyển đến và đi, do đó nếu không có hợp tác trong quản lý nghề cá thì có thể dẫn đến việc đánh bắt cá quá mức hoặc theo cách thức không

bền vững, nghiêm trọng hơn là hủy diệt nguồn cá, phá hủy hệ sinh thái trong vùng biển chồng lấn, dẫn đến thiệt hại lâu dài cho các quốc gia liên quan. Trong các lĩnh vực không liên quan đến tài nguyên thiên nhiên, hợp tác cùng phát triển sẽ giúp giữ ổn định và trật tự trên vùng biển chồng lấn, ngăn chặn hoạt động tội phạm và các hoạt động bất hợp pháp lợi dụng sự xung đột trong thẩm quyền thực thi pháp luật của các quốc gia liên quan. Hợp tác cùng phát triển ở đây có thể dưới hình thức tuần tra chung của các lực lượng thực thi pháp luật trên biển (như kiểm ngư, cảnh sát biển...) hay cơ chế quản lý nghề cá chung. Như vậy, các quốc gia giữ ổn định được vùng biển, quản lý tốt hoạt động trên biển và bảo đảm tính bền vững, lâu dài của nguồn tài nguyên thiên nhiên.

Trong một số trường hợp, hợp tác cùng phát triển trước phân định có thể mang tính chất lâu dài và các quốc gia có thể không cần thiết phải phân định biển – đây được xem giải pháp thay thế phổ biến nhất trong thực tiễn hiện nay¹². Điều này có thể do khu vực chồng lấn quá nhỏ hay các bên đã đạt được lợi ích hợp lý từ thỏa thuận hợp tác cùng phát triển. Ví dụ như trong Vịnh Thái Lan, Việt Nam và Malaysia đã, đang tiến hành hợp tác cùng phát triển rất thành công và lâu dài trong một khu vực chồng lấn khá hẹp. Khu vực chồng lấn giữa Việt Nam và Malaysia chỉ rộng khoảng 2.800 km², bằng khoảng 85% diện tích của Thủ đô Hà Nội. Việt Nam và Malaysia ký Biên bản ghi nhớ (MOU) vào năm 1992 xác lập cơ sở tiến hành dự án hợp tác cùng khai thác dầu khí giữa PetroVietnam và Petronas. Trong năm 1997, dự án khai thác được thủng dầu đầu

¹⁰ Điều 56 và 77 UNCLOS.

¹¹ Tanaka Yoshifumi, *sđd*, tr. 208.

¹² Clive H. Schofield, *sđd*, tr. 5.

tiên¹³, năm 2014 dự án khai thác được khoảng 29 triệu thùng dầu mỗi ngày¹⁴. Sự thành công của dự án đã thúc đẩy hai nước tiếp tục kéo dài MOU năm 1992 thêm 10 năm nữa, đến năm 2027 và có thể sẽ tiếp tục sau đó¹⁵.

Một ví dụ khác là Hiệp định Vùng nước lịch sử giữa Việt Nam và Campuchia (1982). Hiệp định xác lập một vùng nước lịch sử chung giữa hai nước và thỏa thuận sẽ đàm phán phân định “vào thời gian thích hợp”¹⁶. Vùng nước tạm thời này rộng khoảng 9.500 km²¹⁷. Điều 3 của Hiệp định quy định quy chế tạm thời cho vùng nước lịch sử, theo đó:

“- Việc tuần tra, kiểm soát trong vùng nước lịch sử này do cả hai bên cùng tiến hành;

- Việc đánh bắt hải sản của nhân dân địa phương trong vùng này vẫn tiếp tục theo tập quán từ trước tới nay. Đối với việc khai thác các tài nguyên thiên nhiên trong khu vực đó, hai bên sẽ cùng nhau thỏa thuận”.

Như vậy, Việt Nam và Campuchia đã thỏa thuận hai vấn đề lớn nhằm tránh các va chạm và xung đột trong giai đoạn chưa phân định. Thứ nhất, hai bên thỏa thuận

việc quản lý, kiểm soát; các hoạt động thực thi pháp luật sẽ do cả hai bên cùng tiến hành. Năm 2002, Bộ Quốc phòng hai nước đã ký kết một thỏa thuận hợp tác trong hoạt động trên vùng biển này¹⁸. Sau đó hải quân hai nước cũng đã ký một bản quy tắc về tuần tra và liên lạc¹⁹. Cho đến năm 2015, hải quân hai nước đã tiến hành được 30 cuộc tuần tra chung²⁰. Thứ hai, hai bên cam kết bảo đảm quyền đánh bắt cá truyền thống của ngư dân hai nước. Đối với tài nguyên thiên nhiên khác, không thuộc phạm vi quyền đánh bắt cá truyền thống, sẽ được tiến hành theo thỏa thuận.

3.2. Hợp tác cùng phát triển sau khi phân định biển

Trong các trao đổi học thuật và hoạch định chính sách, có vẻ như vấn đề hợp tác cùng phát triển hiện nay chỉ được hiểu một cách khá hạn hẹp là giới hạn trong hợp tác cùng phát triển trước khi phân định biển. Tuy nhiên, hợp tác cùng phát triển không chỉ tiến hành trước và trong quá trình phân định biển, mà còn có thể tiến hành sau khi các đường ranh giới trên biển đã được xác lập nhằm bảo đảm việc khai thác tối ưu nguồn tài nguyên hoặc quản lý hiệu quả hoạt động trên biển. Các nguồn tài nguyên trên biển, sinh vật và phi sinh vật, đều có nhiều khả năng vắt ngang qua đường ranh giới mà các quốc gia vạch ra. Các mỏ dầu khí có thể vắt ngang đường ranh giới. Các đàn cá có thể di chuyển từ bên này sang bên kia đường ranh giới, hoặc có tập tính di cư giữa các vùng biển. Điều này dẫn đến khả năng việc một quốc gia tiến hành khai thác

¹³ Nguyen Hong Thao, *Managing Vietnam's Maritime Boundary Disputes*, ODIL, vol. 38, 2007, tr. 311.

¹⁴ Talisman Company, Annual Information Form (for the year ended December 31, 2014), ngày 4/3/2015, tr. 6, xem tại http://www.talisman-energy.com/upload/ir_briefcase/189/01/annual-information-form---talisman-energy.pdf.

¹⁵ PetroVietnam, Tổng Giám đốc Tập đoàn Nguyễn Vũ Trường Sơn làm việc tại Malaysia, ngày 16/5/2016, xem tại http://www.pvn.vn/?portal=news&page=detail&category_id=95&id=8588.

¹⁶ Điều 1 và 2 Hiệp định Vùng nước lịch sử giữa Việt Nam và Campuchia năm 1982.

¹⁷ Somjade Kongrawd, *Thailand and Cambodia Maritime Disputes*, xem tại <http://www.navy.mi.th/judge/Files/Thailand%20Cambodia.pdf>, bản đồ 4, tr. 9.

¹⁸ Trần Công Trục, *Tìm hiểu vấn đề biển đảo giữa Việt Nam và Campuchia*, ngày 16/8/2015, xem tại <http://nghiencuuquocte.org/2015/08/16/van-de-bien-dao-viet-nam-campuchia/>.

¹⁹ Như trên.

²⁰ Như trên.

trước hoặc khai thác mạnh hơn quốc gia còn lại sẽ ảnh hưởng đến phần tài nguyên thuộc quốc gia kia. Giả sử một quốc gia khai thác dầu khí ở mỏ vắt ngang đường ranh giới chắc chắn sẽ làm suy giảm lượng dầu khí đáng kể thuộc quốc gia kia. Hoặc trong trường hợp các đàn cá di cư, việc quốc gia đánh bắt cạn kiệt hay phá hủy nơi sinh sản của đàn cá chắc chắn sẽ ảnh hưởng đến nguồn cá của quốc gia kia. Do đó, vấn đề hợp tác cùng phát triển cũng được đặt ra sau khi phân định biển và tốt nhất cần ghi nhận tại thỏa thuận phân định biển nhằm tránh các tranh chấp về tài nguyên sau này.

Trong một số các thỏa thuận phân định biển, các quốc gia thường thêm vào điều khoản về nguồn trữ lượng chung hoặc điều khoản dự trữ về hợp tác cùng phát triển sau này. Các điều khoản này sẽ giải quyết vấn đề khai thác nguồn tài nguyên vắt ngang hay di chuyển ngang qua đường phân định. Ví dụ, Điều 4 Hiệp định Phân định thềm lục địa giữa Việt Nam và Indonesia năm 2003 quy định:

“Trong trường hợp có một cấu tạo mỏ dầu hoặc khí tự nhiên, hoặc mỏ khoáng sản khác dưới đáy biển nằm vắt ngang đường ranh giới nêu tại khoản 1 Điều 1, các Bên ký kết sẽ thông báo cho nhau mọi thông tin liên quan và thỏa thuận về cách thức khai thác hữu hiệu nhất các cấu tạo hoặc mỏ nói trên và về việc phân chia công bằng lợi ích thu được từ việc khai thác đó”.

Hiệp định Phân định biển trong Vịnh Thái Lan giữa Việt Nam và Thái Lan năm 1997 và Hiệp định Phân định Vịnh Bắc Bộ giữa Việt Nam và Trung Quốc năm 2000 cũng quy định giống nhau và tương tự vậy²¹.

²¹ Điều 4 Hiệp định Phân định biển trong Vịnh Thái Lan giữa Việt Nam và Thái Lan năm 1997; Điều 7 Hiệp định Phân định Vịnh Bắc Bộ giữa Việt Nam và Trung Quốc năm 2000.

Thêm nữa, việc hợp tác cùng phát triển sau khi phân định có thể giúp các quốc gia liên quan quản lý tốt hơn hoạt động trên biển. Việc phân định biển sẽ xác định rõ phạm vi giới hạn hoạt động thực thi pháp luật và quản lý của cơ quan chức năng của các quốc gia liên quan. Với đặc điểm rộng lớn và khó kiểm soát trên biển, nếu không có sự hợp tác giữa các quốc gia sẽ gây khó khăn cho việc quản lý của tất cả các bên. Chẳng hạn, việc hợp tác thực thi pháp luật và quản lý biển có thể ngăn chặn tình trạng tàu thuyền vi phạm trốn tránh, gây khó khăn cho sự kiểm soát và bắt giữ của cơ quan chức năng. Hơn nữa, việc hợp tác không chỉ giúp xử lý hiệu quả các vi phạm pháp luật, mà còn có thể tăng cường khả năng ngăn chặn các vi phạm xảy ra.

Ví dụ điển hình về việc hợp tác cùng phát triển sau khi phân định là trường hợp Việt Nam và Trung Quốc trong Vịnh Bắc Bộ. Hai nước đã tiến hành phân định biển và đồng thời đàm phán xác lập quy chế đánh bắt cá trong khu vực hai bên đường phân định biển. Hiệp định Phân định Vịnh Bắc Bộ và Hiệp định Hợp tác Nghề cá ở Vịnh Bắc Bộ giữa hai nước được ký kết cùng vào ngày 25/12/2000 và cùng có hiệu lực vào ngày 30/6/2004. Có thể thấy, cả hai nước đã nhận thức rõ rằng, việc xác lập đường ranh giới trên biển là quan trọng nhưng chưa đủ để tạo lập một Vịnh Bắc Bộ hòa bình, hữu nghị và không có xung đột. Thông qua thỏa thuận về hợp tác nghề cá ở Vịnh Bắc Bộ, Việt Nam và Trung Quốc đã quản lý tốt hơn hoạt động đánh bắt cá và xử lý, ngăn chặn các hoạt động vi phạm các quy định về đánh bắt cá một cách hiệu quả, tránh xung đột và va chạm có thể xảy ra giữa ngư dân và cơ quan chức năng của hai nước.

(Xem tiếp trang 84)

BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI PHÁT SINH TRONG TƯƠNG LAI THEO QUY ĐỊNH CỦA CÔNG ƯỚC VIÊN 1980

*Trần Việt Dũng**
*Phạm Thị Hiền***

Tóm tắt: Theo Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán quốc tế hàng hóa (CISG), nếu một bên vi phạm hợp đồng, bên bị vi phạm có quyền áp dụng các biện pháp chế tài, trong đó có quyền đòi bồi thường thiệt hại. Vấn đề đặt ra ở đây là CISG có cho phép bồi thường đối với loại thiệt hại phát sinh trong tương lai hay không. Bài viết phân tích các khía cạnh pháp lý về thiệt hại phát sinh trong tương lai theo quy định của CISG.

Abstract: According to the Convention of contracts for international sales of goods (CISG), if a party fails to perform its contractual obligations, the aggrieved party has various remedies, including the right to claim damages. The question is whether CISG allows the recovery of future loss. This paper discusses legal aspects of future loss under the CISG.

1. Quy định của CISG về thiệt hại phát sinh trong tương lai

Trong khuôn khổ pháp luật hợp đồng, trách nhiệm bồi thường thiệt hại (BTTH) trong hợp đồng được hiểu là trách nhiệm của bên vi phạm nghĩa vụ phải bù đắp cho bên còn lại dưới hình thức một khoản tiền hoặc một sự bù đắp khác tương xứng với những thiệt hại, tổn thất mà mình đã gây ra (do vi phạm hợp đồng)¹. Trách nhiệm BTTH nhắm tới mục đích quan trọng nhất là bồi hoàn, bù đắp, khôi phục lợi ích vật chất bị thiệt hại cho bên bị vi phạm. Đây được xem là chế tài quan trọng và cơ bản nhất nhằm bảo đảm lợi ích của các bên khi hợp đồng bị vi phạm.

Trong khuôn khổ CISG, Điều 74 thiết lập các quy tắc chung để xác định thiệt hại khi một bên trong hợp đồng vi phạm nghĩa vụ. Đoạn đầu của Điều 74 quy định: “Khoản BTTH do vi phạm hợp đồng bởi một bên là một khoản tiền tương đương với khoản thiệt hại, bao gồm tổn thất và khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ mà bên kia phải gánh chịu do hậu quả của sự vi phạm hợp đồng”. Quy định này không xác định cụ thể thế nào là thiệt hại mà chỉ quy định chung về các loại hình thiệt hại được bồi thường gồm “tổn thất và khoản lợi bị bỏ lỡ” do sự vi phạm nghĩa vụ hợp đồng của một bên.

Trên thực tế, thiệt hại xảy ra do vi phạm nghĩa vụ hợp đồng thường bao gồm: Những tài sản bị mất mát hoặc bị hủy hoại hoàn toàn, những hư hỏng, giảm sút giá trị về tài sản, những chi phí mà người bị vi phạm phải bỏ ra để ngăn chặn, hạn chế và khắc phục những hậu quả do người vi phạm nghĩa vụ gây ra, những tổn thất do thu nhập thực tế bị mất, bị giảm sút. Nhìn chung, các

* PGS.TS., Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

** ThS., Khoa Luật Quốc tế, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Hale, William B (1896), *Handbook on the Law of Damages*, St. Paul, Minnesota, Nxb. West Publishing, tr. 2.

thiệt hại sẽ được phân loại thành hai dạng:
(i) Thiệt hại thực tế (“actual damages”) và
(ii) Thiệt hại trong tương lai (“future loss”).

Thiệt hại thực tế có thể hiểu là bất kỳ sự suy giảm tài sản nào của bên bị vi phạm so với mức tài sản khi hợp đồng được ký kết hoặc một sự gia tăng nghĩa vụ pháp lý đối với bên có quyền (chẳng hạn trường hợp bên có quyền chưa được bên có nghĩa vụ thanh toán tiền mua hàng, vì vậy phải vay tiền để thực hiện nghĩa vụ với bên thứ ba)². Thông thường, các bên trong hợp đồng cũng sẽ chỉ quan tâm tới những thiệt hại thực tế - những thiệt hại đã xảy ra do kết quả của việc vi phạm hợp đồng (ví dụ như tổn thất giá trị tài sản hay hàng hóa bị hư hỏng, mất mát, hủy hoại, tổn thất chi phí pháp lý phải bỏ ra để khiếu kiện hành vi vi phạm...) vì việc xác định nó thường cụ thể và rõ ràng. Tuy nhiên, trên thực tế có thể tồn tại trường hợp thiệt hại trong tương lai khi tới thời điểm giải quyết tranh chấp, các khoản mất mát, tổn thất chưa hình thành hoặc chưa hiện hữu đầy đủ. Thiệt hại trong tương lai, như vậy, được hiểu là những tổn thất dự kiến sẽ xảy ra, khiến cho bên bị vi phạm mất đi những khoản lợi mà đáng lẽ được hưởng nếu như bên kia thực hiện đúng hợp đồng.

Điều 74 CISG không quy định rõ ràng về vấn đề thiệt hại phát sinh trong tương lai. Như đã đề cập, Điều 74 CISG không liệt kê bất cứ loại thiệt hại cụ thể nào bên cạnh loại thiệt hại do mất lợi nhuận. Vì vậy, câu hỏi đặt ra là thiệt hại phát sinh trong tương lai – loại thiệt hại chưa xảy ra vào thời điểm cơ

quan giải quyết tranh chấp ra quyết định, nhưng có thể sẽ xảy ra sau đó, liệu có được bồi thường hay không. Đây là vấn đề rất quan trọng đối với bên yêu cầu nhưng CISG không quy định rõ về vấn đề này. Hội đồng tư vấn CISG cho rằng: “*Khi CISG không nêu rõ thiệt hại trong tương lai là được bồi thường, thì việc bồi thường đối với loại thiệt hại này là được phép theo nguyên tắc bồi thường đầy đủ. Cách tiếp cận này phù hợp với các quy định của Bộ nguyên tắc hợp đồng châu Âu (PECL) Điều 9:501(2) (b) và Bộ nguyên tắc của UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế (PICC) Điều 7.4.3 đều cho phép bồi thường những thiệt hại xảy ra trong tương lai*”³.

Xem xét các quy định cụ thể của PICC và PECL có thể thấy, hai văn bản này đều quy định rất rõ về BTTH phát sinh trong tương lai. Tại Điều 7.4.3 PICC quy định: “*Những thiệt hại, kể cả những thiệt hại trong tương lai chỉ có thể được bồi thường khi chúng được thiết lập với một mức độ hợp lý về tính xác thực*”. Đoạn 2 Điều 9.501 PECL quy định: “*Thiệt hại được bồi thường bao gồm: (a) Thiệt hại phi vật chất; và (b) Thiệt hại phát sinh trong tương lai với lý do hợp lý rằng có khả năng xảy ra*”. PICC và PECL đã thiết lập cách tiếp cận thực tế, hợp lý và công bằng cho vấn đề thiệt hại phát sinh trong tương lai. Điều này cũng được

² Djakhongir Saidov (2002), *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Pace International Law Review, (14), tr.20.

³ “While the Convention does not expressly state that future losses are recoverable, its recovery is consistent with the principle of full compensation. This approach is in accord with the PECL Article 9:501(2) (b) and UNIDROIT Principles Article 7.4.3, which allow for recovery of future losses”, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>, mục 3.19.

xem là phù hợp với tinh thần của CISG⁴, nhưng việc vận dụng sẽ không đơn giản.

Như đã phân tích ở trên, CISG chỉ mới quy định về trách nhiệm bồi thường đối với thiệt hại xảy ra trên thực tế mà chưa quy định minh thị về thiệt hại phát sinh trong tương lai. Điều này rõ ràng có thể ảnh hưởng tới quyền lợi của bên bị thiệt hại, chẳng hạn như thiệt hại do mất một cơ hội trong tương lai, do khiếu kiện của bên thứ ba hay do phán quyết của cơ quan tài phán không phản ánh kịp sự thay đổi tỷ giá hối đoái dẫn tới gia tăng thiệt hại... Như vậy, nếu căn cứ vào “nguyên tắc bồi thường đầy đủ” đối với các thiệt hại theo CISG, liệu tòa án có thể cho phép bên liên quan khiếu kiện lần thứ hai về cùng một vấn đề, nguyên nhân gây thiệt hại nhưng là loại thiệt hại khác với những thiệt hại đã được giải quyết lần đầu? Rất khó có thể trả lời ngay câu hỏi này vì không có một quy định rõ ràng trong CISG và quyền khiếu kiện về vấn đề này phụ thuộc vào luật tố tụng của mỗi quốc gia. Nhiều học giả cho rằng, cần tham khảo quy định của PICC và PECL về vấn đề BTTH phát sinh trong tương lai để lấp đầy những khoảng trống của CISG đối với vấn đề này⁵. Theo đó, cách tiếp cận là thiệt hại phát sinh trong tương lai có thể được xem xét và

quyết định ngay trong lần khiếu nại đầu tiên và loại thiệt hại này có thể được bồi thường nếu đáp ứng được các yêu cầu bồi thường.

Tuy nhiên, điều này không đơn giản vì tại thời điểm xét xử, “thiệt hại phát sinh trong tương lai” vẫn chưa diễn ra nên vấn đề bên yêu cầu cần đáp ứng những điều kiện gì để được bồi thường phải được làm rõ. Điều 7.4.3 PICC quy định: “*Những thiệt hại, kể cả những thiệt hại trong tương lai chỉ có thể được bồi thường khi chúng được thiết lập với một mức độ hợp lý về tính xác thực*”. Điều 9:501(2) (b) của PECL cũng quy định tương tự, theo đó, để được bồi thường thiệt hại trong tương lai thì cần đáp ứng điều kiện “*có lý do hợp lý rằng có khả năng xảy ra*” (“*future loss which is reasonably likely to occur*”). Các bình luận chính thức của PECL làm rõ hơn về điều kiện cần đáp ứng khi tòa án quyết định về thiệt hại phát sinh trong tương lai là khả năng xảy ra các thiệt hại trong tương lai và mức thiệt hại (số tiền) có thể xảy ra. Nghĩa là, yêu cầu bồi thường phải đi kèm bằng chứng có tính xác thực hợp lý và tính được bằng tiền. Đây là điều khó khăn vì tính tiết ở các vụ việc rất phong phú. Vì vậy, việc đánh giá mức độ thiệt hại trong tương lai chủ yếu sẽ phụ thuộc vào quan điểm của cơ quan giải quyết tranh chấp như trong một số vụ việc cụ thể được phân tích ở phần sau.

2. Thực tiễn xét xử về bồi thường thiệt hại phát sinh trong tương lai

Các tòa án nhìn chung khá dè dặt trong việc xác định trách nhiệm BTTH phát sinh trong tương lai mà chỉ xem xét một số loại thiệt hại nhất định. Thực tiễn áp dụng CISG cho thấy, các cơ quan tài phán thường chấp nhận yêu cầu bồi thường đối với thiệt hại do biến động tỷ giá tiền tệ (biến động tỷ giá hối

⁴ Sieg Eiselen (2005), *Remarks on the Manner in which the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 of the CISG*, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, (38), tr. 32-46.

⁵ Xem thêm: Pace International Law Review (2006), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2004-2005*, European Law Publishers, tr 69; Michael Maggi (2004), *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2002-2003*, Kluwer Law International, tr. 97.

đoái) hay mất giá đồng tiền do lạm phát và yêu cầu bồi thường đối với các thiệt hại có thể xảy ra do khiếu nại của bên thứ ba mà bên nguyên đơn vẫn chưa phải gánh chịu những thiệt hại này ở thời điểm hiện tại.

2.1. Bồi thường thiệt hại phát sinh trong tương lai do biến động tỷ giá hối đoái

Trong hợp đồng thương mại quốc tế, nếu một bên chưa hoàn thành nghĩa vụ thanh toán tiền hàng, câu hỏi được đặt ra là, liệu bên bị vi phạm có thể khởi kiện yêu cầu BTTH do hậu quả của việc thay đổi giá trị đồng tiền hay không. Tổn thất này có thể do sự thay đổi của tỷ giá hối đoái giữa các đồng tiền khác nhau hoặc là sự mất giá của tiền tệ do lạm phát. Đây là vấn đề còn nhiều tranh cãi. Tuy nhiên, trên thực tế, nhiều tòa án đã công nhận rằng loại thiệt hại do biến động tỷ giá hối đoái⁶ hay sự mất giá đồng tiền⁷ là loại thiệt hại được bồi thường, mặc dù vậy, các bên phải thỏa mãn các yêu cầu chứng minh khả năng xảy ra thiệt hại.

Liên quan đến biến động tỷ giá hối đoái cần phân biệt rõ việc: (i) Thanh toán được thực hiện bởi đồng tiền của chủ nợ, (ii) Thanh toán được thực hiện bằng tiền tệ của bên phải thanh toán (bên nợ), và (iii) Thanh toán bằng tiền tệ của một nước thứ ba.

Trường hợp thứ nhất: Nếu việc thanh toán được thực hiện bằng đồng tiền [của nước] của chủ nợ thì biến động tỷ giá hối đoái không dẫn đến sự tổn thất cho chủ nợ vì chủ nợ sẽ không phải thực hiện việc

chuyển đổi số tiền được thanh toán thành một loại tiền tệ của quốc gia khác. Vì vậy, sẽ không được xem là có thiệt hại xảy ra⁸.

Trường hợp thứ hai: Nếu việc thanh toán được thực hiện bởi đồng tiền của bên nợ, chủ nợ thường sẽ phải chuyển đổi tiền tệ. Như vậy, nếu tỷ giá thay đổi giữa thời điểm phải thanh toán và thời điểm việc thanh toán thực sự được thực hiện gây ra những tổn thất nhất định cho chủ nợ. Các tòa án chấp nhận xem xét vấn đề này cũng như hầu hết các ý kiến bình luận⁹ đều cho rằng loại thiệt hại này phải được bồi thường, bởi lẽ bên nợ có thể dự đoán được khoản thiệt hại này.

Trường hợp thứ ba: Thanh toán bằng tiền tệ của một nước thứ ba. Trường hợp này phụ thuộc vào từng vụ việc cụ thể, đặc biệt lưu ý đến vấn đề bên nợ có phải thấy trước khả năng bên chủ nợ sẽ phải chuyển đổi đồng tiền hay không.

Trong vụ việc *Sunflower oil*¹⁰, Tòa Thương mại Zürich (Thụy Sĩ) đã từ chối yêu cầu bồi thường đối với thiệt hại do sự biến động giá trị tiền tệ vì không đáp ứng được các yêu cầu về chứng minh khả năng xảy ra thiệt hại. Ở vụ kiện này, bên mua (quốc tịch Đức - nguyên đơn) ký hợp đồng với bên bán (quốc tịch Pháp - bị đơn) để giao hàng đến Romania từ 2 đến 4 triệu lít

⁶ *Shoes and bags case*, ngày 26/6/1980 tại tòa phúc thẩm Oberlandesgericht Düsseldorf, Đức, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/800626g1.html>, truy cập ngày 27/8/2017.

⁷ *Gruppo IMAR S.p.A. v. Protech Horst BV*, ngày 6/5/1993 tại Tòa án quận Arrondissementsrechtbank, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930506n1.html>, truy cập ngày 27/8/2017.

⁸ *Shoes case*, ngày 14/1/1994 tại Tòa phúc thẩm Oberlandesgericht Düsseldorf, Đức, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>, truy cập ngày 27/8/2017.

⁹ Ingeborg Schwenzer, Schlechtriem & Schwenzer (2010), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Nxb. Oxford, tr.1008-1021.

¹⁰ *Sunflower oil case*, ngày 5/2/1997, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970205s1.html>, truy cập ngày 27/3/2017.

dầu hướng dương mỗi tháng với một mức giá xác định. Mặc dù bên mua đã thanh toán đúng hạn cho lô hàng đầu tiên, nhưng bên bán đã không giao hàng đến Romania. Bên mua tuyên bố hủy hợp đồng và khởi kiện bên bán vì vi phạm nghĩa vụ giao hàng và yêu cầu BTTH.

Trong vụ kiện này, bên mua yêu cầu BTTH do sự biến động tỷ giá tiền tệ. Bên mua cho rằng, bên bán đã không trả lại tiền cho bên mua ngay khi không thực hiện nghĩa vụ, mà đến khi tòa án có quyết định yêu cầu bên bán hoàn trả thì tỷ giá đồng Mác Đức (DM) đã thay đổi. Ngày 1/12/1994, 1 USD = 1.5623 DM. Ngày 24/3/1995, tỷ giá đã thay đổi thành 1 USD = 1.4085 DM. Nếu bên bán trả lại tiền cho bên mua vào ngày 1/12/1994 thì bên mua được nhận 397.486,69 DM so với chỉ 358.356,27 DM vào ngày 24/3/1995. Vì vậy, tổn thất mà bên mua phải chịu là 39.130,42 DM.

Khi xem xét yêu cầu trên, tòa án đã nhận định, thiệt hại do biến động tiền tệ có thể được bồi thường theo Điều 74 CISG, nhưng yêu cầu của bên mua trong trường hợp này không được chấp nhận, bởi theo nguyên tắc chung thì thiệt hại phát sinh trong tương lai chỉ có thể được bồi thường nếu có thể tính toán được số tiền thiệt hại một cách hợp lý theo cách hiểu của PICC¹¹. Từ đó, tòa án cho rằng, do tại thời điểm ban hành phán quyết số tiền này chưa được trả lại cho bên mua nên sẽ không thể tính toán chính xác được số tiền thiệt hại là bao nhiêu. Nói cách khác, tòa án đã cho rằng, bên yêu cầu không đáp ứng được nghĩa vụ chứng minh khả năng xảy ra thiệt hại,

không thể dự đoán trước, không thể thấy trước được vào thời điểm bên bán thực hiện nghĩa vụ trả lại tiền cho bên mua thì tỷ giá đồng tiền sẽ thay đổi như thế nào. Tòa án lập luận thêm rằng, tại thời điểm tòa ra quyết định, không có căn cứ một cách hợp lý và xác thực cho việc tính toán thiệt hại có thể xảy ra trong tương lai.

Với cách tiếp cận trên, có thể thấy nếu bên yêu cầu đưa ra được các căn cứ xác đáng với các bằng chứng khoa học (ví dụ như dự đoán biến động tỷ giá bằng các phương pháp kinh tế hoặc căn cứ theo các quyết định của Ngân hàng nhà nước...) và có thể tính toán được ở mức độ tương đối số tiền thiệt hại, thì cơ quan tài phán sẽ có thể xem xét cho phép bồi thường.

2.2. Bồi thường thiệt hại phát sinh trong tương lai do lạm phát và biến động vật giá trên thị trường

Liên quan tới trường hợp BTTH do đồng tiền lạm phát và biến đổi giá trên thị trường, có thể xem xét vụ *Maglificio Dalmine v. Covires*¹² tại Tòa án Brussels (Bi) trong đó, tòa đã cho phép bồi thường 10.000 Franc bởi việc biến động vật giá với nghĩa vụ chính cần thực hiện là 38.442 Franc phải thanh toán nhưng bên có nghĩa vụ đã trì hoãn thực hiện trong vòng 2 năm.

Một tòa án khác của Đức trong vụ *Shoes and bags*¹³ lại từ chối yêu cầu bồi thường do lạm phát bởi bên nguyên đơn đã nhận được lãi suất chậm thanh toán và không chứng minh được một cách hợp lý

¹¹ *Sunflower oil case*, tlđd.

¹² *Maglificio Dalmine v. Covires case*, ngày 13/11/1992 tại tòa án Brussel – Bi, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/921113b1.html>, truy cập ngày 27/8/2017.

¹³ *Shoes and bags case*, tlđd.

tác động tiêu cực của lạm phát tới lợi ích của họ. Tòa án nhận định lạm phát có thể được bồi thường nhưng với điều kiện là bên khiếu nại phải chứng minh được lạm phát xảy ra sẽ ảnh hưởng đến lợi ích của mình và sẽ phải chịu tổn thất. Yêu cầu đặt ra đối với bên yêu cầu BTTH là phải chứng minh về tổn hại có thể xảy ra trong tương lai với mức độ rõ ràng về mặt chứng cứ. Vì vậy, tòa án khẳng định, nếu đồng tiền bị mất giá nhưng bên chủ nợ đã được bù đắp bằng tiền lãi chậm thanh toán và thực tế tổn hại không có khả năng rõ ràng sẽ xảy ra thì không được bồi thường¹⁴.

Điều 74 CISG không quy định rõ vấn đề BTTH phát sinh trong tương lai, đặc biệt là đối với trường hợp biến động tiền tệ trong tương lai. Nhưng đồng tiền thanh toán là một đặc tính quan trọng của hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (vì các bên thương nhân có trụ sở thương mại tại các nước khác nhau thông thường sẽ chịu ảnh hưởng của đồng tiền thanh toán) nên sự biến động của nó là một vấn đề hiện hữu dẫn tới những thiệt hại ngoài dự tính nếu việc thanh toán không được thực hiện đúng. Vì vậy, cách tiếp cận như trong vụ *Shoes and bags* trên có vẻ chưa hoàn toàn phù hợp với tinh thần của CISG. Trước hết, về bản chất, khoản tiền phạt chậm thanh toán không tương đương với BTTH. Ngoài ra, khi bên bị vi phạm chứng minh được rằng, số tiền mà bên bị vi phạm nhận được nếu thanh toán đúng hạn là cao hơn so với số tiền mà họ sẽ được nhận sau đó (do không thanh toán đúng hạn) thì phải được xem xét như “có thiệt hại xảy ra” theo Điều 74 CISG. Nếu

đáp ứng được các yêu cầu của Điều 74 thì thiệt hại này cần được bồi thường. Không thể cho rằng, dù bị chậm thanh toán nhưng bên bị vi phạm đã được nhận tiền lãi chậm trả mà không có thiệt hại xảy ra. Bởi lẽ, Điều 78 CISG quy định rõ: “*Nếu một bên chậm thanh toán tiền hàng hay mọi khoản tiền thiếu khác, bên kia có quyền đòi tiền lãi trên số tiền chậm trả đó mà không ảnh hưởng đến quyền đòi BTTH mà họ có quyền đòi hỏi chiếu theo Điều 74*”. Nghĩa là, số tiền lãi chậm trả mà bên bị thiệt hại được nhận không được xem là bù trừ cho thiệt hại do biến động tiền tệ mà họ phải chịu, và quyền đòi bồi thường đối với loại thiệt hại này sẽ không mất đi.

2.3. Bồi thường thiệt hại có thể xảy ra do khiếu nại của bên thứ ba

Bên cạnh các thiệt hại liên quan tới tiền tệ, một dạng thiệt hại phát sinh trong tương lai khác cũng thường được xem xét giải quyết theo CISG là thiệt hại có thể xảy ra do khiếu nại của bên thứ ba mà hiện tại bên nguyên đơn vẫn chưa phải gánh chịu.

Trong vụ *Battery machinery*¹⁵ được giải quyết tại Trọng tài của Phòng Thương mại quốc tế (ICC), trọng tài đã từ chối yêu cầu bồi thường của nguyên đơn đối với các thiệt hại có thể xảy ra do khiếu nại của bên thứ ba mà hiện tại bên nguyên đơn vẫn chưa phải gánh chịu. Trong vụ kiện này Bên bán (quốc tịch Italia - bị đơn) và bên mua (quốc tịch Czechoslovakia - nguyên đơn) ký hợp đồng mua bán máy móc thiết bị, dây chuyền sản xuất gồm ba bộ phận. Theo hợp đồng, bên bán sẽ cung cấp trực tiếp máy móc thiết

¹⁴ *Shoes and bags case*, tldd.

¹⁵ *Battery machinery case*, ngày 23/8/1994, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/947660i1.html>, truy cập ngày 27/8/2017.

bị là đối tượng của hợp đồng cho bên thứ ba là người dùng cuối. Bên bán có nghĩa vụ lắp đặt và đưa vào vận hành máy móc. Sau khi bên mua thanh toán một phần hợp đồng, bên bán tiến hành giao hàng nhưng thiếu một số bộ phận và phụ tùng của thiết bị. Vì vậy, các bên đã không nghiệm thu theo quy định của hợp đồng. Sau đó, bên mua khiếu nại về việc thiết bị gặp trục trặc, khởi kiện tuyên bố hủy một phần hợp đồng do giao hàng không đúng quy định, đồng thời, yêu cầu BTTH do vi phạm hợp đồng bao gồm BTTH có thể phát sinh trong tương lai do khả năng có khiếu nại của bên thứ ba (bên sử dụng cuối cùng thiết bị)¹⁶.

Đối với yêu cầu BTTH phát sinh do khiếu nại của bên thứ ba, trọng tài từ chối lập luận của bên mua với lý do “Bên mua tuyên bố đòi BTTH với lập luận rằng bên thứ ba XYZ đang thực hiện khiếu kiện bên mua tại Tòa án Prague. Tuy nhiên, tại thời điểm xét xử, Tòa án Prague vẫn đang xem xét hồ sơ mà chưa ra phán quyết cuối cùng về trách nhiệm của bên mua đối với bên thứ ba XYZ. Vì vậy, rõ ràng là bên mua vẫn chưa có thiệt hại xảy ra theo quy định của Điều 74 CISG¹⁷. Vậy nên, yêu cầu của bên mua bị tòa án từ chối.

Tòa án trong vụ kiện trên đã dựa vào quy tắc tiếp cận của PECL để lập luận về tính hợp lý và xác thực của khoản thiệt hại trong tương lai. Bên yêu cầu được BTTH phải đưa ra bằng chứng hợp lý về khả năng thiệt hại và thiệt hại đó phải được định lượng bằng tiền. Mặc dù, bên yêu cầu bị một bên thứ ba kiện, nhưng rõ ràng phán

quyết của Tòa Prague chưa được tuyên và cũng không thể tính tương đối chính xác mức độ thiệt hại cho bên yêu cầu BTTH. Ở đây, cần nhấn mạnh tới bằng chứng về “mức độ xác đáng và hợp lý” thiệt hại trong tương lai. Tòa án sẽ có quan điểm khác nếu bên yêu cầu bồi thường đưa ra được các căn cứ cho thấy các tình tiết trong vụ kiện đang tiến hành với bên thứ ba XYZ là bất lợi rõ ràng cho bên yêu cầu do lỗi kỹ thuật trong các sản phẩm và hợp đồng giữa bên yêu cầu với bên thứ ba có quy định rõ về vấn đề BTTH khi xảy ra các lỗi sản phẩm. Điều đó có nghĩa, bên yêu cầu phải nêu được các căn cứ rõ ràng rằng, khả năng bị thua trong phán quyết với bên thứ ba là hiện hữu và sẽ xảy ra trong tương lai với mức độ chắc chắn hợp lý.

3. Kết luận

Mặc dù Điều 74 CISG không quy định một cách minh thị, nhưng xuất phát từ lý luận về thiệt hại được bồi thường thiết lập trong Điều 74, tức là thiệt hại *bao gồm các tổn thất...do kết quả của hành vi vi phạm hợp đồng*, trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, nhiều tòa án đã chấp nhận xem xét yêu cầu BTTH hình thành trong tương lai. Tòa án các nước đặc biệt quan tâm tới thiệt hại trong tương lai liên quan tới sự biến động của tỷ giá hối đoái, lạm phát và vật giá trên thị trường. Một trường hợp khác đó là khả năng nguyên đơn (bên bị vi phạm) phải gánh chịu thiệt hại do một bên thứ ba khởi kiện mà lý do là sự vi phạm hợp đồng của bên bị đơn. Thực tiễn có thể phát sinh nhiều trường hợp khác liên quan tới thiệt hại có thể phát sinh trong tương lai, tuy nhiên, nếu bên yêu cầu đưa ra căn cứ chứng minh một cách xác đáng và

¹⁶ *Battery machinery case*, tldd.

¹⁷ *Battery machinery case*, tldd.

hợp lý rằng thiệt hại sẽ xảy ra thì tòa án cần xem xét chấp nhận yêu cầu bồi thường.

Vấn đề trách nhiệm bồi thường đối với các thiệt hại phát sinh trong tương lai còn ít được chú ý trong thực tiễn giải quyết tranh chấp. Thực tế, pháp luật Việt Nam cũng công nhận nguyên tắc bồi thường toàn bộ thiệt hại tương tự như CISG. Cụ thể, Điều 360 Bộ luật Dân sự 2015 (BLDS) quy định trường hợp có thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ gây ra thì bên có nghĩa vụ phải bồi thường toàn bộ thiệt hại. Điều 361 BLDS làm rõ thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ bao gồm có thiệt hại về vật chất và thiệt hại về tinh thần: *“Thiệt hại về vật chất là tổn thất vật chất thực tế xác định được, bao gồm tổn thất về tài sản, chi phí hợp lý để ngăn chặn, hạn chế, khắc phục thiệt hại, thu nhập thực tế bị mất hoặc bị giảm sút. Thiệt hại về tinh thần là tổn thất về tinh thần do bị xâm phạm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, uy tín và các lợi ích nhân thân khác của một chủ thể”*. Khoản 2 Điều 419 BLDS còn quy định: *“Người có quyền có thể yêu cầu BTTH cho lợi ích mà lẽ ra mình sẽ được hưởng do hợp đồng mang lại. Người có quyền còn có thể yêu cầu người có nghĩa vụ chi trả chi phí phát sinh do không hoàn thành nghĩa vụ hợp đồng mà không trùng lặp với mức BTTH cho lợi ích mà hợp đồng mang lại”*. Như vậy, rõ ràng các quy định liên quan đã khẳng định nguyên tắc bồi thường toàn bộ thiệt hại (bao gồm cả thiệt hại thực tế và trong tương lai). Tuy nhiên, Điều 302 Luật Thương mại 2005 quy định: *Giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được*

hưởng nếu không có hành vi vi phạm”. Quy định này cho thấy, thiệt hại thực tế là một yếu tố bắt buộc để yêu cầu bồi thường trong quan hệ pháp luật thương mại. Sự mâu thuẫn này là rào cản hình thành quan điểm pháp lý về vấn đề BTTH phát sinh trong tương lai của các cơ quan tài phán. Tuy nhiên, với việc Việt Nam đã gia nhập CISG, rõ ràng tòa án sẽ cần phải có cách tiếp cận mới, phù hợp với thực tiễn thương mại quốc tế.

Sẽ không hợp lý và công bằng nếu như thiệt hại trong tương lai không được bồi thường. Bởi vì, nếu không cho phép bồi thường thì bên bị vi phạm chỉ có thể chờ đợi tới khi thiệt hại có thể phát sinh trong tương lai trở thành thiệt hại thực tế rồi mới tiến hành yêu cầu bồi thường hoặc phải khởi kiện bằng một vụ kiện tiếp theo khi thiệt hại đã thực sự xảy ra (tất nhiên phải phù hợp với quy tắc tố tụng). Cả hai trường hợp này đều đặt bên bị vi phạm vào vị trí bất lợi về thời gian hoặc chi phí¹⁸. Từ góc độ này, các cơ quan tài phán nói chung và tòa án tại Việt Nam nói riêng cần chấp nhận xem xét BTTH đối với dạng thiệt hại phát sinh trong tương lai nếu đáp ứng đầy đủ các yêu cầu về mức độ chứng cứ chứng minh khả năng xảy ra thiệt hại và tính toán mức thiệt hại xảy ra. Việc tiếp nhận học thuyết này trong thực tiễn pháp lý sẽ góp phần bảo đảm việc thực thi CISG hiệu quả tại Việt Nam.

¹⁸ Djakhongir Saidov, Ralph Cunnington (2008), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Bloomsbury Publishing, tr. 408.

ĐẠO ĐỨC CÔNG VỤ CỦA QUAN LẠI DƯỚI TRIỀU VUA MINH MỆNH VÀ MỘT SỐ GIÁ TRỊ KẾ THỪA

Phạm Thị Thu Hiền*

Tóm tắt: Thời kì quân chủ, quan lại là người thừa hành, giúp việc cho nhà Vua. Do đó, quan lại cần có những bổn phận trách nhiệm với nhà nước và với dân. Để chính sự hanh thông và duy trì nền hành chính trong sạch, Vua Minh Mệnh rất coi trọng vấn đề đạo đức của quan lại trong quá trình thực thi công vụ. Nhà Vua nhìn nhận đa chiều về khía cạnh đạo đức trong mỗi quan hệ phong phú của hoạt động công vụ. Những quy định đó vẫn có giá trị kế thừa đối với việc xây dựng đạo đức công vụ hiện nay.

Abstract: In a monarchy, mandarins are officials assist the king. Therefore, they have responsibility for the State and people. For good State governance and administration, King Minh Menh highly appreciated the ethics and morality of mandarins in their civil service. He understood well the multi-dimension of such ethics and morality. Those law and regulation are still of inherited value for building up civil service ethics and morality in this period.

1. Đạo đức công vụ của quan lại dưới triều Vua Minh Mệnh

1.1. Cơ sở quy định đạo đức công vụ

Là một vị Vua sùng Nho giáo Khổng, Mạnh, Vua Minh Mệnh rất quan tâm đến yếu tố tài, đức bởi “Trong nước có người hiền tài thì công trị bình được rạch rỡ, cũng như núi sông có ngọc châu thì mới có ánh sáng”¹. Theo đó, đội ngũ thừa hành công vụ gánh vác việc nước cần phải ban ân huệ cho dân, không có lòng tham, không kiêu căng, giữ sự uy nghiêm, không so đo, bùn xỉn với dân. Đồng thời, Nho giáo khẳng định đức luôn gắn liền với tài bởi “tài trí đủ để trị dân mà không biết dùng đức nhân để giữ dân thì tất sẽ mất dân”². Người có trí tuệ, biết mọi việc nếu không giữ được đức nhân, không có thái độ nghiêm túc cẩn thận trong

công việc dù có gần dân thì dân cũng không kính trọng. Nếu người có trí tuệ, biết mọi việc, có đức nhân, có thái độ nghiêm túc cẩn thận nhưng không biết cổ vũ, giáo hóa dân thì nước sẽ loạn.

Mặt khác, do hệ quả của các triều đại trước và trong quá trình thực thi công vụ, hiện tượng cửa quyền tham nhũng diễn ra khá phổ biến. Theo thống kê trong Đại Nam thực lục, thời Vua Minh Mệnh có 95 vụ án tham nhũng được phát hiện và xử lý³. Do vậy, nhà Vua coi “Quan lại tham nhũng là giặc sâu mọt của dân”⁴, là một trong những căn nguyên gây nên những “mối họa”, làm biến đổi đức Liêm của người quân tử. Do đó, để quay về với đức nhân, hoàn thiện nhân cách của bậc quân tử, nhà Vua đã rất quan tâm đến đạo đức công vụ để quan lại xứng đáng là “phụ mẫu chi dân”.

* ThS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Quốc sử quán triều Nguyễn, *Minh Mệnh chính yếu*, tập 1, Nxb. Thuận hóa, Hà Nội, 1994, tr. 101.

² Dương Hồng, Vương Thành Trung, *Nhiệm Đại Viện*, Lưu Phong, *Tứ thư*, Nxb. Quân đội nhân dân, Hà Nội, 2003, tr. 451.

³ Thống kê trong Quốc sử quán triều Nguyễn, (2010), *Đại Nam thực lục*, Chính biên, từ tập 2 đến tập 5, Nxb. Giáo dục.

⁴ *Minh Mệnh chính yếu*, tập 1, sđd, tr. 269.

1.2. Đạo đức công vụ của quan lại thời Vua Minh Mệnh

1.2.1. Đạo đức nghề nghiệp

- Quan lại cần minh trung

Với tư cách là người giúp việc cho nhà Vua, nghĩa vụ được đặt ra trước nhất đối với bề tôi là “*phụng thờ Vua phải theo trung*”⁵. Thể chế hóa lễ nghi Nho giáo vào pháp luật, *Hoàng Việt luật lệ* đã có những quy định bảo vệ tính mạng, sức khỏe của nhà Vua. Điều 2 q.II, phần Danh lệ và điều 1, 2, 4, 5, 10, q.XII chương *Đạo tặc* quy định quan lại phạm bốn tội trong Thập ác tội⁶ xâm phạm đến hoàng quyền: Muru phản, muru đại nghịch, muru phản bội, đại bất kính⁷ áp dụng hình phạt cao nhất là tử hình. Với những người thân hoặc đồng cư của người phạm tội sẽ liên đới chịu trách nhiệm hoặc làm nô bộc, hoặc lưu đầy... Việc phải áp dụng hình phạt nặng như vậy, là bởi “*Làm phản và làm việc đại nghịch, hay muru phản lại nước mình, việc làm tuy có khác nhưng cái lòng không giữ đạo làm tôi chỉ là một*”⁸.

Vua Minh Mệnh từng nhắc nhở quan lại phải thể hiện sự trung thành với nhà Vua, có việc gì cần tâu báo thì phải tâu báo. Vua từng dụ rằng: “*Bề tôi đối với Vua cũng như con đối với cha, tình rất tương thân, phạm*

việc đều được bày tâu, trẫm không vì lời nói mà bắt tội người”⁹ bởi “*Xưa đế Thuấn răn bề tôi rằng: Ta trái thì người sửa giúp người chớ chỉ có theo trước mặt. Có việc gì sai trái thì nói hết đừng tiếc, để giúp những điều trẫm không biết tới*”¹⁰. Dem lòng trung thờ Vua là chức phận của bề tôi, khi làm việc công phải quên tình riêng, không kiêng người thân, không tránh kẻ thù để xứng đáng với chức vụ mà Vua đã phó thác¹¹.

- *Quan lại cần có thái độ tận tụy với công việc*

Vua Minh Mệnh từng dụ quan lại: “*Trẫm vốn không phải tư chất thánh trí, nhưng biết tự cố gắng sửa mình, cho nên gặp việc không việc gì là không làm xong, bọn người nên biết cố gắng vì nước*”¹². Do đó, quan lại khi thực thi công vụ cần giữ thái độ cẩn thận, có trách nhiệm. Vua Minh Mệnh từng khiển trách Hình bộ Tham tri Lê Bá Phẩm trong việc áp dụng hình phạt đối với người tù rằng: “*Người là hình quan mà không biết nên xét cẩn thận. Người không phải là gỗ đá sao không nghĩ đến sự đau đớn của người ta*”¹³. Nếu gặp việc không rõ, còn băn khoăn khi lĩnh chỉ, quan lại cần tâu hỏi lại... nếu nhẹ dạ nghĩ càn để có sai lầm thì nghiêm trị không tha¹⁴.

- *Quan lại cần công chính, liêm khiết*

Nho giáo rất coi trọng cái đức của người quân tử, đặc biệt là đức Liêm bởi

⁵ *Từ thư*, sdd, tr.156.

⁶ Là một chế định kinh điển trong pháp luật phong kiến Trung Quốc, được du nhập vào Việt Nam và quy định rõ trong Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ. Thập ác tội là 10 trọng tội lớn gồm: Muru phản, muru đại nghịch, muru phản bội, ác nghịch, bất đạo, đại bất kính, bất hiếu, bất mục, bất nghĩa, nổi loạn.

⁷ Muru phản: Có hại cho quốc gia xã tắc. Muru đại nghịch: Bất lợi đối với nhà Vua như muru hủy hoại tôn miếu, sơn lăng và cung khuyết. Muru phản bội: Muru phản quốc ngầm theo nước khác.

⁸ Viện Sử học, *Cổ luật Việt Nam: Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, Nxb. Giáo dục, 2009, tr. 583 và 587.

⁹ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 5, Nxb. Giáo dục, tr. 31.

¹⁰ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 2, sdd, tr. 50.

¹¹ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 5, sdd, tr. 92-95.

¹² *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 5, sdd, tr. 356.

¹³ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 1, sdd, tr. 952.

¹⁴ Nội các triều Nguyễn, *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, tập 3, Nxb. Thuận Hóa, 1993, tr. 308.

“Liêm đứng đầu lục kế¹⁵. Minh Mệnh trong tờ dụ năm 1832 viết “*một mực giữ lòng công bằng trung trực, không được nể nang đùn đẩy*”¹⁶, “*bê tôi làm việc, nhâm lẫn thì có thể tha, tham nhũng thì không khoan thứ được. Bọn các người phải gắng giữ mình trong sạch, chớ để mất danh dự. Hoàng Việt luật lệ có các điều 6, 12, 15, 21 q.VIII chương Kho tàng, điều 1, 3, 4, 5 q.XVII chương Nhận hối lộ quy định quan lại không được phép nhận tiền của hay lạm dụng tiền nhà nước trong thực thi công vụ. Quan lại trong thi hành công vụ mà nhận tiền, của thì tính hết tang vật mà định tội, bị truy thu bằng sắc, bãi chức*”¹⁷... Theo Vua Minh Mệnh, đó là một trong những căn nguyên gây nên những “mối họa” như làm hỏng pháp luật¹⁸; nếu kho nhà nước trống rỗng mà quan đại thần nhiều của cải... thì có thể mất nước¹⁹.

- *Quan lại không được có thái độ hạch sách dân*

Vua Minh Mệnh từng nhắc các quan “*phàm giữ chức đi chẵn dân, phải yêu dân trước hết, phải phân biệt kẻ thiện người ác, chính sự công bằng*”²⁰, “*muốn dân yên thì đừng nhiều dân; làm quan phủ huyện không tham không nhiều thì việc chính trị có gì khó đâu*”²¹. Hoàng Việt luật lệ có các quy

định: Quan lại áp dụng thuế khóa, tạp dịch không được phép tha người giàu, bắt người nghèo đổi thay thứ hạng²²; không được dùng bộ dân, phu thợ vào việc của riêng mình²³; không bắt dân phu đài kiệu vào việc riêng²⁴; quan lại không được gian dâm với con gái, vợ của bộ dân²⁵; quan lại không được làm biến loạn dân²⁶; hay quan lại không được sách nhiễu dân; người nhà quan không được sách nhiễu dân và bắt dân đóng góp nhân việc công²⁷. Tùy từng trường hợp sách nhiễu dân, căn cứ vào mức độ, hành vi, quan lại sẽ bị áp dụng những hình phạt nhất định, nếu quan lại “*làm khó khăn để sách nhiễu và dám làm khổ dân*” đặc biệt trong thu thuế.

- *Quan lại cần tuân theo quy định của pháp luật*

Để đảm bảo khách quan trong hoạt động công vụ, các quan chức cần tuân theo Lệ hồi ty²⁸. Thời Vua Minh Mệnh trị vì từ năm 1822 đến năm 1837, luật Hồi ty đã được ban bố với nội dung sau:

- Các quan viên ở thành, doanh, trấn về kinh vào châu thì chuẩn cho từ Tham biện

¹⁵ Lục kế: Kinh chu lễ chép 6 việc (kế) để quan sát quan lại: 1. Liêm thiện; 2. Liêm năng; 3. Liêm kính; 4. Liêm chính; 5. Liêm liêm (thanh bạch); 6. Liêm biện (phân biệt điều phải điều trái).

¹⁶ *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, tập 3, sđd, tr.309.

¹⁷ Điều 1 q.XVII, chương Nhận hối lộ, *Cổ luật Việt Nam, Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr.832.

¹⁸ Hàn Phi, *Hàn Phi Tử*, Nxb. Văn học, Hà Nội, 2005, tr. 111,112.

¹⁹ *Hàn Phi Tử*, sđd, tr. 144.

²⁰ *Minh Mệnh chính yếu*, tập 1, sđd, tr. 185.

²¹ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 2, sđd, tr.315.

²² Điều 6, q. VI, chương Hộ dịch, *Cổ luật Việt Nam, Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 402.

²³ Điều 9, q. VI, chương Hộ dịch, *Cổ luật Việt Nam, Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 406 .

²⁴ Điều 9 q.XI, chương Bưu dịch, *Cổ luật Việt Nam, Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr.576.

²⁵ Điều 6, q. XVIII, chương Phạm gian, *Cổ luật Việt Nam, Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 879.

²⁶ Điều 12 q. X chương Quân chính, *Cổ luật Việt Nam, Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 542.

²⁷ Điều 6, 7, 8 q. XVII chương Nhận hối lộ, *Cổ luật Việt Nam, Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr.844-849.

²⁸ Hồi ty là: Tránh đi, lánh đi.

trở lên được dự Đình nghị²⁹. Nếu trong khi đang bàn, gặp có việc can thiệp đến địa phương mình thì phải xin tránh mặt³⁰.

- Các lại dịch ở các Bộ, các nha môn trong Kinh và ngoài các tỉnh, hễ có bố, con cùng anh em ruột, anh em chú bác cùng làm ở một bộ đều phải trích ra đổi bỏ đi nha môn khác (trừ hai ti Chiêm hậu coi về lịch, Hiệu lễ sinh coi về lễ nghi, viện Thái y chuyên chữa bệnh cần phải cha truyền con nối thì không áp dụng)³¹.

- Thông phán, kinh lịch ở hạt mình phải đổi đi hạt khác³².

- Những chức tri sự³³, lại mục phủ, huyện ở các tỉnh có người cùng hạt thì đều đổi đi nơi khác³⁴.

- Lại mục, thông lại các nha thuộc hạt, phủ, huyện ai là người cùng làng, cùng những người làm ở nhà đã hơn 3 năm trở lên thì chuyển bỏ đi nha khác, ai là quê ở cùng phủ huyện cũng cho chuyển bỏ³⁵.

²⁹ Đình nghị là chế độ làm việc xuất hiện vào thời Lý và được quy định rõ từ thời Nguyễn. Đây là cuộc họp để các văn võ trong triều thảo luận, đề xuất giải quyết một vấn đề nào đó. Vào thời Vua Minh Mệnh, các quan văn võ trong Kinh từ Chánh tứ phẩm trở lên, mỗi tháng họp vào 4 ngày chẵn: 2,8,16 và 24. Lúc họp, các quan văn võ phải ghi rõ ý kiến của mình và kí tên ở dưới tờ tâu. Nếu có ý kiến khác thì ghi vào tờ riêng gọi là Nghị tấu. Tất cả các ý kiến đều được đưa lên Vua.

³⁰ *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, tập 3, sđd, tr. 390-393.

³¹ Đạo chỉ năm 1830, theo *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, sđd, tập 3, tr. 391.

³² Đạo chỉ năm 1831, theo *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, sđd, tập 3, tr. 391.

³³ Tri sự là một chức dịch được đặt ra từ thời Minh Mệnh thứ 12 ở phủ huyện để thay cho chức Đề lại và duy trì đến năm Minh Mệnh thứ 20 thì bãi bỏ.

³⁴ Đạo chỉ năm 1834, theo *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, sđd, tập 3, tr. 391.

³⁵ Đạo chỉ năm 1836, theo *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, sđd, tập 3, tr. 391.

- Quan lại có quan hệ với người kiện tụng như họ hàng thân thuộc, thông gia với nhau, thầy thụ nghiệp cũ hoặc trước đó có thù hằn hiềm khích thì đều cho đưa công văn xin hồi ty³⁶.

- Nhân viên dự phái việc trường thi có họ thân chú, bác, anh, em, cậu, cháu cùng một nhà cũng chuẩn cho kiêng, tránh để giữ nghiêm trường quy³⁷.

Ngoài ra, quan lại không được phép đánh bạc, hút thuốc phiện và nấu hay uống rượu. Điều 3 q.XVIII chương *Tạp phạm* quy định: Quan lại đánh bạc “thì làm sao trị được người”³⁸, nên nếu mắc phải sẽ bị xử phạt 90 trượng. Đồng thời, quan lại ở các phủ, châu, huyện không được phép lấy phụ nữ của dân sở tại làm thê thiếp³⁹. Điều 6 q.XVIII chương *Phạm gian*, quan lại không được phép gian dâm với vợ con của dân nơi sở thuộc nếu không sẽ bị xử bãi chức bởi “quan lại đối với quan dân có bốn phận trông nom xem xét”⁴⁰ mà lại không có phẩm hạnh và tư cách để cai trị, giáo hóa dân; đồng thời, quan lại không được phép nuôi con hát trong nhà bởi “con hát là hạng đàn bà có nghề hát xướng, là hành vi có tì vết”⁴¹.

1.2.2. Quan hệ ứng xử với đồng nghiệp

Quan lại có nghĩa vụ giúp đỡ, phối hợp, giám sát nhau trong thực thi nhiệm vụ bởi họ đều là những người thừa hành, lĩnh mệnh

³⁶ *Cổ luật Việt Nam, Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 806.

³⁷ Đạo dụ năm 1835, theo *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, tập 7, sđd, tr. 223.

³⁸ *Cổ luật Việt Nam: Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 884.

³⁹ Điều 10 q.VII chương 3, *Cổ luật Việt Nam: Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 438.

⁴⁰ *Cổ luật Việt Nam: Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 880.

⁴¹ Điều 9 q. XVIII chương 11, *Cổ luật Việt Nam: Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 882.

Vua để thi hành chính sự. Năm 1828, Vua Minh Mệnh cũng từng dụ với Bùi Phổ và Lê Văn Đức: Chính khanh cùng á khanh⁴² phẩm trật không khác xa nhau nhưng các chính khanh hoặc cây ngôi thứ của mình việc gì cũng theo ý mình, không chịu bàn bạc với ai. Biết liêu thuộc làm trái nhưng vẫn uốn mình gượng theo để việc phải hồng. Vì vậy, quan lại cần học hỏi lẫn nhau, việc gì cũng rộng theo lời bàn của nhiều người để cầu được đúng đắn, nên điều phải điều trái giúp đỡ lẫn nhau xét kỹ mà làm⁴³.

Bên cạnh đó, quan lại nhà Nguyễn còn có nghĩa vụ phải tôn trọng quan điem, danh dự, nhân phẩm, sức khỏe, tính mạng của các quan lại đồng liêu. Nội dung này thể hiện cụ thể trong 8 điều khoản của *Hoàng Việt luật lệ*⁴⁴. Nếu quan lại vi phạm những quy định như mắng chửi nhau, quan dưới đánh quan trên... thì sẽ bị khép tội và áp dụng hình phạt nhất định, chủ yếu là đánh trượng. Trong việc quan hệ đến lợi hại về đời sống của dân chúng mà ý kiến của các quan chức đứng đầu cấp tỉnh khác nhau hoặc bị quan trên chèn ép thì cho phép viên quan đó được đệ sớ niêm phong tâu thẳng lên Vua⁴⁵. Quy định này cho thấy, nhà nước đã giám sát việc thực thi công vụ giữa các viên quan.

Để quan lại có thể giúp đỡ nhau hoàn thành tốt nhiệm vụ, nhà Vua nhiều lần giáo

dục đội ngũ quan lại về việc giữ gìn đoàn kết nội bộ. Việc giữ đoàn kết này thể hiện ở việc các quan tôn trọng xuất thân, tước phẩm của nhau, giữ thái độ hòa nhã với nhau... Năm 1835, Vua Minh Mệnh từng ban dụ về việc khuyên răn các quan viên xuất thân từ người miền Nam hoặc Bắc phải giữ tinh thần đoàn kết không được kỳ thị lẫn nhau để tránh việc chia bè đảng “*như ở đời nhà Tống, nhà Minh thì gây hại chẳng nhỏ*”⁴⁶ để cùng hưởng phúc. Song song với việc đoàn kết, nhà Vua yêu cầu quan lại có nghĩa vụ không được tư vị, câu kết bè đảng để lũng đoạn triều chính. Nội dung này thể hiện rõ ràng trong quy định của *Hoàng Việt luật lệ* về lệ Hồi ty và tội Đàng gian: Ở triều đình, các quan viên cấu kết bè đảng làm loạn triều chính, tất cả bè đảng quan viên đều bị chém, vợ con bị bắt làm nô tỳ, tài sản sung công. Nếu bộ Hình và quan lại lớn nhỏ ở các nha môn bất chấp pháp luật, nghe lời cấp trên (gian thần), chủ tâm thêm bớt tội người thì cũng tội như trên⁴⁷. Từ quy định trên ta thấy, sự cấu kết bè đảng giữa quan lại với nhau nhằm hai mục đích là tiến thân hoặc báo đáp ân tình của người đã giúp đỡ mình. Hiện tượng gian đàng này là mối nguy hại của nhà nước, do đó, nhà nước quân chủ thời Nguyễn đã áp dụng hình phạt cao nhất là tử hình và vợ con đều bị liên đới chịu trách nhiệm.

1.2.3. Tu dưỡng rèn luyện đạo đức bản thân

Nho giáo khẳng định từ bậc thiên tử cho đến thứ dân đều phải lấy sự tu thân làm gốc. Do vậy, tu thân là một trong những nội dung cơ bản, trước nhất và quan trọng nhất

⁴² Chính khanh là Thượng thư, á khanh là Tham tri.

⁴³ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 2, sđd, tr.774.

⁴⁴ Điều 6 q. II luật danh lệ (quan chức phạm tội); Điều 11 Q.IX chương 2 (nhân viên công sai lừa dối quan trên); Điều 5 q. XV chương 5 (đánh trưởng quan); Điều 6 q. XV chương 5 (quan thuộc hạ đánh trưởng quan); Điều 7 q. XV chương 5 (thượng ti thuộc hạ đánh nhau); Điều 8 q. XV chương 5 (cử phẩm đánh thượng quan); Điều 2 q. XVI chương 7 (mắng sớ thần và trưởng quan); Điều 3 q. XVI chương 7 (quan lại mắng chửi nhau).

⁴⁵ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 3, sđd, tr. 225-243.

⁴⁶ *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, tập 3, tr.310-311.

⁴⁷ Điều 12 và 13, q. IV, chương Quy chế quan chức, *Cổ luật Việt Nam: Quốc triều hình luật và Hoàng Việt luật lệ*, sđd, tr. 373.

trong việc hình thành nhân cách người quân tử. Gốc rễ tu thân là: Văn⁴⁸; Hạnh⁴⁹; Trung⁵⁰, Tín⁵¹. Nếu quan lại thực hành được điều đó thì mới tạo nên sự tín nhiệm⁵² của bề trên và đồng liêu, dân chúng. Vua Minh Mệnh từng ban dụ khuyên các quan “*giữ lời răn dạy về đạo làm quan, kính cẩn trau dồi chức nghiệp*”⁵³ hay *cùng nhân dân trong thành hạt các người giữ đạo thương yêu, đức tốt, sẵn có lương tâm, tự nay nên rửa lòng đôi lỗi để cho người trên giữ phép, người dưới thanh liêm, yên dân giặc tắt, từ đây đôi thói bạc thành thuần hậu, để cùng hưởng phúc thăng bình*⁵⁴.

1.3. Cơ chế đảm bảo xây dựng đạo đức công vụ của quan lại

Nhằm bảo đảm việc thực hiện đạo đức công vụ, đặc biệt là đạo đức nghề nghiệp của đội ngũ quan lại, nhà Nguyễn xây dựng một cơ chế giám sát hết sức chặt chẽ. Mục đích của hoạt động giám sát là xét tư cách đạo đức và năng lực chuyên môn của quan chức trong quá trình thực hiện nghĩa vụ đối với nhà nước. Ngoài việc giám sát thông qua lời dụ, răn của nhà Vua và hệ thống pháp luật, nhà Nguyễn còn giám sát hoạt động của quan lại thông qua cơ quan giám sát chung là Đô sát viện. Ngoài ra, nhà Nguyễn còn thiết lập thêm một số hình thức giám sát khác như: Kinh lược sứ, thỉnh an của quan đứng đầu cấp tỉnh... Đặc biệt, trao cho quan lại quyền “hặc tấu” đã giúp nhà nước giám sát cao độ hoạt động công vụ của quan chức. Bên cạnh đó, Vua Minh Mệnh chuẩn định 3 năm một lần tiến hành “khảo

hặc” quan chức, lấy đó làm cơ sở để thưởng phạt quan lại.

Mặt khác, để đảm bảo đời sống của quan lại, sự chăm chỉ chính sự và hạn chế sự tham nhũng của quan lại, Vua Minh Mệnh còn quan tâm đến chế độ lương bổng của quan lại. Năm 1839, Vua Minh Mệnh đã tiến hành một cuộc cải cách tiền lương với tinh thần lương bổng của các quan văn võ từ tứ ngũ phẩm dần dần giảm đi, lấy của người lương cao chia bớt cho người lương thấp để rút bớt khoảng cách về lương bổng giữa các ngạch bậc và áp dụng từ năm 1840 trở về sau⁵⁵. Đồng thời, trên cơ sở tính chất công việc ở phủ huyện và địa bàn làm việc, nhà Vua đã quy định chế độ dưỡng liêm⁵⁶ cho quan phủ huyện để “nuôi dưỡng lòng liêm khiết”.

2. Một số giá trị kế thừa đối với việc xây dựng đạo đức công vụ của cán bộ, công chức hiện nay

Thời phong kiến nói chung, thời Minh Mệnh nói riêng và cho đến hiện nay, Việt Nam chưa có một văn bản riêng đề cập đến đạo đức công vụ. Các khía cạnh liên quan đến vấn đề này được đề cập trong rất nhiều đạo dụ của nhà Vua Minh mệnh và hiện nay đã có một số văn bản mang tính định hướng được ban hành như: Luật Cán bộ công chức, Luật Viên chức, Luật Phòng, chống tham nhũng 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012); Quy chế văn hoá công sở tại các cơ quan hành chính nhà nước ban hành kèm theo Quyết định số 129/2007/QĐ-TTg ngày 02/8/2007 của Thủ tướng Chính phủ; Quyết định số 1253/2008/QĐ-TANDTC ngày 18/9/2008 của Tòa án nhân dân tối cao về

⁴⁸ Văn hiến lịch sử.

⁴⁹ Đức hạnh.

⁵⁰ Lòng trung thành.

⁵¹ Trung thực.

⁵² *Tứ thư*, sđd, tr. 248.

⁵³ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 3, sđd, tr.243.

⁵⁴ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 2, sđd, tr.457.

⁵⁵ *Đại Nam thực lục*, Chính biên, tập 5, sđd, tr.610-611.

⁵⁶ *Khâm định Đại Nam hội điển sự lệ*, tập 5, sđd, tr 184-185.

Quy tắc ứng xử của cán bộ, công chức ngành Tòa án nhân dân; Quyết định số 2534/QĐ-BGTVT ngày 18/8/2008 của Bộ Giao thông, vận tải về việc ban hành Quy tắc ứng xử của cán bộ, công chức, viên chức làm việc trong ngành giao thông vận tải... Với thực trạng suy thoái đạo đức công vụ hiện nay, nên chăng cần có một văn bản riêng biệt đề cập đến vấn đề này.

Trên thực tế, theo nhận định của Đảng ta, tình trạng suy thoái về chính trị, tư tưởng, đạo đức, lối sống trong một bộ phận không nhỏ cán bộ, đảng viên và tình trạng tham nhũng, lãng phí, quan liêu, những tiêu cực và tệ nạn xã hội chưa được ngăn chặn, đẩy lùi mà còn diễn biến phức tạp⁵⁷. Vì vậy, việc nâng cao đạo đức công vụ là yêu cầu cấp thiết được đặt ra hiện nay. Những nghĩa vụ đặt ra với quan lại đối với nhà nước thời Minh Mệnh có thể có giá trị tham khảo, kế thừa trong việc xây dựng đạo đức cán bộ, công chức hiện nay.

Thứ nhất, do ảnh hưởng của quan điểm Nho giáo, nhà Vua luôn đề cao yếu tố đạo đức và tu thân. Tu thân nghĩa là tự sửa chính mình. Đây là quá trình tự điều chỉnh hành vi, tự nhận thức lại mình, nhận thức cái tâm trong chính mình để hoàn thiện nhân cách bởi người có đạo đức không bao giờ bị cô lập, luôn có bè bạn gần gũi⁵⁸. Đồng thời, tu thân là cơ sở để người đứng đầu bộ máy nhà nước cất nhắc và sử dụng hợp lý đội ngũ thừa hành công vụ. Hiện nay, trong các cơ quan nhà nước, quy định tự đánh giá về bản thân đã được đặt ra tuy nhiên nhiều khi chỉ là hình thức. Do vậy, nên chăng cần có những quy định cụ thể và chặt chẽ hơn nữa trong việc nêu cao tinh

thần tự đánh giá bản thân, hoàn thiện nhân cách. Bên cạnh đó, trong quan hệ với đồng nghiệp, nhà Vua luôn đặt ra quy định cấm kéo bè kết đảng và tôn trọng tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm của nhau trong quá trình thực thi công vụ. Nếu quan lại vi phạm sẽ bị áp dụng hình phạt cao nhất là tử hình hoặc bãi chức. Đây là vấn đề nền tảng cho việc xây dựng đạo đức công vụ và sự đoàn kết trong bộ máy hành chính hiện nay.

Thứ hai, hiện nay, nước ta đang trong quá trình cải cách hành chính và chế độ quản lý cán bộ. Tình trạng cán bộ lãnh đạo, người đứng đầu tổ chức đưa nhiều con cháu, người thân của mình vào các cơ quan, doanh nghiệp nhà nước do mình lãnh đạo dẫn đến nhiều hậu quả tiêu cực không chỉ xảy ra khá phổ biến ở các địa phương mà còn ở cả các bộ, ngành và cơ quan trung ương như báo chí phản ánh trong thời gian qua. Luật Cán bộ, công chức 2008 tuy đã có một số quy định liên quan tới nguyên tắc回避 nhưng còn thiếu một nhận thức đầy đủ về vấn đề này, dẫn tới hiệu lực và hiệu quả còn thấp. Do vậy, để hạn chế tình trạng kéo bè kết đảng, tránh sai lầm trong thực thi công vụ cần thực hiện triệt để và có hệ thống hơn nữa lệ “hồi tỵ”. Bởi chính sách回避 thể hiện rõ nét sự am tường, tình hiếu của ông cha về văn hóa, lối sống cũng như những nguy cơ tiềm ẩn từ quan hệ thân thuộc, đồng hương, thầy trò... Chính sách này là phương sách phòng ngừa tiêu cực khá hữu ích trong bộ máy quan lại.

Thứ ba, để xây dựng sự trong sạch trong bộ máy hành chính, đảm bảo sự cần, kiệm, liêm, chính của cán bộ, công chức, Đảng và nhà nước ta cần xây dựng chính sách đãi ngộ hợp lý. Chính sách tiền lương hiện nay dù có sự thay đổi, nhưng chưa khuyến khích được cán bộ công chức sáng tạo và cống hiến. Việc áp dụng cách tính

⁵⁷ Đảng Cộng sản Việt Nam, *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2011, tr.173.

⁵⁸ *Tứ thư*, sđd, tr. 178.

lương theo hệ số, người làm được việc cũng như không làm được việc, cứ 3 năm lên lương một lần dẫn tới tình trạng nhân tài vừa làm vừa chơi, “chân trong, chân ngoài”, “chảy máu chất xám” khá phổ biến. Mặt khác, hiện tượng suy thoái biến chất của một số cán bộ, công chức đã dẫn đến hiện tượng cửa quyền, tham nhũng gây mất lòng tin ở dân. Do đó, cần tiến hành cải cách chế độ tiền lương phù hợp với sự thay đổi, phát triển về kinh tế - xã hội; đồng thời, nâng cao năng lực làm việc của cán bộ công chức.

Với chủ trương “Ôn cố nhi tri tân”, quay về quá khứ học hỏi ông cha là một trong những phương sách hay để cải thiện tình hình trên. Thời Minh Mệnh, để nuôi dưỡng lòng liêm khiết của quan lại phủ, huyện hay đội ngũ quan lại ở Nội vụ phủ, triều đình đặt ra một khoản đãi ngộ là “dưỡng liêm” bên cạnh lương bổng hàng năm. Chế độ dưỡng liêm này được áp dụng

không cào bằng, mà dựa vào vị trí, tính chất công việc. Điều này đã phân nào hạn chế sự tham nhũng của quan lại địa phương, những người gần dân nhất. Bên cạnh đó, nhà nước còn đặt ra quy định khảo khóa để khảo xét quan lại về đạo đức và chuyên môn làm cơ sở cho việc thăng giáng, thưởng phạt. Chính sách đó đã tạo nên động lực để quan lại chăm chỉ chính sự.

Như vậy, với bốn phân là người thừa hành công vụ, quan lại cần tuân theo các quy tắc, định lệ mà nhà nước đặt ra, đồng thời cần tu chỉnh đạo đức nghề nghiệp. Việc coi trọng yếu tố đạo đức của quan lại dưới triều Vua Minh Mệnh là cơ sở đảm bảo cho nền hành chính hanh thông và trong sạch. Những quy định đó, đặc biệt là lệ hồi ty, phòng gian đảng hay tư tưởng trung quân vẫn có ý nghĩa lớn đối với việc quy định đạo đức công vụ của cán bộ công chức hiện nay.

(Tiếp theo trang 68 – Phân định biển và hợp tác...)

Ngoài ra, còn một số ví dụ khác về hợp tác cùng phát triển sau khi phân định biển như giữa Bahrain – Arabia Saudi (1958), Argentina – Uruguay (1973), Australia – Papua New Guinea, Iceland – Norway (đảo Jan Mayen), Đan Mạch – Anh²².

Kết luận

Phân định biển và hợp tác cùng phát triển là hai vấn đề có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Hợp tác cùng phát triển có thể triển khai trong giai đoạn tiền phân định biển phù hợp với nghĩa vụ quy định tại khoản 3 Điều 74 và khoản 3 Điều 83 của UNCLOS và góp phần tạo cơ sở nhận thức chung giữa các quốc gia, tiến tới phân định

biển thành công. Đồng thời, hợp tác cùng phát triển có thể được tiến hành sau khi phân định nhằm thăm dò, khai thác hiệu quả, công bằng các nguồn tài nguyên vất ngang đường phân định và góp phần hợp tác quản lý tốt hơn các hoạt động trên biển. Việt Nam đã có kinh nghiệm trong việc kết hợp giữa phân định biển và hợp tác cùng phát triển cả trong giai đoạn trước, trong và sau khi phân định biển với các nước. Đây là cơ sở thực tiễn cho việc kết hợp nghiên cứu và đàm phán về phân định biển và hợp tác cùng phát triển đối với các vùng biển chồng lấn còn lại giữa Việt Nam và các nước.

²² Clive H. Schofield, *sđd*, tr. 5 – 11.