

THÔNG RA MỘT KỶ

3(347)

2017

NUM TH 46

**TỔNG BIÊN TẬP**

L MAI THANH

**PHÓ TỔNG BIÊN TẬP**

TR VN BIÊN

**HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP**

GS.TSKH. ÆO 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 H N  
PGS.TS. PH M H O N H O  
PGS.TS. NGUY N N H O P H O T  
PGS.TS. L MINH TH NG  
PGS.TS. NGUY N TRUNG T N  
GS.TS. V KH NH VINH  
PGS.TS. INH NG C V O NG

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

*Tel: 04.39713333  
Fax: 04.39764534  
Email:  
tcnnpl@isl.gov.vn*

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

In tại Công ty in Thủy lợi

**Gi 20.000**

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

## MỤC LỤC

### *LY LU N NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT, LUẬT HÀNH CHÍNH*

- ❖ TRẦN THÁI DƯƠNG: Bàn về khái niệm pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền 3
- ❖ NGUYỄN ĐỨC MINH: Bàn về khái niệm chính sách pháp luật 10
- ❖ NGUYỄN ĐẶNG PHƯƠNG TRUYỀN: Một số bất cập trong pháp luật về tuyển dụng, sử dụng những người hoạt động không chuyên trách cấp xã ở nước ta hiện nay 15

### *LUẬT HÌNH SỰ*

- ❖ NGUYỄN VĂN HƯƠNG: Đánh giá tính thống nhất giữa Bộ luật Hình sự năm 2015 với Luật Phòng, chống mua bán người và một số đề xuất 23

### *LUẬT DÂN SỰ*

- ❖ NGUYỄN THANH PHÚC: Quyền đòi lại tài sản của chủ sở hữu theo quy định tại Điều 167 và 168 Bộ luật Dân sự năm 2015 29

### *LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI*

- ❖ TRẦN NGỌC DŨNG – TRẦN NGỌC ANH: Các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về công ty hợp danh và giải pháp hoàn thiện 37

- ❖ HÀ THỊ THANH BÌNH: Quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty theo pháp luật Úc và một số kinh nghiệm cho Việt Nam 43

- ❖ PHAN THỊ THANH THỦY: Giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và thương nhân bằng phương thức trực tuyến ở Liên minh châu Âu và một số gợi mở cho Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á 55

- ❖ CHÂU HOÀNG THÂN – PHAN TRUNG HIỀN: Hoàn thiện các quy định về định giá đất ở Việt Nam hiện nay 65

### *LUẬT QUỐC TẾ*

- ❖ NGUYỄN TIẾN ĐỨC – ĐỖ QUÍ HOÀNG: Chức năng tư vấn của Tòa Công lý quốc tế và gợi mở cho Việt Nam 76

MONTHLY ISSUE

3(347)

2017

46<sup>TH</sup> YEAR

**EDITOR IN CHIEF**

LE MAI THANH

**DEPUTY EDITOR IN CHIEF**

TRAN VAN BIEN

**EDITORIAL BOARD**

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

**Office of the Editorial Board:**

**27 Tran Xuan Soan  
Ha Noi**

*Tel: 04.39713333*

*Fax: 04.39764534*

*Email:*

*tcnnpl@isl.gov.vn*

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

Printed by Water Resources  
Printing Company

**Price: 20.000 VND**

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### *THEORY OF STATE AND LAW, ADMINISTRATIVE LAW*

- ❖ TRAN THAI DUONG: A commentary on the concept of rule of law, rule-of-law principle 3
- ❖ NGUYEN DUC MINH: A commentary on the concept of legal policy 10
- ❖ NGUYEN DANG PHUONG TRUYEN: Shortcomings in law on recruitment and using of non-specialized persons at commune level in our country currently 15

### *CRIMINAL LAW*

- ❖ NGUYEN VAN HUONG: Assessment on the coherence between the 2015 Criminal Code and the Law on Human Trafficking Prevention and Combat and certain proposals 23

### *CIVIL LAW*

- ❖ NGUYEN THANH PHUC: The right to reclaim property of the owner under Article 167 and 168 of the 2015 Civil Code 29

### *ECONOMIC LAW, LAND LAW*

- ❖ TRAN NGOC DUNG – TRAN NGOC ANH: Provisions under the 2014 Enterprises Law in terms of partnership enterprise and recommendations 37
- ❖ HA THI THANH BINH: Relationship between companies in company group under Australian law and recommendations for Vietnam 43
- ❖ PHAN THI THANH THUY: Online dispute resolution between consumers and traders in European Union and implications for Association of Southeast Asian Nations 55
- ❖ CHAU HOANG THAN – PHAN TRUNG HIEN: Perfect regulations on appraisal of land price in Vietnam currently 65

### *INTERNATIONAL LAW*

- ❖ NGUYEN TIEN DUC – DO QUI HOANG: Advisory function of the International Court of Justice and implications for Vietnam 76

# BÀN VỀ KHÁI NIỆM PHÁP QUYỀN, NGUYÊN TẮC PHÁP QUYỀN

*Trần Thái Dương\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, bình luận về các khái niệm pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền, qua đó tác giả đưa ra một số đề xuất trong bối cảnh xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay.

**Abstract:** The article analyzes and comments on the concepts of rule of law, rule-of-law principle, thereby the author suggests certain proposals in the context of the building of socialist rule-of-law State currently in Vietnam.

Trong khoảng thời gian khá dài (từ Hiến pháp năm 1959 đến Hiến pháp năm 1980), Việt Nam theo mô hình Hiến pháp xã hội chủ nghĩa (XHHCN) mà điển hình là Hiến pháp Liên Xô năm 1977. Lúc này, chúng ta sử dụng các khái niệm “pháp chế” hoặc “nguyên tắc pháp chế XHHCN” (phân biệt với khái niệm pháp chế tư sản) mà không dùng các khái niệm “pháp quyền”, “nguyên tắc pháp quyền”.

Những năm đầu của thời kì đổi mới, ở Việt Nam, theo tiến trình dân chủ hoá mọi mặt của đời sống xã hội, có một khái niệm hết sức quan trọng đã được ưu tiên nghiên cứu làm rõ là “nhà nước pháp quyền” chứ không phải khái niệm “pháp quyền”, cho dù từ trước đó khá lâu, Hồ Chí Minh đã nêu các khái niệm hiến pháp và pháp quyền<sup>1</sup>.

Yêu sách thứ 7 trong Bản yêu sách 8 điểm của nhân dân An Nam do Người gửi đến Hội nghị Vécxây năm 1919 nêu rõ:

---

\* TS., Đại học Luật Hà Nội.

Bài viết được công bố trong khuôn khổ Đề tài cấp nhà nước KX.04.06/16-20 do Viện Nhà nước và Pháp luật thuộc Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam chủ trì, PGS.TS. Nguyễn Đức Minh làm chủ nhiệm.

<sup>1</sup> Sau này, Người đã biên soạn lại dưới hình thức diển ca (Xem: Việt Nam yêu cầu ca, Báo Nhân dân, ngày 30/01/1977).

*“Bây xin hiến pháp ban hành*

*Trăm điều phải có thần linh pháp quyền”.*

Như vậy có thể thấy, trong cuộc đời hoạt động cách mạng vì nước, vì dân của mình, Người đã quan tâm trước hết đến một khái niệm có tính bao trùm hơn - khái niệm “pháp quyền”, chứ không phải là khái niệm “nhà nước pháp quyền”. Tư tưởng đó của Người cho ta thấy rằng, mọi điều trong đời sống xã hội đều phải tuân thủ pháp luật, bảo đảm quyền con người cũng như vai trò của hiến pháp trong việc ghi nhận, tạo lập nguyên tắc hoặc chế độ pháp quyền - nguyên tắc có tính nền tảng, quan trọng nhất đối với nhà nước và cả xã hội trong thời đại ngày nay.

So sánh các khái niệm pháp luật và pháp quyền: Nếu pháp luật nói chung đơn thuần là công cụ điều chỉnh các quan hệ xã hội, ổn định xã hội trong trật tự để phát triển thì pháp quyền là thứ pháp luật dựa trên quyền, giá trị, phẩm giá và hạnh phúc con người, coi quyền con người là cái cao nhất, ở trên tất cả. Nói cách khác, pháp luật đặt dưới quyền con người, là công cụ thể hiện sự tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm quyền con người.

Nguyên tắc pháp quyền là tư tưởng, sự định hướng có tính bao trùm, xuyên suốt cho việc tổ chức đời sống xã hội (cả bộ máy nhà nước và các tổ chức xã hội phi nhà nước), theo đó pháp luật dựa trên quyền con người được đề cao (có tính tối thượng).

Nếu nguyên tắc pháp chế nhấn mạnh, đề cao tính thống nhất của hệ thống pháp luật do nhà nước ban hành, sự tuân thủ đầy đủ, chấp hành nghiêm chỉnh đối với pháp luật nhằm thiết lập trật tự pháp luật, thì nguyên tắc pháp quyền bên cạnh việc coi trọng yếu tố trật tự pháp luật lại tập trung nhấn mạnh, đề cao yếu tố tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân.

Nếu khái niệm nhà nước pháp quyền hàm nghĩa nhà nước tuân theo nguyên tắc pháp quyền (*pháp quyền ở trên nhà nước – vấn đề cơ bản của nhà nước pháp quyền*)<sup>2</sup>, thì khái niệm nguyên tắc pháp quyền mang một nghĩa rộng lớn hơn, không chỉ là nguyên tắc riêng đối với tổ chức và hoạt động đối với nhà nước, mà còn bao trùm lên đời sống của xã hội. Tiếp cận dựa trên quyền con người, phẩm giá, hạnh phúc của con người là yêu cầu cơ bản, số một, không chỉ đối với bộ máy nhà nước, mà còn đối với các chủ thể khác và toàn xã hội, trên phạm vi toàn thế giới cũng như ở mỗi quốc gia<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Xem: GS. Trương Lai, *Nhà nước pháp quyền và xã hội dân sự*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11/2005.

<sup>3</sup> Xem: Văn phòng Điều phối viên thường trú Liên hợp quốc tại Việt Nam, *Giải thích sơ lược về phương pháp tiếp cận dựa trên quyền con người*, Nguồn: [http://www.un.org.vn/vi/component/docman/doc\\_details/115-a-human-rights-based-approach-toolkit.html?Itemid=266](http://www.un.org.vn/vi/component/docman/doc_details/115-a-human-rights-based-approach-toolkit.html?Itemid=266), truy cập ngày 17/02/2017; Nguyễn Duy Sơn, Trần Thị Hoà, *Tiếp cận dựa trên quyền con người trong hoạch định và thực thi chính sách*, Tạp chí lí luận chính trị, số 2/2013.

Nguyên tắc pháp quyền đặt ra những giới hạn cho việc tổ chức và thực hiện quyền lực nhà nước, đồng thời cũng xác định những ranh giới phù hợp cho tổ chức và hoạt động của các thiết chế xã hội phi nhà nước, sao cho tất cả đều không xâm phạm quyền con người, tất cả đều vì con người. Nguyên tắc pháp quyền đòi hỏi phải nhận thức thống nhất mối quan hệ biện chứng giữa nhà nước và xã hội trên nền tảng quyền con người, nhằm mục đích vì con người. Nhà nước pháp quyền tồn tại và phát triển thống nhất biện chứng với xã hội và trên cơ sở một xã hội pháp quyền. Xây dựng nhà nước pháp quyền không thể không chú trọng đồng thời xây dựng xã hội trên nguyên tắc pháp quyền.

Các nền văn hoá pháp lí tiên tiến trên thế giới ngày nay tuy có quan niệm không hoàn toàn giống nhau về pháp quyền, nhưng giá trị cốt lõi và có tính phổ biến nhất, đó là đề cao con người với những quyền tự nhiên, vốn có. Đây là giá trị có tính bao trùm, xuyên suốt và chi phối tất cả các đặc điểm khác của nguyên tắc (chế độ) pháp quyền. Theo Giáo trình nhà nước pháp quyền mới được xuất bản gần đây ở Việt Nam thì: Trong các ngôn ngữ khác nhau mà điển hình là tiếng Đức, tiếng Pháp, tiếng Nga, các thuật ngữ “Rechtsstaat” của người Đức, “Etat de Droit” của người Pháp và “Pravovoe gasudarstvo” của người Nga đều có nghĩa hoặc suy rộng ra có nghĩa là “nhà nước phải chịu sự ràng buộc của pháp luật”. Nội dung nổi bật nhất và quan trọng nhất của khái niệm này là quyền bất khả xâm phạm của cá nhân và các nhóm người trước công quyền, quyền được phản kháng khi gặp phải sự bất công. GS.TSKH. Đào Trí Úc – tác giả cuốn giáo trình này còn chỉ rõ: Trong các từ ngữ Rechtsstaat, Etat de droit,

Pravovoe gasudarstvo đều có hai phiên bản ngữ nghĩa. Phiên bản thứ nhất hàm chứa yêu cầu về sự tuân thủ pháp luật, trong khi phiên bản thứ hai được thể hiện như một yêu cầu có tính lí tưởng về sự tôn trọng và thực hiện công bằng, công lí. Hai phiên bản ấy thể hiện sự dao động và giao thoa giữa hai khái niệm mà các ngôn ngữ châu Âu đều có, đó là cặp từ Recht trong tiếng Đức, Droit và Loi trong tiếng Pháp, Pravo và Zakon trong tiếng Nga. Các từ Recht, Droit và Pravo đều gắn với khái niệm “quyền”, “công bằng” (justice) trong tiếng Anh, nó có tính ràng buộc mọi người bởi sự công bằng, sự hợp lí của nó. Khái niệm “Rule of law” trong tiếng Anh mà thế giới hiện đại ngày nay đang dùng chính là hàm chứa ý nghĩa này.

Trong khi đó, ở một phiên bản khác, sự tuân thủ pháp luật, dù từ phía người dân hay nhà nước và các loại quyền, trách nhiệm pháp lí chỉ có nghĩa là “tuân thủ”, “ràng buộc” bởi các quy định do nhà nước ban hành. Đó chính là nội dung cơ bản của khái niệm “pháp chế”. Khái niệm pháp chế được định nghĩa là sự nghiêm chỉnh tuân thủ pháp luật, là sự quản lí bằng pháp luật (Rule by law). Quan điểm này coi những gì nằm ngoài quy định của văn bản do nhà nước ban hành, đều không có giá trị ràng buộc chung. Khác với pháp chế (Rule by law), khái niệm “Rule of law” – “chế độ pháp quyền” phải hàm chứa sức nặng của tự do, công bằng và công lí<sup>4</sup>.

Khái niệm nguyên tắc pháp quyền đã được Đảng đề cập từ Nghị quyết số 48-NQ/TW năm 2005 của Bộ Chính trị về

chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020. Tuy nhiên, cho đến nay chủ yếu vẫn chỉ có những nghiên cứu về nhà nước pháp quyền mà chưa có nghiên cứu đầy đủ, sâu sắc về pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền. Nói cách khác, chúng ta chưa quan tâm nghiên cứu một cách toàn diện, sâu sắc đến pháp quyền, mà chỉ mới quan tâm đến một bộ phận của pháp quyền (nhà nước pháp quyền). Trên thực tế, ở nước ta vừa qua, tuy đã có một số nghiên cứu bước đầu về nguyên tắc pháp quyền hoặc việc xây dựng nhà nước pháp quyền theo nguyên tắc pháp quyền<sup>5</sup>, nhưng có thể nói là chưa tương xứng với tầm quan trọng của vấn đề này. Trong đào tạo cán bộ pháp luật ở trình độ đại học, qua cấu trúc nội dung giáo trình môn học lí luận chung về nhà nước và pháp luật, pháp quyền với tính cách là một chế độ hoặc một nguyên tắc tổ chức xã hội cũng chưa được quan tâm thích đáng mà chỉ được đề cập phần nào thông qua nội dung giảng dạy, nghiên cứu về nhà nước pháp quyền hoặc vấn đề xây dựng nhà nước pháp quyền ở Việt Nam<sup>6</sup>. Nguyên tắc pháp quyền với tính cách là hệ tiêu chuẩn chung cho việc xây dựng, vận hành hệ

<sup>5</sup> Nguyễn Xuân Tùng (2011), *Bàn về khái niệm “nguyên tắc pháp quyền xã hội chủ nghĩa”*, nguồn: <http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1463>, truy cập ngày 10/02/2017; Nguyễn Thị Báo, *Tuân thủ nguyên tắc pháp quyền trong quá trình xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam*, Tạp chí Nghề luật, số 4/2015; Trần Ngọc Đường, *Xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền XHCN*. Nguồn: <http://nhandan.com.vn/daihoidangtoangquocxii/item/28420102-xay-dung-va-hoan-thien-nha-nuoc-phap-quyen-xa-hoi-chu-nghia.html>, truy cập ngày 10/02/2017.

<sup>6</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội (2016), *Giáo trình lí luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, chương VIII, tr. 167 - 188.

<sup>4</sup> GS.TSKH. Đào Trí Úc, *Giáo trình nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2015, tr.62-63.

thống pháp luật, các công cụ điều chỉnh xã hội khác, tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước cũng như các chủ thể khác chưa được đề cập. Đến nay, chúng ta mới có một số nghiên cứu về pháp quyền liên quan đến các chủ thể khác đặt trong mối liên hệ với nhà nước pháp quyền như: Đề tài CT09-16/05 “Một số vấn đề lí luận và thực tiễn cơ bản về mối quan hệ giữa Nhà nước với nhân dân và với Đảng Cộng sản trong bối cảnh xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam giai đoạn 2011–2020” thuộc Chương trình nghiên cứu cấp bộ 2009-2010 của Viện Nhà nước và Pháp luật thuộc Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam<sup>7</sup>; đề tài “Mối quan hệ giữa nhà nước pháp quyền và xã hội dân sự ở Việt Nam hiện nay” (đề tài khoa học của Học viện Báo chí và Tuyên truyền năm 2012)<sup>8</sup>; đề tài “Nghiên cứu tổng kết, làm sáng tỏ mối quan hệ giữa Đảng cầm quyền và Nhà nước pháp quyền XHCN ở Việt Nam hiện nay” (đề tài cấp Bộ do Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh thực hiện năm 2014)<sup>9</sup>. Có thể nói, đây đang là sự

thiếu hụt không nhỏ trong nghiên cứu khoa học chính trị-pháp lí ở nước ta thời gian vừa qua và nên được khắc phục sớm.

Qua việc phân tích đánh giá ở trên, tác giả cho rằng cần tiếp tục nghiên cứu làm rõ một số nội dung chủ yếu sau:

*Một là*, trong lịch sử thế giới, tư tưởng pháp quyền đã xuất hiện từ thời cổ đại<sup>10</sup>. Học thuyết pháp quyền (mà biểu hiện cụ thể là học thuyết nhà nước pháp quyền) được hình thành và phát triển mạnh từ thời cách mạng tư sản và đã đạt được những thành tựu vô cùng to lớn. Ngày nay, tư tưởng pháp quyền đã trở thành một giá trị vĩ đại, mang tính cốt lõi của nền văn minh nhân loại, được cộng đồng thế giới công nhận và áp dụng phổ biến<sup>11</sup>. Tuy vậy, ở Việt Nam, khái niệm “nhà nước pháp quyền” có thêm hậu tố (tính từ) “xã hội chủ nghĩa” cho phù hợp với thể chế chính trị, mục tiêu phát triển, truyền thống pháp lí Việt Nam. Vấn đề cần nghiên cứu làm rõ là bên cạnh những giá trị phổ quát áp dụng cho cộng đồng nhân loại

ngữ chỉ chế độ nhà nước theo nguyên tắc pháp quyền. Xem: Báo cáo tổng hợp đề tài, tr.48 – 49.

<sup>10</sup> Trong tác phẩm “Các đạo luật”, Platon (427 – 347 TCN): “*nhìn thấy sự sụp đổ nhanh chóng của nhà nước ở nơi nào mà pháp luật không được đề cao và nằm dưới quyền lực của một ai đó. Còn ở nơi nào mà pháp luật đứng trên các nhà cầm quyền và các nhà cầm quyền chỉ là nô lệ của pháp luật, thì tôi thấy ở nơi đó có sự cứu thoát nhà nước và những lợi ích mà chỉ có thượng đế mới có thể tặng cho nhà nước*”. Trích theo GS.TSKH. Đào Trí Úc (2015), *Giáo trình nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, tr.20.

<sup>11</sup> Năm 2003, Liên hợp quốc đã ra tuyên bố nhận thức chung về phương pháp tiếp cận dựa trên quyền con người vì hợp tác và chương trình phát triển.

Xem: Đâu Công Hiệp, *Khái niệm và nội hàm của khái niệm tiếp cận dựa trên quyền con người* (trong sách tham khảo: “Tiếp cận dựa trên quyền con người – Lí luận và thực tiễn” (2015), chủ biên: Vũ Công Giao, Ngô Minh Hương, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr.15).

<sup>7</sup> Nguồn: [http://isscr.vass.gov.vn/noidung/hoinghihoithao/Lists/HoiNghiiHoiThao/View\\_Detail.aspx?iDH NHT=1&ItemID=213](http://isscr.vass.gov.vn/noidung/hoinghihoithao/Lists/HoiNghiiHoiThao/View_Detail.aspx?iDH NHT=1&ItemID=213), truy cập ngày 16/02/2017.

<sup>8</sup> Nguồn: <http://ajc.hcma.vn/Nghien-cuu-khoa-hoc/De-tai-co-so-trong-diem-nam-2012-Moi-quan-he-giua-nha-nuoc-phap-quyen-va-xa-hoi-dan-su-o-Viet-Nam-hien-nay/12240.ajc>, truy cập ngày 16/02/2017.

<sup>9</sup> Khi luận giải về mối quan hệ giữa Đảng cầm quyền và Nhà nước pháp quyền ở Việt Nam, nhóm tác giả đề tài có một quan điểm đáng chú ý là: Nhà nước pháp quyền chế ước tổ chức và hoạt động của Đảng cầm quyền bằng pháp luật; từ trong chiều sâu của lịch sử tư tưởng nhân loại, mọi quan điểm khác nhau đều đã đạt được sự thống nhất chung về nhận thức rằng “*nhà nước pháp quyền*” vốn là một thuật ngữ để chỉ những chế độ xã hội được tổ chức tuân theo những nguyên tắc pháp quyền. Tác giả bài viết không đồng tình với quan điểm này ở chỗ: Nhà nước pháp quyền không phải là thuật ngữ chỉ chế độ xã hội mà là thuật

thì trong điều kiện hội nhập quốc tế sâu rộng như hiện nay, chúng ta có những gì đặc thù, đặc sắc. Khi xây dựng, áp dụng các khái niệm: Pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền ở Việt Nam, chúng ta cần phải bảo đảm được tính hài hoà, thống nhất giữa giá trị phổ cập toàn cầu với bản sắc văn hoá dân tộc. Pháp quyền ở Việt Nam không phải là một mớ hỗn độn, pha tạp, sao chép từ nhiều nước, nhưng cũng không thể biệt lập, xa lạ với những giá trị chung của nền văn minh nhân loại.

*Hai là*, chúng ta cần tiếp tục nghiên cứu xây dựng, hoàn thiện khái niệm “pháp quyền”, điều này cho phép bổ sung các tổ hợp để tạo thành những khái niệm khác được sử dụng trong các trường hợp tương ứng. Chẳng hạn như, pháp quyền xã hội chủ nghĩa, tư tưởng pháp quyền, chế độ pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền xã hội chủ nghĩa, nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa. Nhìn nhận từ góc độ tư tưởng, Từ điển Luật học do Viện Khoa học pháp lí, Bộ Tư pháp tổ chức biên soạn, xuất bản năm 2006 đã định nghĩa pháp quyền là “*tư tưởng thể hiện quyền lực thống trị của pháp luật trong xã hội có nhà nước, nhằm điều chỉnh các quan hệ xã hội và duy trì trật tự xã hội*”. Định nghĩa này có phần nghiêng về tư tưởng pháp trị như ở Trung Quốc thời cổ đại (quyền lực thống trị của pháp luật). Tuy nhiên, pháp trị ở thời đó thì nhà nước ở trên pháp luật, còn ở đây pháp luật thống trị toàn xã hội, trong đó có nhà nước (nhà nước ở dưới pháp luật). Về nguồn gốc tư tưởng pháp quyền, các nhà biên soạn từ điển giải thích rằng, lí thuyết pháp quyền tự nhiên ra đời ở Hà Lan thế kỉ XVI – XVII do Spinoza (1632 – 1677) và Groxi (1583 – 1645) sáng lập: Tuyên bố tính độc lập của pháp quyền

tự nhiên. *Pháp luật nhà nước phải phù hợp với quyền tự nhiên của con người*<sup>12</sup>. Đây là yếu tố cốt lõi trong lí thuyết pháp quyền tự nhiên thời cận đại<sup>13</sup>. Nếu chỉ căn cứ trên nghĩa của từng từ trong nhóm từ hợp thành thuật ngữ rồi ghép lại một cách đơn thuần thì không thể làm rõ được nội hàm tư tưởng pháp quyền theo nghĩa đó. Chẳng hạn trong tiếng Anh, “Rule of law” không thấy có chữ “right” (quyền) nào cả, nhưng dịch ra tiếng Việt thành “pháp quyền” vẫn là sát hợp nhất.

*Ba là*, về mặt nhận thức khái niệm, chúng ta không được đặt ngang hàng hoặc xếp thành từng cặp các khái niệm: Nhà nước pháp quyền - nguyên tắc pháp quyền, vì tuy đó là những khái niệm có mối liên quan chặt chẽ nhưng thật ra chúng khác nhau, không đồng cấp, đồng hạng với nhau. Nếu trước đây chúng ta chỉ quan tâm đặt nhiệm vụ nghiên cứu xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam thì đến nay, chúng ta cần xác định chính xác hơn nhiệm vụ này là xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam theo nguyên tắc pháp quyền<sup>14</sup>, đặt nhà nước pháp quyền trên bình diện tổng thể của pháp quyền với tính cách là một chế độ xã hội. Về mặt thuật ngữ, khái niệm pháp quyền có thể hiểu từ các khía cạnh: đó là một chế độ hoặc đó là một nguyên tắc. Tuỳ theo yêu cầu cụ thể,

<sup>12</sup> Xem: Viện Khoa học pháp lí, Bộ Tư pháp (2006), *Từ điển Luật học*, Nxb. Từ điển bách khoa-Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.609.

<sup>13</sup> Xem: Đào Trí Úc (2015), *Giáo trình nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, tr.36.

<sup>14</sup> Xem: Trần Ngọc Đường (2016), *Xây dựng và hoàn thiện nhà nước pháp quyền XHCN*. Nguồn: <http://nhandan.com.vn/daihoidangtoangquocxii/item/28420102-xay-dung-va-hoan-thien-nha-nuoc-phap-quyen-xa-hoi-chu-nghia.html>, truy cập ngày 10/02/2017.

thuật ngữ này có thể được sử dụng để chỉ chế độ<sup>15</sup>, nền<sup>16</sup> hay nguyên tắc cho phù hợp. Tuy nhiên, thuật ngữ pháp quyền (cũng như thuật ngữ pháp chế) thường được sử dụng với các tiền tố: tư tưởng, chế độ hoặc nguyên tắc mà ít khi được sử dụng độc lập<sup>17</sup>.

Theo tác giả, khái niệm “nhà nước pháp quyền” chỉ có thể được đặt ngang hàng với khái niệm “xã hội pháp quyền” – xã hội được tổ chức, vận hành trên cơ sở quyền con người. Những giá trị về quyền con người, một xã hội tiến bộ, công bằng, dân chủ, nhân văn là những giá trị trường tồn, vĩnh cửu cho dù xã hội có phát triển đến đâu, ở trình độ nào. Chúng ta đã từng biết đến khái niệm “xã hội công dân” – xã hội của những người có tư cách công dân (trong mối quan hệ với nhà nước). Ngày nay, trên một bình diện mới, nên có thêm khái niệm “xã hội pháp quyền”, theo đó không chỉ có những công dân trong nhà nước pháp quyền mà tất cả các chủ thể xã hội đều phải đề cao nhân quyền hoặc đặt mình dưới nhân quyền, lấy nhân quyền làm mục tiêu cao cả, cơ bản, chủ yếu và dài lâu nhất. Không chỉ có nhà

nước mà tất cả các chủ thể xã hội đều phải tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, tuân thủ pháp quyền, như học giả Nguyễn Đăng Dung đã khẳng định: “*The Rule of law ... không chỉ đơn thuần là nhà nước pháp quyền, mà chỉ cả một chế độ xã hội pháp quyền được vận hành trên cơ sở các quyền được pháp luật phân định và tổ chức sao cho sự lạm dụng quyền không thể xảy ra, quyền tự do, dân chủ của người dân được bảo vệ*”<sup>18</sup>.

Bốn là, với tính cách là chế độ, nguyên tắc tổ chức, hoạt động của đời sống xã hội hiện đại (trong đó có nhà nước), pháp quyền được vận dụng và phát huy vai trò trên nhiều lĩnh vực khác nhau. Nghiên cứu về pháp quyền và nguyên tắc pháp quyền không chỉ có ý nghĩa tạo cơ sở nhận thức có tính khái quát, tạo nền tảng lí luận chung mà còn định hướng tích cực cho các lĩnh vực khoa học chính trị - pháp lí chuyên ngành. Tuy nhiên, các nội dung cụ thể của nguyên tắc pháp quyền cũng cần được nghiên cứu làm rõ ở tầm khái quát nhất, sao cho bao hàm hết được các yếu tố “*phải có thần linh của nguyên tắc hoặc chế độ (tác giả thêm vào) pháp quyền*” như trong tư tưởng Hồ Chí Minh.

Thực tế hiện nay cho thấy, vẫn còn những vấn đề lí luận về pháp quyền XHCN ở Việt Nam chưa thật sự sáng tỏ. Đó là mô hình nhà nước, nguyên tắc tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền XHCN, cơ chế Đảng cầm quyền lãnh đạo Nhà nước, mối quan hệ giữa nhà nước với thị trường và xã hội... Vấn đề thực hiện nguyên tắc pháp quyền trong tổ chức, hoạt động của Nhà nước, của Đảng cầm quyền và các chủ

<sup>15</sup> Xem: Phạm Duy Nghĩa, Hệ thống pháp luật và chế độ pháp quyền, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 1-2/2011, tr.55.

<sup>16</sup> Xem: Phạm Duy Nghĩa, Hiến chương ASEAN & nền pháp quyền Việt Nam, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 1/2010, tr.15.

<sup>17</sup> Trong một công trình sưu tập các quan điểm của các tác giả nước ngoài về pháp quyền và chủ nghĩa hợp hiến, dù tên công trình có dùng thuật ngữ “pháp quyền” nhưng trong số 24 tiểu luận, chỉ hai tiểu luận có tên dùng đến thuật ngữ gần gũi là “Luật” (pháp luật – tác giả) và “Pháp trị”. Tuy nhiên, thuật ngữ “pháp trị” ở đây được tác giả Lí Ba quan niệm tương đương với thuật ngữ “pháp quyền” (Rule of law). Xem: Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội (2012), *Về pháp quyền và chủ nghĩa hợp hiến – Một số tiểu luận của các học giả nước ngoài* (sách tham khảo), Nxb. Lao động-xã hội, Hà Nội.

<sup>18</sup> Xem: Nguyễn Đăng Dung (2008), *Chính phủ trong nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr.50.

thể khác cũng chưa được nghiên cứu làm rõ cả về phương diện lí luận và thực tiễn. Do vậy, để triển khai quan điểm của Đảng tại Đại hội XII về đảm bảo thực hiện nguyên tắc pháp quyền trong tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam, cần thiết phải làm rõ bốn vấn đề sau sau:

+ Nội hàm nguyên tắc pháp quyền; nội dung, vị trí, vai trò và những yêu cầu của việc thực hiện nguyên tắc pháp quyền trong Nhà nước pháp quyền XHCN.

+ Tính phổ quát và tính đặc thù trong nguyên tắc pháp quyền đối với việc áp dụng vào thực tiễn xây dựng Nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam.

+ Thực tiễn phát triển và hoàn thiện nguyên tắc pháp quyền và thực hiện nguyên tắc pháp quyền ở Việt Nam.

+ Phương hướng và giải pháp thực hiện nguyên tắc pháp quyền ở Việt Nam.

Mục tiêu và nội dung cơ bản của nguyên tắc pháp quyền không hoàn toàn đồng nhất với mục tiêu và đặc trưng cơ bản của Nhà nước pháp quyền XHCN, mà nó bao hàm một nội dung rộng lớn, phong phú hơn. Xét về bản chất và mục đích, nguyên tắc pháp quyền hướng đến tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm quyền con người, hạn chế sự tùy tiện của nhà nước, phát huy dân chủ và kiến tạo phát triển xã hội. Theo yêu cầu của nguyên tắc này, Nhà nước có nghĩa vụ bảo vệ quyền tự do và quyền sở hữu do lao động đem lại như là bảo đảm quyền tự nhiên của mỗi công dân, vì “các quyền đó được mở rộng và nâng cao bao nhiêu thì quyền hạn của nhà nước bị giới hạn và bị kiểm soát chặt chẽ bấy nhiêu”<sup>19</sup>. Cá nhân

<sup>19</sup> Đào Trí Úc (Chủ biên), *Những đặc trưng cơ bản và mô hình Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007, tr.158.

được sở hữu tất cả những gì thuộc về mình, bởi “*Công dân là cái tối đa, nhà nước là cái tối thiểu*”<sup>20</sup>, nhà nước tối thiểu là nhà nước của tự do - với nghĩa rộng khả năng tự trị, hưởng thụ cá nhân, tham dự vào quyền lực xã hội, không ai bị nô dịch và cũng không áp đặt ý chí của mình cho người khác. Bởi “*Tự do cho con người vừa là mục đích, vừa là giới hạn quyền lực của Nhà nước*”<sup>21</sup>, vì thế trong xã hội hiện đại, bảo đảm nguyên tắc pháp quyền trong tổ chức, hoạt động nhà nước và quản lí xã hội là yêu cầu bức thiết để xây dựng mô hình nhà nước kiến tạo phát triển xã hội, đặc biệt đối với các quốc gia đang chuyển đổi cơ chế quản lí và mô hình tăng trưởng kinh tế như Việt Nam.

Những tồn tại, yếu kém trong việc thực hiện đường lối, chủ trương xây dựng nhà nước pháp quyền XHCN Việt Nam thời gian qua như Đảng và Nhà nước ta đã chỉ ra có nguyên nhân từ sự hạn chế trong nhận thức lí luận cũng như thực tiễn thực hành chế độ pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền. Chính vì vậy, việc tiếp tục nghiên cứu xây dựng khái niệm, phát triển nội hàm các khái niệm pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay có ý nghĩa quan trọng và thời sự.

<sup>20</sup> Đào Trí Úc (Chủ biên), *Những đặc trưng cơ bản và mô hình Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, sđd, tr.158.

<sup>21</sup> Đào Trí Úc (Chủ biên), *Những đặc trưng cơ bản và mô hình Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, sđd, tr.122.

# BÀN VỀ KHÁI NIỆM CHÍNH SÁCH PHÁP LUẬT

Nguyễn Đức Minh\*

**Tóm tắt:** Ở nước ta có nhiều quan niệm khác nhau về chính sách và chính sách pháp luật. Trên cơ sở dẫn ra các quan niệm đó, bài viết giải thích thuật ngữ theo quan điểm cá nhân tác giả, và phân tích nội dung của chính sách pháp luật.

**Abstract:** In our country, there are numerous concepts of policy and legal policy. By referring to such concepts, the paper elucidates the terminologies in the author's personal viewpoint, and analyzes the content of legal policy.

Thuật ngữ “chính sách pháp luật” chưa được sử dụng rộng rãi ở nước ta hiện nay. Trong các văn kiện của Đảng, văn bản của Nhà nước, trong bài viết được công bố rộng rãi và đặc biệt trong ngôn ngữ phổ thông thường sử dụng các thuật ngữ “chính sách”, “pháp luật”, hoặc các cụm từ “chính sách, pháp luật”, “chính sách và pháp luật”, “chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước”, “chủ trương, chính sách và pháp luật”; “pháp luật, cơ chế, chính sách”; “chủ trương, cơ chế, chính sách”. Thậm chí, có tác giả còn sử dụng thuật ngữ “chính sách pháp luật của Đảng và Nhà nước”<sup>1</sup>. Vì vậy, để xây dựng và hoàn thiện chính sách pháp luật, trước hết cần làm rõ khái niệm chính sách pháp luật.

Có nhiều quan niệm khác nhau về chính sách và chính sách pháp luật<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> Xem: Nguyễn Huy Hòa, Mối liên hệ giữa chính sách pháp luật và ý thức chấp hành pháp luật, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật điện tử, <http://tcdepl.moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/xay-dung-phap-luat.aspx?ItemID=34>, truy cập ngày 20/12/2016.

<sup>2</sup> Ví dụ: Trần Thái Dương, Xây dựng chính sách pháp luật theo quan điểm phát triển bền vững, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2/2009, tr. 3; Võ Khánh Vinh, Chính sách pháp luật: Khái niệm và các dấu hiệu, Tạp chí Nhân lực khoa học xã hội, số 11/2015, ở đó tác giả dẫn ra một số định nghĩa về chính sách pháp luật; Nguyễn Thị Như Mai, Chính sách và xây dựng pháp luật, công bố trên trang điện

## 1. Khái niệm chính sách

Theo Từ điển Oxford Dictionary, chính sách (policy) được định nghĩa là “một hướng hay nguyên tắc hành động được đặt ra bởi chính quyền, đảng phái, doanh nghiệp hay cá nhân”<sup>3</sup>.

Học giả Colebatch cho rằng, chính sách là những gì các Chính phủ và khu vực công chọn để làm, hoặc không làm. Theo quan điểm này, những gì không được làm cũng quan trọng như những gì cần được thực hiện<sup>4</sup>.

Theo học giả Considine, chính sách lại là mục tiêu theo định hướng, hành động có chủ đích<sup>5</sup>.

---

từ của Viện Chiến lược, chính sách tài nguyên môi trường, <http://isponre.gov.vn/home/dien-dan/300-chinh-sach-va-xay-dung-phap-luat>, truy cập ngày 30/11/2016; Hoàng Thế Liên (Chủ nhiệm đề tài), Nghiên cứu cơ sở khoa học xây dựng và hoàn thiện chính sách pháp luật bảo đảm phát triển bền vững ở Việt Nam trong bối cảnh hội nhập quốc tế, Đề tài cấp Nhà nước, mã số KX 02.05/11-15, đã nghiệm thu 2015, Báo cáo tổng hợp, từ tr. 64-72; Nguyễn Huy Hòa, Mối liên hệ giữa chính sách pháp luật và ý thức chấp hành pháp luật, tài liệu đã dẫn ở trên, tuy đưa ra thuật ngữ nhưng chưa giải thích rõ khái niệm chính sách pháp luật.

<sup>3</sup> Angus Stevenson, Oxford Dictionary of English, Oxford University Press, London 2010, tr. 1374.

<sup>4</sup> Colebatch H., 1998, Policy, Buckingham: Open University Press.

<sup>5</sup> Considine, M., 1994, Public Policy: a critical approach, Melbourne: Macmillan.

Trong Từ điển tiếng Việt, “chính sách” được hiểu là “sách lược và kế hoạch cụ thể nhằm đạt một mục đích nhất định, dựa vào đường lối chính trị chung và tình hình thực tế mà đề ra chính sách...”<sup>6</sup>.

Từ điển Bách khoa Việt Nam giải thích thêm: “Chính sách – những chuẩn tắc cụ thể để thực hiện đường lối, nhiệm vụ. Chính sách được thực hiện trong một thời gian nhất định, trên những lĩnh vực cụ thể nào đó. Bản chất, nội dung và phương hướng của chính sách tùy thuộc vào tính chất của đường lối, nhiệm vụ chính trị, kinh tế, văn hóa, xã hội... Muốn định ra chính sách đúng phải căn cứ vào tình hình thực tiễn trong từng lĩnh vực, từng giai đoạn, phải vừa giữ vững mục tiêu, phương hướng được xác định trong đường lối, nhiệm vụ chung, vừa linh hoạt vận dụng vào hoàn cảnh và điều kiện cụ thể”<sup>7</sup>.

Không chỉ trong khu vực công, chính sách cũng được nói đến trong khu vực tư cùng với các thuật ngữ như chính sách khuyến mãi, chính sách giá, chính sách giao hàng, chính sách bảo hành, chính sách khách hàng...

Theo nhà luật học Đinh Dũng Sỹ, chính sách là những tư tưởng, những định hướng, những mong muốn cần hướng tới, cần đạt được. Còn chiến lược hay kế hoạch, thậm chí pháp luật chỉ là hình thức, là phương tiện để chuyển tải, để thể hiện chính sách<sup>8</sup>.

Tác giả Đinh Dũng Sỹ cho rằng<sup>9</sup>, chính sách là sự cụ thể hóa đường lối chính trị của đảng cầm quyền và dựa vào đường lối chính trị chung, cương lĩnh chính trị của đảng cầm quyền để định ra chính sách.

Ngoài ra, có quan điểm lại hiểu chính sách trong mối quan hệ với cơ chế là “những chủ trương thích ứng với các đặc điểm và điều kiện kinh tế-xã hội của từng giai đoạn phát triển và nhằm vào việc bảo đảm cho sự vận hành đúng hướng và tích cực của cơ chế kinh tế”<sup>10</sup>.

## 2. Khái niệm chính sách pháp luật

Chính sách pháp luật có thể được hiểu là chính sách về pháp luật. Ở Đức, có người coi chính sách pháp luật (Rechtspolitik) không phải là vấn đề dành cho các đạo luật hiện hành mà là dành cho những đạo luật trong tương lai<sup>11</sup>. Trong Từ điển Duden của Đức, thuật ngữ chính sách pháp luật được giải thích là “chính sách trong lĩnh vực hoạt động pháp luật”. Có lẽ, do nguyên tắc phân quyền với sự độc lập của tư pháp, nên trong khái niệm chính sách pháp luật, người Đức không nói đến hoạt động tư pháp. Nói cách khác, pháp luật không cho phép áp đặt một lập trường hay nguyên tắc nào từ Chính phủ hay Nghị viện đối với hoạt động của tòa án. Tất nhiên, trong xét xử tòa án cần phải tôn trọng và tuân thủ ý chí của người soạn thảo luật<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Đinh Dũng Sỹ, t.lđd, chú thích 9.

<sup>10</sup> Nguyễn Thanh Tuyền, Nguyễn Lê Anh, Mối quan hệ hữu cơ giữa thể chế, cơ chế, chính sách, cơ chế điều hành và hành vi ứng xử, Tạp chí hội nhập và phát triển, số 22 (32) - tháng 05-06/2015, tr. 5.

<sup>11</sup> Karlhans Liebl, Rechtspolitik, in trong Wörterbuch zur Inneren Sicherheit (chủ biên Hans-Jürgen Lange), Springer 2007, tr. 270.

<sup>12</sup> Thông tin của Ngô Vĩnh Bạch Dương trong báo cáo chuyên đề “Chính sách pháp luật về xây dựng nền kinh tế thị trường hiện đại và hội nhập quốc tế” thuộc đề tài cấp bộ “Luận cứ khoa học cho việc tiếp tục xây dựng chính sách pháp luật phát triển kinh tế

<sup>6</sup> Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng và Trung tâm Từ điển học ấn hành năm 1997, tr.157.

<sup>7</sup> Hội đồng quốc gia chỉ đạo biên soạn Từ điển Bách khoa Việt Nam, *Từ điển Bách khoa Việt Nam*, tập 1 A-Đ, Trung tâm biên soạn Từ điển Bách khoa Việt Nam, Hà Nội, 1995, tr.475.

<sup>8</sup> Đinh Dũng Sỹ, Chính sách và mối quan hệ giữa chính sách với pháp luật trong hoạt động lập pháp, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11/2008, tr. 38-43 và 62.

Ở Việt Nam, thường có sự phân biệt giữa chính sách pháp luật và pháp luật. Chính sách pháp luật là cơ sở nền tảng để xây dựng pháp luật<sup>13</sup>. Hay nói cách khác, pháp luật là kết quả của sự thể chế hóa chính sách. Có thể có chính sách chưa được luật pháp hóa (thể chế hóa), hoặc không bao giờ được luật pháp hóa. Nhưng sẽ không có pháp luật phi chính sách hay pháp luật ngoài chính sách. Theo nghĩa đó, chính sách pháp luật chính là “linh hồn”, là nội dung của pháp luật, còn pháp luật là hình thức, là phương tiện thể hiện của chính sách pháp luật<sup>14</sup>. Nhà nước xây dựng và ban hành pháp luật là thể chế hóa chính sách của Đảng thành pháp luật, nhưng cũng là một bước xây dựng và hoàn thiện chính sách<sup>15</sup>. “Pháp luật là kết quả thể chế hoá đường lối, chính sách và là công cụ để thực thi chính sách”<sup>16</sup>. Như vậy, Chính sách pháp luật được hiểu rộng nghĩa hơn pháp luật<sup>17</sup>.

Nhà luật học Trần Thái Dương định nghĩa: Chính sách pháp luật là tổng thể các quan điểm, chủ trương của Nhà nước về việc xây dựng và hoàn thiện (phát triển) hệ thống pháp luật<sup>18</sup>. Về nội dung, chính sách pháp luật bao gồm những nhận định, đánh

giá về nhu cầu điều chỉnh pháp luật của xã hội, những chủ trương, quan điểm, các định hướng lớn để xây dựng và hoàn thiện các văn bản quy phạm pháp luật trên các lĩnh vực kinh tế - xã hội... theo từng thời kỳ, giai đoạn nhất định<sup>19</sup>.

Khác với các quan niệm nói trên, nhà luật học Võ Khánh Vinh cho rằng, các tư tưởng, quan điểm, mục đích chỉ là tiền đề của chính sách pháp luật, chưa phải là chính sách pháp luật<sup>20</sup>. Các tư tưởng, quan điểm, mục tiêu, chiến lược, sách lược, định hướng, chương trình, kế hoạch... chỉ là cơ sở của chính sách pháp luật, là yếu tố của hệ tư tưởng pháp luật<sup>21</sup>. Chính sách pháp luật là hoạt động được định hướng về tư tưởng, về mục đích<sup>22</sup>, dựa vào những tư tưởng, quan điểm, dự định nào đó<sup>23</sup> và thực hiện các tư tưởng, quan điểm nhất định<sup>24</sup>, nhưng không phải là các tư tưởng, quan điểm<sup>25</sup>. Theo Giáo sư Võ Khánh Vinh, chính sách pháp luật là hoạt động mà trong cơ sở, nền tảng của nó chứa đựng các tư tưởng, quan điểm pháp luật mang tính chất chiến lược đã được hình thành dưới dạng một quan điểm tổng thể<sup>26</sup>. Trong phạm vi của nó có hoạt động nhận thức và hoạt động thực tiễn<sup>27</sup>. Ngoài ra, chính sách pháp luật “trước hết là hoạt động của các chủ thể tương ứng trong lĩnh vực pháp luật”<sup>28</sup>. Từ quan niệm như vậy về chính sách pháp luật gợi ra hai câu hỏi cần được giải thích. Thứ nhất, nếu chính sách pháp luật “trước hết là hoạt động” thì

---

thị trường ở nước ta hiện nay” do Viện Nhà nước và Pháp luật chủ trì, thực hiện từ tháng 3/2016 - 3/2017.

<sup>13</sup> Đinh Dũng Sỹ, tldđ, chú thích 9. Cùng quan điểm, Đoàn Văn Dũng, Phối hợp sử dụng công cụ luật và chính sách trong công tác quản lý nhà nước, [http://www.toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet?p\\_page\\_id=1754190&p\\_cateid=1751909&article\\_details=1&item\\_id=6499340](http://www.toaan.gov.vn/portal/page/portal/tandtc/Baiviet?p_page_id=1754190&p_cateid=1751909&article_details=1&item_id=6499340), truy cập ngày 20/11/2016.

<sup>14</sup> Đinh Dũng Sỹ, tldđ, chú thích 9.

<sup>15</sup> Đinh Dũng Sỹ, tldđ, chú thích 9.

<sup>16</sup> Nguyễn Thị Như Mai, Chính sách và xây dựng pháp luật, <http://isponre.gov.vn/home/dien-dan/300-chinh-sach-va-xay-dung-phap-luat>, truy cập ngày 30/11/2016.

<sup>17</sup> Đinh Dũng Sỹ, tldđ, chú thích 9.

<sup>18</sup> Trần Thái Dương, tldđ, chú thích 2.

<sup>19</sup> Trần Thái Dương, tldđ, chú thích 2.

<sup>20</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 5.

<sup>21</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 4.

<sup>22</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 6.

<sup>23</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 6.

<sup>24</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 5.

<sup>25</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 5.

<sup>26</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 5.

<sup>27</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 6.

<sup>28</sup> Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 4.

ngoài hoạt động trong chính sách pháp luật còn những nội dung gì? Thứ hai, nếu coi chính sách pháp luật là “hoạt động tương ứng của các chủ thể trong lĩnh vực pháp luật” thì đối với những hoạt động của các chủ thể trong lĩnh vực pháp luật, hoạt động nào được coi là chính sách?

Tác giả chia sẻ ở mức độ nhất định một số quan điểm nói trên, nhưng hiểu chính sách pháp luật ở nghĩa rộng hơn. Theo đó, chính sách pháp luật là hệ thống các quan điểm, lập trường, tư tưởng, nguyên tắc hành động, chủ trương, định hướng, chương trình và biện pháp hành động của Nhà nước trong việc xác định vai trò và hướng điều chỉnh của pháp luật trong từng giai đoạn hoặc thời kỳ phát triển của đất nước, làm căn cứ và cơ sở để xây dựng pháp luật, đưa pháp luật vào cuộc sống và duy trì hiệu lực pháp luật trong giai đoạn hoặc thời kỳ đó.

Khác với quan điểm coi chính sách là hoạt động, tác giả cho rằng, chính sách pháp luật định ra hành động, xác định biện pháp hành động, chứ không thể là hành động hay hoạt động cần làm hoặc không được làm của cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước. “Chính sách” và “hoạt động chính sách” là hai thuật ngữ khác nhau. Hoạt động chính sách là các công việc cần làm trong quy trình chính sách, bao gồm các giai đoạn và thủ tục như: Đề xuất chính sách; hình thành chính sách; thông qua chính sách; thực thi chính sách; phân tích, kiểm tra, giám sát, đánh giá tác động của chính sách và hiệu chỉnh chính sách<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> Quan niệm khác về chu trình chính sách (mang tính truyền thống) và phân biệt hoạt động phân tích chính sách với đánh giá chính sách, xem Nguyễn Anh Phương (2016), “Quy trình chính sách và phân tích chính sách trong hoạt động lập pháp ở Việt Nam”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 02+03 (306+307), tr. 80-90.

Khác với một số quan điểm nói trên, tác giả cho rằng, chính sách không chỉ là nền tảng cơ sở để xây dựng và hoàn thiện (phát triển) hệ thống pháp luật, mà còn là nguyên tắc, định hướng thực hiện pháp luật. Đưa pháp luật vào cuộc sống và duy trì hiệu lực pháp luật có thể coi là giai đoạn tiếp theo của hoạt động xây dựng pháp luật. Pháp luật ban hành là để điều chỉnh các quan hệ xã hội, nên để pháp luật thực hiện và phát huy được sứ mệnh vốn có của nó thì ngay từ khi ban hành phải tính đến sự khả thi, các yếu tố, tiền đề, điều kiện để thực hiện pháp luật, để pháp luật “sống được” và phát huy vai trò, sứ mệnh và hiệu lực của nó. Để điều chỉnh các quan hệ xã hội và quản lý xã hội thì không thể thiếu pháp luật, nhưng quan trọng hơn là pháp luật như thế nào; nói cụ thể hơn, pháp luật có chất lượng như thế nào. Do đó, chính sách pháp luật phải chứa đựng trong đó các tư tưởng, nguyên tắc, quan điểm, chủ trương, định hướng, chương trình không chỉ làm căn cứ và cơ sở để xây dựng pháp luật, mà làm cả căn cứ và cơ sở để đưa pháp luật vào cuộc sống, duy trì hiệu lực pháp luật trên thực tế. Chính sách pháp luật làm căn cứ và cơ sở để thực hiện các biện pháp, giải pháp hỗ trợ cho các quá trình nói trên, chẳng hạn tuyên truyền, phổ biến, giáo dục, đào tạo, tư vấn pháp luật. Tất nhiên, các tư tưởng, nguyên tắc, quan điểm, chủ trương, định hướng, chương trình đó có thể tích hợp trong một hoặc nhiều văn bản chính sách pháp luật. Như vậy, chất lượng chính sách pháp luật đóng vai trò quan trọng và cần phải được quan tâm trong thực hiện nguyên tắc pháp quyền.

Tư tưởng, quan điểm cá nhân không phải là chính sách pháp luật. Tuy nhiên, đối với người có thẩm quyền thì cần phân biệt quan điểm đó của cá nhân với tư cách công dân hay với tư cách đại diện hợp pháp cho

tổ chức và quan điểm đó có được thể hiện trong khi thực thi nhiệm vụ hay không. Chính sách pháp luật không phải là một dự định mà là quyết định đã được lựa chọn thực hiện để đạt mục đích nhất định. Chính sách luôn nằm trong một hay nhiều quyết định pháp luật. Không tồn tại một chính sách chung chung trong cơ chế điều chỉnh pháp luật. Các chủ thể tư (tổ chức xã hội, doanh nghiệp, hiệp hội doanh nghiệp...) cũng có chính sách, chẳng hạn, chính sách giá, chính sách nhân lực, chính sách thị trường, chính sách cạnh tranh của doanh nghiệp... Nhưng chính sách tư không giống chính sách công ở tính chất “công” của chính sách, từ mục đích, nguyên tắc ban hành, đến nội dung, hình thức và phương thức, nguồn lực, chủ thể thực hiện cũng khác nhau.

Chính sách pháp luật là một bộ phận của thể chế. Chính sách pháp luật thể hiện tư tưởng, nguyên tắc, quan điểm, chủ trương của cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành chính sách đó. Chính sách pháp luật được hình thành từ đường lối, quan điểm, chủ trương, cương lĩnh chính trị của đảng cầm quyền, tình hình thực tế và yêu cầu quản lý, phát triển đất nước<sup>30</sup>. Nhưng đường lối, cương lĩnh chính trị, tư tưởng, quan điểm, mục tiêu, định hướng, chiến lược, sách lược, chương trình, kế hoạch của đảng cầm quyền chưa phải là chính sách pháp luật<sup>31</sup>, mà chỉ là nguồn của chính sách pháp luật, là yếu tố tư tưởng, là tiền đề của chính sách pháp luật<sup>32</sup>. Tuy nhiên, không

phải ai cũng nhận thức được điều này, nên họ coi đường lối, quan điểm, chủ trương, chính sách của Đảng là chính sách pháp luật. Do đường lối, quan điểm, chủ trương, chính sách của Đảng là nguồn, là yếu tố tư tưởng, là tiền đề của chính sách pháp luật, nên cần có bước thể chế hóa quan điểm, đường lối, chủ trương của Đảng thành chính sách, pháp luật<sup>33</sup>. Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI tại Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng ghi rõ: “Đảng lãnh đạo Nhà nước bằng các chủ trương, chính sách lớn, lãnh đạo thể chế hóa các quan điểm, đường lối, chủ trương của Đảng thành chính sách, pháp luật”<sup>34</sup>.

Chính sách pháp luật và pháp luật là hai thuật ngữ không đồng nhất. Chính sách pháp luật không chỉ là linh hồn, là căn cứ, cơ sở để xây dựng pháp luật, xác định nội dung của pháp luật, mà chính sách pháp luật có thể là pháp luật. Chẳng hạn, một số quy định ở tầm chính sách của Hiến pháp. Ở nghĩa này, có thể nói chính sách pháp luật là luật của luật. Chính sách pháp luật có thể là cơ sở để xây dựng các chính sách khác. Chính sách pháp luật cũng có thể là tập hợp của các chính sách, chế định pháp luật như chính sách pháp luật doanh nghiệp, chính sách pháp luật sở hữu, chính sách pháp luật đầu tư, chính sách pháp luật an sinh xã hội, chính sách pháp luật lao động, chính sách pháp luật ngân sách nhà nước...

<sup>30</sup> So sánh khái niệm chính sách của Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển tiếng Việt, Nxb. Đà Nẵng và Trung tâm Từ điển học ấn hành năm 1997, tr. 157.

<sup>31</sup> Cùng quan điểm, Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr.5.

<sup>32</sup> Cùng quan điểm, Võ Khánh Vinh, tldđ, chú thích 2, tr. 4. Tuy nhiên, tác giả Võ Khánh Vinh coi các tư tưởng, quan điểm, mục tiêu, chiến lược, sách lược,

định hướng, chương trình, kế hoạch là yếu tố của hệ tư tưởng pháp luật.

<sup>33</sup> Dẫn chứng trong văn kiện của Đảng Cộng sản Việt Nam, xem Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII, Văn phòng trung ương Đảng, Hà Nội, 2016, tr. 210.

<sup>34</sup> Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XII, tldđ, chú thích 34, tr. 214.

# MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG PHÁP LUẬT VỀ TUYỂN DỤNG, SỬ DỤNG NHỮNG NGƯỜI HOẠT ĐỘNG KHÔNG CHUYÊN TRÁCH CẤP XÃ Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

Nguyễn Đăng Phương Truyền\*

**Tóm tắt:** Những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã là một bộ phận của đội ngũ cán bộ cơ sở, có vai trò, vị trí quan trọng trong thực hiện các nhiệm vụ chính trị ở địa phương. Hiện nay, các quy định của pháp luật về tuyển dụng, sử dụng những người hoạt động không chuyên trách cấp xã còn nhiều hạn chế, bất cập. Vì vậy, phải tiếp tục hoàn thiện các quy định này để góp phần nâng cao chất lượng đội ngũ cán bộ cấp cơ sở.

**Abstract:** Non-specialized persons at commune level, as a part of grassroots public servants, have an important mandate and role in implementing political tasks in province. Currently, legal provisions on recruitment and using of those still have shortcomings and limitations. Therefore, there is a need to perfect such provisions to enhance the quality of grassroots public servants.

## 1. Những hạn chế, bất cập

Đội ngũ cán bộ cơ sở bao gồm cán bộ cấp xã<sup>1</sup>, công chức cấp xã<sup>2</sup> và những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã<sup>3</sup>. Như vậy, bên cạnh cán bộ cấp xã, công chức cấp xã thì người hoạt động không chuyên trách cấp xã là một bộ phận quan trọng của đội ngũ cán bộ cơ sở, có vai trò không nhỏ trong việc hỗ trợ cùng với đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã thực hiện các nhiệm vụ ở địa phương. Tuy nhiên, hiện nay, pháp luật về tuyển dụng, sử dụng đội ngũ những người hoạt động không chuyên

trách cấp xã vẫn còn những hạn chế, bất cập cần khắc phục:

**Thứ nhất, thiếu các quy định về tiêu chuẩn đối với những người hoạt động không chuyên trách cấp xã.**

Đội ngũ cán bộ cấp cơ sở có vai trò quan trọng trong thực hiện các nhiệm vụ tại địa phương. Chính vì vậy, các cơ quan có thẩm quyền phải ban hành các quy định về tiêu chuẩn đối với đội ngũ này để làm cơ sở cho việc tuyển chọn, bố trí, sử dụng. Trong đội ngũ cán bộ cơ sở hiện nay, tiêu chuẩn đối với đội ngũ cán bộ cấp xã do các cơ quan có thẩm quyền của Đảng, Nhà nước, các tổ chức chính trị - xã hội quy định<sup>4</sup>; tiêu chuẩn của đội ngũ công chức cấp xã do

\* ThS., Học viện Hành chính Quốc gia cơ sở TP. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Các chức vụ cán bộ cấp xã theo quy định tại khoản 2 Điều 61 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

<sup>2</sup> Các chức danh công chức cấp xã được quy định tại khoản 3 Điều 61 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

<sup>3</sup> Mặc dù nhiều địa phương còn dùng các thuật ngữ “cán bộ không chuyên trách cấp xã”, “cán bộ bán chuyên trách cấp xã”. Tuy nhiên, tác giả sử dụng thuật ngữ “những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã” theo cách gọi chính thức tại khoản 4 Điều 84 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

<sup>4</sup> Ngày 16/01/2004, Bộ Nội vụ đã ban hành Quyết định 04/2004/QĐ-BNV quy định về tiêu chuẩn cụ thể đối với cán bộ, công chức ở xã, phường, thị trấn. Tuy nhiên, hiện nay, quy định về tiêu chuẩn này có những điểm chưa thật sự phù hợp với yêu cầu đội ngũ cán bộ trong giai đoạn mới.

Chính phủ, Bộ Nội vụ quy định<sup>5</sup>. Tuy nhiên, tiêu chuẩn đối với những người hoạt động không chuyên trách cấp xã lại chưa được các cơ quan có thẩm quyền quy định, hướng dẫn cụ thể.

Mặc dù, một số địa phương cũng đã ban hành các quy định về tiêu chuẩn đối với những người hoạt động không chuyên trách cấp xã ở địa phương mình, nhưng tiêu chuẩn này chưa thật sự đáp ứng yêu cầu đối với cán bộ trong giai đoạn hiện nay. Đặc biệt, khi quy định về chuyên môn của những người hoạt động không chuyên trách cấp xã, nhiều địa phương chỉ quy định yêu cầu họ có trình độ tốt nghiệp trung học phổ thông, trung học cơ sở. Chính điều này đã ảnh hưởng đến việc tuyển chọn nguồn nhân lực có chất lượng cho hệ thống chính trị cấp cơ sở.

***Thứ hai, chưa có quy định thống nhất về việc thực hiện tuyển dụng những người hoạt động không chuyên trách cấp xã.***

Hiện nay, từ góc độ tuyển chọn, các chức danh không chuyên trách cấp xã có thể được chia thành hai nhóm. Nhóm thứ nhất là các chức danh không chuyên trách được tuyển chọn thông qua bầu cử (những người được bầu cử giữ chức danh), bao gồm: Chủ nhiệm Ủy ban kiểm tra, Phó Chủ tịch Ủy ban Mặt trận Tổ quốc; Phó Chủ tịch Hội Liên hiệp phụ nữ; Phó Bí thư Đoàn Thanh niên Cộng sản Hồ Chí Minh; Phó Chủ tịch Hội Nông dân; Phó Chủ tịch Hội Cựu chiến binh; Chủ tịch Hội Chữ thập đỏ; Chủ tịch Hội Người Cao tuổi cấp xã. Nhóm thứ hai là

các chức danh không chuyên trách được tuyển chọn không thông qua bầu cử (được xét tuyển hoặc thi tuyển vào chức danh), bao gồm các chức danh Tuyên giáo; Tổ chức; Dân vận, Văn phòng Đảng ủy, Phó Trưởng Công an (nơi chưa bố trí lực lượng Công an chính quy); Phó Chỉ huy trưởng Quân sự; các chức danh phụ trách các lĩnh vực (kinh tế, dân số, gia đình, trẻ em, văn hoá – thể dục, thể thao,...)<sup>6</sup>.

Hiện nay, các chức danh không chuyên trách được tuyển chọn thông qua bầu cử đã được quy định trong Điều lệ, Quy chế hoạt động của Đảng và của các tổ chức chính trị - xã hội. Tuy nhiên, việc tuyển dụng, bố trí các chức danh không chuyên trách ở cấp xã không qua bầu cử lại chưa có quy định cụ thể. Điều này dẫn đến việc tuyển dụng, bố trí những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã chưa tương xứng với vị trí, vai trò theo chức danh và nhiệm vụ được giao, gây ảnh hưởng không nhỏ tới hiệu lực, hiệu quả hoạt động của hệ thống chính trị cơ sở.

***Thứ ba, quy định về việc bố trí các chức danh những người hoạt động không chuyên trách cấp xã chưa phù hợp.***

Nghị định số 92/2009/NĐ-CP ngày 22/10/2009 của Chính phủ và hướng dẫn của Thông tư liên tịch số 03/2010/TTLT-BNV-BTC-BLĐTBXH ngày 27/5/2010 của Bộ Nội vụ, Bộ Tài chính, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội quy định số lượng những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã loại 1 không quá 22 người; ở cấp xã loại 2 không quá 20 người; ở cấp xã loại 3 không quá 19 người. Thực tế hiện nay, nhiều địa phương bố trí số lượng những người hoạt động không chuyên trách thường bằng mức khung số lượng tối đa được quy

<sup>5</sup> Điều 3 Nghị định số 112/2011/NĐ-CP ngày 05/12/2011 của Chính phủ về công chức xã, phường, thị trấn đã quy định các tiêu chuẩn chung của công chức cấp xã. Các tiêu chuẩn cụ thể đối với công chức cấp xã được quy định cụ thể tại Thông tư 06/2012/TT-BNV ngày 30/10/2012.

<sup>6</sup> Các chức danh này ở các địa phương là khác nhau.

định, số lượng này cũng gần bằng số lượng cán bộ, công chức cấp xã<sup>7</sup>. Tác giả cho rằng, số lượng này là quá lớn và cần xem xét theo hướng quy định kiêm nhiệm để giảm số lượng những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã.

Hiện nay, thẩm quyền quy định các chức danh không chuyên trách cấp xã ở các địa phương được trao cho Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định<sup>8</sup>. Quy định này tạo điều kiện linh hoạt cho các địa phương quyết định các chức danh những người hoạt động không chuyên trách cấp xã. Điều này mặc dù phù hợp với việc phân cấp, tạo sự chủ động cho chính quyền địa phương, tuy nhiên lại dẫn đến tình trạng không thống nhất về các chức danh ở mỗi địa phương. Cụ thể như: Chức danh của người làm công tác tuyên giáo có địa phương quy định là “Cán bộ tuyên giáo”, có địa phương lại gọi là “Trưởng ban Tuyên huấn” hoặc “Trưởng ban Tuyên giáo”; chức danh của người làm công tác tổ chức của Đảng ủy cấp xã có nơi gọi là “cán bộ tổ chức”, có nơi gọi là “Trưởng ban Tổ chức Đảng ủy”; chức danh làm công tác văn phòng Đảng ủy có nơi gọi là “Thường trực Văn phòng Đảng ủy”, có nơi gọi là “cán bộ Văn phòng Đảng ủy”; chức danh làm công tác dân vận có nơi gọi là “Thường trực Khối dân vận”, có nơi gọi là “Trưởng ban dân vận” hoặc “cán bộ dân vận”; chức danh làm công tác kiểm tra thì gọi là “cán bộ kiểm tra” hoặc “Chủ nhiệm Ủy ban kiểm tra”...

<sup>7</sup> Nghị định 92/2009/NĐ-CP quy định số lượng cán bộ, công chức cấp xã được bố trí theo loại xã. Theo đó cấp xã loại 1 được bố trí tối đa 25 người, cấp xã loại 2 bố trí tối đa 23 người, cấp xã loại 3 bố trí tối đa 21 người.

<sup>8</sup> Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trình Hội đồng nhân dân cùng cấp quy định chức danh những người hoạt động không chuyên trách.

Việc các địa phương quy định về cùng một chức danh nhưng đưa ra các tên gọi khác nhau là điều không cần thiết. Do đó, cần có quy định thống nhất về tên gọi các chức danh này để tránh sự tùy tiện, ảnh hưởng đến tính thống nhất trong hoạt động quản lý, điều hành.

Bên cạnh đó, một số địa phương quy định bố trí chức danh không chuyên trách chưa phù hợp với pháp luật hiện hành. Điển hình là bố trí chức danh “Cán bộ phụ trách công tác tiếp dân, tiếp nhận hồ sơ và trả kết quả”<sup>9</sup> hoặc chức danh “cán bộ Tổng hợp, tiếp nhận và trả kết quả hồ sơ hành chính”<sup>10</sup>, hoặc chức danh “Phụ trách bộ phận tiếp nhận và trả kết quả (bộ phận một cửa)”<sup>11</sup>... tại Ủy ban nhân dân cấp xã chưa phù hợp với Quyết định số 09/2015/QĐ-TTg ngày 25/3/2015 của Thủ tướng Chính phủ về quy chế thực hiện cơ chế một cửa, cơ chế một cửa liên thông tại cơ quan hành chính nhà nước ở địa phương. Bởi lẽ Quyết định 09/2015/QĐ-TTg quy định tại Bộ phận tiếp nhận và trả kết quả của Ủy ban nhân dân cấp xã chỉ được bố trí công chức thuộc 7 chức danh công chức cấp xã theo Luật Cán bộ, công chức<sup>12</sup>. Như vậy, hiện nay không được bố trí chức danh cán bộ không chuyên trách tại Bộ phận tiếp nhận và trả kết quả của Ủy ban nhân dân cấp xã.

***Thứ tư, thiếu quy định về chế độ làm việc, nhiệm vụ, quyền hạn của những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã.***

Hiện nay, đối với đội ngũ cán bộ cấp xã, công chức cấp xã, các cơ quan có thẩm

<sup>9</sup> Ví dụ ở tỉnh Đồng Nai.

<sup>10</sup> Ví dụ ở tỉnh Long An.

<sup>11</sup> Ví dụ ở tỉnh Bình Dương.

<sup>12</sup> Xem điểm c khoản 4 Điều 10 Quyết định 09/2015/QĐ-TTg.

quyền đã ban hành các quy định cụ thể về chế độ làm việc, nhiệm vụ, quyền hạn của từng chức danh. Những quy định này là cơ sở quan trọng để đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã thực hiện nhiệm vụ của mình.

Tuy nhiên, đối với những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã thì Chính phủ, Bộ Nội vụ vẫn chưa ban hành những quy định cụ thể về chế độ làm việc, nhiệm vụ, quyền hạn của các chức danh này. Điều này ảnh hưởng không nhỏ đến quá trình bố trí, sử dụng, cũng như quá trình làm việc của đội ngũ này.

***Thứ năm, quy định về chế độ, chính sách đối với những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã chưa phù hợp.***

Việc tuyển dụng, sử dụng nguồn nhân lực bao giờ cũng phải gắn liền với thực hiện các chính sách, đãi ngộ. Chế độ, chính sách đối với những người hoạt động không chuyên trách cấp xã được quy định cụ thể tại Nghị định 92/2009/NĐ-CP ngày 22/10/2009 của Chính phủ<sup>13</sup>. Khoản 1 Điều 14 Nghị định 92/2009/NĐ-CP quy định các đối tượng này *chỉ hưởng chế độ phụ cấp và mức phụ cấp không vượt quá 1.0 mức lương tối thiểu chung*. Sau thời gian thực hiện quy định này đã bộc lộ hạn chế, bất cập. Vì vậy, Chính phủ đã ban hành Nghị định 29/2013/NĐ-CP ngày 08/4/2013 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 92/2009/NĐ-CP. Theo đó, Chính phủ không quy định những người hoạt động không chuyên trách cấp xã chỉ hưởng chế độ phụ cấp và mức phụ cấp không vượt quá 1.0 mức lương tối thiểu chung như trước đây, mà quy định việc khoán quỹ phụ cấp cho

các chức danh này<sup>14</sup>. Bên cạnh đó, Chính phủ cũng đã quy định các chức danh không chuyên trách được hưởng bảo hiểm y tế<sup>15</sup>.

Mặt khác, trước đây những người hoạt động không chuyên trách cấp xã cũng không thuộc đối tượng tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc<sup>16</sup>. Tuy nhiên, từ ngày 01/01/2016, khi Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 có hiệu lực thi hành thì những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã cũng thuộc diện tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc với 02 chế độ là hưu trí và tử tuất<sup>17</sup>. Vì vậy, Chính phủ, Bộ Nội vụ cần có hướng dẫn thực hiện quy định về chế độ bảo hiểm xã hội bắt buộc cho những người hoạt động không chuyên trách cấp xã.

Mặt khác, theo quy định hiện nay, ngoài mức phụ cấp hàng tháng “có tính chất như lương”<sup>18</sup> thì những người hoạt động không chuyên trách cấp xã không được hưởng một số phụ cấp khác như phụ cấp chức vụ, phụ cấp theo loại xã, phụ cấp công vụ. Tuy nhiên, cán bộ cấp xã, công chức cấp xã lại được nhận các khoản phụ cấp này<sup>19</sup>. Điều

<sup>14</sup> Cấp xã loại 1 được khoán quỹ phụ cấp bằng 20,3 tháng lương tối thiểu chung; cấp xã loại 2 được khoán quỹ phụ cấp bằng 18,6 tháng lương tối thiểu chung; cấp xã loại 3 được khoán quỹ phụ cấp bằng 17,6 tháng lương tối thiểu chung.

<sup>15</sup> Xem khoản 3, Điều 1 Nghị định 29/2013/NĐ-CP.

<sup>16</sup> Xem khoản 2 Điều 14 Nghị định 92/2009/NĐ-CP.

<sup>17</sup> Xem điểm i khoản 1 Điều 2 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014.

<sup>18</sup> Pháp luật hiện nay quy định những người hoạt động không chuyên trách cấp xã không được hưởng lương mà chỉ được hưởng phụ cấp hàng tháng. Do đó, khoản phụ cấp này được xem như lương nhưng không được trả theo hệ số, ngạch, bậc như lương.

<sup>19</sup> Theo Điều 7 Nghị định 92/2009/NĐ-CP thì phụ cấp chức vụ được quy định như sau: Bí thư đảng ủy: 0,30; Phó Bí thư đảng ủy, Chủ tịch Hội đồng nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân: 0,25; Chủ tịch Ủy ban Mặt trận Tổ quốc, Phó Chủ tịch Hội đồng nhân dân, Phó Chủ tịch Ủy ban nhân dân: 0,20; Bí thư Đoàn Thanh niên Cộng sản Hồ Chí Minh, Chủ tịch

<sup>13</sup> Nghị định này được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 29/2013/NĐ-CP ngày 08/4/2013.

này cũng cần được quan tâm xem xét lại vì bản chất, tính chất công việc của nhiều chức danh không chuyên trách cấp xã, nhất là các chức danh cấp phó (Phó Trưởng Công an xã, Phó Chỉ huy trưởng Quân sự, Phó Chủ tịch Mặt trận Tổ quốc, Phó Bí thư Đoàn thanh niên...) cũng tương đồng với các chức danh cán bộ, công chức cấp xã.

Bên cạnh đó, chúng ta vẫn chưa có các quy định về chế độ khuyến khích đối với người có trình độ đảm nhận các chức danh không chuyên trách cấp xã. Đồng thời cũng thiếu các quy định về đào tạo, bồi dưỡng cho những người hoạt động không chuyên trách cấp xã để tạo nguồn kế cận cho đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã.

## 2. Một số kiến nghị

Từ những phân tích nêu trên, chúng tôi có một số kiến nghị sau đây:

**Một là, ban hành quy định về tiêu chuẩn của những người hoạt động không chuyên trách cấp xã.**

Việc ban hành quy định về tiêu chuẩn của những người hoạt động không chuyên trách cấp xã có ý nghĩa rất quan trọng trong việc tuyển dụng, bố trí, sử dụng đội ngũ cán bộ cấp cơ sở. Các tiêu chuẩn này không những là cơ sở để tuyển dụng, sử dụng chính đội ngũ này, mà còn giúp các cơ quan có thẩm quyền tuyển dụng, sử dụng có hiệu quả đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã sau này, vì những người hoạt động không

chuyên trách cấp xã là đội ngũ dự bị của đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã.

Vì vậy, chúng tôi kiến nghị Chính phủ ban hành quy định về tiêu chuẩn của những người hoạt động không chuyên trách cấp xã. Khi quy định về tiêu chuẩn của những người hoạt động không chuyên trách cấp xã cần quy định các tiêu chuẩn chung và các tiêu chuẩn cụ thể trên cơ sở tham khảo các quy định về tiêu chuẩn của đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã. Theo đó, đội ngũ những người hoạt động không chuyên trách cấp xã cần đáp ứng các tiêu chuẩn chung như đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã; với các tiêu chuẩn cụ thể về độ tuổi, trình độ chuyên môn nghiệp vụ, phẩm chất, năng lực..., Chính phủ cần phối hợp cùng các cơ quan có thẩm quyền của các tổ chức chính trị - xã hội để xây dựng. Các chức danh khối Đảng, đoàn thể cần cán bộ có năng lực, kinh nghiệm lãnh đạo, công tác vận động quần chúng, công tác tôn giáo...; các chức danh còn lại phải có trình độ quản lý nhà nước, chuyên môn nghiệp vụ phù hợp các lĩnh vực công tác của cấp xã.

Do đó, cần quy định các tiêu chuẩn cụ thể như: (1) Độ tuổi, (2) Trình độ học vấn, trình độ chuyên môn, (3) Trình độ tin học, ngoại ngữ/tiếng dân tộc (4) Các tiêu chuẩn về trình độ lý luận chính trị, quản lý nhà nước sau khi được tuyển dụng. Trong đó, về chuyên môn, những người hoạt động không chuyên trách cấp xã ít nhất phải tốt nghiệp hệ trung cấp của chuyên ngành phù hợp với vị trí chức danh đảm nhận.

**Hai là, bổ sung quy định về tuyển dụng những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã.**

Xây dựng quy định và quy trình tuyển chọn những người hoạt động không chuyên trách cấp xã để lựa chọn được những người

---

Hội Liên hiệp Phụ nữ, Chủ tịch Hội Nông dân, Chủ tịch Hội Cựu chiến binh: 0,15. Theo Điều 9 Nghị định 92/2009/NĐ-CP thì phụ cấp theo loại xã chỉ áp dụng đối với cán bộ cấp xã (không áp dụng đối với công chức), xã loại 1 hưởng mức phụ cấp 10%, xã loại 2 hưởng mức phụ cấp 5% mức lương hiện hưởng.

<sup>19</sup> Theo quy định Nghị định 34/2012/NĐ-CP thì cán bộ, công chức cấp xã được hưởng mức phụ cấp là 25% mức lương hiện hưởng.

đủ phẩm chất, năng lực cho hệ thống chính trị cấp cơ sở là điều cần thiết. Tuy nhiên, hiện nay Chính phủ, Bộ Nội vụ vẫn chưa có quy định về việc tuyển dụng những người hoạt động không chuyên trách cấp xã.

Việc tuyển chọn những người hoạt động không chuyên trách thông qua bầu cử cần dựa trên quy trình nhân sự, bầu cử của trung ương và Điều lệ của tổ chức đối với từng chức danh. Các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần phối hợp với cơ quan có thẩm quyền của Đảng và các tổ chức chính trị - xã hội hướng dẫn quy trình thống nhất để bầu ra những cán bộ tiêu biểu của tổ chức để trở thành những người hoạt động không chuyên trách cấp xã. Đặc biệt, đối với các chức danh không chuyên trách không thông qua bầu cử, Chính phủ, Bộ Nội vụ trên cơ sở quy định về tiêu chuẩn, cần ban hành quy định về quy trình tuyển chọn các chức danh này qua xét tuyển (hoặc về lâu dài có thể tổ chức thi tuyển).

Chúng tôi đề xuất có thể quy định việc xét tuyển các chức danh này trên cơ sở thành lập Hội đồng xét tuyển để tuyển chọn. Theo đó, Hội đồng xét tuyển những người hoạt động không chuyên trách thuộc khối Đảng, đoàn thể có thể do Bí thư (hoặc Phó Bí thư) Đảng uỷ cấp xã làm Chủ tịch Hội đồng. Hội đồng tuyển chọn những người hoạt động không chuyên trách thuộc khối chính quyền có thể do Chủ tịch (hoặc Phó Chủ tịch) Ủy ban nhân dân cấp xã làm Chủ tịch Hội đồng. Thành phần Hội đồng phải có đại diện của Ủy ban nhân dân cấp huyện (Phòng Nội vụ và Phòng chuyên môn liên quan lĩnh vực quản lý nhà nước có chức danh cần tuyển chọn) và đại diện của tổ chức chính trị - xã hội cấp huyện (nếu tuyển chọn các chức danh khối Đảng, đoàn thể). Căn cứ vào các quy định về tiêu chuẩn và

năng lực của từng chức danh, Hội đồng tuyển chọn lựa chọn những người có đủ điều kiện, tiêu chuẩn giữ các chức danh. Hội đồng tuyển chọn sẽ gửi kết quả tuyển chọn và đề nghị Ủy ban nhân dân cấp xã thực hiện các bước tiếp theo trong quy trình tuyển dụng.

Trên cơ sở đề nghị của Hội đồng tuyển chọn, đối với chức danh Phó Trưởng Công an cấp xã, Phó chỉ huy trưởng Quân sự cấp xã thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã có văn bản đề nghị Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện quyết định bổ nhiệm sau khi thống nhất với Trưởng Công an huyện, Chỉ huy trưởng Ban Chỉ huy quân sự cấp huyện<sup>20</sup>. Đối với các chức danh khác, Ủy ban nhân dân cấp xã đề nghị Ủy ban nhân dân cấp huyện phê duyệt kết quả tuyển dụng các chức danh này. Căn cứ kết quả phê duyệt của Ủy ban nhân dân huyện, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã thực hiện ký hợp đồng lao động đối với những người hoạt động không chuyên trách và ban hành Quyết định phân công chức danh. Trong trường hợp cần thiết, Ủy ban nhân dân cấp huyện có thể trao đổi, thống nhất với Sở Nội vụ trước khi quyết định.

Về lâu dài, các cơ quan có thẩm quyền cần ban hành các quy định cụ thể để tổ chức thi tuyển các chức danh không chuyên trách cấp xã giống như việc tổ chức thi tuyển cán bộ, công chức cấp xã.

***Ba là, ban hành quy định việc bố trí kiêm nhiệm các chức danh không chuyên trách cấp xã.***

Trước hết, chúng tôi kiến nghị quy định thống nhất tên gọi các chức danh của những người không chuyên trách cấp xã để tránh

<sup>20</sup> Chúng tôi đề xuất việc bổ nhiệm này giống như việc Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện bổ nhiệm Trưởng Công an và Chỉ huy trưởng Quân sự cấp xã.

tình trạng thiếu thống nhất ở mỗi địa phương như hiện nay. Để thực hiện điều này, chúng tôi kiến nghị sửa đổi khoản 4 Điều 84 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 như sau: “*Chính phủ quy định chức danh, khung số lượng, chế độ, chính sách đối với những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã*”<sup>21</sup>. Như vậy, Chính phủ sẽ là cơ quan có thẩm quyền quy định về chức danh của những người hoạt động không chuyên trách cấp xã để đảm bảo tính thống nhất trên cả nước. Trong số các chức danh, Chính phủ cần quy định chức danh nào là thống nhất ở các địa phương, chức danh nào có thể cho địa phương quy định đặc thù.

Bên cạnh đó, về khung số lượng, Chính phủ cần xem xét giảm bớt số lượng và có hướng dẫn thống nhất việc thực hiện kiêm nhiệm các chức danh không chuyên trách cấp xã. Cần quy định cụ thể chức danh nào bắt buộc phải kiêm nhiệm, chức danh nào không bắt buộc kiêm nhiệm. Ví dụ, ở cấp xã có thể quy định bắt buộc chức danh cán bộ Tổ chức Đảng ủy, Tuyên giáo, Ủy ban kiểm tra do Bí thư hoặc Phó Bí thư Đảng ủy cấp xã kiêm nhiệm...

***Bốn là, ban hành quy định về chế độ làm việc của những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã.***

Pháp luật hiện hành quy định đội ngũ cán bộ, công chức (bao gồm cả cấp xã) làm việc theo giờ hành chính (8 giờ/ngày). Tuy nhiên, đối với những người hoạt động không chuyên trách cấp xã thì vẫn chưa có quy định cụ thể. Nghị quyết Hội nghị lần thứ 5 Ban Chấp hành Trung ương Đảng

khoá IX ngày 18/3/2002 về đổi mới và nâng cao chất lượng hệ thống chính trị ở cơ sở xã, phường, thị trấn đã kết luận “*cán bộ không chuyên trách chỉ tham gia việc công trong một phần thời gian lao động*”. Do đó, Chính phủ cần ban hành quy định về thời gian làm việc của đội ngũ này cho phù hợp.

Hiện nay, một số địa phương quy định những người hoạt động không chuyên trách cấp xã làm việc giống như cán bộ, công chức cấp xã “*Thời gian làm việc theo quy định của Nhà nước: Tuần làm việc 40 giờ (5 ngày)*”<sup>22</sup>. Ngoài ra, các địa phương còn quy định: Khi có yêu cầu, những người hoạt động không chuyên trách cấp xã phải chấp hành sự phân công làm thêm ngày thứ bảy hoặc ngoài giờ. Điều này là không phù hợp, bởi phụ cấp đội ngũ này nhận được chưa tương xứng với thời gian làm việc và kết quả làm việc của họ, đồng thời không phù hợp với nội dung kết luận trong Hội nghị lần thứ 5 Ban Chấp hành Trung ương Đảng khoá IX ngày 18/3/2002.

Do đó, Chính phủ, Bộ Nội vụ cần ban hành quy định về thời gian làm việc của những người hoạt động không chuyên trách cấp xã để đảm bảo những quy định về thời gian làm việc phù hợp với các quan điểm chỉ đạo của Đảng, phù hợp với tính chất lao động của nhóm đối tượng này.

<sup>21</sup> Hiện nay, khoản 4 Điều 84 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 quy định: “*Chính phủ quy định khung số lượng, chế độ, chính sách đối với những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã*”.

<sup>22</sup> Ví dụ như: Quyết định 39/2012/QĐ-UBND ngày 11/9/2012 của Ủy ban nhân dân tỉnh Bình Dương quy định về chế độ quản lý cán bộ, công chức và những người hoạt động không chuyên trách ở xã, phường, thị trấn tỉnh Bình Dương; Quyết định 49/2015/QĐ-UBND ngày 04/11/2015 của Ủy ban nhân dân tỉnh Long An quy định về quản lý những người hoạt động không chuyên trách cấp xã trên địa bàn tỉnh Long An... đều có quy định những người hoạt động không chuyên trách cấp xã thực hiện chế độ làm việc 8 giờ/ngày, 40 giờ/tuần.

***Năm là, hoàn thiện các quy định về chính sách cho những người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã.***

Việc hoàn thiện các quy định về tuyển dụng, sử dụng nguồn nhân lực nói chung luôn gắn liền với việc hoàn thiện các quy định về chế độ chính sách để đảm bảo việc thực hiện có hiệu quả các quy định về tuyển dụng, sử dụng nguồn nhân lực. Hoàn thiện chính sách liên quan đến những người hoạt động không chuyên trách cấp xã góp phần nâng cao chất lượng nguồn nhân lực trong hệ thống chính trị cơ sở, tạo động lực cho đối tượng này hoạt động. Đảng và Nhà nước ta đã chủ trương cải cách đồng bộ hệ thống chính sách đãi ngộ cán bộ, công chức, đặc biệt là đội ngũ cấp cơ sở. Việc cải cách trước hết là cải cách chính sách tiền lương, phụ cấp. Theo đó, chính sách tiền lương, phụ cấp phải hợp lý nhằm khuyến khích họ luôn nâng cao trình độ, năng lực công tác và động cơ làm việc.

Do đó, việc nghiên cứu xây dựng chế độ liên quan đến tiền lương, phụ cấp cho những người hoạt động không chuyên trách cấp xã là một vấn đề mang tính cần thiết và lâu dài. Chúng tôi cũng kiến nghị quy định những người hoạt động không chuyên trách cấp xã phải được hưởng phụ cấp chức vụ<sup>23</sup>, phụ cấp theo loại xã và phụ cấp công vụ.

Bên cạnh đó, chúng tôi kiến nghị xem xét chuyển quy định “phụ cấp” cho những người hoạt động không chuyên trách thành “lương” để đảm bảo sự công bằng, vì khi quy định “lương” thì theo thời gian làm việc, “lương” này sẽ tăng theo hệ số của thang, bảng lương chứ không giữ nguyên như quy định mức phụ cấp hiện nay. Hiện tại, khi chưa xây dựng chế độ tiền lương

cho đội ngũ này thì trên cơ sở quỹ phụ cấp được khoán, có thể nghiên cứu xây dựng quy định về thang hệ số phụ cấp cho các chức danh, theo hướng sau thời gian công tác thì mức phụ cấp của các chức danh này có thể tăng lên theo mức hệ số tương ứng.

***Sáu là, bổ sung quy định ưu tiên tuyển dụng và quy định việc xét tuyển chuyển những người không chuyên trách ở cấp xã thành cán bộ, công chức cấp xã.***

Những người hoạt động không chuyên trách cấp xã là một bộ phận của đội ngũ cán bộ cơ sở. Đội ngũ này là lực lượng song hành, kế thừa đội ngũ cán bộ cấp xã, công chức cấp xã. Bởi lẽ sau thời gian công tác, rèn luyện nếu có nhu cầu cần bổ sung đội ngũ cán bộ, công chức cấp xã thì chính quyền các cấp có thể tìm nguồn bổ sung từ chính lực lượng những người hoạt động không chuyên trách cấp xã.

Do đó, cần bổ sung quy định xem xét ưu tiên những người hoạt động không chuyên trách cấp xã trong tuyển dụng làm công chức cấp xã; xem xét bổ sung quy định xét chuyển những người không chuyên trách cấp xã thành cán bộ, công chức cấp xã khi hệ thống chính trị cấp cơ sở có nhu cầu tuyển dụng cán bộ, công chức nếu họ đáp ứng tiêu chuẩn của chức danh cần tuyển dụng.

Vì vậy, chúng tôi kiến nghị bổ sung Nghị định 112/2011/NĐ-CP ngày 05/12/2011 của Chính phủ về công chức xã, phường, thị trấn và Thông tư 06/2012/TT-BNV ngày 30/12/2012 của Bộ Nội vụ hướng dẫn về chức trách, tiêu chuẩn, nhiệm vụ và tuyển dụng công chức xã phường, thị trấn quy định việc tuyển dụng cán bộ, công chức cấp xã từ những người hoạt động không chuyên trách cấp xã hoặc quy định xét chuyển những người hoạt động không chuyên trách cấp xã thành cán bộ, công chức cấp xã.

<sup>23</sup> Trong số các chức danh không chuyên trách cấp xã có các chức danh có chức vụ, ví dụ cấp phó của người đứng đầu các tổ chức chính trị - xã hội.

# ĐÁNH GIÁ TÍNH THÔNG NHẤT GIỮA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 VỚI LUẬT PHÒNG, CHỐNG MUA BÁN NGƯỜI VÀ MỘT SỐ ĐỀ XUẤT

Nguyễn Văn Hương\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, đánh giá tính thống nhất các giữa quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 với các hành vi bị nghiêm cấm trong Luật Phòng, chống mua bán người năm 2011, từ đó đưa ra một số đề xuất sửa đổi, bổ sung các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về vấn đề này.

**Abstract:** The paper analyzes and assesses the coherence among provisions under the 2015 Criminal Code and the 2011 Law on Human Trafficking Prevention and Combat in terms of forbidden conducts. Thereby, it makes some proposals to amend and supplement to such provisions in the 2015 Criminal Code.

Ở Việt Nam, trong những năm gần đây, tội phạm về mua bán người xảy ra khá nhiều và diễn biến rất phức tạp; việc phòng, chống mua bán người trở thành yêu cầu cấp thiết đối với Nhà nước và xã hội. Năm 2011, Luật Phòng, chống mua bán người đã được Quốc hội thông qua và tại Điều 3 quy định 12 loại hành vi về mua bán người và liên quan đến mua bán người bị nghiêm cấm<sup>1</sup>.

Tội phạm mua bán người và các hành vi phạm tội liên quan đến mua bán người cũng được quy định từ rất sớm trong các Bộ luật Hình sự (BLHS) Việt Nam<sup>2</sup>. Trong BLHS năm 2015, các hành vi phạm tội này được quy định khá cụ thể, đồng thời bổ sung thêm tội danh mới. So với BLHS năm 1999, BLHS năm 2015 về cơ bản đã khắc phục được nhiều điểm hạn chế, hỗ trợ Luật Phòng, chống mua bán người thực hiện mục tiêu phòng, chống tội phạm mua bán người có hiệu quả.

\* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> “Điều 3. Các hành vi bị nghiêm cấm

1. Mua bán người theo quy định tại Điều 119 và Điều 120 của Bộ luật Hình sự.

2. Chuyển giao hoặc tiếp nhận người để bóc lột tình dục, cưỡng bức lao động, lấy các bộ phận cơ thể hoặc vì mục đích vô nhân đạo khác.

3. Tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp người để bóc lột tình dục, cưỡng bức lao động, lấy các bộ phận cơ thể hoặc vì mục đích vô nhân đạo khác hoặc để thực hiện hành vi quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này.

4. Cưỡng bức người khác thực hiện một trong các hành vi quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều này.

5. Môi giới để người khác thực hiện một trong các hành vi quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều này.

6. Trả thù, đe dọa trả thù nạn nhân, người làm chứng, người tố giác, người tố cáo, người thân thích

của họ hoặc người ngăn chặn hành vi quy định tại Điều này.

7. Lợi dụng hoạt động phòng, chống mua bán người để trục lợi, thực hiện các hành vi trái pháp luật.

8. Cản trở việc tố giác, tố cáo, khai báo và xử lý hành vi quy định tại Điều này.

9. Kỳ thị, phân biệt đối xử với nạn nhân.

10. Tiết lộ thông tin về nạn nhân khi chưa có sự đồng ý của họ hoặc người đại diện hợp pháp của nạn nhân.

11. Giả mạo là nạn nhân.

12. Hành vi khác vi phạm các quy định của Luật này”.

<sup>2</sup> Xem thêm: Điều 115, 149 BLHS năm 1985; Điều 119, 120 BLHS năm 1999.

## 1. Đánh giá tính thống nhất giữa Bộ luật Hình sự năm 2015 và Luật Phòng, chống mua bán người

Các quy định của BLHS năm 2015 về cơ bản phù hợp, đáp ứng các yêu cầu của Luật Phòng, chống mua bán người. Các hành vi bị nghiêm cấm (có tính nguy hiểm ở mức độ nhất định) trong Luật Phòng, chống mua bán người đều được quy định thành những tội cụ thể trong BLHS năm 2015; thể hiện như sau:

- **Thứ nhất**, hành vi mua bán người được hiểu là hành vi trao đổi con người bằng tiền, tài sản và các phương tiện thanh toán khác. Hành vi này có tính nguy hiểm cao, xâm phạm nghiêm trọng nhân phẩm con người, vì vậy, cần được quy định là tội phạm trong BLHS. BLHS năm 2015 đã khắc phục hạn chế của BLHS năm 1999, bằng cách quy định cụ thể các hành vi liên quan trực tiếp đến mua bán người như: Tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp, chuyển giao hoặc tiếp nhận người để lấy tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác... tại Điều 150 và Điều 151 BLHS năm 2015<sup>3</sup>.

- **Thứ hai**, các hành vi bị nghiêm cấm liên quan đến mua bán người trong Luật Phòng, chống mua bán người được quy định rõ trong BLHS năm 2015. Cụ thể:

+ Hành vi *cưỡng bức người khác thực hiện một trong các hành vi quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người*.

Hành vi này được quy định trong BLHS năm 2015 và tùy trường hợp cụ thể, người thực hiện hành vi phải chịu trách nhiệm hình sự với vai trò là người xúi giục người khác thực hiện tội phạm; là đồng phạm Tội mua bán người hoặc Tội mua bán người dưới 16 tuổi (Điều 150, Điều 151), hoặc các tội khác như Tội bắt, giữ hoặc giam người trái pháp luật (Điều 157); Tội hiếp dâm (Điều 141); Tội cưỡng dâm (Điều 143); hoặc Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác (Điều 134).

+ Hành vi *môi giới để người khác thực hiện một trong các hành vi quy định tại các khoản 1, 2 và 3 Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người*.

Hành vi này được quy định trong BLHS năm 2015 và tùy trường hợp cụ thể, người thực hiện hành vi có thể phải chịu trách nhiệm hình sự với vai trò là người giúp sức cho người khác thực hiện tội phạm; là đồng phạm các Tội mua bán người hoặc Tội mua bán người dưới 16 tuổi (Điều 150, Điều 151), hoặc các tội khác như Tội bắt, giữ hoặc giam người trái pháp luật (Điều 157); Tội hiếp dâm (Điều 141); Tội cưỡng dâm (Điều 143); hoặc Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác (Điều 134).

+ Hành vi *trả thù, đe dọa trả thù nạn nhân, người làm chứng, người tố giác, người tố cáo, người thân thích của họ hoặc người ngăn chặn hành vi quy định tại Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người*.

Hành vi này được quy định trong BLHS năm 2015 và tùy trường hợp cụ thể, người có hành vi *trả thù, đe dọa trả thù* có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về các tội danh khác nhau nếu hành vi này nguy hiểm ở mức độ nhất định có đủ yếu tố cấu thành

<sup>3</sup> Tại Điều 150 và Điều 151 BLHS năm 2015 còn quy định hành vi “*Tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp, chuyển giao hoặc tiếp nhận người (hoặc người dưới 16 tuổi) để bóc lột tình dục, cưỡng bức lao động, lấy bộ phận cơ thể của nạn nhân hoặc vì mục đích vô nhân đạo khác*” cũng là hành vi phạm tội mua bán người. Tuy nhiên, điều này cần phải xem xét lại.

các tội cụ thể như: Tội giết người (Điều 123); Tội đe dọa giết người (Điều 133); Tội cố ý gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác (Điều 134); Tội hủy hoại hoặc cố ý làm hư hỏng tài sản (Điều 178).

+ Hành vi *lợi dụng hoạt động phòng, chống mua bán người để trục lợi, thực hiện các hành vi trái pháp luật theo Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người.*

Hành vi này được quy định trong BLHS năm 2015 và tùy trường hợp cụ thể, người thực hiện hành vi có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về các tội danh khác nhau nếu hành vi nguy hiểm ở mức độ nhất định có đủ yếu tố cấu thành các tội cụ thể. Ví dụ: hành vi lợi dụng chức vụ quyền hạn, lợi dụng hoạt động phòng, chống mua bán người để chiếm đoạt kinh phí sử dụng cho hoạt động phòng, chống mua bán người (có giá trị tài sản từ 2 triệu đồng trở lên...) thì có thể bị xử lý về Tội tham ô tài sản (Điều 353); hành vi lợi dụng chức vụ quyền hạn, lợi dụng hoạt động phòng, chống mua bán người để nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất của người phạm tội mua bán người để bao che, không xử lý hành vi phạm tội... thì có thể bị xử lý về Tội nhận hối lộ (Điều 354) hoặc Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ (Điều 355)...

+ Hành vi *cản trở việc tố giác, tố cáo, khai báo và xử lý hành vi quy định tại Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người.*

Hành vi này được quy định trong BLHS năm 2015 và tùy trường hợp cụ thể, người thực hiện hành vi có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về các tội danh khác nhau. Ví dụ: Hành vi đe dọa giết nạn nhân, nhân chứng hoặc người thân của người có hành vi tố giác, tố cáo hành vi mua bán người... có thể cấu thành Tội đe dọa giết người

(Điều 133); trường hợp người có trách nhiệm khởi tố, truy tố người phạm tội nhưng cố tình không truy cứu trách nhiệm hình sự người có tội, thì hành vi này có thể cấu thành Tội không truy cứu trách nhiệm hình sự người có tội (Điều 369); trường hợp người giám định, người phiên dịch, người làm chứng cố tình khai báo gian dối hoặc cung cấp tài liệu sai sự thật làm cản trở hoạt động điều tra, xử lý tội phạm, thì họ có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về Tội cung cấp tài liệu sai sự thật hoặc khai báo gian dối (Điều 382); trường hợp một người dùng tiền, tài sản hoặc thủ đoạn khác để mua chuộc, cưỡng ép người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật làm cản trở hoạt động điều tra, xử lý tội phạm, thì có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về Tội mua chuộc hoặc cưỡng ép người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật (Điều 384).

+ Hành vi *kỳ thị, phân biệt đối xử với nạn nhân theo Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người.*

Hành vi này được quy định trong BLHS năm 2015 và tùy trường hợp cụ thể, (do tính nguy hiểm) của hành vi kỳ thị như: chê bai, nói xấu, bêu riếu hoặc có hành vi, cử chỉ có tính chất xúc phạm danh dự, nhân phẩm nạn nhân bị mua bán, hoặc có hành vi phân biệt, đối xử không công bằng gây thiệt hại về quyền, lợi ích của nạn nhân thì người thực hiện hành vi có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về Tội làm nhục người khác (Điều 155) hoặc Tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng (Điều 360). Ví dụ: Bác sĩ, y tá có trách nhiệm chăm sóc, khám chữa bệnh cho nạn nhân bị mua bán (được hồi hương) nhưng có hành vi xúc phạm, phân biệt đối xử, không làm hết trách nhiệm được giao, gây bức xúc, phẫn nộ trong cộng

đồng, hoặc làm cho nhiều nạn nhân bị tổn hại nghiêm trọng sức khỏe...

+ Hành vi *tiết lộ thông tin về nạn nhân khi chưa có sự đồng ý của họ hoặc người đại diện hợp pháp của nạn nhân* theo Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người.

Hành vi này được quy định trong BLHS năm 2015 và tùy trường hợp cụ thể, người thực hiện hành vi có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về Tội cố ý làm lộ bí mật công tác; Tội chiếm đoạt, mua bán hoặc tiêu hủy tài liệu bí mật công tác (Điều 361), hoặc Tội vô ý làm lộ bí mật công tác; Tội làm mất tài liệu bí mật công tác (Điều 362).

+ Hành vi *giả mạo là nạn nhân* theo Điều 3 Luật Phòng, chống mua bán người.

Việc giả mạo là nạn nhân của tội mua bán người thường nhằm mục đích được hưởng chế độ hỗ trợ của Nhà nước, cơ quan, tổ chức và các nhà hảo tâm. Vì vậy, người thực hiện hành vi giả mạo là nạn nhân của tội mua bán người có thể bị xử lý về Tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản theo Điều 174.

+ Hành vi *khác vi phạm các quy định của Luật Phòng, chống mua bán người*.

Hành vi này không liên quan trực tiếp đến việc mua bán người, mà có thể là hành vi của người có thẩm quyền trong việc tiếp nhận tin báo tội phạm, xác minh nạn nhân, giải cứu, bảo vệ nạn nhân, bảo vệ bí mật thông tin về nạn nhân, hoặc có hành vi vi phạm trong việc thực hiện nhiệm vụ như chậm trễ, thiếu trách nhiệm, không kịp thời ngăn chặn, bắt giữ tội phạm, giải cứu nạn nhân... Hành vi này tùy trường hợp cụ thể có thể bị coi là tội phạm như Tội thiếu trách nhiệm gây hậu quả nghiêm trọng theo Điều 360.

- **Thứ ba**, quy định của BLHS năm 2015 đảm bảo sự phân hoá trong việc xử lý

các hành vi phạm tội mua bán người. Cụ thể:

+ Trong BLHS năm 2015, tội mua bán người, tội mua bán người dưới 16 tuổi được quy định thành ba khung hình phạt thay vì hai khung hình phạt như trong BLHS năm 1999; đồng thời rút ngắn khoảng cách giữa mức hình phạt thấp nhất và mức hình phạt cao nhất trong khung. Ví dụ, khoản 2 Điều 119 BLHS năm 1999 có mức hình phạt “... từ từ năm năm đến hai mươi năm”; thì tại khoản 2 Điều 150 BLHS năm 2015 mức hình phạt được quy định “... từ từ 08 năm đến 15 năm”.

+ Trong BLHS năm 2015, các dấu hiệu định khung hình phạt của tội mua bán người, tội mua bán người dưới 16 tuổi được cơ cấu lại theo hướng phù hợp với tính chất mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội và có sự bổ sung một số dấu hiệu định khung hình phạt mới.

Việc cơ cấu lại khung hình phạt, bổ sung một số dấu hiệu định khung hình phạt tăng nặng là tiền đề cho việc cân nhắc, đánh giá, sắp xếp lại các dấu hiệu định khung hình phạt cho phù hợp với tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội. Ví dụ, Tội mua bán người (Điều 119 BLHS năm 1999) có hai dấu hiệu định khung hình phạt tăng nặng là “*phạm tội nhiều lần*” và phạm tội “*có tính chất chuyên nghiệp*”, được quy định trong cùng một khung hình phạt (khoản 2 Điều 119). Đây là hai trường hợp phạm tội có tính nguy hiểm rất khác nhau. Đối với trường hợp “*phạm tội nhiều lần*” chỉ đòi hỏi người phạm tội thực hiện cùng một tội phạm từ *hai lần trở lên*, trong khi trường hợp phạm tội “*có tính chất chuyên nghiệp*” đòi hỏi người phạm tội phải thực hiện cùng

một tội từ năm lần trở lên<sup>4</sup>. Trong BLHS năm 2015, các dấu hiệu định khung hình phạt nêu trên đã được quy định tại các khoản khác nhau (khoản 2 và khoản 3 Điều 150) và điều này phù hợp với tính nguy hiểm của hành vi phạm tội, qua đó cho phép việc áp dụng được chính xác.

Mặt khác, trên thực tiễn, hành vi phạm tội mua bán người trong những trường hợp nhất định (chứa đựng những tình tiết) làm cho hành vi có tính nguy hiểm cao hơn nhiều so với trường hợp bình thường, nhưng những tình tiết này chưa được quy định là dấu hiệu định khung hình phạt tăng nặng trong BLHS năm 1999. Ví dụ các tình tiết: *Gây rối loạn tâm thần và hành vi của nạn nhân; gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của nạn nhân; làm nạn nhân chết hoặc tự sát; tái phạm nguy hiểm...*; trong BLHS năm 2015 đã được quy định là dấu hiệu định khung hình phạt tăng nặng của các tội phạm về mua bán người<sup>5</sup>.

Việc cơ cấu lại các khung hình phạt, bổ sung một số dấu hiệu định khung hình phạt tăng nặng mới cho thấy, quy định về hình phạt đối với tội mua bán người trong BLHS năm 2015 là phù hợp, đảm bảo sự phân hoá tội phạm, tránh việc tùy tiện, lạm dụng trong thực tiễn.

- **Thứ tư**, BLHS năm 2015 đã tách các hành vi *mua bán, đánh tráo hoặc chiếm đoạt trẻ em* (Điều 120 BLHS năm 1999) tương ứng với các tội danh mới.

Các hành vi: *mua bán, đánh tráo hoặc chiếm đoạt trẻ em* (người dưới 16 tuổi) có

tính nguy hiểm khác nhau, được thực hiện bằng những cách thức, thủ đoạn khác nhau... Vì vậy, việc tách các hành vi này và quy định thành tội danh cụ thể, tại các điều luật khác nhau với khung và mức hình phạt khác nhau là rất cần thiết.

- **Thứ năm**, BLHS năm 2015 đã bổ sung tội danh mới: *Tội mua bán, chiếm đoạt mô hoặc bộ phận cơ thể người* (Điều 154).

Trong những năm gần đây, việc mua bán mô, tạng, bộ phận cơ thể người trên thế giới cũng như ở Việt Nam diễn biến rất phức tạp, gây ra những hậu quả xấu đối với sức khỏe, tính mạng con người, cũng như trật tự an toàn xã hội. Hành vi mua bán mô, tạng, bộ phận cơ thể người tuy không phải là mua bán người, nhưng có liên quan đến việc mua bán người, như trường hợp nạn nhân bị mua bán để lấy bộ phận cơ thể, bị lừa dối, thậm chí bị “trộm cắp” mô, tạng, bộ phận cơ thể. Mặt khác, hành vi này cũng là một trong những hành vi bị nghiêm cấm trong *Luật Hiến, lấy, ghép mô, bộ phận cơ thể người và hiến, lấy xác*<sup>6</sup>. Vì vậy, việc bổ sung tội danh quy định về việc chiếm đoạt, mua bán mô tạng, bộ phận cơ thể người là cần thiết.

## 2. Những hạn chế, bất cập của Bộ luật Hình sự năm 2015 về tội mua bán người cần sửa đổi, bổ sung

Bên cạnh các quy định phù hợp, đáp ứng yêu cầu của Luật Phòng chống mua bán người, BLHS năm 2015 cũng bộc lộ những điểm hạn chế, bất cập cần được sửa đổi, bổ sung.

- **Một là**, việc mô tả các hành vi của tội mua bán người, tội mua bán người dưới 16 tuổi trong cấu thành tội phạm của các tội

<sup>4</sup> Xem thêm: Điều 2 Thông tư số 01/2013/TTLT/TANDTC-VKSNDTC-BCA-BQP-BTP ngày 23/07/2013 Hướng dẫn việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người có hành vi mua bán người; mua bán, đánh tráo hoặc chiếm đoạt trẻ em.

<sup>5</sup> Xem thêm: Các điều 150, 151 BLHS năm 2015.

<sup>6</sup> Xem: Điều 11 Luật Hiến, lấy, ghép mô, bộ phận cơ thể người và hiến, lấy xác năm 2006.

này như: tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp, chuyển giao hoặc tiếp nhận người để lấy tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác là rất cần thiết. Tuy nhiên, trong cấu thành tội phạm của các tội này các hành vi *tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp, chuyển giao hoặc tiếp nhận người để bóc lột tình dục, cưỡng bức lao động, lấy bộ phận cơ thể của nạn nhân hoặc vì mục đích vô nhân đạo khác* cũng bị coi là phạm tội mua bán người, tội mua bán người dưới 16 tuổi là không hợp lý. Bởi vì, theo Từ điển tiếng Việt, mua bán là hoạt động trao đổi các đối tượng bằng tiền, tài sản hoặc các phương tiện thanh toán khác<sup>7</sup>. Vì vậy, hành vi *tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp, chuyển giao hoặc tiếp nhận người để giao, nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác (điểm a và c khoản 1 Điều 150, 151 BLHS năm 2015)* là hành vi tổ chức, giúp sức cho người khác – hành vi đồng phạm của Tội mua bán người. Hành vi *tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp, chuyển giao hoặc tiếp nhận người để bóc lột tình dục, cưỡng bức lao động, lấy bộ phận cơ thể của nạn nhân hoặc vì mục đích vô nhân đạo khác (điểm b và c khoản 1 Điều 150, 151 BLHS năm 2015)* **không thể bị coi là hành vi mua bán người, mua bán người dưới 16 tuổi<sup>8</sup>, bởi không có tính chất, đặc**

**điểm của hành vi mua bán.** Các hành vi này chính là hành vi tổ chức, giúp sức cho người khác – hành vi đồng phạm của Tội mua bán, chiếm đoạt mô hoặc bộ phận cơ thể người (trong trường hợp *lấy bộ phận cơ thể của nạn nhân*), Tội hiếp dâm hoặc Tội chứa mại dâm (trong trường hợp *bóc lột tình dục*), Tội cưỡng bức lao động, Tội bắt, giữ, giam người trái pháp luật (trong trường hợp *cưỡng bức lao động*), Tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm (trong trường hợp *tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp, chuyển giao hoặc tiếp nhận người để sử dụng vào mục đích vô nhân đạo khác*). Quy định như tại điểm b khoản 1 Điều 150, 151 BLHS năm 2015 hiện nay dẫn đến tình trạng trùng lặp, chồng chéo, gây khó khăn cũng như áp dụng không chính xác. Vì vậy, chúng tôi đề xuất sửa Điều 150, 151 BLHS năm 2015 theo hướng bỏ quy định tại điểm b khoản 1 của hai điều luật này. Cụ thể là:

“**Điều 150. Tội mua bán người<sup>9</sup>**

1. Người nào dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực, lừa gạt hoặc bằng thủ đoạn khác thực hiện một trong các hành vi sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm:

a) *Chuyển giao hoặc tiếp nhận người để giao, nhận tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác;*

c) *Tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp người khác để thực hiện hành vi quy định tại điểm a khoản này.*

2. Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 08 năm đến 15 năm:

(Xem tiếp trang 36)

<sup>7</sup> Xem thêm: Từ điển tiếng Việt, Viện Ngôn ngữ học, Nxb. Đà Nẵng, năm 2000, tr.31, 647.

<sup>8</sup> Tiến hành khảo sát với 100 giảng viên, nghiên cứu viên và các thẩm phán của một số Tòa án trên địa bàn Hà Nội, kết quả cho thấy: Với câu hỏi (câu hỏi số 10): “*Anh/chị đồng ý hay không đồng ý cho rằng, các hành vi tuyển mộ, vận chuyển, chứa chấp người nhằm mục đích bóc lột tình dục, cưỡng bức lao động, lấy bộ phận cơ thể không thể bị xét xử theo các tội danh mua bán người trong BLHS Việt Nam?*”. Với câu hỏi này, có 70/100 người được hỏi trả lời đồng ý và 29/100 người không đồng ý. Với câu hỏi tiếp theo: “*Nếu đồng ý với câu hỏi số 10 (câu trên) thì đồng ý hay không đồng ý cho rằng, BLHS phải tội phạm hóa thêm các hành vi này?*”. Với câu hỏi này có

64/100 người được hỏi trả lời đồng ý và 4/100 người không đồng ý (32 người không trả lời câu hỏi này).

<sup>9</sup> Tương tự Điều này là phương án đề xuất hoàn thiện Điều 151 - Tội mua bán người dưới 16 tuổi.

# QUYỀN ĐÒI LẠI TÀI SẢN CỦA CHỦ SỞ HỮU THEO QUY ĐỊNH TẠI ĐIỀU 167 VÀ 168 BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Nguyễn Thanh Phúc\*

**Tóm tắt:** *Biện pháp bảo vệ quyền sở hữu là cách thức mà Nhà nước và chủ sở hữu sử dụng đối với những hành vi xâm hại đến quyền sở hữu, khắc phục thiệt hại cho chủ sở hữu. Bài viết đề cập biện pháp bảo vệ quyền sở hữu là quyền đòi lại tài sản của chủ sở hữu theo quy định tại Điều 167 và 168 Bộ luật Dân sự năm 2015.*

**Abstract:** *Measures for protection of ownership rights are means employed by the State and owner to guard against infringement of ownership rights, remedy the damage for the owner. The paper mentions about the right to reclaim property of the owner, as a measure to protect ownership rights, under Article 167 and 168 of the 2015 Civil Code.*

## 1. Chủ sở hữu, người chiếm hữu ngay tình và người thứ ba ngay tình

### a) Chủ sở hữu

Theo quy định tại Điều 158 Bộ luật Dân sự (BLDS) 2015, thì chủ sở hữu là cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác có đủ ba quyền là quyền chiếm hữu, quyền sử dụng, quyền định đoạt tài sản. Quy định này mang tính liệt kê các đối tượng cụ thể và ba quyền năng khi trở thành chủ sở hữu. Ngoài ra, thuật ngữ “*chủ sở hữu*” cũng được đề cập trong một số tài liệu<sup>1</sup>. Nhìn chung, các quan

điểm đều thống nhất cho rằng: *Chủ sở hữu là người có tài sản thuộc sở hữu hợp pháp của mình, được xác lập theo những căn cứ do BLDS quy định và có đầy đủ các quyền năng chiếm hữu, sử dụng, định đoạt đối với tài sản đó.*

### b) Người chiếm hữu ngay tình và người thứ ba ngay tình

#### - Người chiếm hữu ngay tình

Người chiếm hữu ngay tình là người chiếm hữu có căn cứ để tin rằng mình có quyền đối với tài sản đang chiếm hữu (Điều 180 BLDS 2015). Như vậy, việc xác định yếu tố ngay tình phải căn cứ vào ý chí chủ quan của người chiếm hữu. Tuy nhiên, như thế nào là “*có căn cứ*” thì không có điều luật nào giải thích.

#### - Người thứ ba ngay tình

Có một số quan điểm cho rằng, người thứ ba ngay tình phải là người không biết hoặc không buộc phải biết mình tham gia giao dịch dân sự (GDĐS) với người không có quyền định đoạt tài sản<sup>2</sup>. Trong BLDS

\* ThS., Trường Đại học Thủ Dầu Một.

<sup>1</sup> “*Chủ sở hữu là người có tài sản thuộc sở hữu hợp pháp của mình*” (Lê Đình Nghị (chủ biên) (2009), *Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam – tập 1*, Nxb. Giáo dục Việt Nam, Hà Nội, tr.186), “*Chủ sở hữu là chủ thể có các quyền chiếm hữu, sử dụng, định đoạt đối với một tài sản, một khối tài sản được pháp luật thừa nhận*” (Viện Khoa học pháp lý (2006), *Từ điển luật học*, Nxb. Tư pháp – Nxb. Từ điển Bách khoa, Hà Nội, tr.146) và “*Đối với những tài sản hữu hình thì chủ thể quyền sở hữu là những người có trong tay các tài sản theo quy định tại Chương X, Phần thứ hai BLDS thuộc quyền sở hữu của mình được xác lập theo những căn cứ do BLDS quy định...Đối với những tài sản vô hình (quyền sở hữu trí tuệ) thì chủ thể quyền sở hữu là những người được pháp luật công nhận*” (Trường đại học Luật Hà Nội (2014), *Giáo trình Luật Dân sự Việt Nam – tập 1*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr.190-191).

<sup>2</sup> Xem thêm Vũ Thị Hồng Yến (2007), “*Bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi chủ sở hữu kiện đòi lại tài sản*”, Hội thảo khoa học cấp trường do Bộ môn Luật Dân sự - Khoa Luật Dân sự - Đại học Luật Hà Nội tổ chức ngày 11/12/2007,

2015, khái niệm “người thứ ba ngay tình” không được đưa ra, mà thuật ngữ này chỉ được đề cập tại Điều 133 BLDS 2015. Điều 167 và 168 BLDS 2015 có nhắc đến “người chiếm hữu ngay tình” nhưng cũng chưa có cơ sở khẳng định “người thứ ba ngay tình” có phải là “người chiếm hữu ngay tình” hay không.

Điều 18 Nghị định số 126/2014/NĐ-CP ngày 31/12/2014 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Hôn nhân và Gia đình 2014 quy định, **người thứ ba được coi là ngay tình** trong trường hợp xác lập, thực hiện giao dịch với vợ hoặc chồng đối với tài sản chung của họ mà người vợ hoặc người chồng không cho người thứ ba biết về thông tin liên quan đến chế độ tài sản của vợ chồng theo thỏa thuận. Đồng thời, nếu người thứ ba đã được vợ, chồng cung cấp thông tin mà vẫn xác lập, thực hiện giao dịch trái với những thông tin đó hoặc vợ chồng đã công khai thỏa thuận liên quan đến việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản và **người thứ ba biết hoặc phải biết** nhưng vẫn xác lập, thực hiện giao dịch trái với thỏa thuận của vợ chồng thì được xác định là không ngay tình. Quy định này cũng tương tự như các quan điểm nêu trên, nghĩa là *người thứ ba không biết hoặc không buộc phải biết mình tham gia GDDS với người không có toàn quyền định đoạt tài sản (tài sản chung của vợ chồng theo thỏa thuận nhưng chỉ có một người xác lập, thực*

*hiện GDDS với người thứ ba) mới được xác định là người thứ ba ngay tình.*

Khi nói về quyền đòi lại tài sản từ người chiếm hữu ngay tình, Điều 168 BLDS 2015 có dẫn chiếu đến khoản 2 Điều 133 về bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi GDDS vô hiệu. Như vậy, có thể hiểu, BLDS “ngâm” khẳng định “người chiếm hữu ngay tình” đã bao gồm “người thứ ba ngay tình”.

## 2. Tài sản đòi lại là động sản và bất động sản

Khi xây dựng chế định kiện đòi lại tài sản, các nhà làm luật Việt Nam đã cân nhắc trong việc bảo đảm hài hòa giữa yêu cầu bảo vệ chủ sở hữu với bảo vệ quyền lợi chính đáng của người chiếm hữu ngay tình, cũng như bảo đảm tính ổn định trong giao lưu dân sự. Vì vậy, nguyên tắc kiện đòi tài sản trong BLDS 2015 một mặt dựa vào tiêu chí phân biệt giữa người chiếm hữu ngay tình và người chiếm hữu không ngay tình; mặt khác, dựa vào việc phân định giữa tài sản là động sản và bất động sản, tài sản phải đăng ký quyền sở hữu và không phải đăng ký quyền sở hữu. Do đó, trong một số trường hợp, chủ sở hữu có thể không lấy lại được tài sản.

a) *Tài sản là động sản không phải đăng ký quyền sở hữu*

BLDS 2015 không xác định rõ động sản nào không phải đăng ký quyền sở hữu mà dùng phương pháp loại trừ: “*Quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản là động sản không phải đăng ký, trừ trường hợp pháp luật về đăng ký tài sản có quy định khác*” (khoản 2 Điều 106). Theo quy định này, chỉ trong trường hợp pháp luật khác có quy định thì động sản mới phải đăng ký quyền sở hữu. Cũng có quan điểm cho rằng: “*Tài sản không phải đăng ký quyền sở hữu là tài*

<http://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2008/01/03/235-2-2/>, truy cập ngày 11/12/2016; Hoàng Thế Liên (chủ biên) (2013), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự năm 2005 – tập 1*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.333; Nguyễn Văn Cường và Nguyễn Minh Hằng (2011), *Giao dịch về quyền sử dụng đất vô hiệu – Pháp luật và thực tiễn xét xử*, Nxb. Thông tin và truyền thông, Hà Nội, tr.128.

sản theo quy định của pháp luật chủ sở hữu không phải đăng ký quyền sở hữu tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền”<sup>3</sup>. Như vậy, khó có thể biết được động sản nào không phải đăng ký quyền sở hữu.

b) Tài sản là động sản phải đăng ký quyền sở hữu và bất động sản

- Tài sản là động sản phải đăng ký quyền sở hữu.

Như đã trình bày ở trên, đối với tài sản là động sản thì việc đăng ký quyền sở hữu tùy theo quy định của pháp luật. Đối chiếu với các văn bản pháp luật về động sản thì những động sản phải đăng ký quyền sở hữu bao gồm: Phương tiện tham gia giao thông đường bộ (Luật Giao thông đường bộ 2008); bảo vật quốc gia (Luật Di sản văn hóa 2001 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Di sản văn hóa 2009); tàu bay (Luật Hàng không dân dụng Việt Nam 2006 và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Hàng không dân dụng Việt Nam 2014); tàu biển (Bộ luật Hàng hải 2015); phương tiện giao thông đường sắt (Luật Đường sắt 2005); tàu cá (Nghị định số 52/2010/NĐ-CP ngày 17/5/2010 của Chính phủ về nhập khẩu tàu cá và Nghị định số 53/2012/NĐ-CP ngày 20/6/2012 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định về lĩnh vực thủy sản); vũ khí, vật liệu nổ, công cụ hỗ trợ (Pháp lệnh Quản lý, sử dụng vũ khí, vật liệu nổ và công cụ hỗ trợ 2011). Việc phân biệt động sản không phải đăng ký quyền sở hữu và động sản phải đăng ký quyền sở hữu có ý nghĩa quan trọng để xác định những trường hợp chủ sở hữu đòi lại được tài sản mà không thuộc trường hợp ngoại lệ theo Điều 167 (động sản không

phải đăng ký quyền sở hữu) hoặc theo Điều 168 BLDS 2015 (động sản phải đăng ký quyền sở hữu).

- Tài sản là bất động sản

BLDS 2015 đưa ra khái niệm bất động sản theo hướng liệt kê và theo hướng mở, đó là: “Đất đai; nhà, công trình xây dựng gắn liền với đất đai; tài sản khác gắn liền với đất đai, nhà, công trình xây dựng; tài sản khác theo quy định của pháp luật” (khoản 1 Điều 107). Do đó, một số tài sản khác mà pháp luật quy định cũng được xác định là bất động sản, ví dụ như quyền sử dụng đất (khoản 4 Điều 5 Luật Kinh doanh bất động sản 2014).

Khoản 1 Điều 106 BLDS 2015 quy định: Đối với tài sản là bất động sản thì phải đăng ký theo quy định của BLDS và pháp luật về đăng ký tài sản. Nghĩa là, tất cả các bất động sản đều phải đăng ký quyền sở hữu. Căn cứ quy định này, có thể hiểu bất động sản tại Điều 168 BLDS 2015 thuộc trường hợp phải đăng ký quyền sở hữu. Tuy nhiên, có thể có bất động sản không phải đăng ký quyền sở hữu. Cụ thể, Điều 95 Luật Đất đai 2013 quy định đăng ký đất đai là bắt buộc đối với người sử dụng đất và người được giao đất để quản lý, còn đăng ký quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất là không bắt buộc mà được thực hiện theo yêu cầu của chủ sở hữu.

### **3. Các trường hợp chủ sở hữu có quyền đòi lại tài sản từ người chiếm hữu ngay tình**

#### **3.1. Trường hợp động sản không phải đăng ký quyền sở hữu**

Theo Điều 167 BLDS 2015, chủ sở hữu có quyền đòi lại động sản không phải đăng ký quyền sở hữu từ người chiếm hữu ngay tình nếu người này nhận được động sản thông qua hợp đồng không có đền bù với

<sup>3</sup> Trường đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh (2014), *Giáo trình pháp luật về tài sản, quyền sở hữu tài sản và thừa kế*, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, tr.27.

người không có quyền định đoạt tài sản hoặc động sản bị chiếm hữu ngoài ý chí của chủ sở hữu (bị lấy cắp, bị mất...). Ngược lại, chủ sở hữu sẽ không đòi được động sản không phải đăng ký quyền sở hữu từ người chiếm hữu ngay tình nếu thuộc một trong các trường hợp ngoại lệ, đó là: Động sản không phải đăng ký quyền sở hữu rời khỏi chủ sở hữu theo ý chí của chủ sở hữu (chủ sở hữu cho mượn, cho thuê, gửi giữ...); người chiếm hữu ngay tình nhận được động sản thông qua hợp đồng có đền bù (hợp đồng mua bán tài sản...) với người không có quyền định đoạt tài sản.

Tương tự Điều 167 BLDS 2015, BLDS Liên bang Nga cũng quy định về quyền đòi tài sản khi tài sản bị chiếm hữu ngoài ý chí của chủ sở hữu: “*Chủ sở hữu có quyền đòi lại tài sản trong trường hợp tài sản bị chủ sở hữu hoặc người được chủ sở hữu chuyển cho đã đánh rơi hoặc bị mất trộm hoặc người khác chiếm hữu bằng các phương thức khác trái với ý chí của chủ sở hữu hoặc người chiếm hữu hợp pháp*” (khoản 1 Điều 302)<sup>4</sup>; BLDS Nhật Bản có quy định quyền đòi tài sản nếu tài sản bị chiếm hữu ngoài ý chí của chủ sở hữu nhưng cho phép có ngoại lệ. Theo đó, người thứ ba mua tài sản bị mất hoặc bị trộm cắp tại địa điểm bán đấu giá một cách ngay tình hoặc mua ngoài chợ hoặc mua từ những người buôn bán hàng hóa cùng loại, thì người bị mất hoặc bị trộm cắp tài sản sẽ không thể lấy lại tài sản nếu

không hoàn trả tiền cho người chiếm hữu tài sản đó (Điều 194)<sup>5</sup>.

### **3.2. Trường hợp động sản phải đăng ký quyền sở hữu hoặc bất động sản**

Theo quy định tại Điều 168 BLDS 2015, chủ sở hữu có quyền đòi lại động sản phải đăng ký quyền sở hữu hoặc bất động sản từ người chiếm hữu ngay tình nếu không thuộc trường hợp ngoại lệ quy định tại khoản 2 Điều 133 BLDS 2015. Đó là các trường hợp:

\* *Trường hợp 1:* Người thứ ba ngay tình được chuyển giao tài sản thông qua GDDS và tài sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước (CQNN) có thẩm quyền trước khi chuyển giao.

Với trường hợp này, BLDS 2015 bổ sung đối tượng của GDDS là tài sản phải đăng ký quyền sở hữu và tài sản đó đã được đăng ký tại CQNN có thẩm quyền, sau đó được chuyển giao bằng một GDDS khác cho người thứ ba ngay tình, và người này căn cứ vào việc đăng ký đó mà xác lập, thực hiện giao dịch thì giao dịch đó không bị vô hiệu; nghĩa là, chủ sở hữu không có quyền đòi lại tài sản. Ở đây cần xem xét các vấn đề sau:

- *Thứ nhất*, một chủ thể được đăng ký quyền sở hữu đối với tài sản tại CQNN có thẩm quyền có thật sự là chủ sở hữu đích thực của tài sản đó? Thực tế, có nhiều trường hợp người đăng ký quyền sở hữu không phải là chủ sở hữu tài sản, bởi: “*hệ thống đăng ký quyền sở hữu đối với tài sản của pháp luật Việt Nam chưa thực sự đảm bảo, việc gian lận trong cung cấp thông tin, cung cấp giấy tờ hợp pháp, ... của chủ thể đi thực hiện việc đăng ký quyền sở hữu đối với*

<sup>4</sup> Nguyễn Minh Tuấn (2007), “*Quy định kiện đòi tài sản theo pháp luật Việt Nam và của một số nước trên thế giới*”, Hội thảo khoa học cấp trường do Bộ môn Luật Dân sự - Khoa Luật Dân sự - Đại học Luật Hà Nội tổ chức ngày 11/12/2007, <http://luatminhkhue.vn/dan-su-1/quy-dinh-khoi-kien-doi-tai-san-theo-phap-luat-viet-nam-va-mot-so-nuoc-tren-the-gioi.aspx>, truy cập ngày 11/12/2016.

<sup>5</sup> Japan International Cooperation Agency (1999), *Luật Nhật Bản*, Tập II, 1998, Nxb. Thanh niên, Hà Nội, tr.242.

tài sản cũng như những bất cập trong quá trình thực hiện xác nhận đăng ký quyền sở hữu đối với tài sản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền dẫn đến việc, nếu trong mọi trường hợp chỉ dựa vào việc đăng ký này mà bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi tham gia giao dịch mà không quan tâm đến lợi ích, quyền lợi của chủ sở hữu đích thực – người đáng lý ra phải được bảo vệ trong những quyết định chưa có sự chính xác của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là không phù hợp”<sup>6</sup> và “...chủ sở hữu được đòi lại bất động sản trừ trường hợp người thứ ba chiếm hữu ngay tình nhận được tài sản thông qua bán đấu giá hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị sửa, hủy. Thực tiễn áp dụng quy định này thì đối với quyết định công nhận quyền sử dụng đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã gây thiệt hại nghiêm trọng đến quyền lợi của người dân, như những trường hợp cấp sai Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho chủ thể”<sup>7</sup>. Như vậy, quy định này tuy hướng đến việc bảo vệ tốt hơn quyền lợi của người thứ ba ngay tình và tăng trách nhiệm của CQNN có thẩm quyền trong việc đăng ký quyền sở hữu, nhưng lại chưa giải quyết thỏa đáng quyền lợi của chủ sở hữu khi hệ thống đăng ký quyền sở hữu của nước ta còn nhiều hạn chế, hoạt động chưa thật sự hiệu quả. Theo tác giả, nội dung này nên được hiểu theo hướng: “Tài

sản đã được đăng ký tại cơ quan nhà nước có thẩm quyền” **phải theo đúng thủ tục luật định**, tức là ngoài đúng về thẩm quyền, còn phải đúng về căn cứ xác lập, điều kiện, hồ sơ... để được đăng ký quyền sở hữu.

- Thứ hai, hiểu thuật ngữ “chuyển giao” như thế nào cho đúng? Việc đưa tài sản vào giao dịch thế chấp, cầm cố, mượn, gửi giữ có được xem là “chuyển giao” tài sản theo điều luật này hay không? Khoản 10 Điều 3 Luật Đất đai 2013 quy định: “*Chuyển quyền sử dụng đất là việc chuyển giao quyền sử dụng đất từ người này sang người khác thông qua các hình thức chuyển đổi, chuyển nhượng, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất và góp vốn bằng quyền sử dụng đất*”. Theo điều luật này, “chuyển giao” chính là chuyển quyền sở hữu (quyền sử dụng đất). Một số tác giả có cùng quan điểm khi nhận định: “chuyển giao” tài sản theo tinh thần chung của BLDS 2015 là chuyển giao quyền sở hữu tài sản thông qua hợp đồng mua bán, trao đổi, tặng cho, cho vay, hợp đồng chuyển quyền sở hữu khác<sup>8</sup>. Với cách hiểu như vậy và theo quy định của Luật Đất đai thì việc sửa đổi thuật ngữ “hợp đồng” (BLDS 2005) thành “giao dịch” (BLDS 2015) không có ý nghĩa, vì “chuyển giao” cũng đồng thời hạn chế một số giao dịch như “hợp đồng” theo quy định của BLDS 2005. Vì vậy, cần có văn bản hướng dẫn cách hiểu thuật ngữ “chuyển giao” theo

<sup>6</sup> Trần Thị Huệ và Chu Thị Lam Giang (2016), “*Một số bất cập trong quy định tại Điều 133 Bộ luật Dân sự năm 2015 về bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu*”, Tạp chí Tòa án nhân dân, kỳ II, tháng 07/2016, Hà Nội, tr.33.

<sup>7</sup> Bộ Tư pháp (2013), *Báo cáo số 151/BC-BTP ngày 15/7/2013 về tổng kết thi hành BLDS*, Hà Nội.

<sup>8</sup> Xem thêm Bùi Đức Giang (2016), “*Mong manh cơ chế bảo vệ bên thứ ba ngay tình*”, <http://www.the-sai-gontimes.vn/146581/Mong-manh-co-che-bao-ve-ben-thu-ba-ngay-tinh.html>, truy cập ngày 11/12/2016; Vũ Thị Thanh Huyền (2016), “*Bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình trong giao dịch dân sự*”, <http://tcdepl.moj.gov.vn/UserControls/News/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/qt/tintuc/Lists/XayDungPhapLuat&ListId=&SiteId=&ItemID=270&OptionLogo=0&SiteRootID=>, truy cập ngày 09/3/2017.

hướng không phải là “chuyển quyền sở hữu” cho một bên trong giao dịch.

\* *Trường hợp 2*: Người thứ ba ngay tình nhận được tài sản thông qua bán đấu giá từ một cuộc bán đấu giá của Trung tâm dịch vụ đấu giá tài sản, hoặc doanh nghiệp đấu giá tài sản theo Luật Đấu giá tài sản 2016 (có hiệu lực từ ngày 01/7/2017); hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của CQNN có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa, và tài sản thuộc trường hợp phải đăng ký quyền sở hữu mà chưa được đăng ký tại CQNN có thẩm quyền trước khi bán đấu giá hoặc giao dịch. Có hai vấn đề đặt ra:

- *Thứ nhất*, BLDS quy định chủ sở hữu không thể đòi lại tài sản khi người thứ ba ngay tình nhận được tài sản “thông qua bán đấu giá”, nhưng không cho biết quy định này được áp dụng cho mọi trường hợp bán đấu giá hay chỉ áp dụng đối với việc bán đấu giá được tiến hành đúng quy định? Ví dụ, trong một vụ án được giám đốc thẩm, Hội đồng thẩm phán (HĐTP) nhận định: “*Khi giải quyết lại vụ án cần xem xét việc bán đấu giá tài sản có đúng quy định của pháp luật hay không; nếu bán đấu giá tài sản đã xong mà việc bán đấu giá đó đúng quy định của pháp luật thì phải bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người mua ngay tình thông qua bán đấu giá tài sản theo quy định tại khoản 2 Điều 138 BLDS năm 2005...; nếu bán đấu giá tài sản không đúng quy định thì không công nhận kết quả bán đấu giá...*”<sup>9</sup>. Như vậy, HĐTP đã theo hướng chỉ công nhận kết quả bán đấu giá nếu “*việc bán đấu giá đó đúng quy định của*

*pháp luật*”. Nghĩa là, trường hợp ngược lại, việc bán đấu giá không đúng quy định của pháp luật thì không được công nhận.

Tuy nhiên, trong một vụ án khác, Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao lại xác định theo hướng khác: “*...Có đơn khiếu nại nhưng Phòng Thi hành án vẫn tiến hành bán đấu giá là không đúng*” và “*Việc ông Tám mua tài sản bán đấu giá của Phòng Thi hành án là ngay tình nên quyền lợi của ông Tám phải được bảo vệ và chỉ xem xét về lỗi để buộc các bên có lỗi thanh toán cho nguyên đơn*”<sup>10</sup>. Trong vụ án này, mặc dù Tòa án khẳng định việc bán đấu giá không đúng quy định, nhưng vì ông Tám ngay tình nên vẫn được bảo vệ quyền lợi và chủ sở hữu ban đầu không đòi được tài sản.

Liên quan đến việc bán đấu giá tài sản, khoản 3 Điều 7 Luật Đấu giá tài sản 2016 quy định: “*Trường hợp có bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc sửa đổi một phần hoặc hủy bỏ toàn bộ các quyết định liên quan đến tài sản đấu giá trước khi tài sản được đưa ra đấu giá nhưng trình tự, thủ tục đấu giá tài sản bảo đảm tuân theo quy định của Luật này thì tài sản đó vẫn thuộc quyền sở hữu của người mua được tài sản đấu giá ngay tình, trừ trường hợp kết quả đấu giá tài sản bị hủy theo quy định tại Điều 72 của Luật này*”. Theo quy định này, thủ tục bán đấu giá đúng quy định của pháp luật thì người mua sẽ nhận được tài sản. Một số ý kiến cũng cho rằng, chủ sở hữu không đòi được tài sản khi người thứ ba ngay tình nhận được tài sản thông qua ***bán đấu giá được***

<sup>9</sup> Quyết định giám đốc thẩm số 11/2010/DS-GĐT ngày 02/4/2010 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về “V/v kiện đòi tài sản”.

<sup>10</sup> Quyết định giám đốc thẩm số 04/2010/DS-GĐT ngày 14/01/2010 của Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao về “V/v kiện đòi nhà, đất”.

**thực hiện đúng quy định của pháp luật**<sup>11</sup>. Do đó, theo tác giả, quy định tại khoản 2 Điều 133 BLDS 2015 cần được hiểu là: *Người thứ ba ngay tình nhận được tài sản thông qua bán đấu giá được thực hiện theo đúng quy định của pháp luật.*

- *Thứ hai*, người thứ ba ngay tình giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa (bản án, quyết định của Tòa án bị hủy, sửa được quy định tại các điều 345 – 347, 356 và 360 Bộ luật Tố tụng Dân sự 2015). Như vậy, để người thứ ba ngay tình không phải trả lại tài sản cho chủ sở hữu thì phải có đủ ba điều kiện: (1) Phải tồn tại một giao dịch với người thứ ba ngay tình; (2) Người giao dịch với người thứ ba là “người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản”; (3) Sau đó người này (người được coi là chủ sở hữu) không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa.

Điều kiện thứ nhất là phải tồn tại một GDDS với người thứ ba ngay tình. GDDS này phải **hợp pháp**. Nếu giao dịch thuộc trường hợp bị vô hiệu và còn thời hiệu để tuyên bố GDDS vô hiệu thì chủ sở hữu có quyền đòi lại tài sản bất cứ lúc nào.

Điều kiện thứ hai không rõ ràng “*quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền*” là quyết định như thế nào? Có thể thấy,

“*quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền*” được quy định tại điều luật này không thể được ban hành dưới dạng văn bản quy phạm pháp luật, mà chỉ có thể dưới dạng văn bản hành chính bởi chỉ áp dụng cho một hoặc một số đối tượng được công nhận quyền sở hữu. Do đó, “*quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền*” có thể xác định là “*quyết định hành chính*” và: “*Quyết định hành chính là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước, cơ quan, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước ban hành hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan, tổ chức đó ban hành quyết định về vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể*” (khoản 1 Điều 3 Luật Tố tụng Hành chính 2015).

Thực tiễn xét xử cho thấy, trong tranh chấp quyền sử dụng đất thường có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất; Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở; Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (gọi chung là GCNQSDĐ, QSHNƠ và TS khác gắn liền với đất). Vậy GCNQSDĐ, QSHNƠ và TS khác gắn liền với đất có phải là “*quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền*” không? Theo khoản 1 Mục 1 Giải đáp số 02/GĐ-TANDTC ngày 19/9/2016 của Tòa án nhân dân tối cao về một số vấn đề tố tụng hành chính, tố tụng dân sự thì GCNQSDĐ, QSHNƠ và TS khác gắn liền với đất là quyết định hành chính, nghĩa là “*quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền*” theo khoản 2 Điều 133 BLDS 2015. Từ đây, phải phân biệt hai trường hợp: Nếu tài sản đòi lại là bất động sản phải đăng ký quyền sở hữu và bất động sản này đã được cấp GCNQSDĐ thì áp dụng đoạn 2 khoản 2

<sup>11</sup> Huỳnh Xuân Tình (2013), *Bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi giao dịch dân sự vô hiệu*, Luận văn thạc sĩ, tr.59; Nguyễn Thị Minh Phượng (2013), “*Bảo vệ quyền lợi của người thứ ba ngay tình khi hợp đồng mua bán nhà ở vô hiệu theo quy định tại Điều 138 Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2005*”, Tạp chí Tòa án nhân dân, kỳ I, tháng 11/2013, tr.25.

Điều 133 BLDS 2015; nếu bất động sản chưa được cấp GCNQSDĐ nhưng đã đăng ký đất đai, nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất tại CQNN có thẩm quyền thì áp dụng đoạn 1 khoản 2 Điều 133 BLDS 2015.

Điều kiện thứ ba: Có bản án, quyết định bị “hủy, sửa”. Có ý kiến cho rằng: *Thực ra, việc bản án, quyết định có bị hủy, sửa hay không không ảnh hưởng tới việc công nhận giao dịch của người thứ ba ngay tình. Điều kiện trên nên được hiểu là “cho dù” sau đó người này (người được coi là chủ sở hữu) không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa. Khi sửa đổi BLDS thì nên sửa theo hướng vừa nêu (ở một chừng mực nào đó, có thể xem xét có*

*nên giữ nội dung ở trên hay không)*<sup>12</sup>. Một ý kiến khác cũng tương tự: *Từ lý luận và phân tích thấy rằng, quy định “Sau đó người này (người bán) không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa” theo khoản 2 Điều 138 BLDS là không cần thiết*<sup>13</sup>. Trong một vụ án, HĐTP cũng theo hướng công nhận quyền sở hữu cho người thứ ba mà không có quyết định nào bị hủy hay sửa<sup>14</sup>. Qua các ý kiến trên và thực tiễn xét xử của tòa án, theo tác giả, quy định tại đoạn 2 khoản 2 Điều 133 BLDS 2015 cần sửa đổi theo hướng: “cho dù sau đó người này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa” hoặc bỏ nội dung “do bản án, quyết định bị hủy, sửa”.

<sup>12</sup> Đỗ Văn Đại (2014), *Luật Hợp đồng Việt Nam - Bản án và bình luận bản án – tập 2*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.95.

<sup>13</sup> Nguyễn Thị Minh Phương (2013), tldd, chú thích 11, tr.26-27.

<sup>14</sup> Quyết định giám đốc thẩm số 58/2011/DS-GĐT ngày 21/01/2011 của Tòa dân sự Tòa án nhân dân tối cao về “V/v tranh chấp quyền sử dụng đất”.

**(Tiếp theo trang 28 – Đánh giá tính thống nhất...)**

a) Có tổ chức;

...”

- Hai là, hành vi mua bán người hiện nay không chỉ do các cá nhân mà trong nhiều trường hợp còn được thực hiện bởi các pháp nhân, doanh nghiệp (lợi dụng hoạt động xuất khẩu lao động...). Vì vậy, việc quy định vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân, đặc biệt đối với những hành vi **mua bán người** là rất cần thiết<sup>10</sup>. Do các đặc điểm đặc thù của pháp nhân (tổ chức) nên hình phạt được áp dụng đối với pháp nhân không thể là phạt tù, mà chủ yếu là phạt tiền và hình phạt áp dụng riêng đối với pháp nhân phạm tội. Cụ thể là:

**“Điều 150. Tội mua bán người<sup>11</sup>**

1. Người nào dùng vũ lực, đe dọa dùng vũ lực, lừa gạt hoặc bằng thủ đoạn khác thực hiện một trong các hành vi sau thì bị phạt ...:

...

4. Pháp nhân phạm tội quy định tại Điều này thì bị phạt như sau:

a) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại các khoản 1 điều này thì bị phạt tiền từ ...;

b) Phạm tội thuộc trường hợp quy định tại khoản 2 điều này thì bị phạt tiền từ...

...”

<sup>10</sup> Điều 150 và Điều 151 BLHS năm 2015 không quy định vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân đối với Tội mua bán người và Tội mua bán người dưới 16 tuổi. Chúng tôi cho rằng, việc bổ sung trách nhiệm hình sự của pháp nhân đối với hai tội này là cần thiết.

<sup>11</sup> Tương tự Điều này là phương án đề xuất hoàn thiện Điều 151 - Tội mua bán người dưới 16 tuổi.

# CÁC QUY ĐỊNH CỦA LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2014 VỀ CÔNG TY HỢP DANH VÀ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

*Trần Ngọc Dũng\**  
*Trần Ngọc Anh\*\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích những bất cập trong các quy định pháp luật hiện hành về địa vị pháp lý của công ty hợp danh, đồng thời đưa ra một số kiến nghị sửa đổi, bổ sung các quy định nhằm tạo điều kiện thuận lợi hơn cho việc thành lập, tổ chức và hoạt động của loại hình công ty này trong thời gian tới ở Việt Nam.

**Abstract:** The paper analyzes shortcomings of current regulations on legal status of partnership enterprise, thereby makes proposals for amendment of and supplementary to provisions with purpose to facilitate the establishment, organization and activities of this type of enterprise forthcoming in Vietnam.

Công ty hợp danh là một loại hình doanh nghiệp đã xuất hiện và tồn tại từ hàng trăm năm nay ở nhiều nước trên thế giới, nhất là ở các nước công nghiệp phát triển. Bản chất loại hình doanh nghiệp này là một công ty đối nhân (quan tâm đến nhân thân của thành viên), bao gồm ít nhất hai thành viên hợp danh chịu trách nhiệm vô hạn về các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ. Ngoài ra, công ty hợp danh có thể có các thành viên góp vốn, chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi vốn góp của mình đối với các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ của công ty. Chính vì những đặc điểm này nên công ty hợp danh tạo được lòng tin cho các đối tác trong các quan hệ thương mại và có thể tồn tại tới ngày nay.\*

Nền kinh tế nhiều thành phần vận hành theo cơ chế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam được từng bước xây dựng từ sau Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ VI (1986). Tuy nhiên tới năm 1990, Luật Công ty của Việt Nam mới chỉ bao gồm hai loại hình công ty là công ty trách nhiệm hữu

hạn (TNHH) và công ty cổ phần (CTCP). Đến năm 1999, mô hình công ty hợp danh mới chính thức được đưa vào Luật Doanh nghiệp đầu tiên của nước ta. Trong quá trình phát triển của pháp luật về doanh nghiệp, địa vị pháp lý của công ty hợp danh đã từng bước được hoàn thiện, chi tiết và cụ thể hóa trong Luật Doanh nghiệp 2005 và Luật Doanh nghiệp 2014. Các quy định của pháp luật hiện hành về công ty hợp danh đã thể hiện sự tiến bộ, tạo ra những căn cứ pháp lý cần thiết cho việc thành lập, tổ chức và hoạt động của các công ty hợp danh.

Tuy vậy, qua nghiên cứu có thể thấy, một số quy định về công ty hợp danh không còn hợp lý, gây khó khăn cho việc thành lập, tổ chức và hoạt động của công ty hợp danh ở Việt Nam. Tỷ lệ các công ty hợp danh được thành lập và hoạt động quá ít so với tỷ lệ các CTCP và công ty TNHH ở nước ta trong những năm qua là minh chứng cho sự kém hấp dẫn của mô hình doanh nghiệp này<sup>1</sup>.

\* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

\*\* Học viên cao học, Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> Tổng cục Thống kê, *Niên giám thống kê năm 2014*, Bảng thống kê số lượng doanh nghiệp năm 2013 ở Việt Nam. Theo đó, tổng số doanh nghiệp: 373.213,

### **Thứ nhất, về tư cách pháp nhân của công ty hợp danh.**

Luật Doanh nghiệp 1999 không quy định công ty hợp danh có tư cách pháp nhân. Chỉ đến Luật Doanh nghiệp 2005 và Luật Doanh nghiệp 2014 mới quy định công ty hợp danh có tư cách pháp nhân kể từ ngày được cấp giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp. Trong đó, bốn dấu hiệu của một pháp nhân được quy định trong Điều 74 của Bộ luật Dân sự 2015.

Việc Luật Doanh nghiệp 2014 quy định công ty hợp danh có tư cách pháp nhân đem lại một số thuận lợi cho việc thành lập, tổ chức và hoạt động của công ty hợp danh, cụ thể như sau: a) Tạo cho công ty một sự ổn định pháp lý trong suốt thời hạn hoạt động đã đăng ký (có thể kéo dài hàng chục năm) mà không bị ảnh hưởng bởi những thay đổi bất ngờ như đối với thể nhân; b) Công ty được Nhà nước và xã hội công nhận là một chủ thể có tư cách pháp lý độc lập khi tham gia vào các quan hệ xã hội; c) Công ty có tài sản độc lập với các tài sản của thành viên công ty, và có quyền tự định đoạt, tự chịu trách nhiệm về các tài sản này. Các chủ nợ của công ty cũng dễ dàng phát mại các tài sản của công ty để thanh toán nợ; d) Công ty có điều kiện và vị thế hơn khi giao kết các hợp đồng thương mại, góp phần tạo lòng tin cho các đối tác, nhất là các ngân hàng khi giao dịch với công ty.

---

trong đó: Doanh nghiệp nhà nước: 3.199 chiếm 0,85%; doanh nghiệp ngoài nhà nước: 359.794 chiếm 96,4%; doanh nghiệp tư nhân: 49.230 chiếm 13,2%; Công ty hợp danh: 520 chiếm 0,14%; Công ty trách nhiệm hữu hạn: 230.640 chiếm 61,8%; Công ty cổ phần có vốn nhà nước: 1.614 chiếm 0,4%; Công ty cổ phần không có vốn nhà nước: 77.835 chiếm 20,9%; doanh nghiệp 100% vốn nước ngoài: 8.632 chiếm 2,3%; doanh nghiệp liên doanh: 1.588 chiếm 0,4%. Nguồn: <http://www.gso.gov.vn>, truy cập ngày 1/10/2016.

Tuy vậy, một bất lợi mà công ty hợp danh phải gánh chịu khi có tư cách pháp nhân là công ty và các thành viên phải chịu hai lần thuế đối với các hoạt động kinh doanh của mình: Với tư cách là một doanh nghiệp, là một pháp nhân, công ty hợp danh phải nộp thuế thu nhập doanh nghiệp, bất kể việc kinh doanh có lãi hay không. Đồng thời, các thành viên của công ty còn phải nộp thuế thu nhập cá nhân. Nếu công ty hợp danh không có tư cách pháp nhân thì sẽ không phải nộp thuế thu nhập doanh nghiệp.

Mặt khác, Luật Doanh nghiệp 2014 quy định công ty hợp danh có tư cách pháp nhân sẽ không hợp lý bởi, pháp nhân là những tổ chức, tập thể nên không có “nhân thân”. Chỉ thể nhân, cá nhân mới có “nhân thân”. Các thành viên hợp danh trong công ty hợp danh hợp tác, gắn kết với nhau trên cơ sở hiểu rõ “nhân thân” của nhau. Đồng thời, pháp nhân chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi tài sản của mình đối với các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ. Trong khi đó, công ty hợp danh lại chịu trách nhiệm vô hạn đối với các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ. Điều đó có nghĩa, nếu tài sản của công ty hợp danh không đủ để thực hiện các nghĩa vụ tài chính và trả các khoản nợ, thì các thành viên hợp danh của công ty phải dùng cả tài sản riêng của mình để trả nợ thay cho công ty. Thậm chí, ngay cả khi công ty hợp danh đã phá sản và không còn tồn tại, thì các thành viên hợp danh vẫn phải tiếp tục dùng thu nhập của mình để trả hết các khoản nợ thay cho công ty.

Quan điểm của chúng tôi cho rằng, không nên quy định công ty hợp danh có tư cách pháp nhân. Chỉ có như vậy, công ty hợp danh mới được thành lập, tồn tại và hoạt động với đúng tính chất của một công ty đối nhân (quan tâm đến nhân thân của

các thành viên hợp danh) và chịu trách nhiệm vô hạn với các nghĩa vụ tài chính và khoản nợ của công ty.

**Thứ hai, về cơ cấu tổ chức của công ty hợp danh.**

Khoản 1 Điều 177, Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: *“Tất cả thành viên hợp lại thành Hội đồng thành viên. Hội đồng thành viên bầu một thành viên hợp danh làm Chủ tịch Hội đồng thành viên, đồng thời kiêm Giám đốc hoặc Tổng giám đốc công ty nếu Điều lệ công ty không có quy định khác”*.

Tuy nhiên, khoản 3 Điều 177 lại quy định: *“Hội đồng thành viên có quyền quyết định tất cả công việc kinh doanh của công ty”*.

Có thể thấy, những quy định trên không hợp lý, do công ty hợp danh được thành lập và hoạt động bởi hai thành viên hợp danh trở lên. Các thành viên này chịu trách nhiệm vô hạn đối với các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ đến hạn và giữ vai trò quản lý, điều hành công ty. Điều đó cho thấy, các thành viên hợp danh giữ vai trò quyết định trong việc thành lập, quản lý và điều hành hoạt động của công ty. Các thành viên góp vốn hầu như không có vai trò gì trong việc quản lý, điều hành công ty. Do vậy, chúng tôi cho rằng, việc các thành viên góp vốn tham gia vào Hội đồng thành viên là không cần thiết. Hội đồng thành viên chỉ nên bao gồm tất cả các thành viên hợp danh và là cơ quan quản lý của công ty hợp danh. Cơ quan này cần được trao quyền xây dựng định hướng phát triển, các kế hoạch ngắn hạn và dài hạn của công ty và quyết định các chính sách, chiến lược, sách lược lớn của công ty. Chủ tịch Hội đồng thành viên cần thực hiện việc tổ chức, điều hành Hội đồng thành viên. Nếu quy mô công ty hợp danh lớn, số lượng thành viên hợp danh

nhiều, thì Chủ tịch Hội đồng thành viên không nên kiêm chức Giám đốc hoặc Tổng giám đốc.

Khoản 1 Điều 181, Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: *“Công ty có thể tiếp nhận thêm thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn; việc tiếp nhận thành viên mới của công ty phải được Hội đồng thành viên chấp thuận”*. Trong công ty hợp danh, các thành viên hợp danh giữ vai trò then chốt, có ý nghĩa quyết định, vì họ vừa chịu trách nhiệm vô hạn về các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ đến hạn; đồng thời giữ các chức danh quản lý trong công ty. Các thành viên góp vốn chỉ có vai trò thứ yếu, do chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn về các khoản nợ và không có quyền quản lý công ty. Do vậy, pháp luật nên quy định việc tiếp nhận thành viên mới vào công ty hợp danh chỉ do Hội đồng thành viên (bao gồm các thành viên hợp danh) quyết định; việc tiếp nhận thành viên hợp danh mới vào công ty được thông qua khi có ít nhất ba phần tư số thành viên hợp danh đồng ý, vì tỷ lệ đó cũng thể hiện ý chí của đa số tuyệt đối các thành viên hợp danh.

**Thứ ba, về địa vị pháp lý của các thành viên trong công ty hợp danh.**

Khoản 1 Điều 175, Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: *“Thành viên hợp danh không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty hợp danh khác, trừ trường hợp được sự nhất trí của các thành viên hợp danh còn lại”*. Mặt khác, khoản 3 Điều 183 lại quy định: *“Mỗi cá nhân chỉ được quyền thành lập một doanh nghiệp tư nhân. Chủ doanh nghiệp tư nhân không được đồng thời là chủ hộ kinh doanh, thành viên công ty hợp danh”*. Hai quy định này có sự mâu thuẫn nhau và gây khó khăn cho các nhà đầu tư. Chúng tôi cho

ràng, không nên hạn chế quyền thành lập nhiều doanh nghiệp của các nhà đầu tư. Nếu nhà đầu tư có tiềm năng lớn về tài chính, có trình độ, được đào tạo, có kinh nghiệm kinh doanh, pháp luật nên quy định chủ doanh nghiệp tư nhân có quyền trở thành thành viên hợp danh hoặc thành viên góp vốn trong công ty hợp danh.

Điểm đ khoản 2 Điều 176 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: *Thành viên hợp danh “Liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải số nợ của công ty”*. Trong khi đó, điểm a, c khoản 1 Điều 180 Luật Doanh nghiệp 2014 lại quy định: *“Trong thời hạn 2 năm, kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên hợp danh theo quy định tại điểm a và điểm c khoản 1 Điều này thì người đó vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ của công ty đã phát sinh trước ngày chấm dứt tư cách thành viên”*. Chúng tôi cho rằng, đối với những khoản nợ lớn của công ty hợp danh, thì sau hai năm kể từ khi thành viên chấm dứt tư cách thành viên, công ty chưa chắc đã thanh toán hết số nợ của mình. Do đó, Luật Doanh nghiệp không nên giới hạn thời gian tiếp tục liên đới chịu trách nhiệm trả các khoản nợ của công ty là 2 năm, mà nên quy định: Thành viên hợp danh đã tự nguyện xin ra khỏi công ty hợp danh hoặc bị khai trừ khỏi công ty hợp danh phải liên đới chịu trách nhiệm trả các khoản nợ của công ty hợp danh phát sinh trước khi chấm dứt tư cách thành viên hợp danh cho tới khi nào các khoản nợ này được thanh toán hết.

Luật Doanh nghiệp cũng cần bổ sung: Trong trường hợp công ty hợp danh bị giải thể hoặc phá sản, các thành viên hợp danh phải liên đới chịu trách nhiệm thanh toán

các khoản nợ của công ty theo tỷ lệ vốn góp cho tới khi các khoản nợ của công ty hợp danh được thanh toán hết (không giới hạn về mặt thời gian). Quy định như vậy mới bảo đảm tính chất chịu trách nhiệm vô hạn của thành viên hợp danh trong công ty hợp danh. Quy định này sẽ tạo ra sự tin tưởng hơn cho các đối tác trong quan hệ thương mại, giúp họ yên tâm giao dịch, ký kết hợp đồng với công ty hợp danh.

Hiện nay, có quan điểm cho rằng, pháp luật nên cho phép các pháp nhân cũng có thể trở thành thành viên hợp danh để thu hút vốn<sup>2</sup>. Tuy nhiên, chúng tôi không nhất trí với đề xuất này, vì các pháp nhân không có “nhân thân” cá nhân (để các thành viên hợp danh khác tìm hiểu và tin tưởng). Các pháp nhân được hưởng chế độ trách nhiệm hữu hạn theo quy định của Bộ luật Dân sự nên không thể chịu trách nhiệm vô hạn đối với các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ của công ty hợp danh. Theo pháp luật hiện hành, các pháp nhân vẫn có thể đóng góp vốn và tài sản vào công ty hợp danh bằng cách trở thành thành viên góp vốn của công ty. Khi trở thành thành viên góp vốn trong công ty hợp danh, các pháp nhân chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi vốn góp vào công ty. Điều đó hoàn toàn phù hợp với các quyền và nghĩa vụ của pháp nhân.

Điểm a khoản 1 Điều 182 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định thành viên góp vốn có quyền: *“Tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng thành viên về việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn, về tổ chức lại và giải thể công ty và các nội dung khác của Điều lệ công ty có*

<sup>2</sup> Nguyễn Thị Thùy Giang (2012), *Pháp luật Việt Nam về công ty hợp danh*, Luận văn thạc sỹ, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ”. Tuy nhiên, điểm b khoản 2 Điều 182 lại quy định thành viên góp vốn: “Không được tham gia quản lý công ty, không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty”.

Các quy định này có sự mâu thuẫn nhau bởi, các thành viên góp vốn khi có các quyền quy định tại điểm a khoản 1 Điều 182 là đã tham gia “quản lý công ty”.

Quan điểm của chúng tôi là, các thành viên góp vốn không tham gia quản lý công ty thì cũng không được tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng thành viên. Nếu muốn đóng góp ý kiến vào việc phát triển công ty hợp danh, các thành viên góp vốn có thể yêu cầu công ty thông báo về tình hình sản xuất, kinh doanh, phân chia lợi nhuận... và phản hồi quan điểm của mình bằng cách gửi văn bản góp ý, kiến nghị đến Hội đồng thành viên. Tuy vậy, ý kiến của các thành viên góp vốn chỉ có ý nghĩa tham khảo, không có ý nghĩa quyết định trong việc định ra các chủ trương, chính sách và kế hoạch sản xuất, kinh doanh của công ty. Trong trường hợp Hội đồng thành viên không chỉnh sửa chính sách, chiến lược, sách lược kinh doanh, điều lệ... của công ty, gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến lợi ích chính đáng của các thành viên góp vốn, các thành viên này có thể tự do chuyển nhượng vốn cho người khác để rút khỏi công ty.

#### **Thứ tư, về vốn và tài sản của công ty hợp danh.**

Khoản 3 Điều 172 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “Công ty hợp danh không được phát hành bất kỳ loại chứng khoán nào”. Chứng khoán bao gồm cổ phiếu và trái phiếu. Cổ phiếu là chứng chỉ do công ty cổ phần phát hành hoặc bút toán ghi sổ xác nhận quyền sở hữu cổ phần của công ty đó.

Người nắm giữ cổ phiếu trở thành cổ đông và đồng thời là chủ sở hữu của công ty phát hành cổ phiếu. Công ty hợp danh được tạo lập bởi các thành viên hợp danh dựa trên sự hiểu rõ nhân thân của các thành viên này. Do đó, công ty hợp danh không được phát hành cổ phiếu để thu nhận thêm thành viên hợp danh mới là hợp lý, bởi công ty không biết rõ nhân thân của những người bỏ tiền ra mua cổ phiếu.

Còn trái phiếu là chứng chỉ ghi nhận nợ của người phát hành. Nó quy định nghĩa vụ của người phát hành (người vay tiền) phải trả cho người nắm giữ trái phiếu (người cho vay) một khoản tiền xác định (bao gồm cả gốc và lãi) sau một khoảng thời gian nhất định. Theo Luật Doanh nghiệp 2014, công ty TNHH và CTCP là những công ty đối vốn (chỉ quan tâm đến vốn góp của các thành viên), chỉ chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi tài sản của mình đối với các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ. Công ty TNHH có quyền phát hành trái phiếu. CTCP có quyền phát hành trái phiếu và cổ phiếu. Như vậy, không có lý do gì để cấm công ty hợp danh phát hành trái phiếu, bởi chế độ chịu trách nhiệm vô hạn của công ty hợp danh có ý nghĩa là sự bảo đảm vững chắc nhất đối với các khoản vay nợ. Pháp luật nên quy định công ty hợp danh có quyền phát hành trái phiếu để huy động vốn phục vụ cho việc phát triển sản xuất, kinh doanh.

Khoản 3 Điều 175 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “Thành viên hợp danh không được quyền chuyển một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác nếu không được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại”.

Tuy nhiên theo khoản 4 Điều 177 và điểm a khoản 1 Điều 180, thì thành viên hợp danh lại có thể rút vốn nếu được hai

phần ba tổng số thành viên đồng ý. Khoản 2 Điều 180 lại quy định: “Thành viên hợp danh có quyền rút vốn khỏi công ty nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận”. Hội đồng thành viên bao gồm cả thành viên hợp danh và thành viên góp vốn. Vậy phải chăng, sự “chấp thuận” ở đây có nghĩa là phải được tất cả các thành viên hợp danh và thành viên góp vốn đồng ý? Có thể thấy, các quy định này mâu thuẫn nhau và gây khó khăn cho các thành viên hợp danh trong việc chuyển nhượng vốn hoặc rút vốn khỏi công ty hợp danh. Luật Doanh nghiệp nên quy định thống nhất chỉ cần hai phần ba số thành viên hợp danh đồng ý là thành viên hợp danh có thể chuyển nhượng vốn hoặc rút vốn khỏi công ty.

Điểm h khoản 1 Điều 176 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “Người thừa kế (của thành viên hợp danh) có thể trở thành thành viên hợp danh nếu được Hội đồng thành viên chấp thuận”. Khi một thành viên hợp danh chuyển nhượng phần vốn góp của mình cho người khác hoặc để thừa kế thì người nhận chuyển nhượng vốn đó hoặc người thừa kế sẽ trở thành thành viên hợp danh mới của công ty. Nhưng nếu các thành viên hợp danh còn lại không hiểu rõ nhân thân của người nhận chuyển nhượng vốn hoặc người thừa kế thì họ sẽ không đồng ý và thành viên hợp danh sẽ không chuyển nhượng được vốn của mình hoặc để lại thừa kế cho người thân. Với quy định này, quyền lợi chính đáng của thành viên hợp danh sẽ bị ảnh hưởng tiêu cực, do họ có quyền định đoạt phần vốn góp của mình mà bị phụ thuộc vào ý chí của các thành viên hợp danh khác.

Do vậy, để bảo đảm quyền lợi chính đáng của thành viên hợp danh, pháp luật nên quy định: Trong trường hợp các thành viên hợp danh phản đối việc một thành viên

hợp danh chuyển nhượng phần vốn góp hoặc để thừa kế cho người khác, thì thành viên hợp danh này có quyền yêu cầu các thành viên hợp danh còn lại mua phần vốn góp của mình. Các thành viên hợp danh có trách nhiệm mua lại phần vốn góp của người muốn chuyển nhượng hoặc để thừa kế theo tỷ lệ vốn góp của họ vào công ty.

Điều 174 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “Tài sản của công ty hợp danh bao gồm: ...2. Tài sản tạo lập được mang tên công ty”. Quy định này gây khó hiểu cho người đọc vì không rõ đó là loại tài sản nào. Đây là tài sản hữu hình hay vô hình? Giá trị của tài sản này do ai xác định? Việc định giá tài sản này dựa trên tiêu chí nào? Phải chăng đây là thương hiệu mà công ty đã tạo lập được sau quá trình hoạt động và phát triển của nó? Luật Doanh nghiệp cần giải thích khái niệm loại tài sản này trong Điều 4 về “Giải thích từ ngữ”.

#### **Thứ năm, về giải thể của công ty hợp danh.**

Điểm i khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: “Nếu Điều lệ công ty không quy định thì quyết định các vấn đề sau đây phải được ít nhất ba phần tư tổng số thành viên hợp danh chấp thuận: ...Quyết định giải thể công ty”.

Điểm b khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 quy định: Công ty hợp danh bị giải thể “Theo quyết định của tất cả thành viên hợp danh”. Như vậy, trong cùng một đạo luật tại cùng một chương (chương VI) lại có hai mức tỷ lệ khác nhau đối với việc thành viên hợp danh chấp thuận việc giải thể công ty hợp danh. Vậy việc giải thể công ty hợp danh được thực hiện theo điều khoản nào của Luật Doanh nghiệp 2014?

*(Xem tiếp trang 54)*

# QUAN HỆ GIỮA CÁC CÔNG TY TRONG NHÓM CÔNG TY THEO PHÁP LUẬT ÚC VÀ MỘT SỐ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Hà Thị Thanh Bình\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các quy định điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty mẹ - công ty con theo pháp luật của Úc; từ đó rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam.

**Abstract:** The paper analyzes provisions regulating the relationship between companies in the group of parent company – subsidiary company under Australian law, thereby draws lessons for Vietnam.

Liên kết nhóm trở thành một xu thế phổ biến của các công ty trên thế giới. Việc thực hiện các giao dịch nội nhóm được coi là một trong các cách thức chủ yếu để thực hiện mục tiêu của việc liên kết nhóm. Về nguyên tắc, các công ty trong nhóm có tư cách pháp lý độc lập và có quyền giao dịch với nhau theo nguyên tắc của thị trường. Tuy nhiên, trong thực tế, chủ sở hữu của các công ty trong nhóm thường lợi dụng quyền lực của mình để điều khiển hoạt động nội nhóm nhằm đem lại lợi ích cho công ty mẹ và vì vậy, có thể ảnh hưởng đến quyền lợi của các chủ thể khác như các cổ đông nhỏ, các đối tác có giao dịch với công ty con và cả lợi ích của nhà nước (do thất thu thuế từ các giao dịch chuyển giá giữa các công ty trong nhóm).

Ở Việt Nam, Luật Doanh nghiệp (LDN) năm 2014 đã có quy định nhằm giám sát có hiệu quả các giao dịch giữa các công ty trong nhóm, đặc biệt là các giao dịch giữa công ty mẹ và các công ty con; tuy nhiên, vẫn còn một số bất cập. Vì thế, việc nghiên cứu kinh nghiệm lập pháp của các nước

phát triển, trong đó có nước Úc (quốc gia có hệ thống pháp luật điều chỉnh về vấn đề này tương đối hoàn thiện) nhằm rút ra bài học cho Việt Nam là cần thiết.

## 1. Khái niệm nhóm công ty

Luật Công ty Úc (Corporations Act 2001) không đưa ra định nghĩa nhóm công ty. Điều 50 Luật Công ty Úc chỉ đưa ra định nghĩa về các công ty liên quan (Related bodies corporate) và có thể coi đó là định nghĩa về nhóm công ty. Theo đó: “Nếu một công ty là:

- (i) Công ty mẹ của công ty khác; hoặc
- (ii) Công ty con của công ty khác; hoặc
- (iii) Công ty con của công ty mẹ của công ty khác thì công ty thứ nhất là công ty liên quan của công ty khác đó”<sup>1</sup>.

Như vậy, thực chất công ty liên quan theo pháp luật công ty Úc là nhóm công ty mẹ - công ty con, trong đó có một công ty mẹ và ít nhất một công ty con, các công ty

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

<sup>1</sup> Nguyên văn tiếng Anh “Where a body corporate is: (a) A holding company of another body corporate; or (b) A subsidiary of another body corporate; or (c) A subsidiary of a holding company of another body corporate; the first-mentioned body and the other body are related to each other”.

con của cùng một công ty mẹ cũng là các công ty liên quan của nhau và nằm trong tập hợp nhóm công ty. Điều 46 Luật Công ty Úc xác định, một công ty là công ty con của một công ty khác khi:

(a) Công ty khác đó:

(i) Kiểm soát thành phần Hội đồng quản trị (HĐQT) của công ty này; hoặc

(ii) Năm giữ hoặc kiểm soát đa số phiếu biểu quyết trong cuộc họp Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ) của công ty này, hoặc

(iii) Năm giữ đa số vốn cổ phần đã phát hành của công ty này<sup>2</sup>; hoặc

(b) Công ty này là công ty con của một công ty con của công ty khác đó<sup>3</sup>.

Như vậy, theo Luật Công ty Úc, để xác định một công ty là công ty mẹ của một công ty khác dựa vào 1 trong 3 tiêu chí sau tùy thuộc vào trường hợp cụ thể của từng loại công ty:

*Thứ nhất*, công ty mẹ kiểm soát thành phần HĐQT của công ty con. Điều 47 Luật Công ty Úc giải thích thêm: Việc kiểm soát thành phần HĐQT của công ty con nghĩa là công ty mẹ có quyền bổ nhiệm và miễn

<sup>2</sup> Tuy nhiên, việc nắm giữ đa số phần vốn cổ phần này loại trừ trường hợp nắm giữ các phần vốn góp cổ phần đặc biệt như phần vốn cổ phần đã phát hành mà không có quyền tham gia vào việc phân chia lợi nhuận hay vốn góp đã vượt quá một khoản tiền xác định trong một số trường hợp đặc biệt.

<sup>3</sup> Nguyên văn tiếng Anh “A body corporate (in this section called the *first body*) is a subsidiary of another body corporate if, and only if:

(a) The other body:

(i) Controls the composition of the first body's board; or

(ii) Is in a position to cast, or control the casting of, more than one-half of the maximum number of votes that might be cast at a general meeting of the first body; or

(iii) Holds more than one-half of the issued share capital of the first body); or

(b) The first body is a subsidiary of a subsidiary of the other body”.

nhiệm đa số thành viên HĐQT của công ty con. Tiêu chí xác định công ty mẹ - con này cũng đã tạo ra những tranh cãi trong thực tế áp dụng. Trong vụ *Mount Edon Gold Mines (Aust) Ltd. v. Burmine Ltd. (1994) 12 ACSR 727*, Tòa án tối cao Bang Western Australia (Supreme Court of Western Australia) cũng cho rằng, tiêu chí kiểm soát thành phần HĐQT là một tiêu chí không mang tính ổn định và có thể làm thay đổi mối quan hệ công ty mẹ - con một cách dễ dàng, phụ thuộc vào số lượng thành viên tham dự cuộc họp bầu hoặc bãi miễn thành viên HĐQT. Ngoài ra, Tòa án cũng khẳng định rằng, quyền kiểm soát thành phần HĐQT phải được xác định dựa trên các quy định của pháp luật (legal power), chứ không phải dựa trên việc kiểm soát trên thực tế (de facto power). Việc bổ nhiệm thành viên HĐQT của công ty ở Úc có thể được các cổ đông thực hiện theo nguyên tắc “show of hands”, có nghĩa là việc biểu quyết được thực hiện theo nguyên tắc một cổ đông một lá phiếu (không phụ thuộc vào tỷ lệ sở hữu)<sup>4</sup>.

*Thứ hai*, công ty mẹ kiểm soát đa số phiếu biểu quyết của công ty con. Theo Luật Công ty Úc, việc nắm giữ đa số phiếu biểu quyết không đồng nghĩa với việc sở hữu đa số vốn góp của công ty con, vì cổ đông nắm giữ cổ phiếu ưu đãi biểu quyết có quyền biểu quyết với số phiếu cao hơn cổ đông sở hữu một số lượng tương tự cổ phần phổ thông<sup>5</sup>. Như vậy, một công ty nắm giữ loại cổ phiếu ưu đãi biểu quyết của một công ty khác có thể kiểm soát đa số phiếu

<sup>4</sup> Theo quy định tại Điều 250E và Điều 250J Luật Công ty Úc 2001, việc thông qua nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông có thể thực hiện bằng cách giơ tay, mỗi người một lá phiếu, trừ trường hợp các cổ đông yêu cầu thông qua một nghị quyết bằng việc bỏ phiếu theo tỷ lệ cổ phần sở hữu.

<sup>5</sup> Xem Điều 254A.2(d) Luật Công ty Úc.

biểu quyết mà không nhất thiết phải sở hữu đa số cổ phần của công ty đó.

*Thứ ba*, một công ty được coi là công ty mẹ của công ty khác nếu công ty đó nắm giữ đa số cổ phần, nghĩa là sở hữu đa số cổ phần của công ty con.

Luật Công ty Úc giới hạn nhóm công ty mẹ - con ở ba cấp độ là mẹ - con - cháu.

Trong mối quan hệ giữa công ty mẹ và công ty con, có sự mâu thuẫn giữa thực tiễn thương mại và các quy định pháp luật<sup>6</sup>. Theo quy định của pháp luật, mỗi công ty trong một nhóm là một thực thể pháp lý độc lập. Trong khi đó, dưới khía cạnh thương mại, nhóm công ty mẹ - công ty con đôi khi lại được coi là một chủ thể duy nhất. Làm thế nào để giải quyết được mâu thuẫn này? Luật và thực tiễn xét xử ở Úc thừa nhận ngoại lệ của việc áp dụng học thuyết về tư cách pháp nhân độc lập của công ty. Theo Điều 588V – 588X Luật Công ty Úc, công ty mẹ phải chịu trách nhiệm đối với các nghĩa vụ tài sản của công ty con khi công ty mẹ can thiệp quá sâu vào công việc quản lý của công ty con dẫn đến người quản lý công ty con không thực sự có thẩm quyền, hoặc khi công ty con bị vỡ nợ nếu thỏa mãn 1 trong 2 điều kiện sau đây:

(i) Công ty mẹ, hoặc một hoặc một số người quản lý của công ty mẹ biết được lý do của việc vỡ nợ; hoặc

(ii) Căn cứ sự can thiệp của công ty mẹ vào hoạt động của công ty con và căn cứ các dấu hiệu khác, có thể xác định rằng, việc công ty mẹ hoặc một hoặc một số người quản lý của công ty mẹ biết được lý do của việc vỡ nợ.

<sup>6</sup> Baxt R, *The need to review the Rule in Salomon's case as it applies to Groups of Companies*, Company & Securities Law Journal, số 9, năm 1991, tr. 186-187.

Khoản 2 Điều 188 LDN năm 2014 của nước ta cũng xác định rằng, các công ty trong nhóm công ty có quyền và nghĩa vụ độc lập. Pháp luật Việt Nam cũng đã có các quy định riêng điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty mẹ - công ty con; tuy nhiên, vẫn còn một số bất cập.

## **2. Pháp luật về quản trị doanh nghiệp điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty**

Pháp luật về quản trị doanh nghiệp điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty với tư cách là (các) chủ sở hữu và công ty được sở hữu bởi (các) chủ sở hữu đó bao gồm các nội dung chủ yếu sau: Tính tương đối trong tư cách pháp lý độc lập của các công ty trong nhóm; vấn đề đầu tư chéo (sở hữu chéo); trợ giúp tài chính (cho vay hay đảm bảo cho khoản vay giữa các công ty trong nhóm công ty với bên cho vay thứ ba); vấn đề chuẩn y các giao dịch giữa các bên có liên quan và trách nhiệm của người quản lý trong việc phòng ngừa xung đột lợi ích...

### **2.1. Quy định về tư cách độc lập của các công ty trong nhóm công ty**

Về nguyên tắc, Luật Công ty Úc (bắt nguồn từ hệ thống pháp luật Vương quốc Anh) coi các công ty trong nhóm là các thực thể pháp lý độc lập<sup>7</sup>. Tuy nhiên, Tòa án Úc lập luận rằng, nguyên tắc các công ty trong nhóm độc lập với nhau khi xác định trách nhiệm đối với bên thứ ba cần loại trừ một số

<sup>7</sup> Xem Foster, Nicholas H.D., *Company Law Theory in Comparative Perspective: England and France*, The American Journal of Comparative Law, số 48 năm 2000, tr. 573-621 và Foster, Nicholas H.D., *Perception, Language and 'Reality' in Corporate Law Theory*, King's College Law Journal, số 17, năm 2006, tr. 299 – 324.

trường hợp sau<sup>8</sup>:

(i) Khi công ty mẹ thành lập công ty con nhưng lại không cung cấp đầy đủ nguồn tài chính hoặc không bảo đảm để công ty con có nguồn lực cần thiết thực hiện các nhiệm vụ. Trong trường hợp này, Tòa án có thể kết luận rằng, công ty con đang thực hiện công việc nhân danh và vì lợi ích của công ty mẹ và công ty mẹ phải chịu trách nhiệm đối với các nghĩa vụ mà đáng lẽ công ty con phải thực hiện.

(ii) Khi các công ty có thỏa thuận trong hợp đồng về trách nhiệm của công ty mẹ.

(iii) Khi có yêu cầu đối với công ty con về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng do hành vi bất cẩn (negligence) và toà án cho rằng, việc công ty mẹ thực hiện nghĩa vụ sẽ đem lại kết quả tốt hơn cho người được bồi thường<sup>9</sup>.

Như vậy, có thể thấy rằng, mặc dù thừa nhận tư cách pháp lý độc lập của các công ty trong nhóm công ty, pháp luật Úc cũng thừa nhận tính chất đặc biệt của mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm, qua đó ban hành các quy định đặc thù giám sát các giao dịch nội nhóm. Pháp luật Úc chú trọng nhiều hơn đến việc điều chỉnh nhóm công ty mẹ - con bởi liên kết mang tính kiểm soát của mô hình này. Nói cách khác, pháp luật Úc có những quy định riêng biệt điều chỉnh giao dịch giữa công ty mẹ và công ty con hoặc giao dịch giữa các công ty con có cùng một công ty mẹ. Các công ty liên kết khác trong nhóm (chưa thỏa mãn điều kiện để xác định là mẹ - con) thường không nằm trong sự điều chỉnh của các quy định riêng

này mặc dù vẫn chịu sự điều chỉnh bởi những quy định về hợp đồng/giao dịch liên quan. Việt Nam cần nghiên cứu để hoàn thiện các quy định đặc thù, ví dụ như bổ sung “các công ty con trong cùng một nhóm công ty” vào khái niệm “người có liên quan” quy định tại khoản 17 Điều 4 LDN năm 2014.

Ngoài ra, pháp luật Úc dựa trên học thuyết về tính độc lập của tư cách pháp nhân và chế độ trách nhiệm hữu hạn (TNHH) của công ty để xác định trách nhiệm của các công ty trong nhóm công ty mẹ - công ty con. Tuy nhiên, chính mối quan hệ đặc biệt về sở hữu đã đặt ra yêu cầu áp dụng học thuyết phá hạn trách nhiệm để phá vỡ ranh giới nghĩa vụ về tài sản giữa các thành viên trong nhóm nhằm bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba trong các trường hợp ngoại lệ. Học thuyết phá hạn trách nhiệm (Tiếng Anh là “Piercing the Corporate Veil” hoặc “Lifting the Corporate Veil”) được toà án các nước thuộc hệ thống thông luật (bao gồm Úc) áp dụng như là một ngoại lệ của nguyên tắc: Các công ty có tư cách pháp nhân độc lập với các chủ sở hữu của mình. Khi được áp dụng, học thuyết này cho phép toà án không coi công ty là một chủ thể độc lập, tách bạch khỏi các chủ sở hữu của mình và tuyên bố một chủ sở hữu/một cổ đông phải chịu trách nhiệm cho hành vi được thực hiện nhân danh công ty nhưng thực chất là lợi ích riêng của chủ sở hữu/cổ đông đó.

Pháp luật Việt Nam hiện hành chưa có quy định ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ đối với bên thứ ba trong trường hợp công ty mẹ can thiệp trái pháp luật vào hoạt động của công ty con hay lợi dụng công ty con như một bức bình phong để hành động

<sup>8</sup> H A J Ford et al, *Ford's Principles of Corporations Law*, 9<sup>th</sup> Edition, Butterworths, năm 1999, tr. 124 – 126.

<sup>9</sup> Xem vụ *Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd.* (1989) 7 ACLC 841 Court of Appeal.

gây thiệt hại cho bên thứ ba<sup>10</sup>. Qua kinh nghiệm của Úc và một số quốc gia khác về học thuyết phá hạn trách nhiệm<sup>11</sup>, chúng tôi cho rằng, quy định về yêu cầu bồi thường thiệt hại trong LDN hiện hành nên được chỉnh sửa theo hướng bất kỳ bên thứ ba nào (bao gồm cổ đông nhỏ của công ty con, chủ nợ của công ty con, đối tác thương mại của công ty con, hay bất kỳ bên thứ ba nào khác) bị thiệt hại bởi các hành vi can thiệp trái pháp luật của công ty mẹ vào hoạt động của công ty con, hoặc trong trường hợp công ty mẹ lợi dụng công ty con để gây thiệt hại cho mình, đều có quyền yêu cầu công ty mẹ trực tiếp bồi thường thiệt hại<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Khoản 3 Điều 190 LDN năm 2014 của Việt Nam chỉ quy định trách nhiệm của công ty mẹ đối với các công ty con khi công ty can thiệp ngoài thẩm quyền vào hoạt động của công ty con.

<sup>11</sup> Xem án lệ *Smith Stone & Knight Ltd v Birmingham Corp* [1939] 4 All E.R. 529; án lệ *Briggs v James Hardie & Co Pty Ltd*. (1989) 7 ACLC 841 Court of Appeal; xem thêm Alexander Daehnert, *Lifting The Company Veil: English and German Perspectives on Group Liability*, International Company and Commercial Law Review, năm 2007, tr. 394, 395; Rishi Shroff và Shwetank Ginodia, *A Corporate governance perspective on lifting the veil in group companies in India and the United Kingdom*, International Company and Commercial Law Review, năm 2014, tr. 426; H A J Ford et al, *Ford's Principles of Corporations Law*, 9<sup>th</sup> Edition, Butterworths, năm 1999, tr. 124 – 126.

<sup>12</sup> LDN năm 2014 không có điều khoản nào quy định trách nhiệm của công ty mẹ đối với bên thứ ba khi chủ thể này có hành vi can thiệp trái pháp luật vào hoạt động của công ty con mà chỉ có một số quy định rải rác (không nhất quán đối với tất cả các loại hình công ty liên quan đến trách nhiệm của chủ sở hữu, thành viên hoặc cổ đông công ty) đối với bên thứ ba trong những trường hợp nhất định. Ví dụ, chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty, thiệt hại xảy ra do không góp, không góp đủ, không góp đúng hạn vốn điều lệ (khoản 4 Điều 74); hoặc khi chủ sở hữu công ty TNHH một thành viên trực tiếp rút vốn ra khỏi công ty không thông qua việc chuyển nhượng phần vốn

## 2.2. Quy định về sở hữu chéo

Chương 2J.2 Luật Công ty Úc cấm một công ty sở hữu cổ phần của công ty kiểm soát mình, trừ một số ngoại lệ nhất định<sup>13</sup>. Vi phạm điều cấm này có thể dẫn đến bị xử lý về hình sự. Điều 259C cũng quy định, việc phát hành cổ phần hoặc chuyển nhượng cổ phần của một công ty cho công ty bị công ty đó kiểm soát sẽ bị coi là vô hiệu. Và theo Điều 259D, nếu một công ty trở thành công ty kiểm soát thì trong vòng 12 tháng kể từ ngày đó, công ty bị kiểm soát phải chấm dứt việc sở hữu cổ phần của công ty kiểm soát mình hoặc công ty kiểm soát phải chấm dứt việc kiểm soát. Ngoài ra, Luật Công ty Úc còn cấm công ty con nhận thế chấp cổ phần của công ty mẹ, trừ các trường hợp ngoại lệ được quy định tại Điều 259B<sup>14</sup>. Khái niệm “kiểm soát” nhằm mục đích cấm sở hữu chéo tại Điều 259<sup>E</sup> Luật Công ty Úc không hoàn toàn giống khái niệm “kiểm soát” được quy định trong Chuẩn mực kế toán số 10 của Úc. Theo khái niệm này, một công ty được coi là kiểm soát một công ty

góp theo quy định của pháp luật phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty (khoản 5 Điều 76); hoặc cổ đông phải liên đới chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi giá trị cổ phần đã bị rút và các thiệt hại xảy ra nếu trực tiếp rút vốn ra khỏi công ty không thông qua việc chuyển nhượng phần cổ phần theo quy định của pháp luật (khoản 1 Điều 115).

<sup>13</sup> Xem các trường hợp ngoại lệ được quy định tại các Điều 259B, 259C và 259D Luật Công ty Úc.

<sup>14</sup> Điều 259B Luật Công ty Úc quy định ngoại lệ của việc công ty con dùng cổ phần của mình để bảo đảm cho nghĩa vụ của công ty mẹ. Theo đó, cho phép các tổ chức tài chính được bảo đảm cho công ty mẹ khi đáp ứng các điều kiện sau đây:

- (a) Hoạt động kinh doanh bình thường của công ty bao gồm hoạt động cung cấp tài chính; và
- (b) Biện pháp bảo đảm được thực hiện trong hoạt động kinh doanh bình thường và với những điều khoản thương mại thông thường.

khác khi công ty này có khả năng quyết định các chính sách tài chính và hoạt động của công ty bị kiểm soát.

Khi xác định một công ty có khả năng kiểm soát công ty khác hay không, các yếu tố sau đây phải được xem xét:

- Ảnh hưởng *thực tế* của công ty kiểm soát đối với công ty bị kiểm soát (không phải trên cơ sở các quyền được quy định); và

- Bất kỳ hành động thực tế nào có tác động đến các chính sách tài chính và hoạt động của công ty thứ hai, bao gồm cả việc vi phạm một thỏa thuận hoặc thực hiện hành vi bị cho là bất tín (a breach of trust).

Điều khoản về cầm sở hữu chéo giữa công ty bị kiểm soát và công ty kiểm soát được coi là nhằm ngăn cản việc rút vốn ra khỏi công ty mẹ để mua cổ phần hoặc đầu tư vào công ty con<sup>15</sup>.

Có thể thấy rằng, pháp luật Úc chỉ cấm sở hữu chéo giữa công ty mẹ và công ty con. Cách tiếp cận của pháp luật Việt Nam về vấn đề này mang tính nghiêm ngặt hơn. Theo đó, khoản 2 Điều 189 LDN năm 2014 quy định cấm sở hữu chéo giữa công ty mẹ và công ty con, và giữa các công ty con với nhau. Trong khi việc sở hữu chéo giữa công ty mẹ và công ty con đã tương đối phổ biến ở các nước trên thế giới nhằm tránh tình trạng vốn ảo do khoản vốn của công ty mẹ được nhân đôi khi công ty con dùng số tiền đó để đầu tư trở lại công ty mẹ và giảm thiểu rủi ro mang tính hệ thống khi một mắt xích gặp trục trặc. Theo tác giả, quy định

của LDN năm 2014 không thực sự cần thiết, vì các công ty con trong cùng một công ty mẹ không sở hữu lẫn nhau hoặc chỉ sở hữu dưới 50%. Trong trường hợp sở hữu chéo giữa hai công ty con vượt quá 50% thì chịu sự điều chỉnh của quy định cầm sở hữu chéo giữa công ty mẹ và công ty con.

### **2.3. Quy định liên quan đến người quản lý công ty và trách nhiệm của công ty mẹ đối với người quản lý công ty**

Những quy định sau liên quan đến người quản lý công ty của Úc có liên hệ trực tiếp với việc điều chỉnh quan hệ giữa công ty mẹ và công ty con trong nhóm công ty.

(i) Công ty mẹ được coi là “giám đốc/thành viên HĐQT ngầm” (shadow director) của công ty con và có trách nhiệm tuân thủ các quy định về trách nhiệm và quyền hạn của người quản lý công ty như những người quản lý công ty khác.

Theo Điều 9 Luật Công ty Úc, “giám đốc/thành viên HĐQT” bao gồm cả những người không được chính thức bổ nhiệm là giám đốc công ty, nhưng sẽ được coi là giám đốc nếu trong thực tế họ dẫn dắt và điều khiển hoạt động của công ty. Những người này cũng được coi là “giám đốc ngầm”<sup>16</sup>. Ngoài án lệ, nghĩa vụ của giám đốc công ty được quy định từ Điều 180 đến Điều 184 Luật Công ty Úc và trách nhiệm của giám đốc công ty trong việc ngăn ngừa các giao dịch khi công ty bị mất khả năng thanh toán nợ (insolvent trading) quy định tại Điều 588G cũng sẽ áp dụng đối với các

<sup>15</sup> Company Law Committee (Lord Jenkins, chair), Report (CMnd 1749, HMSO, London, 1962) para 151. Trích bởi Ian M Ramsay and Geof Stapledon, *Public Law and Legal Theory Working Paper No. 26*, Corporate Groups in Australia, Faculty of Law, The University of Melbourne, năm 2002, tr. 21.

<sup>16</sup> Xem thêm R Carroll, *Shadow Director and Other Third Party Liability for Corporate Activity*, trích trong I M Ramsay (ed), *Corporate Governance and the Duties of Companies Directors*, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Melbourne, năm 1997, tr. 162.

“giám đốc ngầm”. Như vậy, công ty mẹ được coi là “giám đốc ngầm” cũng là chủ thể chịu sự điều chỉnh của các quy định này. Công ty giữ vai trò “giám đốc ngầm” không nhất thiết phải nắm giữ trên 50% cổ phần của công ty mà mình thực hiện quyền quản lý. Khi xem xét có hay không việc “kiểm soát” để xác định có “giám đốc ngầm” hay không, tòa án sẽ cân nhắc cấu trúc sở hữu của công ty bị kiểm soát. Một công ty nắm giữ dưới 50% cổ phần của công ty khác cũng có thể được coi là “giám đốc ngầm” nếu mỗi trong số các cổ đông còn lại của công ty khác đó nắm giữ một tỉ lệ cổ phần khiêm tốn (nghĩa là thấp hơn nhiều so với tỷ lệ nắm giữ cổ phần của cổ đông được coi là “giám đốc ngầm”)<sup>17</sup>.

(ii) Tòa án Úc thừa nhận khả năng tuyên bố công ty mẹ phải chịu trách nhiệm đối với hành vi vi phạm pháp luật của giám đốc (thành viên HĐQT) do mình bổ nhiệm tại công ty con<sup>18</sup>.

(iii) Tòa án và pháp luật thành văn của Úc cũng thừa nhận sự cần thiết phải có sự linh hoạt trong việc xác định trách nhiệm

của người quản lý (director) công ty trong một nhóm công ty. Cụ thể<sup>19</sup>:

*Một là*, Tòa án sẽ không can thiệp trong trường hợp người quản lý công ty được cho là đã cân nhắc một cách độc lập lợi ích của công ty mà mình quản lý với lợi ích của công ty khác trong nhóm công ty.

*Hai là*, Điều 187 Luật Công ty Úc cho phép người quản lý ở công ty con (được sở hữu toàn bộ bởi công ty mẹ) được hành động vì lợi ích của công ty mẹ, mặc dù việc đó có thể không phải vì lợi ích tốt nhất của công ty con, với điều kiện phải đáp ứng những yêu cầu sau<sup>20</sup>:

- Điều lệ của công ty con có các quy định cho phép người quản lý hành động vì lợi ích của công ty mẹ.

- Người quản lý phải hành động với thiện chí và vì lợi ích tốt nhất của công ty mẹ;

- Công ty con không nằm trong tình trạng mất khả năng thanh toán nợ và cũng không trở nên mất khả năng thanh toán nợ vì hành động đó của người quản lý.

(iv) Pháp luật công ty của Úc áp dụng

<sup>17</sup> Trong vụ *Standard Chartered Bank of Australia Ltd. v. Antico* (1995) 131 ALR1, Tòa án đã kết luận công ty Pioneer là “Giám đốc ngầm” của công ty Giant vì những lý do sau: (i) Pioneer kiểm soát Giant bằng việc sở hữu 42% cổ phần của công ty này, các cổ đông còn lại chỉ sở hữu 10%; 6% hoặc 3%; (ii) Pioneer thực thi quyền kiểm soát về tài chính và quản lý Giant và trên thực tế đưa ra các quyết định liên quan đến tài sản của Giant; và (iii) Pioneer yêu cầu Giant phải làm cho các báo cáo tài chính phù hợp với yêu cầu về báo cáo tài chính của Pioneer. Như vậy, theo quy định của pháp luật Úc, một công ty dẫn dắt và điều khiển trong thực tế hoạt động của công ty khác được coi là “giám đốc ngầm” và có các nghĩa vụ đối với công ty khác đó như các giám đốc được bầu chính thức.

<sup>18</sup> I M Ramsay (ed), *Corporate Governance and the Duties of Companies Directors*, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Melbourne, năm 1997, tr. 38.

<sup>19</sup> Justice Alex Chernov, *The Role of Corporate Governance Practices in the Development of Legal Principles Relating to Directors*, trích trong I M Ramsay (ed) *Corporate Governance and the Duties of Companies Directors*, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Melbourne, năm 1997, tr. 44 – 45.

<sup>20</sup> Nguyên văn tiếng Anh: “A director of a corporation that is a wholly-owned subsidiary of a body corporate is taken to act in good faith in the best interests of the subsidiary if:

(a) The constitution of the subsidiary expressly authorises the director to act in the best interests of the holding company; and

(b) The director acts in good faith in the best interests of the holding company; and

(c) The subsidiary is not insolvent at the time the director acts and does not become insolvent because of the director's act”.

các điều khoản nghiêm khắc để xử lý hành vi lạm dụng quyền lực trong nhóm công ty.

Phần 2F.1 Luật Công ty Úc cho phép thành viên công ty khởi kiện để bảo vệ quyền lợi khi thành viên HĐQT công ty con (bao gồm người được công ty mẹ cử làm thành viên HĐQT ở công ty con) hành động không vì lợi ích của công ty con mà vì lợi ích của công ty mẹ trong các trường hợp sau đây:

- Hoạt động của công ty được điều hành theo cách thức lạm dụng quyền lực hoặc gây ra những bất lợi một cách không công bằng, hoặc phân biệt đối xử với một hoặc một số thành viên công ty;

- Việc hành động hoặc không hành động; một kế hoạch hành động hoặc không hành động nhân danh công ty; một nghị quyết hoặc một nghị quyết dự kiến của một nhóm cổ đông của công ty mang tính lạm dụng quyền lực hoặc gây ra những bất lợi một cách không công bằng hoặc mang tính chất phân biệt đối xử với một hoặc một số thành viên.

Những hành động có thể bị coi là cơ sở để thực hiện quyền khởi kiện bao gồm: (i) Loại bỏ quyền tham gia quản lý của người quản lý mà không có lý do chính đáng; (ii) Thay đổi hoạt động kinh doanh một cách không phù hợp; (iii) Thanh toán thù lao quá cao cho kiểm soát viên; (iv) Phát hành cổ phần với mục đích chính là làm giảm tỷ lệ sở hữu cổ phần của một hoặc một số cổ đông khác trong công ty. Đây là trường hợp thành viên HĐQT công ty quyết định chỉ bán cổ phần cho một cổ đông cụ thể (công ty mẹ chẳng hạn) để làm giảm tỷ lệ sở hữu cổ phần của những cổ đông khác; (v) Từ chối quyền tiếp cận thông tin của thành viên; (vi) Tái phân phối cổ phần một cách không hợp pháp; và (vii) Có hành vi lạm dụng quyền lực trong cuộc họp của HĐQT.

Có thể thấy rằng, pháp luật Úc đề cao trách nhiệm của những người quản lý đối với công ty. Thành viên HĐQT công ty con (dù do công ty mẹ cử ra) phải hành động vì lợi ích của công ty con, không chỉ vì lợi ích của công ty mẹ mà gây bất lợi cho các cổ đông khác của công ty con; phải tuân thủ nghĩa vụ của người quản lý công ty con trong hoạt động quản lý, vì lợi ích của công ty con khi tham gia vào việc ra các quyết định quản lý công ty con (thuộc thẩm quyền của HĐQT). Đây là một trong những nguyên tắc rất quan trọng về sự tách bạch giữa quyền sở hữu và quyền kiểm soát theo lý thuyết về quản trị công ty hiện đại. LDN năm 2014 mặc dù đã có các quy định đề cao trách nhiệm của người quản lý công ty, nhưng vẫn còn thiếu vắng các quy định đặc thù về giám sát trách nhiệm của những người được công ty mẹ cử làm người đại diện phần vốn góp của công ty mẹ ở công ty con và sau đó được công ty con bổ nhiệm làm người quản lý công ty này. Nếu pháp luật không có các quy định riêng biệt ràng buộc và giám sát trách nhiệm của họ trong việc hành động vì lợi ích của công ty con (chứ không phải công ty mẹ), thì khi có xung đột lợi ích sẽ gây bất lợi cho các cổ đông nhỏ của công ty con và các chủ thể khác có giao dịch với công ty con.

#### ***2.4. Quy định kiểm soát giao dịch trợ giúp tài chính (cho vay) và việc sử dụng các biện pháp bảo đảm chéo trong nhóm công ty***

Chương 2E Luật Công ty Úc cấm công ty đại chúng (hoặc một công ty được kiểm soát bởi một công ty đại chúng) trợ giúp tài chính cho một công ty liên quan (cho vay), trừ khi được miễn trừ hoặc được sự chấp thuận của ĐHĐCĐ. Công ty liên quan được hiểu là các công ty được kiểm soát

bởi các thành viên HĐQT của công ty đại chúng. Quy định này vì thế cũng được áp dụng cho mối quan hệ giữa công ty mẹ và công ty con.

Ủy ban Chứng khoán và Đầu tư của Úc - ASIC (Australian Security and Investments Commission) cho phép các công ty con được công ty mẹ sở hữu toàn bộ không phải tuân thủ nghĩa vụ báo cáo tài chính và các yêu cầu về kiểm toán nếu công ty mẹ và các công ty con tham gia vào một cam kết bảo lãnh chéo (cross-guarantee), với điều kiện mỗi công ty trong số các công ty này cam kết bảo đảm thanh toán đầy đủ các khoản nợ của bất kỳ hay tất cả các công ty trong nhóm<sup>21</sup>. Theo một nghiên cứu thực nghiệm<sup>22</sup>, một phần ba trong số 500 công ty lớn nhất đã lựa chọn sử dụng biện pháp bảo đảm này để không phải thực hiện nghĩa vụ báo cáo và kiểm toán<sup>23</sup>.

Pháp luật Việt Nam hiện chưa có những quy định cụ thể nhằm kiểm soát các giao dịch cho vay hoặc bảo lãnh giữa các công ty trong nhóm công ty, trừ một số quy định liên quan đến doanh nghiệp nhà nước<sup>24</sup>. Việt Nam cần nghiên cứu để bổ sung các quy định nhằm kiểm soát các giao dịch này để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các

cổ đông nhỏ và các đối tác có giao dịch với nhóm công ty, lợi ích của Nhà nước và lợi ích chung của xã hội.

### 3. Pháp luật về kế toán điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty

Pháp luật về kế toán của Úc siết chặt các quy định về nghĩa vụ lập báo cáo tài chính, mở rộng khái niệm kiểm soát để tăng cường nghĩa vụ công bố thông tin và nghĩa vụ lập báo cáo tài chính hợp nhất của các công ty trong nhóm công ty. Chuẩn mực kế toán số 10 (Accounting standard AASB 10) của Úc yêu cầu công ty mẹ “kiểm soát” (control) một hoặc một số công ty con phải lập báo cáo tài chính hợp nhất. Khái niệm công ty mẹ - con quy định tại Điều 46 Luật Công ty Úc không được sử dụng cho việc lập báo cáo tài chính hợp nhất do tính chất không rõ ràng và không mang tính ổn định của các điều kiện xác định mối quan hệ giữa công ty mẹ và công ty con cho mục đích lập báo cáo tài chính hợp nhất. Để xác định nghĩa vụ lập báo cáo tài chính hợp nhất, chuẩn mực kế toán số 10 sử dụng khái niệm “kiểm soát” để xác định mối quan hệ giữa công ty mẹ và công ty con. Khái niệm “kiểm soát” được quy định tại điều 50AA Luật Công ty Úc và được diễn giải cụ thể hơn trong Chuẩn mực kế toán số 10<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Xem thêm J Hill, *Cross Guarantees in Corporate Groups*, Company and Securities Law Journal, số 10 năm 1992, tr. 312; J H Farrar, *Legal Issues Involving Corporate Groups*, Company and Securities Law Journal, số 16 (184) năm 1998, tr. 192-194.

<sup>22</sup> Ian M Ramsay and Geof Stapledon, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 26, *Corporate Groups in Australia*, Faculty of Law, The University of Melbourne, năm 2002, tr. 23.

<sup>23</sup> Ian M Ramsay and Geof Stapledon, Public Law and Legal Theory Working Paper No. 26, *Corporate Groups in Australia*, Faculty of Law, The University of Melbourne, năm 2002, tr. 23.

<sup>24</sup> Xem Luật Quản lý, sử dụng vốn Nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014 và các văn bản hướng dẫn Luật này.

<sup>25</sup> Theo Điều 50AA Luật Công ty Úc, một công ty được coi là kiểm soát công ty thứ hai trong các trường hợp như sau:

“(1) Khi công ty đó có quyền quyết định về các chính sách tài chính và hoạt động của công ty bị kiểm soát.

(2) Khi xác định liệu công ty thứ nhất có khả năng như trên hay không cần xem xét các yếu tố sau:

(a) Ảnh hưởng thực tế của công ty thứ nhất (không chỉ là các quyền mà nó có thể thực thi);

(b) Bất kỳ hành động thực tế hoặc hành vi (pattern of behavior) tác động đến các chính sách tài chính và hoạt động của công ty thứ hai (ngay cả nếu nó liên

Chuẩn mực kế toán số 10 cũng đưa ra những hướng dẫn cụ thể để xác định một công ty có “kiểm soát” một công ty khác hay không. Cụ thể: Một công ty kiểm soát một công ty khác và trở thành mẹ của công ty đó nếu công ty kiểm soát có quyền lực đối với công ty con. Một công ty được coi là có quyền lực đối với một công ty khác khi công ty đó có quyền quyết định các hoạt động có ảnh hưởng quan trọng đến lợi nhuận của công ty này. Quyền lực xuất phát từ các quyền cụ thể. Đôi khi việc xác định quyền lực tương đối dễ dàng, ví dụ như quyền lực đạt được một cách trực tiếp hoặc từ các quyền biểu quyết có được do việc sở hữu cổ phần. Trong nhiều trường hợp, việc xác định quyền lực phức tạp hơn và cần xem xét nhiều yếu tố, ví dụ quyền lực đó có thể đến từ một hoặc một số dần xếp mang tính chất hợp đồng. Việc một công ty có quyền quyết định các hoạt động có ảnh hưởng quan trọng đến lợi nhuận của một công ty khác không nhất thiết được xác định chỉ khi quyền đó đã được thực hiện. Tuy bằng chứng về việc đã thực hiện quyền đó có ý nghĩa đối với việc xác định một công ty có quyền này hay không,

---

quan đến việc vi phạm một thỏa thuận hoặc vi phạm một sự tín nhiệm (a breach of trust).

(3) Một công ty không kiểm soát một công ty khác chỉ bởi công ty thứ nhất cùng một bên thứ ba có khả năng quyết định về các chính sách tài chính và hoạt động của công ty thứ hai.

(4) Nếu công ty thứ nhất đó:

(a) Có khả năng ảnh hưởng đến các quyết định về các chính sách tài chính và hoạt động của công ty thứ hai;

(b) Có nghĩa vụ pháp lý để thực hiện khả năng đó vì lợi ích của người khác mà không phải lợi ích mình”.

Như vậy, với khái niệm “kiểm soát” như trên, Luật Công ty Úc đề cao việc “kiểm soát trong thực tế chính sách tài chính và hoạt động kinh doanh” để xác định mối quan hệ mẹ - con cho mục đích lập báo cáo tài chính hợp nhất.

nhưng bằng chứng đó không phải là một yếu tố quyết định.

Các quy định nêu trên có ý nghĩa quan trọng trong việc đảm bảo cho thị trường có cái nhìn bao quát về tình hình tài chính của cả liên kết nhóm công ty. Ngoài ra, yêu cầu về lập báo cáo tài chính hợp nhất giữa công ty mẹ và các công ty con còn có ý nghĩa trong xác định nghĩa vụ thuế của một chủ thể kinh tế duy nhất là nhóm công ty mẹ - con.

Điểm a, khoản 1 Điều 191 LDN năm 2014 quy định, công ty mẹ phải lập báo cáo tài chính hợp nhất theo quy định của pháp luật về kế toán. Tuy nhiên, chuẩn mực kế toán số 25<sup>26</sup> không đưa ra định nghĩa công ty mẹ - công ty con giống như LDN năm 2014. Chuẩn mực kế toán số 25 xác định công ty con là doanh nghiệp chịu sự kiểm soát của một doanh nghiệp khác (gọi là công ty mẹ); trong đó kiểm soát được hiểu là quyền chi phối các chính sách tài chính và hoạt động của doanh nghiệp nhằm thu lợi kinh tế từ các hoạt động của doanh nghiệp đó. Mặc dù vậy, chuẩn mực kế toán số 25 cũng không giải thích rõ thế nào là quyền chi phối. Ngoài ra, quy định của Chuẩn mực kế toán số 25 về nghĩa vụ lập báo cáo tài chính hợp nhất của tập đoàn kinh tế không còn phù hợp với quy định của LDN năm 2014 vì Điều 191 LDN năm 2014 chỉ yêu cầu công ty mẹ lập báo cáo tài chính hợp nhất các công ty con trong tập đoàn chứ không yêu cầu tập đoàn kinh tế phải lập cả báo cáo tài chính hợp nhất của tập đoàn (bao gồm cả các công ty liên kết<sup>27</sup>). Từ kinh

---

<sup>26</sup> Được ban hành theo Quyết định số 234/2003/QĐ-BTC của Bộ trưởng Bộ Tài chính ngày 30/12/2003.

<sup>27</sup> Khoản 2 Điều 188 LDN năm 2014 quy định tập đoàn kinh tế có công ty mẹ, công ty con và các công ty thành viên khác.

nghiệm của Úc liên quan đến vấn đề này, chúng tôi cho rằng, Chuẩn mực kế toán số 25 cần có những hướng dẫn cụ thể hơn về cách xác định các chủ thể cần phải hợp nhất trong báo cáo tài chính hợp nhất. Ngoài ra, cần thống nhất trong việc định nghĩa, giải thích các thuật ngữ giống nhau được sử dụng trong LDN năm 2014 và trong các chuẩn mực kế toán.

#### 4. Pháp luật về thuế điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty

Pháp luật về thuế điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty với mục tiêu kiểm soát giao dịch chuyển giá và hành vi trốn thuế đối với các giao dịch nội nhóm - các giao dịch có thể thực hiện không theo nguyên tắc thị trường. Pháp luật thuế của Úc sử dụng cách tiếp cận công bằng và hợp lý trong việc áp đặt nghĩa vụ thuế cho các công ty trong nhóm công ty.

Về nguyên tắc, các công ty trong nhóm công ty được coi là các chủ thể độc lập theo quy định của pháp luật về thuế thu nhập. Từ ngày 1/7/2002, pháp luật về thuế thu nhập của Úc cho phép các công ty trong nhóm công ty có “công ty con do công ty mẹ sở hữu toàn bộ” được phép lựa chọn việc đóng thuế thu nhập với tư cách là một chủ thể nộp thuế duy nhất<sup>28</sup>. Bằng việc lựa chọn việc đóng thuế này, các công ty trong nhóm do một công ty mẹ sở hữu toàn bộ có

quyền: (i) Chuyển lỗ giữa các công ty trong nhóm; (ii) Không bị đánh thuế đối với cổ tức thu được từ việc đầu tư vào các công ty trong nhóm; (iii) Lợi nhuận và các khoản lỗ từ việc chuyển nhượng tài sản giữa các công ty trong nhóm được phép cân trừ với nhau.

Việc cho phép các nhóm công ty có công ty con do công ty mẹ sở hữu toàn bộ được lựa chọn là chủ thể chịu thuế duy nhất (nhóm công ty “hợp nhất”) có thể giải quyết được một số vấn đề:

*Thứ nhất*, giảm bớt chi phí đối với việc tuân thủ các quy định pháp luật phức tạp về thuế đối với nhóm công ty, ví dụ chi phí tuân thủ các quy định về thuế đối với việc tổ chức lại nhóm, về việc thanh toán cổ tức giữa các công ty trong nhóm và việc bán những tài sản thông thường, tài sản vốn (bao gồm cả việc chuyển nhượng cổ phần/phần vốn góp) trong nhóm.

*Thứ hai*, tránh việc đánh thuế trùng các khoản lợi nhuận có được từ hoạt động thương mại thông thường bị đánh thuế một lần nữa khi chuyển nhượng vốn.

*Thứ ba*, loại trừ việc các khoản lỗ được tính hai lần. Các khoản lỗ từ hoạt động kinh doanh thông thường hoặc từ việc bán tài sản sẽ được tính thêm một lần nữa khi chuyển nhượng cổ phần nếu mỗi công ty trong nhóm được coi là một đối tượng chịu thuế độc lập. Việc này cũng tránh tình trạng các khoản lỗ được xếp tầng khi các công ty trong nhóm (bao gồm các công ty không được sở hữu 100% trong nhóm) tạo ra các khoản lỗ được nhân lên từ một khoản lỗ đầu tiên. Việc cho phép nhóm công ty mẹ - con được nộp thuế như một chủ thể nộp thuế duy nhất cũng loại trừ tình trạng giá trị được chuyển dịch từ các công ty trong nhóm.

*Thứ tư*, loại trừ được trường hợp trốn thuế thông qua các giao dịch nội nhóm, ví

<sup>28</sup> Thông tin trên trang thông tin điện tử của Bộ Thuế vụ Úc (Australia Taxation Office: <https://www.ato.gov.au/Business/Consolidation/>, truy cập ngày 18/12/2016). Xem thêm: Antony Ting, *Policy and membership requirements for consolidation: a comparison between Australia, New Zealand and the US*, British Tax Review, năm 2005, tr. 1-20; Antony Ting, *Australia's Consolidation Regime: A Road of No Return?* British Tax Review, năm 2005, tr. 162 -193.

dụ như các giao dịch thao túng giữa các công ty trong nhóm để giảm hoặc được miễn thuế.

Việc coi nhóm công ty “hợp nhất” là đối tượng nộp thuế duy nhất có nghĩa, các thành viên của nhóm công ty đó sẽ không còn quyền có mã số thuế riêng khi tham gia vào nhóm. Mục đích của việc thừa nhận nhóm công ty “hợp nhất” nhằm đơn giản hệ thống thuế, giảm bớt chi phí tuân thủ pháp luật thuế của các doanh nghiệp, giảm bớt chi phí quản lý thuế, tăng cường tính hiệu quả của việc tái cấu trúc công ty và củng cố

tính thống nhất của hệ thống thuế.

Việc kiểm soát hành vi chuyển giá của các công ty trong cùng một nhóm công ty hiện nay ở Việt Nam cũng chưa thực sự hiệu quả. Qua kinh nghiệm của Úc, tôi cho rằng, Việt Nam cũng cần nghiên cứu để có thể từng bước cho phép nhóm công ty mẹ - công ty con có quyền lựa chọn thực hiện nghĩa vụ thuế như một chủ thể duy nhất. Điều này sẽ góp phần giảm bớt chi phí quản lý thuế, cũng như các lợi ích khác như phân tích ở trên.

---

*(Tiếp theo trang 42 – Các quy định của Luật Doanh nghiệp...)*

Chúng tôi cho rằng, quy định của điểm i khoản 3 Điều 177 Luật Doanh nghiệp 2014 là hợp lý, bởi tỷ lệ ba phần tư tổng số thành viên hợp danh chấp thuận việc giải thể đã thể hiện ý chí đa số tuyệt đối. Do vậy, cần sửa điểm b khoản 1 Điều 201 Luật Doanh nghiệp 2014 như sau: *Công ty hợp danh bị giải thể “Theo quyết định của ít nhất ba phần tư tổng số thành viên hợp danh”*.

**Thứ sáu, về loại hình công ty hợp vốn đơn giản.**

Cùng với công ty hợp danh, công ty hợp vốn đơn giản là loại hình doanh nghiệp đã xuất hiện và tồn tại hàng trăm năm nay ở nhiều nước trên thế giới. Loại hình công ty này gồm có một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn về các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ đến hạn của công ty và một hoặc nhiều thành viên góp vốn chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi vốn góp vào công ty. Loại hình công ty này có đặc điểm

tương tự như công ty hợp danh, nhưng có một điểm khác biệt là trong công ty hợp danh thì sự chia sẻ rủi ro (đặc biệt là sự chịu trách nhiệm vô hạn) sẽ giữa ít nhất hai thành viên hợp danh, còn ở công ty hợp vốn đơn giản, việc chịu trách nhiệm vô hạn đối với các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ chỉ do một người gánh vác. Khi một nhà đầu tư có tiềm năng lớn về tài chính (vốn và tài sản) tự nguyện gánh chịu trách nhiệm vô hạn về các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ; đồng thời được nhiều nhà đầu tư khác ủng hộ hỗ trợ thêm vốn phục vụ sản xuất, kinh doanh, thì pháp luật nên tạo cơ hội cho nhà đầu tư thành lập một công ty của riêng mình. Do vậy, khi sửa đổi Luật Doanh nghiệp trong tương lai, các nhà làm luật cần bổ sung thêm mô hình công ty hợp vốn đơn giản để tăng thêm sự đa dạng về các loại hình doanh nghiệp trong nền kinh tế nhiều thành phần ở Việt Nam.

# GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP GIỮA NGƯỜI TIÊU DÙNG VÀ THƯƠNG NHÂN BẰNG PHƯƠNG THỨC TRỰC TUYẾN Ở LIÊN MINH CHÂU ÂU VÀ MỘT SỐ GỢI MỞ CHO HIỆP HỘI CÁC QUỐC GIA ĐÔNG NAM Á

*Phan Thị Thanh Thủy\**

**Tóm tắt:** Cơ chế giải quyết tranh chấp trực tuyến (ODR platform) được áp dụng để giải quyết các tranh chấp giữa người tiêu dùng và thương nhân ở Liên minh châu Âu (EU) kể từ ngày 15/2/2016. Trên cơ sở các phân tích và đánh giá về cơ chế giải quyết tranh chấp trực tuyến này, tác giả đưa ra những khuyến nghị đối với Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN).

**Abstract:** Online dispute resolution (ODR) is applied to settle disputes between consumers and traders in European Union (EU) since February 15<sup>th</sup> 2016. On the basis of analysis of and assessment on such mechanism, the author makes recommendations for Association of Southeast Asian Nations (ASEAN).

## **Đặt vấn đề**

Giải quyết tranh chấp trực tuyến (Online dispute resolution - ODR) thường được hiểu là việc sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế (Alternative dispute resolution - ADR) hay các phương thức ngoài tòa án (out of court), như thương lượng, trung gian, hòa giải, trọng tài... thông qua công nghệ điện tử (CNĐT) hay công nghệ trực tuyến, để giải quyết tranh chấp<sup>1</sup>. ODR bao gồm một loạt các phương thức ADR được thực hiện trực tuyến như qua internet hoặc một số công nghệ khác cho phép kết nối thông tin trên mạng mà không đòi hỏi các bên trực tiếp gặp gỡ trong một không gian vật chất nhất định<sup>2</sup>. Cùng với sự xuất hiện của thương mại điện

tử (TMĐT), ODR đã bắt đầu được nghiên cứu và áp dụng từ đầu những năm 90 của thế kỷ XX. Sang thế kỷ XXI, ODR đã nhanh chóng chứng minh tính ưu việt so với các phương thức giải quyết tranh chấp truyền thống (tòa án và các biện pháp ADR thông thường)<sup>3</sup>.

Kể từ ngày 15/2/2016, Ủy ban châu Âu (European Commission - EC) đã chính thức đưa vào vận hành “ODR platform” - một cơ chế giải quyết tranh chấp trực tuyến giữa người tiêu dùng (NTD) và thương nhân trong nội bộ các nước thành viên EU, thông qua một trang mạng (website), đóng vai trò một cổng thông tin điện tử chung của toàn khối để tiếp nhận và giải quyết các khiếu nại NTD.

Dưới góc độ pháp lý, sự ra đời của ODR platform là một sự kiện lớn đánh dấu sự thống nhất cao của các nước thành viên EU đối với việc công nhận tính pháp lý và

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

<sup>1</sup> Andra Leigh Nensiel, *Online Dispute Resolution: A Canada-United States Initiative*, Canada-U.S. Law Journal, số 32(1) 2006, tr. 313-329.

<sup>2</sup> Ethan M. Katsh and Janet Rifld, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, Nxb. Jossey-Bass, tr. 2-3.

<sup>3</sup> Xem Ethan M. Katsh and Janet Rifld, *lđđđ*.

hiệu quả của ODR trong bảo vệ NTD nội khối. Việc thiết lập được một cơ chế pháp lý thống nhất như ODR platform để giải quyết tranh chấp, kích thích TMĐT nội khối phát triển là nguyện vọng mà EC hướng tới.

Trong bối cảnh ASEAN đang đề ra những mục tiêu và kế hoạch chiến lược bảo vệ NTD, thúc đẩy TMĐT phát triển trong khối và xây dựng một cơ chế chung bảo vệ NTD trong các giao dịch thương mại xuyên biên giới, việc nghiên cứu tính chất và cơ chế vận hành của ODR platform để rút ra những bài học kinh nghiệm và gợi mở cho việc xây dựng một cơ chế giải quyết tranh chấp trực tuyến chung hiệu quả là cần thiết.

## **1. Cơ chế giải quyết tranh chấp trực tuyến giữa người tiêu dùng và thương nhân của Liên minh châu Âu**

### ***1.1. Khái niệm và đặc điểm của ODR platform***

ODR platform thực chất là một thuật ngữ ghép chỉ việc sử dụng các biện pháp ADR trên một nền tảng CNTT (platform) chung cho toàn khối trong việc tiếp nhận các khiếu nại, kết nối và giải quyết tranh chấp giữa NTD và các thương nhân. ODR platform được giải thích là “*một nền tảng công nghệ trực tuyến được thiết kế phát triển dưới dạng một website bởi Ủy ban châu Âu. Mục tiêu của nó là hỗ trợ người tiêu dùng và những nhà cung cấp hàng hóa dịch vụ giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng mua bán trực tuyến bằng các biện pháp ngoài tòa án một cách tiết kiệm, nhanh chóng và hiệu quả*”<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Xem giải thích về ODR platform của European Commission tại *Alternative and Online Dispute Resolution (ADR/ODR)*, [http://ec.europa.eu/consumers/solving\\_consumer\\_disputes/non-judicial\\_redress/adr-odr/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/solving_consumer_disputes/non-judicial_redress/adr-odr/index_en.htm), truy cập ngày 23/12/2016.

Như vậy, xét về tính chất, ODR platform<sup>5</sup> là một cơ chế giải quyết tranh chấp được thiết lập bằng sự phối hợp giữa các biện pháp ADR và công nghệ trực tuyến. Về phạm vi hoạt động, ODR platform chỉ tiếp nhận và giải quyết các tranh chấp phát sinh từ giao dịch TMĐT trên cơ sở hợp đồng giữa NTD và thương nhân trong khối EU. Về cấu trúc, ODR platform hoạt động theo hai cấp: Cấp Liên minh châu Âu và cấp quốc gia thành viên.

### ***1.2. Khung khổ pháp luật cho hoạt động của ODR platform***

Được xây dựng trên nền móng pháp lý chung về bảo vệ NTD của EU, khung khổ pháp luật cho tổ chức và hoạt động ODR platform là những quy định về áp dụng ADR và ODR vào giải quyết tranh chấp liên quan đến NTD, bao gồm ba văn bản chủ yếu:

1) *Chỉ thị số 11 của Nghị viện và Ủy ban châu Âu* ngày 21/5/2013 về giải quyết tranh chấp bằng phương thức thay thế đối với những tranh chấp giữa NTD với thương nhân (Chỉ thị 2013/11). Nội dung cơ bản của Chỉ thị là yêu cầu các nước thành viên công nhận và áp dụng rộng rãi ADR như một phương thức chính thức để giải quyết tranh chấp giữa NTD và thương nhân trong

<sup>5</sup> Thuật ngữ “ODR platform” có thể dịch theo nghĩa đen là nền tảng công nghệ điện tử cho giải quyết tranh chấp trực tuyến. Tuy nhiên, từ bối cảnh ra đời, mục tiêu và cách thức hoạt động của ODR platform, có thể thấy thuật ngữ này mang tính khoa học liên ngành, thể hiện sự kết hợp chặt chẽ giữa tính pháp lý của hoạt động giải quyết tranh chấp thay thế và sự hỗ trợ tích cực của công nghệ điện tử dưới hình thức website. Do đó, bài viết giữ nguyên tên gọi “ODR platform” để đảm bảo nội hàm của thuật ngữ được đề cập. Xem thêm các giới thiệu chi tiết về ODR tại <http://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=EN>, truy cập ngày 18/1/2016.

nước và trong khối, đồng thời, có trách nhiệm thực thi những biện pháp thúc đẩy sự phát triển các tổ chức ADR.

2) *Bộ Quy tắc số 524/2013 của Nghị viện và Hội đồng châu Âu* ngày 21/5/2013 về giải quyết tranh chấp trực tuyến (Bộ Quy tắc 524/2013), cho phép áp dụng ODR vào giải quyết tranh chấp trong lĩnh vực bảo vệ NTD ở EU. Nội dung cơ bản của Bộ Quy tắc là xác lập và vận hành một cổng thông tin chung của EU dưới hình thức website (ODR platform) để tiếp nhận các khiếu nại và xử lý tranh chấp giữa NTD và thương nhân thông qua các tổ chức ADR.

3) *Bộ Quy tắc số 1015/2015 của Ủy ban châu Âu* ngày 01/7/2015 về hướng dẫn thực thi các quy định giải quyết tranh chấp trực tuyến liên quan đến NTD quy định tại Bộ Quy tắc số 524/2013 (Bộ Quy tắc 2015/1015).

### **1.3. Các chủ thể tham gia ODR platform**

#### **1.3.1. Các bên tranh chấp**

##### **a) Người tiêu dùng**

Ở hầu hết các nước trên thế giới, “người tiêu dùng” được quan niệm là một hay nhiều cá nhân cụ thể, bỏ tiền ra mua hàng hóa hoặc dịch vụ phục vụ cho sinh hoạt của mình hoặc người khác<sup>6</sup>. Quan niệm này cũng được thống nhất sử dụng trong EU. Điều 4.1 (a) của Chỉ thị 2013/11 đã định nghĩa: “*NTD là bất kỳ cá nhân nào mua hàng hóa dịch vụ nhằm mục đích ngoài hoạt động thương mại, kinh doanh, làm thủ công hay những hoạt động chuyên nghiệp của người này*”.

##### **b) Thương nhân**

Trong EU, khái niệm “thương nhân” (*trader*), trong quan hệ với NTD được diễn đạt dưới nhiều thuật ngữ pháp lý khác nhau, có thể là “nhà cung cấp” (*supplier*) hoặc “người bán” (*seller*), tùy theo bối cảnh giao dịch. Điều 4.1(b) của Chỉ thị 2013/11 đã định nghĩa thương nhân là “*cá nhân hoặc pháp nhân, bao gồm cả những người nhân danh họ, cho dù ở khu vực tư hay công, đang hoạt động, vì mục đích liên quan đến hoạt động thương mại, kinh doanh hoặc mang tính chất chuyên nghiệp của mình*”.

Xuất phát từ mục tiêu bảo đảm một thị trường TMĐT công bằng, bảo vệ lợi ích hợp pháp của cả hai bên giao dịch, Điều 4.1(i) và 4.1(k) của Quy tắc 524/2013 giải thích rõ: ODR platform không chỉ giải quyết khiếu nại một chiều của NTD với thương nhân mà còn giải quyết khiếu nại của thương nhân với NTD. Do đó, khái niệm “bên khiếu nại” (*complainant party*) và “bên bị khiếu nại” (*respondent party*) có thể là NTD hoặc thương nhân tùy thuộc vào việc ai nộp đơn trước. Mặc dù đây là một nhận thức đúng đắn trong thế giới hiện đại, nhưng dường như quan niệm truyền thống rằng chỉ NTD mới là người yếu thế và cần phải bảo vệ vẫn giữ vai trò chi phối ở nhiều nước thành viên EU. Hiện tại, chỉ có bốn nước là Bỉ, Đức, Luxembourg, Ba Lan tiếp nhận và giải quyết khiếu nại của thương nhân đối với NTD qua ODR platform<sup>7</sup>. Tác giả sẽ tập trung làm rõ về quy trình ODR đối với khiếu nại của NTD.

<sup>6</sup> Phan Thị Thanh Thủy, *Bàn về giới hạn pháp lý của thương lượng trong giải quyết tranh chấp giữa người tiêu dùng và bên cung cấp hàng hóa dịch vụ*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11(343) năm 2016, tr.54-55.

<sup>7</sup> Xem cảnh báo về từ chối nhận khiếu nại của thương nhân từ các nước Bỉ, Đức, Luxembourg, Ba Lan tại <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.home.show&lng=EN>, truy cập ngày 29/1/2016.

c) Điều kiện để các bên tranh chấp được sử dụng ODR platform

Để khiếu nại được tiếp nhận, Quy tắc 524/2013 quy định NTD phải là công dân hoặc cá nhân cư trú hợp pháp tại các nước thuộc EU và tương tự, thương nhân cũng phải đăng ký hoạt động hợp pháp trong khối.

Theo Điều 4.1(e) của Quy tắc 524/2013, các bên có tranh chấp bao gồm NTD và thương nhân phải có mối quan hệ phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa dịch vụ trực tuyến thông qua website hoặc các phương tiện điện tử khác (giải thích 15). Cũng cần lưu ý rằng, theo giải thích 13 và 14 của Chỉ thị 2013/11, ODR platform không giải quyết các tranh chấp phát sinh từ các hợp đồng dịch vụ phi kinh tế (*non-economic service*) và những hợp đồng về dịch vụ chăm sóc sức khỏe và giáo dục.

1.3.2. Bên cung cấp dịch vụ giải quyết tranh chấp thay thế

Bên thứ ba trong giải quyết tranh chấp giữa NTD và các thương nhân chính là nhà cung cấp dịch vụ ADR, được EU diễn đạt bằng thuật ngữ pháp lý là “thực thể ADR” (*ADR entity*). Theo định nghĩa tại Điều 4.1(h) của Chỉ thị 2013/11, thực thể ADR được hiểu là “bất kỳ thực thể nào, được gọi tên hoặc dẫn chiếu tới, được thành lập trên một nền tảng bền vững và cung cấp giải pháp cho một tranh chấp thông qua một quy trình ADR và được liệt kê (trong danh sách của EU) theo các tiêu chuẩn quy định tại Điều 20 (2)”. Nhà cung cấp ADR có thể là một cá nhân, một pháp nhân hoặc kết hợp của các cá nhân và pháp nhân, được thành lập và hoạt động tại một nước thành viên EU (Điều 4.3). Chỉ thị 2013/11 cũng đưa ra những quy định cụ thể và nghiêm ngặt về

nghĩa vụ bắt buộc cung cấp các thông tin liên quan đến tổ chức và quy trình xét xử trên website của nhà cung cấp ADR. Đó là tên, địa chỉ, mức phí, ngôn ngữ sử dụng, các loại quy trình ADR có thể thực hiện (trung gian, hòa giải, trọng tài...), loại tranh chấp có thể giải quyết, hiệu lực của thỏa thuận giải quyết tranh chấp. Các bên cần cân nhắc kỹ các thông tin khi lựa chọn bên giải quyết tranh chấp. Những quy định đó cho thấy, EU đòi hỏi cao về tính chuyên nghiệp, sự minh bạch và khách quan của nhà cung cấp ADR, nhằm đảm bảo lòng tin của người sử dụng dịch vụ ODR.

1.3.3. Nền tảng công nghệ điện tử cho ODR platform

Sự khác biệt lớn nhất giữa phương thức ODR so với phương thức ADR truyền thống là: Ngoài hai bên có tranh chấp và nhà cung cấp ADR đứng ra giải quyết tranh chấp, ODR luôn sử dụng CNTT làm nền tảng vật chất - kỹ thuật cho giải quyết tranh chấp trực tuyến<sup>8</sup>.

Quy tắc số 524/2013 đã khẳng định ngay trong đoạn 1 của phần giải thích rằng, ODR platform là một thiết chế pháp lý – công nghệ trực tuyến đặc biệt, “được thiết lập nên và thể hiện dưới hình thức một trang web tương tác và đa ngôn ngữ để cung cấp một điểm truy cập duy nhất cho những người tiêu dùng và các thương nhân đang tìm kiếm các giải pháp ngoài tòa án để giải quyết tranh chấp liên quan đến việc thực thi các nghĩa vụ trong hợp đồng phát sinh từ hợp đồng mua bán hàng hóa dịch vụ trực tuyến”. ODR platform được thiết lập

<sup>8</sup> Phan Thị Thanh Thủy, *Giải quyết tranh chấp trực tuyến: Những thách thức pháp lý đặt ra cho Việt Nam*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội - Luật học, số 4/2016, tr. 51-53.

và quản trị bởi EC trên nền tảng pháp lý bao gồm các chỉ thị và các bộ quy tắc có liên quan đến giải quyết tranh chấp bằng ADR và ODR, do Nghị viện và Hội đồng châu Âu ban hành.

Về mặt công nghệ, ODR platform là một website miễn phí dưới dạng cổng thông tin điện tử, thực hiện chức năng tự động tiếp nhận khiếu nại của NTD và xử lý các thông tin có liên quan trong suốt quá trình giải quyết tranh chấp. Website này đóng vai trò trung tâm trong một mạng lưới kết nối thông tin của các bên liên quan đến giải quyết tranh chấp bao gồm: Bên khiếu nại và bên bị khiếu nại, các website mua bán trực tuyến của các thương nhân, website của các bên cung cấp ADR và các Điểm liên lạc quốc gia (*National contact point*) - các cơ quan có chức năng bảo vệ NTD của các nước. Bên cạnh đó, cổng thông tin này còn cung cấp các kết nối trợ giúp khác cho các bên như đường link về cơ sở pháp lý cho hoạt động ODR, mạng lưới Trung tâm của EU về NTD (*ECC network*), các chỉ dẫn về phương thức đòi bồi thường khác trong trường hợp ODR không thành, các số liệu thống kê và phân tích về ODR trong EU.

Mặc dù EU khuyến cáo rằng, việc sử dụng ODR platform không có tính chất bắt buộc và không triệt tiêu quyền khởi kiện của NTD và các thương nhân (Điều 1, Chỉ thị 2013/11), nhưng các thương nhân cung cấp dịch vụ thương mại trực tuyến trong EU có nghĩa vụ kết nối website TMĐT của họ với ODR platform. Đây cũng là một biện pháp phòng ngừa và phát hiện nhanh những vi phạm quyền lợi của NTD.

#### ***1.4. Quy trình giải quyết tranh chấp thông qua ODR platform***

Theo Quy tắc số 1015/2015 về hướng dẫn thực hiện giải quyết tranh chấp giữa NTD và thương nhân qua ODR platform, một quy trình đầy đủ phải tuân thủ các bước cơ bản sau đây:

##### *Bước một: Nộp khiếu nại*

NTD điền các thông tin vào một mẫu đơn khiếu nại trực tuyến trên website và nộp đến trung tâm xử lý theo các chỉ dẫn cụ thể. Khiếu nại này sẽ được ODR platform tự động chuyển đến cho thương nhân. Các bên có tối đa 10 ngày để tự thương lượng. Trường hợp các bên không đi đến thỏa thuận, ODR platform sẽ chuyển cho các bên một danh sách các nhà cung cấp ADR được cho là phù hợp với tranh chấp để các bên trao đổi và lựa chọn. Các bên có tối đa 30 ngày kể từ ngày nộp đơn khiếu nại để lựa chọn nhà cung cấp ADR, nếu không đi đến thống nhất, quy trình sẽ bị ngừng lại.

##### *Bước hai: Thỏa thuận về cơ quan giải quyết tranh chấp*

Khi hai bên đã thỏa thuận lựa chọn được một cơ quan giải quyết tranh chấp, ODR platform sẽ tự động chuyển các thông tin chi tiết về tranh chấp đến nhà cung cấp ADR. Trong vòng ba tuần, nhà cung cấp ADR sẽ xem xét vụ việc và thông báo cho khách hàng về quyết định chấp nhận hoặc từ chối giải quyết tranh chấp.

##### *Bước ba: Giải quyết tranh chấp*

Trường hợp chấp nhận vụ việc, nhà cung cấp ADR có tối đa 90 ngày để giải quyết tranh chấp. Trong suốt quy trình giải quyết tranh chấp, nhà cung cấp ADR sẽ liên hệ với các bên để làm rõ các thông tin liên quan. Các diễn biến về giải quyết tranh chấp sẽ liên tục được tự động cập nhật cho các bên qua email của ODR platform.

*Bước bốn: Thực thi kết quả giải quyết tranh chấp*

Khi quy trình giải quyết tranh chấp được hoàn thành, các bên sẽ được thông báo kết quả giải quyết tranh chấp. Hiệu lực pháp lý của kết quả giải quyết tranh chấp hoàn toàn phụ thuộc vào các quy tắc và điều kiện do nhà cung cấp ADR đưa ra. Nếu cả hai bên tranh chấp đồng ý với các điều khoản về hiệu lực bắt buộc của kết quả giải quyết tranh chấp thì không có quyền từ chối việc thi hành. Trường hợp kết quả giải quyết tranh chấp không có hiệu lực bắt buộc thi hành, NTD có thể tiếp tục kiện ra tòa án để giải quyết.

### **1.5. Một số đánh giá về ODR platform**

Có thể thấy rằng, ODR platform là một sáng kiến lớn về áp dụng cơ chế phối hợp giữa ADR và CNĐT để bảo vệ quyền lợi chính đáng cho NTD; đồng thời là đòn bẩy pháp lý tích cực cho tăng trưởng TMĐT trong thị trường EU. Tuy mới đi vào hoạt động được một năm và chưa có báo cáo nào công bố về hiệu quả hoạt động của ODR platform, nhưng thông qua các đặc điểm về cấu trúc và vận hành, có thể đánh giá về cơ chế này như sau:

#### **\* Những ưu điểm nổi bật**

*ODR platform có nền tảng pháp lý vững vàng.* Các văn bản pháp luật làm nền móng cho việc thành lập và hoạt động của cơ chế này được ban hành theo một lộ trình hợp lý với những tính toán kỹ lưỡng về hiệu quả tác động pháp luật và tác động nhận thức xã hội. Dựa trên khung khổ pháp luật chung để bảo vệ NTD được ban hành từ những năm 2000<sup>9</sup>, EU bắt đầu ban hành Chỉ thị 2013/11

về công nhận và vận dụng ADR một cách chính thức vào giải quyết các tranh chấp thương mại nội khối. Trước sự phát triển của TMĐT và hiệu quả của ODR trong giải quyết tranh chấp phát sinh từ loại giao dịch này, năm 2013, EU cũng ghi nhận vai trò của ODR trong giải quyết tranh chấp liên quan đến NTD và ban hành Quy tắc 524/2013 làm cơ sở pháp lý cho việc thiết lập và vận hành ODR platform. Sau một thời gian chuẩn bị, Quy tắc 1015/2015 được ban hành để thực thi Quy tắc 524/2013.

*ODR platform mang lại nhiều hiệu ứng tích cực về pháp lý, kinh tế và xã hội cho các nước thành viên EU.* Cơ chế này chính thức cung cấp thêm một kênh giải quyết tranh chấp ngoài tòa án cho NTD và các thương nhân, trao cho họ thêm một lựa chọn để giải quyết tranh chấp phù hợp với tính chất vụ việc và khả năng tham gia của các bên. Cùng với đó, dưới sự hỗ trợ của CNĐT, ODR platform làm cho các hoạt động ADR trở nên thuận tiện và minh bạch hơn bằng quy trình tự động tiếp nhận khiếu nại, hỗ trợ các bên trong kết nối và cập nhật thông tin trong suốt quá trình giải quyết tranh chấp.

*ODR platform tạo ra sự thống nhất và phối hợp chặt chẽ giữa các nước thành viên toàn khối trong bảo vệ NTD.* Tất cả các nước thành viên EU đều có nghĩa vụ tích cực tham gia vào hỗ trợ quá trình giải quyết tranh chấp. Theo các điều 5, 6 và 7 của Chỉ thị 2013/11, các nước có trách nhiệm thẩm định và giới thiệu nhà cung cấp ADR uy tín cho ODR platform. Điều 7 của Quy tắc 524/2013 còn yêu cầu các nước này bảo đảm rằng Điểm liên lạc quốc gia phải cung

<sup>9</sup> Xem tập hợp các chỉ thị, quy tắc và các hướng dẫn, giải thích về bảo vệ người tiêu dùng của EU tại

[http://ec.europa.eu/consumers/consumer\\_rights/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/index_en.htm), truy cập ngày 16/1/2017.

cấp các chuyên gia tư vấn cho NTD và thương nhân nước mình (nếu được yêu cầu) trong suốt qui trình ADR.

**\* Một số tồn tại cần khắc phục**

Có thể thấy cấu trúc của ODR platform khá đồ sộ và phức tạp với hai cấp vận hành. Theo đó, khiếu nại của NTD sẽ chuyển từ trung tâm xử lý cấp Liên minh châu Âu đến thương nhân và nhà cung cấp ADR của nước thành viên để giải quyết theo mô hình “một cửa”. Cách xử lý này tuy thể hiện tính tập trung, thống nhất, thuận tiện cho hoạt động khiếu nại của NTD, nhưng mặt khác, hiệu quả của giải quyết tranh chấp sẽ phụ thuộc khá nhiều vào khả năng cung cấp và chất lượng dịch vụ ADR các nước thành viên. Chẳng hạn, hiện nay NTD ở bốn nước Croatia, Ba Lan, Romania và Tây Ban Nha chưa thể thực hiện quyền khiếu nại qua ODR platform vì lý do chưa hoàn tất việc trình danh sách các nhà cung cấp ADR trong nước lên EC. Nguyên nhân thực chất của sự trì hoãn này là ở các nước nói trên vẫn thiếu vắng các nhà cung cấp dịch vụ ADR<sup>10</sup>.

Cũng có một thực tế rằng, ODR platform chỉ phát huy tác dụng ở nơi có hạ tầng CNTT thuận lợi. Các khiếu nại gửi đi và sự trao đổi thông tin giữa nhà cung cấp ADR và các bên phải được thực hiện qua website dưới hình thức văn bản. Điều này gây bất lợi cho NTD trong những trường hợp họ cư trú ở những vùng khó tiếp cận internet hoặc bị hạn chế khả năng diễn đạt bằng văn bản, hay đơn giản là không cùng

ngôn ngữ với nhà cung cấp ADR (mặc dù ODR platform có hỗ trợ dịch thuật).

**2. Một số gợi mở đối với Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á**

**2.1. Mục tiêu bảo vệ người tiêu dùng trong ASEAN**

Bảo vệ NTD là một trong những vấn đề nhận được nhiều quan tâm trong khối ASEAN. Từ năm 2007, Ủy ban Bảo vệ người tiêu dùng (ASEAN Committee on Consumer Protection - ACCP) đã được thành lập với mục tiêu chính là “*thực hiện và giám sát các thỏa thuận và cơ chế khu vực, và để thúc đẩy sự phát triển bền vững của bảo vệ người tiêu dùng ở các nước ASEAN*”<sup>11</sup>. Thống nhất quan điểm với ACCP, Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC) thành lập ngày 31/12/2015, cũng khẳng định rằng bảo vệ NTD là một trong những mục tiêu chính để hướng tới xây dựng một thị trường chung hiện đại, hiệu quả và cạnh tranh công bằng, thúc đẩy sự phát triển của TMĐT trong khối. Mục tiêu này được AEC cụ thể bằng một loạt các biện pháp trong bản Kế hoạch cụ thể đến năm 2025 (AEC Blueprint) bao gồm: Thiết lập khuôn khổ pháp luật về bảo vệ NTD chung cho cả khu vực ASEAN, cải thiện việc thực thi và giám sát việc thực thi pháp luật bảo vệ quyền lợi NTD; thiết lập cơ chế bồi thường và giải quyết tranh chấp thay thế hiệu quả, trao quyền cho NTD, xây dựng lòng tin cho NTD và thúc đẩy giao dịch thương mại xuyên biên giới bằng cách đưa ra các tiêu chuẩn về hàng hóa dịch vụ an toàn<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Xem Disclaimer (thông báo từ chối) trên website của Ủy ban châu Âu tại <https://webgate.ec.europa.eu/odr/main/index.cfm?event=main.adr.show>, truy cập ngày 16/1/2017.

<sup>11</sup> Xem mục tiêu hoạt động của ACCP tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=59>, truy cập ngày 23/11/2016.

<sup>12</sup> Xem AEC Blueprint 2025 tại section B2 “Consumer protection”, <http://www.asean.org/stor>

Để khẳng định sự thống nhất, quyết tâm thực hiện mục tiêu bảo vệ NTD trong khối, ACCP cũng đã công bố Kế hoạch chiến lược đề bảo vệ NTD 2016-2025 (*ASEAN Strategic Plan for Consumer Protection 2016-2025- ASAPCP*), trong đó vạch ra các mục tiêu chiến lược bao gồm: (i) Thiết lập một khung khổ chung để bảo vệ NTD, (ii) Bảo đảm cho NTD được thực hành quyền và được bảo vệ, (iii) Thiết lập lòng tin của NTD trong AEC và trong các giao dịch thương mại xuyên biên giới, và (iv) Tích hợp mối quan tâm của NTD ASEAN trong một chính sách chung<sup>13</sup>. ACCP cũng đặc biệt quan tâm đến xây dựng và áp dụng ODR trong các nước thành viên và chung cho cả khối. Theo đó, lộ trình đặt ra từ năm 2016 đến 2020 là xây dựng “hệ thống ODR của từng quốc gia” (*National ODR system*), tiếp đó là xây dựng “mạng lưới ODR của khu vực ASEAN” (*ASEAN ODR network*) và tiến tới xây dựng “cơ chế chung ASEAN để giải quyết các khiếu nại và điều tra xuyên biên giới quốc gia” (*ASEAN mechanism for cross border complaints and investigations*)<sup>14</sup>.

Mặc dù các mục tiêu chiến lược và các biện pháp bảo vệ NTD được vạch ra rất toàn diện và đầy đủ, nhưng đã hơn một năm kể từ ngày AEC được thành lập, cả AEC và ACCP đều chưa làm được gì nhiều trên thực

tế. Cho tới nay, những gì ACCP đạt được vẫn là thực hiện chức năng cảnh báo thông tin về hàng hóa, dịch vụ đang bị cấm lưu hành trong khối, công bố địa chỉ liên hệ của các cơ quan chức năng bảo vệ NTD ở các nước thành viên để NTD tự liên hệ khi bị xâm hại quyền lợi và cung cấp các đường link dẫn tới các quy định pháp luật bảo vệ NTD của 10 nước thành viên.

## **2.2. Một số gợi ý về xây dựng cơ chế giải quyết tranh chấp trực tuyến giữa người tiêu dùng và thương nhân trong ASEAN**

Trong những mục tiêu chiến lược và kế hoạch hành động của ACCP và của AEC, nhiệm vụ xuyên suốt là thiết lập một cơ chế chung toàn khối nhằm giải quyết các khiếu nại của NTD trong giao dịch xuyên biên giới và điều tra các vi phạm có liên quan. Tuy đến nay chưa có một văn bản nào do ASEAN ban hành vạch ra mô hình cụ thể của “cơ chế chung” nói trên, nhưng xét về chức năng, nhiệm vụ và phạm vi hoạt động, cơ chế chung mà ASEAN hướng tới trong tương lai sẽ có nhiều nét tương đồng với mô hình tổ chức và hoạt động của ODR platform, thậm chí còn đi xa hơn khi có thêm chức năng điều tra vi phạm quyền lợi NTD.

Như vậy, ASEAN rất cần tham khảo kinh nghiệm của EU để xây dựng một cơ chế ODR cho khu vực. Tuy nhiên, cũng cần phải lưu ý rằng, trên các phương diện như mục tiêu và bản chất của liên kết khối, mức độ gắn kết, trình độ phát triển kinh tế - xã hội chung của cả khối cũng như của các nước thành viên, EU và ASEAN có sự chênh lệch, trong đó ASEAN kém thuận lợi hơn EU khi thành lập các thiết chế chung

age/images/2015/November/aec-page/AEC-Blueprint-2025-FINAL.pdf, truy cập ngày 07/10/2016.

<sup>13</sup> Xem *ASEAN Strategic Plan for Consumer Protection 2016-2025* tại <http://www.aseanconsumer.org/accp/index.php?r=portal/article&id=53>, truy cập ngày 16/11/2016.

<sup>14</sup> Xem *Appendix - Summary of the Strategic Goals and Initiatives/Targets*, section 3.2 “An ASEAN Regional Online Dispute Resolution (ODR) Network is established”, trong *ASEAN Strategic Plan for Consumer Protection*, *tlđđ*.

nội khối<sup>15</sup>. Do đó, ASEAN nên nghiên cứu kỹ lưỡng và tiếp thu có chọn lọc những yếu tố phù hợp trong tổ chức và vận hành của ODR platform để áp dụng khi xây dựng một cơ chế ODR chung bảo vệ NTD.

Đối với ASEAN, để thành lập một cổng thông tin điện tử chung cho cả khối, đảm đương các chức năng đề ra trong Kế hoạch hành động, có lẽ phương án khả thi nhất của ASEAN là cải cách tổ chức và hoạt động của ACCP và nâng cấp website hiện có của tổ chức này thành một cổng ODR chung cho ASEAN. Để thực hiện được mục tiêu đó và tham khảo kinh nghiệm của EU, ASEAN cần giải quyết những thách thức pháp lý và thực tế cơ bản sau:

*Thứ nhất*, ASEAN cần nhanh chóng xây dựng và ban hành bộ quy tắc về bảo vệ NTD trong khu vực, trong đó có các quy tắc về khuyến khích sử dụng ADR và ODR để giải quyết tranh chấp. Các bộ quy tắc này phải phù hợp với các chuẩn mực quốc tế, khu vực và lợi ích của các quốc gia thành viên. Tham khảo những gì EU đã làm từ những năm 2000, ASEAN phải bắt đầu từ việc ban hành quy định chung làm cơ sở pháp lý cho bảo vệ NTD nội khối trong các giao dịch thương mại truyền thống và TMĐT. Trên cơ sở này, ban hành tiếp các quy tắc về khuyến khích sử dụng ADR và ODR trong giải quyết tranh chấp liên quan đến NTD. Theo kế hoạch đề ra, việc xây dựng khung khổ pháp lý chung sẽ kéo dài từ

năm 2016 đến năm 2025<sup>16</sup>. Mặc dù công việc này rất cần sự chuẩn bị kỹ lưỡng, song lộ trình 10 năm dường như quá dài so với yêu cầu bảo vệ NTD đang trở nên cấp bách trong bối cảnh AEC đã đi vào hoạt động và giao dịch TMĐT xuyên biên giới ngày càng gia tăng. Để sớm hoàn thành việc xây dựng nền tảng pháp lý chung cho bảo vệ NTD, ngoài nỗ lực của các nước thành viên, ASEAN cần sự hỗ trợ từ các chuyên gia pháp lý quốc tế.

*Thứ hai*, để chuẩn bị nguồn lực cho việc thiết lập và hoạt động của các hệ thống ODR quốc gia và mạng lưới ODR khu vực, tiến tới thiết lập một cơ chế ODR chung cho toàn khối, ASEAN cần thúc đẩy Chính phủ các nước thành viên nỗ lực xây dựng mạng lưới các tổ chức/nhà cung cấp ADR trong nước để tham gia vào giải quyết các khiếu nại của NTD. Sự thiếu vắng các tổ chức ADR ở nhiều nước thành viên là một hạn chế lớn trong thực hiện các mục tiêu này. Hiện tại, các nước như Singapore, Malaysia, Philippines, Indonesia và Thailand có các tổ chức ADR như trọng tài, trung gian, hòa giải... tương đối phát triển có thể đảm đương việc giải quyết các khiếu nại, tranh chấp của NTD chuyển về từ cổng ODR của khu vực (nếu có). Các thành viên còn lại như Việt Nam, Lào, Campuchia, Myanmar, Brunei vẫn thiếu vắng các tổ chức ADR trong nước, hoặc tuy có nhưng chưa được sử dụng phổ biến trong xã hội<sup>17</sup>. Chẳng hạn,

<sup>15</sup> Bùi Huy Khoát, *So sánh mô hình liên kết EU – ASEAN*, Tạp chí Nghiên cứu châu Âu, số 4(45)/2002, tr. 3-4. Xem thêm Đinh Công Tuấn, *Mô hình hội nhập của EU-ASEAN: so sánh những tương đồng khác biệt và bài học kinh nghiệm cho ASEAN*, Tạp chí Nghiên cứu châu Âu, 6(141), 2012, tr. 10-20.

<sup>16</sup> Xem Appendix - Summary of the Strategic Goals and Initiatives/Targets, section 3.2 của The ASEAN Strategic Action Plan for Consumer Protection 2016-2025 tại <http://asean.org/storage/2012/05/ASAPCP-UPLOADING-11Nov16-Final.pdf>, truy cập ngày 02/2/2017.

<sup>17</sup> Xem *Diễn đàn pháp luật ASEAN lần thứ 2 về Cải cách tranh chấp ngoài Tòa án: cơ chế nhằm tăng cường thương mại trong khu vực ASEAN* tại

ở Việt Nam, số vụ việc giải quyết tranh chấp thay thế hàng năm rất nhỏ so với khối lượng công việc của tòa án và nhu cầu của xã hội<sup>18</sup>.

*Thứ ba*, ASEAN cần bắt tay ngay vào tiến hành cải cách cơ chế hoạt động của ACCP. Như đã đề cập, các hoạt động ACCP hiện tại còn mang tính liên chính phủ trên bề nổi, chưa đi vào thực chất, do đó còn quan liêu và kém hiệu quả, dẫn đến “tính nửa vời” trong thực thi chức năng bảo vệ NTD trong khối. Trên thực tế, ACCP chưa thực hiện được chức năng tư vấn hoặc hỗ trợ trực tiếp NTD khi quyền lợi của họ bị xâm hại. Để trở thành một trung tâm ODR cho cả khối trong tương lai, ACCP cần có sự phối hợp chặt chẽ với các cơ quan chức năng các nước thành viên trong trao đổi thông tin, tư vấn cho NTD. ACCP cũng nên nhanh chóng xây dựng sự kết nối với các tổ chức dân sự liên quan trực tiếp đến thực thi và bảo vệ NTD ở các nước thành viên như các tổ chức ADR, các doanh nghiệp, các hiệp hội bảo vệ NTD.

*Thứ tư*, cơ chế chung về ODR của ASEAN cần một nền tảng CNĐT hiện đại ở hai cấp: Cấp khu vực và cấp các nước thành viên. Điều này có nghĩa, hiệu quả hoạt động của công ODR còn phụ thuộc vào chất lượng hạ tầng CNĐT của các nước thành viên. Có một thực tế là, trình độ phát triển internet ở các nước ASEAN có sự chênh lệch rất lớn. Có tới 4/10 nước thành viên là Indonesia, Lào, Campuchia và Myanmar có

độ phủ internet thấp (dưới 20% dân số)<sup>19</sup>. Tính trên toàn khối chỉ có 29% dân số ASEAN được tiếp cận internet<sup>20</sup>. Đây sẽ là trở ngại lớn cho việc thiết lập các giao dịch TMĐT, giao dịch xuyên biên giới và thực hiện quyền khiếu nại của NTD qua công thông tin trực tuyến. Do đó, Chính phủ các nước này cần nỗ lực vào cuộc để khắc phục tình trạng trên.

*Cuối cùng*, trong bối cảnh có sự chênh lệch lớn về trình độ phát triển kinh tế - xã hội của các nước thành viên ASEAN, cần nâng cao nhận thức NTD về phương thức ODR khi quyền lợi chính đáng của họ bị xâm hại. Để làm được điều này, cần có sự phối hợp giữa các cơ quan bảo vệ NTD của Chính phủ và các hội bảo vệ NTD, các tổ chức luật sư, các tổ chức ADR...

Đến thời điểm hiện tại ASEAN vẫn chưa có một nền tảng pháp lý chung ngoài kế hoạch hành động đến năm 2025. Do vậy, phát triển công thông tin ACCP thành một cơ chế ODR tương tự như ODR platform của EU sẽ là một công việc khó khăn.

Cho dù vậy, kế hoạch xây dựng một cơ chế ODR chung của ASEAN có nhiều yếu tố khả thi. ASEAN có thể tham khảo và tiếp thu một cách chọn lọc những kinh nghiệm của EU để áp dụng trong hoàn cảnh đặc thù của khối, nhằm đẩy nhanh tiến độ xây dựng và vận hành cơ chế ODR cho khu vực, xây dựng lòng tin cho NTD, thúc đẩy TMĐT và giao dịch xuyên biên giới.

<http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/thong-tin-khac.aspx?ItemID=618>, truy cập ngày 24/10/2016.

<sup>18</sup> Biểu đồ số lượng giải quyết tranh chấp của Trọng tài Thương mại Quốc tế Việt Nam tại <http://viac.vn/thong-ke-c119.html>, truy cập ngày 15/1/2017.

<sup>19</sup> Xem báo cáo của Internet Society, 2015, *Unleashing the Potential of the Internet for ASEAN economies*, tr10-13 tại [http://www.internetsociety.org/sites/default/files/ASEAN\\_ISOC\\_Digital\\_Economy\\_Report\\_Full\\_0.pdf](http://www.internetsociety.org/sites/default/files/ASEAN_ISOC_Digital_Economy_Report_Full_0.pdf), truy cập ngày 16/01/2017.

<sup>20</sup> Nhã Hân, *Thương mại điện tử ASEAN: Cơ hội và thách thức*, Tạp chí Logistics Vietnam, tháng 7 năm 2016.

# HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ ĐỊNH GIÁ ĐẤT Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Châu Hoàng Thân\*  
Phan Trung Hiền\*\*

**Tóm tắt:** Trên cơ sở phân tích các quy định về định giá đất, những khó khăn trong quá trình định giá đất, bài viết đưa ra một số khuyến nghị nhằm hoàn thiện các quy định về vấn đề này ở Việt Nam hiện nay.

**Abstract:** On the basis of analysis of provisions on appraisal of land price and shortcomings during the process of appraisal of land price, the paper makes proposals with purpose to perfect regulations in this respect in Vietnam.

## 1. Khái quát về giá đất và định giá đất ở Việt Nam hiện nay

Khoản 19, 20 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Giá đất là giá trị của quyền sử dụng đất tính trên một đơn vị diện tích đất. Giá trị quyền sử dụng đất là giá trị bằng tiền của quyền sử dụng đất đối với một diện tích đất xác định trong thời hạn sử dụng đất xác định”. Về phương diện hành chính, giá đất được Nhà nước xác định qua các cấp độ như: Khung giá đất (do Chính phủ ban hành định kỳ 5 năm), bảng giá đất (do Ủy ban nhân dân của 63 tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương ban hành định kỳ 5 năm dựa trên khung giá của Chính phủ nhưng cụ thể hóa cho phù hợp với điều kiện của địa phương) và giá đất cụ thể.

Bảng giá đất được áp dụng trong các trường hợp phục vụ trực tiếp cho các hoạt động quản lý nhà nước như: Thuế, phí, tính tiền sử dụng đất, và tính tiền xử phạt vi phạm hành chính, tính tiền bồi thường cho Nhà nước khi gây thiệt hại trong quản lý và sử dụng đất đai... Theo khoản 2 Điều 9 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT về “Quy

định chi tiết phương pháp định giá đất; xây dựng, điều chỉnh bảng giá đất; định giá đất cụ thể và tư vấn xác định giá đất” thì: Khi xây dựng bảng giá đất, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh căn cứ tình hình thực tế tại địa phương để quy định điều chỉnh giá căn cứ vào kích thước, hình thức, khả năng sinh lợi của thửa đất và các yếu tố khác ảnh hưởng đến giá của thửa đất.

Bên cạnh đó, giá đất cụ thể là giá trị quyền sử dụng đất của thửa đất, khu đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định tại một thời điểm xác định trên cơ sở nguyên tắc định giá đất, các phương pháp định giá đất hoặc tham khảo chứng thư định giá từ tổ chức tư vấn định giá đất. Đây là giá đất dùng để tính tiền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất không thông qua hình thức đấu giá quyền sử dụng đất; công nhận quyền sử dụng đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất đối với tổ chức phải nộp tiền sử dụng đất; tính tiền thuê đất đối với trường hợp Nhà nước cho thuê đất không thông qua hình thức đấu giá quyền sử dụng đất; tính giá trị quyền sử dụng đất khi cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước thành doanh nghiệp cổ phần được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho

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

\*\* PGS.TS., Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

thuê đất theo hình thức trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê; tính tiền thuê đất khi thuê đất trả tiền hằng năm; tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất (khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai 2013).

Khác với giá đất, pháp luật hiện chưa ghi nhận khái niệm định giá đất<sup>1</sup>. Theo nhóm tác giả, khái niệm định giá đất được hiểu như sau: *Định giá đất là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc tổ chức tư vấn định giá đất dựa trên nguyên tắc, phương pháp xác định giá và trình tự do pháp luật quy định để đưa ra giá trị của quyền sử dụng đất đối với khu đất, thửa đất cần định giá.*

Thuật ngữ giá đất và định giá đất xuất hiện lần đầu tiên trong Luật Đất đai năm 1993 với tư cách là giá chuyển nhượng quyền sử dụng đất được Nhà nước ấn định hàng năm. Cùng với việc quy định về giá đất, Luật Đất đai năm 1993 cũng ghi nhận người sử dụng đất có các quyền như: Chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, thừa kế, thế chấp quyền sử dụng đất<sup>2</sup>.

Ở Việt Nam hiện nay tồn tại song song hai giá đất: Giá đất do Nhà nước quy định và giá đất thực tế giao dịch trên thị trường. Hai giá này có mức chênh lệch cao nên thường dẫn đến khiếu nại, khiếu kiện về đất đai, nhất là việc bồi thường khi thu hồi đất.

## **2. Chủ thể định giá đất và các trường hợp định giá đất**

Hiện nay, chủ thể định giá đất vẫn là cơ quan hành chính nhà nước thông qua Hội đồng thẩm định giá do Chủ tịch Ủy ban

nhân dân cấp tỉnh làm Chủ tịch Hội đồng. Đối với việc xây dựng bảng giá đất, pháp luật bắt buộc phải trình Hội đồng nhân dân cấp tỉnh thông qua trước khi ban hành. Khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai 2013 quy định: Cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh (Sở Tài nguyên và Môi trường ở các tỉnh, thành) giúp Ủy ban nhân dân cấp tỉnh tổ chức việc định giá, kể cả bảng giá và giá đất cụ thể<sup>3</sup>.

Ngoài ra, theo điểm d khoản 2 Điều 74 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, còn có các chủ thể tiến hành định giá khác như: (i) Các tổ chức tín dụng định giá đất để thẩm định giá trị tài sản thế chấp làm căn cứ để các tổ chức tín dụng cho vay; (ii) Doanh nghiệp sử dụng đất thông qua hình thức nhận chuyển nhượng, góp vốn, thuê quyền sử dụng đất phục vụ các dự án sản xuất kinh doanh theo Điều 73 Luật Đất đai 2013 định giá đất làm căn cứ thỏa thuận với người dân.

Trên thực tế, giá đất trong các trường hợp chuyển nhượng, cho thuê và các giao dịch về đất đai khác chủ yếu do người dân tự thỏa thuận, thương lượng với nhau mà không dựa trên bảng giá đất do Nhà nước ban hành. Sau khi thương lượng thành công, họ mới tham khảo bảng giá đất để ghi giá trị giao dịch trên hợp đồng cho phù hợp với giá đất do Nhà nước ban hành nhằm giảm tiền đóng thuế khi giao dịch. Chính vì Nhà nước không thể kiểm soát hết giá trị thực trên thị trường bất động sản, nên có sự chênh lệch giữa giá đất trên thị trường với giá đất do Nhà nước ban hành.

<sup>1</sup> Riêng thuật ngữ định giá nói chung được ghi nhận trong khoản 5 Điều 4 Luật giá năm 2012: “*Định giá là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc tổ chức, cá nhân sản xuất, kinh doanh quy định giá cho hàng hóa, dịch vụ.*”

<sup>2</sup> Điều 2, Điều 3 Luật Đất đai năm 1993.

<sup>3</sup> Khoản 5 Điều 12 Nghị định 44/2014/NĐ-CP quy định: Sở Tài nguyên và Môi trường có trách nhiệm tổ chức xây dựng và trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ban hành bảng giá; và lập kế hoạch định giá đất cụ thể (khoản 1 Điều 17).

Ở Việt Nam, việc định giá đất chủ yếu phục vụ các trường hợp sau đây:

**- Phục vụ cho thị trường bất động sản**

Mặc dù là một thị trường chưa hoàn chỉnh, song các giao dịch về quyền sử dụng đất ở Việt Nam cũng được thực hiện khá thường xuyên do nhu cầu sử dụng đất. Việc định giá đất nhằm phục vụ cho các giao dịch sau:

*Thứ nhất*, khi người sử dụng đất thực hiện các quyền đối với đất đai như: Quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất<sup>4</sup>. Việc định giá đất giúp đưa ra mức giá cơ bản làm căn cứ để các bên thỏa thuận, giao dịch. Đối với các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản, việc tiến hành định giá là căn cứ để niêm yết giá sản phẩm hoặc huy động góp vốn từ thị trường<sup>5</sup>.

*Thứ hai*, nhằm xác định giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất đối với phương thức Nhà nước giao đất, cho thuê đất, hoặc các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản tổ chức bán sản phẩm thông qua hình thức đấu giá.

*Thứ ba*, nhằm xác định giá trị tài sản của doanh nghiệp trong báo cáo tài chính. Thực tế cho thấy, việc định giá đất nhằm xác định đúng giá trị tài sản của các doanh nghiệp có ý nghĩa rất lớn trong hoạch định chiến lược phát triển kinh tế và phân nhóm các doanh nghiệp để có chiến lược phát triển phù hợp.

Hiện nay, việc vốn hóa đất đai đang diễn ra mạnh mẽ tại Việt Nam thông qua 3 phương thức chủ yếu: Chuyển nhượng quyền sử dụng đất của doanh nghiệp, góp

vốn và thế chấp; đặc biệt là việc định giá đất để tiến hành vốn hóa đất đai thông qua cổ phần hóa các doanh nghiệp nhà nước. Các trường hợp này đều cần phải định giá tài sản, trong đó có bất động sản là đất đai.

*Thứ tư*, nhằm cung cấp thông tin cho việc định giá tài sản bảo đảm trong hoạt động thế chấp quyền sử dụng đất. Khi thực hiện thế chấp quyền sử dụng đất, các tổ chức tín dụng đều có xu hướng định giá ưu tiên lợi ích của bên nhận thế chấp nên giá thường thấp hơn thị trường giao dịch. Trường hợp bên thế chấp không thực hiện được nghĩa vụ trả nợ thì bên nhận thế chấp sẽ tiến hành thanh lý tài sản và như vậy, một lần nữa quyền sử dụng đất sẽ được định giá để bán đấu giá quyền sử dụng đất.

**- Phục vụ cho hoạt động quản lý nhà nước về giá đất**

Pháp luật đất đai Việt Nam gắn bó chặt chẽ với pháp luật hành chính. Các quyết định giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất đều được thực hiện thông qua thủ tục hành chính. Chính vì vậy, việc định giá đất nhằm thực hiện các chính sách của Nhà nước có vai trò quan trọng, ảnh hưởng đến tất cả những người sử dụng đất. Việc định giá đất nhằm thực hiện các mục tiêu sau:

*Thứ nhất*, phục vụ cho các trường hợp thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh và mục đích phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, lợi ích công cộng. Theo quy định, giá đất tính tiền bồi thường là giá đất cụ thể<sup>6</sup>. Về nguyên tắc, việc xác định giá đất trong trường hợp này trên cơ sở cân bằng lợi ích của người có đất thu hồi, Nhà nước và chủ đầu tư. Tuy nhiên, thực tế thì giá đất có xu hướng nghiêng về lợi ích của Nhà

<sup>4</sup> Điều 167 Luật Đất đai năm 2013.

<sup>5</sup> Điểm c khoản 1 Điều 115 Luật Đất đai năm 2013.

<sup>6</sup> Khoản 2 Điều 74 và khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

nước và nhà đầu tư, đồng thời, giá đất tính bồi thường hay thấp hơn giá đất chuyển nhượng thực tế trên thị trường.

*Thứ hai*, làm căn cứ xây dựng khung giá đất do Chính phủ ban hành và bảng giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ban hành<sup>7</sup>. Ngoài ra, pháp luật hiện hành không quy định thuế nhà đất mà thay bằng thuế sử dụng đất phi nông nghiệp. Việc đánh thuế tùy theo từng trường hợp căn cứ vào bảng giá hoặc giá đất cụ thể do cơ quan hành chính nhà nước cấp tỉnh xác định, ví dụ: Việc xác định nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất được căn cứ trên bảng giá đất<sup>8</sup>. Ngoài ra, trong trường hợp giá đất phổ biến trên thị trường biến động<sup>9</sup>, giá thị trường tăng hoặc giảm so với khung giá, bảng giá, thì phải tiến hành định giá đất lại để làm căn cứ điều chỉnh khung giá, bảng giá.

*Thứ ba*, để xác định nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất trong quá trình giao đất, cho thuê đất. Cụ thể:

(i) Trường hợp giao đất thông qua đấu giá quyền sử dụng đất, giá đất khởi điểm được xác định dựa trên 4 phương pháp: So sánh trực tiếp, chiết trừ, thu nhập và thặng dư<sup>10</sup>. Ngoài ra, trường hợp đấu giá quyền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất trả tiền một lần cho cả thời gian thuê mà giá trị thửa đất hoặc khu đất (tính theo giá đất trong bảng giá) dưới 30 tỷ đồng đối với các thành phố trực thuộc trung ương; dưới 10 tỷ đồng đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; dưới 20 tỷ đồng đối với các tỉnh còn lại, thì giá đất cụ

thể được xác định theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá.

(ii) Trường hợp giao đất không thông qua đấu giá<sup>11</sup>, được chia thành hai trường hợp: Trường hợp thửa đất hoặc khu đất có giá trị từ 30 tỷ đồng trở lên đối với các thành phố trực thuộc trung ương; từ 10 tỷ đồng trở lên đối với các tỉnh miền núi, vùng cao; từ 20 tỷ đồng trở lên đối với các tỉnh còn lại (tính theo giá đất trong bảng giá đất), thì giá đất tính thu tiền sử dụng đất là giá đất cụ thể do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định, được xác định theo các phương pháp so sánh trực tiếp, chiết trừ, thu nhập, thặng dư. Trường hợp giá trị thửa đất, khu đất *nhỏ hơn giá trị nêu trên* thì xác định giá đất cụ thể áp dụng phương pháp hệ số điều chỉnh giá. Hệ số điều chỉnh này do Sở Tài chính chủ trì xác định trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh công bố hàng năm.

*Thứ tư*, trường hợp cho thuê đất thì giá đất được xác định như sau:

(i) Cho thuê đất trả tiền thuê đất không thông qua đấu giá: Đơn giá tính tiền thuê trong trường hợp trả hàng năm hay trả một lần cho cả thời gian thuê là như nhau và đều là giá đất cụ thể<sup>12</sup>.

(ii) Cho thuê đất thông qua đấu giá, gồm hai trường hợp: Trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê: Giá khởi điểm là giá đất cụ thể được xác định theo phương pháp so sánh trực tiếp, chiết trừ, thu nhập, thặng dư<sup>13</sup> hoặc theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá<sup>14</sup>; và trả tiền thuê đất hàng

<sup>7</sup> Điều 8 và Điều 12 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP.

<sup>8</sup> Khoản 2 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013.

<sup>9</sup> Thuộc các trường hợp quy định tại khoản 1 Điều 9 và khoản 1 Điều 14 Nghị định 44/2014/NĐ-CP.

<sup>10</sup> Khoản 2 Điều 1 Thông tư 02/2015/TT-BTC và Điều 4 Thông tư 48/2012/TT-BTC.

<sup>11</sup> Điều 3 Thông tư 76/2014/TT-BTC.

<sup>12</sup> Khoản 4, 5 Điều 4 Nghị định 46/2014/NĐ-CP.

<sup>13</sup> Khoản 4 Điều 4 Nghị định 46/2014/NĐ-CP.

<sup>14</sup> Khoản 4 Điều 3 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai.

năm: Giá khởi điểm xác định theo phương pháp hệ số điều chỉnh giá<sup>15</sup>.

Khi xác định đơn giá tính tiền sử dụng đất, tiền thuê đất đều là xác định giá đất cụ thể, nhưng thời điểm xác định giá lại chưa được pháp luật quy định cụ thể.

Như vậy, ở Việt Nam, tương ứng với các hình thức định giá đất phục vụ cho các mục đích khác nhau thì cách thức định giá, phương pháp định giá và chủ thể định giá cũng có thể khác nhau. Vì vậy, khi xác định giá đất trên cùng một thửa đất vì các mục đích khác nhau có thể dẫn đến những giá đất khác nhau. Điều này làm cho việc định giá không thật sự bảo đảm yếu tố khách quan và công bằng, cũng như giá trị thật của quyền sử dụng đất.

*Thứ năm*, phục vụ cho việc giải quyết khiếu nại về giá đất.

Trường hợp người sử dụng đất khiếu nại về giá đất thì được quyền thuê tổ chức tư vấn định giá đất để làm căn cứ giải quyết khiếu nại<sup>16</sup>. Việc khiếu nại về giá đất thường tập trung nhiều ở giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất. Tuy nhiên, trên thực tế việc xác định giá đất này rất khó thực hiện, vì khi thay đổi giá đất tính tiền bồi thường cho một hộ dân thì đồng thời phải điều chỉnh giá đất cho tất cả các hộ còn lại trong cùng một dự án. Mặt khác, cơ quan nhà nước và chủ đầu tư thường không muốn xác định lại giá đất theo hướng tăng lên, vì sẽ dẫn đến việc tổng chi phí bồi thường, hỗ trợ, tái định cư của dự án tăng cao so với dự kiến ban đầu.

### **3. Các yếu tố ảnh hưởng đến việc định giá đất**

Qua phân tích các trường hợp cần định giá và thực tiễn định giá đất, có thể khái

quát những yếu tố ảnh hưởng đến việc định giá đất ở Việt Nam như sau:

#### **3.1. Quyền sở hữu toàn dân và Nhà nước là đại diện chủ sở hữu về đất đai**

Điều 53 Hiến pháp năm 2013 khẳng định, đất đai thuộc sở hữu toàn dân và Nhà nước thống nhất quản lý, nên người sử dụng đất chỉ được trao quyền sử dụng đất. Việc định giá đất do đó, chỉ xác định giá trị của quyền sử dụng đất, không phải là sự định giá như một loại tài sản thuộc sở hữu tư nhân. Hơn nữa, với tư cách là đại diện chủ sở hữu, Nhà nước có quyền quyết định giá đất (khoản 5 Điều 13 Luật Đất đai 2013). Vì vậy, giá đất chịu sự chi phối từ Nhà nước, ví dụ như giá đất tính tiền bồi thường trong trường hợp Nhà nước thu hồi đất vì các mục đích công ích do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và các cơ quan hành chính thuộc quyền quyết định.

#### **3.2. Sự khác biệt về mục đích sử dụng đất**

Mục đích sử dụng đất ảnh hưởng trực tiếp đến giá đất, các thửa đất liền kề nhau có điều kiện tự nhiên, kinh tế, hạ tầng và khả năng sinh lợi như nhau nhưng mục đích sử dụng khác nhau thì đơn giá sẽ có sự khác biệt và chênh lệch lớn. Theo quy định, đất đai được chia thành 3 nhóm: Đất nông nghiệp, đất phi nông nghiệp và đất chưa sử dụng (Điều 10 Luật Đất đai 2013), nhưng việc định giá đất chỉ áp dụng cho 2 nhóm là đất nông nghiệp và phi nông nghiệp. Trong cùng nhóm nhưng mỗi loại đất có giá khác nhau. Trong các loại đất thì đất ở có giá cao nhất<sup>17</sup>; đất trồng lúa thường có giá thấp nhất

<sup>15</sup> Khoản 5 Điều 4 Nghị định 46/2014/NĐ-CP.

<sup>16</sup> Điểm b khoản 1 Điều 115 Luật Đất đai năm 2013.

<sup>17</sup> Tham khảo Quyết định số 22/2014/QĐ-UBND ngày 26/12/2014 của Ủy ban nhân dân thành phố Cần Thơ quy định về mức giá các loại đất định kỳ 05 năm (2015 – 2019).

do Nhà nước muốn bảo vệ diện tích đất này và hạn chế việc thay đổi mục đích sử dụng.

### **3.3. Điều kiện thực hiện giao dịch đất đai**

Pháp luật đất đai Việt Nam hạn chế đối tượng, phạm vi giao dịch đất đai bằng cách quy định các trường hợp không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất. Ví dụ: Hộ gia đình, cá nhân không trực tiếp sản xuất nông nghiệp không được nhận chuyển nhượng, nhận tặng cho quyền sử dụng đất trồng lúa (khoản 3 Điều 191 Luật Đất đai 2013). Điều này trực tiếp ảnh hưởng đến giá các loại đất đó theo hướng giảm xuống, và quy định này cũng gây không ít khó khăn cho các vùng đô thị với diện tích đất trồng lúa còn rất ít, thậm chí có thửa chỉ còn vài chục mét vuông, nhưng khi thực hiện các giao dịch đều phải chứng minh “hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp”.

Thực tế, khi đất thuộc phạm vi quy hoạch, kế hoạch của Nhà nước sẽ thu hồi để thực hiện dự án hoặc phải chuyển mục đích sử dụng, thì hầu như các giao dịch rất hạn chế. Mặc dù pháp luật đất đai không hạn chế các quyền của người sử dụng đất khi chưa có kế hoạch sử dụng đất chi tiết của cấp huyện, song lúc này rất ít người nhận chuyển nhượng, thuê hoặc góp vốn bằng quyền sử dụng đất dù giá đất thấp hơn thị trường. Hơn nữa, các tổ chức tín dụng thường đưa trường hợp này vào nhóm không khuyến khích cho vay<sup>18</sup>...

### **3.4. Định hướng phát triển và thị trường đất đai ảo**

<sup>18</sup> Phan Trung Hiền và Ngô Văn Lượng, “*Những khó khăn của người có đất thế chấp rơi vào quy hoạch và giải pháp đề xuất*”, Tạp chí Nghề Luật, Học viện Tư pháp, số 8/2014.

Định hướng phát triển kinh tế - xã hội ảnh hưởng trực tiếp đến giá đất. Ví dụ điển hình như giá đất tại huyện đảo Phú Quốc tỉnh Kiên Giang trong thời gian gần đây tăng vọt do định hướng phát triển Phú Quốc trở thành đơn vị hành chính - kinh tế đặc biệt<sup>19</sup>.

Theo quy định pháp luật về thuế<sup>20</sup>, khoản thu tài chính từ giao dịch đất đai căn cứ vào giá trị giao dịch trên hợp đồng. Tuy nhiên, trong trường hợp giá đất giao dịch thấp hơn giá đất do Nhà nước quy định thì tính theo giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định. Chính vì vậy, giá đất trên các hợp đồng giao dịch ở Việt Nam thường là giá ảo (thấp hơn nhiều so với giá giao dịch thật) để các bên giảm bớt nghĩa vụ nộp thuế, lệ phí. Việc này hình thành nên giá thị trường ảo trong các giao dịch, dẫn đến tình trạng giá đất do cơ quan hành chính nhà nước ban hành thường không phản ánh được giá đất trên thị trường.

### **3.5. Yếu tố lịch sử, tính hợp pháp, hợp thức của đất**

Quá trình lịch sử, một số hộ gia đình, cá nhân xác lập quyền sử dụng đất thực tế trước khi được Nhà nước công nhận. Chính vì vậy, nếu hai thửa đất có các điều kiện vị trí và diện tích tương đồng nhau, thửa đất nào đã được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất và cấp Giấy chứng nhận thì thửa đất đó có giá cao hơn. Để được cấp Giấy chứng nhận, người đang sử dụng đất thực tế

<sup>19</sup> Xem Vũ Lê - Hồng Châu, *Giới đầu tư đổ xô ra Phú Quốc theo cơn sốt đất*, <http://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/bat-dong-san/gioi-dau-tu-do-xo-ra-phu-quo-theo-con-sot-dat-3244916.html>, truy cập ngày 5/1/2017.

<sup>20</sup> Điều 2 Nghị định số 12/2015/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều các Luật về thuế và sửa đổi, bổ sung một số điều các Nghị định về thuế.

phải hoàn thành các thủ tục pháp lý và chứng minh nguồn gốc hợp pháp của đất. Ví dụ: Đất có nguồn gốc lấn chiếm hoặc tự ý san lấp kênh mương lấn đất công, đất giao không đúng thẩm quyền...không thể được xem là đất hợp pháp. Tuy nhiên, đất do khai hoang, do tự nhiên bồi lắng thì có thể được công nhận.

Bên cạnh đó, thời điểm sử dụng đất cũng ảnh hưởng đến việc thừa nhận quyền sử dụng đất và mức nghĩa vụ tài chính mà người sử dụng đất phải nộp khi hợp thức hóa. Cụ thể, Nghị định số 45/2014/NĐ-CP từ Điều 6 - Điều 9 quy định chi tiết mức nộp tiền sử dụng đất khi hợp thức hóa quyền sử dụng đất. Chính vì vậy, giá đất còn được xác định qua tính hợp thức của thửa đất.

### **3.6. Thời hạn sử dụng đất**

Thời hạn sử dụng đất được quy định tại Điều 125 và Điều 126 Luật Đất đai 2013 và có ảnh hưởng quyết định đến giá đất. Ví dụ: Cùng là đất sản xuất, kinh doanh thương mại dịch vụ nhưng nếu đất có thời hạn sử dụng ổn định lâu dài sẽ được xác định giá đất cao hơn so với sử dụng thời hạn tối đa không quá 70 năm. Công thức định giá đất bồi thường đối với trường hợp đất sử dụng có thời hạn được quy định tại Điều 7 Nghị định 47/2014/NĐ-CP.

Thời hạn trả tiền thuê đất cũng ảnh hưởng đến giá đất. Có hai hình thức Nhà nước cho thuê đất là: Thuê đất trả tiền hàng năm và thuê đất trả tiền một lần. Nếu hai thửa đất có cùng các điều kiện, mục đích sử dụng nhưng thời hạn trả tiền thuê đất là cho cả thời gian thuê thì đơn giá khác với trả tiền thuê đất hàng năm, do thời hạn trả tiền thuê ảnh hưởng đến quyền, nghĩa vụ trong quá trình sử dụng đất (Điều 174 và Điều 175 Luật Đất đai năm 2013).

### **3.7. Tập quán sử dụng đất**

Theo quan niệm của người Việt Nam, những yếu tố sau đây sẽ tạo nên sự khác biệt về giá đất:

- *Hình thể thửa đất*: Một thửa đất đẹp là thửa đất vuông vắn, có hình chữ nhật hoặc hình thang, cạnh mặt hậu phải lớn hơn cạnh mặt tiền (nở hậu).

- *Hướng đất*: Đối với đất ở và kinh doanh sản xuất thì hướng Đông Nam có giá trị cao hơn hướng Tây Bắc, dù có cùng các điều kiện tự nhiên, hạ tầng và hình thể đất. Những thửa đất thẳng góc với đường tại vị trí giao lộ hoặc đất gần nghĩa trang, nghĩa địa, gần sân bay là những thửa đất không tốt về vị trí, thường có giá trị thấp. Mặt khác, theo phong thủy, đất bị che chắn bởi những ngôi nhà cao tầng xung quanh, đặc biệt là có công trình án ngữ phía trước là thửa đất không tốt, giá trị không cao.

- *Đất có điều kiện thuận lợi về sinh hoạt và sản xuất*: Đất trong các khu vực gần trung tâm, gần chợ, gần trường học, bệnh viện, công viên, thuận lợi về giao thông thường có giá cao hơn.

## **4. Những khó khăn, bất cập trong việc định giá đất**

### **4.1. Về việc định giá đất có các mục đích khác nhau**

Hiện nay, giá đất từ các chủ thể khác nhau với mục đích khác nhau có mức giá xác định khác nhau.

Ví dụ: Cùng một thửa đất nhưng định giá để tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích công ích khác với định giá khi giao đất cho chủ đầu tư. Thông thường, giá đất xác định để giao cho chủ đầu tư sẽ cao hơn giá đất Nhà nước xác định tính tiền bồi thường.

Mục đích của việc định giá ảnh hưởng đến chủ thể định giá và phương pháp định giá.

Ví dụ: Xác định giá đất cụ thể làm giá khởi điểm trong đấu giá quyền sử dụng đất khi Nhà nước giao đất thì chỉ áp dụng 4 trong 5 phương pháp định giá đất do Sở Tài nguyên và Môi trường xác định<sup>21</sup>. Trong khi đó, khi Nhà nước giao đất không thông qua đấu giá thì áp dụng cả 5 phương pháp định giá tùy vào trường hợp cụ thể và khi áp dụng phương pháp hệ số điều chỉnh giá thì hệ số điều chỉnh đó do Sở Tài chính xác định và công bố vào đầu năm<sup>22</sup>. Như vậy, cùng là xác định để giao đất nhưng đơn giá khác nhau do phương thức giao đất và chủ thể định giá khác nhau.

Hơn nữa, giá đất của cùng một thửa đất còn khác biệt giữa giao dịch tự nguyện và giao dịch bắt buộc. Giao dịch tự nguyện như: Chuyển nhượng, chuyển đổi, góp vốn..., thì người sử dụng đất có quyền thỏa thuận. Trong khi giao dịch bắt buộc như: Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng, thì cơ quan nhà nước tiến hành định giá và áp giá nên không phản ánh được đúng bản chất của giá thị trường.

#### **4.2. Về dữ liệu giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai**

Việc xây dựng chính xác và đầy đủ hệ thống dữ liệu thông tin về giá đất ảnh hưởng lớn đến việc định giá đất. Bởi khi có dữ liệu thông tin chính xác sẽ xác định được những thửa đất tương tự để thu thập thông tin định giá. Việc không có cơ sở dữ liệu sát thị trường về giá đất giao dịch ảnh hưởng đến

sự phù hợp với giá thị trường của giá đất được xác định. Hơn nữa, khi xây dựng được dữ liệu về giá giao dịch sẽ có thang đo về giá để đánh giá, quyết định giá đất một cách khách quan. Hiện nay, việc định giá đất còn mang tính chủ quan bởi chỉ dựa trên thông tin do các bên cung cấp. Khi không có cơ sở dữ liệu này sẽ không có thước đo chuẩn về giá đất, “chuẩn chung” về giá không được xác định chính xác.

#### **4.3. Liên quan đến các quyền đối với đất đai**

Liên quan đến Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, có 3 trường hợp sau đây:

- Trường hợp đã có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Đối với trường hợp này thì việc định giá đất tương đối thuận lợi, bởi mục đích sử dụng đất, hình thể, diện tích, vị trí đất đã được xác định cụ thể, đồng thời về mặt pháp lý, đất đã được Nhà nước bảo hộ.

- Trường hợp có các loại giấy tờ khác liên quan đến quyền sử dụng đất. Việc chỉ có các loại giấy tờ chứng minh nguồn gốc sử dụng đất<sup>23</sup> mà chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, thì người sử dụng đất phải chứng minh được nguồn gốc đất đai. Tuy nhiên, trường hợp này cần có sự kiểm tra độ chính xác các thông tin về thửa đất ảnh hưởng trực tiếp đến giá đất như: Mục đích sử dụng, diện tích, hình thể đất.

Trường hợp đất không có giấy tờ. Khi không có Giấy chứng nhận hoặc các loại giấy tờ chứng minh nguồn gốc theo quy định tại Điều 100 Luật Đất đai thì việc định giá đất gặp nhiều khó khăn, do phải dựa vào hiện trạng thực tế việc sử dụng đất, thời điểm sử dụng, mục đích sử dụng làm căn cứ

<sup>21</sup> Xem khoản 1 Điều 15 Nghị định 44/2014/NĐ-CP.

<sup>22</sup> Xem Điều 3 Nghị định 44/2014/NĐ-CP và Điều 3 Thông tư 76/2014/TT-BTC

<sup>23</sup> Xem Điều 100 Luật Đất đai năm 2013, Điều 18 Nghị định 43/2014/NĐ-CP và Điều 15 Thông tư 02/2015/TT-BTNMT.

xác định giá đất<sup>24</sup>. Mặt khác, có những trường hợp, tuy chưa có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, nhưng trên thực tế người dân vẫn tiến hành giao dịch bằng “giấy viết tay”, một văn bản mua bán do các bên trong giao dịch lập, không có công chứng, chứng thực và cũng không được cơ quan nhà nước xác nhận. Từ đó hình thành thị trường giao dịch không chính thức, làm ảnh hưởng đến giá đất khi tiến hành định giá.

Cùng với các quyền khác như lối đi chung, không gian chung, độ sâu dưới lòng đất, độ rung của công trình trên đất bên cạnh..., việc thỏa thuận quyền sử dụng hạn chế bất động sản liền kề cũng ảnh hưởng trực tiếp đến giá đất. Ví dụ: Vị trí đất có lối ra đường lớn nhưng quanh co, qua nhiều ngã rẽ nhưng giá đất sẽ thay đổi nếu thỏa thuận được thửa đất liền kề về việc mở một lối đi thẳng ra đường lớn.

#### 4.4. Về việc tư vấn xác định giá đất

Hiện nay, việc tư vấn xác định giá đất khó bảo đảm “nguyên tắc độc lập, trung thực, khách quan”<sup>25</sup>. Theo pháp luật hiện hành, chỉ có các cơ quan hành chính và các đơn vị trực thuộc cơ quan này là chủ thể yêu cầu định giá. Như vậy, các tổ chức tư vấn giá đất sẽ bị đặt dưới hai áp lực: (i) Về phương diện hành chính, là chủ thể chịu sự quản lý của cơ quan hành chính nhà nước trong việc cấp giấy phép, kiểm tra hoạt động... (ii) Về phương diện kinh tế, kinh doanh, cơ quan nhà nước là khách hàng chủ yếu<sup>26</sup>. Hơn nữa, pháp luật chưa quy định rõ ràng và cụ thể trách nhiệm của các tổ chức tư vấn định giá. Nhìn chung, Việt Nam còn

thiếu các tổ chức tư vấn định giá đất chuyên nghiệp có năng lực, bảo đảm tính độc lập và khách quan.

#### 4.5. Các quy định về xác định giá đất tính tiền bồi thường<sup>27</sup>

Việc xác định giá đất tính bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất hiện nay có một số bất cập, thể hiện ở những điểm sau:

*Thứ nhất, các nguyên tắc xác định giá đất tính bồi thường khó thực thi.* Do chưa có cơ chế xác định giá thị trường đất đai nên việc quy định “giá đất tính bồi thường phải phù hợp với giá đất trên thị trường” là nguyên tắc khó xác định chính xác, công bằng, khách quan; hơn nữa, quy định “phù hợp”<sup>28</sup> cũng chưa được lượng hóa cụ thể.

*Thứ hai, pháp luật đất đai không ghi nhận việc người dân tham gia vào quy trình định giá đất.* Trong trường hợp Nhà nước thu hồi đất, pháp luật chưa có quy định cụ thể về khả năng giám sát của người dân đối với các cơ quan hành chính trong toàn bộ quá trình định giá thửa đất mà họ đang có quyền sử dụng hợp pháp. Như vậy, việc định giá đất dường như chỉ là công việc của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, ngay cả trường hợp việc định giá sẽ quyết định đến số tiền bồi thường mà người dân nhận được khi Nhà nước thu hồi đất. Việc định

<sup>24</sup> Khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013 và Điều 15 – Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP.

<sup>25</sup> Điều a khoản 3 Điều 11 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định: “Giá đất trong bảng giá đất phải phù hợp với khung giá đất” và cũng nêu hai trường hợp giá đất trong bảng được quy định vượt mức tối đa của khung giá. Như vậy, từ “phù hợp” trong trường hợp này có thể hiểu là cao hơn chuẩn trong khung. Vậy từ “phù hợp” trong nguyên tắc định giá đất tại Điều 112 có thể hiểu theo hướng này hay không; tức là, giá đất cụ thể do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định có thể cao hơn giá đất phổ biến trên thị trường?

<sup>24</sup> Xem Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP.

<sup>25</sup> Điều 17, Điều 19 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP.

<sup>26</sup> Phan Trung Hiền, *Những điều cần biết về thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2014, tr.100.

giá đất tính bồi thường không có sự tham gia và giám sát của người dân, đặc biệt là những người có đất bị thu hồi dẫn đến khó thực hiện nguyên tắc “độc lập, khách quan” theo quy định của Luật Đất đai<sup>29</sup>.

*Thứ ba, điều kiện áp dụng phương pháp định giá trong xác định giá đất cụ thể chưa rõ ràng.* Cụ thể, điểm d khoản 1 Điều 3 Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT quy định: “Trường hợp tại khu vực định giá không đủ thông tin về giá đất thì thu thập thông tin tại khu vực lân cận có điều kiện tương tự về điều kiện tự nhiên, kinh tế - xã hội, kết cấu hạ tầng kỹ thuật và hạ tầng xã hội với khu vực có thửa đất cần định giá”. Trong khi đó, khoản 4 Điều 3 Nghị định số 01/2017/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung khoản 2, 3 Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP quy định: “...Trường hợp tại khu vực thu hồi đất không đảm bảo yêu cầu về thông tin để áp dụng các phương pháp định giá tại các khoản 1, 2, 3 và 4 Điều 4 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP thì giá đất cụ thể được xác định bằng phương pháp hệ số điều chỉnh giá”. Như vậy, cụm từ “không đảm bảo yêu cầu về thông tin” trong Nghị định số 01/2017/NĐ-CP sẽ được hiểu như thế nào? Khi không đủ thông tin về giá đất tại khu vực cần định giá thì được áp dụng phương pháp hệ số điều chỉnh giá, hay phải hiểu là khi không có thông tin của khu vực cần định giá và cũng không có thông tin của khu vực có điều kiện tương tự thì mới áp dụng phương pháp hệ số điều chỉnh giá? Tuy nhiên, nếu không thu thập được thông tin khu vực cần định giá và cả khu vực có điều kiện tương tự thì hệ số k trong phương pháp

hệ số điều chỉnh giá sẽ được ấn định dựa trên yếu tố nào?

*Thứ tư, chủ thể quyết định giá đất cụ thể không đúng thẩm quyền.* Khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai và điều 15, 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP đều quy định thẩm quyền quyết định giá đất cụ thể thuộc về Ủy ban nhân dân cấp tỉnh mà không có quy định nào cho phép ủy quyền. Tuy nhiên, thực tế đã có địa phương ủy quyền cho Ủy ban nhân dân cấp huyện xây dựng, thẩm định, phê duyệt giá đất cụ thể, ví dụ: Quyết định số 54/2015/QĐ-UBND ngày 27/10/2015 của Ủy ban nhân dân tỉnh Hà Tĩnh về việc ủy quyền xác định giá đất cụ thể trên địa bàn tỉnh. Theo đó, Ủy ban nhân dân các huyện, thành phố, thị xã trên địa bàn tỉnh Hà Tĩnh được phép xây dựng, thẩm định, phê duyệt giá đất cụ thể đối với các trường hợp tại khoản 2 Điều 15 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP, thời gian ủy quyền từ ngày quyết định có hiệu lực cho đến hết ngày 31/12/2016.

## 5. Một số khuyến nghị

Để việc xác định giá đất bảo đảm khách quan, công bằng, công khai và nhất quán, nhóm tác giả đưa ra một số khuyến nghị sau:

*Thứ nhất,* xây dựng các nguyên tắc bảo đảm sự thống nhất trong việc định giá có các mục đích khác nhau. Cần thống nhất về nguyên tắc, phương pháp khi định giá đất; xác định thời điểm cụ thể định giá đất theo từng mục đích. Có thể quy định một số nguyên tắc như: (i) Giá đất được xác định phản ánh trung thực giá thị trường; (ii) Các chủ thể tư vấn xác định giá đất phải thực hiện tư vấn độc lập, khách quan; (iii) Có cơ chế kiểm tra, giám sát quy trình định giá đất, đặc biệt trong trường hợp thu hồi đất

<sup>29</sup> Phan Trung Hiền, *Những điều cần biết về thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ, tái định cư*, Nxb.Chính trị quốc gia, năm 2014, tr.100.

bắt buộc; (iv) Tăng cường sự giám sát và tính công khai trong quá trình định giá; (v) Có cơ chế xử lý các trường hợp định giá thiếu khách quan, thiếu trung thực.

*Thứ hai*, cần xây dựng hệ thống thông tin, dữ liệu định giá đất, xây dựng cơ chế xác định giá đất trên thị trường có cơ sở khoa học và thực tiễn; nên có chủ thể công bố giá thị trường theo từng thời điểm. Các thông tin đất đai trong cơ sở dữ liệu phải thường xuyên cập nhật, theo sát thị trường đất đai tại địa phương. Sửa đổi quy định về giá tính thuế trong các giao dịch đất đai để giá trị thật của giao dịch thể hiện trên hợp đồng, tạo thuận lợi cho việc kiểm soát giá đất và giải quyết bất đồng về giá đất. Cụ thể, giá tính thuế sẽ được ban hành cố định theo hệ số điều chỉnh hàng năm căn cứ trên bảng giá đất, không phụ thuộc vào giá giao dịch; giá giao dịch chỉ để cập nhật dữ liệu giá đất trong cơ sở dữ liệu đất đai và giải quyết tranh chấp của các bên, không dùng xác định nghĩa vụ tài chính như hiện nay.

*Thứ ba*, đất đai là một loại hàng hoá đặc biệt và thuộc đối tượng Nhà nước quản lý giá theo quy định của Luật Quản lý giá, do đó, tổ chức có chức năng tư vấn giá đất phải là tổ chức nghề nghiệp có tính độc lập về chuyên môn, nghiệp vụ, phù hợp với thông lệ quốc tế và phù hợp với chủ trương xã hội hóa (tách khỏi cơ quan quản lý nhà nước, thực hiện dịch vụ độc lập). Trên cơ sở kết quả định giá của tổ chức có chức năng tư vấn giá đất độc lập, cơ quan quản lý nhà nước (đại diện chủ sở hữu về tài sản nhà nước là đất đai) sẽ thẩm định và trình cấp có thẩm quyền phê duyệt về giá trị quyền sử dụng đất và giá trị tài sản trên đất (nếu có).

*Thứ tư*, cần xác định lại phương thức tính giá đất. Ví dụ, việc xác định giá đất tính

tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi có thể thay đổi theo hướng như sau: (i) Giá đất được xác định phải dựa trên sự thỏa thuận với người sử dụng đất; (ii) Trường hợp không thỏa thuận được về giá thì người bị thu hồi đất có quyền yêu cầu cơ quan thẩm định giá xác định giá; (iii) Trường hợp một bên không đồng ý với giá của cơ quan thẩm định giá đưa ra có quyền yêu cầu tổ chức khác thẩm định lại giá để tính bồi thường<sup>30</sup>.

*Thứ năm*, các quy định về định giá đất cần cụ thể như: Lượng hóa “phù hợp giá đất phổ biến trên thị trường”; xác định thời điểm định giá đất cụ thể khi thu hồi đất, khi giao đất... Quy định chi tiết các trường hợp phải thuê tổ chức tư vấn định giá. Hiện nay khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai 2013 quy định: “cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh được thuê tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất để tư vấn xác định giá đất cụ thể”, nhưng không quy định rõ trường hợp nào phải thuê, tạo nên sự không thống nhất trong quá trình thực hiện.

*Thứ sáu*, thường xuyên thanh tra, kiểm tra công tác định giá đất tại các địa phương gắn với hoạt động thanh tra, kiểm tra tài chính đất đai. Tổ chức thanh tra chuyên đề giá đất tại các địa phương một cách thường xuyên và chuyên nghiệp. Bên cạnh đó, nghiên cứu việc gắn kết hoạt động thanh tra đột xuất trong quá trình thực hiện định giá ở một số dự án lớn, trọng điểm. Những sai phạm về giá đất phải tìm hiểu nguyên nhân để có hướng xử lý.

<sup>30</sup> Phan Trung Hiền (chủ biên), “Xác định giá đất tính bồi thường về đất theo cơ chế thị trường”, sách Pháp luật về quản lý và sử dụng đất đai ở Việt Nam, 2016, tr. 149-150.

# CHỨC NĂNG TƯ VẤN CỦA TÒA CÔNG LÝ QUỐC TẾ VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Tiến Đức\*  
Đỗ Quý Hoàng\*\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các khía cạnh pháp lý trong chức năng tư vấn của Tòa Công lý quốc tế, bao gồm chủ thể có quyền yêu cầu xin tư vấn, nội dung pháp lý yêu cầu tư vấn, quyền quyết định của Tòa trong trả lời tư vấn, và giá trị pháp lý của ý kiến tư vấn; qua đó, đưa ra một số gợi mở cho Việt Nam khi vận dụng cơ chế này nhằm giải quyết hoà bình tranh chấp quốc tế, đặc biệt là yêu sách tranh chấp tại khu vực Biển Đông.

**Abstract:** The paper examines legal aspects of advisory function of the International Court of Justice, including: bodies authorized to request an advisory opinion, legal question, discretion of the Court, and legal effect of the advisory opinion. Thereby, several challenges regarding the application of this mechanism are identified. Finally, a number of implications for Viet Nam will be made in respect of peaceful settlement of international disputes, particularly territorial dispute over the South China Sea (East Sea of Viet Nam).

Khoản 3 Điều 2 Hiến chương Liên Hợp quốc (LHQ) nghiêm cấm các quốc gia sử dụng vũ lực hoặc đe dọa sử dụng vũ lực để giải quyết những bất đồng phát sinh trong quan hệ quốc tế<sup>1</sup>. Trên cơ sở đó, khoản 5 Điều 33 Hiến chương liệt kê nhưng không giới hạn các phương thức mà quốc gia có thể viện dẫn để giải quyết tranh chấp, trong đó có đàm phán, thẩm tra, trung gian, hoà giải, trọng tài và toà án. Bên cạnh

đó, trong lúc giải quyết tranh chấp, các bên liên quan có nghĩa vụ không thực hiện bất kì hành động nào gây căng thẳng, nguy hại tới sự duy trì hoà bình và an ninh quốc tế, gây khó khăn hoặc cản trở việc giải quyết tranh chấp một cách hoà bình<sup>2</sup>. Nói cách khác, khi một tranh chấp chưa được giải quyết thì các bên ít nhất phải có trách nhiệm quản lý và đảm bảo mọi thứ trong tầm kiểm soát của mình.

Phương thức giải quyết tranh chấp quốc tế bằng con đường toà án, đặc biệt là Tòa Công lý quốc tế (*International Court of Justice*, sau đây gọi tắt là ICJ), được xem là phương thức hữu hiệu và công bằng nhất. Các kết luận của cơ quan tài phán này dựa trên pháp luật quốc tế, vì vậy mang tính khách quan và phi chính trị.

\* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

\*\* ThS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

Bài viết được công bố trong khuôn khổ nhiệm vụ cấp Bộ: “Quy chế pháp lý đảo và vùng biển thuộc các quần đảo của Việt Nam”.

<sup>1</sup> Nghĩa vụ này cũng được nhắc đến tại đoạn 2 mục 1 Tuyên bố Manila năm 1982 về Giải quyết hoà bình các Tranh chấp quốc tế. Hơn thế nữa, quy phạm cấm sử dụng vũ lực trong quan hệ quốc tế được coi là quy phạm bắt buộc *jus cogens* ràng buộc tất cả các quốc gia. Xem thêm: Giáo trình Luật Quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, 2009, tr. 44-46.

<sup>2</sup> Khoản 7 Điều 33 Hiến chương Liên hợp quốc.

## 1. Khái quát về Toà Công lý quốc tế

ICJ được thành lập vào năm 1945, kế thừa những gì mà tiền thân của nó - Toà Thường trực Công lý quốc tế (*Permanent Court of International Justice - PCIJ*) đạt được trước đó. Điều 92 Hiến chương LHQ quy định Tòa là “cơ quan tư pháp thiết yếu” của tổ chức này.

ICJ hoạt động dựa trên cơ sở Hiến chương LHQ và Quy chế Tòa Công lý quốc tế. Cùng với Hiến chương và Quy chế, cơ sở pháp lý để Tòa tiến hành các hoạt động còn bao gồm Nội quy của Tòa. Nội quy của Tòa được thông qua ngày 6/5/1946 nhằm cụ thể hóa các nguyên tắc được nêu trong Hiến chương LHQ và Quy chế của Tòa.

Thành phần của ICJ bao gồm các thẩm phán, phụ thẩm và ban thư ký. Các thẩm phán gồm thẩm phán thường trực và thẩm phán *ad hoc*. Thẩm phán thường trực (bao gồm 15 vị với quốc tịch khác nhau) được Đại hội đồng (ĐHĐ) và Hội đồng Bảo an (HĐBA) bầu với nhiệm kỳ 9 năm và cứ ba năm bầu lại 1/3 số thẩm phán. Tiêu chuẩn để bầu thẩm phán căn cứ vào năng lực cá nhân, tương quan vị trí địa lý và đại diện cho các hệ thống pháp luật trên thế giới. Một nguyên tắc bất thành văn là 5 quốc gia thường trực trong HĐBA luôn có thẩm phán đại diện của mình ở ICJ.

ICJ có hai chức năng: *Thứ nhất*, là xét xử khi các quốc gia tranh chấp có thỏa thuận đem vụ việc ra trước Tòa<sup>3</sup>; *Thứ hai*,

cung cấp ý kiến tư vấn trong trường hợp các cơ quan của LHQ và tổ chức chuyên môn yêu cầu tư vấn. Bên cạnh đó, ICJ còn có thẩm quyền đưa ra ý kiến tư vấn về vấn đề pháp lý được các cơ quan của LHQ đặt ra. Ý kiến tư vấn của Tòa tuy không mang giá trị pháp lý ràng buộc, nhưng cũng được coi là một cách thức làm rõ những khúc mắc không chỉ đối với các cơ quan trong LHQ mà còn cả quốc gia khi tiến hành các hoạt động của mình, từ đó trở thành một nguồn trong Luật quốc tế.

## 2. Chức năng tư vấn của Toà Công lý quốc tế

Theo khoản 1 Điều 96 Hiến chương LHQ và Điều 65 Quy chế của Tòa, ICJ có quyền đưa ra ý kiến tư vấn về “bất kỳ một câu hỏi pháp lý” được đặt ra bởi cơ quan có thẩm quyền. Cách diễn đạt này khác với Điều 14 Công ước Hội Quốc liên cho phép PCIJ tư vấn về “một tranh chấp hay câu hỏi bất kỳ”. Quy định khác nhau như vậy cho thấy có sự khác biệt trong thẩm quyền của ICJ và PCIJ. Tuy nhiên, có ý kiến cho rằng, cụm từ “câu hỏi pháp lý” vốn đã có phạm vi đủ rộng để bao hàm cả “tranh chấp”<sup>4</sup>. Thực tiễn cho thấy, ICJ vẫn nhận yêu cầu xin ý kiến tư vấn từ các cơ quan của LHQ liên quan tới tranh chấp giữa các quốc gia<sup>5</sup>. Tuy vậy, việc tiếp nhận các yêu cầu này là khá hạn chế.

---

phát sinh; (iii) Thỏa thuận của quốc gia chấp nhận thẩm quyền ICJ sau khi có tranh chấp.

<sup>4</sup> Blaine Sloan, *Advisory Jurisdiction of The International Court of Justice* (California Law Review 38(5), 1950), tr. 839-840.

<sup>5</sup> Xem thêm, ví dụ: *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, ICJ Reports (2004).

---

<sup>3</sup> Khoản 1 Điều 34 Quy chế ICJ quy định quốc gia là chủ thể duy nhất có thể thưa kiện tại Tòa. Có nhiều hình thức thể hiện sự chấp thuận thẩm quyền ICJ của một quốc gia: (i) Quy định tại một điều ước quốc tế mà quốc gia đó là thành viên; (ii) Tuyên bố đơn phương mà quốc gia đó đưa ra trước khi tranh chấp

### 2.1. Chủ thể có thẩm quyền yêu cầu tư vấn

Khoản 1 Điều 96 Hiến chương LHQ quy định, ĐHĐ và HĐBA là chủ thể có quyền yêu cầu ICJ tư vấn về bất kỳ một vấn đề pháp lý nào. Theo Hiến chương, đây là quyền chứ không phải nghĩa vụ bắt buộc của hai cơ quan này. Ngược lại, ICJ cũng không có thẩm quyền đưa ra ý kiến tư vấn nếu không được ĐHĐ và HĐBA hỏi. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 96 quy định mở rộng quyền yêu cầu tư vấn đối với “các cơ quan khác của LHQ và các tổ chức chuyên môn” ở bất kỳ thời điểm nào liên quan đến vấn đề pháp lý phát sinh trong phạm vi hoạt động của mình<sup>6</sup>. Tuy nhiên, do giới hạn bài viết, các tác giả sẽ trình bày tập trung vào hai cơ quan chính đó là ĐHĐ và HĐBA bởi tính chất, thẩm quyền đặc trưng của chúng.

Trên lý thuyết, ĐHĐ và HĐBA đều có thẩm quyền tương đương khi yêu cầu tư vấn của ICJ. Tuy nhiên, thủ tục yêu cầu cũng như cơ chế biểu quyết để đưa ra quyết định yêu cầu tư vấn tại ĐHĐ và HĐBA đều không được quy định cụ thể trong Hiến chương.

Đối với ĐHĐ, cơ chế biểu quyết được quy định tại khoản 2 Điều 18 Hiến chương, theo đó, yêu cầu phải đạt hai phần ba phiếu thuận nếu vấn đề xin tư vấn là “câu hỏi quan trọng”, nếu là “câu hỏi khác” thì chỉ cần đa số phiếu thuận sẽ được thông qua. Hiến chương LHQ không quy định cụ thể

câu hỏi tư vấn của ĐHĐ thuộc loại câu hỏi nào. Điều 83-85 về Nguyên tắc thủ tục của ĐHĐ quy định mỗi quốc gia có một phiếu khi biểu quyết, và tổng số phiếu dựa trên số thành viên “tham gia và biểu quyết”. Điều 86 giải thích rõ thêm: “tham gia và biểu quyết” là tổng số phiếu được tính bao gồm phiếu thuận và chống, phiếu trắng sẽ không được tính. Vụ *Kosovo Declaration of Independence* là một ví dụ về cách thức bỏ phiếu này<sup>7</sup>. Với quy định này thì tất cả các yêu cầu tư vấn từ trước tới nay của ĐHĐ vẫn đáp ứng ít nhất hai phần ba tổng số phiếu, vì vậy bản chất của nội dung yêu cầu tư vấn của ĐHĐ chưa được làm rõ.

Đối với HĐBA, yêu cầu tư vấn được quy định như sau: Nếu yêu cầu tư vấn của HĐBA là vấn đề thủ tục thì áp dụng điều kiện bỏ phiếu tại khoản 2 Điều 27 Hiến chương, theo đó chỉ cần 9 phiếu thuận để thông qua. Trường hợp yêu cầu tư vấn là vấn đề phi thủ tục thì áp dụng khoản 3 Điều 27 cho phép các thành viên thường trực của HĐBA thực hiện quyền phủ quyết yêu cầu đó.

Năm 1948, Ủy ban lâm thời của ĐHĐ đã nghiên cứu và cho rằng yêu cầu tư vấn cũng là vấn đề thủ tục và quyền *veto* không được áp dụng<sup>8</sup>. Trường hợp một quốc gia thường trực dùng quyền *veto* của mình thì

<sup>6</sup> Danh sách các cơ quan được uỷ quyền bởi ĐHĐ hỏi ý kiến Tòa ICJ, xem ICJ Yearbook 2007-2008. Có ý kiến cho rằng, Ban Thư ký, đứng đầu là Tổng Thư ký LHQ có quyền hỏi ý kiến tư vấn, tuy nhiên, trên thực tế thẩm quyền này của Tổng Thư ký vẫn chưa được thừa nhận.

<sup>7</sup> Vụ *Kosovo Declaration of Independence*, GA Resolution A/RES/63/3 (2008), trong đó có 77 phiếu thuận, 6 phiếu chống, 74 phiếu trắng, 35 không tham gia bỏ phiếu. Tổng số quốc gia có mặt tại ĐHĐ khi xem xét Nghị quyết liên quan tới vụ *Kosovo* là 157, nhưng do không tính số phiếu trắng nên tổng số phiếu chỉ còn 83.

<sup>8</sup> Reports of The Interim Committee of The General Assembly, 5 Jan-5 Aug 1948, General Assembly Official Records, Third Session, Supplement No. 10, tr. 14 (1948).

HĐBA có thể biểu quyết về vấn đề thủ tục theo quy định tại khoản 2 Điều 27 để hướng dẫn Tổng thư ký LHQ chuyển giao cho ICJ nội dung đang tranh chấp. Sau đó, Toà sẽ tự quyết định nội dung vụ việc theo thẩm quyền của mình<sup>9</sup>. Cho tới nay vẫn chưa có yêu cầu tư vấn nào của HĐBA bị vấp phải sự phản đối của các thành viên thường trực. Đây có thể là gợi mở để một quốc gia thực hiện việc hỏi ý kiến ICJ qua cơ chế của HĐBA.

Liên quan tới cơ chế biểu quyết thông qua nghị quyết tại khoản 3 Điều 27 Hiến chương, một bên trong tranh chấp sẽ không được bỏ phiếu nếu nghị quyết này liên quan tới Chương VI - Giải quyết hoà bình tranh chấp và khoản 3 Điều 52 Hiến chương.

Mặt khác, khoản 3 Điều 27 chỉ áp dụng khi nghị quyết viện dẫn tới Chương VI về Giải quyết hoà bình tranh chấp, chứ không áp dụng đối với Chương VII về Hành động khi hoà bình bị đe dọa, phá hoại và hành vi xâm lược. Phạm vi rộng của Chương VII vô hình trung làm cho quy định quốc gia trong tranh chấp không được bỏ phiếu tại khoản 3 Điều 27 trở nên không có nghĩa. Lập luận này được củng cố bởi ít nhất hai nghị quyết được biểu quyết tại HĐBA trước đó<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Xem thêm Yuen-li Liang, *Notes on Legal Questions Concerning the United Nations*, 42 *American Journal of International Law* (1948), tr. 895.

<sup>10</sup> Năm 1979, HĐBA xem xét nghị quyết được chấp bút bởi 5 quốc gia Đông Nam Á, gồm Indonesia, Malaysia, Philippines, Singapore và Thái Lan liên quan tới xung đột vũ trang tại khu vực biên giới miền Bắc và miền Nam Việt Nam giữa Việt Nam, Trung Quốc và Campuchia. Trung Quốc, với tư cách là một bên liên quan, vẫn tham gia bỏ phiếu nghị quyết này ([http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/PV.2129\(OR\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.2129(OR))), đoạn 72, truy cập ngày 09/01/2017). Năm 1986, Nicaragua thắng kiện Hoa

## 2.2. Nội dung pháp lý yêu cầu tư vấn

Nội dung yêu cầu tư vấn từ ICJ phải là câu hỏi pháp lý dù mang tính lý thuyết<sup>11</sup> hay liên quan tới tranh chấp hiện hữu, chẳng hạn như việc giải thích một điều khoản trong điều ước về vấn đề nhất định. Có hai khía cạnh liên quan tới vấn đề này cần được làm rõ như sau:

*Thứ nhất*, ICJ có nên trả lời một câu hỏi quá lý thuyết và không rõ ràng? Trong vụ *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, yêu cầu tư vấn được đặt ra đối với Toà bị cho là quá khái quát và mơ hồ, bởi không tồn tại một tranh chấp cụ thể nào có liên quan. Tuy nhiên, ICJ đã nhắc lại kết luận của mình rằng, chức năng tư vấn của Toà không để giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia mà chỉ cung cấp tư vấn pháp lý cho cơ quan có yêu cầu<sup>12</sup>, vì vậy, Toà sẽ trả lời “bất kỳ câu hỏi pháp lý, dù có nặng tính lý thuyết hay không”<sup>13</sup>.

*Thứ hai*, ICJ có thẩm quyền trả lời câu hỏi mang tính chính trị hay không? Đây

Kỳ tại ICJ liên quan tới các hoạt động quân sự và bán quân sự của Hoa Kỳ tại Nicaragua. Tuy nhiên, Hoa Kỳ từ chối tuân thủ phán quyết này. Cùng năm đó, Nicaragua tìm cách đưa vụ việc cùng phán quyết này ra trước HĐBA. Hoa Kỳ, dù là một bên trong tranh chấp, đã sử dụng quyền *veto* của mình để ngăn HĐBA thông qua nghị quyết này ([http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/PV.2718](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/PV.2718), tr. 51, truy cập ngày 09/01/2017).

<sup>11</sup> Chẳng hạn như tính hợp pháp của tuyên bố bảo lưu từ phía các quốc gia khi gia nhập một công ước quốc tế. *Reservations to the Convention on Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinions, ICJ Reports (1951).

<sup>12</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996), tr. 226, 236-237, đoạn 15.

<sup>13</sup> *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1948), tr. 57, 61.

cũng là lập luận phản đối thẩm quyền tư vấn của ICJ trong vụ liên quan đến việc kết nạp quốc gia thành viên mới vào LHQ những năm 1950. Việc tiếp nhận thành viên mới tại LHQ sau chiến tranh thế giới thứ II vốn là một vấn đề gây tranh luận chính trị rất lớn, theo đó các quốc gia thường trực trong HĐBA thường sử dụng quyền phủ quyết *veto* của mình để ngăn cản kết nạp thành viên mới. Năm 1949, ĐHĐ đã tiến hành hỏi ý kiến ICJ về việc kết nạp thành viên mới mà không cần khuyến nghị từ phía HĐBA. Khi tư vấn, ICJ đã kết luận khía cạnh chính trị của câu hỏi không làm mất đi bản chất pháp lý của nó, và Toà không quan tâm tới động cơ của cơ quan hỏi ý kiến tư vấn hay vụ việc cụ thể dẫn tới câu hỏi tư vấn<sup>14</sup>. Kết luận này tiếp tục được ICJ khẳng định lại trong các vụ việc sau này<sup>15</sup>.

Bên cạnh đó, việc câu hỏi thiếu tính rõ ràng do quá trình soạn thảo gấp rút cũng không làm mất đi thẩm quyền của ICJ. Thậm chí, trong một số trường hợp, Toà còn được quyền mở rộng, giải thích và đặt lại câu hỏi cho phù hợp với mục tiêu của cơ quan yêu cầu tư vấn<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Như trên, tr. 61.

<sup>15</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, như chú thích 15; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinions, ICJ Reports (2004); *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinions, ICJ Reports (2010).

<sup>16</sup> *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on the South West Africa*, Advisory Opinions, ICJ Reports (1956), tr. 23, 25; *Certain Expenses of the United Nations (Article 17 of the Charter)*, Advisory Opinions, ICJ Reports (1962), tr. 151, 157-162; *Interpretation of the Agreement of 1951 between WHO and Egypt*, Advisory Opinions, ICJ Reports (1980), tr. 67, 87-89; *Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations*

### 2.3. Quyền quyết định của Toà Công lý quốc tế

Điều 96 quy định các cơ quan của LHQ được xin ý kiến tư vấn của Toà, tuy nhiên liệu Toà có quyền từ chối tư vấn hay không? Khoản 1 Điều 65 Quy chế của ICJ quy định: “Toà có thể cung cấp ý kiến tư vấn về bất kì câu hỏi pháp lí nào khi có yêu cầu từ bất kì cơ quan nào được phép theo Hiến chương Liên hợp quốc”. Như vậy, có thể hiểu trong trường hợp thấy không phù hợp, ICJ có quyền quyết định từ chối đưa ra ý kiến tư vấn.

Vậy trong trường hợp nào Toà ICJ sẽ từ chối tư vấn? Toà lập luận chỉ từ chối trả lời tư vấn khi tồn tại một “lý do thuyết phục” (*compelling reason*) ảnh hưởng tới chức năng tư pháp của Toà<sup>17</sup>. Ví dụ việc thiếu ý chí từ phía một quốc gia liên quan tới vụ việc, do ý kiến tư vấn của Toà có thể ảnh hưởng tới việc giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia này<sup>18</sup>. Ngoài ra, khả năng tiếp cận tư liệu và bằng chứng liên quan tới vụ việc cũng là một yếu tố Toà có thể xem xét từ chối tư vấn<sup>19</sup>.

---

*Administrative Tribunal*, Advisory Opinions, ICJ Reports (1982), tr. 325, 348.

<sup>17</sup> *Kosovo Declaration of Independence*, như chú thích 17, đoạn 30; Xem thêm G. Abi Saab, *On Discretion-Reflections on the Nature of the Consultative Function of the International Court of Justice*, in Boisson de Chazournes (eds), *International Law, The International Court of Justice and Nuclear Weapons* (1999), tr. 36-50; Halil R. Basaran, *Judicial Propriety in Advisory Opinions of the International Court of Justice* (International Journal of Public Law and Policy 1(3), 2011).

<sup>18</sup> *Kosovo Declaration of Independence*, như chú thích 17, đoạn 33.

<sup>19</sup> Trong vụ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Thẩm phán Buergenthal cho rằng ICJ nên từ chối tư vấn bởi Toà không có đủ thông tin cần thiết để đưa

Trên thực tế, cho tới nay ICJ chỉ từ chối một trường hợp do câu hỏi của cơ quan xin tư vấn đưa ra vượt quá chuyên môn của Tòa<sup>20</sup>. Điều này cho thấy, Tòa hoàn toàn ý thức được vai trò và trách nhiệm của mình với tư cách là một cơ quan tư pháp thiết yếu của LHQ.

#### 2.4. Mối quan hệ giữa chức năng tư vấn và ý chí quốc gia

Thiếu sự đồng ý từ phía quốc gia là một trong những lập luận quan trọng phản đối thẩm quyền của PCIJ và ICJ khi các Tòa này thực hiện chức năng tư vấn. Trong vụ *Eastern Carelia* tại PCIJ năm 1923 liên quan tới tranh chấp vùng lãnh thổ Đông Carelia giữa Phần Lan và Liên bang Xô-viết gửi từ Hội đồng Hội Quốc liên, Liên Xô, lúc bấy giờ chưa phải là thành viên của Hội Quốc liên, đã phản đối thẩm quyền của Tòa. Trong kết luận của mình, PCIJ đã từ chối tư vấn bởi vụ việc này liên quan trực tiếp tới nội dung tranh chấp:

“*Pháp luật quốc tế ghi nhận rõ ràng nguyên tắc không một quốc gia nào, khi chưa chấp thuận, bị buộc phải đưa tranh chấp của mình với quốc gia khác ra hoà giải hay trọng tài, hay bất kì một hình thức giải quyết tranh chấp hoà bình khác.... Tòa ý thức được rằng ở đây Tòa được yêu cầu đưa ý kiến tư vấn chứ không phải giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, trong trường hợp này, câu hỏi đưa ra trước Tòa không phải*

*là câu hỏi lý thuyết, mà liên quan trực tiếp tới trọng tâm vụ tranh chấp giữa Phần Lan và Xô-viết, và chỉ có thể quyết định khi điều tra các bằng chứng quan trọng trong vụ việc. Việc trả lời câu hỏi này sẽ tương đương với việc giải quyết tranh chấp giữa các quốc gia. Tòa, với tư cách là Tòa Công lý, không thể tách rời khỏi những nguyên tắc thiết yếu trong hoạt động của Tòa, kể cả khi đưa ý kiến tư vấn”*<sup>21</sup>.

Tuy nhiên, kết luận này của Tòa lại có sự khác biệt trong vụ *Mosul*<sup>22</sup>. Thổ Nhĩ Kỳ, một bên tranh chấp và cũng không phải là thành viên của Hội Quốc liên tại thời điểm đó, phản đối thẩm quyền tư vấn. Dù vậy, PCIJ vẫn tiếp nhận yêu cầu tư vấn. Có thể hiểu rằng, vụ việc này khác với vụ *Eastern Carelia* ở chỗ câu hỏi tư vấn liên quan tới thẩm quyền của Hội đồng Hội Quốc liên, chứ không phải nội dung vụ tranh chấp.

Tương tự như vậy, Bulgaria, Hungary và Rumania trong vụ *Peace Treaties*<sup>23</sup> cũng không phải là thành viên của LHQ tại thời điểm yêu cầu tư vấn và đều từ chối thẩm quyền tư vấn của ICJ, tuy nhiên, Tòa vẫn tuyên bố có thẩm quyền và đưa ra ý kiến tư vấn. Sự khác biệt cơ bản trong vụ việc này với vụ *Eastern Carelia* là câu hỏi tư vấn chỉ liên quan tới vấn đề thủ tục, chứ không phải nội dung tranh chấp.

Nhiều học giả cho rằng, sự chấp thuận của quốc gia liên quan không nên là rào cản đối với chức năng tư vấn của Tòa, bởi quốc gia đã mặc nhiên gián tiếp chấp thuận thẩm

ra kết luận của mình. Xem thêm Declaration of Judge Buergenthal, ICJ Reports (2004), tr. 240-242, đoạn 3.

<sup>20</sup> Trong vụ *Legality of Threat or Use of Nuclear Weapons*, xuất phát điểm của yêu cầu tư vấn là từ phía Tổ chức Y tế thế giới (WHO). Xem tại <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/10309.pdf>, truy cập ngày 09/01/2017.

<sup>21</sup> PCIJ, Ser. B, No. 5 (1923), tr. 27-29.

<sup>22</sup> PCIJ, Ser. B, No. 12 (1925).

<sup>23</sup> *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1949).

quyền này khi phê chuẩn Hiến chương LHQ và Quy chế của ICJ<sup>24</sup>. Tuy nhiên, tới nay, ICJ vẫn cho rằng ý kiến tư vấn sẽ không phù hợp với tính chất tư pháp của Tòa nếu thiếu đi sự đồng ý từ phía quốc gia liên quan. Vậy, yếu tố này được Tòa xem xét ở chừng mực nào?

Trong vụ *Palestinian Wall*, ICJ thừa nhận tồn tại các quan điểm trái chiều giữa Israel và Palestine liên quan tới hậu quả pháp lý của bức tường dựng lên bởi Israel trong lãnh thổ Palestine. Tuy nhiên, Tòa nhận thấy đây không chỉ đơn thuần là vấn đề xung đột giữa hai quốc gia, mà còn ảnh hưởng tới hoà bình và an ninh thế giới. Vì vậy, xung đột này trở thành mối quan ngại của LHQ nói chung, và ICJ tư vấn cho các cơ quan của LHQ, chứ không phải cho một quốc gia nào. Với tư cách là cơ quan tư pháp thiết yếu của LHQ, Tòa có trách nhiệm hướng dẫn các cơ quan LHQ và tổ chức quốc tế thực hiện các hoạt động chuyên môn phù hợp với pháp luật quốc tế. Cách tiếp cận này đã được ICJ khẳng định trong các vụ tư vấn *Namibia*<sup>25</sup>, *Western*

*Sahara*<sup>26</sup>, và *Kosovo Declaration of Independence*<sup>27</sup>.

Như vậy, có thể kết luận dù ICJ vẫn cân nhắc yếu tố ý chí của quốc gia liên quan, nhưng Tòa sẽ ít có khả năng từ chối yêu cầu tư vấn nếu như câu hỏi tư vấn: (i) không “động chạm” tới nội dung tranh chấp giữa các quốc gia; hoặc (ii) liên quan tới tranh chấp có tác động đến hoà bình và an ninh quốc tế, ảnh hưởng tới hoạt động, chức năng của các cơ quan trong LHQ.

### 2.5. Giá trị của ý kiến tư vấn

Các ý kiến tư vấn của ICJ chỉ mang tính chất khuyến nghị, chứ không có giá trị ràng buộc pháp lý. Nó thể hiện quan điểm của Tòa về các nguyên tắc pháp lý quốc tế có liên quan tới câu hỏi, chứ không ràng buộc bất kỳ một quốc gia hay cơ quan nào phải thực hiện hoặc không thực hiện một hành động nhất định.

Trong một số trường hợp, ý kiến tư vấn của Tòa có thể mang tính chất bắt buộc đối với các cơ quan và tổ chức hỏi ý kiến nếu có quy định ràng buộc từ trước đó. Chẳng hạn như Điều VIII Công ước Ưu đãi miễn trừ của LHQ, Điều IX Công ước Ưu đãi miễn trừ của các Cơ quan chuyên môn quy định ý kiến tư vấn của Tòa được chấp nhận là ràng buộc giữa các bên. Ý kiến tư vấn của ICJ liên quan tới phán quyết của Tòa Hành chính thuộc Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) vì vậy, cũng có giá trị bắt buộc<sup>28</sup>.

<sup>24</sup> Hackworth, *The Court, Its Jurisdiction and Work*, Annual Review of United Nations Affairs (1949), tr. 255-256; Blaine Sloan, như chú thích 4, tr. 847. Xem thêm D. Greig, *The Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice and the Settlement of Disputes between States*, ICLQ 15 (1966), tr. 325-368; C. Dominice, *Request of Advisory Opinions in Contentious Cases*, in Boisson de Chazournes, L. Romano, C. Mackenzie (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (2002), tr. 91-103; M. Aljaghoub, *The Absence of State Consent to Advisory Opinions of the International Court of Justice*, Arab Law Quarterly 24 (2010), tr. 191-207.

<sup>25</sup> *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution*

276 (1970), Advisory Opinions, ICJ Reports (1971), tr. 16, 23-24, đoạn 27-34.

<sup>26</sup> *Western Sahara*, Advisory Opinions, ICJ Reports (1975), tr. 12, 23-24, đoạn 30.

<sup>27</sup> *Kosovo Declaration of Independence*, như chú thích 17, tr. 25, đoạn 30.

<sup>28</sup> Điều XII Quy chế Tòa Hành chính ILO.

Dù chỉ mang tính chất khuyến nghị nhưng không vì thế mà đánh giá thấp giá trị ý kiến tư vấn của ICJ. Trường hợp một quốc gia có quan điểm bất đồng với ICJ về một vấn đề pháp lý thì nó có thể không thực hiện theo khuyến nghị của Toà; nhưng quốc gia đó sẽ tự đặt mình vào thế yếu nếu phản bác ý kiến của ICJ là không chính xác<sup>29</sup>. Bởi đây là ý kiến của một cơ quan xét xử thiết yếu của LHQ về một *vấn đề pháp lý*. Trong Luật quốc tế, ICJ tuy không có thẩm quyền làm luật nhưng có thể làm rõ, giải thích, áp dụng luật hiện có và vì vậy, ý kiến của Toà đương nhiên có sức nặng nhất định.

### 3. Một số gợi mở cho Việt Nam

Chức năng đưa ra ý kiến tư vấn đã tạo điều kiện và mở ra một cách tiếp cận mới cho các cơ quan LHQ và tổ chức quốc tế khi muốn sử dụng thiết chế của ICJ. Cụ thể, trong thủ tục giải quyết tranh chấp, chỉ có các quốc gia mới có quyền đưa vụ việc ra trước Tòa. Chính vì thế, việc cho phép các cơ quan LHQ và tổ chức quốc tế được yêu cầu Tòa cung cấp các ý kiến tư vấn đã phần nào tạo ra được sự cân bằng đối với quyền tiếp cận tới ICJ trong mối tương quan với quốc gia.

Bên cạnh đó, các quốc gia không được xin ý kiến của ICJ về vụ tranh chấp của mình. Mặt khác, như đã phân tích, dù có yêu cầu từ một cơ quan nhưng câu hỏi liên quan tới tranh chấp quốc gia thì Tòa cũng sẽ cân nhắc ý chí của các bên liên quan rồi mới tiến hành đánh giá câu hỏi. Chính vì vậy, đây sẽ là một thách thức lớn đối với các

quốc gia mong muốn giải quyết dứt điểm các tranh chấp phức tạp còn tồn đọng trong lịch sử.

Liên hệ với khu vực Biển Đông, các yêu sách tranh chấp rất phức tạp và liên quan tới nhiều bên. Mặc dù tới nay, một số quốc gia cũng đã thể hiện thiện chí và mong muốn giải quyết dứt điểm tranh chấp này, điển hình như vụ Philippines kiện Trung Quốc vừa qua<sup>30</sup>. Nhưng do nhiều yếu tố mà tranh chấp Biển Đông vẫn chưa thể được giải quyết một cách triệt để. Thậm chí, trong tương lai, nếu như không “hóa giải” được những tranh chấp tại Biển Đông, những xung đột khu vực rất có thể nổ ra, ảnh hưởng tới sự ổn định, hòa bình, an ninh của khu vực và cả cộng đồng quốc tế. Chính vì vậy, cơ chế xin ý kiến tư vấn của ICJ cũng có thể là một hướng đi khả dĩ đối với chúng ta.

Việc ICJ tiếp nhận một yêu cầu tư vấn liên quan tới Biển Đông có thể đem lại ít nhiều hiệu ứng tích cực. Cũng giống với vụ Philippines kiện Trung Quốc, đây có thể được coi là một nỗ lực quốc tế hoá tranh chấp, tận dụng chuyên môn của Toà để tiếp tục gia tăng áp lực, khuyến khích các bên ngồi vào bàn đàm phán.

Vậy làm sao để tiếp cận với cơ chế tư vấn của ICJ trong trường hợp của Việt Nam?

*Thứ nhất*, Việt Nam cần tích cực tác động đến các thiết chế khu vực và quốc tế, đặc biệt là các cơ quan chính của LHQ. Bên cạnh đó, chúng ta cũng cần vận động nhằm tranh thủ sự ủng hộ của các quốc gia. Cần

<sup>29</sup> Hugh Thirlway, *The International Court of Justice*, in Malcolm Evans (eds), *International Law* 4th edition (Oxford University Press, 2014), tr. 610-611.

<sup>30</sup> *The South China Sea Arbitration* (The Republic of Philippines v. The People’s Republic of China), PCA Case No. 2013-19 (2013).

tích cực thông tin thêm cho các quốc gia khác và các cơ quan chính của LHQ về tình hình tại Biển Đông cũng như động thái của các quốc gia có liên quan trong tranh chấp. Điều này sẽ góp phần vào việc từng bước đưa vấn đề Biển Đông vào chương trình nghị sự chính tại LHQ. Đặc biệt, cần hợp tác, thông tin chặt chẽ tới Ban thư ký và Tổng thư ký LHQ bởi đây là cơ quan quan trọng trong việc thu thập và chuẩn bị thông tin, tài liệu phục vụ cho việc xem xét tư vấn của ICJ.

*Thứ hai*, dù còn nhiều nghi ngại, nhưng theo các tác giả, Việt Nam nên tiếp cận cơ chế tư vấn của Tòa thông qua cả ĐHĐ và HĐBA. Lý do bởi tại HĐBA, dù một quốc gia thường trực dùng quyền *veto* của mình để phủ quyết việc đưa ý kiến tư vấn ra ICJ thì HĐBA cũng có thể biểu quyết về vấn đề thủ tục theo khoản 2 Điều 27 để hướng dẫn Tổng Thư ký LHQ chuyển giao cho ICJ nội dung đang tranh chấp. Cách tiếp cận mang tính thăm dò như vậy cũng cần được xem xét trong bối cảnh Việt Nam đang có kế hoạch ứng cử làm thành viên không thường trực HĐBA trong thời gian tới. Cùng với đó, thông qua ĐHĐ LHQ, Việt Nam cần tích cực vận động các quốc gia yêu chuộng hoà bình trên thế giới bỏ phiếu ủng hộ, hoặc cùng lắm bỏ phiếu trắng để yêu cầu tư vấn từ ICJ.

Ngoài hai cơ quan trên, các chủ thể có thẩm quyền yêu cầu tư vấn còn bao gồm các cơ quan khác trong LHQ và tổ chức chuyên môn của LHQ. Việc tận dụng các chủ thể này cũng có thể là gợi mở cho Việt Nam, đặc biệt là tổ chức hoạt động trực tiếp trong lĩnh vực hàng hải như Tổ chức Hàng hải quốc tế (IMO).

*Thứ ba*, câu hỏi để trình xin ý kiến tư vấn của ICJ phải là những vấn đề pháp lý, ví dụ như những vấn đề về quy chế pháp lý của các cấu trúc địa chất ở Biển Đông; hay các vấn đề liên quan đến việc giải thích và áp dụng các điều khoản còn chưa rõ ràng trong Công ước Luật Biển năm 1982. Câu hỏi được đặt ra có thể là áp dụng quy chế pháp lý của các thực thể trong Biển Đông hoặc câu hỏi lý thuyết như phương pháp xác định quy chế đảo trong vụ Philippines kiện Trung Quốc có phù hợp Luật quốc tế hay không. Những câu hỏi như vậy sẽ giới hạn đáng kể các yêu sách vô căn cứ của Trung Quốc trong vùng biển này.

Những câu hỏi này có thể trực tiếp hoặc gián tiếp liên quan tới nội dung tranh chấp của các quốc gia trong khu vực Biển Đông. Vì vậy, để tránh việc Tòa từ chối tư vấn, trong yêu cầu tư vấn Việt Nam cần nhấn mạnh khía cạnh hoà bình và an ninh quốc tế có thể bị ảnh hưởng trong tranh chấp.

*Cuối cùng*, dù không có giá trị ràng buộc trong các ý kiến tư vấn của mình nhưng trên thực tế, tầm quan trọng của các ý kiến tư vấn của ICJ là điều không thể phủ nhận. Những tư vấn này có giá trị quan trọng trong việc tạo ra nhận thức đúng đắn, thống nhất cũng như đóng vai trò quan trọng trong việc pháp điển hóa các quy định của pháp luật quốc tế hiện đại. Giả sử, nếu như tranh chấp về Biển Đông giữa các quốc gia được ICJ cho ý kiến tư vấn thì trường hợp một quốc gia bất đồng với quan điểm của Tòa (ví dụ như Trung Quốc), quốc gia đó sẽ tự đặt mình vào thế yếu trong quan hệ quốc tế.