

THÔNG RA MỘT KỶ

4(336)

2016

NUM TH 45

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TR C
PGS.TS. B XUÂN C
PGS.TS. PH H NG H I
PGS.TS. TR N NH H O
PGS.TS. HÀ TH MAI H I N
PGS.TS. PH M H O U N G H O
PGS.TS. NGUY N N H O P H O T
PGS.TS. L MINH TH AN G
PGS.TS. NGUY N TRUNG T N
GS.TS. V KH NH VINH
PGS.TS. INH N G C V N G

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

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

**Gi y ph p ho t ng
b b ch s 121/GP-
BT/TTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy lợi

Gi 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ TRẦN QUYẾT THẮNG: Công lý theo kết quả, công lý theo thủ tục và liên hệ với nền tư pháp Việt Nam 3
- ❖ Đ U CÔNG HIỆP – HÀ THỊ PHƯƠNG TR A: Quy định về án lệ trong Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 – nhìn từ góc độ bản chất của án lệ 9
- ❖ CAO V U MINH: Một số bất cập trong các quy định của Luật Tố cáo năm 2011 và hướng hoàn thiện 14

LUẬT HÌNH SỰ

- ❖ PHAN VĂN CH ANH: Những điểm mới về hình phạt tử hình trong Bộ luật Hình sự năm 2015 20
- ❖ MAI THỊ TH UY – Đ A O THỊ NGUY T: Về hình phạt tiền áp dụng đối với người phạm tội trong Bộ luật Hình sự năm 2015 25

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ, LUẬT MÔI TRƯỜNG

- ❖ Đ O GIANG NAM: Sự phát triển của chế định hợp đồng tiêu dùng và triển vọng đối với pháp luật hợp đồng Việt Nam 32
- ❖ V U THỊ H AI Y N: Ch ng l n trong bảo hộ quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp 42
- ❖ NGUY N THANH HUY N: Pháp luật về giao, cho thuê rừng và đất rừng đối với doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực lâm nghiệp – thực trạng và giải pháp 55

LUẬT QUỐC TẾ

- ❖ NG O H U U PH U O C – L E Đ U C PH U O N G: Chuyển giao người bị kết án phạt tù theo Luật quốc tế và pháp luật Việt Nam 62
- ❖ NGUY N SON: Pháp luật Việt Nam về đối xử tối huệ quốc trong thương mại quốc tế 74

G P Y D U TH A O V A N B A N Q U Y P H A M P H A P L U A T

- ❖ PH A M TH I GI A N G T H U: Một số ý kiến về Dự thảo Nghị định quy định điều kiện kinh doanh mua bán nợ 81

MONTHLY ISSUE

4(336)

2016

45TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC
BUI XUAN DUC
PHAM HONG HAI
TRAN DINH HAO
HA THI MAI HIEN
PHAM HUU NGHI
NGUYEN NHU PHAT
LE MINH THONG
NGUYEN TRUNG TIN
VO KHANH VINH
DINH NGOC VUONG

*Office of the Editorial
Board:
27 Tran Xuan Soan
Ha Noi*

Tel: 04.39713333

Fax: 04.39764534

Email:

tcnnp1@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

- ❖ TRAN QUYET THANG: Result-based Justice, Due Process-based Justice and Vietnam's Justice System 3
- ❖ DAU CONG HIEP – HA THI PHUONG TRA: Case Law under the Law on Organisation of People's Courts of 2014: From the Perspective of the Nature of Case Law 9
- ❖ CAO VU MINH: Some Shortcomings of the Law on Denouncement of 2011 and Direction for Its Improvement 14

CRIMINAL LAW

- ❖ PHAN VAN CHANH: New Issues of Death Penalty under the Penal Code of 2015 20
- ❖ MAI THI THUY – DAO THI NGUYET: On Monetary Sanctions for Criminals under the Penal Code of 2015 25

CIVIL LAW, INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, ENVIRONMENTAL LAW

- ❖ DO GIANG NAM: The Development of Laws and Regulations on Consumer Contracts in Vietnam and Their Prospect 32
- ❖ VU THI HAI YEN: Overlap between the Protection of Copyrights and of Industrial Property Rights 42
- ❖ NGUYEN THANH HUYEN: Law and Regulation on Forest, Forest Land Transfer or Lease for Forestry Enterprises – Practice and Solution 55

INTERNATIONAL LAW

- ❖ NGO HUU PHUOC – LE DUC PHUONG: Transfer of Sentenced Persons under International and Vietnamese Law 62
- ❖ NGUYEN SON: Vietnamese Law on Most-Favoured Nation Treatment in International Trade 74

COMMENT ON DRAFT LEGAL NORMATIVE DOCUMENTS

- ❖ PHAM THI GIANG THU: Some Pieces of Comment on the Draft of Decree on Requirement of Debt Business 81

CÔNG LÝ THEO KẾT QUẢ, CÔNG LÝ THEO THỦ TỤC VÀ LIÊN HỆ VỚI NỀN TƯ PHÁP VIỆT NAM

Trần Quyết Thắng*

Tóm tắt: Bài viết đề cập các vấn đề: 1) Khái niệm và lịch sử phát triển của thuật ngữ công lý; 2) Giới thiệu về công lý theo thủ tục và công lý theo kết quả; 3) Liên hệ với quá trình tổ tụng tư pháp ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: This article addresses the following issues: 1) The concept and development history of justice; 2) Overview of result-based justice and due process-based justice; 3) Comparison with judicial process in Vietnam nowadays.

Công lý là một thuật ngữ chính trị, đạo đức, triết học và pháp lý được biết đến rộng rãi trên toàn thế giới. Tuy nhiên, cho đến nay thuật ngữ này vẫn chưa có sự đồng nhất về khái niệm. Trong lĩnh vực tổ tụng hình sự, công lý được xem là tôn chỉ và cũng là đích hướng tới của hệ thống tư pháp.

Hầu hết các nghiên cứu đều thừa nhận rằng, hiện nay nền tư pháp của các nước chia làm hai xu hướng gồm công lý theo thủ tục - gắn với đa số các quốc gia theo hệ thống thông luật và công lý theo kết quả - gắn với các quốc gia theo hệ thống dân luật.

Ở Việt Nam, dù đã trải qua những thăng trầm của lịch sử, nội dung này vẫn chưa có được một vị thế xứng đáng trong hoạt động của hệ thống tư pháp. Công lý theo thủ tục hay công lý theo kết quả vẫn còn là một vấn đề mới trong cả học thuật và thực tiễn. Vì vậy, đòi hỏi cần có những nghiên cứu đặt nền móng cho việc xác định xu hướng lựa chọn con đường đến công lý của hoạt động tổ tụng tư pháp Việt Nam nhằm phát triển một nền tư pháp xét xử độc lập, công bằng, đúng người, đúng tội.

1. Khái niệm và lịch sử phát triển của công lý

Từ thời kỳ cổ đại, Aristotle cho rằng công lý là đối xử bình đẳng với những người ngang nhau và bất bình đẳng với những người không ngang nhau. Ông chia công lý thành: “*công lý cải tạo*” - là việc toà án yêu cầu bên gây ra thiệt hại khắc phục những thiệt hại đã tạo ra cho người bị hại, và “*công lý phân phối*” - là cách thức và nỗ lực đem sự công bằng xứng đáng với mỗi người¹.

Người La Mã cũng luận giải vấn đề công lý là yêu cầu phải trao cho con người những quyền của họ và xác lập sự ra đời của “*công lý tương giao*” là nền móng cho các hợp đồng, trao đổi lợi ích giữa các bên như hiện nay.

Trong khi đó, ở nền khoa học hiện đại, trong bài giảng *Công lý - đâu là những việc đúng nên làm*, Giáo sư Michael J. Sandel cho rằng: công lý là hoạt động được tiếp cận bởi một số các nguyên tắc, bao gồm: Tối đa hoá tổng phúc lợi - lựa chọn lợi ích của số đông; tôn trọng quyền tự do cá nhân - các cá nhân có những lựa chọn khác nhau và

* ThS., Đại học Nội vụ Hà Nội cơ sở miền Trung.

¹ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp* (Phạm Kiềm Tùng dịch), Nxb. Tri thức, năm 2001.

không phụ thuộc vào lợi ích của người khác. Nguyên tắc này mâu thuẫn với nguyên tắc tối đa hoá tổng phúc lợi; làm theo lý lẽ - công lý là làm theo điều hợp đạo lý và đạo lý này là điều mà người ta cảm thấy đúng đắn; làm theo lý lẽ với tấm màn vô minh - công lý là làm theo những điều hợp lý, nhưng không được biết đến các yếu tố chi phối khác như màu da, sắc tộc, tính cách, năng lực...; dành những gì xứng đáng cho ai xứng đáng - chỉ người có năng lực, phẩm chất xứng đáng mới được hưởng những giá trị xứng đáng².

Trường phái pháp luật đạo đức/tự nhiên lại cho rằng, công lý là sản phẩm của tạo hoá ban cho và là việc mỗi cá nhân hoặc nhóm được hưởng những gì mà họ xứng đáng.

Dưới góc độ nghiên cứu ngôn ngữ, công lý trong tiếng Anh là *Justice*; được định nghĩa theo 5 cách khác nhau trong quan hệ trái nghĩa với *Injustice* - nghĩa là bất công, bao gồm:

- a) Việc duy trì những gì là điều đúng hay lẽ phải thông qua sức mạnh hoặc quyền lực bằng phương pháp trao phần thưởng hoặc hình phạt thích đáng;
- b) Hình thức trừng phạt đối với một người phạm tội, hay chế tài được coi là thích hợp cho một tội phạm;
- c) Công cụ trừng trị tội ác, được hình tượng hoá bằng giá treo cổ;
- d) Mục đích quản lý của pháp luật, của thủ tục tố tụng tư pháp;
- đ) Cơ quan tư pháp, hoặc trách nhiệm, thẩm quyền của cơ quan này³.

² Chi tiết tại:

<https://www.youtube.com/watch?v=WonYIfHFyvI>.

³ Xem bản tiếng Anh tại:

<http://www.oed.com/view/Entry/102198>;

Đại từ điển tiếng Việt định nghĩa công lý là: *Lẽ phải được xã hội thừa nhận, phù hợp với đạo lý và lợi ích chung của xã hội*⁴.

Như vậy, có thể kết luận rằng: *Công lý là tư duy hay hành vi phù hợp với sự công bằng và lẽ phải được thừa nhận chung bởi cộng đồng, phù hợp với chuẩn mực đạo đức mà cá nhân theo đuổi trong khuôn khổ chuẩn mực đạo đức xã hội và luật pháp, được nhà nước bảo vệ*.

Cho đến nay, hầu hết các nước đều thừa nhận công lý đã trải qua 3 thời kỳ phát triển.

Ở giai đoạn thứ nhất, bản chất của công lý mang tính khá tiêu cực. Nó là hoạt động trả thù của cá nhân khi bị xâm phạm, do đó giai đoạn này được gọi là giai đoạn công lý báo thù. Nổi bật cho giai đoạn này là Bộ luật Hammurabi (mi-sa-ra-am) được ban hành bởi Nhà nước Lưỡng Hà (giai đoạn từ 1792 đến 1750 TCN). Nội dung chính yếu của nó là hình phạt phải gánh chịu theo nguyên tắc Talion. Sự hà khắc của nguyên tắc Talion nói riêng và Bộ luật Hammurabi nói chung là việc áp dụng triệt để hình phạt mạng đổi mạng. Ví dụ Điều 196 Bộ luật này quy định: *Kẻ nào làm hỏng mắt của người dân tự do, kẻ đó sẽ bị người ta chọc mù mắt*; Điều 197: *Kẻ nào đánh gãy tay của một người tự do, người ta sẽ đánh gãy tay của hắn*; Điều 230: *Người thợ xây xây nhà không cẩn thận làm đổ nhà chết con chủ nhà thì phải giết con người thợ xây*. Những quy định này vẫn còn xuất hiện trong Luật hình sự của nhiều quốc gia trong thế giới hiện đại. Đó là hình phạt tử hình cho một số tội danh. Mặc dù việc giữ hay bỏ hình phạt này đang gây tranh cãi, nhưng không thể

⁴ Đại từ điển tiếng Việt, 2008, tr. 347.

phủ nhận hình phạt này có mối dây liên hệ mật thiết với công lý báo thù⁵.

Tuy bản chất công lý của thời kỳ này là sự trả thù, song xuyên suốt giá trị của Hammurabi, công lý luôn được đề cao và được xem như ánh sáng mặt trời cần phải “soi đến dân đen, tỏ ánh sáng khắp mặt đất”.

Giai đoạn thứ hai, công lý được chuyển từ hình thức trả thù nguyên thủy sang hình thức bồi thường tương xứng với thiệt hại. Nội dung chính của công lý giai đoạn này là sự phạt vạ tương xứng với thiệt hại bằng một giá trị khác ngoài sinh mạng. Đó là sự thoả thuận giữa bên gây ra thiệt hại và bên bị thiệt hại một hình thức đền bù để hai bên hài lòng. Sự phạt vạ này tránh được tính chất hà khắc của Bộ luật Hammurabi là không quy kết mọi thiệt hại về sinh mạng phải được đền bù bằng sinh mạng. Các giá trị thay thế thường là tài sản hoặc sức lao động.

Giai đoạn thứ ba của công lý là lúc các chuyển biến của đời sống xã hội phát triển phức tạp, sự xâm phạm lợi ích của cá nhân, tổ chức đa dạng khiến cho các bên tham gia quan hệ khó định lượng được các khoản thiệt hại để đi đến bồi thường và ngăn chặn các hoạt động trả thù cá nhân. Các thiết chế tư pháp bao gồm Tòa án và cơ quan hỗ trợ tư pháp ra đời. Đây là thời kì đánh dấu sự chuyển biến quan trọng nhất của công lý khi gắn nó với hoạt động tư pháp xét xử.

2 Công lý theo kết quả và công lý theo thủ tục

2.1. Công lý theo kết quả

Công lý theo kết quả (cách gọi khác: công lý theo bản thể) chỉ quá trình xét xử tư

pháp chú trọng vào kết quả thay vì các thủ tục đi đến kết quả đó. Để dễ hình dung bản chất của nó trong sự đối sánh với công lý theo thủ tục, trong bài viết này tác giả sử dụng thuật ngữ công lý theo kết quả. Ở những nền tư pháp thừa nhận công lý theo kết quả thường quan niệm rằng, công lý chỉ xuất hiện khi kết quả cuối cùng được tìm thấy và đôi khi dù vô tình hay hữu ý, quá trình xét xử tư pháp bỏ qua các giới hạn về thủ tục, thậm chí dùng các thủ đoạn điều tra để có được kết quả vượt quá sự nghi ngờ hợp lý.

Công lý theo kết quả, với bản chất không chú trọng nhiều đến các thủ tục mà chỉ xem trọng đáp án của vụ việc đã khiến cho trong quá trình điều tra, xét xử tư pháp xuất hiện các sáng tạo nhằm đẩy nhanh việc tiến tới công lý. Các sáng tạo đó, thường là tiêu cực và xâm phạm đến những quyền quan trọng của bị can, bị cáo mà đáng lẽ họ phải được thừa nhận và bảo vệ trước khi bị kết tội bởi toà án. Đây cũng chính là nguyên nhân cơ bản dẫn đến các bản án oan sai, đặc biệt ở những nơi pháp luật có sự giám sát tư pháp lỏng lẻo, quyền lực của cơ quan điều tra vượt trên cả toà án (án tại hồ sơ) và được thực thi một cách bí mật.

Ví dụ điển hình cho công lý theo kết quả là vụ án An Lạc Tam ở Sơ Đông, Trung Quốc. Năm 1955, An Lạc Tam nguyên là Phó phòng cảnh sát huyện Giao đã bị kết án tử hình với tội danh trộm cắp và giết người được thực hiện hơn 10 năm trước đó. Trong quá trình điều tra, các điều tra viên vì tư thù cá nhân đã mớm cung, đưa nhân chứng giả nhằm tạo ra các tình huống bất lợi, chống lại bị cáo. Đặc biệt, người được cho là nạn nhân trong vụ án vốn là con nợ của Tam và chết do xuất huyết lúc sinh con, được thay đổi hồ sơ pháp y để phù hợp với tội trạng đánh đập

⁵ Xem chi tiết tại: <http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/thong-tin-khac.aspx?ItemID=7018>, và <http://moj.gov.vn/ct/tintuc/Pages/ngghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=4524>.

con nợ cho đến chết mà các điều tra viên muốn gán cho An Lạc Tam. Với việc tra tấn, bức cung buộc phải thừa nhận tội danh, Toà án đã tuyên bị cáo An Lạc Tam hình phạt tử hình. Quá trình tuyên án và mức hình phạt được giữ kín, cho tới khi ra pháp trường, An Lạc Tam mới biết mình bị tước đoạt quyền sống và gào khóc kêu oan.

Rõ ràng đây là một vụ án mà kết quả đã được định trước bởi các điều tra viên với thành kiến và tư thù cá nhân. Đây cũng chính là một trong rất nhiều vụ án oan nổi tiếng thế giới do quá trình điều tra và xét xử tư pháp đã bị bẻ cong mà không bị giám sát hay ngăn chặn bằng các thủ tục.

2.2. Công lý theo thủ tục

Công lý theo thủ tục (tiếng Anh là “*due process*”) được thừa nhận và coi trọng ở các nền tư pháp phương Tây, điển hình ở Anh và Mỹ. Công lý theo thủ tục có nghĩa chung là “*để đạt tới công lý phải áp dụng một cách nhất quán các luật lệ và thủ tục đã tạo nên hệ thống tư pháp theo định chế*”.

Đối với công lý theo thủ tục, trong quá trình tố tụng, để đạt được công lý, cơ quan tư pháp cần tuân thủ tuyệt đối các nguyên tắc và thủ tục đã định trước. Điều này bảo đảm quyền được xét xử công bằng của bị can, bị cáo. Đồng thời bảo đảm rằng, trước khi bị kết tội, bị can, bị cáo phải được đối xử trên cơ sở nguyên tắc tôn trọng quyền con người, chống các hoạt động nhục hình, tra tấn và bức cung. Yêu cầu của công lý theo thủ tục bắt buộc cơ quan xét xử và các cơ quan hỗ trợ tư pháp, điều tra phải bằng nghiệp vụ cho phép, xác định các chứng cứ nhằm buộc tội bị can một cách công bằng, tương xứng với thiệt hại mà bị can đã gây ra. Trường hợp các cơ quan này tiến hành các hoạt động trái quy định của pháp luật nhằm tìm kiếm, khai thác và xác nhận các bằng

chứng phạm tội sẽ không được thừa nhận. Khi đó, thẩm phán có quyền huỷ bỏ những bằng chứng do việc vi phạm thủ tục tố tụng mà có và nếu trong trường hợp cơ quan điều tra, công tố không dẫn ra được những bằng chứng vượt qua sự nghi ngờ vô tội của bị can, bị cáo, bồi thẩm đoàn và thẩm phán có thể huỷ bản cáo trạng và tuyên trắng án. Như vậy, thực chất của công lý theo thủ tục là việc tìm đến công lý bằng tuân thủ các quy trình, nguyên tắc đã định trước chứ không phải là kết quả của nó.

Để có thể duy trì được công lý theo thủ tục, cần phải tuân thủ bốn nguyên tắc bao gồm:

- Hệ thống pháp luật phải đầy đủ và công bằng về thể thức quyết nghị và thủ tục;

- Pháp luật phải được định trước và phổ quát một cách rộng rãi, bảo đảm các công dân đều có khả năng tiếp cận;

- Pháp luật phải được áp dụng trên nguyên tắc của pháp quyền, công khai và minh bạch;

- Pháp luật phải được áp dụng nhất quán, không có trường hợp cá biệt, các vụ án có tình tiết giống nhau phải được xử như nhau.

Công lý theo thủ tục gắn chặt với Nhà nước pháp quyền. Các nghiên cứu đã chỉ ra rằng, Nhà nước pháp quyền có ba nguyên tắc cơ bản: 1) Tính thượng tôn của pháp luật. Không một cá nhân nào được đứng trên pháp luật kể cả Chính phủ hay bất kể một thiết chế chính trị nào; 2) Mọi người đều được bình đẳng trước pháp luật và không có ngoại lệ; 3) Mọi quá trình tố tụng tư pháp đều phải tuân theo những thủ tục đã định trước, không có sự xê dịch và sáng tạo nào vượt qua quy định pháp luật trên con đường đến công lý. Nguyên tắc thứ ba hàm chỉ đến công lý theo thủ tục, nếu ở đâu pháp luật vi phạm nguyên tắc của công lý theo

thủ tục thì ở đó các nguyên tắc còn lại sẽ bị vi phạm vì những tổn thương mà nền pháp luật ấy trên con đường tố tụng tư pháp đã gây ra.

Công lý theo thủ tục được xác định có vai trò quan trọng trong việc kiểm soát quyền lực của Chính phủ và bảo vệ quyền con người, quyền công dân.

Công lý theo thủ tục được áp dụng triệt để tại Mỹ. Tu chính án số 5 và số 9 quy định: *“Không ai có thể bị tước đoạt mạng sống, tự do thân thể, hay tài sản, mà không thông qua chuẩn mực tố tụng trong luật pháp...”*, *“Nhà nước cũng không được phép tước đoạt mạng sống, tự do thân thể, hay tài sản của bất cứ ai mà không thông qua chuẩn mực tố tụng trong luật pháp...”*⁶.

Trong lịch sử nước Mỹ đã ghi nhận không ít các trường hợp công lý thủ tục chiến thắng công lý theo kết quả. Điển hình là vụ án của cầu thủ bóng bầu dục J.O. Simpson. J.O. Simpson bị cáo buộc là thủ phạm đã giết vợ cũ là Nicole Brown Simpson và người tình Ronald Goldman của vợ năm 1994. Mặc dù các giả thuyết và bằng chứng thu thập được trong quá trình điều tra của cơ quan cảnh sát đều tạo lập được căn cứ rõ ràng chống lại J.O.Simpson. Tất cả các bằng chứng dường như minh chứng rằng, chính J.O. Simpson là thủ phạm của vụ án. Duy chỉ có một điều - đó cũng chính là cơ sở để các luật sư biện hộ cho J.O. Simpson thuyết phục Hội đồng xét xử - là việc thu thập các bằng chứng và lời khai của cảnh sát vi phạm những thủ tục đã định⁷. Theo luật pháp Mỹ, việc khám xét

nhà của J.O. Simpson cũng được cảnh sát ghi hình. Tuy nhiên, các điều tra viên đã quên đặt lại giờ cho thiết bị quay phim đúng với giờ tiến hành khám xét. Chính điều này là lỗi thủ tục quan trọng nhất khiến đa số các bằng chứng của cơ quan điều tra đi xa khỏi tính hợp lý và sự thật, và giới luật sư đã khai thác lỗi này để cáo buộc các thám tử tự tạo chứng cứ, mớm cung cho các nhân chứng và thực hiện quá trình điều tra trên cơ sở của sự phân biệt chủng tộc. Trước những lỗi thủ tục đó, Hội đồng xét xử không đồng ý với hầu hết các cáo buộc của cơ quan công tố và tuyên J.O. Simpson trắng án.

Như vậy, có thể thấy rằng, công lý theo kết quả chú trọng đáp số của vụ việc và công lý được thực thi khi tìm ra sự thật bất chấp nguy cơ có thể vi phạm các thủ tục điều tra. Nói cách khác, công lý theo kết quả trong một chừng mực nào đó theo đuổi một quan điểm xét xử tư pháp *“thà bắt nhầm còn hơn bỏ sót”*. Trong khi đó, công lý theo thủ tục lại rất chú trọng cách thức, trình tự tìm ra sự thật. Trong sự đối sánh, có thể nói rằng công lý theo thủ tục theo đuổi quan điểm xét xử tư pháp *“thà bỏ sót còn hơn bắt nhầm”*.

3. Những gợi mở cho nền tư pháp Việt Nam

Ở Việt Nam, cho đến nay vẫn chưa có một thuật ngữ pháp lý nào tương ứng với công lý theo thủ tục hay công lý theo kết quả. Tuy nhiên, Bộ luật Tố tụng Hình sự Việt Nam (BLTTHS) cũng có những quy định về quyền của bị can, bị cáo và bảo vệ các quyền này trong quá trình tố tụng. Đồng thời, BLTTHS quy định: *“Trong quá trình tiến hành tố tụng, cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng phải nghiêm chỉnh thực hiện những quy định của pháp*

⁶ <http://luatkhoa.org/2015/12/chuan-muc-to-tung-va-cau-chuyen-vi-pham-to-tung-o-viet-nam/>

⁷ Xem chi tiết tại: <http://baotintuc.vn/tin-tuc/phienv-toa-the-ky-xet-xu-o-j-simpsonky-6-cuoc-dau-tri-bat-dau-20120817012157820.htm>.

luật và phải chịu trách nhiệm về những hành vi, quyết định của mình”. Có thể nói, đây chính là tinh thần của công lý theo thủ tục, bởi “*những quy định của pháp luật*” được hiểu là trình tự thực hiện tố tụng.

Tuy nhiên, thời gian gần đây, nền tư pháp Việt Nam ghi nhận một số vụ án oan sai nghiêm trọng.

Tất cả các án được xác định oan sai hay có biểu hiện của oan sai đều có nguyên nhân xuất phát từ việc vi phạm thủ tục tố tụng của cơ quan tiến hành tố tụng.

Một dạng vi phạm thủ tục tố tụng là bức cung, mớm cung và nhục hình được phát hiện trong vụ án Huỳnh Văn Nén. Trong vụ án vườn điều nổi tiếng này, Huỳnh Văn Nén đã đưa ra một bản lời khai nhận tội mâu thuẫn với hiện trường, mâu thuẫn với nhân chứng do bị đánh đập, bức cung mà có.

Việc sử dụng lời khai của bị cáo làm công cụ duy nhất để khép tội cũng là một thực tế đang diễn ra hiện nay. Điều này được thấy rõ trong vụ án Lê Văn Mạnh khi cơ quan tố tụng chỉ sử dụng bức thư nhận tội mà Lê Văn Mạnh gửi cho mẹ để định tội bị cáo.

Điều đáng nói là, các vụ án oan sai điển hình gần đây chỉ được phát hiện khi hung thủ thực sự của vụ án ra đầu thú. Việc giải oan không phải là kết quả của quá trình suy xét lại thủ tục giải quyết các vụ án của cơ quan tiến hành tố tụng.

Rõ ràng, trong nhiều trường hợp, chúng ta đang thực hiện công lý chỉ chú trọng kết quả. Trong nền tư pháp “*án tại hồ sơ*” khó có căn cứ để tìm ra công lý thực sự.

Các án oan sai được giải nhưng đã để lại hậu quả nặng nề cho cuộc sống của người bị oan và gia đình của họ. Tuy nhiên, còn rất nhiều án oan do vi phạm thủ tục tố

tụng mà người bị oan đã không còn cơ hội để được minh oan do phải thi hành các chế tài của pháp luật.

Từ các cơ sở lý luận về xây dựng công lý theo thủ tục và công lý theo kết quả cùng với việc chỉ ra các hạn chế của quy trình tố tụng hiện nay ở Việt Nam, chúng tôi đưa ra một số định hướng như sau:

Thứ nhất, cần xây dựng một nền tư pháp độc lập bảo đảm cơ chế tự chịu trách nhiệm và loại bỏ các yếu tố tác động mang tính phi chính thức từ các định chế chính trị khác trong quá trình xét xử; đảm bảo cơ quan xét xử có thực quyền trong quá trình tố tụng, đồng thời tạo áp lực trách nhiệm đối với người phán quyết.

Thứ hai, cần xây dựng hệ thống pháp luật trong đó quy định chặt chẽ và rõ ràng các thủ tục tố tụng xét xử. Thủ tục cho từng giai đoạn của quá trình tố tụng ứng với từng cơ quan tiến hành cần xác định chi tiết, phân biệt rõ trách nhiệm và thẩm quyền, đồng thời gắn các chế tài cụ thể đối với những người tiến hành tố tụng vi phạm thủ tục. Các quy trình này phải được giám sát bởi những thiết chế đáng tin cậy, trong đó ghi hình việc hỏi cung và sự tham gia từ đầu của luật sư là một giải pháp cấp bách.

Thứ ba, thiết lập sự độc lập và giám sát lẫn nhau giữa cơ quan điều tra, cơ quan công tố và tòa án; loại bỏ thói quen “*án tại hồ sơ*” như hiện nay.

Thứ tư, cần thống nhất áp dụng pháp luật trong tố tụng xét xử, như áp dụng các án lệ vào việc định tội danh giống nhau cho các bản án có tình tiết và mức độ như nhau.

Thứ năm, trong tố tụng xét xử, thẩm phán phải phán quyết dựa trên công lý và nhân danh công lý, tuân thủ pháp luật nhưng vẫn đảm bảo lương tri của người phán xét.

QUY ĐỊNH VỀ ÁN LỆ TRONG LUẬT TỔ CHỨC TÒA ÁN NHÂN DÂN NĂM 2014 - NHÌN TỪ GÓC ĐỘ BẢN CHẤT CỦA ÁN LỆ

*Đậu Công Hiệp**
*Hà Thị Phương Trà***

Tóm tắt: Bài viết đưa ra một số phân tích quy định về án lệ trong Luật Tổ chức Tòa án nhân dân hiện hành dựa trên lý luận về bản chất của án lệ để từ đó chỉ ra những điểm hạn chế trong quy định này.

Abstract: This article analyses provisions on case law in the current Law on Organisation of People's Courts on the basis of the nature of case law. It then points out shortcoming of these provisions.

Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 được đánh giá là một trong những đạo luật quan trọng, ra đời kịp thời nhằm cụ thể hóa nội dung và tinh thần của Hiến pháp 2013 với nhiều điểm mới. Trong đó, điểm c khoản 2 Điều 22 của Luật này đã lần đầu tiên quy định về án lệ như sau:

" Điều 22. Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao

...

2. Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có nhiệm vụ, quyền hạn sau đây:

...

c) Lựa chọn quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, có tính chuẩn mực của các Tòa án, tổng kết phát triển thành án lệ và công bố án lệ để các Tòa án nghiên cứu, áp dụng trong xét xử";

Tuy nhiên, xét từ góc độ bản chất của án lệ, quy định trên liệu có hợp lý?

1. Án lệ - biểu hiện của sự thực hành công lý

Công lý là khát vọng của loài người, là điều mà tất cả chúng ta đều trông chờ được thi hành trong thực tế. Tòa án với tư cách là cơ quan xét xử có chức năng bảo vệ công lý. Thông qua việc áp dụng án lệ, sự công bằng sẽ được đảm bảo, đó là: Các vụ việc tương tự nhau cần phải nhận được những phán quyết tương tự nhau (*stare decisis*)¹. Đây chính là bản chất của án lệ. Hay có thể khẳng định, án lệ chính là "phương thức đạt được công lý"². Từ đây, có thể rút ra một kết luận mang tính nguyên tắc: **Không thể giới hạn đối với tòa án trong việc tham chiếu tiền lệ ở một vụ**

¹ Hay có thể phát biểu một cách đơn giản: "Tiền lệ phải được tuân thủ". Tham khảo thêm: Phan Nhật Thanh, *Khái niệm và những nguyên tắc của tiền lệ pháp - hình thức pháp luật đặc thù trong hệ thống pháp luật Anh-Mỹ*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 6/2005.

² Theo Nguyễn Đức Lam, *Án lệ ở Anh quốc: lịch sử, khái niệm, nguyên tắc và cơ chế thực hiện*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 3/2012.

* Khoa Pháp luật Hành chính-nhà nước, Trường Đại học Luật Hà Nội.

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

việc tương tự trước đó để áp dụng cho vụ việc đang được xét xử. Nói cách khác, trong phiên tòa, các bên đều có quyền đề nghị thẩm phán áp dụng tiền lệ đã có hiệu lực pháp luật, miễn là họ chứng minh được rằng vụ việc đó có tính chất, hoàn cảnh tương tự với vụ việc đang giải quyết.

Tuy nhiên, điểm c khoản 2 Điều 22 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 quy định: Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao sẽ *"lựa chọn quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật, có tính chuẩn mực của các Tòa án, tổng kết phát triển thành án lệ..."*. Như vậy, một bản án muốn được viện dẫn như một án lệ phải được chọn lựa và phê duyệt để nằm trong tập hợp những bản án nhất định, và tập hợp này chắc chắn sẽ không bao gồm toàn bộ các bản án được tuyên (và có hiệu lực pháp luật) trong thực tế. Điều này đã đi ngược hoàn toàn với nguyên tắc nêu trên. Thực tiễn cho thấy, các luật sư, công tố viên có thể viện dẫn các án lệ khác nhau nhằm củng cố cho phương án bào chữa, kết tội của mình; án lệ được các luật sư lựa chọn tùy thuộc vào *mục đích* của việc viện dẫn. Như vậy, nếu quy định như trên sẽ có khả năng xảy ra hiện tượng: Bản án có tính tiết, tính chất, hoàn cảnh tương tự vụ việc đang xét xử, nhưng lại không có mặt trong tập hợp bản án đã được Hội đồng thẩm phán thông qua, và vì thế không thể áp dụng tiền lệ trong bản án đó. Trên thực tế, số lượng vụ việc được giải quyết rất lớn với nội dung hết sức đa dạng, nếu để một cơ quan thu thập và lựa chọn sẽ mất rất nhiều thời gian và không thể đảm bảo được tính đầy đủ. Ngược lại, nếu thừa nhận những người tham gia tố tụng có thể viện dẫn bất kỳ bản án nào đã có hiệu lực pháp luật đối

với vụ việc đang diễn ra thì nguyên tắc cơ bản của án lệ với tư cách một biểu hiện của công lý sẽ được đảm bảo. Trong quá trình viện dẫn, luật sư, công tố viên sẽ phải giải thích được tính hợp lý của việc viện dẫn đó. Căn cứ vào những lời giải thích này, Tòa án sẽ đưa ra phán quyết lựa chọn tiền lệ thích hợp nhất. Việc các bên đưa ra bản án để viện dẫn là hoàn toàn tự do. Vì vậy, có thể thấy, nguồn của án lệ chính là các bản án³, không thể có sự lựa chọn bản án nào để trở thành án lệ.

Bên cạnh đó, thực tiễn pháp lý cho thấy, ở các nước án lệ phát triển, vẫn có các bộ tuyển tập án lệ được xuất bản, trong đó các bản án mang tính điển hình được tập hợp và phân tích. Tuy nhiên, tuyển tập này chỉ có tính tham khảo, phục vụ mục đích nghề nghiệp, nghiên cứu hay giảng dạy, hoàn toàn không có giá trị pháp lý bắt buộc. Nhưng bù lại, những tuyển tập này có giá trị thực tiễn rất lớn. Kinh nghiệm này cho chúng ta thấy, thay vì tạo ra một công việc có khối lượng rất lớn cho Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, cần trao cho những người hành nghề luật, người nghiên cứu pháp luật tìm tòi những bản án có tiềm năng áp dụng và có thể trở thành án lệ.

2. Án lệ - sản phẩm của sự giải thích pháp luật

Khi nói đến án lệ không thể bỏ qua vấn đề giải thích pháp luật (*legal interpretation*). Trong khoa học pháp lý Việt Nam, khái niệm giải thích pháp luật thường được hiểu là *"làm sáng tỏ về mặt tư tưởng, nội dung và ý nghĩa của các quy*

³ Theo Roger Miller, Mary Meinzinger, *Paralegal Today: The Essentials*, Cengage Learning, tr. 209. Nguyên văn: *"The primary sources of case law are the cases themselves. Cases are published in various case reporters"*.

phạm pháp luật, đảm bảo cho sự nhận thức và thực hiện nghiêm chỉnh, thống nhất pháp luật"⁴. Trong bài viết này, chúng tôi hiểu giải thích pháp luật với tư cách là một hoạt động của tòa án (*judicial interpretation*), trong những vụ việc cụ thể. Trong một vụ việc có thể tồn tại những vấn đề pháp luật mà trước đó chưa được giải quyết và "*khi xét xử thẩm phán đã tìm ra lời giải đối với vấn đề pháp luật đặt ra trong vụ án*"⁵. Như vậy, có thể khẳng định, giá trị của án lệ nằm ở phần giải thích pháp luật và một bản án nếu không có sự giải thích pháp luật thì không thể trở thành án lệ.

Điểm c khoản 2 Điều 22 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 trao cho Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao quyền lựa chọn, công bố án lệ, nhưng bản thân hệ thống tòa án lại không có quyền giải thích pháp luật. Theo Điều 74 Hiến pháp hiện hành, Ủy ban Thường vụ Quốc hội mới là cơ quan có thẩm quyền giải thích pháp luật. Vậy nếu hiểu án lệ là sản phẩm của sự giải thích pháp luật thì có thể khẳng định: **Ở Việt Nam không thể tồn tại án lệ vì tòa án không có quyền giải thích pháp luật**. Vì thế, trước khi quy định việc áp dụng án lệ trên thực tế thì phải trao cho tòa án quyền được giải thích pháp luật.

3. Án lệ - nguồn pháp luật có tính đa dạng cao

Cùng với văn bản quy phạm pháp luật, án lệ là một bộ phận quan trọng cấu thành nên nguồn pháp luật. Xét về đặc điểm, nếu như văn bản quy phạm pháp luật mang tính

dự liệu, nội dung của văn bản chỉ dự tính những trường hợp có thể sẽ xảy ra trong thực tế (phần giả định), tìm ra cách thức xử sự phù hợp trong trường hợp đó (phần quy định) và đặt ra biện pháp bảo đảm tuân thủ (phần chế tài); thì án lệ lại đề cập đến những trường hợp cụ thể đã xảy ra trên thực tế. Do thực tiễn pháp lý diễn ra vô cùng phong phú nên có thể khẳng định, án lệ là nguồn pháp luật hết sức đa dạng, thậm chí "*nó thường phong phú và đa dạng hơn pháp luật thành văn*"⁶. Tính đa dạng của án lệ thể hiện ở chỗ, việc dẫn chiếu đến án lệ là viện dẫn luận cứ chính (*Ratio decidendi*) của một phán quyết cụ thể chứ không phải viện dẫn toàn bộ phán quyết của tòa án trong vụ việc đó. Từ đây có thể khẳng định: **Không có cơ sở nào để đánh giá một phán quyết được coi là "có tính chuẩn mực" để lựa chọn là "án lệ"**. Ví dụ: tại Hoa Kỳ, để biện luận một hành vi liên quan đến việc an tử với sự trợ giúp của cán bộ y tế có vi phạm các quy định pháp luật hiện hành hay không, các luật sư cần phải nghiên cứu hàng loạt phán quyết trong các vụ kiện nổi tiếng như: *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990); *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006). Đề cập đến cùng một chủ đề nhưng không án lệ nào được coi là án lệ "chuẩn mực" cho việc xét xử⁷. Theo án lệ *Cruzan v. Director*, tòa án sẽ không cho phép các bác sỹ thực hiện yêu

⁶ Theo: Nguyễn Thị Hồi, *Các loại nguồn của pháp luật Việt Nam hiện nay*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 12/2008.

⁷ Nội dung của hai án lệ *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990) và *Gonzales v. Oregon*, 546 U.S. 243 (2006) có thể tra cứu tại các địa chỉ sau: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/case.html> (*Cruzan v. Director*). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/546/243/> (*Gonzales v. Oregon*).

⁴ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2008, tr. 486.

⁵ Theo: Nguyễn Văn Nam, *Nghiên cứu so sánh nguồn luật án lệ trong hệ thống pháp luật nước Anh*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5/2007.

cầu của người nhà bệnh nhân đưa ra về việc an tử nếu như không có bằng chứng rõ ràng thể hiện ý chí trước đó của người bệnh về việc này. Còn trong án lệ *Gonzales v. Oregon*, các dược sĩ lại không bị cấm kê các loại thuốc cần thiết cho việc an tử của người bệnh. Khi đó, tòa án có thể viện dẫn tới một hoặc nhiều án lệ trong số những án lệ kể trên để giải quyết vì mỗi án lệ đó lại liên quan tới những khía cạnh khác nhau của vụ việc cụ thể.

Như vậy, mọi phán quyết đều có thể trở thành án lệ trên cơ sở phù hợp với vụ việc đang giải quyết. Đối chiếu với quy định tại điểm c khoản 2 Điều 22 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014, Hội đồng thẩm phán sẽ lựa chọn những bản án được coi là "*có tính chuẩn mực*" để "*tổng kết, phát triển thành án lệ*". Có thể thấy, với tư cách là một nguồn luật mang tính đa dạng, rất khó để đánh giá một bản án có tính mẫu mực và chọn nó thành "án lệ". Việc xem xét một bản án có thể trở thành án lệ hay không phải được cân nhắc trong chính vụ việc đang được xét xử chứ không thể thông qua chọn lọc trước. Nếu để Hội đồng thẩm phán lựa chọn trước những bản án có thể trở thành án lệ thì có khả năng sẽ bỏ sót những bản án liên quan và gây ra hiện tượng một bản án cần thiết được áp dụng lại không nằm trong danh mục được Hội đồng thẩm phán thông qua.

Có thể suy đoán một trong những lí do nhà làm luật Việt Nam quy định nguyên tắc chỉ lựa chọn những phán quyết được coi là "chuẩn mực" để áp dụng như án lệ bởi có những phán quyết đã có hiệu lực pháp luật nhưng "chưa thực sự chuẩn mực". Tuy nhiên, giả thiết như vậy là hoàn toàn không phù hợp vì công tác xét xử luôn phải đảm bảo "xét xử công bằng, đúng

người đứng tội trên cơ sở quy định của pháp luật".

4. Án lệ - cơ sở tạo nên những quy phạm phổ biến

Như đã trình bày, thông thường, án lệ có giá trị áp dụng trong những vụ việc cụ thể. Tức là, khi một vụ việc được giải quyết, tòa án sẽ xem xét và đối chiếu tình tiết, tính chất, hoàn cảnh của vụ việc đó với những vụ việc trước. Tuy nhiên, trong một số trường hợp, những án lệ được coi là kinh điển sẽ tạo nên những quy phạm mang tính phổ biến⁸. Hay như án lệ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 1 Cranch 137 (1803). Đây là án lệ đã trao cho tòa án Mỹ quyền tài phán Hiến pháp, tức là quyền tuyên một đạo luật do Quốc hội ban hành là vi hiến. Rõ ràng, những án lệ này tạo ra quy phạm được biết đến rộng rãi và từ đó trở thành các nguyên tắc xử sự mang tính bắt buộc. Thực tế, không phải mọi sự giải thích pháp luật trong án lệ đều được phổ biến một cách rộng rãi, hay trở thành luật thành văn để mọi người biết và tuân theo. Do đó, có thể khẳng định, để một tiền lệ trong bản án có thể trở thành quy phạm phổ biến, nội dung của nó phải có tầm quan trọng nhất định và đáp ứng những nhu cầu điều chỉnh xã hội căn bản. Đó có thể coi là sự phát triển đúng nghĩa của án lệ.

Vậy nên quy định rằng, Hội đồng thẩm phán sẽ "lựa chọn bản án" sau đó "tổng kết phát triển thành án lệ", sẽ có một số sai lầm cơ bản cả về cách hiểu lẫn cách quy định:

- Đầu tiên, không thể *phát triển* một bản án thành án lệ vì bản thân án lệ đã chính là bản án rồi. Án lệ chỉ khác bản án ở chỗ, án lệ là bản án được viện dẫn trong vụ việc cụ

⁸ Nội dung án lệ có thể xem tại: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>

thể. Nếu hiểu "phát triển là sự vận động theo hướng đi lên, từ thấp đến cao, từ đơn giản đến phức tạp, từ chưa hoàn thiện đến hoàn thiện của sự vật"⁹ thì cách quy định tại đây sẽ dẫn đến việc hiểu rằng, sự phát triển bản án thành án lệ sẽ làm thay đổi cả về lượng và chất của bản án. Như vậy là không hiểu đúng bản chất của bản án và án lệ.

- Bên cạnh đó, sự phát triển của án lệ sẽ dẫn tới sự ra đời của các quy phạm phổ biến, nhưng không phải bất cứ án lệ nào cũng vậy, nên có thể sửa quy định này thành: *đối với án lệ có tính chất kinh điển, với phạm vi điều chỉnh rộng thì Hội đồng thẩm phán cân nhắc đưa tiền lệ đó vào các văn bản quy phạm pháp luật.*

5. Án lệ - sự thể hiện vai trò tích cực của quyền tư pháp

Càng đi sâu vào những lý thuyết gốc của tổ chức bộ máy nhà nước, chúng ta càng nhận thức được những ý nghĩa sâu sắc của án lệ, đặc biệt là ý nghĩa của nó trong việc tích cực hóa vai trò của nhánh quyền tư pháp trong mối quan hệ với các nhánh quyền còn lại, theo quan niệm của Thuyết Tư pháp tích cực (Judicial Activism)¹⁰. Ở các nước áp dụng nguyên tắc phân chia quyền lực, các nhánh của quyền lực nhà nước bao gồm lập pháp, hành pháp và tư pháp có xu hướng cân bằng nhau. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, nhánh quyền tư pháp dường như yếu hơn hai nhánh quyền còn lại. Chính trong Những luận cương Liên bang (*The Federalist papers*), Hamilton đã nói đến điều này: "Tư pháp, nếu so sánh với

các ngành quyền khác, là ngành quyền mềm yếu nhất trong ba ngành quyền"¹¹. Vậy điều cần đặt ra là, sức mạnh nào để nhánh quyền tư pháp có thể cân bằng lại với hai nhánh quyền kia, đặc biệt là đối với nhánh quyền lập pháp?

Thực tế cho thấy, chính án lệ với tư cách là sự thể hiện vai trò tích cực của quyền tư pháp sẽ là đối trọng nhằm cân bằng sức mạnh của nhánh quyền lập pháp. Thật vậy, nếu như các văn bản pháp luật do nhánh quyền lập pháp ban hành dựa trên biểu quyết là sự thể hiện của chủ nghĩa đa số (Majoritarianism) thì án lệ do tòa án vận dụng là sự thể hiện của *trí tuệ cá nhân*. Các văn bản pháp luật do nhánh quyền lập pháp ban hành đều được trải qua một quy trình vận động, bỏ phiếu mà trong đó, lợi ích của số đông xã hội được đặt lên cao hơn so với nhóm thiểu số. Nhưng ngược lại, bản án do tòa án tuyên sẽ là sự tập trung trí tuệ của thẩm phán, sau khi cân nhắc mọi lập luận của các bên và giải thích pháp luật đúng theo tinh thần của công lý. Đây chính là điểm khác nhau cơ bản, quan trọng nhất giữa án lệ và luật thành văn. Một cái là sản phẩm trí tuệ cá nhân trong khi cái còn lại là kết quả của sự thỏa hiệp tập thể.

Dựa trên góc nhìn trên, có thể phân tích quy định của pháp luật Việt Nam về án lệ như sau:

- Trước hết, khi hiểu rằng án lệ là một sự thể hiện tích cực của quyền tư pháp, là một công cụ tạo sự đối trọng đối với nhánh

(Xem tiếp trang 31)

⁹ Theo: Bộ Giáo dục và Đào tạo, *Giáo trình những nguyên lý cơ bản của chủ nghĩa Mác - Lênin*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2014, tr. 73.

¹⁰ Tham khảo thêm: Nguyễn Đăng Dung, Đậu Công Hiệp, *Thuyết Tư pháp tích cực: Khái niệm, biểu hiện và những điều tranh cãi*, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội: Luật học, số (31) 4/2015.

¹¹ Dẫn theo: Nguyễn Đăng Dung, Phạm Hồng Thái, Vũ Công Giao (đồng chủ biên), *Về Pháp quyền và Chủ nghĩa hợp hiến (Một số tiểu luận của các học giả nước ngoài)*, Nxb. Lao động-xã hội, Hà Nội, 2012, tr. 182.

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH CỦA LUẬT TỐ CÁO NĂM 2011 VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Cao Vũ Minh*

Tóm tắt: Qua 5 năm triển khai thi hành, Luật Tố cáo năm 2011 đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập. Bên cạnh đó, Luật Tố cáo năm 2011 cũng phải có những sửa đổi, bổ sung nhằm đảm bảo sự phù hợp với tinh thần của Hiến pháp năm 2013. Bài viết đánh giá thực trạng Luật Tố cáo năm 2011, đồng thời đề xuất kiến nghị sửa đổi, bổ sung.

Abstract: After 5 years of its enforcement, the Law on Denouncement of 2011 has revealed its shortcomings. In addition, this Law is in need of amendment to be compatible with the Constitution of 2013. This article evaluates the Law and makes proposals to amend it.

1. Về khái niệm “tố cáo”

Khoản 1 Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011 quy định: “Tố cáo là việc công dân theo thủ tục do Luật này quy định báo cho cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền biết về hành vi vi phạm pháp luật của bất cứ cơ quan, tổ chức, cá nhân nào gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức”.

Tuy nhiên, khái niệm này tồn tại nhiều bất cập. Cụ thể, vi phạm pháp luật là một loại sự kiện pháp lý đặc biệt. Vi phạm pháp luật phải chứa đựng yếu tố “hành vi trái pháp luật”. Ngược lại, có “hành vi trái pháp luật” thì chưa chắc đã là vi phạm pháp luật. Do đó, muốn kết luận có vi phạm pháp luật hay không là thẩm quyền của cơ quan nhà nước. Công dân không có quyền kết luận về hành vi vi phạm pháp luật để báo cho cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền biết. Rõ ràng, với khả năng của mình,

công dân chỉ có thể nhận diện được hành vi trái pháp luật, còn vi phạm pháp luật phải trải qua nhiều công đoạn khác nhau từ chứng minh, điều tra, xét xử... mới có thể đưa ra kết luận cuối cùng. Thiết nghĩ, đó là công việc của cơ quan nhà nước có thẩm quyền chứ không phải của công dân. Nếu so sánh với quy định tương ứng trong Hiến pháp năm 2013 thì khái niệm tố cáo trong Luật Tố cáo năm 2011 cũng không phù hợp với tinh thần của Hiến pháp. Hiến pháp năm 2013 quy định: “Mọi người có quyền tố cáo với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân”.

Theo chúng tôi, khái niệm “tố cáo” cần phải được chuẩn hóa như sau: “Tố cáo là việc công dân theo thủ tục do Luật này quy định báo cho cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền biết về hành vi trái pháp luật của bất cứ cơ quan, tổ chức, cá nhân nào gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức”.

2. Về quy định “Người tố cáo”

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

Khoản 4 Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011 quy định: “*Người tố cáo là công dân thực hiện quyền tố cáo*”. Bên cạnh đó, khoản 1 Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011 một lần nữa khẳng định: “*Tố cáo là việc công dân theo thủ tục do Luật này quy định báo cho cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền biết về hành vi vi phạm pháp luật của bất cứ cơ quan, tổ chức, cá nhân nào gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức*”. Như vậy, theo Luật Tố cáo năm 2011 thì chủ thể có quyền tố cáo chỉ có thể là công dân? Tuy nhiên, sống trên lãnh thổ Việt Nam không chỉ có công dân Việt Nam mà còn có người nước ngoài và người không quốc tịch.

Khoản 1 Điều 3 Luật Tố cáo năm 2011 quy định: “*Việc tố cáo của cá nhân nước ngoài đang cư trú tại Việt Nam và giải quyết tố cáo hành vi vi phạm pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân nước ngoài tại Việt Nam được áp dụng theo quy định của Luật này, trừ trường hợp điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên có quy định khác*”. Như vậy, người nước ngoài, người không quốc tịch vẫn có quyền tố cáo và cần được quy định trong Luật Tố cáo năm 2011. Điều này cũng phù hợp với quy định tại Điều 30 Hiến pháp năm 2013: “*Mọi người có quyền khiếu nại, tố cáo với cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền về những việc làm trái pháp luật của cơ quan, tổ chức, cá nhân*”. Tuy nhiên, với quy định trong khoản 1 và 4, Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011 sẽ gây nhiều khó khăn cho việc thực hiện quyền tố cáo của người nước ngoài và người không quốc tịch.

Do đó, nhằm đảm bảo quyền tố cáo của công dân, người nước ngoài, người không quốc tịch và đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật thì cần phải sửa đổi, bổ sung khoản 1 và khoản 4 Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011. Theo đó, khoản 1 Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011 sẽ được sửa đổi như sau: “*Tố cáo là việc công dân Việt Nam, cá nhân nước ngoài đang cư trú tại Việt Nam theo thủ tục do Luật này quy định báo cho cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền biết về hành vi trái pháp luật của bất cứ cơ quan, tổ chức, cá nhân nào gây thiệt hại hoặc đe dọa gây thiệt hại lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân, cơ quan, tổ chức*”. Tương tự, khoản 4 Điều 2 Luật Tố cáo năm 2011 sẽ được sửa đổi như sau: “*Người tố cáo là công dân Việt Nam, cá nhân nước ngoài đang cư trú tại Việt Nam thực hiện quyền tố cáo*”.

3. Về một số quy định chưa có sự thống nhất với các văn bản pháp luật khác

Thứ nhất, Điều 19 Luật Tố cáo năm 2011 quy định: “*Việc tố cáo được thực hiện bằng đơn tố cáo hoặc tố cáo trực tiếp*”. Trường hợp tố cáo được thực hiện bằng đơn thì trong đơn tố cáo phải ghi rõ ngày, tháng, năm tố cáo; họ, tên, địa chỉ của người tố cáo; nội dung tố cáo. Đơn tố cáo phải do người tố cáo ký tên hoặc điểm chỉ. Trường hợp người tố cáo đến tố cáo trực tiếp thì người tiếp nhận hướng dẫn người tố cáo viết đơn tố cáo hoặc người tiếp nhận ghi lại việc tố cáo bằng văn bản và yêu cầu người tố cáo ký tên hoặc điểm chỉ xác nhận vào văn bản. Tuy nhiên, theo Điều 65 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung

năm 2007, 2012) thì việc tố cáo có thể được thực hiện không chỉ bằng con đường gửi đơn tố cáo, tố cáo trực tiếp mà còn có thể thông qua tố cáo qua điện thoại, tố cáo qua mạng thông tin điện tử và các hình thức khác theo quy định của pháp luật. Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012) đã mở rộng hơn các hình thức tố cáo so với Luật Tố cáo năm 2011. Trong trường hợp này, rõ ràng đã có sự mâu thuẫn giữa Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012) với Luật Tố cáo năm 2011. Vậy trên thực tế, cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ áp dụng luật nào để giải quyết?

Khoản 3, Điều 3 Luật Tố cáo năm 2011 quy định: “*Trường hợp luật khác có quy định khác về tố cáo và giải quyết tố cáo thì áp dụng theo quy định của luật đó*”. Như vậy, đối với tố cáo và giải quyết tố cáo liên quan đến phòng, chống tham nhũng sẽ áp dụng theo Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012). Với quy định này, nhà làm luật đã “ngụ ý” xác định Luật Tố cáo năm 2011 là luật chung còn Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012) là luật chuyên ngành. Tuy nhiên, phải nhận thức được rằng, Luật Tố cáo năm 2011 là đạo luật hoàn thiện nhất điều chỉnh về tố cáo và giải quyết tố cáo cho tất cả các lĩnh vực. Do đó, chỉ áp dụng một văn bản quy phạm pháp luật khác khi vấn đề đó mang tính chất chuyên sâu và chưa được quy định trong Luật Tố cáo năm 2011. Ngược lại, nếu vấn đề đó được quy định trong cả Luật Tố cáo năm 2011 lẫn các văn

bản quy phạm pháp luật khác, nhưng có sự mâu thuẫn nhau thì phải ưu tiên áp dụng Luật Tố cáo năm 2011. Theo chúng tôi, cần sửa đổi khoản 3, Điều 3 Luật Tố cáo năm 2011 như sau: “*Trường hợp luật khác có quy định khác về tố cáo và giải quyết tố cáo thì vẫn phải ưu tiên áp dụng theo quy định của Luật Tố cáo, trừ trường hợp vấn đề đó Luật Tố cáo chưa quy định*”.

Hiện nay, do sự phát triển vượt bậc của của khoa học kỹ thuật nên công dân có thể sử dụng những thiết bị công nghệ cao như điện thoại, mạng thông tin điện tử, fax... để tố cáo hành vi trái pháp luật của cá nhân, tổ chức, cơ quan. Việc “gói gọn” hình thức tố cáo chỉ bằng gửi đơn tố cáo, tố cáo trực tiếp như trong Luật Tố cáo năm 2011 là chưa hợp lý, vô hình trung hạn chế quyền tố cáo của công dân. Do đó, Luật Tố cáo năm 2011 cần tiếp thu quy định hợp lý của Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012) về việc thừa nhận rộng rãi các hình thức tố cáo như tố cáo qua điện thoại, tố cáo qua mạng thông tin điện tử và các hình thức khác theo quy định của pháp luật. Chúng ta không lo ngại tình trạng lợi dụng điện thoại, mạng thông tin điện tử để tố cáo nặc danh, tố cáo sai sự thật, kích động tố cáo... Vấn đề là phải xây dựng luật thế nào để áp dụng hiệu quả vào cuộc sống. Theo chúng tôi, cần quy định chặt chẽ thủ tục xem xét và xử lý tố cáo qua điện thoại, qua mạng thông tin điện tử. Khi thực hiện quyền tố cáo qua điện thoại, qua mạng thông tin điện tử, cơ quan nhà nước vẫn có thể thu thập được họ, tên, địa chỉ của người tố cáo; nội dung tố cáo; ngày, tháng, năm tố cáo; thậm chí yêu cầu người tố cáo

chịu trách nhiệm với nội dung tố cáo. Như vậy, về nguyên tắc, chúng ta sẽ hạn chế đến mức thấp nhất vấn đề tố cáo nặc danh. Bên cạnh đó, tố cáo sai sự thật, kích động tố cáo... là những hành vi vi phạm pháp luật sẽ bị xử lý theo quy định pháp luật¹. Theo số liệu của Thanh tra Chính phủ, trong năm 2008, khi phân tích 3.278 đơn tố cáo cho thấy có 1.206 đơn tố cáo đúng và 1407 đơn tố cáo sai (chiếm 42,8%)². Năm 2010, trong 6.681 vụ việc tố cáo có đến 4.025 trường hợp tố cáo sai (chiếm 58,5%)³. Như vậy, ngay cả khi Luật Tố cáo năm 2011 không cho phép tố cáo qua điện thoại, qua mạng thông tin điện tử thì tình trạng tố cáo sai sự thật vẫn diễn ra với tỷ lệ khá lớn. Thừa nhận các hình thức tố cáo qua điện thoại, qua mạng thông tin điện tử không đồng nghĩa với việc khuyến khích các hành vi vi phạm pháp luật trong tố cáo và giải quyết tố cáo bởi các hành vi vi phạm sẽ bị nghiêm trị, còn thừa nhận tố cáo qua điện thoại, qua mạng thông tin điện tử... sẽ tạo thuận lợi cho công dân thực hiện quyền tố cáo.

Thứ hai, khoản 2 Điều 9 Luật Tố cáo năm 2011 quy định người tố cáo phải nêu rõ họ, tên, địa chỉ của mình. Như vậy, Luật Tố cáo năm 2011 không thừa nhận tố cáo nặc danh. Điều này càng được làm rõ thông qua Điều 19 Luật Tố cáo năm 2011. Theo đó, khi công dân tố cáo bằng hình thức gửi đơn tố cáo hay tố cáo trực tiếp thì đều phải nêu

rõ họ, tên, địa chỉ của mình. Điều 65 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012) về trách nhiệm tiếp nhận và giải quyết tố cáo cũng không thể hiện cho phép tố cáo nặc danh. Tuy nhiên, khoản 4 Điều 54 Nghị định số 59/2013/NĐ-CP ngày 17/06/2013 quy định chi tiết một số điều của Luật Phòng, chống tham nhũng lại thừa nhận: “*Đối với những tố cáo không rõ họ, tên, địa chỉ người tố cáo nhưng nội dung tố cáo rõ ràng, bằng chứng cụ thể, có cơ sở để thẩm tra, xác minh thì các cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền nghiên cứu, tham khảo thông tin được cung cấp để phục vụ công tác phòng, chống tham nhũng*”. Quy định đã thể hiện sự thừa nhận đối với đơn thư tố cáo nặc danh liên quan đến phòng, chống tham nhũng. Trong trường hợp này, rõ ràng đã có sự mâu thuẫn giữa Luật Tố cáo năm 2011 và Nghị định số 59/2013/NĐ-CP. Tuy Nghị định số 59/2013/NĐ-CP có giá trị pháp lý thấp hơn Luật Tố cáo năm 2011, nhưng trên thực tế nếu liên quan đến tố cáo tham nhũng thì cơ quan nhà nước vẫn chấp nhận tố cáo nặc danh. Ngoài ra, ở nước ta có một thực tế là nếu có sự mâu thuẫn giữa luật và nghị định thì thông thường nghị định sẽ được ưu tiên áp dụng⁴. Đặc biệt, cách quy định như trong Nghị định số 59/2013/NĐ-CP tỏ ra hợp lý và phù hợp với tinh thần của Công ước Liên hợp quốc về chống tham nhũng hơn so với Luật Tố cáo năm 2011. Điều này càng trở nên có ý nghĩa trong bối cảnh cơ chế bảo vệ người tố cáo ở nước ta vừa yếu lại vừa thiếu.

¹ Xem thêm Điều 8 Luật Tố cáo năm 2011 về “Những hành vi bị nghiêm cấm trong tố cáo và giải quyết tố cáo”.

² Thanh tra Chính phủ (2010), Báo cáo Tổng kết việc thi hành Luật Khiếu nại, tố cáo (từ năm 2005 đến tháng 6 năm 2009).

³ Sài Gòn giải phóng online, Được tố cáo qua điện thoại, thư điện tử, fax, Thứ năm, ngày 18/11/2010.

⁴ Cao Vũ Minh, Bàn về những nghịch lý trong việc ban hành các văn bản hướng dẫn thi hành luật, *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật* số 2, năm 2012.

Tuy nhiên, tình trạng nghị định “vượt” luật là điều không thể khuyến khích. Do đó, để tố cáo xứng tầm là một quyền hiến định thì nên sửa đổi Luật Tố cáo năm 2011 theo hướng thừa nhận tố cáo nặc danh. Tuy nhiên, để hạn chế tiêu cực thì Luật Tố cáo năm 2011 chỉ nên thừa nhận tố cáo nặc danh khi nội dung tố cáo rõ ràng, có bằng chứng cụ thể và có cơ sở để thẩm tra, xác minh, còn đối với tố cáo nặc danh không rõ ràng, không có bằng chứng cụ thể thì không thụ lý để giải quyết.

Thứ ba, theo khoản 2 Điều 3 Luật Tố cáo năm 2011: “Việc tố giác và tin báo về tội phạm được thực hiện theo quy định của pháp luật về tố tụng hình sự”. Điều 101 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 quy định: “Công dân có thể **tố giác tội phạm** với Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án hoặc với các cơ quan, tổ chức khác. Nếu tố giác bằng miệng thì cơ quan, tổ chức tiếp nhận phải lập biên bản và có chữ ký của người tố giác. Cơ quan, tổ chức khi phát hiện hoặc nhận được tố giác của công dân phải báo tin ngay về tội phạm cho cơ quan điều tra bằng văn bản”. Như vậy, tố cáo các hành vi vi phạm pháp luật thì thực hiện theo Luật Tố cáo năm 2011, còn tố giác các hành vi vi phạm hình sự lại thực hiện theo Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003. Vấn đề ở chỗ, phân biệt vi phạm pháp luật với vi phạm hình sự không phải dễ dàng. Như đã trình bày, việc xác định có hành vi vi phạm pháp luật nói chung và vi phạm hình sự nói riêng là trách nhiệm của các cơ quan nhà nước. Công dân không có thẩm quyền và không có khả năng kết luận một hành vi là vi phạm pháp luật hay vi phạm hình sự. Tuy nhiên, Luật Tố cáo năm 2011 đã “vội vã”

yêu cầu công dân phải phân biệt giữa vi phạm pháp luật để tố cáo và vi phạm hình sự để tố giác là không hợp lý.

Theo Từ điển Từ và ngữ Việt Nam thì “tố cáo” (tố: vạch tội, cáo: báo cho) là “vạch tội kẻ nào cho mọi người biết”, còn “tố giác” (tố: vạch tội, giác: cho người ta biết) là “báo cho chính quyền một việc phạm pháp chưa phát hiện”⁵. Như vậy, về bản chất, tố cáo hay tố giác đều là báo cho cơ quan, cá nhân, tổ chức biết một việc vi phạm pháp luật, còn vi phạm như thế nào sẽ thuộc trách nhiệm kết luận của cơ quan có thẩm quyền. Với tư duy đó thì khi phát hiện một hành vi vi phạm pháp luật, người dân hoàn toàn có thể thực hiện việc tố cáo theo quy định của Luật Tố cáo năm 2011. Sau khi nhận được tố cáo, các cơ quan hữu quan có trách nhiệm xác định vi phạm đó là gì và có cơ chế giải quyết phù hợp. Một điều không thể không nói đến là quy định về vấn đề tố cáo tham nhũng trong Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012) lại rất khoa học. Khoản 3, Điều 65 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012) quy định, khi công dân tố cáo hành vi tham nhũng tại cơ quan, tổ chức có thẩm quyền thì cơ quan thanh tra có trách nhiệm giúp Thủ trưởng cơ quan quản lý nhà nước cùng cấp xác minh, kết luận về nội dung tố cáo và kiến nghị biện pháp xử lý. Trong trường hợp phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì chuyển cho Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát có thẩm quyền xử lý theo quy định của pháp luật về tố tụng hình sự. Cơ quan

⁵ Giáo sư Nguyễn Lân, *Từ điển Từ và ngữ Việt Nam*, Nxb. Tổng hợp Tp. Hồ Chí Minh, năm 2002, tr. 1856.

điều tra, Viện kiểm sát nhận được tố cáo về hành vi tham nhũng phải xử lý theo thẩm quyền. Rõ ràng, cách quy định như trong Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2007, 2012) khoa học và phù hợp với thực tế hơn Luật Tố cáo năm 2011. Theo chúng tôi, Luật Tố cáo năm 2011 loại bỏ việc tố giác tội phạm ra khỏi phạm vi điều chỉnh là chưa phù hợp với thực tiễn đấu tranh, phòng chống các vi phạm pháp luật nói chung và vi phạm hình sự nói riêng. Bên cạnh đó, quy định như vậy cũng không phù hợp với tinh thần của Hiến pháp năm 2013 là “*cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền phải tiếp nhận, giải quyết tố cáo*”. Thực ra, phải nhận thức được rằng, việc phân định giữa vi phạm pháp luật nói chung để tố cáo và vi phạm hình sự để tố giác chỉ có ý nghĩa đối với các cơ quan nhà nước. Đối với công dân, họ không thể có nhân lực, vật lực để có thể nhận diện được sự khác biệt này. Do đó, Luật Tố cáo năm 2011 nên được sửa đổi theo hướng thừa nhận quyền tố cáo của công dân đối với tất cả hành vi trái pháp luật. Sau đó, cơ quan có thẩm quyền sẽ xác minh, kết luận và kiến nghị biện pháp xử lý. Trong trường hợp cơ quan nhận đơn tố cáo nhận thấy có dấu hiệu tội phạm thì chuyển cho Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát có thẩm quyền xử lý theo quy định của pháp luật về tố tụng hình sự.

4. Về một số quy định còn thiếu nhất quán

Trong phạm vi điều chỉnh, nội dung, báo cáo giải trình Luật Tố cáo năm 2011 đều chỉ quy định những vấn đề liên quan đến tố cáo mà không quy định về vấn đề khiếu nại. Đó là lý do nhà làm luật quyết

định tách Luật Tố cáo và Luật Khiếu nại ra thành hai đạo luật riêng biệt thay vì như trước đây gộp lại chung thành Luật Khiếu nại, tố cáo. Tuy đã thống nhất quan điểm chỉ đạo như vậy, và trên thực tế nhà làm luật cũng triệt để tuân thủ quan điểm này, nhưng các quy định về “Tiếp công dân” trong Luật Tố cáo năm 2011 lại “ôm đồm” thêm cả phần khiếu nại và giải quyết khiếu nại (khoản 2 Điều 5, khoản 2 Điều 44)⁶. Thiết nghĩ, sẽ hợp lý hơn nếu vấn đề này được quy định trong Luật Khiếu nại.

Ngoài ra, thời hạn tiếp nhận, xử lý thông tin tố cáo thuộc thẩm quyền giải quyết hay không thuộc thẩm quyền giải quyết được quy định không nhất quán trong Luật Tố cáo năm 2011. Cụ thể, thời hạn tiếp nhận, xử lý thông tin tố cáo không thuộc thẩm quyền giải quyết thì quy định là ngày làm việc (không bao gồm ngày nghỉ)⁷, còn thời hạn tiếp nhận, xử lý thông tin tố cáo thuộc thẩm quyền giải quyết lại quy định là ngày bình thường (bao gồm cả ngày nghỉ)⁸. Chúng tôi không thấy có bất kỳ sự logic nào từ vấn đề này. Do đó, khi sửa đổi Luật Tố cáo năm 2011, nhà làm luật cần chú ý điều chỉnh lại nhằm khắc phục những quy định không nhất quán như đã nêu.

⁶ Khoản 2 Điều 5 Luật Tố cáo năm 2011 quy định: “*Cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền giải quyết tố cáo có trách nhiệm bố trí trụ sở tiếp công dân hoặc địa điểm tiếp công dân để tiếp nhận tố cáo, khiếu nại*”. Tương tự, khoản 2 Điều 44 Luật Tố cáo năm 2011 quy định: “*Ủy ban Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức thành viên của Mặt trận có trách nhiệm tổ chức việc tiếp công dân đến tố cáo, khiếu nại*”.

⁷ Điểm b, khoản 1 Điều 20 Luật Tố cáo năm 2011.

⁸ Điểm a, khoản 1 Điều 20 Luật Tố cáo năm 2011.

NHỮNG ĐIỂM MỚI VỀ HÌNH PHẠT TỬ HÌNH TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Phan Văn Chánh**

Tóm tắt: Tử hình là hình phạt nghiêm khắc nhất trong hệ thống hình phạt của Nhà nước ta. Bài viết tập trung phân tích, làm rõ những điểm mới về hình phạt tử hình trong Bộ luật Hình sự năm 2015 được Quốc hội thông qua ngày 27/11/2015 và có hiệu lực thi hành từ ngày 1/7/2016, làm cơ sở cho việc nhận thức và áp dụng quy định mới về hình phạt tử hình.

Abstract: Death Penalty is the most severe sanction in the system of sanctions in our country. This article focuses on analysing and clarifying new issues of death penalty under the Penal Code of 2015 which was adopted by the National Assembly on 27 November 2015 and comes into effect on 01 July 2016. It becomes grounds for understanding and applying the provisions of death penalty.

Tử hình là hình phạt đặc biệt chỉ áp dụng đối với người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng thuộc một trong nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, xâm phạm tính mạng con người, các tội phạm về ma túy, tham nhũng và một số tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác do Bộ luật Hình sự (BLHS) quy định¹. Hình phạt tử hình là hình phạt tước đi quyền sống - quyền hiến định cơ bản, quan trọng nhất của con người, tước bỏ cơ hội tái hoà nhập cộng đồng và phục thiện của người bị kết án cũng như loại trừ khả năng khắc phục sai lầm có thể xảy ra. Vì vậy, cần phải từng bước giảm dần, tiến tới xoá bỏ hoàn toàn hình phạt tử hình trong pháp luật hình sự và trên thực tế. Đây là đòi hỏi cấp thiết của việc hoàn thiện hệ thống pháp luật hình sự gắn với việc bảo đảm các quyền con người theo tinh thần Hiến pháp năm 2013; nhân đạo hoá các biện pháp trừng trị phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế - xã hội và đạo lý của dân tộc.

Điều này cũng phù hợp với xu hướng chung của thế giới hiện nay.

BLHS năm 2015 quy định theo hướng giảm và hạn chế áp dụng hình phạt tử hình xuất phát từ một số phương diện sau đây:

Một là, giảm hình phạt tử hình là phù hợp với chủ trương cải cách tư pháp theo tinh thần Nghị quyết Đại hội toàn quốc của Đảng qua các thời kỳ và Nghị quyết của Bộ Chính trị như: Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới (*Nghị quyết số 08-NQ/TW*); Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020 (*Nghị quyết số 48-NQ/TW*) và Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 (*Nghị quyết số 49-NQ/TW*). Các nghị quyết đã chỉ rõ, cần phải hạn chế áp dụng hình phạt tử hình theo hướng chỉ áp dụng đối với một số ít loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng.

* Bộ môn Pháp luật, Trường Đại học An ninh nhân dân.

¹ Khoản 1 Điều 40 Bộ luật Hình sự 2015.

Hai là, trong bối cảnh Việt Nam hiện nay, khi yêu cầu bảo vệ quyền con người nói chung và quyền sống nói riêng ngày càng được đề cao trong Hiến pháp, thì việc nghiên cứu giảm quy định hình phạt tử hình và hạn chế việc áp dụng hình phạt tử hình trong BLHS nhằm thể chế hóa quy định của Hiến pháp là yêu cầu tất yếu.

Ba là, xuất phát từ yêu cầu hội nhập quốc tế. Chủ trương từng bước hạn chế phạm vi áp dụng hình phạt tử hình, giảm tối đa quy định hình phạt tử hình đối với các tội phạm nhằm phù hợp với tinh thần Công ước về quyền chính trị và dân sự của Liên hợp quốc mà nước ta là thành viên và phù hợp với xu thế của các quốc gia trên thế giới hiện nay. Nghiên cứu pháp luật của một số nước trên thế giới cho thấy, tính đến ngày 30/6/2014 có 162 quốc gia và vùng lãnh thổ bãi bỏ hình phạt tử hình trong luật hoặc trên thực tế, trong đó có 100 nước bãi bỏ hoàn toàn; 55 nước có quy định hình phạt tử hình nhưng không áp dụng trên thực tế; 07 nước bãi bỏ án tử hình đối với tội thông thường và duy trì án tử hình đối với tội ngoại lệ như một số tội theo luật quân sự trong những hoàn cảnh đặc biệt; 37 nước và vùng lãnh thổ vẫn duy trì hình phạt tử hình đối với tội phạm thông thường. Trong 10 nước ASEAN có 02 nước bãi bỏ hoàn toàn; 03 nước còn duy trì hình phạt tử hình nhưng không áp dụng².

Tuy nhiên, trong điều kiện xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở nước ta hiện nay, để bảo đảm hiệu quả của công tác đấu tranh phòng và chống tội phạm cũng như đảm bảo nguyên tắc công bằng trong Luật hình sự, giữ vững công lý và duy trì an ninh, trật tự an toàn xã hội thì việc tiếp tục duy trì hình phạt tử hình trong BLHS là

cần thiết.

BLHS năm 2015 đã sửa đổi, bổ sung các quy định có liên quan đến hình phạt tử hình trong BLHS năm 1999 theo hướng thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tử hình. Cụ thể có một số điểm mới như sau:

- **Thứ nhất**, BLHS 2015 chỉ áp dụng hình phạt tử hình đối với nhóm đối tượng là tội đặc biệt nghiêm trọng thuộc một trong nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, xâm phạm tính mạng con người; các tội phạm về ma túy, tham nhũng và một số tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác do BLHS quy định; còn BLHS 1999 xác định áp dụng hình phạt tử hình đối với người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng (loại tội phạm nặng nhất gây nguy hại đặc biệt lớn cho xã hội). Như vậy, BLHS 2015 đã thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt này so với quy định của BLHS 1999, theo đó hình phạt tử hình chỉ được áp dụng đối với một số đối tượng phạm một số loại tội đặc biệt nghiêm trọng.

- **Thứ hai**, khoản 2 Điều 40 BLHS 2015 quy định: “Không áp dụng hình phạt tử hình đối với người dưới 18 tuổi khi phạm tội, phụ nữ có thai, phụ nữ đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi hoặc người đủ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử”. Như vậy, BLHS 2015 đã bổ sung đối tượng không áp dụng hình phạt tử hình là người từ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử. Bên cạnh đó, điểm a khoản 2 Điều 1 Nghị quyết số 109/2015/QH13 của Quốc hội ngày 27/11/2015 cũng quy định: “Không áp dụng hình phạt tử hình khi xét xử người phạm tội mà BLHS 2015 đã bỏ hình phạt tử hình, đối với người đủ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử”. Việc bổ sung đối tượng này vào diện không áp dụng hình phạt tử hình thể hiện chính sách hình sự nhân đạo của Đảng và nhà nước ta đối với những đối tượng được

² <http://www.deathpenaltyworldwide.org/search.cfm>.

hưởng chế độ chúc thọ, mừng thọ; được đặc cách hưởng chính sách bảo trợ xã hội.

- **Thứ ba**, mở rộng các trường hợp không thi hành án tử hình nhằm góp phần hạn chế hình phạt tử hình trên thực tế. Theo đó, ngoài ba đối tượng là người chưa thành niên, phụ nữ có thai và phụ nữ đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi như quy định của BLHS 1999 thì BLHS 2015 bổ sung thêm 02 diện đối tượng:

+ Không thi hành án tử hình đối với người bị kết án tử hình từ đủ 75 tuổi trở lên³. Theo quy định tại điểm b khoản 2 Điều 1 Nghị quyết số 109/2015/QH13 của Quốc hội thì hình phạt tử hình đã tuyên đối với người đủ 75 tuổi trở lên nhưng chưa thi hành án, thì không thi hành và Chánh án Tòa án nhân dân tối cao chuyển hình phạt tử hình thành hình phạt tù chung thân. Không thi hành hình phạt đối với người đủ 75 tuổi trở lên là sự kế thừa truyền thống lập pháp, đạo lý của dân tộc, phù hợp với xu hướng phát triển của pháp luật hình sự thế giới, phù hợp với Pháp lệnh Người cao tuổi và thể hiện chính sách nhân đạo, khoan dung của Đảng và Nhà nước.

+ Không thi hành án tử hình đối với người bị kết án về tội tham ô tài sản hoặc tội nhận hối lộ khi người phạm tội chủ động nộp lại một phần tài sản tham ô, hối lộ và hợp tác tích cực với cơ quan chức năng. Cụ thể, điểm c khoản 3 Điều 40 BLHS 2015 quy định không thi hành án tử hình đối với người bị kết án nếu: “Người bị kết án tử hình về tội tham ô tài sản, tội nhận hối lộ mà sau khi bị kết án đã chủ động nộp lại ít nhất ba phần tư tài sản tham ô, nhận hối lộ và hợp tác tích cực với cơ quan chức năng trong việc phát hiện, điều tra, xử lý tội phạm hoặc lập công lớn”. Và theo đó, điểm a, b, c khoản 2 Điều 1

Nghị quyết số 109/2015/QH13 cũng quy định: “Đối với người đã bị kết án tử hình nhưng chưa thi hành án mà có đủ các điều kiện quy định tại điểm c khoản 3 Điều 40 của BLHS 2015, thì không thi hành và Chánh án Tòa án nhân dân tối cao chuyển hình phạt tử hình thành hình phạt tù chung thân”. BLHS 2015 quy định không thi hành án tử hình tại điểm c, khoản 3 Điều 40 bởi vì: mặc dù hành vi nguy hiểm cho xã hội này đã xâm hại đến hoạt động bình thường và đúng đắn của các cơ quan trong bộ máy nhà nước, tổ chức chính trị... nhưng người phạm tội chủ yếu xuất phát từ động cơ vụ lợi; đa số họ là những người có nhiều đóng góp tích cực cho sự phát triển của xã hội; xuất phát từ đặc điểm nhân thân, họ có khả năng cải tạo, giáo dục; không kết án tử hình về tội tham ô tài sản với các điều kiện nêu trên cũng để góp phần thu hồi tài sản tham nhũng, khắc phục hậu quả do hành vi tham nhũng gây ra...

- **Thứ tư**, BLHS 2015 đã giảm số lượng các tội danh có quy định hình phạt tử hình so với BLHS 1999.

Việc bỏ hình phạt tử hình nói chung và đối với một số tội phạm cụ thể nói riêng trong BLHS 2015 là một vấn đề hết sức hệ trọng mang tính chính trị - pháp lý sâu sắc, xuất phát từ một số tiêu chí cơ bản đó là: tầm quan trọng và yêu cầu bảo vệ khách thể bị xâm hại; tính chất, mức độ nghiêm trọng của tội phạm cũng như đặc điểm nhân thân của người phạm tội; yêu cầu của thực tiễn đấu tranh phòng, chống tội phạm; khả năng trấn áp tội phạm bằng các biện pháp ngoài tử hình; có tính đến xu hướng chung trên thế giới là thu hẹp dần và tiến tới bãi bỏ hoàn toàn hình phạt tử hình. Đây là một số tiêu chí quan trọng làm cơ sở để nhà làm luật rà soát kỹ 22 tội danh có quy định hình phạt tử hình

³ Điểm b khoản 3 Điều 40 BLHS 2015.

trong BLHS 1999.

BLHS 2015 đã loại bỏ hình phạt tử hình đối với 04 trong số 22 tội danh có quy định hình phạt tử hình trong BLHS 1999, đó là các tội: 1) Tội cướp tài sản; 2) Tội phá hủy công trình, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia; 3) Tội chống mệnh lệnh; 4) Tội đầu hàng địch.

+ Đối với Tội cướp tài sản (Điều 93): Trong các tội xâm phạm sở hữu nói chung và Tội cướp tài sản nói riêng thì đối tượng chính bị xâm hại là tài sản, và mục đích của người phạm tội là chiếm đoạt tài sản. Trong quá trình thực hiện hành vi cướp tài sản, việc gây thương tích hoặc làm chết người là nằm ngoài ý định chủ quan của người phạm tội. Trường hợp này, nếu cơ quan tiến hành tố tụng chứng minh được người phạm tội bên cạnh thực hiện hành vi cướp tài sản còn cố ý tước đoạt tính mạng của nạn nhân thì có thể xử lý về tội danh giết người với hình phạt tử hình, sau đó tổng hợp hình phạt với Tội cướp tài sản. Do vậy, việc áp dụng hình phạt tử chung thân đối với Tội cướp tài sản là đủ nghiêm khắc.

+ Đối với Tội phá hủy công trình, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia (Điều 231): Trong những năm gần đây, hầu như không có bị cáo nào bị kết án về tội danh này. Hơn nữa, người thực hiện hành vi phá hủy công trình, phương tiện có tầm quan trọng về an ninh quốc gia có thể bị tử hình về các tội phạm tương ứng trong BLHS. Ví dụ: nếu trong quá trình phá hủy công trình, phương tiện có tầm quan trọng về an ninh quốc gia mà có hành vi giết người thì có thể bị kết án tử hình về tội giết người; nếu thực hiện hành vi này nhằm mục đích gây hoảng sợ trong công chúng thì có thể bị kết án tử hình về tội khủng bố; nếu thực hiện hành vi này nhằm mục đích chống

chính quyền nhân dân có thể xử lý về một trong các tội xâm phạm an ninh quốc gia có quy định hình phạt tử hình. Mặt khác, xuất phát từ tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi, trong đó có tính chất của khách thể bị xâm hại và đối tượng bị xâm hại, việc bỏ hình phạt tử hình đối với tội phạm này là hợp lý và áp dụng hình phạt tử chung thân là đủ nghiêm khắc.

+ Đối với các Tội chống mệnh lệnh (Điều 316); Tội đầu hàng địch (Điều 322): Đây là các tội phạm thuộc Chương các tội xâm phạm nghĩa vụ, trách nhiệm quân nhân. Các tội phạm này chủ yếu xảy ra trong thời chiến, trong thời bình hành vi chống mệnh lệnh hoặc đầu hàng địch hiếm khi xảy ra hoặc nếu có cũng không nguy hiểm đến mức bị kết án tử hình. Hơn nữa, người thực hiện hành vi đầu hàng địch hoặc chống mệnh lệnh thường do hoàn cảnh khách quan đặc biệt, họ không ý thức hết tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi do mình thực hiện. Bên cạnh đó, theo Báo cáo số 3870/BQP-VPC ngày 07/12/2012 của Bộ Quốc phòng về Tổng kết 11 năm thi hành BLHS, trong những năm qua các Tòa án quân sự chỉ áp dụng hình phạt tử hình đối với hai tội: Tội gián điệp và Tội giết người; còn đối với các tội phạm khác mặc dù có quy định hình phạt tử hình nhưng các Tòa án quân sự không áp dụng. Điều đó cho thấy, BLHS 2015 bỏ hình phạt tử hình đối với 02 tội danh nêu trên là hợp lý.

+ Ngoài ra, đối với Tội hoạt động phi tại Điều 83 BLHS 1999 cũng quy định hình phạt tử hình nhưng BLHS 2015 đã phi tội phạm hóa tội danh này. Điểm e khoản 1 Điều 1 Nghị quyết số 109/2015/QH13 quy định, đối với hành vi hoạt động phi tại Điều 83 BLHS 1999 nếu sau thời điểm 0 giờ 00 ngày 01/7/2016 mới bị phát hiện thì không khởi

tố, điều tra, truy tố, xét xử mà áp dụng quy định của BLHS 2015 để khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử theo các tội danh tương ứng.

Như vậy, có 18 tội danh trong BLHS 2015 quy định hình phạt tử hình, trong đó: 1) Nhóm tội xâm phạm an ninh quốc gia có 06 tội danh (các điều: 108, 109, 110, 112, 113, 114); 2) Nhóm tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm của con người có 02 tội danh (Điều 123, Điều 142); 3) Nhóm tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế có 01 tội danh (Điều 194); 4) Nhóm tội phạm về ma túy có 03 tội danh (các điều: 248, 250, 251); 5) Nhóm tội xâm phạm an toàn công cộng, trật tự công cộng có 01 tội danh (Điều 299); 6) Nhóm tội phạm về chức vụ có 02 tội danh (Điều 353, Điều 354); 7) Nhóm các tội phá hoại hòa bình, chống loài người và tội phạm chiến tranh có 03 tội danh (các điều: 421, 422, 423).

- **Thứ năm**, hạn chế các trường hợp áp dụng hình phạt tử hình đối với những tội danh còn giữ lại hình phạt tử hình theo hướng quy định rõ ràng, chặt chẽ, cụ thể các điều kiện áp dụng để Tòa án cân nhắc, áp dụng trong từng trường hợp cụ thể:

+ BLHS 2015 đã sửa đổi Điều 194 của BLHS 1999 về Tội tàng trữ, vận chuyển, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt chất ma túy theo hướng tách riêng thành 04 tội danh khác nhau (các điều: 249, 250, 251, 252), trong đó chỉ giữ lại hình phạt tử hình đối với Tội vận chuyển trái phép chất ma túy (Điều 250) và Tội mua bán trái phép chất ma túy (Điều 251); còn đối với Tội tàng trữ trái phép chất ma túy (Điều 249) và Tội chiếm đoạt chất ma túy (Điều 252) thì mức phạt cao nhất là tù chung thân. Việc bỏ hình phạt tử hình đối với tội phạm về ma túy là Tội tàng trữ trái phép chất ma túy và Tội chiếm đoạt chất ma túy là do người phạm tội liên quan đến

ma túy trong những trường hợp này chủ yếu xuất phát từ mục đích kinh tế, động cơ vụ lợi, muốn làm giàu một cách nhanh chóng và bất chính; họ là người vẫn còn khả năng cải tạo, giáo dục được. Ngược lại, BLHS 2015 giữ lại hình phạt tử hình đối với Tội mua bán trái phép chất ma túy và Tội vận chuyển trái phép chất ma túy, bởi vì đây là hành vi phạm tội đặc biệt nguy hiểm, xảy ra phổ biến, nhiều vụ án các đối tượng phạm tội vận chuyển trái phép chất ma túy với số lượng đặc biệt lớn. Đối tượng phạm tội vận chuyển trái phép chất ma túy thường rất manh động, dùng vũ khí chống trả quyết liệt lực lượng đầu tranh phòng, chống tội phạm. Nếu không quy định hình phạt tử hình thì các đối tượng phạm tội sẽ coi thường pháp luật tiếp tục phạm tội. BLHS 2015 quy định rõ định lượng đối với các trường hợp áp dụng hình phạt tử hình của các tội danh này tại khoản 4 Điều 250 và khoản 4 Điều 251.

+ BLHS năm 2015 đã tách Điều 157 của BLHS 1999 thành 2 tội danh độc lập, theo đó bỏ hình phạt tử hình đối với hành vi sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm (Điều 193), chỉ quy định hình phạt tử hình đối với hành vi sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh (Điều 194). Khoản 4 Điều 194 quy định tử hình người nào có hành vi sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh trong một số trường hợp sau đây: Thu lợi bất chính 2.000.000.000 đồng trở lên; làm chết 02 người trở lên; gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của 02 người trở lên, với tỷ lệ tổn thương cơ thể của mỗi người 61% trở lên; gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của 02 người trở lên mà tổng tỷ lệ tổn thương cơ thể của những người này 122% trở lên; gây thiệt hại về tài sản 1.500.000.000 đồng trở lên.

VỀ HÌNH PHẠT TIỀN ÁP DỤNG ĐỐI VỚI NGƯỜI PHẠM TỘI TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Mai Thị Thủy**
*Đào Thị Nguyệt***

Tóm tắt: Bài viết phân tích quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về hình phạt tiền áp dụng đối với người phạm tội, trên cơ sở đó, nêu ra những bất cập, vướng mắc còn tồn tại.

Abstract: This article analyses the provisions on monetary sanctions of the Penal Code for criminals. On this basis, it points out relevant shortcomings and flaws for improvement.

Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đã được Quốc hội khóa XIII, kỳ họp thứ 10 thông qua ngày 27/11/2015, có hiệu lực từ ngày 1/7/2016 với nhiều quy định mới cũng như những sửa đổi, bổ sung quan trọng so với BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009). Một trong những sửa đổi, bổ sung này là quy định về hình phạt tiền và trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại phạm tội. Với quy định của Điều 32¹ về các hình phạt đối với người phạm tội và Điều 33 về các hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội², có thể nói, trong hệ thống hình phạt nước ta, phạt tiền là

hình phạt duy nhất vừa được áp dụng đối với người phạm tội vừa được áp dụng đối với pháp nhân thương mại phạm tội với tư cách là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung khi không áp dụng là hình phạt chính. Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi chỉ đề cập đến quy định của BLHS năm 2015 về hình phạt tiền được áp dụng đối với người phạm tội với tư cách vừa là hình phạt chính, vừa là hình phạt bổ sung.

1. Quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về hình phạt tiền áp dụng đối với người phạm tội

Phạt tiền là một trong những hình phạt được quy định từ lâu trong hệ thống hình phạt của nước ta, nhưng cho đến BLHS năm 2015 vẫn chưa đưa ra được khái niệm về hình phạt này. Tuy nhiên, có thể hiểu: “*Phạt tiền là hình phạt tước của người bị kết án một khoản tiền nhất định để sung quỹ Nhà nước*”³. Là một hình phạt trong hệ thống hình phạt, hình phạt tiền mang đầy đủ các đặc điểm: là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc của Nhà nước, được quy định trong

* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** Khoa Luật, Đại học Thủ Dầu Một.

¹ Xem Điều 32 BLHS năm 2015.

² Điều 33 BLHS năm 2015 quy định:

“*Các hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội*

1. *Hình phạt chính bao gồm:*

a. *Phạt tiền;*

b. *Đình chỉ hoạt động có thời hạn;*

c. *Đình chỉ hoạt động vĩnh viễn.*

2. *Hình phạt bổ sung bao gồm:*

a. *Cấm kinh doanh, cấm hoạt động trong một số lĩnh vực nhất định;*

b. *Cấm huy động vốn;*

c. *Phạt tiền, khi không áp dụng là hình phạt chính...”.*

³ Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh, Giáo trình Luật Hình sự Việt Nam – Phần Chung, Nxb. Hồng Đức – Hội luật gia Việt Nam, tr.278.

BLHS, do Tòa án áp dụng. Ngoài ra, phạt tiền còn là hình phạt mang tính chất kinh tế. Thông qua việc buộc người phạm tội phải nộp một khoản tiền sung quỹ nhà nước, phạt tiền tác động đến ý thức của người phạm tội, buộc người phạm tội phải nhận thức được lỗi lầm mà sửa chữa. Đồng thời, phạt tiền còn có ý nghĩa hạn chế các điều kiện về tài sản mà người phạm tội có thể sử dụng để tiếp tục phạm tội. Mức tiền phạt khác nhau cũng có khả năng tác động khác nhau đến ý thức của người bị kết án, qua đó sẽ đạt được mục đích của hình phạt. Ngoài việc bị tước một khoản tiền nhất định, người bị áp dụng hình phạt tiền với tư cách là hình phạt chính còn phải mang án tích trong thời hạn 1 năm kể từ khi chấp hành xong bản án (điểm a khoản 2 Điều 70 BLHS 2015).

a. Về điều kiện áp dụng hình phạt tiền

- Phạt tiền là hình phạt chính: Khoản 1 Điều 35 BLHS 2015 quy định phạt tiền là hình phạt chính được áp dụng đối với người phạm tội khi thỏa mãn một trong các trường hợp sau:

+ Người phạm tội ít nghiêm trọng, phạm tội nghiêm trọng do BLHS quy định. Để được áp dụng phạt tiền là hình phạt chính thì trước hết, loại tội phạm mà người phạm tội thực hiện phải là tội ít nghiêm trọng hoặc tội nghiêm trọng⁴. Tuy nhiên, không phải người phạm tội ít nghiêm trọng, nghiêm trọng nào cũng có thể được áp dụng hình phạt tiền mà chỉ có thể được áp dụng khi trong điều luật tương ứng có quy định phạt tiền là hình phạt chính. Nếu điều luật cụ thể không qui định phạt tiền là hình phạt chính thì Tòa án không được áp dụng phạt tiền là hình phạt chính đối với người phạm tội.

⁴ Xem khoản 1, 2 Điều 9 BLHS năm 2015.

+ Loại tội phạm mà người phạm tội thực hiện là tội phạm rất nghiêm trọng⁵ nhưng phải thuộc các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế, môi trường, trật tự công cộng, an toàn công cộng và một số tội phạm khác do BLHS quy định. Một số tội phạm khác do BLHS quy định là những tội phạm không thuộc nhóm các tội phạm nêu trên và cũng không thuộc trường hợp phạm tội ít nghiêm trọng, nghiêm trọng, nhưng nhà làm luật nhận thấy, khi áp dụng phạt tiền là hình phạt chính sẽ đạt được mục đích của hình phạt nên cũng quy định phạt tiền là hình phạt chính đối với những tội phạm đó. Tuy nhiên, các điều luật trong Phần thứ hai – Các tội phạm cho thấy, BLHS năm 2015 không có quy định phạt tiền là hình phạt chính đối với một số tội phạm khác này⁶.

- Phạt tiền là hình phạt bổ sung: Với tư cách là hình phạt bổ sung, khoản 2 Điều 35 BLHS 2015 quy định: “*Hình phạt tiền được áp dụng là hình phạt bổ sung đối với người phạm tội về tham nhũng, ma túy hoặc những tội phạm khác do Bộ luật này quy định*”. Trong BLHS, phạt tiền là hình phạt bổ sung được quy định dưới dạng tùy nghi. Vì vậy, nếu điều luật có quy định hình phạt bổ sung là phạt tiền và phạt tiền không được áp dụng là hình phạt chính thì tùy từng trường hợp, Tòa án có thể áp dụng phạt tiền là hình phạt bổ sung đối với người phạm tội. Trong Phần thứ hai – Các tội phạm, phạt tiền là hình phạt bổ sung được quy định tại khoản cuối cùng của điều luật (với điều luật

⁵ Xem khoản 3 Điều 9 BLHS năm 2015.

⁶ Trong Phần thứ hai – Các tội phạm của BLHS năm 2015 có 209 khung hình phạt quy định phạt tiền là hình phạt chính, trong đó có 130 khung hình phạt là loại tội phạm ít nghiêm trọng, 74 khung hình phạt là loại tội phạm nghiêm trọng và 5 khung hình phạt là loại tội phạm rất nghiêm trọng (đối với các tội phạm về kinh tế, trật tự công cộng, an toàn công cộng).

không quy định trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại phạm tội), hoặc được quy định tại khoản kế khoản cuối cùng của điều luật (với điều luật có quy định trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại phạm tội)⁷.

b. Về căn cứ quyết định hình phạt tiền và mức phạt tiền

Theo khoản 3 Điều 35 BLHS 2015, khi quyết định hình phạt tiền dù là hình phạt chính hay bổ sung, Tòa án ngoài việc dựa vào các căn cứ quyết định hình phạt tại Điều 50 còn phải căn cứ vào tính chất, mức độ nguy hiểm của tội phạm được thực hiện, đồng thời có xét đến tình hình tài sản của người phạm tội và sự biến động giá cả nhưng không được thấp hơn một triệu đồng. Như vậy, khoản 3 Điều 35 không quy định mức phạt tiền tối đa chung cho tất cả các tội mà chỉ quy định mức tối thiểu là một triệu đồng. Mức phạt tiền được quy định đối với các tội phạm cụ thể căn cứ vào tính chất của các tội phạm đó. Các quy định về hình phạt tiền trong các điều luật thuộc Phần thứ hai - Các tội phạm cho thấy, BLHS năm 2015 quy định mức phạt tiền bằng số tiền phạt cụ thể với việc chỉ ra mức tối thiểu và mức tối đa⁸. Chỉ phạt tiền là hình phạt chính đối với người phạm tội, các điều luật trong Phần thứ hai - Các tội phạm quy định mức tối thiểu là 5 triệu đồng và mức tối đa là 5 tỷ đồng; còn phạt tiền là hình phạt bổ sung cũng có mức

tối thiểu là 5 triệu đồng và mức tối đa là 500 triệu đồng. Khi quyết định phạt tiền đối với người phạm nhiều tội tại Điều 55 hoặc tổng hợp hình phạt trong trường hợp có nhiều bản án tại Điều 56 thì Tòa án cộng hình phạt tiền của các tội, các bản án lại mà không bị khống chế mức tối đa⁹.

c. Về thể thức chấp hành hình phạt tiền

Điều 35 BLHS năm 2015 và Bộ Luật Tố tụng Hình sự năm 2015 không quy định thể thức chấp hành hình phạt tiền mà nội dung này được quy định tại điểm a khoản 2 Điều 36 Luật Thi hành án dân sự (THADS) năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014)¹⁰. Theo đó, Luật THADS năm 2008 quy định Thủ trưởng cơ quan THADS có thẩm quyền ra quyết định thi hành hình phạt tiền và phân công chấp hành viên tổ chức thi hành. Đồng thời, khoản 2 Điều 36 Luật THADS năm 2008 cũng quy định trong thời hạn 5 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được bản án quyết định hình phạt tiền, Thủ trưởng cơ quan THADS phải ra quyết định thi hành án.

d. Về hình phạt tiền đối với người phạm tội trong Phần thứ hai - Các tội phạm

Trong Phần thứ hai - Các tội phạm của BLHS 2015, phạt tiền là hình phạt chính

⁷ Đối với các điều luật có quy định trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại phạm tội thì khoản cuối cùng của điều luật quy định về trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại phạm tội.

⁸ BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) quy định mức phạt tiền bằng hai phương pháp. Phương pháp thứ nhất là quy định mức phạt tiền cụ thể với việc chỉ ra mức tối thiểu và mức tối đa. Phương pháp thứ hai là quy định mức phạt tiền bằng số lần số lợi bất chính.

⁹ Điểm d khoản 1 Điều 55 BLHS 2015 quy định: “Phạt tiền không tổng hợp với các loại hình phạt khác; các khoản tiền phạt được cộng lại thành hình phạt chung”.

Điểm a khoản 2 Điều 55 BLHS 2015 quy định: “Đối với hình phạt bổ sung:

a. ...Riêng đối với hình phạt tiền thì các khoản tiền phạt được cộng lại thành hình phạt chung”.

¹⁰ Điểm a khoản 2 Điều 36 Luật THADS năm 2008 quy định: “Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự có thẩm quyền chủ động ra quyết định thi hành án và phân công Chấp hành viên tổ chức thi hành đối với phần bản án, quyết định sau: a) Hình phạt tiền, truy thu tiền, tài sản thu lợi bất chính, án phí, lệ phí Tòa án”.

được quy định trong 11 chương¹¹ với 113/318 điều luật và 209 khung hình phạt. Trong đó, phần lớn các điều luật có từ 1 đến 3 khoản quy định phạt tiền là hình phạt chính¹². Đặc biệt, có 2 điều luật có 4 khoản quy định phạt tiền là hình phạt chính (Điều 261, Điều 284) và có 1 điều luật có đến 5 khoản quy định phạt tiền là hình phạt chính (Điều 283). Ngoài ra, trong Phần thứ hai - Các tội phạm đã thể hiện đúng điều kiện áp dụng hình phạt tiền quy định tại Điều 35. Theo đó, trong tổng số 209 khung hình phạt thuộc Phần thứ hai - Các tội phạm quy định phạt tiền là hình phạt chính thì có 130 khung hình phạt được quy định đối với loại tội phạm ít nghiêm trọng, 74 khung hình phạt được quy định đối với loại tội phạm nghiêm trọng và có 5 khung hình phạt được quy định đối với loại tội phạm rất nghiêm trọng. Đồng thời, trong tổng số 209 khung hình phạt có quy định phạt tiền là hình phạt chính thì mức phạt tiền được quy định bằng số tiền cụ thể với mức phạt thấp nhất là 5 triệu đồng và cao nhất là 5 tỷ đồng. Về khoảng cách giữa mức tối thiểu và mức tối đa của phạt tiền trong các khung hình phạt chênh nhau tối thiểu là 1,6 lần, tối đa là 10 lần và mức chênh phổ biến trong các khung hình phạt thông thường là 5 lần. Đối với phạt tiền là hình phạt bổ sung trong Phần thứ hai - Các tội phạm cũng tương tự như phạt tiền là hình phạt chính, có 11 chương

với 133/318 điều luật quy định phạt tiền là hình phạt bổ sung. Đồng thời, trong 133 điều luật có quy định phạt tiền là hình phạt bổ sung thì mức phạt tiền đều được quy định bằng số tiền cụ thể với mức phạt tiền thấp nhất là 5 triệu đồng và cao nhất là 500 triệu đồng.

đ. Về hình phạt tiền áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội

Theo quy định tại Điều 99 BLHS 2015, so với người đủ 18 tuổi trở lên, phạt tiền là hình phạt chính áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội có những đặc thù sau đây:

- Thứ nhất, về điều kiện áp dụng: theo quy định tại Điều 99 BLHS 2015, để áp dụng phạt tiền là hình phạt chính đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, ngoài các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 35 còn phải có thêm hai điều kiện sau:

+ Người phạm tội phải trong độ tuổi từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi;

+ Người phạm tội phải có thu nhập hoặc tài sản riêng. Nếu người phạm tội từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi mà không có thu nhập hoặc tài sản riêng thì không được áp dụng hình phạt tiền đối với họ. Điều 99 quy định điều kiện này là hợp lý, bởi ở lứa tuổi này, hầu hết đang trong độ tuổi ăn học, họ chưa tham gia lao động hoặc có tham gia nhưng thu nhập không đáng kể, phần lớn sống phụ thuộc vào gia đình. Nếu Tòa án áp dụng hình phạt tiền khi họ không có thu nhập hoặc tài sản riêng thì sẽ không đảm bảo tính khả thi của hình phạt.

- Thứ hai, về mức phạt tiền: Điều 99 BLHS 2015 quy định: “*Mức phạt tiền đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội không quá một phần hai mức phạt tiền mà điều luật quy định*”. Quy định này có thể thấy, về nguyên tắc, người dưới 18

¹¹ Có 3 chương không quy định phạt tiền là hình phạt chính cũng như hình phạt bổ sung gồm: Chương Các tội xâm phạm an ninh quốc gia; Chương Các tội xâm phạm nghĩa vụ, trách nhiệm của quân nhân và trách nhiệm của người phối thuộc với quân đội trong chiến đấu, phục vụ chiến đấu và Chương Các tội phá hoại hòa bình, chống loài người và tội phạm chiến tranh.

¹² Có 43 điều luật có một khoản, 51 điều luật có hai khoản và 16 điều luật có ba khoản quy định phạt tiền là hình phạt chính.

tuổi phạm tội bị áp dụng mức phạt tiền không quá 2,5 tỷ đồng. Tuy nhiên, Điều 99 chỉ không chế mức tối đa mà không quy định mức tối thiểu. Quy định này có thể dẫn đến hai cách hiểu khác nhau về mức phạt tiền tối thiểu đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Một là, mức tối thiểu là 1/2 của một triệu đồng (tức 500 ngàn đồng). Hai là, mức phạt tiền tối thiểu đối với người dưới 18 tuổi phạm tội vẫn phải là một triệu đồng, vì Tòa án không thể quyết định dưới mức tối thiểu của hình phạt. Hiện nay, chưa có văn bản hướng dẫn về vấn đề này. Tuy nhiên, theo cách hiểu tương tự như hướng dẫn về hình phạt tù có thời hạn áp dụng đối với người chưa thành niên phạm tội tại Nghị quyết 01/2006/NQ-HĐTP ngày 12/5/2006 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thì Tòa án không thể quyết định mức phạt tiền đối với người chưa thành niên phạm tội dưới một triệu đồng. Do đó, mức phạt tiền được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo quy định tại Điều 99 là từ 1 triệu đồng đến 2,5 tỷ đồng.

2. Một số bất cập cần hoàn thiện

Thứ nhất, về căn cứ quyết định mức phạt tiền: Khoản 3 Điều 35 BLHS 2015 quy định, để quyết định mức phạt tiền đối với người phạm tội, Tòa án phải xét đến tình hình tài sản của người phạm tội. Tuy nhiên, tình hình tài sản của người phạm tội được xác định bằng cách nào? chủ thể có trách nhiệm xác định là ai? thì lại không có quy định cụ thể. Do đó, khi tuyên mức phạt tiền đối với người phạm tội, Tòa án không thể đưa ra một mức phạt tiền phù hợp nhất với tình hình tài sản của người phạm tội. Điều này là một trong những nguyên nhân làm cho hình phạt tiền giảm tính khả thi trên thực tế. Vì vậy, chúng tôi cho rằng cơ quan có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng

dẫn để xác định tình hình tài sản của người phạm tội cũng như quy định chủ thể có trách nhiệm xác định tình hình tài sản của người phạm tội để Tòa án làm cơ sở quyết định mức phạt tiền đối với người phạm tội được chính xác hơn, từ đó làm tăng tính khả thi cũng như hiệu quả của hình phạt tiền trên thực tế.

Thứ hai, về mức tối thiểu của hình phạt tiền: Với thực tế hiện nay, BLHS quy định mức tối thiểu của hình phạt tiền 1 triệu đồng là còn quá thấp. Mặt khác, tuy khoản 3 Điều 35 BLHS 2015 quy định mức phạt tiền tối thiểu là 1 triệu đồng nhưng trong các điều luật thuộc Phần thứ hai - Các tội phạm thì mức tối thiểu của hình phạt tiền đối với người phạm tội dù là hình phạt chính hay hình phạt bổ sung đều được quy định từ 5 triệu đồng trở lên mà không có bất cứ khung hình phạt nào quy định 1 triệu đồng. Do đó, để phù hợp với tình hình mới và để đảm bảo tính nghiêm khắc của hình phạt tiền, theo chúng tôi cần điều chỉnh mức tối thiểu của hình phạt tiền tại khoản 3 Điều 35 theo hướng tăng từ 1 triệu đồng lên 5 triệu đồng.

Thứ ba, về thể thức thi hành hình phạt tiền: Điều 35 BLHS năm 2015 cũng như khoản 2 Điều 36 Luật THADS năm 2008 không quy định tiền phạt được nộp như thế nào, mấy lần và trong thời hạn nào. Bên cạnh đó, quy định về hình phạt tiền tại Điều 35 BLHS cũng thiếu tính cưỡng chế cần thiết để đảm bảo cho việc thi hành hình phạt tiền trên thực tế. Bởi trên thực tế, có những trường hợp người bị kết án cố tình không chịu nộp phạt gây khó khăn cho hoạt động thi hành án, làm giảm hiệu quả của hình phạt tiền nhưng không có biện pháp xử lý. Do đó, để đảm bảo việc thi hành hình phạt tiền của người bị kết án cũng như tránh tình trạng người bị kết án cố tình dây dưa không

chịu nộp phạt, cần bổ sung thêm khoản 5 quy định về cách thức thi hành hình phạt tiền theo hướng: “5. Tiền phạt có thể được nộp một lần hay nhiều lần trong thời hạn do Tòa án quyết định trong bản án nhưng không được quá 6 tháng kể từ ngày bản án có hiệu lực pháp luật”. Quy định này vừa tạo điều kiện cho người bị kết án nộp tiền phạt nhưng vẫn đảm bảo được tính nghiêm minh cũng như hiệu quả của hình phạt tiền khi quy định rõ một giới hạn thời gian phải nộp tiền phạt. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là nếu như hết thời hạn 6 tháng kể từ khi bản án có hiệu lực pháp luật mà người bị kết án phạt tiền vẫn cố tình không chịu nộp phạt thì xử lý như thế nào. Hiện nay, có quan điểm cho rằng, nếu người bị kết án phạt tiền là hình phạt chính cố tình dấy dưng không chịu nộp phạt thì BLHS cần quy đổi từ hình phạt tiền sang hình phạt tù có thời hạn. Đây là một xu hướng tiến bộ đã được ghi nhận trong BLHS nhiều nước trên thế giới. Tuy nhiên, việc quy đổi từ hình phạt tiền sang hình phạt tù có thời hạn hiện nay ở Việt Nam sẽ có rất nhiều bất cập. Bởi vấn đề xác định thu nhập thực tế của cá nhân là vấn đề phức tạp và nhạy cảm, nước ta chưa có kênh quản lý thu nhập một cách minh bạch, rõ ràng như nhiều nước trên thế giới. Mặt khác, sẽ rất khó để xây dựng được một mức quy đổi hợp lý bao nhiêu tiền thì bằng một ngày tù. Ngoài ra, khi quy đổi từ hình phạt tiền sang hình phạt tù sẽ làm thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tiền trên thực tế. Vì vậy, BLHS không nên quy định biện pháp đảm bảo thi hành hình phạt tiền theo hướng chuyển đổi từ hình phạt tiền sang hình phạt tù. Về tình trạng chây ỳ không chịu nộp phạt của người phạm tội, tăng cường hiệu quả của hình phạt tiền là hình phạt chính trên thực tế, chúng tôi cho rằng, vì phạt tiền

thường được quy định là chế tài lựa chọn với các hình phạt chính khác như cảnh cáo, cải tạo không giam giữ, tù có thời hạn, do đó, khi quyết định phạt tiền là hình phạt chính đối với người phạm tội, Tòa án đã xem xét tình hình tài sản của người phạm tội, nếu có khả năng thi hành thì Tòa án mới tuyên hình phạt tiền đối với họ. Khi tuyên hình phạt tiền đối với người phạm tội, cơ quan có thẩm quyền có thể áp dụng các biện pháp ngăn chặn mang tính chất tài sản để đảm bảo cho việc thi hành hình phạt tiền. Nếu sau khi áp dụng các biện pháp cưỡng chế cần thiết mà người bị kết án vẫn không chịu nộp phạt thì theo quy định của BLHS, người bị kết án phải bị truy cứu trách nhiệm hình sự về Tội không chấp hành án (Điều 380).

Thứ tư, về mức phạt tiền tối thiểu đối với người dưới 18 tuổi phạm tội: Điều 99 BLHS 2015 mới chỉ quy định mức phạt tiền tối đa đối với người dưới 18 tuổi phạm tội mà chưa quy định mức tối thiểu dẫn đến có những cách hiểu khác nhau. Do đó, chúng tôi cho rằng cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn rõ mức phạt tiền tối thiểu đối với người dưới 18 tuổi phạm tội bằng mức tối thiểu của hình phạt tiền.

Thứ năm, về việc khấu trừ thời hạn tạm giữ, tạm giam: Hiện nay, đối với hình phạt cải tạo không giam giữ và hình phạt tù có thời hạn, BLHS đều có quy định thời hạn tạm giữ, tạm giam được trừ vào thời gian chấp hành hình phạt với tỷ lệ quy đổi: “một ngày tạm giữ, tạm giam bằng ba ngày cải tạo không giam giữ”¹³, “một ngày tạm giữ, tạm giam bằng một ngày tù”¹⁴, còn hình

¹³ Điều 36 BLHS 2015.

¹⁴ Điều 38 BLHS 2015.

phạt tiền không quy định việc khấu trừ này. Vì vậy, nếu người phạm tội bị áp dụng hình phạt tiền là hình phạt chính mà đã bị tạm giữ, tạm giam thì không được khấu trừ thời hạn đã bị tạm giữ, tạm giam vào hình phạt tiền mà họ phải chấp hành. Điều này không đảm bảo quyền lợi của người phạm tội. Cũng vì không có quy định khấu trừ thời hạn tạm giữ, tạm giam nên thực tế, không có trường hợp nào người phạm tội đã bị tạm giữ, tạm giam sau đó lại được Tòa án áp dụng phạt tiền là hình phạt chính. Đây là một trong những nguyên nhân làm hạn chế phạm vi áp dụng của hình phạt tiền là hình phạt chính trên thực tế. Do đó, để đảm bảo quyền lợi của người bị kết án, nếu người

phạm tội bị áp dụng hình phạt tiền là hình phạt chính mà họ đã bị tạm giữ, tạm giam thì thời hạn đã bị tạm giữ, tạm giam phải được trừ vào hình phạt tiền mà họ phải chấp hành. Về vấn đề này, nhà làm luật cần có sự nghiên cứu thấu đáo để đưa ra mức khấu trừ hợp lý nhất. Theo quan điểm của chúng tôi, việc khấu trừ thời hạn tạm giữ, tạm giam cần phải căn cứ vào thu nhập của người bị kết án. Trong trường hợp người bị kết án không có thu nhập, hoặc có thu nhập nhưng không đáng kể hoặc thu nhập không ổn định thì việc xác định mức khấu trừ thời hạn tạm giữ, tạm giam theo ngày phải dựa vào mức lương tối thiểu do Nhà nước quy định.

(Tiếp theo trang 13 – Quy định về án lệ ...)

quyền lập pháp thì ta phải xem xét trong bối cảnh Việt Nam. Thực tế nước ta không thừa nhận và áp dụng nguyên tắc phân chia quyền lực nên nếu cho phép áp dụng án lệ, vai trò của tòa án trong việc sáng tạo pháp luật sẽ tăng lên khiến cho nhánh quyền lập pháp có thể bị ảnh hưởng. Vì vậy, vấn đề án lệ ở Việt Nam sẽ có khả năng mâu thuẫn với nguyên tắc tổ chức quyền lực nhà nước theo hướng tập quyền xã hội chủ nghĩa.

- Ngoài ra, án lệ như chúng tôi đã trình bày, là biểu hiện của trí tuệ cá nhân thẩm

phán. Trong bối cảnh năng lực đội ngũ thẩm phán ở Việt Nam còn nhiều hạn chế, việc quy định cho phép sử dụng án lệ sẽ có nguy cơ không đảm bảo được chất lượng của án lệ.

Vì vậy, theo chúng tôi, việc áp dụng án lệ ở Việt Nam là chưa thể nóng vội và còn cần nhiều bước chuẩn bị. Trong đó, việc nâng cao chất lượng đội ngũ thẩm phán là hết sức quan trọng, vì chính họ là người sẽ làm ra những bản án đúng đắn và chuẩn mực.

SỰ PHÁT TRIỂN CỦA CHẾ ĐỊNH HỢP ĐỒNG TIÊU DÙNG VÀ TRIỂN VỌNG ĐỐI VỚI PHÁP LUẬT HỢP ĐỒNG VIỆT NAM

*Đỗ Giang Nam**

Tóm tắt: Bài viết tập trung đánh giá ba quy định cơ bản nhất của chế định hợp đồng tiêu dùng bao gồm (i) Quy định về nghĩa vụ thông tin; (ii) Quy định về kiểm soát điều kiện giao dịch chung; và (iii) Quy định về quyền rút khỏi hợp đồng; đồng thời cho thấy, việc Bộ luật Dân sự 2015 pháp điển hoá các quy định trên có ảnh hưởng như thế nào đến tương lai pháp luật hợp đồng Việt Nam.

Abstract: The aim of this article is to reflect upon challenges and opportunities for the future of the Vietnamese contract law under the influence of the current development of consumer contract law. For that purpose, the article first studies the underlying rationales behind the introduction of the three most important regulatory techniques regarding consumer contracts including the pre-contractual information duties, the legislative control over unfair contract terms and the withdrawal rights. This article also discusses to what extent these techniques have been integrated into the 2015 Civil Code and the implications of such integration for the future of Vietnamese contract law.

Năm 2010, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (LBVQLNTD) được ban hành, đánh dấu bước phát triển quan trọng trong việc ghi nhận và thực thi quyền cơ bản của người tiêu dùng Việt Nam¹. Một trong những điểm mới căn bản nhất của LBVQLNTD so với Pháp lệnh Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 1999 là thay đổi từ việc sử dụng các biện pháp hành chính-hình sự sang việc áp dụng chủ yếu các biện pháp dân sự để bảo vệ người tiêu dùng. Thông qua các quy định mới liên

quan đến hợp đồng tiêu dùng, điều chỉnh quan hệ giữa người tiêu dùng và thương nhân đã trở thành chế định trọng tâm của LBVQLNTD.

Sự ra đời của chế định hợp đồng tiêu dùng riêng biệt với quy định chung về hợp đồng trong Bộ luật Dân sự (BLDS) được biện minh chủ yếu xuất phát từ nhu cầu điều chỉnh sự bất cân xứng giữa người tiêu dùng và thương nhân về thông tin và năng lực tham gia giao dịch². Nói cách khác, BLDS

*NCS. Khoa Luật - Đại học quốc gia Hà Nội.

¹ Sự ra đời của Luật bảo vệ người tiêu dùng “hiện đại” được thừa nhận rộng rãi là gắn liền với phát biểu nổi tiếng của Tổng thống Mỹ John Kennedy tại Thượng viện Mỹ vào ngày 15/3/1962, trong đó ông nhấn mạnh nhu cầu ghi nhận 4 quyền năng cơ bản của người tiêu dùng bao gồm: (1) Quyền được an toàn, (2) Quyền được thông tin, (3) Quyền được lựa chọn, (4) Quyền được lắng nghe. Xem tại <http://www.presidency.ucsb.edu/>, truy cập ngày 1/1/2016.

² Trong giai đoạn xây dựng LBVQLNTD, TS. Nguyễn Văn Cương, thành viên tổ biên tập dự luật, nhấn mạnh rằng: “Kinh nghiệm thực tiễn ở Việt Nam và quốc tế cho thấy, trong quan hệ mua sắm hoặc tiêu dùng hàng hoá, dịch vụ, người tiêu dùng thường gặp bốn vấn đề (hay bốn yếu tố) cơ bản sau: (i) Yếu tố trong việc tiếp cận, xử lý; hiểu các thông tin về hàng hoá, dịch vụ trong quan hệ mua bán, trao đổi (vấn đề thông tin không cân xứng); (ii) Yếu tố trong việc đàm phán, thiết lập hợp đồng, giao dịch khi quan hệ với các thương nhân trên thị trường; (iii) Yếu tố về khả năng chi phối giá cả, các điều kiện

với tư cách là đạo luật điều chỉnh mối quan hệ giữa các chủ thể độc lập và bình đẳng, được đánh giá là có những “hạn chế cố hữu” trong việc xử lý sự bất cân xứng trên³, và do đó, Luật LBVQLNTD với tư cách là một ngành luật công cần được thiết kế để bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng được coi là bên yếu thế trong quan hệ với thương nhân⁴. Cách tiếp cận trên đã dẫn đến cần có một đạo luật về bảo vệ người tiêu dùng độc lập với BLDS.

Tuy nhiên, với việc ban hành BLDS năm 2015, một số quy định đặc thù của LBVQLNTD đã được tái pháp điển hoá vào Bộ luật. Điều này đặt ra vấn đề cần đánh giá lại các đặc trưng của chế định hợp đồng tiêu dùng và ảnh hưởng của nó đối với nguyên tắc cơ bản của pháp luật hợp đồng Việt Nam. Bài viết sẽ tập trung đánh giá ba quy định cơ bản nhất của chế định hợp đồng tiêu dùng sau:

1. Nghĩa vụ thông tin

1.1. Nguyên tắc *Caveat Emptor* và nhu cầu thiết lập nghĩa vụ thông tin

Một trong những nguyên tắc cơ bản nhất của luật hợp đồng cổ điển là nguyên tắc *Caveat emptor* – người mua phải tự nhận thức. Triết lý cơ bản của nguyên tắc

kinh doanh, giao dịch trên thị trường, nhất là trong các thị trường chỉ có một số ít doanh nghiệp chi phối, chiếm lĩnh. (iv) Yếu tố về khả năng chịu rủi ro trong quá trình tiêu dùng sản phẩm. Nguyễn Văn Cương, *Một số vấn đề xây dựng Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng*, <https://luatminhkhue.vn/kien-thuc-luat-doanh-nghiep/mot-so-van-de-xay-dung-luat-bao-ve-quyen-loi-nguoi-tieu-dung.aspx>, truy cập ngày 1/1/2016.

³ Nguyễn Thị Vân Anh, Nguyễn Văn Cương, Giáo trình Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2012, tr. 35.

⁴ Xem Nguyễn Như Phát, *Một số vấn đề lý luận xung quanh Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng* <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=1289&CateID=80>, truy cập ngày 1/1/2016.

này là các bên trong quan hệ hợp đồng là những đối tác bình đẳng, đàm phán với nhau về hợp đồng mà họ cho là có lợi cho bản thân mình. Theo đó, các bên trong quan hệ hợp đồng không có nghĩa vụ thông tin với nhau về những vấn đề liên quan, ảnh hưởng đến việc giao kết và nội dung hợp đồng⁵. Việc tích cực tìm kiếm thông tin của một bên tạo lợi thế để tối đa hoá lợi ích của bản thân họ.

Tuy nhiên, trên thực tế, nguyên lý cổ điển trên không theo kịp và phản ánh thực tế đời sống giao dịch hiện đại. Vì rất nhiều lý do khác nhau, luôn tồn tại sự bất cân xứng về thông tin (information asymmetries) giữa người bán và khách hàng, đặc biệt nếu khách hàng là người tiêu dùng. Một trong những công cụ để giảm thiểu rủi ro đó là xác định trách nhiệm của thương nhân cung cấp thông tin cho người tiêu dùng.

Với tư cách là một công cụ bảo vệ người tiêu dùng, nghĩa vụ thông tin có ít nhất hai lợi thế so với các công cụ khác⁶. Thứ nhất, nghĩa vụ thông tin đảm bảo sự can thiệp của nhà nước ở mức tối thiểu nhất vào quan hệ hợp đồng. Thứ hai, nghĩa vụ thông tin cho phép người tiêu dùng được tự bảo vệ mình hơn là trông chờ vào các thiết chế thực thi khác như cơ quan bảo vệ người tiêu dùng.

Tuy nhiên, nghĩa vụ thông tin cũng có những hạn chế nhất định. Rất nhiều quan ngại đã được đặt ra về tính hiệu quả của

⁵ Nguyên tắc này cũng không cho phép một bên được lừa dối phía bên kia-Luật hợp đồng của bất cứ quốc gia nào cũng hướng tới việc tuyên vô hiệu những hợp đồng này.

⁶ H.W Micklitz, J Stuyck and E Terry, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford, Hart Publishing (2010), 215.

nghĩa vụ thông tin⁷. Đặc biệt, những nghiên cứu mới nhất của trường phái kinh tế học hành vi cho thấy, người tiêu dùng đơn lẻ thiếu khả năng tổng hợp và xử lý một khối lượng lớn thông tin⁸.

1.2. Nghĩa vụ thông tin trong Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và nghĩa vụ thông tin trong Bộ luật Dân sự 2015

LBVQLNTD 2010 đã áp dụng nghĩa vụ thông tin như là công cụ pháp lý đầu tiên để bảo vệ người tiêu dùng. Khoản 2, Điều 8 LBVQLNTD quy định, người tiêu dùng có quyền được “*cung cấp thông tin chính xác, đầy đủ về tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; nội dung giao dịch hàng hóa, dịch vụ; nguồn gốc, xuất xứ hàng hóa; được cung cấp hóa đơn, chứng từ, tài liệu liên quan đến giao dịch và thông tin cần thiết khác về hàng hóa, dịch vụ mà người tiêu dùng đã mua, sử dụng*”. Bên cạnh đó, Điều 12 LBVQLNTD nhấn mạnh trách nhiệm của doanh nghiệp cung cấp đầy đủ những thông tin thiết yếu khác cần thiết cho quá trình ra quyết định của người tiêu dùng. Như vậy, những quy định trên được thiết kế để hiệu chỉnh sự bất cân xứng về thông tin, bảo vệ người tiêu dùng - bên có vị thế yếu hơn so với thương nhân. Phạm vi của nghĩa vụ thông tin đảm bảo cho người tiêu dùng có thể tiếp cận những thông tin cần thiết nhất để đạt tới “trạng thái lý tưởng-giá định” ở mức ngang bằng so với thương nhân, và có thể đưa ra các quyết định liên quan đến việc tham gia giao dịch một cách hợp lý.

⁷ Chẳng hạn, xem Howells, Geraint, *The potential and limits of consumer empowerment by information*, Journal of Law and Society 32.3 (2005): 349-370.

⁸ G Loewenstein, CR Sunstein and R Golman, *Disclosure: Psychology Changes Everything*, Annual Review of Economics 6 (2014): 391.

Đối với chế định hợp đồng trong BLDS 2015, một trong những điểm mới cơ bản là quy định tại Điều 387 về thông tin trong giao kết hợp đồng: “*Trường hợp một bên có thông tin ảnh hưởng đến việc chấp nhận giao kết hợp đồng của bên kia thì phải thông báo cho bên kia biết*”. Với quy định này của BLDS 2015, phạm vi điều chỉnh là toàn bộ các quan hệ dân sự - các quan hệ được hình thành trên cơ sở bình đẳng, tự do ý chí, độc lập về tài sản và tự chịu trách nhiệm⁹. Như vậy, không chỉ trong quan hệ giữa thương nhân với người tiêu dùng, mà cả trong quan hệ giữa các thương nhân với nhau, nghĩa vụ thông tin cũng được đặt ra.

Tuy nhiên, phạm vi nghĩa vụ thông tin tại Điều 387 BLDS 2015 được quy định rất mơ hồ. Vấn đề là, loại thông tin nào sẽ được cho là thông tin ảnh hưởng đến việc giao kết hay không giao kết của phía bên kia và liệu cách quy định đó có thực sự hữu ích? Trong một nghiên cứu kinh điển, Anthony T. Kronman đã phân biệt hai loại thông tin: Thông tin có được từ đầu tư, tìm kiếm và thông tin thông thường¹⁰. Từ góc nhìn kinh tế-luật, để thúc đẩy tính hiệu quả của giao dịch, một bên chỉ có nghĩa vụ cung cấp những thông tin thông thường cho phía đối tác. Ngược lại, những thông tin họ phải bỏ chi phí đầu tư mới có được thì không phải tiết lộ cho phía bên kia. BLDS 2015 dường như chưa minh định được vấn đề này. Do đó, trong tương lai, việc giải thích phạm vi của nghĩa vụ thông tin sẽ căn cứ vào nguyên tắc của BLDS 2015. Nếu bảo vệ bên yếu thế là một nguyên tắc cơ bản của BLDS 2015, thì nghĩa vụ thông tin sẽ có thể được giải thích

⁹ Xem Điều 1 BLDS 2015.

¹⁰ Kronman, Anthony T, *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*, The Journal of Legal Studies 7.1 (1978): 1-34.

rất rộng. Ngược lại, nguyên tắc tự do hợp đồng vẫn là nguyên tắc nền tảng duy nhất của BLDS 2015 thì phạm vi của Điều 387 cần phải giữ ở mức các thông tin tối thiểu.

2. Kiểm soát tính công bằng của điều kiện giao dịch chung

2.1. Sự phát triển của điều kiện giao dịch chung và nhu cầu điều chỉnh nguyên tắc thương lượng

Điều kiện giao dịch chung được hiểu là những điều khoản do thương nhân soạn sẵn để sử dụng nhiều lần, người tiêu dùng không có khả năng đàm phán thay đổi nội dung mà chỉ có khả năng chấp thuận hoặc từ chối điều khoản (take it or leave it)¹¹. Việc sử dụng cùng một điều khoản mẫu của điều kiện giao dịch chung cho nhiều giao dịch khác nhau đóng vai trò quan trọng trong việc giảm chi phí và thời gian đàm phán, qua đó tăng hiệu quả kinh tế của việc giao kết hợp đồng¹². Chính vì lý do này, điều khoản mẫu ngày nay đã trở thành một phần không thể thiếu trong đời sống hiện đại, đặc biệt đối với các giao dịch điện tử đang ngày càng phổ biến.

Tuy nhiên, các điều khoản mẫu cũng tạo ra những thách thức mới đối với lý thuyết truyền thống về hợp đồng vốn được xây dựng dựa trên ý niệm: hợp đồng là kết quả của sự thoả thuận (mặc cả) giữa các bên¹³. Lý thuyết cổ điển về hợp đồng nhấn

manh, luật hợp đồng về bản chất là luật thúc đẩy và thực thi các nghĩa vụ được hình thành từ các đàm phán giữa các bên. Quá trình tự do trao đổi đàm phán này không những phản ánh quyền tự chủ tham gia đời sống dân sự của cá nhân, mà qua đó xác định hiệu quả nhất cách thức phân bổ nguồn lực trong xã hội. Các điều khoản hợp đồng, nếu là sản phẩm của quá trình thoả thuận mặc cả bình đẳng sẽ phản ánh một cách công bằng quyền lợi của các bên. Luật hợp đồng, vì vậy, nhấn mạnh chủ yếu các phương pháp để đảm bảo sự công bằng trong quá trình xác lập hợp đồng (procedural fairness) thông qua các quy định về điều kiện có hiệu lực hợp đồng, về hợp đồng vô hiệu do lừa dối, đe dọa... Điều đó cũng không có nghĩa là luật hợp đồng cổ điển không quan tâm đến sự công bằng về nội dung của các điều khoản hợp đồng. Ngược lại, sự công bằng nội dung đó (substantive fairness) được suy đoán hay được giả định là sẽ đạt được, nếu công bằng về hình thức được bảo đảm¹⁴.

Khi điều khoản mẫu được sử dụng, các bên không thực sự có cơ hội thương lượng và thoả thuận. Việc thiếu khả năng thương lượng và thoả thuận có thể dẫn đến việc một bên thậm chí không nhận thức được sự tồn tại hay nội dung của điều khoản mẫu do một bên đơn phương đưa ra. Hơn nữa, việc các điều khoản mẫu do một bên “áp đặt” cho bên còn lại có thể làm giảm khả năng của bên kia trong việc đạt tới một thoả thuận công bằng.

Để lý giải nguyên nhân tại sao cần phải kiểm soát tính công bằng của điều kiện giao dịch chung, học thuyết về chi phí giao dịch nhấn mạnh đến bản chất của hợp đồng mẫu

¹¹ Xem F. Kessler, *Contracts of Adhesion-some Thoughts about Freedom of Contract*, Colum.L.Rev. (1943), 629.

¹² Xem Gillette, Clayton P., *Standard Form Contracts* (April 8, 2009. NYU Law and Economics Research Paper No.09-18), <http://ssrn.com/abstract=1374990>, truy cập ngày 1/1/2016.

¹³ Xem Thomas Wilhelmsson, *Standard Form Conditions*; in Hartkamp, A. S., Hesselink, M. W., Hondius, E. H., Mak, C., & Perron, C. E. *Towards a European civil code*.-4th rev. and exp. Kluwer law international, (2011), 571-586.

¹⁴ S. A. Smith, *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, Oxford: Clarendon Press 2005, 15-25.

khi có sự bất cân xứng về chi phí giao dịch (transaction costs) giữa bên ban hành điều khoản mẫu và bên còn lại¹⁵. Điều khoản mẫu có thể được sử dụng cho nhiều giao dịch khác nhau, chi phí giao dịch sẽ được giảm thiểu. Vì vậy, so với bên còn lại, bên đưa ra điều khoản mẫu luôn có lợi thế về mặt thông tin. Trong khi đó, do chỉ tham gia giao dịch một lần, bên còn lại sẽ không có động cơ để trả chi phí tương ứng với phía bên kia nhằm thu thập những thông tin cần thiết cho quá trình thương lượng hợp đồng. Vì vậy, luôn tồn tại sự bất cân xứng về thông tin giữa các bên. Do đó, việc sử dụng điều khoản mẫu khó dẫn đến điều khoản công bằng. Bên cạnh đó, vì thiếu thông tin và động cơ để đàm phán từng nội dung của điều khoản mẫu, phía bên kia (như là người tiêu dùng) sẽ dần hình thành tâm lý bỏ mặc, không quan tâm tìm hiểu nội dung của điều khoản đó. Hậu quả là, nếu người tiêu dùng không có thói quen đọc điều khoản mẫu, bên cung cấp điều khoản mẫu cũng không cần thiết kể điều khoản mẫu tốt hơn, hấp dẫn hơn, thậm chí thay vào đó là điều khoản bất công cho người tiêu dùng. Tình trạng này kéo dài sẽ mở rộng ra toàn bộ thị trường, dẫn đến sự thất bại của thị trường theo một hiện tượng gọi là “*market of lemons*”¹⁶, trong đó chất lượng điều khoản mẫu ngày càng giảm đi theo hướng bất lợi cho người tiêu dùng¹⁷. Đó là lý do tại sao

¹⁵ Xem thêm Schäfer, Hans-Bernd, and Patrick C. Leyens. "Judicial control of standard terms and European private law" *Economic Analysis of the DCFR—The Work of the Economic Impact Group within the CoPECL Network of Excellence, Munich: Sellier European Law Publishers* (2010): 97-119, 103.

¹⁶ Xem George Akerlof, *The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *QJ Econ.* 488 (1970).

¹⁷ Xem M. Schilling, *Inequality of Bargaining Power Versus Market for Lemons: Legal Paradigm Change*

cần phải có sự kiểm soát từ phía nhà nước để đảm bảo tính công bằng trong nội dung các điều khoản mẫu.

Bên cạnh đó, trong quan hệ giữa thương nhân và người tiêu dùng, luôn tồn tại sự chênh lệch về vị thế thương lượng giữa các bên (inequality of bargaining power)¹⁸. Kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu không những nằm ở bản chất của điều kiện giao dịch chung mà còn nhấn mạnh đến nhu cầu bảo vệ một nhóm người xác định cụ thể - người tiêu dùng là bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng với doanh nghiệp¹⁹.

2.2. Kiểm soát tính công bằng của điều kiện giao dịch chung trong Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010 và quy định về điều kiện giao dịch chung trong Bộ luật Dân sự 2015

Nhận thức được vai trò ngày càng quan trọng của điều kiện giao dịch chung trong đời sống hợp đồng hiện đại, lần đầu tiên trong lịch sử pháp luật hợp đồng Việt Nam²⁰ LBVQLNTD đã đưa ra khái niệm về

and the Court of Justice's Jurisprudence on Directive 93/13 on Unfair Contract Terms, 2008 *Eur. Law Rev.* 336-358.

¹⁸ Xem Martin Ebers, *Unfair Contract Terms Directive (93/13)*, in trong cuốn H. Schulte-Nölke et al., *EC Consumer Law Compendium*, 2008, 337.

¹⁹ Xem Martijn Hesselink, Marco Loos, *Unfair Terms in B2C Contracts*, CSECL Working Paper no. 7, 2012.

²⁰ Thực tế, ngay từ BLDS năm 1995 đã xuất hiện quy định về hợp đồng theo mẫu tại Điều 406, tuy nhiên, quy định chỉ đưa ra một quy phạm định nghĩa về hợp đồng theo mẫu, kèm theo đó là nguyên tắc mang tính truyền thống yêu cầu bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi khi giải thích điều khoản đó. BLDS năm 2005 đã tiến thêm một bước bằng quy phạm mang tính chất mặc định cho phép vô hiệu hóa các điều khoản miễn trừ trách nhiệm được sử dụng trong hợp đồng mẫu. Tuy nhiên, với quy định cho phép các bên có thể thỏa thuận khác như trên, khó có thể nói rằng, pháp luật Việt Nam đã thực sự quan tâm đến vấn đề kiểm soát trực tiếp nội dung của điều kiện

điều kiện giao dịch chung và thiết kế cơ chế tương đối hiện đại để kiểm soát điều kiện giao dịch chung²¹. Triết lý của vấn đề được thừa nhận rộng rãi là lý thuyết về bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng với tư cách là một bên yếu thế nhằm chống lại các điều khoản bất công được áp dụng bởi phía thương nhân²². Chính vì vậy, Điều 16 LBVQLNTD 2010 đã liệt kê chín loại điều khoản mẫu bất công sẽ không có hiệu lực nếu được áp dụng với người tiêu dùng²³.

giao dịch chung. Bên cạnh đó, tồn tại những khác biệt trong nội hàm giữa khái niệm hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung.

²¹ Lưu ý rằng, cơ chế kiểm soát điều kiện giao dịch chung ở Việt Nam cũng như các quốc gia trên thế giới thường dựa trên ba trụ cột để trả lời ba vấn đề căn bản đó là (i) Trong trường hợp nào điều khoản mẫu do một bên đơn phương soạn thảo có thể trở thành một phần của hợp đồng và ràng buộc bên còn lại (the incorporation issue)? (ii) Các điều khoản mẫu sẽ được giải thích như thế nào khi bên còn lại không có khả năng tác động vào quá trình soạn thảo hợp đồng (the interpretation issue)? (iii) Và quan trọng nhất là, việc sử dụng các điều khoản mẫu có nguy cơ tạo ra hợp đồng bất lợi và thậm chí bất công cho bên còn lại. Vậy làm thế nào để đảm bảo tính công bằng trong các trường hợp đó (the issue of control of unfair terms)? Phạm vi của bài viết chỉ nhấn mạnh trọng tâm của vấn đề thứ ba. Đối với hai vấn đề trên, LBVQLNTD 2010 cũng đã đưa ra những giải pháp tương đối thuyết phục. Xem thêm: Đỗ Giang Nam, *Bình luận về các quy định liên quan đến hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung trong dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 5 (285) năm 2015, tr.31-41.

²² Xem Bộ Tư pháp, *Đề cương giới thiệu Luật Bảo vệ người tiêu dùng*, ngày 13/6/2011 http://moj.gov.vn/pbgdpl/Lists/DeCuongVanBan/View_Detail.aspx?ItemId=113, truy cập ngày 1/1/2016.

²³ Chín loại điều khoản đó bao gồm: a) Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đối với người tiêu dùng theo quy định của pháp luật; b) Hạn chế, loại trừ quyền khiếu nại, khởi kiện của người tiêu dùng; c) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đơn phương thay đổi điều kiện của hợp đồng đã thỏa thuận trước với người tiêu dùng hoặc quy tắc, quy định bán hàng, cung ứng dịch vụ áp dụng đối với người tiêu dùng

Trong khi đó, cùng với việc sửa đổi quy định về hợp đồng theo mẫu trong BLDS năm 2005, BLDS 2015 đã pháp điển hoá một quy định về điều kiện giao dịch chung. Điều 406 về “Điều kiện giao dịch chung trong giao kết hợp đồng” quy định: “*Điều kiện giao dịch chung phải bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên. Trường hợp điều kiện giao dịch chung có quy định về miễn trách nhiệm của bên đưa ra điều kiện giao dịch chung, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì quy định này không có hiệu lực, trừ trường hợp có thỏa thuận khác*”.

So với quy định tại Điều 16 LBVQLNTD về vô hiệu hoá chín loại điều khoản bất công, BLDS 2015 mới chỉ giới hạn sự kiểm soát trực tiếp đối với một loại điều khoản mẫu duy nhất, theo đó, bất cứ điều khoản miễn trừ nào được đưa ra trong điều kiện giao dịch chung sẽ đều bị vô hiệu, trừ khi các bên có thỏa thuận khác. Tuy nhiên, quy định tại Điều 406 BLDS 2015 lại có hai điểm phát triển đáng kể so với cơ chế kiểm soát tính công bằng của điều kiện giao

khi mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ không được thể hiện cụ thể trong hợp đồng; d) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ đơn phương xác định người tiêu dùng không thực hiện một hoặc một số nghĩa vụ; đ) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ quy định hoặc thay đổi giá tại thời điểm giao hàng hóa, cung ứng dịch vụ; e) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ giải thích hợp đồng trong trường hợp điều khoản của hợp đồng được hiểu khác nhau; g) Loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ trong trường hợp tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ bán hàng hóa, cung ứng dịch vụ thông qua bên thứ ba; h) Bắt buộc người tiêu dùng phải tuân thủ các nghĩa vụ ngay cả khi tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ không hoàn thành nghĩa vụ của mình; i) Cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ chuyển giao quyền, nghĩa vụ cho bên thứ ba mà không được người tiêu dùng đồng ý.

dịch chung trong LBVQLNTD. Thứ nhất, với tư cách là Bộ luật gốc của hệ thống luật tư, có phạm vi điều chỉnh tất cả các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng, quy định này của BLDS có thể được áp dụng cho tất cả các loại hợp đồng. Điều đó có nghĩa ngay cả giao dịch giữa thương nhân với nhau, nếu có sử dụng các điều khoản mẫu, thì cũng phải chịu sự kiểm soát về tính công bằng đối với nội dung điều khoản đó. Thứ hai, khắc phục thiếu sót của LBVQLNTD trong việc đưa ra một điều khoản chung để kiểm soát tính công bằng của những điều khoản mẫu nằm ngoài phạm vi danh mục liệt kê tại Điều 16²⁴, BLDS 2015 lần đầu tiên có quy định chung mang tính nguyên lý “*Điều kiện giao dịch chung phải bảo đảm sự bình đẳng giữa các bên*”. Mặc dù quy định trên còn có thể gây nhiều tranh luận như việc sử dụng khái niệm “bình đẳng” thay vì “công bằng”, hay thiếu vắng phần quy định về hậu quả pháp lý khi xảy ra việc vi phạm, nhưng việc thiết lập một yêu cầu chung để định hình chuẩn mực pháp lý cho các bên như vậy là chỉ dấu đáng lưu ý.

Vấn đề nữa đặt ra là, nếu được ghi nhận trong BLDS, cơ chế kiểm soát tính công bằng của điều khoản trong điều kiện giao

dịch chung sẽ được áp dụng cho cả giao dịch giữa thương nhân với nhau, vậy đâu là nền tảng cho việc thiết lập cơ chế này. Nguyên tắc bảo vệ bên yếu thế chỉ có thể được sử dụng để luận giải trong trường hợp giao dịch giữa thương nhân với người tiêu dùng, và sẽ không thuyết phục nếu áp dụng trong giao dịch giữa các bên ở địa vị bình đẳng như giao dịch giữa các thương nhân. Tuy nhiên, như đã phân tích, học thuyết về sự chênh lệch về vị thế thương lượng giữa các bên không phải là học thuyết duy nhất để lý giải hiện tượng này. Trong trường hợp trên, sự kiểm soát tính công bằng trong hợp đồng nhằm hướng tới như cách tiếp cận của học thuyết chi phí giao dịch. Và như vậy, trong tương lai, khi điều kiện giao dịch chung ngày càng phát triển, chế định kiểm soát tính công bằng trong điều kiện giao dịch chung cần có trong BLDS và hoàn toàn có khả năng cần phải được bổ sung hoàn thiện thêm²⁵.

3. Quyền rút lui khỏi hợp đồng

3.1. Nguyên tắc *pacta sunt servanda* và nhu cầu cần thiết xác lập quyền rút lui khỏi hợp đồng

Nguyên tắc *pacta sunt servanda* - hợp đồng ràng buộc khi được xác lập - là nguyên tắc nền tảng khác của luật hợp đồng

²⁴ Về nguyên tắc, quyết định ban hành các quy định rõ ràng dưới dạng một danh mục chi tiết như cách tiếp cận của pháp luật Việt Nam sẽ mang lại một số lợi ích như giảm chi phí tiếp cận cho người tiêu dùng hay giúp người ban hành điều khoản mẫu có thể tự kiểm soát tính công bằng của các điều khoản do mình đưa ra. Những quy định này rất có ích trong việc thúc đẩy một cơ chế ngăn chặn việc áp dụng các điều khoản không công bằng mà không cần đợi có sự can thiệp của tòa án hay cơ quan hành chính. Tuy nhiên, việc thiếu vắng một điều khoản chung đồng nghĩa với việc thiếu vắng một công cụ quan trọng để thiết lập một chuẩn mực về tính công bằng trong pháp luật hợp đồng Việt Nam, cũng như đảm bảo tính linh hoạt của cơ chế kiểm soát trước sự thay đổi nhanh chóng của đời sống kinh tế - xã hội.

²⁵ Chỉ thị số 93/13/EEC về các Điều khoản không công bằng là một trong những đạo luật nổi tiếng nhất về kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu, nên được xem xét như là một kinh nghiệm lập pháp để thiết lập một cơ chế hoàn hảo hơn trong việc kiểm soát hợp đồng mẫu trong pháp luật Việt Nam. Đây là thành quả nỗ lực của Ủy ban châu Âu nhằm điều chỉnh toàn bộ các hợp đồng tiêu dùng để đảm bảo yêu cầu bảo vệ người tiêu dùng ở mức tối thiểu bằng việc yêu cầu tất cả các nước thành viên phải loại bỏ các điều khoản bất công được sử dụng cho hợp đồng. Theo đó, cơ chế đánh giá về tính không công bằng của các điều khoản mẫu được quy định tại Điều 3 và 4 của Chỉ thị. Xem nội dung Chỉ thị số 93/13/EEC tại <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3A132017>, truy cập ngày 1/1/2016.

cổ điển. Nguyên tắc này nhấn mạnh việc hợp đồng một khi được xác lập hợp pháp sẽ có giá trị ràng buộc như “luật” giữa các bên. Đây là nguyên tắc đặc biệt quan trọng, bởi nếu không, hợp đồng không khác gì cam kết đạo đức.

Tuy nhiên, trong hợp đồng tiêu dùng, một công cụ pháp lý được sử dụng phổ biến là quyền rút lui khỏi hợp đồng đã cho phép người tiêu dùng xác lập ngoại lệ đối với nguyên tắc *pacta sunt servanda*. Nếu như nghĩa vụ thông tin được thiết kế để đảm bảo hợp đồng là kết quả của quá trình ra quyết định hợp lý từ phía người tiêu dùng trong hoàn cảnh bình thường, thì quyền rút lui khỏi hợp đồng được thiết kế để bảo vệ người tiêu dùng trong hai tình huống đặc biệt²⁶. Thứ nhất, trong trường hợp người tiêu dùng bị đặt vào tình huống bất ngờ do thương nhân tạo ra hay khi người tiêu dùng phải giao kết hợp đồng trong trạng thái bị sức ép về tâm lý. Ví dụ, trong trường hợp hợp đồng mua bán tận cửa. Thứ hai, trong trường hợp người tiêu dùng không có thông tin đầy đủ về sản phẩm. Ví dụ như trong hợp đồng giao kết từ xa, đặc biệt là hợp đồng mua bán qua mạng Internet.

Trong những trường hợp đó, luật bảo vệ người tiêu dùng bằng cách trao cho người tiêu dùng một khoảng thời gian, sau khi hợp đồng được giao kết, để quyết định có muốn tiếp tục bị ràng buộc bởi hợp đồng với thương nhân hay không. Xét dưới góc độ này, nguyên tắc *pacta sunt servanda* đã được điều chỉnh để đáp ứng nhu cầu bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong những tình huống người tiêu dùng bị đặt vào vị thế không thể ra quyết định hợp lý.

²⁶ H.W Micklitz, J Stuyck and E Terryn, *Cases, Materials and Text on Consumer Law*, Oxford, Hart Publishing (2010), 240.

3.2. Quy định về quyền rút lui khỏi hợp đồng trong pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng Việt Nam

Tuy quy định về quyền rút lui khỏi hợp đồng đã nhận được sự ủng hộ rộng rãi trong các dự thảo của LBVQLNTD, nhưng cuối cùng đã không được trực tiếp ghi nhận trong LBVQLNTD. Mặc dù vậy, Nghị định 99/2011/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của LBVQLNTD đã bước đầu gián tiếp ghi nhận quyền này dưới nội hàm là quyền yêu cầu đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng đã giao kết. Cụ thể, trong trường hợp hợp đồng bán hàng tận cửa²⁷, Nghị định số 99/2011/NĐ-CP cho phép trong thời hạn ba (03) ngày làm việc kể từ ngày giao kết hợp đồng, người tiêu dùng có quyền yêu cầu đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng đã giao kết và thông báo bằng văn bản cho tổ chức, cá nhân kinh doanh. Trong trường hợp hợp đồng giao kết từ xa²⁸, Nghị định số 99/2011/NĐ-CP yêu cầu thương nhân phải cung cấp cho người tiêu dùng những thông tin cụ thể liên quan sản phẩm²⁹, nếu vi phạm

²⁷ Nghị định số 99/2011/NĐ-CP giải thích: *Bán hàng tận cửa* là trường hợp tổ chức, cá nhân kinh doanh thực hiện việc bán hàng hóa tại nơi ở, nơi làm việc của người tiêu dùng (khoản 3, Điều 3).

²⁸ Nghị định 99/2011/NĐ-CP giải thích: Hợp đồng giao kết từ xa là hợp đồng được ký kết giữa người tiêu dùng và tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ thông qua phương tiện điện tử hoặc điện thoại. Xem khoản 1 Điều 3.

²⁹ Các thông tin đó bao gồm: a) Tên của tổ chức, cá nhân kinh doanh, số điện thoại liên lạc, địa chỉ, trụ sở, địa chỉ cơ sở chịu trách nhiệm về đề nghị giao kết hợp đồng (nếu có); b) Chất lượng của hàng hóa, dịch vụ; c) Chi phí giao hàng (nếu có); d) Phương thức thanh toán, phương thức giao hàng hóa, cung ứng dịch vụ; đ) Thời gian có hiệu lực của đề nghị giao kết và mức giá đề nghị giao kết; e) Chi phí sử dụng phương tiện thông tin liên lạc cho việc giao kết hợp đồng nếu chi phí này chưa được tính vào giá của hàng hóa, dịch vụ; g) Chi tiết về tính năng, công

nghĩa vụ trên, trong thời hạn mười (10) ngày kể từ ngày giao kết hợp đồng, người tiêu dùng có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng đã giao kết và thông báo cho tổ chức, cá nhân kinh doanh. Tuy nhiên, quy định này chỉ được thiết kế như là quy phạm có tính chất mặc định, các bên hoàn toàn có thể có thoả thuận khác.

Như vậy, trái với hai quy định về nghĩa vụ thông tin và kiểm soát điều kiện giao dịch chung, việc chỉ điều chỉnh ở tầm nghị định đã chứng tỏ, nhà lập pháp Việt Nam rất thận trọng khi quy định về quyền rút lui khỏi quan hệ hợp đồng. Một mặt, đây là điều đáng tiếc từ góc độ bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng³⁰. Mặt khác, nó chứng minh rằng không phải trong mọi trường hợp, nguyên tắc bảo vệ bên yếu thế cũng lần ắt được nguyên tắc tự do hợp đồng. Và trong xu hướng đó, quy định về quyền rút lui khỏi quan hệ hợp đồng thiên về quyền lợi của người tiêu dùng tỏ ra quá mới mẻ để có thể được ghi nhận trong BLDS 2015.

4. Tương lai phát triển của chế định hợp đồng tiêu dùng và pháp luật hợp đồng Việt Nam

Qua phân tích ba quy định nền tảng của chế định hợp đồng tiêu dùng ở trên cho

thấy, những quy định này là ngoại lệ, đi ngược lại các nguyên tắc cơ bản của pháp luật hợp đồng cổ điển. Trong đó, có những quy định đã được pháp điển hoá vào BLDS 2015, đặc biệt là quy định về kiểm soát điều kiện giao dịch chung. Tuy nhiên, như đã chứng minh, không hẳn việc ghi nhận này đã cho rằng BLDS 2015 xây dựng quy định đó dựa trên nguyên lý bảo vệ quyền lợi bên yếu thế. Nó chỉ chứng tỏ BLDS 2015 đã phản ánh xu thế ghi nhận tầm quan trọng của các quy định về hợp đồng tiêu dùng trong sự phát triển của luật hợp đồng hiện đại.

Từ góc nhìn luật so sánh, khi nghiên cứu vị trí của LBVQLNTD trong tương quan với BLDS ở các quốc gia châu Âu trong 20 năm trở lại đây, giáo sư Ewoud Hondius đã khái quát hoá hai mô hình cơ bản³¹:

Mô hình thứ nhất, tiêu biểu là Pháp, tồn tại song song BLDS và Bộ luật Bảo vệ người tiêu dung. Trong đó, Bộ luật Bảo vệ người tiêu dung được xây dựng nhằm bảo vệ người tiêu dùng với tư cách là bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng. BLDS ngược lại, được xây dựng dựa trên lý thuyết cổ điển về tự do hợp đồng.

Mô hình thứ hai, tiêu biểu là Đức và Hà Lan, các quy định cơ bản về hợp đồng tiêu dùng đều được pháp điển hoá vào BLDS. Tuy nhiên, việc pháp điển hoá này có sự phân hoá. Việc pháp điển hoá vào BLDS nhấn mạnh nguyên tắc bảo vệ bên yếu thế trong quan hệ hợp đồng. Hay nói cách khác, với sự phát triển nguyên tắc bảo vệ bên yếu thế như là nguyên tắc quan trọng và ngang bằng với nguyên tắc tự do hợp đồng, BLDS

dụng, cách thức sử dụng của hàng hóa, dịch vụ là đối tượng hợp đồng.

³⁰ Tương tự như vấn đề kiểm soát tính công bằng trong điều kiện giao dịch chung, các quy định của pháp luật bảo vệ người tiêu dùng của Liên minh châu Âu có thể là nguồn tham chiếu hữu ích cho các nhà lập pháp Việt Nam. Xem thêm Chỉ thị về quyền của người tiêu dùng (Directive 2011/83/EU) được ban hành năm 2011 để hiện đại hoá và thống nhất hoá các quy định về quyền rút lui khỏi hợp đồng trong Chỉ thị về mua bán hàng hoá từ xa năm 1997 (Directive 97/7/EC) và Chỉ thị về Bán hàng tận cửa năm 1985 (Directive 85/577/EEC) tại <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0083&rid=1>, truy cập ngày 2/2/2016.

³¹ Ewoud Hondius, *Consumer law and private law—the case for integration*, in: Heusel (Ed), *Neues Europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz*, Trier: ERA, 1999, 19.

hiện đại do đó, phải phản ánh song song hai nguyên tắc cơ bản này³².

Trong khi đó, giáo sư Reinhard Zimmermann, mặc dù cũng nhấn mạnh nhu cầu điều chỉnh hợp đồng tiêu dùng trong BLDS, nhưng đã đưa ra một lý giải hoàn toàn trái ngược³³. Ông cho rằng, các quy định về hợp đồng tiêu dùng được đặt trong BLDS là hoàn toàn hợp lý và có thể được biện minh từ quan niệm rộng về nguyên tắc tự do hợp đồng. Tự do hợp đồng phải được hiểu từ tự do giao kết của cả hai phía đối tác, do đó các quy định về hợp đồng tiêu dùng thực chất là nhằm tác động để hiệu chỉnh sự bất cân xứng về thông tin giữa người tiêu dùng và doanh nhân. Quyền tự do hợp đồng suy cho cùng là để đảm bảo quyền tự quyết của cả hai bên hợp đồng, và do đó các quy định về hợp đồng tiêu dùng chỉ được chấp nhận chừng nào khi có tác dụng hiệu chỉnh quyền tự quyết của người tiêu dùng, nhằm đặt người tiêu dùng vào vị trí tái cân bằng với thương nhân³⁴.

Pháp luật Việt Nam hiện nay đang nghiêng về mô hình thứ nhất, với sự tách biệt hoàn toàn giữa LBVQLNTD 2010 và BLDS 2015. Dù BLDS 2015 pháp điển hoá những quy định vốn được coi là đặc trưng của LBVQLNTD nhưng dường như còn quá sớm để nhìn nhận rằng, BLDS 2015 phản ánh nguyên tắc bảo vệ quyền lợi bên yếu thế như là xu thế mới của pháp luật hợp đồng hiện đại.

Trong tương lai, với sự phát triển của nền sản xuất công nghiệp hàng loạt, sự gia

tăng hoạt động thương mại điện tử, các tranh chấp pháp lý liên quan đến điều kiện giao dịch chung, hay hợp đồng giao kết online sẽ ngày càng trở nên phổ biến. Điều đó một mặt đặt ra nhu cầu tiếp tục đánh giá lại bản chất của những quy định cơ bản trong chế định hợp đồng tiêu dùng. Mặt khác, về mặt lý luận, sẽ tái xuất hiện nhu cầu phân loại hợp đồng, đặc biệt là hợp đồng giữa thương nhân với nhau và hợp đồng giữa thương nhân và người tiêu dùng³⁵. Như vậy, mối quan hệ giữa BLDS, LBVQLNTD và Luật Thương mại sẽ là vấn đề cần nghiên cứu sâu trong sự phát triển của pháp luật hợp đồng Việt Nam³⁶.

³⁵ Thực ra, về lý thuyết, còn tồn tại mối quan hệ hợp đồng giữa những người tiêu dùng với nhau. Ví dụ, ở Việt Nam hiện nay ngày càng phổ biến việc mua bán hàng hoá qua facebook, mà ở đó rất khó chứng minh người bán có phải là thương nhân hay không.

³⁶ Với sự cải cách của chế định hợp đồng theo BLDS 2015, nhiều ý kiến đề xuất “khai tử” Luật Thương mại 2005. Xem Hà Chính, *Luật Thương mại: Nên sửa đổi hay “khai tử”?* <http://baochinhphu.vn/Chinh-sach-va-cuoc-song/Luat-Thuong-mai-Nen-sua-doi-hay-khai-tu/238948.vgp> (truy cập ngày 2/2/2016).

Nếu điều đó thành hiện thực, trong tương lai, BLDS 2015 sẽ được nhìn nhận như là luật cơ bản điều chỉnh loại hợp đồng giữa các bên có địa vị bình đẳng như hợp đồng giữa các thương nhân, hay hợp đồng giữa người tiêu dùng với nhau, LBVQLNTD sẽ áp dụng để điều chỉnh hợp đồng có tính bất cân xứng giữa thương nhân và người tiêu dùng. Thiết kế này dựa trên giả định BLDS luôn chỉ dựa trên một hệ hình cơ bản là nguyên tắc tự do hợp đồng. Tuy nhiên, như đã phân tích, không loại trừ khả năng, nguyên tắc bảo vệ bên yếu thế trở thành hệ hình thứ hai của BLDS, và như thế chế định hợp đồng tiêu dùng có thể được hợp nhất vào BLDS tương lai.

³² Ewoud Hondius, *The Protection of the Weaker Party in Harmonized European Contract Law: A Synthesis*, *Journal of Consumer Policy* 27, 2004, 246.

³³ Reinhard Zimmermann, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford: Oxford University Press, 2005: 171-194.

³⁴ *Tlđđ*, tr.175.

CHỒNG LẤN TRONG BẢO HỘ QUYỀN TÁC GIẢ VÀ QUYỀN SỞ HỮU CÔNG NGHIỆP

*Vũ Thị Hải Yến**

Tóm tắt: Bài viết phân tích các trường hợp chồng lấn trong bảo hộ quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp; tính chất hai mặt của hiện tượng này để thấy rõ ảnh hưởng của nó đến lợi ích của chủ thể sáng tạo và lợi ích công cộng trên cơ sở nguyên tắc cân bằng lợi ích trong bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.

Abstract: This article analyses the overlap between the protection of copyrights and of industrial property rights, the two side effect of this overlap. This aims at clarifying its influence on creators and public interest on the grounds of interest balance in the protection of intellectual property rights.

1. Cơ chế bảo hộ quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp

Từ lâu, trên thế giới, tài sản trí tuệ đã được coi là loại tài sản phi vật chất nhưng có giá trị kinh tế, tinh thần to lớn, có ý nghĩa quan trọng đối với sự phát triển khoa học – kỹ thuật cũng như kinh tế - xã hội của mỗi quốc gia và của nhân loại. Bằng độc quyền sáng chế đầu tiên được cấp trên thế giới cho việc chế tạo thủy tinh tại Venice¹. Đạo luật sáng chế đầu tiên được ban hành ở Venice năm 1474², còn đạo luật bản quyền đầu tiên được ban hành ở nước Anh năm 1710 là Đạo luật Anne³. Công ước Paris (năm 1883) về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp và Công ước Berne (năm 1886) về bảo hộ tác phẩm văn học - nghệ thuật là hai điều ước đầu tiên ghi nhận bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) ở phạm vi quốc tế. Suốt nhiều thế kỷ qua, pháp luật sở hữu trí tuệ đã có sự thay đổi và phát triển không ngừng để đáp

ứng nhu cầu bảo hộ đối với các kết quả sáng tạo trí tuệ mới. Bên cạnh quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, một số quốc gia muốn thúc đẩy phát triển nông nghiệp đã bổ sung thêm bảo hộ quyền đối với giống cây trồng như một bộ phận của quyền sở hữu trí tuệ⁴. Tuy nhiên, theo truyền thống, quyền sở hữu trí tuệ vẫn thường được phân chia thành hai nhánh chính, đó là quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp.

Sự phân chia quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp dựa trên sự khác biệt về đối tượng của chúng, từ đó mỗi hệ thống cung cấp một cơ chế bảo hộ khác nhau. Quyền tác giả thiên về bảo hộ các sáng tạo thuộc lĩnh vực văn hóa, nghệ thuật, “chủ yếu liên quan tới truyền thông đại chúng”⁵. Công ước Berne 1886 ghi nhận đối tượng của quyền tác giả là các tác phẩm văn học, nghệ thuật - những sáng tạo thuộc đời sống văn hóa, tinh thần, như sách, các tác phẩm

TS., Đại học Luật Hà Nội.

¹ Patent history by John Lienhard, <http://www.uh.edu/engines/epi2002.htm>

² <http://www.wired.com/2012/03/march-19-1474-venice-enacts-a-patently-original-idea/>

³ http://www.iprightsoffice.org/copyright_history/

⁴ Văn bản đầu tiên ở Việt Nam là Nghị định số 13/2001/NĐ-CP ngày 20/04/2001 về bảo hộ giống cây trồng mới; sau đó, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 dành Phân thứ tư quy định về “Quyền đối với giống cây trồng”.

⁵ Cẩm nang Sở hữu trí tuệ, Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO), tr. 40.

nghệ thuật... Quyền tác giả bảo hộ “những sáng tạo trong việc sử dụng và sắp xếp các từ ngữ, nốt nhạc, màu sắc, hình khối...”⁶, tức là chỉ bảo hộ hình thức thể hiện ý tưởng chứ không bảo hộ chính các ý tưởng đó. Vì vậy, những ý tưởng, khám phá, thông tin, quy trình, giải pháp... mặc dù có thể có “tính mới” nhưng không phải là đối tượng bảo hộ theo luật bản quyền. Pháp luật quyền tác giả không yêu cầu ý tưởng thể hiện trong tác phẩm phải mới, chỉ cần đáp ứng điều kiện hình thức thể hiện phải là sự sáng tạo nguyên gốc. Quyền tác giả cũng không đặt ra bất kỳ tiêu chuẩn bảo hộ về nội dung, hình thức, chất lượng, giá trị nghệ thuật, ngôn ngữ, mục đích... của tác phẩm. Cơ chế bảo hộ quyền tác giả trao độc quyền cho chủ sở hữu trong việc ngăn cấm người khác sao chép, sử dụng trái phép hình thức thể hiện của tác phẩm gốc hoặc phân phối, truyền đạt tác phẩm. Quyền tác giả là một loại “quyền tuyên nhận”, phát sinh tự động kể từ khi tác phẩm được sáng tạo và thể hiện dưới một hình thức nhất định mà không cần bất cứ thủ tục đăng ký hay công bố nào.

Quyền sở hữu công nghiệp ra đời cùng với sự phát triển của khoa học kỹ thuật và nền thương mại tự do trên thế giới. Nếu như đối tượng của quyền tác giả là các sản phẩm văn hóa, nghệ thuật, thì đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp là các sáng tạo trí tuệ liên quan tới khoa học, công nghệ và thương mại nhằm mang lại những hiệu quả thiết thực trong hoạt động sản xuất, kinh doanh. Sáng chế hay kiểu dáng công nghiệp thông thường được khai thác tại nhà máy để tạo ra những sản phẩm phục vụ các nhu cầu của đời sống, còn nhãn hiệu hoặc tên

thương mại được sử dụng chủ yếu vì mục đích thương mại của chủ thể sản xuất kinh doanh. Tùy thuộc vào bản chất, mỗi đối tượng sở hữu công nghiệp thường phải đáp ứng các tiêu chuẩn bảo hộ nhất định như tính mới, tính sáng tạo, tính ứng dụng hay khả năng phân biệt trong hoạt động thương mại... Khác với quyền tác giả chỉ bảo hộ hình thức thể hiện ý tưởng sáng tạo, pháp luật sở hữu công nghiệp trao cho chủ sở hữu đối tượng độc quyền sử dụng, khai thác những giải pháp, ý tưởng sáng tạo hoặc ngăn cấm người khác sử dụng đối tượng sở hữu công nghiệp trong thời hạn bảo hộ. Đối với hầu hết các đối tượng sở hữu công nghiệp, thủ tục đăng ký xác lập quyền là thủ tục bắt buộc, trừ một số đối tượng đặc thù như bí mật kinh doanh, nhãn hiệu nổi tiếng... được xác lập trên cơ sở hoạt động đầu tư và sử dụng hợp pháp trong thực tiễn. Những đối tượng sở hữu công nghiệp mang đặc tính kỹ thuật thường có thời hạn bảo hộ ngắn (đối với sáng chế là 20 năm, kiểu dáng công nghiệp tối đa là 15 năm) so với thời hạn bảo hộ của quyền tác giả. Thời hạn này được coi là khoảng thời gian hợp lý cho việc khai thác thương mại để bù đắp chi phí đầu tư cho quá trình sáng tạo và thu lợi nhuận của chủ sở hữu, phù hợp với sự phát triển nhanh chóng của khoa học kỹ thuật và không gây rào cản đối với sự tiếp cận của công chúng đối với các kết quả sáng tạo. Một số đối tượng sở hữu công nghiệp không bị ảnh hưởng nhiều bởi nguyên tắc cân bằng lợi ích có thời hạn bảo hộ không xác định, thậm chí có thể được bảo hộ vô thời hạn như bí mật kinh doanh, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, nhãn hiệu...

2. Sự mở rộng phạm vi bảo hộ quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp

⁶ Cẩm nang Sở hữu trí tuệ, Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới (WIPO), tr. 41.

Theo truyền thống, quyền tác giả bảo hộ cho các sáng tạo nghệ thuật mang tính nguyên gốc, còn quyền sở hữu công nghiệp bảo hộ cho những sáng tạo mới về kỹ thuật mang tính hữu ích hoặc những đối tượng mang đặc tính thương mại. Tuy nhiên, với sự phát triển của kinh tế - xã hội cũng như khoa học - công nghệ, phạm vi đối tượng của quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp không ngừng được mở rộng. Ngày nay, pháp luật quyền tác giả không chỉ bảo hộ những tác phẩm mang tính nghệ thuật mà đã mở rộng đến cả các sản phẩm mang đặc tính kỹ thuật hay liên quan đến thương mại. Luật bản quyền bảo hộ hình thức thể hiện ý tưởng sáng tạo. Do đó, những kết quả sáng tạo trong lĩnh vực kỹ thuật nhưng nếu thể hiện dưới dạng chữ viết, ký tự, hình ảnh hoặc các hình thức khác, có tính nguyên gốc, được coi là đối tượng của quyền tác giả, như các công trình khoa học, tài liệu kỹ thuật, chương trình máy tính, sưu tập dữ liệu⁷... Tương tự, những sáng tạo được áp dụng trong hoạt động sản xuất công nghiệp và thương mại nhưng có tính thẩm mỹ như mẫu thiết kế của các tòa nhà, phương tiện giao thông (ô tô, tàu thuyền...), các sản phẩm phục vụ nhu cầu đời sống sinh hoạt (đồ gia dụng, đồ trang sức...) cũng thuộc phạm vi bảo hộ của quyền tác giả.

Ngược lại, những sáng tạo mang tính nghệ thuật trước đây chỉ có thể bảo hộ theo luật bản quyền, thì ngày nay có thể trở thành đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp. Phạm vi dấu hiệu được bảo hộ là nhãn hiệu theo pháp luật của nhiều quốc gia ngày càng được mở rộng, theo đó, bất kỳ dấu hiệu nào có khả năng giúp cho người

tiêu dùng nhận biết người sản xuất hoặc cung cấp hàng hóa, dịch vụ đều có khả năng đăng ký là nhãn hiệu, bao gồm không chỉ các dấu hiệu từ ngữ, hình ảnh, màu sắc mà còn mở rộng đến những tác phẩm thuộc lĩnh vực bảo hộ quyền tác giả như những bản nhạc⁸ hay hình ảnh nhân vật⁹... Những thiết kế mang tính thẩm mỹ của những sản phẩm được sản xuất công nghiệp được bảo hộ kiểu dáng công nghiệp hoặc sáng chế thiết kế (design patent)... theo pháp luật của nhiều quốc gia.

Trong nhiều thập kỷ gần đây, pháp luật sở hữu trí tuệ của các quốc gia trên thế giới đã có những sửa đổi nhằm mở rộng phạm vi bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ. Sự mở rộng này do nhiều nguyên nhân. Đầu tiên là do tính chất tương đồng của các sáng tạo trí tuệ cũng như sự phát triển của khoa học kỹ thuật đã làm nảy sinh những kết quả sáng tạo có thể đồng thời đáp ứng tiêu chuẩn bảo hộ theo cả luật quyền tác giả và luật sở hữu công nghiệp. Ví dụ, giao diện trang web nổi tiếng Google đã được công ty này đăng ký đồng thời cả quyền tác giả và sáng chế thiết

⁷ Điều 10 Hiệp định TRIPs bổ sung thêm việc bảo hộ chương trình máy tính, sưu tập dữ liệu so với Công ước Berne.

⁸ Bài hát Sweet Georgia Brown của đội bóng rổ Harlem Globetrotters đã được đăng ký nhãn hiệu (U.S. Trademark Reg. No. 1,700,895) tại Hoa Kỳ; giai điệu bài *Loonie Toons* của Time Warner Inc được đăng ký nhãn hiệu cho dịch vụ giải trí (U.S. Trademark Reg. No. 2,469,365).

<http://www.ipwatchdog.com/2011/02/22/the-expansion-of-overlapping-intellectual-property-rights/id=15369/>

⁹ Nhân vật chuột Mickey của hãng Walt Disney được bảo hộ như nhãn hiệu để phân biệt nguồn gốc của hàng hóa, dịch vụ. Viva R.Moffat, "Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection", <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj>.

kể.¹⁰ Bên cạnh đó, còn có nguyên nhân chủ quan xuất phát từ nhu cầu của các chủ thể quyền sở hữu trí tuệ luôn mong muốn mở rộng phạm vi độc quyền của mình cũng như duy trì, kéo dài thời hạn khai thác kết quả sáng tạo trí tuệ. Chủ thể quyền sở hữu trí tuệ chỉ là nhóm thiểu số so với công chúng, nhưng tập trung nguồn lực lớn về tài chính, công nghệ... đã tạo ra những áp lực để điều hướng pháp luật xoay quanh lợi ích của họ, làm cho nó xa rời lợi ích chung của cộng đồng¹¹. Vì vậy, các đối tượng có khả năng được bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tiếp tục được mở rộng đáng kể trong những năm gần đây, dẫn đến sự bảo hộ vô tận cho những sản phẩm của nền công nghiệp mới, làm xóa mờ ranh giới giữa quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp, gây ra hiện tượng chồng lấn trong bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.

3. Các trường hợp chồng lấn trong bảo hộ quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp

Chồng lấn được hiểu là hiện tượng cùng một đối tượng sáng tạo có thể được bảo hộ theo hai hay nhiều cơ chế khác nhau của quyền sở hữu trí tuệ. Hiện tượng bảo hộ chồng lấn có thể xảy ra trong cùng một khoảng thời gian khi một đối tượng được bảo hộ đồng thời theo nhiều cơ chế khác nhau, hoặc có sự tiếp nối về thời gian khi cơ chế bảo hộ này vừa kết thúc thì đối tượng lại được tiếp tục bảo hộ theo một cơ chế

khác. Việc bảo hộ chồng lấn có thể xuất phát từ việc một chủ thể sáng tạo yêu cầu nhiều hơn một hình thức bảo hộ cho đối tượng sáng tạo của họ hoặc nhiều chủ thể khác nhau yêu cầu những cơ chế bảo hộ khác nhau cho cùng một đối tượng. Sau đây là một số trường hợp chồng lấn điển hình trong bảo hộ quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp.

3.1. Bảo hộ chồng lấn đối với chương trình máy tính và các vi mạch bán dẫn

Chương trình máy tính (Computer Program) hay phần mềm máy tính (Computer Software) là sản phẩm sáng tạo trong lĩnh vực công nghệ, đóng vai trò quan trọng không thể thiếu trong thời đại công nghệ thông tin. Đây cũng là đối tượng gây ra những cuộc tranh luận trên toàn cầu về việc áp dụng cơ chế bảo hộ nào cho phù hợp.

Khi mới ra đời, các chương trình máy tính thường được sử dụng giới hạn bởi những người tạo ra và sở hữu nó, được coi là một loại bí mật kinh doanh mang lại lợi thế cho người nắm giữ. Bí mật kinh doanh có thể được xem là cơ chế bảo hộ đầu tiên đối với chương trình máy tính. Tuy nhiên, cơ chế bảo hộ bí mật kinh doanh đòi hỏi chương trình máy tính không được bộc lộ hay công bố. Vì vậy, chương trình máy tính khi được sử dụng phổ biến trên thị trường sẽ khó đáp ứng được yêu cầu “bảo mật” của bí mật kinh doanh. Đồng thời, cơ chế này không bảo vệ được quyền của chủ sở hữu trước sự sáng tạo độc lập của chủ thể khác, đặc biệt với phương pháp phân tích ngược (reverse engineering) cho phép người khác tạo ra những chương trình giống hoặc tương tự. Thực tiễn đó đã thôi thúc việc phải tìm kiếm những cơ chế bảo hộ khác hữu hiệu

¹⁰ <http://www.ipwatchdog.com/2011/02/22/the-expansion-of-overlapping-intellectual-property-rights/id=15369/>

¹¹ Viva R.Moffat, “Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection”.
<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj>

hơn cho chủ thể sáng tạo và đầu tư chương trình máy tính.

Các chương trình máy tính là những lệnh, chỉ dẫn để giúp cho máy tính hoạt động, do đó, nó thuần túy mang đặc tính kỹ thuật. Các chương trình máy tính được sản xuất hàng loạt, mặc dù được mô tả hay viết bằng ngôn ngữ lập trình hay các hình thức thể hiện mang tính biểu tượng khác, nhưng nó không phải tác phẩm văn học giống như tiểu thuyết hay thơ, không có giá trị về nghệ thuật¹². Tuy vậy, nhiều quốc gia trên thế giới lại lựa chọn cơ chế quyền tác giả cho chương trình máy tính bằng việc đưa chương trình máy tính vào danh mục các tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả. Điều 101 Luật Bản quyền Hoa Kỳ định nghĩa: “Chương trình máy tính là một chuỗi các câu lệnh hoặc chỉ dẫn được sử dụng trực tiếp hoặc gián tiếp trong một máy tính nhằm đem lại một kết quả nhất định”¹³. Điều 2 (x bis) Luật Bản quyền Nhật Bản cũng định nghĩa tương tự: “Chương trình máy tính là sự thể hiện các lệnh kết hợp dành cho máy tính để làm máy tính vận hành được và đạt kết quả nhất định”¹⁴. Khoản 1 Điều 14 Luật SHTT Việt Nam cũng quy định chương trình máy tính là loại hình tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả. Điều 22 Luật SHTT

định nghĩa: “Chương trình máy tính là tập hợp các chỉ dẫn được thể hiện dưới dạng các lệnh, các mã, lược đồ hoặc bất kỳ dạng nào khác, khi gắn vào một phương tiện mà máy tính đọc được, có khả năng làm cho máy tính thực hiện được một công việc hoặc đạt được một kết quả cụ thể”. Mặc dù các quốc gia đưa ra những định nghĩa khác nhau về chương trình máy tính, nhưng tựu chung lại có thể hiểu chương trình máy tính là tập hợp các lệnh, chỉ dẫn để vận hành máy tính, được thể hiện dưới dạng viết, vì vậy, nó được bảo hộ như một tác phẩm văn học. Việc bảo hộ chương trình máy tính theo cơ chế quyền tác giả chỉ bảo hộ hình thức thể hiện, không đòi hỏi tính mới hay trình độ sáng tạo (tính không hiển nhiên). Mặc dù luật bản quyền có yêu cầu về tính sáng tạo, tuy nhiên chỉ ở mức độ đơn giản và dễ dàng đáp ứng được¹⁵.

Chương trình máy tính có thể chứa đựng những phần mềm mang tính chức năng (như các thuật toán), tạo ra những giải pháp kỹ thuật mới mang lại hiệu quả nhất định, vì vậy, đáp ứng được điều kiện bảo hộ sáng chế. Tuy nhiên, những giải pháp kỹ thuật của chương trình máy tính có được bảo hộ sáng chế hay không tùy thuộc vào quan điểm của mỗi quốc gia về vấn đề này.

Việt Nam là một trong số các quốc gia quy định chương trình máy tính là “đôi tượng không được bảo hộ dưới danh nghĩa sáng chế”¹⁶. Quy định này đã loại trừ bảo hộ chương trình máy tính như một sáng chế nhằm giảm thiểu khả năng chồng lấn giữa quyền tác giả và sáng chế trong bảo hộ

¹² Viva R.Moffat, “Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection”, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj>

¹³ Copyright Law of the United States (<http://www.copyright.gov/title17/>); Article 101 “A “computer program” is a set of statements or instructions to be used directly or indirectly in a computer in order to bring about a certain result”.

¹⁴ Copy right Law of Japan, Article 2, (x bis) “Program” means an expression of combined instructions given to a computer so as to make it function and obtain a certain result”.

¹⁵ Andrew Beckerman-Rodau, Yale Journal of Law and Technology, Volum 13 1/1/2011 “The problem with intellectual property rights: Subject matter expansion”.

¹⁶ Điều 59 Luật SHTT.

chương trình máy tính. Tuy nhiên, điều này cũng gây ra không ít những tranh cãi về việc liệu quyền lợi hợp pháp của những chủ thể tạo ra chương trình máy tính có được bảo đảm đầy đủ khi chương trình máy tính chỉ được bảo hộ theo một cơ chế duy nhất là quyền tác giả? Việc bảo hộ theo cơ chế quyền tác giả chỉ cho phép chủ sở hữu ngăn cấm việc sao chép trái phép chương trình máy tính, nhưng không thể ngăn chặn người khác khai thác ý tưởng sáng tạo mới trong đó. Vì vậy, bên cạnh cơ chế quyền tác giả, nhiều quốc gia còn cho phép đăng ký những giải pháp kỹ thuật mới của chương trình máy tính dưới dạng sáng chế. Đó là cơ chế bảo hộ bổ sung, nhằm tạo động lực khuyến khích hoạt động nghiên cứu, sáng tạo trong lĩnh vực phần mềm máy tính.

Tương tự như chương trình máy tính, các vi mạch bán dẫn (semiconductor chips) hay những thiết kế vi mạch máy tính (mask works) cũng là những đối tượng nằm trong khoảng giao thoa giữa quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp. Hoa Kỳ là một trong số các quốc gia đi đầu trong việc bảo hộ các thiết kế mạch tích hợp bán dẫn với việc ban hành Luật về Bảo hộ vi mạch bán dẫn (U.S. Semiconductor Chip Protection Act) năm 1984 dành một cơ chế bảo hộ riêng cho đối tượng này. Hiệp định TRIPs ra đời năm 1994 quy định nghĩa vụ của các nước thành viên WTO phải bảo hộ thiết kế bố trí mạch tích hợp theo Hiệp ước Washington về quyền sở hữu trí tuệ liên quan đến mạch tích hợp (Hiệp ước IPIC). Vì vậy, các quốc gia thành viên WTO đều phải xây dựng các cơ chế bảo hộ thiết kế bố trí mạch tích hợp, trong đó nhiều quốc gia đã ban hành luật riêng về bảo hộ đối tượng này. Luật SHTT Việt Nam quy định thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn là một đối

tượng sở hữu công nghiệp được bảo hộ theo cơ chế độc lập khi đáp ứng được hai điều kiện: có tính nguyên gốc và tính mới trong thương mại¹⁷.

Thiết kế bố trí mạch tích hợp là sự sắp xếp trong không gian hoặc sự bố trí hình học các bộ phận của mạch tích hợp, được thể hiện dưới dạng hình ảnh, hình vẽ, hoặc mô tả bằng chữ viết... nên cũng có thể là tác phẩm được bảo hộ quyền tác giả. Luật Bản quyền Hoa Kỳ dành riêng Chương 9 quy định về bảo hộ các vi mạch bán dẫn (semiconductor chips) hay những thiết kế vi mạch máy tính (mask works)¹⁸. Bên cạnh đó, những giải pháp, phương pháp cấu thành mạch tích hợp để chúng có thể thực hiện được một chức năng tối ưu trong lưu trữ hay xử lý thông tin hoặc những phương pháp sản xuất các bộ phận của mạch tích hợp, vật liệu để sản xuất mạch tích hợp... là những giải pháp kỹ thuật có thể được bảo hộ như sáng chế. Điều 15 Luật SHTT Việt Nam quy định các đối tượng không thuộc phạm vi bảo hộ quyền tác giả không loại trừ bảo hộ dưới dạng thiết kế bố trí mạch tích hợp. Điều 59 Luật SHTT Việt Nam cũng không đưa thiết kế bố trí mạch tích hợp vào danh sách các đối tượng không được bảo hộ dưới danh nghĩa sáng chế. Như vậy, bên cạnh cơ chế bảo hộ riêng, hình thức thể hiện của thiết kế bố trí mạch tích hợp có thể được bảo hộ như một tác phẩm theo luật bản quyền, đồng thời, những giải pháp liên quan đến chức năng hữu ích của mạch tích hợp có thể được bảo hộ sáng chế.

3.2. Bảo hộ chồng lấn đối với các thiết kế công nghiệp

¹⁷ Điều 68 Luật SHTT.

¹⁸ 17 U.S. Code Chapter 9 – Protection of semiconductor chip products, <http://copyright.gov/title17/92chap9.pdf>.

Các thiết kế công nghiệp đóng vai trò không thể thiếu trong hoạt động sản xuất công nghiệp và thương mại cũng là đối tượng có thể được bảo hộ theo nhiều cơ chế khác nhau của quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp. Một thiết kế công nghiệp cho bất kỳ sản phẩm hay bộ phận sản phẩm nếu đáp ứng được các điều kiện về tính mới, tính sáng tạo, được chế tạo, sản xuất hàng loạt bằng phương pháp công nghiệp có thể được bảo hộ là sáng chế nếu thiết kế đó mang tính chức năng hữu ích, hoặc được bảo hộ kiểu dáng công nghiệp nếu chỉ mang tính thẩm mỹ đơn thuần. Thiết kế công nghiệp cũng có thể đáp ứng tiêu chuẩn để được bảo hộ quyền tác giả, nếu nó là sáng tạo nguyên gốc và mang tính thể hiện. Thiết kế này cũng có thể thực hiện chức năng như một nhãn hiệu nếu nó dùng để chỉ nguồn gốc của sản phẩm.

Ví dụ, đối với thiết kế lưới tản nhiệt phía trước của ô tô, cấu tạo hoặc vật liệu để chế tạo nó nếu chứa đựng một giải pháp kỹ thuật mới có chức năng như để làm mát động cơ bên trong, có thể đáp ứng điều kiện để được cấp bằng sáng chế. Thiết kế lưới tản nhiệt dù không có tính năng kỹ thuật mà đơn thuần chỉ mang tính trang trí nhưng nếu có tính mới, tính sáng tạo vẫn đáp ứng điều kiện bảo hộ là kiểu dáng công nghiệp hoặc được bảo hộ quyền tác giả như một tác phẩm mỹ thuật ứng dụng bởi nó là một hình thức thể hiện mang tính nguyên gốc; đồng thời, nó cũng có chức năng như một nhãn hiệu nếu đạt được ý nghĩa phái sinh để chỉ nguồn gốc của sản phẩm.

Một ví dụ điển hình khác liên quan đến những thiết kế hai chiều (two - dimensional) và thiết kế ba chiều dạng hình khối 3D (three – dimensional shape) của sản phẩm. Những thiết kế này mang tính thẩm mỹ và

ứng dụng cho những sản phẩm được sản xuất công nghiệp, nên có thể được bảo hộ theo luật quyền tác giả nếu có tính nguyên gốc. Luật Bản quyền Hoa Kỳ tại Điều 101 liệt kê các tác phẩm được bảo hộ, bao gồm cả tác phẩm kiến trúc (architectural work) như thiết kế các công trình xây dựng; tác phẩm đồ họa (graphic), mỹ thuật ứng dụng (applied art)... được thể hiện dưới dạng hai chiều hoặc ba chiều. Luật bản quyền chi bảo hộ hình thức thể hiện của những tác phẩm này, không bảo hộ khía cạnh kỹ thuật hay tính hữu ích của nó¹⁹. Đồng thời, theo pháp luật Hoa Kỳ, “*Một thiết kế là sự thể hiện bên ngoài, liên quan đến hình dạng của một sản phẩm, là trang trí mặt ngoài của một sản phẩm, hay là sự kết hợp giữa hình dạng và cả trang trí bên ngoài*”²⁰ được bảo hộ là sáng chế thiết kế (Design Patent) - được gọi là kiểu dáng công nghiệp ở các nước khác, nếu có tính mới, tính sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp. Bên cạnh đó, trong một số trường hợp, do tính phân biệt cao của hình dáng hoặc hình khối của sản phẩm mà nó được bảo hộ như một nhãn hiệu với chức năng để phân biệt nguồn gốc. Hình dáng (2D) của máy tính bảng Ipad hay hình dáng (2D) và hình khối (3D) của máy nghe nhạc iPod đã được Cơ quan sáng chế và nhãn hiệu Hoa Kỳ (USPTO) cấp đăng ký nhãn hiệu; hình khối chai nước ngọt Coca Cola cũng đồng thời được USPTO cấp bằng độc quyền sáng chế thiết kế và đăng ký nhãn hiệu²¹.

¹⁹ <http://copyright.gov/title17/92chap1.html>.

²⁰ Manual of Patent Examining Procedure (MPEP), Chapter 1500 – Design Patents, Section 1502.

²¹ Andrew Beckerman-Rodau, Yale Journal of Law and Technology, Volum 13 1/1/2011 “The problem with intellectual property rights: Subject matter expansion”.

Ở Việt Nam, các thiết kế công nghiệp có thể đồng thời được bảo hộ theo những cơ chế khác nhau. Pháp luật về quyền tác giả Việt Nam ghi nhận tác phẩm mỹ thuật ứng dụng là một trong các loại hình tác phẩm được bảo hộ²², cụ thể “là tác phẩm được thể hiện bởi đường nét, màu sắc, hình khối, bố cục với tính năng hữu ích có thể gắn liền với một đồ vật hữu ích, được sản xuất hàng loạt bằng tay hoặc bằng máy như: biểu trưng; hàng thủ công mỹ nghệ; hình thức thể hiện trên sản phẩm, bao bì sản phẩm”²³. Do đó, những thiết kế công nghiệp nếu: (i) Mang tính thẩm mỹ, được thể hiện bằng những yếu tố như các đường nét, màu sắc, thể hiện trên bề mặt một sản phẩm (tính hai chiều) hoặc hình dạng của sản phẩm (tính ba chiều) hoặc sự kết hợp của cả hai; (ii) Tính ứng dụng, gắn liền với một đồ vật hữu ích, có chức năng sử dụng thông thường phục vụ nhu cầu của cuộc sống và (iii) Có khả năng dùng làm mẫu cho sản xuất công nghiệp, hoặc tiêu thủ công nghiệp, có thể được bảo hộ là tác phẩm mỹ thuật ứng dụng.

Khoản 13 Điều 4 Luật SHTT định nghĩa: “Kiểu dáng công nghiệp là hình dáng bên ngoài của sản phẩm được thể hiện bằng hình khối, đường nét, màu sắc hoặc sự kết hợp những yếu tố này”. Do đó, những thiết kế công nghiệp mang tính trang trí (thẩm mỹ) như mẫu hoa văn, đường nét, màu sắc, hoặc hình dạng, bề mặt của sản phẩm (hình khối) hoặc sự kết hợp giữa hình dạng và trang trí... có thể được bảo hộ kiểu dáng công nghiệp nếu đáp ứng điều kiện về tính

mới, tính sáng tạo và khả năng áp dụng công nghiệp.

Các thiết kế công nghiệp còn có thể được bảo hộ như một nhãn hiệu. Khoản 16 Điều 4 Luật SHTT quy định: “*Nhãn hiệu là dấu hiệu dùng để phân biệt hàng hóa, dịch vụ của các tổ chức, cá nhân khác nhau*”, có nghĩa các dấu hiệu nếu có khả năng phân biệt nguồn gốc của hàng hóa, dịch vụ có thể được đăng kí làm nhãn hiệu. Khoản 1 Điều 72 Luật SHTT quy định điều kiện đối với nhãn hiệu: “*Là dấu hiệu nhìn thấy được dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc nhiều màu sắc*”. Vì vậy, những thiết kế công nghiệp thể hiện dưới dạng hình vẽ, hình ảnh, hình ba chiều (hình khối) có khả năng bảo hộ là nhãn hiệu.

Điểm tương đồng trong bảo hộ quyền tác giả, kiểu dáng công nghiệp và nhãn hiệu đối với các thiết kế công nghiệp là những đối tượng này vừa mang tính thẩm mỹ, tính thương mại vừa có thể áp dụng trong hoạt động công nghiệp, không liên quan đến các yếu tố có tính “chức năng” hay “kỹ thuật” của sản phẩm. Tuy nhiên, để xác định ranh giới giữa các cơ chế bảo hộ và giảm bớt nguy cơ chồng lấn, pháp luật quốc tế cũng như pháp luật các quốc gia đều có những quy định riêng về đối tượng cũng như điều kiện bảo hộ quyền tác giả, kiểu dáng công nghiệp hay nhãn hiệu.

Pháp luật SHTT quy định một số đối tượng chỉ có thể bảo hộ là nhãn hiệu nhưng không được bảo hộ là tác phẩm theo luật quyền tác giả và ngược lại. Quyền tác giả chỉ bảo hộ cho những sáng tạo có “tính nguyên gốc”, vì vậy, những từ ngữ, tên gọi, khẩu hiệu dùng trong kinh doanh được sử dụng rộng rãi trong đời sống, không

²² Khoản 1 Điều 14 Luật SHTT.

²³ Khoản 2 Điều 15 Nghị định 100/2006/NĐ-CP ngày 21/9/2006 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật Dân sự, Luật SHTT về quyền tác giả và quyền liên quan.

đáp ứng được điều kiện là sáng tạo nguyên gốc theo luật bản quyền, nhưng lại có thể được đăng ký nhãn hiệu khi nó có khả năng phân biệt.

Bảo hộ quyền tác giả và kiểu dáng công nghiệp cũng có những điều kiện riêng để hạn chế trường hợp chồng lấn. Cơ chế bảo hộ quyền tác giả chỉ yêu cầu tác phẩm là sáng tạo “nguyên gốc”, không sao chép của người khác. Nhưng để được bảo hộ kiểu dáng công nghiệp, tác phẩm phải đáp ứng điều kiện về “tính mới” – có nghĩa nó chưa từng bị bộc lộ công khai trên phạm vi toàn thế giới trước thời điểm đăng ký. Vì vậy, những thiết kế mặc dù có tính sáng tạo nhưng đã bị bộc lộ công khai dưới hình thức sử dụng hoặc mô tả bằng văn bản, hoặc bất kỳ hình thức nào khác ở cả trong và ngoài nước trước thời điểm nộp đơn hoặc ngày ưu tiên sẽ không thể đăng ký là kiểu dáng công nghiệp²⁴. Bên cạnh đó, điều kiện về “tính sáng tạo” để được bảo hộ là kiểu dáng công nghiệp cũng cao hơn so với điều kiện về “tính nguyên gốc” của quyền tác giả.

Để hạn chế khả năng các đối tượng thuộc phạm vi bảo hộ kiểu dáng công nghiệp như hình vẽ, hình ảnh, hình khối của sản phẩm... đăng ký là nhãn hiệu, pháp luật nhãn hiệu đòi hỏi những đối tượng này phải có “khả năng phân biệt”, có nghĩa những hình vẽ, hình ảnh, hay hình khối chỉ được bảo hộ là nhãn hiệu khi nó đạt được khả năng phân biệt qua quá trình sử dụng (có ý nghĩa phái sinh – secondary meaning), căn cứ vào thời gian sử dụng, uy tín, danh tiếng, được người tiêu dùng biết đến một cách rộng rãi...

Mặc dù pháp luật sở hữu trí tuệ đã cố gắng xác định ranh giới của mỗi cơ chế bảo

hộ nhưng do sự tương đồng về đối tượng và sự mở rộng phạm vi bảo hộ, tình trạng chồng lấn vẫn ngày càng phát triển và kéo theo là ảnh hưởng đến sự phát triển kinh tế - xã hội và khoa học – kỹ thuật.

4. Tính chất hai mặt của việc bảo hộ chồng lấn quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp

4.1. Những lợi ích của việc bảo hộ chồng lấn đối với chủ thể sáng tạo và đầu tư

Mục tiêu chính của việc bảo hộ quyền SHTT là khuyến khích hoạt động sáng tạo và đổi mới bằng cách trao cho các chủ thể sáng tạo và đầu tư một độc quyền có thời hạn như một phần thưởng nhằm tạo khả năng bù đắp xứng đáng cho những chi phí, nỗ lực của họ. Trên thế giới, những người ủng hộ việc mở rộng phạm vi bảo hộ tài sản trí tuệ lập luận rằng, việc bảo hộ như vậy là cần thiết để thúc đẩy đầu tư cho hoạt động sáng tạo và đổi mới, sau cùng là mang lại lợi ích cho toàn xã hội²⁵.

Mỗi cơ chế bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ có thời hạn bảo hộ khác nhau, tùy thuộc vào đặc tính của đối tượng cũng như ảnh hưởng của nó đến lợi ích công cộng. Việc đối tượng sở hữu trí tuệ được bảo hộ theo nhiều cơ chế khác nhau sẽ tạo khả năng cho chủ sở hữu kéo dài thời hạn bảo hộ độc quyền khi thời hạn bảo hộ này vừa kết thúc thì đối tượng lại được tiếp tục bảo hộ theo một cơ chế khác. Ví dụ điển hình là nhân vật hoạt hình Chuột Mickey của hãng Walt Disney. Công ty Walt Disney sở hữu quyền tác giả đối với thiết kế nhân vật hoạt hình này từ năm 1928, vì vậy, thời hạn bảo hộ quyền tác

²⁴ Điều 65 Luật SHTT.

²⁵ Andrew Beckerman-Rodau, Yale Journal of Law and Technology, Volum 13 1/1/2011 “The problem with intellectual property rights: Subject matter expansion”.

giả của Walt Disney thông thường sẽ kết thúc vào năm 2003. Trong nhiều năm qua, Công ty Walt Disney đã đầu tư tiền của và công sức đáng kể để bảo hộ và phát triển các nhân vật hoạt hình của họ, trong đó có nhân vật chú chuột Mickey và đưa ra những biện pháp để kiểm soát việc sử dụng các nhân vật đó. Qua thời gian, hình ảnh nhân vật này đã đạt được khả năng phân biệt giúp cho người tiêu dùng có thể nhận biết về hàng hóa, dịch vụ của Công ty Walt Disney, vì vậy, nó đáp ứng điều kiện để bảo hộ là nhãn hiệu²⁶. Chú chuột Mickey đã trở thành một biểu tượng văn hóa được biết đến rộng rãi trên thế giới và nhiều người muốn được sử dụng hình tượng này khi thời hạn bảo hộ quyền tác giả của nó kết thúc. Tuy nhiên, với việc bảo hộ hình ảnh nhân vật như một nhãn hiệu, Walt Disney có thể tiếp tục độc quyền, thậm chí kéo dài vĩnh viễn việc sở hữu tên và hình ảnh nhân vật này, vì thời hạn bảo hộ nhãn hiệu có thể gia hạn mãi mãi. Tương tự như vậy, hình khối chai nước ngọt Coca Cola nếu bảo hộ kiểu dáng công nghiệp thì thời hạn bảo hộ tối đa là 15 năm, nhưng với việc được đăng ký nhãn hiệu, hãng Coca Cola có thể độc quyền mãi mãi đối với kiểu dáng chai mang tính phân biệt của họ.

Việc một đối tượng đồng thời được bảo hộ chông lấn theo hai hay nhiều cơ chế được ví như “những lớp bảo vệ” kết hợp, bổ sung cho nhau để bảo vệ tối đa quyền của chủ thể sáng tạo²⁷. Việc một đối tượng như

chương trình máy tính hay thiết kế mạch bán dẫn được bảo hộ đồng thời theo hai cơ chế quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp sẽ góp phần bổ sung, lấp đầy những khiếm khuyết của mỗi cơ chế bảo hộ. Vì nếu như theo cơ chế quyền tác giả, chủ sở hữu chương trình máy tính hay thiết kế mạch tích hợp không thể ngăn cản người khác sử dụng, khai thác ý tưởng sáng tạo của họ để tạo ra những chương trình mới hay thiết kế mạch tích hợp mới, thì với việc bảo hộ sáng chế, họ được độc quyền với ý tưởng đó.

4.2. Những hệ lụy của việc bảo hộ chông lấn

Cơ chế bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ dựa trên nguyên tắc cân bằng lợi ích giữa chủ sở hữu quyền và lợi ích của xã hội. Vì vậy, bên cạnh mục tiêu thúc đẩy hoạt động sáng tạo và đầu tư cho sáng tạo, một mục tiêu cũng không kém phần quan trọng là bảo đảm sự tiếp cận của xã hội với đối tượng đó. Hai mục tiêu này dường như đối lập nhau và nhiệm vụ của pháp luật SHTT là cân bằng giữa lợi ích của những người đã phải đầu tư trí tuệ, chi phí và nguồn lực cho việc sáng tạo và lợi ích của người sử dụng những kết quả sáng tạo đó như một công cụ quan trọng để cải thiện công nghệ, tăng cường khả năng cạnh tranh của họ trên thị trường. Qua nhiều thế kỷ, pháp luật SHTT đã phát triển những quy định để nhằm cân bằng các lợi ích đối kháng, với mục đích khuyến khích tối đa hoạt động sáng tạo và đổi mới, đồng thời tối thiểu hóa sự tác động đến thị trường thương mại và cản trở dòng chảy tự do của ý tưởng sáng tạo²⁸. Đây là vấn đề khó giải quyết bởi

²⁶ Viva R.Moffat, “Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection”, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj>.

²⁷ Viva R.Moffat, “Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection”, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj>.

[berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj](http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj).

²⁸ Andrew Beckerman-Rodau, Yale Journal of Law and Technology, Volum 13 1/1/2011 “The problem

mỗi bộ phận của quyền SHTT có phạm vi và thời hạn bảo hộ khác nhau, và mỗi cơ chế bảo hộ lại dựa trên những nguyên tắc khác nhau nhằm cân bằng về lợi ích.

Thứ nhất: Việc bảo hộ chồng lấn sẽ ảnh hưởng tới tính giới hạn về thời hạn bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.

Pháp luật sở hữu trí tuệ chỉ dành cho chủ sở hữu độc quyền trong một thời hạn được coi là hợp lý, đủ để chủ sở hữu thu hồi vốn đầu tư và lợi nhuận. Hết thời hạn bảo hộ, đối tượng đó sẽ trở thành tài sản công cộng mà mọi người có quyền khai thác, sử dụng. Tuy nhiên, việc bảo hộ chồng lấn tạo khả năng khi một hình thức bảo hộ không còn, độc quyền của chủ sở hữu được duy trì tiếp tục bằng một hình thức bảo hộ khác. Ví dụ, thời hạn bảo hộ kiểu dáng công nghiệp thường tối đa là 15 năm (ở Hoa Kỳ là 14 năm). Nhưng với việc đối tượng được bảo hộ quyền tác giả, chủ sở hữu sẽ tiếp tục được hưởng lợi ít nhất 70 năm nữa. Nếu đối tượng được đăng ký là nhãn hiệu thì thời hạn bảo hộ có thể kéo dài vĩnh viễn nếu chủ thể có nhu cầu bảo hộ và xin gia hạn. Điều này sẽ ngăn cản đối tượng sáng tạo trở thành tài sản công cộng, làm ảnh hưởng đến quyền lợi chung của xã hội và những người muốn sử dụng nó.

Thứ hai: Bảo hộ chồng lấn làm phá vỡ sự cân bằng về phạm vi bảo hộ của quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp.

Nguyên tắc cân bằng lợi ích còn thể hiện ở việc mỗi cơ chế bảo hộ có phạm vi khác nhau. Với cơ chế quyền tác giả, khi tác giả được trao cho những quyền nhân thân và tài sản đối với tác phẩm, đổi lại, công chúng sẽ nhận lại được những lợi ích khác, bao

gồm: quyền độc lập sáng tạo các tác phẩm, thậm chí giống hệt hoặc tương tự đáng kể; quyền sử dụng hợp lý các tác phẩm đã được bảo hộ bản quyền; quyền tự do sao chép, sử dụng, phát triển tác phẩm khi thời hạn bảo hộ quyền tác giả kết thúc... Nhưng nếu tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả có thêm một hình thức bảo hộ như nhãn hiệu hay sáng chế, công chúng sẽ bị tước đi một số lợi ích mà đáng ra họ có được.

Quyền tác giả được ghi nhận nhằm khuyến khích tạo ra những tác phẩm mới, những thể hiện mới. Khi một tác phẩm ra đời, nó có thể là nguyên liệu đầu vào của một quy trình sáng tạo mới, những người khác có thể tự do phát triển những tác phẩm hiện có (làm tác phẩm phái sinh) khi thời hạn bảo hộ quyền tác giả kết thúc. Tuy nhiên, nếu tác phẩm được tiếp tục bảo hộ như một nhãn hiệu, việc cải tiến, phát triển tác phẩm gốc có thể là hành vi xâm phạm nhãn hiệu nếu nó tương tự với nhãn hiệu và gây nhầm lẫn về nguồn gốc của sản phẩm.

Quyền sao chép của công chúng đối với tác phẩm hết thời hạn bảo hộ bản quyền chiếm một vị trí quan trọng trong chính sách sở hữu trí tuệ, với mục tiêu bảo đảm nguồn các sản phẩm sáng tạo trở thành tài sản công cộng. Tuy nhiên, khi việc bảo hộ quyền tác giả kết thúc mà tác phẩm lại được bảo hộ như một nhãn hiệu, công chúng sẽ không được quyền tự do sao chép tác phẩm, vì chỉ có chủ sở hữu nhãn hiệu được độc quyền khai thác, sử dụng.

Luật bản quyền bảo hộ cho những tác phẩm mang tính “nguyên gốc” và chỉ nhằm ngăn chặn sự sao chép trái phép. Vì vậy, nếu xảy ra trường hợp hai chủ thể độc lập sáng tạo ra hai tác phẩm mà do ngẫu nhiên lại giống hoặc tương tự nhau thì cả hai tác phẩm đó đều được bảo hộ quyền tác giả nếu

with intellectual property rights: Subject matter expansion”.

nó là sáng tạo của chính tác giả, không sao chép của người khác. Việc bảo hộ quyền tác giả không phụ thuộc vào việc tác phẩm nào được tạo ra trước, được công bố hay đăng ký trước. Nhưng nếu trường hợp một trong hai tác phẩm đó lại được bảo hộ nhãn hiệu thì việc sử dụng dấu hiệu trùng hoặc tương tự với nhãn hiệu của chủ thể khác bị coi là xâm phạm nhãn hiệu, kể cả trường hợp do họ độc lập sáng tạo ra.

Với mục đích cân bằng lợi ích của chủ thể sáng tạo và lợi ích của công chúng trong việc tiếp cận tác phẩm, pháp luật về quyền tác giả luôn đặt ra những giới hạn quyền tác giả - là các trường hợp công chúng có quyền “sử dụng hợp lý” tác phẩm đang được bảo hộ trong những trường hợp nhất định như: tự sao chép để nghiên cứu, giảng dạy...; trích dẫn hợp lý tác phẩm để viết báo, để bình luận, minh họa... mà không phải xin phép và trả tiền. Tuy nhiên, nếu tác phẩm đó được bảo hộ theo cơ chế nhãn hiệu thì các hành vi sử dụng không được phép của chủ sở hữu đều bị coi là xâm phạm nhãn hiệu. Điều này đi ngược lại mục tiêu tốt đẹp của luật bản quyền là nhằm phổ biến, mở mang kiến thức, văn hóa, nghệ thuật cho xã hội, bảo đảm quyền tiếp cận của công chúng đối với tác phẩm.

Bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp lại theo những cơ chế đặc thù khác so với quyền tác giả. Nguyên tắc cơ bản trong bảo hộ sáng chế là nguyên tắc đánh đổi, theo đó, để được trao bằng độc quyền sáng chế, chủ sở hữu buộc phải bộc lộ sáng chế. Điều này tạo cơ hội cho mọi chủ thể trong xã hội có thể tiếp cận những tiến bộ mới về khoa học kỹ thuật, đồng thời, có thể cải tiến, phát triển dựa trên những sáng chế đã được bảo hộ, thúc đẩy phát triển khoa học, kỹ thuật.

Tuy nhiên, khác với luật sáng chế, luật bản quyền không cho phép cải tiến, phát triển cũng như hưởng lợi từ việc cải tiến những sáng tạo đã có trong thời hạn bảo hộ, nếu không được sự đồng ý của chủ sở hữu. Ví dụ, đối với chương trình máy tính, khi được bảo hộ đồng thời theo luật bản quyền và luật sáng chế, chủ thể sáng tạo vừa được hưởng thời hạn bảo hộ dài của quyền tác giả; đồng thời có quyền ngăn cấm người khác làm bản sao tương tự đáng kể, kể cả khi những sản phẩm đó bao gồm những cải tiến mới, không hiển nhiên mà đáng ra được bảo hộ sáng chế. Việc sử dụng luật bản quyền để hạn chế khả năng thực hiện các cải tiến đối với những đối tượng đã được bảo hộ sáng chế sẽ ảnh hưởng đến một mục tiêu khác của chính sách sở hữu trí tuệ là thúc đẩy một nền kinh tế mang tính cạnh tranh, làm gián đoạn và làm đảo lộn sự cân bằng sở hữu trí tuệ²⁹. Ngược lại, trong khi quyền tác giả không ngăn cấm chủ thể khác độc lập tạo ra một chương trình phần mềm giống hoặc tương tự, thì luật sáng chế lại coi đó là vi phạm độc quyền sáng chế.

Xét dưới góc độ bảo vệ lợi ích chung của xã hội, đáng lẽ các quyền về tài sản của chủ sở hữu tài sản trí tuệ phải bị giảm thiểu tối đa để không gây ảnh hưởng đến sự tiếp cận của công chúng đối với các sáng tạo trí tuệ và tính cạnh tranh của thị trường, thì với việc đối tượng sáng tạo đồng thời được bảo hộ theo cơ chế quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp đã làm tăng phạm vi độc

²⁹ Viva R.Moffat, “Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection”, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj>.

quyền những ý tưởng, thông tin, đi ngược lại mục tiêu thúc đẩy và phát triển những cải cách, đổi mới dựa trên những sáng tạo trước đó.

Thứ ba: Gây ra những khó khăn trong bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ.

Tình trạng bảo hộ chồng lấn có thể gây ra những tranh chấp phức tạp trong việc bảo hộ, thực thi quyền sở hữu trí tuệ. Do một đối tượng sáng tạo có thể đáp ứng điều kiện bảo hộ của nhiều cơ chế khác nhau nên sẽ dẫn đến những xung đột khi đối tượng đồng thời lại thuộc quyền sở hữu của hai hay nhiều chủ thể khác nhau, gây khó khăn trong xác định thời hạn và phạm vi bảo hộ, ranh giới giữa hành vi xâm phạm quyền và hành vi “sử dụng hợp lý” trong trường hợp pháp luật cho phép... Bảo hộ chồng lấn cũng có thể gây ra hiện tượng lạm dụng việc bảo hộ quyền một cách thái quá, hoặc cạnh tranh không lành mạnh. Đồng thời, trong thực thi quyền sở hữu trí tuệ, việc bảo hộ chồng lấn có thể làm nảy sinh những vướng mắc trong xác định thẩm quyền, trình tự, thủ tục giải quyết vụ việc, đòi hỏi thiết lập những quy định mới để giải quyết vấn đề chồng lấn trong bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.

Thứ tư: Bảo hộ đồng thời quyền tác giả và quyền sở hữu công nghiệp có thể gây ra khả năng bảo hộ quá mức (overprotection).

Hệ thống bảo hộ sở hữu trí tuệ được xây dựng trên “lý thuyết vị lợi”, theo đó, các quyền lợi phải được cung cấp cho xã hội ở mức chi phí thấp nhất. Bảo hộ chồng lấn làm tăng nguy cơ bảo hộ quá mức, vì nó cấp nhiều quyền hơn và áp đặt chi phí lớn hơn nhằm khuyến khích sản xuất và phổ biến các sản phẩm sáng tạo. Giả thiết, nếu chỉ

riêng hệ thống bảo hộ bản quyền (tuy có khiếm khuyết) có thể cung cấp đủ động lực cho việc sáng tạo các phần mềm mới, thì việc bổ sung bảo hộ sáng chế cho phần mềm không những là không cần thiết mà còn có thể gây những tổn thất cho công chúng và tước đi một số quyền họ đáng ra nhận được³⁰. Việc bảo hộ chồng lấn cũng gây ra các chi phí không cần thiết cho chủ sở hữu quyền, các bên tham gia tố tụng, bên thứ ba và công chúng.

Tóm lại, hiện tượng bảo hộ chồng lấn đang đặt ra những thách thức, khi việc tăng cường và mở rộng phạm vi các quyền của chủ sở hữu tài sản trí tuệ được coi là động lực khuyến khích sáng tạo, nhưng nó cũng gây ra những tổn hại đến lợi ích công cộng, phá vỡ nguyên tắc cân bằng lợi ích, làm phát sinh những phức tạp trong bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ. Vì vậy, đây là vấn đề cần được nghiên cứu và xem xét cẩn trọng để giảm thiểu tối đa những tác động, ảnh hưởng tiêu cực đến sự phát triển của xã hội.

³⁰ Viva R.Moffat, “Mutant Copyrights and Backdoor Patents: The Problem of Overlapping Intellectual Property Protection”, <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=btlj>.

PHÁP LUẬT VỀ GIAO, CHO THUÊ RỪNG VÀ ĐẤT RỪNG ĐỐI VỚI DOANH NGHIỆP KINH DOANH TRONG LĨNH VỰC LÂM NGHIỆP – THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP

Nguyễn Thanh Huyền*

Tóm tắt: Bài viết phân tích các quy định pháp luật về việc giao, cho thuê rừng và đất rừng đối với doanh nghiệp, đồng thời chỉ rõ những hạn chế trong các quy định này. Trên cơ sở đó, đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả của việc giao, cho thuê rừng và đất rừng đối với doanh nghiệp kinh doanh trong lĩnh vực lâm nghiệp.

Abstract: This article analyses law and regulation on forest, forest land transfer or lease for forestry enterprises and points out their shortcomings. On that basis, it makes proposals to improve the efficiency of such transfer or lease.

Đặt vấn đề

Bảo vệ và phát triển rừng bền vững là vấn đề được Đảng và Nhà nước ta đặc biệt quan tâm. Trong thời kỳ kinh tế tập trung, bao cấp, phần lớn rừng và đất rừng được Nhà nước giao cho các lâm trường quốc doanh (LTQD) quản lý. Khi chuyển sang xây dựng và phát triển theo cơ chế kinh tế thị trường, định hướng xã hội chủ nghĩa thì hướng đi mới để bảo vệ và phát triển rừng một cách bền vững đó là giao, cho thuê rừng và đất rừng cho các doanh nghiệp kinh doanh. Các doanh nghiệp này thuộc mọi thành phần kinh tế: doanh nghiệp do nhà nước đầu tư vốn, doanh nghiệp dân doanh, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài...

Có thể khẳng định đây là một hướng đi đúng. Tuy nhiên, cách thức triển khai như thế nào? Mức độ “trao quyền” cho các doanh nghiệp này đến đâu? Việc xác định các loại rừng và đất rừng được giao, cho thuê đối với từng loại doanh nghiệp còn chưa có những cơ sở vững chắc và những

l luận giải hợp lý. Bên cạnh đó, cơ chế phối hợp để thực hiện việc giao, cho thuê rừng và đất rừng giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền còn nhiều hạn chế.

1. Các quy định pháp luật về giao, cho thuê rừng và đất rừng đối với doanh nghiệp

Giao đất, giao rừng, cho thuê đất, cho thuê rừng là việc Nhà nước với vai trò là chủ sở hữu về đất đai và tài nguyên rừng tiến hành giao đất, giao rừng, cho thuê đất, cho thuê rừng cho các chủ thể nhằm sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch đã được Nhà nước phê duyệt.

Theo quy định của pháp luật về đất đai và pháp luật bảo vệ, phát triển rừng thì việc giao rừng, cho thuê rừng luôn gắn liền với giao đất, cho thuê đất. Việc giao đất, giao rừng đối với từng loại rừng, đất rừng cho từng chủ thể được quy định cụ thể.

Chủ thể là doanh nghiệp được Nhà nước giao đất, giao rừng, cho thuê đất, cho thuê rừng gồm:

(1) Doanh nghiệp do nhà đầu tư trong nước thành lập (chủ yếu là các Công ty lâm nghiệp chuyển đổi từ LTQD).

* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Lao động – Xã hội.

- Những doanh nghiệp này có thể được nhà nước giao hoặc cho thuê rừng sản xuất là rừng tự nhiên, rừng sản xuất là rừng trồng, rừng phòng hộ hoặc khu bảo vệ cảnh quan của rừng đặc dụng. Tùy thuộc vào phương thức và nguồn gốc số tiền trả cho việc giao và thuê rừng mà doanh nghiệp có các quyền và nghĩa vụ khác nhau.

+ Nếu tiền sử dụng rừng đã trả có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước thì doanh nghiệp không được chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng; chỉ được thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng rừng tăng thêm do doanh nghiệp tự đầu tư so với giá trị quyền sử dụng rừng được xác định tại thời điểm giao rừng¹.

+ Nếu số tiền đã trả không có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước thì doanh nghiệp được quyền chuyển nhượng quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng sản xuất là rừng trồng; được thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng giá trị quyền sử dụng rừng, giá trị rừng sản xuất là rừng trồng².

- Đối với đất trồng rừng được nhà nước giao cho các doanh nghiệp trồng rừng sản xuất, trồng rừng phòng hộ không bằng vốn ngân sách nhà nước thì doanh nghiệp được chuyển nhượng, cho thuê, tặng cho quyền sử dụng đất; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai; được chuyển nhượng,

cho thuê, tặng cho, góp vốn bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng³.

- Đối với đất trồng rừng được nhà nước cho thuê đất để trồng rừng sản xuất, trồng rừng phòng hộ, doanh nghiệp được sở hữu cây trồng, vật nuôi và tài sản trên đất thuê; được chuyển nhượng, tặng cho rừng sản xuất là rừng trồng; thế chấp, bảo lãnh bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng tại tổ chức tín dụng hoạt động tại Việt Nam; góp vốn bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng với các tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài⁴.

Tuy nhiên, Luật Đất đai 2013 quy định tổ chức kinh tế được quyền chuyển nhượng, cho thuê, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất thuê nếu tổ chức đó được nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê⁵. Nếu họ trả tiền sử dụng đất, thuê đất hàng năm thì chỉ được chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng tài sản thuộc sở hữu gắn liền với đất thuê; được cho thuê lại quyền sử dụng đất. Quy định này của Luật Đất đai không đề cập nguồn gốc số tiền đã trả có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước hay không.

(2) Doanh nghiệp được thành lập do tổ chức kinh tế trong nước liên doanh với tổ chức kinh tế nước ngoài.

Các Dự án đầu tư có quy mô lớn (nhóm A) do tổ chức kinh tế trong nước liên doanh với tổ chức kinh tế nước ngoài, sử dụng đất lâm nghiệp có rừng tự nhiên và rừng trồng thì được giao đất có thu tiền cùng với giao

¹ Khoản 1 Điều 64 Luật Bảo vệ và Phát triển rừng (LBV&PTR) 2004.

² Khoản 2 Điều 64 LBV&PTR 2004 và Điều 33 Nghị định 23/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 03/3/2006 về thi hành LBV&PTR (Nghị định 23/2006/NĐ-CP).

³ Khoản 1 Điều 68 LBV&PTR 2004 và Điều 33 Nghị định 23/2006/NĐ-CP.

⁴ Khoản 2 Điều 68 LBV&PTR 2004.

⁵ Điều 174 Luật Đất đai 2013.

rừng có thu tiền, chuyển mục đích sử dụng rừng và đất lâm nghiệp để thực hiện Dự án theo nội dung đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt⁴.

(3) *Doanh nghiệp do người Việt Nam định cư ở nước ngoài thành lập.*

- Người Việt Nam định cư ở nước ngoài khi đầu tư vào lĩnh vực kinh doanh rừng tại Việt Nam, chỉ được nhà nước giao có thu tiền sử dụng rừng hoặc cho thuê rừng sản xuất là rừng trồng.

+ Nếu trả tiền giao hoặc thuê đất, rừng một lần cho cả thời gian thuê thì có quyền được sở hữu cây trồng, vật nuôi và tài sản trên đất rừng sản xuất là rừng trồng do họ tự đầu tư; được thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng tại tổ chức tín dụng hoạt động tại Việt Nam; được chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê lại rừng theo quy định của pháp luật, cá nhân được để lại thừa kế theo quy định của pháp luật⁵.

+ Nếu trả tiền giao hoặc thuê rừng, đất rừng hàng năm thì được sở hữu cây trồng, vật nuôi và tài sản trên đất rừng sản xuất là rừng trồng do họ tự đầu tư; được cho tổ chức, hộ gia đình, cá nhân thuê lại rừng để kết hợp sản xuất lâm nghiệp, nông nghiệp, ngư nghiệp, kinh doanh cảnh quan, nghỉ dưỡng, du lịch sinh thái môi trường, nghiên cứu khoa học; được thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng do mình đầu tư theo quy định của pháp luật⁶.

(4) *Doanh nghiệp do tổ chức, cá nhân nước ngoài thành lập.*

- Tổ chức, cá nhân nước ngoài khi thực hiện dự án đầu tư vào kinh doanh trồng rừng chỉ được nhà nước cho thuê rừng sản xuất là rừng trồng hoặc cho thuê đất chưa có rừng được quy hoạch để trồng rừng sản xuất.

+ Trường hợp doanh nghiệp là tổ chức, cá nhân nước ngoài thuê rừng sản xuất là rừng trồng thì được khai thác sử dụng rừng nhưng phải đảm bảo duy trì diện tích, phát triển trữ lượng, chất lượng của rừng và tuân theo quy chế quản lý rừng, phần diện tích rừng do doanh nghiệp tự bỏ vốn gây trồng thì được tự quyết định việc khai thác rừng và các sản phẩm được tự do lưu thông trừ những loài quý hiếm khi khai thác phải theo quy định của Chính phủ⁷.

+ Nếu doanh nghiệp trả tiền thuê đất trồng rừng cho cả thời gian thuê thì được chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê lại quyền sử dụng đất; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng quyền sử dụng đất theo quy định của pháp luật về đất đai. Doanh nghiệp được chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê lại rừng sản xuất là rừng trồng, góp vốn bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng với các tổ chức, cá nhân khác để phát triển sản xuất kinh doanh. Cá nhân được để lại thừa kế rừng sản xuất là rừng trồng theo quy định của pháp luật⁸.

+ Nếu doanh nghiệp trả tiền thuê đất hàng năm để trồng rừng thì chỉ được quyền sở hữu tài sản trên đất trồng rừng, được khai thác đối với phần diện tích rừng tự bỏ vốn đầu tư; được chuyển nhượng, tặng cho rừng trồng; thế chấp, bảo lãnh, góp vốn bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng⁹.

⁴ Khoản 4 Điều 20 Nghị định 23/2006/NĐ-CP.

⁵ Khoản 1 Điều 75 LBV&PTR 2004.

⁶ Khoản 2 Điều 75 LBV&PTR 2004.

⁷ Điều 76 LBV&PTR.2004.

⁸ Khoản 1 Điều 78 LBV&PTR 2004.

⁹ Khoản 2 Điều 78 LBV&PTR 2004.

- Về thẩm quyền giao, cho thuê rừng và đất rừng cho doanh nghiệp thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh¹⁰.

Việc giao rừng, cho thuê rừng gắn liền với giao đất, cho thuê đất. Tuy nhiên, Luật Đất đai 2013 quy định nhà nước không giao đất cho các tổ chức kinh tế trong và ngoài nước để trồng rừng bằng hình thức thu tiền sử dụng hay không thu tiền sử dụng mà chỉ có một hình thức duy nhất là cho thuê đất trồng rừng¹¹. Đối với những doanh nghiệp đã được Nhà nước giao đất trước ngày 01/7/2014 thì được tiếp tục sử dụng đất theo thời hạn sử dụng đất còn lại mà không phải chuyển sang thuê đất. Khi hết thời hạn sử dụng đất, nếu được cơ quan nhà nước có thẩm quyền gia hạn thì phải chuyển sang thuê đất theo quy định của Luật Đất đai.

2. Thực trạng thực hiện pháp luật về giao, cho thuê rừng và đất rừng đối với doanh nghiệp

Thời kỳ kinh tế tập trung, bao cấp, hầu hết diện tích rừng, đất rừng sản xuất, rừng phòng hộ đều được nhà nước giao cho các LTQD quản lý và sử dụng. Tuy nhiên, nhiệm vụ chủ yếu của các LTQD là khai thác gỗ, dựa trên kế hoạch được giao từ trên xuống mà không chú trọng vào việc bảo vệ rừng và quản lý đất đai. Quản lý nhà nước thông qua hệ thống LTQD đã không thu hút được sự tham gia của người dân địa phương và không khuyến khích việc kinh doanh nghề rừng¹². Khi chuyển sang kinh tế thị trường, nhà nước đưa ra lộ trình chuyển đổi các LTQD thành các doanh nghiệp và trao cho họ quyền, nghĩa vụ khác nhau phụ

thuộc vào việc các doanh nghiệp này được giao đất, giao rừng, cho thuê đất, thuê rừng có phải trả tiền hay không? Và nguồn gốc số tiền trả đó có từ ngân sách nhà nước hay không?

Các LTQD trước đây được nhà nước bao cấp, đầu tư vốn, trồng rừng theo kế hoạch, khai thác theo đơn đặt hàng (được cấp kinh phí hoạt động nhiều năm liên theo Chương trình 327¹³ và Chương trình 661¹⁴), giờ phải “tự chủ kinh doanh” trong điều kiện thiếu vốn, thiếu kinh nghiệm, hạn chế về quyền: Không được thế chấp, bảo lãnh... để vay vốn như đã phân tích ở trên cho dù họ đang nắm giữ một diện tích đất lâm nghiệp và diện tích rừng “rất lớn”. Theo thống kê của Bộ Tài nguyên và Môi trường (Bộ TN&MT), Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn (Bộ NN&PTNT) hiện nay các tổ chức kinh tế - chủ yếu là các Công ty lâm nghiệp mà tiền thân là các LTQD đang quản lý gần 2,2 triệu ha đất lâm nghiệp, tương đương 13,8% tổng số diện tích đất lâm nghiệp cả nước; nhà đầu tư liên doanh và nhà đầu tư 100% vốn nước ngoài quản lý khoảng 18,6 ngàn ha đất lâm nghiệp, tương đương 0,11 diện tích đất lâm nghiệp của cả nước¹⁵. Nếu tính riêng diện tích rừng thì các Công ty lâm nghiệp nhà nước này đang nắm giữ khoảng 1,9 triệu ha, tương đương 13,6% tổng diện tích rừng của cả nước; các tổ chức kinh tế khác đang nắm giữ khoảng 200 ngàn

¹⁰ Điểm a, Khoản 1 Điều 28 LBV&PTR 2004.

¹¹ Điều 56 Luật Đất đai 2013.

¹² Tô Xuân Phúc, Phan Đình Nhã, Phạm Quang Tú, Đỗ Duy Khôi (2013), “Mâu thuẫn đất đai giữa Công ty Lâm nghiệp và người dân địa phương”.

¹³ Theo Quyết định số 327/CT của Chủ tịch Hội đồng Bộ trưởng ngày 15/9/1992 về một số chủ trương, chính sách sử dụng đất trống, đồi núi trọc, rừng, bãi bồi ven biển và mặt nước.

¹⁴ Theo Quyết định số 661/1998/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ ngày 29/7/1998 về mục tiêu, nhiệm vụ, chính sách và tổ chức thực hiện dự án trồng mới 5 triệu ha rừng.

¹⁵ Quyết định 1467/2014/QĐ- BTN&MT ngày 21/7/2014 phê duyệt và công bố kết quả thống kê diện tích đất đai năm 2013.

ha, tương đương 1,5% diện tích rừng của cả nước¹⁶. Tuy nhiên, hiệu quả kinh doanh của các doanh nghiệp này không cao, rừng bị khai thác ngày càng cạn kiệt. Theo báo cáo của Tổng cục Lâm nghiệp, diện tích đất trung bình mỗi Công ty lâm nghiệp được giao khoảng gần 14.000 ha, và nếu tính bình quân thì mỗi lao động của Công ty lâm nghiệp được giao 80 ha rừng tự nhiên và 20 ha rừng trồng. Con số này là quá lớn, do vậy các Công ty lâm nghiệp không có khả năng sử dụng một cách hiệu quả¹⁷.

Vấn đề đặt ra là, tại sao các doanh nghiệp lâm nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài hoạt động có hiệu quả còn các doanh nghiệp lâm nghiệp của Nhà nước lại hoạt động yếu kém, không hiệu quả. Loại trừ các yếu tố về vốn, về kinh nghiệm quản lý... mà các doanh nghiệp lâm nghiệp do nước ngoài đầu tư hơn hẳn các doanh nghiệp trong nước thì có thể nhận thấy, các quy định của LBV&PTR dành cho doanh nghiệp trong nước còn nhiều điểm bất hợp lý.

Thứ nhất, nhà nước chuyển đổi các LTQD thành các doanh nghiệp (Công ty lâm nghiệp) nhưng không thừa nhận các quyền tài sản cơ bản cho họ.

Mặc dù LBV&PTR 2004 quy định: Những doanh nghiệp lâm nghiệp có vốn đầu tư của nhà nước, nếu được nhà nước giao đất, giao rừng không thu tiền sử dụng đất hoặc có thu tiền sử dụng nhưng tiền sử dụng đất, tiền sử dụng rừng đã trả có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước thì *số tiền đã trả đó được ghi vào giá trị vốn của nhà nước tại*

*doanh nghiệp*¹⁸, nhưng lại không thừa nhận cho doanh nghiệp được sở hữu, thế chấp, góp vốn...quyền sở hữu rừng mà chỉ được “sở hữu” phần tài sản tăng thêm so với thời điểm giao rừng. Hơn nữa, ai là người xác định tài sản “tăng thêm” của doanh nghiệp? Quy định này vô hình trung “trói tay” doanh nghiệp đã thiếu vốn lại không được sử dụng quyền tài sản để đi “vay” nhằm đầu tư, phát triển rừng.

Trong khi đó, Luật Đất đai 2013 không quy định tiền đã trả khi giao đất có thu tiền hay thuê đất có nguồn gốc từ ngân sách nhà nước hay không, nếu trả một lần cho toàn bộ thời gian được giao hay được thuê thì đều có quyền chuyển nhượng, cho thuê, thế chấp, góp vốn...bằng quyền sử dụng đất và tài sản sở hữu trên đất.

Thứ hai, chưa xác định rõ vai trò của các cơ quan chủ quản (đại diện nhà nước) trong các doanh nghiệp lâm nghiệp được chuyển đổi từ LTQD.

Cần thông nhất rằng, doanh nghiệp có vốn đầu tư nhà nước bình đẳng như tất cả các doanh nghiệp khác, Nhà nước chỉ là “nhà đầu tư” vào doanh nghiệp, quản lý doanh nghiệp và chịu trách nhiệm trước quyết định đầu tư đó. Tài sản nhà nước góp vào doanh nghiệp là tài sản của doanh nghiệp, nếu doanh nghiệp làm ăn có lãi thì tài sản nhà nước tăng lên, nếu doanh nghiệp thua lỗ thì tài sản nhà nước sẽ mất đi, chứ không phải trong mọi trường hợp doanh nghiệp đều phải “bảo toàn vốn”. Hiện nay, đại diện nhà nước trong các doanh nghiệp này chưa xác định rõ vai trò của mình trong khi đó lại chưa có cơ chế để cho doanh nghiệp này “tự chủ” nhưng họ vẫn muốn

¹⁶ Quyết định 3322/2014/QĐ-BNN&PTNT ngày 28/7/2014 của Bộ trưởng Bộ NN&PTNT về việc công bố hiện trạng rừng toàn quốc năm 2013.

¹⁷ Báo cáo số 595/BC-TCLN-BCS ngày 17/5/2012 của Tổng cục Lâm nghiệp tổng kết việc thực hiện Nghị quyết 28-NQ/TW của Bộ Chính trị về sắp xếp, đổi mới và phát triển Lâm trường quốc doanh.

¹⁸ Khoản 2, Điều 35 LBV&PTR 2004.

giữ diện tích rừng và đất lâm nghiệp đang quản lý.

Thứ ba, chưa thực sự thu hút đầu tư nước ngoài.

Với những hạn chế về quyền tự chủ nêu trên của các doanh nghiệp có vốn đầu tư nhà nước, việc thu hút vốn đầu tư nước ngoài dường như chưa “mở cửa” đối với lĩnh vực lâm nghiệp.

Thứ tư, việc sắp xếp, cổ phần hóa các doanh nghiệp lâm nghiệp còn chậm.

Việc sắp xếp doanh nghiệp lâm nghiệp mới dừng lại ở việc chuyển đổi tên gọi từ LTQD sang Công ty lâm nghiệp mà chưa thay đổi về “chất” của doanh nghiệp để đáp ứng đòi hỏi của nền kinh tế thị trường.

3. Một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả của việc giao, cho thuê rừng và đất rừng đối với doanh nghiệp

Để nâng cao hiệu quả của việc giao, cho thuê rừng và đất rừng, cần thực thi nhiều giải pháp tổng thể từ kinh tế, xã hội đến thay đổi chính sách, pháp luật..., chúng tôi đưa ra một số khuyến nghị sau:

Thứ nhất, cơ cấu lại các doanh nghiệp lâm nghiệp do nhà nước đầu tư vốn

- Nhà nước cần mạnh dạn cơ cấu lại các doanh nghiệp lâm nghiệp theo Nghị định số 118/2014/NĐ-CP ngày 17/12/2014 của Chính phủ về sắp xếp, đổi mới và phát triển, nâng cao hiệu quả hoạt động của công ty nông, lâm nghiệp, đặc biệt giải thể các Công ty lâm nghiệp làm ăn thua lỗ liên tiếp, đã khoán trắng, giao khoán đất nhưng không quản lý được sản phẩm trên đất. Có tình trạng bất bình đẳng trong tiếp cận đất đai giữa một bên là hàng trăm nghìn hộ dân có cuộc sống khó khăn do thiếu đất canh tác và một bên là một số Công ty lâm nghiệp được giao nhiều đất nhưng không có khả năng tự sử dụng hiệu quả. Sự bất bình đẳng trong

tiếp cận đất đai cũng là một trong những nguyên nhân chính dẫn đến mâu thuẫn giữa các Công ty lâm nghiệp và người dân địa phương¹⁹. Nhà nước phải thu hồi đất của những doanh nghiệp bị giải thể này để giao đất, cho thuê đất đối với các hộ gia đình, cá nhân tại địa bàn.

- Cổ phần hóa những doanh nghiệp lâm nghiệp do nhà nước nắm giữ 100% vốn điều lệ để thu hút vốn đầu tư từ nhiều thành phần kinh tế khác, chỉ giữ lại những doanh nghiệp đối với trường hợp cần thiết. Nhà nước chỉ cần xác lập cơ chế, xây dựng hành lang quản lý vốn, tài sản nhà nước tại các doanh nghiệp có vốn đầu tư nhà nước là đủ. Tuy nhiên, để thực hiện thành công việc sắp xếp, đổi mới và phát triển, nâng cao hiệu quả hoạt động của công ty nông, lâm nghiệp thì các cơ quan chủ quản cần có quy định cụ thể về lộ trình sắp xếp, xây dựng đề án tái cơ cấu cho từng doanh nghiệp cụ thể theo Thông tư 20/2015/TT-BNNPTNN hướng dẫn Nghị định 118/2014/NĐ-CP²⁰.

- Những doanh nghiệp 100% vốn nhà nước thời gian qua chỉ thực hiện các Chương trình, kế hoạch của nhà nước, do nhà nước cấp kinh phí thì chuyển hẳn thành Ban quản lý rừng (đơn vị sự nghiệp có thu của nhà nước) nếu thấy cần thiết hoặc giải thể, Ủy ban nhân dân có thẩm quyền thu hồi và chuyển đất lâm nghiệp và rừng giao hoặc cho hộ gia đình, cá nhân, tổ chức khác thuê.

¹⁹ Tô Xuân Phúc và Trần Hữu Nghị (2014), Báo cáo Giao đất giao rừng trong bối cảnh tái cơ cấu ngành lâm nghiệp: Cơ hội phát triển rừng và cải thiện sinh kế vùng cao. Tropenbos International Viet Nam, Huế, Việt Nam.

²⁰ Chúng ta đã từng sắp xếp các nông, lâm trường quốc doanh theo Nghị định 170/2004/NĐ-CP và Nghị định 200/2004/NĐ-CP nhưng không mấy thành công.

Thứ hai, nhà nước cần đầu tư vốn có trọng điểm cho các doanh nghiệp lâm nghiệp

Sau khi tái cơ cấu các doanh nghiệp nông, lâm nghiệp, những doanh nghiệp có khả năng phát triển cần được nhà nước đầu tư vốn theo hai hướng sau đây:

- Nhà nước đầu tư vốn để trả tiền giao đất hoặc thuê đất một lần cho cả thời gian thuê để doanh nghiệp yên tâm sản xuất, kinh doanh và có thể sử dụng quyền tài sản của mình (quyền sử dụng đất, quyền sử dụng rừng, quyền sở hữu rừng) để thế chấp, góp vốn... đầu tư sản xuất.

- Nhà nước đầu tư vốn trực tiếp và khuyến khích thu hút đầu tư để doanh nghiệp có khả năng kinh doanh bền vững và ổn định, vì đầu tư vào trồng rừng có thời gian thu hồi vốn chậm.

Thứ ba, thừa nhận các quyền tài sản của doanh nghiệp lâm nghiệp

Thừa nhận các quyền tài sản của doanh nghiệp lâm nghiệp theo quy định của pháp luật đất đai, pháp luật dân sự. Vấn đề này cần sớm được hoàn thiện theo hướng trao quyền tự chủ cho các đơn vị kinh doanh bất kể nguồn vốn đầu tư là của nhà nước hay của dân doanh. Có như vậy, các doanh nghiệp đầu tư trồng rừng mới có cơ hội cạnh tranh bình đẳng. Quy định của LBV&PTR cần được sửa đổi, bổ sung cho phù hợp với Hiến pháp 2013, Luật Đất đai 2013, Luật Bảo vệ môi trường 2014, Luật Doanh nghiệp 2014.

Thứ tư, xây dựng quy chế phối hợp giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với việc quản lý, giao, cho thuê rừng và đất rừng

Để quản lý rừng và đất rừng, cũng như giao, cho thuê rừng và đất được tốt, cần xây dựng quy chế phối hợp giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Cơ quan quản lý nhà nước về tài nguyên rừng là Bộ NN&PTNT, cơ quan quản lý nhà nước về tài nguyên đất nói chung và đất rừng nói riêng là Bộ TN&MT. Việc quản lý nhà nước về đất rừng và giao, cho thuê đất rừng được quy định trong Luật Đất đai, còn việc quản lý nhà nước về rừng và giao, cho thuê rừng được quy định trong LBV&PTR. Bên cạnh đó, Bộ Quốc phòng, Bộ Công an có trách nhiệm quản lý các vùng đất, khu rừng liên quan đến an ninh quốc gia. Bộ Văn hoá - Thể thao và Du lịch có trách nhiệm quản lý các khu rừng gắn với di tích lịch sử, văn hoá... Các quy định pháp luật về trách nhiệm quản lý rừng và đất rừng là khá đầy đủ nhưng chúng ta đang thiếu cơ chế phối hợp đồng bộ giữa các cơ quan có thẩm quyền.

Khi nào chúng ta xây dựng được cơ chế phối hợp tốt giữa các cơ quan nhà nước có thẩm quyền việc giao, cho thuê rừng và đất rừng mới đạt hiệu quả cao, phục vụ cho sự phát triển rừng và kinh tế rừng một cách bền vững. Bên cạnh đó, việc hoàn thiện các quy định pháp luật về giao, cho thuê rừng và đất rừng đối với doanh nghiệp (đặc biệt là các Công ty lâm nghiệp do nhà nước góp vốn) sẽ là một “mắt xích” quan trọng mở ra sự tự chủ, tự chịu trách nhiệm cho các doanh nghiệp trong lĩnh vực kinh doanh rừng nói riêng và lâm nghiệp nói chung, góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động của các doanh nghiệp đầu tư trong lĩnh vực này.

CHUYỂN GIAO NGƯỜI BỊ KẾT ÁN PHẠT TÙ THEO LUẬT QUỐC TẾ VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Ngô Hữu Phước*
Lê Đức Phương**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, làm sáng tỏ những vấn đề lý luận và pháp lý cơ bản về chuyển giao người bị kết án phạt tù trong Luật quốc tế và pháp luật Việt Nam. Đồng thời, tổng hợp, phân tích một số nội dung cơ bản của các Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù được ký kết giữa Việt Nam với nước ngoài trong thời gian gần đây và đánh giá vai trò, ý nghĩa của các Hiệp định này.

Abstract: This article analyses and clarifies theoretical and legal issues of transfer of sentenced persons under international and Vietnamese law. It also analyses main contents of agreements on transfer of sentenced persons recently signed between Vietnam and foreign countries and evaluates the role and significance of those agreements.

1. Nhận thức chung về chuyển giao người bị kết án phạt tù

Theo quy định của pháp luật hình sự quốc tế và Việt Nam, khi một người bị Tòa án kết án hình phạt tù bằng bản án đã có hiệu lực pháp luật thì người đó sẽ bị cách ly khỏi đời sống xã hội để chấp hành hình phạt tại các trại giam (nhà tù) trong một thời hạn nhất định (tù có thời hạn) hoặc không thời hạn (tù chung thân). Trong quá trình chấp hành hình phạt tù, người bị kết án phải tuân thủ quy định của pháp luật về quản lý giam giữ... Về nguyên tắc, người bị kết án hình phạt tù phải chấp hành hình phạt trên lãnh thổ của quốc gia đã xét xử và kết án họ. Tuy nhiên, nhằm mục đích nhân đạo, các quốc gia đã hợp tác để chuyển giao người bị kết án phạt tù cho nhau.

Trong lĩnh vực khoa học hình sự, cho đến nay vẫn chưa có định nghĩa thống nhất trong các điều ước quốc tế và pháp luật quốc gia về chuyển giao người bị kết án phạt tù. Công ước (CU) của Liên hợp quốc (LHQ) về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia năm 2000 (Điều 17), CU của LHQ về chống tham nhũng năm 2003 (Điều 45) và CU của Hội đồng châu Âu về chuyển giao người bị kết án năm 1983 sử dụng thuật ngữ “*transfer of sentenced persons - chuyển giao người bị kết án*”. Trong khi đó, Hiệp định Tương trợ tư pháp (HĐTTTP) về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự Việt Nam - Hungary năm 1985 (Chương III, từ Điều 79 đến Điều 95) sử dụng thuật ngữ “*chuyển giao việc thi hành hình phạt tự do*”, HĐTTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự Việt Nam - Ba Lan năm 1993 (Chương IV, từ Điều 79 đến Điều 85) sử dụng thuật ngữ “*chuyển giao người bị kết án cho nước ký kết mà người đó là công dân để thi hành hình phạt*”. Tuy nhiên, các

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

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

hiệp định song phương mà Việt Nam ký với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len năm 2008, Ôt-xtrây-li-a năm 2008, Hàn Quốc năm 2009, Thái Lan năm 2010... lại sử dụng thuật ngữ “*chuyển giao người bị kết án phạt tù*”. Theo chúng tôi, thuật ngữ “*chuyển giao người bị kết án phạt tù*” trong các hiệp định nói trên có nội hàm khá rõ. Theo đó, chuyển giao người bị kết án phạt tù là việc Việt Nam và nước ký kết chuyển giao cho nhau những người đã bị kết án phạt tù để người đó tiếp tục chấp hành hình phạt tại lãnh thổ của nước tiếp nhận.

Trong hệ thống nội luật của Việt Nam, thuật ngữ này cũng không được quy định một cách thống nhất. Cụ thể, Luật Tương trợ tư pháp năm 2007 (Luật TTTP 2007) sử dụng thuật ngữ “*chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù*”, nhưng Luật Thi hành án hình sự năm 2010 (Luật THAHS 2010) và Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (BLTTHS 2015) lại sử dụng thuật ngữ “*chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù*”. Chúng tôi cho rằng, thuật ngữ “*chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù*” được quy định trong Luật TTTP 2007 và “*chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù*” được quy định trong Luật THAHS 2010 và BLTTHS 2015 về cơ bản không có sự khác biệt và cũng không làm thay đổi bản chất của hoạt động này. Tuy nhiên, thuật ngữ “*chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù*” nhằm mục đích nhấn mạnh đến đối tượng được chuyển giao là người đang chấp hành hình phạt tù mà không phải là hình phạt khác. Trong khi đó, thuật ngữ “*chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù*” lại nhằm mục đích nhấn mạnh đối tượng được chuyển giao là người

đang chấp hành bản án mà hình phạt được tuyên trong bản án đó là hình phạt tù.

Theo chúng tôi, sử dụng thuật ngữ “*chuyển giao người bị kết án phạt tù*” là chính xác và phù hợp với các Hiệp định mà Việt Nam đã ký kết với các nước về lĩnh vực này. Về phương diện khoa học pháp lý, cần làm rõ khái niệm “*chuyển giao người bị kết án phạt tù*”. Khái niệm chuyển giao người bị kết án phạt tù phải bao gồm bốn nội dung cơ bản: (i) Chủ thể của hoạt động chuyển giao; (ii) Đối tượng chuyển giao; (iii) Cơ sở pháp lý của việc chuyển giao, và (iv) Mục đích của hoạt động chuyển giao. Từ nhận thức đó chúng tôi cho rằng, *chuyển giao người bị kết án phạt tù là việc một quốc gia chuyển giao người nước ngoài đã bị kết án phạt tù tại quốc gia mình cho quốc gia mà người được chuyển giao là công dân hoặc quốc gia khác đồng ý tiếp nhận họ trên cơ sở điều ước quốc tế, pháp luật quốc gia hoặc nguyên tắc có đi có lại để họ tiếp tục chấp hành hình phạt tù trong một môi trường và điều kiện thuận lợi, phù hợp đối với họ, giúp họ tái hòa nhập cộng đồng một cách tốt nhất.*

Với khái niệm trên, mối quan hệ pháp lý liên quan đến chuyển giao người bị kết án phạt tù chứa đựng các yếu tố sau đây:

- **Chủ thể** của hoạt động chuyển giao người bị kết án phạt tù là các quốc gia (thông qua cơ quan có thẩm quyền của quốc gia), bao gồm quốc gia chuyển giao (quốc gia được yêu cầu) và quốc gia nhận chuyển giao (quốc gia yêu cầu). Trong đó, quốc gia chuyển giao là quốc gia có Tòa án đã xét xử và kết án người phạm tội bằng hình phạt tù theo một bản án đã có hiệu lực pháp luật. Quốc gia nhận chuyển giao là quốc gia mà

người bị kết án phạt tù là công dân và cũng có thể là quốc gia khác mà người bị kết án phạt tù mong muốn được chấp hành hình phạt tù ở đó và được quốc gia này chấp nhận. Tuy nhiên, hoạt động hợp tác chuyển giao người bị kết án phạt tù cũng có thể diễn ra giữa quốc gia với vùng lãnh thổ có quy chế pháp lý đặc biệt như Hồng Kông¹, Đài Loan, ...

- **Đối tượng** chuyển giao là người nước ngoài đã bị Tòa án của quốc gia sở tại (quốc gia chuyển giao) kết án bằng hình phạt tù (có thời hạn hoặc không thời hạn) theo một bản án đã có hiệu lực pháp luật và đang chấp hành hình phạt tù trên lãnh thổ của quốc gia này.

- **Cơ sở pháp lý** của hoạt động chuyển giao người bị kết án phạt tù là các điều ước quốc tế song phương, đa phương về lĩnh vực này đã được quốc gia chuyển giao và quốc gia nhận chuyển giao ký kết hoặc tham gia. Bên cạnh đó, hoạt động chuyển giao người bị kết án phạt tù còn được thực hiện theo pháp luật của quốc gia. Ngoài ra, các quốc gia cũng có thể vận dụng nguyên tắc “có đi có lại” để chuyển giao người bị kết án phạt tù cho nhau khi không có cơ sở pháp lý quốc tế chung.

- **Mục đích** của hoạt động chuyển giao người bị kết án phạt tù chủ yếu vì mục đích nhân đạo, vì lợi ích và nguyện vọng của người bị kết án phạt tù. Thông qua việc

chuyển giao, các quốc gia hữu quan sẽ tạo điều kiện để người bị kết án được chấp hành hình phạt tù trong môi trường tốt nhất. Nếu được chuyển giao về quốc gia mà họ là công dân hoặc quốc gia thứ ba tiếp nhận họ thì người đó sẽ được chấp hành hình phạt tù trong một môi trường phù hợp hơn với đặc điểm văn hóa, tâm sinh lý của họ. Đồng thời, họ sẽ được thăm nuôi, động viên tinh thần thường xuyên hơn từ người thân. Những điều kiện thuận lợi đó sẽ giúp họ cải tạo tốt hơn, tái hòa nhập cộng đồng một cách thuận lợi hơn so với việc phải chấp hành án phạt tù ở nước ngoài. Đặc biệt, chuyển giao người bị kết án phạt tù về nước mà mình là công dân để tiếp tục chấp hành hình phạt tù có ý nghĩa rất quan trọng đối với những người bị tuyên hình phạt tù có thời hạn dài hoặc tù chung thân và phải chấp hành án tại những quốc gia có điều kiện giam giữ quá khó khăn, khắc nghiệt. Có thể nói, mặc dù hoạt động hợp tác này cũng mang lại lợi ích cho các quốc gia hữu quan², nhưng giúp người bị kết án phạt tù được chấp hành hình phạt trong môi trường, điều kiện tốt nhất vẫn là mục đích trước tiên và chủ yếu để các quốc gia đó thực hiện hoạt động hợp tác chuyển giao³.

¹ Xem “*The Agreement for the Transfer of Sentenced Persons between the Government of The Hong Kong Special Administrative Region of the People’s Republic of China and the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland entered into force on 19 March 1998*”, tại địa chỉ www.doj.gov.hk/lawdoc/TSPUNITEDKINGDOME.pdf

² Ví dụ, đối với quốc gia chuyển giao, việc chuyển giao sẽ làm giảm các chi phí mà nhà nước đó bỏ ra trong quá trình giam giữ, cải tạo người đó. Đối với nước nhận chuyển giao, việc chuyển giao cho phép nước nhận có điều kiện giám sát công dân mình, áp dụng pháp luật thi hành án của quốc gia, giảm bớt công tác lãnh sự cho cơ quan đại diện của nước mình ở nước ngoài, thể hiện trách nhiệm của nhà nước đối với công dân.

³ Xem thêm Lời mở đầu của Công ước của Hội đồng châu Âu về chuyển giao người bị kết án năm 1983; Lời mở đầu các Hiệp định về chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương

Tuy nhiên, cần phân biệt rõ chuyển giao người đang chấp hành hình phạt tù (viết tắt là chuyển giao) với dẫn độ và dẫn giải trong tương trợ tư pháp về hình sự. Trước hết, *dẫn độ* và *chuyển giao* đều có hoạt động chuyển giao người phạm tội bị kết án bằng bản án đã có hiệu lực từ quốc gia này đến quốc gia khác; cơ sở pháp lý để dẫn độ và chuyển giao là điều ước quốc tế, pháp luật quốc gia hoặc dựa trên nguyên tắc “*có đi có lại*”. Tuy nhiên, hai hình thức hợp tác này có vài điểm khác biệt: (i) Nếu *dẫn độ* nhằm mục đích trừng phạt người bị yêu cầu dẫn độ thông qua việc truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc buộc người bị yêu cầu dẫn độ phải thi hành hình phạt của bản án đã có hiệu lực pháp luật, thì *chuyển giao* lại mang tính chất nhân đạo nhằm giúp người bị kết án được tiếp tục chấp hành hình phạt tù còn lại và tái hòa nhập cộng đồng trong môi trường tốt nhất, thuận lợi nhất; (ii) Nếu *dẫn độ* được thực hiện khi có yêu cầu của nước yêu cầu và khi nước được yêu cầu chấp nhận, không phụ thuộc vào ý chí của người bị dẫn độ, thì *chuyển giao* được thực hiện khi có yêu cầu của người bị kết án phạt tù hoặc yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền của nước chuyển giao hoặc nước tiếp nhận, và phải có sự đồng thuận của cả ba bên gồm nước yêu cầu, nước tiếp nhận và người bị kết án phạt tù (hoặc người đại diện hợp pháp của họ), trừ trường hợp người đó bị chuyển giao khi đã có lệnh trục xuất của nước đã kết án họ hoặc người bị kết án đã trốn về quốc gia gốc để tránh việc chấp hành hình phạt tù thì

không cần phải có sự đồng ý của đương sự⁴; (iii) Nếu đối tượng của *chuyển giao* là người phạm tội đã bị Tòa án của nước được yêu cầu chuyển giao xét xử bằng một bản án có hiệu lực và đang chấp hành hình phạt tù tại nước này, thì đối tượng bị dẫn độ *có thể là người đã thực hiện hành vi phạm tội nhưng chưa bị xét xử hoặc đã bị Tòa án nước yêu cầu dẫn độ xét xử* bằng bản án đã có hiệu lực pháp luật, nhưng người đó trốn tránh việc thi hành bản án trên lãnh thổ của nước được yêu cầu.

Theo qui định của Luật Tương trợ tư pháp năm 2007, “*Người đang chấp hành hình phạt tù tại Việt Nam có thể được dẫn giải cho cơ quan có thẩm quyền của nước yêu cầu để cung cấp chứng cứ trong vụ án hình sự tại nước yêu cầu*”. Về bản chất, *chuyển giao* và *dẫn giải* đều là hoạt động hợp tác quốc tế trong lĩnh vực tương trợ tư pháp. Tuy nhiên, hai hoạt động này khác nhau về mục đích. Cụ thể, nếu *chuyển giao* nhằm mục đích nhân đạo thì dẫn giải lại nhằm mục đích giúp cơ quan tiến hành tố tụng của nước ngoài giải quyết vụ án hình sự. Mặt khác, nếu *chuyển giao* đòi hỏi có sự đồng thuận của cả ba bên là nước yêu cầu, nước được yêu cầu và người bị kết án phạt tù, thì *dẫn giải* chỉ được thực hiện nếu người bị dẫn giải đồng ý với việc dẫn giải và cung cấp chứng cứ tại nước yêu cầu cũng như cam kết của nước này bằng văn bản về việc bảo đảm an toàn tính mạng, sức khỏe, điều kiện ăn ở, đi lại, thời hạn, phương thức

quốc Anh và Bắc Ai-len, Ôt-xtrây-li-a, Hàn Quốc, Thái Lan, Nga, Tây Ban Nha.

⁴ Nghị định thư ký ngày 18/12/1997 bổ sung Công ước năm 1983 của Hội đồng châu Âu về chuyển giao người bị kết án (*Convention sur le transfert des personnes condamnées*). Xem nội dung Nghị định thư này tại địa chỉ website: <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Word/167.doc>

tiếp nhận, trao trả và các điều kiện cụ thể khác liên quan đến việc dẫn giải.

2. Một số nội dung cơ bản về chuyển giao người bị kết án phạt tù theo các Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài

Trước khi có Luật TTTP 2007, việc chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài được quy định trong khuôn khổ các HĐTTTP. Cụ thể bao gồm: HĐTTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Việt Nam với Hung-ga-ri ký ngày 18/1/1985, tại Chương III, từ Điều 79 đến Điều 95; HĐTTTP về các vấn đề dân sự, gia đình và hình sự giữa Việt Nam với Ba Lan ký ngày 22/3/1993, tại Chương IV, từ Điều 79 đến Điều 85. Từ khi có Luật TTTP 2007, hoạt động hợp tác chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài được điều chỉnh bởi các hiệp định song phương về chuyển giao người bị kết án phạt tù. Tính đến nay, Việt Nam đã ký kết 6 Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù với các nước, gồm Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len năm 2008; Ôt-xtrây-li-a năm 2008; Hàn Quốc năm 2009; Vương quốc Thái Lan năm 2010; Liên bang Nga năm 2013; Tây Ban Nha năm 2014. Việt Nam cũng đang đàm phán để ký Hiệp định chuyển giao người bị kết án phạt tù với Séc, Philippine, Campuchia, Srilanca, Italia, Israel, Mỹ, Pháp, Angola, Mông Cổ, Lào, Cu Ba, Xingapo, Hong Kong, Trung Quốc, Malaysia và một số nước khác.

Bài viết sẽ tổng hợp và phân tích nội dung cơ bản của các Hiệp định về chuyển giao người bị kết án phạt tù (sau đây viết tắt

là Hiệp định) mà Việt Nam ký kết với các nước.

2.1. Về điều kiện chuyển giao người bị kết án phạt tù⁵

Việc chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài chỉ được đặt ra và thực hiện khi thỏa mãn điều kiện chuyển giao được quy định trong từng Hiệp định. Nhìn chung, điều kiện chuyển giao bao gồm:

Thứ nhất, hành động hoặc không hành động của người bị kết án cũng cấu thành tội phạm theo pháp luật của Bên nhận chuyển giao.

Điều kiện này được hiểu là một người có thể được xem xét chuyển giao khi hành vi mà họ thực hiện đều bị coi là tội phạm theo pháp luật của nước chuyển giao và nhận chuyển giao. Điều kiện về “*tội phạm kép*” (double criminality) này được xây dựng trên cơ sở lý luận Hiệp định được hai bên ký kết là để hợp tác chuyển giao người bị kết án phạt tù, hình phạt tù là một trong các chế tài hình sự chỉ áp dụng đối với người có hành vi phạm tội (tội phạm). Vì vậy, trước hết, pháp luật của cả hai nước phải quy định hành vi mà cá nhân thuộc đối tượng xem xét chuyển giao là tội phạm (vi phạm pháp luật hình sự) và bị kết án bằng hình phạt tù để phù hợp tính chất, phạm vi điều chỉnh của Hiệp định cũng như phù hợp với pháp luật hình sự, thi hành án hình sự của hai nước.

Tuy vậy, phần lớn các Hiệp định quy định, không nhất thiết đòi hỏi tội phạm đó

⁵ Xem Điều 4 các Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan, Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len, Ôt-xtrây-li-a, Hàn Quốc, Nga, Tây Ban Nha.

phải được quy định trong pháp luật của Bên chuyển giao và Bên nhận chuyển giao là như nhau đối với những vấn đề không ảnh hưởng đến bản chất của tội phạm đó⁶. Nghĩa là hành vi do cá nhân thuộc đối tượng xem xét chuyển giao thực hiện phải bị coi là tội phạm theo pháp luật của hai bên nhưng không nhất thiết là hành vi đó phải cấu thành một tội phạm cụ thể với tội danh tương ứng theo pháp luật của hai bên. Thậm chí trong Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a, điều kiện này không phải là bắt buộc mà có thể được miễn trong trường hợp đặc biệt nếu cả hai bên đồng ý và trong phạm vi pháp luật của Bên nhận chuyển giao cho phép⁷.

Thứ hai, người bị kết án phạt tù phải là công dân của Bên nhận chuyển giao

Điều kiện này nghĩa là, tại thời điểm có yêu cầu chuyển giao, người bị kết án phạt tù phải là người có quốc tịch của Bên nhận chuyển giao. Cơ sở lý luận của quy định này xuất phát từ mối quan hệ quốc tịch là quan hệ bền vững, hai chiều giữa nhà nước với công dân. Theo đó, nước nhận chuyển giao sẽ hợp tác với nước chuyển giao để tiếp nhận công dân mình về nước tiếp tục thi hành hình phạt tù theo bản án của nước chuyển giao. Có thể nói, hợp tác chuyển giao người kết án phạt tù thể hiện trách nhiệm của Nhà nước đối với công dân, trước hết vì quyền lợi của công dân.

Trên cơ sở phù hợp với điều kiện này, một số hiệp định có những quy định cụ thể. Chẳng hạn, Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan quy định, người bị kết án được chuyển giao phải là công dân của nước nhận và không phải là công dân của nước chuyển giao. Như vậy, người bị kết án phạt tù đồng thời có quốc tịch Việt Nam và Thái Lan sẽ không thuộc đối tượng được chuyển giao. Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a quy định: Khi nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là Bên nhận thì người đó phải là công dân Việt Nam; khi Ôt-xtrây-li-a là bên nhận thì người kết án phạt tù bao gồm hai đối tượng đó là người có quốc tịch Ôt-xtrây-li-a và người được phép đến, nhập cảnh và lưu lại không thời hạn tại Ôt-xtrây-li-a theo quy định của pháp luật Ôt-xtrây-li-a và có mối quan hệ cộng đồng với một bang hoặc lãnh thổ của Ôt-xtrây-li-a⁸. Tương tự, Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len quy định: công dân Việt Nam bị kết án phạt tù được chuyển giao cho Bên nhận là Việt Nam; khi Vương quốc Anh là Bên nhận thì người bị kết án phạt tù được chuyển giao là công dân Anh hoặc một người mà Chính phủ Vương quốc Anh cho rằng có mối quan hệ chặt chẽ với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len⁹. Đây là những thỏa thuận cụ thể nhằm phù hợp với Hiến pháp, pháp luật quốc tịch, cấu trúc nhà nước các nước ký kết.

Thứ ba, việc chuyển giao phải được sự đồng ý của người bị kết án hoặc trong trường hợp người bị kết án phạt tù không đủ

⁶ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 4 đoạn 2 (1), Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 4 đoạn 2 (1).

⁷ Xem Điều 4 khoản 1 đoạn 2 Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a.

⁸ Xem Điều 4 (b) (c) Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a.

⁹ Xem Điều 1 (f) Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len.

năng lực để đồng ý vì lý do về tuổi hoặc điều kiện về thể chất hay tinh thần, thì phải được sự đồng ý của người đại diện hợp pháp của người bị kết án

Điều kiện này được quy định xuất phát từ mục đích chủ yếu là vì chính lợi ích của người bị kết án phạt tù. Các Hiệp định thường quy định điều kiện này trong điều luật về các “điều kiện chuyển giao” và một điều luật riêng được đặt tên là “*xác nhận sự đồng ý*” nhằm đảm bảo chính xác, cụ thể, rõ ràng sự đồng ý của người bị kết án¹⁰. Theo đó, Bên chuyển giao phải đảm bảo rằng, người bị kết án phạt tù đồng ý với việc chuyển giao một cách tự nguyện và với nhận thức đầy đủ về những hệ quả pháp lý của việc chuyển giao. Thủ tục thể hiện sự đồng ý do pháp luật Bên chuyển giao quy định. Nếu Bên nhận chuyển giao mong muốn, trước khi chuyển giao, Bên chuyển giao phải tạo điều kiện thuận lợi cho Bên nhận chuyển giao trực tiếp xác minh sự đồng ý của người bị kết án về việc chuyển giao với sự hiểu biết đầy đủ về hệ quả pháp lý của việc chuyển giao này thông qua một quan chức do Bên nhận chuyển giao chỉ định.

Thứ tư, Bên chuyển giao và Bên nhận chuyển giao đều đồng ý về việc chuyển giao người bị kết án phạt tù

Điều kiện này là cơ sở rất quan trọng có tính quyết định đến việc chuyển giao có được thực hiện trên thực tế hay không. Bởi lẽ, về mặt pháp lý, chuyển giao người bị kết án phạt tù là sự hợp tác giữa hai quốc gia

thông qua các cơ quan có thẩm quyền. Việc chuyển giao người bị kết án phạt tù không thể là hoạt động đơn phương mà chỉ có thể được thực hiện khi có sự đồng ý của hai quốc gia với tư cách là Bên chuyển giao và Bên nhận chuyển giao. Điều kiện này thể hiện nguyên tắc tôn trọng chủ quyền, quyền tài phán quốc gia trong hợp tác quốc tế, đồng thời, khi hai bên đã đồng ý chuyển giao thì phải có trách nhiệm thực hiện các thủ tục cần thiết để chuyển giao người bị kết án phạt tù một cách kịp thời trên tinh thần hợp tác, thiện chí.

Trên cơ sở đó, Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a còn có những thỏa thuận cụ thể hơn. Theo Hiệp định này, khi Ôt-xtrây-li-a là Bên chuyển giao và khi người bị kết án phạt tù chấp hành bản án theo pháp luật của một bang hoặc vùng lãnh thổ của Ôt-xtrây-li-a thì chính quyền bang hoặc lãnh thổ đó phải đồng ý với việc chuyển giao (điểm g Điều 4). Khi Ôt-xtrây-li-a là Bên nhận chuyển giao, thì chính quyền bang hoặc vùng lãnh thổ của Ôt-xtrây-li-a nơi sẽ thi hành bản án phải đồng ý với việc chuyển giao (điểm h Điều 4). Các thỏa thuận cụ thể này để phù hợp với cấu trúc nhà nước liên bang của Ôt-xtrây-li-a.

Thứ năm, tại thời điểm nhận được yêu cầu chuyển giao, thời gian phải chấp hành hình phạt của người bị kết án còn ít nhất là một năm, trừ trường hợp theo thỏa thuận đặc biệt

Điều kiện này có nghĩa là, tại thời điểm nhận được yêu cầu chuyển giao, thời gian phải chấp hành hình phạt của người bị kết án phạt tù còn lại ít nhất là một năm thì hai bên mới xem xét việc chuyển giao mà không có sự phân biệt người bị kết án phạm

¹⁰ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 6, Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 6, Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 5. Xem thêm Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 6 (5).

tội gì, thuộc loại tội phạm nào. Việc quy định thời hạn nói trên nhằm bảo đảm thời gian tiếp tục chấp hành án phạt tù còn lại tại nước nhận chuyển giao vẫn có ý nghĩa giáo dục, cải tạo người đó, tạo điều kiện cho họ tái hòa nhập cộng đồng.

Tuy nhiên, điều kiện về thời gian chấp hành hình phạt còn lại của người bị kết án phạt tù phải chấp hành trong một số hiệp định được quy định khá linh hoạt nhằm tạo điều kiện thuận lợi nhất cho việc chuyển giao. Cụ thể, Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len có thỏa thuận, trong trường hợp đặc biệt, các Bên có thể đồng ý về việc chuyển giao khi thời gian còn lại mà người bị kết án phải chấp hành hình phạt ít hơn một năm¹¹. Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc cũng quy định trong trường hợp đặc biệt, các bên có thể đồng ý chuyển giao khi thời gian còn lại mà người bị kết án phải chấp hành hình phạt ít hơn khoảng thời gian quy định tại khoản 1 (c) Điều này (tức là ít hơn một năm)¹². Thậm chí, Hiệp định giữa Việt Nam với Ô-xtrây-li-a quy định điều kiện này có thể được miễn theo thỏa thuận của các bên¹³. Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 4 (c) quy định, tại thời điểm tiếp nhận yêu cầu chuyển giao, thời gian chấp hành hình phạt của người bị kết án còn ít nhất một năm, hoặc người bị kết án đang chấp hành hình phạt không xác định thời hạn hoặc tù chung thân thì không xem xét đến thời gian

chấp hành hình phạt còn lại. Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 4 (4) chỉ quy định: “*Người bị kết án đã chấp hành hình phạt tù, giam giữ hoặc hình phạt tước tự do khác tại nước chuyển giao trong một thời gian nhất định theo quy định của luật pháp nước chuyển giao*”.

Thứ sáu, phán quyết đối với người bị kết án phải là phán quyết cuối cùng và không còn một thủ tục tố tụng nào đối với tội phạm đó đang chờ được tiến hành trong phạm vi thẩm quyền xét xử của Bên chuyển giao

Điều kiện này có nghĩa là, theo quy định của pháp luật Bên chuyển giao thì phán quyết (bản án) đối với người bị kết án phạt tù phải là phán quyết cuối cùng và có hiệu lực thi hành về hành vi phạm tội cụ thể đó, tức là không còn ai kháng cáo, kháng nghị phán quyết đó để có thể mở ra một thủ tục tố tụng mới. Quy định về điều kiện này nhằm bảo đảm cho nước chuyển giao thực hiện trọn vẹn thẩm quyền tài phán của mình đối với người bị kết án, đồng thời cũng bảo đảm cho người bị kết án được thực hiện tất cả các quyền tố tụng trong quá trình xét xử theo quy định của pháp luật Bên chuyển giao. Qua đó, tạo cơ sở pháp lý ổn định để thi hành hình phạt tù đối với người bị kết án và xem xét, quyết định khả năng chuyển giao người bị kết án. Đồng thời, điều kiện này cũng là cơ sở cho việc xác định điều kiện về thời hạn chấp hành hình phạt tù còn lại của người bị kết án khi Bên chuyển giao nhận được yêu cầu chuyển giao như đã trình bày ở trên¹⁴.

¹¹ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len, đoạn 2 điểm e Điều 4.

¹² Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc, khoản 2 Điều 4.

¹³ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Ô-xtrây-li-a, đoạn 2 điểm d Điều 4.

¹⁴ Về điều kiện này, có một số Hiệp định về chuyển giao người bị kết án như giữa Mêhicô và Bôlivia có quy định, nếu có một đồng bị cáo kháng cáo, thì

Liên quan đến điều kiện này, Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 4 (e) quy định cụ thể hơn: *“Phán quyết đó là cuối cùng và không còn bất kỳ thủ tục tố tụng nào liên quan đến tội phạm đó hoặc bất kỳ tội phạm nào khác đang chờ được tiến hành trên lãnh thổ của Bên chuyển giao”*. Nghĩa là, tính đến thời điểm xem xét yêu cầu chuyển giao thì đối tượng được xem xét chuyển giao đã bị kết án phạt tù bằng một phán quyết cuối cùng có hiệu lực thi hành về một tội phạm cụ thể và bản thân đối tượng chuyển giao cũng sẽ không liên quan đến bất kỳ một tội phạm nào khác nữa mà Bên chuyển giao đang chuẩn bị tiến hành các thủ tục tố tụng như điều tra, truy tố, xét xử. Tương tự, Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan quy định một trong những trường hợp yêu cầu chuyển giao người bị kết án phạt tù sẽ bị từ chối theo Hiệp định này là: *“Phán quyết không phải là phán quyết cuối cùng và vẫn còn thủ tục tố tụng khác liên quan đến người phạm tội hoặc tội phạm khác đang chờ được tiến hành tại Nước chuyển giao”* (khoản 2 Điều 5).

Bên cạnh những điều kiện chuyển giao cơ bản, phổ biến nêu trên, một số hiệp định còn quy định thêm điều kiện khác. Chẳng hạn, trong Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan quy định thêm điều kiện yêu cầu chuyển giao không thuộc các trường hợp từ

những người bị kết án còn lại trong số các đồng bị cáo đó sẽ không đủ điều kiện được chuyển giao chừng nào đơn kháng cáo này chưa được giải quyết (Theo Ngô Thanh Xuyên, Viện Khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, *Một số nội dung cơ bản về chuyển giao người bị kết án phạt tù trong các Hiệp định Tương trợ tư pháp mà Việt Nam ký kết với một số nước trên thế giới*).

chối chuyển giao tại Điều 5 của Hiệp định này. Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp vương quốc Anh và Bắc Ai-len quy định thêm điều kiện *“việc chuyển giao người bị kết án không được xâm hại tới an ninh quốc gia, trật tự xã hội hoặc các lợi ích đặc biệt của các bên”* (điểm g Điều 4). Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a quy định thêm điều kiện *“Người bị kết án phạt tù đã được Bên nhận thông báo đầy đủ về các chi phí của việc chuyển giao mà Bên nhận có thể thu lại chi phí từ người bị kết án phạt tù theo quy định tại Điều 12 (2)”* (điểm i Điều 4).

2.2. Thủ tục chuyển giao¹⁵

Có thể tóm lược thủ tục chuyển giao được quy định trong các Hiệp định này thành ba bước sau đây:

Bước 1: Thông báo về quyền được chuyển giao cho người bị kết án phạt tù

Tất cả Hiệp định về chuyển giao người bị kết án phạt tù mà Việt Nam đã ký kết đều quy định về thủ tục này, theo đó kể từ khi Hiệp định có hiệu lực thi hành, các bên ký kết (Bên chuyển giao và Bên nhận chuyển giao) có nghĩa vụ thông báo cho người bị kết án phạt tù về quyền được chuyển giao theo Hiệp định mà hai bên đã ký kết. Đây là thủ tục đầu tiên của quá trình chuyển giao người bị kết án phạt tù, thủ tục này có ý nghĩa tạo điều kiện cho người bị kết án phạt tù biết về quyền được chuyển giao của mình.

¹⁵ Vấn đề này được quy định trong tất cả các Hiệp định, chẳng hạn Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 6, Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 5, Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 5, Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 7...

Bước 2: Tiếp nhận nguyện vọng chuyển giao, đưa ra yêu cầu chuyển giao và chấp nhận yêu cầu chuyển giao

Trên cơ sở được thông báo về quyền được chuyển giao, nếu người bị kết án phạt tù có nguyện vọng được chuyển giao thì có thể trình bày nguyện vọng đó với bất kỳ bên nào (có thể là Bên chuyển giao hoặc Bên nhận chuyển giao).

Nếu người bị kết án phạt tù đề đạt nguyện vọng được chuyển giao với Bên chuyển giao và Bên chuyển giao đã đồng ý, thì Bên chuyển giao sẽ thông báo cho Bên nhận chuyển giao bằng văn bản, đồng thời cung cấp các thông tin cần thiết liên quan đến nhân thân, hình phạt tù mà bản án đã tuyên đối với người được chuyển giao. Nếu người bị kết án phạt tù đề đạt nguyện vọng được chuyển giao với Bên nhận chuyển giao, Bên nhận chuyển giao sẽ thông báo cho Bên chuyển giao. Khi Bên chuyển giao đồng ý với yêu cầu chuyển giao phải thông báo cho Bên nhận chuyển giao bằng văn bản và cung cấp các thông tin cần thiết liên quan đến việc chuyển giao. Nếu Bên nhận chuyển giao đồng ý với việc chuyển giao thì thông báo bằng văn bản cho Bên chuyển giao biết. Nếu Bên chuyển giao đồng ý với việc chuyển giao thì thông báo cho Bên nhận chuyển giao biết. Thông báo về việc đồng ý chuyển giao phải kèm theo những thông tin cần thiết được quy định trong Hiệp định. Đồng thời, trong quá trình giải quyết yêu cầu chuyển giao, Bên chuyển giao thông báo bằng văn bản cho người bị kết án về mọi hoạt động của Bên chuyển giao hoặc Bên nhận chuyển giao.

Bước 3: Tiến hành chuyển giao người bị kết án phạt tù

Khi các bên đều đã đồng ý với việc chuyển giao thì sẽ tiến hành việc chuyển giao người bị kết án phạt tù. Cơ quan có thẩm quyền của Bên chuyển giao sẽ bàn giao người bị kết án phạt tù cho cơ quan có thẩm quyền của Bên nhận chuyển giao vào thời gian và địa điểm theo sự thỏa thuận của hai bên. Các Hiệp định này cũng quy định vấn đề hợp tác, tạo điều kiện thuận lợi cho việc quá cảnh trong quá trình chuyển giao người bị kết án phạt tù¹⁶.

Các thủ tục liên quan đến chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa hai nước được thực hiện thông qua cơ quan trung ương do hai bên chỉ định để thực hiện các Hiệp định¹⁷.

2.3. Các quy định về việc tiếp tục thi hành hình phạt sau khi chuyển giao¹⁸

¹⁶ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 9, Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 10, Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 10, Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 10.

¹⁷ Cơ quan trung ương trong hoạt động chuyển giao người bị kết án phạt tù của Việt Nam được chỉ định theo các Hiệp định này là Bộ Công an (Xem Điều 3 của các Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan, Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len, Ôt-xtrây-li-a, Hàn Quốc). Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 Điều 493 quy định về “Cơ quan trung ương trong hợp tác quốc tế về tố tụng hình sự” như sau: “1. Bộ Công an là Cơ quan trung ương của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong hoạt động dẫn độ và chuyển giao người đang chấp hành án phạt tù. 2. Viện kiểm sát nhân dân tối cao là Cơ quan trung ương của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong hoạt động tương trợ tư pháp về hình sự và những hoạt động hợp tác quốc tế khác theo quy định của pháp luật”.

¹⁸ Vấn đề này được quy định trong tất cả các Hiệp định, chẳng hạn Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 8, Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 9, Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 8, Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 8...

Các quy định về việc tiếp tục thi hành hình phạt sau khi chuyển giao người bị kết án phạt tù là một nội dung rất quan trọng và phức tạp trong Hiệp định, bởi sự khác biệt giữa hệ thống pháp luật của hai Bên về hệ thống hình phạt, loại hình phạt, mức hình phạt, vấn đề miễn giảm hình phạt... áp dụng đối với người bị kết án phạt tù. Vì vậy, các Hiệp định phải quy định cách thức xử lý những khó khăn do sự khác biệt trên, đồng thời tạo cơ sở thuận lợi cho việc tiếp tục thi hành hình phạt tù đối với người bị kết án phạt tù sau khi việc chuyển giao được thực hiện.

Về cơ bản, vấn đề tiếp tục thi hành hình phạt tù sau khi chuyển giao được hai bên ký kết thống nhất ở một số nội dung sau:

Một là, về nguyên tắc, việc cơ quan chức năng của Bên nhận chuyển giao tiếp quản người bị kết án phạt tù sẽ dẫn đến hệ quả đình chỉ việc thi hành hình phạt bởi cơ quan có thẩm quyền của Bên chuyển giao. Đồng thời, Bên nhận chuyển giao sẽ tiếp tục thi hành hình phạt mà Bên chuyển giao đã tuyên đối với người bị kết án tương tự như hình phạt đó được tuyên tại Bên nhận chuyển giao¹⁹.

Hai là, việc tiếp tục thi hành hình phạt sau khi chuyển giao được điều chỉnh theo pháp luật và thủ tục của Bên nhận chuyển giao, bao gồm cả pháp luật về thi hành hình phạt tù, cũng như các quy định về giảm thời hạn phạt tù, vấn đề tạm tha, ân xá, đặc xá, trả tự do có điều kiện, giảm án hoặc bằng

hình thức khác²⁰. Tuy nhiên, Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan thỏa thuận rằng: Trong trường hợp cụ thể, nước chuyển giao có thể đặt ra yêu cầu cho việc chuyển giao người bị kết án là việc ân xá, đặc xá người bị kết án tại nước nhận sẽ chỉ được thực hiện khi có sự đồng ý của nước chuyển giao (khoản 2 Điều 7).

Ba là, nếu tính chất hoặc thời hạn của hình phạt không phù hợp với pháp luật của Bên nhận chuyển giao thì Bên nhận chuyển giao có thể chuyển đổi hình phạt cho phù hợp với hình phạt quy định đối với tội phạm tương tự theo pháp luật nước mình. Khi chuyển đổi hình phạt, cơ quan có thẩm quyền của Bên nhận chuyển giao sẽ phải căn cứ vào các sự kiện của vụ án đã được thể hiện trong các ý kiến, bản luận tội, phán quyết hoặc hình phạt đã được tuyên ở Bên chuyển giao. Tuy nhiên, sự chuyển đổi hình phạt này có các giới hạn nhằm đảm bảo lợi ích tốt nhất cho người bị kết án phạt tù. Đây là quy định thể hiện tính nhân đạo trong pháp luật của các bên. Theo đó, hình phạt được chuyển đổi không được nặng (nghiêm khắc) hơn so với hình phạt đã được tuyên tại Bên chuyển giao về tính chất và thời hạn. Cụ thể, các Hiệp định quy định, khi thi hành hình phạt tù đối với người được chuyển giao, Bên nhận chuyển giao sẽ không được kéo dài thời hạn đã được Tòa án Bên chuyển giao tuyên. Thời hạn thi hành hình phạt này phải tương đương với hình phạt do Bên chuyển giao tuyên. Trong

¹⁹ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 6, Điều 8 khoản 1; Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 7, Điều 9 khoản 1; Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 8 khoản 1; Việt Nam với Thái Lan tại Điều 8 khoản 2 ...

²⁰ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 8 khoản 1, Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 9 khoản 2, Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 8 khoản 2, Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 8 khoản 2...

trường hợp thời gian thi hành hình phạt do Tòa án Bên nhận chuyển giao áp dụng ít hơn thời hạn còn lại mà người phạm tội phải chấp hành, Bên chuyển giao có quyền từ chối yêu cầu chuyển giao²¹. Ngoài ra, một số Hiệp định còn quy định khi chuyển đổi hình phạt, cơ quan có thẩm quyền của Bên nhận chuyển giao không được chuyển đổi hình phạt tước tự do thành hình phạt tiền²².

Bốn là, sau khi chuyển giao người bị kết án phạt tù cho Bên nhận chuyển giao, Bên chuyển giao vẫn tiếp tục được bảo lưu toàn quyền trong việc xem xét lại, sửa đổi, hủy bỏ, ân xá, đặc xá hoặc giảm án và hình phạt mà Tòa án nước mình đã tuyên trong phán quyết đối với người bị kết án phạt tù được chuyển giao²³. Vì vậy, trong trường hợp Bên chuyển giao sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ bản án hoặc hình phạt hoặc có hình thức giảm, thay thế hoặc chấm dứt hình phạt thì phải thông báo cho Bên nhận chuyển giao về quyết định đó. Đồng thời, Bên nhận chuyển giao sẽ điều chỉnh hoặc chấm dứt việc thi hành hình phạt ngay sau khi được thông báo về quyết định này của Bên chuyển giao đối với người bị kết án²⁴.

²¹ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 8 khoản 2 và 3.

²² Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 8 khoản 2, 3; Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 9 khoản 3; Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 8 khoản 3; Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 8 khoản 3...

²³ Xem các quy định về vấn đề bảo lưu thẩm quyền xét xử tại Điều 7 Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan, Điều 8 Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len, Điều 7 Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a, Điều 9 Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc...

²⁴ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 8 khoản 4, Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 9 Khoản 4, Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a

Năm là, nếu Bên chuyển giao yêu cầu, Bên nhận chuyển giao sẽ cung cấp các thông tin liên quan đến việc thi hành hình phạt trong một số trường hợp sau đây: (i) Người bị kết án được trả tự do (được tạm tha) có điều kiện; (ii) Việc thi hành hình phạt đã kết thúc; (iii) Người bị kết án bỏ trốn khỏi nơi giam giữ trước khi kết thúc việc thi hành hình phạt; hoặc (iv) Khi Bên chuyển giao yêu cầu báo cáo²⁵.

2.4. Về chi phí chuyển giao người bị kết án phạt tù²⁶

Chi phí chuyển giao người bị kết án phạt tù thường được hai bên ký kết thỏa thuận. Theo đó, về nguyên tắc, Bên chuyển giao sẽ chịu các chi phí phát sinh liên quan đến việc chuyển giao người bị kết án phạt tù trong phạm vi lãnh thổ của Bên chuyển giao. Bên nhận chuyển giao sẽ chịu các chi phí phát sinh trong việc chuyển giao người bị kết án phạt tù, trừ chi phí phát sinh trên lãnh thổ của Bên chuyển giao và chịu chi phí tiếp tục thi hành hình phạt tù đối với người bị kết án sau khi chuyển giao. Tuy nhiên, Bên nhận chuyển giao có thể thu lại một phần hoặc toàn bộ chi phí chuyển giao từ người bị kết án hoặc từ một nguồn khác.

(Xem tiếp trang 80)

tại Điều 8 khoản 5, Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 8 khoản 4 ...

²⁵ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 8 khoản 6, Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 9 khoản 5, Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 9, Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 8 khoản 5 ...

²⁶ Xem Hiệp định giữa Việt Nam với Thái Lan tại Điều 10, Hiệp định giữa Việt Nam với Liên hiệp Vương quốc Anh và Bắc Ai-len tại Điều 11 khoản 2, Hiệp định giữa Việt Nam với Ôt-xtrây-li-a tại Điều 12, Hiệp định giữa Việt Nam với Hàn Quốc tại Điều 11 khoản 2 ...

PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ ĐỐI XỬ TỐI HUỆ QUỐC TRONG THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

Nguyễn Sơn*

Tóm tắt: Bài viết phân tích quá trình phát triển của pháp luật Việt Nam về đối xử tối huệ quốc (MFN) trong thương mại quốc tế, đồng thời nêu một số vấn đề đặt ra đối với pháp luật về MFN trong bối cảnh Việt Nam đã tham gia hàng loạt các hiệp định thương mại tự do (FTA) thế hệ mới.

Abstract: This article analyses the development of Vietnamese law on the most-favoured nation treatment (MFN) in international trade. It also points out some issues relating to such law in the context of Vietnam's joining a series of new generation free trade agreements.

1. Quá trình hình thành thuật ngữ đối xử tối huệ quốc trong pháp luật Việt Nam

Thuật ngữ MFN đã xuất hiện trong các hiệp định thương mại mà Việt Nam ký kết từ lâu trước khi quy định trong pháp luật Việt Nam.

Sau năm 1975, Việt Nam đã triển khai ký kết nhiều hiệp định thương mại song phương tạo lập nền tảng ban đầu nhằm phát triển quan hệ thương mại với các quốc gia trong khu vực và thế giới. Với tính chất đó, các hiệp định thương mại trong giai đoạn này chủ yếu ghi nhận nguyên tắc ứng xử cho quan hệ thương mại song phương; không chứa đựng các cam kết cụ thể về thị trường. Giai đoạn đó, 102 quốc gia đang tiến hành đàm phán vòng thứ 6 trong khuôn khổ GATT về tự do hóa thương mại¹. Quan điểm thương mại không phân biệt đối xử được ghi nhận trong GATT như một trong những nguyên tắc nền tảng của thương mại

quốc tế; bởi vậy, hầu hết các hiệp định thương mại song phương giữa Việt Nam với các nước đều có điều khoản MFN². Tuy nhiên, do chưa có quy định pháp lý trong nước nên thuật ngữ MFN tại các hiệp định này được diễn giải bằng các ngôn ngữ khác nhau: “đối xử ưu huệ có thể được”³, “chế độ đối xử ưu đãi nhất”⁴, “đối xử tối huệ quốc”⁵... Về nội dung, các điều khoản MFN trong các hiệp định thương mại song phương thời kỳ này mang tính khuôn mẫu, thể hiện ý chí chính trị nhiều hơn. Khái niệm MFN tồn tại trong các điều ước thương mại quốc tế nhưng không có quy định trong pháp luật quốc nội. Bản thân các điều khoản MFN trong các hiệp định cũng

* ThS., Bộ Công Thương.

¹ Vòng Tokyo từ 1973 – 1979 với 102 quốc gia đàm phán về cắt giảm thuế, hàng rào phi thuế và một số quy định thương mại.

² Tới thời điểm Việt Nam gia nhập WTO, Việt Nam đã ký Hiệp định thương mại với 86 nước và vùng lãnh thổ, trong đó Việt Nam dành cho 77 đối tác MFN về thuế nhập khẩu và có 76 đối tác dành quy chế MFN cho Việt Nam. Hoa Kỳ trao MFN cho Việt Nam trên cơ sở gia hạn hàng năm.

³ Hiệp định Thương mại, hợp tác và kinh tế - kỹ thuật giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Vương quốc Thái Lan 1978.

⁴ Hiệp định Thương mại giữa Chính phủ Việt Nam và Chính phủ Liên bang Sri Lanka, 1978.

⁵ Điều 6, Hiệp định Thương mại và hợp tác kinh tế giữa Việt Nam và Australia, 1990.

chỉ đưa ra khái niệm và không diễn giải cụ thể nội dung của điều khoản này.

Ngoài ra, thực tiễn chính sách thương mại trong nước giai đoạn đó cũng là một nguyên nhân khiến điều khoản này không tạo ra hệ quả pháp lý trên thực tế. Để điều khoản MFN phát huy được tác dụng, ngoài điều kiện cần là hai bên có cam kết trao đổi MFN, còn phải có điều kiện đủ là một bên có những chính sách thương mại ưu đãi cho bên thứ ba. Trong giai đoạn trước khi Việt Nam mở cửa và hội nhập, thương mại là độc quyền nhà nước và chính sách thương mại được điều tiết bằng các công cụ hành chính. Do đó, quan hệ thương mại chủ yếu thực hiện với các nước thuộc hệ thống xã hội chủ nghĩa thông qua các nghị định thư trao đổi hàng hóa, hoặc với một số ít các nước có nền kinh tế thị trường do Nhà nước điều tiết bằng mệnh lệnh hành chính chứ không phải bằng các công cụ thị trường. Phải tới năm 1991, khi Luật Thuế xuất khẩu và thuế nhập khẩu được Hội đồng Nhà nước ban hành, chúng ta mới có quy định pháp lý về những chính sách thương mại ưu đãi hơn (so với chính sách thông thường). Do thiếu các điều kiện đủ nên trong một thời gian dài điều khoản MFN trong các hiệp định thương mại song phương không gây ra những hệ quả pháp lý cho thương mại giữa Việt Nam và các bên ký kết.

Từ thời kỳ đổi mới và quá trình chuyển đổi nền kinh tế sang cơ chế thị trường, quan hệ thương mại của Việt Nam với thế giới ngày càng mở rộng và phát triển, các nhà đầu tư nước ngoài ngày càng quan tâm tới thị trường Việt Nam. Thực tế hội nhập kinh tế quốc tế đặt ra yêu cầu xây dựng và thực thi pháp luật điều chỉnh thương mại phù hợp với cơ chế kinh tế thị trường và các chuẩn mực thương mại quốc tế. Luật Đầu tư nước

ngoài năm 1987 là một trong những văn bản mang tính “tiên phong” về hội nhập kinh tế quốc tế trên tinh thần cập nhật các nguyên tắc cơ bản được thừa nhận chung của thương mại quốc tế. Tuy nhiên, văn bản này cũng mới thể hiện tinh thần của nguyên tắc MFN. Theo đó, “Chính phủ Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam bảo đảm đối đãi công bằng và thoả đáng đối với các tổ chức, cá nhân nước ngoài đầu tư vào Việt Nam” (Điều 20, Chương III, Biện pháp bảo đảm đầu tư). Nguyên tắc công bằng được pháp luật ghi nhận nhưng còn chung chung: công bằng giữa các doanh nghiệp nước ngoài hay giữa doanh nghiệp đầu tư nước ngoài và doanh nghiệp trong nước, trong những lĩnh vực gì...đều chưa thể hiện rõ.

Năm 1991, Luật Thuế xuất khẩu và thuế nhập khẩu lần đầu tiên cho phép áp dụng “thuế suất ưu đãi” bên cạnh “thuế suất thông thường”. Thuế suất ưu đãi “là thuế suất áp dụng với hàng xuất khẩu, nhập khẩu với các nước có ký kết điều khoản ưu đãi trong quan hệ buôn bán với Việt Nam và những trường hợp khác do Hội đồng Bộ trưởng quyết định. Mức thuế suất ưu đãi được quy định không quá 50% thuế suất thông thường⁶. Quy định này đã tạo cơ sở pháp lý cho Việt Nam xây dựng các chính sách thương mại linh hoạt tùy thuộc mức độ quan hệ với các đối tác khác nhau. Như vậy, về mặt lý thuyết, thời điểm này chúng ta đã có các tiền đề pháp lý để thực thi MFN; cho phép áp dụng các chính sách ưu đãi trong quan hệ với các đối tác thương mại khác nhau.

Năm 1995, khi gia nhập ASEAN và tham gia Khu vực Mậu dịch tự do ASEAN (AFTA), Việt Nam có nghĩa vụ cắt giảm

⁶ Luật Thuế xuất khẩu, thuế nhập khẩu 1991.

thuế trong giai đoạn 1996 – 2006 theo Chương trình thuế quan ưu đãi có hiệu lực chung (CEPT). Theo đó, năm 1998 Việt Nam đã ban hành Biểu thuế nhập khẩu ưu đãi⁷. Đây là lần đầu tiên chúng ta có một danh mục thuế ưu đãi song song với biểu thuế thông thường (biểu MFN). Tuy nhiên, Việt Nam không có nghĩa vụ dành các đối xử theo Biểu thuế ưu đãi thực hiện CEPT cho các nước mà Việt Nam đã trao đổi MFN. Bởi căn cứ điều khoản miễn trừ tại Điều XXII của GATT/WTO, thuế suất ưu đãi trong các thỏa thuận thương mại tự do được quyền chỉ áp dụng giữa các nước thành viên ký kết. Việt Nam không có nghĩa vụ áp dụng biểu thuế ưu đãi CEPT với các nước ngoài ASEAN. Như vậy, điều khoản MFN trong các hiệp định thương mại song phương đã ký trước đó vẫn chưa tạo ra hệ quả pháp lý với Việt Nam.

Năm 2000, Việt Nam và Hoa Kỳ ký kết Hiệp định Thương mại song phương (BTA). Hiệp định xác lập các nguyên tắc pháp lý cũng như biểu cam kết điều chỉnh quan hệ thương mại giữa hai nước trên nhiều lĩnh vực, dựa trên các nguyên tắc WTO. Lần đầu tiên Việt Nam cam kết sẽ thực hiện các chuẩn mực thương mại quốc tế về không phân biệt đối xử, cấp phép, trị giá hải quan, tự vệ, các khía cạnh thương mại liên quan đến đầu tư, quyền sở hữu trí tuệ và các cam kết chi tiết về mở cửa thị trường hàng hóa, dịch vụ và đầu tư. Theo đó, Việt Nam sẽ từng bước cắt giảm thuế, mở cửa thị trường dịch vụ và đầu tư cho Hoa Kỳ theo lộ trình cam kết, để đổi lại việc được Hoa Kỳ trao MFN trên cơ sở gia hạn hàng năm. Việc ký

kết BTA này đã tạo ra những hệ quả pháp lý quan trọng đối với chúng ta:

Thứ nhất, Việt Nam phải xây dựng hệ thống văn bản pháp luật để thực thi các cam kết trong hiệp định. Trong đó, có nhiều khái niệm pháp lý hoặc quy trình quản lý mới trong thực tiễn thương mại nước ta như trị giá hải quan, tự vệ, đối xử tối huệ quốc, đối xử quốc gia, các biện pháp đầu tư liên quan đến thương mại...

Thứ hai, các cam kết về mở cửa thị trường hàng hóa, dịch vụ, đầu tư và các đối xử ưu đãi khác Việt Nam dành cho Hoa Kỳ sẽ làm phát sinh nghĩa vụ pháp lý giữa Việt Nam với các quốc gia mà Việt Nam đã trao đổi MFN. Các quốc gia này được quyền viện dẫn điều khoản MFN trong các hiệp định thương mại song phương đã ký kết, để yêu cầu Việt Nam dành cho họ đối xử tương đương những gì Hoa Kỳ được hưởng theo BTA. Đồng thời, Hoa Kỳ cũng được quyền yêu cầu các đối xử ưu đãi hơn BTA mà Việt Nam có thể đã hoặc sẽ dành cho một đối tác khác trong tương lai.

Để thực hiện BTA và chuẩn bị cho đàm phán gia nhập WTO, Việt Nam đã tiến hành rà soát toàn bộ hệ thống văn bản pháp luật đối chiếu với các quy định của WTO. Trên cơ sở đó, chúng ta đã triển khai chương trình xây dựng pháp luật, sửa và ban hành mới các văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh chính sách thương mại phù hợp với chuẩn mực quốc tế, bao gồm cả MFN. Năm 2002, Pháp lệnh về Đối xử tối huệ quốc và đối xử quốc gia (Pháp lệnh MFN-NT) đã được Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành⁸.

⁷ Quyết định 1803/1998/QĐ-BTC về Biểu thuế thuế nhập khẩu ưu đãi do Bộ trưởng Bộ Tài chính ban hành ngày 11/12/1998.

⁸ Số 41/2002/PL-UBTVQH10 ngày 25/5/2002.

2. Pháp luật Việt Nam về đối xử tối huệ quốc

Cho đến thời điểm ban hành Pháp lệnh MFN-NT, pháp luật thương mại Việt Nam vẫn chưa có quy định nào điều chỉnh vấn đề này mặc dù thuật ngữ MFN được ghi nhận trong một số hiệp định kinh tế - thương mại song phương giữa Việt Nam và các quốc gia. Quan hệ thương mại quốc tế ngày càng phát triển và mở rộng đã tạo ra các mặt bằng đối xử khác nhau giữa Việt Nam với các quốc gia mà Việt Nam trao đổi MFN⁹.

Về cơ bản, nội dung Pháp lệnh MFN-NT đã chuyển hóa các quy định của WTO và cụ thể hóa cho phù hợp với thực tiễn Việt Nam. Pháp lệnh MFN-NT được xây dựng theo mô hình văn bản quy phạm pháp luật hình thức. Trong đó chỉ quy định nguyên tắc, điều kiện, trình tự thủ tục cho hưởng hoặc không cho hưởng MFN và NT. Pháp lệnh không có các điều khoản quy định cụ thể về mức độ, lĩnh vực ngành nghề cho hưởng. *Lý do trước hết* là, vào thời điểm này, Việt Nam đang trong quá trình đàm phán gia nhập WTO và các thỏa thuận khu vực mậu dịch tự do khác (ASEAN - Trung Quốc, ASEAN - Hàn Quốc...) nên chưa thể xác định được nội dung cụ thể các cam kết sẽ ký kết trong từng lĩnh vực. *Thứ hai*, MFN và NT là những nguyên tắc đối xử mang

tính bao trùm tất cả các lĩnh vực thương mại, có tác động đan xen giữa nhiều đối tác. Do đó, việc cam kết trao đổi các hình thức đối xử này phải được xem xét trong những trường hợp cụ thể. *Thứ ba*, nội dung đối xử MFN và NT trong các lĩnh vực khác nhau, với các đối tác khác nhau... có những đặc thù riêng, nên các quy định MFN và NT cũng phải được thiết kế tương ứng cho phù hợp. Bởi vậy, những nội dung cụ thể sẽ do các văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành như Luật Thuế xuất khẩu và thuế nhập khẩu, Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Luật Thương mại... và các văn bản hướng dẫn quy định. Điều này sẽ giúp hạn chế xung đột pháp luật trong nước, tránh được các mâu thuẫn giữa quy định của Pháp lệnh MFN-NT với quy định của các văn bản pháp luật đã hoặc sẽ ban hành.

Bên cạnh các quy định về hình thức đối xử theo WTO, Pháp lệnh MFN-NT cũng có những quy định phù hợp với đặc thù Việt Nam. Cụ thể hóa điều khoản miễn trừ với các thỏa thuận biên mậu giữa những nước có chung đường biên, Điều 8 quy định miễn trừ “các ưu đãi theo các hiệp định quá cảnh hàng hoá mà Việt Nam ký kết hoặc gia nhập”. Điều 8 và Điều 10 miễn trừ các hình thức ưu đãi trong việc đấu thầu mua sắm hàng hoá và dịch vụ đối với dự án sử dụng nguồn vốn tài trợ của các tổ chức quốc tế hoặc của nước ngoài.

Pháp lệnh MFN-NT cập nhật các nguyên tắc thương mại quốc tế đã được thừa nhận chung vào việc xây dựng chính sách và pháp luật nội địa. Việc soạn thảo và ban hành Pháp lệnh MFN-NT giúp pháp điển hoá các nguyên tắc quan trọng này vào pháp luật Việt Nam, tạo điều kiện thực thi nghiêm túc các cam kết quốc tế mà chúng ta đã ký kết cũng như thúc đẩy tiến trình đàm

⁹ Đề đổi lại việc EU tăng 50-75% lượng hạn ngạch dệt may cho các mặt hàng dệt may nhạy cảm của Việt Nam xuất vào thị trường này trong năm 2003 theo Hiệp định Dệt may ký tắt với EU ngày 15/2/2003, Việt Nam đã chấp nhận cho các mặt hàng rượu và 3000 xe gắn máy nhập khẩu từ EU được áp các mức thuế lần lượt là 80% và 70% (Quyết định 17/2004/QĐ-BTC ngày 12/2/2004). Các thuế suất ưu đãi này không được áp dụng đối với các mặt hàng từ các nước Việt Nam trao đổi MFN. Tương tự, các cam kết theo BTA cũng không được áp dụng trong quan hệ thương mại với quốc gia nào khác ngoài Hoa Kỳ.

phán gia nhập WTO. Các quy định của pháp lệnh đã góp phần đưa hệ thống pháp luật quản lý thương mại của Việt Nam phù hợp với tập quán và các nguyên tắc cơ bản của thương mại quốc tế. Cùng với việc sửa đổi và ban hành các văn bản pháp luật khác trong lĩnh vực thương mại (Luật Đầu tư, Luật Doanh nghiệp, Luật Sở hữu trí tuệ, Luật Thuế xuất nhập khẩu, Luật Thuế tiêu thụ đặc biệt...), Pháp lệnh MFN-NT đã góp phần tạo hành lang pháp lý cho Việt Nam mở rộng quan hệ thương mại với thế giới, gia nhập WTO cũng như tiếp tục đàm phán các hiệp định tự do hóa thương mại sau này. Việc ban hành Pháp lệnh MFN-NT đã khắc phục những tồn tại pháp lý và tạo điều kiện để Việt Nam hội nhập thương mại quốc tế.

Trước hết, khi chưa có pháp lệnh này, Việt Nam đã trao đổi MFN với các quốc gia trên nguyên tắc thông qua các hiệp định thương mại song phương. Trong khi đó, chúng ta chưa có văn bản pháp luật trong nước giải thích, hướng dẫn áp dụng MFN.

Thứ hai, việc ký kết BTA đã đặt ra yêu cầu phải thiết lập khuôn khổ pháp lý cho đối xử MFN, bởi BTA có điều khoản MFN được xây dựng dựa trên điều khoản tương tự của GATT/WTO. Ngoài ra, BTA có danh mục các cam kết cụ thể về mở cửa thị trường hàng hoá, dịch vụ và đầu tư, hình thành một mặt bằng cam kết cao hơn đối xử Việt Nam dành cho các quốc gia khác. Điều này, về lý thuyết, làm phát sinh nghĩa vụ pháp lý giữa Việt Nam với các quốc gia mà Việt Nam đã trao đổi MFN.

Thứ ba, để gia nhập WTO, Việt Nam phải tuân thủ các nguyên tắc cơ bản của tổ chức này, trong số đó có MFN và NT. Việc ban hành Pháp lệnh MFN-NT cho chúng ta cơ sở pháp lý để tiến hành rà soát, điều chỉnh các chính sách thương mại trong nước

phù hợp với các quy định của WTO, tạo tiền đề cho việc gia nhập tổ chức này.

Tuy nhiên, ý nghĩa pháp lý và giá trị thực tiễn của Pháp lệnh MFN - NT có thay đổi trong bối cảnh hiện nay:

Từ góc độ ý nghĩa pháp lý, Luật Ký kết, gia nhập và thực hiện điều ước quốc tế năm 2005 cho phép áp dụng trực tiếp toàn bộ nội dung điều ước nếu nội dung điều ước đủ rõ ràng giúp giảm các chi phí hành chính và thời gian ban hành văn bản trong nước, hạn chế những bất cập có thể có giữa các hệ văn bản. Trên tinh thần này, việc áp dụng trực tiếp các điều khoản MFN từ các hiệp định quốc tế (WTO, các FTA...) là phù hợp thực tiễn và quy định của pháp luật Việt Nam. Hệ thống các hiệp định WTO là các văn kiện pháp lý mang tính toàn cầu, nên các điều khoản về MFN được quy định rất cụ thể, chặt chẽ, mà trong nhiều trường hợp nội luật không bao quát hết. Bởi vậy, có thể nói chúng ta hoàn toàn có thể dựa trực tiếp vào các quy định MFN trong các hiệp định để giải quyết những quyền lợi trong quan hệ thương mại với các đối tác.

Về thực tiễn, với việc trở thành thành viên WTO, Việt Nam đã trao đổi MFN với tất cả các thành viên của tổ chức này. Thừa hưởng những thành tựu cải cách chính sách thương mại từ tiến trình gia nhập WTO, Việt Nam tiếp tục đàm phán và ký kết nhiều hiệp định thương mại tự do khác với mức độ tự do hóa cao hơn. MFN đã trở thành hình thức đối xử tối thiểu chúng ta dành cho các đối tác. Với việc thực thi Cộng đồng kinh tế ASEAN, ký kết hàng loạt hiệp định quan trọng trong năm 2015 với Hàn Quốc, EU, các nước TPP, Liên minh Kinh tế Á - Âu,... chúng ta sẽ trao đổi những mức độ đối xử cao hơn MFN với gần 70 quốc gia. Cùng với các hiệp định đã và

sẽ ký kết trong tương lai gần¹⁰, các FTA này cho phép xấp xỉ 90% tổng ngoại thương của Việt Nam được hưởng đối xử ưu đãi khi tiếp cận thị trường quốc tế. Điều này có nghĩa, hầu hết thương mại của chúng ta không chịu sự điều chỉnh của quy định MFN trong WTO. Trong bối cảnh đó, Pháp lệnh MFN-NT có ý nghĩa như để giải thích một thuật ngữ pháp lý hơn là quy định một hình thức đối xử ưu đãi trong thương mại như trước đây.

3. Một số vấn đề đặt ra đối với pháp luật về đối xử tối huệ quốc trong bối cảnh đàm phán các hiệp định thương mại tự do

Do xu thế khu vực hóa với sự ra đời của hàng loạt các FTA quy mô lớn, mức độ cam kết sâu tạo ra những sự thay đổi về ý nghĩa pháp lý cũng như giá trị thực tiễn của MFN. Việc hoàn thiện các quy định pháp luật về hình thức đối xử này cần đặt trong bối cảnh hầu hết hoạt động thương mại của Việt Nam đang được hưởng các đối xử ưu đãi theo các FTA, hay nói cách khác là được miễn trừ hơn đối xử MFN thông thường.

3.1. Áp dụng trực tiếp điều khoản đối xử tối huệ quốc trong các hiệp định quốc tế

Các quy định hiện hành về MFN của Việt Nam được xây dựng trên các nguyên tắc WTO. Nhưng so với các quy định về MFN trong WTO cũng như nhiều hiệp định thương mại, các quy định trong Pháp lệnh MFN-NT không cụ thể bằng. Trước hết, khái niệm MFN trong Pháp lệnh MFN-NT mang tính trình bày, giải nghĩa thuật ngữ

pháp lý. Trong khi các điều khoản trong WTO và các FTA với mục đích ràng buộc nên rất cụ thể, chặt chẽ về đối tượng, phạm vi, nội dung... Ví dụ yêu cầu áp dụng MFN “ngay lập tức và vô điều kiện” giữa các thành viên WTO. Thứ hai, điều khoản liên quan đến MFN xuất hiện trong nhiều hiệp định WTO, điều chỉnh nhiều hành vi thương mại của các thành viên: những quy định liên quan đến xuất nhập khẩu, áp dụng các biện pháp khắc phục thương mại tạm thời (tự vệ, chống bán phá giá,...), đàm phán gia nhập... chưa được phản ánh đầy đủ trong Pháp lệnh MFN-NT. Thứ ba, WTO thừa nhận phán quyết của trọng tài trong các vụ việc tranh chấp của WTO là sự diễn giải luật. Hệ thống các phán quyết này tạo thành một nguồn luật quan trọng, có giá trị thực tiễn và tính ứng dụng cao. Vì vậy, việc vận dụng MFN trên thực tiễn dựa trên các hiệp định WTO và FTA sẽ bao quát được các hành vi thương mại.

3.2. Xây dựng điều khoản đối xử tối huệ quốc phù hợp trong các hiệp định đầu tư

Điều khoản miễn trừ MFN trong WTO cho phép các nước thành viên được quyền không áp dụng MFN đối với các thỏa thuận thương mại khu vực. Nhưng do WTO chỉ mới quy định điều chỉnh tự do hóa thương mại hàng hóa và dịch vụ, nên hiện chưa có khuôn khổ pháp luật điều chỉnh MFN trong lĩnh vực đầu tư. Các bên tự thiết kế điều khoản MFN về đầu tư trong các FTA và hiệp định đầu tư song phương (BIT) tùy theo bối cảnh đàm phán. Nội dung điều khoản này rất quan trọng bởi các lý do: Trước hết, đầu tư là lĩnh vực rất nhạy cảm và phức tạp bởi nó liên quan tới an ninh kinh tế, di chuyển con người, vốn... Do đó, việc mở cửa đầu tư luôn được xem xét rất thận trọng, tùy thuộc đối tác và nhu cầu phát

¹⁰ Tới ngày 30/2/2016, các FTA Việt Nam đã ký kết bao gồm: AEC, ACFTA, AKFTA, AJCEP, AIFTA, VJEP, AANZFTA, Việt Nam – Chile FTA, VKFTA, EVFTA, Việt Nam – EAEU FTA, TPP. Đang đàm phán các hiệp định RCEP, ASEAN - Hồng Kông FTA và FTA với khối EFTA.

triển của nền kinh tế. Những nội dung cam kết sẽ ảnh hưởng tới giai đoạn nhà đầu tư được bảo hộ, các lĩnh vực được đầu tư,... *Thứ hai*, các hiệp định thế hệ mới dùng các quy định của chương đầu tư để điều chỉnh cả hàng hóa và dịch vụ. Điều này khiến ý nghĩa của chương đầu tư càng quan trọng. *Thứ ba*, một điều khoản có tác động rất lớn tới các bên ký kết là điều khoản về giải quyết tranh chấp giữa Nhà nước và nhà đầu tư (ISDS). Quốc gia đầu tư muốn có điều khoản này để bảo vệ quyền lợi cho nhà đầu tư của mình khỏi các quyết định hành chính

tùy tiện của nước nhận đầu tư. Trong khi đó, nước nhận đầu tư muốn tránh khỏi nguy cơ dính vào kiện tụng bởi nhà đầu tư. Một hiệp định không có điều khoản ISDS có thể thông qua MFN để được hưởng quyền lợi từ một hiệp định khác có điều khoản ISDS. Bởi vậy, điều khoản MFN trong các FTA đặc biệt là chương đầu tư cần phải được thiết kế thận trọng để vừa đáp ứng yêu cầu thu hút đầu tư vừa tránh khả năng bị mất cho đối tác những ưu đãi từ các hiệp định đã có hoặc sẽ ký kết sau này.

(Tiếp theo trang 73 – Chuyển giao người bị kết án ...)

3. Kết luận

Chuyển giao người bị kết án phạt tù là hoạt động hợp tác mang ý nghĩa nhân đạo sâu sắc, bảo đảm quyền lợi hợp pháp, chính đáng của người bị kết án, đồng thời nâng cao hiệu quả xã hội của việc áp dụng và thi hành hình phạt tù.

Hoạt động hợp tác chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với nước ngoài được điều chỉnh trước tiên và chủ yếu bởi các hiệp định song phương về chuyển giao người bị kết án tù. Các hiệp định này là cơ sở pháp lý trực tiếp, cụ thể điều chỉnh hoạt động hợp tác chuyển giao người bị kết án phạt tù giữa Việt Nam với nước ký kết. Việc Việt Nam sẽ tiếp tục ký kết các Hiệp

định về chuyển giao người bị kết án phạt tù là hoạt động cần thiết nhằm xây dựng, hoàn thiện và tăng cường cơ sở pháp lý để thực hiện sự hợp tác giữa Việt Nam với nước ngoài trong lĩnh vực này. Đồng thời, đây cũng là hoạt động phù hợp với chính sách đối ngoại rộng mở của Việt Nam, quy định của pháp luật Việt Nam về hợp tác quốc tế trong tương trợ tư pháp và thi hành án hình sự, nguyên tắc nhân đạo đối với người chấp hành án phạt tù, thể hiện thiện chí, trách nhiệm của Nhà nước Việt Nam đối với công dân Việt Nam ở nước ngoài nói chung cũng như công dân Việt Nam bị kết án phạt tù ở nước ngoài nói riêng.

MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ DỰ THẢO NGHỊ ĐỊNH QUY ĐỊNH ĐIỀU KIỆN KINH DOANH MUA BÁN NỢ

*Phạm Thị Giang Thu**

Tóm tắt: *Hiện nay, Dự thảo Nghị định về điều kiện kinh doanh dịch vụ mua bán nợ đang được đưa ra lấy ý kiến rộng rãi. Trên cơ sở Dự thảo, bài viết phân tích, bình luận nhóm các vấn đề chung và vấn đề cụ thể về các điều kiện kinh doanh mua bán nợ.*

Abstract: *The draft of Decree on Requirement of Debt Business has been in the process of collecting relevant views and feedback. On the basis of the draft, this article analyses and makes comment on general and specific issues relating to requirement of debt.*

1. Những vấn đề chung

Thứ nhất, Dự thảo cần xác định tiêu chí nhận diện điều kiện kinh doanh dịch vụ mua bán nợ. Có như vậy mới xác định được điều kiện cần thiết để vừa quản lý các chủ thể kinh doanh mua bán nợ, vừa đảm bảo môi trường kinh doanh. Bên cạnh đó, nên bỏ những quy định không phù hợp tiêu đề của văn bản.

Thứ hai, về tên gọi của Dự thảo. Tên gọi Dự thảo là "Quy định về điều kiện kinh doanh mua bán nợ", có nghĩa văn bản này **chỉ quy định** về các điều kiện kinh doanh lĩnh vực dịch vụ mua bán nợ, như điều kiện về vốn tối thiểu, điều kiện về duy trì trạng thái, điều kiện về cơ sở vật chất... Tuy nhiên, hiện Dự thảo còn quy định các vấn đề khác liên quan đến quá trình hoạt động kinh doanh bình thường như về nghĩa vụ, thuế, về nguyên tắc kinh doanh, về yêu cầu đối với hàng hóa mua bán (món nợ). Vì vậy, theo ý kiến tác giả, Dự thảo cần sửa theo hai hướng sau: Nghị định này quy định về điều kiện cho các chủ thể kinh doanh dịch vụ, hoặc Nghị định này "Quy định về kinh

doanh dịch vụ mua bán nợ" bao gồm tất cả các nội dung liên quan đến chủ thể kinh doanh, nguyên tắc mua bán nợ, tiêu chuẩn cho khoản nợ được mua bán, vấn đề quản lý đối với hoạt động kinh doanh dịch vụ mua bán nợ. Việc lựa chọn phương án nào phụ thuộc yêu cầu quản lý nhà nước đối với lĩnh vực này trên cơ sở căn cứ pháp lý điều chỉnh. Theo tác giả, với nội dung dự định điều chỉnh, phương án hai với tên gọi Nghị định Quy định về kinh doanh dịch vụ mua bán nợ là phù hợp.

2. Một số vấn đề cụ thể

- Về kết cấu nội dung Dự thảo

Nếu Dự thảo quy định về nội dung kinh doanh dịch vụ mua bán nợ, mà không chỉ là điều kiện, tác giả cho rằng cần kết cấu lại với các chương cụ thể như sau:

- Chương 1: Những vấn đề chung

- Chương 2: Điều kiện kinh doanh dịch vụ mua bán nợ

- Chương 3: Hoạt động kinh doanh dịch vụ mua bán nợ

- Chương 4: Trình tự, thủ tục thẩm định, cấp giấy chứng nhận đối với hoạt động kinh doanh dịch vụ mua bán nợ

- Chương 5: Tổ chức thực hiện

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

Cách kết cấu này theo đúng nội dung đã được đề cập trong Dự thảo (và bổ sung thêm các điều cần thiết) để đảm bảo tính logic của văn bản.

- Về các thuật ngữ sử dụng trong Dự thảo

Điều 3 Dự thảo chưa giải thích cụ thể, rõ ràng một số thuật ngữ được sử dụng trong văn bản. Ví dụ, khoản 2 quy định "Nợ là nghĩa vụ về tài sản được thể hiện trong hợp đồng/thỏa thuận dân sự mà bên nợ phải trả cho chủ nợ". Vậy câu hỏi đặt ra: nghĩa vụ về quyền tài sản có được hiểu là nợ hay không? Câu hỏi này cần được làm rõ. Nợ được hình thành trên cơ sở một quan hệ hợp pháp sẽ mang đến cho chủ nợ một quyền vật chất - quyền tài sản, có thể xác định được giá trị (tính được bằng tiền), bên cạnh đó, lại có thể lưu thông như các hàng hóa thương mại khác. Như thế, nợ là một loại hàng hóa đặc biệt cần được nhận diện một cách rõ ràng. Hay như Dự thảo đưa ra khái niệm "*Kinh doanh dịch vụ mua bán nợ* là việc thực hiện liên tục một trong các hoạt động liên quan đến việc mua bán nợ nhằm mục đích sinh lợi, gồm: Hoạt động mua bán nợ, dịch vụ môi giới mua bán nợ, dịch vụ sàn giao dịch nợ và dịch vụ tư vấn mua bán nợ". Đây là khái niệm vừa diễn giải (vế thứ nhất), vừa liệt kê (vế thứ hai), nhưng được hiểu như một định nghĩa đóng (liệt kê đóng); có nghĩa chỉ những hoạt động được ghi nhận mới được hiểu là kinh doanh dịch vụ mua bán nợ. Tuy nhiên, trong điểm c khoản 1 Điều 9 có đề cập đến "hoạt động khác" và yêu cầu vốn tối thiểu là 10 tỷ đồng. Vậy "hoạt động khác" ở đây có được hiểu là hoạt động kinh doanh dịch vụ mua bán nợ hay không, cũng cần phải làm rõ.

- Về cách diễn đạt trong Dự thảo

Dự thảo sử dụng từ ngữ còn tùy tiện, tối nghĩa. Tác giả xin dẫn chứng: Điều 9 của Dự thảo quy định điều kiện về vốn pháp định; cách sử dụng từ ngữ tối nghĩa, làm người đọc không hiểu nội dung Dự thảo muốn đề cập đến điều kiện về vốn pháp định của doanh nghiệp hay đến nội dung kinh doanh. Không chỉ sử dụng từ ngữ chưa rõ mà tên các điều khoản cũng chưa phản ánh đúng nội dung quy định. Ví dụ, Điều 8 Dự thảo đề cập đến điều kiện về hình thức pháp lý của chủ thể kinh doanh dịch vụ mua bán nợ nhưng tên điều khoản lại là "thành lập doanh nghiệp". Tương tự, Điều 9 "Điều kiện về vốn pháp định" với nội dung quy định vốn điều lệ không được thấp hơn mức vốn pháp định của doanh nghiệp kinh doanh. Vốn pháp định là ngưỡng vốn do Nhà nước đặt ra đối với từng loại ngành nghề kinh doanh, đó không phải là vốn thật như vốn điều lệ của doanh nghiệp. Vì vậy, tên Điều 8, Điều 9 cần được sửa thành "Hình thức pháp lý của chủ thể kinh doanh dịch vụ mua bán nợ" và "Điều kiện về vốn". Việc sử dụng câu từ chưa rõ ràng, trong sáng, sử dụng dấu chấm, dấu phẩy không đúng dẫn đến cách hiểu sai lệch, đặc biệt liên quan đến tên điều.

- Về hình thức pháp lý của doanh nghiệp kinh doanh mua bán nợ

Điều 8 của Dự thảo yêu cầu tổ chức, cá nhân muốn thực hiện hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực này phải thành lập doanh nghiệp. Nói cách khác, chủ thể hoạt động kinh doanh dịch vụ mua bán nợ là doanh nghiệp. Câu hỏi đặt ra là: có cần quy định hình thức doanh nghiệp được phép tồn tại để kinh doanh dịch vụ mua bán nợ hay không. Luật Doanh nghiệp hiện hành quy định nhiều mô hình doanh nghiệp khác nhau, trong đó có doanh nghiệp tư nhân,

công ty hợp danh; công ty cổ phần, công ty trách nhiệm hữu hạn. Với các loại hình doanh nghiệp này, khả năng quản trị và tạo lập vốn, đặc biệt là mức độ và khả năng kiểm soát rủi ro trong hoạt động rất khác nhau. Đối với mô hình doanh nghiệp tư nhân, ngoài những vấn đề nêu trên, còn liên quan đến sự không tách bạch giữa tài sản của doanh nghiệp với tài sản của chủ doanh nghiệp. Tác giả cho rằng, dịch vụ mua bán nợ là đối tượng kinh doanh đặc thù, cần có hoạt động quản lý và điều hành với quy mô nhất định, vì vậy chỉ nên quy định công ty trách nhiệm hữu hạn, công ty cổ phần được thực hiện hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực này.

Bên cạnh đó, Dự thảo cũng chưa đề cập đến khả năng doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được thực hiện hoạt động kinh doanh dịch vụ mua bán nợ hay không; nếu có thì giới hạn ra sao? Những vấn đề trên cần được làm rõ. Mặc dù Luật Doanh nghiệp không phân biệt doanh nghiệp hình thành từ nguồn vốn trong nước hay doanh nghiệp có nguồn vốn đầu tư nước ngoài, nhưng trong lĩnh vực kinh doanh có điều kiện này yêu cầu về mức độ và giới hạn tham gia phải được quy định rõ ràng. Trước đây, việc bên nước ngoài tham gia vào hoạt động mua bán nợ tại Việt Nam đã được quy định tại Quyết định 59/2006/QĐ-NHNN ngày 21/12/2006 của Ngân hàng Nhà nước về việc ban hành Quy chế mua, bán nợ của các tổ chức tín dụng. Sau đó nội dung này được tiếp tục ghi nhận tại Thông tư 09/2015/TT-NHNN ngày 17/7/2015 quy định về hoạt động mua bán nợ của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài. Bên cạnh việc quy định bên bán nợ là tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, Thông tư còn xác định bên mua nợ

bao gồm cả trường hợp "tổ chức, cá nhân là người không cư trú". Vì vậy, có thể thấy, nhóm chủ thể có yếu tố nước ngoài là nhóm chủ thể tiềm năng nhưng cần được kiểm soát.

- Về điều kiện vốn tối thiểu

Điều 8 của Dự thảo đề cập "điều kiện về vốn pháp định" áp dụng đối với các nội dung kinh doanh dịch vụ mua bán nợ. Việc xác định vốn điều lệ tối thiểu cho hoạt động "kinh doanh khác" cần phải giải thích và làm rõ. Vậy, các doanh nghiệp đang tiến hành hoạt động kinh doanh trong lĩnh vực khác, nhưng có nhu cầu kinh doanh dịch vụ mua bán nợ, thì phần vốn điều lệ hiện hữu có được tính vào phần vốn tối thiểu theo Dự thảo hay không? Mặt khác, Điều 9 của Dự thảo chỉ đề cập đến vốn điều lệ mà chưa đề cập đến cơ cấu vốn điều lệ và vốn khả dụng (vốn chủ sở hữu có thể chuyển đổi được thành tiền trong vòng 90 ngày) và tỷ lệ vốn khả dụng. Nếu không quy định tại Nghị định thì văn bản nào sẽ quy định về vấn đề này (không có văn bản nào dưới Nghị định có thể quy định về điều kiện tài chính cho chủ thể kinh doanh)? Những nội dung này là quan trọng, quyết định khả năng tài chính của chủ thể kinh doanh nợ, vì vậy cần phải làm rõ và quy định rõ tỷ lệ vốn khả dụng trên tổng số vốn điều lệ thực có.

- Về một số nội dung khác trong Dự thảo

Đã là doanh nghiệp, thực hiện kinh doanh với mục tiêu sinh lời, trách nhiệm nộp thuế cho Nhà nước đã được khẳng định tại Hiến pháp và được xác nhận tại các Luật thuế cụ thể (quy định về chủ thể nộp thuế trong mỗi Luật thuế), vì vậy không cần thiết phải đề cập tại một văn bản có hiệu lực pháp lý thấp hơn và không điều chỉnh trực tiếp các quan hệ pháp luật thuế. Nói khác đi,

Điều 14 của Dự thảo quy định về "thực hiện nghĩa vụ thuế" không thực sự có ý nghĩa. Thêm nữa, nội dung "Bộ Tài chính quy định, hướng dẫn chính sách thuế..." là vượt thẩm quyền vì chỉ có Quốc hội mới có quyền quy định về nghĩa vụ thuế.

Nếu như Dự thảo có những quy định thừa, thì còn một số nội dung cần thiết lại chưa được đề cập (với giả định Dự thảo không chỉ quy định về điều kiện kinh doanh). Hình thức pháp lý quan trọng để xác nhận một giao dịch mua bán nợ là Hợp đồng mua bán nợ chỉ được đề cập duy nhất tại phần giải thích thuật ngữ mà không được ghi nhận trong các điều khoản cụ thể. Điều khoản về Hợp đồng mua bán nợ cần được diễn giải cụ thể hơn. Đây là lĩnh vực kinh doanh mới với cả bên kinh doanh mua bán nợ chuyên nghiệp và khách hàng của họ. Vì vậy, để đảm bảo lợi ích cho các chủ thể tham gia, đặc biệt là bảo vệ cho khách hàng, việc quy định cụ thể về Hợp đồng này là hết sức cần thiết. Ngoài ra, những yêu cầu phòng ngừa rủi ro cũng cần được cân nhắc bổ sung.

Do các khoản nợ được mua bán luôn tiềm ẩn yếu tố rủi ro về khả năng trả nợ, các tổ chức tín dụng đã phân định nợ đủ tiêu chuẩn và nợ dưới tiêu chuẩn (nợ xấu/nợ khó đòi). Tuy nhiên, ngay các khoản nợ đủ tiêu chuẩn (nợ có khả năng thu hồi đầy đủ đúng hạn cả gốc và lãi) cũng có thể chuyển thành nợ khó đòi (nợ xấu) trong ngắn hạn. Để giải quyết vấn đề này, pháp luật quy định các tổ chức tín dụng phải trích lập dự phòng rủi ro nghiêm ngặt. Thông thường, dự phòng tổn thất được tính bằng tiền trên từng khoản nợ,

sẵn sàng được bù đắp cho tổn thất có thể xảy ra. Dự thảo quy định cả việc mua nợ của các tổ chức không phải là tổ chức tín dụng sẽ tăng khả năng rủi ro tiềm ẩn hơn vì khoản nợ không được kiểm tra đánh giá thường xuyên như của tổ chức tín dụng. Với những phân tích trên, tác giả cho rằng việc phòng ngừa rủi ro cũng như các tỷ lệ dự phòng rủi ro trong hoạt động kinh doanh dịch vụ mua bán nợ cần phải được quy định tại Dự thảo.

- Về trình tự, thủ tục, hồ sơ

Hiện Dự thảo thiếu nội dung quy định về trình tự, thủ tục, hồ sơ đăng ký. Nhằm đảm bảo tính tôn nghiêm của pháp luật, Luật Đầu tư quy định rõ thủ tục đầu tư cho từng trường hợp cụ thể, chẳng hạn như Điều 17, Điều 26, Điều 33, Điều 35, Điều 37... Đối với những trường hợp còn lại, về hồ sơ và thủ tục, khoản 4 Điều 68 cũng không trao cho các Bộ và cơ quan ngang bộ thẩm quyền quy định về vấn đề này. Điều đó có nghĩa rằng trình tự, thủ tục hồ sơ để đăng ký xem xét điều kiện kinh doanh dịch vụ mua bán nợ cần phải được ghi nhận tại Dự thảo này mà không thể ở văn bản có hiệu lực pháp lý thấp hơn (như tại Thông tư 09/2015/TT-NHNN). Theo đó, Dự thảo cần bổ sung thêm nội dung về trình tự, thủ tục hồ sơ xin phép kinh doanh dịch vụ mua bán nợ và quy định về trách nhiệm tiếp nhận hồ sơ, cơ quan tiếp nhận hồ sơ đối với từng trường hợp: doanh nghiệp mua bán nợ trực thuộc ngân hàng thương mại; doanh nghiệp mua bán nợ không trực thuộc ngân hàng thương mại.