



ISSN 0866 -7446

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
VIỆN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

Vietnam Academy of Social Sciences
Institute of State and Law

3(383)

2020

THÁNG RA MỘT KỲ
3(383)
2020
NĂM THỨ 49

TỔNG BIÊN TẬP
TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRÍ ÚC
PGS.TS. BÙI XUÂN ĐỨC
PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI
PGS.TS. TRẦN ĐÌNH HẢO
PGS.TS. HÀ THỊ MAI HIÊN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHÁT
PGS.TS. LÊ MINH THÔNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN
GS.TS. VÔ KHÁNH VINH
PGS.TS. ĐINH NGỌC VƯỢNG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

Tel: 024.39713333
Fax: 024.39764534
Email:
tcnnpl@isl.gov.vn

Giấy phép hoạt động
báo chí: số 121/GP-
BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty Cổ phần
in và thương mại
Đông Bắc

Giá: 20.000^d

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ PHẠM THỊ PHƯƠNG THẢO – TRƯƠNG THỊ MINH THÙY: Kiểm soát giữa lập pháp và hành pháp ở Hoa Kỳ - Những kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam 3

❖ TRẦN THỊ THU PHƯƠNG: Hợp đồng hành chính – Kinh nghiệm của Cộng hòa Pháp và những gợi mở cho pháp luật Việt Nam 15

QUYỀN CON NGƯỜI

❖ NGUYỄN TIẾN ĐỨC – TRẦN THỊ THU THỦY: Phát ngôn thù ghét trên mạng xã hội – Những vấn đề pháp lý đặt ra 24

LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

❖ TRẦN HỒNG CA: Rút yêu cầu khởi tố đối với vụ án khởi tố theo yêu cầu của bị hại trong tố tụng hình sự 35

LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ

❖ VŨ THỊ HẢI YẾN: Bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo 45

LUẬT TÀI CHÍNH, LUẬT NGÂN HÀNG

❖ PHẠM THỊ TUYẾT GIANG: Ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp trong lĩnh vực đầu tư nông nghiệp – Bất cập và hướng hoàn thiện 55

❖ LÊ VĂN HIÊN: Một số vấn đề pháp lý về cấp tín dụng cho các dự án phát triển nhà chung cư của ngân hàng thương mại 63

❖ TRẦN THỊ DIỆN: Mô hình cho vay ngang hàng và một số vấn đề pháp lý đặt ra cho Việt Nam 75

MONTHLY ISSUE

3(383)

2020

49TH YEAR

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 Dong Bac
Trade and Print Joint
Stock Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

- ❖ PHAM THI PHUONG THAO – TRUONG THI MINH THUY:
Control between the Legislature and the Executive in the
United States of America – Experience for Vietnam 3
- ❖ TRAN THI THU PHUONG: Administrative contract – France’s
Experience and Implications for Vietnam 15

HUMAN RIGHTS

- ❖ NGUYEN TIEN DUC – TRAN THI THU THUY: Hate Speech on
Social Networks – Confronting Legal Matters 24

CRIMINAL PROCEDURE LAW

- ❖ TRAN HONG CA: Withdrawal of the petition for criminal
charges in lawsuits filed at the request of crime victims under
the criminal procedure 35

INTELLECTUAL PROPERTY LAW

- ❖ VU THI HAI YEN: Copyright Protection for Artificial
Intelligence Created Works 45

FINANCIAL LAW, BANKING LAW

- ❖ PHAM THI TUYET GIANG: Corporate Income Tax Incentives
for Agricultural Investment – Shortcomings and Solutions 55
- ❖ LE VAN HIEN: Legal Issues on Credit Offering by
Commercial Bank to Apartment Development Projects 63
- ❖ TRAN THI DIEN: Peer-to-peer Lending Model and Legal
Issues Facing Vietnam 75

KIỂM SOÁT GIỮA LẬP PHÁP VÀ HÀNH PHÁP Ở HOA KỲ - NHỮNG KINH NGHIỆM THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

*Phạm Thị Phương Thảo**
*Trương Thị Minh Thùy***

Tóm tắt: Bài viết này phân tích sự kiểm soát giữa lập pháp và hành pháp ở Hoa Kỳ, như: Kiểm soát qua quyền phân bổ ngân sách, điều trần, đàn hạch, phủ quyết luật... Từ đó, chỉ ra những kinh nghiệm tham khảo trong việc hoàn thiện các quy định về kiểm soát giữa lập pháp và hành pháp ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: This article analyzes the control between the legislature and the executive in the United State of America, such as: control through the budget allocation, committee hearings, impeachment, veto, etc. On that basis, it draws reference experiences for improving Viet Nam's regulations on the control between the legislature and the executive.

1. Đặt vấn đề

Khoản 1 Điều I Hiến pháp Hoa Kỳ quy định “Toàn bộ quyền lực lập pháp được thừa nhận tại đây sẽ được trao cho Quốc hội Hoa Kỳ”. Như vậy, Quốc hội là cơ quan nắm giữ quyền lập pháp. Theo Hiến pháp Hoa Kỳ, Quốc hội – lập pháp bao gồm Thượng viện và Hạ viện. Cơ chế lưỡng viện này nhằm dung hòa lợi ích giữa các bang lớn và bang nhỏ¹, hạn chế tình trạng Quốc hội ban hành luật “cầu thả, hấp tấp”, không đảm bảo quyền lợi của nhân dân² cũng như tạo được “kênh” kiểm soát chặt chẽ hơn của lập pháp đối với hành pháp ở Hoa Kỳ. Khoản 1 Điều II Hiến pháp Hoa Kỳ quy định: “Quyền hành pháp được trao cho Tổng thống Hợp chúng quốc Hoa Kỳ”. Như

vậy, Tổng thống là người nắm giữ quyền hành pháp. Mặc dù, Hiến pháp Hoa Kỳ không quy định việc thành lập các Bộ, Nội các của Chính phủ, nhưng trên thực tế, để đảm bảo việc thực hiện quyền hành pháp, các Bộ, đứng đầu là Bộ trưởng vẫn được hình thành, đóng vai trò cố vấn cho Tổng thống. Tuy nhiên, người quyết định cuối cùng vẫn là Tổng thống. Do đó, khi nói đến cơ quan hành pháp ở Hoa Kỳ, người ta chủ yếu tập trung vào chức danh Tổng thống.

Với việc áp dụng “triệt để” nguyên tắc phân quyền, lập pháp và hành pháp ở Hoa Kỳ có sự độc lập nhất định với nhau về cách thức hình thành, cơ cấu tổ chức và hoạt động, làm nền tảng cho việc kiểm soát giữa hai nhánh quyền lực này. Theo đó, sự độc lập này được thể hiện như sau:

Thứ nhất, về cách thức hình thành, Quốc hội và Tổng thống Hoa Kỳ đều do nhân dân bầu. Khác với các nước theo chế độ đại nghị, Tổng thống Hoa Kỳ không được hình thành trên cơ sở của lập pháp, mà do người dân bầu. Theo đó, Tổng thống chỉ chịu trách nhiệm trước nhân dân, không

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

¹ Thượng viện gồm hai Thượng nghị sĩ của mỗi bang (không phân biệt dân số, diện tích của bang đó) và Hạ viện gồm các Hạ nghị sĩ đại diện cho các bang theo tỉ lệ dân số của bang đó và đảm bảo mỗi tiểu bang luôn được có ít nhất một Hạ nghị sĩ.

² Ở Hoa Kỳ, một dự luật cần phải được thông qua ở cả hai viện.

chịu trách nhiệm trước Quốc hội. Nói cách khác, cả Quốc hội và Tổng thống Hoa Kỳ đều chỉ chịu trách nhiệm trước nhân dân. Như vậy, cách thức hình thành là một trong những nguyên nhân tạo nên tính độc lập của Tổng thống Hoa Kỳ so với Quốc hội, hình thành cơ sở cho sự kiểm soát qua lại lẫn nhau giữa hai nhánh quyền lực này.

Thứ hai, về nhân sự, đoạn 2 khoản 6 Điều I Hiến pháp Hoa Kỳ quy định: “*Trong thời gian được bầu làm Thượng nghị sĩ hoặc Hạ nghị sĩ, không một ai được bổ nhiệm vào một chức vụ dân sự trong chính quyền Hoa Kỳ mà chức vụ đó được thành lập sau này hoặc có số lương bổng được gia tăng trong cùng nhiệm kỳ. Và không một người nào đang giữ một chức vụ trong chính quyền Hợp chúng quốc được trở thành nghị sĩ trong thời gian còn tại chức*”. Như vậy, nghị sĩ trong Quốc hội Hoa Kỳ - bao gồm cả Thượng nghị sĩ và Hạ nghị sĩ - đều không được đồng thời là người làm việc trong cơ quan hành pháp. Quy định này thể hiện sự tách bạch nhân sự giữa lập pháp và hành pháp. Đây là yếu tố rất quan trọng trong việc tạo ra sự độc lập giữa lập pháp và hành pháp ở Hoa Kỳ, đồng thời là tiền đề đảm bảo sự khách quan trong hoạt động kiểm soát giữa hai nhánh quyền lực.

Trên cơ sở sự độc lập này, lập pháp và hành pháp sử dụng rất nhiều phương thức để kiểm soát lẫn nhau, từ những phương thức chính thức, trực tiếp (phủ quyết luật, điều trần, thông qua ngân sách, đàn hạch...) đến những phương thức tạm thời, gián tiếp (các cuộc điện thoại, các lá thư, các cuộc tiếp xúc cá nhân, những sự nhận biết không chính thức thông qua các thông cáo hội thảo của các ủy ban, các cuộc điều trần và thảo luận ở nghị viện). Trong bài viết này, chúng tôi tập trung tìm hiểu, phân tích những phương thức cơ bản nhất được Quốc hội và

Tổng thống Hoa Kỳ sử dụng để kiểm soát lẫn nhau trong quá trình thực hiện quyền lực nhà nước, từ đó đưa ra những kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam trong giai đoạn hiện nay.

2. Kiểm soát giữa lập pháp và hành pháp ở Hoa Kỳ

2.1. Kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp ở Hoa Kỳ

Như đã phân tích, ở Hoa Kỳ, hành pháp không được thành lập trên cơ sở lập pháp, không chịu trách nhiệm trước lập pháp và cũng không bị lập pháp giải tán khi không còn sự tín nhiệm của lập pháp. Với đặc trưng này, kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp ở Hoa Kỳ có những khác biệt nhất định so với các nước đại nghị. Theo đó, sự kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp ở Hoa Kỳ không tồn tại việc bỏ phiếu bất tín nhiệm hay chất vấn để quy kết trách nhiệm. Tuy nhiên, điều này không làm “nghèo nàn hóa” sự kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp. Trên thực tế, lập pháp vẫn sử dụng rất nhiều phương thức để kiểm soát hành pháp. Cụ thể như sau:

2.1.1. Kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp thông qua quyền phân bổ ngân sách

Theo nhiều nhà nghiên cứu, nếu vai trò của lập pháp đối với hành pháp trong lĩnh vực ngân sách ở các nước đại nghị mang tính chất hậu kiểm thì vai trò này của lập pháp trong chính thể cộng hòa tổng thống là tiền kiểm³. Theo đó, khoản 9 Điều I Hiến pháp Hoa Kỳ quy định: “*Không một khoản tiền nào được phép rút ra từ ngân khố, mà phải là kết quả của những kế hoạch phân bổ được pháp luật quy định*”. Sự kiểm soát của

³ Đỗ Minh Khôi, Ủy ban lâm thời – những vấn đề lý thuyết và thực tiễn, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17 (249), 2013, tr. 56.

lập pháp thể hiện qua chu trình ngân sách nhà nước ở Hoa Kỳ. Theo đó, chu trình ngân sách Liên bang Hoa Kỳ bao gồm ba bước cơ bản: Lập và thông qua dự toán ngân sách nhà nước, chấp hành ngân sách nhà nước, kiểm toán và báo cáo ngân sách nhà nước⁴.

Bước 1: Lập và thông qua dự toán ngân sách nhà nước

Bước này gồm hai giai đoạn: Giai đoạn thứ nhất, hành pháp xây dựng và đệ trình dự toán ngân sách nhà nước lên hai viện của Quốc hội trong khoảng 10 tháng⁵. Bản dự toán này được trình bày theo từng chương trình, từng Bộ, nguồn vốn và khoản chi, kèm theo bản thuyết minh chi tiết đến từng hạng mục chi cụ thể. Ngoài ra, thuyết minh dự toán còn kèm theo kế hoạch cung cấp hàng hóa, dịch vụ công cộng (số lượng, mức độ cung cấp, đối tượng thụ hưởng...)⁶. Sau khi dự toán được xây dựng, Tổng thống sẽ trình dự toán lên hai viện. Giai đoạn thứ hai, Thượng viện và Hạ viện xem xét và thông qua dự toán ngân sách. Hai viện sẽ có khoảng 08 tháng (từ tháng 2 đến tháng 9) để xem xét dự toán trước khi thông qua⁷. Cụ thể, dự toán được hành pháp trình lên Quốc hội sẽ được chia thành từng gói để chuyển đến các tiểu ban của hai viện. Các tiểu ban này sẽ chất vấn các Bộ thuộc thẩm quyền của mình về ngân sách của Bộ đó. Đặc biệt, Quốc hội Hoa Kỳ có một cơ quan ngân sách riêng (CBO). CBO sẽ thẩm tra dự toán của Tổng thống bằng việc đối chiếu với một bản dự toán độc lập mà cơ quan này lập ra. Điều này giúp cho việc thẩm tra được khách

quan, chuyên nghiệp, từ đó đảm bảo hiệu quả trong việc kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp trong lĩnh vực ngân sách⁸. Sau khi dự toán được hai viện thông qua, Tổng thống ký ban hành và bản dự toán ngân sách sẽ trở thành Luật Ngân sách Liên bang của năm, được thi hành trong năm ngân sách tiếp theo.

Bước 2: Chấp hành dự toán ngân sách nhà nước

Các Bộ sẽ thu, chi ngân sách trên cơ sở các quy định của Luật Ngân sách Liên bang đã được thông qua. Việc thu, chi này được kiểm soát tập trung thông qua Kho bạc Liên bang⁹.

Bước 3: Kiểm toán và đánh giá ngân sách nhà nước

Cơ quan kiểm toán Liên bang (GAO) chịu trách nhiệm chính trong việc kiểm toán. Cơ quan này sẽ báo cáo kết quả kiểm toán để Quốc hội xem xét. Nội dung kiểm toán gồm: Kiểm toán tài chính (đánh giá việc tuân thủ ngân sách, chính sách, định mức, tình hình tuân thủ chế độ báo cáo tài chính... của đơn vị được kiểm toán) và kiểm toán hoạt động (đánh giá hiệu quả chi tiêu ngân sách, phát hiện các khoản chi không hiệu quả...)¹⁰.

Qua những phân tích trên có thể thấy, sự kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp thông qua quyền phân bổ ngân sách thể hiện rõ nhất ở bước lập và thông qua dự toán ngân sách. Với một khoảng thời gian đủ dài để hành pháp lập dự toán, lập pháp thẩm tra, xem xét dự toán và vai trò quan trọng của CBO – cơ quan ngân sách của Quốc hội, chất lượng của các dự toán ngân sách được thông qua đều được đảm bảo tốt, từ đó nâng

⁴ Nguyễn Ngọc Huệ, *Một số đặc trưng về tổ chức ngân sách của Hoa Kỳ và Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20 (300), 2015, tr. 60.

⁵ Nguyễn Ngọc Huệ, *tlđđ*, tr. 56.

⁶ Nguyễn Ngọc Huệ, *tlđđ*, tr. 56.

⁷ Nguyễn Ngọc Huệ, *tlđđ*, tr. 56.

⁸ Nguyễn Ngọc Huệ, *tlđđ*, tr. 60.

⁹ Nguyễn Ngọc Huệ, *tlđđ*, tr. 61.

¹⁰ Nguyễn Ngọc Huệ, *tlđđ*, tr. 61.

cao hiệu quả kiểm soát của Quốc hội trong phương thức này.

2.1.2. *Kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp thông qua điều trần*

Điều trần là hoạt động được tiến hành tại phiên họp của Ủy ban của Quốc hội, thường là công khai, để thu thập thông tin, ý kiến về một dự luật, phê chuẩn một chức danh được Tổng thống giới thiệu hoặc để tiến hành điều tra về một vấn đề thời sự nào đó¹¹. Điều trần đã được áp dụng ở Quốc hội Hoa Kỳ kể từ khi Quốc hội bắt đầu tồn tại¹² và được đánh giá là một phương thức quan trọng để lập pháp kiểm soát hành pháp ở Hoa Kỳ. Quốc hội Hoa Kỳ có hơn 100 Ủy ban và tiểu ban. Tất cả các Ủy ban này đều có quyền tổ chức điều trần¹³. Điều trần có nhiều dạng, như: Điều trần lập pháp, điều trần phê chuẩn, điều trần điều tra, điều trần thông báo¹⁴... Trong đó, điều trần phê chuẩn và điều trần điều tra là phương thức hữu hiệu để lập pháp kiểm soát hành pháp. Cụ thể, ở Hoa Kỳ, nhiều chức danh do Tổng thống chỉ định phải nhận được phê chuẩn của Thượng viện. Nhưng trước khi Thượng viện tiến hành bỏ phiếu, các ứng viên phải

nhận được sự chấp thuận của các Ủy ban tương ứng tại Thượng viện thông qua việc điều trần trước Ủy ban đó¹⁵. Đây là hình thức điều trần phê chuẩn. Chẳng hạn, vào năm 2017, trước khi được Thượng viện bỏ phiếu phê chuẩn¹⁶, Thẩm phán Tòa án tối cao Hoa Kỳ - ông Neil Gorsuch đã phải điều trần trước Ủy ban Tư pháp của Thượng viện¹⁷. Trong phiên điều trần này, ông Gorsuch đã phải trả lời câu hỏi của các Thượng nghị sĩ thuộc Ủy ban Tư pháp về nhiều vấn đề. Như vậy, với phương thức điều trần phê chuẩn, Thượng viện có thể đánh giá về trình độ, năng lực, phẩm chất của ứng cử viên do Tổng thống giới thiệu để tiến hành bỏ phiếu phê chuẩn. Còn với điều trần điều tra, Ủy ban của Hạ viện và Thượng viện Hoa Kỳ có quyền tiến hành các cuộc điều tra độc lập với Cục điều tra Liên bang Hoa Kỳ (FBI). Hoạt động này nhằm hỗ trợ Quốc hội trong việc thu thập, xác minh các chứng cứ liên quan đến những sai phạm của hành pháp. Đồng thời, đây cũng là cơ hội để Quốc hội đặt câu hỏi, lắng nghe sự lý giải từ những quan chức này đối với sai phạm mà họ đang bị cáo buộc. Ví dụ, phiên điều trần vào năm 1973 về vụ Watergate do Ủy ban Thượng viện về các hoạt động chiến dịch tranh cử Tổng thống do Thượng nghị sĩ Sam Ervin của Bang

¹¹ Nguyễn Đức Lam, *Điều trần tại Ủy ban: Nghiên cứu khả năng áp dụng ở Việt Nam (phần 1)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 105, 2007, tr. 22.

¹² Văn phòng Quốc hội (2010), *Điều trần tại các Ủy ban của Nghị viện và khả năng áp dụng ở Việt Nam*, http://www.undp.org/content/dam/vietnam/docs/Publications/31173_Dieutran-kha_nang_ap_dung_tai_VN.pdf, truy cập ngày 12/06/2018.

¹³ Văn phòng Quốc hội (2010), *Điều trần tại các Ủy ban của Nghị viện và khả năng áp dụng ở Việt Nam*, http://www.undp.org/content/dam/vietnam/docs/Publications/31173_Dieutran-kha_nang_ap_dung_tai_VN.pdf, truy cập ngày 12/06/2018.

¹⁴ Xem thêm: *Vì sao quan chức Mỹ phải điều trần*, <https://tuoitre.vn/vi-sao-quan-chuc-my-phai-lien-tuc-dieu-tran-1331460.htm>, truy cập ngày 12/06/2018; và Nguyễn Đức Lam, *Điều trần tại Ủy ban: Nghiên cứu khả năng áp dụng ở Việt Nam (phần 1)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 105, 2007, tr. 22.

¹⁵ *Vì sao quan chức Mỹ phải điều trần*, <https://tuoitre.vn/vi-sao-quan-chuc-my-phai-lien-tuc-dieu-tran-1331460.htm>, truy cập ngày 12/06/2018.

¹⁶ Theo khoản 2 Điều 2 Hiến pháp Hoa Kỳ năm 1787 thì: “*Theo thỏa thuận và sự đồng ý của Thượng viện - với sự nhất trí của 2/3 số Thượng nghị sĩ có mặt, Tổng thống có quyền ký kết các điều ước. Và cũng theo thỏa thuận, đồng ý của Thượng viện, Tổng thống sẽ bổ nhiệm các đại sứ, các công sứ, lãnh sự, các quan tòa của Tòa án tối cao và những quan chức khác của Hoa Kỳ*”.

¹⁷ *Điều trần phê chuẩn thẩm phán Tòa tối cao Mỹ*, <https://tuoitre.vn/dieu-tran-phe-chuan-tham-phan-toa-toi-cao-my-1283633.htm>, truy cập ngày 12/06/2018.

North Carolina đứng đầu tiên hành¹⁸. Sau cuộc điều trần này, với sự suy giảm niềm tin của người dân và nguy cơ bị luận tội, Tổng thống Richard Nixon đã từ chức. Hay gần đây nhất, vào năm 2017, cựu Giám đốc Cục điều tra liên bang (FBI) James Comey¹⁹ và Bộ trưởng Bộ Tư pháp Hoa Kỳ Jeff Sessions²⁰ đã phải điều trần trước Ủy ban Tình báo Hạ viện Hoa Kỳ về nghi án Nga can thiệp bầu cử Hoa Kỳ.

Một trong những yếu tố tạo nên hiệu quả của các phiên điều trần tại Ủy ban của Quốc hội Hoa Kỳ chính là tính công khai và thành phần của những phiên điều trần này. Theo đó, việc điều trần phải được tổ chức công khai, trừ trường hợp có đa số nghị sĩ bỏ phiếu tán thành yêu cầu tổ chức điều trần kín theo những lý do được luật lệ của Quốc hội Hoa Kỳ quy định²¹. Ngoài ra, biên bản phiên điều trần cũng được công khai để người dân biết và theo dõi. Những biên bản của hầu hết các phiên điều trần được in và phát hành rộng rãi hoặc được đăng tải trên Internet. Hơn nữa, phần lớn biên bản điều trần và các tài liệu khác sử dụng trong phiên điều trần được xuất bản sau đó sáu tháng đến một năm. Chỉ một số tài liệu điều trần không được xuất bản rộng rãi trong vòng 20

đến 30 năm²². Bên cạnh đó, thành phần tham dự các phiên điều trần mang tính “mở”, tức là bất kỳ ai liên quan đến nội dung phiên điều trần đều có thể được mời tham dự. Họ có thể là những quan chức hành pháp, các chuyên gia, chủ doanh nghiệp, giảng viên, luật sư hay thẩm phán. Gần đây, Quốc hội Hoa Kỳ cũng đã thử nghiệm phương thức điều trần từ xa qua hội nghị truyền hình, có nghĩa là người làm chứng có thể giải trình các vấn đề cần trình bày trước một Ủy ban từ một nơi khác qua phương tiện này²³. Tính chất công khai cùng với sự đa dạng về thành phần tham dự các phiên điều trần là cơ sở để các Ủy ban của Quốc hội tiếp cận những thông tin về sai phạm của các quan chức hành pháp theo hướng đa chiều, thực tế hơn.

2.1.3. Kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp thông qua thủ tục đàn hạch

Việc tiến hành thủ tục đàn hạch là đặc quyền của Quốc hội Hoa Kỳ. Nói cách khác, Quốc hội là cơ quan duy nhất có quyền đàn hạch Tổng thống, Phó Tổng thống và các quan chức nhà nước của Hoa Kỳ.

Về căn cứ tiến hành đàn hạch, theo khoản 4 Điều II Hiến pháp Hoa Kỳ, Tổng thống, Phó Tổng thống và các quan chức nhà nước của Hoa Kỳ sẽ bị cách chức theo kết quả của cuộc đàn hạch hoặc kết án với các tội danh phản bội tổ quốc, nhận hối lộ hoặc những tội nghiêm trọng khác. Như vậy, căn cứ để Quốc hội tiến hành một cuộc đàn hạch là tội danh phản bội tổ quốc, nhận hối lộ và những tội phạm nghiêm trọng khác.

Về thủ tục, đàn hạch được tiến hành theo hai bước:

¹⁸ Ngày 17/05/1973: Bắt đầu phiên điều trần vụ Watergate, <http://nghiencuuquocte.org/2017/05/17/bat-dau-phiien-dieu-tran-vu-watergate/>, truy cập ngày 12/06/2018.

¹⁹ Giám đốc FBI tới Quốc hội điều trần, <https://tuoi-tre.vn/giam-doc-fbi-toi-quoc-hoi-dieu-tran-1283477.htm>, truy cập ngày 12/06/2018.

²⁰ Bộ trưởng Tư pháp Mỹ điều trần trước Quốc hội, <https://tuoi-tre.vn/bo-truong-tu-phap-my-dieu-tran-truoc-quoc-hoi-1331289.htm>, truy cập ngày 12/06/2018.

²¹ Văn phòng Quốc hội (2010), *Điều trần tại các Ủy ban của Nghị viện và khả năng áp dụng ở Việt Nam*, http://www.undp.org/content/dam/vietnam/docs/Publications/31173_Dieutran-kha_nang_ap_dung_tai_VN.pdf, truy cập ngày 12/06/2018.

²² Nguyễn Đức Lam, *Điều trần tại Ủy ban: Nghiên cứu khả năng áp dụng ở Việt Nam (phần 1)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 105, 2007, tr. 25.

²³ Nguyễn Đức Lam, *ltdđ*, tr. 25.

Bước 1: Buộc tội ở Hạ viện. Hạ viện là cơ quan duy nhất có quyền soạn thảo và thông qua (bằng biểu quyết đa số) các bản buộc tội. Trong đó, bản buộc tội chỉ ra việc Tổng thống hoặc nhân viên hành pháp có vi phạm một trong số các tội trên. Nếu bản buộc tội không được thông qua thì việc đàn hạch sẽ chấm dứt. Ngược lại, nếu bản buộc tội này được đa số thành viên Hạ viện thông qua thì sẽ được chuyển đến Thượng viện để xét xử.

Bước 2: Xét xử ở Thượng viện. Thượng viện là cơ quan duy nhất đưa ra phán xét cuối cùng. Theo khoản 3 Điều I Hiến pháp Hoa Kỳ, trường hợp xét xử Tổng thống, chủ tọa phiên tòa sẽ là Chánh án Tòa án tối cao của Hoa Kỳ. Quy định này nhằm đảm bảo tính khách quan trong quá trình xét xử. Bởi lẽ, theo đoạn 4 khoản 3 Điều I Hiến pháp, Phó Tổng thống Hoa Kỳ là Chủ tịch Thượng viện và là người đứng đầu trong danh sách kế vị Tổng thống. Nói cách khác, “việc Thượng viện kết tội Tổng thống sẽ làm cho Phó Tổng thống trở thành Tổng thống thay thế”²⁴.

Về hậu quả pháp lý, theo khoản 3 Điều I Hiến pháp Hoa Kỳ: “Không một ai bị xem là có tội nếu không có sự đồng ý của hai phần ba các Thượng nghị sĩ có mặt... Mức án áp dụng trong những vụ buộc tội này không vượt quá sự cách chức và tước quyền của bị cáo đang đảm nhận một chức tước danh dự, có lợi tức hoặc có lợi lộc trong chính quyền Hợp chúng quốc Hoa Kỳ, tuy vậy họ vẫn có thể bị truy tố, xét xử, kết án và trừng phạt theo luật định”. Quy định này có nghĩa là, một người bị đàn hạch chỉ bị kết tội khi có sự đồng ý của hai phần ba

Thượng nghị sĩ có mặt. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, việc đàn hạch của lập pháp đối với hành pháp chỉ định đoạt xem người bị đàn hạch có phạm tội hay không. Trong trường hợp người này phạm tội thì sẽ bị cách chức. Sau đó, tòa án của ngành tư pháp sẽ định đoạt về hình phạt đối với người này như một vụ án thường²⁵. Nói cách khác, thủ tục đàn hạch chỉ định đoạt về quyền lực và chức vụ của người bị đàn hạch, chứ không định đoạt về tài sản và tính mạng của người đó.

Mặc dù có vai trò quan trọng trong việc kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp ở Hoa Kỳ, nhưng đàn hạch được đánh giá là “*một công cụ thô sơ, khó điều khiển để bãi miễn các quan chức vì những sai phạm trầm trọng nhất*”²⁶. Trong lịch sử Hoa Kỳ, việc buộc tội thường được đề nghị áp dụng, song chỉ có 15 phiên xét xử của Thượng viện từng diễn ra và chỉ có bảy cá nhân (đều là Thẩm phán) bị kết án²⁷; còn ba vị Tổng thống từng liên quan đến thủ tục này đều không bị kết án²⁸. Cụ thể, một là, Tổng thống Andrew Johnson bị Hạ viện buộc tội vi phạm Đạo luật nhiệm kỳ giữ chức vì ông đã cách chức một vị Bộ trưởng chiến tranh, nhưng ông không bị Thượng viện kết tội vì thiếu một phiếu. Hai là, như đã trình bày, Tổng thống Richard Nixon từ chức sau khi Ủy ban Tư pháp của Hạ viện đã bỏ phiếu trên một số điều khoản luận tội liên quan đến vụ bê bối Watergate (tức là Tổng thống Nixon đã từ chức sau khi Ủy ban Tư pháp của Hạ viện chính thức đề nghị luận tội ông

²⁴ Bộ Ngoại giao Hoa Kỳ, *Hiến pháp Hợp chúng quốc Hoa Kỳ và chú thích*, Ấn phẩm của Chương trình Thông tin Quốc tế, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2004, tr. 27.

²⁵ Alexander Hamilton, James Madison, John Jay, *Luận về Hiến pháp Hoa Kỳ*, Nguyễn Hưng Vương dịch, Nxb. Như Nguyễn, 1959, tr. 136.

²⁶ Roger H. Davidson, Walter J. Oleszek, *Quốc hội và các thành viên*, Trần Xuân Danh, Trần Hương Giang, Minh Long dịch, Nxb. Chính trị quốc gia, 2002, tr. 32.

²⁷ Roger H. Davidson, Walter J. Oleszek, tldd, tr. 33.

²⁸ Roger H. Davidson, Walter J. Oleszek, tldd, tr. 33.

và trước khi bị Hạ viện luận tội). *Ba là*, Tổng thống Bill Clinton bị Hạ viện buộc tội khai man và cản trở công lý, nhưng cũng không bị Thượng viện kết tội.

2.2. Kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp ở Hoa Kỳ

Sự kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp ở Hoa Kỳ được thể hiện qua nhiều phương thức khác nhau:

2.2.1. Kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp thông qua quyền phủ quyết luật của Tổng thống

Đoạn 2 khoản 7 Điều I Hiến pháp quy định: “*Mỗi dự luật đã được thông qua tại Hạ viện và Thượng viện đều phải đệ trình lên Tổng thống Hoa Kỳ trước khi trở thành luật*”. Trong vòng 10 ngày sau khi dự luật được đệ trình lên Tổng thống, nếu đồng ý, Tổng thống sẽ ký công bố dự luật; nếu không đồng ý, Tổng thống sẽ gửi trả dự luật về cho Thượng viện hoặc Hạ viện, nơi đã đệ trình kèm theo văn bản phản đối đề yêu cầu Quốc hội xem xét lại. Chỉ khi có trên 2/3 số Nghị sĩ của mỗi viện tán thành thì dự luật mới trở thành luật. Như vậy, quyền phủ quyết của Tổng thống có giá trị bằng 1/6 quyền lực biểu quyết thông qua dự luật của Quốc hội, tức là tương đương 89 nghị sĩ²⁹. Bên cạnh đó, Hiến pháp còn quy định, nếu Tổng thống không gửi trả lại dự luật trong vòng 10 ngày (không kể chủ nhật) thì dự luật coi như được thông qua, trừ trường hợp thời hạn này không bị gián đoạn bởi sự kết thúc kì họp của Quốc hội. Điều này có nghĩa là, dự luật được chuyển đến Tổng thống trong 10 ngày cuối kì họp và bị giữ lại chưa ký, khi Quốc hội ngừng họp thì dự luật bị loại bỏ và không được chuyển sang

xem xét ở kì họp tiếp theo. Nếu Quốc hội vẫn muốn tiếp tục giữ nguyên vấn đề trong dự luật đã bị phủ quyết thì phải viết lại dưới dạng một dự luật mới, tức là bắt đầu lại từ đầu quá trình lập pháp. Đây được coi là quyền phủ quyết ngầm “phủ quyết bỏ túi” mà Tổng thống thường sử dụng bên cạnh quyền phủ quyết tương đối nêu trên. Quyền phủ quyết này còn áp dụng với các mệnh lệnh, nghị quyết và quyết định đã được hai viện thông qua³⁰.

Quyền phủ quyết là cách thức để Tổng thống ngăn ngừa Quốc hội ban hành luật “vội vàng, hấp tấp”. Bên cạnh đó, Quốc hội giữ quyền lập pháp nên thường có khuynh hướng sử dụng quyền này ảnh hưởng đến các nhánh quyền lực còn lại, đặc biệt là hành pháp. Quyền phủ quyết của Tổng thống như một cách thức “tự vệ” của hành pháp. Nếu không có quyền này, Tổng thống sẽ dần dần bị tước hết các quyền lực bằng các đạo luật hoặc bằng một cuộc biểu quyết của Quốc hội.

Trên thực tế, Tổng thống sử dụng quyền phủ quyết khá phổ biến và thành công. Tính từ năm 1789, khi ông George Washington trở thành Tổng thống đầu tiên của Hợp chúng quốc Hoa Kỳ cho đến nay, đã có 37 đời Tổng thống sử dụng quyền phủ quyết tổng cộng 2.574 lần, trong đó có 1.509 lần phủ quyết thường, 1.067 lần phủ quyết bỏ túi, nhưng Quốc hội chỉ có 109 lần vượt qua

²⁹ Nguyễn Anh Hùng, *Quyền phủ quyết ở một số quốc gia và của Tổng thống Hoa Kỳ*, Tạp chí Quản lý nhà nước, (221), 2014, tr.98.

³⁰ Đoạn 3 khoản 7 Điều I Hiến pháp Hợp chúng quốc Hoa Kỳ: “*Tất cả các mệnh lệnh, nghị quyết hoặc biểu quyết cần sự nhất trí của Thượng viện và Hạ viện (trừ trường hợp Nghị viện nghị họp), đều được đệ trình lên Tổng thống Hoa Kỳ, và trước khi có hiệu lực, chúng phải qua sự phê chuẩn của Tổng thống, hoặc nếu Tổng thống không chấp thuận, cần phải có sự chấp thuận lần thứ hai của hai viện với sự nhất trí của hai phần ba thành viên của mỗi viện, theo đúng các quy chế và giới hạn được quy định cho các trường hợp về dự luật*”.

quyền phủ quyết của Tổng thống³¹. Vị Tổng thống sử dụng quyền phủ quyết nhiều nhất là Franklin D. Roosevelt (1933-1945) với tổng cộng 635 lần và Quốc hội đã vượt qua quyền phủ quyết nhiều nhất là 15 lần vào thời kì 1865-1869 khi Andrew Johnson làm Tổng thống³². Nhìn chung, các dự luật bị Tổng thống phủ quyết sẽ không thể trở thành luật vì thông thường số người cùng đảng với Tổng thống ủng hộ quan điểm của Tổng thống chiếm một tỷ lệ nhất định trong Quốc hội Hoa Kỳ. Hai vị Tổng thống gần đây nhất của Hoa Kỳ là George Bush và Barack Obama đều có số người cùng đảng chiếm trên 40% các thành viên của mỗi viện³³, do đó các Tổng thống dễ dàng đạt được 1/3 số nghị sĩ ủng hộ và Quốc hội khó có thể vượt qua quyền phủ quyết. Tuy nhiên, trên thực tế, vẫn xảy ra trường hợp Quốc hội vượt qua quyền phủ quyết của Tổng thống và dự luật đã trở thành luật. Đơn cử cho trường hợp này là việc Quốc hội Hoa Kỳ bỏ phiếu chống lại quyết định phủ quyết của Tổng thống Barack Obama đối với dự luật “Công lý chống tài trợ khủng bố”. Dự luật này vốn được đưa ra để mở đường cho gia đình các nạn nhân của vụ tấn công khủng bố ngày 11/9/2001 khởi kiện Chính phủ Ả Rập Xê Út tại các Tòa án Hoa Kỳ. Tại Hạ viện, có 348 Hạ nghị sĩ bỏ phiếu chống trong khi chỉ có 77 phiếu ủng hộ ông Obama. Thượng viện cũng có kết quả áp đảo với 97 phiếu chống và chỉ 01 phiếu đồng ý với Tổng thống. Kết quả này vượt xa mức 2/3 số nghị

sĩ của mỗi viện để bác bỏ quyết định phủ quyết dự luật của ông Obama³⁴.

2.2.2. *Kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp thông qua quyền triệu tập kỳ họp của Quốc hội*

Khoản 3 Điều II Hiến pháp quy định: “Trong trường hợp cần thiết, Tổng thống có quyền triệu tập hai viện hoặc một trong hai viện”. Như vậy, Tổng thống có quyền triệu tập kỳ họp của cả Thượng viện và Hạ viện hoặc riêng từng viện. Tuy nhiên, Tổng thống chỉ có thể thực hiện quyền này trong những trường hợp cần thiết, nhất là khi có vấn đề ảnh hưởng đến an ninh quốc gia. Gần đây nhất là việc Tổng thống Mỹ Donald Trump triệu tập toàn bộ 100 Thượng nghị sĩ họp bất thường tại Nhà Trắng chiều ngày 26/4/2017 (giờ địa phương) để thảo luận về Triều Tiên trong bối cảnh các chương trình tên lửa và hạt nhân của Bình Nhưỡng ngày càng tăng cao.

Ngoài ra, “trong trường hợp bất đồng giữa hai viện về thời gian hoãn họp, Tổng thống sẽ quyết định về thời gian cuộc họp sẽ hoãn đến bao giờ mà Tổng thống cho là thích hợp” (Khoản 3 Điều II Hiến pháp).

2.2.3. *Sự kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp thông qua việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật*

Các đạo luật được Quốc hội ban hành cần thiết phải được cụ thể hoá để đi vào thực thi. Hành pháp, thông qua hoạt động của Tổng thống ban hành các loại văn bản như lệnh thừa hành, quy tắc, quy chế, kế hoạch cải tổ... để triển khai, thực thi các đạo luật của Quốc hội. Trong đó, lệnh thừa hành là văn bản đóng vai trò chính. Các văn bản này là văn bản dưới luật, nhưng trên

³¹ <https://www.senate.gov/reference/Legislation/Veto/es/vetoCounts.htm>, truy cập ngày 25/6/2017.

³² <https://www.senate.gov/reference/Legislation/Vetoes/vetoCounts.htm>, truy cập ngày 25/6/2017.

³³ <http://www.presidency.ucsb.edu/data/vetoes.php>, truy cập ngày 25/6/2017.

³⁴ <http://thanhvien.vn/the-gioi/quoc-hoi-my-lan-dau-vo-hieu-hoa-quyen-phu-quyet-cua-tong-thong-obama-749582.html>, truy cập ngày 23/6/2017.

thực tế chúng ngày càng chiếm ưu thế hơn so với các luật do Quốc hội ban hành.

2.2.4. Sự kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp thông qua việc Chủ tịch Thượng viện đồng thời là Phó Tổng thống

Theo đoạn 4 khoản 3 Điều I Hiến pháp Hoa Kỳ thì Chủ tịch Thượng viện là Phó Tổng thống Hoa Kỳ, không có quyền bỏ phiếu trừ trường hợp số phiếu ngang nhau khi biểu quyết. Như vậy, nhánh hành pháp có thể thông qua vai trò Chủ tịch Thượng viện của Phó Tổng thống để tác động tới hoạt động lập pháp của Quốc hội, đặc biệt trong trường hợp số phiếu của các Thượng nghị sĩ bằng nhau thì lá phiếu của Phó Tổng thống có ý nghĩa quyết định. Đơn cử cho quy định này là vào năm 1789, Phó Tổng thống John Adams bỏ lá phiếu quyết định Tổng thống có thể cách chức các thành viên Nội các mà không cần sự phê chuẩn của Thượng viện³⁵.

3. Kinh nghiệm tham khảo cho Việt Nam

Từ những phân tích trên, chúng tôi rút ra một số kinh nghiệm tham khảo sau có thể áp dụng để hoàn thiện quy định pháp luật về kiểm soát giữa lập pháp và hành pháp ở Việt Nam:

Thứ nhất, kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp thông qua quyền phân bổ ngân sách. Như đã phân tích, ở Hoa Kỳ, hành pháp có khoảng 10 tháng để lập dự toán ngân sách và lập pháp có khoảng 08 tháng để thông qua dự toán. Khoảng thời gian này sẽ giúp bộ máy của Tổng thống có đủ thời gian để chuẩn bị dự toán ngân sách, đảm bảo chất lượng bản dự toán cũng như

giúp Quốc hội Hoa Kỳ có điều kiện xem xét, thẩm tra và đưa ra quyết định phê chuẩn. Đồng thời, dự toán được trình lên hai viện cũng rất chi tiết và được kèm theo các bản thuyết minh cụ thể. Trong khi đó, ở nước ta, theo Điều 44 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 thì dự toán ngân sách được chuẩn bị trong khoảng 04 tháng (từ tháng 5 đến tháng 9), Ủy ban Thường vụ Quốc hội có khoảng 01 tháng để xem xét, cho ý kiến và Quốc hội có khoảng 01 tháng để xem xét, thông qua tại kỳ họp cuối năm (thông qua trước 15/11 hàng năm)³⁶. Như vậy, trong điều kiện thời gian lập và thông qua dự toán ngân sách như trên, khả năng đảm bảo chất lượng và mức độ chi tiết của dự toán cũng như điều kiện để thẩm tra và xem xét toàn diện đối với dự toán là một “bài toán khó”. Đây là vấn đề các nhà lập pháp cần cân nhắc để thiết kế lại thời gian cho việc lập và thông qua dự toán ngân sách cũng như mức độ chi tiết của các dự toán ngân sách.

Thứ hai, kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp thông qua điều trần. Như đã phân tích, điều trần đóng vai trò quan trọng trong kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp ở Hoa Kỳ. Đây là cách thức hữu hiệu để lập pháp thu thập thông tin, hình thành cơ sở đánh giá các sai phạm của hành pháp, giúp “xoa dịu” tình hình căng thẳng trong đời sống chính trị cũng như tăng tính minh bạch trong hoạt động của Quốc hội, Tổng thống. Ở nước ta hiện nay, mặc dù pháp luật không quy định về điều trần, nhưng một hoạt động tương tự điều trần cũng đã được ghi nhận và đã diễn ra trên thực tế. Đó chính là các phiên giải trình trước Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội. Đến nay,

³⁵ Bộ Ngoại giao Hoa Kỳ, *Hiến pháp Hợp chúng quốc Hoa Kỳ và chú thích*, Ấn phẩm của Chương trình Thông tin quốc tế, Nxb. Hồng Đức, Hà Nội, 2004, tr.26.

³⁶ Nguyễn Ngọc Hiệu, *Một số đặc trưng về tổ chức ngân sách của Hoa Kỳ và Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20 (300), 2015, tr. 56.

hiều phiên giải trình đã được tiến hành với các chủ đề được cử tri quan tâm, như: Quản lý giá thuốc³⁷, việc thực hiện chính sách hỗ trợ về nhà ở đối với người có công với cách mạng³⁸, việc ban hành văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật, Pháp lệnh³⁹, về thực trạng vi phạm hành chính và các giải pháp khắc phục trong lĩnh vực giao thông, vận tải đường bộ⁴⁰... Tuy nhiên, quy định về trình tự, thủ tục tiến hành các phiên giải trình vẫn còn rất ít, chưa có tính hệ thống và thực tế thực hiện các phiên giải trình vẫn còn tồn tại nhiều bất cập. Do đó, những kinh nghiệm về hoạt động điều trần ở Hoa Kỳ cần được tham khảo để hoàn thiện pháp luật về các phiên giải trình ở nước ta hiện nay. Theo đó, những kinh nghiệm tham khảo sau có thể được nghiên cứu và tiếp thu: *Một là*, về thời gian tiến hành, ở nước ta, các phiên giải trình được diễn ra trong thời gian khá ngắn. Chẳng hạn, phiên giải

trình của Ủy ban Pháp luật về thực trạng vi phạm hành chính và các giải pháp khắc phục trong lĩnh vực giao thông, vận tải đường bộ chỉ diễn ra trong một ngày (ngày 24/4/2012)⁴¹, phiên giải trình của Ủy ban Pháp luật về việc ban hành văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật, Pháp lệnh chỉ diễn ra trong một buổi (buổi sáng ngày 24/12/2012). Với những chủ đề phức tạp như trên thì thời gian một buổi hay một ngày còn là khá ngắn để Quốc hội có thể lắng nghe, tìm hiểu thông tin cũng như xem xét được nguyên nhân và đưa ra giải pháp cho vấn đề giải trình. Trong khi đó, ở Hoa Kỳ, những phiên điều trần về những vấn đề phức tạp thường diễn ra trong thời gian dài. Chẳng hạn, phiên điều trần đối với Ngoại trưởng Hillary Clinton vào năm 2015 (về vụ tấn công lãnh sự quán Mỹ ở Benghazi năm 2012 khiến 4 người Mỹ thiệt mạng) đã kéo dài 11 tiếng từ sáng đến đêm. Hay phiên điều trần phê chuẩn ông Neil Gorsuch vào vị trí Thẩm phán Tòa án tối cao Hoa Kỳ diễn ra trong vòng 3 ngày tại Thượng viện Mỹ⁴². Do đó, đối với những vấn đề phức tạp, thiết nghĩ, pháp luật nước ta nên quy định thời gian giải trình được kéo dài từ hai đến ba ngày. *Hai là*, về thành phần tham dự các phiên giải trình. Theo Điều 43 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015, ngoài các chức danh trong bộ máy nhà nước, thành phần của phiên giải trình còn bao gồm

³⁷ Phiên giải trình này được Ủy ban về các vấn đề xã hội tiến hành vào tháng 10/2010. Xem thêm: Ủy ban Về các vấn đề xã hội nghe giải trình quản lý nhà nước về giá thuốc, <http://quochoi.vn/tintuc/pages/tin-hoat-dong-cua-quoc-hoi.aspx?ItemID=3898>, truy cập ngày 14/06/2018.

³⁸ Phiên giải trình này được Ủy ban về các vấn đề xã hội tiến hành vào tháng 10/2016. Xem thêm: Phiên họp giải trình việc thực hiện chính sách hỗ trợ về nhà ở đối với người có công với cách mạng của Ủy ban về các vấn đề xã hội ngày 19/10/2016, <http://quochoi.vn/tintuc/Pages/phiengiaitring.aspx?ItemID=32166>, truy cập ngày 14/06/2018.

³⁹ Phiên giải trình này được Ủy ban Pháp luật tiến hành vào tháng 12/2012. Xem thêm: Phiên giải trình của Ủy ban Pháp luật về việc ban hành văn bản quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật, Pháp lệnh, <http://quochoi.vn/tintuc/Pages/phiengiaitring.aspx?ItemID=27999>, truy cập ngày 14/06/2018.

⁴⁰ Phiên giải trình này được Ủy ban Pháp luật tiến hành vào tháng 04/2012. Xem thêm: Phiên giải trình của Ủy ban Pháp luật về thực trạng vi phạm hành chính và các giải pháp khắc phục trong lĩnh vực giao thông vận tải đường bộ, <http://quochoi.vn/tintuc/Pages/phiengiaitring.aspx?ItemID=27998>, truy cập ngày 14/06/2018.

⁴¹ Phiên giải trình này được Ủy ban Pháp luật tiến hành vào tháng 04/2012. Xem thêm: Phiên giải trình của Ủy ban Pháp luật về thực trạng vi phạm hành chính và các giải pháp khắc phục trong lĩnh vực giao thông vận tải đường bộ, <http://quochoi.vn/tintuc/Pages/phiengiaitring.aspx?ItemID=27998>, truy cập ngày 14/06/2018.

⁴² Điều trần phê chuẩn thẩm phán Tòa án tối cao Mỹ, <https://tuoitre.vn/dieu-tran-phe-chuan-tham-phan-toa-toi-cao-my-1283633.htm>, truy cập ngày 12/06/2018.

cá nhân có liên quan⁴³. Tuy nhiên, trên thực tế, thành phần của một số phiên giải trình chủ yếu là đại diện các Bộ, ngành, các cá nhân có liên quan lại không được mời tham dự. Điển hình là, tại phiên giải trình về giá thuốc do Ủy ban về Các vấn đề xã hội tổ chức vào tháng 10/2010, nhiều cá nhân, tổ chức quan trọng, liên quan nhưng không được mời đến cung cấp thông tin như: lãnh đạo các bệnh viện, các bác sỹ, dược sỹ, các nhà nhập khẩu thuốc, các nhà sản xuất thuốc ở Việt Nam (kể cả một số hãng dược nước ngoài), người tiêu dùng⁴⁴... Trong khi đó, ý kiến của những chủ thể này có thể giúp Ủy ban có thêm nhiều thông tin đa diện. Mặc dù về mặt pháp lý, nước ta đã có những quy định tiến bộ như pháp luật Hoa Kỳ về thành phần “mở” của các phiên điều trần. Tuy nhiên, về mặt thực tế, các Ủy ban cần có sự chuẩn bị chu đáo hơn trong việc mời các thành phần là cá nhân liên quan tham dự các phiên giải trình.

Thứ ba, kiểm soát của hành pháp đối với lập pháp thông qua quyền phủ quyết luật. Như đã phân tích, quyền phủ quyết là một phương thức quan trọng và hiệu quả để Tổng thống kiểm soát hoạt động lập pháp của Quốc hội Hoa Kỳ. Tuy nhiên, ở Việt Nam, Hiến pháp lại chưa trao quyền phủ quyết luật cho Chủ tịch nước. Điều này xuất

phát từ những lý do sau: *Một là*, nguyên tắc tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước. Mặc dù Hiến pháp năm 2013 không có điều khoản nào quy định một cách minh thị rằng bộ máy nhà nước của nước ta được tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tập quyền xã hội chủ nghĩa. Tuy nhiên, theo Hiến pháp năm 2013, quyền lực nhà nước là thống nhất (Điều 2), Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất (Điều 69), Chính phủ là cơ quan chấp hành của Quốc hội (Điều 94), Quốc hội có quyền bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm các chức danh quan trọng trong bộ máy nhà nước: Chủ tịch nước, Thủ tướng Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao... (Điều 70), các chức danh này phải chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội (Điều 87, Điều 95, Điều 105). Những quy định này cho thấy rằng, về cơ bản, bộ máy nhà nước của nước ta vẫn đang tổ chức và hoạt động theo nguyên tắc tập quyền xã hội chủ nghĩa. Với nguyên tắc này, Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, Chủ tịch nước do Quốc hội bầu ra, chịu trách nhiệm và báo cáo công tác trước Quốc hội nên không thể có quyền phủ quyết luật của Quốc hội. *Hai là*, theo Điều 87 Hiến pháp năm 2013, Chủ tịch nước do Quốc hội bầu trong số đại biểu Quốc hội (đồng nghĩa với việc Chủ tịch nước bắt buộc là đại biểu Quốc hội). Với quy định này, Chủ tịch nước đã được tham gia trực tiếp vào quá trình xây dựng, thảo luận, biểu quyết thông qua dự thảo luật. Tức là Chủ tịch nước đã có quyền nêu ý kiến không tán thành đối với dự thảo luật trong quá trình trên. Do đó, đây có thể là một lý do quyền phủ quyết luật của Chủ tịch nước không được quy định.

Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, trong thời gian vừa qua, chất lượng của nhiều dự án luật ở nước ta đã mang tính “báo động” và được phản ánh bởi chính các đại biểu Quốc

⁴³ Khoản 1 Điều 43 Luật Hoạt động giám sát của Quốc hội và Hội đồng nhân dân năm 2015 quy định: “*Căn cứ vào chương trình giám sát, Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội yêu cầu thành viên Chính phủ, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tổng Kiểm toán nhà nước giải trình và cá nhân có liên quan tham gia giải trình vấn đề thuộc lĩnh vực Hội đồng dân tộc, Ủy ban của Quốc hội phụ trách*”.

⁴⁴ Văn phòng Quốc hội (2010), *Điều trần tại các Ủy ban của Nghị viện và khả năng áp dụng ở Việt Nam*, http://www.undp.org/content/dam/vietnam/docs/Publications/31173_Dieutran-kha_nang_ap_dung_tai_VN.pdf, truy cập ngày 12/06/2018.

hội ở nhiều diễn đàn, các phương tiện thông tin đại chúng⁴⁵... Thực trạng này đòi hỏi phải có cơ chế hữu hiệu để kiểm soát việc thực hiện quyền lập pháp của Quốc hội. Một trong những cách thức kiểm soát đó là xây dựng quy định về quyền phủ quyết của Chủ tịch nước đối với các đạo luật của Quốc hội. Quyền phủ quyết có thể được chia thành bốn loại sau: Phủ quyết tuyệt đối, phủ quyết tương đối, phủ quyết bỏ túi và phủ quyết một phần⁴⁶. Tuy nhiên, việc quy định Chủ tịch nước có quyền phủ quyết nào trong số bốn loại quyền phủ quyết ở trên và kế thừa các quy định về quyền phủ quyết của Tổng thống Hoa Kỳ như thế nào phải dựa trên điều kiện, hoàn cảnh và những đặc trưng trong kiểm soát quyền lực nhà nước ở nước ta hiện nay. Có thể thấy, ở những quốc gia đa đảng, bộ máy nhà nước được tổ chức theo nguyên tắc phân quyền, việc kiểm soát quyền lực nhà nước diễn ra rất mạnh mẽ, quyết liệt. Đôi khi sự kiểm soát này còn gắn với những thủ đoạn chính trị, là hình thức “tán công” lẫn nhau giữa đảng cầm quyền và đảng đối lập⁴⁷. Trong khi đó, do đặc thù của bộ máy nhà nước ta như đã phân tích, nên về cơ bản, sự kiểm soát quyền lực nhà nước ở nước ta mang tính mềm dẻo, linh hoạt hơn. Trên cơ sở những phân tích trên, thiết nghĩ, quyền phủ quyết luật của Chủ tịch nước ở Việt Nam nên là quyền phủ quyết

tương đối. Cụ thể như sau: “Chủ tịch nước tự mình hoặc theo đề nghị của Chính phủ, đề nghị Quốc hội xem xét lại luật đã được Quốc hội thông qua. Nếu luật đó vẫn được Quốc hội biểu quyết thông qua thì Chủ tịch phải công bố”. Thực chất đây là cơ chế “hậu kiểm” trong hoạt động lập pháp và Chủ tịch nước thực hiện với vai trò là người thay mặt cho đất nước trong lĩnh vực đối nội và đối ngoại. Quy định này không chỉ tạo cơ chế giám sát hoạt động lập pháp của Quốc hội, mà còn thực hiện được chủ trương hoàn thiện chế định nguyên thủ quốc gia trong Văn kiện Đại hội XI của Đảng Cộng sản Việt Nam⁴⁸. Bên cạnh đó, quy định này sẽ không làm xáo trộn thể chế với điều kiện không quy định quyền đứng đầu và điều hành Chính phủ cho Chủ tịch nước⁴⁹.

Mặt khác, trong đánh giá của A. Siaroff với các quốc gia theo chính thể đại nghị, có 23 quốc gia quy định quyền phủ quyết luật cho tổng thống và 18 quốc gia không quy định quyền này⁵⁰. Theo đánh giá này thì đa số các quốc gia theo chính thể đại nghị đều quy định quyền phủ quyết luật cho nguyên thủ quốc gia (23/41 quốc gia). Do đó, việc quy định quyền phủ quyết của Chủ tịch nước đối với luật của Quốc hội ở nước ta cũng không làm cho quy định này quá khác biệt so với các nước cùng chính thể đại nghị khác trên thế giới.

⁴⁵ Bảo Yên, *Tăng cường trách nhiệm trong bảo đảm tiến độ và chất lượng dự án luật trình Quốc hội*, <http://quochoi.vn/tintuc/pages/tin-hoat-dong-cua-quo-c-hoi.aspx?ItemID=40576>, truy cập ngày 02/01/2020.

⁴⁶ *Quyền phủ quyết luật của Tổng thống Mỹ: Vũ khí quan trọng để kiểm chế Nghị viện*, <http://tiasang.com.vn/-dien-dan/quyen-phu-quyet-luat-cua-tong-thong-my-vu-khi-quan-trong-de-kiem-che-nghi-vien-6016>, truy cập ngày 03/01/2019.

⁴⁷ Nguyễn Mai Thuyên (2017), *Hoạt động lấy phiếu tín nhiệm của Quốc hội Việt Nam*, Tạp chí Khoa học xã hội Việt Nam, số 6 (115), tr. 8.

⁴⁸ Văn kiện Đại hội XI của Đảng Cộng sản Việt Nam nêu rõ: “Nghiên cứu xác định rõ hơn quyền hạn và trách nhiệm của Chủ tịch nước để thực hiện đầy đủ chức năng nguyên thủ quốc gia, thay mặt Nhà nước về đối nội, đối ngoại và thống lĩnh các lực lượng vũ trang; quan hệ giữa Chủ tịch nước với các cơ quan thực hiện quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp”.

⁴⁹ Đỗ Minh Khôi (chủ biên), *Chế định nguyên thủ quốc gia trong các Hiến pháp Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2014, tr. 179.

⁵⁰ Xem: A. Siaroff: *Comparative Presidencies: The Inadequacy of the Presidential, Semi_Presidential and Parliamentary Distinction*, Ibid, p. 287-321.

HỢP ĐỒNG HÀNH CHÍNH – KINH NGHIỆM CỦA CỘNG HÒA PHÁP VÀ NHỮNG GỢI MỞ CHO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

*Trần Thị Thu Phương**

Tóm tắt: Bài viết tìm hiểu khái niệm hợp đồng hành chính và những đặc điểm nhận diện theo qui định của pháp luật Cộng hòa Pháp; từ đó đưa ra gợi mở cho việc xây dựng chế độ pháp lý về hợp đồng hành chính trong pháp luật Việt Nam.

Abstract: The article seeks to clarify the concept and features of administrative contract under the law of the Republic of France; thereby it draws certain implications for devising a legal regime on administrative contract in Vietnamese law.

1. Khái niệm và đặc điểm của hợp đồng hành chính theo qui định của pháp luật Cộng hòa Pháp

Hợp đồng hành chính là một chế định đã tồn tại khá lâu trong hệ thống pháp luật của Pháp, cùng với sự xuất hiện của pháp luật hành chính. Đây là hệ quả của nguyên tắc phân chia quyền lực giữa hành pháp và tư pháp nói chung và giữa thẩm phán hành chính và thẩm phán dân sự nói riêng. Theo đó, các thẩm phán dân sự không được quyền giải quyết các tranh chấp liên quan đến nền hành chính¹. Các qui định của pháp luật tư sẽ không thể điều chỉnh các quan hệ phát sinh từ việc thực hiện các hoạt động của nền hành chính quốc gia. Cơ sở của sự điều chỉnh này là sự khác biệt giữa chủ thể công với chủ thể tư, một bên là đại diện cho Nhà nước, cho lợi ích chung, còn một bên chỉ vì lợi ích của chính mình. Chính vì vậy, chế định hợp đồng hành chính có những đặc thù nhất định.

Về bản chất, hợp đồng là sự thỏa thuận giữa các bên trên cơ sở bình đẳng. Tuy nhiên, trong lĩnh vực hành chính, có những vấn đề mà chủ thể công không thể thỏa thuận với đối tác, nhất là khi các đối tác này lại là những đối tượng chịu sự ràng buộc của chính nền hành chính và phải phục tùng lợi ích chung. Sự bất bình đẳng giữa các chủ thể trong hợp đồng hành chính bắt nguồn từ việc lợi ích chung của quốc gia không thể đặt dưới lợi ích của một chủ thể tư. Do đó, có những trường hợp các quyền và nghĩa vụ qui định trong hợp đồng sẽ bị thay đổi, điều chỉnh theo ý chí của chủ thể công. Những trường hợp này được dự liệu trong các điều khoản được gọi chung là điều khoản bất cân xứng về quyền và nghĩa vụ giữa các chủ thể. Sự tồn tại của các điều khoản bất cân xứng về quyền và nghĩa vụ giữa chủ thể công với chủ thể tư và các quyền đơn phương của chủ thể công trong một số trường hợp vì lợi ích chung của quốc gia cũng là vì những lý do này.

Từ thời Napoleon, các qui định về hợp đồng hành chính đã được ban hành. Đó là đạo luật ngày 28 tháng Mưa năm thứ 8

* Khoa Kinh tế - Luật, Đại học Thương mại.

¹ Xem Pierre Tifine, *Droit Administratif Français*, Revue Général du Droit online, 2013, số 4645, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2013/08/12/droit-administratif-francais-quatrieme-partie-chapitre-2/>, truy cập ngày 15/8/2019.

(khoảng ngày 17/2/1800)². Theo đó, hợp đồng hành chính là những hợp đồng được ký kết bởi chủ thể công quyền trong lĩnh vực công trình công. Sau này, chủ nghĩa tự do kinh tế đã dẫn đến sự xuất hiện các loại hợp đồng hành chính như: Hợp đồng nhượng quyền trong lĩnh vực đường sắt, trong lĩnh vực xây dựng cầu, trong lĩnh vực chiếu sáng công cộng... Từ thực tiễn này, các học thuyết về hợp đồng hành chính đã thực sự phát triển ở Pháp với rất nhiều công trình nghiên cứu³. Đáp ứng nhu cầu của thực tế, pháp luật của Cộng hòa Pháp đã có nhiều qui định về hợp đồng hành chính nhằm tạo ra một chế độ pháp lý riêng biệt đối với loại hợp đồng này. Bên cạnh đó, hoạt động của các thẩm phán hành chính trong thời gian qua cũng đã tạo ra những án lệ khá phong phú về hợp đồng hành chính.

Ở Pháp, một hợp đồng được coi là hợp đồng hành chính khi hợp đồng đó được pháp luật qui định là hợp đồng hành chính; hoặc trong trường hợp một văn bản qui định thẩm phán hành chính có thẩm quyền giải quyết tranh chấp về hợp đồng của cơ quan hành chính. Pháp luật của Cộng hòa Pháp đã có những qui định về hợp đồng hành chính trong Bộ luật về Thị trường công năm 2006, sau này được thay thế bởi Bộ luật về

Đặt hàng công⁴, trong đó đưa ra các tiêu chí xác định một hợp đồng là hợp đồng hành chính. Cụ thể, hợp đồng đặt hàng công được ký bởi pháp nhân công quyền là hợp đồng hành chính, theo mục đích của hợp đồng cũng như những điều khoản trong hợp đồng. Những hợp đồng như hợp đồng cung ứng dịch vụ công; hợp đồng xây dựng, sửa chữa cơ sở vật chất; hợp đồng chuyển giao quyền xây dựng, sửa chữa, quản trị dịch vụ, trong lĩnh vực quốc phòng, an ninh, nếu đáp ứng các tiêu chí được nêu trong luật sẽ được coi là hợp đồng hành chính.

Trong trường hợp không có luật qui định, một hợp đồng sẽ được xác định là hợp đồng hành chính khi đáp ứng những tiêu chí được án lệ Pháp nêu ra. Các tiêu chí này được phân thành 02 nhóm:

+ *Tiêu chí về mặt tổ chức (hay tiêu chí về mặt chủ thể)*: Đây là công cụ đánh giá quan hệ hành chính trong pháp luật hành chính của Pháp⁵. Cụ thể, để được xác định là hợp đồng hành chính, hợp đồng đó phải được ký kết bởi chủ thể công quyền.

Hợp đồng được ký kết giữa các chủ thể tư sẽ luôn được suy đoán là hợp đồng dân sự. Tuy nhiên, nguyên tắc này có những ngoại lệ. Theo đó, hợp đồng vẫn có thể được coi là hợp đồng hành chính nếu thuộc một trong số trường hợp sau: (1) Khi một bên chủ thể tư được sự ủy quyền của chủ thể công quyền ký kết hợp đồng hoặc khi

² Tiếng Pháp là Loi du 28 pluviôse an VIII (lịch Cách mạng Pháp). Đây là một trong số những đạo luật quan trọng đầu tiên dưới thời Napoleon. Tên chính thức của đạo luật này là: Luật liên quan đến việc phân chia lãnh thổ của nước cộng hòa và nền hành chính.

³ Mathias Amilhat, *La notion du contrat administrative et son régime: Quelques évolutions*, Journal du Droit administratif, 2019, chủ đề hợp đồng công, trên trang web: <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=2340>, truy cập ngày 15/8/2019. Bài viết đã tổng hợp những nghiên cứu về hợp đồng hành chính về mặt lý luận cũng như về mặt thực tiễn xét xử của Cộng hòa Pháp.

⁴ Tiếng Pháp là “Code de la commande publique”. Bộ luật này tổng hợp các qui định điều chỉnh về việc đặt hàng công từ Pháp lệnh số 2018-1074 ngày 26/11/2018 và Nghị định số 2018-1075 ngày 3/12/2018. Bộ luật này có hiệu lực từ ngày 1/4/2019.

⁵ Tiêu chí này có nguồn gốc từ thế kỷ XIX, dựa trên sự phân biệt giữa chủ thể công quyền và chủ thể tư. Tuy nhiên, tiêu chí này đã có sự thay đổi theo thời gian, cùng với sự phát triển của pháp luật hành chính Cộng hòa Pháp. Xem: Paul-Maxence Murgue-Varoquier, *Le critere organique en droit administrative francais*, LGDJ, 2018.

không có sự ủy quyền, nhưng chủ thể tư ký kết hợp đồng vì lợi ích của chủ thể công quyền⁶; (2) Khi chủ thể tư là một tổ chức được thành lập, chịu sự kiểm soát bởi chủ thể công quyền và đóng góp phần tài chính chủ yếu của mình cho chủ thể công quyền và hợp đồng được ký kết nhằm thực hiện dịch vụ công⁷; hoặc (3) Khi hợp đồng tranh chấp là hợp đồng phụ của một hợp đồng hành chính⁸.

Ngược lại, án lệ của Pháp cho rằng, việc các bên đều là chủ thể công quyền không phải là yếu tố quyết định để xác định hợp đồng hành chính. Hợp đồng sẽ chỉ được xác định là hợp đồng hành chính khi yếu tố về mặt nội dung cũng được đáp ứng. Nếu không, hợp đồng đó sẽ là hợp đồng dân sự. Trong bản án ngày 7/4/2014, Tòa phân quyền đã đưa ra quan điểm cho rằng, trừ trường hợp có qui định khác của pháp luật, hợp đồng là hợp đồng dân sự trừ khi nó chứa đựng những điều khoản bất hợp lý của luật chung hay thuộc chế độ pháp lý bất hợp

lý của luật chung hoặc trừ khi liên quan đến hoạt động có bản chất xuất phát từ quyền lực công. Với quan điểm này, các hợp đồng sẽ chỉ được coi là hợp đồng hành chính nếu thỏa mãn tiêu chí về mặt tổ chức và tiêu chí về mặt nội dung⁹.

+ *Tiêu chí về mặt nội dung*: Bên cạnh tiêu chí về mặt tổ chức, để được xác định là hợp đồng hành chính, hợp đồng còn phải đáp ứng một trong những tiêu chí sau: Đối tượng của hợp đồng có mối liên hệ đủ chặt chẽ với dịch vụ công; hợp đồng chứa đựng những điều khoản bất hợp lý¹⁰ của luật công; hoặc hợp đồng đó không thuộc điều chỉnh của luật chung.

Những tiêu chí này vẫn được ghi nhận trong án lệ của Pháp một cách thống nhất, dù nội dung các tiêu chí này có những thay đổi nhất định theo thời gian. Mới đây nhất, trong bản án số 416664 ngày 7/6/2018 về Công ty Géométrie France Finance, Tham chính viện (Conseil d'État)¹¹ của Cộng hòa Pháp đã kết luận rằng, một hợp đồng không phải là hợp đồng hành chính theo qui định của pháp luật, cũng không nhằm thực hiện dịch vụ công và không chứa đựng bất kỳ điều khoản ghi nhận đặc quyền của chủ thể công trong việc thực hiện hợp đồng, đồng nghĩa với việc nó không thuộc chế độ bất hợp lý

⁶ Tòa phân quyền của Pháp (Tribunal des conflits) vào năm 1963 đã đưa ra quan điểm này trong vụ việc Công ty Peyrot ngày 8/7/1963. Theo đó, thẩm phán cho rằng công trình xây dựng đường quốc lộ và các đường cao tốc thuộc trách nhiệm của Nhà nước. Công trình này được giao cho chủ thể tư đảm nhiệm. Tuy nhiên, vì chủ thể này thực hiện vì lợi ích của chủ thể công nên các hợp đồng được ký kết giữa chủ thể tư này với các chủ thể khác để thực hiện công trình sẽ thuộc sự điều chỉnh của thẩm phán hành chính. Xem tóm tắt bản án trên trang web: <http://www.tribunal-conflits.fr/decisions-quelques-grands-arrets.html>, truy cập ngày 6/2/2020. Để rõ hơn về chức năng, nhiệm vụ của Tòa phân quyền của Cộng hòa Pháp, xem thêm trên trang web: <http://www.tribunal-conflits.fr/>, truy cập ngày 06/02/2020.

⁷ Tham chính viện, ngày 21/3/2007, về khiếu nại số 281796, Thị trấn Bollogne-Billancourt, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000018259435&fastReqId=719605297&fastPos=1>, truy cập ngày 26/8/2019.

⁸ Pierre Tifine, tlđđ.

⁹ Tòa phân quyền, ngày 7/4/2014, C3946, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT00028839801>, truy cập ngày 15/8/2019.

¹⁰ Tiếng Pháp là “clauses exorbitantes du droit commun”. Đây là những điều khoản không tồn tại trong hợp đồng dân sự, trao cho chủ thể công một số đặc quyền hoặc lợi thế quá mức hoặc qui định những nghĩa vụ hoặc sự phụ thuộc quá mức.

¹¹ Tham chính viện (hay còn được gọi là Hội đồng Nhà nước) được coi là Tòa án hành chính tối cao của Pháp và là cơ quan tư vấn của Chính phủ trong việc chuẩn bị các dự án luật, nghị định... Xem thêm về Tham chính viện trên trang web: <https://www.conseil-etat.fr/le-conseil-d-etat/missions>, truy cập ngày 06/02/2020.

của hợp đồng hành chính, dù được ký kết bởi chủ thể công quyền¹².

Điều khoản bất hợp lý của luật công đã được xác định bởi án lệ của Pháp từ khá lâu. Trong bản án ngày 20/10/1950, Tham chính viện đã định nghĩa điều khoản này nhằm mục đích trao cho các bên các quyền và nghĩa vụ đặc biệt, xét về mặt bản chất, so với những quyền và nghĩa vụ thường được các bên tự do thỏa thuận trong pháp luật dân sự và thương mại¹³. Với định nghĩa này, có thể thấy, điều khoản bất hợp lý sẽ là bất hợp pháp trong pháp luật dân sự và thương mại. Chính vì vậy, sự tồn tại của các điều khoản này là tiêu chí xác định tính chất hành chính của hợp đồng. Hợp đồng hành chính tạo ra sự bất bình đẳng giữa các chủ thể bởi nó trao cho một trong các bên chủ thể những quyền mà bên kia không có, ví dụ quyền đơn phương sửa đổi hợp đồng, quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng dù không có vi phạm từ phía đối tác, điều khoản cho phép chủ thể công quyền được quyền trực tiếp kiểm soát những tài liệu kế toán của đối tác, áp đặt hình thức khai thác, quyền được đánh giá chất lượng sản phẩm... Tuy nhiên, việc đánh giá điều khoản này phụ thuộc nhiều vào giải thích của thẩm phán hành chính.

Hiện nay, pháp luật của Pháp đã có sự thay đổi trong cách nhìn nhận đối với điều khoản qui định về quyền được đơn phương chấm dứt hợp đồng. Với sự phát triển của pháp luật về nghĩa vụ dân sự, sự xuất hiện của điều khoản dạng này trong hợp đồng dân sự không còn xa lạ. Chính vì vậy, trong

bản án số 08-03623 của Tòa phân quyền, ngày 20/2/2008, Tòa phân quyền cho rằng điều khoản cho phép chủ thể công quyền được lấy lại căn hộ vào thời gian bất kỳ và với lý do bất kỳ không được coi là điều khoản bất hợp lý của luật chung. Bởi, luật chung cho phép tồn tại trường hợp thỏa thuận sử dụng tạm thời, ngoại lệ của chế độ cho thuê trụ sở trong thương mại, với điều kiện tính tạm thời này được chứng minh bởi hoàn cảnh đặc biệt mà các bên đều biết¹⁴. Bên cạnh đó, nếu điều khoản qui định đặc quyền cho chủ thể công và đặt chủ thể tư dưới những đặc quyền của chủ thể công để đổi lại lợi ích khác cho chủ thể tư, điều khoản đó sẽ không được coi là điều khoản bất hợp lý của luật chung. Cụ thể, trong vụ việc nêu trên, người thuê được quyền tự do sử dụng đồ đạc và trả phí bảo dưỡng. Do vậy, qui định trao quyền cho chủ thể công được lấy lại căn hộ vào thời gian bất kỳ và với lý do bất kỳ không được coi là bất hợp lý của luật chung.

Mới đây, Tòa phân quyền của Pháp đã đưa ra định nghĩa mới về điều khoản bất hợp lý của pháp luật chung như sau: “Là điều khoản mà, với những đặc quyền được thừa nhận cho chủ thể công quyền trong việc thực hiện hợp đồng vì lợi ích chung, thể hiện rằng hợp đồng đó thuộc chế độ bất hợp lý của hợp đồng hành chính”¹⁵.

Như vậy, để xác định điều khoản bất hợp lý của luật chung cần phải đáp ứng đồng thời 02 tiêu chí: Thứ nhất, điều khoản đó phải được thực hiện nhằm lợi ích chung; thứ hai,

¹² Tham chính viện, ngày 7/6/2018, bản án số 416664, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000037034094>, truy cập ngày 15/8/2019.

¹³ Tham chính viện, ngày 20/10/1950, Stein – Lebon, <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Clause-exorbitante.htm>, truy cập ngày 22/8/2019.

¹⁴ Tòa phân quyền, ngày 20/2/2008, bản án số 08-03623, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000018692691>, truy cập ngày 22/8/2019.

¹⁵ Tòa Phân quyền, ngày 13/10/2014, SA Axa France IARD n.3963, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000029778703>, truy cập ngày 22/8/2019.

điều khoản đó phải trao cho chủ thể công quyền những đặc quyền hoặc lợi thế bất hợp lý, hoặc qui định cho đối tác những nghĩa vụ hoặc sự áp đặt một cách bất hợp lý.

2. Chế độ pháp lý của hợp đồng hành chính theo qui định của pháp luật Cộng hòa Pháp

Khi một hợp đồng được xác định là hợp đồng hành chính, hợp đồng đó sẽ chịu sự điều chỉnh của các qui phạm pháp luật riêng biệt về quá trình giao kết và thực hiện hợp đồng. Như vậy, các hợp đồng hành chính phải tuân thủ các qui định của pháp luật về quá trình giao kết, với những trình tự, thủ tục cụ thể và với các nội dung được thể hiện rõ trong hợp đồng.

Về giao kết hợp đồng

Trước tiên, về mặt chủ thể, theo qui định của pháp luật Cộng hòa Pháp, chủ thể công quyền có thẩm quyền giao kết hợp đồng hành chính bao gồm:

+ Nhà nước: Là cơ quan hành chính ở trung ương với đại diện là các bộ trưởng, các cá nhân được bộ trưởng ủy quyền, dưới đó là các thị trưởng. Trong một số trường hợp, hợp đồng hành chính cần được thông qua bởi một luật hoặc một nghị định, hoặc một cơ quan có thẩm quyền.

+ Chính quyền ở địa phương: Hợp đồng phải được ký kết bởi một chủ thể hành chính với sự thông qua của tập thể. Tuy nhiên, nguyên tắc phải được tập thể thông qua đã được pháp luật Cộng hòa Pháp giảm bớt thể thức thực hiện thông qua Bộ luật chung về chính quyền địa phương. Qua đó, nguyên tắc này phụ thuộc vào giá trị của hợp đồng và với điều kiện phân tài chính dự kiến thực hiện hợp đồng đã được nêu rõ trong dự toán ngân sách. Gần đây, trong các quyết định của mình, Tham chính viện đã không còn coi việc phải thông qua hợp đồng một cách tập thể là điều kiện về hiệu lực của

hợp đồng hành chính, nếu đáp ứng một số điều kiện nhất định¹⁶.

+ Đơn vị công lập: Là đơn vị thành lập bởi chủ thể công quyền theo qui định của pháp luật. Người quản lý của đơn vị công lập được quyền ký kết hợp đồng hành chính trên cơ sở thông qua ý kiến tập thể. Trong một số trường hợp, hợp đồng cần phải được sự chấp thuận của chủ thể công quyền.

Về hình thức của hợp đồng

Theo qui định của pháp luật Cộng hòa Pháp, hợp đồng hành chính thường phải được xác lập bằng văn bản. Theo Nghị định số 2016-360 ngày 5/3/2016, hợp đồng thị trường công có giá trị lớn hơn hoặc bằng 25.000 euros HT¹⁷ phải được giao kết bằng văn bản. Đối với hợp đồng nhượng quyền dịch vụ công, pháp luật Cộng hòa Pháp cũng yêu cầu hình thức văn bản, không phụ thuộc vào giá trị của hợp đồng.

Về lựa chọn đối tác

Việc lựa chọn đối tác cần phải được thực hiện trên cơ sở công khai, cạnh tranh, đặc biệt là đối với những hợp đồng thị trường công và hợp đồng nhượng quyền dịch vụ công. Đối với 02 loại hợp đồng này, pháp luật Cộng hòa Pháp có hai qui chế pháp lý khác nhau được qui định trong 02 pháp lệnh.

Đối với hợp đồng thị trường công, căn cứ Pháp lệnh số 2015-899 ngày 23/7/2015, các hợp đồng thị trường công được giao kết nhằm thực hiện công trình công, cung ứng

¹⁶ Tham chính viện, 28/12/2009, số 304802, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022203485>, và Tham chính viện, ngày 9/5/2012, số 355665, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000025833596&fastReqId=1353641010&fastPos=1>, truy cập ngày 22/8/2019.

¹⁷ HT là viết tắt của cụm từ “hors taxe” được hiểu là ngoài thuế, chưa tính thuế.

sản phẩm và dịch vụ cho chủ thể công cần phải được thực hiện theo thủ tục được pháp luật qui định để có thể chọn được đề nghị cung cấp có lợi nhất. Các thủ tục này cần đảm bảo tính công khai, minh bạch và đáp ứng được tiêu chí cạnh tranh. Quan điểm này cũng thể hiện rõ trong Pháp lệnh số 2017-562 ngày 19/4/2017 thông qua yêu cầu về thủ tục tuyển chọn đối với những hợp đồng về chiếm hữu và sử dụng trong lĩnh vực công nhằm mục đích khai thác lợi ích kinh tế¹⁸.

Đối với hợp đồng nhượng quyền dịch vụ công, chế độ pháp lý của hợp đồng này được điều chỉnh bởi Pháp lệnh số 2016-65 ngày 29/1/2016. Hợp đồng nhượng quyền dịch vụ công là hợp đồng bằng văn bản, theo đó, một hoặc nhiều chủ thể công quyền giao việc thực hiện công trình hoặc quản lý một dịch vụ cho một hoặc nhiều chủ thể kinh tế; đồng thời chuyển giao rủi ro của việc khai thác công trình và dịch vụ cho các chủ thể này. Đổi lại, các chủ thể này được quyền khai thác công trình và dịch vụ hoặc quyền được trả công. Theo qui định, phụ thuộc vào giá trị của hợp đồng mà các hợp đồng này phải tuân thủ thể thức công khai và các qui định bảo đảm cạnh tranh, công bằng cho các chủ thể kinh tế và tìm được đề nghị có lợi nhất.

Về trách nhiệm khi vi phạm

Trường hợp việc giao kết hợp đồng vi phạm các qui định về công khai, đảm bảo cạnh tranh sẽ dẫn đến việc cấm ký kết hợp đồng hoặc sự vô hiệu của hợp đồng. Trong một số trường hợp, những vi phạm về quyền bình đẳng của các chủ thể kinh tế còn có thể

bị xử lý hình sự theo Điều 432-12 Bộ luật Hình sự của Cộng hòa Pháp¹⁹.

Về nội dung của hợp đồng

Tùy vào từng loại hợp đồng mà pháp luật Cộng hòa Pháp có những yêu cầu khác nhau về nội dung hợp đồng. Một số nội dung của hợp đồng sẽ phải tuân theo qui định về tài chính của Bộ Kinh tế và Tài chính Pháp.

Về việc thực hiện hợp đồng

Ở nội dung này, hợp đồng hành chính có những đặc thù so với hợp đồng dân sự. Cụ thể, chủ thể công quyền được quyền kiểm tra, giám sát và định hướng việc thực hiện hợp đồng. Chủ thể công quyền có thể yêu cầu đối tác phải thực hiện theo những yêu cầu của mình. Trong trường hợp không thực hiện theo yêu cầu của chủ thể công quyền, đối tác có thể bị phạt tiền hoặc chịu cưỡng chế hành chính, hoặc yêu cầu chấm dứt hợp đồng.

3. Những gợi mở cho pháp luật Việt Nam

Việc pháp luật và án lệ của Cộng hòa Pháp đưa ra các tiêu chí để xác định hợp đồng hành chính là nhằm phân định chế độ pháp lý áp dụng cho hợp đồng hành chính và hợp đồng dân sự, cũng như phân định thẩm quyền của thẩm phán hành chính với thẩm phán dân sự. Tuy nhiên, pháp luật của Việt Nam hiện nay dường như không đi theo hướng này.

Pháp luật Việt Nam hiện nay chưa có chế định riêng về hợp đồng hành chính, mà chỉ có chế định chung về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự. Đối với những lĩnh vực chuyên ngành, pháp luật Việt Nam lại có qui định

¹⁸ Xem Pháp lệnh số 2017-562, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000034443238&categorieLien=id>, truy cập ngày 22/8/2019.

¹⁹ Xem Điều 432-12 Bộ luật Hình sự của Cộng hòa Pháp, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000028311900&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20131208>, truy cập ngày 6/2/2020.

điều chỉnh riêng. Ví dụ như trong lĩnh vực thương mại, pháp luật Việt Nam có Luật Thương mại năm 2005 điều chỉnh về quan hệ giữa các chủ thể tham gia vào quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực thương mại. Trong những lĩnh vực chuyên ngành như du lịch, bảo hiểm, chứng khoán... pháp luật Việt Nam cũng có qui định riêng điều chỉnh. Cũng với cách tiếp cận này, trong lĩnh vực hành chính, Việt Nam không có khái niệm pháp lý về hợp đồng hành chính, nhưng có qui định pháp luật điều chỉnh quan hệ hợp đồng giữa các chủ thể trong một số lĩnh vực hành chính cụ thể, ví dụ trong lĩnh vực đầu tư, đất đai, xây dựng, y tế... Việt Nam cũng đã có một đạo luật riêng về tổ tụng hành chính (Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015), nhưng đạo luật này cũng chỉ giới hạn đối tượng điều chỉnh của mình ở việc giải quyết các vụ việc liên quan đến quyết định hành chính và hành vi hành chính, chứ không giải quyết vụ việc về hợp đồng. Đáng lưu ý, Việt Nam chưa có văn bản pháp luật điều chỉnh về lĩnh vực hành chính nói chung và về hợp đồng hành chính nói riêng.

Hợp đồng trong lĩnh vực hành chính thường là các hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền với tổ chức, cá nhân nhằm ủy quyền hoặc hợp tác trong việc thực hiện dịch vụ công, bao gồm những hoạt động phục vụ các lợi ích chung, thiết yếu, các quyền và lợi ích hợp pháp của công dân hoặc tổ chức. Ví dụ, hợp đồng trong lĩnh vực hành chính cũng có thể được ký kết giữa cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền với tổ chức, cá nhân nhằm ủy quyền cho các chủ thể này cung ứng sản phẩm, dịch vụ cơ bản, thiết yếu cho tổ chức, cá nhân theo qui định của pháp luật trong các lĩnh vực xây dựng hạ tầng kỹ thuật, cung ứng điện, nước, vệ sinh, môi trường, bảo đảm trật tự xã hội... Trong lĩnh vực này, có

thể thấy, hợp đồng theo hình thức đối tác công tư thường được sử dụng. Bởi, đầu tư theo hình thức đối tác công tư được hiểu là một hình thức đầu tư được thực hiện trên cơ sở hợp đồng dự án giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư, doanh nghiệp dự án để xây dựng, cải tạo, vận hành, kinh doanh, quản lý công trình hạ tầng, cung cấp dịch vụ công.

Theo nội dung qui định của pháp luật Việt Nam hiện hành, có thể thấy quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực hành chính có những đặc thù so với hợp đồng trong lĩnh vực dân sự, thương mại. Những đặc thù này thể hiện ở yêu cầu về công khai vấn đề giao kết hợp đồng trong lĩnh vực dịch vụ công, về đấu thầu cạnh tranh, các nội dung liên quan đến phí, lệ phí, về sự kiểm tra, giám sát và đánh giá của cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền đối với chất lượng của dịch vụ. Bên cạnh đó, việc triển khai thực hiện các hoạt động dịch vụ công này cũng cần tuân thủ các nguyên tắc là công bằng, khách quan, công khai, minh bạch, bảo vệ lợi ích chung. Những đặc thù này xuất phát từ việc hợp đồng được giao kết giữa một bên là cơ quan nhà nước có thẩm quyền vì lợi ích chung của cộng đồng, của bộ máy chính quyền và một bên là tổ chức, cá nhân tham gia thực hiện vì lợi ích riêng. Việc xã hội hóa, cho phép sự tham gia của chủ thể tư vào hoạt động cung cấp dịch vụ công phải được thực hiện trên cơ sở công bằng, công khai, minh bạch, khách quan, không phân biệt đối xử, tôn trọng các quyền và lợi ích hợp pháp của các cá nhân, tổ chức.

Ví dụ, trong quan hệ đối tác công tư, theo qui định của Nghị định số 63/2018/NĐ-CP của Chính phủ về đầu tư theo hình thức đối tác công tư (sau đây viết tắt là Nghị định 63/2018/NĐ-CP), hợp đồng dự án sau khi được ký kết phải được cơ

quan nhà nước có thẩm quyền công khai trên Hệ thống mạng đấu thầu quốc gia, với một số nội dung mang tính bắt buộc như giá, phí, hàng hóa, dịch vụ. Tổ chức, cá nhân chỉ có thể được thanh toán mức giá hoặc phí theo qui định của pháp luật, hoặc theo hợp đồng, hoặc khi được cơ quan, tổ chức có thẩm quyền chấp thuận.

Ngoài ra, quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực hành chính cũng thể hiện những đặc quyền nhất định của bên công quyền trong việc giao kết và thực hiện hợp đồng. Chẳng hạn, liên quan đến hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư trong quan hệ đối tác công tư, cơ quan nhà nước có thẩm quyền được quyền tổ chức kiểm tra, giám sát chất lượng công trình, kiểm tra việc tuân thủ các qui trình theo yêu cầu tại hợp đồng dự án, tiêu chuẩn, qui chuẩn quản lý vận hành công trình theo hợp đồng dự án, đề nghị nhà đầu tư yêu cầu nhà thầu điều chỉnh hoặc đình chỉ thi công khi xét thấy chất lượng công việc thực hiện không đảm bảo yêu cầu. Việc giám sát, đánh giá dự án phải tuân theo qui định của pháp luật về giám sát, đánh giá đầu tư và thỏa thuận tại hợp đồng dự án.

Bên cạnh đó, việc ký kết hợp đồng trong lĩnh vực dịch vụ công thường được tiến hành trên cơ sở kết quả đấu thầu, đặt hàng hoặc giao kế hoạch. Bên ký kết hợp đồng thường được xác định trên cơ sở quyết định phê duyệt kết quả lựa chọn nhà đầu tư và kết quả đàm phán, hoàn thiện hợp đồng. Do vậy, nếu quyết định này ban hành không đúng qui định của pháp luật, hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà nước có thẩm quyền và nhà đầu tư chắc chắn bị ảnh hưởng.

Nghị định 63/2018/NĐ-CP cũng nêu lên những yêu cầu về nội dung cơ bản của hợp đồng được ký kết giữa cơ quan nhà

nước có thẩm quyền với nhà đầu tư. Đồng thời, Nghị định 63/2018/NĐ-CP qui định trường hợp sửa đổi, bổ sung hợp đồng trong đó có trường hợp do sự điều chỉnh báo cáo nghiên cứu khả thi làm cơ sở để tổ chức lựa chọn nhà đầu tư trong các trường hợp được pháp luật qui định. Hợp đồng cung cấp dịch vụ công cũng có thể chịu ảnh hưởng bởi các quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền nhằm trung mua, trưng dụng tài sản là đối tượng của hợp đồng vì lý do quốc phòng, an ninh, hoặc vì lợi ích quốc gia, tình trạng khẩn cấp, phòng, chống thiên tai.

Như vậy, có thể thấy, việc ký kết và hiệu lực của hợp đồng trong lĩnh vực hành chính chịu ảnh hưởng bởi các quyết định hành chính, chịu sự giám sát của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền. Đây là đặc thù của hợp đồng trong lĩnh vực hành chính so với hợp đồng trong lĩnh vực dân sự, thương mại. Tuy nhiên, do pháp luật Việt Nam hiện nay chưa có đạo luật về lĩnh vực hành chính nói chung, nên chưa xác định rõ được các nguyên tắc pháp luật cơ bản của lĩnh vực này, để từ đó, làm cơ sở cho việc giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng hành chính. Chính vì vậy, thực tiễn giải quyết quan hệ hợp đồng trong lĩnh vực hành chính hiện nay chưa được thấu đáo, chưa bảo vệ được các lợi ích chung, thiết yếu, bảo đảm trật tự, công bằng xã hội. Ví dụ, việc giao kết và thực hiện các hợp đồng có liên quan đến quyền lợi của bên thứ 3 là người dân trong thời gian vừa qua đã gây khá nhiều tranh luận cả về thực tiễn thực hiện cũng như trong khoa học pháp lý về hợp đồng hành chính²⁰. Đặc biệt, những

²⁰ Xem quan điểm của các nhà nghiên cứu về hợp đồng hành chính tiêu biểu như: GS.TS. Phạm Hồng Thái, “*Hợp đồng hành chính – hình thức hoạt động hành chính nhà nước*”, Tạp chí Tổ chức nhà nước, số 1/2013; “*Hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*”, Nxb. Đại học Quốc gia, 2016; PGS.TS. Võ

mâu thuẫn phát sinh từ hợp đồng BOT trong xây dựng cơ sở hạ tầng công cộng như đường cao tốc, đường quốc lộ, hạ tầng kỹ thuật... là do chưa thực sự chú trọng đến lợi ích chung của người dân. Việc cho phép bên chủ thể tư của hợp đồng thực hiện quyền nâng giá dịch vụ (phí đường cao tốc, giá điện...) cũng đã gây bức xúc cho người dân. Hơn nữa, việc giải quyết các hợp đồng này theo các nguyên tắc pháp luật dân sự và thương mại là chưa thực sự hợp lý. Đây chính là minh chứng rõ ràng cho thấy sự cần thiết phải ban hành các qui định pháp luật về hợp đồng trong lĩnh vực hành chính.

Theo qui định của pháp luật Việt Nam hiện hành, căn cứ Điều 67 Nghị định 63/2018/NĐ-CP, các bên của hợp đồng trong quan hệ đối tác công tư có thể giải quyết tranh chấp bằng thương lượng, hòa giải. Trường hợp không thể giải quyết bằng thương lượng, hòa giải thì có thể giải quyết bằng trọng tài hoặc tòa án Việt Nam. Trong trường hợp giải quyết tranh chấp bằng tòa án, thẩm quyền sẽ thuộc tòa dân sự theo thủ tục tố tụng dân sự. Bởi, tòa án hành chính không có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp này theo qui định của pháp luật Việt Nam hiện hành. Căn cứ Điều 30 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015, tòa hành chính của Việt Nam chỉ có thẩm quyền giải quyết vụ việc liên quan đến hành vi hành chính, quyết định hành chính của cơ quan hành chính nhà nước, tổ chức được giao thực hiện quản lý hành chính nhà nước, cá nhân

có thẩm quyền, mà không có thẩm quyền để giải quyết các vụ việc liên quan đến lĩnh vực hợp đồng. Hệ quả là những vấn đề phát sinh từ quan hệ hợp đồng sẽ được giải quyết bởi tòa dân sự theo tố tụng dân sự, hoặc theo các phương thức giải quyết tranh chấp khác được thừa nhận trong quan hệ thương mại như trọng tài, hòa giải.

Từ những đặc thù của hợp đồng hành chính dẫn đến yêu cầu có cơ quan chuyên trách để giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng hành chính. Cụ thể, việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến hợp đồng trong lĩnh vực hành chính cần được trao cho tòa hành chính có thẩm quyền giải quyết với 2 lý do cơ bản sau.

Thứ nhất, nếu để tòa dân sự giải quyết những vấn đề phát sinh từ hợp đồng hành chính có liên quan đến quyết định hành chính, hành vi hành chính sẽ gây khó khăn trong việc đưa ra phương án giải quyết. Bởi, việc xem xét tính hợp pháp của quyết định hành chính, hành vi hành chính thuộc thẩm quyền của tòa hành chính. Khi đó, việc giải quyết tranh chấp liên quan đến hợp đồng trong lĩnh vực hành chính sẽ phụ thuộc vào quyết định của tòa hành chính. Vì vậy, nên tập trung thẩm quyền giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính cho tòa hành chính.

Thứ hai, nên giao thẩm quyền giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng hành chính cho tòa hành chính nhằm tận dụng nguồn thẩm phán có chuyên môn sâu trong lĩnh vực này. Như đã phân tích, hợp đồng trong lĩnh vực hành chính được điều chỉnh bởi nhiều văn bản quy phạm pháp luật, với các đặc thù so với hợp đồng trong lĩnh vực dân sự, do vậy, việc giải quyết các hợp đồng này cần được trao cho tòa chuyên trách về lĩnh vực hành chính.

(Xem tiếp trang 54)

Trí Hào, “*Những vấn đề cơ bản về hợp đồng hành chính trong quản lý nhà nước*”, Nghiên cứu được tài trợ bởi Quỹ Nafosted, 2011; “*Các phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng hành chính bằng tài phán*”, Tạp chí Luật học, số 3/2016; quan điểm của PGS.TS. Võ Trí Hào trong bài viết của luật sư Hà Văn Chây, “*Hợp đồng hành chính, một khái niệm mới trong dự án luật hành chính công*”, Báo Pháp luật thành phố Hồ Chí Minh, tháng 7/2017.

PHÁT NGÔN THÙ GHÉT TRÊN MẠNG XÃ HỘI – NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ ĐẶT RA

Nguyễn Tiến Đức*
Trần Thị Thu Thủy**

Tóm tắt: Sự phát triển của Internet và mạng xã hội không chỉ đem lại ích lợi, mà cũng tiềm tàng những mối đe dọa mới, trong đó có hiện tượng kích động thù ghét trên không gian ảo, hay còn gọi là thù ghét trực tuyến. Bài viết trình bày khái quát hai vấn đề pháp lý còn đang tranh luận: (i) Nhà nước có nên can thiệp để hạn chế phát ngôn thù ghét nói chung và thù ghét trực tuyến nói riêng; và (ii) Nếu có, khung pháp lý điều chỉnh vấn đề trên mạng xã hội nên như thế nào. Từ đó, bài viết đưa ra một số mô hình điều chỉnh vấn đề này và gợi mở cho những nghiên cứu tiếp theo.

Abstract: The emergence of Internet and social network sites not only bring about benefits, but also novel potential threats, including inciting hate speech in cyber space, also known as cyber hate. The article generalizes two controversial legal issues: (i) Should States intervene to tackle hate speech and cyber hate in particular; and (ii) If any, what should be a legal framework to regulate this phenomenon on social networks. Thereby, it theoretizes models to regulate this phenomenon and draws implications for further research.

1. Mở đầu

Sự xuất hiện của Internet và các nền tảng mạng xã hội (*Social Networking Sites*, sau đây gọi tắt là MXH) đã tạo nên một cuộc cách mạng kết nối giữa con người với con người¹. Nhờ tính nhanh chóng, tiện lợi, chi phí thấp của MXH, mọi thành viên trên đó đều có thể đăng tải thông tin gần như ngay lập tức; đồng thời, bất kỳ ai quan tâm cũng có thể nhanh chóng tiếp cận và chia sẻ.

Theo thống kê gần đây, có khoảng 2,45 tỷ người dùng Facebook², 2 tỷ người dùng Youtube³ và 330 triệu người dùng Twitter⁴. Những con số trên chỉ có thể đại diện phần nào tầm ảnh hưởng ngày càng lớn của MXH đối với đời sống thực của con người.

Dù vậy, có một số lượng lớn các đối tượng đã lợi dụng Internet và MXH để đưa ra những phát ngôn kích động thù ghét (*Hate Speech*) nhắm tới những cá nhân khác, đặc biệt là những nhóm người yếu thế trong xã hội. Nhờ sự “trợ giúp” của MXH, những phát ngôn thù ghét đang lan rộng ở một quy mô và tần suất chưa từng thấy trên toàn cầu. Hiện tượng này còn được biết đến

* NCS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

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

Bài viết trong khuôn khổ đề tài cơ sở: “Quyền tự do ngôn luận trong quy định pháp luật quốc tế và pháp luật các quốc gia – Bài học kinh nghiệm cho Việt Nam” do TS. Mạc Thị Hoài Thương (Khoa Pháp luật quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội) làm chủ nhiệm.

¹ Richard Steppe, *The Freedom of Speech on Social Networking Services – Do We Need Protection Against Our Expression?*, *Jura Falcones Jg.* 50(3) 2014-2015, <https://www.law.kuleuven.be/apps/jura/public/art/50n3/steppe.pdf>, truy cập ngày 29/7/2018, tr. 560-61.

² Facebook: <https://www.statista.com/statistics/264810/number-of-monthly-active-facebook-users-world-wide/>, truy cập ngày 10/12/2019.

³ Youtube: <https://www.omnicoreagency.com/youtube-statistics/>, truy cập ngày 10/12/2019.

⁴ Twitter: <https://www.statista.com/statistics/282087/number-of-monthly-active-twitter-users/>, truy cập ngày 12/12/2019.

với tên gọi: Thù ghét trực tuyến (*Cyber Hate*, sau đây gọi tắt là TGTT).

Lâu nay, tự do ngôn luận luôn được coi là “điều kiện không thể thiếu đối với sự phát triển toàn diện của con người”, của xã hội tự do và dân chủ⁵. Tuy nhiên, pháp luật quốc tế và quốc gia đều khẳng định việc thụ hưởng quyền này luôn đi kèm với những giới hạn nhất định, chẳng hạn ngôn luận có chứa nội dung khiêu dâm trẻ em, tục tĩu bị cấm tại tất cả các quốc gia⁶. Dù vậy, tranh cãi nảy sinh khi nhắc tới phát ngôn thù ghét ở cả thế giới thực hay ảo.

Thuật ngữ “phát ngôn thù ghét” đang ngày càng nhận được nhiều sự quan tâm, đặc biệt ở góc độ nghiên cứu. Tuy nhiên, cho tới nay vẫn chưa có cách định nghĩa cụ thể để kết luận một phát ngôn như thế nào là có tính chất “thù ghét”⁷. Một cách khái quát, thuật ngữ này thường được sử dụng để chỉ những phát ngôn rất tiêu cực, nhằm vào một số đặc điểm bản thân của “nạn nhân”, với mục đích kêu gọi, kích động lòng thù ghét. Cụ thể hơn, phát ngôn thù ghét là những phát ngôn tấn công, sỉ nhục một cá nhân hoặc một nhóm cá nhân cụ thể, với mục đích gieo rắc sự căm ghét hay kêu gọi bạo lực đối với những đối tượng này trên cơ sở xuất thân, tôn giáo, chủng tộc, giới tính,

quan điểm chính trị... của họ⁸. Cần lưu ý thêm rằng, “phát ngôn” không chỉ đơn thuần giới hạn ở lời nói, mà còn có thể mở rộng thông qua nhiều hành vi khác nhau.

Xuất phát từ sự khác biệt trong truyền thống và văn hóa pháp lý, các học giả trên thế giới vẫn đang thể hiện quan điểm trái chiều liên quan tới hai vấn đề: (i) Nhà nước có nên can thiệp để hạn chế phát ngôn thù ghét nói chung và TGTT nói riêng; và (ii) nếu có, khung pháp lý điều chỉnh vấn đề nên như thế nào? Câu hỏi thứ nhất liên quan tới mối quan hệ pháp lý giữa quyền tự do ngôn luận và phát ngôn thù ghét; trong khi đó, câu hỏi thứ hai đòi hỏi cần phải nhận diện rõ các yếu tố đặc trưng cũng như chủ thể liên quan tới TGTT. Vấn đề này đòi hỏi nhà lập pháp cần có cái nhìn bao quát và đầy đủ trước khi đưa ra bất kì một quyết định pháp lý quan trọng nào.

2. Phát ngôn thù ghét và quyền tự do ngôn luận

Thực tiễn cho thấy sự khác biệt sâu sắc trong tư duy pháp lý về nhu cầu và cách thức điều chỉnh phát ngôn thù ghét cũng như TGTT. Vụ *LICRA kiện Yahoo!* là một vụ kiện tiêu biểu cho sự khác biệt đó. Năm 2000, hai tổ chức xã hội ở Pháp đã đâm đơn kiện lên tòa án Pháp về việc Yahoo! đăng quảng cáo bán các hàng hóa cổ xúy tư tưởng phát xít, vi phạm vào Điều R645-1 Bộ luật Hình sự Pháp nghiêm cấm hành vi mặc hay trưng bày công cộng các trang phục, kí hiệu hay biểu tượng của tổ chức hoặc cá nhân phạm tội chống lại loài người⁹. Mặc dù nội

⁵ Human Rights Committee, General Comment No. 34 on Article 19 Freedom of speech and expression, CCPR/C/GC/34, 12/9/2011, đoạn 1.

⁶ Xem thêm Nguyễn Tiến Đức (2019), *Giới hạn quyền con người theo Công ước Nhân quyền châu Âu và gợi mở cho Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 4, tr. 60-69.

⁷ Katherine Gelber, Luke McManama (2016), Evidencing the Harms of Hate Speech, *Social Identities* 22(3), tr. 324-325; UN Special Rapporteur (2019), *Report on Online Hate Speech*, UN Doc A/74/486, tr. 4, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/A_74_486.pdf, truy cập ngày 20/12/2019.

⁸ Lê Thị Thiên Hương, *Phát ngôn thù ghét trên mạng xã hội – Thực trạng và giải pháp của Cộng hòa Pháp*, <http://vpiis.edu.vn/1964-hate-speech-tren-mang-xa-hoi-thuc-trang-va-giai-phap-o-cong-hoa-phap>, truy cập ngày 5/11/2019.

⁹ *La Ligue Contre La Racisme et L'Antisemitisme (LICRA) and Union Des Etudiants Juifs De France (UEJF) v. Yahoo! Inc. and Yahoo! France*. Tại

dung quảng cáo này xuất phát từ lãnh thổ Hoa Kỳ, Tòa án Pháp vẫn xác định mình có thẩm quyền xét xử và phán quyết Yahoo! phải tìm cách ngăn ngừa công dân Pháp tiếp cận với những hàng hóa có tính chất như trên. Năm 2006, Yahoo! đưa vụ việc này ra Tòa án Quận Bắc California Hoa Kỳ và được phán quyết rằng, mặc dù phát ngôn thù ghét là rất đáng lên án, nhưng vẫn được bảo vệ trong phạm vi tự do ngôn luận trừ khi có bằng chứng cho thấy tồn tại yếu tố đe dọa tới tính mạng, sức khỏe của cá nhân hoặc tổ chức nhất định¹⁰.

Trường phái tư tưởng tự do cho rằng, tất cả các hình thức phát ngôn thù ghét cần được coi là hợp pháp bởi đây là tiền đề của tự do cá nhân và để hoàn thiện bản thân dù cho những phát ngôn này có tính chất thù hận mù quáng hay cố chấp¹¹. Sự kiểm duyệt ngôn luận của chính quyền là rào cản đối với quá trình tìm kiếm sự thật khách quan, cản trở sự phát triển các ý tưởng sáng tạo và đột phá¹². Thậm chí, Ronald Dworkin tranh luận rằng, việc cấm phát ngôn thù ghét còn có thể làm xói mòn nền dân chủ do nỗi sợ bị trừng phạt sẽ ngăn cản công dân lên tiếng, trình bày ý kiến trong đối thoại chính trị. Theo Dworkin, thông qua các hình thức trình bày quan điểm (không chỉ qua lá phiếu) của mình, công dân nhận thức được

trách nhiệm chính trị của mình và từ đó hình thành nên ý thức tuân thủ pháp luật¹³.

Cho tới nay, Hoa Kỳ là quốc gia hiếm hoi vẫn còn bảo vệ phát ngôn thù ghét dù trong thế giới thực hay ảo, bằng chứng là những phát ngôn này được bảo vệ theo Tu chính án thứ nhất của Hiến pháp Hoa Kỳ về quyền tự do ngôn luận. Trong vụ *Virginia kiện Black* (2003), Tòa án Tối cao Hoa Kỳ tuyên quy định hình sự hóa hành vi đốt thánh giá tại nơi công cộng của bang Virginia là vi phạm quyền tự do ngôn luận. Tòa lưu ý rằng, quy định pháp luật không thể mặc nhiên cấm hình thức biểu đạt “đốt thánh giá”, mà phải làm rõ được yếu tố chủ đích đe dọa, cố ý gây thương tích đối với người khác của hành vi này¹⁴. Năm 2017, trong vụ *Matal kiện Tam*, các thẩm phán Tòa án Tối cao Hoa Kỳ đồng thuận tuyên rằng, điều khoản chống miệt thị trong Đạo luật Lanham là vi hiến. Theo đó, Đạo luật này không cho phép đăng ký nhãn hiệu có tính chất “miệt thị chủng tộc”. Coi nhãn hiệu là một hình thức ngôn luận, thẩm phán Samuel Alito viết: “*Phát ngôn khinh miệt dựa trên chủng tộc, sắc tộc, giới tính, tôn giáo, độ tuổi, khuyết tật hay bất kỳ lý do nào, đều rất khó chịu; nhưng niềm tự hào lớn nhất trong văn hóa pháp lý về tự do ngôn luận của chúng ta là bảo vệ quyền tự do thể hiện “suy nghĩ [của người khác] mà chính chúng ta ghét bỏ”*¹⁵. Có thể nói, tại Hoa Kỳ, quyền tự do ngôn luận luôn được đề cao kể cả khi nó gây ra cảm giác bất an và tổn thương đối với người khác¹⁶. Các nạn nhân không còn giải pháp nào ngoài việc

[http:// www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm](http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/yauctions20000522.htm), truy cập ngày 5/11/2019.

¹⁰ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et l'Antisemitisme*, 433 F.3d 1199 (9th Cir. 2006).

¹¹ Edwin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press, 1989, tr. 10.

¹² John S. Mill, *On Liberty*, reprinted in John Arthur, William Shaw (eds), *Social and Political Philosophy*, Prentice Hall, 1992, tr. 283-84; Caitlin Ring, *Hate Speech in Social Media: An Exploration of the Problem and Its Proposed Solutions*, University of Colorado, 2013, tr. 22.

¹³ Ronald Dworkin (2006), A New Map of Censorship, *Index on Censorship* 35, tr. 131.

¹⁴ *Virginia v. Black*, 538 U.S. 343 (2003).

¹⁵ *Matal v. Tam*, 582 U.S. (2017).

¹⁶ Michael McCornell, *You Can't Say That*, https://www.nytimes.com/2012/06/24/books/review/the-harm-in-hate-speech-by-jeremy-waldron.html?mt_rref=www.google.com&assetType=PAYWALL.

phải học cách làm quen và sống chung với những sự thù ghét quanh mình.

Ngược lại, Waldron cho rằng, phát ngôn thù ghét phải bị hạn chế bởi “*mỗi cá nhân... cần được thụ hưởng quyền tự do của mình với bảo đảm không phải đối mặt với sự thù địch, bạo lực, bị phân biệt đối xử hay cản trở bởi người khác*”¹⁷. Theo Waldron, kể cả khi không nhằm kích động bạo lực, phát ngôn thù ghét vẫn tác động rất tiêu cực tới sự hòa nhập xã hội của nhóm người dễ bị tổn thương. Hiện tượng này dần dần và gián tiếp xói mòn lợi ích công cộng (*Public good*), và sau đó có thể dẫn tới bùng phát bạo lực để giải quyết căng thẳng trong xã hội¹⁸. Nghiên cứu khảo sát thực nghiệm cho thấy, ngôn từ thù ghét có thể gây ra những tổn thương trực tiếp và gián tiếp đối với không chỉ nạn nhân hứng chịu nó và cả với những người xung quanh khi tiếp nhận thông điệp¹⁹.

Phải gánh chịu tổn thất do bạo lực xuất phát từ sự thù ghét, nhiều quốc gia phương Tây đã khởi động “cuộc chiến” chống lại hiện tượng này²⁰. Tại Pháp, đạo luật áp dụng trong phần lớn các trường hợp phát ngôn thù ghét này lại là một luật ra đời từ rất lâu, từ những năm 1881²¹. Luật này liên quan đến tự do báo chí và đặt khuôn khổ

cho tự do ngôn luận, đồng thời xử phạt tội vu khống, làm nhục và tội phát ngôn kì thị kích động sự phân biệt đối xử, kích động thù hận hoặc kích động bạo lực. Ngoài ra, một số phát ngôn thù ghét khác còn được quy định trong luật hình sự Pháp. Tương tự, Anh nghiêm cấm các biểu hiện thù ghét dựa trên màu da, sắc tộc, quốc tịch, xuất thân, tôn giáo, giới tính, khuyết tật của một người²². Hình phạt đối với phát ngôn thù ghét bao gồm phạt tiền, phạt tù hoặc cả hai²³. Đức là một trong những quốc gia thể hiện sự mạnh tay và quyết liệt nhất trong việc trừng phạt hành vi kích động thù ghét (*Volksverhetzung*) thông qua các quy định liên quan trong Bộ luật Hình sự của mình (Mục 185-189)²⁴. Năm 2009, Tòa án Quận Regensburg ở Đức đã ban hành án phạt (*Strafbefehl*) đối với Richard Williamson (nhà báo Anh) vì phát ngôn chối bỏ tội ác diệt chủng ở Đức trong Thế chiến thứ hai trên kênh truyền hình Thụy Điển. Tại cấp phúc thẩm, Tòa nhận định ông Williamson phát biểu chối bỏ sự tồn tại của phòng khí ngạt, vốn được sử dụng vào việc hành quyết người Do Thái, cấu thành hành vi chối bỏ tội ác diệt chủng của Đức Quốc Xã, và vì vậy, Tòa vẫn giữ nguyên bản án trước đó. Nguyên đơn kháng cáo lên Tòa án Hiến pháp Liên bang và Tòa án Nhân quyền châu Âu nhưng bị từ chối xem xét lại vụ việc vì

¹⁷ Jeremy Waldron, *The Harm in Hate Speech*, MA: Harvard University Press, 2014, tr. 10.

¹⁸ Như trên, tr. 1-17.

¹⁹ Tổn thương trực tiếp bao gồm: Làm cho nạn nhân bị lệ thuộc, câm lạng, sợ hãi hoặc biểu hiện cảm xúc tiêu cực khác, hạn chế tự do, tổn hại lòng tự trọng và phẩm giá con người. Tổn thương gián tiếp bao gồm: Thuyết phục người khác tin vào định kiến về một hoặc một số kiều mẫu người, bình thường hóa hiện tượng phân biệt chủng tộc, gây ảnh hưởng dẫn tới người nghe tiếp nhận sự thù ghét từ phía người phát ngôn. Xem thêm Katharine Gelber, Luke McNamara (2016), *Evidencing the Harms of Hate Speech, Social Identities, Journal for the Study of Race, Nation and Culture* 22(3), tr. 324-41.

²⁰ Michael McCornell, *tlđđ*.

²¹ Lê Thị Thiên Hương, *tlđđ*.

²² Ví dụ: Mục 29(A)(B) Đạo luật thù hận dựa trên chủng tộc và tôn giáo năm 2006 (*Racial and Religious Hatred Act*); Mục 74 Đạo luật Trật tự công cộng năm 1986 (*Public Order Act*) liên quan tới hành vi thù ghét dựa trên xu hướng tính dục.

²³ Tại: http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2003/2267/pdfs/ukxi_20032267_en.pdf, truy cập ngày 5/11/2019.

²⁴ ARTICLE 19, Germany: Responding to Hate Speech, tại: <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/07/Germany-Responding-to-%E2%80%99hate-speech%E2%80%99-v3-WEB.pdf>, tr. 21-48, truy cập ngày 5/11/2019.

không đủ căn cứ²⁵. Tòa án Nhân quyền châu Âu nhất quán quan điểm trong các phán quyết của mình rằng: “... Sự bao dung và tôn trọng đối với phẩm giá bình đẳng của tất cả con người là nền móng của một xã hội dân chủ và đa nguyên. Do đó, về nguyên tắc, xã hội dân chủ có thể sẽ cần phải quy định hoặc thậm chí ngăn ngừa mọi hình thức biểu đạt nhằm truyền bá, thúc đẩy, kích động, bào chữa cho sự thù ghét thiếu khoan dung..., nhưng cần bảo đảm mọi “hình thức”, “điều kiện”, “giới hạn” hay “hình phạt” được áp dụng phải tương xứng với mục tiêu hướng tới”²⁶.

Điều 20(2) Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR) quy định: “Mọi chủ trương gây thù hằn dân tộc, chủng tộc hoặc tôn giáo để kích động sự phân biệt đối xử về chủng tộc, sự thù địch, hoặc bạo lực đều phải bị pháp luật nghiêm cấm”. Quy định này có mối quan hệ chặt chẽ với Điều 19 ICCPR (quyền tự do ngôn luận) bởi nó được hiểu là một trong những giới hạn quyền tự do ngôn luận. Điều này cho thấy, quốc gia có thể có nghĩa vụ quốc tế nhằm ngăn ngừa phát ngôn thù hận, kể cả khi những phát ngôn này không nhằm tới mục tiêu kích động bạo lực, gây tổn thương cho người khác. Ngoài ra, Ủy ban giám sát Công ước quốc tế về xóa bỏ mọi hình thức phân biệt chủng tộc năm 1965 (ICERD) cho rằng quyền tự do ngôn luận không phải tuyệt đối²⁷, đặc biệt trong vấn đề

phát ngôn kích động hận thù dựa trên chủng tộc: “Việc thể hiện quan điểm, ý tưởng trong quá trình thảo luận khoa học, đối thoại chính trị hay các hoạt động tương tự, cần phải được thực hiện một cách hợp pháp, không nhằm mục tiêu kích động thù hận, nổi loạn, bạo lực hay phân biệt đối xử”²⁸. Đối phó với việc lạm dụng ngôn luận để tấn công sắc tộc, Ủy ban khuyến nghị các quốc gia khi xây dựng khung pháp lý điều chỉnh vấn đề này cần lưu ý tới những yếu tố như nội dung và hình thức phát ngôn; bối cảnh kinh tế, xã hội và chính trị; địa vị của người phát ngôn; khả năng lan tỏa của phát ngôn; mục tiêu của phát ngôn²⁹. Đồng thời, Ủy ban cũng nhắc nhở quốc gia thành viên về nghĩa vụ theo Điều 7 ICERD trong hoạt động tuyên truyền, giáo dục nhằm loại bỏ gốc rễ tư tưởng phân biệt chủng tộc trong xã hội³⁰.

3. Phát ngôn thù ghét trên nền tảng mạng xã hội – Nhận diện sự khác biệt

MXH, trong đó có thể kể tới Facebook, Youtube, Twitter, là một vài những cái tên đã quá quen thuộc với nhiều người. Những nền tảng này còn được gọi là Web 2.0, cung cấp dịch vụ miễn phí cho các cá nhân kết nối với nhau thông qua Internet³¹. Những công ty sở hữu nền tảng này còn được xếp vào nhóm các công ty trung gian Internet (*Internet intermediaries*) bởi tính chất trung

²⁵ *Williamson v. Germany*, ECtHR App no. 64496/17 (2017), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_ENG.pdf, truy cập ngày 5/11/2019.

²⁶ *Erbakan v. Turkey*, ECtHR App no. 59405/00 (2006), đoạn 56, <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-1728198-1812055&filename=003-1728198-1812055.pdf>, truy cập ngày 21/1/2020.

²⁷ General recommendation No. 35, CERD/C/GC/35 (2012), đoạn 1-26, <https://undocs.org/en/CERD/C/GC/35>, truy cập ngày 21/1/2020.

²⁸ Như trên, đoạn 25.

²⁹ Như trên, đoạn 15; Xem thêm Rabat Plan of Action on the prohibition of advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence, đoạn 22, tại: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Opinion/Seminars/Rabat/Rabat_draft_outcome.pdf, truy cập ngày 21/1/2020.

³⁰ Như chú thích 27, đoạn 30-44.

³¹ Mark Davies, Barbara Lee (2008), *The Legal Implications of Student Use of Social Networking Sites in the UK and US: Current Concerns and Lessons for the Future*, Education and the Law 20(3), tr. 260-261.

gian tạo thuận lợi cho người dùng Internet³². Các công ty Web 1.0, ví dụ như Amazon, là những công ty tự xây dựng nội dung trên nền tảng của mình (*Company-driven content*) và ít có tính tương tác với người dùng. Trái lại, trên nền tảng Web 2.0, người dùng chính là “chủ nhân” xây dựng và phát triển nội dung (*User-driven content*). Trên đó, nhiều cộng đồng ảo được thành lập, cho phép người dùng chia sẻ tin nhắn, hình ảnh, video với nhau ở tốc độ chóng mặt và hoàn toàn miễn phí.

Cũng giống như phát ngôn thù ghét trong thế giới thực, TGTT cũng phản ánh những thông điệp có tính chất tương tự, như phân biệt chủng tộc, cực đoan hoặc khủng bố...³³ Tuy nhiên, điểm khác biệt rõ nét nhất giữa hai loại thù ghét này là phương tiện thực hiện. Theo ghi nhận của Tổng thư ký Liên hợp quốc, hiện tượng lợi dụng Internet, trong đó có MXH, để truyền bá thông tin, cảm xúc thù ghét đã và đang trở thành một trong những thách thức nhân quyền nghiêm trọng nhất trong thế giới hiện đại ngày nay³⁴.

Ngày càng có nhiều tài liệu nghiên cứu về hình thức và phạm vi phát ngôn thù ghét trên MXH nhằm làm rõ sự khác biệt giữa phát ngôn thù ghét trong thế giới ảo và thực³⁵. Đồng thời, các nghiên cứu này cũng

góp phần nhận diện những thách thức xã hội và pháp lý mà quốc gia phải đối mặt khi xây dựng khung pháp lý điều chỉnh vấn đề này.

Thứ nhất, tính ẩn danh (*Anonymity*) và tính bất khả kiến (*Invisibility*). Một trong những ưu điểm của Internet và MXH đó là không bắt buộc cá nhân phải đăng ký và công khai thông tin cá nhân thực. Trước đây, nhiều người tin rằng tính ẩn danh trên các nền tảng công nghệ sẽ mở đường cho quyền tự do ngôn luận phát triển mạnh mẽ, đặc biệt tại các quốc gia chuyên chế, toàn trị, bởi cá nhân có thể thoát khỏi nỗi sợ hãi bị trừng phạt vì bất đồng chính kiến³⁶. Trên thực tế, điều này lại có thể trở thành con dao hai lưỡi bởi nó gián tiếp tạo ra xu hướng tâm lý phớt lờ những quy phạm đạo đức xã hội, còn gọi là hiện tượng *phi cá nhân hóa* (*Deindividuation*) trong tâm lý học đám đông³⁷. Có những bằng chứng khoa học cho thấy, cá nhân có thể đưa ra phát ngôn hoặc cư xử trên không gian mạng mà họ sẽ không làm trong đời thực³⁸. Nguyên nhân một

Intermediaries and Hate Speech: Fostering Digital Citizenship for Our Information Age, Boston University Law Review 91, tr. 1435–1484; Cohen-Almagor, *Confronting the Internet's Dark Side: Moral and Social Responsibility on the Free Highway*, Cambridge: Cambridge University Press, 2015; Richard Delgado, Jean Stefancic (2014), *Hate Speech in Cyberspace*, Wake Forest Law Review 49, tr. 319–343; Barbara Perry, Patrik Olsson (2009), *Cyberhate: The Globalization of Hate*, Information and Communication Technology Law 18, tr. 185–199; Alexander Tsesis (2001), *Hate in Cyberspace: Regulating Hate Speech on the Internet*, San Diego Law Review 38, tr. 817–874.

³⁶ Gordon Graham, *The Internet: A Philosophical Examination*, Routledge: London, 1999.

³⁷ Arnold Goldstein, *The Psychology of Group Aggression*, John Wiley and Sons, 2002, tr. 32; Brian Mullen (1983), *Operationalizing the Effect of the Group on the Individual: A Self-Attention Perspective*, Experimental Social Psychology Journal 19, tr. 295–322.

³⁸ John Suler (2004), *The Online Disinhibition Effect*, Cyber-Psychology and Behavior 7, tr. 321–326.

³² Xem: <https://www.article19.org/resources/internet-intermediaries-dilemma-liability-q/>, truy cập ngày 31/7/2019.

³³ Xem thêm Anti-Defamation League (2010), *Responding to Cyber-hate: Toolkit for Action*, <https://www.adl.org/sites/default/files/documents/assets/pdf/combating-hate/ADL-Responding-to-Cyberhate-Toolkit.pdf>, truy cập ngày 31/7/2019.

³⁴ The Secretary General, *Preliminary Representation of the Secretary General on Globalization and Its Impact on the Full Enjoyment of All Human Rights*, UN Doc A/55/342 (31/8/2000), đoạn 26–28.

³⁵ Dianielle Citron, *Hate Crimes in Cyberspace*, Harvard, MA: Harvard University Press, 2014; Dianielle Citron, Helen Norton (2011),

phần là bởi khi ẩn danh, họ không lo sợ bị lên án hay trừng phạt bởi xã hội và nạn nhân của những lời nói trên mạng³⁹. Đồng thời, do không phải chứng kiến những tổn thương mà nạn nhân phải chịu đựng nên họ không nảy sinh lòng thương xót hay sự đồng cảm⁴⁰.

Thứ hai, tính liên kết (Connectivity). Nền tảng Internet và MXH có thể bị lợi dụng không chỉ để thể hiện những quan điểm thù ghét cực đoan, mà còn là nơi những người có cùng tư tưởng đó kết nối với nhau – mà trên thực tế, họ có thể bị cản trở bởi các yếu tố không gian và thời gian⁴¹. Ở đây, thù ghét được truyền bá, trao đổi, kích động giữa những người cùng tư tưởng, chứ không phải đối với nạn nhân của nó. Những người có tư tưởng cực đoan thường sử dụng Internet và MXH để tìm cách kết nối với nhau⁴². Ví dụ, trong vụ *R. v. Ahmad* (2011)⁴³, công dân có hai quốc tịch Anh và Pakistan bị kết án tù 12 năm vì tội kích động thù hận tôn giáo, đã kết nối và viết bình luận trên một trang mạng Hồi giáo cực đoan kêu gọi người Hồi giáo “hãy giơ con dao thánh chiến... và giết tất cả các nghị sĩ Anh bỏ phiếu ủng hộ chiến tranh ở Iraq”.

Thứ ba, tính tức thì (Instantaneousness). Trên nền tảng MXH, chỉ cần một “cú nhấp

chuột” thì việc cung cấp, truyền bá thông điệp với bất kỳ nội dung nào có thể được thực hiện gần như ngay lập tức. Đây là điểm khác biệt lớn nhất giữa nền tảng Internet với các phương tiện truyền thông truyền thống khác; chẳng hạn như báo, đài, điện thoại... Brown cho rằng, tổng hợp tất cả các yếu tố: Nặc danh, bất khả kiến, thuận tiện và tức thì, tạo nên sự đặc thù của TGTT, dễ dẫn đến nguy cơ con người cư xử trên không gian một cách bộc phát, thiếu suy nghĩ và bất cần⁴⁴. Đây là những yếu tố làm TGTT thêm phức tạp và trầm trọng.

4. Khung pháp lý điều chỉnh thù ghét trực tuyến

Về lý luận, một số mô hình có thể được rút ra dựa trên phương pháp điều chỉnh của các quốc gia liên quan tới vấn đề này. Có thể kể tới các mô hình: Tự quản lý, cùng quản lý và bắt buộc quản lý, được sắp xếp tăng dần theo mức độ can thiệp của Nhà nước nhằm điều chỉnh hành vi của các chủ thể liên quan. Trong đó, hai mô hình đầu tiên nhận được nhiều sự chú ý hơn cả.

4.1. Mô hình tự quản lý (Self-Regulation)

Hoa Kỳ là quốc gia tiêu biểu nhất cho mô hình tự điều chỉnh vấn đề thù hận trực tuyến. Dưới góc độ pháp luật Hoa Kỳ, phát ngôn thù ghét không nhằm mục đích kích động bạo lực thì vẫn được pháp luật bảo vệ vì đó là tự do ngôn luận⁴⁵. Vì vậy, Nhà nước sẽ không can thiệp vào phát ngôn của công dân kể cả trên nền tảng MXH; và khu vực tư sẽ tự quản lý vấn đề này. Khu vực tư có thể bao gồm các hiệp hội, hội đồng chuyên ngành (báo chí, công nghệ, MXH...), tự đặt

³⁹ Citron (2014), *tlđđ*, tr. 58; Delgado, Stefancic (2014), *tlđđ*, tr. 322.

⁴⁰ Citron (2014), *tlđđ*, tr. 59.

⁴¹ Richard Posner, *The Speech Market and the Legacy of Schenck* trong Lee Bollinger, Geoffrey Stone (eds) *Eternally Vigilant: Free Speech in the Modern Era*, Chicago, IL: University of Chicago Press, 2002, tr. 149-151.

⁴² Citron (2014), *tlđđ*, tr. 61-62; Perry, Olsson (2009), *tlđđ*; Cass Sunstein, *Republic.com 2.0*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 2007, tr. 57-58.

⁴³ The Guardian, *Radical Muslim Jailed for Calling for Jihad against MPs*, <https://www.theguardian.com/world/2011/jul/29/radical-muslim-bilal-ahmad-jailed>, truy cập ngày 31/7/2019.

⁴⁴ Alexander Brown (2018), *What Is So Special about Online (As Compared to Offline) Hate Speech?*, *Ethnicities* 0(0), tr. 1-30.

⁴⁵ *Yahoo! Inc. v. La Ligue Contre Le Racisme et L'Antisemitisme*, US 9th Cir. 2006, 169 F. Supp. 2d, 1192.

ra bộ quy tắc đạo đức, ứng xử chung cho các thành viên, hoặc mỗi công ty công nghệ có thể xây dựng và áp dụng bộ quy tắc của riêng mình.

Nhìn chung, vì thiếu sự quản lý thống nhất, các nền tảng MXH lớn đã trở thành “mảnh đất màu mỡ” góp phần làm trầm trọng hơn tình trạng thù ghét trong xã hội. Gần đây, các công ty công nghệ lớn của Hoa Kỳ đã dần thay đổi quan điểm và trở nên quyết liệt hơn trong đấu tranh với thù hận trực tuyến nhằm duy trì một môi trường MXH an toàn và văn minh hơn. Các công ty trung gian Internet như Youtube (Google)⁴⁶, Facebook⁴⁷, Twitter⁴⁸ đều đã xây dựng định nghĩa riêng của mình về “phát ngôn thù ghét” và buộc người dùng phải chấp nhận quy định khi sử dụng các ứng dụng của mình. Hình phạt áp dụng chủ yếu là khóa toàn bộ hoặc một vài tính năng trong một khoảng thời gian nhất định, mạnh tay hơn là từ chối cho phép người dùng tiếp tục tham gia nền tảng của những công ty công nghệ này⁴⁹.

Mô hình tự quản lý này thường bị chỉ trích là “vừa đá bóng, vừa thổi còi” bởi các hiệp hội hay hội đồng chuyên ngành đặt ra quy tắc lại nhận tài trợ hoạt động từ chính các công ty công nghệ⁵⁰. Ngoài ra, các công

ty công nghệ, truyền thông lớn đều cử đại diện của mình tham gia các tổ chức này. Điều này dễ dẫn tới tình trạng xung đột lợi ích khi nhóm này miễn cưỡng áp dụng chế tài đối với đồng nghiệp hay chính công ty của mình⁵¹. Vì vậy, khá là khó khăn để những tổ chức này có thể lấy được lòng tin từ phía công chúng⁵².

Năm 2018, David Kaye, báo cáo viên đặc biệt của Liên hợp quốc về thúc đẩy và bảo vệ quyền tự do ý kiến và biểu đạt, đã bày tỏ sự thất vọng về thực trạng quốc gia và các công ty trung gian Internet đều “thất bại” trong việc hạn chế TGTT⁵³. Bất chấp sự thay đổi trong chính sách của các nền tảng MXH, TGTT vẫn phát triển “theo cấp số nhân” thông qua các công nghệ số. Báo cáo viên cũng nhận định thêm “các công ty [trung gian Internet] vẫn đang rất miễn cưỡng cam kết thực thi các chính sách và hành động phù hợp với những tiêu chuẩn của luật quyền con người”⁵⁴ do nhiều yếu tố, trong đó có chi phí và lợi nhuận của các công ty này.

4.2. Mô hình cùng quản lý (Co-Regulation)

Mô hình này đôi khi còn được gọi là “quản lý việc tự quản lý” (*Regulated Self-Regulation*) bởi nó vẫn giữ lại một số đặc điểm của mô hình tự quản lý. Đặc điểm chung các quốc gia áp dụng mô hình này là phát ngôn thù ghét không được bảo vệ trong phạm vi quyền tự do ngôn luận. Trái lại,

E2%80%99-on-social-media-platforms_March2018.pdf, truy cập ngày 21/10/2019.

⁵¹ Như trên.

⁵² Ian Bartle, Peter Vass (2005), *Self-Regulation and the Regulatory State - A Survey of Policy and Practice*, Research Report No. 17, Centre for the Study of Regulated Industries, University of Bath, tr. 23.

⁵³ Xem: <https://news.un.org/en/story/2019/10/1049671>, truy cập ngày 21/10/2019.

⁵⁴ Như trên; xem thêm James Banks, *Regulating Hate Speech Online*, *International Reviews of Law, Computers and Technology* 24(3), tr. 233-239.

⁴⁶ Xem: https://support.google.com/youtube/answer/2801939?hl=en&ref_topic=2803176, truy cập ngày 31/7/2019.

⁴⁷ Xem: <https://www.facebook.com/communitystandards/>, truy cập ngày 31/7/2019.

⁴⁸ Xem: <https://www.theverge.com/2017/12/18/16789606/twitter-new-safety-policies-hate-groups>, truy cập ngày 31/7/2019.

⁴⁹ Brookings (2019), *How Should Social Media Platforms Combat Misinformation and Hate Speech*, tại: <https://www.brookings.edu/blog/techtank/2019/04/09/how-should-social-media-platforms-combat-misinformation-and-hate-speech/>, truy cập ngày 21/10/2019.

⁵⁰ ARTICLE 19 (2018), *Self-Regulation and Hate Speech on Social Media Platforms*, tại: [https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/Self-regulation-and-%E2%80%98hate-speech%](https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/03/Self-regulation-and-%E2%80%98hate-speech%20)

những phát ngôn này còn có thể bị xử lý hình sự hoặc các biện pháp khác. Với mô hình này, Nhà nước xây dựng khung pháp lý để các công ty công nghệ quản lý thù hận trực tuyến trên nền tảng của mình⁵⁵.

Có thể nhận thấy, quá trình ra quyết định của mô hình này nhanh và hiệu quả hơn bởi các công ty trung gian Internet có *động lực* – dưới dạng nghĩa vụ pháp lý – nhận diện và loại bỏ TGTT một cách nhanh chóng. Cơ chế tìm kiếm và loại bỏ có thể được thực hiện thông qua chức năng báo cáo vi phạm của người dùng (*Report*) hoặc thuật toán nhận diện các từ khóa nhất định...

Hậu quả thảm khốc của chế độ phát xít đã biến Đức trở thành một trong những nước khá nhạy cảm với hiện tượng thù ghét⁵⁶. Vì vậy, đây là một trong số ít các quốc gia phương Tây áp dụng các biện pháp rất quyết liệt đối với các công ty trung gian Internet thông qua Đạo luật Thực thi Mạng năm 2017 (*NetzDG*). Theo đó, Luật này yêu cầu các công ty truyền thông xã hội loại bỏ ngôn từ kích động thù địch nhanh chóng và kịp thời, nếu không sẽ phải đối mặt với mức phạt lên tới 50 triệu euro.

Dù vậy, theo một báo cáo của Chính phủ công bố năm 2017, Facebook và Twitter đều không đáp ứng được yêu cầu theo luật định là loại bỏ ít nhất 70% phát ngôn TGTT trong vòng 24 giờ sau khi được người dùng thông báo⁵⁷. Bên cạnh đó, *NetzDG* bị cho là được ban hành quá vội

vàng mà thiếu đi một cơ quan độc lập xem xét và đánh giá kiến nghị của công chúng về phát ngôn chứa nội dung thù ghét; gián tiếp trao quyền quyết định quá lớn vào tay các công ty công nghệ⁵⁸. Điều này dẫn đến khả năng các công ty này sẽ loại bỏ những phát ngôn nhạy cảm (dù chưa chắc đã trái luật) để tránh bị phạt nặng, và vì vậy, cản trở quyền tự do ngôn luận trực tuyến. Trước đó, Facebook ngầm ám chỉ rằng, pháp luật Đức sẽ đẩy trách nhiệm xác định tính hợp pháp của một phát ngôn từ phía tòa án sang cho các công ty tư nhân⁵⁹. Điều này cho thấy, nguy cơ tiềm ẩn là “*các luật sư của Facebook, Google và Microsoft có quyền định đoạt tương lai của... tự do ngôn luận lớn hơn bất kì vị vua, tổng thống hay thẩm phán tòa án tối cao nào*”⁶⁰.

4.3. Mô hình bắt buộc quản lý (Statutory Regulation)

Bên cạnh hai mô hình trên, còn có mô hình bắt buộc quản lý. Đây là mô hình thường áp dụng đối với các phương tiện phát thanh truyền thống. Trong đó, không chỉ gói gọn ở khung pháp lý, Nhà nước ban hành các quy định cụ thể quy định quyền và nghĩa vụ của các chủ thể liên quan, đặc biệt là các công ty truyền thông trung gian và người dùng cuối (*End-users*). Trường hợp vi phạm xảy ra, tùy vào mức độ, cả công ty truyền thông trung gian và người dùng cuối đều có thể bị xử phạt theo luật định. Có thể thấy, đây là mô hình quản lý chặt chẽ nhất,

⁵⁵ ARTICLE 19 (2018), *tlđđ*.

⁵⁶ Council on Foreign Relations (2019), *Hate Speech on Social Media: Global Comparisons*, tại: <https://www.cfr.org/backgrounders/hate-speech-social-media-global-comparisons>, truy cập ngày 08/11/2019.

⁵⁷ Katy O'Donnell *et al.*, *Germany's New Online Hate Speech Code Pushes Big Fines and Debate*, Link: <https://www.politico.eu/article/hate-speech-germany-twitter-facebook-google-fines/>, truy cập ngày 08/11/2019.

⁵⁸ Emma Thomasson, *Germany Looks to Revise Social Media Law as Europe Watches*, <https://www.reuters.com/article/us-germany-hatespeech/germany-looks-to-revise-social-media-law-as-europe-watches-idUSKCN1GK1BN>, truy cập ngày 01/8/2018.

⁵⁹ Như trên.

⁶⁰ Terry Gross, Jeffrey Rosen, *Interpreting the Constitution in the Digital Era*, <https://www.npr.org/2011/11/30/142714568/interpreting-the-constitution-in-the-digital-era>, truy cập ngày 31/7/2019.

với mức độ can thiệp của Nhà nước lớn nhất. Tuy nhiên, dấu hỏi vẫn đặt ra đối với hiệu quả thực tế của nó khi áp dụng vào cấu trúc mạng Internet và nền tảng MXH, mà tại đó, khả năng kết nối và lan truyền tin tức diễn ra cực kì nhanh chóng.

5. Một số gợi mở nghiên cứu tiếp theo

Xây dựng khung pháp lý ngăn ngừa thù ghét trên MXH chưa bao giờ là dễ dàng do một loạt các rào cản. Trước tiên, cách hiểu về “thù ghét” vẫn còn gây tranh cãi bởi thuật ngữ này chịu nhiều ảnh hưởng bởi các yếu tố văn hóa và lịch sử của từng quốc gia, dẫn đến những trở ngại xây dựng khuôn khổ pháp lý thống nhất.

Bên cạnh đó, ngôn từ kích động thù ghét trực tuyến phản ánh sự thù hận trong thế giới thực⁶¹. Điều này cho thấy, việc phát hiện và giám sát phát ngôn thù ghét trong thế giới trực tuyến có thể là một bước tiến trong tổng thể giải pháp ngăn chặn sớm tội phạm thù hận trong thế giới thực. Dù vậy, vẫn cần tiếp tục làm rõ đặc trưng và khác biệt giữa phát ngôn thù ghét trong thế giới thực và thế giới ảo để tìm ra giải pháp hiệu quả. Ngoài ra, Nhà nước nên can thiệp ở mức độ như thế nào? Nên ban hành chính sách nâng cao nhận thức, xử phạt hành chính hay hình sự hóa? Và ai nên bị giám sát, các công ty công nghệ hay người dùng cuối? Nhiều người, đặc biệt là các công ty công nghệ, ủng hộ mô hình tự điều chỉnh bởi không chịu ràng buộc pháp lý, giảm thiểu chi phí giám sát, đồng thời tự do ngôn luận cũng có nhiều khoảng không phát triển. Tuy nhiên, phỏng vấn hơn 1700 nhà báo ở 14 quốc gia châu Âu, một nghiên cứu chỉ ra rằng, mặc dù các nhà báo châu Âu không muốn Nhà nước can thiệp do nguy cơ lạm dụng chính trị, họ nhận thấy mô hình tự

quản lý không đủ hiệu quả để ngăn chặn TGTT⁶².

Ở Việt Nam, phát ngôn thù ghét đang tồn tại tràn lan trên MXH. Tính tới năm 2017, có hơn 35 triệu người dùng MXH, chiếm 37% tổng dân số Việt Nam, dành trung bình hơn 2 giờ mỗi ngày trên MXH⁶³. Theo khảo sát của chương trình do Chính phủ tài trợ, 61,7% người dùng MXH từng chứng kiến hoặc trở thành nạn nhân của trò nói xấu, phỉ báng, bôi nhọ danh dự và 46,6% từng bị vu khống, bịa đặt thông tin. Nạn nhân gần như bất lực, cách duy nhất có thể làm là yêu cầu gỡ thông tin sai trái đó⁶⁴.

Dù vậy, thực tiễn cho thấy, pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực này còn khá lỏng lẻo, trong khi khuynh hướng chung của thế giới là yêu cầu MXH tích cực hơn nữa trong việc bảo vệ người sử dụng. Pháp luật Việt Nam hiện hành không có quy định cụ thể về phát ngôn thù ghét. Một số quy định rải rác trong Luật Phòng chống HIV/AIDS năm 2006, Luật Người khuyết tật năm 2010 không đủ hiệu quả để điều chỉnh thực trạng này⁶⁵. Nghị định số 72/2013/NĐ-CP của Chính phủ về quản lý, cung cấp, sử dụng dịch vụ internet và thông tin trên mạng có một số quy định liên quan, nhưng lại không quy định chi tiết nghĩa vụ hỗ trợ người dùng

⁶² Sussane Fengler *et al.* (2015), How Effective is Media Self-Regulation? Results from a Comparative Survey of European Journalists, *European Journal of Communication* 30(3), tr. 249-266.

⁶³ Tại: <https://vtv.vn/cong-nghe/phat-ngon-gay-thu-ghet-tren-mang-xa-hoi-van-nan-toan-cau-trong-ky-nguyen-so-20170412145326493.htm>, truy cập ngày 01/8/2019.

⁶⁴ Xem <https://vnexpress.net/thoi-su/gan-80-nguoi-dung-mang-xa-hoi-la-nan-nhan-cua-phat-ngon-gay-thu-ghet-3569175-p2.html>, truy cập ngày 01/8/2019.

⁶⁵ Xem thêm Viện Nghiên cứu chính sách và phát triển truyền thông, tại: <https://ips.org.vn/an-ninh-mang/luat-an-ninh-mang-viet-nam-cap-thiet-nhung-khong-duoc-voi-vang-110>, truy cập ngày 05/03/2020.

⁶¹ Mainack Mondal *et al.* (2018), Characterizing Usage of Explicit Hate Expressions in Social Media, *New Review of Hypermedia and Multimedia*, tr. 110-130.

MXH hướng tới một môi trường lành mạnh, như nghĩa vụ của nhà mạng xã hội phải nhanh chóng gỡ bỏ những thông tin nhạy cảm, thông tin mang tính kì thị, thông tin giả mạo ảnh hưởng đến cá nhân khi nhận được “yêu cầu” của nạn nhân.

Tại Việt Nam, hiện nay, các MXH đang có ảnh hưởng lớn như Facebook, Youtube... nhưng các công ty này lại cho rằng họ không hoàn toàn phải chịu trách nhiệm về những nội dung được đăng tải⁶⁶. Ở khía cạnh này, sự hợp tác giữa các công ty công nghệ thông tin và các tổ chức xã hội tại châu Âu là một điển hình tốt, trong đó khả năng lọc, kiểm duyệt nội dung khách quan nhất thuộc về các tổ chức xã hội. Năm 2016, Ủy ban châu Âu đã ban hành “Bộ luật ứng xử” với cam kết của các nhà cung cấp dịch vụ MXH trong việc chống lại phát ngôn thù ghét trên mạng tại châu lục này⁶⁷. Bên cạnh đó, các trang mạng xã hội đều cài đặt chức năng “thông báo vi phạm” cho phép người dùng báo cáo những nội dung sai sự thật, kích động thù hận. Do người dùng không chú ý đến các chức năng nêu trên, thực tế khi phát ngôn được tung ra, vấn đề việc xóa bỏ còn chậm, không nhiều và chưa đáp ứng được so với yêu cầu thực tế⁶⁸. Điều này cho thấy, việc xây dựng các giải pháp cũng cần dành sự chú ý tới nâng cao nhận thức người dùng.

Trong thời gian tới, Việt Nam nên xem xét rà soát, sửa đổi, bổ sung pháp luật để ngăn ngừa phát ngôn TGTT theo hướng:

⁶⁶ Xem <http://tuyengiao.vn/cung-suy-ngam/phat-ngon-gay-thu-ghet-van-nan-cua-mang-xa-hoi-98852>, truy cập ngày 01/8/2019.

⁶⁷ Xem <https://ec.europa.eu/transparency/regexpert/index.cfm?do=groupDetail.groupDetailDoc&id=29738&no=1>, truy cập ngày 01/12/2019.

⁶⁸ Xem <https://vnexpress.net/thoi-su/de-xuat-xay-dung-bo-quy-tac-loc-phat-ngon-xau-tren-mang-xa-hoi-3569454.html>, truy cập ngày 01/8/2019.

Thứ nhất, cần xây dựng tiêu chuẩn rõ ràng về các khái niệm phát ngôn thù ghét, kích động, phỉ báng, bôi nhọ và các hình thức biểu đạt khác.

Thứ hai, việc xử phạt hành vi phạm nên tiếp cận dưới góc độ vi phạm hành chính, thay vì hình sự hóa hành vi này. Đây cũng là tiêu chuẩn chung trong pháp luật nhân quyền quốc tế và xu hướng chung tại các quốc gia trên thế giới⁶⁹.

Thứ ba, đề cao mối quan hệ nhiều phía giữa Nhà nước, nhà cung cấp dịch vụ MXH, các tổ chức xã hội và người dùng. Sự hợp tác giữa Nhà nước và các công ty công nghệ là điểm then chốt. Nhà nước cần có cơ chế pháp lý thúc giục các công ty này phản ứng nhanh để loại bỏ phát ngôn thù ghét. Mô hình của Đức là một ví dụ tiêu biểu. Tuy nhiên, cũng cần phải nghiên cứu thêm để bảo đảm việc ngăn ngừa này không xâm phạm vào quyền tự do ngôn luận của các cá nhân khác trên MXH.

Thứ tư, tích cực phát động các phong trào, chiến dịch phổ biến quy tắc ứng xử trên MXH, đặc biệt hướng sự chú ý tới người trẻ, để nâng cao tính lành mạnh trong môi trường này.

Trong quá khứ, điều chỉnh vấn đề tự do ngôn luận dễ dàng hơn khi lãnh thổ quốc gia có ranh giới xác định. Ngày nay, Internet và MXH đã mở đường cho quá trình toàn cầu hóa, tạo thành những liên kết xuyên quốc gia, xóa nhòa biên giới địa lý, nhưng đồng thời cũng làm nảy sinh những vấn đề toàn cầu, trong đó có TGTT. Những nền tảng công nghệ mới cởi mở hơn và đa dạng hơn như vậy chắc chắn sẽ khó quản lý hơn so với các phương tiện truyền thông truyền thống.

⁶⁹ Xem thêm Vũ Công Giao, Nguyễn Đình Đức (2018), *Chống phát ngôn thù ghét, phỉ báng trên Internet ở Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu và những giá trị tham khảo cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17 (369).

RÚT YÊU CẦU KHỎI TỔ ĐỐI VỚI VỤ ÁN KHỎI TỔ THEO YÊU CẦU CỦA BỊ HẠI TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ

*Trần Hồng Ca**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những vấn đề pháp lý cơ bản liên quan đến rút yêu cầu khởi tố đối với vụ án khởi tố theo yêu cầu của bị hại. Đồng thời, tác giả phân tích và chỉ ra các bất cập trong quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành về vấn đề này; trên cơ sở đó, đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật cũng như nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật.

Abstract: This article analyzes basic legal issues on the withdrawal of the petition for criminal charges in lawsuits filed as per crime victim's petitions. At the same time, the author's analysis points out shortcomings of the 2015 Criminal Procedure Code and its guiding documents in this respect. On that basis, suggestions are made to improve laws and their practical effectiveness.

1. Đặt vấn đề

Giải quyết vụ án hình sự là trách nhiệm của cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng khi có tội phạm xảy ra. Theo Điều 18 Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015, quá trình giải quyết vụ án hình sự luôn có sự chủ động của cơ quan có thẩm quyền, không phụ thuộc vào yêu cầu, đề nghị của những người có quyền lợi liên quan đến vụ án. Đây có thể nói là đặc trưng cơ bản của tố tụng hình sự so với tố tụng hành chính và tố tụng dân sự.

BLTTHS qua các thời kỳ đều có ghi nhận các quy định có liên quan đến khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại – một trường hợp đặc biệt của khởi tố vụ án hình sự. Quy định này nhằm hướng tới quyền và lợi ích của bị hại trong một số trường hợp luật định. Rút yêu cầu khởi tố chỉ xuất hiện trong những vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại.

BLTTHS năm 2015 đã kế thừa và sửa đổi các quy định có liên quan đến khởi tố vụ

án hình sự theo yêu cầu của bị hại nói chung, cũng như rút yêu cầu khởi tố nói riêng để đáp ứng yêu cầu của quá trình giải quyết vụ án hình sự. Đồng thời, Tòa án nhân dân tối cao cũng có những hướng dẫn để bảo đảm việc áp dụng quy định được thống nhất và hiệu quả. Dù vậy, nghiên cứu các quy định về rút yêu cầu khởi tố, cũng như thực tiễn áp dụng thì vẫn còn nhiều vấn đề cần được làm rõ.

2. Khái quát về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại và rút yêu cầu khởi tố

2.1. Khái quát về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại

Khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại là việc chủ thể có thẩm quyền quyết định khởi tố vụ án trên cơ sở quy định chung của khởi tố vụ án hình sự và yêu cầu của chủ thể có quyền trong những trường hợp luật định. Như vậy, có thể hiểu khởi tố vụ án theo yêu cầu của bị hại là trường hợp đặc biệt của khởi tố vụ án nói chung. Do vậy, khởi tố vụ án theo yêu cầu của bị hại sẽ có những đặc điểm chung của khởi tố vụ án

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

hình sự và đặc điểm riêng do những vụ án chỉ khởi tố theo yêu cầu của bị hại. Cụ thể:

Một là, khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu bị hại thuộc giai đoạn đầu tiên của quá trình giải quyết vụ án hình sự - giai đoạn khởi tố vụ án. Giai đoạn này mở đầu cho quá trình giải quyết toàn bộ vụ án hình sự và có vai trò định hướng đối với các giai đoạn tố tụng tiếp theo, nên tính chính xác, khách quan của giai đoạn này cần được bảo đảm. Đặc biệt, việc xác định chính xác điều, khoản của Bộ luật Hình sự đối với vụ án đang được giải quyết còn tác động đến quyền của bị hại do quyền yêu cầu khởi tố vụ án chỉ xuất hiện trong một số trường hợp nhất định.

Hai là, nhiệm vụ trọng tâm của khởi tố vụ án hình sự nói chung, khởi tố theo yêu cầu của bị hại nói riêng là xác định dấu hiệu tội phạm. Bởi lẽ, “*chỉ được khởi tố vụ án khi đã xác định có dấu hiệu tội phạm*”¹. Dấu hiệu tội phạm là những gì thể hiện ra bên ngoài mà căn cứ vào đó, cơ quan có thẩm quyền xác định sự kiện đã xảy ra là một tội phạm cần phải được điều tra làm rõ². Ngoài ra, giai đoạn khởi tố vụ án hình sự còn có nhiệm vụ xác định các căn cứ không khởi tố vụ án, do nếu vụ án thuộc các trường hợp này thì không được khởi tố vụ án hình sự cho dù xác định có dấu hiệu tội phạm.

Ba là, hành vi tố tụng đặc trưng của giai đoạn khởi tố vụ án hình sự (bao gồm cả khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu bị hại) là các hoạt động kiểm tra, xác minh nguồn tin để làm sáng tỏ các vấn đề phải

chứng minh trước khi quyết định việc khởi tố. Cụ thể, các hoạt động điều tra được tiến hành bao gồm khám nghiệm hiện trường, trưng cầu giám định, lấy lời khai người tham gia tố tụng...

Bốn là, văn bản tố tụng đặc trưng của khởi tố vụ án nói chung và khởi tố vụ án theo yêu cầu của bị hại là quyết định khởi tố hoặc quyết định không khởi tố vụ án hình sự. Đây là những văn bản tố tụng làm chấm dứt giai đoạn khởi tố vụ án hình sự và nó chứa đựng kết quả giải quyết nguồn tin về tội phạm của chủ thể có thẩm quyền.

Bên cạnh những đặc điểm của khởi tố vụ án nói chung, khởi tố vụ án theo yêu cầu của bị hại sẽ có những điểm đặc thù như sau:

Thứ nhất, các vụ án thuộc trường hợp khởi tố theo yêu cầu của bị hại phải được pháp luật quy định. Cụ thể, khoản 1 Điều 155 BLTTHS năm 2015 quy định có 10 trường hợp được khởi tố theo yêu cầu của bị hại bao gồm: Khoản 1 các điều 134, 135, 136, 138, 141, 143, 155, 156, 226 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Trong các trường hợp này, tội phạm bị khởi tố chủ yếu thuộc trường hợp ít nghiêm trọng (trừ tội hiếp dâm và tội cưỡng dâm) và xâm phạm trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại. Do vậy, pháp luật tố tụng cho phép bị hại (hoặc người đại diện của họ) được quyết định có yêu cầu cơ quan có thẩm quyền xử lý vụ án hay không thể hiện bằng yêu cầu khởi tố vụ án hình sự. Quy định này không chỉ nhằm bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của bị hại, mà còn giảm bớt áp lực giải quyết án hình sự cho các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Tuy nhiên, cần phải khẳng định rằng, quyền lợi chính đáng của bị hại là ưu tiên hàng đầu khi quy định về khởi tố vụ án theo yêu cầu của bị hại.

¹ Điều 143 BLTTHS năm 2015 quy định về căn cứ khởi tố vụ án hình sự.

² Phạm Văn Beo, Mạc Giáng Châu, Nguyễn Chí Hiếu, Trần Hồng Ca và Cao Thanh Thùy, *Giáo trình Luật Tố tụng Hình sự - Học phần 2: Trình tự, thủ tục giải quyết vụ án hình sự*, năm 2018, Trường Đại học Cần Thơ, tr. 4.

Thứ hai, đối với vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại, thì yêu cầu của người có quyền theo luật định cũng là một trong những nội dung mà cơ quan có thẩm quyền phải xác định trước khi khởi tố vụ án. Cụ thể, theo khoản 1 Điều 155 BLTTHS năm 2015, việc yêu cầu có thể do bị hại hoặc đại diện của bị hại (trường hợp bị hại dưới 18 tuổi, có nhược điểm tâm thần hoặc thể chất, hoặc đã chết) thực hiện. Do vậy, việc khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại chỉ được thực hiện khi chứng minh đủ 03 điều kiện: Có dấu hiệu tội phạm, không thuộc căn cứ không khởi tố vụ án và yêu cầu của người có quyền theo luật định.

Thứ ba, hậu quả pháp lý của việc khởi tố vụ án theo yêu cầu của bị hại là các giai đoạn tố tụng tiếp theo được tiến hành theo thủ tục chung. Tuy nhiên, khởi tố vụ án theo yêu cầu của bị hại là trường hợp đặc biệt của khởi tố vụ án nói chung, nên nó còn làm phát sinh các vấn đề riêng biệt, bao gồm phát sinh quyền rút yêu cầu khởi tố và trình bày lời buộc tội tại phiên tòa của người yêu cầu. Trong tố tụng hình sự, viện kiểm sát (VKS) thực hiện chức năng thực hành quyền công tố, nên việc buộc tội tại phiên tòa sẽ do đại diện VKS có thẩm quyền thực hiện. Tuy nhiên, trong vụ án khởi tố theo yêu cầu của bị hại, người yêu cầu sẽ trình bày lời buộc tội sau khi đại diện VKS trình bày lời luận tội³. Việc trình bày lời buộc tội của người yêu cầu khởi tố có thể được gọi là tư tố.

2.2. Khái quát về rút yêu cầu khởi tố đối với vụ án hình sự khởi tố theo yêu cầu của bị hại

³ Khoản 4 Điều 320 BLTTHS năm 2015 quy định về trình tự phát biểu khi tranh luận.

Rút yêu cầu khởi tố đối với vụ án hình sự khởi tố theo yêu cầu của bị hại (sau đây gọi là rút yêu cầu khởi tố) là việc người có quyền theo luật định yêu cầu cơ quan cơ quan tiến hành tố tụng ngừng giải quyết vụ án mà trước đó đã khởi tố theo yêu cầu của bị hại hoặc người đại diện của bị hại.

Việc rút yêu cầu khởi tố có các đặc điểm sau:

Việc rút yêu cầu khởi tố chỉ phát sinh đối với những vụ án đã được khởi tố theo yêu cầu của bị hại. Chỉ trong các vụ án này, quyền rút yêu cầu khởi tố mới phát sinh. Bởi lẽ, trong các trường hợp thông thường, việc khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử vụ án được tiến hành bởi sự chủ động của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng do quan hệ pháp luật hình sự (luật nội dung) là quan hệ giữa Nhà nước và chủ thể chịu trách nhiệm hình sự. Chỉ đối với các vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại thì pháp luật có những quy định riêng cho phép người yêu cầu khởi tố quyết định việc tiếp tục giải quyết vụ án.

Việc rút yêu cầu khởi tố phát sinh từ khi người có quyền thực hiện việc yêu cầu cho đến khi bản án, quyết định giải quyết vụ án có hiệu lực pháp luật. Tùy vào giai đoạn tố tụng khác nhau mà hậu quả pháp lý của việc rút yêu cầu khởi tố sẽ có sự khác biệt. Đồng thời, hậu quả pháp lý của việc rút yêu cầu khởi tố còn phụ thuộc vào pháp luật tố tụng của từng thời kỳ. Bởi lẽ, quy định về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại là quy định mang tính ngoại lệ nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại.

Việc rút yêu cầu khởi tố phải xuất phát từ việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại. Theo đó, quyền lợi này có thể liên quan đến vật chất hoặc tinh thần của bị hại. Có thể, người yêu cầu hoặc rút yêu cầu

không phải là chính bản thân bị hại, nhưng bảo vệ quyền lợi của bị hại là mục tiêu cơ bản mà pháp luật quy định về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại. Dù vậy, quy định này cũng phải bảo đảm cân bằng giữa quyền lợi của bị hại với lợi ích chung, lợi ích của cộng đồng, với công tác đấu tranh phòng chống tội phạm của các cơ quan có thẩm quyền.

3. Quy định của pháp luật tố tụng về rút yêu cầu khởi tố đối với vụ án khởi tố theo yêu cầu của bị hại

Rút yêu cầu khởi tố được quy định tại khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015 và một số quy định khác về quá trình điều tra, truy tố và xét xử vụ án hình sự. Thêm vào đó, để thuận tiện cho việc áp dụng, Tòa án nhân dân tối cao cũng có những hướng dẫn chi tiết về việc giải quyết vụ án khi người yêu cầu rút yêu cầu khởi tố. Cụ thể:

Về chủ thể, theo khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015, người yêu cầu có quyền rút yêu cầu khởi tố. Người yêu cầu bao gồm bị hại hoặc đại diện của bị hại (trong trường hợp bị hại dưới 18 tuổi, có nhược điểm tâm thần hay thể chất hoặc đã chết). Như vậy, quy định trên được hiểu là khi bị hại yêu cầu khởi tố thì bị hại có quyền rút yêu cầu khởi tố. Tương tự như vậy, quyền rút yêu cầu khởi tố phát sinh đối với người đại diện khi họ đã yêu cầu khởi tố trước đó.

Về hình thức, BLTTHS năm 2015 không quy định về hình thức yêu cầu khởi tố cũng như rút yêu cầu khởi tố. Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP⁴ có hướng dẫn về hình thức yêu

cầu khởi tố và không đề cập đến việc rút yêu cầu khởi tố. Tuy nhiên, bản chất của việc yêu cầu khởi tố và rút yêu cầu khởi tố là tương tự nhau, do vậy, hình thức của việc rút yêu cầu khởi tố cũng có thể áp dụng tương tự với hình thức yêu cầu. Cụ thể, việc rút yêu cầu khởi tố có thể được thực hiện bằng cách trình bày trực tiếp tại cơ quan tiến hành tố tụng hoặc bằng văn bản.

Về thời điểm rút đơn yêu cầu và hậu quả pháp lý, mỗi thời điểm rút yêu cầu khởi tố khác nhau sẽ dẫn đến những hậu quả pháp lý khác nhau. Nhìn chung, khi người đã yêu cầu rút yêu cầu thì có 02 hậu quả pháp lý phát sinh bao gồm: Vụ án có thể được đình chỉ và người yêu cầu sẽ không có quyền yêu cầu khởi tố lại. Ngoại lệ của quy định này là người yêu cầu rút yêu cầu do ép buộc hoặc cưỡng bức, khi đó vụ án vẫn được tiếp tục giải quyết và người yêu cầu có quyền yêu cầu khởi tố lại nếu vụ án đã được đình chỉ⁵. Cụ thể, nếu việc rút yêu cầu khởi tố ở các giai đoạn điều tra, truy tố và chuẩn bị xét xử sơ thẩm thì việc đình chỉ vụ án theo quy định tại các điều 230, 248 và 282 BLTTHS năm 2015.

Từ thời điểm mở phiên tòa trở về sau, việc đình chỉ do người yêu cầu rút yêu cầu khởi tố chưa được quy định rõ ràng. Căn cứ để đình chỉ vụ án tại phiên tòa chưa cụ thể, mặc dù khoản 1 Điều 282 BLTTHS năm 2015 quy định về các trường hợp được đình chỉ vụ án, nhưng quy định này chỉ áp dụng được trong giai đoạn chuẩn bị xét xử hoặc tại phiên tòa xét xử theo thủ tục rút gọn do “*Thẩm phán chủ tọa phiên tòa ra quyết định đình chỉ vụ án khi thuộc một trong các*

⁴ Tên đầy đủ của văn bản là: Thông tư liên tịch số 04/2018/TTLT-VKSNDTC-BCA-BQP ngày 19/10/2018 Quy định về phối hợp giữa Cơ quan điều

tra và Viện kiểm sát trong việc thực hiện một số quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự.

⁵ Khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015 quy định về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại.

trường hợp sau:...”. Đối với phiên tòa sơ thẩm theo thủ tục chung, việc xét xử do Hội đồng xét xử gồm ba hoặc năm thành viên thực hiện, và việc đình chỉ phải được Hội đồng xét xử thảo luận và thông qua tại phòng nghị án⁶. Như vậy, căn cứ để Hội đồng xét xử đình chỉ vụ án khi đã mở phiên tòa sơ thẩm là không rõ ràng. Thực tiễn áp dụng và hướng dẫn về biểu mẫu của Tòa án nhân dân tối cao⁷ thì Hội đồng xét xử áp dụng quy định tại Điều 282 BLTTHS 2015 để đình chỉ vụ án.

Ngoài ra, khoản 6 Điều 326 BLTTHS năm 2015 quy định:

“Kết thúc việc nghị án, Hội đồng xét xử phải quyết định một trong các vấn đề:

- a) Ra bản án và tuyên án;*
- b) Trả lại việc xét hỏi và tranh luận nếu có tình tiết vụ án chưa được xét hỏi, chưa được làm sáng tỏ;*
- c) Trả hồ sơ vụ án để Viện kiểm sát điều tra bổ sung; yêu cầu Viện kiểm sát bổ sung tài liệu, chứng cứ;*
- d) Tạm đình chỉ vụ án”.*

Như vậy, từ quy định này có thể thấy, việc đình chỉ vụ án chỉ được thực hiện trước khi Hội đồng xét xử vào phòng nghị án, do kết quả của việc nghị án không dẫn đến việc đình chỉ vụ án. Đồng thời, các vấn đề mà Hội đồng xét xử phải thảo luận và thông qua khi nghị án cũng không bao gồm việc đình chỉ do người yêu cầu đã rút yêu cầu khởi tố

vụ án hình sự⁸. Như vậy, theo BLTTHS năm 2015, việc đình chỉ vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại do người yêu cầu rút yêu cầu khởi tố chỉ được thực hiện trước khi Hội đồng xét xử nghị án.

Việc rút yêu cầu khởi tố sau phiên tòa sơ thẩm và xét xử phúc thẩm không có quy định riêng, mà được điều chỉnh bởi quy định chung tại khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015. Do vậy, Tòa án nhân dân tối cao ban hành Công văn số 254/TANDTC-PC ngày 26/11/2018 hướng dẫn về người đã yêu cầu khởi tố vụ án hình sự rút yêu cầu theo quy định tại Điều 155 của BLTTHS (Công văn 254). Theo đó, *“trường hợp người đã yêu cầu khởi tố vụ án hình sự rút yêu cầu tại phiên tòa thì Hội đồng xét xử hoặc Thẩm phán chủ tọa phiên tòa xét xử theo thủ tục rút gọn căn cứ vào khoản 2 Điều 155, Điều 299 của Bộ luật Tố tụng Hình sự ra quyết định đình chỉ vụ án; trường hợp sau khi kết thúc phiên tòa sơ thẩm vẫn còn thời hạn kháng cáo, kháng nghị mà người đã yêu cầu khởi tố vụ án hình sự rút yêu cầu thì tòa án phải hướng dẫn họ làm đơn kháng cáo để tòa án cấp phúc thẩm xem xét giải quyết việc rút yêu cầu theo thủ tục phúc thẩm.*

Tại giai đoạn xét xử phúc thẩm: *Trường hợp có kháng cáo, kháng nghị mà tại giai đoạn xét xử phúc thẩm người đã yêu cầu khởi tố vụ án hình sự rút yêu cầu thì Hội đồng xét xử hoặc Thẩm phán chủ tọa phiên tòa xét xử theo thủ tục rút gọn căn cứ vào khoản 2 Điều 155 và Điều 359 của Bộ luật Tố tụng Hình sự hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án. Trong bản án phúc thẩm, tòa án phải nhận định rõ lý do hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án là do người đã*

⁶ Điều 299 BLTTHS năm 2015 quy định về việc ra bản án, quyết định của tòa án.

⁷ Nghị quyết số 05/2017/NQ-HĐTP ngày 19/9/2017 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao ban hành một số biểu mẫu trong giai đoạn xét xử vụ án hình sự, xét lại bản án và quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Bộ luật Tố tụng Hình sự (Mẫu số 40 – HS).

⁸ Khoản 3 Điều 326 BLTTHS năm 2015 quy định về nghị án.

yêu cầu khởi tố vụ án hình sự rút yêu cầu, không phải do lỗi của tòa án cấp sơ thẩm”.

4. Một số bất cập và giải pháp hoàn thiện quy định liên quan đến rút yêu cầu khởi tố

4.1. Về chủ thể có quyền rút yêu cầu khởi tố

Khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015 quy định: “*Trường hợp người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu...*”, nên có thể hiểu, chủ thể rút yêu cầu phải là chủ thể đã yêu cầu trước đó. Quy định này không phù hợp về lý luận cũng như thực tiễn giải quyết vụ án.

Trường hợp người bị hại chưa đủ 18 tuổi vào thời điểm yêu cầu khởi tố thì việc yêu cầu khởi tố sẽ do người đại diện thực hiện (khoản 1 Điều 155 BLTTHS năm 2015). Quy định này nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của bị hại, do theo quan điểm lập pháp của nước ta, người dưới 18 tuổi chưa phát triển đầy đủ về tâm lý, sinh lý và nhận thức – người chưa thành niên. Tuy nhiên, quá trình giải quyết vụ án hình sự có thể kéo dài và trong khoảng thời gian đó, bị hại đã đủ 18 tuổi – độ tuổi đã thành niên theo pháp luật Việt Nam. Khi đó, bị hại đã đủ khả năng nhận thức và quyết định hành vi của mình. Hay nói cách khác, lúc này bị hại đủ khả năng tự mình tham gia vào một quan hệ pháp luật. Khi đó, nếu quan điểm của bị hại và người đã yêu cầu khởi tố thống nhất với nhau thì việc giải quyết vụ án sẽ không bị ảnh hưởng. Tuy nhiên, nếu quan điểm của họ có sự khác biệt thì sẽ có vấn đề pháp lý cần phải giải quyết. Cụ thể, theo khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015, việc rút yêu cầu khởi tố của người đã yêu cầu sẽ dẫn đến hậu quả là vụ án sẽ bị đình chỉ trừ trường hợp người rút yêu cầu bị ép buộc hoặc cưỡng bức. Như vậy, nếu bản thân bị hại muốn rút yêu cầu

mà người đại diện đã yêu cầu không đồng ý hoặc ngược lại người đại diện đã yêu cầu khởi tố muốn rút yêu cầu khởi tố nhưng bị hại không đồng ý thì việc giải quyết vụ án sẽ được thực hiện theo ý chí của người đại diện đã yêu cầu khởi tố do theo BLTTHS năm 2015, chủ thể có quyền rút yêu cầu là người yêu cầu khởi tố - người đại diện cho người dưới 18 tuổi. Cách giải quyết này phù hợp với quy định của pháp luật tố tụng hình sự hiện hành, nhưng chưa thật sự hợp lý. Bởi lẽ, chế định khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại được quy định nhằm mục đích bảo vệ cho bị hại. Vào thời điểm yêu cầu khởi tố, bị hại được suy đoán chưa đủ khả năng nhận thức, am hiểu pháp luật để bảo vệ cho chính họ, nên người đại diện yêu cầu khởi tố cũng nhằm mục tiêu bảo vệ lợi ích chính đáng của bị hại. Do vậy, đến thời điểm bị hại đã đủ khả năng nhận thức, quyết định hành vi và chịu trách nhiệm cho hành vi của mình thì quyết định việc rút yêu cầu khởi tố phải do họ tự quyết định.

Tương tự như vậy, nếu bị hại đã yêu cầu khởi tố, nhưng sau đó bị nhược điểm về thể chất, tinh thần làm ảnh hưởng đến khả năng rút yêu cầu khởi tố hoặc chết thì người đại diện cũng nên được quyền rút yêu cầu khởi tố để bảo vệ quyền lợi của bị hại. Bởi vì, vào thời điểm này, bản thân bị hại đã không còn đủ khả năng để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ nữa.

Do vậy, quy định ở khoản 2 Điều 155 nên được sửa như sau: “*Bị hại hoặc người đại diện của bị hại là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về tâm thần hoặc thể chất hoặc đã chết rút yêu cầu khởi tố thì...*”.

4.2. Về quyền yêu cầu lại khi rút yêu cầu khởi tố

Theo khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015, người rút yêu cầu khởi tố có quyền

yêu cầu khởi tố lại nếu việc rút yêu cầu do ép buộc, cưỡng bức. Như vậy, quyền yêu cầu khởi tố lại sẽ phát sinh khi vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại đã bị đình chỉ do người yêu cầu rút yêu cầu do bị ép buộc, cưỡng bức. Tuy nhiên, hậu quả pháp lý của việc yêu cầu khởi tố lại chưa được quy định trong luật cũng như văn bản hướng dẫn thi hành. Nếu có yêu cầu khởi tố lại vụ án thì cơ quan có thẩm quyền cũng không thể khởi tố lại vụ án do theo khoản 4 Điều 157 BLTTTHS năm 2015, vụ án bị đình chỉ là căn cứ không khởi tố vụ án hình sự. Do vậy, mặc dù gọi là có quyền yêu cầu khởi tố lại vụ án, nhưng thực tế không thể khởi tố lại do BLTTTHS không quy định cơ chế khởi tố lại vụ hình sự.

BLTTTHS có quy định về việc phục hồi vụ án bị đình chỉ trong các giai đoạn điều tra, truy tố và xét xử sơ thẩm. Trong các giai đoạn này, nếu vụ án bị đình chỉ mà có lý do để hủy bỏ quyết định đình chỉ và còn thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự thì có thể phục hồi vụ án⁹. Do vậy, nếu bị hại hoặc người đại diện của họ yêu cầu khởi tố lại thì vụ án cũng chỉ có thể được phục hồi nếu vụ án bị đình chỉ trong các giai đoạn điều tra, truy tố và xét xử sơ thẩm. Chính vì lẽ đó, khoản 2 Điều 155 BLTTTHS năm 2015 nên quy định theo hướng bị hại hoặc người đại diện đã rút yêu cầu khởi tố do bị ép buộc, cưỡng bức thì có quyền yêu cầu cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phục hồi vụ án theo quy định chung. Theo đó, cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng có thể kiểm tra, xác minh và quyết định việc phục hồi vụ án. Khi sửa đổi quy định ở đoạn 2 khoản 2 Điều 155 theo hướng này sẽ đảm bảo tính thống nhất trong các quy định của

BLTTTHS, đồng thời, đảm bảo cho quyền lợi của bị hại khi đã rút yêu cầu khởi tố do bị ép buộc, cưỡng bức.

4.3. Về hậu quả của việc rút yêu cầu khởi tố vụ án khi cơ quan có thẩm quyền chưa ra quyết định khởi tố vụ án hình sự

Theo khoản 1 Điều 155 BLTTTHS năm 2015, cơ quan có thẩm quyền chỉ được khởi tố vụ án hình sự nếu bị hại hoặc đại diện của họ yêu cầu trong những trường hợp luật định. Tuy nhiên, việc yêu cầu khởi tố không mặc nhiên và ngay lập tức dẫn đến kết quả là quyết định khởi tố vụ án hình sự, do nếu vụ việc không có dấu hiệu tội phạm hoặc thuộc các trường hợp không khởi tố vụ án hình sự ở Điều 157 BLTTTHS năm 2015 thì cũng không khởi tố vụ án hình sự. Cho nên, sẽ có tình huống người có quyền thực hiện rút yêu cầu khởi tố trước khi cơ quan có thẩm quyền khởi tố vụ án hình sự. Trong trường hợp này, hậu quả pháp lý chưa được quy định.

Trong giai đoạn khởi tố vụ án hình sự, cơ quan có thẩm quyền có thể ban hành các quyết định sau để thể hiện kết quả của việc kiểm tra xác minh nguồn tin về tội phạm: Quyết định khởi tố vụ án hình sự, quyết định không khởi tố vụ án hình sự, quyết định tạm đình chỉ việc giải quyết tin tố giác, tin báo về tội phạm và kiến nghị khởi tố. Trong khi đó, khoản 2 Điều 155 BLTTTHS năm 2015 quy định nếu yêu cầu khởi tố được rút thì vụ án được đình chỉ. Có thể thấy, quy định chung về khởi tố và việc rút yêu cầu khởi tố chưa thật sự thống nhất.

Có quan điểm cho rằng, nếu yêu cầu khởi tố đã được rút thì xem như không có yêu cầu khởi tố và ra quyết định không khởi tố vụ án theo Điều 157 BLTTTHS năm 2015. Cụ thể, khoản 8 Điều 157 quy định: “*Tội phạm quy định tại khoản 1 các điều 134,*

⁹ Điều 235, 249 và 283 BLTTTHS năm 2015.

135, 136, 138, 139, 141, 143, 155, 156 và 226 của Bộ luật Hình sự mà bị hại hoặc người đại diện của bị hại không yêu cầu khởi tố”. Theo Điều 158 BLTTHS năm 2015, nếu có căn cứ tại Điều 157 BLTTHS năm 2015 thì chủ thể có thẩm quyền ra quyết định không khởi tố vụ án hình sự. Khoản 8 Điều 157 quy định về căn cứ không khởi tố theo hướng bị hại hoặc người đại diện không yêu cầu khởi tố, nó khác về bản chất so với trường hợp yêu cầu nhưng rút yêu cầu, nên không thể áp dụng Điều 157, 158 BLTTHS năm 2015 để ra quyết định không khởi tố vụ án. Đồng thời, nếu cơ quan có thẩm quyền ra quyết định không khởi tố vụ án hình sự, sẽ mâu thuẫn với khoản 2 Điều 155 BLTTHS năm 2015. Ngược lại, nếu áp dụng khoản 2 Điều 155 thì không phù hợp với quy định chung về giai đoạn khởi tố vụ án do quyết định đình chỉ vụ án không được ban hành trong giai đoạn khởi tố vụ án.

Do vậy, có thể nói BLTTHS năm 2015 chưa điều chỉnh đến trường hợp này. Để khắc phục, có thể sửa đổi theo hướng:

- Sửa khoản 8 Điều 157 mở rộng thêm trường hợp không khởi tố vụ án như sau:

“Tội phạm quy định tại khoản 1 các điều 134, 135, 136, 138, 139, 141, 143, 155, 156 và 226 của Bộ luật Hình sự mà bị hại hoặc người đại diện của bị hại không yêu cầu khởi tố, hoặc đã rút yêu cầu khởi tố trước khi cơ quan có thẩm quyền khởi tố vụ án”.

- Đồng thời, sửa đổi khoản 2 Điều 155 như sau: “Trường hợp người đã yêu cầu khởi tố rút yêu cầu thì đình chỉ hoặc không khởi tố vụ án hình sự...”.

4.4. Về rút yêu cầu khởi tố sau phiên tòa sơ thẩm

Theo hướng dẫn của Công văn 254, người yêu cầu khởi tố rút yêu cầu sau phiên tòa sơ thẩm thì tòa án sẽ hướng dẫn họ làm đơn kháng cáo nếu còn thời hạn kháng cáo, kháng nghị theo quy định tại các điều 333, 335 và 337 BLTTHS năm 2015. Khi đó, kháng cáo sẽ trở thành căn cứ để mở ra thủ tục xét xử phúc thẩm đối với vụ án. Hướng dẫn này của Tòa án nhân dân tối cao không hợp lý, bởi lẽ, bản chất của kháng cáo và rút yêu cầu khởi tố là khác nhau. Kháng cáo là biểu thị kết quả không đồng tình với kết quả giải quyết vụ án được thể hiện trong bản án, quyết định của tòa án, trong khi đó, rút yêu cầu khởi tố là thể hiện mong muốn không tiếp tục truy cứu trách nhiệm hình sự đối với người bị buộc tội.

Nếu người rút yêu cầu khi còn thời hạn kháng cáo, kháng nghị thì tòa án phải hướng dẫn họ làm thủ tục kháng cáo. Theo BLTTHS năm 2015, thời hạn kháng cáo và kháng nghị có sự khác biệt: Thời hạn kháng nghị dài hơn so với kháng cáo, trừ trường hợp kháng cáo quá hạn. Theo Điều 335 BLTTHS năm 2015, nếu có kháng cáo quá hạn thì việc xem xét kháng cáo quá hạn do tòa án cấp phúc thẩm thực hiện và quyết định chấp nhận hoặc không chấp nhận kháng cáo làm căn cứ để xét xử phúc thẩm vụ án. Do vậy, nếu người rút yêu cầu khởi tố kháng cáo khi đã hết hạn kháng cáo theo quy định chung tại Điều 333 BLTTHS năm 2015 thì kháng cáo sẽ được tòa án cấp phúc thẩm xem xét theo thủ tục chung và kết quả của nó là được chấp nhận nếu có lý do chính đáng hoặc trở ngại khách quan. Ngược lại, kháng cáo của người muốn rút yêu cầu khởi tố sẽ không được chấp nhận. Từ những phân tích trên, thấy rằng hướng dẫn của Công văn 254 chưa thực sự phù

hợp với quy định của BLTTHS năm 2015 về kháng cáo nói chung.

Như vậy, để bảo đảm phù hợp với quy định chung của BLTTHS năm 2015 về kháng cáo, cần sửa hướng dẫn của Công văn 254 theo hướng nếu còn thời hạn kháng cáo thì người rút yêu cầu khởi tố có thể kháng cáo theo thủ tục chung. Việc thụ lý và giải quyết kháng cáo thuộc về tòa án cấp phúc thẩm theo quy định của BLTTHS về xét xử phúc thẩm. Điều đó có nghĩa là, người rút yêu cầu khởi tố kháng cáo không đồng nghĩa với việc vụ án sẽ được đình chỉ ở giai đoạn xét xử phúc thẩm.

4.5. Về rút yêu cầu khởi tố tại phiên tòa phúc thẩm

Cũng theo Công văn 254, người rút yêu cầu tại giai đoạn xét xử phúc thẩm thì căn cứ theo khoản Điều 155 và 359 BLTTHS năm 2015, Hội đồng xét xử phúc thẩm hoặc Thẩm phán (khi xét xử phúc thẩm theo thủ tục rút gọn) hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án. Điều 359 BLTTHS năm 2015 quy định về *hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án* khi vụ án được đưa ra xét xử tại phiên tòa phúc thẩm. Theo đó, việc đình chỉ vụ án được thực hiện khi có các căn cứ quy định tại các khoản 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 Điều 157 BLTTHS năm 2015. Trong các căn cứ này, không có trường hợp người yêu cầu rút yêu cầu khởi tố tại phiên tòa phúc thẩm. Từ đó, có thể thấy rằng, hướng dẫn của Công văn 254 không phù hợp với quy định của BLTTHS năm 2015 về hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án trong giai đoạn xét xử phúc thẩm vụ án. Cụ thể, Công văn 254 mở ra thêm trường hợp đình chỉ vụ án ở cấp xét xử phúc thẩm so với quy định chung của BLTTHS năm 2015.

Hướng dẫn của Công văn 254 về việc hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án như trên là

không phù hợp và cần phải được hủy bỏ bởi các lý do sau:

Một là, Công văn 254 của Tòa án nhân dân tối cao không phải là văn bản quy phạm pháp luật theo quy định của Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Công văn này chỉ có giá trị hướng dẫn nghiệp vụ trong ngành tòa án. Vì vậy, việc Công văn này mở ra thêm trường hợp như trên là không phù hợp với tính chất của công văn. Nếu Công văn này áp dụng trên thực tế xét xử sẽ tạo ra những hệ lụy xấu. Chẳng hạn, Công văn không phải là văn bản quy phạm pháp luật nên nó không thể là căn cứ chính thức để tòa án đưa ra phán quyết. Đồng thời, việc áp dụng Công văn này còn tạo và duy trì thói quen ưu tiên áp dụng văn bản hướng dẫn có nội dung không phù hợp với văn bản được hướng dẫn.

Hai là, việc hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án theo hướng dẫn của Công văn 254 cũng không thực sự hợp lý. Bởi lẽ, việc hủy bản án sơ thẩm và đình chỉ vụ án sẽ không chỉ làm chầm dứt quá trình giải quyết vụ án, mà còn có giá trị hủy bỏ toàn bộ các hoạt động tố tụng đã tiến hành trước đó. Việc quy định các nội dung liên quan đến khởi tố vụ án theo yêu cầu của bị hại nhằm bảo vệ lợi ích của bị hại, nhưng cũng cần phải cân bằng với lợi ích chung của xã hội, công tác đấu tranh phòng chống tội phạm của cơ quan có thẩm quyền. Trong quá trình khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử sơ thẩm trước đó, bị hại hoặc đại diện của họ đã đồng ý để cơ quan có thẩm quyền xử lý vụ việc bằng việc yêu cầu khởi tố và không rút yêu cầu trong một khoảng thời gian rất dài. Do vậy, nếu việc rút yêu cầu tại phiên tòa phúc thẩm trở thành căn cứ để đình chỉ vụ án thì giới hạn quyền của bị hại liên quan đến vụ việc rút yêu cầu khởi tố quá lớn. Nó ảnh hưởng đến

lợi ích công cộng, đến hoạt động tố tụng của cơ quan có thẩm quyền. Trong một vài trường hợp, quy định này bị lợi dụng để bị hại yêu cầu bồi thường thiệt hại do hậu quả pháp lý đối với người bị buộc tội khi được đình chỉ vụ án sẽ có lợi hơn khi bị tuyên là có tội.

Đồng thời, khi so sánh với việc rút quyết định truy tố của VKS, có thể thấy, quyền của người yêu cầu khởi tố vượt qua quyền rút quyết định truy tố của VKS. Theo Điều 282 và 285 BLTTHS năm 2015, VKS rút toàn bộ quyết định truy tố trước khi mở phiên tòa sơ thẩm thì tòa án quyết định đình chỉ vụ án. Sau đó, nếu VKS rút quyết định truy tố, tòa án vẫn xét xử bình thường và nghị án theo quy định tại Điều 326 BLTTHS năm 2015. Trong khi đó, VKS quyết định việc truy tố hoặc rút quyết định truy tố là thực hiện nhiệm vụ quyền hạn của VKS khi thực hành quyền công tố trong giai đoạn xét xử vụ án hình sự. Như vậy, có thể kết luận, hướng dẫn về việc đình chỉ vụ án khi người yêu cầu rút yêu cầu khởi tố tại phiên tòa phúc thẩm thì đã đặt tư tố - quyền yêu cầu khởi tố và các quyền khác phát sinh - lên trên quyền công tố của Nhà nước trong quan hệ pháp luật hình sự.

Trước khi BLTTHS năm 2015 và Công văn 254 được ban hành, thực tế xét xử liên quan đến vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại, các tòa án vận dụng nhiều quy định khác nhau để xử lý vụ án và nhận được sự ủng hộ từ công chúng cũng như những người nghiên cứu pháp luật.

Trên thực tế, có những vụ việc tòa án không đình chỉ vụ án mà có giải pháp khác để giải quyết vụ án¹⁰. Giải pháp mà tòa án

đã lựa chọn không những phù hợp với quy định vào thời điểm đó, mà còn bảo đảm tính hợp lý vốn có của vụ việc. Hành vi của bị cáo bị xem là có tội, nhưng với tất cả các tình tiết trong vụ án (bao gồm cả việc rút yêu cầu của bị hại) nên đã được áp dụng miễn hình phạt theo quy định của pháp luật hình sự. Đồng thời, kết quả giải quyết vụ án phần nào cũng phù hợp với nguyện vọng của các bị hại khi thể hiện ý chí rút yêu cầu khởi tố tại phiên tòa phúc thẩm. Hơn thế nữa, việc không đình chỉ vụ án còn góp phần thể hiện tính nghiêm minh của pháp luật, đảm bảo giá trị cho các hoạt động tố tụng do các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng đã thực hiện trước đó.

Như vậy, có thể thấy, dù không đình chỉ vụ án khi yêu cầu khởi tố bị rút tại phiên tòa phúc thẩm, tòa án có thể vận dụng các quy định của pháp luật hình sự, tố tụng hình sự để giải quyết vụ án một cách phù hợp.

5. Kết luận

Khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại nói chung và rút yêu cầu khởi tố nói riêng là các quy định cần thiết trong pháp luật tố tụng hình sự. Các quy định này cho phép bị hại được yêu cầu khởi tố và rút yêu cầu khởi tố trong một số trường hợp nhất định. Tuy nhiên, các quy định này cũng cần phải phù hợp với các quy định chung của quá trình giải quyết vụ án, phù hợp với mục tiêu chung là phát hiện chính xác và xử lý công minh, kịp thời mọi hành vi phạm tội, phòng ngừa, ngăn chặn tội phạm, không để lọt tội phạm, không làm oan người vô tội¹¹.

¹⁰ Xem: Mai Trâm, Vụ “Con kiện đòi bỏ tù cha”: Sửa án sơ thẩm, miễn hình phạt cho bị cáo”, <https://>

thanhnien.vn/thoi-su/vu-con-kien-doi-bo-tu-cha-sua-an-so-tham-mien-hinh-phat-cho-bi-cau-897651.html, truy cập ngày 12/10/2019.

¹¹ Xem: Điều 2 BLTTHS năm 2015 quy định về nhiệm vụ của Bộ luật Tố tụng Hình sự.

BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ ĐỐI VỚI TÁC PHẨM ĐƯỢC TẠO RA BỞI TRÍ TUỆ NHÂN TẠO

Vũ Thị Hải Yến*

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích và trả lời ba câu hỏi liên quan đến vấn đề bảo hộ quyền tác giả đối với các tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo: 1) Tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra có đáp ứng được điều kiện để bảo hộ bản quyền; 2) Lý do nên bảo hộ quyền tác giả cho tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo; 3) Bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra như thế nào.

Abstract: This article focuses on analyzing and answering three questions related to copyright protection for works created by artificial intelligence: 1) Do artificial intelligence created works meet the criteria for copyright protection? 2) The justification of copyright protection of artificial intelligence created works? 3) How to protect copyright of works created by artificial intelligence?

1. Tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo

Trí tuệ nhân tạo (Artificial Intelligence - AI) hiểu đơn giản là những cỗ máy thông minh, mô phỏng trí tuệ của con người, được lập trình để suy nghĩ giống con người và bắt chước hành động của họ. Thuật ngữ này cũng có thể được áp dụng cho bất kỳ máy móc nào thể hiện những đặc điểm liên quan đến trí óc con người như học tập, ra quyết định hay giải quyết các vấn đề¹. Nếu như những người máy đầu tiên trước đây chỉ có thể mô phỏng lại những hành vi của con người, thì ngày nay, thế hệ người máy hiện đại đã có những khả năng vượt trội, có trí thông minh như hoặc thậm chí còn hơn con người, có khả năng suy nghĩ, hành động... như con người. Trong cuốn sách “Artificial

Intelligence A Modern Approach”, các tác giả đã phân tích bốn yếu tố đặc trưng của AI, đó là: i) Suy nghĩ của con người (Thinking humanly); ii) Suy nghĩ hợp lý (Thinking rationally); iii) Hành động của con người (Acting humanly); iv) Hành động hợp lý (Acting rationally)². Các chuyên gia về trí tuệ nhân tạo còn chỉ ra nhiều hơn những đặc tính cơ bản của trí tuệ nhân tạo, đó là: i) Tính sáng tạo; ii) Tính không thể dự đoán trước; iii) Tính độc lập và tự chủ trong hoạt động, không có sự can thiệp của con người; iv) Tính hợp lý; v) Khả năng tự học tập và không ngừng cải tiến, phát triển thông qua sự tương tác với môi trường; vi) Khả năng thu thập dữ liệu và truyền đạt; vii)

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

Bài viết được công bố trong khuôn khổ thực hiện đề tài cấp Bộ: “Luật dân sự trong bối cảnh cuộc cách mạng công nghiệp 4.0” do TS. Trần Văn Biên làm chủ nhiệm.

¹ <https://www.investopedia.com/terms/a/artificial-intelligence-ai.asp>, truy cập ngày 26/02/2020.

² Stuart J. Russell and Peter Norvig, “Artificial Intelligence A Modern Approach”, <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=2ahUKEwjT95Dd4ILoAhVMUd4KHbQWDQkQFjABegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Ffaculty.psau.edu.sa%2Ffiledownload%2Fdoc-7-pd-f-a154ffbceec538a4161a406abf62f5b76-original.pdf&usq=AOvVaw0i7pLrIBs9LMW296xeV6b0>, truy cập ngày 26/02/2020.

Tính hiệu quả, chính xác; viii) Khả năng tự do sử dụng các phương án thay thế³.

Với những năng lực vượt trội đó, ngày nay, trí tuệ nhân tạo đã có thể cho ra đời những tác phẩm văn học, nghệ thuật khiến cho chúng ta phải thực sự ngỡ ngàng và thán phục. Năm 2016, một dự án hợp tác giữa Microsoft và Bảo tàng Rembrandt đã công bố một tác phẩm là bức chân dung 3D có tên “The Next Rembrandt” do máy tính tạo ra dựa trên thuật toán nhận dạng khuôn mặt bằng việc quét dữ liệu từ 346 bức tranh được biết đến của họa sĩ người Hà Lan Rembrandt thế kỷ XVII. Cũng trong năm 2016, cuốn tiểu thuyết ngắn được viết bởi một chương trình máy tính của Nhật Bản đã lọt vào vòng thứ hai giải thưởng văn học quốc gia. Google đã tài trợ một dự án sử dụng trí tuệ nhân tạo để viết các bài báo đưa tin tức cho một tờ báo địa phương. Công ty trí tuệ nhân tạo Deep Mind thuộc sở hữu của Google cũng đã tạo ra phần mềm có thể sáng tác nhạc bằng cách nghe các bản ghi âm⁴. Ngày nay, nhân loại đang chứng kiến trí tuệ nhân tạo thực sự trở thành các nghệ sĩ robot (Robotic artists) có khả năng viết thơ, vẽ tranh, soạn nhạc và thậm chí có thể sáng tác cả nhạc kịch.

Trước đây, máy tính chỉ có thể tạo ra những tác phẩm nghệ thuật thô sơ. Hầu hết các tác phẩm nghệ thuật do máy tính tạo ra phụ thuộc rất nhiều vào sáng tạo của các lập trình viên, còn máy móc thì chỉ là những công cụ như bút (chôi lông) hoặc vải vẽ để

hỗ trợ cho công việc sáng tạo. Ngày nay, cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 đã mang đến những đột phá về công nghệ với sự phát triển nhanh chóng của các phần mềm tự học, cho phép máy móc có khả năng học tập từ dữ liệu đầu vào, phát triển và tự đưa ra các quyết định hoàn toàn độc lập hoặc theo định hướng có trước, mà không cần được con người lập trình cụ thể⁵. Do đó, để tạo ra một tác phẩm văn học hay nghệ thuật mới, người ta chỉ cần cung cấp cho máy tính những dữ liệu cần thiết, nó sẽ học hỏi từ những dữ liệu này, tự đưa ra quyết định mang tính độc lập trong quá trình sáng tạo về việc tác phẩm sẽ được tạo ra như thế nào. Các tác phẩm loại này, thay vì được tạo ra bởi trí óc của con người, nó được tạo ra bởi một mạng thần kinh nhân tạo (Neural Network) có quy trình gần giống với quá trình tư duy của con người.

Cho dù trí tuệ nhân tạo ngày nay có thể có “bộ óc” như con người, thậm chí thông minh hơn cả những con người bình thường và làm được những công việc mà trước đây chỉ có con người mới làm được, thì về bản chất, nó vẫn chỉ là một “cỗ máy thông minh”. Do đó, vấn đề đặt ra là những sản phẩm sáng tạo về văn học, nghệ thuật do trí tuệ nhân tạo tạo ra liệu có được bảo hộ quyền tác giả - lĩnh vực pháp luật ra đời nhằm mục tiêu ghi nhận và bảo hộ các thành quả sáng tạo tinh thần của con người.

2. Điều kiện bảo hộ tác phẩm theo pháp luật quyền tác giả

Theo truyền thống, đối tượng của quyền tác giả là sản phẩm của hoạt động sáng tạo tinh thần (khác với đối tượng của thể giới

³ Nguyễn Bích Thảo, trong Sách chuyên khảo “*Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và những vấn đề đặt ra đối với cải cách pháp luật tại Việt Nam*”, Đại học Quốc gia Hà Nội, Khoa Luật, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, 2018, tr. 126.

⁴ Andres Guadamuz, University of Sussex, United Kingdom, “*Artificial intelligence and copyright*”, October 2017, truy cập ngày 26/02/2020.

⁵ Andres Guadamuz, University of Sussex, United Kingdom, “*Artificial intelligence and copyright*”, October 2017, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html, truy cập ngày 26/02/2020.

vật chất là những vật thể hữu hình). Công ước Berne là công ước quốc tế về quyền tác giả lâu đời nhất và có số lượng quốc gia thành viên đông đảo nhất, tại Điều 2 đã nêu ra một danh sách không hạn chế những tác phẩm được bảo hộ, bao gồm những sản phẩm nguyên gốc trong lĩnh vực văn học, nghệ thuật và khoa học, không phân biệt hình thức và cách thức thể hiện⁶. Trên cơ sở Công ước Berne, pháp luật quyền tác giả của hầu hết các quốc gia trên thế giới chỉ bảo hộ những tác phẩm văn học, nghệ thuật, khoa học đáp ứng điều kiện là sáng tạo tinh thần mang tính nguyên gốc.

Luật Quyền tác giả của Nhật Bản, tại mục (i) khoản 1 Điều 2 quy định: “*Tác phẩm là một sản phẩm mà ở đó những suy nghĩ hoặc tình cảm được thể hiện một cách sáng tạo và nằm trong lĩnh vực văn học, khoa học, nghệ thuật hoặc âm nhạc*”⁷.

Khoản 2 Điều 2 Luật Quyền tác giả của Đức quy định về tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả như sau: “*Các tác phẩm trong ý nghĩa của bộ luật này chỉ có thể là những sáng tạo tinh thần mang tính cá nhân*”⁸.

Luật về Quyền tác giả và quyền liên quan của Thụy Sĩ định nghĩa về tác phẩm như sau: “*Tác phẩm là những sáng tạo tinh thần về văn học và nghệ thuật, mang đặc trưng riêng của tác giả, không phân biệt giá trị hay mục đích của chúng*” (khoản 1 Điều 2)⁹.

Khoản 7 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam hiện hành quy định: “*Tác phẩm là sản phẩm sáng tạo trong lĩnh vực văn học, nghệ thuật, khoa học được thể hiện bằng bất kỳ phương tiện hay hình thức nào*” và tại khoản 3 Điều 14 quy định tác phẩm được bảo hộ “*phải do tác giả trực tiếp sáng tạo ra bằng lao động trí tuệ của mình mà không sao chép từ tác phẩm của người khác*”.

Dù có những cách thể hiện khác nhau thì Công ước Berne và pháp luật quyền tác giả của hầu hết các quốc gia trên thế giới đều xác định những yếu tố để một tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả¹⁰, đó là:

(i) *Được thể hiện dưới một hình thức nhất định*

Các kết quả sáng tạo nếu mới chỉ là ý tưởng nằm trong đầu tác giả, chưa được thể hiện ra bên ngoài thế giới vật chất bằng một hình thức nhất định thì không thể được coi là một tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả. Về phía tác giả, nếu tác phẩm chỉ tồn tại trong tâm trí tác giả mà người khác không thể nhận biết được thì không đặt ra vấn đề phải bảo hộ. Mặt khác, các sản phẩm sáng tạo trong lĩnh vực văn học, nghệ thuật, khoa học chỉ có ý nghĩa khi công chúng có thể tiếp cận được nó. Vì vậy, yêu cầu đầu tiên để tác phẩm được bảo hộ là nó phải được thể hiện thông qua một hình thức nhất định để người khác có thể nhận biết, xác định được tác phẩm.

(ii) *Tác phẩm phải là thành quả của hoạt động sáng tạo tinh thần*

Yêu cầu này đòi hỏi tác phẩm phải là kết quả của quá trình suy nghĩ, tìm tòi, sáng tạo, phản ánh tư tưởng, tình cảm của người sáng tác. Nói một cách khác, tác phẩm phải

⁶ Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO), “*Cẩm nang sở hữu trí tuệ - Chính sách, pháp luật và áp dụng*”, 2005, tr. 263.

⁷ https://www.cric.or.jp/english/clj/doc/20150227_October,2014_Copyright_Law_of_Japan.pdf, truy cập ngày 26/02/2020.

⁸ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html, truy cập ngày 26/02/2020.

⁹ <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19920251/index.html>, truy cập ngày 26/02/2020.

¹⁰ Nguyễn Văn Nam, “*Quyền tác giả - Đường hội nhập không trái hoa hồng*”, Nxb. Trẻ, 2016, tr. 75.

là kết quả sáng tạo có chứa đựng một nội dung tinh thần nhất định.

(iii) *Mang tính nguyên gốc (hay dấu ấn cá nhân của tác giả)*

Pháp luật quốc tế cũng như pháp luật quyền tác giả của hầu hết các quốc gia trên thế giới chỉ bảo hộ những tác phẩm đáp ứng điều kiện là sáng tạo tinh thần mang tính nguyên gốc. “Tính nguyên gốc” (originality) đòi hỏi tác phẩm do chính tác giả sáng tạo ra, có thể phân biệt được với những tác phẩm của người khác. Ở pháp luật một số quốc gia, yêu cầu này được nâng lên là tác phẩm phải mang “đặc trưng riêng” hay “dấu ấn cá nhân”, thể hiện ở nội dung hay hình thức của tác phẩm, hoặc cả hai. Dấu ấn riêng có thể là về tư duy hay phong cách thể hiện của người sáng tác.

Kể từ khi ra đời cho đến nay, nguyên tắc của pháp luật quyền tác giả là dành sự bảo hộ cho những sáng tạo do con người tạo ra, gắn với yếu tố cá nhân của tác giả. Những sản phẩm của trí tuệ nhân tạo về bản chất do máy móc tạo ra, nó không thể hiện tư tưởng, tình cảm của một con người cụ thể, do đó, không được coi là thành quả sáng tạo tinh thần và bị loại trừ ra khỏi những đối tượng được bảo hộ quyền tác giả.

Pháp luật và thực tiễn tại nhiều quốc gia cũng đã thể hiện rõ quan điểm không chấp nhận bảo hộ quyền tác giả đối với những tác phẩm không phải do con người sáng tạo ra. Tại Hoa Kỳ, Cơ quan Bản quyền tuyên bố: “Tác phẩm có tính nguyên gốc được đăng ký quyền tác giả nếu nó được tạo ra bởi một con người”. Tuyên bố này xuất phát từ án lệ *Feist Publications v. Rural Telephone Service Company, Inc.* 499 U.S. 340 (1991)¹¹, trong đó phán quyết của tòa án

cho rằng luật bản quyền chỉ bảo vệ những thành quả của lao động trí tuệ mà dựa trên sự sáng tạo từ tâm trí con người. Tương tự như vậy, trong một án lệ gần đây của Australia (*Acohs Pty Ltd v. Ucorp Pty Ltd*)¹², tòa án tuyên bố một tác phẩm được tạo ra với sự can thiệp của máy tính không được bảo vệ bản quyền vì nó không được sáng tạo bởi con người. Tại châu Âu, Tòa án Công lý Liên minh châu Âu (CJEU) cũng đã ra nhiều phán quyết tương tự, đặc biệt là phán quyết mang tính bước ngoặt trong vụ *C-5/08 Infopaq International A/S v. Danske Dagbaldes Forening*¹³, cho rằng bản quyền chỉ áp dụng cho các tác phẩm mang tính nguyên gốc, tức là nó phải phản ánh sự sáng tạo trí tuệ của chính tác giả. Điều này có nghĩa, điều kiện cần thiết để tác phẩm được bảo hộ bản quyền là tác giả của nó phải là con người cụ thể¹⁴. Việc phủ nhận bảo hộ bản quyền đối với tác phẩm do máy tính tạo ra xuất phát từ quan điểm quyền tác giả là sự khích lệ của xã hội về mặt tinh thần đối với tác giả, bên cạnh động lực về kinh tế, vật chất. Trí tuệ nhân tạo sáng tác ra tác phẩm một cách tự động, do đó, không cần có sự khuyến khích và không đặt ra nhu cầu bảo hộ quyền tác giả cho tác phẩm ấy.

3. Tại sao cần bảo hộ quyền tác giả đối với các tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo

ht-law-january-iap-2006/readings/feist.pdf, truy cập ngày 26/02/2020.

¹² <https://jade.io/article/262011>, truy cập ngày 26/02/2020.

¹³ <https://h2o.law.harvard.edu/collages/24450>, truy cập ngày 26/02/2020.

¹⁴ Andres Guadamuz, University of Sussex, United Kingdom, “Artificial intelligence and copyright”, October 2017, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html, truy cập ngày 26/02/2020.

¹¹ <https://ocw.mit.edu/courses/electrical-engineering-and-computer-science/6-912-introduction-to-copyrig>

Ngày nay, các tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo như âm nhạc, báo chí, hội họa, thiết kế, tác phẩm đa phương tiện như trò chơi trên máy tính (game)... có xu hướng ngày càng gia tăng và là những sản phẩm có giá trị thương mại cao trong ngành công nghiệp văn hoá, giải trí, cũng như được ứng dụng vào nhiều lĩnh vực của cuộc sống. So với những tác phẩm thông thường được sáng tạo bởi con người, những tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra thường đòi hỏi nguồn lực đầu tư lớn của các doanh nghiệp. Nếu các tác phẩm đó không được bảo hộ bản quyền, có nghĩa bất kỳ ai đều có thể sử dụng, khai thác mà không phải xin phép và trả phí. Những doanh nghiệp đầu tư công nghệ để tạo ra các tác phẩm đó không có quyền ngăn cấm người khác sử dụng, cũng không thu được phí hay các lợi ích vật chất từ việc khai thác tác phẩm. Điều này không chỉ gây cho họ những tổn thất về kinh tế, những nỗ lực, đầu tư của họ không được đền bù xứng đáng, mà chắc chắn sẽ có tác động tiêu cực đến nền công nghiệp, điển hình là công nghiệp máy tính. Các doanh nghiệp sẽ không còn thiết tha vào việc nghiên cứu, đầu tư công sức và tiền bạc khi thành quả đầu tư của họ không được đền đáp thỏa đáng. Và như vậy, những ưu thế của trí tuệ nhân tạo về tiết kiệm thời gian và chi phí cho việc đầu tư nguồn lực con người trong hoạt động sản xuất, kinh doanh cũng không được tận dụng hiệu quả.

Không chỉ ảnh hưởng tiêu cực đến lợi ích của chủ thể đầu tư phát triển trí tuệ nhân tạo và sự phát triển của nền công nghiệp máy tính, việc không bảo hộ quyền tác giả cho các sản phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra có thể ảnh hưởng đến lợi ích của xã hội trong việc khuyến khích làm giàu có, phong phú thêm đời sống văn hoá, tinh thần. Trong trường hợp này, pháp luật quyền tác giả đã không

thực hiện được sứ mạng điều hoà quyền lợi của người đầu tư sáng tạo với người khai thác, sử dụng và quyền lợi của xã hội.

Những thành tựu về khoa học kỹ thuật ngày nay đang mang lại nhiều cơ hội trong cách thức sáng tạo cũng như hình thức thể hiện tác phẩm. Các nghệ sĩ ngày càng có xu hướng tận dụng máy móc, phương tiện hiện đại, kể cả việc sử dụng trí thông minh nhân tạo để hỗ trợ hoạt động sáng tác của họ. Năm 2017, nữ ca sĩ Taryn Southern, ngôi sao ca nhạc YouTube, đã phối hợp với công ty Amper - một đơn vị phát triển trí tuệ nhân tạo (AI) có khả năng sáng tạo ra những bản nhạc chỉ trong vài giây để hoàn thành album mang tên "I am AI". Điều đặc biệt của album này là toàn bộ phần âm nhạc được sáng tác bởi trí tuệ nhân tạo của công ty Amper. Khi được hoàn thành, nó được đánh giá là khá tương đồng với những ca khúc Pop đương đại ngày nay¹⁵. Các siêu máy tính hiện nay được cung cấp khả năng tự học, tự phân tích, giải quyết vấn đề... không khác gì con người, dẫn đến khó có thể phân biệt sản phẩm do con người và máy móc tạo ra. Sự kết hợp giữa trí tuệ con người và trí tuệ nhân tạo trong hoạt động sáng tạo có xu hướng ngày càng lan rộng, dẫn đến ranh giới phân biệt giữa tác phẩm nghệ thuật do con người và máy tính tạo ra sẽ ngày càng mờ đi. Điều này cũng đặt ra những thách thức trong thực tiễn nếu pháp luật quyền tác giả vẫn theo nguyên tắc truyền thống là chỉ bảo hộ sản phẩm sáng tạo tinh thần của cá nhân tác giả.

Lịch sử thế giới đã cho thấy, quyền tác giả hình thành và phát triển dựa trên ý niệm

¹⁵ Dani Deahl, "How AI - Generated music is changing the way hits are made", <https://www.theverge.com/2018/8/31/17777008/artificial-intelligence-taryn-southern-amper-music>, truy cập ngày 26/02/2020.

về quyền sở hữu. Trong thời kỳ cổ đại và trung đại, pháp luật mới chỉ dừng lại ở việc bảo vệ quyền sở hữu đối với những “vật thể” hữu hình chứa đựng tác phẩm như cuốn sách hay bức họa, mà chưa bảo hộ quyền sở hữu đối với “sáng tạo trí tuệ”¹⁶. Sau này, quyền của chủ thể sáng tạo (quyền tác giả đối với sản phẩm sáng tạo) mới được ghi nhận độc lập với quyền sở hữu đối với “vật mang tác phẩm trí tuệ”. Lý thuyết về quyền sở hữu cho các lao động trí óc, được gọi là *Thuyết quyền sở hữu trí tuệ* (hay *sở hữu tinh thần*) ra đời vào thế kỷ XVIII, phân biệt bản thảo của tác phẩm (vật thể hữu hình) với tác phẩm (sản phẩm vô hình) và đã chỉ ra mối quan hệ chặt chẽ giữa tác giả với tác phẩm.

Dù khách thể của quyền tác giả là thành quả sáng tạo tinh thần, quyền tác giả vẫn mang những tính chất của một loại quyền sở hữu, đó là: (1) Tính tuyệt đối: Giống như quyền sở hữu tài sản thông thường, quyền tác giả là loại quyền tuyệt đối, có hiệu lực đối với tất cả các chủ thể trong xã hội, kể cả Nhà nước, đều phải tôn trọng quyền tác giả. Bất kỳ sự hạn chế hay giới hạn quyền tác giả đều chỉ có thể thực hiện theo luật định. (2) Tính chủ động: Quyền tác giả mang tính độc quyền, chỉ có chủ sở hữu quyền tác giả được khai thác, sử dụng tác phẩm. (3) Tính bảo vệ: Chủ sở hữu có quyền ngăn cấm bất kỳ ai xâm phạm quyền tác giả của mình¹⁷. Như vậy, việc chúng ta ứng xử với các tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo theo hướng chỉ công nhận quyền sở hữu đối với vật thể hữu hình, mà không công nhận

quyền sở hữu đối với sản phẩm sáng tạo trí tuệ là đi ngược lại xu thế phát triển của pháp luật về quyền tác giả.

Trên thế giới, hiện nay tồn tại hai hệ thống bảo hộ quyền tác giả. Nếu như đối với pháp luật về quyền tác giả của các nước châu Âu lục địa, lợi ích kinh tế của tác giả và quan hệ của tác giả với tác phẩm của mình là trọng tâm bảo vệ, thì hệ thống pháp luật về quyền tác giả của Anh – Mỹ (Copyright) chú trọng đến quyền của người có thể khai thác tác phẩm (the right to copy)¹⁸. Bên cạnh việc bảo vệ các quyền nhân thân (quyền tinh thần) của tác giả, pháp luật quyền tác giả có nhiệm vụ bảo vệ các quyền tài sản (quyền kinh tế) cho tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả. Ngày nay, với sự phát triển của nền công nghiệp văn hóa, giải trí, việc bảo hộ quyền nhân thân chỉ chiếm vai trò thứ yếu bên cạnh quyền kinh tế. Khi tác phẩm đã được đưa vào thị trường thì nó trở thành hàng hóa giao dịch và càng trở nên độc lập với tác giả. Vì vậy, đối với tác giả, nhiều khi quyền lợi kinh tế lại là mối quan tâm hàng đầu. Do đó, nếu chúng ta lập luận rằng, không thể trao những quyền nhân thân như: Quyền đứng tên trên tác phẩm, quyền đặt tên cho tác phẩm, quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm cho máy móc – vốn được xem là vật thể vô tri vô giác, thì những quyền lợi kinh tế của chủ sở hữu quyền tác giả vẫn cần được ghi nhận và bảo vệ để khuyến khích và tặng thưởng xứng đáng đối với chủ thể đầu tư cho hoạt động sáng tạo. Đối với tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo, chủ thể đầu tư này là người tạo ra các chương trình máy tính cho trí tuệ nhân

¹⁶ Ploman, Edward W., and L. Clark Hamilton (1980), “*Copyright: Intellectual Property in the Information Age*”, London: Routledge & Kegan Paul, tr. 5.

¹⁷ Nguyễn Văn Nam, “*Quyền tác giả - Đường hội nhập không trải hoa hồng*”, Nxb. Trẻ, 2016, tr. 124.

¹⁸ Florian Moritz & Dr. Daniela Mohr, “*What Are the Differences between European Copyright and U.S. Copyright?*”, <https://www.copytrack.com/european-us-copyright-difference/>, truy cập ngày 26/02/2020.

tạo hoạt động, người cung cấp dữ liệu đầu vào cho máy tính học hỏi, người vận hành sử dụng trí tuệ nhân tạo...

4. Bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra như thế nào

4.1. Đối tượng được bảo hộ quyền tác giả

Để được bảo hộ quyền tác giả, tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra cần phải đáp ứng yêu cầu tối thiểu về tính sáng tạo. Pháp luật quyền tác giả hiện nay bên cạnh việc bảo hộ những tác phẩm văn học nghệ thuật truyền thống thể hiện rất rõ đặc tính sáng tạo tinh thần và dấu ấn cá nhân của tác giả, thì vẫn dành ra những trường hợp ngoại lệ mà những yêu cầu này đặt ra rất thấp, điển hình là chương trình máy tính hay bộ sưu tập dữ liệu.

Theo khoản 1 Điều 10 Hiệp định TRIPs, chương trình máy tính được bảo hộ như một tác phẩm ngôn ngữ theo định nghĩa của Công ước Berne, thời hạn bảo hộ tối thiểu là 50 năm¹⁹. Mặc dù được bảo hộ theo pháp luật về quyền tác giả, chương trình máy tính không mang những đặc tính thẩm mỹ hay nghệ thuật như các tác phẩm khác. Nó đơn giản chỉ là sản phẩm công nghệ tin học được tạo ra để giải quyết một vấn đề nào đó, vì vậy, khó có thể chứng minh chương trình máy tính thể hiện một nội dung tinh thần hay dấu ấn cá nhân của tác giả. Điểm khác biệt cơ bản giữa chương trình máy tính và tác phẩm truyền thống là mức độ sáng tạo thấp, chỉ cần đáp ứng điều kiện tối thiểu là “kết quả hoạt động sáng tạo” - tiêu chí quan trọng nhất để một tác phẩm được bảo hộ, còn các yêu cầu về

“sáng tạo tinh thần” hay “dấu ấn cá nhân” không còn quan trọng²⁰. Bộ sưu tập dữ liệu cũng là tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả khi nó được hình thành từ việc sưu tập, tuyển chọn các tác phẩm, thông tin, dữ liệu khác để trở thành một thể thống nhất. Tương tự như chương trình máy tính, tiêu chí “sáng tạo tinh thần” của tác phẩm này đặt ra rất thấp, chỉ đòi hỏi tính sáng tạo thể hiện thông qua việc lựa chọn, sắp đặt chất liệu của người sưu tập.

Để xem xét tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra có thể được bảo hộ quyền tác giả không, chúng ta cùng so sánh hai quy trình sáng tạo của con người và trí tuệ nhân tạo.

Thứ nhất: Cả hai quy trình sáng tạo đều cần đến nguồn chất liệu cho sáng tạo. Nguồn chất liệu này có thể coi là kho tài sản chung của xã hội mà mọi người đều có thể khai thác, bao gồm: Các ý tưởng, chủ đề, các sản phẩm văn hoá của nhân loại, các chất liệu khác từ tự nhiên hay cuộc sống xã hội. Ví dụ: Đối với tác phẩm văn học thì nguồn chất liệu đầu tiên là kho từ vựng; đối với tác phẩm âm nhạc là các hợp âm... Điểm khác là khi con người sáng tạo tác phẩm, họ tự lựa chọn chất liệu cho việc sáng tác của mình; còn đối với trí tuệ nhân tạo, các lập trình viên sẽ là người lựa chọn và cung cấp dữ liệu đầu vào cho máy tính.

Thứ hai: Cả hai quy trình đều cần đến những công cụ để thể hiện tác phẩm, ví dụ: Ngôn ngữ, âm thanh, hình ảnh, màu sắc... và thường gắn với các vật liệu mang nó như: Vải để vẽ, giấy để in, đĩa chứa âm thanh; hoặc sóng âm thanh, sóng điện từ... để phát thanh, truyền hình. Khi con người sáng tạo tác phẩm, họ tự lựa chọn công cụ để thể hiện ý tưởng sáng tạo của mình. Còn đối với trí tuệ nhân tạo, người sử dụng, vận

¹⁹ <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/thuong-mai/Hiep-dinh-khia-can-h-lien-quan-toi-thuong-mai-cua-Quy-en-so-huu-tri-tue-1994-12722.aspx>, truy cập ngày 26/02/2020.

²⁰ Nguyễn Văn Nam, tldd, tr. 92.

hành là người lựa chọn công cụ cho máy móc thể hiện tác phẩm.

Thứ ba, là quy trình sáng tạo tác phẩm. Trên cơ sở những chất liệu và công cụ cho việc sáng tạo, tùy thuộc vào khả năng, sở trường của mình, tác giả phải thêm những chất liệu riêng - chính là dấu ấn cá nhân, thể hiện tư tưởng, tình cảm, tinh thần của tác giả trong tác phẩm. Nếu như nguồn chất liệu chung và công cụ thể hiện tác phẩm có thể coi là “chất liệu tự do” mà mọi chủ thể đều có thể khai thác và không thuộc phạm vi bảo hộ quyền tác giả, thì phần chất liệu riêng mà tác giả đưa vào trong tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả. Ví dụ: Đối với tác phẩm hội họa, chất liệu riêng đó là sự kết hợp của các đường nét, màu sắc, bố cục trong bức tranh... Đối với tác phẩm do con người tạo ra, tác giả thể hiện suy nghĩ, quan niệm, tư tưởng, tình cảm của mình qua cách thức thể hiện tác phẩm. Còn đối với tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra, bộ óc của máy tính thay thế con người học hỏi, khai thác nguồn dữ liệu đầu vào, tự chọn lọc, xử lý thông tin và tự quyết định việc tạo ra tác phẩm mới như thế nào. Kết quả của hai quá trình đều cho ra đời những tác phẩm có tính sáng tạo nguyên gốc, chỉ khác nhau là sản phẩm do con người hay trí tuệ nhân tạo tạo ra.

Nếu như trước đây, máy tính chỉ tham gia vào hoạt động sáng tạo với vai trò như một công cụ (thay cho bút hay giấy vẽ) thì các thể hệ trí tuệ nhân tạo ngày nay đã có thể đưa ra nhiều quyết định liên quan đến quá trình sáng tạo mà không cần sự can thiệp của con người, nói một cách khác, trí tuệ nhân tạo là một nghệ sĩ sáng tạo thực sự. Tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo có thể đáp ứng được tiêu chí quan trọng nhất, đó là “mang tính sáng tạo”, chỉ khác là nó không do con người “trực tiếp tạo ra”. Do đó, tương tự như chương trình máy tính hay

suu tập dữ liệu, các nhà làm luật trên thế giới có thể cân nhắc về việc dành cho những tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo một ngoại lệ trong bảo hộ quyền tác giả, đó là không cần đòi hỏi yêu cầu về sáng tạo tinh thần hay dấu ấn cá nhân như các tác phẩm văn học, nghệ thuật truyền thống.

4.2. Chủ thể được bảo hộ quyền tác giả

Trong bối cảnh cách mạng công nghiệp lần thứ tư hiện nay, với sự tham gia rộng rãi của các “robot tự trị thông minh”, đã và đang đặt ra vấn đề có công nhận robot như một chủ thể của quan hệ pháp luật hay không? Ở châu Âu, đã xuất hiện những khuyến nghị tạo ra một tư cách pháp lý riêng biệt cho robot, chẳng hạn trao tư cách “điện tử nhân” (electronic person) cho các robot tự trị thông minh nhất²¹. Năm 2017, Saudi Arabia trở thành quốc gia đầu tiên trên thế giới cấp quyền công dân cho một robot có hình dạng giống người thật và mang trí thông minh nhân tạo. Có thể thấy rằng, nếu cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư dẫn tới những cải cách pháp luật quan trọng, trong đó có việc trao tư cách pháp lý “điện tử nhân” cho robot thông minh, thì điều tất yếu là pháp luật quyền tác giả bên cạnh việc trao quyền cho con người – “tự nhiên nhân”, cũng cần xem xét ghi nhận quyền tác giả cho trí tuệ nhân tạo khi sáng tạo ra tác phẩm.

Một số quốc gia, điển hình là Vương quốc Anh thể hiện quan điểm ghi nhận quyền tác giả cho những người tạo ra những điều kiện cần thiết để tác phẩm được thực hiện. Phần 9 (3) của Đạo luật bản quyền,

²¹ Ngô Huy Cương, trong Sách chuyên khảo “*Cách mạng công nghiệp lần thứ tư và những vấn đề đặt ra đối với cải cách pháp luật tại Việt Nam*”, Đại học Quốc gia Hà Nội, Khoa Luật, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, 2018, tr. 34.

thiết kế và bằng sáng chế Vương quốc Anh (CDPA) quy định: “*Trong trường hợp tác phẩm văn học, kịch, âm nhạc hoặc nghệ thuật do máy tính tạo ra, tác giả sẽ được coi là người đã tạo ra các điều kiện cần thiết cho tác phẩm được thực hiện*”. Hơn nữa, Điều 178 của CDPA định nghĩa một tác phẩm do máy tính tạo ra “*là tác phẩm được tạo ra bởi máy tính, mà không có sự tham gia của tác giả là con người*”²². Ý tưởng đằng sau quy định này là tạo ra một ngoại lệ cho việc công nhận quyền tác giả đối với những tác phẩm được tạo ra bởi các chương trình có khả năng tạo ra tác phẩm, thậm chí hoàn toàn được tạo ra bởi máy móc²³. Đây có thể xem như xu hướng mới trong việc bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra.

Tuy nhiên, trong lúc còn tranh cãi về việc có trao quyền nhân thân (thuộc quyền tác giả) cho máy tính hay không, pháp luật quyền tác giả hoàn toàn có thể ghi nhận và bảo vệ các quyền kinh tế cho chủ sở hữu quyền tác giả. Các tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra là sản phẩm của một quá trình có “sự tham gia” của con người như: Người cung cấp dữ liệu cho máy tính, người tạo ra

phần mềm trí tuệ nhân tạo, người sử dụng, vận hành trí tuệ nhân tạo... Ví dụ, để máy tính tạo ra một bản nhạc, trước tiên, chúng ta phải cung cấp cho nó các bản nhạc theo một phong cách định sẵn để làm nguồn đào tạo cho máy tính. Cùng với đó, lập trình viên phải sử dụng những thuật toán để giúp máy tính tự điều chỉnh nhịp điệu, phong cách, tâm trạng của bản nhạc...

Trong quá trình tạo ra tác phẩm của trí tuệ nhân tạo, nguồn dữ liệu để đào tạo trí tuệ nhân tạo rất quan trọng. Nếu những dữ liệu đó được máy móc tự thu thập từ các nguồn như internet hoặc mạng xã hội, sau đó được trí tuệ nhân tạo phân tích và tự tạo ra tác phẩm, thì không cần ghi nhận quyền tác giả. Tuy nhiên, nếu nguồn dữ liệu để đào tạo trí tuệ nhân tạo do nhà cung cấp thu thập, lựa chọn, thì phải ghi nhận quyền tác giả cho người cung cấp, tương tự như ghi nhận quyền tác giả của bộ sưu tập dữ liệu. Một điểm quan trọng là tác phẩm được tạo ra bởi máy tính là một loại tác phẩm phái sinh, vì nó được tạo ra từ những tác phẩm đã có từ nguồn dữ liệu đầu vào của máy tính. Do đó, theo quy định của pháp luật, tác giả tác phẩm phái sinh phải xin phép và thực hiện nghĩa vụ trả thù lao cho chủ sở hữu tác phẩm gốc khi muốn sử dụng tác phẩm gốc, trong trường hợp tác phẩm gốc vẫn còn trong thời hạn bảo hộ quyền tác giả. Đối với tác phẩm do trí tuệ nhân tạo tạo ra, nếu người cung cấp dữ liệu cho máy tính được công nhận là tác giả, bên cạnh việc được hưởng quyền tác giả đối với tác phẩm phái sinh, họ phải thực hiện các nghĩa vụ đối với tác giả tác phẩm gốc (tác phẩm nguồn) theo quy định của pháp luật.

Bên cạnh người cung cấp dữ liệu đầu vào cho máy tính, lập trình viên phần mềm

²² <http://images.policy.mofcom.gov.cn/article/201510/1445495480384.pdf>, truy cập ngày 26/02/2020.

Nguyễn Văn Tiếng Anh:

Art 9 (3): “*In the case of a literary, dramatic, musical or artistic work which is computer-generated, the author shall be taken to be the person by whom the arrangements necessary for the creation of the work are undertaken*”.

Art 178: “*Computer-generated, in relation to a work, means that the work is generated by computer in circumstances such that there is no human author of the work*”.

²³ Andres Guadamuz, University of Sussex, United Kingdom, “*Artificial intelligence and copyright*”, October 2017, https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2017/05/article_0003.html, truy cập ngày 26/02/2020.

thông qua việc tạo ra các thuật toán trí tuệ nhân tạo có khả năng tạo ra tác phẩm cũng đóng vai trò quan trọng để tác phẩm ra đời. Những lập trình viên phần mềm chính là người tạo ra các điều kiện cần thiết cho máy tính thực hiện hoạt động sáng tác. Việc ghi nhận quyền tác giả cho người tạo ra công nghệ sẽ bảo đảm và khuyến khích các công ty tiếp tục đầu tư vào công nghệ, khi khoản đầu tư của họ được bù đắp bằng việc khai thác quyền tác giả.

Như vậy, liên quan đến việc bảo hộ quyền tác giả cho các tác phẩm được tạo ra bởi trí tuệ nhân tạo, các nhà làm luật trên thế giới có thể cân nhắc đến việc ghi nhận và bảo hộ quyền tác giả cho những người đóng vai trò quan trọng và có tính quyết

định đến việc tác phẩm do máy tính tạo ra như thế nào, bao gồm: Người thu thập, lựa chọn nguồn dữ liệu đầu vào để đào tạo máy tính và những lập trình viên máy tính.

Trí tuệ nhân tạo ngày nay đang tồn tại hiện hữu ở mọi lĩnh vực đời sống, ngày càng tham gia tích cực và hiệu quả vào hoạt động sáng tạo ra những sản phẩm trí tuệ, làm phong phú và đa dạng đời sống văn hoá, tinh thần của xã hội, góp phần phát triển nền công nghiệp văn hoá cũng như công nghiệp máy tính. Thực tế đó đòi hỏi pháp luật sở hữu trí tuệ, trong đó có pháp luật quyền tác giả phải có những điều chỉnh phù hợp để khai thác tối đa những lợi ích mà trí tuệ nhân tạo mang lại cho xã hội.

(Tiếp theo trang 23 – Hợp đồng hành chính...)

Từ những phân tích được nêu, có thể nhận thấy được nhu cầu của việc công nhận và hoàn thiện pháp luật về hợp đồng hành chính. Công việc này chỉ có thể được thực hiện một cách hiệu quả trên cơ sở rà soát các văn bản pháp luật có liên quan để bảo đảm tính thống nhất của các văn bản. Ví dụ, đối với Luật Tổ tụng Hành chính, cần bổ sung thẩm quyền của tòa hành chính trong việc giải quyết các vụ việc liên quan đến hợp đồng hành chính. Cần có văn bản qui định cụ thể về hợp đồng hành chính để thể hiện rõ được chế độ pháp lý đặc thù của loại hợp đồng này so với các hợp đồng dân sự, thương mại thông thường.

Hiện nay, dự thảo Luật Hành chính công đã được trình Quốc hội để thảo luận, cho ý kiến. Trong dự thảo này, đã có những qui định điều chỉnh về mối quan hệ giữa cơ quan nhà nước, cá nhân có thẩm quyền với tổ chức, cá nhân trong quan hệ hợp đồng nhằm thực hiện dịch vụ công bao gồm: Dịch

vụ hành chính công, dịch vụ sự nghiệp công và dịch vụ công ích. Các qui định này sẽ là cơ sở pháp lý cho việc điều chỉnh quan hệ hợp đồng hành chính phát sinh giữa các chủ thể. Tuy nhiên, dự thảo Luật Hành chính công vẫn chưa thể hiện rõ được đặc thù của hoạt động hành chính công so với các hoạt động dân sự thương mại. Cụ thể, Điều 4 về nguyên tắc chung của hành chính công chưa nêu rõ được những mục đích quan trọng nhất của hoạt động hành chính công là bảo vệ lợi ích chung, thiết yếu, bảo đảm trật tự, công bằng xã hội. Trong khi đó, đây là kim chỉ nam cho việc điều chỉnh hoạt động hành chính công nói chung và quan hệ hợp đồng hành chính nói riêng. Trong thời gian chờ đợi hoàn thiện, Việt Nam có thể tiếp tục nghiên cứu học hỏi kinh nghiệm của Pháp và điều chỉnh cho phù hợp với hoàn cảnh của Việt Nam để có thể khắc phục được những hạn chế của pháp luật hiện hành về hợp đồng hành chính.

ƯU ĐÃI THUẾ THU NHẬP DOANH NGHIỆP TRONG LĨNH VỰC ĐẦU TƯ NÔNG NGHIỆP - BẤT CẬP VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

*Phạm Thị Tuyết Giang**

Tóm tắt: *Pháp luật về ưu đãi các nghĩa vụ tài chính, đặc biệt là hình thức ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp không chỉ là một phần quan trọng trong tổng thể của chính sách khuyến khích đầu tư ở Việt Nam, mà còn có ý nghĩa đối với việc thu hút nguồn vốn tư nhân đầu tư phát triển lĩnh vực nông nghiệp. Bài viết đề cập những hạn chế, bất cập của quy định pháp luật về ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp trong lĩnh vực đầu tư nông nghiệp và đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện quy định pháp luật về lĩnh vực này.*

Abstract: *The law on preferential financial obligations, especially in the form of corporate income tax incentives, is an important part not only of the overarching investment policy of Vietnam but also for attracting private capital to invest in agricultural sector. The article makes mention of limitations and shortcomings of legal provisions on corporate income tax incentives for agricultural investment, and thereby certain solutions are proposed to improve the legal regulations in the field.*

1. Đặt vấn đề

Ưu đãi thuế được hiểu là hình thức ưu đãi mà một quốc gia, một vùng lãnh thổ dành những điều kiện, những quyền lợi đặc biệt về thuế cho các tổ chức và cá nhân nộp thuế khi đáp ứng được những điều kiện nhất định của chính sách ưu đãi¹. Có thể thấy, điểm chung nhất của ưu đãi thuế là tạo ra một lợi thế so sánh về lợi ích cho đối tượng nộp thuế khi đáp ứng được những yêu cầu nhất định so với những đối tượng khác cùng tham gia vào các hoạt động đầu tư kinh doanh. Cũng như những quốc gia khác trên thế giới trong cuộc cạnh tranh thu hút vốn đầu tư, mục tiêu áp dụng chính sách ưu đãi thuế ở Việt Nam là nhằm khuyến khích các

hoạt động đầu tư theo định hướng “ưu tiên” của Nhà nước. Trải qua hơn ba thập kỷ thực hiện đường lối đổi mới, cùng với các biện pháp kinh tế khác, chính sách ưu đãi thuế, trong đó có ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp (TNDN) đã góp phần quan trọng trong việc tăng cường tính hấp dẫn của môi trường đầu tư trong nước, tạo ra các động lực thúc đẩy hoạt động đầu tư, kinh doanh phát triển, đẩy mạnh xuất khẩu và thúc đẩy tăng trưởng kinh tế đất nước². Mặc dù vậy, các quy định về ưu đãi thuế TNDN thời gian qua còn tồn tại những hạn chế làm phát sinh vướng mắc trong thực tiễn áp dụng. Từ đó, đặt ra yêu cầu các nhà lập pháp cần phải tiếp tục nghiên cứu, điều chỉnh những quy định này cho phù hợp với bối cảnh mới.

* Trường Đại học Đồng Tháp.

¹ Xem thêm: Lý Phương Duyên và Nguyễn Thị Thương Huyền, *Ưu đãi thuế - giải pháp tài chính hỗ trợ, phát triển doanh nghiệp vừa và nhỏ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (221), năm 2012, tr.77.

² Xem thêm: Trương Bá Tuấn, *Chính sách ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp của Việt Nam: Những vấn đề đặt ra và định hướng cải cách*, Tạp chí Kinh tế tài chính Việt Nam, số 01, tháng 2, năm 2017, tr.57.

2. Những bất cập của quy định về ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp trong lĩnh vực đầu tư nông nghiệp

Nhìn chung, các quy định trong chính sách ưu đãi về thuế TNDN của Việt Nam thời gian qua đã có những bước đột phá đáng kể như: Quy định mở rộng các ngành, nghề được ưu đãi, mở rộng đối tượng dự án được hưởng ưu đãi, hạ mức thuế suất phổ thông... Qua đó, góp phần tạo ra môi trường đầu tư thuận lợi nhằm thu hút vốn đầu tư trong và ngoài nước, thúc đẩy doanh nghiệp mở rộng sản xuất kinh doanh và tăng cường xuất khẩu. Tuy nhiên, khi phân tích và đánh giá về hiệu quả của các hình thức ưu đãi thuế TNDN ở Việt Nam nói chung, trong đó có ưu đãi đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp đã cho thấy một số vấn đề còn tồn tại trong quy định của pháp luật.

2.1. Về phạm vi áp dụng ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp đối với dự án đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp

Theo quy định tại Điều 15 và điểm e khoản 1 Điều 16 của Luật Đầu tư năm 2014, dự án đầu tư thuộc danh mục ngành, nghề nông nghiệp tại Phụ lục I ban hành kèm theo Nghị định số 118/2015/NĐ-CP được áp dụng các hình thức ưu đãi đầu tư về thuế TNDN; thuế nhập khẩu; tiền thuê đất, tiền sử dụng đất, thuế sử dụng đất. Tuy nhiên, trên thực tế, nhiều dự án đầu tư nông nghiệp không được hưởng ưu đãi thuế TNDN theo quy định trên. Nguyên nhân dẫn đến bất cập này là do việc xác định đối tượng ưu đãi đầu tư nông nghiệp giữa Luật Đầu tư năm 2014 và Luật Thuế TNDN hiện hành chưa thống nhất. Cụ thể, khi đối chiếu quy định tại điểm đ khoản 2, khoản 3 Điều 15 của Văn bản hợp nhất số 12/VBHN-BTC năm 2015 với quy định của Luật Đầu tư năm 2014

nhận thấy, nhiều ngành, nghề nông nghiệp thuộc đối tượng được hưởng ưu đãi đầu tư với hình thức ưu đãi thuế TNDN, nhưng căn cứ vào Luật Thuế TNDN thì không được ưu đãi. Mặc dù việc áp dụng từng hình thức ưu đãi cụ thể đối với dự án đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp được thực hiện theo quy định của các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan, nhưng với cách quy định của hai văn bản trên dẫn đến sự chưa thống nhất trong quy định của pháp luật. Điều này ảnh hưởng trực tiếp đến quyền, lợi ích hợp pháp của nhà đầu tư và gây khó khăn cho cơ quan thẩm quyền khi áp dụng luật.

2.2. Về điều kiện áp dụng ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp

So với các quy định trước đây, quy định về điều kiện áp dụng ưu đãi thuế TNDN hiện hành³ đã được hướng dẫn khá chi tiết nhằm tạo cơ sở pháp lý trong việc quản lý nguồn thu ngân sách nhà nước, đảm bảo việc áp dụng ưu đãi được hiệu quả, công khai và phát huy tốt vai trò của chính sách khuyến khích đầu tư vào lĩnh vực nông nghiệp. Bên cạnh những điểm tiến bộ so với quy định trước đây, quy định về điều kiện áp dụng ưu đãi thuế TNDN hiện hành còn tồn tại những hạn chế sau:

Một là, vướng mắc trong quy định về điều kiện áp dụng ưu đãi thuế TNDN do đáp ứng điều kiện về lĩnh vực ưu đãi đầu tư tại khoản 4 Điều 18 của Văn bản hợp nhất số 04/VBHN-VPQH năm 2013 hợp nhất Luật thuế TNDN

³ Điều 18 Văn bản hợp nhất số 04/VBHN-VPQH năm 2013 hợp nhất Luật Thuế TNDN; Điều 18 Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015 hướng dẫn thi hành Nghị định số 218/2013/NĐ-CP ngày 26/12/2013 của Chính phủ quy định và hướng dẫn thi hành Luật Thuế TNDN.

Nhằm hướng dẫn cụ thể quy định đối với điều kiện áp dụng ưu đãi thuế TNDN theo Điều 18 của Văn bản hợp nhất số 04/VBHN-VPQH năm 2013 hợp nhất Luật Thuế TNDN, Bộ Tài chính đã ban hành Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC ngày 14/09/2015 của Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành Nghị định số 218/2013/NĐ-CP ngày 26/12/2013 của Chính phủ quy định và hướng dẫn thi hành Luật Thuế TNDN hợp nhất từ các thông tư: Thông tư số 78/2014/TT-BTC ngày 18/06/2014 của Bộ Tài chính; Thông tư số 119/2014/TT-BTC ngày 25/08/2014 của Bộ Tài chính; Thông tư số 151/2014/TT-BTC ngày 10/10/2014 của Bộ Tài chính và Thông tư số 96/2015/TT-BTC ngày 22/06/2015 của Bộ Tài chính (sau đây gọi tắt là Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015 hướng dẫn thi hành Nghị định số 218/2013/NĐ-CP ngày 26/12/2013 của Chính phủ quy định và hướng dẫn thi hành Luật Thuế TNDN) quy định chi tiết một số điều kiện áp dụng ưu đãi thuế TNDN khác như: *“Doanh nghiệp có dự án đầu tư được hưởng ưu đãi thuế TNDN do đáp ứng điều kiện về lĩnh vực ưu đãi đầu tư thì các khoản thu nhập từ lĩnh vực ưu đãi đầu tư và các khoản thu nhập như thanh lý phế liệu, phế phẩm của sản phẩm thuộc lĩnh vực được ưu đãi đầu tư, chênh lệch tỷ giá liên quan trực tiếp đến doanh thu, chi phí của lĩnh vực được ưu đãi, lãi tiền gửi ngân hàng không kỳ hạn, các khoản thu nhập có liên quan trực tiếp khác cũng được hưởng ưu đãi thuế TNDN”*⁴. Quy định này thể hiện rõ thiện chí trong cam kết

về ưu đãi mà Nhà nước dành cho nhà đầu tư, nhưng trên thực tế việc xác định *“các khoản thu nhập có liên quan trực tiếp khác”* chưa được quy định cụ thể trong các văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn Luật Thuế TNDN. Về vấn đề này, Ông Nguyễn Văn Phụng - Phó Vụ trưởng Vụ chính sách thuế (Bộ Tài chính) lo ngại nếu dùng cụm từ *“các khoản thu nhập có liên quan trực tiếp khác sẽ gây khó khăn trong việc xác định các khoản thu nhập được miễn thuế”*⁵. Mặc dù, người viết đồng tình với quan điểm quy định theo hướng mở rộng này nhằm tăng phạm vi áp dụng ưu đãi thuế TNDN đối với nhà đầu tư nông nghiệp. Tuy nhiên, như thế nào là *“khoản thu nhập có liên quan trực tiếp khác”* và cách thức xác định tính có liên quan trực tiếp thì chưa có quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật về thuế TNDN. Bởi lẽ, theo quy định của Luật Thuế TNDN, doanh nghiệp phải tự căn cứ vào quy định của pháp luật để xác định thu nhập nào được miễn thuế khi thực hiện thủ tục miễn thuế.

Hai là, vướng mắc trong quy định về điều kiện áp dụng ưu đãi thuế TNDN đối với dự án đầu tư mở rộng tại khoản 6 Điều 18 của Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015

So với quy định trước đây, Luật Thuế TNDN hiện hành đã áp dụng ưu đãi thuế TNDN đối với cả dự án đầu tư mở rộng⁶. Đây là một quy định mới được bổ sung, đáp ứng yêu cầu thực tiễn và khuyến khích nhà đầu tư mở rộng quy mô sản xuất, kinh

⁴ Điểm a khoản 4 Điều 18 Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015 hợp nhất Thông tư hướng dẫn thi hành Nghị định số 218/2013/NĐ-CP ngày 26/12/2013 của Chính phủ quy định và hướng dẫn thi hành Luật Thuế TNDN.

⁵ Nguyễn Văn Phụng, *Ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp: Một số vấn đề đặt ra*, Tạp chí Tài chính, số 04, năm 2013, tr.112.

⁶ Điều 18 Văn bản hợp nhất số 04/VBHN-VPQH năm 2013 hợp nhất Luật Thuế TNDN.

doanh. Tuy nhiên, quy định về điều kiện xác định dự án đầu tư mở rộng để được hưởng ưu đãi thuế TNDN còn tồn tại bất cập và vướng mắc trong quá trình thực thi. Cụ thể, tại khoản 6 Điều 18 của Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015 hướng dẫn thi hành Nghị định số 218/2013/NĐ-CP ngày 26/12/2013 của Chính phủ quy định và hướng dẫn thi hành Luật Thuế TNDN, quy định chỉ những dự án đầu tư mở rộng quy mô sản xuất, nâng cao công suất, đổi mới công nghệ sản xuất thuộc lĩnh vực hoặc địa bàn ưu đãi thuế TNDN theo quy định của Luật Thuế TNDN nếu đáp ứng một trong ba tiêu chí theo quy định tại điểm a khoản 6 Điều 18 của Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015 hướng dẫn thi hành Nghị định số 218/2013/NĐ-CP ngày 26/12/2013 của Chính phủ quy định và hướng dẫn thi hành Luật Thuế TNDN mới thuộc diện hưởng ưu đãi là dự án đầu tư mở rộng. Như vậy, với cách xác định “dự án đầu tư mở rộng” theo quy định của Luật Thuế TNDN làm phát sinh hai vấn đề là: (i) Phạm vi xác định dự án nào là dự án đầu tư mở rộng bị thu hẹp hơn so với Luật Đầu tư năm 2014, (ii) Cách hiểu về khái niệm dự án đầu tư mở rộng giữa quy định của Luật Đầu tư năm 2014 và Luật Thuế TNDN là chưa thống nhất. Đồng thời, tiêu chí xác định “lĩnh vực ưu đãi thuế TNDN” và “địa bàn được ưu đãi thuế TNDN” được nêu tại điểm a khoản 6 Điều 18 của Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015 còn tồn tại hai vấn đề: (i) Việc xác định “lĩnh vực ưu đãi thuế TNDN” của dự án đầu tư mở rộng theo quy định vừa nêu chưa cụ thể, rõ ràng trong quá trình áp dụng luật. Nguyên nhân dẫn đến bất cập này là do các văn bản hướng dẫn Luật Thuế TNDN hiện hành không quy định

cụ thể danh mục các ngành, nghề hay lĩnh vực ưu đãi đầu tư theo quy định trên; (ii) Quy định “địa bàn được ưu đãi thuế TNDN” tại điểm a khoản 6 Điều 18 của Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015 được xác định dựa theo danh mục địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn hoặc địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn ban hành kèm theo Văn bản hợp nhất số 12/VBHN-BTC năm 2015 như hiện nay là chưa hợp lý và chưa thống nhất. Bởi lẽ, Luật Đầu tư năm 2014 là văn bản quy phạm pháp luật nền tảng và quy định chung về các hình thức ưu đãi đầu tư, nhưng khi áp dụng thì không căn cứ vào quy định này. Mặt khác, danh mục địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn hoặc địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn của Luật Thuế TNDN hiện hành còn chông chéo dẫn đến chưa thống nhất với danh mục được quy định của Luật Đầu tư.

2.3. Về phạm vi các thu nhập được miễn thuế thu nhập doanh nghiệp

Bên cạnh mặt tích cực của quy định mở rộng phạm vi thu nhập được miễn thuế và đối tượng nhà đầu tư được miễn thuế TNDN, trong bối cảnh thực hiện “Đề án tái cơ cấu ngành nông nghiệp theo hướng nâng cao giá trị gia tăng và phát triển bền vững”, có thể thấy việc áp dụng quy định này trên thực tế còn những hạn chế nhất định. Bởi lẽ, chỉ có thu nhập của một số ngành, nghề nông nghiệp được liệt kê tại Điều 4 của Văn bản hợp nhất số 04/VBHN-VPQH năm 2013 và thực hiện ở địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn mới thuộc trường hợp được miễn thuế TNDN theo quy định về ưu đãi đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp. Như vậy, tiêu chí xác định thu nhập của doanh nghiệp đầu tư nông nghiệp được

miễn thuế TNDN phải thỏa mãn cả điều kiện về tiêu chí ngành, nghề đầu tư và địa bàn đầu tư. Đồng thời, các khoản thu nhập này còn phải đáp ứng điều kiện “*về tỷ lệ giá trị nguyên vật liệu là nông sản, thủy sản trên chi phí sản xuất hàng hóa, sản phẩm từ 30% trở lên và sản phẩm, hàng hóa từ chế biến nông sản, thủy sản không thuộc diện chịu thuế tiêu thụ đặc biệt*”⁷. Ngoài ra, doanh nghiệp cần phải xuất trình những loại giấy tờ nào để được xem là căn cứ chứng minh việc xác định tỷ lệ theo quy định trên là đúng. Bởi lẽ, hiện nay, chưa có văn bản hướng dẫn và quy định cụ thể việc xác định “*về tỷ lệ giá trị nguyên vật liệu là nông sản, thủy sản trên chi phí sản xuất hàng hóa, sản phẩm từ 30% trở lên và sản phẩm, hàng hóa từ chế biến nông sản, thủy sản không thuộc diện chịu thuế tiêu thụ đặc biệt*” là do doanh nghiệp tự xác định hay cơ quan có thẩm quyền xác định. Như vậy, trên thực tế nhà đầu tư nông nghiệp muốn được ưu đãi theo quy định này là rất khó vì phải đáp ứng khá nhiều điều kiện và phải xuất trình các giấy tờ chứng minh. Từ các phân tích trên, có thể nhận thấy, quy định này chưa thật sự phù hợp với tinh thần chung của chính sách thu hút vốn đầu tư vào lĩnh vực nông nghiệp hiện nay.

Mặt khác, quy định xác định tiêu chí về “địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn” tại Điều 4 của Văn bản hợp nhất số 04/VBHN-VPQH năm 2013 còn chưa cụ thể, rõ ràng. Nghĩa là, việc xác định địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn của quy định trên là dựa vào danh mục địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội

đặc biệt khó khăn được ban hành kèm theo Văn bản hợp nhất số 12/VBHN-BTC năm 2015 hay theo danh mục tại Phụ lục II của Nghị định số 118/2015/NĐ-CP. Bởi lẽ, trong quy định của các văn bản quy phạm pháp luật về thuế TNDN, có nhiều điều khoản quy định về việc xác định địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn, địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn được hưởng ưu đãi thuế TNDN theo quy định của pháp luật thuế TNDN, nhưng các địa bàn này không thống nhất với danh mục địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn được ưu đãi đầu tư theo quy định của Luật Đầu tư đã được phân tích ở phần trên. Và hiện nay, các văn bản dưới luật điều chỉnh về thuế TNDN chưa hướng dẫn cụ thể quy định này. Điều đó dẫn đến những khó khăn trong quá trình áp dụng quy định pháp luật của cơ quan có thẩm quyền và ảnh hưởng đến quyền lợi của nhà đầu tư.

2.4. Về việc áp dụng chung những ưu đãi các ngành, nghề của lĩnh vực đầu tư khác cho lĩnh vực đầu tư nông nghiệp và về mức thuế suất phổ thông làm căn cứ ưu đãi giảm thuế suất thuế thu nhập doanh nghiệp ở Việt Nam

Là một trong các lĩnh vực pháp luật có liên quan trực tiếp đến chính sách thu hút vốn đầu tư vào nông nghiệp, các ưu đãi theo quy định của Luật Thuế TNDN năm 2008 và Luật sửa đổi một số điều của Luật Thuế TNDN năm 2013 có nhiều đổi mới với nhiều chính sách ưu đãi, khuyến khích doanh nghiệp đầu tư phát triển. Theo đánh giá của nhiều nhà nghiên cứu, mức độ ưu đãi thuế ở Việt Nam hiện hành là khá cao và đa dạng mức thuế suất áp dụng ưu đãi, cụ thể là⁸: 10% trong 15 năm, 20% trong 10

⁷ Khoản 1 Điều 4 Văn bản hợp nhất số 12/VBHN-BTC năm 2015 hợp nhất Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Thuế TNDN.

⁸ Pham, DM, Le, TM & Shukla GP (2011), *Legal Framework for Tax Administration*, Shukla, GP,

năm (từ ngày 01/01/2016 áp dụng thuế suất 17%), 10% trong suốt thời gian hoạt động dự án hay 15% đối với một số thu nhập từ hoạt động đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp; miễn thuế 04 năm và giảm 50% số thuế TNDN phải nộp trong 09 năm tiếp theo; cho phép chuyển lỗ (trong vòng 05 năm); hoàn thuế cho lợi nhuận tái đầu tư... Sự thay đổi mạnh mẽ này đã có những tác động nhất định đến tình hình thu hút vốn đầu tư vào các ngành, lĩnh vực kinh tế ở Việt Nam nói chung và lĩnh vực nông nghiệp nói riêng.

Mặc dù vậy, trong bối cảnh thực hiện Nghị quyết số 26-NQ/TW về nông nghiệp, nông dân, nông thôn⁹ và “Đề án tái cơ cấu ngành nông nghiệp theo hướng nâng cao giá trị gia tăng và phát triển bền vững” đã đặt ra yêu cầu mới trong chính sách ưu đãi thuế TNDN ở Việt Nam. Trên cơ sở phân tích, đánh giá hiệu quả của chính sách này đối với việc thu hút vốn đầu tư vào nông nghiệp, nhiều nhà nghiên cứu cơ bản đã chỉ ra hai vấn đề còn tồn tại đó là:

Thứ nhất, theo TS. Đặng Kim Sơn: “Các quy định về ưu đãi thuế TNDN hiện hành chỉ phù hợp với doanh nghiệp đầu tư kinh doanh trong lĩnh vực khác mà chưa thực sự phù hợp với các doanh nghiệp đầu tư vào nông nghiệp. Bởi lẽ, đặc điểm của ngành nông nghiệp là thời gian đầu tư ban đầu cao, chậm thu hồi vốn và hiệu suất sinh lời thấp. Do đó, nếu áp dụng những ưu đãi này cho lĩnh vực nông nghiệp thì chưa tạo được

*điểm hấp dẫn đối với nhà đầu tư, đặc biệt là nguồn vốn đầu tư trực tiếp từ nước ngoài (FDI)”*¹⁰.

Thứ hai, Việt Nam tuy đã có những bước thay đổi, giảm thuế suất thuế TNDN xuống còn 20% (từ ngày 01/01/2016) tương đương với mức trung bình hiện nay của các quốc gia châu Á. Tuy nhiên, nếu so với nhiều quốc gia, vùng lãnh thổ - nơi mà có nhiều doanh nghiệp FDI đến đầu tư như Singapore, Hồng Kông, Đài Loan, Ma-cao, Thái Lan, thì với mức thuế suất thuế TNDN 20% của Việt Nam như hiện nay là tương đối khá cao¹¹. Điều này có thể tạo ra động lực thúc đẩy các doanh nghiệp FDI chuyển lợi nhuận cho công ty mẹ ở nước ngoài, thông qua cơ chế chuyển giá^{12,13}.

3. Một số kiến nghị định hướng hoàn thiện quy định pháp luật về ưu đãi thuế thu nhập doanh nghiệp trong lĩnh vực đầu tư nông nghiệp

Để góp phần khuyến khích và thu hút vốn đầu tư vào nông nghiệp trong bối cảnh thực hiện “Đề án tái cơ cấu ngành nông

Pham, DM, Engleschalk, M & Le TM (ed.), *Tax Reform in Vietnam: Toward a More Efficient and Equitable Tax System*, World Bank, Washington DC, 2011, p. 36.

⁹ Nghị quyết số 26-NQ/TW ngày 05/08/2008 của Ban chấp hành Trung ương khóa X về nông nghiệp, nông dân và nông thôn.

¹⁰ Văn Lâm, *Khuyến khích đầu tư vào nông nghiệp: Cần thay đổi cách làm chính sách*, http://www.mof.gov.vn/webcenter/portal/vclvcstc/r/m/ttsk/dtn/ttskdt_n_chitiet?dDocName=MOF158581&dID=79489&_afLoop=20494309225085489#!%40%40%3FDID%3D79489%26_afLoop%3D20494309225085489%26dDocName%3DMOF158581%26_adf.ctrl-state%3D1czbr9s2nr_4, truy cập ngày 10/01/2019.

¹¹ Nguyễn Thị Lan Hương, *Chính sách ưu đãi thuế đối với hoạt động đầu tư nước ngoài*, Tạp chí Tài chính, kỳ 2, tháng 04/2016, tr.43-44.

¹² Xem thêm Lê Xuân Trường, *Chống chuyển giá ở Việt Nam - Tiếp tục hoàn thiện khung pháp lý và các điều kiện*, Tạp chí Tài chính, số 04, năm 2012, tr.128.

¹³ Nguyễn Thị Lan, *Quản lý chống chuyển giá: Két quả bước đầu*, <http://tapchitaichinh.vn/nguyen-cuu-trao-doi/trao-doi-binh-luan/quan-ly-chong-chuyen-gia-ket-qua-buoc-dau-81175.html>, truy cập ngày 10/12/2018.

ng nghiệp theo hướng nâng cao giá trị gia tăng và phát triển bền vững”, người viết đề xuất một số kiến nghị định hướng hoàn thiện quy định pháp luật về ưu đãi thuế TNDN trong lĩnh vực đầu tư nông nghiệp, cụ thể:

Một là, trong lĩnh vực thuế TNDN cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn phạm vi áp dụng ưu đãi thuế TNDN đối với dự án đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp. Theo đó, các văn bản hướng dẫn Luật Thuế TNDN cần quy định thống nhất với quy định của Luật Đầu tư năm 2014 trong phạm vi xác định dự án nào là dự án đầu tư thuộc ngành, nghề nông nghiệp để được ưu đãi thuế TNDN.

Hai là, qua vấn đề đã được phân tích ở phần trên trong quy định về điều kiện áp dụng ưu đãi thuế TNDN đối với dự án đầu tư mở rộng, thiết nghĩ cần thống nhất quy định về cách hiểu cũng như tiêu chí để xác định dự án đầu tư mở rộng. Theo đó, cần sửa đổi, bổ sung quy định về cách xác định dự án đầu tư mở rộng mà Luật Thuế TNDN hiện hành đang quy định. Nên chăng, khi sửa đổi, bổ sung quy định này cần hướng theo cách quy định dự án đầu tư mở rộng của Luật Đầu tư năm 2014. Điều này vừa phù hợp với chính sách thu hút đầu tư của Đảng và Nhà nước ta, hạn chế được tình trạng chồng lấn, mâu thuẫn giữa các văn bản quy phạm pháp luật. Đồng thời, qua đó, đảm bảo quyền lợi chính đáng của nhà đầu tư trong thực tiễn áp dụng. Mặt khác, đối với quy định về tiêu chí xác định “lĩnh vực ưu đãi thuế TNDN” và “địa bàn được ưu đãi thuế TNDN” của dự án đầu tư mở rộng theo quy định của Luật Thuế TNDN, cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn chi tiết. Theo đó, nên ban hành danh mục các ngành, nghề hay lĩnh vực ưu đãi đầu tư thống nhất với

quy định của Luật Đầu tư. Bởi lẽ, cho đến nay Luật Đầu tư là văn bản quy phạm pháp luật nền tảng điều chỉnh các hoạt động trong lĩnh vực đầu tư ở Việt Nam.

Ba là, thiết nghĩ các Bộ, ngành chủ quản về đầu tư, mà trực tiếp là Bộ Tài chính, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn, Bộ Kế hoạch và Đầu tư sớm phối hợp ban hành văn bản hướng dẫn chi tiết cách xác định “các khoản thu nhập có liên quan trực tiếp khác” tại điểm a khoản 4 Văn bản hợp nhất số 26/VBHN-BTC năm 2015 để làm cơ sở pháp lý cho doanh nghiệp thực hiện đúng quy định. Đối với chủ thể quản lý, điều này tạo điều kiện cho việc áp dụng quy định pháp luật về ưu đãi thuế TNDN được minh bạch và đồng bộ, góp phần hiện thực hóa những cam kết của Nhà nước trong chính sách thu hút đầu tư nông nghiệp. Thông qua đó, góp phần đáng kể vào việc cải thiện môi trường đầu tư ở Việt Nam nói chung, đặc biệt là quy định pháp luật về ưu đãi đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp ngày càng được khơi thông và hiệu quả.

Bốn là, hiện nay, việc quy định và áp dụng chung các hình thức ưu đãi thuế TNDN cho các ngành, nghề đầu tư như hiện nay vẫn chưa tạo được đòn bẩy để thu hút nhà đầu tư vào lĩnh vực nông nghiệp. Vì lẽ đó, nếu có thể trong thời gian tới, cần định hướng xây dựng hệ thống các quy định về ưu đãi đầu tư dành riêng cho lĩnh vực nông nghiệp sao cho vừa phù hợp với đặc thù riêng của lĩnh vực này, nhưng vẫn tuân thủ các cam kết quốc tế về đầu tư mà Việt Nam đã ký kết. Từ đó, góp phần hiện thực hóa các quy định của chính sách về khuyến khích đầu tư vào nông nghiệp, nông thôn mà Đảng và Nhà nước ta đã đề ra.

Mặt khác, trên cơ sở phân tích những điểm còn hạn chế của quy định về mức thuế suất phổ thông làm căn cứ ưu đãi giảm thuế suất thuế TNDN và từ thực tế quản lý nhà nước về thuế hiện nay, nên chẳng giảm thêm mức thuế suất phổ thông của thuế TNDN. Bởi lẽ, điều này vừa để tăng tính cạnh tranh quốc gia trong thu hút đầu tư nước ngoài, giảm bớt “động cơ” chuyển giá của các doanh nghiệp FDI; đồng thời tăng thêm tính hấp dẫn trong chính sách ưu đãi thuế TNDN đối với các nhà đầu tư. Về vấn đề này, bên cạnh nhiều quan điểm lo ngại nếu hạ mức thuế suất phổ thông thuế TNDN và tăng các ưu đãi thuế TNDN sẽ làm giảm nguồn thu ngân sách nhà nước từ thuế TNDN¹⁴, phần lớn các nhà nghiên cứu về chính sách tài chính của Việt Nam đều đồng quan điểm nên hạ mức thuế suất phổ thông thuế TNDN được thực hiện theo lộ trình như trước đây¹⁵. Cụ thể, theo TS. Nguyễn Thị Lan Hương, “mức thuế suất phổ thông thuế TNDN tối ưu là 18,5%”¹⁶. Người viết đồng quan điểm nên hạ mức thuế suất phổ thông thuế TNDN trong giai đoạn tới theo một lộ trình xác định trước, vì những lý do sau: (i) Giảm thuế suất thuế TNDN xuống mức 18,5% sẽ không gây tác động giảm thu ngân sách nhà nước đột ngột, mà còn làm cho tổng số thu thuế tăng lên. Bởi việc giảm thuế sẽ làm giảm số thu thuế trong ngắn hạn, nhưng làm tăng tích lũy, tăng đầu tư, giảm sự gian lận thuế, trốn thuế bằng nhiều hình thức^{17,18}; (ii) Việt Nam là quốc gia cần

vốn cho đầu tư phát triển, việc giảm thuế suất thuế TNDN sẽ tạo ra môi trường kinh doanh năng động, nhất là đối với việc thu hút nguồn lực đầu tư nước ngoài vào lĩnh vực nông nghiệp¹⁹ và (iii) Giảm thuế là một biện pháp hạn chế động cơ chuyển giá. Quan sát các nước có cùng mức phát triển trong khu vực và trên thế giới thì mức thuế suất thấp (18,5%) sẽ làm giảm tối đa động cơ “chuyển giá” nhằm trốn thuế của các doanh nghiệp FDI²⁰.

4. Kết luận

Nông nghiệp là một lĩnh vực sản xuất đặc thù bởi phụ thuộc rất lớn vào các yếu tố tự nhiên, vốn đầu tư ban đầu lớn, thời gian đầu tư lâu dài, tỷ lệ rủi ro cao, nhưng lợi nhuận thu về chậm. Vì vậy, việc nghiên cứu và hoàn thiện các quy định pháp luật về ưu đãi thuế TNDN dành cho nhà đầu tư trong lĩnh vực nông nghiệp không chỉ tạo ra điều kiện và mời chào các nguồn vốn trong dân cư, đặc biệt là các doanh nghiệp đầu tư vào lĩnh vực sản xuất, kinh doanh này, mà còn góp phần đảm bảo cho tiến trình cải thiện môi trường đầu tư trong nước. Tuy nhiên, pháp luật về ưu đãi thuế TNDN trong lĩnh vực đầu tư nông nghiệp được xem là một chế định phức tạp trong khoa học pháp lý. Trong phạm vi bài viết, tác giả chỉ hệ thống một số bất cập và vướng mắc cơ bản của quy định pháp luật hiện hành về ưu đãi thuế TNDN trong lĩnh vực đầu tư nông nghiệp; qua đó, góp phần thực hiện Nghị quyết số 26-NQ/TW của Ban chấp hành Trung ương Đảng khóa X về nông nghiệp, nông dân, nông thôn.

¹⁴ Chính phủ, *Tờ trình về dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Thuế TNDN năm 2013 và Tờ trình về dự án Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các luật về thuế năm 2014*.

¹⁵ Nguyễn Văn Phụng, *tlđđ*, tr.113.

¹⁶ Nguyễn Thị Lan Hương, *tlđđ*, tr.46.

¹⁷ Nguyễn Thị Lan Hương, *tlđđ*, tr.46.

¹⁸ Nguyễn Văn Phụng, *tlđđ*, tr.112-113.

¹⁹ Nguyễn Văn Phụng, *tlđđ*, tr.114.

²⁰ Nguyễn Thị Lan Hương, *tlđđ*, tr.45.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ CẤP TÍN DỤNG CHO CÁC DỰ ÁN PHÁT TRIỂN NHÀ CHUNG CƯ CỦA NGÂN HÀNG THƯƠNG MẠI

Lê Văn Hiến*

Tóm tắt: Trong các nguồn vốn huy động, vốn tín dụng từ các ngân hàng thương mại được xem là nguồn vốn chủ lực để phát triển các dự án nhà chung cư. Bài viết trao đổi một số ý kiến liên quan đến tính khả thi và một số bất cập trong quy định của pháp luật và thực tiễn thực thi liên quan đến việc các ngân hàng thương mại cấp tín dụng có thể chấp cho chủ đầu tư các dự án nhà chung cư; đồng thời đưa ra một số đề xuất, kiến nghị.

Abstract: Among capital investment sources, credit from commercial banks is seen as the predominant source for the development of apartment projects. The article discusses viewpoints on the feasibility and shortcomings of the law and its practice relating to mortgage-based credit offering by commercial banks to owners of apartment projects, and makes proposals and recommendations.

1. Khái quát về nhà chung cư và nhu cầu được cấp tín dụng để phát triển các dự án nhà chung cư

1.1. Khái niệm và đặc điểm của nhà chung cư

Theo quy định tại khoản 3 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014 (Luật Nhà ở), nhà chung cư là loại nhà có từ 2 tầng trở lên, có nhiều căn hộ, có lối đi, cầu thang chung, có phần sở hữu riêng, phần sở hữu chung và hệ thống công trình hạ tầng sử dụng chung cho các hộ gia đình, cá nhân, tổ chức, bao gồm nhà chung cư được xây dựng với mục đích để ở và nhà chung cư được xây dựng có mục đích sử dụng hỗn hợp để ở và kinh doanh. Từ định nghĩa trên cho thấy, khái niệm nhà chung cư được dùng để chỉ nhà ở có nhiều chủ sở hữu với việc xác định cụ thể phần diện tích thuộc sở hữu riêng của từng chủ sở hữu căn hộ và phần diện tích thuộc sở hữu chung của tất cả các chủ sở hữu nhà chung cư đó.

Trong bài viết này, dự án phát triển nhà chung cư được hiểu là dự án phát triển nhà ở thương mại dưới hình thức nhà chung cư. Vấn đề tài trợ vốn cho các dự án phát triển nhà chung cư có liên quan đến các đặc trưng sau đây của nhà chung cư:

Thứ nhất, mục đích sử dụng nhà chung cư khá đa dạng. Một khu nhà chung cư có thể chỉ bao gồm các căn hộ để ở hoặc vừa có căn hộ để ở, vừa có các căn hộ đa năng vừa để ở vừa để kinh doanh như căn hộ văn phòng, căn hộ nghỉ dưỡng và cả các đơn nguyên sử dụng thuần túy cho mục đích kinh doanh như các siêu thị, cửa hàng bán lẻ, cơ sở cung cấp dịch vụ trong dự án căn hộ. Xuất phát từ mục đích như vậy, chủ thể sử dụng và sở hữu nhà chung cư cũng rất đa dạng, không chỉ là những chủ thể sử dụng cho mục đích để ở, mà còn cho mục đích kinh doanh. Chính vì vậy, nguồn vốn phát triển nhà chung cư được các chủ thể có liên quan đặc biệt quan tâm.

Thứ hai, nhà chung cư thường được xây dựng và phát triển bởi các chủ thể chuyên

* ThS. NCS., Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

nghiệp, chuyên thực hiện việc đầu tư để xây dựng và phát triển nhà chung cư cho mục đích để bán hoặc cho thuê¹. Chủ thể này thường là doanh nghiệp kinh doanh phát triển bất động sản. Trong cấu thành vốn sản xuất kinh doanh, vốn vay chiếm vị trí quan trọng. Điều này càng đúng hơn đối với các dự án bất động sản nói chung và dự án phát triển nhà chung cư nói riêng, vì đều là những dự án đòi hỏi nguồn vốn lớn.

Thứ ba, mục đích chính của các dự án phát triển nhà chung cư là để tạo lập chỗ ở cho người dân. Với truyền thống coi trọng “an cư” ở nước ta, sở hữu nhà ở (trong đó có căn hộ chung cư) là mong muốn của hầu hết mọi người dân. Chính vì vậy, người trưởng thành nói chung và đặc biệt là những người đã có gia đình riêng thường cố gắng để có thể được sở hữu ít nhất một căn nhà. Trong khi không phải ai cũng có đủ nguồn vốn tích lũy để mua nhà, vay vốn ngân hàng hoặc tìm kiếm các giải pháp tài chính khác để có thể sở hữu nhà, trong đó có nhà chung cư trở thành một nhu cầu phổ biến của người dân, đặc biệt là người dân ở các thành phố lớn nơi mà nguồn đất dành cho nhà ở riêng lẻ trở nên ngày càng khan hiếm và đắt đỏ.

Thứ tư, pháp luật cho phép các chủ đầu tư dự án phát triển nhà chung cư, ngoài việc tự huy động vốn vay để phát triển dự án, còn có thể nhận tiền bán nhà, tiền thuê mua, tiền thuê nhà ở trả trước theo hợp đồng mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai². Người mua, thuê mua hoặc thuê nhà ở hình thành trong tương lai cũng có thể vay tiền ngân hàng để trả trước cho chủ đầu tư theo hợp đồng mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở hình

thành trong tương lai. Điều này có thể dẫn đến tình trạng một bất động sản được sử dụng để bảo đảm cho nhiều nghĩa vụ, nguy cơ gây rủi ro cho cả ngân hàng và người mua, thuê mua hoặc thuê nhà ở hình thành trong tương lai.

Thứ năm, Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 (Luật Kinh doanh bất động sản), yêu cầu chủ đầu tư dự án bất động sản trước khi bán, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai phải được ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nghĩa vụ tài chính của chủ đầu tư đối với khách hàng khi chủ đầu tư không bàn giao nhà ở theo đúng tiến độ đã cam kết với khách hàng; và chỉ các ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh việc kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai nằm trong danh sách do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố mới được cung cấp dịch vụ bảo lãnh này cho các chủ đầu tư dự án bất động sản³. Việc cấp bảo lãnh của ngân hàng thương mại cho các chủ đầu tư dự án nhà ở thương mại trong trường hợp này cũng là một hình thức cấp tín dụng⁴ của các ngân hàng thương mại đối với các chủ đầu tư phát triển dự án phát triển nhà chung cư, khi mà rất nhiều chủ đầu tư thực hiện hoạt động ứng trước tiền mua nhà của người mua thông qua việc bán nhà ở hình thành trong tương lai.

Vốn đầu tư phát triển nhà chung cư có thể đến từ nhiều nguồn. Tuy nhiên, các đặc trưng nêu trên cho thấy nguồn vốn tín dụng đến từ các ngân hàng thương mại đóng vai trò rất quan trọng đối với việc phát triển nhà chung cư.

¹ Lê Văn Hiến, *Vấn đề quyền sở hữu nhà chung cư*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 03/2013, tr. 45-53.

² Khoản 3 Điều 69 Luật Nhà ở.

³ Khoản 2 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản.

⁴ Theo quy định tại khoản 14 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010, bảo lãnh ngân hàng là một trong các hình thức cấp tín dụng.

1.2. Nhu cầu được sử dụng vốn tín dụng để phát triển các dự án nhà chung cư

Theo quy định tại Điều 69 Luật Nhà ở, việc phát triển nhà ở thương mại (bao gồm nhà chung cư) đến từ các nguồn sau:

- (i) Vốn thuộc sở hữu của chủ đầu tư;
- (ii) Vốn huy động thông qua hình thức góp vốn, hợp tác đầu tư, hợp tác kinh doanh, liên doanh, liên kết của các tổ chức, hộ gia đình, cá nhân;
- (iii) Tiền mua, tiền thuê mua, tiền thuê, nhà ở trả trước theo hợp đồng mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai;
- (iv) Vốn vay từ tổ chức tín dụng, tổ chức tài chính đang hoạt động tại Việt Nam.

Đối với một nền kinh tế đang phát triển với tăng trưởng bất động sản ở mức cao như nước ta thì các nguồn vốn huy động, bao gồm vốn vay từ các tổ chức tín dụng, tổ chức tài chính đang hoạt động tại Việt Nam đóng một vai trò quan trọng. Vốn vay từ các định chế tài chính đóng góp lớn cho sự phát triển thị trường bất động sản, bao gồm cả thị trường nhà chung cư. Theo số liệu từ Ngân hàng Nhà nước, đến cuối năm 2018, tổng dư nợ tín dụng liên quan đến bất động sản là 31,7%, trong đó vay trực tiếp đối với chủ đầu tư có dấu hiệu chững lại, nhưng vay đối với khách hàng mua nhà lại tăng⁵. Tuy nhiên, kinh doanh bất động sản là lĩnh vực có nhiều rủi ro, cùng với các công cụ kinh tế khác như thuế, công cụ về quy hoạch, kế hoạch, chính sách kích cầu, chính sách tín dụng cần phải hợp lý thì mới có thể hỗ trợ thị trường bất động sản, bao gồm nhà chung

⁵ Huyền Anh, *Nấn dòng vốn cho vay bất động sản hợp lý*, Thời báo kinh doanh trực tuyến, <https://thoibaokinhdoanh.vn/ngan-hang/nan-dong-von-cho-vay-bat-dong-san-hop-ly-1057878.html>, truy cập ngày 16/10/2019.

cư phát triển một cách ổn định và lành mạnh, tránh phát sinh dư nợ xấu cho thị trường tín dụng. Kết luận này xuất phát từ các lý do sau đây:

Thứ nhất, những dự án bất động sản nói chung, dự án xây dựng nhà chung cư nói riêng được các ngân hàng thương mại tài trợ vốn tạo niềm tin về tính pháp lý, về năng lực chủ đầu tư của dự án vì ngân hàng thương mại phải tuân thủ các quy định về thẩm định dự án trước khi quyết định cấp tín dụng⁶.

Thứ hai, việc ngân hàng thương mại đồng ý đứng ra bảo lãnh cho chủ đầu tư dự án luôn đòi hỏi việc thẩm định tính an toàn của dự án và luôn yêu cầu chủ đầu tư dự án phải có tài sản đảm bảo. Điều này cũng tạo ra tính an toàn về mặt tài chính của các dự án nhà chung cư, nơi mà phần lớn các căn hộ được chủ đầu tư bán dưới hình thức “nhà ở hình thành trong tương lai”.

Thứ ba, tỷ lệ vốn vay trong một dự án bất động sản thường rất cao, đến 80%, thậm chí, 85% tổng vốn đầu tư của dự án⁷. Việc đảm bảo nguồn vốn vay được sử dụng đúng

⁶ Xem thêm Hạ Vy, *Dự án bất động sản sẽ minh bạch hơn khi được ngân hàng cho vay vốn, người mua an toàn hơn?*, Báo Tri Thức Trẻ online, <http://tvtvn.vn/kinh-doanh/du-an-bat-dong-san-se-minh-bach-hon-khi-duoc-ngan-hang-cho-vay-von-nguoi-mua-an-toan-hon-42019135203129641.htm>, truy cập ngày 27/9/2019.

⁷ Theo quy định tại khoản 4 Điều 14 của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai thì để được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư (bao gồm các dự án đầu tư nhà chung cư), chủ đầu tư phải chứng minh việc đáp ứng điều kiện về năng lực tài chính để thực hiện dự án, trong đó yêu cầu có vốn thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 héc ta; không thấp hơn 15% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 héc ta trở lên.

mục đích có ý nghĩa rất quan trọng, đảm bảo tiến độ thực hiện dự án và hiệu quả sử dụng nguồn vốn của tất cả các chủ thể liên quan, bao gồm cả chủ đầu tư phát triển dự án, ngân hàng và người mua nhà ở hình thành trong tương lai có sử dụng vốn vay từ ngân hàng.

2. Vấn đề cấp tín dụng của ngân hàng thương mại đối với chủ đầu tư phát triển dự án nhà chung cư

Theo quy định của pháp luật hiện hành, việc cấp tín dụng cho chủ đầu tư phát triển dự án nhà chung cư của ngân hàng thương mại được thực hiện chủ yếu dưới hai hình thức: Cho vay vốn và bảo lãnh giao nhà đúng thời hạn.

2.1. Vấn đề ngân hàng thương mại cho chủ đầu tư vay vốn để phát triển dự án nhà chung cư

Theo quy định tại khoản 3 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014 (*Luật Doanh nghiệp*), doanh nghiệp nói chung, doanh nghiệp phát triển dự án bất động sản nói riêng được lựa chọn hình thức, phương thức huy động, phân bổ và sử dụng vốn. Điều 147 Luật Nhà ở quy định chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở được thế chấp dự án hoặc nhà ở xây dựng trong dự án tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn cho việc đầu tư dự án hoặc xây dựng nhà ở đó. Như vậy, doanh nghiệp được quyền vay vốn ngân hàng để phát triển dự án bất động sản bao gồm các dự án nhà chung cư và được phép thế chấp dự án hoặc nhà ở trong dự án tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để đầu tư vào dự án.

Tuy nhiên, pháp luật cũng đặt ra các quy định giới hạn quyền nêu trên của chủ đầu tư các dự án kinh doanh bất động sản nhằm đảm bảo năng lực và khả năng thực hiện dự án của chủ đầu tư.

Theo quy định tại khoản 2 và khoản 4 Điều 14 của Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/5/2014 của Chính phủ (*Nghị định 43/2014/NĐ-CP*) quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai, để được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư (bao gồm các dự án đầu tư nhà chung cư), chủ đầu tư phải chứng minh việc đáp ứng điều kiện về năng lực tài chính để thực hiện dự án, cụ thể như sau:

(i) Có vốn thuộc sở hữu của mình để thực hiện dự án không thấp hơn 20% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất dưới 20 héc ta; không thấp hơn 15% tổng mức đầu tư đối với dự án có quy mô sử dụng đất từ 20 héc ta trở lên; và

(ii) Có khả năng huy động vốn để thực hiện dự án từ các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài và các tổ chức, cá nhân khác.

Ngoài các điều kiện về năng lực tài chính để được giao đất, cho thuê đất hay nhận chuyển nhượng đất để thực hiện dự án theo quy định của Luật Đất đai và văn bản hướng dẫn, việc vay vốn của các ngân hàng thương mại để thực hiện dự án đầu tư còn phải tuân thủ các quy định về giới hạn và điều kiện cấp vốn của các ngân hàng thương mại.

Các điều kiện chung về cho vay vốn của ngân hàng thương mại bao gồm⁸:

(i) Khách hàng là pháp nhân có năng lực pháp luật dân sự theo quy định của pháp luật;

⁸ Điều 7 Thông tư số 39/2016/TT-NHNN ngày 30/12/2016 của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Quy định về hoạt động cho vay của tổ chức tín dụng, chi nhánh Ngân hàng nước ngoài đối với khách hàng.

(ii) Nhu cầu vay vốn để sử dụng vào mục đích hợp pháp;

(iii) Có phương án sử dụng vốn khả thi;

(iv) Có khả năng tài chính để trả nợ.

Trong các điều kiện nêu trên, điều kiện về việc có phương án sử dụng vốn khả thi và có khả năng tài chính để trả nợ giúp ngân hàng lựa chọn, sàng lọc khách hàng để đảm bảo khả năng thu hồi nợ.

Tiêu chí về phương án sử dụng vốn giúp ngân hàng kiểm tra tính khả thi và hiệu quả của dự án sử dụng vốn vay. Đây là yêu cầu rất quan trọng khi ngân hàng xem xét thẩm định hồ sơ vay vốn của các nhà đầu tư. Đối với các dự án bất động sản nói chung và dự án nhà chung cư nói riêng, ngân hàng thẩm định phương án sử dụng vốn thông qua việc kiểm tra tính pháp lý của dự án, khả năng thực hiện dự án của chủ đầu tư, khả năng thanh khoản của dự án thông qua vị trí bất động sản, mức giá bán dự kiến...

Về khả năng trả nợ của khách hàng, ngoài việc đánh giá tính khả thi của phương án sử dụng vốn, ngân hàng luôn yêu cầu chủ đầu tư phát triển dự án phải có tài sản đảm bảo cho khoản vay. Đối với các dự án đầu tư phát triển bất động sản nói chung và nhà chung cư nói riêng, ngân hàng thường yêu cầu chủ đầu tư phát triển dự án thế chấp dự án hoặc thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai để đảm bảo cho các khoản vốn vay.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 147 Luật Nhà ở, chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở được thế chấp dự án hoặc nhà ở xây dựng trong dự án (nhà ở hình thành trong tương lai) tại tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn cho việc đầu tư dự án hoặc xây dựng nhà ở đó. Điều kiện để chủ đầu tư thế chấp dự án bao gồm: Dự án đã có hồ sơ dự án, có thiết kế kỹ thuật được phê

duyet và đã có Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền⁹. Trong trường hợp chủ đầu tư muốn thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai của dự án thì ngoài điều kiện để được thế chấp dự án nêu trên, chủ đầu tư phải đảm bảo đáp ứng điều kiện là dự án đã xây dựng xong phần móng theo quy định của pháp luật về xây dựng và không nằm trong phần dự án hoặc toàn bộ dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp (nếu có)¹⁰. Như vậy, việc thế chấp dự án và thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai của một dự án phát triển bất động sản có phần giao thoa với nhau và cần phải được giám sát chặt chẽ để đảm bảo việc xác định đúng giá trị tài sản thế chấp, tránh trường hợp tài sản thế chấp được định giá không chính xác dẫn đến khả năng thanh toán nợ vay từ tài sản bảo đảm bị hạn chế, ảnh hưởng đến quyền lợi của bên nhận thế chấp. Làm thế nào để bóc tách phần nhà ở hình thành trong tương lai khỏi phần dự án đã thế chấp là điều không dễ dàng. Thông thường khi chủ đầu tư dự án đã thế chấp dự án thì thế chấp toàn bộ dự án hoặc từng phân khu trên đó có xây dựng nhà ở để bán. Giá trị tài sản thế chấp trong trường hợp này được thẩm định dựa trên nhiều yếu tố, nhưng luôn bao gồm triển vọng/khả năng sinh lời của dự án và yếu tố này phụ thuộc khá nhiều vào vị trí dự án (mà giá trị quyền sử dụng đất là thước đo chủ yếu) và chất lượng công trình và tiện ích của dự án (mà giá trị căn hộ là thước đo chủ yếu). Pháp luật hiện hành chỉ quy định chủ đầu tư được quyền thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai khi dự án xây trong phần móng. Như vậy, giá trị của nhà ở hình thành trong tương lai được

⁹ Khoản 1 Điều 148 Luật Nhà ở.

¹⁰ Khoản 2 Điều 148 Luật Nhà ở.

thế chấp cũng chỉ là giá trị ước tính và chỉ có giá trị thực sự khi căn nhà đó đã hoàn thành việc xây dựng. Khi thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, việc xác định giá trị tài sản thế chấp để xác định hạn mức tín dụng thường được xác định bằng một tỷ lệ phần trăm nhất định trên giá bán căn nhà và như vậy lại bao gồm cả giá trị quyền sử dụng đất được phân bổ cho căn nhà đó.

Tuy quy định của pháp luật hiện hành đã khá chặt chẽ, theo hướng tài sản thế chấp phải có đủ điều kiện giao dịch trên thị trường nhằm đảm bảo quyền lợi cho ngân hàng trong trường hợp phải xử lý tài sản thế chấp để thu hồi nợ, xử lý tài sản thế chấp là dự án xây dựng nhà ở hoặc nhà ở hình thành trong tương lai của dự án đầu tư xây dựng nhà ở không phải là việc làm đơn giản. Khoản 2 Điều 149 Luật Nhà ở quy định tổ chức, cá nhân nhận chuyển nhượng dự án xây dựng nhà ở phải có đủ điều kiện làm chủ đầu tư dự án theo quy định của Luật Nhà ở và phải đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền giao dự án theo quy định của pháp luật về kinh doanh bất động sản. Đứng từ góc độ quản lý nhà nước và để bảo đảm việc tiếp tục thực hiện dự án, quy định này là phù hợp. Tuy nhiên, từ góc độ ngân hàng, xử lý tài sản bảo đảm đối với dự án xây dựng nhà ở không phải là việc làm dễ dàng khi phải tìm được bên nhận chuyển nhượng đáp ứng quy định của pháp luật để tiếp tục thực hiện dự án. Trong thực tế, khó khăn trong việc xử lý tài sản bảo đảm là một trong những nguyên nhân làm gia tăng nợ xấu và làm cho tín dụng bất động sản trở nên rủi ro hơn. Chính vì vậy, chính sách tín dụng bất động sản đang được Ngân hàng Nhà nước xem xét lại để hỗ trợ sự phát triển lành mạnh và bền vững của thị trường bất động sản, trong đó hướng đến mục tiêu

giảm đầu cơ bất động sản, đưa giá bất động sản về đúng giá trị, tạo điều kiện cho những người thực sự có nhu cầu về nhà ở có thể sở hữu nhà ở.

Xu hướng “siết” hoặc chính xác hơn là “nắn” tín dụng bất động sản thể hiện ở việc Ngân hàng Nhà nước dự kiến sửa đổi Thông tư số 36/2014/TT-NHNN ngày 20/11/2014 quy định giới hạn tỷ lệ an toàn trong hoạt động của tổ chức tín dụng, ngân hàng nước ngoài (Thông tư 36/2014/TT-NHNN). Theo đó, sửa đổi một số quy định liên quan tới tỷ lệ an toàn trong hoạt động mà các tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài phải thường xuyên duy trì, trong đó có nội dung giảm tỷ lệ sử dụng nguồn vốn ngắn hạn để cho vay trung, dài hạn và nâng hệ số rủi ro đối với một số khoản vay bất động sản.

Theo Dự thảo Thông tư, với lộ trình gồm 3 giai đoạn đến năm 2022, tỷ lệ tối đa nguồn vốn ngắn hạn được sử dụng để cho vay trung, dài hạn xuống còn 30%¹¹, Ngân hàng Nhà nước kỳ vọng sẽ kiểm soát được rủi ro thanh khoản nhằm bảo đảm an toàn hệ thống trước những thay đổi điều kiện kinh tế vĩ mô, góp phần ổn định hoạt động ngân hàng, hỗ trợ thúc đẩy phát triển kinh tế bền vững¹².

Ngoài ra, Dự thảo Thông tư áp dụng hệ số rủi ro cao nhất (200%) đối với các khoản vay kinh doanh bất động sản; đối với khoản

¹¹ Xem Dự thảo Thông tư sửa đổi Thông tư 36/2014/TT-NHNN đăng trên website xây dựng pháp luật của VCCI, http://vibonline.com.vn/du_thao/du-thao-thong-tu-thay-thong-tu-362014tt-nhnn, truy cập ngày 16/10/2019. Hiện nay, khoản 5 Điều 17 Thông tư 36/2014/TT-NHNN quy định tỷ lệ này tối đa là 60% đối với ngân hàng thương mại.

¹² Xem thêm bài viết: *Chi cho vay đối với các dự án bất động sản đủ điều kiện* đăng trên báo điện tử VietStock, <https://vietstock.vn/2019/06/chi-cho-vay-von-voi-nhung-du-an-bat-dong-san-du-dieu-kien-75-7-684708.htm>, truy cập ngày 16/10/2019.

vay tiêu dùng (trong đó chủ yếu là vay mua bất động sản) có số dư nợ trên 3,0 tỷ đồng, áp dụng hệ số rủi ro 150%; từ 1,5 tỷ đồng đến 3,0 tỷ đồng áp dụng hệ số 100%; đối với khoản vay dưới 1,5 tỷ đồng, các khoản vay mua nhà ở xã hội, mua nhà theo các dự án, chương trình hỗ trợ của Chính phủ áp dụng hệ số rủi ro 50%¹³ nhằm hướng tín dụng bất động sản vào nhu cầu thực của người dân, thúc đẩy phát triển phân khúc nhà ở thương mại giá rẻ và nhà ở xã hội (phân khúc đang thiếu nguồn cung). Theo ông Nguyễn Quốc Hùng, Vụ trưởng Vụ tín dụng các ngành kinh tế của Ngân hàng Nhà nước thì đây là lộ trình phù hợp và không ảnh hưởng tiêu cực đến thị trường bất động sản. Ông cũng cho rằng, Ngân hàng Nhà nước cũng định hướng kiểm soát chặt chẽ tín dụng đối với lĩnh vực bất động sản, nhưng định hướng tín dụng phục vụ nhu cầu thực của người dân chứ không phải xiết tín dụng đối với hoạt động bất động sản nói chung¹⁴.

2.2. Vấn đề bảo lãnh của ngân hàng thương mại đối với nghĩa vụ giao nhà đúng thời hạn của chủ đầu tư dự án nhà chung cư

Mua bán nhà ở hình thành trong tương lai là một hình thức mua bán tương đối mới mẻ ở nước ta, nhưng hiện đang phát triển mạnh mẽ do đáp ứng nhu cầu của thực tiễn.

¹³ Xem Dự thảo Thông tư sửa đổi Thông tư 36/2014/TT-NHNN đăng trên website xây dựng pháp luật của VCCI, http://vibonline.com.vn/du_thao/du-thao-thong-tu-thay-thong-tu-362014tt-nhnn, truy cập ngày 16/10/2019. Hiện nay, Thông tư 36/2014/TT-NHNN áp dụng tỷ lệ rủi ro chung đối với cho vay bất động sản là 150% mà không có sự phân hóa như Dự thảo.

¹⁴ Xem thêm bài viết: *Chi cho vay đối với các dự án bất động sản đủ điều kiện* đăng trên báo điện tử VietStock, <https://vietstock.vn/2019/06/chi-cho-vay-von-voi-nhung-du-an-bat-dong-san-du-dieu-kien-757-684708.htm>, truy cập ngày 16/10/2019.

Đối với cả nhà đầu tư lẫn người mua nhà, phương thức này giúp giảm bớt áp lực về tài chính. Tuy nhiên, mua nhà hình thành trong tương lai cũng có những rủi ro nhất định cho người mua nhà, khi mà người mua phải ứng trước tiền cho nhà đầu tư trong khi không kiểm soát được mục đích sử dụng nguồn vốn.

Theo quy định tại Luật Kinh doanh bất động sản, chủ đầu tư phát triển dự án nhà ở nói chung, nhà chung cư nói riêng phải được ngân hàng thương mại đủ điều kiện (theo công bố của Ngân hàng Nhà nước) cấp bảo lãnh để đủ điều kiện bán nhà ở hình thành trong tương lai bên cạnh các điều kiện khác được quy định tại Luật Nhà ở. Đây là một quy định mới của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014, mà về mặt lý luận được đánh giá là cơ sở vững chắc để bảo vệ quyền lợi của người mua nhà thuộc những dự án nhà ở hình thành trong tương lai¹⁵.

Việc dự án được ngân hàng thương mại đáp ứng các điều kiện luật định¹⁶ cấp bảo

¹⁵ Đặng Văn Dân, *Bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai: Cơ sở pháp lý trong triển khai thực hiện tại Việt Nam*, Tạp chí Ngân hàng, số 24/2018.

¹⁶ Theo quy định tại điểm a khoản 2 Điều 12 Thông tư 13/2017/TT-NHNN, ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai phải được công bố trên website chính thức của Ngân hàng Nhà nước và đáp ứng các điều kiện sau:

(i) Trong Giấy phép thành lập và hoạt động hoặc tại văn bản sửa đổi, bổ sung Giấy phép thành lập và hoạt động của ngân hàng thương mại có quy định nội dung hoạt động bảo lãnh ngân hàng;

(ii) Không bị cấm thực hiện bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai trong giai đoạn bị kiểm soát đặc biệt.

Những ngân hàng thương mại không còn đáp ứng quy định bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai, bị loại khỏi danh sách, vẫn phải tiếp tục thực hiện các thỏa thuận, cam kết đã ký về bảo lãnh nhà ở hình thành trong tương lai cho đến khi nghĩa vụ bảo lãnh chấm dứt.

lãnh cho nghĩa vụ giao nhà đúng thời hạn của chủ đầu tư là một sự bảo đảm pháp lý lớn, tạo sự yên tâm cho người mua nhà ở hình thành trong tương lai. Mặc dù vậy, các quy định pháp luật hiện hành cũng chưa thật sự chặt chẽ khiến cho sự bảo đảm này đôi khi mang tính hình thức.

Khoản 3 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản quy định: “Trường hợp chủ đầu tư không thực hiện bàn giao nhà ở theo tiến độ đã cam kết và bên mua, bên thuê mua có yêu cầu thì bên bảo lãnh có trách nhiệm hoàn lại số tiền ứng trước và các khoản tiền khác cho khách hàng theo hợp đồng mua bán, thuê mua nhà ở và hợp đồng bảo lãnh đã ký kết”. Tuy nhiên, việc thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh của ngân hàng trong thực tế không phải lúc nào cũng thuận buồm xuôi gió.

Theo quy định tại Điều 12 Thông tư 07/2015/TT-NHNN ngày 25/6/2015 quy định về bảo lãnh ngân hàng (được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 13/2017/TT-NHNN ngày 29/9/2017) (sau đây gọi là Thông tư 07/2015/TT-NHNN) thì thông qua việc cấp bảo lãnh cho chủ đầu tư, ngân hàng thương mại cam kết với bên mua, bên thuê mua về việc sẽ thực hiện nghĩa vụ tài chính thay cho chủ đầu tư khi đến thời hạn giao, nhận nhà ở đã cam kết, nhưng chủ đầu tư không bàn giao nhà ở cho bên mua mà không hoàn lại hoặc hoàn lại không đầy đủ số tiền đã nhận ứng trước và các khoản tiền khác theo hợp đồng mua, thuê mua nhà ở đã ký kết cho bên mua. Khi ngân hàng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh, chủ đầu tư phải nhận nợ với ngân hàng và có nghĩa vụ trả nợ cho ngân hàng thương mại. Thời hạn hiệu lực của cam kết bảo lãnh được xác định kể từ ngày phát hành cho đến thời điểm ít nhất sau 30 ngày kể từ thời hạn giao, nhận nhà ở đã cam kết quy định tại hợp đồng mua bán nhà ở.

Để được ngân hàng thương mại phát hành bảo lãnh, ngoài việc đáp ứng các quy định chung để được ngân hàng cấp tín dụng, chủ đầu tư phải đáp ứng đủ các điều kiện để có thể đưa bất động sản hình thành trong tương lai vào kinh doanh quy định tại Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản và bên bán phải có văn bản thông báo cho cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh về việc nhà ở hình thành trong tương lai đã đủ điều kiện giao dịch¹⁷.

Theo quy định tại điểm c khoản 4 Điều 12 Thông tư 07/2015/TT-NHNN, ngân hàng sẽ phát hành bảo lãnh dưới hình thức thư bảo lãnh cho từng bên mua nhà ở hình thành trong tương lai và gửi đến địa chỉ cho từng bên mua trong vòng 5 ngày làm việc kể từ ngày nhận được hợp đồng mua nhà ở. Để ngân hàng có thể làm được việc này trong vòng 10 ngày làm việc kể từ ngày ký hợp đồng mua nhà ở (trong đó có quy định nghĩa vụ của chủ đầu tư trong việc hoàn lại số tiền ứng trước và các khoản tiền khác cho bên mua khi đến thời hạn giao, nhận nhà ở đã cam kết, nhưng chủ đầu tư không bàn giao nhà ở cho bên mua), chủ đầu tư phải gửi cho ngân hàng thương mại hợp đồng mua nhà ở.

Các quy định nêu trên về mặt lý thuyết là đã đầy đủ và chặt chẽ để bảo vệ quyền lợi của người mua nhà ở hình thành trong tương lai. Tuy nhiên, nghĩa vụ bảo lãnh trực tiếp của ngân hàng với từng khách hàng mua căn hộ chỉ phát sinh khi ngân hàng đã phát hành thư bảo lãnh cho từng khách hàng mua căn hộ riêng lẻ thuộc dự án. Chính các quy định về nghiệp vụ bảo lãnh của Ngân hàng Nhà nước trong thực tế đã tạo điều kiện cho các chủ đầu tư lợi dụng và chuyển nghĩa vụ thanh toán phí bảo lãnh cho việc

¹⁷ Khoản 3 Điều 12 Thông tư 07/2015/TT-NHNN (được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 13/2017/TT-NHNN ngày 29/9/2017).

chậm giao nhà của chủ đầu tư sang cho người mua nhà. Kết luận nêu trên xuất phát từ các lập luận sau:

Thứ nhất, theo quy định tại khoản 1 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản, chủ đầu tư có nghĩa vụ phải có được bảo lãnh của ngân hàng thương mại cho nghĩa vụ giao hàng đúng thời hạn của mình và như vậy về nguyên tắc chủ đầu tư phải thanh toán phí bảo lãnh cho ngân hàng cấp bảo lãnh. Mặc dù trong thực tế chủ đầu tư có thể chuyển chi phí này sang cho người mua, nhưng việc chuyển đó phải được thể hiện minh bạch trong giá bán. Việc không có quy định minh thị về việc ai phải thanh toán phí bảo lãnh trong các quy định của pháp luật dẫn đến trên thực tế, nhiều chủ đầu tư đã quy định trong hợp đồng về việc phí bảo lãnh do người mua chịu (ngoài giá bán căn hộ). Điều này khiến cho khoản tiền mà người mua thực tế phải bỏ ra để mua căn hộ cao hơn giá bán căn hộ ghi trong hợp đồng.

Thứ hai, theo quy định tại khoản 2 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản, chủ đầu tư có nghĩa vụ gửi bản sao hợp đồng bảo lãnh mà mình ký với ngân hàng cho bên mua khi ký kết hợp đồng bán nhà. Theo quy định tại Điều này, nghĩa vụ bảo lãnh của ngân hàng phát sinh ngay khi hợp đồng bảo lãnh được ký kết giữa chủ đầu tư và ngân hàng. Trong thực tế, Sở Xây dựng cũng sẽ ban hành công văn xác định dự án nhà ở đủ điều kiện để bán nhà ở hình thành trong tương lai khi chủ đầu tư cung cấp cho Sở Xây dựng xác nhận của ngân hàng về việc đã phát hành bảo lãnh cho chủ đầu tư. Tuy nhiên, Thông tư 07/2015/TT-NHNN lại yêu cầu ngân hàng phát hành cam kết bảo lãnh cho từng người mua sau khi nhận được bản sao hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Như vậy, về mặt kỹ thuật,

người mua nhà ở hình thành trong tương lai phải có được cam kết bảo lãnh mà ngân hàng phát hành riêng cho mình thì mới có cơ sở để trực tiếp yêu cầu ngân hàng thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh. Điều này khiến cho quy định của Luật Kinh doanh bất động sản về nghĩa vụ của chủ đầu tư trong việc phải đạt được bảo lãnh của ngân hàng thương mại mang tính hình thức. Trong thực tế, lợi dụng việc người mua không am hiểu quy định của pháp luật, chủ đầu tư thường chuyển nghĩa vụ thanh toán phí bảo lãnh ngân hàng cho người mua bằng cách thoả thuận trong hợp đồng mua bán và khoản phí này không được bao gồm trong giá bán. Khi bán nhà ở hình thành trong tương lai, nhiều chủ đầu tư không chủ động thực hiện nghĩa vụ yêu cầu ngân hàng thương mại đủ điều kiện cấp bảo lãnh thực hiện việc cấp bảo lãnh cho từng người mà đặt ra yêu cầu là người mua nào có nhu cầu được cấp bảo lãnh cần thông báo cho chủ đầu tư để chủ đầu tư yêu cầu ngân hàng phát hành bảo lãnh và phải đóng phí bảo lãnh. Điều này dẫn đến việc người mua phải gánh thêm nghĩa vụ mà đáng ra thuộc về chủ đầu tư. Vì vậy, rất nhiều người mua không thực hiện yêu cầu này. Đây là một thực trạng cần phải xem xét khắc phục, nếu không sẽ dẫn đến tình trạng nghĩa vụ này của chủ đầu tư không có ý nghĩa thực tiễn đối với người mua nhà.

3. Vấn đề ngân hàng thương mại cho người mua nhà chung cư hình thành trong tương lai vay

Vay để mua nhà nói chung và nhà chung cư nói riêng là một yêu cầu chính đáng của mọi người dân và được pháp luật ủng hộ. Trong thực tế, các ngân hàng thương mại xếp sản phẩm dịch vụ này vào nhóm cho vay tiêu dùng. Như đã trình bày ở

trên, cho vay bất động sản là một hoạt động cho vay chứa đựng nhiều rủi ro, các ngân hàng thương mại cũng sẽ áp dụng các quy định của Ngân hàng Nhà nước đối với hoạt động cho vay bao gồm cả các quy định về giới hạn tỷ lệ an toàn trong hoạt động của các ngân hàng thương mại theo quy định tại Mục 2.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 147 Luật Nhà ở, không chỉ chủ đầu tư phát triển dự án nhà ở mà tổ chức, cá nhân mua nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án nhà ở cũng được thế chấp nhà ở này tại các tổ chức tín dụng đang hoạt động tại Việt Nam để vay vốn phục vụ cho xây dựng nhà ở hoặc để mua chính nhà ở đó. Điểm c khoản 1 Điều 148 quy định thêm: “Trường hợp người thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai mua nhà ở của chủ đầu tư trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở thì phải có hợp đồng mua bán nhà ở ký kết với chủ đầu tư, có văn bản chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở nếu là bên nhận chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở theo quy định, có giấy tờ chứng minh đã đóng tiền mua nhà ở cho chủ đầu tư theo tiến độ thỏa thuận trong hợp đồng mua bán và không thuộc diện đang có khiếu nại, khiếu kiện, tranh chấp về hợp đồng mua bán nhà ở hoặc về việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở này”.

Điểm b khoản 2 Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở (Nghị định 99/2015/NĐ-CP) quy định: “Trước khi ký hợp đồng bán nhà ở hình thành trong tương lai, chủ đầu tư phải có được văn bản của Sở Xây dựng về việc nhà ở đủ điều kiện được bán hoặc cho thuê mua”. Văn bản do Sở Xây dựng ban hành phải có thông tin về việc chủ đầu tư có thể chấp dự án đầu tư hoặc thế chấp nhà ở sẽ bán, sẽ cho thuê mua

và nếu có thì chủ đầu tư cần xuất trình giấy tờ chứng minh đã giải chấp hoặc biên bản thống nhất của bên mua, bên thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp về việc không phải giải chấp và được mua bán, thuê mua nhà ở đó. Quy định này được coi là khá chặt chẽ và nhằm bảo vệ quyền lợi của người mua hoặc thuê mua nhà trong dự án đó. Tuy nhiên, quy định này bộc lộ một số bất cập như sau:

Thứ nhất, tại thời điểm công ty làm hồ sơ thông báo Sở Xây dựng về việc nhà ở đủ điều kiện được bán hoặc cho thuê mua, công ty chưa thể thực hiện được việc bán nhà ở hình thành trong tương lai mà chỉ có thể nhận đặt cọc từ người mua, và trong thực tế việc đặt cọc này cũng không thể được thực hiện đối với rất nhiều căn trong dự án thì không thể có được sự đồng thuận của người mua về việc đồng ý không cần phải giải chấp. Vì thế trong thực tế, khi có văn bản đồng ý không cần giải chấp của ngân hàng nhận thế chấp (mà không cần sự đồng thuận của bên mua nhà), Sở Xây dựng đã ban hành văn bản về việc dự án đã đủ điều kiện để bán nhà ở hình thành trong tương lai¹⁸.

Thứ hai, nếu ngân hàng nhận thế chấp dự án hoặc nhà ở hình thành trong tương lai của dự án đã chấp thuận không cần phải giải chấp thì sẽ phát sinh hai trường hợp rủi ro cho người mua nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án đó: *Một là*, tài sản mà người mua dự định mua đã bị thế chấp, nhưng người mua vẫn phải thanh toán tiền mua nhà (ít nhất là theo tiến độ xây dựng)

¹⁸ Công văn số 10500/SXD-PTN&TTBĐS của Sở Xây dựng Tp. Hồ Chí Minh ngày 31/8/2018 về việc bán nhà ở hình thành trong tương lai đối với 1356 căn hộ thuộc dự án Khu Dân cư Tân Thuận Tây tại phường Tân Thuận Tây và phường Bình Thuận, Quận 7 là một ví dụ cho trường hợp này.

hoặc có thể không theo tiến độ xây dựng mà theo thỏa thuận giữa chủ đầu tư và người mua nhà. Khi xảy ra trường hợp chủ đầu tư không thanh toán được nợ ngân hàng, dự án xây dựng nhà ở đó hoặc nhà ở hình thành trong tương lai sẽ bị ngân hàng xử lý để thu hồi nợ và người mua nhà trong trường hợp đó sẽ gánh chịu thiệt hại. Hai là, người mua nhà ở hình thành trong tương lai vẫn có quyền thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai mà mình đã ký hợp đồng mua để vay tiền thanh toán cho việc mua nhà đó khi được ngân hàng chấp nhận. Trong trường hợp như vậy, thế chấp dự án hoặc nhà ở hình thành trong tương lai của chủ đầu tư sẽ có quyền ưu tiên xử lý trước thế chấp của người mua nhà do thế chấp của chủ đầu tư đã được hình thành và đăng ký trước thế chấp của người mua nhà ở hình thành trong tương lai. Giả sử giá trị tài sản thế chấp sau khi dùng để thanh toán cho khoản nợ giữa chủ đầu tư với ngân hàng xong mà không đủ để thanh toán cho khoản nợ giữa người mua nhà và ngân hàng, khoản nợ của người mua nhà vẫn còn và người mua nhà phải có trách nhiệm trả nợ, mặc dù tài sản mà mình đã mua đã bị xử lý và khoản tiền thu được đã dùng để thanh toán cho khoản nợ của chủ đầu tư với ngân hàng.

4. Một số đề xuất, kiến nghị

Qua việc nghiên cứu pháp luật và thực tiễn áp dụng các quy định pháp luật về việc tài trợ vốn phát triển nhà chung cư của các ngân hàng thương mại, tác giả có một số đề xuất sau đây nhằm góp phần hoàn thiện những quy định pháp luật về tài trợ vốn cho các dự án bất động sản nói chung và các dự án phát triển nhà chung cư nói riêng:

Thứ nhất, cần quy định rõ tiêu chí phân biệt thế chấp dự án đầu tư bất động sản và

thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai trong dự án của chủ đầu tư để vay vốn phát triển dự án đó. Trong khi các tiêu chí về điều kiện khi nào được thế chấp dự án và khi nào được thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai ở dự án đó là khá rõ ràng, tiêu chí để xác định đối tượng thế chấp trong hai trường hợp này còn khá mập mờ. Khoản 2 Điều 148 Luật Nhà ở quy định đối với thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai của dự án thì ngoài điều kiện để được thế chấp dự án nêu trên, chủ đầu tư phải đảm bảo đáp ứng điều kiện là dự án đã xây dựng xong phần móng theo quy định của pháp luật về xây dựng và nhà ở hình thành trong tương lai đó *không nằm trong phần dự án hoặc toàn bộ dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp (nếu có)*. Tuy nhiên, làm thế nào để xác định được nhà ở hình thành trong tương lai đó có nằm trong phần dự án hoặc toàn bộ dự án mà chủ đầu tư đã thế chấp hay không không phải là việc đơn giản, đặc biệt là khi chủ đầu tư đã thế chấp toàn bộ dự án. Việc này dẫn đến việc một tài sản được sử dụng để đảm bảo cho nhiều nghĩa vụ. Mặc dù điều này là hợp pháp theo quy định tại khoản 1 Điều 296 của Bộ luật Dân sự năm 2015. Trong trường hợp đó, pháp luật yêu cầu “giá trị tài sản tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Việc không xác định được rõ ràng đối tượng thế chấp khiến cho việc xác định giá trị tài sản thế chấp có thể không chính xác và ảnh hưởng đến quyền lợi của bên nhận thế chấp, đặc biệt là bên nhận thế chấp sau và cuối cùng sẽ ảnh hưởng đến khả năng bảo đảm của tài sản bảo đảm. Ở mức độ vĩ mô, điều này có thể làm gia tăng các

khoản nợ xấu của các ngân hàng thương mại, khi mà khoản vay có bảo đảm trở thành không có bảo đảm (khoản vay của người mua nhà ở hình thành trong tương lai khi giá trị dự án bị giảm sút do biến động thị trường). Chính vì những lý do trên, tác giả cho rằng, đối với nhà đầu tư phát triển dự án, pháp luật chỉ nên cho phép họ lựa chọn một trong hai, hoặc là (i) Thế chấp dự án đầu tư; hoặc là (ii) Thế chấp quyền sử dụng đất và tài sản hình thành trong tương lai (trong trường hợp quyền sử dụng đất có đủ điều kiện thế chấp) hay chỉ tài sản hình thành trong tương lai (nếu quyền sử dụng đất không đủ điều kiện thế chấp). Trong thực tế, chủ đầu tư thường đáp ứng các điều kiện để thế chấp dự án trước, khi đủ điều kiện chủ đầu tư sẽ thế chấp quyền sử dụng đất và/hoặc nhà ở hình thành trên đất (hoặc nhà ở hình thành trong tương lai). Vì thế, pháp luật cần được điều chỉnh theo hướng, khi đủ điều kiện thế chấp quyền sử dụng đất và/hoặc nhà ở hình thành trên đất, chủ đầu tư phải điều chỉnh thay thế thế chấp dự án bằng thế chấp quyền sử dụng đất và/hoặc nhà ở hình thành trên đất (hoặc nhà ở hình thành trong tương lai).

Thứ hai, theo quy định của Luật Kinh doanh bất động sản, nghĩa vụ phải có được bảo lãnh của ngân hàng đối với trách nhiệm giao nhà đúng hạn trong trường hợp bán nhà ở hình thành trong tương lai là của chủ đầu tư. Vì vậy, pháp luật cần quy định minh thị (đặc biệt là các văn bản hướng dẫn nghiệp vụ của Ngân hàng Nhà nước) khẳng định nghĩa vụ của chủ đầu tư trong việc yêu cầu ngân hàng phát hành bảo lãnh và ngân hàng sẽ phải thực hiện nghĩa vụ của mình theo cam kết phát hành/hợp đồng bảo lãnh giữa ngân hàng và chủ đầu tư cho dù có phát

hành cam kết bảo lãnh riêng lẻ cho từng người mua nhà ở hình thành trong tương lai hay không. Quy định chủ đầu tư có nghĩa vụ cấp bản sao hợp đồng bảo lãnh giữa chủ đầu tư và ngân hàng thương mại là bằng chứng của việc cấp bảo lãnh và cần được quy định rõ ràng rằng, đây là cơ sở để ngân hàng thương mại thực hiện nghĩa vụ bảo lãnh với người mua khi chủ đầu tư vi phạm cam kết giao nhà đúng thời hạn mà không cần phải có cam kết bảo lãnh phát hành cho từng người mua nhà. Ngoài ra, cần quy định rõ chủ đầu tư có trách nhiệm thanh toán phí phát hành bảo lãnh và các chi phí khác theo thỏa thuận với ngân hàng. Chủ đầu tư có thể đưa các chi phí này vào giá bán được công bố cho người mua ngay từ đầu.

Thứ ba, cần bãi bỏ quy định tại điểm b khoản 2 Điều 19 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP về việc: Cần phải có sự đồng thuận của người mua nhà ở hình thành trong tương lai trong biên bản giữa bên mua, bên thuê mua nhà ở và bên nhận thế chấp về việc không phải giải chấp đối với việc thế chấp dự án hoặc nhà ở hình thành trong tương lai của chủ đầu tư, khi nộp hồ sơ đề nghị Sở Xây dựng ra văn bản thông báo dự án đủ điều kiện để ký hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai với người mua. Bởi lẽ, quy định này không khả thi với các lý do đã phân tích ở mục 3 bên trên. Ngoài ra, cần quy định rằng, nếu chủ đầu tư đã thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai thì phải thông báo cho người mua nhà ở đó ngay tại thời điểm người mua đặt cọc. Nếu căn hộ đã được người mua đặt cọc, chủ đầu tư sẽ không được thế chấp cho ngân hàng để vay vốn, trừ khi được sự chấp thuận bằng văn bản của người mua.

MÔ HÌNH CHO VAY NGANG HÀNG VÀ MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ ĐẶT RA CHO VIỆT NAM

Trần Thị Diễm*

Tóm tắt: Trong những năm gần đây, ngành công nghệ tài chính (Fintech - Financial Technology) đã phát triển nhanh chóng ở nhiều quốc gia, trong đó cho vay ngang hàng là một mô hình kinh doanh điển hình. Tại Việt Nam, cho vay ngang hàng ngày càng trở nên phổ biến trong thực tiễn, tuy nhiên các nghiên cứu khoa học về lĩnh vực này vẫn chưa nhiều. Bài viết nhằm cung cấp góc nhìn khái quát và cơ bản nhất về hoạt động cho vay ngang hàng, các quy định pháp luật điều chỉnh vấn đề này tại một số quốc gia cũng như đưa ra một số đề xuất từ thực trạng khung pháp lý điều chỉnh đối với cho vay ngang hàng ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: In recent years, financial technology (Fintech) has grown rapidly in many countries, including Peer-to-Peer lending (hereinafter referred to as P2P lending) as a typical business model. In Vietnam, P2P lending is becoming widespread in practice, however, scientific research articles in this field are still limited. The article aims to provide a general and basic view of peer-to-peer lending, legal provisions governing this issue in some countries as well as recommendations given the state of the legal framework on P2P lending in Vietnam.

1. Quá trình hình thành và phát triển

Cho vay ngang hàng [Peer - to - Peer Lending (P2P Lending)] được hiểu là việc sử dụng công nghệ tài chính để kết nối những người đang tìm kiếm nguồn vốn với những người có tiền đầu tư mà không sử dụng dịch vụ của một tổ chức tài chính chính thức làm trung gian.

Anh và Hoa Kỳ được xem là hai quốc gia đi đầu trong việc hình thành nền tảng P2P Lending. P2P Lending xuất hiện lần đầu tiên tại Anh năm 2005 với cái tên Zopa, có trụ sở tại Vương quốc Anh. Zopa được công nhận là tổ chức cung cấp nền tảng P2P đầu tiên trên thế giới. Tại Hoa Kỳ, ra mắt giới tài chính vào năm 2007, Câu lạc bộ cho vay (Lending Club) được xem là tổ chức điều hành P2P lớn nhất thế giới, câu lạc bộ

này đã tài trợ khoản vay trị giá hơn 20,6 tỷ USD vào tháng 6/2016¹.

Mặc dù kinh doanh cho vay P2P không bắt nguồn tại Trung Quốc, nhưng ngành công nghiệp P2P tại quốc gia này có một sự tăng trưởng đáng kinh ngạc. Theo dữ liệu của Wangdaizhijia đã có 1.553 nền tảng cho vay P2P trong hoạt động bình thường đến nửa đầu năm 2017². Tổng khối lượng giao dịch của các nền tảng cho vay P2P đã đạt 4.648 nghìn tỷ nhân dân tệ (RMB). Trong nửa đầu năm 2017, khối lượng tiền của người vay và nhà đầu tư trực tuyến lần lượt

¹ ThS.Vũ Xuân Thanh, “Cho vay ngang hàng: Thực tế và kỳ vọng”, Tạp chí Thị trường tài chính tiền tệ, <http://thitruongtaichinhthiente.vn/cho-vay-ngang-hang-thuc-te-va-ky-vong-23198.html>, truy cập ngày 9/11/2019.

² Pingfan Song, Yunzhi Chen, Zhixiang Zhou and Huaqing Wu, *Peer-to-Peer Online Lending Platforms in China*, <https://www.wdzj.com>, truy cập ngày 9/11/2019.

* Sinh viên Khoa Luật Thương mại, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

đạt 4,32 triệu RMB và 8,3 triệu RMB. Nếu so sánh với Câu lạc bộ cho vay được đặt tại Hoa Kỳ³ dễ dàng thấy rằng, sự tăng trưởng của ngành công nghiệp P2P tại Trung Quốc nhanh hơn nhiều so với Lending Club tại Hoa Kỳ.

Ở các nước ASEAN, nơi cho vay P2P vẫn còn ở giai đoạn non trẻ (chưa đến 0,1% các khoản vay có nguồn gốc thông qua cho vay theo hình thức P2P)⁴. Theo dữ liệu của Tracxn, tính đến tháng 12/2017 có 54 công ty cho vay ngang hàng hàng đầu trong khu vực ASEAN, chiếm 8% thị trường Fintech⁵. Một số nước ASEAN cũng đã ban hành hoặc đang có nghiên cứu và hoàn thiện để ban hành khuôn khổ quy định về cho vay ngang hàng. Với một hệ sinh thái kỹ thuật số vững chắc, Singapore được coi là nơi có điều kiện tốt nhất để trở thành một trung tâm hàng đầu phát triển cho vay ngang hàng trong ASEAN. Cơ quan Tiền tệ Singapore (Monetary Authority of Singapore - MAS) là cơ quan quy định điều kiện hoạt động ngành P2P Lending và nền tảng gây quỹ cộng đồng này cần có vốn, giấy phép dịch vụ thị trường để hoạt động tại quốc gia này⁶. Năm 2016, Ngân hàng Trung ương Thái Lan ban hành Cẩm nang triển khai Khuôn khổ pháp lý thử nghiệm cho vay

ngang hàng. Năm 2017, Cơ quan Quản lý dịch vụ tài chính của Indonesia đã ban hành các quy định về cho vay ngang hàng... Thậm chí, mới đây, Cơ quan này còn công bố một danh sách khoảng 200 doanh nghiệp cho vay ngang hàng bất hợp pháp đang hoạt động tại nước này.

Ở Việt Nam, thị trường P2P Lending mới hình thành, theo thống kê được Trung tâm Nghiên cứu kinh tế - Ngân hàng Thương mại Cổ phần Hàng hải Việt Nam (MSB) cho thấy, hiện có 40 công ty cho vay ngang hàng (P2P Lending) đang hoạt động. Trong số đó, có các công ty có nguồn gốc từ Trung Quốc và một số công ty từ Indonesia và Singapore tiêu biểu như Lenbiz, Tima, Megalend... Nhiều mô hình P2P Lending hoạt động khá hiệu quả, nhất là những công ty cho vay nhắm vào phân khúc doanh nghiệp nhỏ và vừa (SME)⁷.

2. Mô hình cho vay ngang hàng

Đến nay, có rất nhiều khái niệm về P2P Lending. Theo Miriam Segal (2015), P2P Lending là một lựa chọn để tăng vốn được thực hiện bởi Internet, là sự kết hợp giữa gây quỹ cộng đồng (tập hợp số lượng nhỏ từ nhiều nhà đầu tư) và cho vay trên thị trường⁸. Một khái niệm khác, P2P Lending là việc kết hợp giữa người vay và nhà đầu tư thông qua một nền tảng trực tuyến và nhà điều hành P2P, với tư cách là đại lý cho các nhà đầu tư và thu hồi nợ của người vay⁹. Gần đây, P2P Lending được gọi là cho vay

³ <http://lendingclub.com>, truy cập ngày 9/11/2019.

⁴ Henry Lim (2016), “*The Future Of P2P Lending In Southeast Asia*”, The Medium, <https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/ey-state-of-fintech-in-asean/%24File/ey-state-of-fintech-in-asean.pdf>, truy cập ngày 9/11/2019.

⁵ BBVA report (2017), “*FinTech in Emerging ASEAN: Trends and Prospects*”, <https://www.bbva.com/search/wp-content/uploads/2017/07/June-2017-ASEAN-Fintech-Trends1.pdf>, truy cập ngày 10/11/2019.

⁶ United Overseas Bank Limited, “*Sate of Fintech in Asean*”, <https://www.ey.com/Publication/vwLUAs ets/ey-state-of-fintech-in-asean/%24File/ey-state-of-fintech-in-asean.pdf>, truy cập ngày 10/11/2019.

⁷ Hoàng Thị Duyên, Đỗ Thị Tuyết Mai, *Cho vay ngang hàng trên thế giới và thực tiễn tại Việt Nam*, Tạp chí Tài chính, kỳ 1, tháng 4/2019, tr. 31.

⁸ CJ Todd, <https://www.platformos.com/blog/post/blog/christine-kymn-and-miriam-segal-discuss-peer-to-peer-lending>, truy cập ngày 10/11/2019.

⁹ Davis & Murphy (6/2016), *ASSA Paper, P2P Lending: Structures, risks and regulation*, Tạp chí Jasssa The Finsia Journal of Applied Finance, tr. 5.

trên thị trường (Marketplace lending) hoặc cho vay nền tảng trực tuyến - là một ngành cho vay phi ngân hàng sử dụng công nghệ tài chính sáng tạo để cho vay đối với người tiêu dùng và doanh nghiệp nhỏ¹⁰.

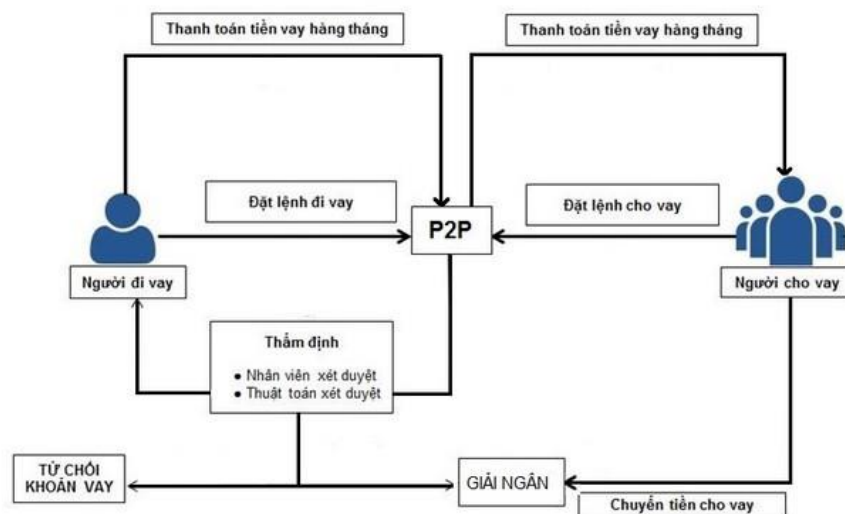
Như vậy, P2P Lending là mô hình kết nối trực tuyến giữa người cho vay và người đi vay, được xây dựng trên công nghệ chuỗi khối (*block chain*) mà không phải thông qua bất kỳ trung gian tài chính nào. Theo đó, sẽ có một công ty P2P Lending cung cấp nền tảng giao dịch trực tuyến (platform) để người đi vay kết nối trực tiếp và thực hiện giao dịch vay mượn người cho vay. Toàn bộ hoạt động vay, trả nợ (gốc, lãi) giữa người đi vay và người cho vay được nền tảng giao

dịch trực tuyến đó ghi nhận và lưu trữ bằng các bảng điện tử, số hoá.

P2P Lending được vận hành theo một cơ chế với các cấu phần bao gồm nhà đầu tư hoặc người cho vay, nền tảng P2P Lending và người vay.

Có thể thấy, nếu như các ngân hàng thương mại lấy chênh lệch lãi suất làm lợi nhuận thì các công ty cung cấp P2P lấy phí quản lý thông qua xếp hạng tín dụng, đánh giá, quản lý rủi ro dựa vào các dữ liệu đầu vào (Big Data), từ đó tác động trực tiếp đến quyết định của các bên trong giao dịch cho vay ngang hàng này.

Dưới đây là sơ đồ minh họa cho một giao dịch cho vay ngang hàng¹¹:



Theo mô hình trên sẽ có ba chủ thể liên quan đến giao dịch, bao gồm:

2.1. Bên cho vay (Investor)

Bên cho vay trong giao dịch cho vay ngang hàng thường là các nhà đầu tư là tổ

chức hoặc cá nhân có nguồn vốn nhàn rỗi. Thay vì dùng tiền để gửi tiết kiệm hoặc chứng chỉ tiền gửi ghi danh với lãi suất thông thường, họ dùng số tiền đó để đầu tư cho các khoản vay với lợi nhuận cao hơn.

¹⁰ David W. Perkins (2018), *Marketplace Lending: Fintech in Consumer and Small-Business Lending*, Congressional Research Service R44614-Version 4, Washington, D.C., United States.

¹¹ Quang Thắng, *Ai chịu thiệt lớn nhất trong giao dịch vay online lãi suất tới 700%?*, <https://news.zing.vn/ai-chiu-thiet-lon-nhat-trong-giao-dich-vay-online-lai-suat-toi-700-post880903.html>, truy cập ngày 10/11/2019.

Sự đa dạng trong việc chọn lựa các gói cho vay cũng giúp cho nhà đầu tư hoàn toàn có thể chủ động đưa ra các quyết định đầu tư dựa trên điểm đánh giá tín dụng và “sở thích” của mình.

2.2. Bên đi vay (Borrower)

Trong giao dịch cho vay ngang hàng bên đi vay thường là các cá nhân, tổ chức có nhu cầu sử dụng vốn, nhưng không có khả năng tiếp cận vốn hoặc hạn chế trong việc đáp ứng các điều kiện để được cho vay từ các tổ chức tín dụng. Điển hình là các doanh nghiệp SME, họ rất khó khăn trong việc chứng minh năng lực tài chính cũng như đưa ra các biện pháp bảo đảm cho khoản vay. Một đối tượng nữa mà thị trường cho vay ngang hàng muốn hướng đến là nhóm khách hàng cá nhân, đối với nhóm này nhu cầu sử dụng vốn thường là chi cho tiêu dùng cá nhân hoặc mua sắm các trang thiết bị phục vụ cho gia đình.

2.3. Bên cung cấp dịch vụ P2P Lending

Các doanh nghiệp có chức năng cung cấp giải pháp công nghệ và tư vấn đầu tư, hỗ trợ tài chính là các bên cung cấp dịch vụ P2P Lending. Hiện nay, tại Việt Nam các đơn vị cung cấp nền tảng cho vay P2P đều là các doanh nghiệp đăng ký ngành nghề kinh doanh tư vấn quản lý¹² như Công ty Cổ phần Đổi mới công nghệ tài chính Fiin, Công ty Cổ phần Lenbiz... Doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ cho vay ngang hàng không đầu tư bất kỳ nguồn vốn nào của họ cho các khoản vay trên nền tảng P2P, dòng tiền chỉ luân chuyển giữa Bên cho vay và Bên đi vay. Doanh nghiệp này cũng chỉ là trung gian kết nối giữa người đi vay và cho

vay nên họ không nhất thiết phải có tài sản đảm bảo bù đắp rủi ro, do vậy họ không chịu trách nhiệm rủi ro tín dụng mà chỉ ảnh hưởng bởi xếp hạng đánh giá tín nhiệm từ khách hàng vay cũng như bên cho vay. Lợi nhuận thu được từ hình thức kinh doanh này chính là khoản phí giao dịch mà các bên phải trả cho nhà cung cấp khi thực hiện giao dịch hoàn tất trên nền tảng này.

Căn cứ vào định nghĩa của Morphy, hiện có 2 mô hình P2P Lending phổ biến trên thế giới¹³:

(i) *Mô hình chủ động*: P2P truyền thống trong đó các nền tảng đóng vai trò kết nối, việc thực hiện giao dịch do hai bên quyết định. Nhà cung cấp chỉ là trung gian: Vận hành quản lý hệ thống và đánh giá rủi ro. Các nhà đầu tư xem xét thông tin liên quan đến độ tin cậy của người đi vay như thu nhập hàng năm, mục đích vay vốn và đặc điểm nhân thân...

(ii) *Mô hình thụ động*: Các nhà đầu tư sẽ lựa chọn loại rủi ro, thời gian đáo hạn, hệ thống sẽ đánh giá rủi ro, đánh giá các tiêu chí này để ghép nối với danh sách người đi vay phù hợp. Ở mô hình này, nhà đầu tư chỉ tiếp cận thông tin ở mức cơ bản, vì vậy, tính rủi ro cao hơn, nên thông thường khi chọn loại hình này các nhà đầu tư sẽ xây dựng một quỹ dự phòng cho mình.

3. Ưu và nhược điểm của cho vay ngang hàng

So với phương thức cho vay truyền thống, mô hình này không chỉ đổi mới về phương thức, mà còn gián lược thủ tục cho vay, tiết kiệm thời gian, chi phí... Đồng thời, lãi suất cho vay lại thấp hơn lãi suất ngân hàng truyền thống, các điều khoản cho vay

¹² <https://dichvuthongtin.dkkd.gov.vn/inf/Forms/Searches/EnterpriseInfo.aspx?h=923c>, truy cập ngày 9/11/2019.

¹³ Đặng Văn Dân, *Cách thức vận hành, điều tiết thị trường cho vay ngang hàng trên thế giới, đề xuất cho Việt Nam*, Tạp chí Ngân hàng, số 4, 2/2019, tr. 51.

được công khai rõ ràng, minh bạch. Đặc biệt, sức hấp dẫn đối với người đi vay chính là tiềm năng tiếp cận tín dụng, ngay cả trường hợp nếu họ bị từ chối bởi những bên cho vay truyền thống như: Ngân hàng, công ty tài chính... Trong khi đó, các nhà đầu tư bị thu hút bởi chính lợi nhuận từ khoản tiền cho vay do về mặt truyền thống đây là “sân chơi” riêng cho các tổ chức tín dụng, lợi nhuận cao điều chỉnh theo rủi ro, ngoài ra nhà đầu tư còn được phép đầu tư vào những loại tài sản mà bên đi vay đưa ra và còn có khả năng hưởng lợi từ phí bảo hiểm năng suất liên quan¹⁴. Người có tiền nhàn rỗi có thể tiếp cận dễ dàng, nhanh chóng kênh đầu tư có lợi tức cao, được tự chủ và minh bạch trong việc lựa chọn các khoản vay để đầu tư.

Tuy nhiên, hệ thống cho vay ngang hàng mới chỉ có lịch sử hình thành và hoạt động chưa lâu để có thể kiểm chứng tính an toàn và xây dựng niềm tin. Theo hướng dẫn của ORCA (một nền tảng P2P Lending uy tín tại Anh), rủi ro trong cho vay ngang hàng được phân loại thành năm nhóm, bao gồm¹⁵:

(i) Rủi ro trong thực hiện giao dịch (Performance Risk): Điều này thể hiện trên hai phương diện: Thứ nhất, thông tin từ các chủ thể tham gia và an ninh mạng. Do tính chất ẩn danh cao nên khả năng gian lận hay lừa đảo là điều không tránh khỏi. Việc đánh giá rủi ro cho giao dịch phụ thuộc hoàn toàn vào thông tin mà các bên đưa ra. Nhiều trường hợp người đi vay cố tình đưa thông tin sai lệch sau đó thông báo lâm vào tình trạng mất khả năng thanh toán nhằm chiếm

đoạt tài sản của nhà đầu tư. Thứ hai, vấn đề bảo mật và an toàn thông tin, điều này đã được nhấn mạnh trong báo cáo của Nesta năm 2015, an ninh mạng là một trong những rủi ro chính đối với ngành này¹⁶.

(ii) Rủi ro từ nền tảng (Platform Risk): Cho vay ngang hàng dựa trên nền tảng công nghệ nên sẽ không thể tránh khỏi rủi ro khi vận hành. Điều này xảy ra khi phần mềm bị lỗi hoặc ngưng hoạt động, bị hacker tấn công hoặc trường hợp nhà cung cấp dịch vụ rút khỏi thị trường này. Tất cả các thông tin, dữ liệu về nhà đầu tư và khách hàng đều được lưu trữ trong nền tảng công nghệ này nên nguy cơ bị xâm phạm lợi ích, thậm chí chịu tổn thất đối với các bên là vô cùng lớn. Trong báo cáo năm 2015 của Nesta, tổ chức này đánh giá an ninh mạng là yếu tố then chốt trong cho vay ngang hàng¹⁷.

(iii) Rủi ro thị trường (Market Risk): Việc cân đối mức lợi nhuận cho nhà đầu tư và lãi suất thấp cho người đi vay khiến nhiều nhà đầu tư không “mặn mà” với lãi suất ở thị trường này so với những lĩnh vực đầu tư mạo hiểm khác. Bên cạnh đó, tỉ lệ thất nghiệp tăng cao ở một số quốc gia cũng sẽ tỉ lệ thuận với nguy cơ vỡ nợ gây tâm lý bất an cho nhà đầu tư khi tham gia giao dịch cho vay ngang hàng. Như một hệ quả của “hiệu ứng cánh bướm” trong kinh doanh, khi một số mô hình P2P Lending non trẻ thất bại cũng sẽ tác động không nhỏ đến uy tín của những doanh nghiệp P2P Lending đang kinh doanh khác.

¹⁴ Davis & Murphy (6/2016), *ASSA Paper, P2P Lending: Structures, risks and regulation*, Tạp chí Jasssa The Finsia Journal of Applied Finance, tr. 5.

¹⁵ Peer to Peer Lending Investor Guide, ORCA money, tr. 15, <https://www.orcamoney.com/downloads/P2P-Lending-Guide-2018.pdf>, truy cập ngày 10/11/2019.

¹⁶ *Peer to peer lending report*, Nesta, tr. 30, <https://intelligent-partnership.com/AiR/reports/peer-to-peer-lending-report/peer-to-peer-lending-report/assets/common/downloads/Peer%20to%20Peer%20Lending%20Report.pdf>, truy cập ngày 10/11/2019.

¹⁷ Bryan Zhang, Peter Baeck, Tania Ziegler, Jonathan Bone and Kieran Garvey, *The 2015 UK alternative finance industry report*, University of Cambridge and Nesta, 2/2016, tr. 38.

(iv) **Rủi ro thanh khoản (Liquidity Risk):** Do tính chất của P2P Lending là không thể hủy ngang nên khoản vay chỉ được hoàn trả khi đến hạn. Khả năng thanh khoản có thể gia tăng trong trường hợp khoản vay được chuyển giao cho một nhà đầu tư mới nếu nền tảng P2P Lending đó có quy mô đủ lớn cho thị trường thứ cấp phát triển.

(v) **Rủi ro pháp lý (Legal Risk):** Đây có thể xem là rủi ro cần được cảnh báo cao ở nhiều quốc gia với thị trường P2P Lending còn mới nổi, điển hình như Việt Nam. Một khi Nhà nước chưa ban hành các quy định pháp luật cụ thể để trực tiếp điều chỉnh và công nhận loại hình kinh doanh này sẽ dẫn đến việc một số cá nhân, chủ thể lợi dụng để biến tướng P2P Lending: *Tín dụng đen, lãi suất không công bằng, lừa đảo...*, xâm phạm đến quyền và lợi ích của các chủ thể tham gia giao dịch cho vay ngang hàng.

4. Quy định về hoạt động cho vay ngang hàng tại một số quốc gia

Để tạo điều kiện cho sự phát triển của ngành công nghệ P2P Lending cũng như gia tăng cơ chế giám sát và quản lý, điều tiết thị trường, hạn chế tối đa rủi ro cho các chủ thể tham gia vào thị trường P2P Lending, nhiều quốc gia trên thế giới đã sớm ban hành các quy định điều chỉnh đối với hoạt động này.

Tại Anh, Cơ quan quản lý tài chính Vương quốc Anh (FCA) là cơ quan quản lý trực tiếp hoạt động này. Chế độ hiện áp dụng cho nền tảng P2P chủ yếu dựa trên Quy tắc hệ thống và kiểm soát (SYSC), quy tắc ứng xử trong kinh doanh (COBS) và quy tắc do chính cơ quan này ban hành. Nguyên tắc cho doanh nghiệp P2P Lending dựa trên một số yêu cầu cụ thể như sau¹⁸:

¹⁸ Điều 2.9 Chương 2, Terms of Loan-based (peer-to-peer) and investment-based crowdfunding platforms,

(i) Tính hiệu quả tối thiểu để đảm bảo khả năng tồn tại liên tục cho nền tảng bao gồm các yếu tố: Vốn, trình độ quản lý, công nghệ.

(ii) Phương án khắc phục để đảm bảo các khoản vay hiện tại tiếp tục được quản lý trong trường hợp lỗi nền tảng.

(iii) Các quy tắc mà các nền tảng phải tuân theo khi giữ tiền của khách hàng để giảm thiểu rủi ro, mất tiền do gian lận, sử dụng sai, hoặc sơ suất trong lưu giữ hồ sơ (Quỹ dự phòng rủi ro)...

(iv) Yêu cầu báo cáo đến FCA liên quan đến tình hình tài chính của họ, nắm giữ tiền của khách hàng, khiếu nại...

Một khi đáp ứng được các yêu cầu quy định nền tảng P2P Lending sẽ được cấp phép để hoạt động.

Tại Úc, Luật Dịch vụ tài chính và Luật Tín dụng quy định các nhà cung cấp sản phẩm cho vay trên thị trường và các dịch vụ liên quan thường sẽ cần phải có: Giấy phép dịch vụ tài chính (AFS) và Giấy phép tín dụng Úc nếu các khoản vay được thực hiện qua nền tảng là cho vay tiêu dùng (ví dụ như cho vay đối với cá nhân cho các mục đích trong nước, cá nhân hoặc hộ gia đình). Cũng như các sản phẩm tài chính khác được quy định theo Đạo luật Tổng công ty năm 2001 (Đạo luật Tổng công ty), có các yêu cầu để đảm bảo rằng các nhà đầu tư bán lẻ có quyền truy cập vào thông tin đầy đủ để đưa ra quyết định có căn cứ về việc có nên đầu tư hay không. Ngoài ra, còn có các yêu cầu rằng, công bố thông tin và tài liệu quảng cáo không được bao gồm bất kỳ biểu hiện lừa dối hoặc lừa đảo nào¹⁹.

2018, <https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp18-20.pdf>, truy cập ngày 12/11/2019.

¹⁹ Marketplace lending (peer-to-peer lending) products, <https://asic.gov.au>, truy cập ngày 12/11/2019.

Nằm trong khu vực Đông Nam Á, Fintech cũng là lĩnh vực mới phát triển gần đây tại Indonesia. Ngay khi lĩnh vực này vừa gia nhập thị trường Indonesia, Chính phủ của quốc gia này đã kịp thời ban hành các quy định để điều chỉnh. Cơ quan quản lý về Fintech, trong đó có hoạt động cho vay ngang hàng chính là Cơ quan Dịch vụ tài chính Indonesia (OJK) và Ngân hàng Trung ương (BI). Quan điểm quản lý của chính phủ Indonesia là thúc đẩy ngành tài chính phát triển toàn diện, mở rộng khả năng tiếp cận vốn cũng như đa dạng hóa kênh đầu tư cho mọi đối tượng trong xã hội. Chính từ cơ chế mở này nên các quy định tại Indonesia đảm bảo được hai yếu tố: Đủ chặt để quản lý và giảm thiểu rủi ro; đủ mở để không hạn chế quyền. Quy định số 77/POJK.01/2016 (POJK 2017) về dịch vụ cho vay ngang hàng²⁰, được xem là một dấu mốc mới và quan trọng trong ngành cho vay P2P, quy định đưa ra các hướng dẫn cơ bản để hỗ trợ ngành nêu rõ các điều kiện thực hiện P2P Lending tại quốc gia này, bao gồm một số nội dung nổi bật như:

1. Loại hình kinh doanh của tổ chức cung cấp nền tảng cho vay ngang hàng (P2P) là công ty trách nhiệm hữu hạn hoặc hợp tác xã dịch vụ.

2. Nhà cung cấp được định nghĩa là các tổ chức mang quốc tịch Indonesia cung cấp, quản lý và vận hành dịch vụ cho vay dựa trên công nghệ thông tin.

3. Đơn vị tiền tệ trong các giao dịch cho vay ngang hàng phải là Rupiah Indonesia (IDR) và phải giao dịch qua hệ thống điện tử kết nối Internet.

4. Công dân và (hoặc) pháp nhân nước ngoài đầu tư trực tiếp và (hoặc) gián tiếp có quyền sở hữu không được vượt quá 85% tổng số cổ phần.

5. Nhà cung cấp phải đăng ký Giấy chứng nhận và Giấy phép nhà cung cấp (Registration Certificate and Provider License) từ OJK.

6. Các nhà cung cấp bắt buộc phải đáp ứng số vốn tối thiểu là 1 tỷ IDR tại thời điểm nộp đơn đăng ký và 2,5 tỷ IDR tại thời điểm yêu cầu nhận Giấy phép Nhà cung cấp.

7. Các nhà cung cấp tham gia vào dịch vụ cho vay P2P trước khi Quy định có hiệu lực (ngày 29/12/2016), phải đăng ký với OJK trong vòng sáu tháng (tức là vào ngày 29/6/2017).

8. Các chế tài áp dụng.

Ngoài ban hành các chính sách, quy định quản lý, Chính phủ Indonesia còn tạo ra cơ chế phối hợp đối với các cơ quan quản lý. Theo đó, dữ liệu từ các nhà cung cấp P2P Lending được gửi đến POJK sẽ đồng thời chịu sự quản lý của BI, trong trường hợp cần thiết BI sẽ xuất ra dữ liệu đầu vào của mình cho POJK. Hiện nay, Chính phủ Indonesia đang lên kế hoạch thành lập một trung tâm Fintech để quản lý, nghiên cứu và nhận ý kiến tham vấn từ các chuyên gia đầu ngành về công nghệ, tài chính nhằm giúp cho hoạt động Fintech phát triển hiệu quả tại quốc gia này.

5. Một số vấn đề pháp lý đặt ra đối với Việt Nam

Mô hình cho vay ngang hàng hiện nay đã và đang hoạt động mà không chịu sự điều chỉnh của các cơ quan quản lý, lỗ hổng này dẫn đến tình trạng bị lợi dụng biến hình thức cho vay “hợp pháp” sang bất hợp pháp như: Quảng cáo không minh bạch, cung cấp

²⁰ <https://www.ojk.go.id/id/regulasi/otoritas-jasa-keuangan/peraturan-ojk/Documents/Pages/POJK-Nomor-77-POJK.01-2016/SAL%20-%20POJK%20Fintech.pdf>, truy cập ngày 9/11/2019.

thiếu thông tin, lãi suất cao phi thực tế, đòi nợ “khủng bố” điện thoại con nợ và cả người không liên quan, điển hình như ứng dụng Mofin²¹. Ngoài ra, một số đối tượng ẩn danh và núp bóng giao dịch trên ứng dụng để trốn thuế, rửa tiền, tài trợ khủng bố; hoặc biến tướng để huy động tài chính đa cấp, chiếm dụng vốn, lừa đảo... tình trạng này nếu càng để lâu thì sẽ càng phát sinh nhiều hậu quả khôn lường.

Trong khi đó nhu cầu tiếp cận vốn để mở rộng sản xuất kinh doanh, phát triển doanh nghiệp rất lớn. Theo thống kê của Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam (VCCI), hiện cả nước có hơn 500.000 SME, chiếm khoảng 97% tổng số doanh nghiệp đang hoạt động, nhưng vẫn còn 60% SME chưa tiếp cận được vốn vay²². P2P đổi mới về phương thức giao dịch, gia tăng khả năng tiếp cận nguồn vốn trong xã hội, cũng như góp phần đa dạng hóa, thúc đẩy sự phát triển của hệ thống tín dụng của mỗi quốc gia. Mặt khác, đây cũng là giải pháp hữu hiệu giúp cân bằng tài chính, có tác động làm giảm thiểu các tổ chức cho vay nặng lãi, các quỹ tín dụng đen đang diễn biến ngày càng phức tạp tại Việt Nam nếu được quy định chặt chẽ.

Xét về bản chất, P2P Lending vẫn là giao dịch nhằm tạo lập một hợp đồng vay giữa hai bên: Bên vay và bên cho vay có trách nhiệm thực hiện các nghĩa vụ của mình theo quy định của pháp luật²³. Ngày

8/7/2019, Ngân hàng Nhà nước (NHNN) ban hành Công văn số 5228/NHNN-CSTT gửi các tổ chức tín dụng (TCTD), chi nhánh ngân hàng nước ngoài lưu ý về hoạt động cho vay ngang hàng. Theo đó, NHNN yêu cầu các TCTD cần tìm hiểu, nắm rõ các rủi ro phát sinh từ mô hình cho vay ngang hàng để hướng dẫn cho các TCTD (bao gồm cả công ty con, công ty thành viên) về các rủi ro tiềm ẩn, bao gồm rủi ro pháp lý và các rủi ro phát sinh khác từ cho vay ngang hàng. Tuy nhiên, hiện pháp luật Việt Nam chưa đưa ra một quy định pháp lý nào để điều chỉnh vấn đề này, pháp luật dân sự hay doanh nghiệp hiện tại không đủ cơ chế để điều chỉnh trực tiếp các vấn đề về cho vay ngang hàng: Hình thức, điều kiện kinh doanh của nhà cung cấp, cách thức các bên thực hiện giao dịch, ký kết hợp đồng P2P... Trong khi đó, doanh nghiệp cung cấp dịch vụ đóng vai trò trung gian - không trực tiếp huy động vốn, cho vay và chịu rủi ro nợ xấu nên không thể chịu sự điều chỉnh của Luật Các TCTD²⁴.

Theo báo cáo mới nhất về chỉ số Fintech toàn cầu năm 2019 của Ernst & Young (*một trong bốn hãng kiểm toán hàng đầu thế giới*), hiện có 82% người tiêu dùng nhận thức và muốn tìm hiểu về dịch vụ

“Hợp đồng vay tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên cho vay giao tài sản cho bên vay; khi đến hạn trả, bên vay phải hoàn trả cho bên cho vay tài sản cùng loại theo đúng số lượng, chất lượng và chỉ phải trả lãi nếu có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định”.

²⁴ Khoản 12 Điều 4 Luật Các TCTD năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2017):

“Cấp tín dụng là việc thỏa thuận để tổ chức, cá nhân sử dụng một khoản tiền hoặc cam kết cho phép sử dụng một khoản tiền theo nguyên tắc có hoàn trả bằng nghiệp vụ cho vay, chiết khấu, cho thuê tài chính, bao thanh toán, bảo lãnh ngân hàng và các nghiệp vụ cấp tín dụng khác”.

²¹ Lê Hữu Việt, *Trống pháp lý, cho vay kiểu Mofin 'khủng bố' nhiều người*, <https://www.tienphong.vn/kinh-te/trong-phap-ly-cho-vay-kieu-mofin-khung-bo-nhieu-nguoi-1404209.tpo>, truy cập ngày 9/11/2019.

²² VCCI (2018), *Doanh nghiệp khó tiếp cận vốn*, <https://vcci.com.vn/vcci-doanh-nghiep-kho-tiep-can-von>, truy cập ngày 12/11/2019.

²³ Điều 463 Bộ luật Dân sự năm 2015 về Hợp đồng vay tài sản:

thanh toán ngang hàng và chuyển tiền phi ngân hàng - những dịch vụ phát triển bởi Fintech²⁵. Trung bình mỗi ngày có khoảng 2000 đơn xin vay tại một công ty hoạt động P2P Lending mới thành lập²⁶. Có thể thấy xu thế phát triển cho vay ngang hàng tại Việt Nam tăng trưởng nhanh bởi những lý do chính sau đây:

(i) Dân số đông với 96 triệu người hầu hết trong độ tuổi lao động, thu nhập đang tăng khá nhanh trong những năm gần đây.

(ii) Tâm lí người dân ngày càng thích dùng công nghệ tiên tiến, tiệm cận công nghệ 4.0.

(iii) Khả năng tiếp cận dịch vụ tài chính-ngân hàng còn ở mức khiêm tốn so với khu vực (theo Ngân hàng Thế giới, tại Việt Nam mới chỉ có khoảng 40% người lớn có tài khoản ngân hàng so với tỷ lệ 80% của Trung Quốc hay 74% tại khu vực châu Á – Thái Bình Dương; số lượng giao dịch phi tiền mặt tại Việt Nam chỉ đạt mức 4,9%, trong khi đó tỷ lệ này tại Trung Quốc là 26,1%, Thái Lan đạt 59,7% và Malaysia lên đến 89%)²⁷.

(iv) Ngành công nghệ thông tin nói chung và công nghệ tài chính nói riêng đang phát triển nhanh chóng tại quốc gia này.

Trước những vấn đề còn bỏ ngỏ trong cơ chế quản lý hoạt động cho vay ngang

hàng tại Việt Nam, với xu thế phát triển chung tại các quốc gia trên thế giới, tác giả xin nêu ra một số kiến nghị đối với hoạt động cho vay ngang hàng như sau:

Đối với Nhà nước

Thứ nhất, cần sớm đặt ra mục tiêu quản lý rõ ràng theo hướng mở, khuyến khích đổi mới sáng tạo và phát triển ngành Fintech để nắm bắt cơ hội và cải thiện môi trường tài chính hiện tại. Phân tích các nhân tố ảnh hưởng đến hoạt động cho vay ngang hàng dưới góc độ kinh tế và pháp lý, lựa chọn cách thức hoạt động phù hợp với điều kiện Việt Nam hiện tại, học hỏi kinh nghiệm từ các quốc gia có điều kiện tương thích ví dụ như Singapore, Indonesia, Thái Lan,...

Thứ hai, xác định cơ quan quản lý trực tiếp, đưa ra cơ chế phối hợp, biện pháp quản lý ở cấp trung ương và địa phương: Ngân hàng Nhà nước - Bộ Kế hoạch và Đầu tư - Bộ Tài chính...

Thứ ba, rà soát, đánh giá khung pháp lý hiện hành, ban hành các chính sách điều chỉnh về hoạt động cho vay ngang hàng. Trong bối cảnh các vấn đề mới đang liên tục phát sinh từ cách mạng công nghiệp 4.0, nhiều quốc gia đều nỗ lực tìm kiếm phương thức phù hợp để điều chỉnh và Regulatory sandbox (môi trường pháp lý thử nghiệm công nghệ) là một công cụ quản lý được nhiều quốc gia trên thế giới sử dụng. Cách làm này cho phép cơ quan nhà nước kiểm nghiệm, đánh giá những khía cạnh công nghệ mới chưa được pháp luật dự liệu, để từ đó xây dựng các quy tắc pháp lý thích hợp, có thể là cấm, cho phép có kiểm soát hoặc cho phép ứng dụng rộng rãi. Giải pháp pháp lý này khi áp dụng tại Việt Nam cũng cần xác định các nguyên tắc chung, làm rõ trách nhiệm của các chủ thể tham gia thử nghiệm công nghệ, cần quy định về trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước trong việc giám

²⁵ *Global FinTech Adoption Index 2019*, Ernst & Young, <https://fintechsurvey.com/2019/Documents/ey-global-fintech-adoption-index-2019.pdf>, truy cập ngày 12/11/2019.

²⁶ Cát Lam, *Bản chất công ty tài chính tiêu dùng không xấu?*, <https://vietstock.vn/2018/12/ban-chat-cong-ty-tai-chinh-tieu-dung-khong-xau-757-645050.htm>, truy cập ngày 12/11/2019.

²⁷ Tạp chí Tài chính, *Đã có 40 triệu người có tài khoản ngân hàng, thanh toán di động tăng 232,3%*, <http://tapchitaichinh.vn/ngan-hang/da-co-40-trieu-nguoi-co-tai-khoan-ngan-hang-thanh-toan-di-dong-tang-2323-314132.html>, truy cập ngày 12/11/2019.

sát quá trình thử nghiệm và hỗ trợ các chủ thể trong quá trình thử nghiệm²⁸.

Thứ tư, cần sớm ban hành văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh về các vấn đề liên quan đến cho vay ngang hàng, trong đó đảm bảo các nội dung chính sau: (i) Quy định cụ thể đối với các Công ty P2P Lending về điều kiện cấp phép hoạt động (xem xét hoạt động cho vay ngang hàng như một ngành nghề kinh doanh có điều kiện): Số vốn tối thiểu, tiêu chuẩn công nghệ, trình độ chuyên môn của người điều hành và phụ trách chính; (ii) Trách nhiệm báo cáo dữ liệu cho Trung tâm thông tin tín dụng quốc gia Việt Nam (CIC), đồng thời khuyến khích việc tra cứu thông tin tín dụng từ CIC phục vụ chấm điểm tín dụng và đánh giá khách hàng; (iii) Hạn mức cho vay tối đa đối với từng loại kỳ hạn, mức cho vay tối đa đối với kỳ hạn 01 năm (kể cả đối với nhà đầu tư cho vay trên sàn), số lần vay qua sàn trong thời hạn 01 năm (để không chế đảo nợ), sản phẩm tín dụng được phép cung cấp, hình thành các Quỹ có chức năng tương tự như một hình thức bảo hiểm cho người cho vay, trần lãi suất và phí, quản lý rủi ro; (iii) Cơ chế giải quyết khiếu nại, giải quyết tranh chấp, quy định chế tài xử lý vi phạm để bảo vệ quyền và lợi ích cho các chủ thể tham gia vào thị trường này.

Đối với các công ty triển khai mô hình cho vay ngang hàng

Thứ nhất, cần tuân thủ các quy định pháp luật hiện hành (không vi phạm Luật

Các TCTD, Luật Phòng chống rửa tiền, Luật An toàn thông tin mạng, Luật An ninh mạng, Luật Giao dịch điện tử...), phối hợp chặt chẽ cùng với Chính phủ, NHNN trong việc xây dựng, nâng cấp cơ sở hạ tầng, cơ sở dữ liệu lớn (Big Data).

Thứ hai, nâng cao kiến thức và kỹ năng quản lý rủi ro, cập nhật công nghệ hiện đại phòng ngừa các loại tội phạm an ninh mạng với việc xây dựng đội ngũ chuyên gia nguồn nhân lực có hiểu biết chuyên sâu cả về lĩnh vực tài chính và công nghệ thông tin.

Thứ ba, đặt quy tắc đạo đức lên hàng đầu trong suốt quá trình cung cấp dịch vụ cho khách hàng, công bố đầy đủ, minh bạch, trung thực các thông tin về nội dung hợp tác và phương tiện quảng cáo, truyền thông, bán hàng mà công ty cho vay ngang hàng truyền tải đến người tiêu dùng và các bên có liên quan.

Nhìn chung, cho vay ngang hàng được xem là một giải pháp có tính sáng tạo và hiệu quả của ngành Fintech trong một thập kỷ qua. Bên cạnh những ưu điểm, P2P Lending còn tồn tại không ít những rủi ro, bất cập. Nếu để hoạt động này diễn ra một cách tự phát thì sẽ không tránh khỏi những hậu quả khôn lường cho các chủ thể liên quan và nghiêm trọng hơn là nền kinh tế của đất nước. Sự chậm chễ trong công tác quản lý có thể sẽ gây nên rủi ro hệ thống và sự bất ổn cho nền kinh tế - xã hội khi xảy ra hiện tượng mất khả năng trả nợ. Chính vì vậy, Nhà nước cần kịp thời tạo ra hành lang pháp lý điều chỉnh trực tiếp hoạt động cho vay ngang hàng để có thể nắm bắt thời cơ, tối đa hóa các ưu điểm của hình thức kinh doanh này đóng góp vào sự phát triển chung của nền kinh tế cũng như đáp ứng nhu cầu của xã hội hiện nay.

²⁸ Ngày 12/8/2019, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 999/QĐ-TTg phê duyệt Đề án thúc đẩy mô hình kinh tế chia sẻ, trong đó khẳng định quan điểm “*thực hiện cơ chế thử nghiệm chính sách mới (dạng sandbox) cho việc triển khai và ứng dụng các công nghệ mới trong mô hình kinh tế chia sẻ*”.

THẺ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa... trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: *i) Tên bài viết; ii) Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết; iii) Nội dung bài viết.* Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: tcnnpl@isl.gov.vn hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phân dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, <http://isl.vass.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biểu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biểu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.