

THÔNG RA MẶT K

3(359)

2018

NM TH 47

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TR N V N BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. O T R
PGS.TS. B X U N
PGS.TS. P H M H N H
PGS.TS. T R N N H H
PGS.TS. H A T H M A I H N
PGS.TS. P H M H U N G H
PGS.TS. N G U Y N N H P H T
PGS.TS. L M I N H T H N G
PGS.TS. N G U Y N T R U N G T N
GS.TS. V K H N H V I N H
PGS.TS. I N H N G C V N G

Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

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

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ TRƯƠNG HỒNG QUANG: Nhu cầu giải thích quy định về hạn chế quyền con người, quyền công dân của Hiến pháp năm 2013 3

❖ CAO VŨ MINH: Những hạn chế của Luật Thanh tra năm 2010 và phương hướng hoàn thiện 14

LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

❖ VÕ MINH KỲ: Một số nguyên tắc đánh giá chứng cứ trong tố tụng tranh tụng và kiến nghị cho Việt Nam 22

LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

❖ LÝ VĂN TOÁN: Những vụ án dân sự không tiến hành hòa giải được: Thực tiễn áp dụng và kiến nghị hoàn thiện pháp luật 30

LUẬT KINH TẾ, LUẬT LAO ĐỘNG

❖ ĐẶNG MINH PHƯƠNG – LÃ MINH TRANG: Một số nội dung nổi bật trong Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa 37

❖ NGUYỄN THỊ PHƯƠNG HÀ: Trách nhiệm của công ty mẹ đối với các nghĩa vụ của công ty con – cách tiếp cận của pháp luật Nhật Bản 45

❖ ĐOÀN XUÂN TRƯỜNG: Thực trạng thực hiện quy định của Bộ luật Lao động năm 2012 về hợp đồng lao động và một số kiến nghị sửa đổi 53

LUẬT QUỐC TẾ, PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

❖ NGÔ HỮU PHƯỚC: Những vấn đề lý luận cơ bản về nhận trở lại công dân trong Luật quốc tế và pháp luật Việt Nam 62

❖ NGUYỄN MINH OANH – HÀ CÔNG ANH BẢO: Chính sách, pháp luật về tiền ảo của Thái Lan và kinh nghiệm cho Việt Nam 72

THÔNG TIN KHOA HỌC PHÁP LÝ

❖ ĐINH NGỌC THẮNG: Phương pháp so sánh trong nghiên cứu pháp luật nước ngoài 78

MONTHLY ISSUE

3(359)

2018

47TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

**Office of the Editorial
Board:**

**27 Tran Xuan Soan
Ha Noi**

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

❖ TRUONG HONG QUANG: Demand for the Explanation of Provisions on the Restriction of Human Rights and Citizen Rights under the Constitution of 2013 3

❖ CAO VU MINH: Shortcomings of the Law on Inspection of 2010 and Direction for its Improvement 14

CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ VO MINH KY: Some Principles of Evidence Evaluation in an Adversarial Proceeding and Implications for Vietnam 22

CIVIL PROCEDURE LAW

❖ LY VAN TOAN: Civil Cases without Conciliation: Practices and Proposals for Law Improvement 30

ECONOMIC LAW, LABOUR LAW

❖ DANG MINH PHUONG – LA MINH TRANG: Some Important Issues in the Law on Support for Small and Medium Sized Enterprises 37

❖ NGUYEN THI PHUONG HA: Responsibility of a Parent Company with Respect to Its Subsidiary – the Approach of Japanese Law 45

❖ DOAN XUAN TRUONG: Practices of the Implementation of the Labour Code of 2011/2 on Labour Contracts and Related Proposals 53

INTERNATIONAL LAW, FOREIGN LAW

❖ NGO HUU PHUOC: Basic Issues on the Return of Citizens under International Law and Vietnamese Law 62

❖ NGUYEN MINH OANH – HA CONG ANH BAO: Policy and Law of Thailand on Virtual Currency and Implication for Vietnam 72

INFORMATION OF LEGAL SCIENCE

❖ DINH NGOC THANG: Comparative Method in Studying Foreign Law 78

NHU CẦU GIẢI THÍCH QUY ĐỊNH VỀ HẠN CHẾ QUYỀN CON NGƯỜI, QUYỀN CÔNG DÂN CỦA HIẾN PHÁP NĂM 2013

*Trương Hồng Quang**

Tóm tắt: Một trong những nội dung tiến bộ của Hiến pháp Việt Nam năm 2013 là xác định nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân. Bài viết phân tích một số vấn đề khi cụ thể hóa nguyên tắc và đề xuất một số khuyến nghị liên quan đến vấn đề này.

Abstract: One of the progressive issues of the Constitution of 2013 is a principle determining the scope of the restriction of human rights and citizen rights. This paper analyses issues relating to the details of this principles and makes relevant proposals.

1. Vấn đề hạn chế quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013

Trong lịch sử lập hiến Việt Nam, trước Hiến pháp năm 2013 chưa có một bản hiến pháp nào quy định về nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân (hạn chế quyền). Dù vậy, tại Điều 54 Hiến pháp năm 1980 quy định: “Quyền và nghĩa vụ của công dân thể hiện chế độ làm chủ tập thể của nhân dân lao động, kết hợp hài hòa những yêu cầu của cuộc sống xã hội với tự do chân chính của cá nhân, bảo đảm sự nhất trí về lợi ích giữa Nhà nước, tập thể và cá nhân theo nguyên tắc mỗi người vì mọi người, mọi người vì mỗi người”. Với quy định này, việc thực hiện quyền phải kết hợp hài hòa yêu cầu của cuộc sống xã hội với tự do chân chính của cá nhân. Có thể hiểu, đây chính là tính cân bằng trong việc thực hiện quyền (và nếu không đáp ứng nguyên tắc này thì thực hiện quyền có thể bị hạn chế).

Với Hiến pháp năm 2013, lần đầu tiên vấn đề hạn chế quyền được hiến định thành nguyên tắc. Cụ thể, khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”. Bên cạnh đó, khoản 4 Điều 15 Hiến pháp năm 2013 cũng quy định: “Việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác”. Những quy định này được đánh giá là một điểm sáng của Hiến pháp năm 2013. Theo đó, từ nay không chủ thể nào được tùy tiện cắt xén, hạn chế các quyền, ngoại trừ các trường hợp cần thiết nhưng phải được luật quy định.

Có thể nhận thấy, Hiến pháp năm 2013 đã xác lập một nguyên tắc chung về hạn chế quyền. Hạn chế việc thực hiện quyền chính là điều kiện để bảo đảm tính hiện thực của các quyền con người, quyền công dân. Nó bảo đảm sự cân bằng giữa các lợi ích trong mối quan hệ Nhà nước - Con người, công dân, cá nhân; bảo đảm sự minh bạch và lành

* Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp).

Bài viết là kết quả nghiên cứu trong khuôn khổ đề tài cấp Bộ năm 2016 – 2017 của Bộ Tư pháp: “Nguyên tắc về quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong Hiến pháp năm 2013 và những vấn đề pháp lý đặt ra”.

manh của các mối quan hệ này. Nhà nước, với tư cách là tổ chức quyền lực công có trách nhiệm tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân. Về cơ bản, quy định ở khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 đã tương thích với quy định của pháp luật quốc tế và các bản hiến pháp tiến bộ trên thế giới về nguyên tắc hạn chế quyền, bảo đảm việc hạn chế quyền chỉ được đặt ra khi có lý do khách quan, hợp pháp và hợp lý, trên cơ sở nghiên cứu, cân nhắc cẩn thận của chủ thể có thẩm quyền. Như vậy, quy định về nguyên tắc hạn chế quyền đã góp phần bổ sung cho hệ thống cơ chế bảo vệ quyền con người tại Việt Nam.

Với quy định về nguyên tắc hạn chế quyền trong Hiến pháp năm 2013, tác giả nhận thấy một số vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu, đánh giá và làm rõ như sau:

(1) Quan niệm về hạn chế quyền của Hiến pháp năm 2013 rộng hơn so với quan niệm của thế giới. Theo khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, bất cứ quyền nào cũng có thể bị hạn chế trong những trường hợp cụ thể. Theo luật nhân quyền quốc tế (như Công ước quốc tế về các quyền dân sự, chính trị năm 1966 - ICCPR và Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội, văn hóa năm 1966 - ICESCR là hai Công ước mà Việt Nam đã tham gia), có những quyền con người không thể bị hạn chế thực hiện vì bất cứ lý do gì, trong bất kỳ hoàn cảnh nào, kể cả trong những trường hợp cần thiết. Chính vì vậy, việc thi hành khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 cần xem xét tính tương thích với khoản 1 Điều 5 ICCPR năm 1966¹.

(2) Việc quy định các lý do để hạn chế quyền là đúng đắn. Tuy vậy, theo luật nhân quyền quốc tế thì một số quyền cần phải được hạn chế trong những hoàn cảnh nhất định mà không cần vì lý do an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội... Chẳng hạn, quyền tự do hội họp luôn kèm theo điều kiện “hòa bình” (Điều 21 ICCPR năm 1966), quyền tự do lập hội có thể bị hạn chế đối với những người làm việc trong lực lượng vũ trang (khoản 2 Điều 22 ICCPR năm 1966). Bên cạnh đó, có thể thấy lý do/mục đích về “quốc phòng” không xuất hiện trong cả Tuyên ngôn toàn thế giới về nhân quyền - UDHR năm 1948 hay ICCPR năm 1966, ICESCR năm 1966.

(3) Cho đến nay, quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 vẫn chưa được giải thích cụ thể. Chính vì vậy, vẫn còn có một số băn khoăn về nội dung của nguyên tắc như sau:

(i) Chưa thống nhất quan điểm về quy định “*quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật*”. Theo quan điểm truyền thống của Việt Nam (thể hiện trong Hiến pháp, một số Bộ luật lớn), luật ở đây được phân biệt với văn bản dưới luật (pháp lệnh, nghị định, thông tư...). Tuy nhiên, hoàn toàn có thể có trường hợp ủy quyền lập pháp (ví dụ luật quy định Chính phủ quy định chi tiết một vấn đề nào đó). Trong khi đó, một số ý kiến cho rằng, chỉ nên quy định trong “luật” (nghĩa là không được ủy quyền lập pháp)². Cũng có quan điểm cho rằng, quy định này được hiểu là chỉ có luật mới có quyền đặt ra các

¹ “Không một quy định nào trong Công ước này có thể được giải thích với hàm ý cho phép bất kỳ quốc gia, nhóm người hay cá nhân nào được quyền tham gia hay tiến hành bất kỳ hành động nào nhằm phá hoại bất kỳ quyền và tự do nào được Công ước này

thừa nhận hoặc nhằm hạn chế những quyền và tự do đó quá mức Công ước này quy định”.

² Xem: Đặng Minh Tuấn (2013), “*Những điểm còn bỏ ngỏ của dự thảo sửa đổi Hiến pháp 1992*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (Văn phòng Quốc hội), (5), tr. 54.

hạn chế về quyền, nhưng không hạn chế các cơ quan nhà nước khác, trong đó bao gồm các cơ quan hành pháp có quyền ban hành các văn bản pháp luật khác để thực thi, cụ thể hóa bằng các quy định hạn chế theo quy định của luật, hoặc cho rằng việc quy định hạn chế quyền chỉ bằng quy định của luật là quá hẹp, đặt ra yêu cầu quá cao đối với việc hạn chế quyền con người³.

(ii) Chưa làm rõ về “trường hợp cần thiết”, “lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng” và “xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác”. Đây là những vấn đề rất quan trọng, nếu không được xác định rõ ràng thì sẽ ảnh hưởng đến hoạt động xây dựng (soạn thảo, thẩm định), thi hành pháp luật khi hạn chế quyền trong thực tế.

(4) Nguyên tắc hạn chế quyền trong Hiến pháp năm 2013 còn thiếu vắng một số yếu tố khá quan trọng:

(i) Chưa quy định hạn chế quyền khi “cần thiết trong một xã hội dân chủ”. Cần thiết trong một xã hội dân chủ là đòi hỏi cao hơn, rõ ràng hơn so với “trong trường hợp cần thiết”, bởi chỉ có thể hạn chế quyền khi đó là “một đòi hỏi xã hội cấp thiết” và đảm bảo sự cân xứng giữa hạn chế và mục đích của nó.

(ii) Chưa quy định rằng, việc hạn chế quyền không được làm mất đi bản chất của quyền con người, quyền công dân (theo như quy định của pháp luật quốc tế và hiến pháp của nhiều quốc gia). Thiếu nội dung này có thể dẫn đến hạn chế quá mức quyền con người, quyền công dân.

(iii) Chưa quy định về tạm đình chỉ quyền con người, quyền công dân trong trường hợp tuyên bố tình trạng khẩn cấp. Từ đó, chưa tạo ra các ngoại lệ cho việc tạm đình chỉ thực hiện quyền.

(5) Quy định tại khoản 4 Điều 15 Hiến pháp năm 2013: “Việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác” chưa thực sự rõ ràng và có thể dẫn đến các giải thích không phù hợp với tinh thần tôn trọng, bảo đảm các quyền con người, quyền công dân trong thực tế.

(6) Chưa quy định rõ hạn chế quyền cần đồng thời đáp ứng toàn bộ hay chỉ cần một trong số các lý do hạn chế.

(7) Quy định của Hiến pháp năm 2013 về chế định quyền con người không có nhiều sự khác biệt với hiến pháp ở những nước áp dụng phương pháp cân bằng - hợp lý (hay còn gọi là cân xứng). Chúng ta cũng không thấy thuật ngữ “cân bằng - hợp lý” trong các hiến pháp đó⁴. Điều đó có nghĩa là, phương pháp này không nhất thiết phải được diễn đạt rõ ràng trong hiến pháp⁵. Phương pháp này tồn tại như một học thuyết mà những yếu tố cơ bản của nó được thể hiện bằng việc hiến định mệnh đề hạn chế

⁴ Xem: Bùi Tiến Đạt (2015), “Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ”, tldd.

⁵ Ở Liên minh châu Âu, nơi mà học thuyết cân bằng - hợp lý (có học giả dùng thuật ngữ cân xứng) phát triển mạnh mẽ ở mọi quốc gia, Công ước Nhân quyền châu Âu không đề cập đến thuật ngữ “cân bằng - hợp lý” và thậm chí cũng không có mệnh đề hạn chế chung (chỉ có các mệnh đề hạn chế riêng gắn với một số quyền). Trên thực tế, học thuyết cân bằng - hợp lý đã hình thành thông qua giải thích của Ủy ban châu Âu và Tòa án Nhân quyền châu Âu. Xem: Jeremy McBride (1999), *Proportionality and the European Convention on Human Rights*, Evelyn Ellis ed, Hart Publishing, p.23.

³ Xem: Bùi Tiến Đạt (2015), “Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (Văn phòng Quốc hội), (6), tr. 3-11.

chung và bằng sự giải thích hiến pháp. Với sự ghi nhận mệnh đề này tại Điều 14, Hiến pháp năm 2013 đã tạo một nền tảng quan trọng để dần tiếp nhận và vận dụng học thuyết cân bằng - hợp lý.

2. Thực tiễn cụ thể hóa vấn đề hạn chế quyền con người, quyền công dân và nhu cầu giải thích hiến pháp

Về tổng thể, hoạt động xây dựng, thi hành pháp luật trong giai đoạn triển khai thi hành Hiến pháp năm 2013 đã quan tâm đến việc thể chế hóa nguyên tắc hạn chế quyền. Tuy nhiên, do đây là nguyên tắc mới được quy định trong hiến pháp nước ta nên việc cụ thể hóa nguyên tắc này còn lúng túng, gặp nhiều khó khăn như sau:

Thứ nhất, nhận thức về loại văn bản có thể quy định vấn đề hạn chế quyền con người, quyền công dân chưa thống nhất.

Về cơ bản, hạn chế quyền rất cần/nên được hiến định. Điều này Hiến pháp năm 2013 đã làm được. Tuy nhiên, việc thể chế hóa nguyên tắc này phụ thuộc các văn bản quy phạm pháp luật dưới hiến pháp bởi mỗi lĩnh vực khác nhau sẽ có đặc thù riêng. Theo Hiến pháp năm 2013 thì “*quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật*”. Quy định này có vẻ rõ ràng nhưng thực tế cho thấy quan điểm, nhận thức về vấn đề “theo quy định của luật” không thực sự thống nhất.

Có quan điểm cho rằng, việc hạn chế quyền của Hiến pháp năm 2013 khi dùng cách diễn đạt “theo quy định của luật” thay vì “theo quy định của pháp luật” là chưa chính xác nếu được hiểu theo hướng chỉ có văn bản với tên gọi là “luật” của Quốc hội thay vì pháp luật nói chung được phép hạn chế quyền⁶. Theo quan điểm này, Hiến pháp

năm 2013 đặt tiêu chuẩn quá cao cho cơ chế bảo vệ quyền. Một số quan điểm khác có đánh giá tích cực hơn⁷. Theo đó, cách hiểu khác nhau về nội hàm của thuật ngữ “*law*” trong các quy định liên quan của Luật nhân quyền quốc tế có thể dẫn đến những đánh giá khác nhau đối với ý nghĩa của quy định về nguyên tắc hạn chế quyền trong khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, cũng như về tính khả thi của việc quy định mọi giới hạn quyền đều phải do Quốc hội quy định bằng luật. Tuy nhiên, kể cả quy định này khó khả thi, nó vẫn là cần thiết và có ý nghĩa trong việc ngăn ngừa sự tùy tiện “cắt xén” các quyền con người, quyền công dân ở nước ta trong bối cảnh hiện nay. Nó bổ sung cho biện pháp (mà hầu hết quốc gia trên thế giới đang áp dụng nhưng ở Việt Nam chưa quy định), đó là xác lập/trao quyền cho tòa án phán quyết những hạn chế quyền nào thì bị coi là vi hiến.

Theo tác giả, về bản chất, hạn chế quyền chỉ được quy định trong “luật” do Quốc hội ban hành. Ngoài quy định của Hiến pháp năm 2013 thì theo điểm b khoản 1 Điều 15 của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Quốc hội ban hành “luật” để quy định: “*Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân mà theo Hiến pháp phải do luật định, việc hạn chế quyền con người, quyền công dân; tội phạm và hình phạt*”. Bên cạnh đó, cũng theo Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, trong nội dung các loại văn bản khác (Nghị quyết của Quốc hội, Pháp lệnh

⁶ Xem: Bùi Tiến Đạt (2015), “*Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*”, ttdđ.

⁷ Ví dụ, xem: Vũ Công Giao, Lê Thị Thúy Hương (2014), “*Nguyên tắc giới hạn quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013*”, trong cuốn “*Bình luận khoa học Hiến pháp nước cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013*” của Viện Chính sách công và Pháp luật, Nxb. Lao động - Xã hội, Hà Nội.

của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Nghị định của Chính phủ...) không có quy định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân cũng như việc hạn chế quyền con người, quyền công dân. Chính vì vậy, hạn chế quyền chỉ được quy định trong luật. Tuy nhiên, nếu Quốc hội thông qua luật, trong đó có ủy quyền cho Chính phủ quy định chi tiết, cụ thể vấn đề hạn chế quyền thì quy định của Chính phủ cũng chỉ nằm trong giới hạn việc hạn chế quyền đã được xác định trong luật. Khi đó, luật phải xác định nguyên tắc chung về hạn chế quyền, tiêu chí hạn chế quyền hợp pháp, chính đáng, cần thiết trong phạm vi luật đó điều chỉnh. Cách hiểu và quan niệm như vậy về cơ bản cũng tương đối linh hoạt mà vẫn bảo đảm "tầm quan trọng" của các quy định về quyền cũng như hạn chế quyền.

Bên cạnh đó, cần lưu ý Hiến pháp năm 2013 cũng có một số quy định về quyền như: "*Việc thực hiện các quyền này do pháp luật quy định*" (ví dụ Điều 23, Điều 25). Mặc dù điều luật xác định việc thực hiện quyền do pháp luật quy định (nghĩa là không chỉ bằng luật mà còn có thể là Pháp lệnh, Nghị định...), tuy nhiên, đối chiếu với quy định của Điều 15 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 nêu trên, các quyền này cũng chỉ có thể được thể chế hóa trước hết phải bằng luật (về quyền và hạn chế quyền). Các văn bản dưới luật có thể chi tiết nhưng không thể hạn chế quyền. Ngay cả những quyền tự do cơ bản trong hiến pháp chưa được xác định thực hiện theo luật hay pháp luật thì cũng phải tuân theo nguyên tắc này.

Như vậy, về cơ bản, quy định của Hiến pháp năm 2013 và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 là phù hợp, đặc biệt trong bối cảnh của Việt Nam xuất

phát từ một số lý do như⁸: Các cơ quan nhà nước các cấp lạm dụng giới hạn, hạn chế các quyền con người, quyền công dân đến mức vi phạm, can thiệp vào các quyền con người, quyền công dân; việc thiếu vắng cơ chế tài phán tư pháp để xem xét tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật; người dân không có quyền khởi kiện ra tòa để yêu cầu tòa án xem xét các văn bản quy phạm pháp luật dưới luật vi phạm các quyền và lợi ích hợp pháp của họ theo quy định của Hiến pháp và pháp luật; văn hóa coi trọng áp dụng các văn bản giải thích, hướng dẫn còn phổ biến.

Thực tiễn cho thấy, ngoài các văn bản luật, nghị định đã được luận giải (được quy định/ủy quyền quy định về hạn chế quyền), trong một số thông tư cũng có quy định hạn chế quyền một cách bất hợp lý⁹.

Thứ hai, cách thức quy định và chất lượng các quy định về hạn chế quyền con người, quyền công dân còn khá hạn chế.

(1) *Nhiều quy định về hạn chế quyền chủ yếu nhắc lại nội dung khoản 2 Điều 14 và khoản 4 Điều 15 của Hiến pháp năm 2013.*

Ví dụ: Luật Đầu tư năm 2014 quy định: "*Ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện là ngành, nghề mà việc thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh trong ngành, nghề đó phải đáp ứng điều kiện vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng*

⁸ Xem: Đặng Minh Tuấn (2017), *Quan điểm về vấn đề cụ thể hóa nguyên tắc hạn chế quyền con người của Hiến pháp năm 2013*, tham luận Hội thảo khoa học: "Nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân theo Hiến pháp năm 2013 và những vấn đề pháp lý đặt ra", Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp) tổ chức, Hà Nội, tháng 4/2017.

⁹ Ví dụ: Thông tư số 20/2011/TT/BCT ngày 21/5/2011 của Bộ trưởng Bộ Công Thương (được sửa đổi bởi Thông tư số 04/2017/TT-BCT ngày 09/3/2017 của Bộ trưởng Bộ Công Thương).

đồng” (khoản 1 Điều 7); Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Quyền dân sự chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng” (khoản 2 Điều 2)...

Có thể thấy, các lý do/mục đích về quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng vốn là những quy định chung đã được hiến định trong Hiến pháp năm 2013. Tuy nhiên, các luật chuyên ngành cũng chưa làm rõ được các lý do/mục đích hạn chế quyền trong từng lĩnh vực chuyên ngành như thế nào. Điều đó sẽ dẫn đến các cách giải thích khác nhau, không thống nhất trong thực tế. Ví dụ một thông tin về đại dịch bệnh truyền nhiễm rõ ràng liên quan đến sức khỏe cộng đồng nhưng cơ quan nhà nước chưa muốn công bố sớm vì sợ sẽ gây mất trật tự trong xã hội, gây hoang mang cho người dân. Vậy trong trường hợp này thông tin có nên được công bố sớm hay không?

(2) *Quy định về hình thức hạn chế quyền chủ yếu tập trung vào các hành vi bị nghiêm cấm.*

Ví dụ: Luật Trưng cầu ý dân năm 2015 quy định 05 hành vi bị nghiêm cấm tại Điều 13; Luật Báo chí năm 2016 quy định 13 hành vi bị nghiêm cấm tại Điều 9; Luật Trẻ em năm 2016 quy định 15 hành vi bị nghiêm cấm tại Điều 6; Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016 quy định 05 hành vi bị nghiêm cấm tại Điều 5... Có thể nhận thấy, quy định đúng các hành vi bị nghiêm cấm nhằm bảo đảm cho chủ thể thực hiện quyền. Tuy nhiên, một số hành vi bị nghiêm cấm còn căn cứ theo pháp luật mà chưa cụ thể hóa trong luật, ví dụ như khoản 5 Điều 9 Luật Báo chí năm 2016: “*tiết lộ bí mật theo pháp luật*”, khoản 14 Điều 6 Luật Trẻ em

năm 2016: “*lấn chiếm, sử dụng cơ sở hạ tầng dành cho việc học tập, vui chơi, giải trí, ... trái quy định của pháp luật*”.

(3) *Quy định về hạn chế quyền trong một số luật đã có sự “bổ khuyết” cho Hiến pháp năm 2013 nhưng đồng thời cũng tạo ra sự không đồng bộ, thống nhất trong hệ thống pháp luật.*

Thực tiễn xây dựng luật thời gian qua cho thấy, không phải luật nào cũng chỉ quy định theo hướng lặp lại hiến pháp. Một số luật đã có sự bổ sung, phát triển thêm so với Hiến pháp năm 2013. Luật Đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016) quy định: “*Điều kiện đầu tư kinh doanh phải được quy định phù hợp với mục tiêu quy định tại khoản 1 Điều này và phải bảo đảm công khai, minh bạch, khách quan, tiết kiệm thời gian, chi phí tuân thủ của nhà đầu tư*” (khoản 4 Điều 7). Như vậy, Luật Đầu tư đã đề cập đến các yếu tố công khai, minh bạch, khách quan được ghi nhận trong nguyên tắc về hạn chế quyền trong nhiều bản hiến pháp trên thế giới cũng như trong pháp luật quốc tế. Thậm chí, Luật Đầu tư năm 2014 còn đề cập đến yếu tố *tiết kiệm thời gian, chi phí tuân thủ của nhà đầu tư*. Đây là những yếu tố được đề cập trong học thuyết về cân bằng - hợp lý trong việc đánh giá các hạn chế quyền trên thế giới. Tuy nhiên, quy định này của Luật Đầu tư năm 2014 thực sự còn rất hiếm trong hệ thống luật hiện hành.

Đánh giá chung, nguyên tắc hạn chế quyền còn khá nhiều vấn đề cần tiếp tục nghiên cứu làm rõ, bổ sung, phát triển cả về cơ sở hiến định, cơ sở pháp lý và thi hành pháp luật. Từ đó, cho thấy sự “lúng túng” trong việc thể chế hóa nguyên tắc hạn chế quyền tại Việt Nam thời gian qua. Chính vì vậy, quy định về hạn chế quyền tuy đang “tồn tại” nhưng vẫn chưa thực sự được “hiện thực hóa”.

Nguyên nhân của vấn đề trên gồm nhiều yếu tố khác nhau. Việc hiến định nguyên tắc hạn chế quyền là khách quan, đáp ứng nhu cầu nội tại cũng như tiếp cận giá trị chung về bảo vệ quyền con người trên thế giới. Tuy nhiên, hầu hết các quy định về nguyên tắc hạn chế quyền của Hiến pháp năm 2013 cho đến nay vẫn chưa được giải thích rõ ràng, cụ thể.

3. Một số khuyến nghị về việc giải thích quy định về nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân của Hiến pháp năm 2013

Theo tác giả, Ủy ban Thường vụ Quốc hội cần sớm ban hành Nghị quyết giải thích các quy định về hạn chế quyền của Hiến pháp năm 2013 (bao gồm khoản 2 Điều 14 và khoản 4 Điều 15). Những vấn đề mà Nghị quyết này cần quy định như sau:

Thứ nhất, về loại văn bản có thể quy định vấn đề hạn chế quyền và vấn đề ủy quyền lập pháp.

Cần khẳng định rõ ràng việc hạn chế quyền chỉ có thể được quy định trong luật. Tuy nhiên, trong điều kiện của Việt Nam, Quốc hội hoàn toàn có thể thực hiện ủy quyền lập pháp để Chính phủ quy định chi tiết quy định về hạn chế quyền trong từng lĩnh vực chuyên ngành¹⁰. Việc ủy quyền lập

pháp phải thực hiện đúng các nguyên tắc: Văn bản được ủy quyền chỉ được quy định về hạn chế quyền theo phạm vi, nguyên tắc, nội dung hạn chế đã được luật định; các quy định liên quan đến trình tự, thủ tục trực tiếp thực hiện quyền phải được quy định trong luật và không được ủy quyền. Nghị quyết cần quy định không cho phép ủy quyền tiếp. Ví dụ, luật giao cho Chính phủ quy định một số vấn đề thì Chính phủ không được ủy quyền tiếp cho chủ thể khác quy định cụ thể. Điều này nhằm ngăn ngừa tình trạng ủy quyền tùy tiện, sai mục đích, phạm vi.

Liên quan đến vấn đề ủy quyền lập pháp, một câu hỏi đặt ra là “pháp lệnh” do Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành để quy định những vấn đề được Quốc hội giao¹¹ có phải là văn bản ủy quyền lập pháp hay không? Nếu đây là ủy quyền lập pháp thì có được quy định vấn đề hạn chế quyền hay không?

Do quy định của Hiến pháp nước ta chưa rõ ràng nên cách hiểu khái niệm cùng nội hàm của ủy quyền lập pháp chưa được thống nhất. Một số người cho rằng, chỉ có Chính phủ - cơ quan hành pháp khi được Quốc hội ủy quyền lập pháp mới có quyền làm lập pháp ủy quyền. Cách hiểu này gần tương tự như cách hiểu của nhiều nhà luật học phương Tây¹². Quan điểm khác cho rằng, tất cả các văn bản quy phạm pháp luật do Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành

¹⁰ Hiện nay, theo quy định của Hiến pháp năm 2013 và Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, có thể hiểu một cách khái quát ủy quyền lập pháp là việc Quốc hội ủy quyền cho các cơ quan nhà nước khác ban hành những nội dung thuộc thẩm quyền lập pháp của Quốc hội bằng một số hình thức văn bản quy phạm pháp luật khác mà theo một số nhà nghiên cứu đã tạo nên sự đặc biệt của hệ thống pháp luật nước ta. Ví dụ, Quốc hội giao Ủy ban Thường vụ Quốc hội ra pháp lệnh (khoản 2 Điều 74 Hiến pháp năm 2013); Chính phủ ban hành Nghị định để chi tiết điều, khoản, điểm được giao trong luật, nghị quyết của Quốc hội, pháp lệnh, nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, quy định vấn đề cần thiết thuộc thẩm quyền của Quốc hội, Ủy

ban Thường vụ Quốc hội nhưng chưa đủ điều kiện xây dựng thành luật hoặc pháp lệnh để đáp ứng yêu cầu quản lý nhà nước, quản lý kinh, tế, quản lý xã hội (khoản 1, 3 Điều 19 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015)...

¹¹ Xem: Khoản 1 Điều 16 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

¹² Xem: Nguyễn Đăng Dung (2005), *Sự giới hạn quyền lực nhà nước*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 475.

dưới dạng pháp lệnh cũng đều là ủy quyền lập pháp. Bởi lẽ các pháp lệnh do Quốc hội ban hành đều nằm trong chương trình lập pháp hàng năm của Quốc hội¹³. Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng, Ủy ban Thường vụ Quốc hội là cơ quan thường trực của Quốc hội¹⁴ nên việc Quốc hội giao Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành pháp lệnh không phải là ủy quyền lập pháp.

Có thể thấy¹⁵, việc ban hành pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội được xem là trường hợp ủy quyền lập pháp đặc biệt ở Việt Nam. Thực ra, pháp lệnh là luật trong khi chưa có luật, như một thử nghiệm của một văn bản chưa có điều kiện thành luật¹⁶, một thí nghiệm của luật, sau một thời gian thi hành Quốc hội phải có trách nhiệm nâng thành luật. Thẩm quyền của Ủy ban Thường vụ Quốc hội trong lĩnh vực ban hành văn bản quy phạm pháp luật cũng xuất phát từ vị trí đặc biệt của cơ quan này trong hệ thống thiết chế nhà nước, thể hiện tính đặc biệt của hệ thống chính trị. Khó có thể phủ nhận được vai trò của cơ quan này trong giai đoạn phát triển quá độ, đặc biệt là trong bối cảnh Quốc hội hiện nay họp mỗi năm

chỉ có hai kỳ¹⁷. Nhưng cũng cần lưu ý là, việc ủy quyền lập pháp phải trong khuôn khổ của Hiến pháp. Vì vậy, đối với những vấn đề quan trọng được Hiến pháp năm 2013 quy định phải do luật định thì Quốc hội phải tự mình ban hành quy phạm pháp luật dưới hình thức một đạo luật mà không được phép ủy quyền cho Ủy ban Thường vụ Quốc hội hoặc các chủ thể khác ban hành quy phạm pháp luật. Do đó, theo tác giả, pháp lệnh không được quy định về hạn chế quyền. Trong tương lai, để tránh những tranh luận không cần thiết, tác giả cho rằng nên hạn chế dần (tiến đến bãi bỏ) việc ban hành pháp lệnh tại Việt Nam.

Thứ hai, vấn đề “cần thiết” và sáu lý do/mục đích có thể dùng để hạn chế quyền.

(1) Về vấn đề “cần thiết” của hạn chế quyền có thể tham khảo một số hướng dẫn cũng như phương pháp đánh giá hạn chế quyền trên thế giới. Theo “*Các nguyên tắc Siracusa năm 1984 về hạn chế quyền và đình chỉ các quyền trong ICCPR*”¹⁸ thì:

¹⁷ Xem: Bộ Khoa học và Công nghệ (2015), Đề tài cấp Nhà nước: “*Nghiên cứu mô hình xây dựng pháp luật đáp ứng yêu cầu của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong thời kỳ công nghiệp hóa, hiện đại hóa và hội nhập quốc tế*”, t.1, tr. 205-207.

¹⁸ Đây là kết quả của một cuộc hội nghị quốc tế được tổ chức tại thành phố Siracusa (đảo Sicily, Ý) từ ngày 30/4 đến 4/5/1984. Hội nghị này được chủ trì bởi một số tổ chức phi chính phủ bảo vệ nhân quyền, với sự tham gia của đông đảo các nhà nghiên cứu và hoạt động bảo vệ nhân quyền. Các nguyên tắc này đã được Hội nghị thông qua, sau đó được Hội đồng Kinh tế và Xã hội (ECOSOC) Liên hợp quốc thông qua theo Phụ lục của Nghị quyết UN Doc E/CN.4/1984/4 (1984). Các nguyên tắc này có giá trị làm rõ thêm các căn cứ của việc hạn chế (limitation/restriction) và tạm đình chỉ (derogation) các quyền dân sự và chính trị, tránh việc lạm quyền của các quốc gia. Xem nội dung bản tiếng Việt của Các nguyên tắc này tại địa chỉ: http://hr.law.vnu.edu.vn/sites/default/files/resources/cac_quyen_iccpr2610_2012.pdf.

¹³ Xem: Ủy ban Pháp luật của Quốc hội (2013), *Thực tiễn thực hiện các quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật*, Kỷ yếu Tài liệu Hội nghị Tổng kết thi hành Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật tháng 11/2013, Bộ Tư pháp, tr. 84-85.

¹⁴ Xem: Khoản 1 Điều 44 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

¹⁵ Xem: Bộ Khoa học và Công nghệ (2015), Đề tài cấp Nhà nước: “*Nghiên cứu mô hình xây dựng pháp luật đáp ứng yêu cầu của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong thời kỳ công nghiệp hóa, hiện đại hóa và hội nhập quốc tế*”, Chương trình “*Nghiên cứu khoa học phát triển xã hội và quản lý phát triển xã hội ở Việt Nam đến năm 2020*”, Mã số: KX.02/11-15, Chủ nhiệm đề tài: GS.TS. Lê Hồng Hạnh, Hà Nội, tr. 205-207.

¹⁶ Xem: Nguyễn Đăng Dung (2005), *Quốc hội trong nhà nước pháp quyền*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội.

“Bất cứ khi nào một giới hạn được nêu lên trong các điều khoản của Công ước là “cần thiết”, thuật ngữ này hàm ý rằng các giới hạn: (a) Được dựa trên một trong các căn cứ biện minh cho những giới hạn được công nhận bởi các điều khoản có liên quan của Công ước; (b) Đáp ứng nhu cầu bức xúc của công chúng hoặc xã hội; (c) Theo đuổi một mục tiêu chính đáng; và (d) Tỷ lệ với mục tiêu đó. Bất cứ đánh giá nào về sự cần thiết của một giới hạn cũng phải được dựa vào những xem xét khách quan”. Một cách cụ thể hơn, có thể đánh giá sự cần thiết của biện pháp hạn chế quyền thông qua các yếu tố: Biện pháp áp dụng là cần thiết nhằm đạt được mục tiêu; không tồn tại một biện pháp khác ít hạn chế hơn nhưng vẫn có khả năng đạt được mục tiêu; sự “cần thiết” đòi hỏi hạn chế quyền là biện pháp khả dĩ nhất nhằm đạt được mục tiêu. Qua đó có thể thấy, “cần thiết” là việc không còn giải pháp, biện pháp nào khác nên mới phải sử dụng biện pháp hạn chế quyền để đạt được mục tiêu.

(2) Về sáu lý do/mục đích có thể dùng để hạn chế quyền: (i) Quốc phòng, (ii) An ninh quốc gia, (iii) Trật tự, (iv) An toàn xã hội, (v) Đạo đức xã hội, (vi) Sức khỏe của cộng đồng. Việc giải thích các lý do/mục đích này vô cùng quan trọng bởi nó làm cơ sở cho các luật chuyên ngành quy định cụ thể trong từng lĩnh vực, hạn chế tình trạng vì “lúng túng” nên dẫn đến việc chỉ lặp lại quy định của hiến pháp.

Các lý do/mục đích để hạn chế quyền từ số (ii) đến số (vi) có thể tham khảo trong phần B của “Các nguyên tắc Siracusa năm 1984 về hạn chế quyền và đình chỉ các quyền trong ICCPR” như sau:

(i) *Trật tự công cộng*: Khái niệm này được định nghĩa là tổng thể các quy tắc đảm bảo chức năng hoạt động của xã hội hoặc bộ các nguyên tắc cơ bản mà căn cứ vào đó, xã

hội được thành lập. Tôn trọng quyền con người là một phần của trật tự công cộng. Cơ quan hoặc công chức nhà nước chịu trách nhiệm về việc duy trì trật tự công cộng phải chịu sự kiểm soát trong việc thực hiện quyền lực của mình thông qua quốc hội, tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền độc lập khác.

(ii) *Sức khỏe của cộng đồng*: Khái niệm này có thể được coi là căn cứ cho việc hạn chế một số quyền để cho phép một nhà nước có biện pháp đối phó với một mối đe dọa nghiêm trọng đến sức khỏe của người dân hoặc các cá nhân thành viên của cộng đồng. Những biện pháp này phải được nhắm cụ thể đến việc ngăn ngừa bệnh tật, chấn thương hoặc cung cấp sự chăm sóc cho các bệnh nhân và người bị thương và cần dựa trên các quy định y tế của Tổ chức Y tế thế giới.

(iii) *Đạo đức cộng đồng (hay đạo đức công cộng, đạo đức công)*: Đây là đại lượng khác nhau theo thời gian và theo các nền văn hoá, nên căn cứ để hạn chế các quyền con người phải nhằm duy trì sự tôn trọng giá trị cơ bản của cộng đồng.

(iv) *An ninh quốc gia*: An ninh quốc gia có thể được viện dẫn để biện minh cho các biện pháp hạn chế một số quyền chỉ khi để bảo vệ sự tồn tại hay toàn vẹn lãnh thổ của quốc gia hoặc độc lập chính trị, chống lại việc sử dụng vũ lực hoặc đe dọa vũ lực. An ninh quốc gia không thể được viện dẫn như một lý do ngăn chặn những mối đe dọa đến pháp luật và trật tự trong phạm vi địa phương hoặc tương đối hạn hẹp. An ninh quốc gia không thể được sử dụng như là một lý do để áp đặt những hạn chế mơ hồ hoặc tùy tiện và chỉ có thể được viện dẫn khi có biện pháp bảo vệ đầy đủ và có biện pháp khắc phục hiệu quả chống lại sự lạm dụng.

(v) *An toàn công cộng*: An toàn công cộng được định nghĩa là bảo vệ chống lại sự nguy hiểm đối với sự an toàn của con người,

đối với cuộc sống hoặc sự toàn vẹn về thể chất, hoặc thiệt hại nghiêm trọng đến tài sản của họ. Sự cần thiết để bảo vệ an toàn công cộng có thể biện minh cho những hạn chế quyền. Nó không thể được sử dụng để áp đặt hạn chế mơ hồ hoặc tùy tiện và chỉ có thể được viện dẫn khi có biện pháp bảo vệ đầy đủ và khắc phục có hiệu quả chống lại sự lạm dụng.

(vi) Các quyền và tự do của người khác:

Khi có mâu thuẫn giữa một quyền được bảo vệ trong Công ước và một quyền không được bảo vệ, cần xem xét thực tế là công ước bảo vệ các quyền và tự do cơ bản nhất. Trong bối cảnh này, sự quan tâm đặc biệt nên dành cho các quyền không bị hạn chế trong công ước. Một giới hạn đối với một quyền con người dựa trên danh dự của người khác không được sử dụng để bảo vệ nhà nước và công chức của mình khỏi quan điểm hoặc chỉ trích của công chúng.

Tuy văn bản nêu trên (Các nguyên tắc Siracusa năm 1984) không có giá trị pháp lý cao nhưng cũng có giá trị làm rõ thêm các căn cứ của việc hạn chế quyền, tránh việc lạm quyền của các quốc gia. Bên cạnh đó, lý do số (i) về "quốc phòng" thực tế chưa được các Công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên cũng như hiến pháp, pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới viện dẫn làm lý do/mục đích để hạn chế quyền. Chính vì vậy, Ủy ban Thường vụ Quốc hội cần phải giải thích rõ lý do/mục đích này để các luật chuyên ngành có cơ sở quy định cụ thể. Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội cũng cần nêu rõ rằng, một quyền có thể bị hạn chế bởi một hoặc nhiều lý do/mục đích đã nêu. Điều này có nghĩa, việc hạn chế quyền không nhất thiết phải đáp ứng toàn bộ lý do/mục đích được hiến pháp, luật quy định. Việc giải thích theo hướng như vậy cũng phù hợp

với tinh thần của ICCPR và ICESCR năm 1966 mà Việt Nam là thành viên.

Thứ ba, về các quyền có thể bị hạn chế.

Theo tác giả, Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội cũng cần giải thích rõ nhóm quyền có thể bị hạn chế vì các lý do/mục đích chính đáng, cần thiết và nhóm quyền không thể bị hạn chế trong bất kỳ trường hợp nào. Việc giải thích theo hướng như vậy cũng phù hợp với tinh thần của ICCPR và ICESCR năm 1966 mà Việt Nam là thành viên.

Thứ tư, về vấn đề tạm đình chỉ quyền.

Mặc dù Hiến pháp năm 2013 chưa quy định về vấn đề này, nhưng Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội hoàn toàn có thể bổ sung quy định về tạm đình chỉ quyền trong trường hợp tuyên bố tình trạng khẩn cấp. Điều này sẽ góp phần tránh sự nhầm lẫn giữa hạn chế quyền và tạm đình chỉ quyền. Hơn nữa, việc giải thích theo hướng bổ sung như vậy hoàn toàn không trái với tinh thần, nguyên tắc của Hiến pháp năm 2013.

Thứ năm, về phương pháp kiểm tra tính hợp hiến của các quy định về hạn chế quyền.

Tác giả cho rằng, việc tiếp thu, học hỏi phương pháp để kiểm tra tính hợp hiến của các quy định về hạn chế quyền là rất cần thiết trong bối cảnh hiện nay. Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội nên có các quy định về phương pháp này để tạo cơ sở cho các hoạt động xây dựng, thi hành pháp luật liên quan đến hạn chế quyền.

Trên thế giới hiện có hai phương pháp kiểm tra tính hợp hiến của hạn chế quyền là: Phương pháp cân bằng (xuất phát từ Hoa Kỳ)¹⁹ và phương pháp cân bằng - hợp lý

¹⁹ Các quyền con người khi áp dụng nguyên tắc hạn chế sẽ trải qua một trong ba hình thức kiểm tra:

(xuất phát từ Cộng hòa Liên bang Đức)²⁰. Mặc dù phương pháp cân bằng của Hoa Kỳ được đánh giá là khá “cứng nhắc”, thiếu linh hoạt hơn phương pháp cân bằng - hợp lý của Cộng hòa Liên bang Đức, nhưng vấn đề Việt Nam nên sử dụng phương pháp nào cũng chưa thực sự rõ ràng vì còn khá mới mẻ. Theo tác giả, cho dù sử dụng phương pháp nào thì cũng cần bảo đảm những điều kiện cơ bản, đó là: Hạn chế quyền phải cần thiết, chính đáng và hạn chế quyền phải là biện pháp chỉ được sử dụng khi không còn biện pháp nào khác có thể thay thế. Với thực tiễn tại Việt Nam, tác giả cho rằng việc áp dụng phương pháp cân bằng - hợp lý sẽ phù hợp hơn bởi nó được áp dụng cho tất cả các quyền, không phải chỉ áp dụng theo từng mức kiểm tra cho từng nhóm quyền khác nhau. Điều này sẽ góp phần bảo đảm chất lượng, hiệu quả của việc kiểm tra tính hợp hiến của các quy định về hạn chế quyền cũng như việc thực thi chúng trong thực tế. Hơn nữa, bản thân quy định tại khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 cũng đã có những yếu tố cơ bản làm nền tảng cho việc áp dụng phương pháp cân bằng - hợp lý tại

Việt Nam. Quy định về phương pháp cân bằng - hợp lý có thể theo 04 bước của Cộng hòa Liên bang Đức. Nếu một quy định về hạn chế quyền đáp ứng được cả 4 bước này sẽ được xem là hợp hiến, nếu dừng ở một bước nào đó sẽ bị xem là vi hiến. Cụ thể các bước như sau²¹:

(i) *Bước 1: Mục đích chính đáng*. Tính chính đáng của việc hạn chế quyền thể hiện ở sự bảo vệ quyền của người khác và bảo vệ lợi ích công. Việc hạn chế quyền không có lý do chính đáng bị coi là vi hiến.

(ii) *Bước 2: Phù hợp*. Biện pháp áp dụng phải phù hợp nhằm đạt được mục tiêu; mối quan hệ nhân quả giữa biện pháp áp dụng và mục tiêu theo đuổi; Việc hạn chế quyền không có mối liên hệ với mục đích bị coi là vi hiến.

(iii) *Bước 3: Cần thiết*. Biện pháp áp dụng là cần thiết nhằm đạt được mục tiêu hướng đến; tồn tại hay không một biện pháp ít hạn chế hơn nhưng vẫn có khả năng đạt được mục tiêu. Sự cần thiết khi hạn chế quyền nhằm đạt được mục tiêu. Hay nói cách khác, không có một phương án khác hạn chế quyền thấp hơn mà vẫn đạt được mục tiêu.

(iv) *Bước 4: Cân bằng lợi ích*. Xem xét các lợi ích khác nhau: Tổng lợi ích thu được của việc hạn chế quyền lớn hơn tổng chi phí (thiệt hại do hạn chế quyền).

Phương pháp kiểm tra này chính là một công cụ lập luận dành cho tất cả cán bộ của các cơ quan xây dựng, thi hành pháp luật, cơ quan xét xử... Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội rất nên quy định về chủ thể sử dụng phương pháp này để bảo đảm tính hợp hiến của việc hạn chế quyền.

Kiểm tra chặt chẽ (strict scrutiny), kiểm tra trung bình (intermediate scrutiny) và kiểm tra tối thiểu (minimal scrutiny). Xem: Aharon Barak (2012), *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, Doron Kalir, Cambridge University Press, p.509.

²⁰ Phương pháp đưa ra một bài kiểm tra gồm 04 bước (hay còn gọi là giai đoạn, yếu tố) để đánh giá một sự hạn chế quyền có cân xứng/hợp hiến hay không. Bài kiểm tra 04 bước của học thuyết cân bằng - hợp lý được áp dụng thống nhất cho mọi quyền tương đối. Bốn bước của bài kiểm tra bao gồm: (1) *Mục đích chính đáng (proper purpose/legitimate aim)*; (2) *Phù hợp (suitability/appropriateness)*; (3) *Cần thiết (necessity)*; (4) *Cân bằng lợi ích (proportionality stricto sensu)*. Xem: Carlos Bernal Pulido (2013), "The Migration of Proportionality Across Europe", *New Zealand Journal of Public and International Law*, (11), p.483-491.

²¹ Xem: Bùi Tiến Đạt (2015), "*Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*", tltđd.

NHỮNG HẠN CHẾ CỦA LUẬT THANH TRA NĂM 2010 VÀ PHƯƠNG HƯỚNG HOÀN THIỆN

*Cao Vũ Minh**

Tóm tắt: Thanh tra nhà nước là hoạt động của cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét, đánh giá, xử lý theo trình tự, thủ tục do pháp luật quy định đối với việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, cá nhân. Bài viết phân tích một số bất cập, hạn chế trong các quy định về tổ chức và hoạt động thanh tra, đồng thời đề xuất phương hướng hoàn thiện.

Abstract: State inspection is activity conducted by competent authorities to consider, evaluate and handle, under regulated procedures, the implementation of policy, law, duty and right by state organs, organizations and individuals. This paper analyses some shortcomings and flaws of law on inspection activity and organization and makes proposals to improve relevant law.

1. Đặt vấn đề

Văn bản pháp luật đầu tiên điều chỉnh tổ chức và hoạt động thanh tra ở tầm một đạo luật là Luật Thanh tra năm 2004. Có thể nói, Luật Thanh tra năm 2004 đã trở thành cơ sở pháp lý quan trọng nhằm phát hiện vi phạm trong cơ chế quản lý, chính sách, pháp luật để kiến nghị với cơ quan nhà nước có thẩm quyền biện pháp khắc phục; phòng ngừa, phát hiện và xử lý hành vi vi phạm pháp luật. Sau đó, Quốc hội ban hành Luật Thanh tra năm 2010 thay thế Luật Thanh tra năm 2004. Bên cạnh những điểm tiến bộ, qua 5 năm triển khai thi hành, Luật Thanh tra năm 2010 đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập. Ngoài ra, trong mối tương quan với “luật gốc” - Hiến pháp năm 2013 - thì Luật Thanh tra năm 2010 là “luật phái sinh”. Do đó, về nguyên tắc, “luật phái sinh” phải phù hợp với “luật gốc”. Trong bối cảnh Hiến pháp năm 2013 đã có hiệu lực thi hành thì Luật Thanh tra năm 2010 cũng cần sửa đổi, bổ sung để phù hợp các

quy định trong Hiến pháp năm 2013 cũng như đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

2. Những hạn chế trong Luật Thanh tra năm 2010 cần được hoàn thiện

2.1. Về phạm vi điều chỉnh

Luật Thanh tra năm 2010 quy định hai tổ chức thanh tra là thanh tra nhà nước và thanh tra nhân dân. Thanh tra nhân dân được thành lập ở xã, phường, thị trấn, cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước.

Dưới góc độ thuật ngữ, “thanh tra” được hiểu là hoạt động “điều tra, xem xét để làm rõ sự việc”¹. Như vậy, thanh tra là trực tiếp xem xét làm rõ các tình tiết của vụ việc để đi đến kết luận đúng hay sai, đồng thời làm rõ tính chất, mức độ, nguyên nhân và hậu quả của vụ việc. Khái niệm “thanh tra nhân dân” tuy có cụm từ “thanh tra”, nhưng về bản chất lại không thực hiện hoạt động thanh tra mà là giám sát và thuộc loại

* TS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Nguyễn Như Ý (chủ biên), *Đại từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Văn hóa - Thông tin, 1998, tr. 1529.

hình “*giám sát, kiểm tra xã hội*”. Điều này thể hiện rất rõ thông qua các quy định về nhiệm vụ, quyền hạn của thanh tra nhân dân trong Luật Thanh tra năm 2010. Nếu như thanh tra nhà nước mang quyền lực nhà nước thì thanh tra nhân dân - một hình thức giám sát của nhân dân - lại không mang quyền lực nhà nước. Khi thực hiện hoạt động giám sát, thanh tra nhân dân chỉ có quyền kiến nghị chứ không có quyền xử lý vụ việc. Về tổ chức và hoạt động, thanh tra nhân dân không nằm trong bộ máy nhà nước và cũng không thực hiện chức năng quản lý nhà nước. Do hoạt động của thanh tra nhân dân mang tính chất xã hội nên hiệu quả hoạt động cũng hạn chế, nhất là thanh tra nhân dân ở các cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp, doanh nghiệp nhà nước. Hiện nay, nhắc đến hoạt động thanh tra, cá nhân tổ chức thường hình dung đó là hoạt động mang tính quyền lực nhà nước chứ không đơn thuần là giám sát, kiểm tra xã hội. Vì lẽ đó mà nhiều chuyên gia cho rằng thuật ngữ “*thanh tra*” và “*thanh tra nhà nước*” là đồng nhất², bởi thanh tra nhân dân không thực hiện hoạt động thanh tra mà thực hiện hoạt động giám sát³.

Khoản 2 Điều 8 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Các cơ quan nhà nước, cán bộ, công chức, viên chức phải tôn trọng Nhân dân, tận tụy phục vụ Nhân dân, liên hệ chặt chẽ với Nhân dân, lắng nghe ý kiến và chịu sự giám sát của Nhân dân*”. Như vậy, Hiến pháp năm 2013 chỉ quy định về quyền giám sát mà không quy định về quyền thanh tra của nhân dân. Do tính chất tổ chức cũng

như nguyên tắc hoạt động của thanh tra nhân dân hoàn toàn khác với thanh tra nhà nước nên quy định về thanh tra nhân dân thuộc phạm vi điều chỉnh của Luật Thanh tra năm 2010 là không hợp lý. Chính vì vậy, Luật Thanh tra năm 2010 điều chỉnh hoạt động giám sát, kiểm tra của nhân dân thông qua quy định địa vị pháp lý của Ban thanh tra nhân dân là có sự nhầm lẫn giữa chức năng thanh tra của cơ quan nhà nước và hoạt động giám sát của xã hội.

Theo tác giả, không nên tiếp tục đưa thanh tra nhân dân vào phạm vi điều chỉnh của Luật Thanh tra năm 2010. Thanh tra nhân dân là tổ chức của quần chúng, do đó, sẽ là hợp lý nếu thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật Công đoàn năm 2012, Luật Tiếp công dân năm 2013 và các luật khác có liên quan. Cụ thể, về vấn đề kiểm tra, giám sát của nhân dân đối với hoạt động của cơ quan nhà nước, đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước thì cần đưa vào các quy định tương ứng trong Luật Công đoàn năm 2012⁴. Về vấn đề kiểm tra, giám sát của nhân dân đối với hoạt động của các cơ quan nhà nước ở xã, phường, thị trấn thì có thể quy định tương ứng trong Luật Tiếp công dân năm 2013, Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn năm 2007... Bên cạnh đó, cần thay đổi tên gọi “*thanh tra nhân dân*” thành “*giám sát nhân dân*” hoặc “*kiểm tra nhân dân*” nhằm đảm bảo tính thống nhất trong tổ chức cũng như ý nghĩa của hoạt động thanh tra.

Với những phân tích vừa nêu, tổ chức và hoạt động của ban thanh tra nhân dân cần được điều chỉnh trong một văn bản pháp

² Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2013, tr. 625.

³ Trường đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức - Hội Luật gia Việt Nam, 2017, tr. 707.

⁴ Điều 14 Luật Công đoàn năm 2012 quy định quyền và trách nhiệm của công đoàn: “*tham gia kiểm tra, giám sát hoạt động của cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp*”.

luật khác mà không phải trong Luật Thanh tra. Vì vậy, Luật Thanh tra năm 2010 cần sửa đổi trên cơ sở giới hạn phạm vi điều chỉnh. Theo đó, Điều 1 Luật Thanh tra cần quy định rõ ràng và nhất quán: *“Luật này quy định về chức năng, nhiệm vụ, tổ chức, hoạt động của thanh tra nhà nước; quyền hạn và trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan đối với hoạt động thanh tra”*.

2.2. Về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Tổng Thanh tra Chính phủ

Theo Luật Thanh tra năm 2010 thì Thanh tra Chính phủ là cơ quan của Chính phủ, thực hiện hoạt động thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng theo quy định của pháp luật. Thanh tra Chính phủ có Tổng Thanh tra Chính phủ, các Phó Tổng Thanh tra Chính phủ và Thanh tra viên.

So với Luật Thanh tra năm 2004 thì Luật Thanh tra năm 2010 đã tăng nhiều quyền hạn cho Thanh tra Chính phủ và Tổng Thanh tra Chính phủ. Điều này thể hiện qua quy định *“quản lý nhà nước về công tác thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng trong phạm vi cả nước; thực hiện hoạt động thanh tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng theo quy định của pháp luật”* (khoản 1 Điều 14). Thanh tra Chính phủ có quyền *“giải quyết khiếu nại, tố cáo”*, vì vậy, việc giải quyết khiếu nại trước tiên và chủ yếu phải thuộc về Tổng Thanh tra Chính phủ⁵ vì đây là người đứng đầu Thanh tra Chính phủ. Tuy nhiên, quy định về quyền giải quyết khiếu nại của Tổng Thanh tra Chính phủ trong Luật Thanh tra

năm 2010 đã bị “khước từ” bởi Luật Khiếu nại năm 2011.

Cụ thể, theo Luật Khiếu nại năm 2011 thì Tổng Thanh tra Chính phủ không có thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Quy định này không chỉ mâu thuẫn với Luật Thanh tra năm 2010 mà còn mâu thuẫn với chính Điều 7 và Điều 23 Luật Khiếu nại năm 2011. Theo Nghị định số 83/2012/NĐ-CP ngày 09/10/2012 của Chính phủ thì Thanh tra Chính phủ là một cơ quan ngang bộ và Tổng Thanh tra Chính phủ là Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Về nguyên tắc, Tổng Thanh tra Chính phủ sẽ có thẩm quyền giải quyết khiếu nại được quy định tại Điều 23 Luật Khiếu nại năm 2011.

Có tác giả cho rằng, Điều 23 Luật Khiếu nại năm 2011 chỉ quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Bộ trưởng mà không quy định cho *“Thủ trưởng cơ quan ngang bộ”*. Do đó, các tác giả đề xuất cần bổ sung Điều 23 Luật Khiếu nại năm 2011 theo hướng *“thẩm quyền của Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ”*⁶. Trái ngược với ý kiến này, chúng tôi cho rằng, Luật Khiếu nại năm 2011 đã quy định rất rõ ràng về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Thủ trưởng cơ quan ngang bộ. Cụ thể, khoản 2 Điều 7 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định: *“Đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ (sau đây gọi chung là Bộ trưởng) thì người khiếu*

⁵ Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2013, tr. 646.

⁶ Lê Việt Sơn - Võ Tấn Đào, *Bắt cập trong các quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của Chủ tịch Ủy ban nhân dân các cấp, Giám đốc sở và các cấp tương đương, Bộ trưởng theo Luật Khiếu nại năm 2011*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật số 2, năm 2017.

nại khiếu nại đến **Bộ trưởng** hoặc khởi kiện vụ án hành chính tại Tòa án theo quy định của Luật Tố tụng hành chính”. Khoản 2 Điều 7 Luật Khiếu nại năm 2011 đã đưa ra quy ước: “*Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ*” được gọi chung là “*Bộ trưởng*”. Do đó, thẩm quyền giải quyết khiếu nại được quy định tại Điều 23 Luật Khiếu nại năm 2011 đã bao gồm cả thẩm quyền của Tổng Thanh tra Chính phủ (Thủ trưởng cơ quan ngang bộ). Tuy Điều 23 quy định như vậy, nhưng Điều 24 Luật Khiếu nại năm 2011 đã không quy định thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Tổng Thanh tra Chính phủ. So với Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998 (sửa đổi, bổ sung năm 2004, 2005) thì đây lại là một sự thụt lùi⁷ bởi trong thực tiễn, lực lượng Thanh tra nói chung và Tổng thanh tra Chính phủ nói riêng vẫn là những chủ thể rất quan trọng trong hoạt động thẩm tra, xác minh, tham gia giải quyết khiếu nại⁸.

Luật Khiếu nại năm 2011 không quy định thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Tổng thanh tra Chính phủ, từ đó tạo ra sự mâu thuẫn so với Luật Thanh tra năm 2010. Trên thực tế, do quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 nên Thanh tra Chính phủ nói chung và Tổng Thanh tra Chính phủ nói riêng không có quyền giải quyết khiếu nại. Điều này cũng ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả hoạt động của Thanh tra Chính phủ.

⁷ Điều 26 Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998 (sửa đổi, bổ sung năm 2004, 2005) quy định thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Tổng thanh tra nhà nước.

⁸ Thanh tra Chính phủ, Báo cáo công tác tiếp dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo giai đoạn 2012 - 2015 và nhiệm vụ, giải pháp trong thời gian tới tại Hội nghị trực tuyến toàn quốc về công tác tiếp công dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo ngày 7/10/2016 (theo Công điện số 771/CĐ-VPCTP ngày 4/10/2016 của Văn phòng Chính phủ).

Một điều cần nói thêm là Điều 24 Luật Khiếu nại năm 2011 chỉ quy định thẩm quyền của Tổng thanh tra Chính phủ “*kiểm tra, đôn đốc, kiến nghị*” người có thẩm quyền xem xét giải quyết khiếu nại chứ không có quyền trực tiếp giải quyết khiếu nại. Như vậy, đây không phải là thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Tổng thanh tra Chính phủ. Do đó, đặt Điều 24 trong Mục 1 Chương III Luật Khiếu nại năm 2011 về “*Thẩm quyền giải quyết khiếu nại*” là hoàn toàn không phù hợp với nguyên tắc kỹ thuật lập pháp. Theo tác giả, nhằm đáp ứng kỹ thuật lập pháp cũng như thực tiễn giải quyết khiếu nại, đồng thời đảm bảo sự thống nhất giữa Luật Thanh tra năm 2010 với Luật Khiếu nại năm 2011 thì phải tiến hành sửa đổi đồng bộ hai đạo luật này theo hướng quy định thẩm quyền giải quyết khiếu nại của Tổng thanh tra Chính phủ.

2.3. Về thẩm quyền “*đình chỉ việc thi hành các quy định của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với quy định của cơ quan nhà nước cấp trên, của Tổng Thanh tra Chính phủ về công tác thanh tra*” của Tổng thanh tra Chính phủ

Trong các cơ quan hành chính ở địa phương thì Ủy ban nhân dân cấp tỉnh là cơ quan có thẩm quyền quản lý cao nhất. Để thực hiện chức năng quản lý, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trong phạm vi thẩm quyền của mình được quyền ban hành văn bản pháp luật là quyết định và chỉ thị. Với vai trò là người lãnh đạo công tác của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cũng có quyền ban hành văn bản để điều chỉnh các quan hệ xã hội ở địa phương. Một câu hỏi đặt ra là nếu văn bản của Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với văn bản của Tổng Thanh tra

Chính phủ về công tác thanh tra thì sẽ bị xử lý như thế nào? Theo điểm đ khoản 2 Điều 16 Luật Thanh tra năm 2010 thì *“Tổng Thanh tra Chính phủ có quyền **đình chỉ** việc thi hành các **quy định** của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với quy định của cơ quan nhà nước cấp trên, của Tổng Thanh tra Chính phủ về công tác thanh tra”*. Tuy nhiên, theo Điều 36 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 thì Tổng Thanh tra Chính phủ không có quyền đình chỉ việc thi hành mà chỉ có quyền *“đề nghị Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ những **văn bản** pháp luật của Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với các văn bản về ngành, lĩnh vực được phân công. Nếu Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh không chấp hành thì báo cáo Thủ tướng Chính phủ quyết định”*.

Về kỹ thuật lập pháp, Điều 28 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 quy định Thủ tướng Chính phủ đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ **văn bản** của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Điều 36 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 không quy định mới mà chỉ làm rõ thêm đây là **“văn bản pháp luật”**. Tuy nhiên, theo điểm đ khoản 2 Điều 16 Luật Thanh tra năm 2010 thì Tổng Thanh tra Chính phủ có quyền đình chỉ việc thi hành những **quy định** của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, đồng thời đề nghị Thủ tướng Chính phủ bãi bỏ. Như vậy, thuật ngữ *“quy định”* tại điểm đ khoản 2 Điều 16 Luật Thanh tra năm 2010 có phải “ngụ ý” nhắc đến *“văn bản”* được nêu ở Điều 28, Điều 36 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 hay không? Nếu đúng là như vậy thì chỉ nên sử dụng thống nhất một thuật ngữ pháp lý.

Như đã trình bày, theo Điều 28 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 thì Thủ tướng Chính phủ chỉ bãi bỏ **văn bản** của Ủy ban nhân dân và Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh chứ không bãi bỏ các hình thức khác. Do đó, theo tác giả, thuật ngữ *“quy định”* tại điểm đ khoản 2 Điều 16 Luật Thanh tra năm 2010 cần được đổi thành *“văn bản”*. Bên cạnh đó, sửa đổi điểm đ khoản 2 Điều 16 Luật Thanh tra năm 2010 theo hướng bãi bỏ thẩm quyền của Tổng Thanh tra Chính phủ trong việc *“**đình chỉ** việc thi hành các **quy định** của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với quy định của cơ quan nhà nước cấp trên, của Tổng Thanh tra Chính phủ về công tác thanh tra”*. Nhằm đảm bảo sự thống nhất giữa Luật Thanh tra năm 2010 và Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, điểm đ khoản 2 Điều 16 Luật Thanh tra năm 2010 nên sửa lại thành: *“Tổng Thanh tra Chính phủ đề nghị Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đình chỉ việc thi hành hoặc bãi bỏ những **văn bản** của Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trái với văn bản của cơ quan nhà nước cấp trên, của Tổng Thanh tra Chính phủ về công tác thanh tra. Nếu Ủy ban nhân dân, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh không chấp hành thì báo cáo Thủ tướng Chính phủ quyết định”*.

2.4. Về tổ chức và hoạt động của thanh tra

Hiện nay, ở nước ta, điều chỉnh tổ chức và hoạt động của thanh tra thì ngoài Luật Thanh tra năm 2010 còn có các văn bản pháp luật chuyên ngành khác. Trong mối tương quan này, Luật Thanh tra năm 2010 là văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất điều chỉnh về tổ chức và hoạt động thanh tra.

Do đó, về nguyên tắc, các văn bản pháp luật chuyên ngành khác không được trái với Luật Thanh tra năm 2010. Tuy nhiên, vẫn tồn tại rất nhiều các văn bản pháp luật quy định về tổ chức và hoạt động của thanh tra mâu thuẫn với Luật Thanh tra năm 2010.

*** Về tổ chức**

Điều 113 Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) quy định:

“Tổ chức, hoạt động của Thanh tra giáo dục

1. Các cơ quan thanh tra giáo dục gồm:

- a) Thanh tra Bộ Giáo dục và Đào tạo;*
- b) Thanh tra sở giáo dục và đào tạo.*

2. Hoạt động thanh tra giáo dục được thực hiện theo quy định của Luật thanh tra.

Hoạt động thanh tra giáo dục ở cấp huyện do Trưởng phòng giáo dục và đào tạo trực tiếp phụ trách theo sự chỉ đạo nghiệp vụ của thanh tra sở giáo dục và đào tạo”.

Khoản 2 Điều 113 Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) quy định: *“Hoạt động thanh tra giáo dục được thực hiện theo quy định của Luật thanh tra”.* Theo *“quy định của Luật thanh tra”* ở đây, trước hết là phải theo Luật Thanh tra năm 2010 vì đây là đạo luật có giá trị pháp lý cao nhất điều chỉnh hoạt động thanh tra. Tuy nhiên, Luật Thanh tra năm 2010 không quy định cho cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp huyện thực hiện quyền thanh tra. Thậm chí, Nghị định số 07/2012/NĐ-CP của Chính phủ ngày 09/2/2012 về cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành và hoạt động thanh tra chuyên ngành cũng quy định rõ Phòng Giáo dục và đào tạo không có chức năng thanh tra. Nghị định số 42/2013/NĐ-CP ngày 09/5/2013 của Chính phủ về tổ chức và hoạt

động thanh tra giáo dục và Thông tư số 39/2013/TT-BGDĐT ngày 04/12/2013 của Bộ Giáo dục và Đào tạo hướng dẫn về thanh tra chuyên ngành trong lĩnh vực giáo dục cũng quy định rất rõ Phòng Giáo dục và đào tạo không thực hiện chức năng thanh tra. Vì lẽ đó mà Trưởng phòng Giáo dục và đào tạo sẽ không có chức năng tiến hành hoạt động thanh tra. Như vậy, Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) trao cho Trưởng phòng Giáo dục và Đào tạo quyền tiến hành hoạt động thanh tra giáo dục là một quy định không phù hợp với Luật Thanh tra năm 2010. Do đó, cần bãi bỏ quy định *“hoạt động thanh tra giáo dục ở cấp huyện do Trưởng phòng giáo dục và đào tạo trực tiếp phụ trách theo sự chỉ đạo nghiệp vụ của thanh tra sở giáo dục và đào tạo”* được nêu tại Điều 113 Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

Theo Luật Thanh tra năm 2010 thì cơ quan thực hiện chức năng thanh tra gồm có *cơ quan thanh tra nhà nước và cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành*. Khoản 3 Điều 6 Luật Thanh tra năm 2010 giải thích cụ thể cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành là cơ quan thực hiện nhiệm vụ quản lý nhà nước theo ngành, lĩnh vực, bao gồm *tổng cục, cục thuộc bộ, chi cục thuộc sở* được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành và hoạt động thanh tra chuyên ngành. Tuy Nghị định số 07/2012/NĐ-CP đã quy định rất cụ thể các cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành ở các bộ, ngành, nhưng nhiều nghị định liên quan đến tổ

chức và hoạt động của thanh tra bộ, ngành được ban hành sau đó lại “bổ sung” thêm các cơ quan khác thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành. Đơn cử, theo Nghị định số 07/2012/NĐ-CP, cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành thuộc Bộ Giao thông vận tải chỉ bao gồm: Tổng cục Đường bộ Việt Nam, Cục Đường sắt Việt Nam, Cục Đường thủy nội địa Việt Nam, Cục Hàng hải Việt Nam, Cục Hàng không Việt Nam. Thế nhưng, Nghị định số 57/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 31/05/2013 về tổ chức và hoạt động thanh tra ngành giao thông vận tải còn “cho phép” *Chi cục Đường thủy nội địa* (thuộc Cục Đường thủy nội địa Việt Nam), *Cảng vụ Đường thủy nội địa* (thuộc Cục Đường thủy nội địa Việt Nam), *Cơ quan quản lý đường bộ ở khu vực* (thuộc Tổng cục Đường bộ Việt Nam) thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành⁹. Tương tự, Nghị định số 140/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/10/2013 về tổ chức và hoạt động thanh tra thông tin và truyền thông quy định *Trung tâm Tần số vô tuyến điện khu vực* thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành¹⁰. Trong khi đó, Nghị định số 07/2012/NĐ-CP hoàn toàn không quy định *Trung tâm Tần số vô tuyến điện khu vực* có quyền thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành. Điều đáng nói là các cơ quan thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành như *Chi cục Đường thủy nội địa, Cảng vụ Đường thủy nội địa, Cơ quan quản lý đường bộ ở khu vực, Trung tâm Tần số vô tuyến*

điện khu vực lại không phải là *tổng cục, cục thuộc bộ, chi cục thuộc sở* theo quy định tại khoản 6 Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010. Liệu có thể xem đây là trường hợp các nghị định quy định về tổ chức, hoạt động thanh tra trái với Luật Thanh tra năm 2010? Tuy các nghị định này có giá trị pháp lý thấp hơn Luật Thanh tra năm 2010 nhưng hiện nay vẫn đang có giá trị thi hành, và các cơ quan kể trên vẫn đang thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành bất kể sự “hiện diện” của Luật Thanh tra năm 2010 và Nghị định số 07/2012/NĐ-CP.

* Về hoạt động

Điều 72 Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014 quy định về Thanh tra giáo dục nghề nghiệp.

Theo khoản 2 Điều 72 Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014 thì thanh tra giáo dục nghề nghiệp chỉ được tiến hành với một loại hình duy nhất là hoạt động thanh tra chuyên ngành. Nếu vậy thì khoản 2 Điều 72 Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014 đã “bỏ quên” một loại hình thanh tra rất quan trọng là thanh tra hành chính được quy định tại khoản 2 Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010.

Luật Thanh tra năm 2010 đã xác định hoạt động thanh tra bao gồm hai loại hoạt động thanh tra là thanh tra hành chính và thanh tra chuyên ngành. Thanh tra hành chính là “*hoạt động thanh tra của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với cơ quan, tổ chức, cá nhân trực thuộc trong việc thực hiện chính sách, pháp luật, nhiệm vụ, quyền hạn được giao*”¹¹, hoạt động thanh tra chuyên ngành là “*hoạt động thanh tra của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo ngành, lĩnh vực đối với cơ quan, tổ chức, cá*

⁹ Điều 4 Nghị định số 57/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 31/05/2013 về tổ chức và hoạt động thanh tra ngành giao thông, vận tải.

¹⁰ Điều 4 Nghị định số 140/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/10/2013 về tổ chức và hoạt động thanh tra thông tin và truyền thông.

¹¹ Khoản 2 Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010.

nhân trong việc chấp hành pháp luật chuyên ngành, quy định về chuyên môn - kỹ thuật, quy tắc quản lý thuộc ngành, lĩnh vực đó”¹². Luật Thanh tra năm 2010 quy định các chủ thể có quyền tiến hành hoạt động thanh tra giáo dục nghề nghiệp với cả hai loại hình hoạt động thanh tra là thanh tra hành chính và thanh tra chuyên ngành. Vì vậy, Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014 chỉ quy định một loại hình thanh tra chuyên ngành là không phù hợp và mâu thuẫn với Luật Thanh tra năm 2010.

Bên cạnh đó, quy định tại khoản 2 Điều 72 Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014 cũng không nhất quán trong chính các quy định nội tại về nhiệm vụ, quyền hạn thanh tra. Cụ thể, theo điểm a khoản 2 Điều 72 Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014, thanh tra chuyên ngành có nhiệm vụ “*thanh tra việc thực hiện pháp luật, chính sách về giáo dục nghề nghiệp*”. Trong khi đó, nhiệm vụ này về bản chất là nội dung của hoạt động thanh tra hành chính theo quy định tại khoản 2 Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010. Như vậy, Luật Thanh tra năm 2010 cho phép tiến hành hai hoạt động thanh tra là thanh tra chuyên ngành và thanh tra hành chính, nhưng Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014 đã loại bỏ thanh tra hành chính và chỉ chấp nhận thanh tra chuyên ngành, đồng thời giao nhiệm vụ, quyền hạn của thanh tra hành chính sang cho thanh tra chuyên ngành đảm nhiệm.

Không chỉ Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014 mà nhiều đạo luật khác như Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016¹³, Luật Bảo

hiểm xã hội năm 2014¹⁴, Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009)¹⁵ cũng chỉ quy định một hình thức thanh tra chuyên ngành mà không có thanh tra hành chính. Thậm chí các đạo luật này cũng quy định thanh tra chuyên ngành có nhiệm vụ “*thanh tra việc thực hiện chính sách, pháp luật*”, nhưng trên thực tế, các chủ thể có thẩm quyền vẫn đồng thời tiến hành cả hoạt động thanh tra chuyên ngành lẫn thanh tra hành chính. Đơn cử, từ ngày 01/7/2011 đến 30/6/2017, Bộ Giáo dục và Đào tạo đã tiến hành 86 cuộc thanh tra chuyên ngành và tiến hành 32 cuộc thanh tra hành chính (26 cuộc thanh tra theo kế hoạch, 6 cuộc thanh tra đột xuất)¹⁶.

Trong hệ thống văn bản pháp luật thanh tra, Luật Thanh tra năm 2010 được xác định là luật chung còn các đạo luật khác là luật chuyên ngành. Phải nhận thức được rằng, Luật Thanh tra năm 2010 là đạo luật hoàn thiện nhất điều chỉnh về tổ chức và hoạt

(Xem tiếp trang 36)

- Thanh tra những vụ việc có dấu hiệu vi phạm pháp luật về tín ngưỡng, tôn giáo”.

¹⁴ Khoản 1 Điều 13 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 quy định: “*Thanh tra lao động - thương binh và xã hội thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành về việc thực hiện chính sách, pháp luật về bảo hiểm xã hội theo quy định của pháp luật về thanh tra*”.

¹⁵ Khoản 2 Điều 113 Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) quy định: “*Thanh tra chuyên ngành về giáo dục có những nhiệm vụ sau đây:*

- *Thanh tra việc thực hiện chính sách và pháp luật về giáo dục;*

- Thanh tra việc thực hiện mục tiêu, kế hoạch, chương trình, nội dung, phương pháp giáo dục; quy chế chuyên môn, quy chế thi cử, cấp văn bằng, chứng chỉ; việc thực hiện các quy định về điều kiện cần thiết bảo đảm chất lượng giáo dục ở cơ sở giáo dục”.

¹⁶ Thanh tra Bộ Giáo dục và Đào tạo, Báo cáo tổng kết 06 năm thi hành Luật Thanh tra, Tài liệu Hội nghị tổng kết 06 năm thi hành Luật Thanh tra ngày 11/08/2017 tại Thanh Hóa.

¹² Khoản 3 Điều 3 Luật Thanh tra năm 2010.

¹³ Khoản 2 Điều 62 Luật Tín ngưỡng, tôn giáo năm 2016 quy định: “*Thanh tra chuyên ngành về tín ngưỡng, tôn giáo thực hiện các nhiệm vụ sau đây:*

- *Thanh tra việc thực hiện chính sách, pháp luật về tín ngưỡng, tôn giáo của Ủy ban nhân dân các cấp;*

MỘT SỐ NGUYÊN TẮC ĐÁNH GIÁ CHỨNG CỨ TRONG TỔ TỤNG TRANH TỤNG VÀ KIẾN NGHỊ CHO VIỆT NAM

Võ Minh Kỳ*

Tóm tắt: Bài viết giới thiệu sơ lược về hệ thống tố tụng tranh tụng, vai trò của các nguyên tắc đánh giá chứng cứ và nội dung của năm nguyên tắc đánh giá chứng cứ cơ bản gồm: Nguyên tắc nhân thân, nguyên tắc về sự phù hợp, nguyên tắc về lời nhận tội, nguyên tắc về tin đồn và nguyên tắc “quả trên cây độc”. Sau đó, trên cơ sở so sánh các quy định về phiên tòa tranh tụng và chứng cứ ở Việt Nam, bài viết phân tích sự cần thiết của việc áp dụng các nguyên tắc đánh giá chứng cứ và trình bày một số kiến nghị nhằm hoàn thiện phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam.

Abstract: This paper briefly introduces the system of an adversarial trial, the roles of evidence evaluation rules and the contents of these rules, including: character rule, corroboration rule, confession rule, hearsay rule, and “fruit of the poisonous tree” rule. After that, basing on the comparison with Vietnamese law on an adversarial trial and evidence, the paper analyses the necessity of application of these rules and proposes some recommendations to improve Vietnamese adversarial trial.

1. Tổ tụng tranh tụng và vai trò của các nguyên tắc đánh giá chứng cứ

Tổ tụng tranh tụng (adversarial trial) cùng với tổ tụng thẩm vấn (inquisitorial trial) là hai hệ thống tố tụng hình sự cơ bản trên thế giới. Cần lưu ý rằng, hiện nay, hầu như không có một quốc gia nào theo một mô hình tố tụng thuần tranh tụng hoặc thuần thẩm vấn, mà đều có sự pha trộn giữa hai mô hình này với sự chiếm ưu thế của một mô hình nhất định¹. Về cơ bản, các nước theo hệ thống thông luật (common law) thường áp dụng nhiều đặc điểm của tố tụng tranh tụng, trong khi tố tụng thẩm vấn

thường chiếm ưu thế ở các nước theo hệ thống dân luật (civil law)².

Một cách khái quát, tố tụng tranh tụng được hiểu là “một cuộc đấu” tại phiên tòa giữa hai bên (bộ phận tố tụng và phòng thủ) và mỗi bên đều có quyền, cơ hội ngang nhau trong việc trình bày ý kiến, đưa ra chứng cứ cho Tòa án xem xét³. Theo đó, yếu tố quan trọng nhất của tố tụng tranh tụng là sự ngang bằng về địa vị pháp lý giữa bên công tố và bên bào chữa trong việc tìm kiếm, trình bày chứng cứ cho luận điểm của mình.

Trong mô hình này, nhiệm vụ thu thập, trình bày chứng cứ tại phiên tòa hoàn toàn thuộc về phía công tố (công tố viên) và phía

* Viện kiểm sát nhân dân quận Ninh Kiều, Tp. Cần Thơ.

¹ Perter J. van Koppen & Steven D. Penrod, *Adversarial versus Inquisitorial Justice: Psychological Perspectives on Criminal Justice System*, Kluwer Academic/Plenum Publisher, New York, 2003, p.4.

² LawTeacher, *Inquisitorial And Adversarial System Of Law*, <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/inquisitorial-and-adversarial-system-of-law-constitutional-law-essay.php>, truy cập ngày 27/9/2017.

³ Black's Law Dictionary, What is Adversarial Trial, <http://thelawdictionary.org/adversary-trial/>, truy cập ngày 27/9/2017.

bào chữa (luật sư bào chữa). Thẩm phán và bồi thẩm đoàn chỉ đóng vai trò bị động, là một trọng tài để nghe, xem xét chứng cứ giữa các bên và đưa ra phán quyết, chứ không tham gia vào quá trình tìm kiếm chứng cứ để chứng minh sự thật. Đây là một đặc điểm quan trọng để phân biệt tố tụng tranh tụng với tố tụng thẩm vấn, nơi mà thẩm phán có vai trò tích cực trong việc thu thập chứng cứ và chứng minh sự thật của vụ án.

Có thể thấy rằng, công lý là mục tiêu hướng đến của mọi hệ thống tố tụng hình sự trên thế giới, bao gồm tố tụng tranh tụng và tố tụng thẩm vấn. Tuy nhiên, khái niệm công lý trong mỗi hệ thống lại có sự khác biệt nhất định. Trong hệ thống tố tụng thẩm vấn, công lý được thực thi khi sự thật vụ án được sáng tỏ, và kẻ phạm tội bị trừng phạt, cũng như người vô tội được tự do. Ngược lại, trong quan điểm của tố tụng tranh tụng, công lý chỉ đạt được khi hai bên (buộc tội và gỡ tội) được trao quyền, nghĩa vụ ngang nhau để chứng minh lý lẽ của mình⁴. Việc tìm ra sự thật của vụ án không phải là mục tiêu cuối cùng của tố tụng tranh tụng, mà đó chỉ là một sản phẩm phụ (byproduct), sẽ đương nhiên xuất hiện khi hai bên buộc tội và gỡ tội thực hiện quyền của mình trong phiên tòa⁵. Đó là nền tảng giải thích cho sự tham gia tích cực hay bị động của thẩm phán trong việc tìm kiếm chứng cứ, sự thật của vụ án.

Một đặc điểm quan trọng của hệ thống tố tụng tranh tụng là sự tham gia của các thẩm phán không chuyên trong xét xử, hay

còn gọi là bồi thẩm đoàn, cùng với thẩm phán chuyên nghiệp. Thông thường, bồi thẩm đoàn sẽ xử lý các vấn đề liên quan đến nội dung sự thật vụ án (matter of fact), còn thẩm phán chuyên nghiệp sẽ giải quyết các nội dung liên quan đến luật (issue of law). Cụ thể hơn, bồi thẩm đoàn sẽ dựa trên các chứng cứ được chấp thuận tại tòa để xem xét về việc bị cáo có tội hay không, còn thẩm phán sẽ dựa trên các quy định của pháp luật để quyết định chứng cứ nào được chấp thuận để trình bày trước bồi thẩm đoàn và nếu bị cáo có tội thì thẩm phán sẽ quyết định tên tội danh, hình phạt cho bị cáo. Cần lưu ý là, sự phân công này có thể khác biệt tùy theo mô hình tố tụng của từng nước⁶.

Do quan niệm về công lý và quy trình vận hành của tố tụng tranh tụng, hai hệ quả tiêu cực có thể xảy ra trong tố tụng tranh tụng là: *Combat effect* (tạm dịch: Hiệu quả của giao đấu) và *wealth effect* (tạm dịch: Hiệu quả của tài lực). Thứ nhất, *combat effect* muốn nói đến khả năng xác định sai sự thật của vụ án. Có thể thấy, hệ thống tranh tụng dẫn đến các bên tham gia tố tụng (buộc tội và gỡ tội) thực hiện quyền tranh tụng của mình không nhằm mục đích tìm kiếm sự thật, mà nhằm mục đích chiến thắng bên đối lập. Từ đó, các bên sẽ dùng mọi biện pháp để chứng minh hoặc loại trừ sự thật theo cách có lợi nhất cho luận điểm của mình. Điều này dễ dẫn đến hiện tượng loại trừ chứng cứ có giá trị và chấp nhận những chứng cứ giả mạo. Thứ hai, *wealth effect* muốn nhấn mạnh đến sự lợi thế của những bị cáo có tiềm lực tài chính hùng mạnh, giúp họ thuê những luật sư giỏi và

⁴ Hans F.M. Crombag, *Adversarial or Inquisitorial: Do we have a choice?*, in Perter J. van Koppen & Steven D. Penrod, *Adversarial versus Inquisitorial Justice*, p.23-24.

⁵ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2003, p.333.

⁶ Valerie P. Hans & Neil Vidma, *Judging the Jury*, Perseus Books, Massachusetts, 1986, p.31-44.

những điều tra viên tư nhân để thu thập các chứng cứ có lợi nhất⁷.

Cả hai hệ quả trên đều dẫn đến một kết quả chung là các biện pháp thu thập chứng cứ không phù hợp, khiến chứng cứ giả mạo, không đáng tin có thể được đưa ra tại phiên tòa làm sự thật của vụ án bị sai lệch. Khả năng này đặc biệt lớn khi các chứng cứ đó được đưa đến một bồi thẩm đoàn thiếu kinh nghiệm xét xử và kiến thức pháp lý để xem xét, quyết định. Chính vì vậy, các nguyên tắc về chứng cứ (rules of evidence) hay còn gọi là các nguyên tắc loại trừ (exclusionary rules) được xây dựng nhằm đảm bảo các chứng cứ khi được đưa đến bồi thẩm đoàn đều đáng tin cậy và được thu thập theo đúng trình tự công bằng. Thẩm phán là người quyết định chứng cứ nào được phép trình bày trước bồi thẩm đoàn trong phiên tòa dựa trên các nguyên tắc đó⁸. Các bồi thẩm viên sẽ cân nhắc sự quan trọng, chất lượng chứng minh của các chứng cứ đã được thẩm phán chấp thuận để quyết định hành vi của bị cáo có phạm tội hay không.

Do đó, các nguyên tắc loại trừ chứng cứ được xem như là một trụ cột nền tảng của tố tụng tranh tụng để chống lại sự nguy tạo, giả mạo chứng cứ hoặc đưa ra những chứng cứ không đáng tin cậy đến bồi thẩm đoàn. Từ đó, thiết lập nên những quy chuẩn chung trong việc thu thập chứng cứ cho cả hai bên, tạo nên một môi trường công bằng cho sự tranh tụng của bên buộc tội và gỡ tội.

⁷ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p.1-2.

⁸ Peter J. van Koppen & Steven D. Penrod, *Adversarial versus Inquisitorial Justice*, p.2-3; và Lại Thị Thu Hà, *Các đặc điểm cơ bản của Hệ thống Tố tụng hình sự tranh tụng và Hệ thống Tố tụng hình sự thẩm vấn*, Trang tin điện tử Viện kiểm sát nhân dân tối cao, ngày 02/4/2009, <http://www.vksndtc.gov.vn/khac-134>, truy cập ngày 28/9/2010.

2. Nội dung của một số nguyên tắc đánh giá chứng cứ cơ bản trong tố tụng tranh tụng

Trong tố tụng tranh tụng có năm nguyên tắc đánh giá chứng cứ cơ bản nhất bao gồm: Nguyên tắc về nhân thân (character rule), nguyên tắc về sự phù hợp (corroboration rule), nguyên tắc về lời nhận tội (confession rule), nguyên tắc về tin đồn (hearsay rule) và nguyên tắc “quả trên cây độc” (“fruits of the poisonous tree” rule). Trong số đó, bốn nguyên tắc đầu được hình thành từ những giai đoạn đầu tiên của tố tụng tranh tụng từ thế kỷ thứ XVIII và được áp dụng tại hầu hết các nước theo hệ thống tố tụng tranh tụng⁹. Nguyên tắc thứ năm được thiết lập tại Hoa Kỳ vào đầu thế kỷ XX¹⁰, và đang dần được áp dụng chính thức hoặc không chính thức tại nhiều hệ thống tư pháp trên thế giới.

Nguyên tắc thứ nhất, nguyên tắc nhân thân (character rule) là nguyên tắc ngăn chặn phía công tố đưa ra các chứng cứ về tình trạng nhân thân, tính cách xấu của bị cáo, đặc biệt là chứng cứ về các tiền án, và cho rằng hành vi phạm tội của bị cáo là phù hợp với các đặc điểm nhân thân đó¹¹. Nguyên tắc này được thiết lập để tránh việc các thẩm phán không chuyên (bồi thẩm viên) có thiên kiến về quá khứ nhân thân và tính cách của bị cáo, từ đó đưa ra các quyết định bất lợi cho hành vi hiện tại của bị cáo¹².

⁹ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p.178-179.

¹⁰ *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920); và *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

¹¹ Article IV, Rule 404, 2015 Federal Rules of Evidence of The United State, tham khảo tại <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>, truy cập ngày 28/9/2017.

¹² John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p.191.

Nguyên tắc này có một số ngoại lệ, đó là trường hợp bị cáo dùng nhân thân quá khứ hoặc tính cách của cá nhân mình để làm luận cứ bào chữa cho hành vi hiện tại. Khi đó, phía công tố có quyền phản bác và khai thác khía cạnh nhân thân, tính cách của bị cáo để làm luận cứ cho sự phản bác của mình¹³. Như vậy, nguyên tắc nhân thân là một nguyên tắc loại trừ chứng cứ, nhưng cũng đồng thời là một sự lựa chọn khi bào chữa. Nếu bên bào chữa không đề cập các vấn đề về nhân thân và tính cách, thì các chứng cứ về vấn đề này không bao giờ được chấp nhận tại tòa như là chứng cứ của vụ án.

Nguyên tắc thứ hai, nguyên tắc về sự phù hợp (corroboration rule) áp dụng trong trường hợp đồng phạm. Theo đó, lời khai của một người về đồng phạm không được xem là chứng cứ nếu không có các chứng cứ vật lý khác phù hợp với lời khai đó. Cơ sở của nguyên tắc này là việc một bị cáo vì mong muốn nhận được sự khoan hồng từ pháp luật có thể tố cáo một người khác là đồng phạm cùng thực hiện tội phạm với mình¹⁴.

Nguyên tắc thứ ba, nguyên tắc về lời nhận tội (confession rule) trong đó loại trừ lời nhận tội của nghi phạm được thực hiện ngoài phiên tòa, trừ khi lời nhận tội đó được chứng minh là tự nguyện. Nguyên tắc này có nguồn gốc từ quyền không tự buộc tội hay còn gọi là quyền im lặng. Bắt nguồn từ lo ngại việc sử dụng các biện pháp không thích hợp (như nhục hình, đe dọa) của các cơ quan tố tụng tư pháp. Các biện pháp bức

cung, một mặt có khả năng dẫn đến các lời khai không có giá trị chứng minh sự thật vụ án do nghi phạm đưa ra nhằm thoát khỏi đau đớn thể xác hoặc tinh thần, mặt khác xâm phạm đến quyền tự do cá nhân của nghi phạm trước sự tự buộc tội¹⁵. Tại Hoa Kỳ, nguyên tắc này được thực hiện thông qua thủ tục Due Process Voluntariness Test (tạm dịch: Trình tự kiểm tra tính tự nguyện công bằng) hay còn được gọi là Test of Totality of the Circumstances (tạm dịch: Kiểm tra tổng thể hoàn cảnh). Tại thủ tục này, hoàn cảnh khách quan của cuộc thẩm vấn và tính cách cá nhân của người bị thẩm vấn đều được thẩm phán xem xét để chứng minh tính tự nguyện của lời nhận tội¹⁶.

Nguyên tắc thứ tư, nguyên tắc về tin đồn (hearsay rule) không dùng một lời khai như chứng cứ khi lời khai không được trình bày và kiểm tra chéo tại phiên tòa. Một lời khai của nhân chứng tại phiên tòa không sử dụng như chứng cứ nếu chứa đựng thông tin về sự thật của vụ án có được từ một người không có mặt ở phiên tòa để trình bày¹⁷. Ngoài ra, nếu nhân chứng đã cung cấp lời khai trong giai đoạn trước phiên tòa, mà tại phiên tòa nhân chứng đó không xuất hiện để cung cấp lại lời khai và chịu sự kiểm tra

¹³ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p.196; và Article IV, Rule 404, 2015 Federal Rules of Evidence of The United State, tham khảo tại <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>, truy cập ngày 28/9/2017.

¹⁴ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p.203.

¹⁵ Welsh S. White, *Miranda's waning protections: police interrogation practices after Dickerson*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2001, p.39; và Leonard W. Levy, *Origins of Fifth Amendment: The right against self-incrimination*, Chicago: Ivan R. Dee, 1999, p.383, 385, 405, 430 and 431, quoted in Alan M. Dershowitz, *Is there a right to remain silent?*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p.67-68.

¹⁶ David M. Nissman et al, *Law of Confessions*, The Lawyers Co-Operative Publishing Company, New York, 1985, p.17-p18.

¹⁷ LawForum, *The rule against hearsay*, http://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/wpHearsay.htm, truy cập ngày 27/9/2017.

chéo trong tố tụng thì lời khai đó được xem là tin đồn và sẽ bị loại trừ¹⁸.

Việc áp dụng nguyên tắc tin đồn dựa trên bốn lý do cơ bản sau¹⁹: Một là, lời khai mang thông tin tin đồn thường không phải là chứng cứ tốt về mặt chất lượng và đáng tin cậy; hai là, các lời khai dạng này thường được thực hiện ngoài tòa án, không phải thông qua thủ tục tuyên thệ nên không đáng tin cậy²⁰; ba là, người thực hiện các lời khai tin đồn này không phải chịu thủ tục kiểm tra chéo, tức sự thẩm vấn và kiểm tra về tính xác thực của lời khai từ phía phản đối nội dung lời khai; cuối cùng, thẩm phán và bồi thẩm đoàn không có cơ hội xem xét, quan sát hành vi, thái độ của người cung cấp lời khai, từ đó, không có cơ sở để cân nhắc về giá trị của lời khai. Tùy theo từng hệ thống ở các quốc gia khác nhau mà nguyên tắc này có nhiều ngoại lệ. Ví dụ, tại Hoa Kỳ, có khoảng 30 ngoại lệ cho nguyên tắc này²¹.

Nguyên tắc thứ năm, nguyên tắc “quả trên cây độc” (“fruit of the poisonous tree”

rule) nhằm loại trừ các chứng cứ (fruit) có nguồn gốc từ các biện pháp thu thập không phù hợp, trái luật (poisonous tree).

Nguyên tắc này được thực hiện trên hai mức độ: Thứ nhất, nó loại trừ các chứng cứ sơ phát, có nguồn gốc trực tiếp từ các biện pháp thu thập không phù hợp, trái luật. Ví dụ, một cuộc khám xét bất hợp pháp sẽ dẫn đến sự loại trừ các chứng cứ được thu thập từ cuộc khám xét đó, hoặc một cuộc thẩm vấn có sử dụng nhục hình thì lời khai từ cuộc thẩm vấn đó sẽ bị loại trừ. Thứ hai, chủ yếu và quan trọng hơn, nó đồng thời loại trừ các chứng cứ thứ phát, có nguồn gốc từ các chứng cứ sơ phát đã bị loại trừ. Ví dụ, trong một cuộc thẩm vấn có sử dụng nhục hình, thì lời khai (chứng cứ sơ phát) có từ cuộc thẩm vấn đó sẽ bị loại trừ, đồng thời, nếu lời khai đó dẫn dắt các điều tra viên đến các chứng cứ vật lý khác (chứng cứ thứ phát) thì các chứng cứ vật lý đó cũng phải bị loại trừ. Cơ sở của nguyên tắc này nhằm triệt tiêu động lực phá vỡ các quy tắc về thu thập chứng cứ của cơ quan điều tra, khi tất cả các bằng chứng sơ cấp hay thứ cấp đều bị loại trừ²².

¹⁸ Article VIII, Rule 801, 2015 Federal Rules of Evidence of The United State, tham khảo tại <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>, truy cập ngày 28/9/2017.

¹⁹ Andrew L.-T. Choo, *Hearsay and Confrontation in Criminal Trials*, Clarendon Press – Oxford, 1996, p.11.

²⁰ Tại các Tòa án theo hệ thống tố tụng tranh tụng, khi nhân chứng được gọi ra trước Tòa để làm chứng thì họ phải bước lên bục nhân chứng và tuyên thệ (oath) sẽ nói ra sự thật, nếu có sự gian dối và bị phát hiện thì họ có thể bị truy tố tội khai man (perjury) trước Tòa. Do đó, sự tuyên thệ được xem như là biểu tượng của sự thật tại các phiên tòa tranh tụng. Xem Robyn Blewer, *Swearing children: The nature of an oath*, The Prosecution Project, Research Brief 8, <https://prosecutionproject.griffith.edu.au/swearing-children-the-nature-of-an-oath>, 2 March 2015, truy cập ngày 30/9/2017.

²¹ Article VIII, Rule 803, 2015 Federal Rules of Evidence of The United State, tham khảo tại <https://www.law.cornell.edu/rules/fre>, truy cập ngày 2/10/2017.

²² Hiện nay, trong các thuật ngữ pháp lý được sử dụng tại Việt Nam, chưa có thuật ngữ nào để mô tả sự khác biệt giữa chứng cứ ban đầu được thu thập trực tiếp từ các biện pháp thu thập chứng cứ và chứng cứ sau này được thu thập dựa trên thông tin từ chứng cứ ban đầu đó. Trong bài viết, tác giả dùng thuật ngữ “chứng cứ sơ phát” để chỉ nhóm chứng cứ ban đầu và thuật ngữ “chứng cứ thứ phát” để chỉ nhóm chứng cứ phát sinh dựa trên thông tin của nhóm chứng cứ ban đầu.

Xem thêm Legal Information Institution, *Fruit of the Poisonous Tree*, Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/fruit_of_the_poisonous_tree, truy cập ngày 2/10/2017; và Yale Kamisar, *On the 'Fruits' of Miranda Violations, Coerced Confessions, and Compelled Testimony*, 93 Michigan Law Review, 1995, p.929.

Ngoài năm nguyên tắc đánh giá chứng cứ cơ bản nói trên, có nhiều nguyên tắc đánh giá chứng cứ khác trong hệ thống tố tụng tranh tụng. Sự đa dạng về số lượng cũng như nội dung các nguyên tắc tùy thuộc vào từng hệ thống tư pháp tại mỗi quốc gia cụ thể.

3. So sánh với các quy định về phiên tòa tranh tụng và chứng cứ tại Việt Nam

Tại Việt Nam, Bộ luật Tố tụng Hình sự (Bộ luật TTHS) 2015 lần đầu tiên ghi nhận nguyên tắc “tranh tụng trong xét xử được bảo đảm” như một trong các nguyên tắc cơ bản của tố tụng hình sự²³.

Tuy nhiên, phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam chỉ mới tập trung vào hai yếu tố là sự bình đẳng giữa công tố - bào chữa và chú trọng vào diễn biến tại phiên tòa hơn là những gì được thể hiện trong hồ sơ vụ án. Thứ nhất, phía công tố và phía bào chữa đều có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ, đưa ra yêu cầu để làm rõ sự thật khách quan của vụ án. Đồng thời, Bộ luật TTHS 2015 cũng ghi nhận quyền thu thập và giới thiệu chứng cứ của người bào chữa²⁴. Thứ hai, về sự chú trọng vào diễn biến phiên tòa, Điều 26 Bộ luật TTHS 2015 quy định bản án, quyết định của Tòa án phải “căn cứ vào kết quả kiểm tra, đánh giá chứng cứ và kết quả tranh tụng tại phiên tòa”, tức sự kiểm tra đánh giá chứng cứ và sự tranh tụng tại phiên tòa là cơ sở chính yếu của bản án chứ không chỉ là các chứng cứ có trong hồ sơ đã được thu thập trong giai đoạn điều tra, truy tố.

Một số đặc điểm khác của tố tụng hình sự tại Việt Nam vẫn thuộc về hệ thống tố tụng thẩm vấn và khác biệt với tố tụng tranh tụng. Thứ nhất, thẩm phán vẫn có chức năng

điều tra, thu thập chứng cứ, tham gia xét hỏi tại phiên tòa²⁵. Thứ hai, khi tham gia xét xử, thẩm phán chuyên nghiệp và thẩm phán không chuyên (Hội thẩm nhân dân) đều có cùng nhiệm vụ, quyền hạn trong tất cả các vấn đề về tìm kiếm sự thật vụ án cũng như vấn đề liên quan đến luật²⁶. Thứ ba, Việt Nam không áp dụng các nguyên tắc về đánh giá chứng cứ mà chỉ xác định chứng cứ dựa trên ba thuộc tính chung, gồm tính khách quan, tính liên quan và tính hợp pháp²⁷.

Đối với đặc điểm thứ hai, sự tham gia của Hội thẩm nhân dân dẫn đến nhiều nguy cơ trong việc đưa ra phán quyết sai lầm đối với vụ án. Cần phải thấy rằng, Hội thẩm nhân dân là những người không có kiến thức chuyên môn về luật pháp và kinh nghiệm xét xử khá hạn chế, nhưng lại sở hữu quyền hạn ngang bằng thẩm phán trong quyết định mọi vấn đề liên quan đến vụ án; đồng thời, trong một Hội đồng xét xử thì đa số luôn thuộc về các Hội thẩm nhân dân. Do đó, nhiều khả năng ý kiến của thẩm phán sẽ bị lấn át và các chứng cứ được giới thiệu trước Tòa không được thẩm tra dưới lăng kính pháp lý của thẩm phán mà do cảm tính của cá nhân Hội thẩm nhân dân. Nguy cơ này càng hiện hữu hơn khi các quy định về chứng cứ ở Việt Nam chỉ đưa ra các quy định mang tính chất chung, chứ không áp dụng các nguyên tắc loại trừ phù hợp với đặc điểm của từng loại chứng cứ.

Như đã phân tích, một trong các hạn chế của tố tụng tranh tụng là yếu tố *combat effect*, tức là tác động đến sự thật của vụ án. Có thể thấy, hệ thống tranh tụng dẫn đến việc các bên tham gia tố tụng (buộc tội và gỡ tội) thực hiện quyền tranh tụng của mình

²³ Điều 26 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

²⁴ Điều 73 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

²⁵ Điều 306 đến Điều 325 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

²⁶ Điều 326 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

²⁷ Điều 86 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

không nhằm mục đích tìm kiếm sự thật, mà nhằm mục đích chiến thắng bên đối lập. Từ đó, các bên sẽ dùng mọi biện pháp để chứng minh hoặc loại trừ sự thật theo cách có lợi nhất cho luận điểm của mình. Điều này dễ dẫn đến hiện tượng loại trừ chứng cứ có giá trị và chấp nhận những chứng cứ giả mạo.

Nếu một chứng cứ không đáng tin cậy, được thu thập dựa trên sự xâm phạm các nguyên tắc căn bản khác của tố tụng hình sự, nhưng lại được chấp thuận bởi Hội thẩm nhân dân thì sẽ dẫn đến các tiền lệ nguy hiểm cho sự xâm phạm sau này của cơ quan điều tra.

Do đó, cần quy định minh bạch và áp dụng các nguyên tắc đánh giá chứng cứ của hệ thống tố tụng tranh tụng vào phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam, nhằm ngăn ngừa các chứng cứ không phù hợp có thể được xem xét bởi Hội thẩm nhân dân như là chứng cứ có giá trị trong vụ án.

4. Một số kiến nghị hoàn thiện

Sự áp dụng một cách phù hợp các nguyên tắc đánh giá chứng cứ là cần thiết để hoàn thiện phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam. Cụ thể, việc áp dụng từng nguyên tắc nên theo hướng sau:

Thứ nhất, đối với nguyên tắc nhân thân (character rule), do đặc điểm của phiên tòa Việt Nam, nhân thân được xem như một tình tiết định tội, định khung hình phạt. Do đó, sự áp dụng triệt để nguyên tắc này là không phù hợp với tình hình Việt Nam. Tuy nhiên, chỉ cho phép phía công tố đề cập đến tiền án, tiền sự và các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự trong vấn đề định tội, định khung; cần ngăn chặn việc khai thác yếu tố nhân thân đời tư của người bị buộc tội khi không cần thiết bởi điều này có thể ảnh hưởng đến thiên kiến của Hội đồng xét xử.

Thứ hai, đối với nguyên tắc phù hợp (corroboration rule) khi xem xét lời khai của đồng phạm, người viết cho rằng, nguyên tắc này cần phải áp dụng triệt để tại Việt Nam; việc đòi hỏi chứng cứ vật lý phù hợp với lời khai của đồng phạm là một yêu cầu buộc phải có. Hiện nay, để tránh tình trạng bức cung, nhục hình, pháp luật đã quy định một số biện pháp như quyền im lặng của người bị buộc tội, ghi âm, ghi hình bắt buộc khi hỏi cung bị can của cơ quan tố tụng²⁸. Bên cạnh đó, không được dùng lời nhận tội của bị can, bị cáo là chứng cứ duy nhất để buộc tội²⁹.

Vấn đề là lời khai của đồng phạm có thể được xem như chứng cứ khác, từ đó, kết hợp với lời nhận tội của chính bị can, bị cáo thành cơ sở để kết tội. Thế nhưng, nếu trong một vụ án có nhiều đồng phạm và lời khai của các đồng phạm này có thể hỗ trợ cho nhau để tạo thành sự kết tội các bị can, bị cáo mà không có bất kỳ chứng cứ vật lý hoặc lời khai của nhân chứng khác thì vẫn có khả năng các bị can sẽ bị chịu các sức ép, hoặc vì lý do khác, mà nhận tội dù không phạm tội. Từ đó, vô hiệu hóa một phần nguyên tắc không dùng lời nhận tội của bị can, bị cáo làm bằng chứng duy nhất kết tội bị cáo. Do đó, việc đòi hỏi lời khai của đồng phạm phải phù hợp với các chứng cứ vật lý khác hoặc lời khai của nhân chứng khác mới được sử dụng làm chứng cứ trong một vụ án là hoàn toàn phù hợp, nhằm hoàn thiện nguyên tắc không dùng lời nhận tội làm bằng chứng duy nhất kết tội.

Thứ ba, đối với nguyên tắc lời nhận tội (confession rule), việc áp dụng nguyên tắc này là mặc nhiên khi Bộ luật TTHS 2015 đã chấp nhận quyền im lặng của người bị buộc

²⁸ Điểm d khoản 1 Điều 58; điểm c khoản 2 Điều 59; điểm d khoản 2 Điều 60; điểm h khoản 2 Điều 61; khoản 6 Điều 183 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

²⁹ Khoản 2 Điều 98 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

tội, cụ thể là “không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội”³⁰. Hiện nay, tuy người bị buộc tội đã có quyền im lặng, nhưng trong quy định về đánh giá chứng cứ thì không hề ghi nhận về tính chất tự nguyện của lời khai. Do đó, việc áp dụng nguyên tắc lời khai, tức một lời khai hoặc lời nhận tội của người bị buộc tội chỉ được xem là chứng cứ nếu phía công tố chứng minh được tính tự nguyện của lời khai là hệ quả đương nhiên của quy định về quyền im lặng của người bị buộc tội.

Thứ tư, đối với nguyên tắc tin đồn (hearsay rule), người viết cho rằng nên áp dụng hạn chế nguyên tắc này. Có thể thấy nguyên tắc tranh tụng tại phiên tòa đã được minh định rằng bản án, quyết định của tòa án phải “căn cứ vào kết quả kiểm tra, đánh giá chứng cứ và kết quả tranh tụng tại phiên tòa”. Thế nhưng, trong trường hợp nhân chứng không có mặt tại tòa và được các bên yêu cầu triệu tập, thì tùy trường hợp mà tòa án quyết định và nếu người đó vắng mặt mà đã có bản khai trong hồ sơ thì sẽ công bố bản khai đó tại phiên tòa³¹. Như vậy, luật đã trao cho Hội đồng xét xử quyền tùy nghi khá lớn đối với sự có mặt của nhân chứng tại tòa và gián tiếp cho phép nhân chứng vắng mặt nếu Hội đồng xét xử cảm thấy sự vắng mặt đó không ảnh hưởng đến vụ án. Việc quy định như vậy có thể dẫn đến sự tùy nghi của Hội đồng xét xử, mà đa số là Hội thẩm nhân dân trong việc triệu tập nhân chứng dẫn đến phía phản đối lời khai nhân chứng không có cơ hội kiểm tra lời khai, đồng thời, trái với nguyên tắc phán quyết phải dựa trên diễn biến tại phiên tòa.

³⁰ Điểm d khoản 1 Điều 58; điểm c khoản 2 Điều 59; điểm d khoản 2 Điều 60; điểm h khoản 2 Điều 61 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

³¹ Điều 287, Điều 293 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

Từ những lý do trên, người viết cho rằng, phải áp dụng hạn chế nguyên tắc tin đồn vào phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam. Cụ thể, tại phiên tòa, nếu phía bào chữa hoặc phía công tố phản đối lời khai và yêu cầu triệu tập để kiểm tra làm rõ thì người phản đối lời khai phải được triệu tập. Trong trường hợp người đó không xuất hiện tại phiên tòa thì lời khai trước đó phải bị loại trừ. Ngược lại, nếu các bên trong phiên tòa đều chấp nhận thì lời khai đó vẫn được chấp nhận dù người cung cấp lời khai không có mặt tại phiên tòa.

Thứ năm, nguyên tắc “quả trên cây độc” (fruit of the poisonous tree) cần được áp dụng trong mối liên hệ với quyền im lặng của người bị buộc tội. Có thể thấy rằng, trong một vài trường hợp, cơ quan điều tra có thể vượt qua các ranh giới pháp lý nhằm thu thập những lời khai mang giá trị thông tin, từ đó dẫn dắt đến các loại chứng cứ khác có giá trị trong vụ án. Như vậy, nếu căn cứ theo quy định về chứng cứ hiện hành thì chỉ lời khai ban đầu là không có giá trị pháp lý vì đã không tuân thủ trình tự thủ tục, còn các loại chứng cứ khác được thu thập theo đúng trình tự thủ tục dựa trên lời khai đó vẫn được xem xét như chứng cứ. Việc quy định như vậy dễ dẫn đến tình trạng chấp nhận đánh đổi lời khai vô giá trị lấy các chứng cứ khác của cơ quan điều tra và từ đó xâm phạm đến quyền im lặng của người bị buộc tội.

Tóm lại, nguyên tắc đánh giá chứng cứ là một trong các nền tảng của hệ thống tố tụng tranh tụng. Việc vận dụng một cách hợp lý các nguyên tắc đánh giá chứng cứ là điều cần thiết để hoàn thiện phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam.

NHỮNG VỤ ÁN DÂN SỰ KHÔNG TIẾN HÀNH HÒA GIẢI ĐƯỢC: THỰC TIỄN ÁP DỤNG VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT

*Lý Văn Toán**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những hạn chế trong thực tiễn áp dụng pháp luật về trường hợp vụ án dân sự không tiến hành hòa giải được và đưa ra một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Abstract: This paper studies shortcomings of law enforcement with respect to civil cases without conciliation. It then makes relevant proposals on this issue.

Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) 2015 không đưa ra khái niệm về vụ án dân sự không tiến hành hòa giải được mà chỉ liệt kê các trường hợp cụ thể những vụ án không tiến hành hòa giải được theo quy định của pháp luật bởi những lý do khác nhau.

Khác với vụ án không được hòa giải, những vụ án không tiến hành hòa giải được về bản chất là những vụ án được quy định cần phải tiến hành hòa giải khi giải quyết vụ án. Tuy nhiên, pháp luật chấp nhận một số lý do là cơ sở cho việc không cần tiến hành hòa giải giữa các đương sự mà tiếp tục giải quyết vụ án ở những bước tiếp theo gồm các trường hợp liên quan đến việc vắng mặt của đương sự, năng lực hành vi đương sự và quyền tự định đoạt của đương sự khi đề nghị không tiến hành hòa giải.

Với những trường hợp này, tòa án không tiến hành hòa giải trong giai đoạn xét xử sơ thẩm nhưng vẫn có thể hòa giải ở các giai đoạn tố tụng tiếp theo nếu các điều kiện hạn chế không còn.

1. Vụ án dân sự không tiến hành hòa giải được vì bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đã được tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt

Khi bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đã được tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt thì đây là một trường hợp không tiến hành hòa giải được¹. Do đó, tòa án lập biên bản về việc không tiến hành hòa giải được và quyết định đưa vụ án ra xét xử theo thủ tục chung.

BLTTDS 2015 bổ sung thêm việc người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đã được tòa án triệu tập hợp lệ đến lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt là trường hợp không tiến hành hòa giải được do người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong vụ án dân sự tuy không khởi kiện, không bị kiện nhưng việc giải quyết vụ án dân sự có liên quan đến quyền lợi, nghĩa vụ của họ nên họ được tự mình đề nghị hoặc được đề nghị đưa vào tham gia tố tụng với tư cách là người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan.

Việc triệu tập bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến tham gia phiên

* ThS., Tòa án nhân dân huyện Châu Thành, tỉnh Kiên Giang.

¹ Khoản 1 Điều 207 BLTTDS 2015.

hòa giải là nhằm để các bên đương sự tự nguyện thỏa thuận với nhau, do đó, sự vắng mặt của họ là căn cứ để cho rằng họ đã từ bỏ việc tham gia hòa giải. Khi nguyên đơn không có đối tác để thỏa thuận việc giải quyết vụ án thì tòa án sẽ không tiến hành hòa giải được.

Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là xác định nội hàm khái niệm “có tình vắng mặt”. Nếu tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai vẫn vắng mặt nhưng có lý do chính đáng thì sao? Theo khoản 2 Điều 227 BLTTDS 2015, tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai, đương sự phải có mặt tại phiên tòa, nếu vắng mặt vì sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan thì hoãn phiên tòa, còn nếu vắng mặt không vì sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan thì trong trường hợp bị đơn vắng mặt, tòa án tiến hành xét xử vắng mặt. Như vậy, khoản 2 Điều 227 BLTTDS 2015 và khoản 1 Điều 207 BLTTDS 2015 không thống nhất với nhau. Theo khoản 2 Điều 227 BLTTDS 2015, tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai, bị đơn phải có mặt tại phiên tòa, nếu vắng mặt không vì sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan, thì tòa án tiến hành xét xử vắng mặt họ, bị đơn có yêu cầu phản tố vắng mặt mà không có người đại diện tham gia phiên tòa thì bị coi là từ bỏ yêu cầu phản tố và tòa án quyết định đình chỉ giải quyết đối với yêu cầu phản tố, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập vắng mặt mà không có người đại diện tham gia phiên tòa thì bị coi là từ bỏ yêu cầu độc lập và tòa án quyết định đình chỉ giải quyết đối với yêu cầu độc lập của người đó². Nghĩa là, đối với tất cả các vụ án dân sự, tòa án chỉ triệu tập đương sự hai lần, trừ trường hợp có đương sự vắng

mặt vì sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan. Quy định này nhằm hạn chế việc hoãn phiên tòa và là bước tiến lớn trong cải cách thủ tục tố tụng dân sự. Do đó, khoản 1 Điều 207 BLTTDS 2015 cần được hướng dẫn cho phù hợp với tinh thần của khoản 2 Điều 227 BLTTDS 2015.

Mặt khác, BLTTDS 2015 chỉ quy định đối với trường hợp vụ án dân sự có một bị đơn mà chưa quy định đối với trường hợp có nhiều bị đơn. Đối với vụ án dân sự có nhiều bị đơn, khi tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà có bị đơn vắng mặt không vì sự kiện bất khả kháng thì việc giải quyết của tòa án sẽ thế nào?

Ngoài ra, căn cứ không tiến hành hòa giải được khi người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đã được tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn có tình vắng mặt là chưa hợp lý, bởi lẽ, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trong vụ án dân sự bao gồm người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập và người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan không có yêu cầu độc lập. Người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan không có yêu cầu độc lập là người tham gia tố tụng đứng về phía nguyên đơn hoặc bị đơn, họ không đưa ra yêu cầu độc lập nên tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn có tình vắng mặt thì thuộc trường hợp vụ án không tiến hành hòa giải được là hợp lý. Riêng đối với người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập là người tham gia tố tụng để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chính mình, họ có thể chống cả nguyên đơn và bị đơn. Bản chất của vụ án có yêu cầu độc lập là tòa án đã nhập yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn và yêu cầu độc lập của người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan để giải quyết trong cùng một vụ án. Do đó, việc quy định người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu

² Khoản 2 Điều 227 BLTTDS 2015.

độc lập được tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt thì thuộc trường hợp vụ án không tiến hành hòa giải được là bất hợp lý và không phù hợp với điểm d khoản 2 Điều 227 BLTTDS 2015.

Từ những vướng mắc trong quá trình áp dụng pháp luật, tác giả kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao (TANDTC) nên có văn bản hướng dẫn thi hành khoản 1 Điều 207 BLTTDS 2015 như sau:

Thứ nhất, khoản 1 Điều 207 BLTTDS 2015 cần được hướng dẫn theo hướng “*Bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đã được Tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt không vì sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan*” để phù hợp và thống nhất với khoản 2 Điều 227 BLTTDS 2015.

Thứ hai, đối với trường hợp trong một vụ án dân sự có nhiều bị đơn, khi tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà có bị đơn vẫn vắng mặt không vì sự kiện bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan, việc giải quyết cần căn cứ vào từng trường hợp:

- Nếu vụ án có một nguyên đơn yêu cầu chung đối với nhiều bị đơn và chỉ cần một hoặc một số bị đơn vắng mặt không có lý do chính đáng thì tòa án lập biên bản xác nhận sự vắng mặt đó để tiếp tục đưa vụ án ra xét xử. Tuy nhiên, nếu các bị đơn có mặt chấp nhận thi hành toàn bộ nghĩa vụ cho các bị đơn vắng mặt trong vụ án thì tòa án vẫn có thể tiến hành hòa giải giữa nguyên đơn và những bị đơn vắng mặt.

- Nếu trong vụ án có nhiều bị đơn nhưng mỗi bị đơn có nghĩa vụ riêng biệt hoặc có nghĩa vụ chung theo phần thì đối với bị đơn vắng mặt, tòa án sẽ lập biên bản về sự vắng mặt của họ để đưa phần có liên quan đến nghĩa vụ của họ ra xét xử, đồng thời tiến hành hòa giải giữa bị đơn có mặt

với nguyên đơn. Như vậy, sẽ làm cho việc giải quyết vụ án được nhanh chóng và đạt được những kết quả cao nhất, góp phần cải cách thủ tục tố tụng dân sự được nhanh gọn.

Thứ ba, đối với người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan có yêu cầu độc lập được tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt thì phải coi là họ từ bỏ yêu cầu độc lập và tòa án quyết định đình chỉ giải quyết đối với yêu cầu độc lập của người đó, trừ trường hợp có đơn xin giải quyết vắng mặt hoặc có người đại diện hợp pháp tham gia để phù hợp và thống nhất với điểm d khoản 2 Điều 227 BLTTDS 2015.

2. Vụ án dân sự không tiến hành hòa giải được vì đương sự có lý do chính đáng

Khi các đương sự có lý do chính đáng để từ chối tham gia phiên hòa giải thì tòa án cũng không thể tiến hành hòa giải được³. Chẳng hạn, đến ngày tham gia phiên hòa giải mà đương sự bị bệnh nặng phải nằm viện điều trị hoặc trên đường đến tòa án bị thương tích nặng do tai nạn giao thông và phải vào viện cấp cứu thì tòa án phải hoãn phiên hòa giải, đương nhiên, trường hợp này cần có giấy tờ hợp lệ của bệnh viện.

Lý do chính đáng là trường hợp bất khả kháng hoặc trở ngại khách quan khác xảy ra như: Thiên tai, lũ lụt; ốm đau, tai nạn phải điều trị tại bệnh viện; một bên đương sự đang ở trong trại cải tạo hoặc ở nước ngoài hoặc do nơi cư trú của các đương sự ở các nơi có khoảng cách địa lý xa nhau đi lại khó khăn, chi phí tốn kém... khiến cho đương sự không thể có mặt tham gia phiên hòa giải được⁴. Theo tác giả, để đảm bảo sự thống

³ Khoản 2 Điều 207 BLTTDS 2015.

⁴ Lê Thị Bích (2013), *Hòa giải vụ việc dân sự theo pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.49.

nhất khi áp dụng pháp luật, TANDTC cần có hướng dẫn cụ thể về lý do chính đáng trong trường hợp này.

Trong hai trường hợp nêu trên, đương sự được phân biệt thành hai loại: Bị đơn và những đương sự khác. Bị đơn là chủ thể bị động tham gia tố tụng và thường có ý thức trốn tránh. Đối với chủ thể này, chỉ cần có dấu hiệu cố tình vắng mặt không tham gia hòa giải, pháp luật cho phép tòa án tiếp tục tiến hành giải quyết vụ án mà không cần hòa giải. Những đương sự khác được pháp luật cho phép không tiến hành hòa giải nếu có lý do chính đáng. Như vậy, việc có lý do chính đáng chỉ đặt ra đối với đương sự không là bị đơn. Quy định này xuất phát từ vị trí tố tụng của mỗi đương sự trong vụ án⁵.

Theo tác giả, nếu bị đơn vắng mặt với lý do chính đáng mà không thể tham gia phiên hòa giải được thì tòa án vẫn quyết định đưa vụ án ra xét xử mà không tiến hành hòa giải. Kết hợp khoản 1 và khoản 2 của Điều 207 BLTTDS 2015 cho thấy, bị đơn dù vắng mặt không có lý do chính đáng hay có lý do chính đáng thì tòa án vẫn không hòa giải được và sẽ quyết định đưa vụ án ra xét xử.

Khoản 2 của Điều 207 BLTTDS 2015 chỉ ghi nhận trường hợp đương sự không tham gia hòa giải được “vì có lý do chính đáng”, tuy nhiên, việc phân biệt lý do chính đáng và không chính đáng phụ thuộc nhiều vào ý chí chủ quan của người tiến hành tố tụng. Trong khi khoản 1 Điều 207 không phân biệt lý do chính đáng và không chính đáng thì khoản 2 của điều luật lại có sự

phân biệt dẫn đến sự không thống nhất của pháp luật.

Khoản 2 Điều 207 BLTTDS 2015 quy định “*Đương sự không thể tham gia hòa giải được vì có lý do chính đáng*”. Khi đương sự vắng mặt lần thứ nhất có lý do chính đáng không tham gia hòa giải được thì thuộc trường hợp vụ án không tiến hành hòa giải được⁶. Do các văn bản hướng dẫn thi hành BLTTDS 2015 hiện nay không có điều khoản nào quy định về lý do chính đáng nên các tòa án áp dụng khác nhau trong thực tiễn, ví dụ vắng mặt lần thứ nhất, tòa án sẽ hoãn phiên hòa giải cho dù có hay không lý do chính đáng. BLTTDS 2015 cũng chưa có quy định nào về việc đương sự vắng mặt lần thứ hai, thứ ba... đều có lý do chính đáng, vì vậy các thẩm phán vẫn lúng túng trong áp dụng. Thực tiễn cho thấy, có nhiều trường hợp đương sự vắng mặt lần thứ nhất không có lý do, tòa án hoãn phiên hòa giải, đến lần triệu tập thứ hai thì đương sự có văn bản yêu cầu hoãn phiên hòa giải có lý do chính đáng.

Do BLTTDS 2015 không quy định cụ thể về số lần tối đa đương sự được vắng mặt có lý do chính đáng hoặc trường hợp đương sự vắng mặt không có lý do chính đáng nên nhiều trường hợp đương sự lạm dụng việc vắng mặt để trì hoãn việc hòa giải dẫn đến việc giải quyết vụ án bị kéo dài và ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của các bên.

Ngoài ra, trường hợp vợ, chồng yêu cầu ly hôn do bên người chồng, vợ kia mất tích thực tiễn ngày càng nhiều nhưng pháp luật chưa quy định cụ thể về thủ tục hòa giải đối với trường hợp này. Khi một người biệt tích hai năm liền trở lên, mặc dù đã áp dụng đầy

⁵ Nguyễn Thị Thúy (2014), *Hoàn thiện chế định hòa giải trong pháp luật tố tụng dân sự Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.63.

⁶ Khoản 2 Điều 207 BLTTDS 2015.

đủ các biện pháp thông báo, tìm kiếm theo quy định của pháp luật về tố tụng dân sự nhưng vẫn không có tin tức xác thực về việc người đó còn sống hay đã chết thì theo yêu cầu của người có quyền, lợi ích liên quan, tòa án có thể tuyên bố người đó mất tích⁷.

Trong trường hợp vợ hoặc chồng của người bị tuyên bố mất tích xin ly hôn thì tòa án giải quyết cho ly hôn theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình⁸.

Theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình thì trong trường hợp vợ hoặc chồng của người bị tòa án tuyên bố mất tích yêu cầu ly hôn thì tòa án giải quyết cho ly hôn⁹.

Theo quy định của BLTTDS 2015 thì yêu cầu tuyên bố mất tích là việc dân sự, còn ly hôn lại là vụ án dân sự (trừ trường hợp thuận tình ly hôn được coi là việc dân sự). Nếu đương sự vừa có yêu cầu tuyên bố một người mất tích vừa có yêu cầu xin ly hôn thì phải yêu cầu tòa án giải quyết việc tuyên bố mất tích trước, sau đó mới giải quyết yêu cầu xin ly hôn.

Khi tòa án thụ lý giải quyết loại án này thường gặp khó khăn, lúng túng và có nhiều cách hiểu khác nhau dẫn đến việc áp dụng pháp luật chưa thống nhất. Cụ thể, khoản 2 Điều 56 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định trong trường hợp vợ hoặc chồng của người bị tòa án tuyên bố mất tích yêu cầu ly hôn thì tòa án giải quyết cho ly hôn nhưng không quy định về thủ tục hòa giải. Điều 206 và Điều 207 BLTTDS 2015 cũng không quy định về thủ tục hòa giải, không được hòa giải, hòa giải không được đối với trường hợp này.

Ví dụ: Vụ án tranh chấp xin ly hôn giữa nguyên đơn bà Phạm Thị Tâm và bị đơn ông Nguyễn Hồng Nhiên tại Tòa án nhân dân thành phố Rạch Giá, tỉnh Kiên Giang (ngày 07/07/2015). Theo đó, bà Phạm Thị Tâm và ông Nguyễn Hồng Nhiên đăng ký kết hôn năm 1991 tại Ủy ban nhân dân huyện Ngọc Hiển, tỉnh Cà Mau, năm 2010 ông Nhiên bỏ nhà đi không có tin tức, bà Tâm yêu cầu tòa án tuyên bố ông Nhiên mất tích để làm căn cứ xin ly hôn. Ngày 10/9/2014, tòa án nhân dân thành phố Rạch Giá, tỉnh Kiên Giang đã ra quyết định tuyên bố mất tích đối với ông Nguyễn Hồng Nhiên. Từ đó đến nay ông Nhiên vẫn không có tin tức gì, nay bà Tâm yêu cầu tòa án giải quyết cho bà ly hôn với ông Nhiên.

Sau khi thụ lý, tòa án đã niêm yết các văn bản tố tụng nhưng ông Nhiên vẫn không có mặt nên tòa án tiến hành xét xử vắng mặt ông Nhiên, chấp nhận yêu cầu xin ly hôn của bà Phạm Thị Tâm¹⁰.

Quan điểm thứ nhất đồng ý với cách làm của tòa án. Đối với trường hợp xin ly hôn với vợ hoặc chồng là người đã bị tuyên bố mất tích thì tòa án thụ lý vụ án và giải quyết vụ án theo thủ tục chung sau đó tiến hành niêm yết thông báo về phiên hòa giải cho đương sự là người bị tuyên bố mất tích tại nơi cư trú trước khi bị tuyên bố mất tích 2 lần, nếu đương sự không có mặt để tham gia phiên hòa giải thì tòa án lập biên bản về việc không tiến hành hòa giải được với lý do đương sự đã được tòa án triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn cố tình vắng mặt, sau đó tiến hành niêm yết các văn bản tố tụng khác để xét xử vắng mặt bị đơn.

⁷ Khoản 1 Điều 68 BLDS 2015.

⁸ Khoản 2 Điều 68 BLDS 2015.

⁹ Khoản 2 Điều 56 Luật Hôn nhân và Gia đình 2014.

¹⁰ Bản án số 66/2015/HNGĐ-ST ngày 22/10/2015 về việc: “*Tranh chấp xin ly hôn*” của Tòa án nhân dân thành phố Rạch Giá, tỉnh Kiên Giang.

Quan điểm thứ hai không đồng ý với cách làm của tòa án ở vụ án trên mà cho rằng, đối với trường hợp này, sau khi thụ lý, tòa án không nên áp dụng rập khuôn máy móc mà cần vận dụng linh hoạt có thể áp dụng khoản 2 Điều 207 BLTTDS 2015 lập biên bản về việc không tiến hành hòa giải được với lý do: Đương sự không thể tham gia hòa giải được vì có lý do chính đáng bởi người bị tuyên bố mất tích sẽ không thể liên lạc được và không thể nào tham gia hòa giải được, do đó việc tòa án tổ chức hòa giải và tiến hành niêm yết các văn bản tố tụng là không cần thiết và sẽ kéo dài thời gian giải quyết vụ án.

Theo tác giả, cách hiểu thứ hai là hợp lý vì khi một người đã bị tòa án tuyên bố mất tích tức là không còn khả năng liên hệ được với người đó và đương nhiên họ không thể tham gia hòa giải, do đó, việc niêm yết các văn bản tố tụng là không cần thiết mà tòa án phải lập biên bản về việc không tiến hành hòa giải được với lý do “*Đương sự không thể tham gia hòa giải được vì có lý do chính đáng*”, đồng thời, quyết định đưa vụ án ra xét xử để giải quyết nhanh chóng vụ án đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự.

Từ những vướng mắc trong quá trình áp dụng pháp luật, tác giả kiến nghị TANDTC nên ban hành văn bản hướng dẫn thi hành khoản 2 Điều 207 BLTTDS 2015 như sau:

Thứ nhất, cần có văn bản hướng dẫn như thế nào là “*lý do chính đáng*” theo hướng liệt kê tất cả các lý do hoặc quy định cho đương sự đương nhiên có quyền được vắng mặt lần thứ nhất mà không cần lý do, bởi khi đó các tòa án đều hoãn phiên hòa giải. Trong trường hợp đương sự cố tình trì hoãn việc giải quyết vụ án bằng đơn yêu cầu hoãn phiên hòa giải nhiều lần thì cần quy

định việc yêu cầu hoãn phiên hòa giải của đương sự nếu nhằm kéo dài thời gian giải quyết vụ án thì tòa án vẫn tiếp tục tiến hành hòa giải vắng mặt kể từ lần vắng mặt thứ hai của đương sự hoặc nếu không hòa giải được thì tòa án đưa vụ án ra xét xử, cho dù có lý do chính đáng¹¹.

Thứ hai, TANDTC nên ban hành văn bản hướng dẫn thi hành đối với trường hợp ly hôn với người đã bị tuyên bố mất tích theo hướng vận dụng khoản 2 Điều 207 BLTTDS 2015 “*Đương sự không thể tham gia hòa giải được vì có lý do chính đáng*” - trường hợp không hòa giải được để các tòa án áp dụng thống nhất trong quá trình giải quyết vụ án.

3. Vụ án dân sự không tiến hành hòa giải được vì vợ hoặc chồng trong vụ án ly hôn là người mất năng lực hành vi dân sự

Khoản 3 Điều 207 BLTTDS 2015 quy định vợ hoặc chồng trong vụ án ly hôn là người mất năng lực hành vi dân sự là trường hợp không tiến hành hòa giải được.

Theo Điều 22 Bộ luật Dân sự (BLDS) 2015, người mất năng lực hành vi dân sự là người bị mắc bệnh tâm thần hoặc mắc các bệnh khác mà không thể nhận thức, làm chủ được hành vi của mình được tòa án ra quyết định tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự và theo Điều 25 BLDS 2015, quyền nhân thân là quyền dân sự gắn liền với mỗi cá nhân, không thể chuyển giao cho người khác.

Do vậy, hòa giải với ý nghĩa là sự thỏa thuận của chính các đương sự nên khi một bên đương sự bị mất năng lực hành vi dân sự mà quan hệ tranh chấp là quan hệ gắn liền với nhân thân của đương sự đó thì sẽ

¹¹ Lê Hữu Nghĩa (2013), *Hòa giải trong giải quyết vụ án dân sự tại tòa án nhân dân*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr.67.

không thể hòa giải được. Trường hợp này tòa án không tiến hành hòa giải mà sẽ xét xử trên cơ sở chứng cứ, hồ sơ.

Tuy nhiên, hiện nay BLDS 2015 bổ sung thêm trường hợp người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi là người thành niên do tình trạng thể chất hoặc tinh thần mà không đủ khả năng nhận thức, làm chủ hành vi nhưng chưa đến mức mất năng lực hành vi dân sự¹², vấn đề đặt ra là khoản 3 Điều 207 BLTTDS 2015 chưa bổ sung trường hợp này trong diện không thể tiến hành hòa giải được.

Do đó, trong trường hợp vợ hoặc chồng trong vụ án ly hôn là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thì

TANDTC nên hướng dẫn rằng, đó là trường hợp không thể tiến hành hòa giải được.

Theo tác giả, để tương thích với Điều 23 BLDS 2015 quy định về trường hợp người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi, TANDTC cần có văn bản hướng dẫn cụ thể trường hợp đương sự là vợ hoặc chồng trong vụ án ly hôn là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi theo hướng như sau: “*Đương sự là vợ hoặc chồng trong vụ án ly hôn là người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thì tòa án không tiến hành hòa giải được*” để quá trình giải quyết vụ án được nhanh chóng, thuận tiện và đảm bảo quyền lợi của các bên đương sự.

¹² Điều 23 BLDS 2015.

(Tiếp theo trang 21 – Những hạn chế của Luật Thanh tra...)

động thanh tra cho tất cả các lĩnh vực. Do đó, chỉ áp dụng một văn bản quy phạm pháp luật khác khi vấn đề đó mang tính chất chuyên sâu và chưa được quy định trong Luật Thanh tra năm 2010. Ngược lại, nếu vấn đề đó được quy định trong cả Luật Thanh tra năm 2010 lẫn các văn bản quy phạm pháp luật khác, nhưng có sự mâu thuẫn thì phải ưu tiên áp dụng Luật Thanh tra năm 2010. Vì vậy, khi sửa đổi Luật Thanh tra năm 2010, cần tiến hành rà soát để sửa đổi các luật có liên quan như Luật Giáo dục nghề nghiệp năm 2014, Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014, Luật Giáo dục năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009)... nhằm ghi nhận hoạt động thanh tra hành chính.

Trên cơ sở đó, cụ thể hóa nhiệm vụ, quyền hạn của từng loại hoạt động thanh tra là thanh tra hành chính và thanh tra chuyên ngành cho phù hợp với quy định của Luật Thanh tra năm 2010. Ngoài ra, cần tiến hành sửa đổi tất cả các văn bản pháp luật có quy định về tổ chức và hoạt động thanh tra cho phù hợp với Luật Thanh tra năm 2010. Nếu bất kỳ một văn bản pháp luật nào cũng đặt ra một “lối đi riêng” về tổ chức, hoạt động thanh tra và chỉ xem Luật Thanh tra năm 2010 đóng vai trò “dự bị” thì hệ thống pháp luật sẽ phát sinh mâu thuẫn, chồng chéo. Đồng thời, trong nhiều trường hợp Luật Thanh tra năm 2010 sẽ bị “vô hiệu hóa”.

MỘT SỐ NỘI DUNG NỔI BẬT TRONG LUẬT HỖ TRỢ DOANH NGHIỆP NHỎ VÀ VỪA

*Đặng Minh Phương**

*Lã Minh Trang***

Tóm tắt: Bài viết trình bày, phân tích và đánh giá một số nội dung của Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa năm 2017, nêu lên những điểm nổi bật có tác động lớn đến khối doanh nghiệp nhỏ và vừa tại Việt Nam.

Abstract: This paper introduces, analyses and evaluates some issues of the Law on Support for Small and Medium Sized Enterprises of 2017. It then highlights their effects on small and medium sized enterprises in Vietnam.

Đặt vấn đề

Bài viết sau đây sẽ đi sâu phân tích những quy định nổi bật của Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa (DNNVV) và những tác động tích cực ảnh hưởng đến khối doanh nghiệp đang chiếm tỷ lệ lớn trong nền kinh tế nước ta hiện nay¹.

Từ năm 2001, Chính phủ đã ban hành nhiều văn bản pháp lý nhằm khuyến khích và hỗ trợ cho khối DNNVV như Nghị định số 90/2001/NĐ-CP ngày 23/11/2001 của Chính phủ về trợ giúp phát triển DNNVV, sau đó thay thế bởi Nghị định số 56/2009/NĐ-CP ngày 30/6/2009 (Nghị định 56/2009/NĐ-CP). Tuy nhiên, các văn bản trên đều là văn bản dưới luật, các chương trình trợ giúp còn dàn trải, chưa có sự tập trung, gắn kết khiến cho các DNNVV chưa

hoặc ít nhận được sự hỗ trợ thuận lợi; trong khi đường lối, chủ trương của Đảng đã và đang đặt ra yêu cầu “Hoàn thiện cơ chế, chính sách khuyến khích, tạo thuận lợi phát triển mạnh kinh tế tư nhân ở hầu hết các ngành và lĩnh vực kinh tế, trở thành một động lực quan trọng của nền kinh tế. Hoàn thiện chính sách hỗ trợ phát triển DNNVV, doanh nghiệp khởi nghiệp”². Bên cạnh đó, nhiều quốc gia trên thế giới như Mỹ, Nhật Bản, Hàn Quốc, Liên minh châu Âu... và trong khu vực như Singapore, Thái Lan, Malaysia đều đã ban hành các đạo luật cơ bản về hỗ trợ DNNVV nhằm thúc đẩy cho khối doanh nghiệp này phát triển, đổi mới sáng tạo. Vì vậy, Luật Hỗ trợ DNNVV ra đời là một nhu cầu cần thiết, luật hóa và khắc phục những hạn chế còn tồn tại trong quy định của pháp luật, thể chế hóa đường lối, chủ trương của Đảng và phù hợp với xu hướng chung của thế giới.

Luật Hỗ trợ DNNVV số 04/2017/QH14 được thông qua tại kỳ họp thứ 3, Quốc hội khóa XIV, gồm 4 chương với 35 điều và có

* ThS., Học viện Chính sách và Phát triển, Bộ Kế hoạch và Đầu tư.

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

¹ Tại Việt Nam, doanh nghiệp nhỏ và vừa chiếm trên 97% số lượng doanh nghiệp trên địa bàn cả nước theo thống kê của Bộ Kế hoạch và Đầu tư. Quang Tùng, Cổng thông tin điện tử Bộ Kế hoạch và Đầu tư, <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=16625&idcm=188>, truy cập ngày 5/1/2018.

² Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI, Đại hội Đảng lần thứ XII.

hiệu lực kể từ ngày 01/01/2018. Sự ra đời của Luật tạo điều kiện cho việc thiết lập các chính sách, chương trình hỗ trợ cho DNNVV một cách đồng bộ, nhất quán, phù hợp với mục tiêu và định hướng phát triển kinh tế của đất nước nói chung, lợi thế của từng địa phương nói riêng và nâng cao sức cạnh tranh cũng như chất lượng hoạt động của khu vực DNNVV.

1. Quy định mới nổi bật của Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa

1.1. Luật hóa tiêu chí xác định doanh nghiệp nhỏ và vừa

Điều 4 Luật Hỗ trợ DNNVV quy định việc phân loại cũng như cách thức để nhận diện quy mô một doanh nghiệp. Về phân loại, DNNVV bao gồm ba loại là doanh nghiệp siêu nhỏ, doanh nghiệp nhỏ và doanh nghiệp vừa. Về tiêu chí xác định, DNNVV cần đảm bảo hai yếu tố:

+ Yếu tố thứ nhất, dựa trên con số người lao động trong doanh nghiệp, theo đó số lượng lao động tham gia bảo hiểm xã hội bình quân năm không quá 200 người.

+ Yếu tố thứ hai, căn cứ theo tổng nguồn vốn hoặc tổng doanh thu, theo đó DNNVV có tổng nguồn vốn không quá 100 tỷ đồng hoặc có tổng doanh thu của năm trước liền kề không quá 300 tỷ đồng.

Với cách thức xác định như trên, có thể thấy Luật Hỗ trợ DNNVV đã có những điểm kế thừa và bổ sung so với quy định tại Nghị định 56/2009/NĐ-CP.

- Thứ nhất, đối tượng của Luật phải là doanh nghiệp được thành lập, tổ chức và hoạt động theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp, cụ thể là Luật Doanh nghiệp năm 2014; và đáp ứng được các tiêu chí nêu trên. Nói cách khác, Luật đã thu hẹp và giới

hạn DNNVV được hỗ trợ thay vì dàn trải như trong Nghị định 56/2009/NĐ-CP³. Việc gói gọn đối tượng điều chỉnh trong phạm vi doanh nghiệp là phù hợp khi hiện nay chủ thể hợp tác xã đã được quy định khá chi tiết trong Luật Hợp tác xã và các văn bản hướng dẫn thi hành. Đồng thời, quy định của Luật sẽ tạo điều kiện cho việc hỗ trợ tập trung nguồn lực ưu tiên cho các doanh nghiệp khởi nghiệp đổi mới sáng tạo, DNNVV trong lĩnh vực sản xuất, chế biến... đồng thời tạo động lực thúc đẩy hộ kinh doanh chuyển đổi thành doanh nghiệp – nhất là thực trạng những năm gần đây khi các hộ kinh doanh không muốn rời bỏ khu vực phi chính thức sang chính thức⁴.

- Thứ hai, mặc dù vẫn giữ tiêu chí về số lượng người lao động để xác định DNNVV, nhưng Luật đã giới hạn số lao động không quá 200 người thay vì 300 người như trong Nghị định 56/2009/NĐ-CP. Tiêu chí dựa trên số lao động khiến cho việc xác định DNNVV một cách dễ dàng, doanh nghiệp có cùng số lao động sẽ mang những đặc tính tương đồng và có thể được hưởng những chính sách ưu đãi, hỗ trợ như nhau.

- Thứ ba, ngoài tiêu chí về nguồn vốn, Luật còn cho phép lựa chọn một căn cứ khác đó là doanh thu để xác định DNNVV và đây là một điểm mới so với Nghị định 56/2009/NĐ-CP. Doanh thu phản ánh tình trạng hoạt động, quy mô thực tế của doanh nghiệp trong ngành, lĩnh vực cần hỗ trợ, nhất là các doanh nghiệp hoạt động trong lĩnh vực dịch vụ và thương mại; doanh thu

³ Khoản 1 Điều 3 Nghị định 56/2009/NĐ-CP.

⁴ Thùy Dung, *Hộ kinh doanh không muốn lớn thành doanh nghiệp*, nguồn: <http://www.thesaigontimes.vn/165245/Ho-kinh-doanh-khong-muon-lon-thanh-doanh-nghiep.html>, truy cập ngày 5/1/2018.

là căn cứ để tổ chức tín dụng cấp tín dụng. Việc sử dụng tiêu chí doanh thu sẽ gần hơn với mục tiêu trợ giúp phát triển DNNVV, doanh nghiệp có doanh thu thấp cho thấy hoạt động sản xuất kinh doanh chưa thực sự hiệu quả thì cần được hỗ trợ để tăng cường năng lực cạnh tranh. Trên thực tế, việc cho phép doanh nghiệp thụ hưởng những ưu đãi nhất định dựa theo doanh thu đã được một số cơ quan quản lý nhà nước áp dụng, chẳng hạn như cơ quan thuế sử dụng tiêu chí này làm căn cứ để áp dụng thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp và một số chính sách ưu đãi thuế khác.

Kinh nghiệm quốc tế cho thấy, nhiều tổ chức quốc tế và quốc gia trên thế giới cùng sử dụng các tiêu chí về lao động, giá trị tài sản (vốn) và doanh thu để phân loại doanh nghiệp nhóm DNNVV. Ngân hàng thế giới (World Bank) xác định DNNVV là các doanh nghiệp có số lao động dưới 300 người, số vốn dưới 15 triệu USD và doanh thu không quá 15 triệu USD⁵ hoặc Liên minh châu Âu (EU) cũng phân loại doanh nghiệp vừa, nhỏ và siêu nhỏ dựa trên số lao động và tổng tài sản/doanh thu⁶.

1.2. Nguồn vốn hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa

Theo thống kê, khối DNNVV đang hoạt động đóng góp khoảng 45% vào GDP và 31% vào tổng số thu ngân sách⁷, đây là một

con số không nhỏ khi tổng thu ngân sách của toàn bộ nền kinh tế năm 2016 đạt khoảng 1.101.000 tỷ đồng⁸. Không thể phủ nhận vai trò đóng góp ngày càng lớn của DNNVV vào sự phát triển chung của nền kinh tế, vì vậy việc nhà nước tạo điều kiện để DNNVV có thể tiếp cận được các nguồn hỗ trợ là rất cần thiết.

Điều 6 Luật Hỗ trợ DNNVV đã liệt kê khá chi tiết các nguồn vốn được sử dụng để hỗ trợ DNNVV bao gồm: “Nguồn vốn tín dụng có hỗ trợ, bảo lãnh của Nhà nước; nguồn vốn hỗ trợ từ ngân sách nhà nước; nguồn vốn hỗ trợ từ miễn, giảm thuế, phí, lệ phí, tiền thuê đất, tiền sử dụng đất và các khoản khác phải nộp ngân sách nhà nước theo quy định của pháp luật; nguồn vốn hợp pháp từ các tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài”. Điều này đã tạo được cơ chế hình thành nguồn kinh phí để triển khai hỗ trợ DNNVV, khắc phục được một trong những hạn chế lớn nhất của Nghị định 56/2009/NĐ-CP (không quy định rõ nguồn lực để thực hiện). Có thể thấy, quy định của Luật đã huy động sự hỗ trợ từ nhiều nguồn chứ không bó hẹp trong phạm vi ngân sách nhà nước. Các nguồn lực ngoài nhà nước như của các tổ chức đại diện doanh nghiệp, tổ chức kinh tế, cá nhân, tổ chức khác trong và ngoài nước hoàn toàn có thể hỗ trợ tạo động lực để doanh nghiệp có điều kiện tự nâng cao năng lực cạnh tranh và đáp ứng mục tiêu tồn tại bền vững.

⁵ MSMEs Database – World Bank – January, 2007.

⁶ EU Law and Publications (2003) “*Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises*”, nguồn: <http://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/6ca8d655-126b-4a42-ada4-e9058fa45155/language-en>, truy cập ngày 5/1/2018.

⁷ T.Minh, *Cần hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa thực chất*, nguồn: <http://baochinhphu.vn/Kinh-te/Can-ho>

[tro-DN-nho-va-vua-thuc-chat/245556.vgp](http://tro-dn-nho-va-vua-thuc-chat/245556.vgp), truy cập ngày 5/1/2018.

⁸ Báo cáo Ngân sách Việt Nam 2016-2017 của Bộ Tài chính, nguồn: <http://www.mof.gov.vn/webcenter/portal/btc/r/ltvc/slansnn/bcnsnnhn>, truy cập ngày 5/1/2018.

1.3. Hỗ trợ riêng đối với một số nhóm doanh nghiệp nhỏ và vừa đặc thù

Bên cạnh các hỗ trợ chung dành cho các DNNVV như hỗ trợ về tín dụng và thuế, về mặt bằng sản xuất, về công nghệ và kỹ thuật, về mở rộng thị trường... Luật Hỗ trợ DNNVV đã dành riêng Mục 2, Chương II quy định về các biện pháp hỗ trợ mang tính chọn lọc, chuyên biệt nhóm DNNVV chuyển đổi từ hộ kinh doanh, DNNVV khởi nghiệp sáng tạo và DNNVV tham gia cụm liên kết ngành, chuỗi giá trị.

Việc đặt ra các quy định mang tính ưu tiên như vậy sẽ góp phần chuyển đổi mô hình và tái cơ cấu nền kinh tế, thúc đẩy tăng trưởng, nâng cao năng lực cạnh tranh và tự chủ của nền kinh tế.

a. Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa chuyển đổi từ hộ kinh doanh

Pháp luật doanh nghiệp từ lâu đã quy định về việc khuyến khích hộ kinh doanh chuyển đổi thành doanh nghiệp⁹ và hộ kinh doanh sử dụng thường xuyên từ 10 lao động trở lên phải đăng ký thành lập doanh nghiệp hoạt động theo quy định của Luật Doanh nghiệp¹⁰. Tuy nhiên, trên thực tế, con số thống kê cho thấy, chỉ có khoảng 8,7% hộ kinh doanh có vốn từ 1 - 5 tỷ đồng và khoảng 5,63% các hộ có trên 10 lao động nghĩ tới việc trở thành doanh nghiệp¹¹. Tỷ lệ

trên là rất nhỏ trong tổng số 5 triệu hộ kinh doanh hiện nay tại nước ta¹². Mặc dù hộ kinh doanh nắm giữ vai trò quan trọng trong nền kinh tế nhưng vẫn tồn tại khá nhiều bất cập như hoạt động manh mún, khả năng quản trị hạn chế, thiếu minh bạch, quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động không được bảo đảm. Vì vậy, Điều 16 Luật Hỗ trợ DNNVV quy định hỗ trợ cho các DNNVV chuyển đổi từ hộ kinh doanh sẽ tạo điều kiện rất lớn thúc đẩy sự chuyển dịch của khối chủ thể này sang doanh nghiệp, tạo điều kiện cho chủ thể này được tiếp cận các nguồn lực hỗ trợ, đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động, chủ sở hữu và các bên liên quan. Theo đó, ngoài những hỗ trợ chung, nhóm DNNVV này còn được thụ hưởng những hỗ trợ khác bao gồm: Hỗ trợ các thủ tục chuyển đổi sang doanh nghiệp; hỗ trợ các thủ tục hành chính thuế, chế độ kế toán trong thời hạn 03 năm sau khi chuyển đổi; hỗ trợ về miễn, giảm thuế thu nhập doanh nghiệp, miễn, giảm tiền sử dụng đất.

b. Hỗ trợ và đầu tư cho doanh nghiệp nhỏ và vừa khởi nghiệp sáng tạo

Trong những năm gần đây, doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo (hay còn được gọi là các startup) thường xuyên được nhắc đến và khẳng định tiềm năng phát triển lớn mạnh. Phần lớn các doanh nghiệp khởi nghiệp sáng tạo bước đầu thành lập đều thuộc khối DNNVV và rất cần những

⁹ Khoản 2 Điều 123 Luật Doanh nghiệp 1999.

¹⁰ Khoản 4 Điều 170 Luật Doanh nghiệp 2005 và hiện nay theo quy định tại khoản 2 Điều 212 Luật Doanh nghiệp 2014.

¹¹ Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế Trung ương (CIEM), Bộ Kế hoạch và Đầu tư, *Báo cáo Nghiên cứu Chính thức hóa hộ kinh doanh ở Việt Nam: Thực trạng và khuyến nghị chính sách*, công bố ngày 28/4/2017, nguồn: <http://www.ciem.org.vn/tin-tuc/5831/hoi-thao-cong-bo-bao-cao-nghien-cuu-chinh-thuc-hoa-ho-kinh-doanh-o-viet-nam-thuc-trang-va-khuye>

n-nghi-chinh-sach?newsgroup=Tin%20t%E1%BB%A9c, truy cập ngày 5/1/2018.

¹² Tính đến cuối năm 2016 cả nước có khoảng 5 triệu hộ kinh doanh, thông cáo báo chí về tình hình kinh tế - xã hội năm 2016 của Tổng cục Thống kê, Bộ Kế hoạch và Đầu tư, nguồn: <http://gso.gov.vn/default.aspx?tabid=382&idmid=&ItemID=16171>, truy cập ngày 5/1/2018.

khuyến khích, hỗ trợ để có cơ hội phát triển. Theo đó, Luật Hỗ trợ DNNVV dành Điều 17 và Điều 18 quy định riêng về việc hỗ trợ và đầu tư cho DNNVV khởi nghiệp sáng tạo. Một số nội dung hỗ trợ quan trọng có thể kể đến như: Hỗ trợ ứng dụng, chuyển giao công nghệ; hỗ trợ đào tạo, huấn luyện chuyên sâu về xây dựng, phát triển sản phẩm; hỗ trợ thông tin, truyền thông; hỗ trợ về lãi suất đối với khoản vay của DNNVV khởi nghiệp sáng tạo. Bên cạnh đó, một trong những khó khăn lớn nhất mà doanh nghiệp startup gặp phải đó là khó tiếp cận các nguồn vốn để đầu tư phát triển dự án. Vì vậy, Điều 18 đã cho phép hình thành quỹ đầu tư khởi nghiệp sáng tạo (hay còn gọi là quỹ đầu tư mạo hiểm) từ vốn góp của các nhà đầu tư tư nhân; quỹ đầu tư này sẽ cung cấp tài chính cho doanh nghiệp startup thông qua hình thức góp vốn thành lập, mua cổ phần, phần vốn góp của doanh nghiệp. Ngoài ra, để tạo động lực thúc đẩy cho các startup, tổ chức tài chính nhà nước của địa phương cũng có thể tham gia góp vốn cùng các quỹ đầu tư khởi nghiệp trong một thời gian nhất định (khoản 4 Điều 18). Quỹ đầu tư khởi nghiệp đóng một vai trò quan trọng trong việc phát triển hệ sinh thái khởi nghiệp, không chỉ đơn thuần là việc rót vốn, quỹ đầu tư sẽ tạo điều kiện hỗ trợ nhiều mặt cho doanh nghiệp startup như chiến lược kinh doanh, xây dựng thương hiệu, phân phối sản phẩm...¹³. Việc bước đầu ghi nhận những quy định về quỹ đầu tư khởi nghiệp sáng tạo là điểm đáng ghi nhận trong Luật Hỗ trợ DNNVV, tạo tiền đề cho việc hình

thành khung pháp lý cho hoạt động đầu tư khởi nghiệp tại Việt Nam.

Có thể thấy, các chương trình hỗ trợ dành riêng sẽ khuyến khích các DNNVV khởi nghiệp sáng tạo hiện thực các ý tưởng mới, phát triển và thương mại hóa các sản phẩm có tính sáng tạo và ứng dụng cao, cải thiện yếu tố chất lượng và giá cả, qua đó tạo giá trị gia tăng và nâng cao sức cạnh tranh của doanh nghiệp trên thị trường trong nước và quốc tế.

c. Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa tham gia cụm liên kết ngành, chuỗi giá trị

Nhóm đối tượng thứ ba được hưởng những hỗ trợ đặc thù đó là các DNNVV tham gia vào cụm liên kết ngành, chuỗi giá trị. Cụm liên kết ngành có thể hiểu là cách thức hợp tác, kết nối giữa các doanh nghiệp trong cùng một ngành, doanh nghiệp phụ trợ và các tổ chức có liên quan để cùng cạnh tranh. Chuỗi giá trị là những hoạt động liên kết tạo ra giá trị gia tăng cho sản phẩm hoặc dịch vụ, bao gồm các giai đoạn tiếp nối nhau từ hình thành ý tưởng, thiết kế sản phẩm, sản xuất, phân phối đến tay người tiêu dùng. Tham gia vào cụm liên kết ngành giúp các doanh nghiệp, nhất là các DNNVV có cơ hội tăng năng suất; tiếp cận các yếu tố đầu vào, thông tin, công nghệ, nguồn nhân lực và nhà cung cấp dễ dàng hơn; có được các hỗ trợ tốt hơn do mức độ tập trung quy mô của một lĩnh vực. Do đó, Luật tăng cường hỗ trợ cho nhóm DNNVV tham gia cụm liên kết ngành, chuỗi giá trị sẽ phần nào khắc phục tình trạng nhỏ lẻ, thiếu liên kết, hoạt động rời rạc của các DNNVV hiện nay, đồng thời thúc đẩy quá trình liên kết giữa các doanh nghiệp, tăng khả năng cạnh tranh và hình thành chuỗi giá trị bền vững cho các sản phẩm chủ lực quốc gia.

¹³ Đ.K Hà, *Quỹ đầu tư với Startup: Không chỉ là nơi cấp vốn (phần 1)*, nguồn: <http://khoinghiepsangtao.vn/phan-tich/quy-dau-tu-voi-startup-khong-chi-la-noi-cap-von-phan-1/>, truy cập ngày 5/1/2018.

2. Những tác động tích cực của Luật Hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa

2.1. Tác động về mặt kinh tế

Tác động lớn nhất của Luật Hỗ trợ DNNVV đó là thúc đẩy việc giải phóng nguồn lực cho khối doanh nghiệp ngoài nhà nước, hướng tới nhóm đối tượng là các doanh nghiệp siêu nhỏ, nhỏ, vừa đang chiếm tỷ trọng lớn trong nền kinh tế. Việc phát triển các doanh nghiệp này có ý nghĩa rất quan trọng trong lộ trình phát triển bền vững, đặc biệt trong bối cảnh hiện nay các nguồn lực cho phát triển ngày càng hạn hẹp (nguồn vốn ODA giảm và lãi suất tăng cao¹⁴, cạnh tranh gay gắt giữa các quốc gia về nguồn vốn FDI, khu vực doanh nghiệp nhà nước thu hẹp...). Cùng với những thay đổi tích cực của Luật Doanh nghiệp, Luật Đầu tư và hệ thống pháp luật liên quan đến hoạt động sản xuất kinh doanh, các nỗ lực về cải cách điều kiện kinh doanh, giấy phép con đang được Chính phủ thực hiện, các biện pháp hỗ trợ doanh nghiệp như Nghị quyết 19/NQ-CP, Nghị quyết 35/NQ-CP¹⁵, Luật Hỗ trợ DNNVV sẽ có tác động rất lớn đến mục tiêu đạt được 1 triệu doanh nghiệp vào năm 2020 mà Chính phủ đã đặt ra¹⁶.

¹⁴ Nguyễn Tuyền, *Từ tháng 7/2017, Việt Nam sẽ phải vay ODA với lãi suất cao*, nguồn: <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/tu-thang-7-2017-viet-nam-se-phai-vay-oda-voi-lai-suat-cao-20161025180250426.htm>, truy cập ngày 5/1/2018.

¹⁵ Nghị quyết số 35/NQ-CP ngày 16/5/2016 về hỗ trợ và phát triển doanh nghiệp đến năm 2020; Nghị quyết số 19 nhằm thực hiện các nhiệm vụ, giải pháp để cải thiện môi trường kinh doanh, nâng cao năng lực cạnh tranh quốc gia, Nghị quyết được ban hành từ năm 2014 và ban hành lại qua các năm 2016, 2017.

¹⁶ Nghị quyết số 35/NQ-CP nêu rõ: Mục tiêu đến năm 2020, xây dựng doanh nghiệp Việt Nam có năng lực cạnh tranh, phát triển bền vững, cả nước có ít nhất 1 triệu doanh nghiệp hoạt động.

Theo số liệu thống kê, năm 2017, số lượng doanh nghiệp mới thành lập ở Việt Nam đạt mức kỷ lục là 126.859 doanh nghiệp, trong đó số lượng DNNVV (xét theo tiêu chí quy mô vốn dưới 100 tỷ) là 125.343 doanh nghiệp chiếm 98,9%¹⁷. Với giả định tỷ trọng vốn đăng ký bình quân như hiện tại là 10,2 tỷ đồng/doanh nghiệp¹⁸, sẽ có ít nhất 1.279 nghìn tỷ đồng (khoảng 52,66 tỷ USD) được khối DNNVV đưa vào đầu tư sản xuất kinh doanh, cao hơn hẳn mức vốn FDI đăng ký đầu tư vào Việt Nam (tính chung 12 tháng năm 2017, vốn FDI vào Việt Nam đạt 35,88 tỷ USD¹⁹). Nếu giải phóng được nguồn nội lực này sẽ góp phần trực tiếp cho việc nâng cao năng lực sản xuất, khả năng cung ứng, đóng góp trực tiếp tạo ra sản lượng và phát triển GDP. Đặc biệt, các DNNVV thường hoạt động chủ yếu trong các ngành chế biến, chế tạo, dịch vụ, công nghiệp... qua đó thúc đẩy quá trình chuyển đổi cơ cấu ngành, dịch chuyển lực lượng sản xuất sang các ngành, lĩnh vực có hiệu suất sử dụng vốn, lao động, đất đai cao hơn, từ đó cải thiện nâng cao năng suất và hỗ trợ đắc lực cho quá trình chuyển đổi cơ cấu nền kinh tế.

Đặc biệt, các biện pháp hỗ trợ chung cũng như hỗ trợ cho một số nhóm doanh nghiệp đặc thù trong Luật Hỗ trợ DNNVV sẽ góp phần giải quyết thực trạng chênh lệch giữa các doanh nghiệp đăng ký hoạt động và các doanh nghiệp thực sự tồn tại. Trong những năm qua, khoảng cách giữa con số doanh nghiệp đăng ký và doanh

¹⁷ Bộ Kế hoạch và Đầu tư, *Tình hình đăng ký doanh nghiệp tháng 12 và năm 2017*, nguồn: <http://www.mpi.gov.vn/Pages/tinbai.aspx?idTin=38668&idcm=188>, truy cập ngày 5/1/2018.

¹⁸ Như trên.

¹⁹ Như trên.

ng nghiệp có hoạt động trên thực tế đang gia tăng, trong giai đoạn 2005-2013 chỉ có 45% doanh nghiệp đã đăng ký thực sự đi vào thị trường và vẫn duy trì được hoạt động²⁰. Điều này cho thấy sự cần thiết của các biện pháp hỗ trợ nhằm tạo điều kiện cho các doanh nghiệp không chỉ thành lập mà còn tồn tại trên thị trường, hoạt động một cách có hiệu quả.

2.2. Tác động về mặt xã hội

Hiện nay, Việt Nam có khoảng gần 550.000 doanh nghiệp đang hoạt động tính đến năm 2016²¹ cùng với hơn 153.000 doanh nghiệp thành lập mới và quay trở lại hoạt động trong năm 2017. Với việc DNNVV chiếm 98% số lượng doanh nghiệp nêu trên, có thể thấy tác động tích cực nhất mà khối DNNVV đem lại đó là tạo ra việc làm và thu nhập cho người lao động ở tất cả các ngành, lĩnh vực, đặc biệt là đối với lực lượng lao động chưa qua đào tạo. Các DNNVV thu hút 51% lực lượng lao động của cả nước và tạo thêm 1 triệu việc làm mới mỗi năm²², qua đó góp phần đáp ứng nhu cầu việc làm và thu nhập, nâng cao mức sống người dân và góp phần giải quyết các vấn đề thất nghiệp, xóa đói, giảm nghèo, an sinh xã hội. Việc làm mới phát

sinh từ khối doanh nghiệp trên cũng góp phần chuyển dịch một số lượng lớn lao động từ khu vực nông thôn sang khu vực công nghiệp, dịch vụ. Năng suất lao động tổng thể của nền kinh tế nhờ vậy cũng sẽ được cải thiện đáng kể.

Nói cách khác, Luật Hỗ trợ DNNVV sẽ tác động tích cực đến sự phát triển của DNNVV và từ đó tạo điều kiện để cải thiện xã hội, đây cũng chính là động lực để đất nước phát triển một cách bền vững.

3. Một số nhận xét

Bên cạnh những mặt tích cực, Luật Hỗ trợ DNNVV vẫn còn tồn tại một số vấn đề cần được tiếp tục hoàn thiện:

Thứ nhất, các quy định của Luật chưa thể phát huy ngay hiệu lực dù Luật đã bắt đầu thi hành từ ngày 01/01/2018. Nguyên nhân lớn nhất của thực trạng này xuất phát từ chính các điều khoản trong Luật, phần lớn những chính sách, cơ chế hỗ trợ đều mang tính chung chung, để có thể áp dụng trong thực tế thì phải chờ văn bản hướng dẫn thi hành, có thể kể đến một số nội dung như quy định về quỹ bảo lãnh tín dụng DNNVV (Điều 9), hỗ trợ thông tin, tư vấn và pháp lý (Điều 14), hỗ trợ phát triển nguồn nhân lực (Điều 15), các hỗ trợ đặc thù dành cho nhóm đối tượng DNNVV chuyển đổi từ hộ kinh doanh, startup, tham gia cụm liên kết ngành (Điều 16, 17, 19), quỹ phát triển DNNVV (Điều 20)... Dù hiện nay, Chính phủ đang gấp rút hoàn thiện các văn bản hướng dẫn Luật, trong đó có 04 Nghị định quan trọng là Nghị định quy định chi tiết một số điều của Luật Hỗ trợ DNNVV, Nghị định quy định chi tiết về đầu tư cho khởi nghiệp sáng tạo, Nghị định về tổ chức và hoạt động của Quỹ Phát triển DNNVV, Nghị định về tổ chức và hoạt

²⁰ Tổng cục Thống kê, *Báo cáo rà soát số lượng doanh nghiệp năm 2012*, <http://www.gso.gov.vn/default.aspx?tabid=422&idmid=&ItemID=12481>, truy cập ngày 5/1/2018.

²¹ Tính đến 31/12/2016, Việt Nam ước có 546.281 doanh nghiệp đang hoạt động. Nguồn: Phòng Công nghiệp và Thương mại Việt Nam - VCCI, *Báo cáo thường niên Doanh nghiệp Việt Nam năm 2016*, <http://vbis.vn/wp-content/uploads/2017/05/VCCI-2017-B7.pdf>, tr.24, truy cập ngày 5/1/2018.

²² Hồ Hoàng, *Năng cao năng lực doanh nghiệp nhỏ và vừa*, nguồn: <http://enternews.vn/nang-cao-nang-luc-doanh-nghiep-nho-va-vua-91484.html>, truy cập ngày 5/1/2018.

động Quỹ bảo lãnh tín dụng DNNVV; nhưng không khó để nhận thấy Luật Hỗ trợ DNNVV vẫn rơi vào tình trạng Luật phải chờ nghị định, thông tư.

Thứ hai, các chính sách, cơ chế hỗ trợ nằm trong Luật mới chỉ dừng ở mức liệt kê, phân vùng đối tượng thụ hưởng mà chưa có quy định về nguyên tắc, đối tượng, cách thức, điều kiện thực hiện các biện pháp này; một số biện pháp lại chỉ đơn giản dẫn chiếu tới văn bản pháp luật khác đang có hiệu lực mà không hề có tính mới (chẳng hạn như Điều 10 hỗ trợ về thuế, kế toán). Điều này dẫn đến một số quan ngại về tính khả thi cũng như tính ứng dụng của Luật. Thực tế cho thấy, trong quá trình triển khai Nghị định hỗ trợ DNNVV trước đây (Nghị định 90/2001/NĐ-CP, Nghị định 56/2009/NĐ-CP) nhiều cơ chế, chính sách đã được ban hành dưới dạng văn bản quy phạm pháp luật, nhiều quy định khá chi tiết và đầy đủ nhưng vướng mắc gặp phải lại ở khâu thi hành, triển khai cơ chế. Trong khi đó, mối quan tâm lớn nhất của doanh nghiệp không phải họ được hưởng những ưu đãi nào mà là họ sẽ được nhận những hỗ trợ như thế nào, bằng cách nào, có thuận lợi hay không. Muốn phát triển doanh nghiệp một cách bền vững thì những biện pháp dành cho doanh nghiệp không nên dừng ở mức hỗ trợ cơ học (doanh nghiệp thiếu gì thì hỗ trợ cái đó) mà phải là kết hợp đồng bộ tổng thể các biện pháp tài chính, trình độ công nghệ, tiếp cận thông tin, hiểu biết pháp lý... Vì vậy, điểm mấu chốt nhất của Luật Hỗ trợ DNNVV đó là phải hình thành một cơ chế thực hiện các biện pháp một cách nhất quán và hiệu quả để doanh nghiệp có thể nhanh chóng tiếp cận các ưu đãi, thụ hưởng những hỗ trợ, thúc đẩy hoạt động sản xuất kinh doanh và đóng góp cho nền kinh tế.

Thứ ba, chưa có quy định cụ thể về việc huy động và sử dụng các nguồn lực hỗ trợ như thế nào. Mặc dù Luật đã có quy định về nguồn vốn để hỗ trợ DNNVV, nhưng có thể thấy phần lớn đều xuất phát từ khu vực công trong khi quy định về khả năng huy động các nguồn lực hỗ trợ không phải từ nhà nước còn chưa rõ. Trong bối cảnh nguồn ngân sách quốc gia đang gặp nhiều khó khăn như hiện nay, việc dồn trách nhiệm nguồn lực lên vai nhà nước sẽ khiến cho việc triển khai Luật gặp nhiều vướng mắc. Việc huy động các nguồn lực từ nhà nước phải được lập dự toán, thẩm định, phê duyệt, quyết toán theo quy định của pháp luật sẽ khiến cho thời gian thực hiện kéo dài; chưa kể đến số lượng DNNVV - đối tượng được nhận những hỗ trợ này có phạm vi rất rộng chiếm trên 97% số lượng doanh nghiệp cả nước. Vì vậy, việc tích cực huy động những nguồn lực tư nhân, những hỗ trợ ngoài nhà nước là rất cần thiết trong tình hình hiện nay.

Kết luận

Luật Hỗ trợ DNNVV đã tạo khung pháp lý có hiệu lực cao nhất tác động trực tiếp tới việc hỗ trợ các doanh nghiệp nói chung và khối DNNVV nói riêng phát triển. Doanh nghiệp có được những thuận lợi rất lớn trong việc tìm kiếm thị trường tiêu thụ hàng hóa, sản phẩm, cung cấp nguồn vốn, hỗ trợ tài chính, hỗ trợ nhân sự, cung cấp thông tin liên quan đến hoạt động sản xuất, kinh doanh của doanh nghiệp... Bên cạnh những tác động tích cực của Luật được thể hiện qua nhiều mặt, Luật còn đặt DNNVV vào vị trí trung tâm, đòi hỏi các cơ quan quản lý, cơ quan có thẩm quyền phải đồng hành, hỗ trợ tối đa để DNNVV nâng cao sức cạnh tranh trong nền kinh tế.

TRÁCH NHIỆM CỦA CÔNG TY MẸ ĐỐI VỚI CÁC NGHĨA VỤ CỦA CÔNG TY CON – CÁCH TIẾP CẬN CỦA PHÁP LUẬT NHẬT BẢN

*Nguyễn Thị Phương Hà**

Tóm tắt: Bài viết giới thiệu và phân tích các quy tắc về trách nhiệm trực tiếp bồi thường thiệt hại cho bên thứ ba của công ty mẹ trong quan hệ với công ty con ở mô hình nhóm công ty theo pháp luật Nhật Bản.

Abstract: This article introduces and evaluates the rules of Japanese law under which parent companies are held directly liable to the creditors of their subsidiaries.

Dẫn nhập

Trong mô hình nhóm công ty, sự chi phối của công ty mẹ đối với các vấn đề quản lý và kinh doanh của công ty con làm phát sinh hai mâu thuẫn lợi ích cơ bản giữa công ty mẹ với cổ đông hoặc thành viên nhỏ của công ty con và giữa công ty mẹ với chủ nợ hoặc các bên có liên quan khác của công ty con. Lợi ích của các chủ sở hữu nhỏ và chủ nợ của công ty con luôn có nguy cơ bị xâm hại bởi khuynh hướng tìm kiếm và lợi dụng quyền chi phối để trục lợi của công ty mẹ. Khuynh hướng này nảy sinh từ chế độ trách nhiệm hữu hạn của công ty mẹ. Trong mối quan hệ mẹ – con, công ty mẹ về bản chất là một thành viên hoặc một cổ đông lớn trong công ty con, còn công ty con mang hình thức công ty trách nhiệm hữu hạn hay cổ phần có tư cách pháp nhân, luôn độc lập với các chủ thể khác kể cả chủ thể đã góp vốn thành lập ra nó. Do đó, công ty con tự chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ bằng tài sản của chính mình; trách nhiệm của công ty mẹ chỉ giới hạn trong phạm vi số vốn đã đầu tư vào công ty con. Với tám lá chắn “trách nhiệm hữu hạn” đó công ty mẹ có động cơ, sự thúc đẩy để hướng công ty con

tham gia vào những hoạt động kinh doanh có thể gây tổn thất cho nó nhưng có lợi cho công ty mẹ hay những hoạt động có độ rủi ro cao. Khi đó, chủ thể bị thiệt hại chính là các chủ sở hữu nhỏ, chủ nợ và các bên có liên quan của công ty con.

Chính sự chi phối của công ty mẹ đối với các vấn đề quản lý và kinh doanh của công ty con đòi hỏi các quốc gia cần có những quy định và cơ chế pháp lý phù hợp điều chỉnh trách nhiệm của công ty mẹ đối với những tổn thất và nghĩa vụ của công ty con. Ở Việt Nam, Luật Doanh nghiệp quy định duy nhất một cơ chế đền bù thiệt hại riêng biệt cho vấn đề trách nhiệm của công ty mẹ, theo đó, công ty mẹ phải đền bù thiệt hại cho công ty con nếu thiệt hại đó phát sinh từ sự can thiệp trái pháp luật của công ty mẹ¹. Trường hợp công ty mẹ không thực hiện nghĩa vụ này thì chủ sở hữu nhỏ hoặc chủ nợ của công ty con có quyền yêu cầu công ty mẹ đền bù thiệt hại cho công ty con². Cơ chế này của Việt Nam hiện vẫn tồn tại những hạn chế về tính khả thi trong áp dụng và hiệu quả bảo vệ đối với chủ sở hữu nhỏ

* ThS., Khoa Luật Thương mại, Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Khoản 3 Điều 190 Luật Doanh nghiệp 2014. Cơ chế đền bù thiệt hại trước đó đã được quy định trong Luật Doanh nghiệp 2005 tại Điều 147.

² Khoản 5 Điều 190 Luật Doanh nghiệp 2014.

và chủ nợ của công ty con³. Đặc biệt, việc cơ chế quy định công ty mẹ không trực tiếp chịu trách nhiệm trước các chủ nợ của công ty con tuy rằng hợp lý ở khía cạnh công ty mẹ và công ty con có tư cách pháp lý độc lập với nhau, nhưng lại chưa hợp lý trong trường hợp sự can thiệp của công ty mẹ đạt đến mức độ khiến bản chất của công ty con không còn là một pháp nhân độc lập hay công ty con chỉ là một bức bình phong để công ty mẹ hành động gây thiệt hại cho bên thứ ba⁴.

1. Khái niệm “công ty mẹ” và “công ty con” theo Luật Công ty Nhật Bản

Luật Công ty của Nhật Bản (*the Japanese Companies Act - JCA*) quy định một công ty được xem là công ty mẹ của một công ty khác nếu sở hữu phần lớn cổ phần có quyền biểu quyết hoặc có quyền chi phối hoạt động điều hành của công ty đó⁵. “Quyền chi phối hoạt động điều hành” là “quyền tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của công ty”⁶, theo đó,

³ Xem thêm: TS. Hà Thị Thanh Bình, “Điều chỉnh mối quan hệ giữa các công ty trong nhóm công ty theo Luật Doanh nghiệp”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 05(90)/2015, tr. 15–22.

⁴ TS. Hà Thị Thanh Bình, “Một số kiến nghị góp phần hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh giao dịch giữa các công ty trong nhóm công ty mẹ – công ty con”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 03 (106)/2017, tr. 36 – 45.

⁵ Article 2 of the Japanese Companies Act No.86 of July 26, 2005 [Điều 2 Luật Công ty Nhật Bản, số 86, ngày 26/7/2005]. Tham khảo: Ministry of Justice of Japan [Bộ Tư pháp Nhật Bản], “The English Translation of the Act No.86 of July 26, 2005” [Bản tiếng Anh của Luật số 86 ngày 26/7/2005], *Japanese Law Translation Database System [Cơ sở dữ liệu dịch thuật pháp luật Nhật Bản]*: <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=1&re=02&dn=1&x=0&y=0&co=01&ia=03&ky=companies+act&page=16>.

⁶ Điều 3, The Ordinance for Enforcement of the Japanese Companies Act [Sắc lệnh về thực thi Luật Công ty Nhật Bản]; Tham khảo bản dịch tiếng Anh

công ty A sẽ được xem là công ty mẹ của công ty B nếu như: (i) Đa số hoặc toàn bộ thành viên Hội đồng quản trị công ty B là người do công ty A cử; (ii) Có một thỏa thuận mà theo đó công ty A có quyền quyết định các vấn đề quan trọng về chiến lược tài chính và kinh doanh của công ty B; (iii) Giá trị khoản vay mà công ty A cho công ty B vay lớn hơn tổng giá trị tài sản của công ty B, hoặc (iv) Các căn cứ thực tế khác cho thấy công ty A có sự tác động đến các quyết định về tài chính và kinh doanh của công ty B⁷. Có thể thấy, căn cứ để nhận diện mối quan hệ công ty mẹ – công ty con theo JCA là khá rộng, bao hàm bất kỳ cơ sở thực tế nào cho thấy sự tác động đến các vấn đề tài chính và kinh doanh của một công ty đối với một công ty khác⁸.

2. Trách nhiệm của công ty mẹ đối với nghĩa vụ của công ty con theo pháp luật Nhật Bản

JCA không dành một chương riêng cho nhóm công ty mà điều chỉnh hoạt động của các công ty trong nhóm bằng các quy định rải rác áp dụng cho những công ty độc lập đi kèm với các điều khoản đặc biệt cho nhóm công ty. Để bảo vệ chủ sở hữu nhỏ và chủ nợ của công ty con, JCA đã đưa ra điều khoản về nghĩa vụ bồi hoàn và các điều khoản về hệ thống kiểm soát nội bộ trong nhóm công ty.

tại sách: Ichirō Kawamoto, Yasuhiro Kawaguchi, and Takayuki Kihira, *Corporations and Partnerships in Japan [Công ty và Hiệp hội ở Nhật Bản]*, Kluwer Law International Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2012, tr. 335–336.

⁷ Điều 3, The Ordinance for Enforcement of the Japanese Companies Act, tldd.

⁸ Xem thêm phân tích về căn cứ nhận diện mối quan hệ công ty mẹ – công ty con trong bài viết: Nguyễn Thị Phương Hà, “Bàn về căn cứ nhận diện mối quan hệ công ty mẹ – công ty con”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6(350)/2017, tr. 57 – 62.

Trước hết, nghĩa vụ bồi hoàn được quy định tại Điều 120 JCA (Điều này được áp dụng cho cả các công ty độc lập và các công ty trong một nhóm công ty). Theo đó, công ty cổ phần không được trao bất kỳ lợi ích về tài sản (*property benefits*) nào cho bất kỳ ai liên quan đến việc thực hiện quyền cổ đông. Trường hợp một cổ đông nhận được một lợi ích về tài sản từ công ty mà không phải trả một số tiền tương ứng nào (*without any charge*) thì cổ đông đó phải hoàn trả lại tài sản đó cho công ty. Người quản lý của công ty có thể phải liên đới chịu trách nhiệm trong phạm vi giá trị tài sản đã trao nếu họ có liên quan đến việc trao lợi ích tài sản đó. Vậy, công ty mẹ về bản chất cũng là một cổ đông của công ty con, nếu ở vào trường hợp này cũng sẽ phải hoàn trả lại tài sản cho công ty con. Quy định này nhằm phòng tránh việc cổ đông lớn hay công ty mẹ lợi dụng sự chi phối của mình đối với công ty con để trục lợi.

Về điều khoản mang tính ngăn ngừa (*preventive provisions*), đây là quy định đòi hỏi từng nhóm công ty và từng công ty trong một nhóm thành lập một hệ thống kiểm soát nội bộ (*internal control system*) để bảo đảm sự đúng đắn trong hoạt động của các công ty trong nhóm⁹. Hệ thống

kiểm soát nội bộ được hiểu là bộ các quy tắc do chính các nhóm công ty ban hành, do vậy, cách thức thực hiện và mức độ hiệu quả của hệ thống này tùy thuộc vào từng nhóm. Bộ các quy tắc nội bộ này bao gồm quy tắc về cách thức phối hợp hoạt động giữa các công ty trong nhóm; quy tắc về hoạt động và trách nhiệm của ban quản lý, ban kiểm toán, ban kiểm soát ở công ty mẹ và các công ty con nhằm bảo đảm sự tuân thủ chặt chẽ của từng công ty đối với các quy định của pháp luật, mục tiêu và chính sách phát triển chung của nhóm¹⁰. Tóm lại, hệ thống này hướng đến việc nâng cao sự minh bạch trong quan hệ nội bộ giữa các công ty trong nhóm, bảo vệ quyền lợi của cổ đông và đối tác trong các công ty, đảm bảo sự vận hành một cách đồng bộ, thống nhất của cả nhóm.

Như vậy, JCA không thiết lập một cơ chế đặc biệt cho trách nhiệm của công ty mẹ (như cơ chế đền bù thiệt hại của Việt Nam). Thực tế, các trường hợp công ty mẹ phải chịu trách nhiệm đối với các nghĩa vụ của công ty con xảy ra dựa trên các quy tắc và cơ chế do Tòa tối cao (*the Supreme Court*) hoặc các Tòa cấp dưới (*lower courts*) xây dựng trong thực tiễn xét xử. Có hai loại quy tắc đó là quy tắc về giám đốc thực tế (*de facto director*) và cơ chế phá hạn trách nhiệm (*veil-piercing mechanism* hay

⁹ Điều 362.5, 393.1, và 416.2 của JCA; Điều 98.1.5, 100.1.5, 110.4.2, và 112.1.5 của Ordinance for Enforcement of the Companies Act. Theo các điều khoản này, trong nhóm công ty, những công ty lớn theo mô hình có ban giám đốc (*large companies with a board of directors*), công ty có ban kiểm toán và ban kiểm soát (*companies with audit and supervisory committee*), và công ty với cả 3 ban (*companies with three committees*) phải thành lập hệ thống kiểm soát nội bộ. JCA chia công ty cổ phần thành các dạng: Công ty lớn (*large companies*), công ty không phải công ty lớn (*non-large companies*), công ty đại chúng (*public companies*) và công ty không đại chúng (*non-public companies*). Từng dạng công ty lại được quy định có các cơ cấu tổ chức khác nhau, xem thêm tại Phần 2, Chương IV của JCA và tổng

hợp tại sách: Ichirō Kawamoto, Yasuhiro Kawaguchi, and Takayuki Kihira, *Corporations and Partnerships in Japan [Công ty và Hiệp hội ở Nhật Bản]*, Kluwer Law International Alphen aan den Rijn, The Netherlands, 2012, tr. 214–217.

¹⁰ Tham khảo “internal control system” của các tập đoàn Nhật Bản ban hành theo yêu cầu của JCA tại các websites: <https://www.shiseidogroup.com/ir/account/governance/inner.html>, <http://www.mitsubishicorp.com/jp/en/about/governance/internal.html>, <http://www.nikon.com/about/ir/governance/internal-control/index.htm>, <http://www.lion.co.jp/en/company/governance/system.php>.

mechanism of piercing the corporate veil, dịch sát nghĩa là cơ chế xuyên bức màn tư cách công ty).

2.1. Quy tắc giám đốc thực tế (*de facto director*)

Các Tòa án ở Nhật Bản buộc những người không chính thức được bầu hay bổ nhiệm là giám đốc, nhưng thực tế lại nắm quyền quyết định các vấn đề quản lý và hoạt động của công ty phải chịu trách nhiệm về thiệt hại họ gây ra cho công ty hoặc một bên thứ ba bằng cách xem họ như là giám đốc thực tế hay giám đốc không chính thức của công ty. Vậy, người quản lý thực tế/không chính thức được xem như có đầy đủ các nghĩa vụ của người quản lý hợp pháp và chính thức của công ty; theo đó, họ buộc phải chịu trách nhiệm về các thiệt hại phát sinh từ việc họ vi phạm nghĩa vụ của người quản lý công ty. Để coi một người là người giám đốc thực tế của công ty, điểm cốt yếu là phải tìm ra bằng chứng cho thấy họ thực tế đang thực hiện vai trò của giám đốc. Các biểu hiện của bằng chứng này có thể thấy rõ trong các trường hợp sau:

Trong quyết định của Tòa án Kyoto (*Kyoto District Court*) vào ngày 05/02/1992¹¹, giám đốc (người đại diện theo pháp luật) của công ty mẹ, đồng thời là một chủ sở hữu của công ty con, đã có sự kiểm soát chặt chẽ đối với công ty con qua bằng chứng về sự tương thích giữa lời nói, hành

động của người này với những thay đổi trong việc quản trị công ty con. Người này cũng thực chất và liên tục quyết định các vấn đề kinh doanh của công ty con. Vì lẽ đó, Tòa án đã tuyên người này là một *de facto director* của công ty con, do đã vi phạm nghĩa vụ trung thành của giám đốc, ông ta buộc phải chịu trách nhiệm với tư cách một giám đốc chính thức trước các chủ sở hữu của công ty con và trước bên thứ ba theo Điều 266 Bộ luật Thương mại, nay là Điều 429 JCA¹².

Tiếp theo, trong quyết định của Tòa án Nagoya (*Nagoya District Court*) vào ngày 14/5/2010¹³, bị đơn mặc dù chỉ nắm giữ 50 trong tổng số 200 cổ phần của công ty nhưng vẫn được xem là người chủ thực sự duy nhất của công ty bởi hai cổ đông còn lại mỗi người nắm giữ số cổ phần lần lượt là 100 và 50 do sự sắp đặt của người này. Sự kiểm soát tuyệt đối của bị đơn với công ty bộc lộ qua sự việc: Trước khi khách hàng khởi kiện ra tòa, toàn bộ số vốn hình thành từ thời điểm thành lập công ty tại một tài khoản ngân hàng đã bị rút theo sự chỉ đạo của bị đơn khiến cho công ty mất khả năng bồi thường thiệt hại cho các khách hàng. Các chứng cứ còn cho thấy mọi hoạt động kinh doanh của công ty được điều hành dựa theo ý chỉ của bị đơn, mọi người quản lý của công ty bao gồm giám đốc đại diện theo pháp luật là thuộc cấp của bị đơn, nhân viên cũng xem bị đơn như một người quản lý thực chất của công ty. Do vậy, Tòa án đã

¹¹ Kyoto District Court [京都地方裁判所] (Tòa án Kyoto), 1436 *Hanrei jihou* [判例時報] 115 (Bộ *Hanrei jihou* số 1436, từ trang 115), ngày 05/02/1992; bài viết: Eiji Takahashi and Tatsuya Sakamoto, “Japanese Corporate Law: Important Cases in 2011” (Pháp luật doanh nghiệp Nhật Bản: Các vụ án quan trọng trong năm 2011), *Zeitschrift Für Japanisches Recht/Journal of Japanese Law* 17 (Tập chí về Pháp luật Nhật Bản số 17), bài số 33, 2012, tr. 230.

¹² Điều 429 JCA quy định về Vi phạm nghĩa vụ của giám đốc và Trách nhiệm bồi thường của giám đốc đối với thiệt hại của bên thứ ba.

¹³ Nagoya District Court [名古屋地方裁判所] (Tòa án Nagoya), 2112 *Hanrei jihou* [判例時報] 66 (Bộ *Hanrei jihou* số 2112, từ trang 66), ngày 14/5/2010; bài viết: Takahashi and Sakamoto, “Japanese Corporate Law”, đã dẫn (11), tr. 226–229.

kết luận bị đơn về bản chất đã kiểm soát công ty và tự thân điều hành công ty, và buộc bị đơn phải chịu trách nhiệm về việc vi phạm nghĩa vụ của người quản lý công ty theo Điều 429 JCA.

Tóm lại, ở hai trường hợp nêu trên, vị giám đốc thực tế có hai biểu hiện như sau: *Một là*, tuy không giữ chức vụ quản lý nhưng thực chất đã chủ động điều hành hoạt động kinh doanh của công ty; *hai là*, nắm quyền kiểm soát tài sản và việc quản trị nội bộ công ty. Chính sự kiểm soát về tài sản và quản trị công ty đã cho phép họ thực hiện vai trò của người quản lý công ty và khiến người quản lý hợp pháp mất đi thẩm quyền ra quyết định. Tuy vậy, giới nghiên cứu về Luật Công ty ở Nhật Bản lại có các quan điểm trái chiều về cách mà giám đốc thực tế chiếm giữ thẩm quyền của giám đốc hợp pháp. Một số quan điểm cho rằng giám đốc thực tế phải trực tiếp điều hành hoạt động kinh doanh của công ty, các quan điểm khác lại cho rằng giám đốc thực tế không nhất thiết phải trực tiếp, đích thân điều hành công ty mà có thể chỉ đóng vai trò là nhân tố ra quyết định và chỉ phối bộ máy quản lý, điều hành của công ty¹⁴.

Một lưu ý nữa từ hai trường hợp trên là các chủ thể được xem là giám đốc thực tế đều là cá nhân. Câu hỏi đặt ra là liệu giám đốc thực tế có thể là một pháp nhân, cụ thể là một công ty hay không? Chắc chắn, giám đốc chính thức và hợp pháp của một công ty phải là cá nhân, nhưng có phải vì thế mà giám đốc thực tế cũng phải là một cá nhân? Từ góc nhìn thứ hai của giới nghiên cứu Nhật Bản về cách mà giám đốc thực tế chiếm giữ thẩm quyền của giám đốc hợp pháp ở trên, và từ quan điểm của tác giả bài viết này, mục tiêu của quy tắc *de facto*

director nhắm tới là người thực chất nắm giữ thẩm quyền quản lý, nói cách khác, là cái ý chí nằm đằng sau hành vi bên ngoài của người quản lý. Người đó có thể là một chủ sở hữu lớn, là cá nhân và cả pháp nhân. Vậy, công ty mẹ - chủ sở hữu có quyền chi phối hoạt động của công ty con một cách hợp pháp - vẫn có thể được xem là giám đốc thực tế của công ty con nếu sự chi phối triệt tiêu thẩm quyền của người quản lý công ty con, khiến người quản lý công ty con chỉ tồn tại trên danh nghĩa.

Tóm lại, quy tắc về *de facto director* đáng để Việt Nam tham khảo khi giải quyết các vấn đề về trách nhiệm đối với bên thứ ba trong bối cảnh nhóm công ty. Mặc dù các tòa án Nhật Bản chưa xác định rõ ràng đối tượng có thể là giám đốc thực tế nhưng dựa trên ý nghĩa và mục tiêu của quy tắc này, giám đốc thực tế có thể là cá nhân và pháp nhân, mà cụ thể là một công ty mẹ. Hơn nữa, quy tắc này phần nào cũng giải quyết được trường hợp người quản lý của công ty mẹ đồng thời điều hành hoạt động của công ty con và gây thiệt hại cho công ty con cũng như bên thứ ba trong quan hệ với công ty con - một vấn đề không hiếm ở Việt Nam.

2.2. Cơ chế phá hạn trách nhiệm (veil-piercing)

Veil-piercing hay *lifting the corporate veil* (tạm dịch là xuyên bức màn tư cách công ty) là một cơ chế phổ biến, được phát triển ở nhiều quốc gia. Các công ty với tư cách pháp nhân, tự chịu trách nhiệm về các khoản nợ bằng tài sản của chính nó, chủ sở hữu chỉ chịu trách nhiệm trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty - chế độ trách nhiệm hữu hạn. Cơ chế veil-piercing không coi công ty là một thực thể pháp lý độc lập, từ đó xuyên chuỗi chế độ trách nhiệm hữu hạn để buộc chủ sở hữu công ty chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty. Theo cách này,

¹⁴ Takahashi and Sakamoto, tldđ, tr. 230.

công ty và chủ sở hữu được xem như một, nghĩa vụ của công ty cũng là nghĩa vụ của chủ sở hữu. Ở Nhật Bản, Tòa tối cao đã thiết lập các quy tắc cho cơ chế veil-piercing trong quyết định ngày 27/02/1969¹⁵, theo đó, sự phá hạn trách nhiệm của chủ sở hữu xảy ra trong hai trường hợp: (1) Tư cách pháp nhân của công ty bị lạm dụng nhằm lẩn tránh quy định của pháp luật; và (2) Tư cách pháp nhân của công ty tồn tại như một vỏ bọc (*a mere shell*).

Trường hợp (1) đòi hỏi hai điều kiện: (i) Sự kiểm soát tuyệt đối của một chủ thể đối với công ty và (ii) Tư cách pháp nhân của công ty phục vụ cho mục đích bất hợp pháp hoặc bất chính của chủ thể đó. Như vậy, công ty trong trường hợp thứ nhất như là một công cụ để đạt được mục đích trái pháp luật hoặc bất chính của chủ sở hữu. Một ví dụ điển hình là một công ty khi đang vướng phải một khoản nợ đã thành lập (tách công ty) và chuyển tài sản vào các công ty mới để lẩn tránh thực hiện nghĩa vụ thanh toán với chủ nợ trong quyết định của Tòa tối cao vào ngày 26/10/1973¹⁶. Theo Tòa tối cao, để kết luận các công ty mới chỉ là công cụ để công ty mẹ lẩn tránh nghĩa vụ thanh toán thì sự thống nhất về bản chất giữa công ty mẹ và công ty con phải được chứng minh. Sự thống nhất đó được phản ánh qua sự giống nhau về tài sản, mục tiêu kinh doanh, tên

công ty, người quản lý, nhân sự và các khía cạnh khác giữa công ty ban đầu và các công ty mới.

Một vụ việc tương đồng nữa được tìm thấy trong quyết định của Tòa án Fukuoka (*Fukuoka District Court*) vào ngày 17/2/2011¹⁷. Ở tình huống này, một công ty cổ phần (bị đơn) lẩn tránh nghĩa vụ thanh toán cho chủ nợ bằng cách thành lập thêm ba công ty mới thông qua quá trình tách doanh nghiệp và chuyển những phần lợi ích sang cho ba công ty mới này. Kết quả là chủ nợ không được thanh toán nợ bởi phần lớn tài sản của công ty ban đầu đã được cách ly và sở hữu bởi những công ty mới, độc lập. Tòa án đã nhận thấy không có sự khác nhau về bản chất trong tài sản và việc quản lý cũng như hoạt động của công ty mẹ lúc trước khi tiến hành tách doanh nghiệp và của các công ty con. Do đó, Tòa đã kết luận các công ty mới đặt dưới sự kiểm soát tuyệt đối của công ty mẹ và có vai trò như một công cụ để công ty mẹ bảo toàn tài sản của mình trước yêu cầu thanh toán của chủ nợ. Theo đó, công ty con phải liên đới chịu trách nhiệm cho khoản nợ của công ty mẹ.

Trường hợp (2) đòi hỏi điều kiện tư cách pháp nhân của công ty chỉ tồn tại trên danh nghĩa. Có nghĩa rằng, công ty về bản chất không có các yếu tố của một pháp nhân độc lập. Tòa tối cao không đặt ra căn cứ cụ thể nào để kết luận về tư cách pháp nhân của công ty chỉ là một vỏ bọc. Để chứng minh điều kiện đó, ngoài căn cứ công ty bị chi phối bởi một cổ đông lớn (công ty mẹ), còn có một số các căn cứ khác cần được

¹⁵ Supreme Court [最高裁判所] (Tòa tối cao), 23/2 *Minji hanrei-shuu* [民事判例集] 511 (Bộ *Minji hanrei-shuu* 23/2, từ trang 511), ngày 27/02/1969; sách Kawamoto, Kawaguchi, and Kihira, *Corporations and Partnerships in Japan*, tldđ, tr.127.

¹⁶ Supreme Court [最高裁判所] (Tòa tối cao), 27/9 *Minji hanrei-shuu* [民事判例集] 1240 (Bộ *Minji hanrei-shuu* 27/9, từ trang 1240), ngày 27/02/1973; Takahashi and Sakamoto, “Japanese Corporate Law”, tldđ, tr. 236.

¹⁷ Fukuoka District Court [福岡地方裁判所] (Tòa án Fukuoka), 1349 *Hanrei Tamizu* [判例タイムズ] 177 (Bộ *Hanrei Tamizu* 1349, từ trang 177), ngày 17/02/2011; Takahashi and Sakamoto, “Japanese Corporate Law”, tldđ, tr. 232–36.

chứng minh và xem xét, chẳng hạn như không có sự tách bạch tài sản, hoạt động kinh doanh, sổ sách kế toán của công ty bị chi phối và công ty chi phối, người quản lý của công ty bị chi phối là người của công ty chi phối, các cuộc họp hội đồng quản trị của công ty bị chi phối không được tổ chức trên thực tế¹⁸.

Các ví dụ điển hình cho trường hợp (2) có thể tìm thấy trong các quyết định của Tòa án Tokushima ngày 23/7/1975¹⁹, Tòa án Kobe ngày 21/9/1979²⁰, và Tòa án Tokyo ngày 2/7/2001²¹. Đây đều là các vụ việc trong đó nguyên đơn là người lao động của công ty con đã bị giải thể yêu cầu công ty mẹ chịu trách nhiệm về khoản nợ lương của công ty con. Các tòa án trong cả ba quyết định trên đều áp dụng quy tắc veil-piercing của Tòa tối cao, xem tư cách pháp nhân của công ty con chỉ là vỏ bọc và buộc công ty mẹ phải chịu trách nhiệm về khoản nợ lương của công ty con với người lao động. Các tòa án cấp dưới này đã dựa vào các căn cứ sau đây để đưa ra kết luận công ty con thiếu các yếu tố của một pháp nhân độc lập:

¹⁸ Kawamoto, Kawaguchi, and Kihira, *Corporations and Partnerships in Japan*, đã dẫn tại (9), tr.128; Mathias M. Siems and David A. Cabrelli, eds., *Comparative Company Law: A Case-Based Approach (Luật Công ty so sánh: Một hướng tiếp cận dựa trên vụ việc)*, Hart Publishing, Oxford, 2013, tr.166.

¹⁹ Tokushima District Court [徳島地方裁判所], 26/4 Roudou minji hanrei-shuu [労働民事判例集] 58 (Bộ Roudou minji hanrei-shuu 26/4, từ trang 58) ngày 23/7/1975.

²⁰ Kobe District Court [神戸地方裁判所], 328 Roudou hanrei [労働判例] 47 (Bộ Roudou hanrei 328, từ trang 47) ngày 21/9/1979.

²¹ Tokyo District Court [東京地方裁判所], 813 Roudou hanrei [労働判例] 15 (Bộ Roudou hanrei 813, từ trang 15) ngày 25/7/2001.

Một là, về vốn và tài sản, trong cả ba quyết định trên, ngoài việc toàn bộ hoặc hầu hết vốn điều lệ được nắm giữ bởi công ty mẹ, công ty con còn phụ thuộc vào công ty mẹ về vốn hoạt động và các tài sản khác. Công ty mẹ kiểm soát lợi nhuận, quyết định vấn đề chi mua cơ sở vật chất phục vụ sản xuất và chi phối các hoạt động tài chính của công ty con. Ngay cả hoạt động kế toán trong công ty con cũng do bộ phận kế toán của công ty mẹ tiến hành.

Hai là, về hoạt động kinh doanh, công ty mẹ giám sát và can thiệp vào hoạt động kinh doanh hằng ngày của công ty con bằng cách đưa ra những chỉ đạo chi tiết và quyết định những kế hoạch sản xuất và giao dịch của công ty con.

Ba là, về quản lý nội bộ, công ty mẹ nắm quyền bổ nhiệm và miễn nhiệm người đại diện theo pháp luật và người quản lý của công ty con. Cụ thể, trong quyết định của Tòa Tokushima, Tòa xét thấy công ty con thậm chí không có người quản lý riêng khi có tám cá nhân trong công ty mẹ nắm giữ chức vụ quản lý quan trọng của công ty con.

Cuối cùng, về vấn đề thuê lao động, công ty mẹ trong cả ba vụ trên đều quyết định việc tuyển dụng và sa thải người lao động, quyết định chế độ lương và thưởng cho người lao động.

Dựa vào những căn cứ trên, các tòa án đã kết luận, công ty con không chỉ chịu sự chi phối của công ty mẹ, mà còn không có các biểu hiện của sự tồn tại độc lập. Các công ty con có chức năng như một bộ phận phụ thuộc của công ty mẹ hơn là một pháp nhân riêng biệt. Do đó, công ty mẹ và công ty con được xem như một và công ty mẹ phải chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ của công ty con.

Tóm lại, đối với trường hợp (2), yếu tố công ty con chịu sự chi phối toàn bộ từ công ty mẹ là chưa đủ. Để không thừa nhận tư cách pháp nhân của công ty con còn phải thỏa mãn điều kiện đó là sự trộn lẫn (intermingling) hoặc không tách bạch về tài sản, hoạt động kinh doanh, sự quản lý giữa công ty mẹ và công ty con đạt đến mức cần thiết phải xem hai công ty này như một thể thống nhất.

3. Kinh nghiệm rút ra từ cách thức điều chỉnh vấn đề trách nhiệm của công ty mẹ theo pháp luật Nhật Bản

Từ những phân tích trên có thể thấy, việc ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ đối với bên thứ ba ở Nhật Bản dựa trên quy tắc về giám đốc thực tế (de facto director) và quy tắc của cơ chế phá hạn trách nhiệm (veil-piercing). Ở đây, vấn đề đặt ra là phải xác định phạm vi áp dụng của từng quy tắc (khi nào áp dụng de facto director và khi nào áp dụng veil-piercing).

Về quy tắc giám đốc thực tế, trong thực tiễn xét xử, các tòa án Nhật Bản chỉ áp dụng quy tắc này cho các cá nhân trong các trường hợp là cổ đông lớn hoặc người quản lý công ty mẹ nắm giữ thẩm quyền của giám đốc công ty con. Các cá nhân này được xem như giám đốc thực tế của công ty con và chịu trách nhiệm cá nhân do vi phạm nghĩa vụ của giám đốc trước những thiệt hại cho công ty và với bên thứ ba. Dù vậy, như trình bày, công ty mẹ vẫn có thể được coi là giám đốc thực tế trong trường hợp người quản lý công ty con. Cần lưu ý, cho dù chủ thể áp dụng là cá nhân trong công ty mẹ hay công ty mẹ thì quy tắc giám đốc thực tế chỉ được áp dụng khi giám đốc hợp pháp của công ty không thực sự thực thi thẩm quyền của mình mà do một người khác thực thi. Quy tắc này không đòi hỏi phải có sự không tách bạch về tài sản, quản lý, hay các yếu tố

khác như cơ chế phá hạn trách nhiệm. Công ty con vẫn có tài sản và có cơ quan quản lý độc lập.

Về cơ chế phá hạn trách nhiệm: Trong các quyết định, tòa án Nhật Bản rất thận trọng trong việc áp dụng cơ chế này. Sự áp dụng chỉ xảy ra khi có các bằng chứng cần và đủ. Cả hai trường hợp phá hạn đều có điều kiện cần là sự chi phối toàn bộ của công ty mẹ đối với công ty con. Điều kiện đủ của trường hợp (1) là tư cách pháp nhân của công ty con phục vụ cho mục đích bất hợp pháp hoặc bất chính của công ty mẹ, của trường hợp (2) là sự không tách bạch về tài sản, quản lý, nhân sự, và các mặt khác giữa hai công ty mẹ - con đến mức cần thiết phải xem chúng như một. Một điều đáng lưu ý nữa đó là sự phá hạn trách nhiệm ở trường hợp (2) xảy ra ngay cả khi công ty mẹ không có sự lạm dụng cụ thể nào đối với công ty con. Sự ràng buộc trách nhiệm của công ty mẹ ở trường hợp này có thể đơn thuần chỉ để bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba. Như trong các quyết định của các tòa án cấp dưới ở Nhật Bản nêu trên, các tòa án bảo vệ quyền lợi của những người lao động trong các công ty con đã bị giải thể bằng cách vén bức màn tư cách pháp nhân của công ty con để từ đó buộc công ty mẹ phải có trách nhiệm với khoản nợ lương của công ty con. Vậy, các công ty con chỉ đơn thuần được thành lập để thực hiện một hoạt động nào đó; sau khi mục đích kinh tế của công ty mẹ đã đạt được, chúng bị giải thể. Rõ ràng, ở đây không có sự lạm dụng cụ thể nào hay mục đích bất chính nào trong việc thành lập công ty con, nhưng để bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba trong quan hệ với công ty con, các tòa án vẫn áp dụng cơ chế phá hạn trách nhiệm.

Kết luận

THỰC TRẠNG THỰC HIỆN QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT LAO ĐỘNG NĂM 2012 VỀ HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI

*Đoàn Xuân Trường**

Tóm tắt: Pháp luật về hợp đồng lao động cho đến nay đã xuất hiện những bất cập do không dự liệu được những biến động của thực tiễn. Bài viết phân tích nhu cầu và đưa ra các kiến nghị cụ thể sửa đổi, bổ sung quy định của Bộ luật Lao động năm 2012 về hợp đồng lao động.

Abstract: Law and regulation on labour contracts have shortcomings due to the development of new related issues in practice. This paper analyses the demand of and makes proposals for the amendment of the Labour Code of 2012 on labour contracts.

1. Thực trạng thực hiện quy định của Bộ luật Lao động năm 2012 về hợp đồng lao động

Hợp đồng lao động (HĐLĐ) có vị trí quan trọng trong việc thiết lập và vận hành quan hệ lao động. Hiện nay, các quy định về HĐLĐ được ghi nhận trong Chương III Bộ luật Lao động (BLLĐ) năm 2012.

1.1. Về giao kết hợp đồng lao động

Pháp luật về HĐLĐ đã điều chỉnh tốt sự vận động của thị trường lao động, bảo đảm tính linh hoạt, tự do, tự nguyện của các bên trong quan hệ lao động¹, tuy vậy, trong quá trình thực hiện vẫn còn một số vướng mắc như sau:

Một là, thẩm quyền giao kết hợp đồng lao động.

Khoản 1 Điều 18 BLLĐ quy định: “*Trước khi nhận người lao động (NLĐ) vào làm việc, người sử dụng lao động (NSDLĐ)*

và NLĐ phải trực tiếp giao kết HĐLĐ”. Theo khoản 2 Điều 3 BLLĐ thì “*NSDLĐ là doanh nghiệp, cơ quan, tổ chức, hợp tác xã, hộ gia đình, cá nhân có thuê mướn, sử dụng lao động theo HĐLĐ; nếu là cá nhân thì phải có năng lực hành vi dân sự đầy đủ*”. Khái niệm về NSDLĐ mang tính chất “*khái quát*” như trên không chỉ rõ ai là người đại diện cho doanh nghiệp, tổ chức, hợp tác xã là NSDLĐ. Trong điều kiện có nhiều loại hình doanh nghiệp, trong đó có nhiều doanh nghiệp mà giám đốc cũng là NLĐ, thì việc xác định ai là NSDLĐ để ký kết HĐLĐ với NLĐ là rất cần thiết.

Hai là, NLĐ vẫn tiếp tục làm việc khi HĐLĐ hết hạn.

Quy định tại khoản 2 Điều 22 BLLĐ còn đang được hiểu theo nhiều cách khác nhau; ví dụ, quan điểm trái ngược nhau của các cấp toà án trong giải quyết tranh chấp lao động tại Công ty trách nhiệm hữu hạn (TNHH) giấy An Thịnh (tỉnh Bình Dương)².

* ThS., Khoa Pháp luật kinh tế - Đại học Luật Hà Nội.

¹ Minh Duyên, *Lách luật, doanh nghiệp giao kết sai hợp đồng diễn ra phổ biến*, <http://www.dangcongsan.vn/preview/newid/411312.html>, truy cập ngày 12/12/2017.

² <https://laodong.vn/cong-doan/vu-cty-tnhh-giay-an-tinh-cham-dut-hdld-trai-luat-voi-gan-1800-cn-de-ng-hi-khong-de-xay-ra-tinh-trang-ban-an-da-nhau-195125.bld>, truy cập ngày 13/12/2017.

Ý kiến thứ nhất: Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tổng Liên đoàn Lao động Việt Nam cho rằng, khi HĐLĐ hết hạn NLĐ vẫn tiếp tục làm việc mà NSDLĐ không ký kết HĐLĐ mới thì hợp đồng đã giao kết theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 22 trở thành HĐLĐ không xác định thời hạn và hợp đồng đã giao kết theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 22 trở thành HĐLĐ xác định thời hạn 24 tháng³.

Ý kiến thứ hai: Phải sau 30 ngày khi HĐLĐ hết hạn mà NLĐ vẫn tiếp tục làm việc không ký kết HĐLĐ mới thì HĐLĐ đã giao kết theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 22 trở thành HĐLĐ không xác định thời hạn và HĐLĐ đã giao kết theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 22 trở thành HĐLĐ xác định thời hạn 24 tháng^{4,5}.

Mặt khác, theo Điều 22 BLLĐ, sau 2 lần ký HĐLĐ xác định thời hạn thì HĐLĐ thứ ba phải là HĐLĐ không xác định thời hạn. Quy định cấm “HĐLĐ chuỗi” được áp dụng với mọi đối tượng NLĐ, không có trường hợp ngoại lệ như NLĐ là người cao tuổi⁶ hay người nước ngoài làm việc tại Việt Nam. Theo Điều 169, Điều 173 và khoản 3 Điều 174 của BLLĐ, NLĐ nước ngoài muốn làm việc tại Việt Nam phải có giấy phép lao động (có thời hạn tối đa là 02 năm)

và giấy phép này sẽ hết hiệu lực khi nội dung của HĐLĐ không đúng với nội dung giấy phép đã được cấp. Như vậy, khi NLĐ là người nước ngoài đã ký 02 lần hợp đồng xác định thời hạn, nếu họ muốn tiếp tục làm việc tại Việt Nam thì họ sẽ ký loại HĐLĐ nào? Nếu theo Điều 22 BLLĐ thì phải chuyển sang HĐLĐ không xác định thời hạn. Nhưng nếu ký HĐLĐ không xác định thời hạn thì giấy phép lao động lại bị hết hiệu lực theo khoản 3 Điều 174 BLLĐ. Trường hợp này chỉ có 1 cách giải quyết duy nhất là NLĐ xuất cảnh sau đó nhập cảnh lại vào Việt Nam. Từ đó, có ý kiến cho rằng “*đây là quy định hạn chế quyền làm việc của lao động là người nước ngoài tại Việt Nam*”⁷.

Ba là, nội dung của HĐLĐ.

Điều 23 BLLĐ năm 2012 về nội dung của HĐLĐ về cơ bản đã bổ sung điểm mới trên cơ sở kế thừa các quy định cũ. Rõ ràng, với quy định về các nội dung chủ yếu của HĐLĐ, quyền lợi của NLĐ sẽ được đảm bảo tốt hơn khi NSDLĐ và NLĐ đã thỏa thuận cụ thể các vấn đề thuộc chế độ của NLĐ ngay trong hợp đồng. Song, điều này dường như trái chiều với xu hướng cải cách pháp luật, theo đó, Nhà nước tôn trọng quyền tự do thỏa thuận của các bên khi tham gia các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng⁸. Tuy nhiên, trong những nội dung chủ

³ Lê Đình Quảng, *Tham luận về sửa đổi BLLĐ năm 2012*, <http://cird.gov.vn/content.php?id=464&cate=58>, truy cập ngày 13/12/2017.

⁴ Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh, *Kinh nghiệm xét xử các vụ án lao động*, http://www.tand.hochiminhcity.gov.vn/web/guest/89?p_p_id=EXT_ARTICLEVIEW, truy cập ngày 12/12/2017.

⁵ Báo Lao động, *Giám đốc thăm tới...30 vụ kiện*, <http://www.ngc.com.vn/ngc/vi/tin-tuc/43/EYB5R78981/Giam-doc-tham-toi---30-vu-kien-.html>, truy cập ngày 12/12/2017.

⁶ Lao động là người cao tuổi là đối tượng lao động đặc thù được quy định trong Chương XI của BLLĐ năm 2012.

⁷ Trần Thanh Việt, *Những nội dung vướng mắc trong quá trình thực hiện Bộ luật Lao động năm 2012 – Chương hợp đồng lao động, chương học nghề, đào tạo bồi dưỡng nâng cao trình độ kỹ năng nghề*, Hội thảo góp ý sửa đổi, bổ sung BLLĐ năm 2012, ngày 23-24/6/2016 tại Hải Phòng.

⁸ Ví dụ, Pháp lệnh Hợp đồng kinh tế năm 1989 và Luật Thương mại năm 1997 đã từng quy định về nội dung chủ yếu của hợp đồng kinh tế, hợp đồng thương mại nhưng về sau, Nhà nước không còn quy định bắt buộc những nội dung phải có trong hợp

yếu của HĐLĐ, một số quy định sẽ gặp vướng mắc khi thi hành trên thực tế. Mặc dù pháp luật đã dự liệu trường hợp NLĐ và NSDLĐ có thể giảm một số nội dung chủ yếu của HĐLĐ nhưng điều này chỉ giới hạn trong lĩnh vực nông nghiệp, lâm nghiệp, ngư nghiệp, diêm nghiệp⁹. Với những ngành nghề khác dù nội dung không thực sự phù hợp nhưng vẫn phải đưa vào điều khoản hợp đồng, ví dụ như điều khoản về trang thiết bị bảo hộ lao động với công việc văn phòng. Ngoài ra, các quyền lợi của NLĐ như chế độ đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ kỹ năng nghề thì không phải chủ doanh nghiệp nào cũng đáp ứng được, đặc biệt với những doanh nghiệp quy mô nhỏ, mới bắt đầu sản xuất kinh doanh.

Bốn là, việc giải thích một số thuật ngữ về HĐLĐ.

Các thuật ngữ “*công việc tạm thời*”, “*công việc theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định*” chưa được giải thích nên gây khó khăn trong quá trình áp dụng pháp luật.

Bên cạnh đó, trên thực tế còn tồn tại việc giao kết HĐLĐ bằng lời nói trái quy định¹⁰; HĐLĐ xác định thời hạn hơn 2 lần liên tiếp; ký HĐLĐ có thời hạn dưới 3 tháng để làm những công việc có tính chất thường xuyên từ 12 tháng trở lên để trốn tránh nghĩa vụ đóng bảo hiểm xã hội (BHXH), bảo hiểm y tế (BHYT). Các bên

đồng nữa mà chủ yếu tôn trọng quyền tự do thỏa thuận của các bên khi giao kết hợp đồng.

⁹ Khoản 3 Điều 23 BLLĐ năm 2012.

¹⁰ Tham khảo: Công ty Cổ phần Thương mại - Dịch vụ, Xây dựng Minh Đức (Cụm công nghiệp Đắc Lộc, Tp. Nha Trang) đã thực hiện ký hợp đồng lao động sai quy định với 54 người; Phú Vinh, Nhiều doanh nghiệp vi phạm Luật Lao động, <http://www.baokhanhhoa.com.vn/xa-hoi/201703/nhieu-doanh-ng-hiep-vi-pham-phap-luat-lao-dong-5001010/>, truy cập ngày 11/12/2017.

ký hợp đồng dịch vụ thay cho HĐLĐ để trốn đóng BHXH¹¹. Doanh nghiệp xây dựng ký hợp đồng thầu lao động thay cho hợp đồng cho thuê lại lao động... không đảm bảo quyền lợi cho NLĐ. HĐLĐ còn sơ sài, thiếu nhiều nội dung như: Công việc phải làm, hình thức trả lương, các khoản phụ cấp, an toàn vệ sinh lao động và điều kiện làm việc...; NLĐ lừa dối doanh nghiệp bằng việc cung cấp văn bằng, chứng chỉ giả mạo nhưng pháp luật lao động lại chưa có quy định xử lý đối với các trường hợp này.

1.2. Về thực hiện hợp đồng lao động

BLLĐ năm 2012 quy định khá cụ thể về việc thực hiện công việc theo HĐLĐ, điều chuyển NLĐ làm công việc khác so với công việc theo HĐLĐ, tạm hoãn HĐLĐ. Theo đó, công việc quy định trong HĐLĐ phải do NLĐ đã giao kết HĐLĐ thực hiện. Địa điểm làm việc được thực hiện theo HĐLĐ hoặc theo thỏa thuận khác giữa hai bên¹². Tuy nhiên, nhằm đáp ứng những nhu cầu hợp lý của NSDLĐ trong quá trình sử dụng lao động, pháp luật cho phép chuyển NLĐ làm công việc khác so với HĐLĐ¹³. Qua hoạt động thanh tra, có thể thấy, đây là một trong những lỗi mà NSDLĐ thường xuyên vi phạm, ví dụ ở Công ty Samsung Việt Nam tại Thái Nguyên (SEVT). Trong quá trình thanh tra tháng 7/2017, thanh tra Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội đã yêu cầu SEVT phải hủy bỏ quy định “*Công ty được quyền điều chuyển NLĐ sang những bộ phận hoặc công việc thích hợp với khả*

¹¹ Hoàng Mạnh, *Sửa Luật Lao động: “Nóng” kiến nghị về giao kết hợp đồng lao động*, <http://dantri.com.vn/vec-lam/sua-luat-lao-dong-non-g-kien-nghi-ve-giao-ket-hop-dong-lao-dong-20160923005001082.htm>, truy cập ngày 11/12/2017.

¹² Điều 30 BLLĐ năm 2012.

¹³ Điều 31 BLLĐ năm 2012.

năng của NLD, phù hợp với yêu cầu sản xuất của công ty”¹⁴.

Ngoài ra, BLLĐ năm 2012 còn bổ sung quy định mới về hình thức làm việc không trọn thời gian nhằm đảm bảo các chế độ lao động đối với NLD khi thỏa thuận hình thức làm việc này¹⁵.

Các trường hợp tạm hoãn HĐLĐ cũng được “*luật hóa*” khá toàn diện. Bên cạnh những trường hợp BLLĐ năm 1994 đã quy định, BLLĐ năm 2012 còn bổ sung một số trường hợp khác quy định tại Điều 32¹⁶. Việc xử lý các vấn đề sau khi tạm hoãn HĐLĐ cũng được quy định tương đối linh hoạt, phù hợp với thực tiễn và đáp ứng được nhu cầu của cả đôi bên trong quan hệ lao động. Trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày hết thời hạn tạm hoãn HĐLĐ, NLD phải có mặt tại nơi làm việc và NSDLĐ phải nhận NLD trở lại làm việc, trừ trường hợp hai bên có thỏa thuận khác¹⁷. Quy định này đã cho phép NLD và NSDLĐ có quyền có “*thỏa thuận khác*” chứ không nhất thiết phải tiếp nối quan hệ lao động theo cách NSDLĐ phải nhận NLD trở lại làm việc như quy định trước đây¹⁸. Điều này vừa tạo cơ hội hợp lý hóa việc sử dụng nhân sự của NSDLĐ, vừa đảm bảo được quyền tiếp tục làm việc của NLD.

Trong quá trình thực hiện HĐLĐ, nếu bên nào có yêu cầu sửa đổi, bổ sung nội dung HĐLĐ thì phải báo cho bên kia biết

trước ít nhất 3 ngày làm việc về những nội dung cần sửa đổi, bổ sung. Pháp luật đã dự liệu cách xử lý trong cả hai trường hợp NLD và NSDLĐ thỏa thuận thành công hoặc không thể thỏa thuận về điều này. Nếu hai bên thỏa thuận được thì việc sửa đổi, bổ sung HĐLĐ được tiến hành bằng việc ký kết phụ lục HĐLĐ hoặc giao kết HĐLĐ mới. Ngược lại, các bên tiếp tục thực hiện HĐLĐ đã giao kết¹⁹. Quy định này cơ bản kế thừa từ BLLĐ năm 1994 có thay đổi thời hạn báo trước của bên có nhu cầu sửa đổi, bổ sung HĐLĐ từ “*ba ngày*” thành “*ba ngày làm việc*”; thêm vào đó, cách thức “*sửa đổi, bổ sung HĐLĐ đã giao kết*” được thay thế bằng cách thức ký kết “*phụ lục hợp đồng*”²⁰. Đây là điểm hợp lý hơn trong tương quan chung của Bộ luật khi mà căn cứ tính nhiều loại thời hạn là “*ngày làm việc*” thay vì “*ngày*” và việc xuất hiện quy định về phụ lục hợp đồng tại Mục 2 - Chương III.

Trong quá trình thực hiện HĐLĐ, nảy sinh một số vướng mắc sau:

Thứ nhất, các quy định về tạm hoãn HĐLĐ.

Xét về bản chất, tạm hoãn thực hiện HĐLĐ được hiểu là các bên tạm dừng việc thực hiện HĐLĐ nên các quyền và nghĩa vụ của NSDLĐ và NLD được xác định theo Điều 5, Điều 6 của BLLĐ năm 2012 cũng sẽ không phát sinh. BLLĐ năm 2012 chỉ quy định về các trường hợp tạm hoãn thực hiện HĐLĐ tại Điều 32 nhưng lại không quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của các bên trong thời gian này, đặc biệt là vấn đề xác định tiền lương, BHXH, BHYT, bảo hiểm thất nghiệp (BHTN) và tạm ứng tiền lương

¹⁴ Văn Duẩn, *Đã thanh tra việc chấp hành pháp luật lao động của Samsung*, <http://nld.com.vn/thoi-su/da-thanh-tra-viec-chap-hanh-phap-luat-lao-dong-cua-samsung-20171124221811434.htm>, truy cập ngày 10/12/2017.

¹⁵ Điều 34 BLLĐ năm 2012.

¹⁶ Điều 32 BLLĐ năm 2012; Điều 35 BLLĐ năm 1994.

¹⁷ Điều 33 BLLĐ năm 2012.

¹⁸ Khoản 2 Điều 35 BLLĐ năm 1994.

¹⁹ Điều 35 BLLĐ năm 2012.

²⁰ Khoản 2 Điều 33 BLLĐ năm 1994, đã được sửa đổi, bổ sung các năm 2002, 2006, 2007.

(nếu có), do vậy, việc áp dụng trên thực tế còn nhiều “lúng túng”. Mặt khác, cần có hướng dẫn cụ thể về thời gian các bên tạm hoãn HĐLĐ có được tính vào thời hạn HĐLĐ hay phải kéo dài thêm một khoảng thời gian bằng thời hạn tạm hoãn HĐLĐ.

Thứ hai, chế độ làm việc không trọn thời gian.

Theo Điều 34 BLLĐ năm 2012, NLĐ, NSDLĐ đều có thể giao kết hợp đồng để thực hiện chế độ làm việc không trọn thời gian. Trên thực tế, việc làm không trọn thời gian (việc làm bán thời gian) như thu tiền điện, điện thoại, đưa báo, phục vụ bàn, rửa bán đĩa trong giờ cao điểm... tồn tại nhiều nên đây là một trong những nội dung mà pháp luật lao động cần phải xác định rõ để có thể phân biệt với quan hệ dân sự. Do chưa có quy định pháp luật, HĐLĐ, mức lương giữa NSDLĐ và NLĐ hầu hết đều được thỏa thuận miệng, trừ quan hệ lao động có một bên là các công ty điện lực, bưu điện có ký kết hợp đồng bằng văn bản²¹.

1.3. Về chấm dứt hợp đồng lao động

Các trường hợp chấm dứt HĐLĐ được quy định tại Điều 36 BLLĐ năm 2012 có kế thừa BLLĐ năm 1994 gồm: Hết hạn HĐLĐ; đã hoàn thành công việc theo HĐLĐ; hai bên thỏa thuận chấm dứt HĐLĐ; NLĐ bị kết án tù giam, tử hình hoặc bị cấm làm công việc ghi trong HĐLĐ theo bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của toà án; NLĐ chết, bị toà án tuyên bố mất năng lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết; đồng thời bổ sung các trường hợp mới như: NLĐ đủ điều kiện về thời gian đóng BHXH và tuổi hưởng lương hưu; NSDLĐ là cá nhân chết, bị toà án tuyên bố mất năng

lực hành vi dân sự, mất tích hoặc là đã chết; NSDLĐ không phải là cá nhân chấm dứt hoạt động; NLĐ bị xử lý kỷ luật sa thải²²; NLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ²³; NSDLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ²⁴; NSDLĐ cho NLĐ thôi việc do thay đổi cơ cấu, công nghệ hoặc vì lý do kinh tế²⁵ hoặc do sáp nhập, hợp nhất, chia tách doanh nghiệp, hợp tác xã²⁶. BLLĐ cũng dành một điều luật để quy định những trường hợp NSDLĐ không được thực hiện quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ²⁷. Đây chính là những quy định mang ý nghĩa nhân văn sâu sắc, góp phần bảo vệ hữu hiệu quyền lợi hợp pháp, chính đáng của NLĐ. Đặc biệt, để tăng cường điều chỉnh sự kiện chấm dứt HĐLĐ vốn “*phức tạp, nhạy cảm*”, BLLĐ năm 2012 đã quy định khái niệm “đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật” làm căn cứ pháp lý để xác định nghĩa vụ của NSDLĐ, NLĐ khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ²⁸. Trách nhiệm của NSDLĐ khi chấm dứt HĐLĐ như trợ cấp thôi việc (TCTV), trợ cấp mất việc làm cũng đã được luật hóa để bảo vệ quyền lợi của NLĐ – bên yếu thế trong quan hệ lao động²⁹.

Việc chấm dứt HĐLĐ phát sinh một số vướng mắc sau:

Một là, nghĩa vụ của NSDLĐ khi đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 42 BLLĐ, khi NSDLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật thì phải có nghĩa vụ “*nhận người lao động trở lại làm việc theo*

²¹ Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, *Báo cáo đánh giá tác động dự thảo sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ năm 2012*, 2016, tr.22, 23.

²² Điều 126 BLLĐ năm 2012.

²³ Điều 37 BLLĐ năm 2012.

²⁴ Điều 38 BLLĐ năm 2012.

²⁵ Điều 44 BLLĐ năm 2012.

²⁶ Điều 45 BLLĐ năm 2012.

²⁷ Điều 39 BLLĐ năm 2012.

²⁸ Điều 41 BLLĐ năm 2012.

²⁹ Điều 47, 48, 49 BLLĐ năm 2012.

HĐLĐ đã giao kết và phải trả tiền lương, BHXH, BHYT trong những ngày người lao động không được làm việc cộng với ít nhất 02 tháng tiền lương theo HĐLĐ”. Tuy nhiên, do Bộ luật và các văn bản hướng dẫn không quy định rõ cách thức trả tiền BHXH, BHYT trong những ngày NLĐ không được làm việc nên hiện nay đang tồn tại hai cách hiểu khác nhau:

- **Cách hiểu thứ nhất:** Trả trực tiếp số tiền lương đúng bằng số tiền phải đóng BHXH, BHYT cho NLĐ trong những ngày NLĐ không được làm việc³⁰.

Nếu thực hiện theo cách hiểu này thì sẽ đơn giản và thuận tiện cho NSDLĐ và NLĐ trong trường hợp NLĐ muốn nhận tiền lương. Tuy nhiên, đối với trường hợp NLĐ không muốn nhận tiền mà muốn được đóng BHXH, BHYT đối với thời gian không được làm việc (do hành vi đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật của NSDLĐ) thì sẽ không thực hiện được vì NLĐ không thể tự mình thực hiện các thủ tục để đóng BHXH bắt buộc mà đều phải thông qua đơn vị sử dụng lao động³¹. Vì vậy, quyền lợi của NLĐ cũng sẽ bị ảnh hưởng do bị gián đoạn thời gian đóng BHXH cũng như bị giảm thời gian đóng bảo hiểm khi thực hiện các chế độ, chính sách sau này.

- **Cách hiểu thứ hai:** Buộc phải thực hiện thủ tục đóng BHXH, BHYT cho NLĐ trong những ngày NLĐ không được làm việc³².

Nếu thực hiện theo cách này, NSDLĐ phải thực hiện thủ tục đóng BHXH, BHYT cho NLĐ, đồng thời NSDLĐ cũng phải đóng một khoản tiền tương ứng theo tỷ lệ nghĩa vụ phải đóng BHYT, BHXH theo quy định của pháp luật. Trên thực tế, có nhiều trường hợp khoảng thời gian từ khi NLĐ bị chấm dứt hợp đồng lao động đến khi tòa án tuyên bố việc NSDLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật kéo dài gây khó khăn cho NSDLĐ trong việc đóng BHYT, BHXH, đặc biệt là trong trường hợp NLĐ không muốn quay trở lại tiếp tục làm việc hoặc NLĐ đã có việc làm và đã đóng BHXH, BHYT ở chỗ làm mới. Mặt khác, thực hiện theo cách này thì trong thời gian không được làm việc, NSDLĐ vẫn phải đóng BHYT (cho thời gian đã qua) theo tỷ lệ pháp luật quy định nhưng lại không được hưởng quyền lợi từ việc đóng BHYT này. Đây cũng là một vấn đề bất cập vì không phát huy được vai trò, tác dụng của BHYT, làm ảnh hưởng đến quyền thụ hưởng bảo hiểm của NLĐ.

Hai là, vấn đề NLĐ gần nghỉ hưu xin nghỉ việc để hưởng TCTV.

Khoản 3 Điều 37 BLLĐ quy định, NLĐ ký HĐLĐ không xác định thời hạn có quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ mà không cần lý do và chỉ phải báo trước cho NSDLĐ biết trước ít nhất 45 ngày. Trong trường hợp này, NLĐ được hưởng TCTV theo Điều 48 BLLĐ vì BLLĐ năm 2012 xác định đây là quyền lợi mà NLĐ cần được

³⁰ LS. Vũ Thị Thu Hương, *Vướng mắc trong việc giải quyết hậu quả của việc đơn phương chấm dứt HĐLĐ trái pháp luật của NSDLĐ*, <http://www.smic.org.vn/vi/thao-luan-chinh-sach/vuong-mac-trong-viec-giai-quyet-hau-qua-cua-viec-don-phuong-cham-dut-hld-trai-phap-luat-cua-nsdlđ>, truy cập ngày 08/02/2018.

³¹ Thủ tục tham gia BHXH, BHYT được thực hiện theo Quyết định 595/QĐ-BHXH ngày 14/4/2017. Theo đó, đối với đối tượng thuộc diện đóng BHXH bắt buộc thì NSDLĐ là chủ thể chịu trách nhiệm hoàn thiện hồ sơ đóng BHXH, BHYT cho NLĐ.

³² Nguyễn Thiên Di, *Xử án lao động còn vướng mắc*, <http://nld.com.vn/quyen-va-nghia-vu/xu-an-lao-dong-van-con-vuong-mac-71116.htm>, truy cập ngày 10/12/2017.

hưởng khi kết thúc quá trình làm việc cho NSDLĐ trừ trường hợp NLĐ đủ điều kiện hưởng chế độ hưu trí. Do đó, có tình trạng NLĐ xin nghỉ việc khi đã đủ thời gian đóng BHXH để hưởng chế độ hưu nhưng chưa đủ tuổi để vừa được nhận TCTV, sau đó vẫn được hưởng hưu trí. Khi NLĐ nghỉ việc trước thời hạn sẽ được làm thủ tục hưởng BHTN, tạo gánh nặng cho quỹ BHTN so với khi NLĐ nghỉ đúng tuổi. Điều này khiến nhiều doanh nghiệp gặp khó khăn như trường hợp Công ty TNHH PouYuen Việt Nam, Công ty cổ phần nông nghiệp Sài Gòn³³ hoặc Công ty Viglacera phải trả tiền thôi việc hàng tỷ đồng cho NLĐ gần nghỉ hưu xin thôi việc^{34,35}.

Ba là, pháp luật không cho phép đương nhiên chấm dứt hoặc đơn phương chấm dứt HĐLĐ với NLĐ cao tuổi.

Điều 36 BLLĐ không cho phép đương nhiên chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐ cao tuổi. Trong số các trường hợp được quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ tại Điều 38 BLLĐ năm 2012 cũng không có trường hợp nào cho phép đơn phương chấm dứt HĐLĐ khi NLĐ đã lớn tuổi. Những quy định này trên thực tế gây bất lợi lớn trong quá trình sử dụng, điều hành lao động của doanh nghiệp, cũng như ảnh hưởng đến sức khỏe của NLĐ, cụ thể:

³³ Báo Lao động, *Người lao động nghỉ hưu đúng hạn bị thiệt thòi*, http://www.tinphapluat.com/lao-dong/nguoi-lao-dong-nghi-huu-dung-han-bi-thiet-thoi_t12-c018-a4213-mb.html, truy cập ngày 8/12/2017.

³⁴ Trần Thanh Việt, *Những nội dung vướng mắc trong quá trình thực hiện Bộ luật Lao động năm 2012 – Chương hợp đồng lao động, chương học nghề, đào tạo bồi dưỡng nâng cao trình độ kỹ năng nghề*, Hội thảo góp ý sửa đổi, bổ sung BLLĐ năm 2012, ngày 23-24/6/2016, Hải Phòng.

³⁵ Tham khảo: *Đau đầu vì "trào lưu" đua nhau nghỉ việc!*, <http://cafebiz.vn/nghe-nghiep/daudau-vi-trao-luu-dua-nhau-nghi-viec-20150430094559672.chn>, truy cập ngày 12/12/2017.

+ Phải sử dụng lao động là người cao tuổi (đặc biệt trong trường hợp ký hợp đồng không xác định thời hạn) vì không thể chấm dứt được HĐLĐ, nhất là khi NLĐ mới tham gia đóng BHXH bắt buộc.

+ Gây nguy cơ tai nạn lao động cao, khi NLĐ cao tuổi làm các công việc nặng nhọc, nguy hiểm và đặc biệt nặng nhọc nguy hiểm (ví dụ: Ngành cao su, luyện thép).

+ Khó khăn trong việc quản lý, điều hành khi NLĐ cao tuổi được rút ngắn thời giờ làm việc so với thông thường (Điều 166).

Tuy nhiên, các doanh nghiệp lại căn cứ vào Điều 6 Nghị định 05/2015/NĐ-CP: “Khi NSDLĐ không có nhu cầu hoặc NLĐ cao tuổi không đủ sức khỏe thì hai bên thực hiện chấm dứt HĐLĐ” để chấm dứt HĐLĐ với NLĐ khi họ không đủ điều kiện được quy định tại khoản 1 Điều 187 của BLLĐ. Thế nhưng hai nội dung này lại mâu thuẫn nhau dẫn đến việc khi doanh nghiệp áp dụng nghị định trên để chấm dứt HĐLĐ thì bị kiện³⁶ bởi luật có giá trị pháp lý cao hơn nghị định, thông tư hướng dẫn³⁷.

³⁶ Tham khảo vụ việc thực tế: Vụ tranh chấp giữa Công ty CP (quận 5) với bà Nguyễn Thị Út - Trưởng phòng Tổ chức hành chính của công ty này là một dẫn chứng. Bà Út và Công ty ký HĐLĐ không xác định thời hạn từ năm 2003. Đầu tháng 5/2015, Công ty ra quyết định chấm dứt HĐLĐ với lý do bà Út đến tuổi nghỉ hưu (55 tuổi). Bà Út không đồng ý, vì cho rằng mình mới tham gia BHXH được 18 năm 6 tháng - chưa đủ điều kiện hưởng lương hưu, nên Công ty không có quyền chấm dứt HĐLĐ. Khi bà Út khiếu nại, Công ty viện dẫn quy định tại Nghị định 05/2015/NĐ-CP để bảo vệ quan điểm của mình. Bên nào cũng đưa ra lý lẽ riêng trên cơ sở các quy định pháp luật, nên sau đó giải quyết tại tòa, <http://baobaohiemxahoi.vn/vi/tin-chi-tiet-quy-dinh-ve-nld-cao-tuoi-con-bat-cap-0277ef8f.aspx>, truy cập ngày 12/12/2017.

³⁷ <http://kinhtedothi.vn/bat-cap-trong-quy-dinh-hu-ong-dan-cham-dut-hop-dong-lao-dong-12988.html>, truy cập ngày 12/12/2017.

2. Một số kiến nghị nhằm sửa đổi pháp luật về hợp đồng lao động

2.1. Về giao kết hợp đồng lao động

Thứ nhất, cần quy định rõ NSDLĐ có thẩm quyền giao kết HĐLĐ với NLĐ gồm: Người đại diện theo pháp luật quy định tại điều lệ của doanh nghiệp, hợp tác xã; người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị theo quy định của pháp luật; chủ hộ hoặc đại diện hộ gia đình và cá nhân người trực tiếp sử dụng lao động. Hiện nay, quy định này được ghi nhận trong Nghị định 05/2015/NĐ-CP và BLLĐ năm 2012.

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 22 BLLĐ theo hướng bổ sung ngoại lệ với quy định “cấm HĐLĐ chuỗi”, được ký HĐLĐ xác định thời hạn nhiều hơn 2 lần: Lao động cao tuổi, lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam.

Thứ ba, bổ sung quy định cấm ký kết các loại hợp đồng khác thay cho HĐLĐ khi phát sinh quan hệ lao động tránh tình trạng doanh nghiệp sử dụng lao động nhưng ký hợp đồng dân sự (hợp đồng dịch vụ) để tránh phải tham gia BHXH, BHTN cho người lao động.

Thứ tư, giải thích thuật ngữ “công việc tạm thời” và “công việc theo mùa vụ hoặc theo một công việc nhất định”.

Thứ năm, nội dung của HĐLĐ cần quy định theo hướng “linh hoạt”, tùy thuộc vào tính chất của từng ngành nghề mà có thể bớt một số nội dung không liên quan đến quá trình thực hiện công việc.

2.2. Về thực hiện hợp đồng lao động

Thứ nhất, sửa Điều 32 như sau: “Các trường hợp tạm hoãn thực hiện hợp đồng lao động và **không hưởng lương**:

1. Người lao động thực hiện nghĩa vụ quân sự.

2. Người lao động bị tạm giữ, tạm giam theo quy định của pháp luật tố tụng hình sự.

3. Người lao động phải chấp hành quyết định áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc, cơ sở giáo dục bắt buộc.

4. Lao động nữ mang thai theo quy định tại Điều 156 của Bộ luật này.

5. Các trường hợp khác do hai bên thỏa thuận”.

Thứ hai, bổ sung quy định về lao động không trọn thời gian trong BLLĐ cho phù hợp với thực tiễn thị trường lao động cũng như các yêu cầu đang được đặt ra của nền kinh tế. Việc thể chế hóa chế độ làm việc không trọn thời gian trong BLLĐ (sửa đổi) cần tập trung vào những nội dung cơ bản sau:

+ Định nghĩa việc làm không trọn thời gian trên cơ sở tham khảo quy định tại Công ước số 175 (1994) và Khuyến nghị 182 (1994) của ILO về việc làm không trọn thời gian³⁸, quy định của một số quốc gia tại châu Âu³⁹.

³⁸ Điều 1 Công ước 175 (1994) về việc làm không trọn thời gian của ILO định nghĩa “người làm việc không trọn thời gian” là người lao động có thời giờ làm việc bình thường thấp hơn người lao động làm việc toàn thời gian. Giờ làm việc bình thường được đề cập ở phần này có thể được xác định theo tuần hoặc tính trung bình trong một khoảng thời gian nhất định. Những người lao động làm việc toàn thời gian bị ảnh hưởng bởi thất nghiệp một phần, tức là giảm giờ tập thể và tạm thời vì lý do kinh tế, kỹ thuật hoặc cấu trúc, không được xem là lao động không trọn thời gian.

³⁹ Pháp luật lao động của Vương quốc Anh không quy định số giờ làm việc cụ thể để xác định việc làm không trọn thời gian. Tuy nhiên, ở Anh, số giờ làm việc bình thường là 35 giờ/tuần nên người làm việc không trọn thời gian được hiểu là người làm việc không đủ 35 giờ/tuần. Quy định của pháp luật cũng cho thấy, người làm việc không trọn thời gian được hưởng các quyền lợi đầy đủ như người làm việc trọn thời gian, <https://www.nidirect.gov.uk/articles/part-time-work>, truy cập ngày 12/12/2017.

+ Xác định thời gian làm việc trong ngày, trong tuần, tháng (bao gồm các ngày trong tuần trong tháng, giữa các tháng trong năm, tùy theo tổ chức và nhu cầu làm không trọn thời gian của NSDLĐ) nhưng thường là phân phối theo tuần và tháng.

+ Thực hiện nguyên tắc không phân biệt đối xử đối với NLĐ không trọn thời gian so với NLĐ làm trọn thời gian của doanh nghiệp có cùng trình độ và làm cùng công việc hoặc công việc tương tự, bao gồm đối xử bình đẳng về tiền lương, tiền thưởng và các điều kiện làm việc, các quyền khác như an toàn lao động, vệ sinh lao động, nghỉ lễ có lương, nghỉ phép năm theo thâm niên và có lương, quyền công đoàn.

+ Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành chế độ làm việc này, theo đó đây là một thỏa thuận hợp pháp về thời giờ làm việc trong nội dung của HĐLĐ.

2.3. Về chấm dứt hợp đồng lao động

Thứ nhất, bổ sung quyền đơn phương chấm dứt khi cung cấp thông tin sai sự thật khi ký HĐLĐ. Khảo sát của Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội năm 2015 cho thấy:

Theo Luật lao động của Cộng hòa Pháp, công việc không trọn thời gian phải nhằm mục đích đảm bảo người lao động được hưởng lợi từ sự ổn định và phải có tính dự báo tối thiểu để người lao động dễ sắp xếp công việc. Luật lao động của Pháp quy định giờ làm thêm mà người sử dụng lao động có thể yêu cầu người lao động thực hiện đối với công việc không trọn thời gian không được vượt quá 1/10 thời gian làm việc được quy định trong hợp đồng lao động. Nếu vi phạm, người sử dụng lao động là cá nhân có thể phải chịu mức phạt là 1500 Euro, người sử dụng lao động là tổ chức có thể chịu mức phạt là 7500 Euro, <https://www.globalworkplaceinsider.com/2015/02/part-time-employment-additional-hours-may-result-in-an-employment-contract-being-requalified-as-a-full-time-contract/>, truy cập ngày 12/12/2017.

Kết quả khảo sát (tỷ lệ %)

Kết quả hỏi	NSDLĐ	NLĐ	Cán bộ quản lý
Có	89,2	76,5	75
Không	10,8	23,5	25

Đa số ý kiến đồng thuận với phương án cho phép NSDLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ trong trường hợp phát hiện NLĐ cung cấp thông tin sai sự thật khi giao kết HĐLĐ.

Thứ hai, bổ sung trường hợp được quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ khi NSDLĐ không cung cấp thông tin hoặc cung cấp thông tin sai sự thật về các vấn đề liên quan đến công việc trong HĐLĐ.

Thứ ba, cần bổ sung trường hợp đương nhiên chấm dứt HĐLĐ khi NLĐ đủ tuổi nghỉ hưu hoặc cho phép NSDLĐ có quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ khi NLĐ đủ tuổi nghỉ hưu.

Thứ tư, về thời gian cần thiết để doanh nghiệp thực hiện việc thanh toán các khoản liên quan đến quyền lợi của NLĐ (TCTV, tiền lương và các khoản thanh toán của doanh nghiệp, chốt sổ BHXH) khi HĐLĐ bị chấm dứt là 15 ngày; đó là kết quả khảo sát được sự đồng thuận khá cao của các nhóm đối tượng được khảo sát. Thời hạn này cũng cần nghiên cứu sửa đổi trong BLLĐ (Điều 47)⁴⁰.

⁴⁰ Bộ Lao động, Thương binh và Xã hội, *Dự thảo báo cáo tổng kết 03 năm thi hành BLLĐ năm 2012*, 2016.

NHỮNG VẤN ĐỀ LÝ LUẬN CƠ BẢN VỀ NHẬN TRỞ LẠI CÔNG DÂN TRONG LUẬT QUỐC TẾ VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Ngô Hữu Phước*

Tóm tắt: Bài viết phân tích, làm sáng tỏ các vấn đề lý luận và pháp lý liên quan đến hợp tác nhận trở lại công dân giữa các quốc gia, đặc biệt là những quốc gia đã ký hiệp định, thoả thuận quốc tế hoặc bản ghi nhớ với Việt Nam về lĩnh vực này.

Abstract: This paper analyses and sheds light on theoretical and legal issues of cooperation on the return citizens among countries, particularly those have signed agreements or MOUs with Vietnam in this field.

1. Đặt vấn đề

Nhằm mục đích đấu tranh phòng, chống di cư bất hợp pháp và tội phạm buôn bán người, các nước trên thế giới thường ký kết điều ước quốc tế để chuyển giao và tiếp nhận công dân. Theo đó, trên cơ sở đề nghị của nước yêu cầu tiếp nhận, nước được yêu cầu tiếp nhận sẽ nhận trở lại công dân của mình đang cư trú bất hợp pháp và đã bị trục xuất về nước. Đồng thời, hợp tác quốc tế về nhận trở lại công dân còn mang tính chất nhân đạo nhằm hỗ trợ, giúp đỡ những người nước ngoài bị trục xuất về nước được đoàn tụ với gia đình và người thân. Mặt khác, nhận trở lại công dân cũng là một trong những biện pháp quan trọng để bảo vệ sự ổn định về chính trị, kinh tế, xã hội và văn hoá của các quốc gia.

Tình trạng di cư ra nước ngoài bất hợp pháp là một trong những nguyên nhân dẫn đến tình hình tội phạm buôn bán người có

chiều hướng ngày càng gia tăng. Ở nước ta, đã hình thành nhiều đường dây tội phạm có tổ chức, xuyên quốc gia đưa người Việt Nam ra nước ngoài trái phép, gây nguy hiểm đến tính mạng, sức khỏe, danh dự và nhân phẩm của người di cư dẫn đến một bộ phận không nhỏ người di cư bị bóc lột tình dục, bị cưỡng bức lao động và nguy hiểm hơn là họ đã trở thành “hàng hoá” của tội phạm buôn bán người. Theo thống kê của Cục Lãnh sự, Bộ Ngoại giao thì người Việt Nam di cư trái phép và cư trú bất hợp pháp ở các nước như Mỹ, Canada, các nước Đông Âu, đặc biệt là ở Anh trong thời gian gần đây có xu hướng gia tăng¹. Theo số liệu của Ban chỉ đạo 138/CP, trong giai đoạn 2008 đến hết 2016, cả nước đã phát hiện 3.897 vụ mua, bán người, với 6.188 đối tượng, lừa bán 8.366 nạn nhân, trong đó trên 85% là phụ nữ và trẻ em gái. Gần 90% số vụ mua, bán người ra nước ngoài diễn ra qua các tuyến biên giới giữa Việt Nam với

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

Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ: “Hoàn thiện pháp luật về quản lý hoạt động xuất nhập cảnh, cư trú, lao động của người nước ngoài tại Việt Nam”, mã số B2016-LPS-02.

¹ Xem: Cục Lãnh sự - Bộ Ngoại giao (2011), *Báo cáo tổng quan về tình hình người Việt Nam di cư ra nước ngoài*, tại địa chỉ website: https://vietnam.iom.int/sites/default/files/IOM_Files/Migration_Data_Reports/Ho_So_Di_Cu_VN2016.pdf, truy cập ngày 5/9/2017.

Campuchia, Lào và Trung Quốc. Đặc biệt, các vụ mua, bán người qua biên giới với Trung Quốc chiếm đến 70% tổng số vụ bị phát hiện. Nhìn chung, tình hình mua bán người diễn biến phức tạp và được che đậy dưới nhiều hình thức nhưng phổ biến nhất là mua, bán người vì mục đích mại dâm và hôn nhân ép buộc. Bên cạnh đó, còn có các dạng mua, bán người khác như mua, bán nam giới, mua, bán nội tạng, trẻ sơ sinh và thai nhi. Số nạn nhân được phát hiện có chiều hướng ngày càng gia tăng, ước tính khoảng 1.000 người/năm. Đáng chú ý là tội phạm mua, bán người bị phát hiện ở tất cả 63 tỉnh thành trong cả nước, nhưng nhiều nhất là tại các địa phương dọc tuyến biên giới giữa Việt Nam với Trung Quốc, Lào và Campuchia².

Mặc dù công tác đấu tranh phòng, chống di cư và nhập cư bất hợp pháp là một ưu tiên trong chương trình nghị sự của các quốc gia, nhưng do thiếu thông tin, thiếu hiểu biết về pháp luật quốc gia và quốc tế về di cư, đặc biệt là thiếu hiểu biết về phương thức, thủ đoạn của các tổ chức tội phạm xuyên quốc gia đưa người di cư bất hợp pháp nên người di cư bất hợp pháp thường xuyên phải đối mặt với những nguy cơ và rủi ro trên đường đi và tại nước đến. Chính vì vậy, hợp tác quốc tế để nhận trở lại công dân, góp phần ngăn chặn và giải quyết hậu quả của tình trạng di cư và cư trú bất hợp pháp, góp phần bảo vệ quyền con người giữa các nước trên thế giới hiện nay là một xu thế tất yếu. Từ thực tiễn xã hội và pháp luật quốc tế nói trên, tác giả cho rằng, nghiên cứu nhằm làm rõ khái niệm, mục đích, cơ sở pháp lý quốc tế và quốc gia về hợp tác nhận trở lại công dân, cũng như

phân biệt hình thức hợp tác quốc tế này với dẫn độ, chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù và hồi hương là rất cần thiết, có ý nghĩa khoa học và thực tiễn trong bối cảnh hội nhập quốc tế hiện nay.

2. Khái niệm, mục đích và cơ sở pháp lý của hợp tác quốc tế trong lĩnh vực nhận trở lại công dân

Về phương diện khoa học pháp lý quốc tế, nhận trở lại công dân là hoạt động hợp tác quốc tế giữa các nước (nước yêu cầu tiếp nhận và nước được yêu cầu tiếp nhận), theo đó nước yêu cầu tiếp nhận sẽ chuyển giao công dân đang cư trú bất hợp pháp và đã bị nước này trục xuất về nước được yêu cầu tiếp nhận.

Về mục đích, hợp tác quốc tế nhận trở lại công dân trước hết là nhằm để bảo vệ an ninh quốc gia, bảo đảm ổn định chính trị, kinh tế và xã hội của nước yêu cầu tiếp nhận. Bởi lẽ, khi số lượng người nước ngoài, người không quốc tịch nhập cảnh và cư trú bất hợp pháp ngày càng nhiều sẽ dẫn đến bất ổn xã hội, đồng thời, ảnh hưởng nghiêm trọng đến hệ thống dịch vụ công cộng, phúc lợi xã hội, y tế, giáo dục, môi trường... của quốc gia sở tại. Hậu quả xã hội không mong muốn này đã được kiểm chứng bởi dòng người di cư lớn nhất trong lịch sử từ các nước Trung Đông và Bắc Phi đến châu Âu trong thời gian gần đây. Việc giải quyết khủng hoảng người nhập cư bất hợp pháp đã làm phát sinh nhiều bất đồng lớn trong nội bộ của Liên minh châu Âu cũng như giữa Liên minh châu Âu với Thổ Nhĩ Kỳ³. Tình trạng bất ổn do người nhập

² Cục Lãnh sự, Bộ Ngoại giao, Tổ chức Di cư quốc tế (2016), *Hồ sơ Di cư Việt Nam năm 2016*, tr.12.

³ Tổng hợp từ các nguồn thông tin tại các địa chỉ website: <http://baophapluat.vn/quoc-te/chau-au-loay-hoay-giai-bai-toan-khung-hoang-nhap-cu-348135.html>; <http://tapchiquptd.vn/vi/binh-luan-phe-phan/cuoc-khung-hoang-di-cu-o-chau-au-can-nguyen-va-giai-p>

cư bất hợp pháp gây ra là tiền đề, điều kiện cho tội phạm và các hành vi vi phạm pháp luật khác ngày càng gia tăng và diễn biến phức tạp. Do vậy, hợp tác để nhận trở lại công dân được coi là một trong những biện pháp góp phần làm giảm tội phạm liên quan đến hoạt động tổ chức di cư trái phép, tội phạm buôn bán người, bóc lột lao động và mại dâm⁴.

Mặt khác, nhận trở lại công dân giữa các nước còn mang tính nhân đạo nhằm hỗ trợ, giúp đỡ những người đã xuất cảnh, nhập cảnh, cư trú bất hợp pháp ở nước yêu cầu tiếp nhận và đã bị trục xuất về nước được yêu cầu tiếp nhận được đoàn tụ với gia đình và người thân để nhanh chóng trở lại cuộc sống bình thường. Ngoài ra, nhận trở lại công dân là kênh hợp tác quốc tế mang tính pháp lý - chính trị nhằm củng cố, tăng cường mối quan hệ hữu nghị, hợp tác giữa các nước trên thế giới. Thông qua kênh hợp tác này, các nước chia sẻ, hỗ trợ lẫn nhau trong việc tiếp cận và giải quyết các vấn đề liên quan đến quyền con người cũng như trách nhiệm của nhà nước đối với công dân

đang cư trú bất hợp pháp ở nước ngoài đã bị trục xuất về nước mà họ là công dân⁵.

Về cơ sở pháp lý, nhằm tạo cơ sở pháp lý cho hoạt động hợp tác nhận trở lại công dân có hiệu quả, các nước trên thế giới thường đàm phán, ký kết các điều ước hoặc thoả thuận quốc tế nhằm quy định cụ thể các vấn đề pháp lý liên quan để thực hiện. Các điều ước hoặc thoả thuận quốc tế về nhận trở lại công dân thường bao gồm các nội dung cơ bản như: Nguyên tắc chuyển giao và tiếp nhận; đối tượng và điều kiện để chuyển giao và tiếp nhận trở lại công dân; quyền của người được nhận trở lại; chi phí của hoạt động nhận trở lại công dân; thủ tục

hap/8240.html; <https://baomoi.com/giai-quyet-khung-hoang-nguoi-di-cu-con-nhieu-thach-thuc/c/21369959.epi>, truy cập ngày 5/9/2017.

⁴ Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định tại Điều 347 (Tội vi phạm quy định về xuất cảnh, nhập cảnh; Tội ở lại Việt Nam trái phép), Điều 348 (Tội tổ chức, môi giới cho người khác xuất cảnh, nhập cảnh hoặc ở lại Việt Nam trái phép), Điều 349 (Tội tổ chức, môi giới cho người khác trốn đi nước ngoài hoặc ở lại nước ngoài trái phép) và Điều 350 (Tội cưỡng ép người khác trốn đi nước ngoài hoặc ở lại nước ngoài trái phép), Điều 150 (Tội mua bán người), Điều 151 (Tội mua bán người dưới 16 tuổi), Điều 296 (Tội vi phạm quy định về sử dụng người lao động dưới 16 tuổi), Điều 297 (Tội cưỡng bức lao động), Điều 327 (Tội chứa mại dâm), Điều 328 (Tội môi giới mại dâm), Điều 329 (Tội mua dâm người dưới 18 tuổi).

⁵ Lời Nói đầu của Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Thụy Điển năm 2008 quy định mục đích của việc ký kết Hiệp định này với mong muốn “*phát triển hơn nữa quan hệ hợp tác giữa hai nước nhằm bảo đảm việc thực hiện tốt hơn các quy định về di chuyển của cá nhân; nhận thức nhu cầu đấu tranh chống di cư bất hợp pháp và để tạo thuận lợi cho việc nhận trở lại, trên cơ sở có đi có lại, những người nhập cảnh và cư trú bất hợp pháp trên lãnh thổ của mỗi Bên ký kết*”; hoặc Lời nói đầu của Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam với Slovenia năm 2005 quy định: “*Mong muốn phát triển quan hệ hữu nghị giữa hai nước; mong muốn hợp tác, trên cơ sở có đi có lại để giải quyết các vấn đề liên quan đến việc nhận trở lại những công dân cư trú bất hợp pháp trên lãnh thổ quốc gia của Bên ký kết kia; cố gắng ngăn ngừa tình trạng di cư bất hợp pháp*”; hoặc Lời nói đầu của Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Hoa Kỳ năm 2008 quy định: “*Với mong muốn phát triển quan hệ hữu nghị giữa hai nước, quy định những thủ tục cho các cơ quan có thẩm quyền của hai nước về việc nhận trở lại công dân nhanh chóng và có trật tự những công dân Việt Nam được Chính phủ Hoa Kỳ ra lệnh trục xuất khỏi Hoa Kỳ; nhằm mục đích quy định những thủ tục chung cho các cơ quan có thẩm quyền dựa trên những nguyên tắc pháp lý của mỗi nước và trách nhiệm quốc tế về việc nhận trở lại công dân hồi hương và thể theo những nguyên tắc chung đã được công nhận của luật pháp quốc tế, cho phép hồi hương được xác định trên cơ sở từng trường hợp cụ thể và công nhận quyền của nước nhận trong việc xác định quốc tịch*”.

nhận trở lại công dân và các quy định khác liên quan đến giải quyết tranh chấp, đình chỉ, hiệu lực và chấm dứt hiệu lực.

Nguyên tắc hợp tác để nhận trở lại công dân: Các điều ước hoặc thoả thuận quốc tế về nhận trở lại công dân thường quy định áp dụng các nguyên tắc “bình đẳng chủ quyền giữa các quốc gia”, nguyên tắc “nhân đạo” và nguyên tắc “có đi có lại”. Theo đó, hợp tác trong lĩnh vực nhận trở lại công dân phải được thiết lập và thực hiện trên cơ sở thoả thuận, bình đẳng giữa các quốc gia hữu quan. Mọi hành vi gây sức ép, cưỡng bức, đe dọa, bắt buộc hoặc gây sức ép để chuyển giao hoặc tiếp nhận công dân được xem là hành vi vi phạm pháp luật quốc tế, vi phạm sự bình đẳng về chủ quyền giữa các quốc gia. Đồng thời, hợp tác nhận trở lại công dân phải nhằm mục đích nhân đạo trên cơ sở tôn trọng nhân phẩm của người được chuyển giao, tính thống nhất của gia đình và hoàn cảnh của từng người⁶.

Mặt khác, về bản chất, nhận trở lại công dân là mối quan hệ mang tính pháp lý - chính trị giữa các quốc gia trên cơ sở có đi có lại để hỗ trợ lẫn nhau nên hoạt động này chỉ có thể được thực hiện khi có sự đồng ý nước yêu cầu tiếp nhận và nước được yêu cầu tiếp nhận. Ngược lại, nếu không có sự đồng ý của nước yêu cầu tiếp nhận hoặc nước được yêu cầu tiếp nhận thì hoạt động nhận trở lại công dân không thể thực hiện được trên thực tế. Tuy nhiên, theo tác giả có hai nguyên nhân cơ bản dẫn đến tình trạng

di cư bất hợp pháp diễn ra trên thế giới trong thời gian qua là các cuộc chiến tranh, nội chiến ở các quốc gia châu Phi, Trung Đông và sự chênh lệch giàu nghèo giữa các nước nên người dân ở các nước nghèo đói, kém phát triển ở châu Á, châu Phi thường tìm “miền đất hứa” là các nước tư bản giàu có, phát triển như Mỹ, Canada, châu Âu, Úc... để mưu sinh bằng các cách thức bất hợp pháp như vượt biên, đi lao động, du lịch, học tập, thực tập sinh, công tác, thăm thân nhân, khám chữa bệnh... rồi trốn ở lại nước ngoài trái phép. Do đó, những nước giàu, phát triển thường là nước yêu cầu tiếp nhận, còn các nước nghèo đói, kém phát triển là nước được yêu cầu tiếp nhận mà rất ít trường hợp nhận trở lại công dân theo chiều ngược lại.

Đối tượng và điều kiện để nhận trở lại công dân: Các điều ước quốc tế về nhận trở lại công dân thường quy định, các bên sẽ chuyển giao và tiếp nhận những người có đủ các điều kiện cơ bản như: (i) Người bị chuyển giao phải có quốc tịch của nước được yêu cầu tiếp nhận và không đồng thời có quốc tịch của nước yêu cầu tiếp nhận hoặc quốc tịch của bất kỳ nước thứ ba nào khác; (ii) Đã có nơi thường trú hợp pháp trên lãnh thổ của nước được yêu cầu tiếp nhận và không có nơi thường trú ở nước thứ ba; (iii) Là đối tượng của lệnh trục xuất đã có hiệu lực pháp luật của cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu tiếp nhận, phù hợp với pháp luật nước đó⁷.

⁶ Các quy định này được ghi nhận cụ thể tại khoản 1, khoản 3 Điều 1 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Hoa Kỳ năm 2008; khoản 1 Điều 3 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Thụy Điển năm 2008; khoản 1 Điều 3 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Na Uy năm 2007; khoản 1 Điều 3 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Slovakia năm 2005.

⁷ - Điều 2 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Hoa Kỳ quy định: “1. *Những người có thể bị trục xuất và các điều kiện nhận trở lại:* a. Là công dân Việt Nam và đồng thời không phải là công dân Hoa Kỳ hoặc công dân của bất kỳ nước nào khác; b. Trước đây đã cư trú ở Việt Nam và hiện nay không có nơi cư trú ở nước thứ ba; c. Đã vi phạm pháp luật Hoa Kỳ và bị cơ quan có thẩm quyền ra lệnh trục

xuất và; d. Nếu người này đã bị kết án do phạm tội hình sự (kể cả các vi phạm pháp luật nhập cư) thì trước khi bị trục xuất người này phải thi hành xong án phạt tù hoặc được giảm án phạt tù theo quyết định của cơ quan có thẩm quyền; 2. Những công dân Việt Nam đã đến Hoa Kỳ trước ngày 12/7/1995, ngày mà hai nước thiết lập quan hệ ngoại giao, không thuộc đối tượng nhận trở về lại Việt Nam...; 3. Trong trường hợp công dân Việt Nam di cư sang Hoa Kỳ từ một nước thứ ba là nơi người này đã thường trú và nếu người này được lệnh trục xuất khỏi Hoa Kỳ thì Chính phủ Hoa Kỳ sẽ tìm cách đưa người này quay lại nước thứ ba đó hoặc xem xét cho người này ở lại Hoa Kỳ, trước khi yêu cầu đưa người này về Việt Nam...".

- Điều 2 Hiệp định nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Slovakia năm 2005 quy định:

"1. Phù hợp với các quy định tại Điều 1, mỗi Bên ký kết sẽ nhận trở lại, sau khi xác minh người trở về đáp ứng các điều kiện sau: (a) Có quốc tịch của nước Bên ký kết được yêu cầu, không đồng thời có quốc tịch của nước Bên ký kết yêu cầu hoặc quốc tịch của bất kỳ nước nào khác; (b) Trước đây đã có nơi thường trú hợp pháp trên lãnh thổ nước Bên ký kết được yêu cầu và không có nơi thường trú ở nước thứ ba; (c) Là đối tượng của lệnh trục xuất có hiệu lực pháp luật của cơ quan có thẩm quyền của quốc gia Bên ký kết yêu cầu, phù hợp với pháp luật nước đó.

2. Đối với người đáp ứng các điều kiện nêu tại mục (a) và (c) khoản 1 Điều này, và đã có nơi thường trú ở một nước thứ ba trước khi đến lãnh thổ Quốc gia Bên ký kết yêu cầu thì Bên ký kết yêu cầu sẽ tạo điều kiện để người này được quay trở lại nước thứ ba đó hoặc bất kỳ nước nào khác cho phép họ cư trú theo nguyện vọng của họ.

3. Bên ký kết yêu cầu nhận trở lại ngay, không chậm trễ và không cần bất kỳ thủ tục nào nếu các cơ quan có thẩm quyền xác minh người trở về không có quốc tịch của nước Bên ký kết được yêu cầu hoặc không đáp ứng các điều kiện quy định tại Điều này của Hiệp định này tại thời điểm trao trả".

- Điều 2 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Thụy Điển năm 2008 quy định:

"1. Theo yêu cầu của một Bên ký kết, Bên ký kết kia sẽ nhận trở lại người không đáp ứng các yêu cầu pháp lý về nhập cảnh và cư trú trên lãnh thổ của Bên ký kết yêu cầu, với điều kiện người đó:

a) Có quốc tịch của Bên ký kết được yêu cầu, không đồng thời có quốc tịch của Bên ký kết yêu cầu hoặc quốc tịch của bất kỳ nước nào khác;

Quyền của người được nhận trở lại:
Các điều ước quốc tế về nhận trở lại công dân thường quy định, các bên ký kết sẽ dành cho người trở về một thời hạn thích hợp để giải quyết các vấn đề cá nhân⁸; người trở về được phép mang theo hoặc chuyển về nước được yêu cầu tiếp nhận toàn bộ tài sản, kể cả mọi phương tiện thanh toán có được một cách hợp pháp trong thời gian cư trú trên lãnh thổ của nước ký kết yêu cầu tiếp nhận, trừ những đồ vật, phương tiện thuộc diện bị cấm nhập khẩu; được nước ký kết yêu cầu tiếp nhận chi trả các chi phí liên quan đến việc trở về như chi phí xác minh nhân thân, chi phí làm thủ tục, chi phí di chuyển⁹ và quyền được bảo mật thông tin cá nhân và gia đình¹⁰.

b) Trước đây đã có giấy phép cư trú hợp pháp trên lãnh thổ Bên ký kết được yêu cầu và không có nơi thường trú ở nước thứ ba;

c) Đã nhận được thông báo pháp lý của cơ quan có thẩm quyền của Bên ký kết yêu cầu trục xuất người đó ra khỏi lãnh thổ Bên ký kết yêu cầu, phù hợp với pháp luật nước đó.

2. Đối với người đáp ứng tất cả các điều kiện nêu tại các điểm (a) và (c) khoản 1 Điều này và đã có nơi thường trú ở một nước thứ ba trước khi đến lãnh thổ Bên ký kết yêu cầu, Bên ký kết yêu cầu sẽ cho phép đương sự trở về nước thứ ba đó hoặc bất kỳ nước nào khác mà người này có giấy phép cư trú hợp pháp phù hợp với nguyện vọng của đương sự.

3. Bên ký kết yêu cầu sẽ nhận trở lại ngay và không cần bất kỳ thủ tục nào, nếu các cơ quan có thẩm quyền của Bên ký kết được yêu cầu phát hiện người trở về không đáp ứng điều kiện nhận trở lại được quy định tại khoản 1 Điều này".

⁸ Khoản 1 Điều 3 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Slovakia năm 2005 quy định thời hạn này là 45 ngày.

⁹ Xem thêm khoản 3, 4, 5 Điều 1 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Hoa Kỳ năm 2008; khoản 2, 3, 4 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Na Uy năm 2007; khoản 3 Điều 3 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Slovakia năm 2005.

¹⁰ Xem thêm khoản 3, 4, 5 Điều 1 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Hoa Kỳ năm 2008; khoản 2, 3, 4 Hiệp định Nhận trở lại công dân

Chi phí cho hoạt động nhận trở lại công dân: Các điều ước hoặc thoả thuận quốc tế về nhận trở lại công dân được ký kết giữa các nước đều quy định, chi phí phát sinh trong quá trình chuyển giao và tiếp nhận trở lại công dân sẽ do nước yêu cầu tiếp nhận chi trả¹¹.

3. Phân biệt nhận trở lại công dân với hồi hương, dẫn độ và chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù

Để phòng, chống có hiệu quả các loại tội phạm, nhất là tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia, các quốc gia phải hợp tác với nhau trên nhiều bình diện từ khu vực, liên khu vực đến toàn cầu với các hình thức hợp tác như dẫn độ, chuyển giao người bị kết án phạt tù, tương trợ tư pháp về hình sự, trục xuất, đẩy trả. Không ít người đã nhầm lẫn hoạt động hợp tác nhận trở lại công dân với hồi hương, dẫn độ và chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù. Do vậy, phân biệt nhận trở lại công dân với hồi hương và các hình thức hợp tác quốc tế này là cần thiết, có ý nghĩa rất lớn cả về lý luận và thực tiễn.

Trước hết cần làm rõ các thuật ngữ “hồi hương”, “dẫn độ” và “chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù”. Về phương diện pháp lý, “hồi hương” là việc một người cư trú hợp pháp ở nước ngoài tự nguyện trở về sinh sống ở nước mà họ là công dân. Việc hồi hương được thực hiện theo nguyện vọng của người hồi hương. Do vậy, các hành vi cưỡng ép hồi hương hoặc cấm hồi hương là hành vi xâm phạm quyền con

người¹². Trong khi đó, “dẫn độ” là một hình thức hợp tác về tương trợ tư pháp giữa các nước trong lĩnh vực đấu tranh phòng, chống tội phạm, theo đó nước được yêu cầu sẽ chuyển giao người đã thực hiện hành vi phạm tội hoặc đã bị tòa án của nước yêu cầu kết án bằng bản án đã có hiệu lực pháp luật để nước này truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc thi hành hình phạt đối với người bị yêu cầu dẫn độ. Trên thực tế, các nước có thể hợp tác dẫn độ trên cơ sở các hiệp định tương trợ tư pháp có phạm vi điều chỉnh rộng về hình sự, dân sự, dẫn độ và chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù hoặc hiệp định dẫn độ hoặc áp dụng nguyên tắc “có đi có lại” nếu hai nước không có cơ sở sở pháp lý quốc tế để dẫn độ. Còn “Chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù” là hình thức hợp tác tương trợ tư pháp, theo đó các nước sẽ hợp tác để chuyển giao người đang thi hành hình phạt tù ở nước ngoài về nước mà người đó là công dân hoặc nước thứ ba (nếu nước này đồng ý tiếp nhận người được chuyển giao) để tiếp tục chấp hành hình phạt tù còn lại của bản án mà tòa án của nước chuyển giao đã tuyên xử đối với người đó. Các nước sẽ hợp tác để chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù trên cơ sở hiệp định tương trợ tư pháp có phạm vi điều chỉnh về hình sự, dân sự, dẫn độ và chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù¹³ hoặc các hiệp

giữa Việt Nam và Na Uy năm 2007; khoản 3 Điều 3 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Slovakia năm 2005.

¹¹ Xem thêm Điều 6 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Na Uy năm 2007; Điều 6 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Slovakia năm 2005.

¹² Khoản 2 Điều 13 Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền năm 1948 quy định: “*Ai cũng có quyền rời khỏi bất cứ quốc gia nào, kể cả quốc gia của mình, và có quyền hồi hương*”. Điều 12 Công ước về các quyền dân sự và chính trị của Liên hợp quốc năm 1966 quy định tương tự, theo đó “...2. Mọi người đều có quyền tự do rời khỏi bất kỳ nước nào, kể cả nước mình...4. Không ai bị tước đoạt một cách tùy tiện quyền được trở về nước mình”.

¹³ Từ những năm 80 của thế kỷ XX đến khi Luật Tương trợ tư pháp được ban hành năm 2007, Việt

định riêng về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù¹⁴.

Nghiên cứu nhận trở lại công dân, dẫn độ, chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù và hồi hương, tác giả thấy rằng, các hình thức hợp tác quốc tế này có một số điểm khác biệt sau đây:

Thứ nhất, về đối tượng; nếu đối tượng của hoạt động nhận trở lại công dân là người đang cư trú bất hợp pháp và đã bị nước sở tại ra lệnh trục xuất thì đối tượng của hoạt động dẫn độ là người đã thực hiện hành vi phạm tội hoặc đã bị kết án bằng bản án đã có hiệu lực pháp luật đang có mặt trên lãnh thổ của nước sở tại; đối

tượng của hoạt động chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù là người đang chấp hành án phạt tù trên lãnh thổ nước sở tại; đối tượng của hoạt động hồi hương là người đang cư trú hợp pháp trên lãnh thổ nước sở tại.

Thứ hai, về mục đích; nếu nhận trở lại công dân nhằm bảo vệ sự ổn định chính trị, an ninh, kinh tế - xã hội, đấu tranh phòng, chống tội phạm, bảo vệ quyền con người thì dẫn độ nhằm trừng phạt người phạm tội, chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù lại nhằm giúp người chuyển giao được tiếp tục chấp hành hình phạt tù trong môi trường xã hội tốt nhất để họ nhanh chóng tái hoà nhập cộng đồng; còn mục đích của hồi hương là nguyện vọng của cá nhân được trở về sinh sống tại nước mà họ là công dân.

Thứ ba, về cơ sở để thực hiện; nếu nhận trở lại công dân được thực hiện trên cơ sở yêu cầu của nước sở tại (nước yêu cầu tiếp nhận) thì dẫn độ lại được thực hiện trên cơ sở yêu cầu của nước ngoài, trong khi đó, chuyển giao lại có thể được thực hiện trên cơ sở yêu cầu của nước yêu cầu hoặc nước được yêu cầu tiếp nhận hoặc yêu cầu của người được chuyển giao, còn hồi hương lại do chính người hồi hương quyết định. Như vậy, về bản chất, nhận trở lại công dân và dẫn độ luôn luôn mang tính bắt buộc, cưỡng bức đối với đối tượng bị áp dụng và do các nước thoả thuận thực hiện, còn chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù và hồi hương lại mang tính tự nguyện của người được chuyển giao và người hồi hương.

4. Thủ tục và thẩm quyền nhận trở lại công dân

Về thủ tục nhận trở lại công dân, qua nghiên cứu nội dung của các điều ước quốc

Nam đã ký 02 Hiệp định tương trợ tư pháp chung có quy định về hợp tác chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù, cụ thể: Hiệp định Tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự với Hung-ga-ri ký ngày 18/1/1985 (Chương III, từ Điều 79 đến Điều 95 quy định về chuyển giao việc thi hành hình phạt tước tự do) và Hiệp định Tương trợ tư pháp về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa với Ba Lan ký ngày 22/3/1993 (Chương IV, từ Điều 79 đến Điều 85 quy định về chuyển giao người thi hành án phạt tù).

¹⁴ Cho đến nay, Việt Nam đã ký được 07 Hiệp định song phương về chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù với các nước gồm: Hiệp định giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai Len về chuyển giao người bị kết án phạt tù, ký năm 2008; Hiệp định giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Ô-xtrây-li-a về chuyển giao người bị kết án phạt tù, ký năm 2008; Hiệp định giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Đại Hàn Dân quốc về chuyển giao người bị kết án phạt tù, ký năm 2009; Hiệp định giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Vương quốc Thái Lan về chuyển giao người bị kết án phạt tù và hợp tác thi hành án hình sự, ký năm 2010; Hiệp định giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Liên bang Nga về chuyển giao người bị kết án phạt tù, ký năm 2013 và Hiệp định giữa Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Tây Ban Nha về chuyển giao người bị kết án phạt tù, ký năm 2014; Hiệp định giữa nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam và Cộng hòa Séc về hợp tác phòng, chống tội phạm và chuyển giao người bị kết án phạt tù, ký năm 2017.

tế về lĩnh vực này, tác giả có thể tóm tắt thành 04 bước sau đây:

Bước 1: Cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu tiếp nhận xác định người đã có lệnh trục xuất khỏi lãnh thổ của mình là người có đủ điều kiện để chuyển giao cho nước được yêu cầu tiếp nhận và sẽ thông báo cho cơ quan có thẩm quyền của nước được yêu cầu tiếp nhận.

Bước 2: Cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu tiếp nhận sẽ chuyển giao hồ sơ liên quan đến người bị chuyển giao và nước được yêu cầu tiếp nhận sẽ cấp giấy tờ đi lại cho người bị chuyển giao.

Theo quy định của các điều ước hoặc thoả thuận quốc tế về nhận trở lại công dân được ký kết giữa các quốc gia thì hồ sơ chuyển giao và tiếp nhận công dân thường được lập thành 03 bộ (01 bản gốc và 2 bản sao), bao gồm các văn bản:

+ Công hàm đề nghị nhận trở lại công dân của nước yêu cầu tiếp nhận;

+ Họ tên của người được yêu cầu chuyển giao;

+ Phiếu thông tin (tờ khai) do người bị chuyển giao khai gồm các thông tin như: Địa chỉ thường trú trước khi rời lãnh thổ của nước được yêu cầu tiếp nhận; ngày rời lãnh thổ nước được yêu cầu tiếp nhận (bằng hình thức nào, hộ chiếu hay giấy thông hành); trước khi đến lãnh thổ của nước yêu cầu tiếp nhận người này đã ở nước nào, làm gì (?); ngày đến lãnh thổ nước yêu cầu tiếp nhận (bằng hình thức nào, hộ chiếu hay giấy thông hành; cơ quan cấp); thân nhân ruột thịt ở nước được yêu cầu tiếp nhận; thân nhân ruột thịt ở nước ngoài; khi về nước được yêu cầu tiếp nhận thì ở với ai, địa chỉ nào (?)

+ Bản sao lệnh trục xuất, lý lịch tư pháp; quốc tịch của người bị yêu cầu chuyển giao (giấy tờ để xác định quốc tịch có thể là: Hộ chiếu; giấy chứng minh nhân dân; giấy chứng nhận có quốc tịch hoặc quyết định cho nhập quốc tịch hoặc cho trở lại quốc tịch của nước được yêu cầu tiếp nhận); quá trình phạm tội; hình phạt đã bị áp dụng; quyết định ân xá hoặc giảm hình phạt tù. Các giấy tờ, tài liệu gốc trên (hoặc bản dịch) phải được cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu tiếp nhận chứng thực.

Bước 3: Cơ quan có thẩm quyền của nước được yêu cầu tiếp nhận sẽ phỏng vấn để xác minh những người đủ điều kiện để tiếp nhận về nước mình và cấp giấy thông hành cho họ.

Bước 4: Cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu tiếp nhận sẽ thông báo ngày giờ, chuyến bay của người được nhận trở về nước được yêu cầu tiếp nhận¹⁵.

Thẩm quyền yêu cầu và tiếp nhận trở lại công dân sẽ do các cơ quan có thẩm quyền của các nước thực hiện theo quy định của pháp luật quốc gia và được ghi nhận trong các điều ước quốc tế về nhận trở lại công dân. Ví dụ, theo quy định của pháp luật Việt Nam, cơ quan có thẩm quyền trong lĩnh vực này và được ghi nhận cụ thể trong các hiệp định nhận trở lại công dân là Cục Quản lý Xuất nhập cảnh, Bộ Công an; cơ quan có thẩm quyền của Hoa Kỳ là Bộ An ninh nội địa; cơ quan có thẩm quyền của Na Uy là Cơ quan Cảnh sát nhập cư thay mặt cho Bộ

¹⁵ Xem chi tiết quy định về thủ tục chuyển giao và tiếp nhận trở lại công dân tại Điều 4 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Hoa Kỳ năm 2008; Điều 5 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Na Uy năm 2007; Điều 5 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Thụy Điển năm 2008; Điều 3, 4 Hiệp định Nhận trở lại công dân giữa Việt Nam và Slovakia năm 2005...

Tư pháp và Cảnh sát; cơ quan có thẩm quyền của Slovakia là các Bộ Nội vụ, Bộ tư lệnh Cảnh sát, Cục Biên phòng và Ngoại kiều; cơ quan có thẩm quyền của Thụy Điển là Cơ quan Nhập cư và Cảnh sát; cơ quan có thẩm quyền của Mexico là Bộ Ngoại giao; cơ quan có thẩm quyền của Campuchia là Bộ Ngoại giao và Hợp tác quốc tế...

5. Pháp luật và hoạt động hợp tác quốc tế của Việt Nam trong lĩnh vực nhận trở lại công dân

Về phương diện pháp luật quốc gia, nhằm giải quyết tình trạng xuất cảnh và di cư bất hợp pháp, từ cuối thập niên 80 của thế kỷ trước, nước ta đã ban hành một số văn bản để đưa công dân Việt Nam đã xuất cảnh trái phép về nước như Chỉ thị số 7-HĐBT ngày 19/01/1989 của Hội đồng Bộ trưởng về việc đưa người Việt Nam xuất cảnh trái phép tự nguyện về nước; Chỉ thị số 294-CT của Hội đồng Bộ trưởng ngày 01/10/1991 về việc giải quyết vấn đề người xuất cảnh trái phép; Quyết định số 599-TTg ngày 18/10/1994 của Thủ tướng Chính phủ về việc xem xét nhận những công dân Việt Nam bị Canada trục xuất về nước; Chỉ thị số 747-TTg ngày 15/11/1995 của Thủ tướng Chính phủ về việc tiếp nhận những công dân Việt Nam không được nước ngoài cho cư trú; Quyết định số 1427/QĐ-TTg ngày 18/08/2011 của Thủ tướng Chính phủ về việc phê duyệt Chương trình hành động phòng, chống tội phạm mua bán người giai đoạn 2011-2015; Nghị định số 62/2012/NĐ-CP ngày 13/08/2012 của Chính phủ quy định về căn cứ xác định nạn nhân bị mua bán và các biện pháp bảo vệ an toàn cho nạn nhân, người thân thích của họ; Nghị định số 09/2013/NĐ-CP ngày 11/01/2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Phòng, chống mua bán người;

Thông tư liên tịch số 01/2013/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BCA-BQP-BTP ngày 23/07/2013 của Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng và Bộ Tư pháp về 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; Thông tư liên tịch số 134/2013/BTC-BLĐTBXH ngày 25/09/2013 hướng dẫn nội dung chi, mức chi cho công tác hỗ trợ nạn nhân quy định tại Nghị định 09/2013/NĐ-CP; Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-BCA-BQP-BLĐTBXH-BNG ngày 10/02/2014 giữa Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội và Bộ Ngoại giao hướng dẫn trình tự, thủ tục và quan hệ phối hợp trong việc xác minh, xác định, tiếp nhận và trao trả nạn nhân bị mua bán; Quyết định số 623/QĐ-TTg ngày 14/04/2016 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Chiến lược quốc gia phòng, chống tội phạm giai đoạn 2016 - 2025 và định hướng đến năm 2030 và Quyết định số 793/QĐ-TTg ngày 10/05/2016 của Thủ tướng Chính phủ về việc lấy ngày 30 tháng 7 hàng năm làm ngày toàn dân phòng, chống mua bán người. Những văn bản này là cơ sở pháp lý quốc gia để giải quyết tình trạng người Việt Nam xuất cảnh trái phép, cư trú bất hợp pháp ở nước ngoài và bị trục xuất về nước hoặc để tiếp nhận công dân Việt Nam hoặc trao trả công dân nước ngoài là nạn nhân của tội phạm buôn bán người về nước, đồng thời để trừng phạt hành vi buôn bán người.

Tuy nhiên, vấn đề nhận trở lại công dân là hoạt động hợp tác quốc tế nên phải được thực hiện trên cơ sở pháp lý là các điều ước quốc tế được thỏa thuận ký kết giữa các quốc gia hữu quan. Chính vì vậy, trong hơn 10 năm trở lại đây, nhằm bảo vệ các quyền

và lợi ích hợp pháp, chính đáng của công dân Việt Nam cư trú bất hợp pháp ở nước ngoài bị trục xuất về nước, bảo đảm an ninh quốc gia và trật tự, an toàn xã hội, đáp ứng yêu cầu đối ngoại trong tình hình mới, nước ta đã ký kết 18 hiệp định, thoả thuận, bản ghi nhớ về nhận trở lại công dân với các nước và vùng lãnh thổ gồm: Hà Lan, Đức, Pháp, Canada, Australia, Anh, Campuchia, Ba Lan, Slovakia, Thụy Sĩ, Na Uy, Séc, Mỹ, Thụy Điển, Ucraina, Nga, Bỉ và Hồng Kông. Các hiệp định, thoả thuận và bản ghi nhớ này là những cơ sở pháp lý đặc biệt quan trọng để nước ta hợp tác, nhận trở lại những công dân Việt Nam đã cư trú bất hợp pháp và bị trục xuất.

Bên cạnh đó, trong thời gian qua, Việt Nam đã chủ động, tích cực, hợp tác với Tổ chức Di cư quốc tế (IOM¹⁶), Cơ quan Phòng chống ma tuý và tội phạm Liên hợp quốc (UNODC¹⁷), Cao ủy Liên hợp quốc về người tị nạn (UNHCR¹⁸) để thực hiện có hiệu quả hoạt động nhận trở lại công dân Việt Nam cư trú bất hợp pháp và bị trục xuất từ nước ngoài về Việt Nam. Đồng thời, Việt Nam đã tích cực hợp tác trong lĩnh vực phòng, chống mua bán người với các nước có đường biên giới chung và các nước có nhiều người Việt Nam đang sinh sống bằng việc ký kết các hiệp định hợp tác song phương như: Hiệp định giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Trung Quốc về hợp tác phòng, chống mua bán người và bảo vệ nạn nhân bị buôn bán, ký ngày 15/9/2010, có hiệu lực ngày 14/3/2011; Hiệp định giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Lào về hợp tác phòng, chống mua bán người và bảo vệ nạn nhân bị buôn bán, ký ngày

03/11/2010 và có hiệu lực ngày 19/03/2011; Hiệp định hợp tác song phương giữa Việt Nam và Campuchia nhằm loại trừ nạn buôn bán phụ nữ, trẻ em và giúp đỡ nạn nhân bị buôn bán được ký ngày 10/10/2005 và sửa đổi, bổ sung ngày 28/9/2012; Hiệp định hợp tác giữa Việt Nam và Thái Lan nhằm loại trừ nạn buôn bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em và giúp đỡ nạn nhân bị buôn bán, ký ngày 22/3/2008 và có hiệu lực ngày 22/01/2009; Hiệp định giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Malaysia về hợp tác phòng, chống tội phạm xuyên quốc gia, ký ngày 01/10/2015, có hiệu lực kể từ ngày 01/10/2015. Các hoạt động hợp tác đa phương về phòng, chống mua bán người cũng được Chính phủ đặc biệt quan tâm và tham gia như: Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và Nghị định thư về phòng ngừa, trừng trị, trấn áp tội mua bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em; Thỏa thuận giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Australia về triển khai Chương trình hợp tác châu Á – Australia về phòng chống mua bán người; Công ước ASEAN về phòng, chống mua bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em (Việt Nam ký ngày 20/11/2015, phê chuẩn và có hiệu lực từ ngày 13/12/2016); Công ước của Liên hợp quốc về Quyền trẻ em ký ngày 20/11/1989; Công ước La Haye số 33 ngày 29/5/1993 về bảo vệ trẻ em và hợp tác trong lĩnh vực nuôi con nuôi quốc tế và Nghị định thư về buôn bán trẻ em, mại dâm trẻ em và văn hóa phẩm khiêu dâm trẻ em bổ sung Công ước về quyền trẻ em. Với những cơ sở pháp lý quốc tế nói trên, các cơ quan có thẩm quyền của nước ta sẽ có khung pháp lý để hợp tác với các nước, đặc biệt là các nước đã ký hiệp định, thoả thuận hoặc bản ghi nhớ về nhận trở lại công dân trong thời gian tới.

¹⁶ International Organization for Migration.

¹⁷ United Nations Office on Drugs and Crime.

¹⁸ United Nations High Commissioner for Refugees.

CHÍNH SÁCH, PHÁP LUẬT VỀ TIỀN ẢO CỦA THÁI LAN VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Nguyễn Minh Oanh*

Hà Công Anh Bảo**

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu chính sách và pháp luật về tiền ảo tại Thái Lan, một quốc gia châu Á có nhiều điểm tương đồng với Việt Nam, từ đó, đưa ra một số gợi mở cho Việt Nam trong việc xây dựng chính sách và khung pháp lý quản lý, kiểm soát đối với tiền ảo.

Abstract: This paper analyses policy and law on virtual currency of Thailand, which has many similarities in comparison with Vietnam. Basing on that, it draws out implications for Vietnam with respect to building up policy and law for virtual currency control and management.

1. Chính sách và pháp luật về tiền ảo tại Thái Lan

Trước thực trạng du nhập và phát triển nhanh chóng của đồng tiền ảo trong thời đại kỹ thuật công nghệ, Thái Lan đã cố gắng kiểm soát và điều chỉnh tiền ảo bằng cách ban hành những chính sách và pháp luật về lĩnh vực này. Qua nghiên cứu, có thể khái quát các khía cạnh pháp lý của tiền ảo được điều chỉnh bởi chính sách và pháp luật Thái Lan như sau:

Thứ nhất, Thái Lan xác định tính hợp pháp của đồng tiền ảo.

Năm 2013, khi đồng tiền ảo Bitcoin¹ “phủ sóng” khá mạnh mẽ ở châu Âu và một

số quốc gia ở châu Á, tổ chức Bitcoin đã bắt đầu hướng vào thị trường Thái Lan bằng việc tổ chức buổi giới thiệu về cách thức hoạt động và đầu tư của đồng tiền này nhằm thu hút các khách hàng và nhà đầu tư. Tuy nhiên, ngay sau đó, Ngân hàng trung ương Thái Lan đã tuyên bố từ chối cho lưu hành đồng tiền Bitcoin tại Thái Lan; các hoạt động giao dịch liên quan đến Bitcoin bị coi là trái pháp luật, điều này tương đương với việc tất cả những giao dịch mua, chuyển nhượng thông qua Bitcoin với cá nhân, tổ chức bên ngoài Thái Lan đều phạm pháp. Tại thời điểm đó, Thái Lan là nước đầu tiên trên thế giới chính thức cấm giao dịch bằng Bitcoin².

Lý giải cho vấn đề này, Vụ Quản lý ngoại hối và chính sách của Thái Lan đã tuyên bố rằng quyết định được đưa ra dựa trên thực tế là không có luật hiện hành áp

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

** TS., Trường Đại học Ngoại Thương.

Nghiên cứu này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài cấp Bộ: “Các khía cạnh pháp lý của tiền ảo - thực tiễn các nước và kinh nghiệm cho Việt Nam”, Bộ Tư pháp, từ tháng 1/2017 - 6/2018.

¹ Bitcoin là một loại tiền tệ kỹ thuật số dưới dạng phần mềm mã nguồn mở được phát hành năm 2009 bởi một nhân vật bí ẩn có biệt danh Satoshi Nakamoto. Đồng tiền ảo này có thể được trao đổi trực tiếp bằng thiết bị kết nối Internet mà không cần thông qua một tổ chức tài chính trung gian nào. Hiện nay Bitcoin là đồng tiền ảo có giá trị lớn nhất.

Nguồn: Satoshi Nakamoto, “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (PDF), <https://bitcoin.org/>

bitcoin.pdf, truy cập ngày 5/3/2018. Xem thêm: Bitcoin là gì và giá trị đích thực của nó?, <https://taichinh.online/bitcoin-la-gi-va-gia-tri-dich-thuc-cu-a-no.html>, truy cập ngày 05/3/2018.

² Daniel Palmer, *Bank of Thailand suggests bitcoin not illegal but warns against its use*, <http://www.coin-desk.com/bank-thailand-says-bitcoin-illegal-warns-use>, truy cập ngày 20/07/2017.

dụng hoặc kiểm soát vốn liên quan đến Bitcoin và Bitcoin cũng liên quan nhiều khu vực tài chính³. Về cơ bản, cơ quan này đã quan tâm đến Bitcoin và cũng cân nhắc việc đưa ra một định nghĩa cụ thể hoặc một hướng dẫn về Bitcoin⁴. Vụ cũng lưu ý những quy định này không phải là cuối cùng và có thể thay đổi khi mà luật pháp của Thái Lan được cập nhật⁵.

Việc phản ứng tiêu cực của Chính phủ Thái Lan vào thời điểm 2013 cũng như ở một số nước đang phát triển không phải là không có lý do. Trong cuộc khủng hoảng kinh tế châu Á - Đông Á mùa hè năm 1997, Thái Lan đã đối mặt với một cuộc tấn công mang tính đầu cơ gây ra sự mất giá lớn của đồng Baht Thái Lan⁶. Và kết quả là, dù đồng Baht Thái Lan đã được gắn liền với đồng đôla Mỹ thì chính quyền Thái Lan vẫn phải thả nổi đồng Baht hoặc cho thị trường ngoại hối tự quyết định giá trị của đồng tiền⁷. Nền kinh tế bị ảnh hưởng khi mà các khoản vay nước ngoài của các công ty trong nước khó trả nợ hơn, dẫn đến nguy cơ vỡ nợ gia tăng, việc đầu tư phụ thuộc vào nguồn vốn nước ngoài càng tăng thì dẫn đến nguy cơ thiếu hụt vốn càng lớn⁸. Như vậy, tương tự như một số nước đang phát triển đã có

kinh nghiệm về khủng hoảng tài chính⁹, Thái Lan tỏ ra do dự hơn trong vấn đề chấp nhận tiền ảo. Sau tuyên bố này, Thái Lan đã từng có những nỗ lực nhằm ngăn cấm việc mua, bán Bitcoin cũng như ngăn cấm việc sử dụng Bitcoin làm công cụ trung gian để mua, bán và trao đổi hàng hóa dịch vụ¹⁰.

Tuy nhiên, một số quan điểm khác lại cho rằng việc cấm sử dụng Bitcoin sẽ trở thành vấn đề đối với Thái Lan¹¹. Một là, Ngân hàng trung ương Thái Lan không có thẩm quyền theo hiến pháp để loại bỏ Bitcoin cũng như các đồng tiền ảo khác¹². Thêm vào đó, theo một nhà phân tích đưa ra, việc ngăn cấm Bitcoin sẽ khó và dường như không thể, nó không đáng để phải quan tâm như vậy¹³. Dường như quan điểm này đã thuyết phục được Chính phủ Thái Lan trong cách nhìn về tiền ảo, do đó tháng 7 năm 2014, Ngân hàng trung ương Thái Lan lại tuyên bố giao dịch Bitcoin không bị xem là bất hợp pháp tại quốc gia này, đồng thời cũng phê duyệt hai sàn trao đổi Bitcoin hợp

³ Matt Clinch, *Bitcoin Banned in Thailand*, CNBC, <http://www.cnn.com/id/100923551>, truy cập ngày 20/07/2017.

⁴ Matt Clinch, *tlđđ*.

⁵ Ngân hàng trung ương Thái Lan đã nói rằng sẽ nghiên cứu vấn đề này, tuy nhiên không có thời gian cụ thể được đưa ra.

⁶ T. Traisorat, *A 'Silver Lining' in the Crises Cloud? The Thai Financial and Economic Crises of 1997-1998: An Opportunity to Readdress the Fundamentals*, 2 Y.B. INT'L FIN. & ECON. L. 527, 529 (1997).

⁷ Kristen Cunningham, *Fallen Tiger: The Story of Thailand's Currency Devaluation in 1997*, 21 HOUS. J. INT'L L. 451, 470 (1999).

⁸ Kristen Cunningham, *tlđđ*, 471.

⁹ Xem Andrea D. Roller, *Thailand's Banking Crises and Subsequent Reform: Could Thailand Benefit From an International Standard?*, 24 SUFFOLK TRANSNAT'L L. REV. 411 (2001).

¹⁰ *Trading Suspended due to Bank of Thailand Advisement*, BITCOIN, <https://bitcoin.co.th/trading-suspended-due-to-bank-of-thailand-advisement/> (last visited Oct. 30, 2013).

¹¹ Jake Maxwell Watts, *Thailand's Bitcoin Ban is Not Quite What It Seems*, QUARTZ, <http://qz.com/110164/thailands-infamous-bitcoin-crackdown-is-not-quite-what-it-seems/>, truy cập ngày 20/07/2017.

¹² Eric Markowitz, *Bank of Thailand Outlaws Bitcoin*, Internet Laughs, INC, <http://www.inc.com/eric-markowitz/bank-of-thailand-outlaws-bitcoin.html>, truy cập ngày 20/07/2017.

¹³ Nguyên bản tiếng Anh: "difficult to almost impossible [and] it wouldn't be worth the headaches". Watts, *supra* note 142. Trích dẫn trong Ed Howden, *The Crypto-Currency Conundrum: Regulating an Uncertain Future*, p. 759, <http://law.emory.edu/eilr/content/volume-29/issue-4/comments/crypto-currency-conundrum-regulating-future.html>, truy cập ngày 03/3/2018.

pháp¹⁴. Động thái này đã đánh dấu sự thay đổi về cách nhìn nhận tiền ảo tại Thái Lan nói riêng, khu vực Đông Nam Á và toàn châu Á nói chung một cách tích cực hơn, cho thấy tương lai phát triển của Bitcoin tại Thái Lan.

Thứ hai, chưa có một định nghĩa về tiền ảo.

Ngay từ khi chấp nhận tính hợp pháp của Bitcoin thì Thái Lan đã lúng túng trong việc định danh Bitcoin. Dù tại thời điểm 2014, Chính phủ Thái Lan đã tuyên bố sẽ cân nhắc trong việc đưa ra một định nghĩa cụ thể hoặc một hướng dẫn về Bitcoin, nhưng họ cũng không xác định thời gian cụ thể và cho đến nay vẫn chưa có định nghĩa nào về Bitcoin cũng như tiền ảo được ban hành. Sự thiếu vắng này dẫn đến khó khăn trong việc ban hành các văn bản điều chỉnh về tiền ảo tại Thái Lan.

Thứ ba, tiền ảo không phải là tiền tệ tại Thái Lan cũng như không phải là phương thức chuyển đổi ngoại tệ của quốc gia.

Mặc dù được xem là hợp pháp từ năm 2014 cho đến nay, nhưng Bitcoin không được thừa nhận là tiền tệ¹⁵, đồng thời, không được phép sử dụng Bitcoin để chuyển đổi ngoại tệ tại Thái Lan, tức là Bitcoin chỉ được chuyển đổi qua lại bằng đồng Baht Thái. Ngân hàng trung ương Thái Lan cũng đưa ra cảnh báo đối với người tiêu dùng rằng, sử dụng Bitcoin đồng nghĩa với rủi ro¹⁶. Đồng

thời, Ngân hàng Thái Lan cũng không có kế hoạch mở rộng luật để điều chỉnh Bitcoin. Như vậy, dù không bị xem là bất hợp pháp, không được xem là tiền tệ, không phải là phương thức chuyển đổi ngoại tệ, nhưng cũng không có bất kỳ qui phạm pháp luật nào điều chỉnh Bitcoin; điều này dẫn đến Bitcoin dường như đang nằm trong “vùng xám” tại Thái Lan.

Thứ tư, tiền ảo được xác định như hàng hóa.

Jaturong Jantarangs, giám đốc cao cấp của Ngân hàng Thái Lan cho rằng, việc mua, bán đồng Bitcoin bằng đồng Baht không cần phải được phê duyệt hoặc cấp phép từ Ngân hàng trung ương của quốc gia này. Các sàn giao dịch của Bitcoin hiện nay tại Thái Lan chỉ đăng ký như một công ty về thương mại điện tử. Tuy nhiên, việc chuyển đổi Bitcoin sang ngoại tệ cần có giấy phép được cấp bởi Ngân hàng trung ương. Việc trao đổi này cũng phải tuân thủ pháp luật về thương mại, tiêu dùng và chống rửa tiền¹⁷. Điều này cho thấy, việc giao dịch đối với Bitcoin tại Thái Lan được xem như giao dịch đối với các loại tài sản, hàng hoá thông thường khác.

Thứ năm, các giao dịch về tiền ảo được điều chỉnh bởi các qui định pháp luật liên quan.

Bitcoin chưa được coi là tiền tại Thái Lan mà chỉ được xem như hàng hóa, do đó, khi giao dịch phải tuân thủ các luật liên quan như Bộ luật Dân sự và Thương mại, Đạo luật Bảo vệ người tiêu dùng cũng như các quy định về chống rửa tiền của Thái Lan. Điều này được minh chứng khi xem xét

¹⁴ Carlo Caraluzzo, *Thailand Approves Fully-Legal Bitcoin Exchange*, COINTELEGRAPH, <http://cointelegraph.com/news/112043/thailand-approves-fully-legal-bitcoin-exchange>, truy cập ngày 20/07/2017.

¹⁵ Daniel Palmer, *Bank of Thailand suggests Bitcoin not illegal but warns against its use*, <http://www.coindesk.com/bank-thailand-says-bitcoin-illegal-warns-use/>, truy cập ngày 20/07/2017.

¹⁶ JP Buntinx, *The legal status of Bitcoin in Thailand*, <https://themerkle.com/legal-status-bitcoin-thailand/>, truy cập ngày 20/07/2017.

¹⁷ *Bitcoin firm licensed to trade in baht*, Bangkok Post, <http://www.bangkokpost.com/archive/second-bitcoin-company-licensed-to-trade-in-baht/427339>, truy cập ngày 20/07/2017.

các điều khoản giao dịch tại các sàn giao dịch Bitcoin, theo đó, các điều khoản đều được soạn thảo dựa trên những qui định của pháp luật hiện hành của Thái Lan¹⁸ như điều khoản về tuổi được phép giao dịch¹⁹, thẩm quyền và giải quyết tranh chấp²⁰, chống rửa tiền²¹, không đa cấp/không Ponzi/quà tặng tiền/cho vay/tiền trò chơi²²... Còn những qui

định nào không có pháp luật điều chỉnh thì được đề cập tới như thỏa thuận hợp đồng giữa các bên trong đó sàn giao dịch qui định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của các bên có liên quan, ví dụ điều khoản về bảo đảm đặt cọc²³, không chuyển giao cho người thứ ba²⁴.

Thứ sáu, pháp luật Thái Lan đang dần thay đổi để phù hợp với việc điều chỉnh tiền ảo và công nghệ mới.

Cơ quan Phát triển giao dịch điện tử Thái Lan đang sửa đổi Đạo luật Giao dịch điện tử năm 2001 để hỗ trợ việc sử dụng các hợp đồng thông minh thông qua việc sử dụng Blockchain²⁵. Sau khi sửa đổi, luật pháp sẽ đưa ra hệ thống tự động hóa điện tử²⁶. Blockchain được kỳ vọng sẽ làm thay đổi ba lĩnh vực tài chính, chăm sóc sức khỏe và hành chính. Thái Lan đồng thời đang sửa Luật Bảo mật dữ liệu làm cơ sở cho việc chia sẻ dữ liệu cá nhân để sử dụng công khai thông qua Blockchain, chẳng hạn như hồ sơ bệnh nhân trong bệnh viện. Một số

¹⁸ Khi tham gia sàn giao dịch tại <https://bx.in.th>, do Công ty Bitcoin điều hành, khách hàng phải đồng ý với một số điều khoản. Họ đã đưa ra “các điều khoản và các điều kiện”. Với mục đích của các điều khoản này, Công ty trách nhiệm hữu hạn Bitcoin sẽ được gọi là “công ty” và tất cả người sử dụng dịch vụ của công ty sẽ được gọi là “khách hàng”. Trang web do Công ty Bitcoin điều hành tại <https://bx.in.th>, bao gồm tất cả các trang phụ và các API sẽ được gọi là “trang web”.

¹⁹ Để sử dụng bất kỳ các dịch vụ nào được cung cấp bởi công ty thì khách hàng phải từ 20 tuổi vào thời điểm sử dụng dịch vụ. Khách hàng phải có đủ quyền và năng lực tham gia thỏa thuận này và không vi phạm với các thỏa thuận khác khi khách hàng là một bên.

²⁰ Thỏa thuận này sẽ được quản lý và giải thích theo luật pháp của Thái Lan. Bất kỳ tranh chấp hoặc khiếu nại phát sinh từ hoặc có liên quan đến hợp đồng này hoặc việc vi phạm, chấm dứt hoặc vô hiệu hóa sẽ được chuyển đến và cuối cùng được giải quyết bằng trọng tài theo Quy tắc Trọng tài của Trung tâm Trọng tài Thái Lan có hiệu lực tại thời điểm đó và sẽ thuộc sự quản lý của Trung tâm Trọng tài THAC Thái Lan.

²¹ Nhấn mạnh điều cấm đối với tất cả các khách hàng sử dụng tài khoản của họ cho mục đích làm sạch tiền, giấu tiền, bằng cách nào đó làm mờ đi nguồn gốc của tiền, hoặc nỗ lực phá vỡ các qui định tài chính hoặc lệnh cấm. Công ty sẽ tích cực phân tích các hoạt động của tài khoản khách hàng cho bất kỳ tín hiệu rửa tiền nào; bất kỳ khách hàng nào mà theo ý kiến của công ty đang xuất hiện dấu hiệu liên quan đến hoạt động rửa tiền sẽ bị chấm dứt tài khoản của họ.

²² Cấm trực tiếp hoặc gián tiếp gửi nhận tiền từ bất kỳ tổ chức đầu tư nào, hoạt động đa cấp, kế hoạch Ponzi, quà tặng tiền, kế hoạch từ thiện tiền, chương trình mượn tiền hoặc bất kỳ dạng trò chơi liên quan đến tiền. Bất kỳ khách hàng nào bị phát hiện có liên quan đến các trò chơi về tiền, cũng như là người tổ chức hoặc người sử dụng, thì tài khoản của họ ngay lập tức bị chấm dứt.

²³ Khoản tiền đặt cọc khách hàng gửi đến công ty không được bảo lãnh bởi bất kỳ công ty bảo hiểm, ngân hàng hoặc chính phủ. Khoản tiền này chỉ trả lại bởi vốn đăng ký của công ty. Đặt cọc được giữ trên web không được xem là tương đương với tài khoản ngân hàng. Công ty không phải là ngân hàng và tài khoản website cũng không phải là ngân hàng.

²⁴ Tất cả việc rút tiền được thực hiện bởi khách hàng phải được nhận trực tiếp bởi khách hàng. Khoản tiền đặt cọc từ tài khoản khách hàng phải được thực hiện bởi chính khách hàng. Việc rút tiền bởi bất kỳ ai hoặc tổ chức nào không phải là khách hàng sẽ bị cấm.

²⁵ Blockchain cung cấp một dữ liệu phân cấp được gọi là “Cuốn sổ cái kỹ thuật số” (digital ledger) và có sử dụng các công nghệ mã hóa. Tất cả mọi người có thể nhìn thấy được giao dịch của mình. Tiềm năng lớn nhất của Blockchain là sự kết hợp với hợp đồng thông minh, một công nghệ giúp các giao dịch, thỏa thuận được xác nhận mà không tiết lộ thông tin giữa các bên tham gia bất kỳ.

²⁶ Suchit Leesa - Nuansuk, *Thailand prepares for blockchain*, Bangkok Post, <http://www.bangkokpost.com/tech/local-news/1189341/thailand-prepares-for-blockchain>, truy cập ngày 20/07/2017.

luật về cư trú, chủ quyền cũng được xem xét để phù hợp với xu hướng này. Bộ Tài chính và Ngân hàng trung ương Thái Lan cũng được đề nghị xem xét nghiên cứu khả năng ứng dụng Bitcoin như một phương thức thanh toán hợp pháp trong nước và sửa đổi các văn bản của mình một cách hợp lý²⁷.

Thứ bảy, Thái Lan tiếp tục nghiên cứu về tiền ảo và tập trung phát triển công nghệ trong thanh toán.

Tháng 7/2017, Phó Thủ tướng Thái Lan đã đặt hàng Ngân hàng trung ương Thái Lan nghiên cứu về Bitcoin nhằm trả lời câu hỏi Bitcoin có phù hợp để được xem như là một phương thức thanh toán hợp pháp tại nước này hay không. Chính phủ cũng giao cho Bộ Tài chính và Ngân hàng trung ương Thái Lan phối hợp để hỗ trợ tài chính và công nghệ, đồng thời, nhấn mạnh rằng Ngân hàng trung ương Thái Lan cần nói lòng qui định đối với công nghệ ngân hàng, tạo điều kiện cho các ngân hàng khai thác khả năng của những phát minh như Bitcoin, từ đó, xác định Thái Lan có nên chấp nhận nó không; đưa ra các giải pháp cụ thể chỉ ra được những rủi ro, giải pháp chống gian lận và khuyến khích các tổ chức và doanh nghiệp tài chính bắt tay với công nghệ tài chính, chuẩn bị cho sự cạnh tranh gay gắt trong tương lai khi mà Blockchain sẽ cho phép chuyển tiền quốc tế mà không qua tổ chức tài chính.

2. Một số đề xuất cho Việt Nam từ kinh nghiệm của Thái Lan

Nghiên cứu chính sách và pháp luật về tiền ảo của Thái Lan cho thấy có sự tương đồng nhất định đối với tình hình Việt Nam.

²⁷ Zane, *Ngân hàng Thái Lan ra lệnh nói lòng những điều luật khắc nghiệt và nghiên cứu Bitcoin*, <https://coin68.com/tin-coins/ngan-hang-thai-lan-ra-lenh-noi-long-nhung-dieu-luat-khak-nghiyet-va-nghien-cuu-bitcoin.html>, truy cập ngày 20/07/2017.

Việt Nam từng có những cảnh báo từ Ngân hàng nhà nước về rủi ro của đồng tiền ảo, cũng như không thừa nhận giá trị pháp lý của đồng tiền ảo, tuy nhiên, sau khi đồng tiền ảo phát triển mạnh mẽ trên thế giới và tại Việt Nam thì chúng ta đã bắt đầu có những quan tâm nhất định. Qua việc nghiên cứu kinh nghiệm của Thái Lan, có thể đưa ra một số đề xuất gợi mở cho Việt Nam như sau:

- Cần đưa ra định nghĩa về tiền ảo và xác định vị trí lý pháp của tiền ảo. Thái Lan đã không dứt khoát cho ra đời khái niệm về tiền ảo dẫn đến tiền ảo tại quốc gia này bị đẩy vào “vùng xám”, không có pháp luật điều chỉnh. Với sự phát triển của Bitcoin, phương án cấm sử dụng dường như là điều không thể, và Thái Lan đã trải qua quá trình như vậy. Do đó, Việt Nam cần phải làm rõ ràng định nghĩa về nó, và xác định có nên xem đây là tiền tệ hay không? Nếu không phải tiền tệ thì phải xác định nó là một loại hàng hóa đặc biệt và đã là hàng hóa đặc biệt thì phải có định nghĩa cụ thể.

- Cần qui định lộ trình xây dựng pháp luật về đồng tiền ảo cụ thể. Mặc dù Thái Lan đã có sự quan tâm đến tiền ảo và có những phát biểu về việc xây dựng pháp luật điều chỉnh về tiền ảo, nhưng họ không đưa ra lộ trình cụ thể, điều này càng làm cho các bên cảm thấy sự không chắc chắn của Chính phủ đối với tiền ảo. Do đó, Việt Nam cần phải lên kế hoạch cụ thể trong việc xây dựng pháp luật điều chỉnh đồng tiền ảo.

- Rà soát các văn bản pháp luật có liên quan đến đồng tiền ảo. Thái Lan đã tiến hành rà soát và sửa đổi các luật và văn bản dưới luật để tìm ra sự phù hợp đối với tiền ảo, do đó, Việt Nam cũng cần phải tích cực trong việc rà soát các văn bản có liên quan, cụ thể là Luật Giao dịch điện tử 2005, Luật Các tổ chức tín dụng 2010, Luật Các công cụ chuyển nhượng 2005...

- Cần nhắc mối quan hệ giữa tiền ảo, đồng Việt Nam và ngoại tệ. Thái Lan không cho phép tự do giao dịch bằng Bitcoin và buộc phải chuyển đổi sang đồng Baht cũng là một cách nhằm kiểm soát đồng Bitcoin và giá trị của đồng Baht. Việt Nam có thể nghiên cứu qui định này, trong trường hợp không chấp nhận tiền ảo là tiền tệ tại Việt Nam. Việc không cho chuyển đổi Bitcoin với ngoại tệ cũng là giải pháp nhằm tránh tình trạng chảy máu ngoại tệ ra nước ngoài, hạn chế được dòng tiền bất hợp pháp.

- Quản lý các công ty cung cấp dịch vụ liên quan đến tiền ảo. Thái Lan đã cấp phép cho 2 sàn giao dịch tiền ảo, nhưng dưới hình thức đăng ký là công ty về thương mại điện tử, điều này dẫn đến tiền ảo của Thái Lan không chịu sự ràng buộc đặc biệt nào so với các loại hàng hóa thông thường mà các công ty thương mại điện tử đang cung cấp. Do đó, khách hàng - những người không có kiến thức và kỹ năng về tiền ảo và kỹ thuật liên quan đến tiền ảo sẽ bị rủi ro bởi những qui định có lợi cho công ty cung cấp dịch vụ

này. Vì vậy, Việt Nam cần phải có qui định riêng biệt đối với các công ty cung cấp dịch vụ liên quan đến tiền ảo hoặc xếp nó thuộc loại ngành nghề kinh doanh có điều kiện để ràng buộc trách nhiệm của các công ty này đối với khách hàng của mình. Việt Nam cần xem xét đến việc bộ chủ quản các công ty này là Ngân hàng Nhà nước hay Bộ Công thương. Xét về khía cạnh tiền tệ thì Ngân hàng Nhà nước là cơ quan phù hợp hơn so với Bộ Công thương khi đồng tiền ảo thực tế tác động đến hoạt động tiền tệ của quốc gia.

- Chính phủ cần nghiên cứu và áp dụng Blockchain vào hoạt động quản lý hành chính để giảm thiểu các chi phí hoạt động. Khuyến khích lập sàn giao dịch Blockchain của Việt Nam để có thể huy động nguồn vốn cho các doanh nghiệp, điều này phù hợp với mục tiêu quốc gia khởi nghiệp của chúng ta. Ngoài ra, việc khuyến khích này sẽ giúp thành lập các công ty Việt Nam tạo ra tiền ảo, chúng ta sẽ quản lý dễ dàng hơn là so với việc quản lý đồng tiền ảo được tạo ra bởi các cá nhân, pháp nhân nước ngoài.

(Tiếp theo trang 52 – Trách nhiệm của công ty mẹ...)

mối quan hệ mẹ - con để hành động gây thiệt hại cho bên thứ ba. Mỗi loại quy tắc đều có ý nghĩa bảo vệ bên thứ ba trong các tình huống khác nhau tùy thuộc vào cách thức, mức độ hay mục đích chi phối của công ty mẹ. Đặc biệt, công ty mẹ phải trực tiếp chịu trách nhiệm trước bên thứ ba về những thiệt hại gây ra bởi những hành vi mà công ty con thực hiện dưới sự chi phối hay can thiệp của công ty mẹ. Đây là điều mà pháp luật Việt Nam hiện hành còn thiếu vắng các quy định và vì thế chủ nợ hay các bên thứ ba thiếu đi cơ sở pháp lý để yêu cầu công ty mẹ bồi thường thiệt hại. Thiết nghĩ,

việc sửa đổi, bổ sung các quy định như trên trong Luật Doanh nghiệp Việt Nam là điều cần thiết và ngoài các nước đã có bề dày kinh nghiệm nghiên cứu, áp dụng học thuyết phá hạn trách nhiệm như Mỹ, Anh hay Úc thì kinh nghiệm của Nhật Bản cũng là một trong những nguồn đáng để học hỏi. Tuy vậy, việc tham khảo này nên thận trọng và cần lưu ý rằng để đưa vào luật các quy tắc tương tự như giám đốc thực tế hay phá hạn trách nhiệm là không đơn giản. Bởi lẽ, khi ấy, các quy định phải thật rõ ràng về phạm vi áp dụng và điều kiện áp dụng để tránh trùng lặp và tùy tiện.

PHƯƠNG PHÁP SO SÁNH TRONG NGHIÊN CỨU PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

*Đinh Ngọc Thắng**

Tóm tắt: *Tại Việt Nam, chưa quan tâm nghiên cứu nhiều về phương pháp so sánh pháp luật. Bài viết trình bày một số suy nghĩ về đối tượng và phương pháp của so sánh pháp luật, từ đó nêu ra những khó khăn, trở ngại trong lĩnh vực nghiên cứu này.*

Abstract: *In Vietnam, studying comparative law has not attracted much attention. This paper presents some issues on subject and method of comparative law and the difficulties in studying comparative law.*

Dẫn nhập

Hiểu biết về pháp luật nước ngoài ngày một trở nên quan trọng trong bối cảnh tự do về lưu thông hàng hóa, con người, dịch vụ và đầu tư trong phạm vi khu vực cũng như trên toàn thế giới. Cần phải khẳng định rằng, điểm cốt yếu của “luật so sánh” là nghiên cứu chuyên sâu về luật pháp nước ngoài, so sánh chỉ là một phương pháp giúp cho các luật gia được đào tạo tại một quốc gia cụ thể, vốn quen với việc sử dụng các khái niệm, phương pháp luận riêng có thể tiếp cận pháp luật một quốc gia hay một hệ thống khác.

Trên thực tế, mục đích của luật so sánh còn vượt xa hơn việc hiểu biết pháp luật nước ngoài. Đó là dựa trên so sánh pháp luật để: (1) Đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật của một quốc gia, và (2) Thực hiện hài hòa hóa pháp luật¹. Tuy nhiên, trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày so sánh pháp luật như một phương pháp nghiên cứu pháp luật nước ngoài – bước

đầu tiên và cũng là tiền đề quan trọng để thực hiện các mục tiêu xa hơn của luật so sánh. Với cách tiếp cận so sánh như một phương pháp nghiên cứu – tức là cách thức được sử dụng để đạt được mục đích đề ra², bài viết trình bày các vấn đề: (1) Đối tượng của so sánh pháp luật; (2) Các cấp độ trong so sánh pháp luật; (3) Các yếu tố ảnh hưởng đến thực hiện so sánh pháp luật.

1. Đối tượng của so sánh pháp luật

Khi thực hiện nghiên cứu so sánh pháp luật, các luật gia nhìn vào điểm gì của hệ thống pháp luật nước ngoài: Luật, và/hoặc án lệ, và/hoặc bối cảnh tổng thể của chúng? Hay nói cách khác, đối tượng của pháp luật so sánh là gì?

Vào đầu thế kỷ XIX, xu hướng pháp điển hóa luật tư ở các quốc gia châu Âu lục địa thúc đẩy sự phát triển luật so sánh châu Âu hiện đại³. Các tạp chí luật so sánh ra đời

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Vinh.

¹ H. Patrick Glenn, “The Aims of Comparative Law”, trong J.M. Smits (chủ biên), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, tr. 57-65.

² Theo Palmer, phương pháp được nhận diện bởi các “kỹ thuật” thực hiện so sánh. (Nguyên văn: “method is now defined by the techniques by which comparisons are carried out). Xem: Vernon Valentine Palmer, “From Leretholi to Lando: Some examples of Comparative Law Methodology”, *Global Jurist Frontiers*, Vol.4, Issue 2, năm 2014, tr. 2.

³ Mark Van Hoecke, “Methodology of Comparative Legal Research”, tại trang <http://www.lawandme>

và tập trung so sánh các quy phạm, chế định pháp luật của các quốc gia khác nhau để phục vụ cho hoạt động lập pháp và pháp điển hóa. Sau đó, các luật gia dần chú ý nhiều hơn đến nghiên cứu các phán quyết của tòa án và cách thức giải quyết các vấn đề pháp lý trên thực tiễn. Tuy nhiên, một số học giả trong lĩnh vực luật so sánh cho rằng cần cân nhắc tầm quan trọng của việc nghiên cứu bối cảnh xã hội và lịch sử của pháp luật khi thực hiện các nghiên cứu so sánh pháp luật. Quan điểm này dẫn đến sự xuất hiện của xu hướng nghiên cứu luật so sánh vào đầu thế kỷ XX, theo đó, trọng tâm của luật so sánh phải là luật trong thực tiễn (*the law in actions*) chứ không chỉ là luật trên văn bản (*the law on the book*)⁴. Như vậy, đối tượng của so sánh pháp luật được mở rộng, không chỉ là so sánh pháp luật của quốc gia này với quốc gia khác, mà còn là bối cảnh nằm ngoài luật thực định. Điều này cho thấy, các luật gia quan tâm nhiều hơn đến các khái niệm và việc khái quát hóa từ bối cảnh điều chỉnh của pháp luật. Việc này đòi hỏi khi thực hiện so sánh pháp luật, các luật gia phải dựng lại bối cảnh kinh tế - xã hội và văn hóa mà quy phạm pháp luật đó được ban hành và điều chỉnh. Nói cách khác, các luật gia phải hợp nhất cả pháp luật và nền tảng kinh tế - xã hội và văn hóa vào cùng một hoạt động so sánh. Thách thức đối với các luật gia khi thực hiện nghiên cứu so sánh pháp luật trong bối cảnh kinh tế - xã hội là nguồn tài liệu lịch sử, xã hội học, văn

hóa, kinh tế của quốc gia được nghiên cứu. Trên thực tế, không nhiều nghiên cứu về những khía cạnh này trực tiếp giải thích cho những thay đổi trong pháp luật quốc gia.

Sự mở rộng đối tượng của luật so sánh từ so sánh và đối chiếu các quy phạm, chế định, quan điểm, phương pháp luận cho đến bối cảnh kinh tế - xã hội và văn hóa dẫn đến sự xuất hiện và phát triển của hàng loạt các kỹ thuật (*techniques*) để thực hiện so sánh. Có thể kể đến các kỹ thuật: So sánh lịch sử (*historical comparisons*), so sánh chức năng (*functional comparisons*), so sánh tiến hóa (*evolutionary comparisons*), so sánh cấu trúc (*structural comparisons*), so sánh theo chủ đề (*thematic comparisons*), so sánh thực nghiệm và thống kê (*empirical and statistical comparisons*)⁵.

2. Các cấp độ trong so sánh pháp luật

Đối chiếu luật pháp của quốc gia khác với luật pháp của đất nước mình là cách so sánh mà chúng ta có thể tạm gọi là so sánh song phương. Nó có mục đích cơ bản là giúp các luật gia tiếp cận và hiểu luật pháp của một quốc gia vốn xa lạ với họ. Khi luật gia so sánh các hệ thống pháp luật nước ngoài với nhau và coi pháp luật quốc gia mình như sự tham chiếu ưu tiên, đó chính là phương pháp so sánh đa phương. Tuy nhiên, cần chú ý rằng bản thân sự so sánh vốn dựa trên sự tối giản hóa và thường không thể toàn diện. Nói cách khác, sự so sánh có mục đích phác thảo và hướng tới những mục tiêu

thod.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001, truy cập ngày 10/10/2017.

⁴ Vernon Valentine Palmer, "From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", Tạp chí Global Jurist Frontiers, Vol.4, Issue 2, năm 2004, tr.4.

⁵ Xem: Vernon Valentine Palmer, "From Leretholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", Tạp chí Global Jurist Frontiers, Vol.4, Issue 2, năm 2004, tr.2; Mark Van Hoecke, "Methodology of Comparative Legal Research", tại trang <http://www.lawandmethod.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001>, truy cập ngày 10/10/2017.

hoàn toàn mang tính giáo dục, nhằm nhóm và phân loại các hệ thống pháp luật quốc gia có những đặc điểm chung.

2.1. So sánh song phương giữa pháp luật hai quốc gia

So sánh song phương giữa pháp luật hai quốc gia là cấp độ đầu tiên trong thực hiện so sánh pháp luật, theo đó luật gia sử dụng pháp luật của quốc gia này như một hệ thống tham khảo để đối chiếu nhằm tìm hiểu pháp luật nước ngoài. Thông thường, chỉ cần nhắc lại một cách ngắn gọn các đặc trưng của luật pháp quốc gia vốn sẽ được sử dụng trong việc so sánh. Trong khi đó, pháp luật nước ngoài phải được trình bày một cách chi tiết và qua đó người nghiên cứu sẽ cố gắng làm rõ những khác biệt và tương đồng giữa pháp luật quốc gia và nước ngoài.

Ngoài việc giúp tìm hiểu pháp luật nước ngoài được so sánh, so sánh song phương sẽ làm nổi bật các phương diện và yếu tố của pháp luật quốc gia ít được lộ rõ trong các nghiên cứu.

Kết quả của các nghiên cứu về một hệ thống pháp luật cụ thể trong so sánh với pháp luật quốc gia thường được công bố thành các chuyên khảo liên quan đến các hệ thống pháp luật nước ngoài cơ bản. Đó chính là điều mà giáo sư người Pháp Rene David đã làm trong các chuyên khảo mà ông đặt tên là “Các hệ thống pháp luật đương đại” được xuất bản từ năm 1948 đến 1991, bao gồm các công trình nghiên cứu chủ yếu về pháp luật của các quốc gia Anh, Nhật Bản, Ấn Độ, Trung Quốc và Đức. Tương tự, ở Đức, nhà xuất bản Beck phát hành các ấn phẩm chuyên khảo liên quan đến pháp luật của các quốc gia Pháp, Anh,

Hoa Kỳ, Thụy Sĩ, Italia, Tây Ban Nha, Hà Lan, Ba Lan, Canada, Nhật Bản và Trung Quốc. Cách làm này ở Việt Nam có lẽ chưa thật phổ biến lắm, hiện nay chủ yếu là các bài nghiên cứu giới thiệu sơ lược trên các tạp chí chuyên ngành hơn là các chuyên khảo công phu và nghiêm túc.

Đi xa hơn, các nhà nghiên cứu tìm cách gộp các hệ thống pháp luật quốc gia thành các họ pháp luật lớn dựa vào sự tương đồng giữa chúng. Đó là cấp độ so sánh cao hơn và phức tạp hơn của so sánh pháp luật.

2.2. So sánh pháp luật của nhiều quốc gia: Tập hợp pháp luật nước ngoài thành các họ pháp luật lớn

Bước tiếp theo có thể có trong quá trình nghiên cứu pháp luật nước ngoài là sắp xếp các hệ thống này căn cứ vào mức độ giống nhau giữa chúng. Nếu người ta đơn giản hóa các sự vật, tồn tại hai loại thành phần cơ bản cần được xem xét là những gì gần gũi và đối lập nhau.

Việc so sánh pháp luật làm rõ ảnh hưởng vốn khó định lượng, nhưng không thể chối cãi: Một số hệ thống pháp luật, trong thực tế là các hệ thống pháp luật phương Tây quả thực có tầm ảnh hưởng tới pháp luật của nhiều quốc gia. Có thể nói rằng, gần như không một quốc gia nào trên thế giới không chịu ảnh hưởng ít nhiều bởi các hệ thống pháp luật nói trên. Dĩ nhiên, vào các thế kỷ trước, đã từng tồn tại các hệ thống pháp luật, đặc biệt là ở châu Phi và châu Á, vốn ít có điểm chung với pháp luật phương Tây: Các hệ thống pháp luật này hoặc là dựa trên một số quan niệm về đời sống trong xã hội vốn dành chỗ lớn cho các cộng đồng, gia đình, làng bản hay bộ tộc, hoặc là dựa trên tôn giáo theo nghĩa rộng

của từ này, như đạo Hồi, Hindou, Phật giáo hay Khổng giáo. Các hệ thống pháp luật này không biến mất mà ngày nay nó vẫn có ảnh hưởng trong đời sống xã hội. Tuy nhiên, những đòi hỏi của sự tham gia vào đời sống quốc tế về mặt chính trị cũng như kinh tế dẫn đến những thay đổi sâu rộng: Từ xã hội nông nghiệp đã thành xã hội thành thị như ở phương Tây, tư tưởng về quyền con người vốn có nguồn gốc ở phương Tây dần xâm nhập vào các xã hội mặc dù vấp phải những kháng cự nhất định (ví dụ, ở các quốc gia Hồi giáo). Pháp luật các nước châu Phi và châu Á đặc trưng bởi hiện tượng phân tầng: Tầng xưa cũ nhất chủ yếu liên quan đến gia đình, nhân thân, tôn giáo cũng như tài sản ở nông thôn và chính quyền địa phương, tầng mới nhất, bị ảnh hưởng theo phương Tây, chủ yếu liên quan đến quan hệ kinh doanh và Nhà nước.

Cho dù được hình thành dựa trên các giá trị gần như tương đồng, các hệ thống pháp luật phương Tây được chia thành hai họ pháp luật lớn – *dân luật* (civil law) và *thông luật* (common law) và được phân biệt chủ yếu dựa trên phương diện kỹ thuật pháp lý (nguồn của luật, hệ thống tư pháp...). Hệ thống dân luật cơ bản đặc trưng bởi tầm quan trọng của luật thành văn, xuất phát từ đặc tính khái quát của các quy phạm mà luật chứa đựng và sự phụ thuộc chặt chẽ (ít ra là về mặt nguyên tắc) của quan tòa đối với luật pháp. Trong khi ở hệ thống thông luật, các án lệ có vai trò rất lớn, cho dù luật thành văn ngày nay đã khẳng định được chỗ đứng của mình và Hiến pháp thành văn ngày càng đóng một vai trò quan trọng giống như vị trí mà nó có ở các nước thuộc hệ thống dân luật (ngoại trừ nước Anh). Ngày nay, hai họ pháp luật phương Tây này có xu hướng xích lại

gần nhau là do có sự giao thoa về mặt giá trị (trước tiên là về văn hóa và sau đó là về chính trị với sự ra đời của Liên minh châu Âu. Tuy nhiên, nhìn một cách tổng thể thì hệ thống dân luật đã được tiếp nhận chủ yếu tại châu Mỹ La tinh, một phần châu Á và châu Phi, còn hệ thống thông luật được du nhập cơ bản tại các quốc gia nói tiếng Anh.

Sự ảnh hưởng của hai họ pháp luật lớn đến hệ thống pháp luật của các quốc gia trên thế giới và việc tập hợp pháp luật nước ngoài thành họ pháp luật giúp việc thực hiện so sánh pháp luật có tính hệ thống và dễ dàng hơn. Tuy nhiên, ở mỗi họ pháp luật lớn này, sự phát triển của hệ thống pháp luật mỗi quốc gia có thể theo các xu hướng không hoàn toàn giống nhau, cụ thể:

Liên quan đến hệ thống dân luật, quan trọng là xem xét, cân nhắc kĩ đặc thù của hai hệ thống pháp luật quốc gia quan trọng nhất là Pháp và Đức. Dĩ nhiên là cả hai hệ thống pháp luật này đều là đối tượng của sự pháp điển hóa luật dân sự, nhưng hai cách pháp điển hóa rất khác nhau: Luật Đức đã phát triển đến mức các quy phạm có tính trừu tượng rất cao, trong khi luật Pháp có phần thực dụng hơn. Dĩ nhiên cả hai hệ thống luật đều bị chi phối bởi cùng một mục đích nhằm bảo trợ công dân khi đối diện với Nhà nước, nhưng sự bảo trợ này được sắp xếp rất khác nhau tại mỗi quốc gia ở phương diện tài phán hiến pháp cũng như tài phán hành chính. Cả hai hệ thống đều tiếp nhận khái niệm luật thương mại, nhưng còn xa mới có được quan niệm chung về khái niệm này. Ngoài ra, quan niệm chung về tổ chức hệ thống tư pháp có vẻ tương tự, nhưng sắp xếp rất khác nhau ở mỗi nước. Do đó, không thể và không nên giới thiệu hệ thống dân luật như một tổng thể hoàn

toàn đồng nhất. Chưa kể tới một thực tế rằng, trên bình diện quốc tế, luật Pháp và luật Đức luôn là các đối thủ cạnh tranh về ảnh hưởng.

Về hệ thống *thông luật*, tính đồng nhất còn ít hơn và nhất thiết phải phân biệt giữa *luật Anh* và *luật Mỹ*. Dĩ nhiên, có nhiều khái niệm chung giữa hai hệ luật, nhưng luật Mỹ, cũng như các nước nói tiếng Anh khác đã đề cao Hiến pháp trong khi ở Anh, Hiến pháp chưa nhất thể hóa. Cũng vậy, tại Mỹ, văn bản luật bao gồm các bộ luật được pháp điển hóa, đóng vai trò ngày càng quan trọng. Và ngược lại, phạm vi áp dụng của *thông luật* đúng nghĩa của nó, có xu hướng thu hẹp lại ở lĩnh vực luật về nghĩa vụ. Bên cạnh đó, từng khía cạnh cụ thể, các giải pháp của luật Anh và Mỹ đưa ra thường khác nhau. Điều làm chúng xích lại gần nhau về cơ bản là phương pháp và các quy tắc tổ chức tư pháp và tố tụng.

Chính vì vậy, việc gộp các hệ thống pháp luật quốc gia vào các họ pháp luật lớn không đồng nghĩa với việc kết luận rằng hai hệ thống pháp luật cùng một họ sẽ có cùng một giải pháp cho một vấn đề pháp lý.

3. Các yếu tố ảnh hưởng đến việc so sánh pháp luật

Nghiên cứu pháp luật nước ngoài thông qua so sánh pháp luật bị ảnh hưởng bởi kiến thức và kỹ năng của người thực hiện so sánh. Trong phạm vi bài viết, tác giả đề cập đến ba yếu tố quan trọng: (1) Ngôn ngữ; (2) Hiểu biết văn hóa; và (3) Hiểu biết pháp luật có được trong quá trình đào tạo tại quốc gia sở tại. Các yếu tố này vừa ảnh hưởng đến việc lựa chọn pháp luật của quốc gia nào để so sánh, vừa ảnh hưởng đến kết quả của việc so sánh.

3.1. Ngôn ngữ

Để tiếp cận pháp luật nước ngoài, điều quan trọng là có thể dịch nội dung sang ngôn ngữ khác, tức ngôn ngữ của người sử dụng. Thông qua hiểu ngôn ngữ, chúng ta có thể tìm hiểu bản chất của các dữ liệu pháp luật. Trên thực tế, việc chuyển hóa từ ngữ, khái niệm từ ngôn ngữ nước ngoài để mô tả một hệ thống pháp luật nghĩa là đã thực hiện so sánh pháp luật hơn là việc dịch thuật đơn thuần. Như vậy, hoạt động này không chỉ mang tính ngôn ngữ học mà còn đòi hỏi sự hiểu biết hệ thống pháp luật của chính quốc gia mình cũng như sự hiểu biết ở mức độ nhất định về hệ thống pháp luật nước ngoài.

Một thách thức khác trong dịch thuật là để hiểu và đưa ra nghĩa của từ ngữ, ý tưởng, khái niệm và chuyển hóa sang ngôn ngữ khác thì người thực hiện nghiên cứu so sánh phải hiểu và giải mã được bối cảnh của một nền văn hóa. Để chuyển tải ở mức độ chính xác nhất có thể, người thực hiện nghiên cứu so sánh pháp luật phải tôn trọng phạm vi và tác động của các yếu tố ảnh hưởng đến sự vận hành của pháp luật và định hình văn hóa pháp lý của quốc gia nước ngoài được nghiên cứu.

Mặc dù được trang bị khả năng ngôn ngữ và hiểu biết về hệ thống pháp luật và nền văn hóa của các quốc gia được so sánh, các luật gia khi thực hiện so sánh pháp luật có thể gặp vấn đề bất cân xứng của việc so sánh từ việc chuyển ngữ các thuật ngữ pháp lý nước ngoài. Sở dĩ như vậy là bởi việc dịch thuật các thuật ngữ pháp lý nước ngoài không dễ dàng. Đó là lý do vì sao việc dịch thuật các tác phẩm hay văn bản luật nước ngoài luôn có ích, nhưng là không đủ. Dĩ nhiên, có nhiều phương pháp

có thể được tiến hành để giảm bớt các thiếu sót này. Ví dụ, người dịch có thể cảnh báo cho độc giả về tính chính xác khi chuyển ngữ một thuật ngữ pháp lý nước ngoài; đồng thời có thể đặt trong ngoặc kép thuật ngữ gốc sau mỗi thuật ngữ pháp lý được chuyển ngữ. Sự cẩn trọng này đặc biệt cần thiết mỗi khi bản dịch của thuật ngữ nước ngoài vốn cách xa nghĩa mà nó có trong pháp luật quốc gia (hoặc không tồn tại trong pháp luật quốc gia).

3.2. Hiểu biết về văn hóa – nền tảng của pháp luật

Việc so sánh đơn giản từ ngữ trong văn bản là không đủ để có được hiểu biết về pháp luật nước ngoài, bởi “pháp luật nằm trong nền văn hóa”⁶. Pháp luật vừa định hướng vừa bị ảnh hưởng bởi văn hóa của một quốc gia, bởi chúng ta phải nhìn bởi cảnh văn hóa của những quy định pháp luật được viết trên văn bản. Để làm được điều này, chúng ta cần khám phá các yếu tố nền tảng ảnh hưởng tới pháp luật, có thể là tôn giáo, lịch sử, địa lý, đạo đức, phong tục, triết học hay hệ tư tưởng... Chẳng hạn, sự hiểu biết về các dòng tư tưởng chủ đạo trong đời sống xã hội sẽ hữu ích cho việc thấu hiểu các thiết chế và pháp luật của quốc gia đó. Đặc biệt, cách nhìn của người dân đối với luật pháp và những người hành nghề luật thường là một yếu tố quan trọng cho phép thấu hiểu một hệ thống pháp luật nước ngoài. Thực tế, mức độ hiệu quả của pháp luật là một dữ liệu quan trọng, và điều

này lại phụ thuộc nhiều vào tương quan sức mạnh và hệ tư tưởng chủ đạo trong quốc gia được nghiên cứu. Để có hiểu biết đầy đủ về pháp luật thì phải xem xét toàn bộ cách thức pháp luật vận hành trong một nền văn hóa.

Khi nghiên cứu so sánh pháp luật cần xem xét pháp luật của quốc gia khác một cách thận trọng, giải phóng bản thân khỏi cái nhìn thành kiến từ nền văn hóa của chính mình. Cách hiểu các khái niệm pháp lý và mọi đánh giá được đưa ra một cách khách quan, trung thực và thoát khỏi những thành kiến về văn hóa, cho dù là nền văn hóa của quốc gia mình hay nền văn hóa của quốc gia nước ngoài được so sánh.

3.3. Hiểu biết pháp luật có được trong quá trình đào tạo tại quốc gia sở tại

Yếu tố quan trọng nhất ảnh hưởng tới kỹ năng của người thực hiện nghiên cứu so sánh là hiểu biết pháp luật có được thông qua quá trình đào tạo tại quốc gia sở tại. Ở đây, cần nhắc đến tầm quan trọng của cách thức tổ chức giảng dạy và đào tạo luật thông qua các lĩnh vực nghiên cứu, kết cấu các môn học và phương pháp nghiên cứu được sử dụng.

Tiếp đến, cũng rất quan trọng là ý niệm rõ ràng về tổng thể các ngành luật của một quốc gia vốn không giống nhau. Tại một số quốc gia, luật hiến pháp ghi nhận các quyền con người đóng vai trò quyết định trong mọi ngành luật, nhưng lại có thể có vai trò ít quan trọng hơn tại nước khác. Hay tại một số quốc gia, luật thương mại được coi là một nhánh riêng biệt của luật dân sự nhưng lại hoàn toàn không được biết đến ở quốc gia khác. Trong mọi trường hợp, cần xem xét đồng thời cả luật công và luật tư, vì

⁶ Nguyên văn: *Law sits within a culture*. Xem Edward J. Eberle, “*The Method and Role of Comparative Law*”, Tạp chí Washington University Global Studies Law Review, Vol.8, Issue 3, năm 2009, tr.460.

chúng ngày càng ít được nghiên cứu một cách riêng rẽ. Trên thực tế, nhiều nguyên tắc của luật tư được áp dụng vào cơ quan công quyền và Nhà nước can dự ngày càng nhiều hơn trong quan hệ tư giữa các cá nhân. Các yếu tố này phải được đánh giá cẩn trọng để không tạo ra một hình ảnh méo mó về trạng thái pháp luật của một quốc gia cụ thể. Những đặc điểm này thường xuyên bị xem nhẹ, tuy nhiên, chúng lại rất quan trọng vì hệ thống pháp luật của một quốc gia như tổng thể các yếu tố phụ thuộc lẫn nhau. Như vậy, người nghiên cứu cần nắm bắt luật pháp trong tổng thể của nó.

Sự hiểu biết về nguồn pháp luật tuyệt đối cần thiết cho việc nghiên cứu pháp luật của bất kỳ quốc gia nào. Cần phải biết được vị trí tương ứng của các nguồn cơ bản của pháp luật: Vai trò tương ứng của luật thành văn và luật bất thành văn hay án lệ. Trong khi luật thành văn thường xuyên được soạn thảo bằng các thuật ngữ mang tính khái quát cao thì án lệ có một đặc tính biện luận và giữ vị trí ít quan trọng hơn tùy theo mỗi quốc gia. Mặt khác, cũng quan trọng không kém là hiểu được hiệu lực tương ứng của các nguồn thành văn của pháp luật và xuất phát từ đó, một số án lệ được tạo dựng lên; qua đó, biết được các mối quan hệ giữa hiến pháp, tập quán quốc tế, các điều ước quốc tế, luật (với nhiều dạng, biến thể khác nhau) và các quy tắc hành chính, nhất là quy tắc được soạn thảo bởi Chính phủ. Cần gắn chặt kiến thức về nguồn luật với hiểu biết về tổ chức hệ thống tư pháp, đặc biệt cách thức tuyển dụng và quy chế đối với thẩm phán và công tố viên cũng như việc phân chia thẩm quyền giữa các cấp xét xử, những nét cơ bản của thủ tục tố tụng và quyền ra quyết

định của Hội đồng xét xử. Các nguồn luật này phải được lĩnh hội không chỉ theo lối lý thuyết mà cả trong việc áp dụng cụ thể bởi những người có thẩm quyền áp dụng pháp luật, đặc biệt là cơ quan xét xử. Việc tích cực tra cứu các tuyển tập án lệ liên quan là rất cần thiết khi đối diện với một vấn đề pháp lý cần giải quyết.

Tuy nhiên, hiểu biết về pháp luật là chưa đủ để thực hiện thành công một nghiên cứu so sánh pháp luật. Kết quả của nghiên cứu so sánh là kết luận về điểm tương đồng và khác biệt giữa các hệ thống pháp luật và có thể tiến tới đưa ra các đánh giá về pháp luật của các quốc gia được so sánh. Điều này có thể ít nhiều bị ảnh hưởng bởi cái nhìn chủ quan của người thực hiện nghiên cứu so sánh. Vì vậy, để sử dụng hiệu quả so sánh luật thì người nghiên cứu cần tuân thủ các nguyên tắc⁷:

- Tôn trọng cấu trúc nguồn luật và trật tự nguồn luật của quốc gia nước ngoài được nghiên cứu;

- Tôn trọng tính logic của hệ thống pháp luật (chẳng hạn, cách thức thẩm phán giải thích pháp luật, vai trò của pháp luật trong xã hội);

- Thực hiện nghiên cứu bằng ngôn ngữ gốc và tài liệu sơ cấp để tránh bị ảnh hưởng bởi bản dịch và mô tả do người khác thực hiện trong bối cảnh so sánh khác.

⁷ Xem: Danny Pieters, “*Functions of comparative law and practical methodology of comparing*”, tại trang <https://www.law.kuleuven.be/web/mstorme/Functions%20of%20comparative%20law%20and%20practical%20methodology%20of%20comparing.pdf>, truy cập ngày 15/10/2017.