

THÔNG RA MỘT KỶ

4(360)

2018

NUM TH 47

TỔNG BIÊN TẬP

LQ MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TRQN VQN BIEN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. QAO TRQC
PGS.TS. BQI XUAN QQC
PGS.TS. PHQM HONG HQI
PGS.TS. TRQN QNH HQO
PGS.TS. HA THQMAI HIQN
PGS.TS. PHQM HQU NGHQ
PGS.TS. NGUYEN NHQ PHQT
PGS.TS. LQ MINH THANG
PGS.TS. NGUYEN TRUNG TQN
GS.TS. VQ KHQNH VINH
PGS.TS. QINH NGQC VQING

Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

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

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

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ

❖ MAI THỊ THÚY: Những điểm mới trong quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về các hình phạt đối với người phạm tội 3

❖ VÕ MINH KỲ – VÕ HỒNG PHƯƠNG: Quyền có người bào chữa và quyền im lặng trong phiên tòa tranh tụng 9

LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

❖ TRẦN PHƯƠNG THẢO: Sự tương thích giữa các nguyên tắc cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2015 và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 15

LUẬT KINH TẾ, LUẬT LAO ĐỘNG

❖ TÔ HỒNG DUNG: Pháp luật về nghĩa vụ công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước 21

❖ NGUYỄN THẾ ĐỨC TÂM – PHẠM ÁNH DƯƠNG: Bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo Công ước Viên 1980 27

❖ PHAN VŨ: Chết do làm việc quá sức (karōshi) ở Nhật Bản: Những vấn đề pháp lý và liên hệ với Việt Nam 35

LUẬT ĐẤT ĐAI, LUẬT MÔI TRƯỜNG

❖ NGÔ GIA HOÀNG: Hộ gia đình sử dụng đất theo Luật Đất đai năm 2013 46

❖ LÊ THỊ THU HẰNG: Bất cập trong các quy định về phương thức tính phí bảo vệ môi trường đối với nước thải công nghiệp 54

QUYỀN CON NGƯỜI

❖ NGUYỄN TIẾN ĐỨC: Giới hạn quyền con người trong Công ước Nhân quyền châu Âu và gợi mở cho Việt Nam 60

TƯ PHÁP QUỐC TẾ

❖ LÝ VĂN ANH: Vấn đề dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba trong tư pháp quốc tế 70

THÔNG TIN KHOA HỌC PHÁP LÝ

❖ DƯ NGỌC BÍCH: Phán quyết của Tòa Công lý châu Âu về dịch vụ Uber: Liên hệ với Việt Nam 77

MONTHLY ISSUE

4(360)

2018

47TH YEAR

EDITOR IN CHIEF

LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF

TRAN VAN BIEN

EDITORIAL BOARD

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

Office of the Editorial Board:

27 Tran Xuan Soan
Ha Noi

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ MAI THI THUY: New Issues of the Penal Code of 2015 (amended in 2017) on Sanctions for Offenders 3

❖ VO MINH KY – VO HONG PHUONG: Right to an Attorney and Right to Silence at an Adversarial Trial 9

CIVIL PROCEDURE LAW

❖ TRAN PHUONG THAO: Compatibility among the Basic Principles of the Civil Code of 2015 and Civil Procedure Code of 2015 15

ECONOMIC LAW, LABOUR LAW

❖ TO HONG DUNG: Law and Regulation on the Information Disclosure of State-owned Enterprises 21

❖ NGUYEN THE DUC TAM – PHAM ANH DUONG: Compensation for Loss of Profit under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980 27

❖ PHAN VU: Overwork Death (Karōshi) in Japan: Legal Issues and Implications for Vietnam 35

LAND LAW, ENVIRONMENT LAW

❖ NGO GIA HOANG: Households as Land Users under the Law on Land of 2013 46

❖ LE THI THU HANG: Shortcomings of Law and Regulation on Calculation of Environment Protection Fees for Industrial Wastewater 54

HUMAN RIGHTS

❖ NGUYEN TIEN DUC: Human Rights Limitation under the European Convention on Human Rights and Implications for Vietnam 60

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

❖ LY VAN ANH: Renvoi in Private International Law 70

LEGAL SCIENCE INFORMATION

❖ DU NGOC BICH: The Judgment of the Court of Justice of the European Union on Uber Service: Implications for Vietnam 77

NHỮNG ĐIỂM MỚI TRONG QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 (SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017) VỀ CÁC HÌNH PHẠT ĐỐI VỚI NGƯỜI PHẠM TỘI

*Mai Thị Thủy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những điểm mới trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về các hình phạt đối với người phạm tội; đồng thời đưa ra một số đánh giá về các quy định này.

Abstract: This paper analyses the new issues of the Penal Code of 2015 (amended in 2017) on sanctions for offenders. It then makes comments on those issues.

Các hình phạt đối với người phạm tội trong Phần thứ nhất (Những quy định chung) của Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)¹ được quy định tại Điều 32 và từ Điều 34 đến Điều 45. Bên cạnh việc kế thừa các quy định của BLHS năm 1999 thì BLHS năm 2015 cũng có những sửa đổi, bổ sung trong quy định về hình phạt áp dụng đối với người phạm tội theo hướng hạn chế áp dụng hình phạt tù; mở rộng phạm vi áp dụng hình phạt tiền, hình phạt cải tạo không giam giữ (CTKGG); đồng thời, hạn chế áp dụng và thi hành hình phạt tử hình trên tinh thần tiếp tục thể chế hóa chủ trương, chính sách của Đảng về cải cách tư pháp được ghi nhận tại Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 và Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 2/6/2005 của Bộ Chính trị. Ngoài ra, việc sửa đổi, bổ sung này cũng góp phần bảo đảm tính đồng bộ, khả thi và hiệu quả của hệ thống hình phạt.

Tương tự như BLHS năm 1999, BLHS năm 2015 vẫn quy định 7 hình phạt chính và 7 hình phạt bổ sung đối với người phạm tội². Trong đó, BLHS năm 2015 vẫn giữ

nguyên quy định về hình phạt cảnh cáo (Điều 34); trục xuất (Điều 37); tù chung thân (Điều 39)³; cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định (Điều 41); cấm cư trú (Điều 42)⁴; quản chế (Điều 43). Đồng thời, so với BLHS năm 1999 thì quy định của BLHS năm 2015 về các hình phạt đối với người phạm tội có những điểm mới sau:

BLHS năm 2015 kế thừa toàn bộ nội dung quy định tại Điều 28 BLHS năm 1999 và chỉ có hai sửa đổi mang tính kỹ thuật: Một là, sửa tên gọi của Điều 28 BLHS năm 1999 “Các hình phạt” thành “Các hình phạt đối với người phạm tội” để phân biệt với Điều 33 (Các hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội); hai là, Điều 32 BLHS năm 2015 thay cụm từ “Hình phạt bao gồm hình phạt chính và hình phạt bổ sung” theo Điều 28 BLHS năm 1999 thành các hình phạt chính và các hình phạt bổ sung. Xem: Điều 28 BLHS năm 1999 và Điều 32 BLHS năm 2015.

³ Xét về nội dung, Điều 39 BLHS năm 2015 quy định về hình phạt tù chung thân không có sửa đổi, bổ sung gì so với quy định tại Điều 34 BLHS năm 1999, nhưng xét về mặt kỹ thuật lập pháp thì Điều 39 BLHS năm 2015 thay cụm từ “người chưa thành niên” thành cụm từ “người dưới 18 tuổi”.

⁴ Xét về nội dung, Điều 42 BLHS năm 2015 quy định về hình phạt cấm cư trú vẫn giữ nguyên quy định như Điều 37 BLHS năm 1999, nhưng về mặt kỹ thuật lập pháp thì thay từ “và” thành từ “hoặc” để đúng với nội dung quy định của hình phạt “Cấm cư trú là buộc người bị kết án phạt tù không được tạm trú hoặc thường trú ở một số địa phương nhất định”.

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

¹ Sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015.

² Về các hình phạt đối với người phạm tội, Điều 32

1. Điểm mới về hình phạt tiền (Điều 35)

Phạt tiền vừa là hình phạt chính vừa là hình phạt bổ sung đối với người phạm tội. Đối với hình phạt bổ sung, khoản 2 Điều 35 BLHS năm 2015 kế thừa đầy đủ quy định tại khoản 2 Điều 30 BLHS năm 1999. Riêng phạt tiền là hình phạt chính áp dụng đối với người phạm tội có những sửa đổi, bổ sung mới sau:

- Mở rộng phạm vi áp dụng phạt tiền là hình phạt chính đối với người phạm tội, khoản 1 Điều 35 BLHS năm 2015 quy định:

“1. Phạt tiền được áp dụng là hình phạt chính đối với các trường hợp sau đây:

a) Người phạm tội ít nghiêm trọng, phạm tội nghiêm trọng do Bộ luật này quy định;

b) Người phạm tội rất nghiêm trọng 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 Bộ luật này quy định”.

So với quy định tại khoản 1 Điều 30 BLHS năm 1999 về hình phạt tiền⁵, khoản 1 Điều 35 BLHS năm 2015 đã mở rộng phạm vi áp dụng phạt tiền là hình phạt chính đối với người phạm tội. Cụ thể:

+ Mở rộng loại tội phạm để người phạm tội được áp dụng hình phạt tiền. Theo đó, phạt tiền là hình phạt chính không chỉ được áp dụng đối với người phạm tội ít nghiêm trọng như trong quy định tại Điều 30 BLHS năm 1999, mà còn được áp dụng đối với người phạm tội nghiêm trọng, tội rất nghiêm trọng.

⁵ Khoản 1 Điều 30 BLHS năm 1999 quy định: *“Phạt tiền được áp dụng là hình phạt chính đối với người phạm tội ít nghiêm trọng xâm phạm trật tự quản lý kinh tế, trật tự công cộng, trật tự quản lý hành chính và một số tội phạm khác do Bộ luật này quy định”.*

+ Điều 30 BLHS năm 1999 quy định giới hạn áp dụng hình phạt tiền là chỉ đối với người phạm tội ít nghiêm trọng thuộc các nhóm tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế, trật tự công cộng, trật tự quản lý hành chính và một số tội phạm khác do Bộ luật này quy định còn Điều 35 BLHS năm 2015 đã mở rộng giới hạn này theo hướng:

* Áp dụng phạt tiền là hình phạt chính không bị giới hạn về nhóm tội phạm; chỉ cần trong điều luật tương ứng có quy định phạt tiền là hình phạt chính thì người phạm tội có thể được áp dụng hình phạt tiền.

* Đối với người phạm tội rất nghiêm trọng giới hạn về nhóm tội phạm mà người phạm tội thực hiện để được áp dụng hình phạt tiền là một trong các nhóm 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 định⁶.

- Thay đổi một số từ, cụm từ tại khoản 3 Điều 35 BLHS năm 2015: Khoản 3 Điều 35 BLHS năm 2015 thay cụm từ *“tùy theo”* thành *“căn cứ vào”*, thay cụm từ *“nghiêm trọng”* thành *“nguy hiểm”*⁷. Việc thay đổi này là chính xác, phù hợp và đảm bảo sự thống nhất với các quy định khác trong BLHS. Để quyết định hình phạt tiền cũng như mức tiền phạt đối với người phạm tội, tòa án phải dựa vào các căn cứ quyết định hình phạt tại Điều 50 BLHS năm 2015 và một trong những căn cứ này là *“cân nhắc tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội”*⁸.

⁶ Điểm b khoản 1 Điều 35 BLHS năm 2015.

⁷ Khoản 3 Điều 30 BLHS năm 1999 quy định: *“Mức phạt tiền được quyết định tùy theo tính chất và mức độ nghiêm trọng của tội phạm được thực hiện, đồng thời...”*. Khoản 3 Điều 35 BLHS năm 2015 quy định: *“Mức tiền phạt được quyết định căn cứ vào tính chất và mức độ nguy hiểm của tội phạm, đồng thời...”*.

⁸ Xem Điều 50 BLHS năm 2015.

- Thể thức thi hành hình phạt tiền: Khoản 4 Điều 30 BLHS năm 1999 quy định: “*Tiền phạt có thể được nộp một lần hoặc nhiều lần trong thời hạn do tòa án quyết định trong bản án*”. Quy định này tạo điều kiện thuận lợi để người phạm tội có thể thi hành hình phạt tiền trên thực tế. Tuy nhiên, Điều 35 BLHS năm 2015 đã bỏ quy định này. Do đó, có thể thấy, bên cạnh điểm tiến bộ như mở rộng phạm vi quy định và áp dụng phạt tiền là hình phạt chính đối với người phạm tội thì việc BLHS năm 2015 bỏ quy định thể thức chấp hành hình phạt tiền là một hạn chế. Vì vậy, để đảm bảo việc thi hành hình phạt tiền cũng như để tránh tình trạng người bị kết án cố tình dây dưa, chây ì không chịu nộp phạt, làm giảm hiệu quả của hình phạt tiền trên thực tế, tác giả cho rằng Điều 35 BLHS năm 2015 cần bổ sung thêm khoản 5 để quy định về cách thức thi hành hình phạt tiền theo hướng tương tự như quy định tại khoản 4 Điều 30 BLHS năm 1999. Ngoài ra, cũng như Điều 30 BLHS năm 1999, Điều 35 BLHS năm 2015 vẫn còn thiếu vắng cơ chế đảm bảo cho việc thi hành hình phạt tiền trên thực tế trong trường hợp người phạm tội cố tình chây ì, không chịu nộp phạt.

2. Điểm mới về hình phạt cải tạo không giam giữ (Điều 36)

- Thứ nhất, BLHS năm 2015 mở rộng phạm vi áp dụng hình phạt CTKGG đối với người phạm tội: BLHS năm 1999 không có quy định riêng về việc áp dụng hình phạt CTKGG cho người dưới 18 tuổi phạm tội. Do đó, điều kiện để được áp dụng hình phạt CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm tội sẽ như người từ đủ 18 tuổi trở lên phạm tội. Cụ thể, một trong những điều kiện để được áp dụng hình phạt CTKGG là loại tội phạm mà người phạm tội thực hiện phải là tội ít nghiêm trọng hoặc tội phạm nghiêm

trọng⁹. Đồng thời, căn cứ vào quy định tuổi chịu trách nhiệm hình sự (TNHS) tại Điều 12 BLHS năm 1999¹⁰ có thể thấy, hình phạt CTKGG chỉ có thể được áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi phạm tội trở lên mà không được áp dụng đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội. Điều này đã thu hẹp phạm vi được áp dụng hình phạt CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Khắc phục hạn chế này, khoản 1 Điều 100 BLHS năm 2015 đã mở rộng phạm vi áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội hình phạt CTKGG:

+ Đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi: Bên cạnh điều kiện về loại tội phạm mà họ thực hiện phải là tội ít nghiêm trọng, tội nghiêm trọng (tương tự như người từ đủ 18 tuổi trở lên phạm tội) thì còn mở rộng ra cả đối với trường hợp phạm tội rất nghiêm trọng với lỗi vô ý.

+ Đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thì loại tội phạm mà họ thực hiện là tội rất nghiêm trọng¹¹.

- Thứ hai, thay thế cụm từ “*nơi thường trú*” thành “*nơi cư trú*” tại khoản 1 và khoản 2 Điều 36 BLHS năm 2015: Nếu khoản 1 Điều 31 BLHS năm 1999 quy định một trong những điều kiện để người phạm tội có thể được áp dụng hình phạt CTKGG là “*đang có nơi làm việc ổn định hoặc có nơi thường trú rõ ràng*” thì khoản 1 Điều 36 BLHS năm 2015 đã sửa đổi thành “*đang có nơi làm việc ổn định hoặc có nơi cư trú*”

⁹ Xem khoản 1 Điều 31 BLHS năm 1999.

¹⁰ Điều 12 BLHS năm 1999 quy định:

“1. Người từ đủ 16 tuổi trở lên phải chịu TNHS về mọi tội phạm.

2. Người từ đủ 14 tuổi trở lên, nhưng chưa đủ 16 tuổi phải chịu TNHS về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng”.

¹¹ Xem khoản 2 Điều 12 BLHS năm 2015 quy định về tuổi chịu TNHS.

rõ ràng”. Việc thay cụm từ “*nơi thường trú*” thành “*nơi cư trú*” đã tạo ra sự thống nhất cũng như thuận lợi trong việc giám sát, cải tạo, giáo dục người bị kết án CTKGG. Bởi theo quy định tại khoản 1 Điều 12 Luật Cư trú năm 2006 (sửa đổi, bổ sung năm 2013) thì: “*Nơi cư trú của công dân là chỗ ở hợp pháp mà người đó thường xuyên sinh sống. Nơi cư trú của công dân là nơi thường trú hoặc nơi tạm trú...*”.

Thực tế cho thấy, nơi thường trú và nơi cư trú của một công dân không thống nhất với nhau. Trong khi, đặc thù của hình phạt CTKGG là người phạm tội không bị cách ly khỏi môi trường sống bình thường mà vẫn có thể tự cải tạo, giáo dục với sự giám sát, giúp đỡ của cơ quan, tổ chức nơi họ làm việc hoặc chính quyền địa phương nơi họ sinh sống. Do đó, vấn đề đặt ra là nếu người phạm tội có nơi thường trú rõ ràng, nhưng không thường xuyên ở đó mà lại thường xuyên sinh sống tại nơi tạm trú thì tòa án có thể áp dụng hình phạt CTKGG đối với họ hay không? Chính quyền nơi thường trú hay nơi tạm trú sẽ giám sát, giáo dục người phạm tội? Mặt khác, nếu khoản 1 Điều 31 BLHS năm 1999 đòi hỏi điều kiện người phạm tội phải có nơi thường trú rõ ràng thì tòa án sẽ rất khó áp dụng hình phạt CTKGG cho người nước ngoài và người không quốc tịch phạm tội. Đồng thời, tương tự khoản 1, khoản 2 Điều 36 BLHS năm 2015 cũng thay đổi cụm từ “*nơi thường trú*” thành “*nơi cư trú*” tương ứng.

- Thứ ba, sửa đổi thuật ngữ tại khoản 2 Điều 36 BLHS năm 2015: Khi quy định về thể thức chấp hành hình phạt CTKGG, nếu khoản 2 Điều 31 BLHS năm 1999 sử dụng thuật ngữ “*chính quyền địa phương*” thì khoản 2 Điều 36 BLHS năm 2015 đã thay thế bằng cụm từ “*Ủy ban nhân dân cấp xã*”. Việc sửa đổi này tại khoản 2 Điều 36

BLHS năm 2015 đã xác định cụ thể chủ thể thi hành hình phạt CTKGG.

- Thứ tư, quy định bổ sung đối tượng được miễn nghĩa vụ khấu trừ thu nhập để sung quỹ nhà nước: Ngoài hạn chế tự do của người phạm tội thì hình phạt CTKGG còn tước bỏ một phần tài sản của họ thông qua quy định khấu trừ một phần thu nhập từ 5% đến 20% để sung quỹ nhà nước. Bên cạnh quy định “*Trong trường hợp đặc biệt, tòa án có thể cho miễn việc khấu trừ thu nhập, nhưng phải ghi rõ lý do trong bản án*” (như khoản 3 Điều 31 BLHS năm 1999), khoản 3 Điều 36 BLHS năm 2015 còn quy định bổ sung “*Không khấu trừ thu nhập đối với người chấp hành án là người đang thực hiện nghĩa vụ quân sự*”. Quy định này là phù hợp bởi người chấp hành án là người đang thực hiện nghĩa vụ quân sự không có thu nhập hàng tháng mà chỉ có một khoản phụ cấp tiêu vật để phục vụ cho nhu cầu sinh hoạt cá nhân.

- Thứ năm, cách thức khấu trừ thu nhập của người bị kết án CTKGG: Khoản 3 Điều 31 BLHS năm 1999 chỉ quy định khấu trừ thu nhập từ 5% đến 20% của người bị kết án để sung quỹ nhà nước mà không quy định cách thức khấu trừ là thu nhập hàng tháng, hàng năm của người phạm tội hay trong suốt thời gian người bị kết án chấp hành hình phạt. Đồng thời, khoản 3 Điều 31 BLHS năm 1999 cũng không quy định rõ là khấu trừ một lần hay nhiều lần. Tuy nhiên, khoản 3 Điều 36 BLHS năm 2015 đã khắc phục được hạn chế này khi bổ sung quy định cách thức khấu trừ thu nhập đối với người bị kết án CTKGG được thực hiện hàng tháng “*Việc khấu trừ thu nhập được thực hiện hàng tháng*”.

- Thứ sáu, bổ sung nghĩa vụ thực hiện một số công việc lao động phục vụ cộng

đồng trong thời gian CTKGG: Để tăng tính giáo dục, cải tạo của hình phạt CTKGG, khoản 4 Điều 36 BLHS năm 2015 quy định, người bị phạt CTKGG không có việc làm hoặc bị mất việc làm trong thời gian chấp hành hình phạt CTKGG thì phải thực hiện một số công việc lao động phục vụ cộng đồng trong một thời hạn nhất định. Đồng thời, khoản 4 Điều 36 BLHS năm 2015 cũng xác định cụ thể thời gian lao động phục vụ cộng đồng là không quá 4 giờ trong một ngày và không quá 5 ngày trong một tuần. Bên cạnh đó, xuất phát từ nguyên tắc nhân đạo, điều luật cũng quy định rõ không áp dụng biện pháp lao động phục vụ cộng đồng đối phụ nữ đang có thai hoặc đang nuôi con dưới 06 tháng tuổi, người già yếu, người bị bệnh hiểm nghèo, người khuyết tật nặng hoặc khuyết tật đặc biệt nặng.

- Thứ bảy, Điều 31 BLHS năm 1999 chỉ quy định nghĩa vụ khấu trừ thu nhập và một số nghĩa vụ theo quy định về CTKGG thì khoản 4 Điều 36 BLHS năm 2015 còn bổ sung thêm quy định về nghĩa vụ của người bị kết án CTKGG ngay trong điều luật: *“Người bị kết án CTKGG phải thực hiện những nghĩa vụ quy định tại Luật Thi hành án hình sự”*.

- Thứ tám, thời hạn CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong trường hợp tổng hợp hình phạt: BLHS năm 2015 bên cạnh việc kế thừa quy định của BLHS năm 1999 về thời hạn CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm một tội là không quá một phần hai thời hạn mà điều luật quy định – tức không quá 1 năm 6 tháng CTKGG¹² thì còn có một điểm mới tiến bộ hơn so với BLHS năm 1999 khi quy định về thời hạn của hình phạt CTKGG đối với

người dưới 18 tuổi trong trường hợp phạm nhiều tội và có nhiều bản án¹³. Theo đó, trong trường hợp phạm nhiều tội, khoản 1 Điều 103 BLHS năm 2015 quy định: *“Nếu hình phạt chung là CTKGG thì mức hình phạt cao nhất được áp dụng không quá 3 năm”* và trong trường hợp tổng hợp hình phạt CTKGG đối với người dưới 18 tuổi có nhiều bản án được quy định tại Điều 104: *“Hình phạt chung không được vượt quá mức hình phạt cao nhất quy định tại Điều 103 của Bộ luật này”*.

Bên cạnh những điểm mới tiến bộ trên, có thể thấy, tương tự như BLHS năm 1999, BLHS năm 2015 cũng như Luật Thi hành án hình sự năm 2010 chưa có quy định về việc xử lý người bị kết án CTKGG cố tình trốn tránh việc chấp hành án. Chính việc thiếu cơ chế để xử lý người chấp hành án vi phạm nghĩa vụ trong quá trình chấp hành án đã phần nào làm giảm hiệu quả của hình phạt CTKGG trên thực tế.

3. Điểm mới về hình phạt tù có thời hạn (Điều 38)

- Thứ nhất, khái niệm hình phạt tù có thời hạn: Nếu Điều 33 BLHS năm 1999 quy định *“Tù có thời hạn là buộc người bị kết án phải chấp hành hình phạt tại trại giam trong một thời hạn nhất định”* thì Điều 38 BLHS năm 2015 được sửa đổi thành *“Tù có thời hạn là buộc người bị kết án phải chấp hành hình phạt tại cơ sở giam giữ trong một thời hạn nhất định”*. Việc thay cụm từ *“trại giam”* thành *“cơ sở giam giữ”* trong định nghĩa về hình phạt tù có thời hạn là hoàn toàn phù hợp với quy định của Luật Thi hành án hình sự cũng như thực tiễn tổ

¹² Xem Điều 73 BLHS năm 1999, khoản 2 Điều 100 BLHS năm 2015.

¹³ BLHS năm 1999 không quy định về tổng hợp hình phạt CTKGG trong trường hợp người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội và có nhiều bản án.

chức thi hành án phạt tù của nước ta¹⁴. Bởi theo quy định của Luật Thi hành án hình sự, việc thi hành hình phạt tù có thời hạn không chỉ là buộc người bị kết án phải chấp hành hình phạt tại trại giam như quy định của BLHS năm 1999, mà còn bao hàm cả trường hợp buộc người bị kết án phải chấp hành hình phạt tại cơ sở giam giữ khác như trại tạm giam, nhà tạm giữ.

- Thứ hai, thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tù có thời hạn: Khoản 2 Điều 38 BLHS năm 2015 đã thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt tù có thời hạn theo hướng không áp dụng hình phạt tù có thời hạn đối với người lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng do vô ý và có nơi cư trú rõ ràng. Quy định này tại khoản 2 Điều 38 BLHS năm 2015 là sự cụ thể hóa của chủ trương được nêu tại Nghị quyết số 48-NQ/TW và Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị: "*Đề cao hiệu quả phòng ngừa và tính hướng thiện trong việc xử lý người phạm tội. Giảm hình phạt tù, mở rộng áp dụng hình phạt tiền, hình phạt cải tạo không giam giữ đối với một số loại tội phạm*".

4. Điểm mới về hình phạt tử hình (Điều 40)

Điều 40 BLHS năm 2015 quy định về hình phạt tử hình bên cạnh kế thừa quy định tại Điều 35 BLHS năm 1999 thì còn có những sửa đổi, bổ sung với chủ trương hạn chế quy định, áp dụng và thi hành hình phạt tử hình đối với người phạm tội:

- Về giới hạn các nhóm tội phạm bị áp dụng hình phạt tử hình: Khoản 1 Điều 40 BLHS năm 2015 tiếp tục khẳng định tử hình là hình phạt đặc biệt chỉ áp dụng đối với người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng như Điều 35 BLHS năm 1999, đồng thời bổ sung thêm quy định xác định rõ phạm vi áp

dụng hình phạt tử hình cho các nhóm tội phạm cụ thể. Theo đó, khoản 1 Điều 40 BLHS năm 2015 quy định chỉ có thể áp dụng hình phạt tử hình đối với năm nhóm tội phạm là các tội xâm phạm an ninh quốc gia, các tội xâm phạm tính mạng con người, các tội phạm về ma túy, các tội phạm tham nhũng và một số tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác do BLHS quy định.

- Về bổ sung đối tượng không bị áp dụng hình phạt tử hình: Bên cạnh việc 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 như Điều 35 BLHS năm 1999 thì khoản 2 Điều 40 BLHS năm 2015 bổ sung thêm đối tượng không bị áp dụng hình phạt tử hình là đối với "*người đủ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử*".

- Về bổ sung đối tượng không bị thi hành án tử hình: Ngoài quy định không thi hành án tử hình đối với phụ nữ có thai, phụ nữ đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi như BLHS năm 1999, khoản 3 Điều 40 BLHS năm 2015 bổ sung thêm quy định không thi hành án tử hình đối với người đủ 75 tuổi trở lên; người bị kết án tử hình về Tội tham ô tài sản hoặc Tội nhận hối lộ nếu 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 (điểm b và điểm c khoản 3 Điều 40 BLHS năm 2015). Trong trường hợp này, hình phạt tử hình được chuyển thành tù chung thân.

5. Điểm mới về hình phạt tước một số quyền công dân (Điều 44)

Bên cạnh việc kế thừa Điều 39 BLHS năm 1999, Điều 44 BLHS năm 2015 khi quy

(Xem tiếp trang 20)

¹⁴ Xem Điều 26 Luật Thi hành án hình sự năm 2010.

QUYỀN CÓ NGƯỜI BÀO CHỮA VÀ QUYỀN IM LẶNG TRONG PHIÊN TÒA TRANH TỤNG

Võ Minh Kỳ*

Võ Hồng Phụng**

Tóm tắt: Bài viết giới thiệu về nguồn gốc và đặc trưng cơ bản của phiên tòa tranh tụng trong mối liên hệ với quyền có người bào chữa và quyền im lặng; phân tích pháp luật Việt Nam về vấn đề này, từ đó, đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This paper introduces the origin and main characters of an adversarial trial in connection with right to an attorney and right to silence. It then analyses Vietnamese law on this issue and makes recommendations to improve the law.

1. Tổ tụng tranh tụng: Nguồn gốc và đặc trưng cơ bản

Tổ tụng tranh tụng (adversarial trial) cùng với tổ tụng thẩm vấn (inquisitorial trial) là hai hệ thống tổ tụng hình sự cơ bản trên thế giới. Hiện nay, hầu như không có một quốc gia nào theo một mô hình tổ tụng thuần tranh tụng hoặc thuần thẩm vấn, mà đều có sự pha trộn giữa hai mô hình này với sự chiếm ưu thế của một mô hình nhất định¹. Về cơ bản, các nước theo hệ thống thông luật (common law) thường theo đuổi nhiều đặc điểm của tổ tụng tranh tụng, trong khi tổ tụng thẩm vấn thường chiếm ưu thế ở các nước theo hệ thống dân luật (civil law)².

Sự xuất hiện của hệ thống tổ tụng tranh tụng có nguồn gốc sơ khởi từ nước Anh vào thế kỷ XVI, với sự khởi đầu là những phiên

tòa không có luật sư (lawyer-free criminal trial), hay còn được mô tả là những “cuộc cãi vã” (altercation). Trong những phiên tòa này, cả bên buộc tội và bên bị buộc tội đều không được đại diện bởi các luật sư chuyên nghiệp, mà họ phải tự đứng tại tòa để bảo vệ cho lý lẽ của mình³. Tuy nhiên, tại các phiên tòa về tội phản quốc (treason trials), bên buộc tội của Hoàng gia được đại diện bởi các luật sư chuyên nghiệp, ngược lại, bên bị buộc tội lại không có quyền tham vấn các luật sư trong quá trình tố tụng. Chính vì điều này đã dấy lên những lo ngại về tính công bằng trong phiên tòa. Do đó, Đạo luật năm 1696 về phiên tòa xét xử tội phản quốc năm 1696 - Treason Trial Act đã cho phép những bị cáo trong các phiên tòa này được quyền tham vấn luật sư trong tố tụng. Điều này tạo nên sự công bằng giữa hai bên trong phiên tòa, và lập nên mô hình sơ khai của phiên tòa tranh tụng⁴.

Sự xuất hiện của luật sư chuyên nghiệp đại diện cho hai bên buộc tội và gỡ tội trong các phiên tòa về tội phản quốc đã mở ra cơ hội tiếp cận các phiên tòa xét xử các tội phạm thông thường của các luật sư chuyên

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

** ThS., Trường Đại học Cần Thơ.

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

² LawTeacher, *Inquisitorial And Adversarial System Of Law*, <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/constitutional-law/inquisitorial-and-adversarial-system-of-law-constitutional-law-essay.php>, truy cập 10/12/2017.

³ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, Oxford University Press, 2003, p.10-13.

⁴ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p.98-99.

nghiệp. Theo thời gian, các thẩm phán cũng dần chấp nhận sự xuất hiện của luật sư chuyên nghiệp đại diện cho cả hai bên trong các phiên tòa này. Đầu tiên là các phiên tòa xét xử trọng tội (felony), sau đó dần mở rộng đến tất cả các loại tội phạm⁵. Đến cuối thế kỷ XVIII, mô hình phiên tòa tranh tụng tại Anh đã bắt đầu hoàn thiện với nhiều đặc điểm tương đồng với phiên tòa tranh tụng hiện đại.

Như vậy, một cách khái quát, tố tụng tranh tụng được hiểu là một cuộc đấu tại phiên tòa giữa hai bên (buộc tội và gỡ tội) và mỗi bên đều có quyền và cơ hội ngang nhau trong việc trình bày ý kiến và đưa ra chứng cứ cho Tòa án xem xét⁶. Theo đó, yếu tố quan trọng nhất của tố tụng tranh tụng là sự cân bằng giữa bên buộc tội và bên bào chữa trong việc tìm kiếm và trình bày chứng cứ cho luận điểm của mình. Sự cân bằng này không chỉ đòi hỏi sự bình đẳng về quyền và nghĩa vụ pháp lý của mỗi bên, mà còn đòi hỏi trình độ, kiến thức, kỹ năng của các bên cũng phải tương đồng. Trong mô hình này, nhiệm vụ thu thập, trình bày chứng cứ tại phiên tòa hoàn toàn thuộc về phía công tố (công tố viên) và phía bào chữa (người bào chữa). Thẩm phán và hội thẩm (hoặc bồi thẩm đoàn) chỉ đóng vai trò bị động, là một trọng tài để nghe và xem xét chứng cứ giữa các bên và đưa ra phán quyết, chứ không tham gia đến quá trình tìm kiếm chứng cứ để chứng minh sự thật.

Có thể thấy rằng, công lý là mục tiêu hướng đến của mọi hệ thống tố tụng hình sự, bao gồm tố tụng tranh tụng và tố tụng thẩm vấn. Tuy nhiên, khái niệm công lý trong mỗi

hệ thống lại có sự khác biệt nhất định. Trong hệ thống tố tụng thẩm vấn, công lý hướng đến việc làm rõ sự thật khách quan của vụ án, kẻ phạm tội bị trừng phạt, cũng như người vô tội được tự do. Ngược lại, trong quan điểm của tố tụng tranh tụng, công lý chỉ đạt được khi hai bên (buộc tội và gỡ tội) được trao vị trí bình đẳng để chứng minh lý lẽ của mình⁷. Còn việc tìm ra sự thật của vụ án không phải là mục tiêu cuối cùng của tố tụng tranh tụng, mà đó chỉ là một sản phẩm phụ (byproduct), sẽ đương nhiên xuất hiện khi hai bên: Bên buộc tội và gỡ tội thực hiện quyền của mình trong phiên tòa⁸.

Tóm lại, từ cơ sở nguồn gốc của tố tụng tranh tụng, sự bình đẳng về địa vị pháp lý giữa hai bên buộc tội và gỡ tội là nền tảng, đặc trưng cơ bản nhất của tố tụng tranh tụng.

2. Quyền có người bào chữa và quyền im lặng trong tố tụng tranh tụng

Từ đặc trưng của tố tụng tranh tụng là sự cân bằng giữa hai bên buộc tội và gỡ tội, quyền có người bào chữa của bị cáo có thể xem là một thành tố không thể thiếu của hệ thống này. Ngày nay, quyền buộc tội được gắn chặt với quyền lực nhà nước, trở thành quyền công tố, được thực thi bởi những công tố viên (kiểm sát viên) có trình độ, kiến thức và kinh nghiệm trong lĩnh vực pháp lý. Có thể nói, đại diện quyền lực nhà nước thực hiện quyền công tố là những luật sư chuyên nghiệp.

Để có thể cân bằng với sự chuyên nghiệp của bên buộc tội, quyền có người bào chữa của người bị buộc tội đã được ghi nhận như là một quyền con người cơ bản tại

⁵ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p.106.

⁶ Black's Law Dictionary, What is Adversarial Trial, <http://thelawdictionary.org/adversary-trial/>, truy cập 12/12/2017.

⁷ Hans F.M. Crombag, *Adversarial or Inquisitorial: Do we have a choice?*, in Perter J. van Koppen & Steven D. Penrod, *Adversarial versus Inquisitorial Justice*, p.23-24.

⁸ John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, p.333.

các nước theo hệ thống tố tụng tranh tụng⁹. Theo đó, nếu một người bị đưa vào một quy trình tố tụng hình sự, thì anh ta có quyền tham vấn với người bào chữa (thường là luật sư) vào bất kỳ lúc nào của quy trình tố tụng. Mặt khác, nếu người đó không đủ khả năng tài chính để tự thuê một luật sư, thì nhà nước có nghĩa vụ phải chỉ định một luật sư để hỗ trợ pháp lý cho người đó. Như vậy, bằng việc tự thuê hoặc được nhà nước hỗ trợ thì người bị buộc tội đều có quyền được tham vấn và đại diện bởi một luật sư chuyên nghiệp để bình đẳng với bên công tố.

Quyền im lặng cũng đóng một vai trò quan trọng trong việc duy trì sự cân bằng giữa hai bên buộc tội và gỡ tội trong phiên tòa tranh tụng. Tối cao pháp viện Hoa Kỳ từng đánh giá rằng, quyền không tự buộc tội là một trụ cột cần thiết (essential mainstay) của hệ thống tố tụng tranh tụng¹⁰. Về mặt lý luận, quyền không tự buộc tội được xem là quyền im lặng theo nghĩa hẹp¹¹.

Vai trò của quyền im lặng trong phiên tòa tranh tụng thể hiện ở chỗ quyền này bảo đảm rằng bị cáo, người ở vị thế yếu hơn cả về địa vị pháp lý cũng như kiến thức pháp luật so với đại diện bên buộc tội, có thể ở vị trí bị động hoàn toàn mà không phải đưa ra bất kỳ lời bào chữa hoặc lời khai nào tiềm ẩn rủi ro buộc tội chính mình. Từ đó, việc

gỡ tội chỉ là công việc của người bào chữa, và thiết lập nên vị thế bình đẳng giữa bên gỡ tội và bên buộc tội trong phiên tòa hình sự. Mặt khác, trong mối quan hệ với nguyên tắc suy đoán vô tội thì quyền im lặng đặt ra trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về cơ quan tiến hành tố tụng còn bị cáo có quyền nhưng không buộc phải chứng minh là mình vô tội¹².

Mối liên hệ giữa quyền có người bào chữa và quyền im lặng là mối quan hệ mang tính chất tương hỗ, một quyền không thể được thực hiện tốt nếu thiếu vắng quyền còn lại và chúng cùng nhau góp phần tạo nên phiên tòa tranh tụng. Một mặt, quyền có người bào chữa là điều kiện cần phải có để quyền im lặng có thể thực hiện hiệu quả, bởi lẽ trong một phiên tòa không có người bào chữa và bị cáo phải tự bào chữa, thì sự im lặng của bị cáo chẳng khác nào là sự từ bỏ mọi cơ hội bào chữa cho bản thân trước sự buộc tội. Với sự hiện diện của người bào chữa tại phiên tòa, người bị buộc tội mới có thể thực hiện quyền im lặng của mình và giao toàn bộ việc bào chữa cho luật sư biện hộ¹³. Ở chiều ngược lại, quyền có người bào chữa có thể sẽ trở nên vô nghĩa nếu bị cáo không có quyền giữ im lặng. Bởi lẽ, quyền có người bào chữa là nhằm tạo nên sự cân bằng giữa hai bên buộc tội và gỡ tội, nếu người bị buộc tội có nghĩa vụ nhận tội hoặc khai báo về các thông tin bất lợi thì sự cân bằng đó vốn dĩ đã không còn ngay từ đầu, sự tham gia của người bào chữa cũng không mang lại nhiều tác dụng.

⁹ Tu chính án thứ 6 của Hiến pháp Hoa Kỳ; Điều 37 Hiến pháp Nhật Bản đều đảm bảo quyền có người bào chữa, nếu người đó không thể tự thuê người bào chữa thì nhà nước sẽ chỉ định và chịu chi phí cho công việc bào chữa đó.

¹⁰ Nguyên văn: “*The privilege against self-incrimination-the essential mainstay of our adversary system-...*”. Tham khảo tại án lệ Miranda v. Arizona, 384 US 436 (1966), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/case.html>, truy cập 16/12/2017.

¹¹ Xem thêm: Võ Minh Kỳ, *Quyền im lặng và hành vi tự buộc tội trong tố tụng hình sự: Cách tiếp cận của Hoa Kỳ và kinh nghiệm cho Việt Nam*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2017, số 9 (353), tr.27-32.

¹² Nguyễn Võ Linh Giang, *Quyền im lặng trong tố tụng hình sự*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2016, số 12 (344), tr. 3-6.

¹³ Xem: R. H. Helmholz, Charles M. Gray, John H. Langbein, Eben Moglen, Henry E. Smith and Albert W. Alschuler, *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1997, p.83.

Như vậy, trong một phiên tòa tranh tụng, quyền có người bào chữa và quyền im lặng là hai yếu tố cần phải có. Đồng thời, đây cũng là hai quyền có mối quan hệ hỗ trợ, tương hỗ lẫn nhau. Sự thiếu vắng một trong hai quyền trên sẽ không thể tạo nên một phiên tòa tranh tụng như ý nghĩa của nó.

3. Quyền có người bào chữa và quyền im lặng trong phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam

Tại Việt Nam, Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 (Bộ luật TTHS 2015) lần đầu tiên ghi nhận nguyên tắc “tranh tụng trong xét xử được bảo đảm” như là một trong các nguyên tắc cơ bản của tố tụng hình sự¹⁴. Theo đó, phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam đã bổ sung những quy định nhằm tập trung vào hai yếu tố là sự bình đẳng giữa công tố - bào chữa, và sự chú trọng vào diễn biến tại phiên tòa hơn là những gì được thể hiện trong hồ sơ vụ án. Thứ nhất, phía công tố và phía bào chữa đều có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ, đưa ra yêu cầu để làm rõ sự thật khách quan của vụ án. Đồng thời, Bộ luật TTHS 2015 cũng ghi nhận quyền thu thập và giới thiệu chứng cứ của người bào chữa¹⁵. Thứ hai, đối với sự chú trọng vào diễn biến phiên tòa, Điều 26 Bộ luật TTHS 2015 quy định bản án, quyết định của tòa án phải “căn cứ vào kết quả kiểm tra, đánh giá chứng cứ và kết quả tranh tụng tại phiên tòa”, tức sự kiểm tra đánh giá chứng cứ và sự tranh tụng tại phiên tòa là cơ sở chính yếu của bản án chứ không chỉ là các chứng cứ có trong hồ sơ đã được thu thập trong giai đoạn điều tra, truy tố.

Mặt khác, quyền im lặng và quyền có người bào chữa tại phiên tòa cũng đã được ghi nhận. Theo đó, bị cáo tại phiên tòa có

quyền “tự bào chữa, hoặc nhờ người bào chữa” và quyền “không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội”¹⁶.

Đối với quyền có người bào chữa, tại Việt Nam cũng như tại nhiều nước, đây là quyền một quyền mang tính chất lựa chọn. Có nghĩa là, bị cáo có thể lựa chọn giữa việc tự bào chữa hoặc nhờ người khác bào chữa. Vấn đề là nếu tại các nước sự lựa chọn chỉ đơn thuần do ý chí cá nhân của bị cáo quyết định, thì tại Việt Nam tình trạng tài chính của bị cáo có thể ảnh hưởng đến quyết định này. Nói cách khác, những bị cáo không đủ tài lực để thuê dịch vụ từ luật sư sẽ buộc phải tự mình bào chữa. Chỉ một số ít trường hợp mà bị cáo được chỉ định người bào chữa bởi cơ quan tố tụng¹⁷. Hệ quả là trên thực tế, chỉ có khoảng 20% số lượng các vụ án được xét xử có sự tham gia của người bào chữa¹⁸. Điều này đồng nghĩa với việc hơn 80% các phiên tòa, bên buộc tội được đại diện bởi những kiểm sát viên có kiến

¹⁶ Điều g, điểm h khoản 2 Điều 61 Bộ luật TTHS 2015.

¹⁷ Khoản 1 Điều 76 Bộ luật TTHS 2015 quy định chỉ trong hai trường hợp cụ thể mà Nhà nước chỉ định người bào chữa. Một, bị cáo bị xét xử về tội mà khung hình phạt cao nhất là 20 năm tù, chung thân hoặc tử hình. Hai, người bị buộc tội có nhược điểm về thể chất, về tinh thần, hoặc người dưới 18 tuổi. So với Bộ luật TTHS 2003, Bộ luật mới chỉ bổ sung trường hợp là bị cáo bị xét xử về tội mà khung hình phạt cao nhất là 20 năm tù hoặc chung thân.

¹⁸ Lê Hữu Thế, Đỗ Văn Dương, Nguyễn Thị Thủy, *Những vấn đề lý luận và thực tiễn cấp bách của việc đổi mới thủ tục tố tụng hình sự đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2013, tr.177.

Một thống kê khác của Hội đồng nhân quyền Liên hợp quốc đưa ra số liệu đáng lo ngại hơn khi chỉ có khoảng 9% đến 11% số người bị buộc tội được đại diện bởi người bào chữa. Xem thêm tại Universal Periodic Review - Vietnam, *Compilation of UN Information*, 2014, paragraph 47, page 9, accessed 29 August 2017, <http://www.ohchr.org/EN/HRBoD/UPR/Pages/VNIndex.aspx>.

¹⁴ Điều 26 Bộ luật TTHS 2015.

¹⁵ Điều 73 Bộ luật TTHS 2015.

thức và kinh nghiệm pháp lý, còn phía bên kia chỉ là những bị cáo không hiểu biết nhiều về pháp luật. Nếu tình trạng này tiếp diễn thì khó có thể coi những phiên tòa tại Việt Nam là phiên tòa tranh tụng.

Đối với quyền im lặng, xét về mặt câu chữ, bị cáo chỉ có quyền không tự buộc tội chứ không phải một quyền im lặng tuyệt đối. Có nghĩa là, bị cáo chỉ có thể từ chối trả lời những câu hỏi mà câu trả lời có khả năng chống lại họ, còn những câu hỏi khác thì bị cáo không được phép giữ im lặng. Vấn đề ở đây là, luật quy định bị cáo có quyền từ chối đưa ra lời khai chống lại mình, nhưng lại không quy định về quy trình xác định loại câu trả lời nào có thể tiềm ẩn những thông tin bất lợi để làm căn cứ cho sự từ chối. Sự mập mờ có thể dẫn đến hai xu hướng áp dụng trong xét xử.

Xu hướng thứ nhất, đã có tiền lệ, là đương nhiên chấp nhận mọi câu trả lời mà bị cáo từ chối đều chứa đựng thông tin bất lợi, tức là chấp nhận cho bị cáo một quyền im lặng tuyệt đối mà không cần chứng minh tính bất lợi của câu trả lời¹⁹. Xu hướng này cũng được thừa nhận rộng rãi trên thế giới, ví dụ tại Hoa Kỳ thì bị cáo, cũng như người bị buộc tội nói chung có quyền im lặng tuyệt đối trong toàn bộ quá trình tố tụng²⁰,

tại Nhật Bản cũng quy định tương tự²¹. Lý giải cho điều này là bởi, toàn bộ thủ tục tố tụng được tiến hành nhằm xác định có hay không hành vi phạm tội của bị cáo, nên bất kỳ lời khai nào cũng đều chứa đựng thông tin có khả năng gây bất lợi đến tình trạng của họ. Mặt khác, khi một câu hỏi nhất định được đặt ra và bị cáo từ chối trả lời, sẽ dẫn đến việc người xét xử cho rằng bị cáo có điều che giấu và dễ dẫn đến thiên kiến về họ. Tuy nhiên, khác với Việt Nam, án lệ tại Hoa Kỳ và Bộ luật Tố tụng Hình sự tại Nhật Bản đều minh định trong văn bản rằng bị cáo có quyền giữ im lặng.

Xu hướng thứ hai, có khả năng xảy ra nếu dựa trên câu chữ quy định của luật, đó là hội đồng xét xử buộc bị cáo phải đưa ra lý do cho sự im lặng của mình, tức là chứng minh yếu tố “chống lại mình” tiềm ẩn trong câu trả lời. Điều này không phải là không có những hạt nhân hợp lý. Một, xét về quy định, rõ ràng bị cáo chỉ có thể từ chối trả lời nếu câu trả lời chống lại chính anh ta. Hai, theo thông lệ thế giới, khi quy định quyền im lặng theo nghĩa hẹp, tức quyền không tự buộc tội, các nước đều buộc chủ thể vi phạm dẫn quyền phải chứng minh căn cứ cho sự vi phạm dẫn đó²². Nếu theo xu hướng này, rất có khả năng quyền im lặng của bị cáo sẽ trở nên khó thực hiện trên thực tế.

¹⁹ Vụ án Trương Hồ Phương Nga bị xét xử về tội “Lừa đảo chiếm đoạt tài sản”, tuy rằng quyền im lặng của Bộ luật TTHS 2015 chưa có hiệu lực, nhưng Hội đồng xét xử cũng đã chấp nhận cho bị cáo Phương Nga quyền giữ im lặng tuyệt đối mà không yêu cầu bị cáo phải chứng minh căn cứ cho sự từ chối trả lời của mình. Xem thêm: Hoàng Yến, *Vì sao hoa hậu Phương Nga im lặng trước tòa?*, Báo Pháp luật Tp. Hồ Chí Minh, ngày 23/6/2017, <http://plo.vn/phap-luat/vi-sao-hoa-hau-phuong-nga-im-lang-truoc-toa-710409.html>, truy cập 17/12/2017.

²⁰ *Salinas v. Texas*, 570 US (2013), *Griffin v. California*, 380 US 609 (1965), *Miranda v. Arizona*, 384 US 436 (1966).

²¹ Điều 198 (2), Điều 291 (2), và Điều 311 (1), Bộ luật Tố tụng Hình sự Nhật Bản năm 1948, tham khảo bản dịch tiếng Anh của Bộ Tư pháp Nhật Bản tại <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?ft=2&re=02&dn=1&yo=criminal+procedure&x=0&y=0&ia=03&ky=&page=2>, truy cập 17/12/2017.

²² Tại Hoa Kỳ, quyền không tự buộc tội được trao cho người làm chứng và họ phải chứng minh lý do cho sự từ chối trả lời câu hỏi. Xem thêm: Steven M. Salky and Paul B. Hynes, Jr., *The privilege of silence: Fifth Amendment Protections against self-incrimination*, American Bar Association, Criminal Justice Section, 2014, p.144-145; và Alan M. Dershowitz, *Is there a right to remain silent?*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p.75.

Bên cạnh đó, trong mối liên hệ với nhau, sự thiếu vắng người bào chữa trong hầu hết các phiên tòa trên thực tế cũng ảnh hưởng đến khả năng vận dụng quyền im lặng của bị cáo. Bởi lẽ, nếu không có người bào chữa thì bị cáo buộc phải tự mình bào chữa. Nếu vận dụng quyền im lặng trong các phiên tòa tự bào chữa cũng đồng nghĩa với việc bị cáo từ bỏ luôn quyền bào chữa của bản thân và phiên tòa chỉ diễn ra một chiều buộc tội mà không có gỡ tội.

Tóm lại, những bất cập về quyền có người bào chữa và quyền im lặng tại Việt Nam đã không thể giúp Việt Nam tạo lập được một phiên tòa tranh tụng với đúng bản chất và ý nghĩa như ban đầu. Sự thiếu vắng về khả năng được đại diện bởi một luật sư chuyên nghiệp, cũng như sự mập mờ về khả năng thực thi quyền im lặng của bị cáo tại phiên tòa khiến cho sự cân bằng về quyền, nghĩa vụ, trình độ giữa bên buộc tội và gỡ tội trở nên hạn chế; từ đó, biên phiên tòa tranh tụng trở thành một ý niệm lý thuyết hơn là một sự kiện thực tế.

4. Kiến nghị

Phiên tòa tranh tụng - một điểm mới của tố tụng hình sự tại Việt Nam - thể hiện mục tiêu cải cách tư pháp hướng đến một phiên tòa bình đẳng. Do đó, việc thiết lập, xây dựng và bổ sung, sửa đổi những trụ cột xung quanh hệ thống này là cần thiết. Trong mối liên hệ với quyền có người bào chữa và quyền im lặng, người viết cho rằng các nhà lập pháp cần cân nhắc những ý kiến sau:

Thứ nhất, đối với nội dung của quyền im lặng, nên ghi nhận rõ quyền giữ im lặng tại phiên tòa của bị cáo nói riêng và của người bị buộc tội khác tại các thời điểm lấy lời khai, hỏi cung. Việc ghi nhận quyền không tự buộc tội, tức quyền im lặng theo nghĩa hẹp, như hiện nay là không phù hợp

cả về mặt lý luận, thực tiễn, lẫn thông lệ thế giới. Cụ thể, nên quy định bị cáo, cũng như người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can có quyền “giữ im lặng và không bị buộc phải đưa ra lời nhận tội”.

Thứ hai, đối với quyền có người bào chữa, cần mở rộng phạm vi các trường hợp mà người bào chữa được chỉ định bởi nhà nước. Căn cứ vào tình hình số lượng luật sư ở nước ta, việc quy định mọi bị cáo đều có quyền yêu cầu luật sư chỉ định là bất khả thi²³. Do đó, giải pháp ngắn hạn là nên mở rộng phạm vi chỉ định người bào chữa đối với các loại tội phạm rất nghiêm trọng, mà khung hình phạt cao nhất là 15 năm tù thay vì 20 năm tù, chung thân hoặc tử hình như hiện nay. Về lâu dài, khi đội ngũ luật sư đã đủ điều kiện, thì thực hiện việc bắt buộc phải có người bào chữa trong mọi phiên tòa; trừ khi bản thân bị cáo muốn tự bào chữa²⁴. Sự mở rộng này vừa đảm bảo nguyên tắc tranh tụng, vừa đảm bảo quyền im lặng của bị cáo có thể được thực hiện tốt hơn.

Kết luận

Việc đảm bảo quyền có người bào chữa và quyền im lặng của bị cáo được thực hiện là cần thiết để phiên tòa tranh tụng tại Việt Nam trở nên thực chất và đúng với ý nghĩa của nó, từ đó góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội, đảm bảo một phiên tòa bình đẳng giữa các bên nhằm tìm ra sự thật khách quan của vụ án.

²³ Hiện Việt Nam có khoảng 10.326 luật sư chính thức và khoảng 3.500 luật sư tập sự, tỷ lệ luật sư/dân số là khoảng 1/10.000 (số liệu tính đến ngày 28/4/2016 của Liên đoàn Luật sư Việt Nam). Xem thêm: Phan Trung Hoài, *Những điểm mới về chế định bào chữa trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016, tr.71.

²⁴ Xem thêm: Lê Hữu Thế, Đỗ Văn Đương, Nguyễn Thị Thủy, *Những vấn đề lý luận và thực tiễn cấp bách của việc đổi mới thủ tục tố tụng hình sự đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2013, tr.182.

SỰ TƯƠNG THÍCH GIỮA CÁC NGUYÊN TẮC CƠ BẢN CỦA BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015 VÀ BỘ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ NĂM 2015

*Trần Phương Thảo**

Tóm tắt: Bài viết này tập trung phân tích sự tương thích giữa các nguyên tắc cơ bản của Bộ luật Dân sự năm 2015 và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 cũng như chỉ ra một số khó khăn và đưa ra một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả thực hiện các nguyên tắc trên thực tế.

Abstract: This paper analyses compatibility among basic principles of the Civil Code of 2015 and Civil Procedure Code of 2015. It then points out obstacles and provides solution to improve the effectiveness of implementing those principles in reality.

1. Tại sao cần phải có sự tương thích giữa các quy định của Bộ luật Dân sự với Bộ luật Tố tụng Dân sự?

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 là luật nội dung, Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) năm 2015 là luật hình thức. Nội dung và hình thức là một cặp phạm trù nên luật nội dung và luật hình thức có mối quan hệ biện chứng với nhau.

Trong mối quan hệ biện chứng giữa luật nội dung và luật hình thức, luật nội dung quyết định luật hình thức, luật hình thức bảo vệ, bảo đảm cho luật nội dung được thực hiện. Điều này được giải thích bởi do các đương sự trong tố tụng dân sự trước khi là chủ thể của luật tố tụng dân sự, họ đã là chủ thể của luật nội dung, đã được luật nội dung quy định rõ các quyền và nghĩa vụ dân sự nên khi giải quyết tranh chấp, mâu thuẫn về quyền, nghĩa vụ dân sự giữa họ, thẩm phán chỉ làm nhiệm vụ áp dụng luật nội dung đã có để tuyên bố lại quyền, nghĩa vụ dân sự của các bên để họ phải thực hiện mà thôi. Như vậy, luật tố tụng dân sự được quyết

định bởi luật dân sự, luật tố tụng dân sự bảo đảm cho luật dân sự được thực hiện. Tác giả Thomas O.Main trong cuốn “The procedural Foundation of Substantive Law” cho rằng, khi soạn thảo luật tố tụng (luật hình thức) phải lấy luật nội dung làm nền tảng và khẳng định: “Luật nội dung được coi là bản lề, pháp luật tố tụng cần phải có những quy định tương ứng để bổ sung nhằm bảo đảm cho luật nội dung được thực hiện... Nếu luật nội dung được thi hành mà không có luật tố tụng thì có thể không đạt được kết quả mong muốn và sự răn đe cần thiết”¹. Chung quan điểm này, nhà nghiên cứu Nguyễn Huy Đầu cũng khẳng định: “Có sự cưỡng bách của tố tụng, các định lệ về nội dung của dân luật, luật thương mại và lao động mới trở nên hữu hiệu, mới có giá trị về mặt thực tế”². PGS.TS. Trần Anh Tuấn khi nghiên cứu về mối quan hệ giữa

¹ Thomas O.Main (2010), “The procedural Foundation of Substantive Law”, 87 Wash.U.L.Rev, tr. 803.

² Nguyễn Huy Đầu (1962), *Luật dân sự tố tụng Việt Nam*, xuất bản dưới sự bảo trợ của Bộ Tư pháp, tr. 10.

* TS., Khoa Pháp luật dân sự, Đại học Luật Hà Nội.

luật dân sự và luật tố tụng dân sự cũng cho rằng: “Tùy thuộc vào quan hệ pháp luật tranh chấp để các đương sự thực hiện các quyền tố tụng tương ứng nhằm bảo vệ các quyền, lợi ích của mình”³.

Nhận thức được mối quan hệ đặc biệt giữa luật nội dung và luật hình thức nói chung hay giữa luật dân sự và luật tố tụng dân sự nói riêng nên trong công tác xây dựng pháp luật dân sự và tố tụng dân sự, các nhà làm luật Việt Nam đã xác định một trong những yêu cầu tất yếu là cần phải có sự tương thích khi xây dựng các quy định trong BLDS với các quy định trong BLTTDS. Nếu không, luật nội dung không thể thực hiện được vai trò quyết định luật hình thức và ngược lại, luật hình thức không thể thực hiện được nhiệm vụ của mình là bảo đảm cho luật nội dung được thực hiện. Trong khuôn khổ bài viết này, tác giả chỉ tập trung phân tích về sự tương thích giữa các nguyên tắc cơ bản trong BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 và để làm được điều đó thì trước hết phải tìm hiểu nội dung của nguyên tắc cơ bản được quy định trong BLDS hiện nay.

2. Sự tương thích của các nguyên tắc cơ bản trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015

Với bất kỳ hoạt động có mục đích nào, muốn đạt hiệu quả cao đều đòi hỏi những chủ thể tham gia hoạt động đó phải xác định được các nguyên tắc cơ bản và tuân thủ một cách nghiêm túc. Trong nghiên cứu khoa học pháp lý, nguyên tắc của một ngành luật là những tư tưởng pháp lý chỉ đạo, là định hướng xuyên suốt trong quá trình xây dựng

và áp dụng ngành luật đó⁴. Như vậy, nguyên tắc của luật dân sự được hiểu là “tư tưởng chỉ đạo quan trọng nhất xuyên suốt các quy định của BLDS và cũng là căn cứ để BLDS nói riêng và pháp luật dân sự nói chung thực hiện vai trò điều chỉnh của mình đối với các quan hệ xã hội”⁵. Tương tự, nguyên tắc của luật tố tụng dân sự được hiểu là “những tư tưởng pháp lý chỉ đạo, định hướng cho việc xây dựng và thực hiện pháp luật tố tụng dân sự và được ghi nhận trong các văn bản của luật tố tụng dân sự”⁶.

Cũng như các bộ luật khác, nguyên tắc cơ bản là nội dung không thể thiếu, được quy định ngay từ phần đầu của BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015. Trong BLDS năm 2015, thay vì quy định thành 01 chương, bao gồm 09 điều luật như BLDS năm 2005 trước đây⁷ thì nay BLDS năm 2015 đã bao quát lại, tích hợp lại thành Điều 3 khá ngắn gọn, súc tích nhưng lại đầy đủ hơn với các nguyên tắc cơ bản như: Nguyên tắc bình đẳng; nguyên tắc tự do, tự nguyện, cam kết, thỏa thuận; nguyên tắc thiện chí, trung thực; nguyên tắc tôn trọng lợi ích công cộng, lợi ích nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của người khác và nguyên tắc chịu trách nhiệm dân sự. Có thể thấy, nội dung các nguyên tắc này chính là sự cụ thể hóa các quy định về quyền con người, quyền công dân được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013.

⁴ Tổng Công Cường, “*Giáo trình Luật Tố tụng Dân sự Việt Nam*”; Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2007, tr. 43.

⁵ Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp, *Bình luận khoa học “Một số vấn đề cơ bản của Bộ luật Dân sự”* (1997), Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 40.

⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội, *Giáo trình Luật Tố tụng Dân sự Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, năm 2012, tr. 36.

⁷ Bộ luật Dân sự năm 2005, Chương II Phần thứ nhất, từ Điều 4 đến Điều 13.

³ Trần Anh Tuấn “*Quyền khởi kiện và việc xác định tư cách tham gia tố tụng*”, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 23 năm 2008, tr. 12-20.

Xét về mặt nội dung, sự tương thích này thể hiện qua một số điểm sau:

- Thứ nhất, trên cơ sở nguyên tắc bình đẳng trong BLDS năm 2015, BLTTDS năm 2015 cũng thống nhất ghi nhận nguyên tắc bình đẳng trong tố tụng dân sự.

Nguyên tắc bình đẳng được quy định tại Điều 8 BLTTDS năm 2015 với tên gọi “Bình đẳng về quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự”. Trước khi là các đương sự trong tố tụng dân sự, họ đã là chủ thể bình đẳng trong quan hệ dân sự thì trong quan hệ tố tụng dân sự, họ vẫn bình đẳng với nhau. Đương sự trong tố tụng dân sự không phải là người đã thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội như bị can, bị cáo trong tố tụng hình sự mà chỉ là người có tranh chấp, có mâu thuẫn về quyền, lợi ích dân sự nên họ mong muốn tòa án giải quyết để bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình. Vì thế, quyền công dân, quyền con người của họ vẫn nguyên vẹn, chưa bị hạn chế, họ có quyền bình đẳng trước pháp luật, trước tòa án. Thống nhất với nguyên tắc bình đẳng được khẳng định trong BLDS năm 2015, Điều 8 BLTTDS năm 2015 nhấn mạnh “trong tố tụng dân sự, mọi người bình đẳng trước pháp luật, không phân biệt dân tộc, giới tính, tín ngưỡng, tôn giáo, thành phần xã hội, trình độ văn hóa, nghề nghiệp, địa vị xã hội”. Có thể thấy, nếu BLDS năm 2015 chỉ quy định khái quát “không được lấy bất cứ lý do nào để phân biệt đối xử” thì BLTTDS năm 2015 quy định cụ thể hơn bằng cách nêu ra các lý do có thể dẫn đến bất bình đẳng giữa các đương sự như dân tộc, giới tính, tín ngưỡng, tôn giáo, thành phần xã hội, trình độ văn hóa, nghề nghiệp, địa vị xã hội. Đặc biệt, BLTTDS năm 2015 đã tiếp thu sâu sắc tinh thần tôn trọng, bảo đảm quyền con người, quyền công dân được

nhấn mạnh trong Hiến pháp năm 2013, đó là thay cụm từ “nam nữ” bằng cụm từ “giới tính”, và bổ sung lý do “địa vị xã hội” vào Điều 8.

Nguyên tắc bình đẳng giữa các đương sự trong tố tụng dân sự không chỉ quy định các đương sự bình đẳng trong việc hưởng quyền và thực hiện nghĩa vụ, mà còn quy định quyền của đương sự bao giờ cũng đi đôi với nghĩa vụ. Không thể có đương sự chỉ có quyền mà không có nghĩa vụ, ngược lại không thể có đương sự chỉ có nghĩa vụ mà không có quyền. Ví dụ, trong tố tụng dân sự, cá nhân, pháp nhân có quyền khởi kiện đến tòa án, nhưng đi đôi với quyền đó họ phải thực hiện nghĩa vụ chứng minh cho yêu cầu của mình là có căn cứ hay bị đơn bị kiện vẫn có quyền phản tố. Trong tố tụng dân sự, địa vị tố tụng của các đương sự này là như nhau, chứng cứ mới là quan trọng nhất, có tính quyết định.

Điều 8 BLTTDS năm 2015 còn quy định: “Mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân đều bình đẳng trong việc thực hiện quyền, nghĩa vụ tố tụng trước tòa án” và một điểm mới nổi bật so với BLTTDS trước đây là BLTTDS năm 2015 đã bổ sung khoản 2 “tòa án có trách nhiệm bảo đảm nguyên tắc bình đẳng...”. Đương sự bình đẳng trước tòa án cũng là bình đẳng trước pháp luật, trước nhà nước, tuy nhiên sự bình đẳng giữa các đương sự phụ thuộc rất nhiều vào vai trò, trách nhiệm của tòa án. Tòa án có công tâm, khách quan, vô tư thì các đương sự mới có thể được bình đẳng một cách khách quan. Chính vì vậy, nếu Điều 3 BLDS năm 2015 quy định: “Mọi cá nhân, pháp nhân... được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản” thì khoản 2 Điều 8 BLTTDS năm 2015 quy định tòa án phải có trách nhiệm bảo đảm nguyên tắc

bình đẳng. Tòa án phải bảo đảm sự bình đẳng không chỉ trong quá trình giải quyết vụ việc tại tòa án, mà trước đó, để đảm bảo sự bình đẳng thì: “Tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì không có luật áp dụng”. Điều này cũng được thống nhất ghi nhận trong cả BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015.

- *Thứ hai*, tương thích với nguyên tắc tự do, tự nguyện, cam kết, thỏa thuận trong BLDS năm 2015, BLTTDS năm 2015 cũng ghi nhận nguyên tắc đương sự có quyền quyết định và tự định đoạt.

Mặc dù trở thành đương sự trong tố tụng dân sự, nhưng thực chất đương sự vẫn là các chủ thể có quyền, lợi ích trong quan hệ dân sự trước đó. Vì vậy, họ vẫn có quyền quyết định và tự định đoạt quyền, lợi ích của mình mà không ai được can thiệp, cưỡng ép họ trong quá trình tham gia tố tụng dân sự tại tòa án. Nếu trong quan hệ dân sự họ có quyền tự do, tự nguyện, cam kết, thỏa thuận thì trong quan hệ tố tụng dân sự họ có quyền lựa chọn phương thức bảo vệ quyền, lợi ích của mình như khởi kiện hay không khởi kiện, có hay không thay đổi, bổ sung, rút yêu cầu khởi kiện, tự mình tham gia tố tụng hay nhờ người khác tham gia tố tụng... Mặc dù khi tìm đến tòa án, đương sự có hình thành mối quan hệ giữa họ với tòa án, nhưng trước tòa án, các đương sự vẫn có quyền tự do, tự nguyện, định đoạt. Đây là một nguyên tắc đặc thù của luật tố tụng dân sự, có cơ sở hình thành từ quyền tự do, tự nguyện của các bên trong luật dân sự. Một ví dụ điển hình cho sự tương thích giữa BLDS năm 2015 với BLTTDS năm 2015 về nguyên tắc tự do, tự nguyện, định đoạt, thỏa thuận là vấn đề thời hiệu khởi kiện. BLDS năm 2015 quy định thời hiệu khởi kiện đối với từng vụ việc dân

sự, nhưng BLTTDS năm 2015 quy định rất linh hoạt tại điểm e khoản 1 Điều 217 là tòa án chỉ ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án trong trường hợp đương sự có yêu cầu áp dụng thời hiệu trước khi tòa án cấp sơ thẩm ra bản án, quyết định giải quyết vụ án và thời hạn khởi kiện đã hết. Quy định này cho thấy quyền tự do định đoạt của người có quyền, lợi ích dân sự đã được công nhận và bảo đảm thực hiện ở mức độ cao nhất, không phải cứ hết thời hiệu khởi kiện là người có quyền, lợi ích không được khởi kiện, không được tòa án giải quyết.

Mặc dù đề cao quyền tự do ý chí của các bên, nhưng BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 cùng thống nhất quy định các chủ thể không được vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Trong BLTTDS năm 2015, phần thể hiện rõ nhất nguyên tắc được tự do tự nguyện thỏa thuận là phần quy định về hòa giải. Điều 205 BLTTDS năm 2015 quy định nguyên tắc của hòa giải là phải “tôn trọng sự tự nguyện thỏa thuận của các đương sự, không được dùng vũ lực hoặc đe dọa dùng vũ lực, bắt buộc các đương sự phải thỏa thuận không phù hợp với ý chí của mình” và khoản 2 nhấn mạnh “nội dung thỏa thuận giữa các đương sự không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội”. Các cụm từ “tự nguyện”, “thỏa thuận”, “không vi phạm điều cấm của luật”, “không trái đạo đức xã hội” được hai bộ luật sử dụng nhất quán, tạo nên độ tương thích cao giữa luật nội dung và luật hình thức, một mặt đề cao quyền của đương sự, mặt khác đề cao nguyên tắc thiện chí, trung thực mà BLDS năm 2015 quy định.

- *Thứ ba*, thống nhất với nguyên tắc tự chịu trách nhiệm được quy định trong BLDS năm 2015, BLTTDS năm 2015 cũng

ghi nhận nguyên tắc đương sự phải tự chịu trách nhiệm về yêu cầu của mình.

Đây là một nội dung được BLDS năm 2015, BLTTDS năm 2015 rất chú trọng xây dựng bởi các nhà làm luật ý thức rất rõ việc công nhận quyền cho đương sự là hết sức cần thiết. Tuy nhiên, để tránh tình trạng lạm quyền, cần phải quy định rất rõ nghĩa vụ, trách nhiệm của đương sự. Ví dụ, Điều 111 BLTTDS năm 2015 ghi nhận người khởi kiện có quyền yêu cầu tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời và ngay sau đó Điều 113 BLTTDS năm 2015 quy định người yêu cầu tòa án áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng, gây thiệt hại cho người bị áp dụng hoặc cho người thứ ba thì phải bồi thường thiệt hại. Chính nguyên tắc tự phải chịu trách nhiệm sẽ là cơ sở để các bên trong quan hệ dân sự và tố tụng dân sự tuân thủ pháp luật, trung thực, thiện chí với nhau.

3. Một số nhận xét

Như đã phân tích ở trên, nguyên tắc cơ bản của BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 khá tương thích với nhau. Sự tương thích này là một thành công rất đáng khích lệ, nhưng việc thực hiện nguyên tắc cơ bản của BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 sẽ có những khó khăn nhất định như sau:

- *Thứ nhất*, với tinh thần đề cao tuyệt đối quyền bình đẳng, tự do, tự nguyện, quyền được bảo vệ các quyền, lợi ích hợp pháp của các chủ thể trong xã hội, BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 đều thống nhất nguyên tắc - tòa án không được từ chối giải quyết vụ việc dân sự vì lý do chưa có luật để áp dụng. Đây là một quy định rất mới, rất tích cực đối với việc bảo đảm quyền con người, quyền công dân, nhưng việc thực hiện nguyên tắc này không hề dễ dàng. Điều 12 BLTTDS năm 2015 đã quy định thẩm phán và hội thẩm nhân dân độc

lập khi xét xử, chỉ tuân theo pháp luật. Như vậy, quy định này đã tạo nên một nguyên tắc, là thẩm phán khi xét xử phải dựa vào và chỉ tuân theo pháp luật. Vậy nếu không có luật để áp dụng thì thẩm phán sẽ phải dựa vào đâu để giải quyết? Mặc dù BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 đều thống nhất quy định trong trường hợp này phải dựa vào tập quán, áp dụng tương tự, các nguyên tắc cơ bản, án lệ và lẽ công bằng, nhưng thực tế cho thấy không phải khi nào thẩm phán cũng tìm ra tập quán phù hợp để áp dụng, nhất là Điều 94 BLTTDS năm 2015 không còn quy định tập quán là một nguồn của chứng cứ như trước đây. Còn nếu áp dụng tương tự thì thẩm phán sẽ dựa vào tiêu chí gì để xác định được áp dụng tương tự. Nếu dựa vào án lệ thì hiện tại án lệ của Việt Nam được tập hợp và công nhận rất ít. Dựa vào lẽ công bằng thì với Việt Nam rất khó xác định tiêu chí đánh giá “lẽ công bằng”. Thiết nghĩ, trong thời gian tới, ngành tòa án cần phải có văn bản hướng dẫn cụ thể, đồng thời các thẩm phán khi giải quyết vụ việc dân sự cần phải có ý thức cao nhất về đạo đức nghề nghiệp mới đảm bảo được chất lượng xét xử.

- *Thứ hai*, về nguyên tắc tự chịu trách nhiệm, cả BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 đều thống nhất quy định các cá nhân, pháp nhân phải chịu trách nhiệm trước pháp luật về hành vi, quyết định của mình. Tuy nhiên, làm thế nào để quy định này không gây tâm lý căng thẳng cho đương sự, không cản trở các chủ thể thực hiện quyền, nghĩa vụ của mình, đặc biệt là không cản trở quyền tiếp cận công lý của đương sự là một vấn đề rất khó. Nghiên cứu các quy định của BLDS năm 2015 và BLTTDS năm 2015 về trách nhiệm của các chủ thể khi họ có hành vi, yêu cầu không đúng, có thể thấy

các nhà làm luật đã cố gắng nhưng một vài quy định vẫn còn những ý kiến trái chiều. Ví dụ, quy định về trách nhiệm của người yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng tại Điều 113 BLTTDS năm 2015. Người yêu cầu áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời không đúng, gây thiệt hại cho người bị áp dụng hoặc người thứ ba thì người yêu cầu đó phải bồi thường thiệt hại, còn trách nhiệm của tòa án trong việc ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì lại không quy định? Thiết nghĩ trong trường hợp này, nếu đương sự

yêu cầu không đúng thì với vai trò, trách nhiệm giải quyết, ra quyết định của mình, tòa án phải không chấp nhận yêu cầu đó. Nếu yêu cầu không đúng mà tòa án vẫn ra quyết định áp dụng biện pháp khẩn cấp tạm thời thì tòa án cũng phải chịu trách nhiệm. Có quy định theo hướng đó thì mới thật sự bảo đảm được nguyên tắc bình đẳng. Với quy định như Điều 113 BLTTDS năm 2015, có lẽ nguyên tắc bình đẳng, nguyên tắc tự chịu trách nhiệm của cá nhân, pháp nhân trong BLDS năm 2015 chưa được thể hiện đầy đủ.

(Tiếp theo trang 8 – Những điểm mới trong quy định...)

định điểm mới về hình phạt tước một số quyền công dân có một điểm mới. Cụ thể, theo quy định tại Điều 39 BLHS năm 1999, một trong những quyền công dân mà tội phạm bị kết án tù về Tội xâm phạm an ninh quốc gia hoặc tội phạm khác trong những trường hợp do BLHS quy định có thể bị tước đó là quyền bầu cử. Tuy nhiên, để đảm bảo quyền con người, quyền công dân theo tinh thần của Hiến pháp năm 2013, Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015¹⁵, Điều 44 BLHS năm 2015 đã bỏ quy định tước quyền bầu cử của người bị kết án tù về Tội xâm phạm an ninh quốc gia hoặc tội phạm khác do BLHS quy định.

6. Điểm mới về hình phạt tịch thu tài sản (Điều 45)

So với quy định của BLHS năm 1999 thì Điều 45 BLHS năm 2015 quy định điểm mới về hình phạt tịch thu tài sản là giới hạn nhóm tội phạm bị áp dụng hình phạt tịch thu tài sản. Cụ thể, Điều 45 BLHS năm 2015 đã xác định cụ thể phạm vi áp dụng hình phạt tịch thu tài sản theo hướng không phải áp dụng đối với bất kỳ tội nghiêm trọng, tội rất nghiêm trọng hoặc tội đặc biệt nghiêm trọng nào như quy định tại Điều 40 BLHS năm 1999, mà chỉ áp dụng đối với người bị kết án về tội phạm nghiêm trọng, tội phạm rất nghiêm trọng hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng thuộc một trong bốn nhóm tội phạm là các tội xâm phạm an ninh quốc gia; các tội phạm về ma túy; các tội phạm tham nhũng và các tội phạm khác do BLHS quy định.

¹⁵ Xem Điều 30 Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015: *Những trường hợp không được ghi tên, xóa tên hoặc bổ sung tên vào danh sách cử tri.*

PHÁP LUẬT VỀ NGHĨA VỤ CÔNG BỐ THÔNG TIN CỦA DOANH NGHIỆP NHÀ NƯỚC

*Tô Hồng Dung**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật Việt Nam hiện hành về nghĩa vụ công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước; đồng thời, thông qua tìm hiểu kinh nghiệm của một số quốc gia về vấn đề này, tác giả đưa ra những kiến nghị hoàn thiện nhằm tăng cường khả năng thực thi các quy định đó trong thực tiễn.

Abstract: This paper analyses and evaluates current Vietnamese law and regulation on information disclosure of State-owned enterprises. On that basis and by studying relevant law and regulation of some countries, it makes recommendations to improve the effective enforcement of that law and regulation in practice.

Dẫn nhập

Nghị định số 81/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 18/9/2015 về công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước có hiệu lực kể từ ngày 05/11/2015. Sau hơn một năm triển khai thực hiện, tính tới thời điểm ngày 31/12/2016, chỉ có 212 doanh nghiệp trong tổng số 574 doanh nghiệp nhà nước (chiếm 36,93% số doanh nghiệp)¹ gửi báo cáo đến Bộ Kế hoạch và Đầu tư để thực hiện công bố thông tin trên Cổng thông tin doanh nghiệp tại địa chỉ <http://www.business.gov.vn>. Đây thật sự là một con số thấp, đặt ra nhu cầu cần phải sửa đổi, bổ sung các quy định pháp luật hiện hành để tăng cường hiệu quả áp dụng trong thực tiễn.

1. Về thời điểm công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước

Quy định về thời điểm công bố thông tin là một vấn đề khá quan trọng, vì nó phản ánh liệu việc công bố thông tin có đáp ứng

được yêu cầu về tính kịp thời của thông tin mà pháp luật quy định hay không. Hiện nay, tùy thuộc vào loại thông tin (thông tin định kỳ hay thông tin bất thường) mà doanh nghiệp nhà nước có nghĩa vụ công bố thông tin trong thời hạn khác nhau.

Như vậy, để xác định liệu doanh nghiệp nhà nước có thực hiện công bố thông tin chậm so với thời hạn mà pháp luật quy định hay không thì phải xác định được thời điểm doanh nghiệp nhà nước thực hiện công bố thông tin. Theo đó, khoản 2 Điều 5 Nghị định số 81/2015/NĐ-CP quy định ngày công khai thông tin là ngày thông tin xuất hiện trên các phương tiện thông tin đại chúng. Tuy nhiên, trong quá trình tiến hành khảo sát việc công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước, tác giả nhận thấy rất khó để biết được thời điểm các thông tin được đăng tải trên cổng hoặc trang thông tin điện tử của doanh nghiệp, bởi lẽ rất ít doanh nghiệp nhà nước thiết kế định dạng cổng hoặc trang điện tử của doanh nghiệp hiển thị thời điểm đăng tải thông tin. Vì vậy, khi người dùng truy cập cổng hoặc trang thông tin điện tử của doanh nghiệp cũng rất khó biết được thông tin được đăng tải khi nào,

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

¹ Mục 1 Công văn số 668/BKHĐT-PTDN của Bộ Kế hoạch và Đầu tư ngày 24/01/2017 về việc báo cáo tình hình công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước và Phụ lục 3, 4 ban hành kèm theo Công văn số 668/BKHĐT-PTDN.

có phù hợp với thời hạn mà pháp luật quy định hay không. Bên cạnh đó, hiện nay, pháp luật quy định công hoặc trang thông tin điện tử của doanh nghiệp phải có chuyên mục riêng về công bố thông tin². Mục đích của quy định này nhằm tạo thuận lợi cho người dân trong việc tìm kiếm thông tin trên trang web của doanh nghiệp. Chuyên mục riêng về “công bố thông tin” sẽ giúp người sử dụng có thể dễ dàng nhận diện và phân biệt được thông tin mình đang tìm kiếm bên cạnh nhiều thông tin khác do doanh nghiệp đăng trên website. Tuy nhiên, trong quá trình khảo sát, khi truy cập vào giao diện trang chủ của các doanh nghiệp nhà nước và tìm kiếm các thông tin cần công bố định kỳ, tác giả nhận thấy, có nhiều trường hợp như:

- i) Mục “công bố thông tin” hiện ngay trên trung tâm, rất dễ nhìn thấy;
- ii) Mục “công bố thông tin” cũng ở trên giao diện trang chủ, nhưng phải kéo xuống gần cuối trang, ở vị trí bên phải hoặc bên trái giao diện;
- iii) Phải truy cập vào một mục trung gian như “tin tức”, “tin tức – sự kiện” thì mới dẫn đến mục “công bố thông tin”;
- iv) Không có mục mang tiêu đề “công bố thông tin” mà các thông tin doanh nghiệp nhà nước phải công bố định kỳ trong một số mục như “công khai”, “thông tin doanh nghiệp”;
- v) Không có mục “công bố thông tin” nhưng một số thông tin cần công bố được thể hiện rải rác tại trang chủ;
- vi) Không tìm thấy mục “công bố thông tin” cũng như trong các mục khác có liên quan đến “thông tin”;
- vii) Không có mục “công bố thông tin” mà có một mục khác với tiêu đề “công khai thông tin”, nhưng khi tác giả truy cập thì không có các thông tin hay đường link để nhấp vào mà phải dùng công cụ “tìm kiếm” và lúc tìm

kiếm một số thông tin như báo cáo tài chính, kế hoạch sản xuất lại hiện kết quả “Access to this resource on the server is denied!” (Truy cập tài nguyên này trên máy chủ bị từ chối).

Qua đó, có thể thấy rằng, việc nhận biết doanh nghiệp nhà nước không thực hiện công bố thông tin, chậm công bố thông tin theo thời hạn do pháp luật quy định hiện nay là khá khó khăn. Một phần do các trang web của doanh nghiệp nhà nước được thiết kế mục chứa các thông tin được công bố khác nhau, một phần do trang thông tin điện tử của doanh nghiệp nhà nước không hiển thị thời điểm thông tin được đăng tải. Vì vậy, để giải quyết vấn đề này, cần quy định doanh nghiệp nhà nước phải trực tiếp công bố thông tin trên trang thông tin của Bộ Kế hoạch và Đầu tư. Điều này có thể tạo ra những lợi ích khá rõ ràng như thông tin của các doanh nghiệp nhà nước được sắp xếp theo một trình tự giống nhau, với cách thức truy cập, tìm kiếm cũng giống nhau, tạo điều kiện thuận lợi cho người dân có thể dễ dàng tìm kiếm và so sánh thông tin giữa các doanh nghiệp nhà nước. Ngoài ra, Bộ Kế hoạch và Đầu tư cũng dễ dàng thu thập được số liệu doanh nghiệp nhà nước đã thực hiện công bố thông tin qua trang thông tin của Bộ, từ đó, xác định được các doanh nghiệp nhà nước không công bố thông tin theo quy định. Cách thức này hiện nay cũng đang được áp dụng tại Hàn Quốc. Theo đó, các doanh nghiệp nhà nước tại Hàn Quốc sẽ thực hiện công bố thông tin trên trang web <http://www.alio.go.kr> – hệ thống thông tin mở trên nền tảng internet về các tổ chức công đã được tạo lập tại Hàn Quốc vào năm 2005³. Còn ở Trung Quốc, mặc dù hệ thống

² Điểm b khoản 1 Điều 22 Nghị định số 81/2015/NĐ-CP.

³ Gregory Smith, Le Duy Binh, Jim Colvin, *Transparency of State Owned Enterprises in Vietnam*

công bố thông tin ở cấp độ quốc gia chỉ có thể được đăng tải thông tin bởi các cơ quan có thẩm quyền, nhưng một số hệ thống công bố thông tin ở cấp độ địa phương như Bắc Kinh cho phép các doanh nghiệp nhà nước trực tiếp đăng tải thông tin⁴.

Đồng thời, khi đã quy định doanh nghiệp nhà nước trực tiếp thực hiện đăng tải thông tin trên trang thông tin của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, thì trang thông tin của Bộ cần được thiết kế hiển thị thời điểm thông tin được đăng tải, góp phần tăng cường tính minh bạch trong việc thực hiện công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước. Hiện nay, trong lĩnh vực công bố thông tin trên thị trường chứng khoán, pháp luật cũng yêu cầu tổ chức là đối tượng công bố thông tin phải lập trang thông tin điện tử có hiển thị thời gian đăng tải thông tin⁵. Qua đó, tạo thuận lợi nhất định trong việc phát hiện và xử phạt các doanh nghiệp chậm công bố thông tin theo quy định, tăng cường tính răn đe đối với các doanh nghiệp có ý định trì hoãn công bố thông tin.

2. Về cách thức bảo đảm tính chính xác của thông tin được công bố

Bên cạnh tính đầy đủ và kịp thời, một trong những yêu cầu khi công bố thông tin là bảo đảm tính chính xác của thông tin

được công bố⁶. Tuy nhiên, theo quy định hiện nay, ngoài báo cáo tài chính phải được kiểm toán trước khi công bố, tính chính xác của các thông tin khác được công bố hoàn toàn phụ thuộc vào sự tự giác và trung thực của doanh nghiệp công bố thông tin. Do đó, trong thực tế, có thể xảy ra nhiều trường hợp như thông tin do doanh nghiệp nhà nước công bố thiếu sự rõ ràng, thiếu chính xác so với thực trạng hoạt động của doanh nghiệp. Khi đó, vấn đề yêu cầu doanh nghiệp nhà nước phải giải trình về các thông tin đã công bố được nhìn nhận như là một yêu cầu cấp thiết. Liên quan đến vấn đề này, hiện nay trong Dự thảo Luật Phòng, chống tham nhũng (sửa đổi) trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017 đã đề cập đến trách nhiệm giải trình của doanh nghiệp nhà nước. Cụ thể, trong trường hợp báo chí đăng tải thông tin về vi phạm pháp luật có liên quan đến việc thực hiện nhiệm vụ, công vụ được giao của cơ quan, tổ chức, đơn vị thì người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị phải xem xét, giải trình. Cơ quan báo chí có trách nhiệm đăng tải công khai nội dung giải trình trên báo. Trường hợp người có thẩm quyền kết luận về nội dung mà báo chí đăng là không đúng sự thật thì cơ quan báo chí phải cải chính, xin lỗi công khai trên báo và chịu trách nhiệm trước pháp luật⁷. Nếu quy định này được chính thức thông qua thì có thể được coi là một bước tiến hết sức quan trọng, một mặt ràng buộc trách nhiệm giải trình của doanh nghiệp nhà nước liên quan đến hoạt động của doanh nghiệp, một mặt khuyến khích người dân chủ động

– *Current status and Ideas for Reform*, in Vietnam, in 2014, p. 67; xem thêm tại: <http://documents.worldbank.org/curated/en/618601468132616527/Transparency-of-state-owned-enterprises-in-Vietnam-current-status-and-ideas-for-reform>, truy cập ngày 08/01/2018.

⁴ Hogan Lovells, *The Brand New Enterprise Information Public Disclosure System - More Transparency or Less?*, http://www.hoganlovells.com/files/Uploads/Documents/1095910-The_Brand_New_Enterprise_Information_Public_Disclosure_System_-_More_Transparency_or_Less.pdf, truy cập ngày 08/01/2018.

⁵ Điểm d khoản 2 Điều 5 Thông tư số 155/2015/TT-BTC.

⁶ Khoản 2 Điều 4 Nghị định số 81/2015/NĐ-CP.

⁷ Khoản 3 Điều 18 Dự thảo Luật Phòng, chống tham nhũng (sửa đổi) trình tại phiên họp thứ 14 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Quốc hội khóa XIV, tháng 9/2017.

trong việc thực hiện quyền được tiếp cận thông tin về doanh nghiệp nhà nước.

Ở Trung Quốc, để tăng cường tính chính xác của thông tin được doanh nghiệp nhà nước công bố, pháp luật nước này quy định Cơ quan quản lý công nghiệp và thương mại cấp tỉnh và thành phố trực thuộc trung ương đóng vai trò là người giám sát quá trình công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước. Cụ thể, cơ quan này sẽ không kiểm tra tất cả các thông tin được các doanh nghiệp nhà nước công bố, mà chỉ tiến hành kiểm tra ngẫu nhiên ít nhất 3% số doanh nghiệp nhà nước thuộc thẩm quyền quản lý của mình⁸. Việc các thông tin được công bố có khả năng bị kiểm tra bởi cơ quan nhà nước sẽ tạo áp lực nhất định khiến các doanh nghiệp nhà nước nỗ lực công bố các thông tin một cách trung thực, chính xác. Đồng thời, với số lượng doanh nghiệp nhà nước bị kiểm tra là không lớn (3%), sẽ không tạo nhiều khó khăn đối với cơ quan nhà nước trong việc chuẩn bị nguồn lực để kiểm tra các thông tin được các doanh nghiệp nhà nước công bố. Thiết nghĩ, đây cũng có thể là một vấn đề mà Việt Nam có thể tham khảo và cân nhắc ban hành một quy định tương tự, nhằm tăng cường tính tự giác của doanh nghiệp nhà nước trong việc bảo đảm tính chính xác của các thông tin được doanh nghiệp công bố. Tuy nhiên, trong bối cảnh ở Việt Nam, Bộ Kế hoạch và Đầu tư là cơ quan quản lý và giám sát quá

trình thực hiện công bố thông tin của các doanh nghiệp nhà nước, do đó, việc thực hiện kiểm tra thông tin do các doanh nghiệp nhà nước công bố cũng nên do cơ quan này tiến hành. Cụ thể, có thể quy định định kỳ hàng năm, Bộ Kế hoạch và Đầu tư sẽ phụ trách việc kiểm tra các thông tin được công bố của ít nhất 5% tổng số doanh nghiệp nhà nước trong phạm vi cả nước.

3. Về chế tài áp dụng khi doanh nghiệp nhà nước vi phạm nghĩa vụ công bố thông tin

Theo quy định hiện hành, doanh nghiệp nhà nước vi phạm nghĩa vụ công bố thông tin sẽ phải bị phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 15.000.000 đồng⁹; còn người quản lý doanh nghiệp sẽ bị áp dụng các hình thức từ khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương đến buộc thôi việc tùy trường hợp cụ thể và có thể bị cơ quan đại diện chủ sở hữu kiến nghị xử lý hình sự¹⁰. Ngoài ra, nếu doanh nghiệp nhà nước thực hiện một trong các hành vi sau đây sẽ bị Bộ Kế hoạch và Đầu tư công khai tên doanh nghiệp đó trên địa chỉ <http://www.business.gov.vn>: i) Không công bố thông tin đầy đủ; ii) Không công bố thông tin đúng theo quy định tại Nghị định số 81/2015/NĐ-CP; iii) Chậm công bố thông tin đến hai mươi ngày làm việc¹¹.

Như vậy, nhìn chung, có thể thấy các chế tài đặt ra khá đầy đủ và phần nào thể hiện được sự răn đe của pháp luật đối với hành vi vi phạm nghĩa vụ công bố thông tin của doanh nghiệp nhà nước. Tuy nhiên, thực tế triển khai các quy định cho thấy số lượng doanh nghiệp nhà nước thực hiện công bố thông tin (chiếm 36,93%) vẫn còn

⁸ Điều 4 Quy định số 67 của Cơ quan quản lý công nghiệp và thương mại Trung Quốc ngày 19/8/2014 về Các biện pháp tạm thời kiểm tra ngẫu nhiên thông tin được doanh nghiệp công bố (Interim Measures for Random Inspection of Information Published by Enterprises 2014); xem thêm tại: http://www.saic.gov.cn/zw/zcfg/gzjwj/201508/t20150820_216884.html; hoặc: <http://en.pkulaw.cn/display.aspx?cgid=232059&lib=law>, truy cập ngày 08/01/2018.

⁹ Điều 27 Nghị định số 50/2016/NĐ-CP.

¹⁰ Điểm c khoản 1 Điều 23 Nghị định số 81/2015/NĐ-CP.

¹¹ Khoản 3 Điều 23 Nghị định số 81/2015/NĐ-CP.

thấp. Hiện trạng này một phần đến từ việc các cơ quan có thẩm quyền chưa thật sự xử lý nghiêm các doanh nghiệp nhà nước vi phạm nghĩa vụ công bố thông tin theo quy định hiện hành, một phần có thể do các chế tài hiện nay vẫn chưa đủ răn đe các doanh nghiệp nhà nước tuân thủ nghĩa vụ công bố thông tin. Liên quan đến vấn đề này, chúng ta có thể tham khảo quy định của một số quốc gia.

Cụ thể, ở Hàn Quốc, tất cả các tổ chức công, bao gồm cả các doanh nghiệp nhà nước phải thực hiện công khai thông tin

quản trị theo Luật Quản lý tổ chức công (Act on Management of Public Institutions)¹². Luật này yêu cầu doanh nghiệp nhà nước phải công khai thông tin chuẩn hóa trên trang www.alio.go.kr¹³. Các doanh nghiệp nhà nước sẽ bị áp dụng các chế tài xử phạt nếu phớt lờ việc công bố thông tin hoặc công bố thông tin sai thông qua hệ thống ALIO¹⁴. Khi đó, các doanh nghiệp này sẽ nhận điểm phạt vì sự không tuân thủ theo quy định của pháp luật. Hệ thống xử phạt bao gồm các mức phạt như sau:¹⁵

	Nội dung vi phạm	Mức phạt
Không tuân thủ quy định công khai	- Công khai thông tin chậm trong thời hạn 1 tuần	1 điểm
	- Công khai chậm quá 1 tuần so với thời hạn	2 điểm
	- Công khai chậm quá 1 tháng so với thời hạn	3 điểm
	- Công khai chậm quá 6 tháng so với thời hạn	4 điểm
	- Áp phạt cho mỗi thông tin không công khai	5 điểm
Công khai thông tin không chính xác	- Mỗi thông tin công bố không chính xác bị các cơ quan bên ngoài phát hiện	5 điểm
Chỉnh sửa thông tin đã công khai	- Mỗi khi doanh nghiệp nhà nước công khai thông tin không chính xác và sau đó sửa lỗi	Từ 1 đến 5 điểm

Nếu doanh nghiệp nhà nước có điểm phạt trên 10 điểm thì doanh nghiệp đó sẽ bị cảnh cáo. Nếu doanh nghiệp nhà nước có điểm phạt trên 20 điểm hoặc hai năm liên

tiếp bị cảnh cáo thì sẽ bị đánh giá là doanh nghiệp thiếu trung thực¹⁶.

Ở Trung Quốc, Quy chế tạm thời số 654 về công bố thông tin doanh nghiệp (Provisional Regulations on Enterprise Information Publicity) đã được ban hành vào tháng 8/2014 và có hiệu lực từ ngày 01/10/2014¹⁷ áp dụng cho tất cả các doanh

¹² Điều 11 Luật Quản lý các tổ chức công năm 2007 sửa đổi, bổ sung năm 2008, 2009 và 2016 (Act on Management of Public Institutions 2007 amended by Act 2008, 2009 and 2016); xem thêm tại: <http://www.law.go.kr/eng/engLsSc.do?menuId=1&query=ACT+ON+THE+MANAGEMENT+OF+PUBLIC+INSTITUTION&x=11&y=39>, truy cập ngày 08/01/2018.

¹³ Gregory Smith, Le Duy Binh, Jim Colvin, tldd (3), p. 67.

¹⁴ OECD, *Disclosure and Transparency in the State-owned Enterprise Sector in Asia: Stocktaking of national practices*, Korea, p. 17.

¹⁵ Gregory Smith, Le Duy Binh, Jim Colvin, tldd (3), p. 67.

¹⁶ Gregory Smith, Le Duy Binh, Jim Colvin, tldd (3), p. 68.

¹⁷ Amy L. Sommers, Cecillia Dai and Aqua Huang, *China's New Corporate Disclosure Requirements: Potential U.S. and U.K. Anti-Corruption Compliance Implications*, World Securities Law Report, number 6, 2015, p. 1.

ngành được thành lập ở Trung Quốc, bao gồm cả doanh nghiệp nhà nước. Theo Quy chế này, nếu doanh nghiệp không công bố thông tin theo đúng thời hạn hoặc công bố thông tin không chính xác thì sẽ bị ghi tên vào danh sách doanh nghiệp có sự bất thường trong hoạt động¹⁸. Sau đó, trong thời hạn 3 năm: i) Nếu doanh nghiệp khắc phục các hành vi vi phạm, thực hiện đúng các quy định về công bố thông tin, doanh nghiệp sẽ được xóa tên khỏi danh sách này; ii) Nếu doanh nghiệp vẫn không tuân thủ các quy định về công bố thông tin, doanh nghiệp sẽ bị ghi tên vào danh sách các doanh nghiệp có hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng. Một doanh nghiệp đã bị ghi tên vào danh sách các doanh nghiệp có hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng chỉ được xóa tên khỏi danh sách này khi doanh nghiệp đó thực hiện công bố thông tin đúng theo quy định trong vòng 5 năm kể từ ngày bị ghi tên vào danh sách¹⁹. Như vậy, có thể thấy việc xóa tên khỏi danh sách các doanh nghiệp có hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng đòi hỏi những yêu cầu khắt khe về việc thực hiện đúng nghĩa vụ công bố thông tin hơn so với việc xóa tên khỏi danh sách

các doanh nghiệp có sự bất thường trong hoạt động. Ngoài ra, một điều đáng lưu ý là nếu một doanh nghiệp bị ghi tên vào danh sách các doanh nghiệp có hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng thì người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp này sẽ không được làm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp khác trong vòng 3 năm²⁰. Đây được xem là một trong những chế tài có tác dụng thúc đẩy người đại diện của doanh nghiệp nhà nước nghiêm túc thực hiện các quy định về nghĩa vụ công bố thông tin của doanh nghiệp.

Việt Nam có thể học hỏi nội dung một số quy định từ pháp luật Hàn Quốc, Trung Quốc và có sự điều chỉnh cho phù hợp với tình hình thực tế của Việt Nam. Cụ thể, bên cạnh hình thức xử lý vi phạm hành chính về việc doanh nghiệp nhà nước chậm công bố thông tin, chúng ta có thể áp dụng mức tính điểm phạt tương tự như Hàn Quốc. Qua mức điểm phạt được tính cho từng doanh nghiệp, người dân sẽ đánh giá được phần nào mức độ tuân thủ của doanh nghiệp nhà nước đối với nghĩa vụ công bố thông tin. Việc phân hóa mức điểm phạt theo thời gian mà doanh nghiệp nhà nước chậm công bố thông tin cũng được coi là một trong những điểm nổi bật của quy định này. Nếu điểm phạt của doanh nghiệp nhà nước vượt quá 20 điểm, doanh nghiệp này sẽ bị Bộ Kế hoạch

(Xem tiếp trang 34)

¹⁸ Điều 17 Quy chế tạm thời số 654 của Hội đồng nhà nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa ngày 07/8/2014 về Công bố thông tin doanh nghiệp (Provisional Regulations on Enterprise Information Publicity 2014); xem thêm tại: http://www.gov.cn/zhengce/2014-08/23/content_2739774.htm; hoặc: <https://china-social-credit.com/2017/08/provisional-regulations-enterprise-information-publicity/>, truy cập ngày 08/01/2018.

¹⁹ Điều 17 Quy chế tạm thời số 654 của Hội đồng nhà nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa ngày 07/8/2014 về Công bố thông tin doanh nghiệp (Provisional Regulations on Enterprise Information Publicity 2014); xem thêm tại: http://www.gov.cn/zhengce/2014-08/23/content_2739774.htm; hoặc: <https://china-social-credit.com/2017/08/provisional-regulations-enterprise-information-publicity/>, truy cập ngày 08/01/2018.

²⁰ Điều 17 Quy chế tạm thời số 654 của Hội đồng nhà nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa ngày 07/8/2014 về Công bố thông tin doanh nghiệp (Provisional Regulations on Enterprise Information Publicity 2014); xem thêm tại: http://www.gov.cn/zhengce/2014-08/23/content_2739774.htm; hoặc: <https://china-social-credit.com/2017/08/provisional-regulations-enterprise-information-publicity/>, truy cập ngày 08/01/2018.

BỒI THƯỜNG KHOẢN LỢI NHUẬN BỊ BỎ LỠ THEO CÔNG ƯỚC VIÊN 1980

Nguyễn Thế Đức Tâm*
Phạm Ánh Dương**

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu các vấn đề liên quan đến bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo Công ước Viên 1980 về mua bán quốc tế hàng hóa, cụ thể là khái niệm khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ và chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ trong thực tiễn tài phán. Từ đó, các tác giả đưa ra một số khuyến nghị cho các cơ quan tài phán Việt Nam khi áp dụng các quy định của Công ước Viên 1980 về mua bán quốc tế hàng hóa liên quan đến bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ.

Abstract: This paper studies issues relating to compensation for loss of profit under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980, particularly the loss of profit concept and its proof in practice. Basing on that, it makes recommendations for competent authorities in Vietnam when they apply the Convention for such compensation.

Đặt vấn đề

Trở thành thành viên thứ 84 của Công ước Viên 1980 về mua bán quốc tế hàng hóa (CISG), Việt Nam, đặc biệt là cộng đồng doanh nghiệp, được hưởng lợi ích do nhiều đối tác thương mại lớn của Việt Nam cũng là thành viên của CISG. Như vậy, các cơ quan tài phán Việt Nam cũng cần áp dụng các quy định của CISG để giải quyết các tranh chấp mua bán quốc tế hàng hóa.

Qua thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế nói chung và tranh chấp mua bán quốc tế hàng hóa nói riêng, bồi thường thiệt hại là loại chế tài thường được bên bị vi phạm yêu cầu áp dụng trong trường hợp bên kia có hành vi vi phạm hợp đồng. Tuy nhiên, các cơ quan tài phán thường gặp khó khăn khi giải quyết yêu cầu bồi thường thiệt hại, đặc biệt trong trường hợp tổn thất là khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ

(*loss of profit*). Nhiều cơ quan tài phán chấp nhận hoặc từ chối yêu cầu bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ của bên bị vi phạm mà không giải thích, lập luận cũng như không đưa ra cơ sở pháp lý rõ ràng cho phán quyết của mình. Một số khác chấp nhận một phần yêu cầu bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ như là cách để “dung hòa” lợi ích giữa các bên. Các giải pháp trên đều thiếu thuyết phục và có khả năng ảnh hưởng tiêu cực đến quá trình giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế. Một trong những lý do chính của thực trạng trên là khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ không thể được xác định chắc chắn tuyệt đối và ít nhiều mang tính chất giả định. Để giải quyết vấn đề này, các cơ quan tài phán cần nắm rõ quy định của luật áp dụng liên quan đến bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ.

CISG dành ra Mục II – Chương V (từ Điều 74 – 77 CISG) để quy định về loại chế tài bồi thường thiệt hại, trong đó đặc biệt nhắc đến khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Do đó, việc nghiên cứu các vấn đề liên quan đến bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo

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

** Văn phòng luật sư Lê Nguyễn.

CISG đóng vai trò quan trọng; giúp các cơ quan tài phán Việt Nam giải quyết yêu cầu bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ nói riêng và bồi thường thiệt hại nói chung chính xác, thống nhất.

1. Khái niệm khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ

1.1. Tổng quan

Điều 74 CISG quy định về mức bồi thường thiệt hại như sau: “Mức bồi thường thiệt hại do hành vi vi phạm hợp đồng của một bên bao gồm giá trị tổn thất, kể cả khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra”. Như vậy, theo CISG, giá trị tổn thất bao gồm giá trị giảm đi mà bên bị vi phạm gánh chịu (thiệt hại thực tế) và giá trị tăng thêm mà bên bị vi phạm bỏ lỡ (khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ). Quy định này thể hiện triết lý của CISG về mục đích tồn tại của chế tài bồi thường thiệt hại, đó là, việc bồi thường thiệt hại phải đặt bên bị vi phạm vào vị thế kinh tế (*economic position*) ngang bằng với vị thế kinh tế mà họ có được trong trường hợp bên vi phạm thực hiện đúng hợp đồng¹. CISG quy định rõ ràng rằng, giá trị tổn thất bao gồm cả khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ là bởi vì trong một số hệ thống pháp luật quốc gia, giá trị tổn thất không bao gồm khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ².

Nhìn chung, CISG không có sự phân biệt về chế độ pháp lý giữa khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ và các tổn thất khác, trừ quy định tại Điều 44 CISG. Theo đó, bên bị vi phạm sẽ mất quyền yêu cầu bồi thường đối với khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, nhưng vẫn có quyền yêu cầu bồi thường đối với các tổn

thất khác trong trường hợp bên bị vi phạm, mặc dù có lý do chính đáng, không thông báo cho bên vi phạm về hàng hóa không phù hợp với hợp đồng hoặc về nội dung của quyền hoặc khiếu nại của bên thứ ba.

1.2. Các nguyên tắc bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ

Điều 74 CISG đưa ra các nguyên tắc bồi thường thiệt hại trong CISG, áp dụng chung cho khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, như sau:

Một là, nguyên tắc bồi thường toàn bộ. Theo nguyên tắc này, khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ bao gồm mọi giá trị tăng thêm mà bên bị vi phạm bỏ lỡ do hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm. Trong *Crane case*, Tòa Cấp cao Murcia (Tây Ban Nha) cho rằng, hành vi vi phạm hợp đồng của bên bán gây thiệt hại cho bên mua dưới dạng khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Bên bán, thay vì giao hàng cho bên mua, đã bán lại hàng cho bên thứ ba. Thiệt hại là chênh lệch giữa giá bán lại hàng cho bên thứ ba và giá hàng theo hợp đồng. Khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ trong trường hợp này là lợi nhuận mà bên mua đáng lẽ được hưởng trong giao dịch bán lại hàng cho bên thứ ba nhưng đã bị bỏ lỡ (không được hưởng) do hành vi vi phạm hợp đồng của bên bán³.

Hai là, nguyên tắc chỉ bồi thường các tổn thất có thể tiên liệu được. Nguyên tắc này yêu cầu bên vi phạm, vào thời điểm giao kết hợp đồng, tiên liệu hoặc phải tiên liệu được rằng việc vi phạm hợp đồng sẽ khiến cho bên bị vi phạm bỏ lỡ khoản lợi nhuận đó. Trong *Jewelry case*, Tòa án tối cao Áo cho rằng, khoản lợi nhuận thông thường (*usual profit*) từ hoạt động bán hàng của bên bán là tổn thất mà bên mua, vào thời điểm giao kết hợp đồng, phải tiên liệu

¹ Secretariat Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, A/CONF.97/5, Article 70, para. 3.

² Hoda Kordjazi et al. (2012), ‘Loss of Profit in Breach of Contract: Comparative Study Between Iran and Convention of International Sale of Goods (1980)’, *International Proceedings of Economics Development and Research*, Vol. 31, pp. 152 – 153.

³ Spain 15 July 2010 Audiencia Provincial de Murcia, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100715s4.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

được rằng việc vi phạm hợp đồng (bên mua từ chối mua hàng) sẽ khiến cho bên bán bỏ lỡ khoản lợi nhuận đó⁴. Trái lại, trong *Art books case*, Tòa án Thương mại Zürich (Thụy Sĩ) cho rằng, bên mua không thể yêu cầu bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ do không đủ cơ sở chứng minh thiệt hại. Bởi lẽ, khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ phải là khoản lợi nhuận thông thường trong hoạt động kinh doanh của bên mua mà bên bán tiên liệu được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Bên bán chỉ phải bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ cao bất thường (*extraordinary loss of profit*) nếu bên mua cho bên bán biết rủi ro xảy ra loại tổn thất cụ thể này và bên bán chấp nhận rủi ro đó⁵. Hai vụ việc trên cho thấy, việc giới hạn trách nhiệm bồi thường thông qua “khả năng tiên liệu” cho phép các bên nhận biết và quản lý rủi ro hiệu quả hơn. Hơn nữa, nguyên tắc chỉ bồi thường các tổn thất có thể tiên liệu được còn khuyến khích việc trao đổi thông tin giữa các bên về các rủi ro bất thường trong quá trình đàm phán và giao kết hợp đồng.

Ba là, nguyên tắc không bồi thường các tổn thất mà bên bị vi phạm có thể hạn chế được. Theo nguyên tắc này, nếu bên bị vi phạm không thực hiện các biện pháp hợp lý để hạn chế khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, bên vi phạm có quyền yêu cầu giảm mức bồi thường thiệt hại theo giá trị lẽ ra đã có thể hạn chế được⁶. Trong *Peanut kernel case*,

bên mua và bên bán giao kết hợp đồng mua bán hạt đậu phộng. Hợp đồng nêu rõ rằng, bên mua phải mở L/C mười lăm ngày trước ngày giao hàng. Bên bán đã chuẩn bị hàng hóa để giao nhưng bên mua không mở L/C, không sắp xếp phương tiện để nhận hàng và tuyên bố chấm dứt hợp đồng qua fax. Bên bán ép hạt đậu phộng thành dầu đậu phộng và bán số dầu đậu phộng này. Hội đồng Trọng tài cho rằng, hành vi vi phạm hợp đồng của bên mua cấu thành vi phạm cơ bản hợp đồng và bên mua phải chịu trách nhiệm bồi thường cho bên bán khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Tuy nhiên, theo Điều 77 CISG, bên bán phải thực hiện các biện pháp hợp lý để bán lại hạt đậu phộng theo giá thị trường nhằm hạn chế tổn thất chứ không phải là ép thành dầu đậu phộng bởi vì việc này gây ra tổn thất lớn hơn. Do đó, bên bán chỉ được bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ là chênh lệch giữa giá hạt đậu phộng theo hợp đồng và giá hạt đậu phộng trên thị trường, thay vì chênh lệch giữa giá hạt đậu phộng theo hợp đồng và giá dầu đậu phộng đã bán như yêu cầu bồi thường của bên bán⁷. Trong một số trường hợp, việc thực hiện các biện pháp để hạn chế tổn thất làm phát sinh chi phí cho bên bị vi phạm. Ví dụ, trong trường hợp bên mua vi phạm hợp đồng do từ chối nhận hàng, bên bán có thể hạn chế tổn thất bằng cách bán lại hàng hóa; tuy nhiên trong thời gian tìm kiếm bên thứ ba để bán lại, chi phí lưu giữ và bảo quản hàng hóa sẽ phát sinh. Mặc dù Điều 74 CISG không quy định rõ bên vi phạm phải thanh toán các chi phí phát sinh này, nhưng việc bên bị vi phạm được bồi thường các chi phí phát sinh hợp lý được xem là phù hợp với nguyên tắc bồi

⁴ Austria 28 April 2000 Supreme Court, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000428a3.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

⁵ Switzerland 10 February 1999 Commercial Court Zürich, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990210s1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

⁶ Điều 77 CISG.

Xem thêm: Ukraine 13 February 2006 Tribunal of International Commercial Arbitration, Ukrainian Chamber of Commerce & Trade, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060213u5.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

⁷ China Arbitration Award of June 1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990600c1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

thường toàn bộ và nguyên tắc không bồi thường các tổn thất mà bên bị vi phạm có thể hạn chế được⁸.

1.3. Cách tính khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ

CISG không có điều khoản cụ thể về cách tính khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Công thức thường được các cơ quan tài phán áp dụng là khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ bằng doanh thu giả định (*hypothetical revenues*) trừ chi phí biến đổi giả định (*hypothetical variable costs*). CISG không quy định rõ ràng, cả chi phí biến đổi (*variable costs*) và chi phí cố định (*fixed costs*) hay chỉ chi phí biến đổi được trừ vào doanh thu trong việc tính toán khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Tuy nhiên, thực tiễn tài phán cho thấy, chi phí cố định không được trừ khi tính khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, bởi vì chi phí cố định là loại chi phí không bị ảnh hưởng dù bên kia vi phạm hợp đồng hay không. Chỉ khi nào hành vi vi phạm hợp đồng của bên vi phạm làm chấm dứt hoạt động kinh doanh của bên bị vi phạm thì chi phí cố định mới có thể được trừ⁹. Như vậy, khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ không chỉ bao gồm lợi nhuận ròng (*net profit*) mà còn gồm cả chi phí cố định¹⁰. Trong *Jeans case*, Tòa Phúc thẩm Hamburg (Đức) cũng cho rằng, chi phí cố định không phải là loại chi phí có thể tiết kiệm được (*saved costs*), trừ khi bên bán chứng minh được rằng chi phí cố định trong trường hợp thực hiện đúng hợp đồng cao hơn chi phí cố

định trong trường hợp có hành vi vi phạm hợp đồng¹¹.

2. Chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ

2.1. Luật áp dụng đối với các vấn đề về chứng minh

Cũng như các tổn thất khác, khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ cần được chứng minh. Vấn đề đầu tiên là việc chứng minh này có thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG hay không?

Một số học giả cho rằng, các vấn đề về chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ thuộc về luật tố tụng quốc gia (*procedural law*) và nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của CISG¹². Điển hình, trong *Summer cloth collection case*, Tòa án Quận Sissach (Thụy Sĩ) cho rằng, các vấn đề về chứng minh thuộc về luật tố tụng quốc gia, do đó, được điều chỉnh bởi hệ thuộc luật tòa án (*lex fori*). Vì vậy, Tòa án sẽ áp dụng luật tố tụng quốc gia của họ để giải quyết các vấn đề về chứng minh. Trong vụ án này, pháp luật Thụy Sĩ được áp dụng đối với các vấn đề về chứng minh. Theo Điều 8 Bộ luật Dân sự Thụy Sĩ, nghĩa vụ chứng minh tổn thất thuộc về bên mua (bên bị vi phạm). Do đó, Tòa án cho rằng, việc bên mua không cung cấp chứng cứ để chứng minh tổn thất cho thấy yêu cầu bồi thường thiệt hại của bên mua là không có căn cứ¹³.

Tuy nhiên, các vấn đề về chứng cứ và chứng minh trong luật tố tụng của các quốc gia khác nhau có thể rất khác nhau. Ví dụ, bên bán không giao hàng là một loại sản

⁸ CISG Advisory Council Opinion No. 6, para. 4.1, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

⁹ United States 6 December 1995 Federal Appellate Court [2nd Circuit], <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

¹⁰ Ingeborg Schwenzer (Ed.) (2016), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Article 74, para. 38.

¹¹ Germany 26 November 1999 Appellate Court Hamburg, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991126g1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

¹² Djakhongir Saidov (2006), 'Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages', *Journal of Contract Law*, Vol. 22, pp. 47 – 48.

¹³ Switzerland 5 November 1998 District Court Sissach, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981105s1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

phẩm mà bên mua chưa từng kinh doanh trước đây (không có thông tin về doanh thu trong quá khứ), bên mua cố gắng chứng minh tổn thất, trong đó có khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, bằng cách giả định về doanh thu trong tương lai. Trong trường hợp này, các quốc gia yêu cầu cao về mức độ chứng minh sẽ không cho bên bị vi phạm được bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo Điều 74 CISG. Trong *Plastic carpets case*, Tòa Phúc thẩm Helsinki (Phần Lan) cho rằng, doanh thu mục tiêu (*sales goal*) của bên mua không thể được dùng làm cơ sở để tính khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ¹⁴. Tuy nhiên, các quốc gia yêu cầu thấp hơn về mức độ chứng minh sẽ cho bên bị vi phạm được bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo Điều 74 CISG. Hệ quả xảy ra là sự bất bình đẳng đối với bên bị vi phạm trong các hoàn cảnh tương tự nhau nhưng được xét xử bởi các cơ quan tài phán khác nhau¹⁵. Như vậy, việc áp dụng luật tố tụng quốc gia đối với các vấn đề về chứng minh sẽ ảnh hưởng tiêu cực đến khả năng áp dụng và giải thích CISG một cách thống nhất, ảnh hưởng tiêu cực đến mục tiêu thống nhất pháp luật mua bán hàng hóa quốc tế của CISG.

Do đó, ngày nay, đại đa số các học giả đều cho rằng, các vấn đề về chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, mặc dù không có các quy định rõ ràng trong Công ước nhưng vẫn thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG¹⁶.

2.2. Trách nhiệm chứng minh

Bên bị vi phạm có trách nhiệm chứng minh tổn thất, kể cả khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ mà họ gánh chịu, cũng như mối quan hệ nhân quả giữa tổn thất và hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia¹⁷. Vấn đề tiếp theo là CISG yêu cầu bên bị vi phạm chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ ở mức độ nào. Hiện nay, tồn tại hai cách tiếp cận khác nhau về vấn đề này.

Cách tiếp cận thứ nhất cho rằng, theo Điều 74 CISG, khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ trước hết phải chắc chắn, cụ thể và chính xác¹⁸. Trong *Used car case*, Tòa Phúc thẩm Köln (Đức) cho rằng, theo Điều 74 CISG, bên mua phải tính chính xác thiệt hại mà họ gánh chịu¹⁹. Tương tự, trong *Shoes case*, Tòa án Quận München (Đức) cho rằng, Điều 74 CISG yêu cầu phải xác định cụ thể thiệt hại để được bồi thường. Tòa án cho rằng, bên mua không giải thích cũng như không cung cấp đủ chứng cứ để chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ²⁰. Trong *Vacuum cleaners case*, Tòa Phúc thẩm Celle cho rằng, bên bị vi phạm phải tính toán chính

¹⁴ Finland 26 October 2000 Helsinki Court of Appeals, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001026f5.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

¹⁵ CISG Advisory Council Opinion No. 6, para. 2.3, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

¹⁶ Ingeborg Schwenzer (Ed.) (2016), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Article 74, para. 66.

¹⁷ Sieg Eiselen (2007), 'Remarks on the Manner in Which the UNIDROIT Principles of International Contracts May Be Used to Interpret or Supplement Article 74 CISG', in John Felemega (Ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, Cambridge University Press, p. 217.

Ingeborg Schwenzer (Ed.) (2016), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Article 74, para. 66.

¹⁸ Djakhongir Saidov (2006), 'Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages', *Journal of Contract Law*, Vol. 22, pp. 54 – 55.

¹⁹ Germany 21 May 1996 Appellate Court Köln, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960521g1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

²⁰ Germany 20 February 2002 District Court München, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020220g1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

xác thiệt hại mà họ gánh chịu²¹. Tương tự, trong *Coke case*, Hội đồng trọng tài ICC cho rằng, theo Điều 74 CISG, bên bị vi phạm có trách nhiệm chứng minh và họ phải chứng minh sự tồn tại của thiệt hại cũng như tính toán chính xác thiệt hại²².

Tuy nhiên, các tòa án và trọng tài theo cách tiếp cận này không giải thích, lập luận cũng như không đưa ra cơ sở pháp lý rõ ràng cho quyết định của mình²³. Trong khi đó, không tồn tại bất kỳ quy định nào của CISG đề cập đến tiêu chuẩn chứng minh như vậy. Cách tiếp cận này có thể gây nguy hiểm vì nếu được tuân theo, nó có thể khuyến khích các tòa án và trọng tài áp dụng các quy tắc không tồn tại trong CISG. Mặt khác, phương pháp sử dụng để tính toán khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ cũng rất phức tạp và ít nhiều mang tính chất giả định. Việc tính toán chính xác tuyệt đối khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ là không thể thực hiện được. Do đó, cách tiếp cận này thường bị chỉ trích²⁴.

Cách tiếp cận thứ hai cho rằng, bởi vì tiêu chuẩn chứng minh không được quy định rõ trong CISG nên cần áp dụng nguyên tắc bổ khuyết (*gap-filling*) quy định tại Điều 7(2) CISG. Theo đó, vấn đề về tiêu chuẩn chứng minh cần được giải quyết theo các nguyên tắc chung làm nền tảng của CISG, cụ thể là nguyên tắc hợp lý. Nguyên tắc này được tìm thấy tại rất nhiều điều khoản khác

nhau của CISG, cụ thể là các điều 8, 16, 18, 25, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 43, 44, 46, 47, 48, 49, 60, 63, 64, 65, 72, 73, 75, 76, 77, 79, 85, 86, 87 và 88 CISG. Do đó, có thể xem đây là nguyên tắc chung làm nền tảng của CISG²⁵. Điều này dẫn đến hệ quả là khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ cũng phải được chứng minh một cách hợp lý²⁶.

Tuy nhiên, nguyên tắc hợp lý được rút ra từ CISG vẫn chưa đủ để giải quyết mức độ chắc chắn của tổn thất mà bên bị vi phạm phải chứng minh để yêu cầu bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Cụ thể, bên bị vi phạm không thể yêu cầu bên vi phạm bồi thường khoản lợi nhuận khó hoặc không thể phát sinh. Trong trường hợp này, Bộ Nguyên tắc UNIDROIT về hợp đồng thương mại quốc tế có thể được sử dụng để bổ khuyết cho CISG²⁷. Theo quy định tại Điều 7.4.3 Bộ nguyên tắc UNIDROIT, tổn thất, kể cả tổn thất trong tương lai, chỉ được bồi thường nếu chúng được chứng minh ở mức độ chắc chắn hợp lý. Nhìn chung, yêu cầu về mức độ chắc chắn hợp lý cũng phù hợp với pháp luật của nhiều quốc gia²⁸. Do đó, cách tiếp cận này được ủng hộ hơn cách tiếp cận đầu tiên.

²¹ Germany 2 September 1998 Appellate Court Celle, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980902g1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

²² ICC Arbitration Case No. 9187 of June 1999, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

²³ Djakhongir Saidov (2006), 'Damages: The Need for Uniformity', *Journal of Law and Commerce*, Vol. 25, p. 399.

²⁴ Djakhongir Saidov (2006), 'Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages', *Journal of Contract Law*, Vol. 22, pp. 55 – 57.

²⁵ Djakhongir Saidov (2006), 'Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages', *Journal of Contract Law*, Vol. 22, pp. 70 – 71.

²⁶ CISG Advisory Council Opinion No. 6, para. 2.6, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

²⁷ CISG Advisory Council Opinion No. 6, para. 2.8, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op6.html>, truy cập ngày 27/12/2017. Ingeborg Schwenzer (Ed.) (2016), *Schlechtriem & Schwenzer: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, Article 7, para. 36.

²⁸ John Gotanda (2004), 'Recovering Lost Profits in International Disputes', *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 36, p. 87.

2.3. Hậu quả pháp lý trong trường hợp không hoàn thành trách nhiệm chứng minh

Như đã trình bày, bên bị vi phạm có trách nhiệm chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Việc bên bị vi phạm không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ trách nhiệm chứng minh sẽ ảnh hưởng đến quyết định của cơ quan tài phán đối với yêu cầu bồi thường. Qua thực tiễn tài phán, trong trường hợp bên bị vi phạm không hoàn thành trách nhiệm chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, hai trường hợp có thể xảy ra như sau:

Một là, cơ quan tài phán bác bỏ hoàn toàn yêu cầu bồi thường của bên bị vi phạm. Trong *Shoes case*, bên mua không thanh toán tiền mua hàng theo hợp đồng vì cho rằng bên bán giao hàng chậm và bên mua có quyền giảm giá. Bên bán khởi kiện yêu cầu bên mua thanh toán tiền mua hàng và trả lãi chậm thanh toán, bên mua phản tố yêu cầu bên bán bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Tòa án Quận Düsseldorf (Đức) cho rằng bên mua không có quyền giảm giá vì theo CISG, chế tài này không áp dụng đối với việc giao hàng chậm. Đồng thời, tòa án cũng bác bỏ yêu cầu bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ của bên mua vì bên mua không cung cấp đủ chứng cứ để chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Bên mua chỉ có thể yêu cầu bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ nếu khách hàng của bên mua thể hiện rằng, họ chỉ chấp nhận loại giày của bên bán cung cấp mà không chấp nhận bất kỳ loại giày của nhà cung cấp nào khác²⁹.

Hai là, cơ quan tài phán tự ước lượng khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo lẽ phải và công bằng (*ex aequo et bono*). Trong *Cutlery case*, bên mua từ chối nhận hàng vì

cho rằng, hợp đồng vô hiệu hoặc bên mua có quyền hủy bỏ hợp đồng. Bên bán yêu cầu bên mua bồi thường các tổn thất phát sinh, trong đó có khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Bên bán cho rằng, hàng được gắn nhãn theo yêu cầu đặc biệt của bên mua, bên bán sẽ không thể bán lại hàng cho các khách hàng khác. Đồng thời, nếu bên bán sửa lại hàng thì giá bán lại hàng cũng không cao như ban đầu. Do đó, bên bán yêu cầu bên mua bồi thường với số tiền tối thiểu bằng 10% giá bán hàng theo hợp đồng. Tòa án Thương mại Aargau (Thụy Sĩ) yêu cầu bên bán cung cấp các hóa đơn chứng minh rằng bên bán đã bán lại hàng cho các khách hàng khác nhưng bên bán không cung cấp được. Bên bán chỉ xác định có thiệt hại dưới dạng khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ cũng như số lượng hàng bị thiệt hại. Bằng kinh nghiệm xét xử, tòa án cho rằng bên bán có quyền yêu cầu bồi thường tương đương 10% giá bán hàng theo hợp đồng, bởi vì nỗ lực để bán lại hàng của bên bán cũng tương đương với khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ trong giao dịch bán lại hàng³⁰. Có thể thấy rằng, trong trường hợp hợp đồng bị hủy bỏ và bên bán đã bán lại hàng, bên bán có quyền yêu cầu bồi thường chênh lệch giữa giá hàng theo hợp đồng và giá bán lại hàng theo Điều 75 CISG. Trong tranh chấp trên, mặc dù khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ chắc chắn phát sinh, nhưng không có chứng cứ để chứng minh do bên bán không cung cấp được hóa đơn bán lại hàng. Trong trường hợp này, cơ quan tài phán có thể tự ước lượng khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo lẽ phải và công bằng (*ex aequo et bono*). Trong vụ án *Vital Berry Marketing v. Dira-Frost*, do giá hàng trên thị trường giảm, bên mua cố ý không mở L/C nhằm trì hoãn việc giao hàng

²⁹ Germany 5 March 1996 District Court Düsseldorf, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960305g1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

³⁰ Switzerland 26 September 1997 Commercial Court Aargau, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

để thương lượng giảm giá với bên bán. Tòa án Quận Hasselt (Bỉ) cho rằng bên bán có quyền hủy bỏ hợp đồng và yêu cầu bên mua bồi thường thiệt hại, trong đó có khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ. Tòa án xác định khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ theo lẽ phải và công bằng, có tính đến xác suất giá bán lại hàng sẽ thấp hơn đáng kể so với giá hàng theo hợp đồng³¹.

3. Kết luận và khuyến nghị

Bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ là một trong những vấn đề pháp lý phức tạp và gây tranh cãi nhất liên quan đến chế tài bồi thường thiệt hại theo CISG. Dựa vào các phân tích pháp lý vừa trình bày, chúng tôi cho rằng, các cơ quan tài phán Việt Nam, khi áp dụng và giải thích các quy định của CISG liên quan đến bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, cần lưu ý một số vấn đề như sau:

Một là, áp dụng chính xác các nguyên tắc bồi thường thiệt hại trong CISG, đặc biệt là nguyên tắc chỉ bồi thường các tổn thất có

thể tiên liệu được. Theo đó, khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ, về nguyên tắc, là khoản lợi nhuận thông thường trong hoạt động kinh doanh của bên bị vi phạm mà bên vi phạm tiên liệu được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Bên vi phạm chỉ phải bồi thường khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ cao bất thường nếu bên bị vi phạm cho bên vi phạm biết rủi ro xảy ra loại tổn thất cụ thể này và bên vi phạm chấp nhận rủi ro đó.

Hai là, giải quyết chính xác các vấn đề về chứng minh. Theo đó, các vấn đề về chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ (mặc dù không có các quy định rõ ràng trong Công ước) thuộc phạm vi điều chỉnh của CISG. Bên bị vi phạm có trách nhiệm chứng minh khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ ở mức độ hợp lý cũng như mối quan hệ nhân quả giữa khoản lợi nhuận bị bỏ lỡ và hành vi vi phạm hợp đồng của bên kia.

³¹ Belgium 2 May 1995 District Court Hasselt, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950502b1.html>, truy cập ngày 27/12/2017.

(Tiếp theo trang 26 – Pháp luật về nghĩa vụ công bố thông tin...)

và Đầu tư ghi tên vào danh sách các doanh nghiệp có sự bất thường trong hoạt động và công bố công khai trên trang <http://www.business.gov.vn>. Tương tự như quy định pháp luật của Trung Quốc hiện nay, trong thời hạn 3 năm, nếu doanh nghiệp đã bị ghi tên vào danh sách này khắc phục được các vi phạm thì sẽ được xóa tên khỏi danh sách. Nếu sau 3 năm kể từ ngày bị ghi tên vào danh sách các doanh nghiệp có sự bất thường trong hoạt động, doanh nghiệp nhà nước vẫn không có sự khắc phục, doanh nghiệp đó sẽ bị Bộ Kế hoạch và Đầu

tư ghi tên vào danh sách các doanh nghiệp có hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng và công bố công khai trên trang <http://www.business.gov.vn>. Khi đó, người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp này sẽ không được làm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp khác trong thời hạn 3 năm. Bản thân doanh nghiệp nhà nước chỉ có thể được xóa tên khỏi danh sách các doanh nghiệp có hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng nếu thực hiện công bố thông tin đúng theo quy định trong vòng 5 năm.

CHẾT DO LÀM VIỆC QUÁ SỨC (KARŌSHI) Ở NHẬT BẢN: NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VÀ LIÊN HỆ VỚI VIỆT NAM

Phan Vũ*

Tóm tắt: Ở Nhật Bản, hiện tượng chết do làm việc quá sức (*karōshi*) trở nên khá phổ biến và trở thành vấn nạn của xã hội. Năm 2014, Nhật Bản ban hành Luật Về thúc đẩy phòng chống *karōshi* nhằm tạo cơ sở pháp lý cho việc giải quyết tình trạng này. Bài viết tập trung nghiên cứu về hiện tượng *karōshi* dưới góc độ pháp lý, đồng thời liên hệ với Việt Nam.

Abstract: In Japan, overwork death (*karōshi*) is quite popular and becomes a social issue. In 2014, Japan enacted a Law on combatting *karōshi* to solve this issue. This paper studies *karōshi* from the legal perspective and draws out implications for Vietnam.

1. Đặt vấn đề

Chết do làm việc quá sức là một hiện tượng tương đối đặc biệt phát sinh trong bối cảnh xã hội đương đại. Hiện tượng chết (hệ quả nghiêm trọng nhất của quá trình làm việc cao độ) chủ yếu tập trung ở những quốc gia Đông Á có nền kinh tế phát triển như Trung Quốc, Hàn Quốc hay Nhật Bản và chưa đủ sức để trở thành một tâm điểm nghiên cứu quốc tế dưới góc độ kinh tế hay xã hội. Tuy nhiên, tại Nhật Bản – nơi lần đầu tiên ghi nhận những cái chết vì lý do làm việc quá sức, hiện tượng này đang dần trở nên phổ biến hơn, phát triển thành một vấn nạn thách thức nỗ lực xây dựng một nền kinh tế ổn định, một môi trường lao động lành mạnh của Nhà nước Nhật Bản. Ngôn ngữ Nhật thậm chí hình thành một thuật ngữ về hiện tượng này: “*karōshi*” càng chứng tỏ tính chất phổ biến của nó trong xã hội Nhật Bản ngày nay.

Báo cáo được Chính phủ Nhật Bản đưa ra trong thời gian gần đây cho thấy, số lượng vụ việc *karōshi* có xu hướng tăng đều

qua các năm¹, xác nhận tính cấp bách hàng đầu của vấn đề. Về giải pháp, Chính phủ đã và đang có xu hướng can thiệp trực tiếp hay gián tiếp vào hoạt động kinh doanh và sử dụng nhân công của các doanh nghiệp Nhật Bản, chủ yếu thông qua con đường pháp lý. Có thể nói, mặc dù hiệu quả của các giải pháp pháp lý vẫn còn đang trong vòng tranh luận, nhưng đây vẫn là một trong những hướng giải quyết được ưu tiên hàng đầu đối với vấn đề xã hội này do tính chất bắt buộc chung của nó.

2. Tổng quan về *karōshi*

Karōshi – hay “quá lao tử” – là một thuật ngữ tiếng Nhật được sử dụng rộng rãi để chỉ những cái chết do làm việc quá sức gây nên. Thuật ngữ này lần đầu tiên xuất hiện vào năm 1978, sau sự kiện một nam giới 29 tuổi làm việc tại bộ phận vận chuyển của một công ty kinh doanh trong lĩnh vực báo chí hàng đầu Nhật Bản chết do đột quỵ².

¹ Sách trắng về phòng chống *karōshi* (bản tóm tắt), Bộ Y tế, Lao động và Phúc lợi Nhật Bản, 2017, <http://fpcj.jp/wp/wp-content/uploads/2017/11/8f513ff4e9662ac515de9e646f63d8b5.pdf>, truy cập ngày 16/03/2018.

² Nishiyama, K và Jeffrey V. Johnson (1997), *Karoshi-Death from overwork: Occupational health*

* Trường Đại học Luật Hà Nội.

Tuy nhiên, chỉ từ thập niên 80 của thế kỷ XX, xã hội Nhật Bản mới bộc lộ mối quan ngại tới hiện tượng này, sau khi một số nhân viên quản lý cấp cao đột tử không rõ nguyên nhân.

Nhìn dưới góc độ xã hội, *karōshi* giống như nhiều hiện tượng xã hội khác, phát sinh từ những nguyên nhân chủ quan và khách quan. Thứ nhất, nguyên nhân khách quan nảy sinh hiện tượng *karōshi* là từ thực tế của thị trường lao động Nhật Bản. Trong xã hội hiện đại, khi sức lao động đã được thừa nhận là một loại hàng hóa đặc biệt, sự cạnh tranh việc làm là một xu hướng tất yếu. Mặt khác, tại các nước phát triển như Nhật Bản, việc đầu tư công nghệ cao, tự động hóa sản xuất đang ngày càng được chú trọng thay cho việc sử dụng nhiều nhân công. Hai yếu tố kể trên đã góp phần hình thành nên thị trường lao động cạnh tranh khốc liệt ở Nhật Bản. Thứ hai, về mặt chủ quan, con người Nhật Bản nói chung và người lao động nói riêng có xu hướng tôn trọng người “bè trên” – mỗi cá nhân của xã hội Nhật Bản đương đại luôn được đánh giá dựa trên địa vị xã hội của họ. Trong lĩnh vực lao động, điều này dẫn tới hệ quả là người lao động ít khi có ý kiến về chính sách lao động do người sử dụng lao động đưa ra, hay nói cách khác, người lao động chịu sự lệ thuộc gần như hoàn toàn vào người sử dụng lao động. Mặt khác, tinh thần trách nhiệm và tư tưởng cống hiến của người Nhật Bản rất cao, đặc biệt là đối với công việc, nên họ thường hi sinh lợi ích cá nhân của mình cho lợi ích tập thể, mà một trong những biểu hiện rõ ràng nhất là việc luôn luôn chấp nhận làm thêm

consequences of the Japanese production management, Tạp chí International Journal of Health Services.

giờ³. Như vậy, có thể khẳng định đối với sự hình thành và phát triển của hiện tượng *karōshi*, yếu tố thị trường lao động đóng vai trò là điều kiện cần, còn yếu tố từ phía con người đóng vai trò là điều kiện đủ. Điều này giải thích lý do tại sao hiện tượng chết vì làm việc quá sức diễn ra một cách phổ biến tại các nước Đông Á, đặc biệt là Nhật Bản, trong khi thị trường lao động của nhiều quốc gia phát triển trên thế giới cũng tồn tại sự cạnh tranh khốc liệt tương tự, nhưng hiện tượng chết vì làm việc quá sức chỉ diễn ra đơn lẻ, mang tính chất cục bộ.

Xét dưới góc độ y học, nguyên nhân dẫn tới *karōshi* là những bệnh lý thần kinh và tim mạch có nguyên căn trực tiếp từ làm việc quá độ⁴. Nạn nhân của hiện tượng này thường bị buộc phải làm việc liên tục dưới áp lực và stress trong một khoảng thời gian dài. Thông thường, nguyên nhân trực tiếp dẫn tới tử vong ở những đối tượng này là một cơn đau tim hay đột quy. Tuy nhiên, nhiều trường hợp tử tử cũng ghi nhận như là *karōshi*, mặc dù vẫn có một số ý kiến trái chiều. Việc xác định tử tử do làm việc quá sức có thuộc phạm trù *karōshi* hay không có ý nghĩa quan trọng trong việc quy kết trách nhiệm cho doanh nghiệp và trên cơ sở đó, gia đình nạn nhân có được nhận khoản tiền bồi thường hay không. Vấn đề tử tử do làm việc quá sức ở Nhật Bản có phải là *karōshi* hay không đã làm dấy lên một cuộc tranh luận gay gắt. Thông thường, tử tử trong đại

³ Clegg C. (2013), *Five things that keep Japanese people chained to their jobs*, RocketNews24, nguồn: <https://soraneews24.com/2013/08/26/five-things-that-keep-japanese-people-chained-to-their-jobs/>, truy cập ngày 03/12/2016.

⁴ Araki, S. và Iwasaki, K. (2005), *Death due to Overwork (Karoshi) - Causation, health service, and life expectancy of Japanese males*. JMAJ 48(2): 92–98, 2005.

đa số trường hợp là hành động cố ý của con người tự tước đoạt mạng sống của mình, là kết quả của quá trình tư duy và là hệ quả của sự tự do ý chí. Làm việc quá sức, bị áp lực và stress có thể khiến người lao động phải tìm đến cái chết. Tuy nhiên, nếu cho rằng tự tử do làm việc quá sức thuộc phạm trù *karōshi* thì cũng chưa thực sự thuyết phục: Người lao động mặc dù phải làm việc quá sức, nhưng điều đó không có nghĩa là họ không có bất cứ sự lựa chọn nào khác ngoài việc tự kết liễu cuộc đời của mình, họ luôn luôn có những lựa chọn khác, mà rất nhiều trong số đó không dẫn tới cái chết. Lập luận này được các công ty bảo hiểm nhân thọ sử dụng khi từ chối chi trả cho những trường hợp người được bảo hiểm tự tử⁵. Mặc dù vậy, cuối cùng, Luật Về thúc đẩy phòng chống *karōshi* được ban hành năm 2014, đưa ra quan điểm rõ ràng bằng việc điểm b Điều 2 ghi nhận tự tử có thể là *karōshi*. Ngoài ra, điểm c còn quy định thêm về những bệnh lý, hội chứng khác là nguyên nhân dẫn đến *karōshi*. Những quy định này đóng vai trò là hành lang pháp lý cho việc giải quyết những vấn đề khác liên quan đến *karōshi* có thể phát sinh trong tương lai.

Hiện tượng làm việc quá sức đã hiện diện trong xã hội Nhật Bản từ sau khi Chiến tranh thế giới thứ hai kết thúc, gắn liền với nhịp độ phát triển “thần tốc” của đất nước này, đặc biệt là trong lĩnh vực kinh tế. Dường như, làm việc ngoài giờ đối với người lao động Nhật Bản đã không chỉ dừng lại ở một thói quen, mà còn phát triển thành một thứ văn

hóa công sở, cho dù nhiều số liệu đã chứng minh thứ “văn hóa” này gây ra nhiều ảnh hưởng tiêu cực đến sức khỏe người lao động hơn là hiệu quả kinh tế nó đem lại. Hiện tại, trung bình số giờ làm việc của một lao động Nhật Bản trong một năm là 2.000 giờ, nhiều hơn người lao động Đức và Pháp khoảng 400 giờ một năm⁶. Sách trắng về phòng chống *karōshi* đầu tiên của Chính phủ Nhật Bản được công bố ngày 07/10/2016 đã chỉ ra rằng cứ 5 công ty Nhật Bản thì có một công ty mà người lao động có nguy cơ chết do làm việc quá sức, 22,7% trong tổng số 1743 công ty được khảo sát cho thấy người lao động làm việc thêm giờ ở mức trên 80 giờ một tháng; tỉ lệ người lao động phải làm việc nhiều hơn 49 giờ một tuần của Nhật Bản là cao nhất trong số các nước phát triển (21,3%), đồng thời 52,3% người lao động cảm thấy stress trong công việc⁷.

Điều đáng nói là bản thân người lao động Nhật Bản biết rõ họ đang thường xuyên làm việc quá sức, những hệ lụy nguy hiểm có thể phải hứng chịu, nhưng họ dường như có xu hướng thỏa hiệp, cam chịu thứ văn hóa làm việc khắc nghiệt này.

Karōshi là hệ quả của làm việc thêm giờ quá độ, nên có thể nói các phương pháp chủ đạo nhằm kiểm soát hiện tượng này đều xoay quanh việc hạn chế người lao động làm thêm giờ. Tuy nhiên, bản thân làm việc

⁵ *Killing Yourself To Make A Living: In Japan Financial Incentives Reward “Suicide”*. Japan Subculture Research Center. Nguồn: <http://www.japansubculture.com/killing-yourself-to-make-a-living-in-japan-financial-social-incentives-keep-suicide-rates-high/>, truy cập ngày 16/01/2018.

⁶ Ogura, K. (2011), *Overtime Work in Japan - No Easy Way to Reduce Working Hours*. Báo điện tử The Yomiuri Shimbun. Nguồn: http://www.yomiuri.co.jp/adv/wol/dy/opinion/society_120206.html, truy cập ngày 12/3/2017.

⁷ *Japan’s First “Karōshi” White Paper - Risk of Death by Overwork Found at One in Five Companies*. Nguồn: <https://www.nippon.com/en/features/h00151/>, truy cập ngày 12/3/2017; *Cabinet-endorsed white paper*. Nguồn: <http://www.mhlw.go.jp/wp/hakusyo/karoushi/16/index.html>, truy cập ngày 12/3/2017.

thêm giờ là một quyền của người lao động; hạn chế làm thêm giờ có thể là một hình thức giới hạn quyền tự do làm việc của họ. Nguyên tắc chung của pháp luật lao động các nước trên thế giới là người sử dụng lao động không có quyền buộc người lao động làm việc thêm giờ trái với ý muốn của họ, do đó, dường như việc người lao động làm việc thêm giờ hoàn toàn là kết quả của sự tự do lựa chọn của họ, nhìn dưới góc độ chủ quan. Từ đó đặt ra hai câu hỏi: Liệu pháp luật có được điều chỉnh vấn đề này? Nếu pháp luật được điều chỉnh, giới hạn của việc điều chỉnh là gì?

Xét dưới góc độ lý luận, Nhà nước chỉ can thiệp vào một quan hệ xã hội khi lợi ích của các bên tham gia quan hệ không thể dung hòa, hay làm ảnh hưởng tiêu cực đến các quan hệ xã hội khác. Thực tiễn cũng cho thấy rằng, Nhà nước nên và chỉ nên điều chỉnh các quan hệ xã hội trong phạm vi chức năng của mình, đó là bảo đảm quyền và lợi ích của các cá nhân, tổ chức, bảo đảm trật tự chung của xã hội. Vượt ngoài khỏi ranh giới ấy là những quyền tự do chính đáng của con người, Nhà nước không nên can thiệp, càng không nên điều chỉnh bằng pháp luật. Trong trường hợp này, mặc dù dường như việc hạn chế người lao động làm thêm giờ ảnh hưởng đến quyền tự do làm việc của họ, nhưng trên thực tế, nếu người lao động làm thêm giờ quá độ thì bản thân người lao động sẽ khó tránh khỏi tổn hại về thể chất và tinh thần, vậy nên Tổ chức Lao động quốc tế ILO mới ghi nhận các điều kiện và giờ làm việc trong các điều ước quốc tế về lao động. Chính vì thế, Nhà nước cần thiết phải can thiệp vào vấn đề này thông qua pháp luật, sử dụng pháp luật bảo vệ người lao động, bảo vệ thị trường lao động, cho dù việc điều chỉnh này tưởng

chừng làm hạn chế quyền của người lao động. Từ đây cũng có thể rút ra câu trả lời cho câu hỏi thứ hai: Giới hạn của việc điều chỉnh được xem xét dựa trên mối tương quan giữa sự cần thiết phải bảo vệ sức khỏe người lao động làm thêm giờ và quyền làm thêm giờ của họ. Nếu người lao động làm thêm giờ mà vẫn đảm bảo được thời giờ nghỉ ngơi, họ vẫn tái sản xuất lại sức lao động đã hao phí thì pháp luật không có quyền cấm đoán.

3. Pháp luật phòng chống *karōshi*

Trong những năm trở lại đây, không chỉ riêng xã hội Nhật Bản mà dư luận toàn thế giới đều nghe đến cái chết của Matsuri Takahashi – một nữ nhân viên 24 tuổi làm việc tại Dentsu – một công ty quảng cáo danh tiếng thế giới có trụ sở đặt tại Tokyo, Nhật Bản. Tốt nghiệp Đại học Tokyo, Takahashi mới chỉ làm việc cho công ty được 8 tháng trước khi vụ việc xảy ra. Số liệu tại công ty cho thấy cô làm quá 130 giờ một tháng, bên cạnh thời gian làm việc theo tiêu chuẩn là 8 giờ một ngày, 5 ngày một tuần. Takahashi từng thú nhận với bạn cô rằng, cô chỉ ngủ được 10 tiếng mỗi tuần. Không dừng lại ở đó, cô còn thường xuyên phải hứng chịu những lời trách móc từ quản lý. Không thể chịu đựng hơn nữa áp lực từ phía công việc và đồng nghiệp, Matsuri Takahashi nhảy từ tầng thượng tòa nhà ký túc xá dành cho nhân viên công ty vào ngày 25/12/2015, để lại dòng trạng thái trên Twitter cá nhân của mình: “*Hạnh phúc là cái chết*”⁸.

⁸ Okunuki, H. (2016), *Time to consign 'death by overwork' to Japan's history*. Báo điện tử The Japan Times. Nguồn: <https://www.japantimes.co.jp/community/2016/10/23/issues/time-consign-death-overwork-japans-history/#.WdLt62i0NPY>, truy cập ngày 03/10/2017.

Phòng Thanh tra Tiêu chuẩn lao động huyện Mita của thủ đô Tokyo tuyên bố nguyên nhân dẫn tới cái chết của Takahashi là làm việc quá sức. Vụ việc được phơi bày trước công luận đã đẩy lên làn sóng phản đối đến từ không chỉ người lao động, mà toàn bộ xã hội Nhật Bản, đòi hỏi những quyền và lợi ích cơ bản nhất của người lao động phải được tôn trọng và bảo vệ một cách nghiêm túc. Vụ việc thương tâm này đã buộc Tổng giám đốc Dentsu phải từ chức, công ty Dentsu phải bồi thường thiệt hại cho gia đình Takahashi, và trên hết là buộc Chính phủ Nhật Bản phải rà soát lại những lỗ hổng trong quản lý cũng như pháp luật trong việc đảm bảo sức khỏe người lao động, đảm bảo môi trường lao động lành mạnh⁹.

Hành lang pháp lý trong việc phòng chống *karōshi* ở Nhật Bản đã được xây dựng, trong đó có ba “trụ cột pháp lý” cơ bản, đó là Luật Tiêu chuẩn lao động, Luật Công đoàn và Luật Về thúc đẩy phòng chống *karōshi*. Nhưng điều quan trọng nhất là vấn đề về hiệu quả thực thi các đạo luật này như thế nào?

a) Luật Tiêu chuẩn lao động (Labour Standards Act)¹⁰

Luật Tiêu chuẩn lao động Nhật Bản là một trong những văn kiện pháp lý quan trọng nhất trong việc đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người lao động Nhật Bản.

Điều kiện để người lao động làm thêm giờ được quy định tại Điều 33 và Điều 36, theo đó, người sử dụng lao động chỉ có thể để người lao động làm thêm giờ trong trường hợp có thỏa thuận bằng văn bản giữa người sử dụng lao động và tổ chức công đoàn, hoặc nếu không có tổ chức công đoàn thì thỏa thuận phải được ký kết giữa người sử dụng lao động và người đại diện cho đa số người lao động. Trong cả hai trường hợp nói trên, thỏa thuận đều phải được đăng ký với cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Ngoài ra, người sử dụng lao động cũng có quyền yêu cầu người lao động làm thêm giờ với thời hạn hợp lý trong trường hợp thiên tai hoặc những lý do bất khả kháng khác với sự cho phép của cơ quan quản lý nhà nước về lao động.

Liên quan đến việc giới hạn số giờ làm việc, Điều 32 quy định giới hạn giờ làm việc tiêu chuẩn là 40 giờ mỗi tuần, không bao gồm thời gian giải lao. Ngoài ra, giới hạn làm thêm ngoài giờ cũng được xác định rõ: Không quá 15 giờ trong vòng một tuần, 27 giờ trong vòng hai tuần, 43 giờ trong vòng bốn tuần, 45 giờ trong vòng một tháng và 120 giờ trong vòng ba tháng. Điều 37 Luật Tiêu chuẩn lao động cũng quy định về mức thù lao đối với thời lượng công việc làm ngoài giờ phải cao hơn mức thù lao thường và không được thấp hơn định mức được Chính phủ Nhật Bản quy định. Như vậy, có thể nhận thấy, ở Nhật Bản đã tồn tại hệ thống tương đối đầy đủ những quy định pháp luật với vai trò bảo vệ quyền lợi của người lao động một cách rõ nét. Tuy nhiên, hạn chế trong quá trình áp dụng những quy định này lại bộc lộ rõ trên thực tế.

Căn cứ vào thống kê của Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), trung bình trong vòng một năm, số giờ làm việc của

⁹ Kyodo (2016), *Dentsu chief Ishii resigns amid mounting pressure over employee's suicide*. The Japan Times. Nguồn: <https://www.japantimes.co.jp/news/2016/12/28/national/dentsu-president-resigns-a-mid-mounting-pressure-suicide-young-employee/#.WquP36huZPY>, truy cập ngày 16/01/2018.

¹⁰ Luật Tiêu chuẩn lao động (Luật số 49) được ban hành ngày 7/4/1947 và được sửa đổi nhiều lần. Bản dịch tiếng Anh của ILO tại <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WBTEXT/27776/64846/E95JPN01.htm>, truy cập ngày 16/01/2018.

một người lao động Nhật Bản là 1.719 giờ¹¹. Trong khi đó, số liệu Bộ Y tế, Lao động và Phúc lợi Nhật Bản đưa ra lại có sự chênh lệch tương đối lớn: Khoảng 2.000 giờ. Lờ giải cho mâu thuẫn này nằm ở hiện trạng không ít người lao động Nhật Bản làm việc thêm vài tiếng mỗi ngày, nhưng từ chối tính vào máy chấm công, hoặc ở những đơn vị không sử dụng máy chấm công thì người lao động không khai báo trung thực về thời gian làm việc thực tế của mình¹². Đây là thực tế tương chừng như vô lý, nhưng đã tiếp tay cho các doanh nghiệp Nhật Bản “lách luật” và làm trầm trọng thêm vấn nạn làm việc quá sức ở Nhật Bản.

b) Luật Công đoàn (Labor Union Act)¹³

Quyền và nghĩa vụ của người lao động phát sinh từ hợp đồng lao động. Theo nghĩa chung nhất, hợp đồng là sự thể hiện ý chí của các bên trong quan hệ dân sự, có được thông qua sự thỏa thuận bình đẳng giữa các bên tham gia. Tuy nhiên, trong bối cảnh xã hội hiện đại, nhiều khi tính chất công bằng giữa hai bên trong hợp đồng, đặc biệt là hợp đồng lao động không được đảm bảo một cách triệt để. Cụ thể, trong đại đa số trường hợp, hợp đồng lao động giữa người sử dụng lao động với người lao động được soạn thảo bởi bên sử dụng lao động, và sự thể hiện ý chí của người lao động chỉ dừng lại ở việc chấp thuận hay không những điều khoản

của hợp đồng đó mà thôi. Chính vì vậy, thiết chế công đoàn được hình thành ở hầu hết các quốc gia trên thế giới, đóng vai trò là một tổ chức tập hợp và bảo vệ những người lao động trong nội bộ doanh nghiệp. Nhật Bản cũng không phải là ngoại lệ, với việc thành lập và hoạt động của các tổ chức công đoàn theo Luật Công đoàn Nhật Bản.

Là tổ chức đại diện cho toàn bộ người lao động trong một doanh nghiệp, công đoàn có nhiệm vụ trọng tâm là bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của người lao động. Hoạt động quan trọng nhất của công đoàn là thương lượng tập thể (*collective bargaining*), về cơ bản chính là đàm phán giữa đại diện của tập thể người lao động và đại diện từ phía chủ doanh nghiệp về những vấn đề liên quan đến giờ làm, điều kiện lao động, mức tiền công, nghỉ phép,... Chính vì thế, về mặt lý thuyết, kết quả sau cùng của hoạt động thương lượng tập thể là sự cân bằng về quyền lợi và nghĩa vụ giữa người lao động và người sử dụng lao động. Quay trở lại vấn đề đặt ra, theo như mong đợi thì tổ chức công đoàn sẽ là một thành tố vô cùng quan trọng đảm bảo điều kiện làm việc phù hợp nhất cho người lao động (thông qua sự điều chỉnh một cách hợp lý giờ làm, giới hạn làm ngoài giờ, số ngày được nghỉ phép), từ đó tình trạng *karōshi* được đưa vào vòng kiểm soát.

Tuy nhiên, công đoàn không có nghĩa vụ và cũng không thể đáp ứng được mọi nguyện vọng cụ thể của từng người lao động. Về bản chất, công đoàn cũng chỉ đóng vai trò là một tổ chức đại diện cho người lao động, hoạt động trên nguyên tắc quyền lực thuộc về số đông, chứ không phải tất cả, nên trên thực tế hoàn toàn có thể xảy ra sự xung đột về lợi ích giữa bản thân những người lao động. Điều này cũng là một nhân tố gây nên vấn nạn *karōshi*. Vấn đề này vượt

¹¹ John M. Evans et al., *Trends in Working Hours in OECD countries, Labour Market and Social Policy Occasional Paper No. 45*, OECD, Feb. 21st, 2001.

¹² Austin (2015), *Examining The Japanese Work Ethic*. Nguồn: <https://www.tofugu.com/japan/japanese-work-ethic/>, truy cập ngày 03/10/2017.

¹³ Luật Công đoàn của Nhật Bản (Luật số 174) được ban hành ngày 01/6/1949 và đã nhiều lần được sửa đổi. Bản dịch tiếng Anh của Bộ Tư pháp Nhật Bản tại http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail_main?re=&vm=2&id=17, truy cập ngày 16/01/2018.

ngoài tầm kiểm soát của công đoàn: Công đoàn chỉ phát huy tốt nhất quyền lực nó được trao trong việc điều hòa quyền lợi và nghĩa vụ giữa người lao động và người sử dụng lao động. Điều này cũng phần nào giải thích được tại sao đại đa số các vụ *karōshi* đều diễn ra tại các doanh nghiệp lớn, nơi có rất đông người lao động và công đoàn không thể đáp ứng hết nhu cầu của họ. Tất nhiên, bên cạnh đó, còn nhiều lý do như áp lực công việc tại những công ty lớn thường cao, những cái chết ở những công ty lớn thường được giới truyền thông chú ý đến hơn... Cũng phải nói thêm rằng, trách nhiệm đối với những vụ *karōshi* không hẳn thuộc về công đoàn vì đã thờ ơ đối với thành viên của mình, mà thuộc về bản chất, về cách thức hoạt động của công đoàn không cho phép công đoàn trở thành công cụ sắc bén, hiệu quả nhất trong việc chống lại nạn làm việc quá sức ở Nhật Bản nói riêng, và những vấn đề mang tính chất cá nhân, cá thể trong quan hệ lao động nói chung.

c) Luật Về thúc đẩy phòng chống *karōshi* (Act to Accelerate Moves for the Prevention of *Karōshi*)¹⁴

Luật Về thúc đẩy phòng chống *karōshi* gồm 14 điều là một văn bản quy phạm pháp luật điều chỉnh riêng những quan hệ xã hội xoay quanh vấn đề phòng ngừa và ngăn chặn tác động tiêu cực của *karōshi*, đồng nghĩa với việc trọng tâm của đạo luật này không nhắm vào phòng chống làm việc quá sức hay hệ quả của làm việc quá sức nói chung. Điều 1 của Luật này khẳng định: “*Xét thấy rằng trong những năm gần đây*

*karōshi không những diễn ra một cách phổ biến trong nước, hình thành một vấn đề xã hội lớn, mà còn gây ra mất mát nghiêm trọng cho cộng đồng cũng như người có liên quan và gia đình của họ, Luật này hướng đến hiện thực hóa một xã hội mà con người không còn phải chết vì lao lực hay những lý do tương tự... thông qua việc quy định về quá trình điều tra và những hoạt động xúc tiến phòng chống *karōshi*”.*

Nhìn chung, thành tựu quan trọng nhất của Luật Về thúc đẩy phòng chống *karōshi* là đã đưa ra được định nghĩa chính thức về *karōshi*, thống nhất các cách hiểu khác nhau về vấn đề xã hội này, cùng với đó là những nguyên tắc cơ bản nhất làm nền tảng cho việc xây dựng quy định về sau cũng như giải quyết những vụ việc trên thực tế có liên quan, và trách nhiệm của một số cơ quan, đoàn thể trong việc phòng chống *karōshi*. Đây là lần đầu tiên sau hàng thập kỷ hiện tượng xã hội này được đề cập đến trong một văn kiện pháp lý chính thức và cũng là lần đầu tiên vấn đề phòng chống *karōshi* vốn đã nhận được sự quan tâm từ phía xã hội Nhật Bản được luật hóa. Một mặt, việc ban hành Luật Về thúc đẩy phòng chống *karōshi* cho thấy mức độ nghiêm trọng của ảnh hưởng tiêu cực mà *karōshi* đã và đang đem lại cho xã hội Nhật Bản cũng như nhu cầu cấp thiết cần có những giải pháp hữu hiệu; mặt khác, nó là minh chứng rõ ràng nhất cho những nỗ lực của Chính phủ Nhật Bản trong việc nhận diện và giải quyết vấn đề nhức nhối này. Có thể nói, việc dành hẳn một đạo luật cho việc xử lý một vấn đề xã hội cụ thể là một dấu mốc quan trọng, đánh dấu sự tiến bộ to lớn của ngành lập pháp Nhật Bản, cho dù những giải pháp được đưa ra trong đạo luật chủ yếu mang tính biểu tượng. Những giải pháp bao gồm tổng kết công tác phòng

¹⁴ Luật Về thúc đẩy phòng chống *karōshi* (Luật số 100) được ban hành ngày 27/6/2014. Bản dịch tiếng Anh của Bộ Tư pháp Nhật Bản tại <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=3037&vm=02&re=02&new=1>, truy cập ngày 16/01/2018.

chống *karōshi* phải được lập thành một bản báo cáo thường niên gửi Quốc hội, thành lập một ủy ban chuyên trách với các thành viên được Bộ trưởng Bộ Y tế, Lao động và Phúc lợi Nhật Bản bổ nhiệm, và dành một tháng trong năm trở thành tháng phòng chống *karōshi*. Do mới được ban hành nên còn quá sớm để đánh giá hiệu quả thực thi của đạo luật này. Tuy nhiên, đạo luật được kỳ vọng sẽ giải quyết được nhiều vướng mắc pháp lý mà Luật Tiêu chuẩn lao động và Luật Công đoàn chưa giải quyết và bảo vệ người lao động chống lại *karōshi*.

4. Các yếu tố tác động đến hiệu quả điều chỉnh của pháp luật phòng chống *karōshi*

Nguyên do nào dẫn đến việc doanh nghiệp Nhật Bản có xu hướng ép nhân viên làm việc ngoài giờ, và ngược lại, người lao động Nhật Bản có xu hướng chấp nhận làm việc ngoài giờ, kể cả khi việc đó là trái pháp luật, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của họ? Nếu xét dưới góc độ kinh tế, câu trả lời bắt nguồn từ xu thế “làm việc trọn đời” – một trong những đặc trưng tiêu biểu của hệ thống việc làm Nhật Bản, như một nhân tố không thể thiếu trong mô hình kinh tế Nhật Bản¹⁵. Theo đó, người lao động được doanh nghiệp tuyển chọn ngay từ khi mới tốt nghiệp cơ sở giáo dục đại học và được trông đợi là sẽ dành toàn bộ thời gian làm việc của mình tại doanh nghiệp đó. Đổi lại, với lòng trung thành đối với doanh nghiệp, người lao động sẽ không bị sa thải dưới mọi hình thức, dĩ nhiên là trừ một số trường hợp rất đặc biệt. Xu thế này tác động mạnh mẽ đến pháp luật Nhật Bản, mở đường cho học thuyết “*thải hồi có tính lạm*

dụng” (*abusive dismissal*), được củng cố bởi Điều 1 (3) Bộ luật Dân sự Nhật Bản (*Civil Code*)¹⁶: “*Không được phép lạm dụng quyền của mình*”, và Điều 16 Luật Hợp đồng lao động Nhật Bản (*Labor Contract Act*)¹⁷: “*Việc sa thải người lao động được coi là lạm dụng quyền và vô hiệu trong trường hợp không có đủ căn cứ hợp lý khách quan và không phù hợp với các chuẩn mực xã hội*”¹⁸. Về cơ bản, học thuyết này giới hạn quyền sa thải hợp pháp người lao động của người sử dụng lao động, cụ thể, người sử dụng lao động không có quyền sa thải người lao động mà không đưa ra lý do hợp lý. Tuy nhiên, trong thực tiễn xét xử những tranh chấp về sa thải nhân viên, Tòa án Nhật Bản chỉ chấp nhận lý do “*hợp lý*” như vi phạm hợp đồng hay vi phạm pháp luật nghiêm trọng để người sử dụng lao động có thể sa thải người lao động.

Chính vì thế, do không có quyền tùy chỉnh một cách linh động số lượng nhân công, người sử dụng lao động đứng trước hai lựa chọn lớn. Lựa chọn thứ nhất, thuê nhiều lao động, nhưng trong những thời điểm công việc kinh doanh chậm sẽ có

¹⁶ Bộ luật Dân sự Nhật Bản (Luật số 89 năm 1896), được sửa đổi lần cuối bằng Luật số 78 năm 2006. Bản dịch tiếng Anh của Bộ Tư pháp Nhật Bản tại <http://www.moj.go.jp/content/000056024.pdf>, truy cập ngày 16/01/2018.

¹⁷ Luật Hợp đồng lao động Nhật Bản (Luật số 128) được ban hành ngày 05/12/2007. Bản dịch tiếng Anh của ILO tại <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1970/Labour%20Contract%20Act%20%202007%20-%20Japan%20Institute%20for%20Labour%20Policy%20and%20Training.pdf>, truy cập ngày 16/01/2018.

¹⁸ Theo bản dịch tiếng Anh đăng trên website chính thức của ILO, được xuất bản bởi The Japan Institute for Labour Policy and Training (2008), <http://www.ilo.org/dyn/travail/docs/1970/Labour%20Contract%20Act%20%202007%20%20Japan%20Institute%20for%20Labour%20Policy%20and%20Training.pdf>, truy cập ngày 03/10/2017.

¹⁵ Pejovic C (2014), *Changes in long-term employment and their impact on the Japanese economic model: challenges and dilemmas*. J Jpn Law.

nhiều nhân công nhàn rỗi, không đạt được hiệu quả sử dụng nhân lực, thậm chí tiềm ẩn nguy cơ lỗ vốn. Lựa chọn thứ hai, thuê ít lao động hơn, nhưng trong những thời điểm công việc kinh doanh phát đạt thì mỗi người lao động phải làm khối lượng công việc lớn hơn, giải quyết thông qua con đường làm ngoài giờ. Xét trên khía cạnh rủi ro và khả năng hứng chịu rủi ro, đương nhiên người sử dụng lao động sẽ chọn phương án thứ hai để bảo đảm lợi nhuận cho doanh nghiệp. Từ đó dẫn đến nghịch lý, một “lỗ hồng”: Nếu người lao động từ chối làm việc ngoài giờ, họ có nguy cơ bị sa thải nhưng người lao động cũng có thể lạm dụng quyền “không thể bị sa thải” của mình để từ chối làm việc theo yêu cầu của chủ lao động¹⁹. Như vậy, pháp luật bảo vệ người lao động Nhật Bản vốn có mục đích rất nhân văn, nhưng do đặc trưng của công việc kinh doanh lợi nhuận cũng như đặc điểm của thị trường lao động ở Nhật Bản đã vô hình trung mở đường cho việc “bẫy” chính người lao động vào con đường làm việc quá giờ và dẫn tới *karōshi*.

Các quốc gia khác trên thế giới hầu như không gặp vấn đề trên liên quan đến sự hạn chế quyền sa thải người lao động. Tại Việt Nam, các trường hợp người sử dụng lao động được phép chấm dứt hợp đồng lao động với người lao động được quy định một cách cụ thể. Ví dụ, người sử dụng lao động có quyền cho người lao động thôi việc do thay đổi cơ cấu, công nghệ hoặc vì lý do kinh tế hoặc do sáp nhập, hợp nhất, chia tách doanh nghiệp, hợp tác xã (khoản 10 Điều 36 Bộ luật Lao động năm 2012). Như vậy, tùy thuộc vào nhu cầu sản xuất kinh doanh cũng như cơ cấu của doanh nghiệp

trên thực tế mà người sử dụng lao động có quyền điều chỉnh số lượng nhân công một cách phù hợp. Trong trường hợp này, luật cũng quy định một số nghĩa vụ người sử dụng lao động phải thực hiện nhằm bảo vệ quyền lợi cho người lao động. So sánh với cách quy định của pháp luật Nhật Bản, Luật Hợp đồng lao động và Bộ luật Dân sự Nhật Bản chỉ quy định chung về các trường hợp sa thải người lao động, từ đó trao phần lớn quyền quyết định vào cơ quan tư pháp, và vô hình trung dẫn đến hậu quả kể trên.

Một trong những trở ngại lớn nữa của công cuộc phòng chống tác hại của làm việc ngoài giờ quá độ nói chung và của *karōshi* nói riêng nằm ở sự thiếu cương quyết của giới cầm quyền Nhật Bản. Tổng thư ký Liên đoàn luật sư bào chữa cho các nạn nhân của *karōshi*, Hiroshi Kawahito nhận định: “Chính phủ đã chú trì rất nhiều hội nghị chuyên đề và làm áp phích cổ động về vấn đề này, nhưng chỉ mang tính chất tuyên truyền... Vấn đề cốt lõi là phải giảm được giờ làm; nỗ lực của Chính phủ là chưa đủ”²⁰. Một ví dụ tiêu biểu minh chứng cho điều này: Đã từng có một nhóm công dân ở tỉnh Osaka, Nhật Bản yêu cầu Sở Lao động Osaka thực hiện công khai hóa tên của các công ty thuộc thẩm quyền quản lý đã từng có người lao động chết do làm việc quá sức như một hình thức chế tài độc lập dành riêng cho những pháp nhân vi phạm pháp luật lao động. Sở Lao động Osaka đã từ chối yêu cầu này và vụ việc được giải quyết theo con đường tư pháp. Cuối cùng, nhóm công dân kháng cáo lên Tòa án tối cao Nhật

¹⁹ West, M. D. (2005), *Law in everyday Japan: Sex, sumo, suicide, and statutes*. Chicago: University of Chicago Press.

²⁰ *Death from overwork: Japan's 'karoshi' culture blamed for young man's heart failure*, Báo điện tử The Guardian, 2014. Nguồn: <https://www.theguardian.com/world/2016/oct/18/death-from-overwork-japans-karoshi-culture-blamed-young-mans-heart-failure>, truy cập ngày 5/01/2017.

Bản, nhưng Tòa đã bác bỏ với lý do việc công khai kể trên sẽ có ảnh hưởng tiêu cực đến danh tiếng của công ty²¹. Đặt trong bối cảnh xã hội Nhật Bản, nơi mà tội phạm vẫn thường bị công khai tên thật và hành vi phạm tội của mình trên các phương tiện thông tin đại chúng (đặc biệt là trên truyền hình), thì có thể nói phán quyết này của Tòa án tối cao chưa thực sự hợp lý. Sự bất bình đẳng trong cách đối xử như trên cũng phần nào được bộc lộ. Trên hết, nhiều người coi đây là một trong những hạn chế của công cuộc phòng chống *karōshi* ở Nhật Bản.

Ngoài những hạn chế từ phía giới chức Nhật Bản, một trong những yếu tố quan trọng góp phần giúp *karōshi* trở thành nỗi ám ảnh ăn sâu vào văn hóa làm việc nơi công sở Nhật Bản chính là cách hành xử, cũng như thái độ của người lao động đối với chính công việc của họ. Nhật Bản là một quốc gia mà làm việc ngoài giờ đã được nâng lên thành một tiêu chuẩn, một cách hành xử đúng mực tại nơi làm việc không chỉ được người sử dụng lao động ủng hộ, mà kể cả bản thân người lao động cũng đã chấp nhận. Dường như việc làm thêm giờ đã mất đi ý nghĩa đích thực của nó là để chỉ sự tăng thêm của giờ làm một cách không thường xuyên, vì rõ ràng việc làm thêm ngoài giờ ở Nhật Bản đã theo một chu kỳ xác định, trên một khoảng thời gian xác định. Bởi thế, có thể nhận xét rằng, gọi là “làm thêm giờ” chẳng qua chỉ là để che đậy cho hành vi bất hợp pháp kéo dài giờ làm. Khác biệt duy nhất giữa giờ làm chính và giờ làm thêm có lẽ chỉ còn nằm ở mức thù lao. Tuy

²¹ Kyodo (2013), *Outing ‘karoshi’ companies prejudicial: Supreme Court*, Báo điện tử The Japan Times. Nguồn: <http://www.japantimes.co.jp/news/2013/10/04/national/outing-karoshi-companies-prejudicial-supreme-court/#.WH2mRRuLRPZ>, truy cập ngày 5/01/2017.

thế, như đã nói ở trên, nhiều cá nhân không khai báo thành thật số giờ làm nên có lẽ thậm chí họ còn không được trả công cho số giờ làm thêm. Vậy tại sao bản thân người lao động lại chấp nhận thứ “văn hóa” rõ ràng ảnh hưởng tiêu cực đến họ như thế?

Câu trả lời có lẽ nằm phần nhiều ở chính cung cách con người Nhật Bản. Cũng như con người Á Đông nói chung, người Nhật phần nhiều làm việc một cách thụ động, phụ thuộc phần lớn vào yêu cầu, mệnh lệnh của cấp trên. Làm việc ngoài giờ đối với người lao động Nhật Bản bao gồm ba ý nghĩa: (i) Đóng góp cho công ty, (ii) Làm hài lòng cấp trên, và (iii) Có được sự tôn trọng của đồng nghiệp²². Như vậy, dường như “văn hóa” làm việc quá sức đã trở thành một chuẩn mực mới, một cung cách làm việc mẫu mực trong xã hội Nhật Bản hiện đại. Tất nhiên, không thể đổ lỗi hết lên văn hóa, mà chính cách hành xử cam chịu và tâm thế chấp nhận hoàn cảnh của người lao động mới là yếu tố gây hại cho chính họ, nhất là trong bối cảnh thế giới hiện đại với nền kinh tế phát triển với nhịp độ nhanh, nhưng song hành với đó là cạnh tranh gay gắt giữa các đơn vị kinh tế.

5. Liên hệ với Việt Nam

Trong những năm gần đây, thị trường lao động Việt Nam đang trên đà phát triển ngày một đa dạng, phong phú. Trong bối cảnh này, liệu hiện tượng chết do làm việc quá sức có nguy cơ phát triển tại Việt Nam hay không?

Xét trên bình diện khách quan, có thể nói mầm mống của hiện tượng xã hội này đã có môi trường thích hợp để phát sinh.

²² Moritz C. (2017), *Surviving Japanese Work Culture*. Jobs in Japan. Nguồn: <https://jobsinjapan.com/blog/job-seeker-advice/surviving-japanese-work-culture/>, truy cập ngày 16/01/2018.

Như đã phân tích, một trong những yếu tố quyết định dẫn đến tình trạng *karōshi* tại Nhật Bản là thị trường lao động cạnh tranh khốc liệt. Thị trường lao động Việt Nam là một thị trường có quy mô lớn, với lực lượng lao động là 54,51 triệu người và tỉ lệ tham gia lực lượng lao động là 76,55%. Số người thất nghiệp trong độ tuổi lao động là 1,11017 triệu người (thống kê tại thời điểm quý 1/2017)²³. Tuy đánh giá một cách tổng thể, tỉ lệ thất nghiệp ở nước ta không cao, nhưng trên thực tế, sự cạnh tranh về việc làm là không thể phủ nhận, đặc biệt là tại các thành phố lớn. Bên cạnh đó, trong bối cảnh các quốc gia trên thế giới đang hướng đến tự động hóa trong sản xuất hàng hóa và cung ứng dịch vụ, Việt Nam cũng đang có biểu hiện già hóa dân số, việc giải quyết việc làm cũng là một vấn đề xã hội mà nước ta đang phải đối mặt. Ngoài ra, thị trường việc làm nước ta cũng chưa được quản lý một cách chặt chẽ, một bộ phận không nhỏ người lao động chưa có ý thức đầy đủ về quyền lợi chính đáng của mình trong lao động cũng là những thách thức trong việc đảm bảo lợi ích của người lao động.

Về điều kiện chủ quan, không thể phủ nhận rằng văn hóa sinh hoạt cũng như làm việc của người lao động Nhật Bản và Việt Nam có những nét tương đồng do có nguồn gốc từ những tính cách truyền thống của người Á Đông. Cụ thể, về ý thức lao động, người Việt Nam nhận thức được tầm quan trọng của công việc của mình trong môi trường tương quan với sự thành bại của tập thể, và có ý thức tận tụy vì công việc. Về cung cách ứng xử, giống như người Nhật Bản, người

Việt Nam cũng có xu hướng kính trọng người có vị thế cao hơn mình trong công việc và thường không đòi hỏi với cấp trên về vấn đề điều kiện làm việc, thời giờ làm việc.

Như vậy, tổng hòa của các yếu tố kể trên là môi trường *karōshi* có thể phát sinh. Hiện tượng làm việc quá độ đã manh nha xuất hiện tại Việt Nam, nếu không được kịp thời kiểm soát thì nhiều khả năng sẽ trở thành hiện thực. Chính vì thế, vấn đề này đòi hỏi Nhà nước cần phải quan tâm. Tuy nhiên, do hiện tượng này hầu như chưa có ảnh hưởng một cách rõ rệt lên thị trường lao động, nên chưa cần thiết phải đặt vấn đề chống lại tác động tiêu cực của làm việc quá sức, mà chỉ nên phòng ngừa nó thông qua việc bảo đảm quyền và lợi ích của người lao động, đặc biệt là nhóm quyền về thời giờ làm việc và thời giờ nghỉ ngơi. Liên quan đến vấn đề này, mặc dù pháp luật lao động nước ta cũng đã đề cập đến một cách tương đối rõ ràng²⁴, nhưng việc áp dụng pháp luật trên thực tế còn nhiều hạn chế từ phía cơ quan quản lý nhà nước và việc thực hiện pháp luật của người sử dụng lao động và người lao động. Do đó, phương hướng chung giải quyết vấn đề làm việc quá độ là song song với việc hoàn thiện hệ thống pháp luật điều chỉnh các quan hệ xã hội trong lĩnh vực lao động, cần phải chú trọng hơn cơ chế giám sát thực thi pháp luật. Cần có cơ chế rõ ràng, hiệu quả bảo đảm quyền làm việc thêm giờ và điều kiện làm việc của người lao động; chú trọng công tác phổ biến, giáo dục pháp luật lao động, điều kiện làm việc cho người sử dụng lao động và người lao động.

²³ Bản tin cập nhật thị trường lao động Việt Nam (Số 13, quý 1 năm 2017), Tổng cục Thống kê, Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội, <http://www.molisa.gov.vn/Images/FileAnPham/fileanpham2017691623270.pdf>, truy cập ngày 05/01/2018.

²⁴ Bộ luật Lao động năm 2012 dành Chương VII quy định về thời giờ làm việc, thời giờ nghỉ ngơi, trong đó Điều 106 và 107 quy định về làm thêm giờ với thời gian làm thêm giờ tối đa không quá 200 giờ trong 1 năm, trường hợp đặc biệt không quá 300 giờ.

HỘ GIA ĐÌNH SỬ DỤNG ĐẤT THEO LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013

Ngô Gia Hoàng*

Tóm tắt: Luật Đất đai năm 2013 lần đầu tiên định nghĩa về loại chủ thể sử dụng đất là hộ gia đình. Tuy nhiên, các quy định về hộ gia đình sử dụng đất còn mang tính mơ hồ, gây ra nhiều cách hiểu và áp dụng pháp luật khác nhau trên thực tế. Bài viết này phân tích các vấn đề: (i) Khái niệm hộ gia đình sử dụng đất, (ii) Điều kiện xác định thành viên hộ gia đình, và (iii) Vấn đề ghi thông tin của hộ gia đình sử dụng đất trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

Abstract: The Law on Land of 2013 for the first time defines households as land users. However, laws and regulations on those land users, which are still vague, create different understandings and kinds of enforcement in practice. This paper analyses issues on: (i) the concept of households as land users; (ii) requirements to determine the members of such households; and (iii) information of such households in certificates recognizing land use rights and rights of housing ownership and other assets attached to land.

1. Khái niệm hộ gia đình sử dụng đất

Ở nước ta, Luật Đất đai đầu tiên - Luật Đất đai năm 1987 (có hiệu lực từ ngày 01/8/1988) không đề cập đến khái niệm hộ gia đình sử dụng đất mà chỉ nhắc đến “hộ” với tư cách là “hộ thành viên” trong các hợp tác xã, tập đoàn sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp hoặc các “hộ nông dân cá thể” được Nhà nước giao đất ổn định, lâu dài để sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp. Đến Luật Đất đai năm 1993 (có hiệu lực từ ngày 15/10/1993) thì “hộ gia đình” mới được chính thức ghi nhận là một chủ thể sử dụng đất, có các quyền và nghĩa vụ theo quy định của pháp luật đất đai và pháp luật khác có liên quan. Tuy nhiên, Luật Đất đai năm 1993 lại không định nghĩa như thế nào là hộ gia đình sử dụng đất. Tương tự, Luật Đất đai năm 2003 (có hiệu lực từ ngày 01/7/2004) cũng chỉ ghi nhận hộ gia đình là

một chủ thể sử dụng đất trong nước mà không định danh rõ ràng về loại chủ thể này. Việc quy định hộ gia đình là một loại chủ thể sử dụng đất nhưng lại không định nghĩa rõ ràng đã khiến việc áp dụng pháp luật đất đai trên thực tế gặp nhiều khó khăn. Cụ thể, theo Bộ luật Dân sự năm 2005 thì việc định đoạt tài sản là tư liệu sản xuất, tài sản chung “có giá trị lớn” của hộ gia đình phải được các thành viên từ đủ mười lăm tuổi trở lên đồng ý (khoản 2 Điều 109). Do Luật Đất đai không xác định rõ điều kiện nào được coi là thành viên hộ gia đình nên các cơ quan chức năng thường dựa vào sổ hộ khẩu để xác định. Đây là điều bất hợp lý vì nhiều trường hợp đất là do cha mẹ tạo lập, con cái không có đóng góp gì mà sau này cha mẹ muốn chuyển nhượng thì phải có sự đồng ý của con cái.

Sau 20 năm, định nghĩa về “hộ gia đình sử dụng đất” lần đầu tiên được đề cập trong Luật Đất đai năm 2013. Theo đó “*Hộ gia đình sử dụng đất* là những người có quan hệ

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

hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, đang sống chung và có quyền sử dụng đất (QSDĐ) chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ; nhận chuyển QSDĐ” (khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013). Như vậy, Luật Đất đai năm 2013 không đi vào bản chất QSDĐ của hộ gia đình mà lại định nghĩa theo hướng liệt kê các điều kiện để xác định thành viên hộ gia đình. Có thể hiểu hộ gia đình là một chủ thể sử dụng đất độc lập và thường có quyền tương đồng với chủ thể là cá nhân sử dụng đất. Tuy nhiên, nếu như đối với cá nhân QSDĐ được coi là tài sản riêng và cá nhân có toàn quyền quyết định đối với QSDĐ đó thì QSDĐ của hộ gia đình lại được coi là tài sản chung của tất cả các thành viên trong hộ. Mặt khác, cần phân biệt “hộ gia đình sử dụng đất” với “nhóm người sử dụng đất” theo quy định tại khoản 2 Điều 167 Luật Đất đai năm 2013. Theo Từ điển Tiếng Việt, “nhóm” là “*tập hợp gồm một số ít người hoặc sự vật được hình thành theo những nguyên tắc nhất định*”¹, từ đó suy ra “nhóm người sử dụng đất” là tập hợp gồm nhiều người sử dụng đất, có chung quyền sử dụng đối với một diện tích đất nhất định. Nói cách khác, mỗi thành viên trong nhóm người sử dụng đất là một người sử dụng đất độc lập theo quy định của pháp luật đất đai. Trong khi đó, mặc dù hộ gia đình có thể bao gồm nhiều thành viên, nhưng mỗi thành viên không được xem là một chủ thể sử dụng đất độc lập. Một hộ gia đình sử dụng đất gồm bốn thành viên thì tổng hợp quyền của bốn thành viên này sẽ như một cá nhân sử dụng đất. Ví dụ, hạn mức giao đất nông nghiệp trồng cây hàng

năm đối với mỗi hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất tại các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thuộc khu vực Đông Nam Bộ và khu vực đồng bằng sông Cửu Long là không quá 03 ha (Điều 129 Luật Đất đai), thì nghĩa là một cá nhân sẽ được giao không quá 03 ha, mà một hộ gia đình gồm bốn thành viên cũng được giao không quá 03 ha. Cần phân biệt điều này để áp dụng các quy định của Luật Đất đai cho phù hợp.

2. Điều kiện xác định tư cách thành viên hộ gia đình

Từ khái niệm hộ gia đình sử dụng đất tại khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013, có thể rút ra các điều kiện để xác định thành viên hộ gia đình sử dụng đất gồm:

Thứ nhất, các thành viên trong hộ gia đình sử dụng đất phải là những người có mối quan hệ thân thuộc nhất định. Cụ thể, Luật Đất đai năm 2013 quy định họ phải có một trong ba mối quan hệ là quan hệ hôn nhân (vợ và chồng), quan hệ huyết thống (giữa những người có cùng dòng máu về trực hệ như ông bà, cha mẹ ruột, anh chị em...), hoặc quan hệ nuôi dưỡng (giữa cha mẹ nuôi và con nuôi).

Thứ hai, những người có quan hệ thân thuộc này phải đang sống chung và có QSDĐ chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ; nhận chuyển QSDĐ (tức thời điểm xác lập QSDĐ chung của hộ).

Nếu như điều kiện thứ nhất khá rõ ràng thì điều kiện thứ hai lại có phần mơ hồ và có thể dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau. Cụ thể như sau:

(i) Về điều kiện “đang sống chung” của thành viên hộ gia đình

Việc xác định điều kiện đang “sống chung” không hề đơn giản. Nếu phân tích về mặt câu chữ thì “sống chung” tức là cùng

¹ Viện ngôn ngữ học (2006), *Từ điển Tiếng Việt*, Nxb. Đà Nẵng, tr.721-722.

chung sống với nhau dưới một mái nhà. Tuy nhiên, quy định “*tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ; nhận chuyển QSDĐ*” là áp dụng cho cả điều kiện “*sống chung*” và điều kiện “*có QSDĐ chung*” hay chỉ áp dụng riêng với điều kiện “*có QSDĐ chung*”? Hai điều kiện này được ngăn cách với nhau bằng chữ “*và*” nên quan điểm của tác giả là áp dụng cho cả hai điều kiện, tức là việc “*sống chung*” này phải xác định vào thời điểm xác lập QSDĐ chứ không phải thời điểm mà hộ gia đình tiến hành các giao dịch QSDĐ. Ví dụ, năm 1994, hộ gia đình ông A được Nhà nước giao 3000 m² đất nông nghiệp dựa vào sổ nhân khẩu của hộ. Lúc này gia đình ông A có 3 thành viên là ông A, bà B (vợ ông A) và người con trai là C (10 tuổi). Năm 1996, ông A có thêm một người con là D. Năm 2010, anh C tách hộ khẩu đến nơi khác sinh sống và năm 2017, anh D lấy vợ và nhập vào hộ khẩu của hộ gia đình. Giả sử, năm 2018, hộ gia đình ông A muốn chuyển nhượng 3000 m² đất này cho người khác thì phải có sự đồng ý của ai? Rõ ràng, điều kiện sống chung trong trường hợp này phải tính từ năm 1994 là thời điểm khi hộ gia đình được Nhà nước giao đất. Việc sau này hộ gia đình có sự thay đổi về thành viên không ảnh hưởng đến tư cách thành viên của hộ gia đình, tức là anh C vẫn là thành viên của hộ gia đình dù anh này có đi nơi khác sinh sống. Trong khi đó, anh D được sinh ra sau thời điểm này và vợ của anh D cũng không phải là thành viên dù sau này có nhập vào hộ khẩu của gia đình chồng. Tuy nhiên, cách hiểu nói trên cũng chỉ là sự suy đoán dựa vào cách diễn đạt của Luật vì hiện nay không có bất kỳ hướng dẫn nào về điều kiện đang sống chung trong các văn bản hướng dẫn.

Trên thực tế, cán bộ và cơ quan có thẩm quyền mỗi nơi hiểu và áp dụng một cách

khác nhau, và đa số là căn cứ vào sổ hộ khẩu để xác định điều kiện đang sống chung. Đây là giải pháp an toàn vì dựa vào “giấy trắng, mực đen” để xác định. Tuy nhiên, cần khẳng định rằng người có tên trong hộ khẩu không phải lúc nào cũng là thành viên của hộ gia đình sử dụng đất và Luật Đất đai cũng không bắt buộc thành viên hộ gia đình phải là người có tên trong sổ hộ khẩu mà chỉ quy định là “đang sống chung”. Nếu hiểu ai có tên trong sổ hộ khẩu đương nhiên là thành viên của hộ gia đình thì sẽ không hợp lý. Theo Luật Cư trú năm 2006 (sửa đổi năm 2013) thì “*sổ hộ khẩu được cấp cho từng hộ gia đình. Mỗi hộ gia đình cử một người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ làm chủ hộ để thực hiện và hướng dẫn các thành viên trong hộ thực hiện quy định về đăng ký, quản lý cư trú. Trường hợp không có người từ đủ mười tám tuổi trở lên hoặc có người từ đủ 18 tuổi trở lên nhưng bị mất hoặc hạn chế năng lực hành vi dân sự thì được cử một người trong hộ làm chủ hộ. Những người ở chung một chỗ ở hợp pháp và có quan hệ gia đình là ông, bà, cha, mẹ, vợ, chồng, con và anh, chị, em ruột, cháu ruột thì có thể được cấp chung một sổ hộ khẩu*” (Điều 25). Như vậy, sổ hộ khẩu chỉ là giấy tờ ghi nhận về việc đăng ký thường trú của công dân để Nhà nước thuận tiện trong công tác quản lý. Trong bối cảnh hiện nay, việc di trú từ nơi này đến nơi khác, đặc biệt là đến những thành phố lớn, diễn ra khá phổ biến. Đồng thời, việc nhập chung vào sổ hộ khẩu cũng tương đối dễ dàng, kể cả khi họ không có quan hệ thân thuộc mà chỉ là người thuê, mượn nhà hoặc ở nhờ thì cũng có thể nhập chung hộ khẩu nếu như chủ hộ đồng ý (Điều 19 Luật Cư trú). Vì vậy nếu người có chung sổ hộ khẩu trong trường hợp này mà lại được xem là thành viên hộ gia đình thì sẽ rất bất công, vì

họ chỉ là “người dung” không thể có quyền quyết định đối với tài sản có giá trị lớn của hộ gia đình.

Từ những phân tích trên, có thể kết luận số hộ khẩu chỉ là một trong những căn cứ để cơ quan chức năng xác định những người nào đang sống chung tại thời điểm xác lập QSDĐ chứ không phải là căn cứ duy nhất để kết luận họ đương nhiên là thành viên hộ gia đình sử dụng đất. Giả sử họ có chung hộ khẩu mà không có quan hệ thân thuộc (hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng) và không có công sức đóng góp để tạo lập QSDĐ thì cũng không phải là thành viên hộ gia đình.

(ii) Về điều kiện “có QSDĐ chung” của thành viên hộ gia đình

Tương tự như điều kiện “đang sống chung”, pháp luật đất đai cũng không giải thích như thế nào là “có QSDĐ chung”. Đây được xem là một điều kiện rất quan trọng để giải quyết sự bất hợp lý khi định đoạt QSDĐ chung của hộ gia đình. Như đã phân tích, nhiều trường hợp QSDĐ do bố mẹ tạo lập và con cái lúc đó còn quá nhỏ, không có công sức đóng góp gì mà khi chuyển nhượng QSDĐ phải có sự đồng ý của con cái là điều không hợp lý, gây phiền hà, rắc rối về mặt thủ tục. Có thể hiểu điều kiện “có QSDĐ chung” là việc các thành viên trong hộ gia đình phải có công sức đóng góp nhất định trong việc tạo lập nên QSDĐ chung của hộ, có như vậy thì mới đảm bảo sự công bằng trong việc hưởng lợi từ tài sản chung có giá trị rất lớn này. Ví dụ, quay trở lại với tình huống của hộ gia đình ông A, thời điểm năm 1994 có 03 người đang sống chung là ông A, bà B và người con là C (10 tuổi). Tuy anh C còn khá nhỏ khi hộ gia đình này xác lập QSDĐ, nhưng 3000 m² đất nông nghiệp này lại được Nhà nước giao dựa vào số nhân khẩu của hộ (theo

chính sách khoán hộ) nên về cơ bản anh C cũng được coi là có công sức đóng góp. Ngược lại, nếu đất này là do vợ chồng ông A nhận chuyển nhượng từ người khác thì rõ ràng C không thể coi là thành viên hộ gia đình đối với 3000 m² đất nói trên vì 10 tuổi không thể có công sức đóng góp gì. Như vậy, việc có công sức đóng góp trong việc tạo lập QSDĐ hay không còn tùy thuộc vào nguồn gốc đất của hộ gia đình để xem xét.

Thiết nghĩ, để tránh các tranh chấp phát sinh trong thực tế cũng như việc áp dụng khác nhau thì pháp luật cần quy định rõ hơn các điều kiện để xác định thành viên của hộ gia đình sử dụng đất. Có thể tham khảo Điều 18 Dự thảo (lần 1) Nghị định quy định các biện pháp thi hành Bộ luật Dân sự về giao dịch bảo đảm² (thay thế cho Nghị định số 163/2006/NĐ-CP về giao dịch bảo đảm và Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 163/2006/NĐ-CP): Trường hợp các giấy tờ về QSDĐ (như Quyết định giao đất, Văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền công nhận QSDĐ, Hợp đồng cho thuê đất, Sổ địa chính) không ghi hoặc ghi không đầy đủ thông tin về các thành viên trong gia đình thì khi thực hiện công chứng hợp đồng thế chấp QSDĐ, tài sản gắn liền với đất của hộ gia đình, công chứng viên thực hiện việc xác định thành viên hộ gia đình có QSDĐ chung với chủ hộ dựa trên các giấy tờ sau đây do người yêu cầu công chứng cung cấp:

a) Giấy chứng nhận đăng ký kết hôn hoặc Giấy khai sinh hoặc Quyết định nuôi con nuôi trong trường hợp xác định thành

² Trang thông tin lấy ý kiến về dự thảo văn bản quy phạm pháp luật, <http://www.moj.gov.vn/dtvb/pages/chi-tiet.aspx?itemid=322>, truy cập ngày 20/3/2018.

viên hộ gia đình có quan hệ hôn nhân, huyết thống hoặc nuôi dưỡng với chủ hộ tại thời điểm hộ gia đình được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ; nhận chuyển QSDĐ hoặc cấp Giấy chứng nhận QSDĐ.

b) Văn bản xác nhận quan hệ sống chung của thành viên hộ gia đình với chủ hộ tại thời điểm hộ gia đình được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ; nhận chuyển QSDĐ hoặc cấp Giấy chứng nhận QSDĐ do Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn cấp. Thành viên hộ gia đình sống chung là những người có tên trong sổ hộ khẩu và những người không có tên trong sổ hộ khẩu nhưng đang sống cùng chủ hộ tại thời điểm Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ hoặc cấp Giấy chứng nhận QSDĐ.

c) Quyết định giao đất, cho thuê đất, công nhận QSDĐ hoặc Giấy chứng nhận QSDĐ cấp cho hộ gia đình.

Với cách quy định như trên thì Dự thảo này đã liệt kê các loại giấy tờ cần thiết để công chứng viên có cơ sở xác định tư cách thành viên hộ gia đình sử dụng đất. Trong đó, để xem xét điều kiện đang sống chung sẽ dựa vào sổ hộ khẩu hoặc văn bản xác nhận quan hệ sống chung của thành viên hộ gia đình với chủ hộ của Ủy ban nhân dân cấp xã. Mặc dù vậy, đây chỉ là Dự thảo, chưa phải văn bản có hiệu lực áp dụng và cũng không phải văn bản do cơ quan quản lý chuyên ngành về đất đai ban hành, không áp dụng cho các loại giao dịch khác (không phải giao dịch thế chấp bằng QSDĐ). Vì vậy, trong khi Luật Đất đai vẫn còn chủ thể “hộ gia đình sử dụng đất” mà chưa quy định rõ ràng thì việc ban hành văn bản hướng dẫn chi tiết là điều cần thiết.

3. Vấn đề ghi thông tin hộ gia đình trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất

Giấy chứng nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (sau đây gọi tắt là *Giấy chứng nhận*) là chứng thư pháp lý để Nhà nước xác nhận QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất hợp pháp của người có QSDĐ, quyền sở hữu nhà ở và quyền sở hữu tài sản khác gắn liền với đất (khoản 16 Điều 3 Luật Đất đai 2013). Quyền được cấp *Giấy chứng nhận* là một trong những quyền cơ bản của người sử dụng đất vì nó tạo cơ sở pháp lý để Nhà nước bảo hộ quyền, lợi ích hợp pháp cho người sử dụng đất. Đồng thời, người sử dụng đất có Giấy chứng nhận hoặc đủ điều kiện cấp Giấy chứng nhận mới có thể thực hiện hoặc được hưởng một số quyền nhất định như quyền được bồi thường về đất khi Nhà nước thu hồi đất, quyền giao dịch QSDĐ.

Về việc ghi thông tin chủ thể sử dụng đất là hộ gia đình trên Giấy chứng nhận, theo hướng dẫn tại Thông tư số 23/2014/TT-BTNMT của Bộ Tài nguyên và Môi trường thì chỉ ghi họ tên, năm sinh, tên và số của giấy tờ nhân thân của chủ hộ gia đình. Trường hợp chủ hộ gia đình không có QSDĐ chung của hộ gia đình thì ghi người đại diện là thành viên khác của hộ gia đình có chung QSDĐ của hộ gia đình. Trường hợp chủ hộ gia đình hay người đại diện khác của hộ gia đình có vợ hoặc chồng cùng có QSDĐ chung của hộ gia đình thì ghi cả họ tên, năm sinh của người vợ hoặc chồng đó (điểm c khoản 1 Điều 5). Điều này có nghĩa là Giấy chứng nhận cấp cho hộ gia đình chỉ ghi tên một người đại diện cho hộ (và vợ hoặc chồng của người này) chứ

không thể hiện rõ tất cả các thành viên. Quy định này đã gây khó khăn trong việc bảo hộ quyền lợi hợp pháp của hộ gia đình sử dụng đất khi có những rủi ro xảy ra trong quá trình thực hiện giao dịch về QSDĐ. Nhiều tranh chấp giữa các thành viên trong hộ gia đình đã xảy ra, đặc biệt là khi xử lý nợ xấu của các ngân hàng đối với tài sản thế chấp là QSDĐ chung của hộ gia đình.

Ngày 29/9/2017, Bộ Tài nguyên và Môi trường đã ban hành Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT quy định chi tiết Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai và sửa đổi, bổ sung một số điều của các thông tư hướng dẫn thi hành Luật Đất đai. Trong đó, đáng chú ý là khoản 5 Điều 6 của Thông tư này đã sửa đổi Thông tư 23/2014/TT-BTNMT đưa ra quy định mới về việc ghi tên tất cả các thành viên trong hộ gia đình trên Giấy chứng nhận thay vì chỉ ghi tên chủ hộ như trước đây. Quy định về việc đổi mới cách thức thể hiện thông tin hộ gia đình sử dụng đất trong Giấy chứng nhận của Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT đã gây ra nhiều ý kiến trái chiều. Theo đó, các ý kiến phản đối cho rằng việc ghi tên tất cả thành viên vào Giấy chứng nhận sẽ tạo điều kiện cho những người vốn không có công sức tạo lập QSDĐ (ví dụ con cái) lại có quyền quyết định đối với QSDĐ của bố mẹ; việc cấp Giấy chứng nhận sẽ phải xác minh chủ thể có công sức đóng góp vào tài sản chung rất phức tạp, có thể làm chậm lại quá trình cấp sổ đỏ; việc ghi đầy đủ tên của các thành viên buộc phải có thông tin đầy đủ theo giấy tờ nhân thân trong khi những thành viên trong hộ gia đình có QSDĐ khi không có mã số định danh cá nhân và chưa đủ tuổi làm căn cước công dân thì không có hướng xử lý; nhiều gia đình không còn giấy

tờ, hay con cái ở xa hoặc đi nước ngoài không thể xác minh được³...

Trước những ý kiến phản đối này, Bộ Tài nguyên và Môi trường đã lý giải “quy định nêu trên của thông tư sẽ bảo đảm chặt chẽ về mặt pháp lý, cụ thể hơn về mặt chủ thể có QSDĐ. Điều này không tạo ra các khó khăn hay rào cản mà còn giảm những rủi ro cho người sử dụng đất, minh bạch về tài sản, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các thành viên có chung QSDĐ trong hộ gia đình”⁴. Mặt khác, Bộ cũng khẳng định, việc hướng dẫn ghi tên các thành viên có chung QSDĐ đối với trường hợp QSDĐ là tài sản chung của hộ gia đình tại khoản 5 Điều 6 của Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT là phù hợp với quy định tại khoản 29 Điều 3, khoản 1 Điều 97 và khoản 2 Điều 98 của Luật Đất đai; Điều 101 và Điều 212 của Bộ luật Dân sự năm 2015⁵. Tuy nhiên, Bộ Tài nguyên và Môi trường cũng thừa nhận Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT quy định thiếu rõ ràng, dẫn đến cách hiểu khác nhau, hiểu không chính xác khái niệm “hộ gia đình có chung QSDĐ” đồng nhất với khái niệm hộ gia đình trong sổ hộ khẩu như cách hiểu phổ biến trong xã hội hiện nay. Vì vậy, Bộ này sau đó đã quyết định ngưng hiệu lực thi hành về việc

³ Việt Đức, *Quy định số đỏ ghi tên các thành viên trong gia đình là trái luật*, <https://vov.vn/xa-hoi/quy-dinh-so-do-ghi-ten-cac-thanh-vien-trong-gia-dinh-la-trai-luat-699366.vov>, truy cập ngày 19/01/2018.

⁴ Thế Kha, *Bộ Tài nguyên và Môi trường lý giải việc ghi tên cả gia đình vào sổ đỏ*, <http://dantri.com.vn/su-kien/bo-tai-nguyen-va-moi-truong-ly-giai-viec-ghi-ten-ca-gia-dinh-va-so-do-20171123072830587.htm>, truy cập ngày 19/01/2018.

⁵ Thảo Lê, *Lùi thời hạn áp dụng ghi tên thành viên gia đình vào sổ đỏ*, <http://www.nhandan.com.vn/www.nhandan.com.vn/phapluat/item/34881302-lui-thoi-han-ap-dung-ghi-ten-thanh-vien-gia-dinh-va-so-do.html>, truy cập ngày 19/01/2018.

ghi tên các thành viên trong hộ gia đình sử dụng đất trên Giấy chứng nhận.

Về vấn đề này, tác giả cho rằng, lý giải của Bộ Tài nguyên và Môi trường hoàn toàn hợp lý và việc ghi tên tất cả các thành viên của hộ gia đình sử dụng đất lên Giấy Chứng nhận sẽ góp phần giải quyết những khúc mắc trong việc xác định tư cách thành viên hộ gia đình, đặc biệt là khi thực hiện các giao dịch QSDĐ. Bởi lẽ, theo quy định tại khoản 1 Điều 64 Nghị định 43/2014/NĐ-CP thì “*Hợp đồng, văn bản giao dịch về QSDĐ, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất của hộ gia đình phải được người có tên trên Giấy chứng nhận hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật về dân sự ký tên*”. Tuy nhiên, người có tên trên Giấy chứng nhận hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật về dân sự “*chỉ được thực hiện việc ký hợp đồng, văn bản giao dịch về QSDĐ, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất khi đã được các thành viên trong hộ gia đình sử dụng đất đồng ý bằng văn bản và văn bản đó đã được công chứng hoặc chứng thực theo quy định của pháp luật*” (khoản 5 Điều 14 Thông tư 02/2015/TT-BTNMT). Như vậy, thủ tục giao dịch QSDĐ của hộ gia đình phải tiến hành qua hai bước: *Bước một*, các thành viên trong hộ gia đình sử dụng đất phải lập một thỏa thuận về việc đồng ý cho người có tên trên Giấy chứng nhận hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật về dân sự có quyền quyết định đối với QSDĐ của họ. Thỏa thuận này phải lập thành văn bản và phải được công chứng hoặc chứng thực theo quy định của pháp luật. *Bước hai*, người có tên trên Giấy chứng nhận hoặc người được ủy quyền theo quy định của pháp luật về dân sự sẽ thực hiện việc ký hợp đồng giao dịch QSDĐ. Về vấn đề này, khoản 2 Điều 212 Bộ luật Dân

sự năm 2015 cũng quy định “*việc chiếm hữu, sử dụng, định đoạt tài sản chung của các thành viên gia đình được thực hiện theo phương thức thỏa thuận. Trường hợp định đoạt tài sản là bất động sản, động sản có đăng ký, tài sản là nguồn thu nhập chủ yếu của gia đình phải có sự thỏa thuận của tất cả các thành viên gia đình là người thành niên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp luật có quy định khác*”. Như vậy, quy định của pháp luật đất đai là phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp của các thành viên có QSDĐ chung trong hộ gia đình.

Từ những quy định nói trên cho thấy việc xác định ai là thành viên hộ gia đình sẽ quyết định một giao dịch QSDĐ của hộ là có giá trị pháp lý hay không. Nếu như xác định thiếu thành viên thì coi như giao dịch vô hiệu, ngược lại nếu xác định “thừa” thì những người vốn không có công sức đóng góp lại có quyền quyết định, gây bất công và rắc rối về thủ tục. Tuy nhiên, định nghĩa tại khoản 29 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 về việc xác định tư cách thành viên hộ gia đình lại không rõ ràng, trong khi Giấy chứng nhận là bằng chứng rõ ràng nhất về sự thừa nhận của Nhà nước đối với QSDĐ lại không ghi nhận rõ ai là thành viên của hộ ngoài chủ hộ gia đình. Thực tế là trước khi có quy định như Thông tư 33/2017/TT-BTNMT thì yêu cầu xác minh ai là người đang sống chung, có đóng góp tạo lập nên QSDĐ vẫn phải được thực hiện để đảm bảo giao dịch diễn ra đúng pháp luật. Quy định của Thông tư 33/2017/TT-BTNMT đơn giản chỉ là sự hướng dẫn về cách ghi mang tính kỹ thuật đối với trường hợp hộ gia đình sử dụng đất theo Luật Đất đai năm 2013 chứ không phải là quy định đưa ra trình tự, thủ tục gì mới.

Mặt khác, do Luật Đất đai không rõ ràng nên thực tế hiện nay các địa phương thường dựa vào sổ hộ khẩu để xác định thành viên hộ gia đình. Chính điều này đã tạo nên sự nhầm lẫn giữa “hộ gia đình sử dụng đất” với “hộ gia đình trên sổ hộ khẩu”, từ đó gây ra sự hoang mang về việc những người có tên trên sổ hộ khẩu có thể không có công sức đóng góp gì bỗng dưng lại có quyền quyết định đối với QSDĐ chung của hộ. Tuy nhiên, sổ hộ khẩu có thể sẽ bị bãi bỏ trong tương lai không xa khi Chính phủ đã có Nghị quyết 112/NQ-CP về việc đơn giản hóa thủ tục hành chính, giấy tờ công dân liên quan đến quản lý dân cư thuộc phạm vi chức năng quản lý nhà nước của Bộ Công an, trong đó, có quy định bãi bỏ hình thức quản lý dân cư đăng ký thường trú bằng sổ hộ khẩu, và thay thế bằng hình thức quản lý thông qua mã số định danh cá nhân. Nếu cứ quy định chỉ ghi tên chủ hộ như hiện nay và dựa vào sổ hộ khẩu để xác định các thành viên còn lại thì sau này nếu bỏ sổ hộ khẩu sẽ không còn căn cứ để xác định. Ngược lại, nếu ghi tên đầy đủ thành viên của hộ gia đình lên Giấy chứng nhận thì sẽ tạo được sự rõ ràng khi xác định những người được quyền ký vào văn bản thỏa thuận định đoạt tài sản chung của hộ, hạn chế trường hợp “thà ký nhầm còn hơn bỏ sót” theo yêu cầu của các tổ chức công chứng.

4. Kết luận

Có thể nói, quy định về chủ thể sử dụng đất là hộ gia đình theo pháp luật về đất đai trong giai đoạn hiện nay đã không còn phù hợp. Hộ gia đình sử dụng đất chỉ “xuất hiện trong thời gian ngắn ở một số vùng và địa phương khi mô hình hợp tác xã sản xuất nông nghiệp không còn tồn tại. Hợp tác xã giao khoán đất cho hộ gia đình xã viên theo bình quân nhân khẩu, trên cơ sở đó công

nhận QSDĐ của hộ gia đình hoặc một số địa phương có chính sách giãn dân trên cơ sở giao đất ở cho hộ gia đình theo nhân khẩu”⁶. Vì vậy, đến nay hầu như ít có ai xác lập QSDĐ với tư cách của hộ gia đình – một chủ thể được định nghĩa khá mơ hồ, khó xác định quyền giữa các thành viên theo Luật Đất đai. Những vướng mắc trong quy định của Luật Đất đai về hộ gia đình sử dụng đất thực sự là những trở ngại lớn cho việc thực hiện giao dịch QSDĐ, làm phát sinh tranh chấp, ảnh hưởng đến tình cảm giữa các thành viên trong gia đình. Thiết nghĩ, trong tương lai các nhà làm luật cần xem xét loại bỏ chủ thể sử dụng đất là “hộ gia đình”, nhất là khi Luật Đất đai năm 2013 đã có quy định về nhóm người sử dụng đất với chế độ pháp lý đơn giản, rõ ràng hơn rất nhiều. Tuy vậy, hiện nay vẫn còn nhiều hộ gia đình sử dụng đất còn tồn tại, cho nên trước mắt pháp luật cần có các quy định mang tính chuyển tiếp. Tác giả cho rằng, nên giữ quy định về việc ghi tên tất cả các thành viên vào Giấy chứng nhận như Thông tư 33/2017/TT-BTNMT và có bổ sung các quy định để tránh hiểu nhầm. Ví dụ, quy định rõ việc ghi tên tất cả thành viên vào Giấy chứng nhận sẽ tùy theo lựa chọn của người dân đối với những trường hợp đã được cấp Giấy chứng nhận. Ngược lại, đối với trường hợp cấp mới thì phải ghi đầy đủ thông tin để đảm bảo tính rõ ràng, minh bạch. Điều này có thể kéo dài thời gian làm thủ tục cấp Giấy chứng nhận, nhưng là cần thiết khi mà quy định về sự đồng ý của tất cả các thành viên trong hộ vẫn là một điều kiện mang tính bắt buộc khi thực hiện giao dịch QSDĐ của hộ gia đình.

⁶ Phạm Văn Võ, Nguyễn Thị Cam, *Căn cứ nào xác định hộ gia đình sử dụng đất*, <https://baomoi.com/can-cu-nao-xac-dinh-ho-gia-dinh-su-dung-dat/c/24069951.epi>, truy cập ngày 19/01/2018.

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ PHƯƠNG THỨC TÍNH PHÍ BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG ĐỐI VỚI NƯỚC THẢI CÔNG NGHIỆP

Lê Thị Thu Hằng*

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập trong các quy định về phương thức tính phí bảo vệ môi trường đối với nước thải công nghiệp, qua đó đề xuất các giải pháp hoàn thiện.

Abstract: This paper analyses some of the shortcomings of law and regulation on calculation of environment protection fees for industrial wastewater. Basing on that, it makes recommendations to improve relevant law and regulation.

Phí bảo vệ môi trường đối với nước thải là một trong những công cụ quản lý quan trọng được áp dụng khá phổ biến ở nhiều nước trên thế giới nhằm hạn chế ô nhiễm môi trường và được xây dựng trên nguyên tắc “Người gây ô nhiễm phải trả tiền” nhằm tạo áp lực để các doanh nghiệp giảm thiểu gây ô nhiễm môi trường, đồng thời tạo nguồn thu để chi trả cho các hoạt động bảo vệ môi trường (BVMT).

Vấn đề phí BVMT đối với nước thải ở Việt Nam hiện nay được điều chỉnh bởi Nghị định số 154/2016/NĐ-CP. Sau một thời gian ngắn áp dụng trong thực tiễn, bên cạnh những mặt tích cực, Nghị định này đã bộc lộ nhiều bất cập, vướng mắc, đặc biệt là các quy định về cách tính phí cố định và phí biến đổi, tải lượng nước thải tính phí, thông số ô nhiễm tính phí.

1. Về mức phí và lưu lượng nước thải tính phí

Thứ nhất, quy định mức phí cố định 1.500.000 đồng/năm đối với các cơ sở có lưu lượng nước thải trung bình một năm dưới

20 m³/ngày đêm được áp dụng cho tất cả các ngành nghề.

Khoản 2 Điều 6 Nghị định số 154/2016/NĐ-CP quy định phương thức tính phí BVMT đối với nước thải công nghiệp như sau:

$F = f + C$, trong đó:

- F là số phí phải nộp;
- f là mức phí cố định 1.500.000 đồng/năm;
- C là phí biến đổi, tính theo: Tổng lượng nước thải ra; hàm lượng thông số ô nhiễm của 6 chất gây ô nhiễm là COD, TSS, Hg, Pb, As và Cd.

Cơ sở sản xuất, chế biến có tổng lượng nước thải dưới 20 m³/ngày đêm không áp dụng mức phí biến đổi.

Thực tế cho thấy, một số cơ sở sản xuất trong những lĩnh vực ngành nghề đặc thù sử dụng lưu lượng nước rất ít, dưới 1 m³/ngày đêm hoặc thậm chí sử dụng chưa đến 10 m³/tháng như cơ khí, gia công kim loại, chế tạo máy và phụ tùng, đá chẻ... hoặc có những cơ sở sản xuất gần như không sử dụng nước trong hoạt động sản xuất như may mặc mà không dệt nhuộm, thạch cao...

* ThS., Khoa luật - Đại học Kinh tế Đà Nẵng.

Việc thu phí cơ sở này bị phản đối dựa trên lập luận rằng quy định thu phí cố định 1.500.000 đồng/năm đối với tất cả các ngành nghề là bất bình đẳng bởi không thể đánh đồng giữa cơ sở sản xuất chỉ sử dụng dưới 1 m³/ngày đêm với cơ sở sản xuất sử dụng gần 20 m³/ngày đêm. Các cơ sở sản xuất không sử dụng nước như may mặc, thạch cao... phản đối việc nộp phí, khi cho rằng họ không sử dụng nước cho việc sản xuất thì không phải chịu phí BVMT đối với nước thải công nghiệp. Một số cơ sở chấp nhận đóng phí nhưng yêu cầu mức hợp lí vì họ chỉ sản xuất dưới quy mô hộ gia đình nên mức phí cố định 1.500.000 đồng/năm là quá cao.

Thứ hai, không quy định rõ mức phí cố định 1.500.000 đồng/năm thu theo hộ gia đình sản xuất hay thu theo số lượng cơ sở sản xuất của hộ gia đình.

Trong trường hợp một hộ gia đình thành lập nhiều cơ sở sản xuất (từ 2 đến 3 cơ sở) cùng một ngành nghề và sử dụng lưu lượng nước thải rất ít (như cơ khí, may mặc...), nhiều địa phương lúng túng giữa phương án chỉ thu phí cố định 1.500.000 đồng/năm đối với hộ gia đình hay thu phí cố định dựa trên số lượng cơ sở sản xuất của hộ gia đình. Để tránh thất thu ngân sách, nhiều địa phương chọn phương án thu phí dựa trên số lượng cơ sở sản xuất của hộ gia đình và bị phản đối. Để việc thu phí được thống nhất, việc quy định rõ về đối tượng chịu phí là hết sức cần thiết.

Thứ ba, quy định tính phí biến đổi với mức xả thải từ 20 m³/ngày đêm trở lên làm giảm nguồn thu cho hoạt động BVMT.

Quy định về tính phí biến đổi cho các cơ sở sản xuất có lượng nước thải từ 20 m³/ngày đêm trở lên theo Nghị định số

154/2016/NĐ-CP không phù hợp với điều kiện phát triển kinh tế của Việt Nam trong giai đoạn này. Hiện nay, các cơ sở sản xuất ở Việt Nam chủ yếu là các cơ sở sản xuất nhỏ, tải lượng nước thải không cao. Với mức 20 m³/ngày đêm mới tính phí biến đổi sẽ dẫn đến tình trạng số lượng cơ sở sản xuất phải đóng phí biến đổi là rất thấp. Nguồn thu cho công tác BVMT từ phí nước thải công nghiệp bị giảm sút đáng kể, không đủ bù đắp chi phí cho hoạt động BVMT.

2. Về thông số ô nhiễm tính phí

Nghị định số 154/2016/NĐ-CP quy định thu phí BVMT đối với 6 chất gây ô nhiễm COD, TSS, Hg, Pb, As và Cd. Về lí thuyết, việc thu phí đối với tất cả các chất gây ô nhiễm giúp phản ánh được đúng bản chất và mục tiêu giảm thiểu ô nhiễm môi trường của phí BVMT. Tuy nhiên, trên thực tế, quy định trên đã tạo áp lực và khó khăn nhất định bởi điều kiện về nguồn lực và phương tiện phân tích thông số ô nhiễm của các địa phương còn nhiều hạn chế, chưa đáp ứng việc thu phí với nhiều chất gây ô nhiễm.

Thêm vào đó, việc quy định thu phí BVMT đối với 4 kim loại nặng cho tất cả ngành nghề là bất hợp lí. Trên thực tế, mỗi loại hình sản xuất công nghiệp có một đặc thù riêng, công nghệ sản xuất đa dạng nên việc phát thải gây ô nhiễm khác nhau, không phải ngành sản xuất công nghiệp nào cũng phát sinh nước thải chứa 4 kim loại nặng. Chi phí lấy mẫu, phân tích hàm lượng thông số ô nhiễm, thậm chí cao hơn số phí thu được từ cơ sở sản xuất. Theo Công văn số 769/UBND-QLĐT ngày 30/08/2013 của Ủy ban nhân dân thành phố Đà Nẵng, tổng chi phí lấy mẫu phân tích hàm lượng 06 chất ô nhiễm trong nước thải công nghiệp COD, TSS, Hg, Pb, As và Cd là

3.630.000 đồng¹. Nếu khi phân tích hàm lượng thông số ô nhiễm, Chi cục BVMT không phát hiện đủ các chất ô nhiễm thì số phí BVMT thu được sẽ không đủ cho chi phí lấy mẫu, phân tích hàm lượng thông số ô nhiễm, gây lãng phí.

Chi phí lấy mẫu tốn kém nên nhiều địa phương chỉ tiến hành lấy mẫu phân tích thông số ô nhiễm theo xác suất. Ví dụ, tại Đà Nẵng, Chi cục BVMT tiến hành lấy mẫu phân tích thông số ô nhiễm theo xác suất, trung bình chỉ từ 50 đến 80 lần/năm, do đó không thể giám sát hết tất cả thông số ô nhiễm của tất cả các đơn vị sản xuất. Khi lấy mẫu, Chi cục BVMT xác định được hàm lượng của chất gây ô nhiễm nào thì thu phí đối với chất đó, chất nào không xác định được hàm lượng thì coi như hàm lượng bằng không và không tính phí đối với chất gây ô nhiễm đó. Còn lại, việc xác định thông số ô nhiễm tính phí chủ yếu dựa vào việc kê khai của cơ sở sản xuất nên nhiều cơ sở sản xuất kê khai không trung thực dẫn đến xác định phí không chính xác. Điều này làm giảm hiệu lực và hiệu quả giám thiểu ô nhiễm môi trường của phí BVMT. Việc xác định thông số ô nhiễm tính phí do đó, cần phải được điều chỉnh cho phù hợp với điều kiện thực tế của Việt Nam hiện nay cũng như đặc thù phát thải của các ngành, nghề sản xuất công nghiệp.

3. Kiến nghị

Từ những phân tích ở trên, theo tác giả, cần sửa đổi, bổ sung những vấn đề sau để giải quyết các bất cập nêu trên.

¹ Ủy ban nhân dân thành phố Đà Nẵng, Công văn số 769/UBND-QLĐT về việc liên quan đến đơn giá một số chỉ tiêu trong hoạt động quan trắc và phân tích môi trường trên địa bàn thành phố, ban hành ngày 30/08/2013.

Về phí cố định và lưu lượng nước thải tính phí cố định

Tại Việt Nam, sau 2 lần điều chỉnh, mức phí cố định đối với nước thải công nghiệp hiện nay là 1.500.000 đồng. Mức phí cố định này hiện tại chưa thể bù đắp chi phí quản lý nhưng trong điều kiện của Việt Nam, hầu hết các cơ sở sản xuất công nghiệp có qui mô vừa và nhỏ, trình độ công nghệ lạc hậu và năng lực tài chính hạn hẹp thì phù hợp. Tuy nhiên, mức phí cố định cần phải xem xét điều chỉnh sau mỗi chu kỳ 5 năm để phù hợp với sự biến động của chất lượng môi trường và các điều kiện kinh tế, xã hội.

Theo tác giả, cần phải điều chỉnh lại lưu lượng nước thải để tính phí cố định, Nghị định số 154/2016/NĐ-CP đã giảm mức lưu lượng nước thải trung bình trong năm tính phí cố định xuống còn 20 m³/ngày đêm thay cho mức 30 m³/ngày đêm so với quy định trước đây phần nào tạo sự bình đẳng giữa các cơ sở sản xuất. Tuy nhiên, lưu lượng nước thải tính phí cố định vẫn chưa thực sự hợp lý bởi: i) Đa số các cơ sở sản xuất có quy mô nhỏ, nhiều cơ sở sản xuất chỉ sử dụng 1 đến 2m³/ngày đêm, thậm chí có cơ sở sản xuất sử dụng lưu lượng nước chưa đến 10 m³/tháng; ii) Mỗi ngành nghề sản xuất có đặc thù riêng về phát sinh nước thải, các cơ sở sản xuất trong ngành nghề phát sinh nước thải ít phải nộp phí cố định như khu công nghiệp có hệ thống xử lý nước thải tập trung với nguồn xả thải lớn là điều bất hợp lý; iii) Quy định mức xả thải 20 m³/ngày đêm để tính phí cố định không tương đồng với mức xả thải vượt tiêu chuẩn kỹ thuật 5 m³/ngày đêm bị xử lý vi phạm hành chính theo Điều 13, 14 Nghị định 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ quy

định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực BVMT.

Do vậy, tác giả đề xuất chia nhỏ mức lưu lượng nước thải tính phí cố định phù hợp với các mốc lưu lượng nước thải xử lý vi phạm hành chính tại Nghị định 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 như sau: Dưới 5 m³/ngày đêm; từ 5 m³/ngày đêm đến dưới 10 m³/ngày đêm; từ 10 m³/ngày đêm đến dưới 20 m³/ngày đêm; từ 20 m³/ngày đêm đến dưới 40 m³/ngày đêm; từ 40 m³/ngày đêm đến dưới 60 m³/ngày đêm; từ 60 m³/ngày đêm đến dưới 80 m³/ngày đêm; từ 80 m³/ngày đêm đến dưới 100 m³/ngày đêm; trên 100 m³/ngày đêm.

Dựa trên quy định mức phí cố định hiện hành là 1.500.000 đồng/năm, tác giả đề xuất mức phí cố định áp dụng với cơ sở sản xuất

dưới 5 m³/ngày đêm là 1.000.000 đồng/năm và áp dụng hệ số K tính phí cố định theo lưu lượng nước như bảng 1. Mức phí cố định và hệ số K đề xuất tính phí cố định đã được tác giả tính toán dựa trên các tiêu chí: i) Lấy căn cứ xả thải 20 m³/ngày đêm và mức phí biến đổi 1.500.000 đồng/năm theo quy định hiện hành làm cơ sở để xây dựng mức phí cố định mới và hệ số K tính phí cố định với từng mức lưu lượng xả thải với nguyên tắc không tạo ra sự thay đổi đột ngột về mức phí cố định cơ sở sản xuất phải đóng so với quy định hiện hành; ii) Không tạo ra khoảng cách phí cố định quá lớn giữa các khung liên kề về lưu lượng nước thải; iii) Đảm bảo cách tính phí mới không làm giảm nguồn thu ngân sách từ phí BVMT.

Bảng 1. Đề xuất hệ số K tính phí cố định

TT	Lưu lượng nước thải tính phí cố định	Hệ số K tính phí cố định
1	Từ 5 m ³ /ngày đêm đến dưới 10 m ³ /ngày đêm	1.1
2	Từ 10 m ³ /ngày đêm đến dưới 20 m ³ /ngày đêm	1.3
3	Từ 20 m ³ /ngày đêm đến dưới 40 m ³ /ngày đêm	1.5
4	Từ 40 m ³ /ngày đêm đến dưới 60 m ³ /ngày đêm	1.6
5	Từ 60 m ³ /ngày đêm đến dưới 80 m ³ /ngày đêm	1.7
6	Từ 80 m ³ /ngày đêm đến dưới 100 m ³ /ngày đêm	1.8
7	Trên 100 m ³ /ngày đêm	2.0

Về phí biến đổi, ngoài việc tính phí cố định theo hệ số như đã nêu, các cơ sở sản xuất có lưu lượng xả thải từ 5 m³/ngày đêm

trở lên còn phải chịu phí biến đổi. Theo tác giả, thu phí biến đổi với mức xả thải từ 5 m³/ngày đêm trở lên sẽ có tác dụng điều

chỉnh hành vi của cơ sở sản xuất theo hướng có lợi cho môi trường, khuyến khích doanh nghiệp đầu tư cho BVMT và đồng thời tạo sự công bằng trong việc thu phí giữa các cơ sở sản xuất.

Mức phí biến đổi hiện hành không cao. Cần điều chỉnh tăng dần mức phí biến đổi sau mỗi chu kỳ khoảng 5 năm. Thực tế cho thấy, thuế, phí môi trường sẽ không có hiệu quả nếu như thiếu sự ổn định trong kinh tế vĩ mô. Lạm phát cao thường làm mất đi giá trị thực của phí. Không nên điều chỉnh mức phí theo mức lạm phát vì khó thực hiện và thường gây ảnh hưởng tiêu cực về mặt chính sách. Cách điều chỉnh hiệu quả là áp dụng hệ thống tự điều chỉnh mức phí hàng năm theo chỉ số giá tiêu dùng. Điều này sẽ hạn chế được ảnh hưởng của lạm phát đến hiệu quả của việc áp dụng phí BVMT trong thực tế.

Đối với trường hợp một hộ gia đình thành lập nhiều cơ sở sản xuất cùng một ngành nghề và sử dụng lưu lượng nước thải rất ít chỉ nên thu phí đối với hộ gia đình. Lưu lượng nước thải tính phí cố định và phí biến đổi là tổng lượng nước thải của các cơ sở sản xuất của hộ gia đình. Quy định này vừa có tính khuyến khích hộ gia đình làm kinh tế, nhưng vừa đảm bảo được sự công bằng trong việc thu phí giữa các chủ thể.

Về thông số ô nhiễm tính phí

Quy định của Nghị định số 154/2016/NĐ-CP tính phí biến đổi đối với 06 thông số ô nhiễm giống với cách tính phí của Nghị định số 67/2003/NĐ-CP trước đây. Thực tế thực hiện Nghị định số 67/2003/NĐ-CP trong 10 năm cho thấy, rất nhiều địa phương đã không thu được phí BVMT đối các thông số kim loại nặng có

trong nước thải, gây thất thu ngân sách nhà nước. Nguyên nhân của tình trạng này là do:

- Năng lực quan trắc thông số ô nhiễm kim loại nặng tại các địa phương còn nhiều hạn chế; chi phí phân tích cao, có những địa phương chi phí phân tích kim loại nặng cao hơn so với số phí nước thải công nghiệp thu được.

- Quy định tính phí theo hàm lượng các thông số kim loại nặng trong nước thải áp dụng đối với mọi đối tượng không đảm bảo tính công bằng giữa các loại hình sản xuất công nghiệp; không phân loại được các nhóm ngành phát sinh nước thải tiềm ẩn nhiều nguy cơ gây ô nhiễm môi trường; gây tốn kém, phức tạp cho doanh nghiệp của một số ngành sản xuất như thực phẩm, dệt may... vì nước thải không có kim loại nặng nhưng vẫn phải phân tích 04 thông số kim loại để tính phí.

- Quy định khó thực hiện, không đảm bảo tính nhanh gọn trong việc kê khai của cơ sở và thẩm định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Từ thực tiễn thực hiện pháp luật về phí BVMT đối với nước thải công nghiệp tại Việt Nam, cũng như dựa vào đặc thù xả thải của tất cả các ngành công nghiệp gây ô nhiễm lớn theo báo cáo hiện trạng môi trường quốc gia năm 2009 (bảng 2)², tác giả kiến nghị chỉ nên áp dụng phí BVMT cho 02 chỉ tiêu ô nhiễm là COD, TSS và 01 kim loại nặng có nồng độ cao nhất trong nước thải.

² Bộ Tài nguyên và Môi trường, Báo cáo hiện trạng môi trường quốc gia 2009, Hà Nội, năm 2009, tr.24.

Bảng 2. Đặc trưng thành phần nước thải của một số lĩnh vực sản xuất công nghiệp

TT	Lĩnh vực sản xuất	Chất ô nhiễm chính	Chất ô nhiễm phụ
1	Chế biến đồ hộp, thủy sản, rau quả, đông lạnh	BOD, COD, pH, SS	Màu, tổng P, N
2	Chế biến nước uống có cồn, rượu bia	BOD, pH, SS, N, P	TDS, màu, độ đục
3	Chế biến thịt	BOD, pH, SS, độ đục	NO ₃ ⁻ , PO ₄ ⁻³ , độ đục
4	Sản xuất bột ngọt	BOD, pH, SS, NH ₄ ⁺	Màu, tổng P, N
5	Cơ khí	COD, dầu mỡ, SS, CN ⁻ , Cr, Ni	SS, Zn, Pb, Cd
6	Sản xuất hóa chất hữu cơ và vô cơ	pH, tổng chất rắn, SS, Cl ⁻ , pH, SO ₄ ⁻²	COD, phenol, F, Silicat, kim loại nặng
7	Sản xuất giấy	SS, BOD, COD, phenol, lignin, tannin	pH, độ đục, độ màu
8	Thuộc da	SS, BOD, COD, Cr, NH ₄ ⁺ , dầu mỡ, phenol, sunfua	N, P, tổng Coliform
9	Dệt nhuộm	SS, BOD, kim loại nặng, dầu mỡ	Màu, độ đục

COD và TSS bị tính phí vì đây là các chất gây ô nhiễm hiện diện trong nước thải của tất cả các ngành công nghiệp gây ô nhiễm lớn, việc tính phí đối với kim loại nặng cũng cần thiết vì đây là một trong những tác nhân gây ô nhiễm nặng cho môi trường, tuy nhiên, để phù hợp với điều kiện Việt Nam, trong giai đoạn này chỉ nên tính phí đối với 01 kim loại nặng có nồng độ cao nhất. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất tổng số phí BVMT các doanh nghiệp phải nộp được tính theo công thức như sau:

- Đối với các doanh nghiệp xả thải dưới 5 m³/ngày đêm:

Mức phí phải nộp = Phí cố định đóng hàng năm (1.000.000 đồng/năm)

- Đối với các doanh nghiệp xả thải >= 5 m³/ngày đêm:

Mức phí phải nộp = Phí cố định đóng hàng năm + Phí biến đổi theo tải lượng ô nhiễm

Phí cố định đóng hàng năm: tính theo hệ số K của bảng 1

Phí biến đổi = V (m³) x (C_{COD} x R_{COD} + C_{TSS} x R_{TSS} + C_{KLmax} x R_{KL}) x 10⁻³

Trong đó:

V: Tổng lượng nước thải

C: Hàm lượng chất gây ô nhiễm đặc trưng

R: Mức thu phí nước thải của chất gây ô nhiễm.

GIỚI HẠN QUYỀN CON NGƯỜI TRONG CÔNG ƯỚC NHÂN QUYỀN CHÂU ÂU VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Tiến Đức*

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu giới hạn quyền con người trong Công ước Nhân quyền châu Âu năm 1950, đồng thời có sự đối chiếu, so sánh với Hiến pháp Việt Nam. Nội dung bài viết cũng phân tích phạm vi áp dụng của Điều 14 Hiến pháp năm 2013 và căn cứ xác định thời điểm, đối tượng áp dụng. Từ đó, bài viết đưa ra một số đề xuất hoàn thiện pháp luật Việt Nam về giới hạn quyền con người.

Abstract: This paper studies human rights limitation under the European Convention on Human Rights of 1950 in comparison with Vietnamese Constitution of 2013. It also analyses the enforcement scope of Article 14 of the Constitution and grounds to determine the time and subject of its application. Basing on that, it makes recommendations for improving Vietnamese laws and regulations on human rights limitation.

1. Giới thiệu

Luật Nhân quyền quốc tế đặt ra hai loại nghĩa vụ đối với quốc gia, đó là: Nghĩa vụ chủ động và nghĩa vụ bị động¹. Đối với loại thứ nhất, quốc gia có trách nhiệm thực hiện tất cả các hành động cần thiết, bao gồm cả lập pháp, để ghi nhận, bảo đảm và bảo vệ quyền con người. Ví dụ như quốc gia phải bảo đảm quyền sống của cá nhân bằng việc hình sự hoá hành vi cố ý giết người, đồng thời phải điều tra, truy tố và xét xử thủ phạm kịp thời. Nghĩa vụ bị động còn được

hiểu là nghĩa vụ không hành động. Theo đó, Nhà nước hạn chế can thiệp vào việc thụ hưởng quyền của cá nhân. Chẳng hạn như Nhà nước không được tùy tiện tước đoạt mạng sống của cá nhân.

Việc giới hạn quyền chính là hành vi can thiệp của Nhà nước vào khả năng thụ hưởng quyền trong trường hợp đáng lẽ ra Nhà nước có nghĩa vụ bị động. Tuy nhiên, việc giới hạn này lại được pháp luật quốc tế cho phép nếu như đáp ứng các điều kiện nhất định.

Giới hạn và hạn chế quyền con người là hai thuật ngữ có nghĩa tương đương. Tuy nhiên, có quan điểm cho rằng việc sử dụng thuật ngữ “hạn chế” dễ dẫn tới cách hiểu tiêu cực, không đúng với bản chất pháp lý của chế định này². Để thống nhất cách dùng,

* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

Bài viết này được thực hiện trong khuôn khổ đề tài cấp Bộ: “Cơ sở lý luận và thực tiễn về hạn chế quyền con người ở Việt Nam hiện nay”, do TS. Nguyễn Linh Giang - Viện Nhà nước và Pháp luật, làm chủ nhiệm đề tài.

¹ A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights* (Hart Publishing, 2004); Jean F. Akandji-Kombe, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe, 2007).

² Bùi Tiến Đạt, *Nguyên tắc giới hạn quyền con người: Ý nghĩa, nhu cầu giải thích, và định hướng áp dụng*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (2017), http://www.nclp.org.vn/nha_nuoc_va_phap_luat/nguyen-tac-gioi-han-quyen-con-nguoi-y-nghia-nhu-cau-

thuật ngữ “giới hạn quyền con người” sẽ được sử dụng xuyên suốt bài viết.

Giới hạn quyền được ghi nhận trong một số điều ước quốc tế về quyền con người, cho phép quốc gia thành viên áp đặt một số điều kiện với việc thụ hưởng đa số các quyền con người³. Nói khác đi, Nhà nước không cho phép các chủ thể thụ hưởng quyền có thể thực hiện quyền ở mức độ tuyệt đối⁴. Những điều kiện đặt ra có hiệu lực trong mọi hoàn cảnh, không nhất thiết là chỉ trong bối cảnh khẩn cấp của quốc gia.

Không phải tất cả các quyền con người đều có thể bị giới hạn. Trong Luật Nhân quyền quốc tế, tồn tại một số quyền tuyệt đối không thể bị giới hạn, chẳng hạn như quyền không bị tra tấn, đối xử tàn bạo, vô nhân đạo, quyền không bị bắt giữ làm nô lệ... Những quyền này được cho là đã đạt tới quy phạm *jus cogens* bắt buộc tuân thủ đối với tất cả các quốc gia trong mọi hoàn cảnh⁵. Tuy nhiên, đa số quyền con người đều không phải là quyền tuyệt đối và vì vậy, có thể bị giới hạn.

Công ước Nhân quyền châu Âu năm 1950 (ECHR) là điều ước khu vực về quyền con người giữa các quốc gia châu Âu và không có giá trị ràng buộc đối với Việt Nam. Tuy nhiên, sự phát triển lâu đời của văn hoá pháp luật châu Âu về quyền con

người nói chung và giới hạn quyền con người nói riêng có thể đem lại nhiều gợi mở hữu ích trên phương diện lập pháp đối với Việt Nam.

Ngoài ra, tuy Hiến pháp Việt Nam không có quy định tương tự, nhưng về cơ bản, quốc gia có quyền tạm đình chỉ hầu hết các quyền con người trong trường hợp khẩn cấp vì an ninh quốc gia được quy định tại Điều 15 ECHR. Tuy nhiên, vấn đề này đòi hỏi nghiên cứu sâu hơn và do giới hạn bài viết, tác giả sẽ không đề cập nội dung này.

2. Giới hạn quyền con người trong Công ước Nhân quyền châu Âu

Hầu hết các quyền con người ghi nhận trong ECHR bị giới hạn bởi quy định cụ thể⁶ và có thể được phân thành ba nhóm chính:

Thứ nhất, nhóm quy định cụ thể nhằm làm rõ nội hàm quyền cá nhân được thụ hưởng, hoặc trường hợp mà quyền đó không được áp dụng. Chẳng hạn như Điều 4(3) ECHR liệt kê một số công việc bắt buộc không bị coi là hình thức lao động khổ sai như thực hiện nghĩa vụ quân sự; quyền tự do thân thể tại Điều 5 trong trường hợp bị giam giữ theo bản án có hiệu lực của tòa án không bị coi là vi phạm; Điều 2(1) cho phép áp dụng án tử hình.

Thứ hai, điều luật loại trừ một số chủ thể có thể được thụ hưởng quyền trên phạm vi một quốc gia. Chẳng hạn như Điều 16

giai-thich-va-111inh-huong-ap-dung/#ref15, truy cập ngày 15/01/2018.

³ Lã Khánh Tùng, Vũ Công Giao, *ABC về quyền dân sự, chính trị cơ bản* (Tài liệu lưu hành nội bộ), tr. 25, <http://isee.org.vn/Content/Home/Library/461/abc-ve-cac-quyen-dan-su-chinh-tri-co-ban.pdf>, truy cập ngày 17/01/2018.

⁴ Aharon Barak, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations* (Cambridge University Press, 2012), tr. 102.

⁵ Javaid Rehman, *International Human Rights Law* (2nd ed.) (Pearson, 2010), tr. 82.

⁶ ECHR chỉ thừa nhận 4 quyền tuyệt đối, bao gồm: Quyền không bị tra tấn, đối xử tàn bạo, vô nhân đạo (Điều 3), quyền không bị bắt làm nô lệ (Điều 4), quyền không bị áp dụng hình phạt tử hình (Điều 7), và quyền được áp dụng hình phạt có lợi hơn so với thời điểm phạm tội (Điều 7); xem thêm Steven Greer, *The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Publishing, 1997), tr. 5.

cho phép quốc gia áp đặt giới hạn đối với các hoạt động chính trị của người nước ngoài trên lãnh thổ của mình; hoặc Điều 10(1) về quyền tự do biểu đạt, cho phép quốc gia cấp phép hoạt động đối với các cá nhân thực hiện phát sóng, truyền hình; Điều 11(2) ghi nhận khả năng giới hạn quyền lập hội và hội họp đối với lực lượng vũ trang, cảnh sát và cán bộ công vụ.

Thứ ba, điều luật cho phép quốc gia can thiệp vào quyền cá nhân với lý do cụ thể vì những mục tiêu chính đáng. Nhóm này được thể hiện tại Điều 15 ECHR liên quan tới tạm đình chỉ quyền vì lợi ích quốc gia. Một loạt các mục đích chính đáng nhằm giới hạn quyền được quy định tại Điều 8 tới Điều 11 ECHR⁷.

Khi xem xét các vụ kiện giữa cá nhân và quốc gia, Ủy ban Nhân quyền châu Âu (ECommHR) và Tòa án Nhân quyền châu Âu (ECtHR) thường thực hiện quy trình đánh giá gồm bốn bước. *Đầu tiên*, có tồn tại sự can thiệp/giới hạn quyền hay không? *Hai là*, nếu có, sự can thiệp/giới hạn đó có được quy định bởi pháp luật hay không (nguyên tắc hợp pháp)? *Ba là*, sự can thiệp/giới hạn

đó nhằm phục vụ mục đích chính đáng như quy định hay không (yêu cầu chính đáng)? Và *cuối cùng*, liệu sự can thiệp/giới hạn đó có phải là biện pháp cần thiết để đạt được mục tiêu đề ra trong một xã hội dân chủ hay không (yêu cầu cần thiết)? Câu hỏi đầu tiên thường không khó để trả lời, nhưng các câu hỏi sau có độ mở và khó hơn, đòi hỏi các thẩm phán phải xem xét kỹ hơn mới có thể đưa ra phán quyết.

(i) Nguyên tắc hợp pháp

Có ba tiêu chí đánh giá: (1) Có cơ sở pháp luật; (2) Pháp luật có thể tiếp cận; và (3) Pháp luật có tính minh định và khả đoán. Án lệ của ECtHR cho thấy từ “*pháp luật*” ở đây được hiểu tương đối rộng, không chỉ bao gồm luật do cơ quan lập pháp ban hành, mà còn cả luật của tòa án, tức là án lệ trong hệ thống pháp luật của các nước thông luật (common law)⁸, nghĩa vụ pháp luật quốc tế ràng buộc quốc gia thành viên⁹, các nguồn thứ cấp khác như sắc lệnh hoàng gia, nghị quyết khẩn cấp, và các quy định nội bộ khác dựa trên pháp luật¹⁰.

(ii) Mục tiêu chính đáng

Sự can thiệp vào quyền con người của Nhà nước không được tùy tiện, vô cớ, mà phải phục vụ mục tiêu chính đáng. ECHR liệt kê cụ thể những mục tiêu trong từng điều luật, bao gồm: (1) An ninh quốc gia,

⁷ An toàn công cộng, bảo vệ quyền và tự do của người khác, bảo vệ sức khỏe, đạo đức hay trật tự công cộng là những lý do chính đáng để giới hạn quyền được tôn trọng đời tư, quyền tự do tư tưởng và tôn giáo, quyền tự do biểu đạt, quyền tự do lập hội và hội họp. An ninh quốc gia và ngăn ngừa tội phạm cũng có thể áp dụng để giới hạn các quyền trên, trừ quyền tự do tư tưởng và tôn giáo. Quyền tự do biểu đạt còn có thể bị giới hạn bởi lý do “bảo vệ danh dự hoặc quyền của người khác”, trong khi đó lý do “bảo vệ quyền và tự do của người khác” xuất hiện trong các quy định còn lại. Bảo vệ “sức khỏe nền kinh tế quốc gia” có thể viện dẫn để giới hạn quyền được tôn trọng đời tư cá nhân, trong khi đó, “toàn vẹn lãnh thổ”, “ngăn ngừa công bố thông tin mật”, và duy trì “sự uy nghiêm và khách quan của hệ thống tư pháp” chỉ áp dụng đối với quyền tự do biểu đạt.

⁸ *Malone v. The U.K.*, ECtHR App No. 8691/79 (1984), đoạn 66; *Sunday Times v. The U.K.*, ECtHR App No. 6538/74 (1979), đoạn 47; *Tolstoy Miloslavsky v. The U.K.*, ECtHR App No. 18139/91 (1995), đoạn 37; *Markt Intern v. Germany*, ECtHR App No.10572/83 (1989).

⁹ *Groppera and Others v. Switzerland*, ECtHR App No.10890/84 (1990).

¹⁰ *Vagrancy v. Belgium*, ECtHR App No. 2832 2835 2899/66 (1971), đoạn 93; *X v. Switzerland*, App No. 7736/76 (1970), đoạn 206, 207; *X v. The U.K.*, App No. 7308/75 (1979), đoạn 32, 34-35.

toàn vẹn lãnh thổ¹¹; (2) Sức khỏe của nền kinh tế quốc gia¹²; (3) An toàn và trật tự công cộng, ngăn ngừa mất trật tự hoặc tội phạm¹³; (4) Bảo vệ sức khỏe, đạo đức¹⁴; (5) Bảo vệ quyền, tự do và danh dự của người khác¹⁵; (6) Bảo vệ thông tin mật¹⁶; (7) Duy trì sự uy nghiêm và khách quan của hệ thống tư pháp¹⁷. Quy định tương tự có thể tìm thấy trong Công ước quốc tế về các

¹¹ Điều 8 (2), 10(2) và 11(2) ECHR; xem thêm *Ochensberger v. Austria*, ECommHR App No. 21318/93 (1994); *Kuhnen v. Germany*, ECommHR App No. 12194/86 (1986).

¹² Điều 8(2) ECHR; xem thêm *Gillow v. The U.K.*, ECtHR App No. 9063/80 (1986), đoạn 53-54; *Berrehab v. The Netherlands*, ECtHR App No. 10730/84 (1988), đoạn 25-26; *Hatton and Others v. The U.K.*, ECtHR Grand Chamber App No. 36022/97 (2003), đoạn 121.

¹³ Điều 8(2), 9(2), 10(2) và 11(2) ECHR; xem thêm *X v. Germany*, ECommHR App No. 8355/78; *Murray v. The U.K.*, ECtHR Grand Chamber App No. 14310/88 (1994); *Boughanemi v. France*, ECtHR App No. 22070/93 (1996); *C v. Belgium*, ECtHR App No. 21794/93 (1996); *Bouchelkia v. France*, ECtHR App No. 23078/93 (1997); *Saszmann v. Austria*, ECommHR App No. 23697/94 (1997).

¹⁴ Điều 8(2), 9(2), 10(2) và 11(2) ECHR; xem thêm *X v. The U.K.*, ECommHR App No. 8231/78 (1982); *Laskey, Jaggard and Brown v. The U.K.*, ECtHR App No. 21627/93, 21826/93 và 21794/93 (1997); *Dudgeon v. The U.K.*, ECtHR App No. 7525/76 (1983), đoạn 56-63; *Handyside v. The U.K.*, ECtHR App No. 5493/72 (1976), đoạn 48.

¹⁵ Điều 8(2), 9(2), 10(2) và 11(2) ECHR; xem thêm *Chappell v. The U.K.*, ECtHR 10416/83 (1989); *Kosiek v. Germany*, ECtHR App No. 9704/82 (1986); *Sigurjonsson v. Iceland*, ECtHR App No. 16130/90 (1993); *Casado Coca v. Spain*, ECtHR App No. 15450/89 (1994); *Otto-Preminger Institute v. Austria*, ECtHR App No. (1994), đoạn 47, 49, 56.

¹⁶ Điều 10(2) ECHR; xem thêm *Gaskin v. The U.K.*, ECtHR App No. 10454/83 (1999); *Leander v. Sweden*, ECtHR App No. 9248/81 (1987).

¹⁷ Điều 10(2) ECHR; xem thêm *Sunday Times, tldd; Worm v. Austria*, ECommHR App No. 22714/93 (1995); *Barfod v. Denmark*, ECtHR App No. 11508/85 (1989); *Prager and Oberschlick v. Austria*, ECtHR App No. 15974/90 (1995).

quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR).

Các mục đích này đôi khi không tồn tại độc lập mà có sự liên hệ, phụ thuộc với nhau, chẳng hạn như an ninh quốc gia và toàn vẹn lãnh thổ, hay an toàn và trật tự công cộng.

Nhìn chung, những mục tiêu nêu trên có phạm vi rất rộng, nếu không muốn nói là không thể giới hạn được, vì vậy, yêu cầu chính đáng thường không phải là vấn đề quá lớn khi quốc gia biện hộ cho hành vi can thiệp của mình trước ECtHR.

(iii) Yêu cầu cần thiết

Cuối cùng, hành vi can thiệp đáp ứng được nguyên tắc hợp pháp và yêu cầu chính đáng vẫn chưa chắc phù hợp với tinh thần của các công ước. Nói khác đi, ECtHR sẽ cần phải thực hiện bước cuối cùng trong bài kiểm tra của mình, đó là đánh giá tính cần thiết của sự can thiệp.

Yêu cầu cần thiết trong ECHR không được định nghĩa rõ ràng và có độ mở rất lớn, do đó quốc gia có nhiều cơ hội để tự quyết định. Đây được gọi là học thuyết *phạm vi quyết định (Margin of Appreciation Doctrine - MoA)* được phát triển bởi ECtHR¹⁸. Các án lệ của ECtHR chỉ ra rằng,

¹⁸ Học thuyết *MoA* có nguồn gốc từ việc giám sát tư pháp đối với hoạt động của cơ quan hành pháp, ban đầu chỉ áp dụng tại Điều 15 về tạm đình chỉ quyền. Dần dần, án lệ của ECtHR phát triển, mở rộng học thuyết này và áp dụng đối với toàn bộ các quy định của ECHR. Tuy nhiên, cho tới nay, ECtHR vẫn chưa đưa ra một định nghĩa cụ thể về học thuyết này. Một số học giả cho rằng học thuyết quá rộng, khó dự đoán, thậm chí bí ẩn, do hoàn cảnh các quốc gia khác nhau có thể dẫn tới cách giải thích quy định khác nhau. Xem thêm Alastair Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights* (3rd ed.) (Oxford University Press, 2012), tr. 634; Steven Greer, *tldd*, tr. 15-17; Oskar Holmer, *Decoding the Margin of*

ECHR chỉ là cơ chế hỗ trợ cho hệ thống pháp luật quốc gia trong việc bảo vệ quyền con người¹⁹. Trách nhiệm này trước tiên thuộc về quốc gia bởi công dân có mối liên hệ mật thiết và trực tiếp chịu sự điều chỉnh của pháp luật quốc gia. Tuy nhiên, phạm vi quyết định của quốc gia phải luôn đi kèm với sự giám sát của các cơ quan ở Strasbourg²⁰. ECtHR khẳng định, không làm thay vai trò của quốc gia trong việc bảo đảm các quyền con người ghi nhận trong ECHR, nhưng vẫn có trách nhiệm xem xét lại những quyết định của quốc gia khi có sự xung đột phát sinh.

Học thuyết này có mối quan hệ mật thiết với nguyên tắc tương xứng (*Proportionality*) có vai trò rất quan trọng khi ECtHR giải thích và áp dụng công ước.

Nguyên tắc tương xứng có tầm quan trọng đặc biệt. Thậm chí, khi nhắc tới quyền con người cũng là nhắc đến nguyên tắc này²¹. Bởi trong quá trình vận động phát triển, các quyền con người có khả năng xung đột với các lợi ích khác, để hài hoà thì cơ quan tài phán phải đánh giá theo hướng cân bằng các lợi ích trong một vụ việc cụ thể.

Ngoài ECtHR, các toà án quốc gia ở châu Âu lục địa, Anh, Canada, New Zealand, Israel, Nam Phi và cả Ủy ban

Nhân quyền ICCPR cũng đều tiếp nhận và xét xử dựa trên nguyên tắc này²². Kể cả toà án của Hoa Kỳ, vốn lâu nay từ chối áp dụng nguyên tắc này, cũng phát triển phương pháp đánh giá có tính chất tương tự²³.

Tuy chưa có cách hiểu thống nhất, nhưng nhìn chung có 4 bước để xác định tính tương xứng: (1) Mục tiêu chính đáng của sự can thiệp; (2) Tính phù hợp giữa sự can thiệp và mục tiêu; (3) Tính cần thiết của sự can thiệp; (4) Tính cân bằng giữa lợi ích đạt được và sự can thiệp²⁴.

3. Giới hạn quyền con người trong Hiến pháp năm 2013

Như đã trình bày ở trên, Công ước Nhân quyền châu Âu năm 1950 (ECHR) là điều ước khu vực về quyền con người giữa các quốc gia châu Âu và không có giá trị ràng buộc đối với Việt Nam. Tuy nhiên, sự phát triển lâu đời của văn hoá pháp luật châu Âu về quyền con người nói chung và giới hạn quyền con người nói riêng có thể đem lại nhiều gợi mở hữu ích trên phương diện lập pháp đối với Việt Nam. Phần này của bài viết sẽ nghiên cứu cụ thể hơn về chế định giới hạn quyền con người trong Hiến pháp Việt Nam, có sự liên hệ tới quy định liên quan trong ECHR.

Appreciation Doctrine In Its Use by the European Court of Human Rights (Stockholms University, 2013).

¹⁹ *National Union of Belgian Police v. Belgium*, ECtHR App No. 4464/70 (1975).

²⁰ *Lingens v. Austria, tldđ; Handyside, tldđ*, đoạn 49-50; *Tammer v. Estonia*, ECtHR App No. 41205/98 (2001).

²¹ Grant Huscroft, Bradley Miller, Gregoire Webber (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (Cambridge University Press, 2014), tr. 1.

²² Kai Moller, *The Global Model of Constitutional Rights* (Oxford University Press, 2012); Gregoire Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (Cambridge University Press, 2009).

²³ Paul Yowell, *Proportionality in the United States Constitutional Law*, trong Liora Lazarus, Christopher McCrudden, Nigel Bowles (eds.), *Reasoning Rights: Comparative Judicial Engagement* (Hart Publishing, 2013).

²⁴ Grant Huscroft, *tldđ*, tr. 2-17; xem thêm Bùi Tiến Đạt, *Hiến pháp hoá nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 6 (2015), tr. 8-9.

3.1. Nguyên tắc hợp pháp

Hiến pháp năm 2013 liệt kê một loạt các quyền con người chỉ có thể bị giới hạn bởi quy định của “*luật*”, bao gồm: Điều 19 (quyền sống), Điều 20 (quyền tự do thân thể); Điều 22 (quyền bất khả xâm phạm chỗ ở), Điều 27 (quyền bầu cử, ứng cử), Điều 31 (quyền xét xử công bằng), Điều 54 liên quan tới quyền sử dụng đất đai (quyền tài sản). Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật...*”.

Tuy nhiên, “*luật*” không phải là căn cứ duy nhất giới hạn quyền con người. Quyền con người còn có thể bị giới hạn bởi “*pháp luật*” được quy định tại các Điều 23 (quyền tự do đi lại, cư trú), Điều 25 (quyền tự do ngôn luận, báo chí, hội họp, lập hội, biểu tình), Điều 33 (quyền tự do kinh doanh).

Điều này cho thấy, nhà làm luật có sự phân biệt căn cứ giới hạn quyền con người²⁵. “*Luật*” ở đây được hiểu là văn bản do Quốc hội ban hành theo trình tự quy định. Trong khi đó, “*pháp luật*” được hiểu rộng hơn, không chỉ bao gồm luật, mà còn có cả các văn bản khác chứa đựng quy tắc xử sự có giá trị bắt buộc do chủ thể khác có thẩm quyền ban hành. Nói khác đi, “*pháp luật*” bao gồm cả luật và các văn bản dưới luật²⁶.

Ngoài ra, một số quyền khác không quy định giới hạn cụ thể, ví dụ như khoản 2 Điều 21 (quyền bí mật thông tin cá nhân), Điều 24 (quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo),

Điều 29 (quyền được trưng cầu ý kiến), Điều 35 (quyền làm việc), Điều 36 (quyền kết hôn, ly hôn). Những quyền này không phải quyền tuyệt đối đến mức không thể bị giới hạn. Chẳng hạn, Điều 24 phải được hiểu bao gồm tự do tư tưởng, tôn giáo và tự do thể hiện những niềm tin này. Theo Luật Nhân quyền quốc tế, quyền tự do thể hiện những niềm tin, tôn giáo của cá nhân nếu xung đột với an toàn công cộng, hoặc quyền và lợi ích của người khác đến mức cực đoan thì quốc gia có thể can thiệp để giới hạn²⁷. Hoặc Điều 36 Hiến pháp năm 2013 về quyền kết hôn cũng không phải tuyệt đối, ví dụ như trong trường hợp hôn nhân cận huyết thống.

Tuy nhiên, cách thức xác định giới hạn đối với quyền này là như thế nào? Tác giả cho rằng khoản 2 Điều 14 sẽ được áp dụng đối với những quyền này. Điều 14 có giá trị tương đương, chứ không hàm ý đứng trên các quy định khác trong Hiến pháp. Nhưng Điều 14 sẽ có giá trị bổ sung trong trường hợp các quyền hiến định không đề cập cụ thể tới phạm vi giới hạn. Lập luận này được củng cố nếu nhìn vào vị trí của Điều 14 trong Chương II Hiến pháp năm 2013. Điều luật này được đặt lên đầu tiên tại Chương này, hàm ý tính bao trùm, bổ sung của nó. Nói cách khác, quyền con người không đề cập giới hạn thì sẽ “*chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật...*”.

Tuy nhiên, lập luận này vấp phải hai vấn đề: *Thứ nhất*, những quyền nào chịu sự điều chỉnh của khoản 2 Điều 14? và *Thứ hai*, các mục tiêu được nêu tại khoản 2 Điều 14 có được coi là chính đáng để giới hạn tất cả các quyền?

²⁵ <http://baochinhphu.vn/Tin-noi-bat/Bao-cao-giai-tri-nh-tiep-thu-chinh-ly-Du-thao-sua-doi-Hien-phap-na-m-1992/186981.vgp>, truy cập ngày 20/01/2018.

²⁶ Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

²⁷ Điều 18(2) ICCPR, Điều 9(2) ECHR.

Câu hỏi thứ nhất liên quan trực tiếp tới kỹ thuật lập pháp. Nhìn chung trên thế giới có hai cách thức quy định giới hạn quyền con người, đó là: Cụ thể và/hoặc ngầm định. Các Tu chính án Hiến pháp Hoa Kỳ là một ví dụ của hình thức ngầm định, tức là chỉ ghi nhận quyền, không quy định giới hạn. Tòa án sẽ đảm nhận công việc còn lại khi xét xử, miễn sao từ ngữ sử dụng trong điều luật tạo ra khoảng không đủ rộng cho việc diễn giải. Ngược lại, cách thức quy định cụ thể sẽ nêu từng ngoại lệ áp dụng đối với từng quyền bằng phương pháp liệt kê như trong ECHR và ICCPR.

Điều 18 ECHR quy định việc giới hạn quyền con người *chỉ* được áp dụng vì những mục tiêu đã được quy định cụ thể trong điều luật. Điều này cho thấy, kỹ thuật lập pháp của ECHR là chi tiết hoá. ECHR sử dụng phương pháp liệt kê để vạch ra các ngoại lệ, mục tiêu chính đáng giới hạn quyền con người. Phương pháp này được sử dụng một cách thống nhất trong cả các Nghị định thư bổ sung của ECHR. Đa số các quyền không phải quyền tuyệt đối. Đối với những quyền phức tạp như tự do ngôn luận, tôn giáo... ECHR quy định theo hướng mở cho các cơ quan tài phán và quốc gia. Ngược lại, quyền tuyệt đối, chẳng hạn như quyền không bị tra tấn, quyền không bị bắt làm nô lệ lại rất ngắn gọn. Việc quy định càng cụ thể thì càng tránh được sự khó hiểu, thiếu thống nhất, và tùy tiện.

Dù áp dụng phương thức lập pháp nào thì có thể nhận ra một điều, đó là không tồn tại một khuôn mẫu giới hạn chung áp dụng đối với tất cả các quyền con người. Rõ ràng các quyền con người có đặc tính khác nhau, và vì vậy, căn cứ cũng như mục tiêu chính đáng để giới hạn cũng có thể khác nhau.

Trong khi đó, Hiến pháp Việt Nam năm 2013 đang áp dụng phương pháp rất phức tạp, bao gồm cả quy định chung và ngầm định. Như vậy, trường hợp một điều luật không có quy định giới hạn cụ thể thì quy định chung (khoản 2 Điều 14) có thể được áp dụng. Cách thức quy định như vậy gây ra sự hiểu lầm rằng, Điều 14 có thể áp dụng với cả quyền tuyệt đối (dù chỉ trên lý thuyết). Điều này cho thấy, Chương II của Hiến pháp năm 2013 đang thiếu vắng một triết lý lập pháp xuyên suốt và thống nhất.

Thực tế ở Việt Nam cũng đã nảy sinh một tình huống đáng chú ý. Trong pháp luật hình sự nói chung, tồn tại nguyên tắc người phạm tội sẽ được áp dụng quy định có lợi cho mình nhất²⁸. Đây là quyền không bị áp dụng pháp luật hồi tố của người phạm tội. Luật Nhân quyền quốc tế cũng có quy định tương tự²⁹. Quyền này cũng không thể bị giới hạn hay tạm đình chỉ, kể cả trong trường hợp an ninh quốc gia khẩn cấp³⁰. Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã bãi bỏ một số tội danh, trong đó có *Tội cố ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng*, nhưng theo Nghị quyết số 41/2017/QH14 của Quốc hội hướng dẫn thi

²⁸ Đây là nguyên tắc *nulla poena sine lege*, là một trong những nguyên tắc được công nhận trong xã hội dân chủ. Khoản 3 Điều 7 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định: “*Điều luật xóa bỏ một tội phạm, một hình phạt, một tình tiết tăng nặng, quy định một hình phạt nhẹ hơn, một tình tiết giảm nhẹ mới hoặc mở rộng phạm vi áp dụng án treo, miễn trách nhiệm hình sự, loại trừ trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt, giảm hình phạt, tha tù trước thời hạn có điều kiện, xóa án tích và quy định khác có lợi cho người phạm tội, thì được áp dụng đối với hành vi phạm tội đã thực hiện trước khi điều luật đó có hiệu lực thi hành*”.

²⁹ Điều 15(1) ICCPR.

³⁰ Điều 4(2) ICCPR.

hành Bộ luật Hình sự mới này thì đối với vụ án đang trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử về hành vi nói trên sẽ tiếp tục áp dụng quy định Bộ luật Hình sự năm 1999.

Từ đây dẫn tới hai vấn đề: *Thứ nhất*, nếu khoản 2 Điều 14 áp dụng thì Nghị quyết có khả năng vi hiến bởi đây là không phải luật nhưng vẫn có quy định giới hạn quyền của người phạm tội. *Thứ hai*, tính tuyệt đối của quyền này có thể dẫn tới nguy cơ vi phạm pháp luật quốc tế, cụ thể là ICCPR mà Việt Nam là thành viên.

Ví dụ trên cho thấy, phạm vi áp dụng của Điều 14 rất mù mờ, khó hiểu, lúc thì Điều 14 áp dụng với một quyền, lúc khác thì lại không, dễ dẫn tới tình trạng áp dụng tùy tiện và thiếu thống nhất.

3.2. Mục tiêu chính đáng

Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 liệt kê các mục tiêu được cho là chính đáng để giới hạn quyền con người, bao gồm:

- Quốc phòng, an ninh quốc gia;
- Trật tự, an toàn xã hội;
- Đạo đức xã hội;
- Sức khoẻ cộng đồng.

Khoản 4 Điều 54 Hiến pháp năm 2013 quy định Nhà nước có quyền trưng dụng đất trong trường hợp “*thật cần thiết... trong tình trạng chiến tranh...*”, “*tình trạng chiến tranh*” ở đây cũng có thể được diễn giải liên quan đến lí do quốc phòng, an ninh quốc gia.

Đây là những mục tiêu rộng, phục vụ lợi ích công cộng và cũng thường xuyên xuất hiện trong các văn kiện quốc tế về quyền con người. Vì vậy, không có gì cần bàn cãi về tính chính đáng của những mục tiêu này.

Vấn đề đặt ra là quyền nào có thể bị giới hạn bởi các mục tiêu tại khoản 2 Điều 14?

Có thể lấy hai ví dụ minh họa. *Thứ nhất*, Điều 19 (quyền sống) quy định: “*Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật*”, nhưng không nêu rõ mục tiêu nào phù hợp. Nếu khoản 2 Điều 14 áp dụng để bổ sung thì dẫn tới tình huống (dù chỉ trên lý thuyết) rất nguy hiểm, đó là mục tiêu “*đạo đức xã hội*” hoặc “*sức khoẻ cộng đồng*” có thể là lí do giới hạn quyền sống³¹. *Thứ hai*, Điều 24 (tự do tín ngưỡng, tôn giáo) không có quy định giới hạn quyền. Nếu khoản 2 Điều 14 áp dụng thì quyền tự do tôn giáo có thể bị giới hạn vì lí do quốc phòng, an ninh quốc gia. Trong khi đó, ngoại lệ này không áp dụng với quyền tự do tôn giáo theo ECHR và ICCPR.

Phạm vi giải thích và áp dụng khoản 2 Điều 14 như vậy là quá rộng và mù mờ tạo ra câu hỏi về tính tương thích giữa pháp luật Việt Nam và các cam kết, chuẩn mực quốc tế.

Ngoài những mục tiêu kể trên, tác giả cho rằng một số quy định Hiến pháp năm 2013 cũng liên quan tới mục tiêu để giới hạn quyền con người.

Khoản 4 Điều 15 quy định “*việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm tới lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác*”. Như vậy, hai mục tiêu được nêu bao gồm: (1) Lợi ích quốc gia, dân tộc; (2) Quyền và lợi ích hợp pháp của người khác.

³¹ Hiến pháp năm 2013 quy định quyền sống không thể tước đoạt “*trái luật*” là không phù hợp với pháp luật quốc tế. Bởi pháp luật *per se* cũng có thể tùy tiện. Vì vậy, cần sửa đổi “*trái luật*” thành “*tùy tiện*”. Xem thêm: Nguyễn Tiến Đức, *Quyền sống theo Hiến pháp năm 2013*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 1 (2017), tr. 3-8.

Khoản 3 Điều 32 về quyền sở hữu cũng có ngoại lệ vì mục tiêu lợi ích quốc gia. Ngoài ra, còn có thêm “*tình trạng khẩn cấp, phòng chống thiên tai*”, có thể diễn giải từ lí do quốc phòng, an ninh quốc gia, và trật tự, an toàn xã hội.

Mục tiêu “lợi ích quốc gia, dân tộc” có thể liên hệ gần nhất tới “lợi ích công” quy định tại Điều 1 Nghị định thư bổ sung ECHR thứ nhất về quyền tài sản, và/hoặc “sức khoẻ của nền kinh tế quốc gia” tại Điều 8 ECHR. Mục tiêu này được hiểu chủ yếu ở khía cạnh kinh tế. Tuy nhiên, vẫn còn nhiều thắc mắc liên quan tới lợi ích quốc gia và dân tộc nên được hiểu thế nào cho chính xác? Việc sử dụng dấu phẩy (,) giữa 2 từ này cho thấy nhà làm luật hiểu lợi ích quốc gia không bao hàm lợi ích dân tộc. Tuy nhiên, “dân tộc” ở đây hiểu thế nào? Liệu có hàm ý dân tộc thiểu số hay không? Những câu hỏi này có lẽ cần thêm thời gian và giấy bút của học giả để làm sáng tỏ.

Mục tiêu thứ hai tương ứng với ngoại lệ “bảo vệ quyền, tự do (danh dự) của người khác” quy định tại Điều 8 - 11 ECHR. Việc quy định mục tiêu này hoàn toàn phù hợp với Luật Nhân quyền quốc tế, theo đó, cá nhân thực hiện quyền của mình tới chừng mực không xâm phạm quyền của người khác. Mục tiêu này thậm chí còn có thể liên hệ với ngoại lệ “duy trì sự uy quyền và khách quan của cơ quan tư pháp” trong ECHR liên quan tới sự xung đột giữa quyền tự do báo chí của cá nhân và quyền suy đoán vô tội của bị can, bị cáo khi xét xử³², hoặc hành vi bôi nhọ danh dự của thẩm phán³³.

³² *Sunday Times, tldđ; Worm v. Austria, ECommHR App No. 22714/93 (1995).*

³³ *Barfod v. Denmark, tldđ; Prager and Oberschlick v. Austria, tldđ.*

Tuy nhiên, mối quan hệ của hai mục tiêu trên (khoản 4 Điều 15) với các quyền con người là như thế nào? Cách hành văn của khoản 4 Điều 15 hàm ý rằng, hai mục tiêu này có thể áp dụng để giới hạn tất cả các quyền. Như đã trình bày ở trên, cách tư duy như vậy quá rộng và dễ dẫn tới sự tùy tiện. Ví dụ, lợi ích quốc gia có thể là mục tiêu giới hạn quyền sống. Điều này đặt ra quan ngại về sự không tương thích giữa pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế.

3.3. Yêu cầu cần thiết

Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định việc giới hạn quyền không chỉ tuân thủ “theo quy định của luật”, mà còn chỉ được áp dụng trong “trường hợp cần thiết”. Khoản 3 Điều 32 giới hạn quyền sở hữu trong “trường hợp thật cần thiết”. Quy định như vậy cũng có thể tìm thấy tại khoản 3, 4 Điều 54 liên quan tới quyền sử dụng đất. Có thể hiểu “thật cần thiết” có mức độ cấp bách và khẩn cấp hơn nhiều so với “cần thiết” đơn thuần. Tuy nhiên, không dễ dàng để cắt nghĩa được thuật ngữ này trong pháp luật Việt Nam.

“Tính cần thiết” tạo ra khoảng không lớn cho các cơ quan chức năng khi tiến hành hoạt động trong phạm vi thẩm quyền của mình. Về cơ bản, cơ quan nhà nước có thể tự đánh giá tác động hành vi của mình đối với quyền con người để đưa ra quyết định.

Như đã trình bày ở trên, nguyên tắc tương xứng có tầm quan trọng đặc biệt, khó có thể bỏ qua, bởi nhắc đến quyền con người cũng là chạm tới việc cân bằng, hài hoà các lợi ích liên quan. Nguyên tắc này có ưu điểm là có độ linh hoạt nhất định để điều chỉnh phù hợp với hoàn cảnh đặc thù của mỗi quốc gia. Tuy nhiên, nguyên tắc này chủ yếu áp dụng ở các hệ thống thông luật

(common law) và vẫn còn khá mới mẻ với Việt Nam.

Nhìn chung, điều ước quốc tế, hiến pháp và luật các nước về quyền con người không đề cập trực tiếp tới nguyên tắc, bởi nó được bao hàm trong tính “cần thiết”. Vì vậy, điều này không đặt gánh nặng sửa đổi luật đối với Việt Nam nếu muốn áp dụng.

Mặt khác, nguyên tắc này hàm ý vai trò của cơ quan tư pháp là đặc biệt quan trọng trong việc đánh giá tính cần thiết của sự can thiệp vào quyền con người từ phía cơ quan nhà nước. Đây phải là chốt chặn cuối cùng để xem xét tính phù hợp và tương xứng của sự can thiệp với những mục tiêu theo đuổi. Điều này đặt vấn đề về năng lực, cũng như phạm vi thẩm quyền, khả năng giải thích pháp luật của cơ quan tư pháp.

4. Gợi mở cho Việt Nam

Có thể thấy rằng, quy định giới hạn quyền con người trong Hiến pháp Việt Nam hiện nay vẫn còn tồn tại sự khó hiểu, phức tạp, dễ dẫn tới việc áp dụng không thống nhất. Trên cơ sở đó, bài viết đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam về vấn đề này như sau:

Thứ nhất, kinh nghiệm pháp điển hoá của châu Âu cho thấy việc quy định giới hạn quyền con người cần cụ thể và chi tiết. Quy định càng cụ thể thì càng tránh được sự tùy tiện, ngăn ngừa nguy cơ xâm phạm quyền con người từ chủ thể quyền lực công. Trong trường hợp cơ quan tư pháp hoạt động chưa thực sự hiệu quả thì việc quy định chi tiết sẽ càng tạo ra nền tảng pháp luật vững chắc làm căn cứ cho các chủ thể trong xã hội xác định hành vi sao cho phù hợp.

Tuy nhiên, dù áp dụng kỹ thuật lập pháp liệt kê cụ thể hay ngầm định để giới hạn quyền con người thì việc có một điều luật

chung bao trùm về vấn đề này là không cần thiết. Vì vậy, tác giả khuyến nghị bỏ khoản 2 Điều 14 để tránh gây ra nhầm lẫn trong diễn giải và áp dụng. Các quyền con người sẽ bị giới hạn chi tiết hơn trong luật hoặc pháp luật được ban hành sau đó.

Thứ hai, như vừa đề cập, không tồn tại một khuôn mẫu chung để giới hạn đối với tất cả các quyền con người do tính chất khác nhau giữa các quyền này. Vì vậy, cần nghiên cứu để làm rõ bản chất của các quyền con người, từ đó, mới có thể xác định giới hạn của từng quyền, đi kèm với đó là những mục tiêu chính đáng.

Cuối cùng, việc tiếp nhận và áp dụng nguyên tắc tương xứng diễn ra chủ yếu ở các nước theo thông luật, nơi mà toà án có tiếng nói rất mạnh mẽ. Một số quan điểm cho rằng, Việt Nam cần thiết lập cơ chế tài phán hiến pháp thì mới có thể áp dụng nguyên tắc này hiệu quả: “*Không thể có một văn bản nào đó, dù chi tiết đến đâu, có thể giải thích mọi khía cạnh của nguyên tắc giới hạn quyền vốn rất trừu tượng, để áp dụng cho mọi trường hợp. Do đó, cần phải có một cơ quan chuyên giải quyết các vụ việc về hạn chế quyền. Phán quyết của cơ quan tài phán hiến pháp trong mỗi vụ việc cũng chính là sự giải thích Hiến pháp*”³⁴.

Vì vậy, cần nghiên cứu thêm về vai trò của cơ quan tư pháp tại các quốc gia theo hệ thống dân luật (civil law) trong việc giải thích pháp luật cũng như yêu cầu để giới hạn quyền con người, đặc biệt là yêu cầu “cần thiết”. Đây nhất định phải là chốt chặn cuối cùng để bảo vệ quyền con người không bị xâm phạm một cách tùy tiện từ phía Nhà nước.

³⁴ Bùi Tiến Đạt (2015), *lđđ*, tr. 11.

VẤN ĐỀ DẪN CHIẾU NGƯỢC VÀ DẪN CHIẾU TỚI PHÁP LUẬT NƯỚC THỨ BA TRONG TƯ PHÁP QUỐC TẾ

Lý Văn Anh*

Tóm tắt: Một trong những thành tựu của Bộ luật Dân sự năm 2015 về tư pháp quốc tế là quy định rõ dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba. Tuy nhiên, hiện tượng dẫn chiếu này liệu có phù hợp với nguyên tắc áp dụng luật có “mối liên hệ gần bó”? Bài viết sẽ phân tích quy định Điều 668 Bộ luật Dân sự năm 2015 và đề xuất sửa đổi.

Abstract: One of the advantages of the Civil Code of 2015 on private international law is regulation on revoi. However, the question is whether the renvoi is compatible with the principle of applying law of a country having the most significant relationship. This paper analyses Article 668 of the Civil Code of 2015 and makes relevant recommendations.

Dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của một nước thứ ba (dưới đây gọi chung là “dẫn chiếu”) là một hiện tượng của tư pháp quốc tế (TPQT); theo đó, khi quy phạm xung đột của một nước dẫn chiếu tới việc áp dụng pháp luật của một nước khác bao gồm quy phạm xung đột có thể dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật ban đầu hoặc dẫn chiếu tới pháp luật của một nước thứ ba. TPQT các nước có quy định không giống nhau về vấn đề này. Pháp luật một số nước loại trừ hoàn toàn khả năng dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của một nước thứ ba (chẳng hạn như Bỉ¹, Trung Quốc², tỉnh Québec³ thuộc

Canada), một số nước chấp nhận dẫn chiếu (theo các cách khác nhau) như Pháp⁴, Thụy Sĩ⁵, Hàn Quốc⁶, Italia⁷...

<http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=8423>, truy cập ngày 28/02/2018.

³ Điều 3080 Bộ luật Dân sự được thông qua năm 1991 và có hiệu lực từ năm 1994, *Civil Code of Quebec*, cơ sở dữ liệu luật của Chính phủ Quebec, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991>, truy cập ngày 28/02/2018.

⁴ Nước Pháp không có luật riêng về TPQT, một số quy định điều chỉnh quan hệ có YTNN nằm rải rác trong các luật khác nhau. Các giải pháp về TPQT được phát triển chủ yếu qua thực tiễn xét xử. Nghiên cứu án lệ Pháp (bản án của Tòa tối cao – *Cour de cassation*) cho thấy các tòa án Pháp chấp nhận dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba. Có thể kể ra đây một số án lệ điển hình liên quan như *Forgo* (Civ 24 juin 1878, GA n°7-8) (chấp nhận dẫn chiếu ngược), *De Marchi* (Civ 7 mars 1938, RCritDIP 1938 p. 472, GA n°16) (dẫn chiếu tới pháp luật nước thứ ba).

⁵ Điều 14 Luật Tư pháp quốc tế Liên bang năm 2017, *Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 in effect as from 1st January 2017*, bản dịch tiếng Anh của giáo sư Andreas Bucher, Đại học Geneva, in trong cuốn *Loi sur le droit international privé, Convention de Lugano*, cùng tác giả, Tuyển tập *Commentaire romand*, Nxb. Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2011.

* ThS. NCS., Khoa Luật Quốc tế, Học viện Ngoại giao.

¹ Điều 16 Bộ luật Tư pháp quốc tế ban hành năm 2004, *Law of 16 July 2004 holding the Code of Private International Law*, Công thông tin tư pháp của chính phủ Bỉ, www.ejustice.just.fgov.be/, truy cập ngày 28/02/2018.

² Điều 9 Luật về luật áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài năm 2010, *Law of The People's Republic of China on the Laws Applicable to Foreign-related Civil Relations*, công thông tin điện tử của Tổ chức sở hữu trí tuệ thế giới,

1. Nguyên nhân dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba

Sự khác biệt trong TPQT các nước về dẫn chiếu xuất phát từ cách giải thích về phạm vi pháp luật nước ngoài mà quy phạm xung đột (QPXD) dẫn chiếu tới. Nếu phạm vi pháp luật nước ngoài được QPXD dẫn chiếu không bao gồm các quy phạm xung đột của nước ngoài thì sẽ không có hiện tượng dẫn chiếu. Chẳng hạn, Điều 3080 Bộ luật Dân sự (BLDS) Québec quy định: “Khi pháp luật nước ngoài được áp dụng theo quy định của [Bộ luật] này, pháp luật đó bao gồm các quy định nội luật, không bao gồm các quy phạm xung đột”⁸. Tương tự như vậy, Điều 16 Bộ luật TPQT Bỉ quy định: “Pháp luật của một nước được hiểu là các quy phạm pháp luật của nước đó, không bao gồm các quy định về tư pháp quốc tế, trừ trường hợp luật này có quy định khác”⁹ và

Điều 9 Luật về pháp luật áp dụng cho quan hệ dân sự (QHDS) có yếu tố nước ngoài (YTNN) năm 2010 của Trung Quốc quy định: “Pháp luật nước ngoài áp dụng cho quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài không bao gồm các quy phạm xung đột của nước đó”¹⁰. Một số nước, như Pháp, không có luật riêng về TPQT và cũng không có quy định nào rõ ràng về vấn đề dẫn chiếu ngược hay dẫn chiếu đến một nước thứ ba nên vấn đề này thể hiện rõ qua thực tiễn xét xử của tòa án.

Khác với quan điểm: Vấn đề dẫn chiếu là do “pháp luật nước ngoài, đã được chỉ định bởi quy phạm xung đột của pháp luật tòa án để chi phối một quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài, *khước từ quyền chi phối quan hệ này* và dẫn ngược trở lại pháp luật tòa án hay pháp luật nước thứ ba”¹¹, tác giả cho rằng, vấn đề dẫn chiếu hoàn toàn không do pháp luật nước ngoài quyết định, mà do cách giải thích và áp dụng của nước nơi có tòa án. Nói cách khác, tùy vào quy định TPQT của mỗi nước, phạm vi của pháp luật nước ngoài sẽ được hiểu khác nhau và dẫn tới việc có chấp nhận hiện tượng dẫn chiếu hay không¹².

⁶ Điều 14 Luật điều chỉnh quan hệ có yếu tố nước ngoài năm 2001, *Conflict of Laws Act, as amended by Law n° 6465*, ban hành ngày 7/4/2001, có hiệu lực từ ngày 1/7/2001, bản dịch tiếng Anh của Giáo sư Kwang Hyun Suk, Đại học Hanyang, in trong bài viết “New Conflict of Laws Act of the Republic of Korea”, cùng tác giả, tạp chí *Journal of Korean Law*, Vol.1, No.2, 2001.

⁷ Điều 13 Luật về cải cách hệ thống tư pháp quốc tế năm 1995, *Law No. 218 of 31 May 1995 on the Reform of the Italian System of Private International Law*, bản dịch tiếng Anh trên cổng thông tin điện tử Đại học Ferrara (Italia), <http://www.unife.it/giurisprudenza/giurisprudenza/studiare/private-international-law/materiale-didattico/archivio/italian-statute-on-private-international-law-of-31-may-1995-no-218-as-originally-adopted-unofficial-english-translation>, truy cập ngày 28/02/2018.

⁸ (Nguyên văn tiếng Anh) “Where, under the provisions of this Book, the law of a foreign State applies, the law in question is the internal law of that State, but not its rules governing conflict of laws”.

⁹ (Nguyên văn tiếng Anh) “[...] the reference to the law of a State is to the legal rules of that State with

the exclusion of its rules of private international law”.

¹⁰ (Nguyên văn tiếng Anh) “The foreign law applicable to a foreign-related civil relation does not include the conflict rules of that country.”

¹¹ Đỗ Văn Đại, “*Tư pháp quốc tế Việt Nam và vấn đề dẫn chiếu trong lĩnh vực hợp đồng*”, Tạp chí Khoa học pháp lý số 4/2003.

¹² Chẳng hạn, có nước chỉ chấp nhận dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật nước mình, có nước chấp nhận dẫn chiếu hoàn toàn, kể cả dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba.

2. Ưu và nhược điểm của dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba

Vấn đề dẫn chiếu trong TPQT luôn nhận được các quan điểm trái chiều. Những người ủng hộ việc dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba đưa ra lập luận cho rằng, cần phải tôn trọng sự toàn vẹn của pháp luật nước ngoài được QPXĐ dẫn chiếu tới, bởi việc loại trừ các quy định về TPQT khỏi hệ thống pháp luật của nước được dẫn chiếu và chỉ chấp nhận các quy phạm nội luật là bóp méo phạm vi của pháp luật nước này. Ngược lại, những người phản đối việc dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba cho rằng, việc dẫn chiếu này dẫn tới vòng luẩn quẩn và sự khó lường trong điều chỉnh các quan hệ dân sự quốc tế.

Đối với những quan điểm ủng hộ, việc cho phép dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba không chỉ là biểu hiện của việc tôn trọng pháp luật nước ngoài, mà còn vì những lợi ích nhất định mà việc dẫn chiếu đem lại. Chẳng hạn, việc dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật của nước nơi có tòa án sẽ tạo thuận lợi cho hoạt động xét xử của tòa án. Trong một số trường hợp, việc dẫn chiếu sẽ đảm bảo đem lại giải pháp tốt nhất cho tranh chấp dân sự có YTNN, nhất là khi pháp luật của nước được dẫn chiếu đầu tiên không có quy phạm điều chỉnh hoặc không đưa ra được giải pháp phù hợp cho các đương sự. Ngoài ra, việc loại trừ dẫn chiếu có thể dẫn tới bóp méo nội dung pháp luật nước ngoài.

Ngược lại, những người phản đối việc dẫn chiếu cho rằng, khi xây dựng QPXĐ, nhà làm luật đã có chủ đích hướng tới luật áp dụng. Việc dẫn chiếu sẽ dẫn tới vòng luẩn quẩn mà các học giả ví như một ván

bóng bàn. Những nước lựa chọn loại trừ hoàn toàn việc dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới nước thứ ba lập luận rằng điều này nhằm đảm bảo tính dự đoán trước của luật: Người dân sẽ biết chắc chắn các quy định pháp luật nào được áp dụng để điều chỉnh QHDS có YTNN của họ¹³. Việc dẫn chiếu, ngược lại, sẽ làm tăng tính khó dự đoán bởi chúng ta không thể biết cuối cùng pháp luật nào được áp dụng để điều chỉnh. Ngoài ra, việc dẫn chiếu có thể đi ngược với logic thông thường của QPXĐ: Không tôn trọng QPXĐ của nước nơi có tòa án.

3. Dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba theo pháp luật Việt Nam

BLDS năm 2015 đã có một cải tiến đáng kể so với BLDS năm 2005 về vấn đề dẫn chiếu bằng những quy định rõ ràng và dứt khoát hơn.

Trước đây, khoản 3 Điều 759 BLDS năm 2005 đã dẫn tới nhiều tranh luận khác nhau: “[...] Trường hợp pháp luật nước đó (pháp luật nước ngoài) dẫn chiếu trở lại pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thì áp dụng pháp luật Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”.

Việc dẫn chiếu ngược được BLDS năm 2005 cho phép. Tuy nhiên, một số câu hỏi được đặt ra: Liệu có được phép dẫn chiếu tới pháp luật của một nước thứ ba? và việc dẫn chiếu ngược có áp dụng đối với trường hợp luật do các bên trong hợp đồng lựa chọn?

Câu hỏi thứ nhất làm nảy sinh 2 luồng quan điểm khác biệt: (1) Không chấp nhận dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba, và (2) Quy định cho phép dẫn chiếu ngược hàm ý cho phép cả dẫn chiếu đến pháp luật

¹³ Bộ luật Dân sự Québec, Bình luận của Bộ trưởng Tư pháp, Montréal, Nxb. DAFCO, 1993, tr. 1021.

của nước thứ ba¹⁴. Đối với câu hỏi thứ hai, có ý kiến cho rằng khó có thể có được câu trả lời dứt khoát do quy định về dẫn chiếu không rõ ràng nhưng cũng không phủ nhận dẫn chiếu trong lĩnh vực hợp đồng¹⁵.

Tất cả những vướng mắc này đều đã được giải quyết trong Điều 668 BLDS năm 2015 bao gồm 4 khoản quy định rõ ràng về việc cho phép dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba và các giới hạn của việc dẫn chiếu này:

“1. Pháp luật được dẫn chiếu đến bao gồm quy định về xác định pháp luật áp dụng và quy định về quyền, nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ dân sự, trừ trường hợp quy định tại khoản 4 Điều này.

2. Trường hợp dẫn chiếu đến pháp luật Việt Nam thì quy định của pháp luật Việt Nam về quyền, nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ dân sự được áp dụng.

3. Trường hợp dẫn chiếu đến pháp luật của nước thứ ba thì quy định của pháp luật nước thứ ba về quyền, nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ dân sự được áp dụng.

4. Trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 664 của Bộ luật này thì pháp luật mà các bên lựa chọn là quy định về quyền, nghĩa vụ của các bên tham gia quan hệ dân sự, không bao gồm quy định về xác định pháp luật áp dụng”.

Theo đó, khoản 1 cho phép việc dẫn chiếu một cách rõ ràng khi quy định phạm vi của pháp luật được dẫn chiếu bao gồm cả

các quy định về chọn luật áp dụng của nước đó. Như vậy, thẩm phán, khi xem xét pháp luật nước ngoài được dẫn chiếu tới, cần xem xét cả các QPXD nước ngoài. Tuy nhiên, việc dẫn chiếu được cho phép tại khoản 1 không phải vô hạn. Các khoản 2 đến 4 nêu ra các giới hạn trong từng trường hợp cụ thể. Trong đó, khoản 2 nêu rõ hai trường hợp: (1) Nếu QPXD của Việt Nam dẫn chiếu tới pháp luật Việt Nam; (2) Nếu QPXD của Việt Nam dẫn chiếu tới pháp luật nước ngoài, nhưng QPXD nước ngoài dẫn chiếu trở lại pháp luật Việt Nam, thì các quy định điều chỉnh thực chất của Việt Nam sẽ được áp dụng¹⁶. Khoản 3 quy định việc dẫn chiếu sẽ dừng lại ở pháp luật của một nước thứ ba chứ không tiếp tục cho phép dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ tư, thứ năm. Quy định này đảm bảo hạn chế tối đa tính chất không dự đoán trước được của cơ chế dẫn chiếu nhiều cấp độ. Đặc biệt, khoản 4 quy định rõ việc dẫn chiếu sẽ không áp dụng đối với luật do các bên lựa chọn trong hợp đồng. Quy định này phù hợp với thực tiễn chung, đảm bảo không làm đảo lộn dự tính của các bên trong hợp đồng¹⁷.

Như vậy, nhìn về tổng thể, ưu điểm của Điều 668 BLDS năm 2015 quy định rõ ràng hơn về vấn đề dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba. Tuy nhiên, quy định này cũng đặt ra một số vấn đề cần quan tâm sau đây:

Trước hết, xin được khẳng định xu hướng chung của các nước trên thế giới hiện

¹⁴ Xem Nguyễn Trung Tín, *Mấy ý kiến về phần QHDS có YTNN trong Bộ luật Dân sự năm 2005*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 23(254), năm 2013; Nguyễn Bá Bình, *Quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài – một số vấn đề về áp dụng pháp luật theo quy định tại phần 7 Bộ luật Dân sự năm 2005*, Tạp chí Luật học, số 10 năm 2006.

¹⁵ Đỗ Văn Đại, *tlđđ* tại chú thích số 11.

¹⁶ Như vậy, khoản 2 cũng hàm ý rằng đối với trường hợp pháp luật Việt Nam là luật được dẫn chiếu thì sẽ không áp dụng dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba. Quy định này có giá trị trong trường hợp sử dụng nhiều hệ thuộc và pháp luật Việt Nam là một trong các pháp luật được dẫn chiếu tới.

¹⁷ Đỗ Văn Đại, *tlđđ* tại chú thích số 11.

nay không phải là chấp nhận hoàn toàn việc dẫn chiếu, mà chỉ chấp nhận có lựa chọn. Lí do là vì việc cho phép dẫn chiếu, ngoài tính khó dự đoán, còn có thể mâu thuẫn với nguyên tắc “mối liên hệ gắn bó” trong xác định luật áp dụng. BLDS năm 2015 đã lựa chọn áp dụng nguyên tắc này như một nguyên tắc chủ đạo trong giải quyết xung đột pháp luật¹⁸. Khi QPXD được xây dựng trên nguyên tắc “luật có mối quan hệ gắn bó”, thì luật do QPXD chỉ định được hiểu là luật có mối liên hệ gắn bó nhất mà nhà làm luật muốn hướng tới. Các pháp luật khác được coi là có ít hoặc không có mối liên hệ gắn bó với quan hệ pháp luật có YTNN. Trong khi kết quả của việc dẫn chiếu là áp dụng pháp luật của một nước mà QPXD ban đầu không hướng tới. Ví dụ, QPXD Việt Nam dẫn chiếu tới pháp luật của nước A, nhưng QPXD của nước A lại dẫn chiếu tới pháp luật của nước B. Theo nguyên tắc dẫn chiếu tại Điều 668 BLDS năm 2015, tòa án Việt Nam sẽ áp dụng luật của nước B để giải quyết tranh chấp có YTNN, chứ không phải pháp luật của nước A mà QPXD Việt Nam đã lựa chọn.

Từ lập luận này, một câu hỏi thực tế được đặt ra là liệu trong quá trình tố tụng, các bên có được quyền viện dẫn khoản 3 Điều 664 công nhận nguyên tắc luật có mối liên hệ gắn bó nhất để phản đối việc áp

dụng dẫn chiếu được quy định tại Điều 668, với lý do pháp luật được áp dụng do hiện tượng dẫn chiếu không phải là luật có mối liên hệ gắn bó nhất? Nói cách khác, nhà làm luật cần thiết lập thứ tự áp dụng ưu tiên giữa hai điều khoản, vì hiện nay, cả hai điều khoản đều nằm trong phần các quy định chung và có giá trị ngang nhau.

Hiện tượng dẫn chiếu cũng dẫn đến một hệ quả không mong muốn khác. Đó là trường hợp dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba, nhưng nội dung pháp luật nước thứ ba đó không xác định được, trong khi nội dung pháp luật của nước mà QPXD chỉ định (nếu không áp dụng việc dẫn chiếu) vẫn xác định được bình thường. Khi đó, tòa án Việt Nam sẽ áp dụng pháp luật Việt Nam, căn cứ theo Điều 670¹⁹, hay sẽ quay trở lại áp dụng pháp luật của nước được dẫn chiếu đầu tiên? Đây là một minh họa rõ ràng cho tính khó dự đoán của việc dẫn chiếu: Dẫn chiếu tới pháp luật của một nước thứ ba nhưng cuối cùng pháp luật Việt Nam lại được áp dụng.

Tóm lại, tác giả cho rằng, việc quy định dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba như một nghĩa vụ chứ không phải một khả năng mà tòa án có thể lựa chọn đặt ra nhiều bất cập hơn là lợi ích mà nó đem lại. Tác giả nhấn mạnh tới nguy cơ mâu thuẫn với nguyên tắc chủ đạo “luật

¹⁸ Khoản 3 Điều 664 quy định: “Trường hợp không xác định được pháp luật áp dụng theo quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này thì pháp luật áp dụng là pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài đó”. Khoản 1 Điều 683 quy định: “Các bên trong quan hệ hợp đồng được thỏa thuận lựa chọn pháp luật áp dụng đối với hợp đồng, trừ trường hợp quy định tại các khoản 4, 5 và 6 Điều này. Trường hợp các bên không có thỏa thuận về pháp luật áp dụng thì pháp luật của nước có mối liên hệ gắn bó nhất với hợp đồng đó được áp dụng”.

¹⁹ **Điều 670. Trường hợp không áp dụng pháp luật nước ngoài**

1. Pháp luật nước ngoài được dẫn chiếu đến không được áp dụng trong trường hợp sau đây:

a) Hậu quả của việc áp dụng pháp luật nước ngoài trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam;
b) Nội dung của pháp luật nước ngoài không xác định được mặc dù đã áp dụng các biện pháp cần thiết theo quy định của pháp luật tố tụng.
2. Trường hợp pháp luật nước ngoài không được áp dụng theo quy định tại khoản 1 Điều này thì pháp luật Việt Nam được áp dụng.

có mối liên hệ gắn bó nhất” và tính chất khó dự đoán mà hiện tượng này gây ra trong TPQT.

4. Đề xuất cho phép dẫn chiếu có lựa chọn trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm của một số nước

Tìm hiểu kinh nghiệm của nhiều nước cho thấy, đa số các nước chỉ cho phép dẫn chiếu có lựa chọn. Điều này cho phép tận dụng được những lợi ích mà việc dẫn chiếu đem lại, đồng thời hạn chế những nhược điểm không kiểm soát được của việc dẫn chiếu nhiều cấp độ.

Luật TPQT Liên bang Thụy Sĩ, ban hành năm 1987 và được sửa đổi lần gần đây nhất vào năm 2016 (có hiệu lực từ tháng 01/2017), đã được nhiều nước tham khảo để xây dựng luật TPQT của mình. Điều 14 Luật Thụy Sĩ quy định về dẫn chiếu như sau:

“1. Khi luật áp dụng dẫn chiếu ngược trở lại Luật Thụy Sĩ hoặc dẫn chiếu tới luật nước ngoài khác, việc dẫn chiếu này chỉ có hiệu lực khi Luật này cho phép.

2. Việc dẫn chiếu ngược trở lại Luật Thụy Sĩ được phép đối với các quan hệ về nhân thân và gia đình”²⁰.

Có thể thấy, mặc dù chấp nhận hiện tượng dẫn chiếu nhưng Luật Thụy Sĩ không áp dụng một cách tự động mà chỉ trong những trường hợp “Luật này cho phép”. Có 2 trường hợp việc dẫn chiếu được Luật TPQT Thụy Sĩ cho phép rõ ràng là vấn đề xác định luật áp dụng để điều chỉnh tên và vấn đề thừa kế đối với người cư trú ở nước ngoài:

²⁰ (Nguyên văn tiếng Anh)

1 When the applicable law refers back to Swiss law or to another foreign law, such renvoi shall be taken into account only if this Act so provides.

2 In matter of personal or family status, a renvoi from the foreign law to Swiss law is accepted.

- Khoản 1 Điều 37 quy định: “Tên của người cư trú tại Thụy Sĩ sẽ do luật Thụy Sĩ điều chỉnh. Tên của người cư trú ở nước ngoài sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của nước mà quy phạm TPQT của nước nơi người đó cư trú dẫn chiếu tới”²¹. Như vậy, theo điều khoản này, đối với người cư trú ở nước ngoài thì thẩm phán Thụy Sĩ sẽ áp dụng quy phạm xung đột của nước đó để xác định luật áp dụng để điều chỉnh vấn đề tên gọi của người đó.

- Tương tự như vậy, khoản 1 Điều 91 quy định: “Di sản thừa kế của người có nơi cư trú cuối cùng tại nước ngoài sẽ được điều chỉnh bởi pháp luật của nước mà quy phạm TPQT của nước nơi người đó cư trú dẫn chiếu tới”²².

Ngoài ra, việc dẫn chiếu còn được cho phép một cách gián tiếp tại khoản 3 Điều 119 về luật áp dụng đối với hình thức của hợp đồng như sau: “Hình thức của hợp đồng được điều chỉnh bởi pháp luật của nước nơi có bất động sản, trừ phi pháp luật nước đó cho phép áp dụng pháp luật của một khác”²³.

Sự lựa chọn này của Thụy Sĩ được giải thích trong bản giải trình của Chính phủ về xây dựng Luật TPQT trình Nghị viện năm

²¹ (Nguyên văn tiếng Anh) *The name of a person domiciled in Switzerland is governed by Swiss law. The name of a person domiciled outside Switzerland is governed by the law referred to by the rules of private international law of the state where such person is domiciled.*

²² (Nguyên văn tiếng Anh) *The inheritance estate of a person who had his or her last domicile in a foreign country is governed by the law referred to by the private international law rules of the state in which the deceased was domiciled.*

²³ (Nguyên văn tiếng Anh) *However, the validity of the contract as to form is governed by the law of the state in which the real property is located, unless such state allows the application of another law.*

1982²⁴. Cơ quan soạn thảo cho rằng, trước các quan điểm đồng tình và phản đối việc dẫn chiếu ngang bằng nhau, giải pháp thực dụng đã được lựa chọn, theo đó sự cần thiết của việc dẫn chiếu được nghiên cứu trong từng lĩnh vực và giải pháp phù hợp cho từng lĩnh vực được đề xuất. Cơ quan soạn thảo cho rằng, nhìn chung việc dẫn chiếu là không cần thiết, đặc biệt trong lĩnh vực hợp đồng khi các bên đã lựa chọn luật áp dụng, và những lĩnh vực cần có giải pháp xung đột ổn định để đảm bảo sự an toàn cho các quan hệ pháp lý như quan hệ tài sản và quan hệ nhân thân hay hiệu lực về hình thức thì nên cho phép dẫn chiếu để đảm bảo tìm kiếm được pháp luật có mối liên hệ gắn bó nhất với đương sự. Ngoài ra, trong con mắt của những người làm công tác thực tiễn, chẳng hạn như đoàn luật sư, việc cho phép dẫn chiếu có thể góp phần đẩy nhanh tiến độ giải quyết các vụ việc có YTNN và tiết kiệm chi phí²⁵.

Luật Italia cũng cho phép dẫn chiếu nhưng theo một phương pháp khác, đó là đưa ra quy định cho phép chung và một quy định về các trường hợp không cho phép dẫn chiếu. Điều 13 Luật về cải cách hệ thống luật TPQT năm 1995 bao gồm 4 khoản quy định rất chi tiết về dẫn chiếu như sau:

“1. Trong trường hợp luật này dẫn chiếu tới pháp luật nước ngoài, việc dẫn chiếu có

thể được chấp nhận theo các quy định TPQT của nước đó nếu:

a) Luật nước đó cho phép dẫn chiếu.

b) Luật nước đó dẫn chiếu ngược trở lại luật Italia.

2. Đoạn 1 sẽ không áp dụng cho các trường hợp sau:

a) Luật áp dụng là luật do các bên lựa chọn theo quy định của luật này.

b) Liên quan đến hình thức của hành vi pháp lý.

c) Liên quan tới các quy định tại chương XI [về cho, tặng].

3. Trong các trường hợp được quy định tại Điều 33, 34 và 35 [liên quan tới việc xác lập quan hệ cha mẹ-con], việc dẫn chiếu chỉ được phép nếu luật được dẫn chiếu cho phép xác lập quan hệ cha, mẹ - con.

4. Nếu điều ước quốc tế được áp dụng, việc dẫn chiếu vẫn được phép nếu điều ước có quy định”²⁶.

(Xem tiếp trang 84)

²⁶ (Nguyễn Văn Tiếng Anh)

Article 13

(Renvoi)

1. Whenever reference is made to a foreign law in the following articles, account shall be taken of the renvoi made by foreign private international law to the law in force in another State if:

a) renvoi is accepted under the law of that State.

b) renvoi is made to Italian law.

2. Paragraph 1 shall not apply:

a) to those cases in which the provisions of this law make the foreign law applicable according to the choice of law made by the parties concerned;

b) with respect to the statutory form of acts;

c) as related to the provisions of Chapter XI of this Title.

3. In the cases referred to in Articles 33, 34 and 35, account shall be taken of the renvoi only if the latter refers to a law allowing filiation to be established.

4. Where this law makes an international convention applicable in any event, the solution adopted in the convention in matters of renvoi shall always apply.

²⁴ Conseil fédéral suisse, *Message concernant une Loi fédérale sur le droit international privé* (Giải trình của Hội đồng Liên bang Thụy Sĩ về Luật tư pháp quốc tế Liên bang), số 82.072, ngày 10/11/1982, tr. 299-300.

²⁵ Tlđđ, tr. 271. Tác giả cho rằng, các luật sư muốn nói tới những lợi ích mà việc dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật Thụy Sĩ đem lại, bởi vì áp dụng pháp luật nước ngoài đương nhiên sẽ mất thêm thời gian và chi phí để tìm hiểu và viện dẫn pháp luật nước ngoài.

PHÁN QUYẾT CỦA TÒA CÔNG LÝ CHÂU ÂU VỀ DỊCH VỤ UBER: LIÊN HỆ VỚI VIỆT NAM

*Dư Ngọc Bích**

Tóm tắt: Ngày 20/12/2017, trên cơ sở yêu cầu của Tòa án thành phố Barcelona, Tây Ban Nha về giải thích bản chất của dịch vụ kết nối vận chuyển hành khách của Uber, Tòa Công lý châu Âu (ECJ) đã ra phán quyết giải thích đó là dịch vụ vận tải (hay chính xác hơn là dịch vụ vốn gắn liền với dịch vụ vận tải). Bài viết tóm tắt nội dung vụ việc, phân tích những lập luận của ECJ về bản chất của loại dịch vụ này của Uber, từ đó liên hệ với thực tiễn Việt Nam.

Abstract: On 20 December 2017, the Court of Justice of the European Union, basing on the request for a preliminary ruling by a commercial court of Barcelona, rendered a judgment interpreting that Uber's intermediation service would be classified as service in the field of transport (or services that are inherently linked to service in the field of transport). This paper summarizes this case and analyses the reasoning of the ECJ on the nature of the Uber service. It then compares with the reality in Vietnam.

1. Nội dung tranh chấp

Ngày 29/10/2014, Elite, một hiệp hội taxi ở Barcelona (Tây Ban Nha) gửi đơn kiện đến Tòa Thương mại số 3, Barcelona, Tây Ban Nha (gọi tắt là Tòa Thương mại số 3) yêu cầu tuyên bố các hoạt động của hệ thống Uber Tây Ban Nha (Uber Systems Spain - một công ty có liên quan đến Uber Technologies Inc.¹) vi phạm quy định pháp luật tại đây, lừa dối và cạnh tranh không công bằng theo Luật số 3/1991 về cạnh tranh không công bằng (Ley 3/1991 de Competencia Desleal (10/01/1991))². Elite cũng yêu cầu rằng, Uber Systems Spain phải ngừng những hoạt động không công

bằng bao gồm hỗ trợ các công ty khác trong nhóm cung cấp dịch vụ đặt chỗ thông qua các thiết bị di động và internet, đồng thời yêu cầu tòa án cấm Uber Systems Spain tham gia vào những hoạt động tương tự như vậy trong tương lai³.

Tòa Thương mại số 3 cho rằng, mặc dù Uber Systems Spain thực hiện hoạt động tại Tây Ban Nha, nhưng hoạt động đó lại được kết nối tới một hạ tầng kỹ thuật quốc tế, được cung cấp thông qua một công ty hoạt động tại một nước khác là Hà Lan, vì vậy hoạt động của công ty này thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật Liên minh châu Âu (EU). Cả Uber Systems Spain và những người lái xe được kết nối phần mềm của Uber đều không có giấy phép và sự cho phép của cơ quan có thẩm quyền theo quy định về dịch vụ taxi trong phạm vi đô thị của Barcelona⁴.

* TS., Khoa Luật, Trường đại học Mở Tp. Hồ Chí Minh.

¹ <https://www.uber.com/en-ES/>, truy cập ngày 7/1/2018.

² Xem: Đoạn 13, Phán quyết của Tòa Công lý châu Âu ban hành ngày 20/12/2017: Case C-434/15 *Asociacion Profesional Elite Taxi v. Uber Systems Spain SL* - Phán quyết của ECJ, tại: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-434/15>, truy cập ngày 7/1/2018.

³ Xem: Đoạn 13 Phán quyết của ECJ.

⁴ Xem: Đoạn 14, 31 Phán quyết của ECJ.

Để xác định liệu hoạt động của Uber Systems Spain và những công ty liên quan (gọi chung là Uber) có phải là hoạt động không công bằng và vi phạm Luật Cảnh tranh của Tây Ban Nha, Tòa Thương mại số 3 cho rằng, cần phải xác định xem Uber có cần phải được sự cho phép trước khi tiến hành hoạt động. Vì thế, cần phải xác định dịch vụ cung cấp bởi Uber được xem là dịch vụ vận chuyển (transport service), dịch vụ thông tin xã hội (information society service), hay là một dạng kết hợp các hai loại trên. Theo Tòa Thương mại số 3, việc Uber có cần phải được sự cho phép trước khi hoạt động hay không phụ thuộc vào việc phân loại nêu trên. Cụ thể là, nếu dịch vụ đó thuộc phạm vi điều chỉnh của Chỉ thị 2006/123/EC về dịch vụ trong thị trường chung (Chỉ thị 2006/123/EC) hoặc Chỉ thị 98/34/EC về xây dựng thủ tục cho việc cung cấp thông tin trong lĩnh vực tiêu chuẩn kỹ thuật và các quy định về dịch vụ thông tin xã hội (Chỉ thị 98/34/EC) thì hoạt động của Uber không thể xem là không công bằng⁵.

Tòa Thương mại số 3 đã đệ trình đến ECJ nhờ giải thích bốn vấn đề, hai trong bốn vấn đề đó như sau⁶:

(1) Điều 2(2)(d) Chỉ thị 2006/123/EC loại trừ hoạt động vận chuyển ra khỏi phạm vi áp dụng của nó, vậy hoạt động được thực hiện với mục đích thu phí của Uber bao gồm thực hiện vai trò trung gian để kết nối

giữa người sở hữu một chiếc xe và một người cần di chuyển trong thành phố, thông qua công nghệ thông tin, điện thoại thông minh và phần mềm ứng dụng phải được xem là dịch vụ vận chuyển (transport service), một dịch vụ trung gian điện tử (electronic intermediary service) hay là dịch vụ thông tin xã hội (information society service) như được định nghĩa bởi Điều 1(2) Chỉ thị 98/34/EC?

(2) Với những mô tả nhận dạng bản chất pháp lý của hoạt động đó, thì nó có thể được xem là một phần của dịch vụ thông tin xã hội hay không, và nếu vậy thì dịch vụ trung gian điện tử này phải được hưởng lợi từ nguyên tắc tự do cung cấp dịch vụ quy định trong pháp luật EU, cụ thể tại Điều 56 Hiệp ước về phân định chức năng của Liên minh châu Âu (TFEU), Chỉ thị 2006/123/EC và Chỉ thị 2000/31/EC về thương mại điện tử (Chỉ thị 2000/31/EC)?⁷.

Hệ thống pháp luật của EU chủ yếu có ba dạng chính: *i*) Regulation (tạm dịch là “luật”) có hiệu lực bắt buộc trực tiếp đối với tất cả các quốc gia thành viên mà không cần thông qua một hình thức chuyển hóa nào và có hiệu lực cao hơn luật của quốc gia thành viên nếu có xung đột pháp luật; *ii*) Directive (tạm dịch là “chỉ thị”) nhằm thiết lập một mục tiêu nào đó và tùy thuộc vào mỗi quốc gia thành viên sẽ quy định trong luật nội địa của mình để đạt được mục tiêu đó; *iii*) Decision (tạm dịch là “quyết định”) có hiệu lực bắt buộc đối với chủ thể bị áp dụng, ví dụ một quốc gia hoặc một công ty nào đó⁸.

Đối với vụ việc trên, có các văn bản sau của pháp luật EU liên quan:

⁵ Xem: Đoạn 15 Phán quyết của ECJ.

⁶ Trong hệ thống EU, đối với những vấn đề được điều chỉnh bởi pháp luật cộng đồng, phân biệt với luật nội địa của quốc gia thành viên, nếu tòa án quốc gia thành viên cần được giải thích trong quá trình áp dụng thì có thể, hoặc phải (tùy từng trường hợp) đệ trình đến ECJ để giải thích vấn đề đó. Xem Điều 267 Treaty on the Functioning of the European Union, tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, truy cập ngày 7/1/2018.

⁷ Xem: Đoạn 18 Phán quyết của ECJ.

⁸ Xem: <https://europa.eu/european-union/eu-law/legal-actsen>, truy cập ngày 7/1/2018.

- TFEU⁹: Điều 56 về tự do cung cấp dịch vụ nói chung; Điều 58(1) quy định về tự do cung cấp dịch vụ trong lĩnh vực vận tải sẽ được điều chỉnh bởi những điều khoản liên quan đến vận tải.

- Chỉ thị 98/34/EC¹⁰: Điều 1(2) giải thích thế nào là dịch vụ thông tin xã hội.

- Chỉ thị 2000/31/EC¹¹: Điều 2(a) định nghĩa dịch vụ thông tin xã hội được hiểu theo Điều 1(2) của Chỉ thị 98/34/EC; Điều 3(2) yêu cầu quốc gia thành viên không hạn chế quyền tự do cung cấp dịch vụ thông tin xã hội từ một quốc gia thành viên khác; và Điều 3(4) quy định những trường hợp mà một quốc gia thành viên có thể áp dụng biện pháp hạn chế quyền tự do này.

⁹ Xem: “The Treaty on the functioning of European Union” tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>, truy cập ngày 7/1/2018.

¹⁰ Xem: Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services, tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A31998L0034>, truy cập ngày 7/1/2018.

Directive 98/34/EC đã được thay thế bởi Directive 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services, tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32015L1535>, truy cập ngày 7/1/2018.

Tại thời điểm của vụ việc thì Directive 98/34/EC vẫn còn hiệu lực áp dụng và Điều 1(2) của Directive 98/34/EC và Điều 1(1) của Directive 2015/1535 là giống nhau.

¹¹ Xem: Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (‘Directive on electronic commerce’), tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32000L0031>, truy cập ngày 7/1/2018.

- Chỉ thị 2006/123/EC¹²: Điều 2(2)(d) loại khỏi phạm vi áp dụng của văn bản này đối với những dịch vụ trong lĩnh vực vận chuyển (services in the field of transport); Điều 9(1) (nằm trong chương quy định về quyền tự do thành lập của nhà cung cấp) quy định quốc gia thành viên không được can thiệp vào hoạt động cung cấp dịch vụ hoặc không được yêu cầu việc cấp phép, trừ khi việc cấp phép đó không phân biệt đối xử với nhà cung cấp và cần thiết cho lợi ích công cộng; Chương IV quy định về quyền tự do cung cấp dịch vụ ở quốc gia thành viên khác (free movement of services).

2. Phán quyết của Tòa Công lý châu Âu

Vấn đề đặt ra với ECJ trong vụ việc này là liệu Điều 56, 58(1) của TFEU, và Điều 2(2)(d) của Chỉ thị 2006/123/EC, Điều 1(2) Chỉ thị 98/34/EC, Điều 2(a) của Chỉ thị 2000/31/EC có thể giải thích là: Một dịch vụ trung gian với mục đích kết nối thông qua phần mềm ứng dụng trên thiết bị điện thoại thông minh để thu phí, những người lái xe không chuyên sử dụng phương tiện vận tải của chính họ vận chuyển những người muốn di chuyển trong thành phố được xem như là một “dịch vụ trong lĩnh vực vận tải” (service in the field of transport) theo nghĩa của Điều 58(1) TFEU và vì vậy, loại trừ khỏi phạm vi áp dụng của Điều 56 TFEU, Chỉ thị 2006/123/EC và Chỉ thị 2000/31/EC hay, ngược lại, dịch vụ này được điều chỉnh bởi những quy định nêu trên?¹³.

¹² Xem: Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0123>, truy cập ngày 7/1/2018.

¹³ Xem: Đoạn 33 Phán quyết của ECJ.

ECJ phân tích: Một dịch vụ trung gian giúp cho việc chuyển tải thông tin, thông qua phương tiện phần mềm ứng dụng trên thiết bị điện thoại thông minh, liên quan đến việc đặt xe của một dịch vụ vận tải giữa người đi xe và người lái xe không chuyên sử dụng phương tiện của họ, về nguyên tắc thuộc loại “dịch vụ thông tin xã hội” theo nghĩa của Điều 1(2) Chỉ thị 98/34/EC (Điều 1(2) quy định: “Một dịch vụ được cung cấp từ xa, với mục đích thu phí, bởi những phương tiện điện tử và theo yêu cầu cá nhân của một người sử dụng dịch vụ”). Ngược lại, dịch vụ vận tải thành thị mà không phải là vận tải công cộng (non-public urban transport services) như là dịch vụ taxi, phải thuộc loại “dịch vụ trong lĩnh vực vận tải” trong phạm vi của Điều 2(2)(d) của Chỉ thị 2006/123/EC¹⁴.

ECJ cho rằng, dịch vụ này không đơn thuần chỉ là dịch vụ trung gian bao gồm việc kết nối thông qua phần mềm ứng dụng trên thiết bị điện thoại thông minh giữa người lái xe không chuyên sử dụng phương tiện vận tải của chính họ với người muốn di chuyển trong thành phố. Bên cung cấp dịch vụ trung gian đồng thời đã đưa ra lời đề nghị (offer) cung cấp dịch vụ vận tải trong thành thị (urban transport service) có thể truy cập được thông qua công cụ phần mềm và cho lợi ích của người muốn chấp nhận đề nghị đó (accept that offer) để di chuyển trong thành phố¹⁵.

Theo ECJ, Uber cung cấp phần mềm ứng dụng kết nối cho những người lái xe không chuyên sử dụng phương tiện vận tải của chính họ mà nếu không có phần mềm này thì: *i*) Những người lái xe sẽ không thể cung cấp dịch vụ vận tải, *ii*) Những người

muốn di chuyển trong thành phố sẽ không thể dùng dịch vụ được cung cấp bởi những người lái xe này. Ngoài ra, ECJ cũng cho rằng, Uber có sự ảnh hưởng mang tính quyết định đến những điều kiện cung cấp dịch vụ này, thể hiện qua việc quyết định mức giá tối đa thông qua phương tiện phần mềm, nhận tiền từ khách hàng trước rồi mới trả cho những người lái xe, kiểm soát nhất định đối với chất lượng của phương tiện, người lái xe cũng như hành vi của họ và có thể căn cứ vào đó để loại họ ra khỏi dịch vụ khi có sự vi phạm. Vì vậy, dịch vụ trung gian này phải được xem là góp phần tạo nên một phần không thể thiếu của toàn bộ dịch vụ với phần chính là dịch vụ vận tải, theo đó, không thể phân loại là “dịch vụ thông tin xã hội” theo nghĩa của Điều 1(2) Chỉ thị 98/34/EC, mà là “dịch vụ trong lĩnh vực vận tải” theo nghĩa của Điều 2(2)(d) Chỉ thị 2006/123/EC. Do đó, Chỉ thị 2000/13/EC và Chỉ thị 2006/123/EC không áp dụng đối với dịch vụ này. Ngoài ra, không phải Điều 56 mà Điều 58(1) TFEU sẽ được áp dụng¹⁶.

Tuy nhiên, ECJ cũng cho rằng, đối với dịch vụ vận tải thành thị không phải là vận tải công (non-public urban transport) và những dịch vụ vốn gắn liền của những dịch vụ này như dịch vụ trung gian của Uber vẫn chưa được điều chỉnh bởi pháp luật của EU. Do đó, vấn đề này sẽ do các quốc gia thành viên quy định phù hợp với những quy định chung của TFEU¹⁷.

ECJ tuyên rằng, Điều 56, 58(1) TFEU, Điều 2(2)(d) Chỉ thị 2006/123/EC và Điều 1(2) Chỉ thị 98/34/EC mà Điều 2(a) Chỉ thị 2000/31/EC đề cập phải được giải thích theo nghĩa là: Một dịch vụ trung gian thông qua phương tiện phần mềm ứng dụng trên

¹⁴ Xem: Đoạn 35, 36 Phán quyết của ECJ.

¹⁵ Xem: Đoạn 37, 38 Phán quyết của ECJ.

¹⁶ Xem: Đoạn 39, 40, 42, 43, 44 Phán quyết của ECJ.

¹⁷ Xem: Đoạn 46, 47 Phán quyết của ECJ.

thiết bị điện thoại thông minh nhằm thu phí, với mục đích kết nối những người lái xe không chuyên sử dụng phương tiện cá nhân của họ với những người muốn di chuyển trong thành thị phải được phân loại thành “dịch vụ trong lĩnh vực vận tải” (a service in the field of transport) theo nghĩa của Điều 58(1) TFEU¹⁸.

3. Liên hệ với dịch vụ Uber tại Việt Nam

Phán quyết của ECJ có hiệu lực bắt buộc không chỉ đối với quốc gia đã đệ trình vấn đề cần được giải thích, mà còn có hiệu lực bắt buộc đối với tất cả các quốc gia thành viên khác¹⁹. Như vậy, dịch vụ Uber trong việc kết nối những người lái xe không chuyên với những người khác muốn di chuyển trong thành thị là một dịch vụ vận tải (hay chính xác hơn là *dịch vụ trung gian vốn gắn liền với dịch vụ vận tải*), chứ không được xem là dịch vụ thông tin xã hội và vì vậy không được hưởng quyền tự do cung cấp dịch vụ theo quy định về thương mại điện tử và cung cấp dịch vụ trong thị trường chung EU. Đây là kinh nghiệm có thể tham khảo trong việc xem xét bản chất hoạt động của Uber tại Việt Nam.

Dịch vụ kết nối vận chuyển hành khách của Uber đã xuất hiện ở Việt Nam vào khoảng năm 2015 (cùng với một số dịch vụ tương tự khác như Grab taxi). Dịch vụ này đã gây ra những phản ứng bởi các hãng taxi truyền thống²⁰. Nội dung phản ứng xoay

quanh việc xác định Uber là dịch vụ công nghệ thông tin (như chính công ty Uber tuyên bố²¹), hay là dịch vụ vận tải (như khẳng định của các doanh nghiệp taxi truyền thống²²), kéo theo đó là quyền lợi, an toàn của hành khách²³, cạnh tranh, thuế²⁴... Phía cơ quan nhà nước cũng rất lúng túng trong quản lý²⁵. Về bản chất, ứng dụng kết

thong-uber-grab-383082.html, truy cập ngày 2/1/2018.

Xem: Việt Long, “6 tiếng tranh cãi căng thẳng vì Uber, Grab”, báo Pháp luật, tại: <http://plo.vn/do-thi/giao-thong/6-tieng-tranh-cai-cang-thang-vi-uber-grab-746242.html>, truy cập ngày 2/1/2018.

²¹ Xem: “What is Uber?”, tại: <https://help.uber.com/h/eac2e43e-af42-4521-a042-2982c18664af>, truy cập ngày 2/1/2018.

²² Xem: Nghi Khanh, “Uber, Grab: Cần định danh là dịch vụ vận tải taxi?”, báo Pháp luật, tại: <http://plo.vn/do-thi/giao-thong/uber-grab-can-dinh-danh-la-dich-vu-van-tai-taxi-748842.html>, truy cập ngày 15/1/2018.

Xem: Châu Như Quỳnh, “Kiến nghị dừng khẩn cấp hoạt động Uber, Grab tại Việt Nam”, báo Dân Trí, tại: <http://dantri.com.vn/kinh-doanh/kiem-nghi-dung-khan-cap-hoat-dong-uber-grab-tai-viet-nam-20170930064820753.htm>, truy cập ngày 2/1/2018.

²³ Xem: Việt Long, “Tài xế gây chuyện, Uber có phải chịu trách nhiệm?”, báo Pháp luật, tại: <http://plo.vn/ban-doc/tai-xe-gay-chuyen-uber-co-ph-i-chiu-trach-nhiem-745854.html>, truy cập ngày 26/12/2017.

²⁴ Xem: Quang Huy, “Uber, Grab đóng thuế có sòng phẳng, minh bạch?”, báo Pháp luật, tại: <http://plo.vn/do-thi/giao-thong/uber-grab-dong-thue-co-song-phang-minh-bach-737009.html>, truy cập ngày 2/1/2018.

Xem: Thanh Lê, “Uber kiện Cục Thuế TP HCM”, tại: <https://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/doanh-nghiep/uber-kiem-cuc-thue-tp-hcm-3692194.html>, truy cập ngày 2/1/2018.

²⁵ Xem: “Quản lý Uber, Grab: 2 năm vẫn rối”, báo Người Lao động, tại: <http://nld.com.vn/thoi-su/quan-ly-uber-grab-2-nam-van-roi-20180105224319154.htm>, truy cập ngày 10/1/2018.

Xem: Việt Long, “Các bộ ý kiến trái chiều về Uber, Grab”, báo Pháp luật, tại: <http://plo.vn/do-thi/giao-thong/cac-bo-y-kiem-trai-chieu-ve-uber-grab-736311.html>, truy cập ngày 2/1/2018.

¹⁸ Xem: Đoạn 48 và phần kết luận Phán quyết của ECJ.

¹⁹ Xem: “The reference for a preliminary ruling” tại: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114552>, truy cập ngày 2/1/2018.

²⁰ Xem “Uber, Grab, taxi truyền thống: Cuộc chiến đầu tiên thời 4.0”, tại: <http://vietnamnet.vn/vn/ban-tron-truc-tuyen/tranh-cai-ve-cuoc-chien-taxi-truyen->

nổi vận tải hành khách trong đô thị của Uber là giống nhau ở các quốc gia. Trong vụ kiện tại tòa án Barcelona, Tây Ban Nha, ứng dụng này sử dụng cho những người lái xe không chuyên (không phải là lái xe chở khách chuyên nghiệp), còn ở Việt Nam thì có sự khác biệt. Theo văn bản số 1850/TTG-KTN ngày 19/10/2015 của Thủ tướng Chính phủ về việc đồng ý cho Bộ Giao thông vận tải thí điểm triển khai ứng dụng khoa học công nghệ hỗ trợ quản lý và kết nối hoạt động vận tải hành khách theo hợp đồng và Quyết định số 24/QĐ-BGTVT ngày 7/1/2016 của Bộ Giao thông vận tải ban hành kế hoạch thí điểm triển khai ứng dụng khoa học công nghệ hỗ trợ quản lý và kết nối hoạt động vận tải hành khách theo hợp đồng, thì ứng dụng này áp dụng cho bên vận tải là những doanh nghiệp và hợp tác xã có giấy phép kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng. Nghiên cứu Quyết định số 24/QĐ-BGTVT nhận thấy, tinh thần quyết định này là thay thế hợp đồng giấy bằng hợp đồng điện tử đối với loại hình kinh doanh vận tải hành khách theo hợp đồng thông qua ứng dụng phần mềm kết nối giữa lái xe và người đi xe²⁶. Nghĩa là, bên cung cấp phần mềm kết nối này được hiểu là bên cung cấp dịch vụ công nghệ cho doanh nghiệp, hợp tác xã kinh doanh vận tải, còn hợp đồng vận chuyển vẫn là giữa doanh nghiệp, hợp tác xã, kinh doanh vận tải (mà đại diện là người lái xe) với hành

khách. Hiểu theo nghĩa này, bên cung cấp dịch vụ công nghệ không bị ràng buộc trách nhiệm về hoạt động vận tải như điều kiện về kinh doanh vận tải, trách nhiệm với hành khách, an toàn công cộng.

Thực tế, thời gian qua, cách thức hoạt động của Uber tại Việt Nam như sau: Công ty trách nhiệm hữu hạn Uber Việt Nam (Uber Việt Nam) được thành lập ngày 30/08/2014 tại thành phố Hồ Chí Minh với ngành nghề kinh doanh đăng ký là “hoạt động dịch vụ công nghệ thông tin và dịch vụ khác liên quan đến máy vi tính; hoạt động tư vấn quản lý (dịch vụ tư vấn quản lý chung; dịch vụ tư vấn quản lý tiếp thị); nghiên cứu thị trường và thăm dò dư luận”²⁷. Công việc chủ yếu của Uber Việt Nam là tiếp thị, nhận hồ sơ của lái xe muốn tham gia vào mạng lưới của Uber ở Hà Lan. Uber Hà Lan là pháp nhân cung cấp hạ tầng kỹ thuật quốc tế, quản lý và vận hành phần mềm ứng dụng kết nối (cũng giống như trường hợp trong vụ kiện ở Tây Ban Nha). Những người muốn lái xe với Uber ở Việt Nam có thể đăng ký trực tuyến và nộp hồ sơ, tập huấn tại Uber Việt Nam²⁸. Về nguyên tắc, họ phải thỏa mãn các điều kiện trước khi được kích hoạt tài khoản đăng ký với Uber: *i) Đối với xe*: Lắp đặt thiết bị định vị GPS; đăng kiểm xe; bảo hiểm xe; vào hợp tác xã vận tải (Uber sẽ giới thiệu hợp tác xã vận tải để tham gia); *ii) Đối với lái xe*: Bằng lái (hạng B2 trở lên); chứng minh thư nhân dân (hoặc thẻ căn cước công dân);

Xem: Xuân Bách, “Bộ Công Thương kêu gọi liên Bộ phối hợp quản Uber”, tại: <http://ictnews.vn/kinh-doanh/bo-cong-thuong-keu-goi-lien-bo-phoi-hop-quan-uber-123129.ict>, truy cập ngày 2/1/2018.

²⁶ Xem thêm: M.Ngọc, “Bộ GTVT: Grab, Uber không phải là... taxi”, báo Pháp Luật, tại: <http://plo.vn/do-thi/giao-thong/bo-gtvt-grab-uber-khong-phai-la-taxi-736571.html>, truy cập ngày 2/1/2018.

²⁷ Xem thông tin đăng ký doanh nghiệp Uber Việt Nam tại: <https://dichvuthongtin.dkkd.gov.vn/inf/Forms/Searches/EnterpriseInfo.aspx?h=4fbd>, truy cập ngày 4/2/2018.

²⁸ Xem: website đăng ký tài khoản online của Uber tại: <https://www.uber.com/vi-VN/drive/resources/sign-up-online/>, truy cập ngày 4/2/2018.

giấy xác nhận hạnh kiểm của công an địa phương. Đây là những điều kiện theo quy định của Luật Giao thông đường bộ năm 2008, Nghị định số 86/2014/NĐ-CP ngày 10/09/2014 về kinh doanh và điều kiện kinh doanh vận tải bằng ô tô, Quyết định số 24/QĐ-BGTVT. Tuy nhiên, thực tế mối quan hệ giữa chủ xe thành viên hợp tác xã và chính hợp tác xã đó rất lỏng lẻo, chủ xe chỉ đóng phí hàng năm cho hợp tác xã khoảng 3-6 triệu đồng và phí dịch vụ cấp phù hiệu xe chạy hợp đồng²⁹; số lượng hợp tác xã vận tải thành lập mới tăng nhanh, số thành viên hợp tác xã vận tải cũng tăng nhanh, nhưng chủ yếu là làm dịch vụ, hợp thức hóa giấy tờ cho xe chạy Uber, buông lỏng việc ký hợp đồng với lái xe³⁰. Một xe đăng ký có thể có nhiều tài xế chạy chiếc xe đó, chủ xe và mỗi lái xe có tài khoản của Uber riêng. Mọi hoạt động vận tải hàng ngày đều thông qua phần mềm của Uber, không liên quan đến quản lý của hợp tác xã. Ngoài ra, Uber Hà Lan là bên nhận tiền của khách hàng đi xe, sau đó, hàng tuần hoặc hàng tháng, mới chuyển lại phần tiền cho chủ xe sau khi trừ đi phí dịch vụ kết nối (25%³¹), cuối cùng chủ xe tính toán lại với lái xe theo thỏa thuận giữa họ. Giá cước vận chuyển cũng do phần mềm Uber quyết định tùy theo đó là giờ cao điểm hay không và mật độ xe Uber quanh khu vực khách gọi

xe. Uber là bên quyết định giá khuyến mãi, các yêu cầu về chất lượng xe tham gia và cách thức phục vụ hành khách... Uber cũng là bên quyết định việc chấm dứt dịch vụ kết nối, nếu chủ xe hoặc lái xe có vi phạm hoặc có phản ảnh từ hành khách.

Như vậy, về thực chất, vai trò của các hợp tác xã vận tải chỉ là hình thức hợp thức hóa các yêu cầu theo quy định cho việc triển khai dịch vụ Uber. Quan hệ vận tải chủ yếu là quan hệ giữa Uber - chủ xe/tài xế - hành khách. So sánh với vụ kiện tại Tây Ban Nha thì chỉ khác ở chỗ áp dụng cho lái xe không chuyên, còn ở Việt Nam là những lái xe chuyên nghiệp (bằng B2) và có đăng ký xe kinh doanh và bảo hiểm kinh doanh. Tuy nhiên, quan hệ vận tải (Uber - chủ xe/tài xế - hành khách) và cách thức vận hành phần mềm công nghệ là giống nhau và như được lập luận bởi ECJ, dịch vụ trung gian Uber phải được xem là tạo nên một phần không thể thiếu của toàn bộ dịch vụ mà phần chính là dịch vụ vận tải, và theo đó, không thể phân loại là dịch vụ công nghệ thông tin kết nối. Mặt khác, theo tác giả, cũng không nên coi Uber là doanh nghiệp cung cấp dịch vụ vận tải thuần túy và áp dụng các quy định về điều kiện kinh doanh vận tải theo cách truyền thống. Tác giả cho rằng, dịch vụ kết nối vận tải hành khách của Uber hiện nay là một dạng dịch vụ trung gian nhưng gắn liền với dịch vụ vận tải. Dịch vụ này là một sản phẩm trong thời kỳ cách mạng công nghệ 4.0 và những quy định hiện tại về dịch vụ vận tải không còn phù hợp để điều chỉnh. Chính ECJ cũng cho rằng, dịch vụ Uber trong trường hợp này là *dịch vụ trung gian vốn gắn liền với dịch vụ vận tải* vẫn chưa được điều chỉnh bởi pháp luật của EU và điều kiện cho loại dịch vụ này sẽ do các quốc gia thành viên quy định.

²⁹ Xem Sỹ Lực, “Mảng tối của hợp tác xã vận tải”, báo Tiền phong, tại: <https://www.tienphong.vn/kinh-te/mang-toi-cua-cac-hsx-van-tai-1161765.tpo>, truy cập ngày 1/2/2018.

³⁰ Xem thêm Cao Tuấn, “Bán phù hiệu vận tải kiểu...hợp tác xã!”, báo Gia đình, tại: <http://giadinh.net.vn/xa-hoi/ban-phu-hieu-van-tai-ki-eu-hop-tac-xa-20170629081237404.htm>, truy cập ngày 1/2/2018.

³¹ Xem <https://www.uber.com/signup/drive/vietnam/>, truy cập ngày 8/2/2018.

Kết luận

Lập luận của ECJ trong vụ kiện trên và thực trạng đang diễn ra hiện nay của dịch vụ Uber tại Việt Nam cho thấy rằng, để làm rõ dịch vụ Uber là gì cần phải xem xét cách thức vận hành của ứng dụng này nhằm xác định bản chất của nó trong mối tương quan với những bên có liên quan và từ đó có sự điều chỉnh phù hợp. Với tính chất là ứng dụng kết nối vận tải của Uber, có thể thấy mối quan hệ chặt chẽ giữa ba bên: Uber - chủ xe/tài xế - hành khách. Do đó, không thể xem Uber hoàn toàn là bên cung ứng

dịch vụ công nghệ thuần túy (như Uber luôn tuyên bố), cũng không thể xem Uber là doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ vận tải và áp các quy định về điều kiện kinh doanh vận tải theo cách truyền thống (như đề nghị của các doanh nghiệp kinh doanh dịch vụ vận tải taxi truyền thống). Để điều chỉnh quan hệ này, cần có khuôn khổ pháp lý mới, trong đó điều chỉnh cùng lúc cả ba bên trong mối quan hệ vận tải này sao cho: Bảo đảm trật tự công cộng, cạnh tranh công bằng, bảo vệ quyền lợi của người dùng dịch vụ (hành khách) và quản lý thuế.

(Tiếp theo trang 76 – Vấn đề dẫn chiếu ngược...)

Có thể thấy, Luật TPQT của Italia quy định rất chi tiết các trường hợp được phép, không được phép hoặc được phép dẫn chiếu có điều kiện. Các quy định chặt chẽ này cho thấy mong muốn của nhà làm luật tận dụng các lợi ích của việc dẫn chiếu và loại trừ các bất lợi mà dẫn chiếu gây ra trong một số trường hợp, nhằm bảo vệ tốt nhất lợi ích hợp pháp của các bên trong QHDS có YTNN. Từ quy định của Italia, có thể thấy việc cho phép hoàn toàn dẫn chiếu như lựa chọn của Việt Nam có thể dẫn tới việc áp dụng pháp luật của nước mà không có lợi cho các đương sự, chẳng hạn như pháp luật của nước không cho phép xác lập quan hệ cha, mẹ - con trong một số trường hợp²⁷.

Từ nghiên cứu quy định của một số nước về dẫn chiếu ngược và dẫn chiếu tới pháp luật của nước thứ ba, tác giả cho rằng, không nên loại trừ hoàn toàn khả năng dẫn chiếu, do kỹ thuật này đem lại những lợi ích nhất định. Đặc biệt là với việc dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật của nước nơi có tòa án, giải pháp này sẽ tạo thuận lợi cho hoạt

động xét xử của thẩm phán, tiết kiệm được thời gian và chi phí. Việc dẫn chiếu ngược trở lại pháp luật nơi có tòa án cũng không mâu thuẫn với nguyên tắc “luật có mối liên hệ gần bó”, do tòa án quốc gia, khi xác lập thẩm quyền đối với vụ việc có YTNN, cũng đã phải tính đến mối quan hệ gần bó này.

Ngược lại, việc dẫn chiếu cũng cần được giới hạn ở một số trường hợp nhất định, nếu việc dẫn chiếu là có lợi cho cả tòa án lẫn các đương sự, theo như cách tiếp cận thực dụng của Thụy Sĩ. Hoặc có thể áp dụng cách tiếp cận cân trọng hơn của Italia, cho phép dẫn chiếu nhưng nêu rõ các trường hợp không cho phép hoặc chỉ cho phép với những điều kiện nhất định.

Việc cho phép dẫn chiếu không hạn chế sẽ dẫn tới nhiều nguy cơ như khó dự đoán, bất lợi cho đương sự. Đồng thời, lựa chọn này cũng sẽ gây thêm gánh nặng và khó khăn cho công việc của các thẩm phán. Khi đó, kỹ thuật dẫn chiếu nhiều cấp độ không còn là một sự lựa chọn có lợi mà trở thành gọng kìm đối với các tòa án quốc gia.

²⁷ Ví dụ, pháp luật một số nước không cho phép nhận cha con đối với con ngoài giá thú, kéo theo đó là hệ lụy đối với đứa trẻ liên quan tới nghĩa vụ cấp dưỡng và quyền thừa kế.