



ISSN 0866 -7446

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

STATE AND LAW REVIEW



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

4(384)  
2020

Vietnam Academy of Social Sciences  
Institute of State and Law

THÁNG RA MỘT KỲ

4(384)

2020

NĂM THỨ 49

**TỔNG BIÊN TẬP**  
TS. TRẦN VĂN BIÊN

**HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP**

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

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

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

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

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

**Giá: 20.000<sup>d</sup>**

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

## MỤC LỤC

### *LUẬT HÀNH CHÍNH*

- ❖ **VÕ TẤN ĐÀO – HỒ QUANG CHÁNH:** Bảo đảm pháp lý quyền khiếu nại của viên chức trong đơn vị sự nghiệp công lập theo Luật Khiếu nại năm 2011 3

### *LUẬT HÌNH SỰ, LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ*

- ❖ **PHAN THỊ PHƯƠNG HIÊN:** Một số vấn đề về quy định đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) 14
- ❖ **ĐINH VĂN ĐOÀN:** Biện pháp tạm giữ theo quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 20

### *LUẬT DÂN SỰ, LUẬT KINH TẾ*

- ❖ **TRẦN VĂN BIÊN – NGUYỄN MINH OANH:** Tiền ảo và một số vấn đề pháp lý đặt ra ở Việt Nam hiện nay 30
- ❖ **NGUYỄN THỊ DUNG:** Kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu 41
- ❖ **NGUYỄN CHÍ THẮNG:** Chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt theo pháp luật Hoa Kỳ 51
- ❖ **MAI NGUYỄN DỪNG:** Áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật về tập trung kinh tế tại Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu – Một số đề xuất cho pháp luật cạnh tranh Việt Nam 57

### *LUẬT QUỐC TẾ, LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ*

- ❖ **HÀ THANH HÒA:** Nguyên tắc không gây thiệt hại trong bảo vệ nguồn nước quốc tế theo quy định của Luật quốc tế và một số vấn đề đặt ra đối với Việt Nam 69
- ❖ **ĐÀO GIA PHÚC:** Vai trò của các hiệp định thương mại tự do trong việc thúc đẩy tái cơ cấu chính sách thuế nội địa dưới góc nhìn của các quốc gia đang phát triển 77

MONTHLY ISSUE

4(384)

2020

49<sup>TH</sup> YEAR

**EDITOR IN CHIEF**

TRAN VAN BIEN

**EDITORIAL BOARD**

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

*Office of the Editorial  
Board:*

*27 Tran Xuan Soan  
Ha Noi*

*Tel: 024.39713333*

*Fax: 024.39764534*

*Email:*

*tcnpl@isl.gov.vn*

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

Printed by Dong Bac  
Trade and Print Joint  
Stock Company

**Price: 20.000 VND**

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### *ADMINISTRATIVE LAW*

- ❖ VO TAN DAO – HO QUANG CHANH: Legal Guarantees of the Right to Complaint of Public Employees in Public Non-Business Units under the 2011 Law on Complaint 3

### *CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW*

- ❖ PHAN THI PHUONG HIEN: Issues on Regulations Applicable to under 18 year-old Offenders in the Criminal Code of 2015 (Amended 2017) 14
- ❖ DINH VAN DOAN: Temporary Detention under the Criminal Procedure Code of 2015 20

### *CIVIL LAW, ECONOMIC LAW*

- ❖ TRAN VAN BIEN – NGUYEN MINH OANH: Cryptocurrency and Legal Issues Facing Vietnam 30
- ❖ NGUYEN THI DUNG: Control of Fairness of Standard Terms 41
- ❖ NGUYEN CHI THANG: Punitive Damages under the law of the United States of America 51
- ❖ MAI NGUYEN DUNG: Applicability of HHI Index in Economic Concentration law in the United States of America, European Union – Suggestions for Vietnam’s Competition Law 57

### *INTERNATIONAL LAW, INTERNATIONAL TRADE LAW*

- ❖ HA THANH HOA: No Harm Principle in the Protection of International Water Resources under International Law and Legal Issues Facing Vietnam 69
- ❖ DAO GIA PHUC: The Role of Free Trade Agreements in the Promotion of Restructuring Domestic Tax Policy Through the Lens of Developing Countries 77

# BẢO ĐẢM PHÁP LÝ QUYỀN KHIẾU NẠI CỦA VIÊN CHỨC TRONG ĐƠN VỊ SỰ NGHIỆP CÔNG LẬP THEO LUẬT KHIẾU NẠI NĂM 2011

Võ Tấn Đào\*

Hồ Quanh Chánh\*\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, bình luận các quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 liên quan đến việc bảo đảm pháp lý quyền khiếu nại của viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập như đối tượng, thời hiệu, hình thức và thủ tục khiếu nại; đồng thời chỉ ra một số điểm bất cập, hạn chế và đưa ra kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định của pháp luật về vấn đề này.

**Abstract:** The article analyzes and discusses provisions of the 2011 Law on Complaints related to legal guarantees of the right to complaint of public employees in public non-business units, namely subjects, statute of limitations, forms and procedure of complaints; thereby it points out shortcomings and makes recommendations to perfect the law on this matter.

## 1. Dẫn nhập

Quyền khiếu nại của viên chức được hiểu là một bộ phận của quyền khiếu nại nói chung xuất phát từ hai yếu tố cơ bản là chủ thể thực hiện việc khiếu nại và đối tượng khiếu nại. Theo đó, quyền khiếu nại ở phạm vi rộng được thực thi bởi các chủ thể là cá nhân, cơ quan, tổ chức khi bị xâm phạm về quyền và lợi ích hợp pháp bởi các quyết định hành chính, hành vi hành chính do cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước ban hành, thực hiện<sup>1</sup>. Song, quyền khiếu nại của viên chức chỉ đặt ra đối với chủ thể là viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập khi có các quyết định kỷ luật xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Đối tượng khiếu

nại trong quyền khiếu nại nói chung về bản chất là các quyết định hành chính, hành vi hành chính được thực hiện trong hoạt động quản lý nhà nước khi đáp ứng các điều kiện nhất định<sup>2</sup>. Ngược lại, đối tượng khiếu nại của các chủ thể mang tư cách là viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập chính là quyết định kỷ luật do chủ thể có thẩm quyền áp dụng đối với họ.

---

<sup>2</sup> Các quyết định hành chính, hành vi hành chính là đối tượng khiếu nại bao gồm: (i) Quyết định hành chính là văn bản do cơ quan hành chính nhà nước hoặc người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước ban hành để quyết định về một vấn đề cụ thể trong hoạt động quản lý hành chính nhà nước được áp dụng một lần đối với một hoặc một số đối tượng cụ thể (khoản 8 Điều 2); (ii) Hành vi hành chính là hành vi của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước thực hiện hoặc không thực hiện nhiệm vụ, công vụ theo quy định của pháp luật (khoản 9 Điều 2). Đối tượng khiếu nại không bao gồm các quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính chất nội bộ, quy phạm theo quy định tại khoản 1 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011.

---

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

\*\* ThS., Thanh tra viên Thanh tra Quận 12, Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Khoản 1 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011.

Về mặt bản chất, bảo đảm pháp lý về quyền khiếu nại của viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập dưới góc độ Luật Khiếu nại năm 2011 (Luật Khiếu nại 2011) có thể hiểu một cách chung nhất là tổng thể những quy định của Luật Khiếu nại 2011 góp phần tạo hành lang pháp lý thông thoáng, thúc đẩy khả năng thực thi và tính hiệu quả của việc thực thi quyền khiếu nại của viên chức. Qua đó góp phần bảo đảm, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của viên chức khi đối mặt với các quyết định kỷ luật sai trái diễn ra trong các đơn vị sự nghiệp công lập với nhiều lý do khác nhau. Quan niệm bảo đảm pháp lý về quyền khiếu nại của viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập dưới góc độ Luật Khiếu nại 2011 mà chúng tôi đưa ra trong phạm vi bài viết này chỉ dừng lại ở việc xem xét những quy định của Luật Khiếu nại 2011 liên quan đến khả năng đáp ứng và hiệu quả thực hiện quyền khiếu nại của viên chức như: Đối tượng khiếu nại, thời hiệu khiếu nại, hình thức và thủ tục khiếu nại. Bên cạnh đó, trong phạm vi bài viết, chúng tôi không đề cập đến quyền khiếu nại của viên chức với tư cách là công dân tham gia vào hoạt động quản lý của Nhà nước – đối tượng quản lý mà chỉ bàn đến quyền khiếu nại với tư cách là viên chức.

## **2. Những quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 bảo đảm quyền khiếu nại của viên chức trong đơn vị sự nghiệp công lập**

Hiện nay, Luật Khiếu nại 2011 không quy định một cách cụ thể về quyền khiếu nại của viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập đối với quyết định kỷ luật được áp dụng với họ<sup>3</sup>. Theo đó, nội dung

này được đề cập trong Chương 2 của Nghị định số 75/2011/NĐ-CP ngày 03/12/2012 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều của Luật Khiếu nại (Nghị định số 75/2012/NĐ-CP) về khiếu nại, giải quyết khiếu nại trong đơn vị sự nghiệp công lập, doanh nghiệp nhà nước. Cụ thể như sau: Việc khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức, viên chức; thời hiệu khiếu nại; thời hạn giải quyết khiếu nại; thẩm quyền giải quyết khiếu nại; trình tự, thủ tục giải quyết khiếu nại đối với quyết định kỷ luật của công chức, viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập, người lao động trong doanh nghiệp nhà nước thực hiện theo quy định về khiếu nại, giải quyết khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức tại Chương IV của Luật Khiếu nại và Nghị định này (Điều 4 Nghị định số 75/2012/NĐ-CP). Để xem xét việc bảo đảm pháp lý của Luật khiếu nại 2011 với quyền khiếu nại của viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập cần thông qua các quy định như sau:

### ***Thứ nhất, đối tượng khiếu nại***

Đối tượng khiếu nại của viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập như đã đề cập ở trên là quyết định kỷ luật được áp dụng đối với họ. Theo đó, quyết định kỷ luật là quyết định bằng văn bản của người đứng đầu cơ quan, tổ chức để áp dụng một

---

chức hoặc cán bộ, công chức theo thủ tục do Luật này quy định, đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại quyết định hành chính, hành vi hành chính của cơ quan hành chính nhà nước, của người có thẩm quyền trong cơ quan hành chính nhà nước hoặc quyết định kỷ luật cán bộ, công chức khi có căn cứ cho rằng quyết định hoặc hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của mình”. Như vậy, thông qua quy định này có thể thấy Luật Khiếu nại chưa đề cập đến chủ thể thực hiện việc khiếu nại là viên chức với tư cách là chủ thể bị xâm phạm bởi các quyết định kỷ luật trong các đơn vị sự nghiệp công lập.

<sup>3</sup> Quy định tại khoản 1 Điều 2 Luật Khiếu nại 2011 thể hiện: “Khiếu nại là việc công dân, cơ quan, tổ

trong các hình thức kỷ luật đối với viên chức thuộc quyền quản lý của mình theo quy định của pháp luật về viên chức<sup>4</sup>. Luật Khiếu nại 2011 quy định quyết định kỷ luật mà viên chức được quyền khiếu nại phải được thể hiện dưới hình thức bằng văn bản về thể thức thể hiện là “quyết định” mà không bao gồm các thể thức khác cũng khá phổ biến hiện nay như công văn, thông báo, kết luận... Điều này dựa trên sự thống nhất và tương thích giữa pháp luật khiếu nại với pháp luật viên chức. Vì rằng theo quy định tại Điều 20 Nghị định số 27/2012/NĐ-CP ngày 06/04/2012 của Chính phủ quy định về xử lý kỷ luật viên chức và trách nhiệm bồi thường, hoàn trả của viên chức (Nghị định số 27/2012/NĐ-CP), thể thức của văn bản chứa đựng nội dung áp dụng các hình thức kỷ luật đối với viên chức được ghi nhận là “quyết định kỷ luật”. Ngoài ra, theo quy định của Luật Khiếu nại 2011, khi viên chức bị áp dụng bất kỳ một trong các hình thức kỷ luật nào thì họ đều có quyền khiếu nại. Đối với viên chức không giữ chức vụ quản lý, họ có quyền khiếu nại với ba hình thức kỷ luật sau: (i) Khiển trách, (ii) Cảnh cáo, (iii) Buộc thôi việc; với viên chức giữ chức vụ quản lý<sup>5</sup>, họ có quyền khiếu nại với bốn hình thức kỷ luật sau: (i) Khiển trách, (ii) Cảnh cáo, (iii) Cách chức, (iv) Buộc thôi

việc<sup>6</sup>. Thực chất, quyết định kỷ luật viên chức cũng chính là một dạng thức của quyết định hành chính, nhưng có những đặc điểm riêng và liên quan đến đối tượng khá đặc thù đó là viên chức trong hệ thống các đơn vị sự nghiệp công lập thực hiện dịch vụ công. Do vậy, pháp luật đã quy định theo hướng tách biệt đối tượng khiếu nại là quyết định kỷ luật viên chức riêng, để từ đó có cơ sở rõ ràng hơn trong việc quy định về thẩm quyền, thời hạn, thời hiệu, quy trình giải quyết khiếu nại... Hơn nữa, thể chế công vụ cần phải được thực thi và vận hành một cách liên tục, ổn định, tránh tình trạng khiếu nại của viên chức diễn ra một cách tràn lan hoặc được giải quyết trong thời gian quá lâu, ít nhất về mặt hình thức cũng có thể làm trễ nải và giảm hiệu suất của hệ thống. Cũng cần thấy rằng, trong quá trình thực hiện các nhiệm vụ, công vụ được Nhà nước trao quyền, bên cạnh quyết định kỷ luật, viên chức có thể chịu sự tác động bởi nhiều quyết định khác nhau ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của mình như: Quyết định biệt phái; kết luận đánh giá, phân loại viên chức; quyết định tạm đình chỉ công tác... Song, đối tượng để viên chức khiếu nại nhằm đề nghị chủ thể có thẩm quyền xem xét lại tính hợp pháp và tính hợp lý khi ban hành, thực hiện chỉ bao gồm quyết định kỷ luật mà thôi. Có quan điểm cho rằng, luật không quy định những quyết định trên có thể bị khiếu nại theo thủ tục, trình tự chung, để bảo đảm sự ổn định liên tục nề nếp của nền hành chính nhà nước, bảo đảm hoạt động bình thường của các cơ quan, tổ chức, còn quyết định kỷ luật đụng chạm trực tiếp đến quyền và lợi ích của họ thì họ có quyền khiếu nại để bảo đảm sự đúng đắn

<sup>4</sup> Viện dẫn dựa theo quy định tại khoản 10 Điều 2 Luật Khiếu nại 2011: “Quyết định kỷ luật là quyết định bằng văn bản của người đứng đầu cơ quan, tổ chức để áp dụng một trong các hình thức kỷ luật đối với cán bộ, công chức thuộc quyền quản lý của mình theo quy định của pháp luật về cán bộ, công chức”.

<sup>5</sup> Viên chức quản lý là người được bổ nhiệm giữ chức vụ quản lý có thời hạn, chịu trách nhiệm điều hành, tổ chức thực hiện một hoặc một số công việc trong đơn vị sự nghiệp công lập nhưng không phải là công chức và được hưởng phụ cấp chức vụ quản lý (Khoản 1 Điều 3 Luật Viên chức năm 2010).

<sup>6</sup> Điều 52 Luật Viên chức năm 2010, Điều 9 Nghị định số 27/2012/NĐ-CP.

của quyết định kỷ luật đó, tránh khỏi sự thiệt thòi<sup>7</sup>.

**Thứ hai, thời hiệu khiếu nại**

Thời hiệu khiếu nại là khoảng thời gian mà pháp luật cho phép người khiếu nại thực hiện quyền khiếu nại của mình. Nếu hết thời gian mà pháp luật đã quy định thì người khiếu nại mất quyền khiếu nại của mình<sup>8</sup>. Như vậy, thời hiệu khiếu nại của viên chức đối với quyết định kỷ luật được hiểu là khoảng thời gian cố định mà pháp luật quy định viên chức thực hiện quyền khiếu nại, kết thúc thời gian này thì mất quyền khiếu nại.

Về bản chất, đây là quy định mang tính ràng buộc đối với viên chức. Nếu pháp luật không đặt ra quy định về thời hiệu khiếu nại thì có thể dẫn đến trường hợp khiếu nại về một vụ việc phát sinh từ nhiều năm trước, quyết định kỷ luật viên chức đã được thực thi, nhiều hệ quả pháp lý kéo theo và các vấn đề có liên quan đã có nhiều biến đổi dẫn đến việc giải quyết sẽ gặp nhiều khó khăn. Trong khi đó, các đơn vị sự nghiệp công lập vốn dĩ luôn thực hiện những hoạt động cung ứng dịch vụ, phục vụ quản lý nhà nước đòi hỏi phải nhanh nhạy, kịp thời. Do vậy, việc khiếu nại hay khiếu nại tiếp chỉ có thể được thực hiện trong một khoảng thời gian nhất định là điều phù hợp.

Theo quy định tại Điều 48 của Luật Khiếu nại 2011 thì thời hiệu khiếu nại của viên chức đối với quyết định kỷ luật bao gồm lần đầu và lần hai. Thời hiệu khiếu nại lần đầu của viên chức là 15 ngày, kể từ ngày viên chức nhận được quyết định kỷ luật.

Đối với thời hiệu khiếu nại lần hai, thời gian này là 10 ngày, kể từ ngày viên chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu. Đối với quyết định kỷ luật buộc thôi việc thì thời hiệu khiếu nại lần hai là 30 ngày, kể từ ngày viên chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu. Việc quy định thời hiệu như vậy xuất phát từ yêu cầu của trình tự giải quyết khiếu nại viên chức cũng tương tự như đối với cán bộ, công chức là việc giải quyết thực hiện theo nguyên tắc hai lần giải quyết của cơ quan hành chính - người ra quyết định giải quyết lần đầu và cấp trên quản lý trực tiếp giải quyết lần hai<sup>9</sup>. Ngoài ra, để bảo đảm tính khả thi của các quy định về thời hiệu, nhất là khi viên chức không thể tiến hành việc khiếu nại do các trở ngại khách quan mang lại, Luật Khiếu nại đã xác định rõ trường hợp viên chức không thực hiện được quyền khiếu nại theo đúng thời hiệu vì ốm đau, thiên tai, địch họa, đi công tác, học tập ở nơi xa hoặc vì những trở ngại khách quan khác thì thời gian có trở ngại đó không tính vào thời hiệu khiếu nại. Đây là quy định rất phù hợp, tạo thuận lợi cho người khiếu nại thực hiện quyền của mình mà không bị cản trở bởi những lý do khách quan, ngoài tầm kiểm soát của người khiếu nại<sup>10</sup>.

Thời gian để viên chức thực hiện quyền khiếu nại lần đầu trong hầu hết trường hợp sẽ dài hơn so với lần hai (15 ngày và 10 ngày), trừ trường hợp hình thức kỷ luật bị áp dụng là buộc thôi việc thì thời gian để

<sup>7</sup> Thanh tra Nhà nước, *Những vấn đề cơ bản của Luật Khiếu nại, tố cáo*, Hà Nội, năm 1998, tr. 73.

<sup>8</sup> Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Tập bài giảng Pháp luật Thanh tra, khiếu nại và tố cáo*, Nxb. Hồng Đức – Hội luật gia Việt Nam, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2017, tr. 150.

<sup>9</sup> Thanh tra Chính phủ, *Hỏi đáp pháp luật về khiếu nại (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn)*, Đề án 1-1133/QĐ-TTg, Hà Nội, năm 2014, tr. 59.

<sup>10</sup> Thanh tra Chính phủ, *Tìm hiểu pháp luật về khiếu nại (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn)*, Đề án 1-1133/QĐ-TTg, Hà Nội, năm 2014, tr. 31 - 32.

viên chức khiếu nại lần hai sẽ dài hơn (30 ngày). So với thời hiệu khiếu nại lần đầu của công dân, cơ quan, tổ chức đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính (90 ngày) thì thời gian để viên chức khiếu nại ngắn hơn rất nhiều. Điều này được lý giải vì viên chức cũng tương tự như cán bộ, công chức, họ có khả năng hiểu biết pháp luật hơn, nếu quyết định kỷ luật có tính trái pháp luật, thực sự xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của mình thì hơn ai hết họ phải có ý thức bảo vệ quyền và lợi ích của mình<sup>11</sup>. Hơn nữa, xuất phát từ việc thực hiện nhiệm vụ công vụ trong các đơn vị sự nghiệp công lập, viên chức nếu không đồng ý với quyết định kỷ luật thì cần có thái độ khản trương, kịp thời phản ứng để bảo đảm tính thông suốt, ổn định, trật tự và khả năng bảo đảm nhân sự thực hiện công việc (nếu áp dụng hình thức kỷ luật buộc thôi việc). Thời điểm bắt đầu vận hành thời hiệu khiếu nại lần đầu của viên chức là kể từ ngày họ nhận được quyết định kỷ luật, cho dù có thể họ đã biết trước về việc mình sẽ bị áp dụng hình thức kỷ luật. Quy định này bảo đảm cho các chủ thể có thể nắm bắt một cách chính xác nội dung của quyết định kỷ luật mà mình khiếu nại, tránh việc khiếu nại không có căn cứ<sup>12</sup>. Đối với khiếu nại lần hai, thời hiệu được tính kể từ thời điểm viên chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu.

### **Thứ ba, hình thức và thủ tục khiếu nại**

Hình thức khiếu nại là cách thức thực hiện quyền khiếu nại của công dân để bảo

vệ quyền, lợi ích hợp pháp của mình<sup>13</sup>. Theo quy định của Luật Khiếu nại 2011, hình thức khiếu nại bao gồm hai hình thức là khiếu nại bằng đơn và khiếu nại trực tiếp<sup>14</sup>. Việc quy định hai hình thức khiếu nại nêu trên về cơ bản kế thừa quy định của Luật Khiếu nại, tố cáo trước đây. Trong quá trình xây dựng Luật Khiếu nại, có quan điểm cho rằng, trong thời đại phát triển về công nghệ thông tin hiện nay thì không nên giới hạn hai hình thức khiếu nại như đã nêu mà nên mở rộng hình thức khiếu nại. Chẳng hạn như quy định việc khiếu nại có thể thực hiện qua điện thoại, qua thư điện tử hoặc qua fax. Việc mở rộng hình thức khiếu nại nhằm tạo điều kiện để công dân, tổ chức, cơ quan thực hiện quyền khiếu nại. Tuy nhiên, việc ghi nhận khiếu nại qua điện thoại, thư điện tử, fax trong nhiều trường hợp sẽ khó có khả năng kiểm tra, xem xét để thụ lý khiếu nại hoặc giải quyết khiếu nại vì không xác định được thông tin cụ thể về người khiếu nại, khó khăn trong việc yêu cầu người khiếu nại cung cấp thông tin, tài liệu, đặc biệt là xác định trách nhiệm cá nhân của người khiếu nại, dễ dẫn đến tình trạng khiếu nại nặc danh, mạo danh. Chính vì vậy, Luật Khiếu nại quy định việc khiếu nại chỉ có thể thông qua đơn hoặc trực tiếp khiếu nại<sup>15</sup>.

Điều 49 Luật Khiếu nại 2011 áp dụng đối với khiếu nại và giải quyết khiếu nại quyết định kỷ luật viên chức chỉ đề cập đến một hình thức khiếu nại duy nhất là bằng

<sup>11</sup> Trần Thị Hiền, *Quyền khiếu nại của cán bộ, công chức*, Tạp chí Luật học, số 03, năm 2005, tr. 60.

<sup>12</sup> Nguyễn Hoàng Yên – Phạm Thúy Vy, *Khiếu nại quyết định kỷ luật cán bộ, công chức – Thực trạng pháp luật và kiến nghị hoàn thiện*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 02, năm 2017, tr. 16.

<sup>13</sup> Thanh tra Chính phủ, *Hỏi đáp pháp luật về khiếu nại* (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn), Đề án 1-1133/QĐ-TTg, Hà Nội, năm 2014, tr. 27.

<sup>14</sup> Khoản 1 Điều 8 Luật Khiếu nại 2011.

<sup>15</sup> Thanh tra Chính phủ, *Hỏi đáp pháp luật về khiếu nại* (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn), Đề án 1-1133/QĐ-TTg, Hà Nội, năm 2014, tr. 30.

đơn. Qua đó cho thấy, viên chức trong trường hợp thực hiện việc khiếu nại của mình, chỉ có thể thông qua đơn khiếu nại để truyền tải thông tin khiếu nại của mình đến chủ thể có thẩm quyền mà không được khiếu nại trực tiếp. Trong đơn khiếu nại phải ghi rõ ngày, tháng, năm; họ, tên, địa chỉ của người khiếu nại; nội dung, lý do khiếu nại, yêu cầu của người khiếu nại và có chữ ký của người khiếu nại. Khi các nội dung này chưa được thể hiện đầy đủ thì về nguyên tắc sẽ không được tiếp nhận đơn, cần phải điều chỉnh, bổ sung, thay đổi. Có thể thấy, quy định về hình thức khiếu nại bằng đơn hay khiếu nại trực tiếp đều có những ý nghĩa nhất định. Đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính, người khiếu nại là công dân, cơ quan, tổ chức. Trong khi đó không phải bất kỳ người dân nào cũng có đầy đủ kiến thức pháp luật, lập luận một cách rõ ràng và thậm chí là biết chữ để viết đơn khiếu nại theo yêu cầu từ phía cơ quan công quyền. Từ đó, đặt ra nhu cầu cho phép người dân được khiếu nại trực tiếp để đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền trình bày vụ việc khiếu nại của mình; trách nhiệm của công chức tiếp dân là ghi nhận lại sự việc có chứa đựng thông tin về việc khiếu nại của người dân<sup>16</sup>. Tuy vậy, viên chức khi khiếu nại đối với quyết định kỷ luật, yêu cầu chủ thể này viết đơn có lẽ xuất phát từ nhận thức đây là chủ thể thực hiện nhiệm vụ công vụ, là những người được tuyển dụng và có trình độ, kiến thức nhất định. Vì lẽ đó, việc viết đơn để thể hiện rõ nét, trung thực và đầy đủ nhất thông tin

khiếu nại thông qua đơn khiếu nại không phải là một yêu cầu quá khắt khe.

Về thủ tục khiếu nại, để thực hiện việc khiếu nại của mình, viên chức sẽ gửi đơn khiếu nại lần đầu đến người đã ra quyết định kỷ luật áp dụng với họ. Như vậy, “địa chỉ” để viên chức gửi đơn khiếu nại chính là chủ thể đã ban hành quyết định kỷ luật – người đứng đầu cơ quan, tổ chức quản lý viên chức theo phân cấp<sup>17</sup>. Đơn khiếu nại lần hai được gửi đến cơ quan có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai, cụ thể: Đối với khiếu nại lần hai, viên chức sẽ gửi đơn đến người đứng đầu cơ quan, tổ chức cấp trên trực tiếp của cơ quan, tổ chức quản lý cán bộ, công chức có thẩm quyền giải quyết trong trường hợp còn khiếu nại tiếp<sup>18</sup>. Khiếu nại quyết định kỷ luật đối với người đứng đầu đơn vị sự nghiệp công lập do Thủ tướng Chính phủ bổ nhiệm thì Bộ trưởng Bộ Nội vụ là người có thẩm quyền giải quyết<sup>19</sup>.

### **3. Một số bất cập trong các quy định về việc bảo đảm quyền khiếu nại của viên chức trong Luật Khiếu nại năm 2011 và kiến nghị hoàn thiện**

Nghị định số 75/2012/NĐ-CP và Luật Khiếu nại 2011 đã có những quy định nhằm cụ thể hóa quyền khiếu nại của viên chức trong các đơn vị sự nghiệp công lập đối với quyết định kỷ luật được áp dụng với họ. Qua đó, tạo hành lang pháp lý thông thoáng và bảo đảm, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của viên chức trong quá trình thực hiện cung cấp các dịch vụ công với tư cách là một chủ thể được Nhà nước trao quyền. Tuy nhiên, trong nội tại các quy định của pháp luật khiếu nại vẫn còn những khiếm

<sup>16</sup> Người tiếp nhận khiếu nại hướng dẫn người khiếu nại viết đơn khiếu nại hoặc người tiếp nhận ghi lại việc khiếu nại bằng văn bản và yêu cầu người khiếu nại ký hoặc điểm chỉ xác nhận vào văn bản (khoản 3 Điều 8 Luật Khiếu nại 2011).

<sup>17</sup> Khoản 1 Điều 51 Luật Khiếu nại 2011.

<sup>18</sup> Khoản 2 Điều 51 Luật Khiếu nại 2011.

<sup>19</sup> Khoản 2 Điều 4 Nghị định số 75/2012/NĐ-CP.

khuyết ảnh hưởng đến khả năng thực hiện quyền khiếu nại của viên chức trên thực tế.

### ***Thứ nhất, đối tượng khiếu nại***

Như trên đã khẳng định, theo quy định của Luật Khiếu nại 2011 thì đối tượng mà viên chức được quyền khiếu nại trong các đơn vị sự nghiệp chỉ bao gồm quyết định kỷ luật với các hình thức được áp dụng đối với họ. Đối với các loại quyết định khác được thực hiện trong quá trình thực hiện nhiệm vụ công vụ mà bị chủ thể có thẩm quyền áp dụng thì Luật Khiếu nại 2011 hiện nay chưa thiết lập cơ chế thực thi. Song, về mặt pháp lý lẫn thực tiễn, không chỉ các quyết định kỷ luật mới có khả năng dẫn đến việc xâm phạm hoặc nguy cơ xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của viên chức, mà còn rất nhiều loại quyết định khác, chẳng hạn như kết luận đánh giá, phân loại viên chức là một ví dụ điển hình. Theo đó, kết luận đánh giá, phân loại là một loại văn bản phản ánh kết quả thực hiện công việc hoặc nhiệm vụ theo hợp đồng làm việc đã ký kết, việc thực hiện quy định về đạo đức nghề nghiệp, tinh thần trách nhiệm, thái độ phục vụ nhân dân, tinh thần hợp tác với đồng nghiệp và việc thực hiện quy tắc ứng xử của viên chức; việc thực hiện các nghĩa vụ khác của viên chức<sup>20</sup>. Đây chính là tiền đề để chủ thể có thẩm quyền làm căn cứ tiếp tục bố trí, sử dụng, bổ nhiệm, miễn nhiệm, đào tạo, bồi dưỡng, khen thưởng, kỷ luật và thực hiện chế độ, chính sách đối với viên chức<sup>21</sup>. Vì thế, kết luận đánh giá, phân loại viên chức được xem là một văn bản ảnh hưởng rất lớn đến danh dự, uy tín, sự nghiệp chính trị, công ăn việc làm của chính bản thân người viên chức. Thậm chí, theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 29 Luật Viên chức năm

2010, đơn vị sự nghiệp công lập được đơn phương chấm dứt hợp đồng làm việc với viên chức trong trường hợp viên chức có 02 năm liên tiếp bị phân loại đánh giá ở mức độ không hoàn thành nhiệm vụ. Đặt ra trường hợp kết luận đánh giá, phân loại viên chức vì nhiều lý do khác nhau chưa phản ánh được đầy đủ tính khách quan, chính xác và toàn diện về những kết quả công việc hay các khía cạnh khác nhau của viên chức thì sẽ kéo theo rất nhiều hệ lụy (trong đó bao gồm việc đơn vị sự nghiệp công lập được quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng làm việc với viên chức). Nếu viên chức không khiếu nại kết luận đánh giá, phân loại thì sẽ không có quyền khiếu nại đối với quyết định đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động nữa<sup>22</sup>.

Theo quy định tại điểm b khoản 1 Điều 7 Nghị định số 56/2015/NĐ-CP ngày 09/6/2015 của Chính phủ về đánh giá và phân loại cán bộ, công chức, viên chức, sau khi nhận được thông báo kết quả đánh giá, phân loại viên chức của người hoặc cấp có thẩm quyền, trường hợp viên chức không nhất trí với kết luận đánh giá, phân loại thì có quyền khiếu nại theo quy định của pháp luật về khiếu nại. Từ đó cho thấy, quy định chuyên ngành về đánh giá, phân loại viên chức đã mở ra khả năng cho phép viên chức được quyền khiếu nại đối với kết luận đánh giá, phân loại viên chức; và cơ sở pháp lý để viên chức thực hiện quyền khiếu nại của mình chính là pháp luật về khiếu nại. Thậm chí, nội dung này đã được luật định tại Điều 49 Luật Viên chức năm 2010 như sau: Việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại của viên

<sup>20</sup> Điều 41 Luật Viên chức năm 2010.

<sup>21</sup> Điều 39 Luật Viên chức năm 2010.

<sup>22</sup> Lê Thị Thúy, *Quyền khiếu nại của công chức, viên chức ở Việt Nam hiện nay*, <https://hanam.gov.vn/thanhtra/Pages/quyen-khieu-nai-cua-cong-chuc-vien-chuc-o-viet-nam-hien-nay.aspx>, truy cập ngày 07/12/2019.

chức đối với các quyết định của người đứng đầu đơn vị sự nghiệp công lập hoặc cấp có thẩm quyền liên quan đến quản lý viên chức được thực hiện theo quy định của pháp luật. Song, như trên đã đề cập, Luật Khiếu nại 2011 hiện nay chỉ quy định đối tượng mà viên chức được quyền khiếu nại trong các đơn vị sự nghiệp công lập là quyết định kỷ luật, không quy định về cơ chế khiếu nại và giải quyết khiếu nại đối với kết luận đánh giá, phân loại viên chức hay các loại văn bản khác. Đây chính là khiếm khuyết cũng đồng thời là mâu thuẫn giữa pháp luật về quản lý viên chức với pháp luật khiếu nại. Một bên thì mở cánh cửa để viên chức bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, đến lượt mình, pháp luật khiếu nại lại đóng cánh cửa đó lại và trong bối cảnh như vậy, viên chức sẽ không biết cách phải ứng xử như thế nào cho phù hợp để phản ứng với kết luận phân loại, đánh giá mà họ cho rằng là chưa phù hợp. Ngoài ra, còn nhiều văn bản, quyết định liên quan đến chế độ, chính sách của viên chức trong một chừng mực nào đó cũng có khả năng xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của viên chức. Nhưng, theo quy định của pháp luật khiếu nại hiện hành thì viên chức không được trao công cụ để họ có thể tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình vì pháp luật khiếu nại chỉ đặt ra vấn đề khiếu nại với quyết định kỷ luật.

Tựu trung lại, để bảo đảm quyền khiếu nại của viên chức và khả năng bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể này trong quá trình thực hiện nhiệm vụ, công vụ, tạo tâm thế an tâm công tác, an tâm cống hiến, pháp luật khiếu nại cần ghi nhận và mở rộng loại đối tượng khiếu nại mà viên chức được quyền phản ứng trước chủ thể có thẩm quyền. Cụ thể, đối tượng khiếu nại của viên chức trong đơn vị sự nghiệp công lập nên là tất cả các quyết định có sự ảnh hưởng, xâm

phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của viên chức. Điều này không những góp phần bảo đảm đạt được mục tiêu như trên mà còn bảo đảm sự tương thích giữa pháp luật khiếu nại với pháp luật viên chức theo quy định tại Điều 49 Luật Viên chức năm 2010.

#### **Thứ hai, thời hiệu khiếu nại**

*Một là, quy định về một số trường hợp không tính vào thời hiệu khiếu nại chưa rõ ràng và thủ tục xác định còn chưa cụ thể*

Theo quy định tại Điều 48 Luật Khiếu nại 2011, trong trường hợp viên chức không thực hiện được quyền khiếu nại theo đúng thời hiệu vì ốm đau, thiên tai, địch họa, đi công tác, học tập ở nơi xa hoặc vì những trở ngại khách quan khác thì thời gian có trở ngại đó không tính vào thời hiệu khiếu nại. Mặc dù đây là quy định phù hợp và bảo đảm quyền khiếu nại của viên chức, nhưng có thể thấy, Luật Khiếu nại cũng như các văn bản quy định chi tiết không làm rõ thế nào là trở ngại khách quan và thủ tục xác nhận để xác định những trường hợp được coi là trở ngại khách quan mà người khiếu nại không thể thực hiện được việc khiếu nại theo đúng quy định<sup>23</sup>. Từ đó, dẫn đến việc xác định các trường hợp được xem là trở ngại khách quan ở mỗi nơi khác nhau, cùng một lý do, nhưng có nơi tiếp nhận, có nơi lại không tiếp nhận. Lấy ví dụ điển hình như việc đơn vị sự nghiệp công lập chuyển trụ sở; người đứng đầu đơn vị sự nghiệp công lập chết và chưa có người thay thế làm cho viên chức không thể thực hiện việc khiếu nại ngay; cán bộ phụ trách xử lý đơn của cấp có thẩm quyền không đúng quy định (đơn khiếu nại của viên chức nhưng phân loại là đơn kiến nghị,

<sup>23</sup> Thanh tra Chính phủ, *Hỏi đáp pháp luật về khiếu nại* (Tài liệu tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật cho cán bộ, nhân dân ở xã, phường, thị trấn), Đề án 1-1133/QĐ-TTg, Hà Nội, năm 2014, tr. 29.

phản ánh, chậm xử lý đơn theo quy định);... thì có được xem là trở ngại khách quan hay không? Điều này làm cho việc áp dụng pháp luật không thống nhất, vừa thể hiện tính không minh bạch vừa không bảo đảm tính công bằng trong việc bảo đảm quyền khiếu nại của viên chức.

Mặt khác, thủ tục để xác nhận những trường hợp làm căn cứ không tính vào thời hiệu khiếu nại cũng chưa được pháp luật khiếu nại làm rõ. Trong những trường hợp như trên thì chủ thể nào xác nhận, có cần xuất trình giấy tờ chứng minh hay không hay dựa vào nhận thức chủ quan của chủ thể tiếp nhận việc khiếu nại. Tại địa bàn Tp. Hà Nội, theo Quyết định số 80/2014/QĐ-UBND ngày 14/11/2014 của Ủy ban nhân dân Tp. Hà Nội ban hành quy định về khiếu nại và giải quyết khiếu nại thuộc Tp. Hà Nội (phạm vi điều chỉnh của quyết định này bao gồm việc khiếu nại và giải quyết khiếu nại trong các đơn vị sự nghiệp công lập, quyết định kỷ luật đối với viên chức – Điều 1) có quy định như sau: Trong trường hợp người khiếu nại không thực hiện được việc khiếu nại theo đúng thời hiệu vì ốm đau, thiên tai, đi công tác, học tập ở nơi xa hoặc vì những trở ngại khác, thì thời gian có trở ngại đó không tính vào thời hiệu khiếu nại. Người khiếu nại phải cung cấp giấy xác nhận của Ủy ban nhân dân cấp xã, cơ sở y tế hoặc cơ quan, tổ chức nơi người khiếu nại làm việc về trở ngại khách quan cho người giải quyết khiếu nại (Điều 5). Như vậy, Tp. Hà Nội đã đặt ra quy định cụ thể để giải quyết cho vướng mắc trên nhằm bảo đảm việc áp dụng pháp luật được đồng bộ và thống nhất trên toàn địa bàn. Song, đây chỉ mới là quy định áp dụng tại một địa phương cụ thể mà không mang tính quy phạm trong phạm vi cả nước. Vì thế, sự không thống nhất tại các địa phương khác nhau là hiện

tượng không thể tránh khỏi khi áp dụng quy định trên.

*Hai là, quy định về thời điểm xác định thời hiệu khiếu nại lần hai không khả thi trong một số trường hợp*

Theo quy định tại Điều 48 Luật Khiếu nại 2011, thời điểm xác định thời hiệu khiếu nại lần hai của viên chức là 10 ngày kể từ ngày viên chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu; đối với quyết định kỷ luật buộc thôi việc thì thời hiệu khiếu nại lần hai là 30 ngày kể từ ngày cán bộ, công chức nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu. Tuy vậy, trên thực tế vẫn xuất hiện một số trường hợp mà chủ thể có thẩm quyền không ban hành quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu mặc dù đã quá thời hạn giải quyết khiếu nại. Thậm chí vấn đề này cũng đã được thừa nhận gián tiếp theo quy định tại khoản 3 Điều 51 của Luật Khiếu nại 2011: Bộ trưởng Bộ Nội vụ có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đối với quyết định kỷ luật mà Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, Thủ trưởng cơ quan thuộc Chính phủ, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh đã giải quyết lần đầu nhưng còn khiếu nại hoặc khiếu nại lần đầu **đã hết thời hạn nhưng chưa được giải quyết**. Điều đó cho thấy pháp luật khiếu nại đã chính thức thừa nhận khả năng khiếu nại lần hai của người khiếu nại trong trường hợp hết thời hạn giải quyết khiếu nại lần đầu, nhưng vụ việc khiếu nại không được giải quyết. Dĩ nhiên, hệ quả pháp lý trong trường hợp này là người khiếu nại không thể nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu. Đặt ra vấn đề mặc dù nhận thấy thời hạn giải quyết khiếu nại lần đầu đã hết, nhưng người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại không ban hành quyết định giải quyết khiếu nại, nếu áp dụng theo quy định tại Điều 48 Luật Khiếu nại 2011, viên chức không thể thực hiện việc khiếu

nại lần hai của mình được. Từ đó cho thấy, đây không thể được xác định là thời điểm bắt đầu tính thời hiệu khiếu nại lần hai với viên chức để buộc viên chức đi khiếu nại trong một khoảng thời gian cố định.

Tựu trung lại, để bảo đảm quy định về thời hiệu khiếu nại được thiết lập dựa trên tinh thần hợp lý, bảo đảm quyền khiếu nại của viên chức và cũng để tạo điều kiện cho việc giải quyết khiếu nại được khách quan, hiệu quả thì cần xác định thời hiệu khiếu nại lần hai của viên chức được tính từ thời điểm nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu hoặc hết thời hạn giải quyết khiếu nại lần đầu, nhưng khiếu nại lần đầu không được giải quyết<sup>24</sup>. Đồng thời, cần làm rõ các trường hợp nào là trở ngại khách quan bên cạnh các lý do đã được pháp luật liệt kê cụ thể để bảo đảm việc thực thi pháp luật được hiệu quả và thống nhất. Về vấn đề này, có thể tham khảo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 như sau: Trở ngại khách quan là những trở ngại do hoàn cảnh khách quan tác động làm cho người có quyền, nghĩa vụ dân sự không thể biết về việc quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm hoặc không thể thực hiện được quyền, nghĩa vụ dân sự của mình (Điều 156 Bộ luật Dân sự năm 2015)<sup>25</sup>. Ngoài ra, quan điểm của Thanh tra

<sup>24</sup> Thực chất nội dung này đã được quy định cụ thể đối với khiếu nại lần hai của công dân, cơ quan, tổ chức đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính theo quy định tại Điều 33 Luật Khiếu nại 2011: Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày hết thời hạn giải quyết khiếu nại quy định tại Điều 28 của Luật này **mà khiếu nại lần đầu không được giải quyết hoặc kể từ ngày nhận được quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu** mà người khiếu nại không đồng ý thì có quyền khiếu nại đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai; đối với vùng sâu, vùng xa đi lại khó khăn thì thời hạn có thể kéo dài hơn nhưng không quá 45 ngày.

<sup>25</sup> Nội dung này cũng tương tự như trở ngại khách quan được xác định trong Luật Tố tụng Hành chính 2015: Trở ngại khách quan là những trở ngại do hoàn

Tp. Hồ Chí Minh về vấn đề này cũng nên được lan tỏa để bảo đảm tối đa nhất quyền khiếu nại của viên chức và khả năng bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của họ như sau: Người giải quyết khiếu nại nên tham khảo các quy định khác và căn cứ từng vụ việc cụ thể để tính thời hiệu khiếu nại cho người khiếu nại trên tinh thần bảo vệ các quyền, lợi ích hợp pháp của người khiếu nại<sup>26</sup>. Về thủ tục xác nhận các trường hợp không tính vào thời hiệu khiếu nại, nên chăng cần tham khảo quy định của Ủy ban nhân dân Tp. Hà Nội để thiết lập rõ chủ thể, văn bản xác nhận. Từ đó, tạo hành lang pháp lý để viên chức có thể nhận thức rõ nhằm thực hiện pháp luật cho phù hợp và bảo đảm các chủ thể tiếp nhận khiếu nại áp dụng pháp luật một cách rõ ràng, chính xác và thống nhất.

### *Thứ ba, hình thức khiếu nại*

Như trên đã khẳng định, viên chức hiện nay chỉ được khiếu nại dưới một hình thức duy nhất là khiếu nại bằng đơn, không được quyền khiếu nại trực tiếp. Song, dưới góc độ bảo đảm tối đa nhất quyền khiếu nại của viên chức dựa trên quan điểm xuyên suốt về quyền khiếu nại là một công cụ để viên chức có thể bảo vệ được quyền và lợi ích hợp pháp của mình trước nguy cơ bị xâm phạm bởi các quyết định kỷ luật thì nên chăng cần bổ sung hình thức khiếu nại trực tiếp đối với viên chức. Trên thực tế vẫn tồn tại các trường hợp vì cho rằng việc viết đơn

cảnh khách quan tác động làm cho người có quyền, nghĩa vụ không thể biết về việc quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm hoặc không thể thực hiện được quyền hoặc nghĩa vụ của mình (khoản 13 Điều 3 Luật Tố tụng Hành chính 2015).

<sup>26</sup> Thông báo số 33/TB-TTTP-P4 ngày 29/04/2016 của Thanh tra Tp. Hồ Chí Minh thông báo kết luận về cuộc họp Quý 1/2016 của Cụm thi đua số 3, *Hướng dẫn, giải đáp những vướng mắc về khiếu nại, tố cáo đính kèm Thông báo số 33/TB-TTTP-P4*, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 01.

khiếu nại là khó khăn, phức tạp nên nhiều người khiếu nại “chùn bước” mà không thực hiện quyền hiến định để tự bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Bên cạnh đó, trong bối cảnh mà thời hiệu khiếu nại dành cho viên chức là cực kỳ hạn hẹp, chỉ 15 ngày (đối với khiếu nại lần đầu) hoặc chỉ 10 ngày (đối với khiếu nại lần hai – trừ trường hợp bị áp dụng hình thức kỷ luật buộc thôi việc là 30 ngày) thì việc ràng buộc viết đơn khiếu nại để đệ trình đến chủ thể có thẩm quyền vô hình trung tạo ra một rào cản đối với việc thực hiện quyền khiếu nại của viên chức. Thiết nghĩ, nếu thừa nhận việc khiếu nại trực tiếp đối với viên chức, ít nhất về mặt hình thức, việc khiếu nại sẽ sớm được thực hiện bởi viên chức trên thực tế hơn là việc viết đơn khiếu nại với đầy đủ các nội dung cần có của một đơn khiếu nại do pháp luật yêu cầu<sup>27</sup>. Khi nhận được quyết định kỷ luật áp dụng đối với mình, trong trường hợp muốn khiếu nại, viên chức chỉ cần đến chủ thể có thẩm quyền để trình bày về sự việc của mình thì đã được xem là thực hiện việc khiếu nại. Ở một khía cạnh khác, nếu viên chức thực hiện quyền khiếu nại của mình một cách khẩn trương thì chủ thể có thẩm quyền càng có cơ hội để nhanh chóng xem xét lại quyết định kỷ luật mà họ đã ban hành nhằm kịp thời điều chỉnh nếu có sai sót hơn là nhận được sự im lặng từ phía người khiếu nại trong khi bản thân đối tượng khiếu nại thực sự chưa phù hợp. Từ đó, thể chế công vụ tự nhiên cũng trở nên thông suốt, ổn định vì sớm giải đáp được những lãn tãn, hoài nghi và phản ứng của

viên chức vì cho rằng việc áp dụng kỷ luật đối với họ chưa đúng pháp luật.

Một điểm nữa cũng cần lưu ý, hiện nay pháp luật khiếu nại vẫn chưa làm rõ được cách thức thực hiện việc khiếu nại của viên chức. Mặc dù pháp luật đã đề cập rất rõ về thủ tục khiếu nại của viên chức, nhưng chỉ hàm ý nói đến trường hợp nộp đơn trực tiếp tại chủ thể có thẩm quyền mà chưa dự liệu đến các trường hợp khác như viên chức nộp đơn khiếu nại thông qua bưu điện, phương tiện chuyên phát nhanh, ứng dụng giao bưu phẩm (Grab, Go viet...)... Thực tế này đặt ra một câu chuyện là không phải tất cả các đơn vị sự nghiệp công lập đều chấp thuận và tiếp nhận đơn khiếu nại của viên chức. Một hệ quả kéo theo cũng cần phải giải quyết là khi nhận đơn khiếu nại được gửi thông qua các cách thức trên, đơn khiếu nại chưa thể hiện được các thông tin cơ bản cần có theo quy định tại Điều 49 Luật Khiếu nại 2011 thì việc hướng dẫn viết đơn được thực hiện như thế nào, đơn chưa hợp lệ liệu vẫn được xác định là khiếu nại còn trong thời hiệu hay không? (xác định thời điểm nhận đơn để xem xét còn hay đã hết thời hiệu khiếu nại). Do vậy, thiết nghĩ cần có những quy định cụ thể về cách thức gửi đơn khiếu nại của viên chức làm cơ sở để thực hiện trên thực tế. Theo đó, cần ghi nhận trong trường hợp người khiếu nại gửi đơn khiếu nại thông qua các phương tiện khác mà không gửi trực tiếp thì bộ phận tiếp nhận cần tiếp nhận, vào sổ theo dõi đơn và thực hiện bước đánh giá, xử lý đơn để xem xét chuyển đơn hay viết giấy biên nhận nhằm tiến tới thực hiện thủ tục thụ lý hoặc không thụ lý vụ việc khiếu nại. Thời điểm nhận đơn cũng được xem là thời điểm người khiếu nại thực hiện việc khiếu nại bất kể đơn đã đầy đủ hay còn thiếu sót các nội dung theo yêu cầu của pháp luật.

<sup>27</sup> Các đại biểu Quốc hội cũng đã từng đề nghị bổ sung thêm hình thức khiếu nại trực tiếp áp dụng đối với đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức. Xem thêm Văn phòng Quốc hội, Báo cáo ngày 14/10/2011 của Văn phòng Quốc Hội tổng hợp ý kiến các Đoàn đại biểu Quốc hội, đại biểu Quốc hội về dự án Luật Khiếu nại, Hà Nội, năm 2011, tr. 17.

# MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ QUY ĐỊNH ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI PHẠM TỘI TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 (SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017)

*Phan Thị Phương Hiền\**

**Tóm tắt:** Bài viết nghiên cứu một số quy định đối với người dưới 18 tuổi trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), tập trung vào các vấn đề: Tổng hợp hình phạt trong trường hợp có nhiều bản án đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, tha tù trước thời hạn có điều kiện và xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi; từ đó tác giả đưa ra một số định hướng hoàn thiện các vấn đề này.

**Abstract:** The article studies regulations applicable to under 18 year-old Offenders in the Criminal Code of 2015 (Amended 2015) with a focus on: combination of sentences of multiple judgements against under 18 year-old Offenders, conditional parole, expungement of conviction; thereby, the author makes proposals for legal improvement in this respect.

## **Dẫn nhập**

Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)<sup>1</sup> đã quy định thêm nhiều nội dung mới áp dụng cho người phạm tội, trong đó, có các quy định tại mục 5, Chương XII về Quyết định hình phạt, tổng hợp hình phạt, miễn hình phạt, xóa án tích” đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

Mục 5, Chương XII BLHS năm 2015 bao gồm 6 điều luật, trong đó có 3 điều luật mới lần đầu được quy định trong BLHS gồm: Quyết định hình phạt trong trường hợp chuẩn bị phạm tội, phạm tội chưa đạt (Điều 102), Tổng hợp hình phạt của nhiều bản án (Điều 104) và tha tù trước thời hạn có điều kiện (Điều 106); hai điều luật: Tổng hợp hình phạt trong trường hợp phạm nhiều tội (Điều 103) và xóa án tích (Điều 107) trước đây đã được ghi nhận trong BLHS

năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), nhưng đến BLHS năm 2015 đã được sửa đổi cơ bản về nội dung. Chỉ riêng quy định giảm mức hình phạt đã tuyên (Điều 105) là không có sự sửa đổi.

Có thể thấy, BLHS năm 2015 đã quy định chi tiết hơn các trường hợp quyết định hình phạt, tổng hợp hình phạt đối với người dưới 18 tuổi; việc quyết định, tổng hợp hình phạt cũng như xóa án tích cũng được sửa đổi theo hướng có lợi cho người bị kết án là người dưới 18 tuổi. Bên cạnh đó, quy định về tha tù trước thời hạn có điều kiện cũng là một quy định có lợi cho người phạm tội. Tuy nhiên, để việc áp dụng được thống nhất cũng như tiến tới hoàn thiện các quy định của BLHS năm 2015, tác giả cho rằng, cần làm rõ nội dung trong một số quy định sau:

## **1. Tổng hợp hình phạt trong trường hợp có nhiều bản án đối với người dưới 18 tuổi phạm tội**

Điều 104 BLHS năm 2015 quy định:

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

<sup>1</sup> Sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015.

“Việc tổng hợp hình phạt trong trường hợp một người đang phải chấp hành một bản án mà lại bị xét xử về tội đã phạm trước hoặc sau khi có bản án này, được thực hiện theo quy định tại Điều 55 và Điều 56 của Bộ luật này.

*Hình phạt chung không được vượt quá mức hình phạt cao nhất quy định tại Điều 103 của Bộ luật này”.*

Theo quy định này thì tổng hợp hình phạt của nhiều bản án đối với người dưới 18 tuổi cơ bản bao gồm các bước sau:

*Thứ nhất*, xác định trường hợp nhiều bản án này thuộc trường hợp nào tại Điều 56 BLHS năm 2015, là trường hợp đang chấp hành một bản án lại bị đưa ra xét xử về tội đã phạm trước khi có bản án (khoản 1 Điều 56) hay thuộc trường hợp đang chấp hành một bản án lại phạm tội mới (khoản 2 Điều 56).

*Thứ hai*, áp dụng quy tắc tổng hợp hình phạt chính tại khoản 1 Điều 55 BLHS năm 2015 (bao gồm quy tắc thu hút hình phạt và cộng hình phạt) để không chế mức tối đa cũng như biết cách tổng hợp khi có nhiều loại hình phạt chính được tuyên<sup>2</sup>.

*Thứ ba*, xác định mức hình phạt tối đa sau khi đã tổng hợp theo các trường hợp đã được quy định tại Điều 103 BLHS năm 2015. Theo Điều 104 BLHS năm 2015, mức hình phạt tổng hợp không được vượt quá mức hình phạt cao nhất quy định tại Điều 103. Tuy nhiên, quy định như vậy có thể dẫn đến hai cách hiểu:

*Cách hiểu 1*: Sau khi tổng hợp hình phạt theo quy tắc tại Điều 55, Điều 56; Hội

đồng xét xử chỉ cần không chế mức hình phạt cao nhất quy định tại Điều 103 tương ứng với mức hình phạt cao nhất theo từng khoản thuộc Điều 103. Nếu theo quan điểm này, Hội đồng xét xử không cần so sánh mức hình phạt đã tuyên đối với từng tội trong các bản án.

*Cách hiểu 2*: Sau khi tổng hợp hình phạt theo quy tắc tại Điều 55, Điều 56; Hội đồng xét xử cần phải so sánh mức hình phạt đã tuyên cho từng tội theo từng trường hợp được quy định tại các khoản thuộc Điều 103, từ đó mới đưa ra được mức không chế tối đa.

Từ việc phân tích quy định tại Điều 104 BLHS năm 2015, tác giả cho rằng, cần sớm có văn bản hướng dẫn áp dụng quy định tại Điều 104 BLHS với những nội dung cần thống nhất sau:

*Một là*, cần hiểu thống nhất về quy định tại đoạn cuối Điều 104 BLHS “...*Hình phạt chung không được vượt quá mức hình phạt cao nhất quy định tại Điều 103 của Bộ luật này*”.

Như hai cách hiểu đã được phân tích, tác giả chia sẻ và đồng quan điểm với cách hiểu thứ hai về việc tổng hợp hình phạt. Bởi, cách hiểu này thể hiện được sự phân hóa trong trách nhiệm hình sự (TNHS) đối với người phạm tội và có lợi cho người bị kết án. Chính vì vậy, trong văn bản hướng dẫn áp dụng Điều 104 cũng nên ghi nhận vấn đề này.

*Hai là*, theo quan điểm của tác giả, quy định tổng hợp hình phạt đối với người dưới 18 tuổi tại Điều 104 chưa phân hóa đúng TNHS đối với người phạm tội trong trường hợp đang chấp hành một bản án lại bị đưa ra xét xử về tội phạm đã thực hiện trước khi có

<sup>2</sup> Không áp dụng hình phạt bổ sung đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nên không tổng hợp hình phạt bổ sung tại khoản 2 Điều 55 BLHS năm 2015.

bản án đang chấp hành và trường hợp một người đang chấp hành một bản án lại phạm tội mới.

So sánh với trường hợp có nhiều bản án đối với người đủ 18 tuổi trở lên (Điều 56), thời gian thực tế mà người bị kết án phải chấp hành hình phạt tù có thời hạn có thể trên 30 năm tù nếu thuộc trường hợp đang chấp hành bản án lại phạm tội mới (khoản 2 Điều 56); còn thời gian thực tế chấp hành không thể vượt quá 30 năm tù nếu người bị kết án đang chấp hành một bản án lại bị đưa ra xét xử về một tội đã phạm trước khi có bản án này (khoản 1 Điều 56). Trong khi theo Điều 104, người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi đang chấp hành một bản án lại phạm tội mới hay đang chấp hành một bản án lại bị đưa ra xét xử về tội đã phạm trước khi có bản án đang chấp hành thì mức hình phạt chấp hành trên thực tế đều có thể trên 18 năm tù<sup>3</sup>. Như vậy, quy định này đã không phân hóa đúng TNHS của người phạm tội<sup>4</sup>.

Do đó, để hình phạt tương xứng với mức độ nguy hiểm với hành vi phạm tội, cần có những hướng dẫn về việc tổng hợp hình phạt theo hướng:

- *Người phạm tội dưới 18 tuổi có nhiều bản án trong trường hợp đang chấp hành một bản án lại bị đưa ra xét xử về một tội đã phạm trước đó thì mức hình phạt tổng hợp không được vượt quá mức hình phạt cao nhất tại Điều 103 BLHS và thời gian*

<sup>3</sup> Tương tự người phạm tội trong nhóm từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi khi tổng hợp hình phạt nhiều bản án cũng không phân hóa được TNHS.

<sup>4</sup> Vì mức độ nguy hiểm của hai trường hợp trên là khác nhau, trường hợp một người đang chấp hành một bản án lại phạm tội mới sẽ có mức độ nguy hiểm cao hơn trường hợp một người đang chấp hành một bản án lại bị đưa ra xét xử về một tội đã phạm trước khi có bản án.

*thực tế chấp hành cũng không được vượt quá mức hình phạt cao nhất được quy định tại Điều 103 BLHS.*

- *Nếu người phạm tội dưới 18 tuổi có nhiều bản án trong trường hợp đang chấp hành một bản án lại phạm tội mới thì mức hình phạt tổng hợp không được vượt quá mức hình phạt cao nhất tại Điều 103 BLHS nhưng thời gian thực tế chấp hành có thể vượt quá mức hình phạt cao nhất được quy định tại Điều 103 BLHS.*

## **2. Tha tù trước thời hạn có điều kiện đối với người dưới 18 tuổi phạm tội**

Điều 106 BLHS năm 2015 quy định:

*1. Người dưới 18 tuổi đang chấp hành án phạt tù, nếu không thuộc các trường hợp quy định tại khoản 2 Điều 66 của Bộ luật này có thể được tha tù trước thời hạn khi có đủ các điều kiện sau đây:*

- a) Phạm tội lần đầu;*
- b) Có nhiều tiến bộ, có ý thức cải tạo tốt;*
- c) Đã chấp hành được một phần ba thời hạn phạt tù;*
- d) Có nơi cư trú rõ ràng<sup>5</sup>.*

*2. Việc tha tù trước thời hạn có điều kiện được thực hiện theo quy định tại các khoản 3, 4 và 5 Điều 66 của Bộ luật này”.*

Theo khoản 2 Điều 106 và khoản 4 Điều 66 BLHS năm 2015, người dưới 18 tuổi nếu được áp dụng biện pháp tha tù trước thời hạn có điều kiện mà trong thời gian thử thách cố ý vi phạm nghĩa vụ 02 lần trở lên hoặc bị xử phạt vi phạm hành chính

<sup>5</sup> Các điều kiện này đã được hướng dẫn tại khoản 2, 3, 4 Điều 2 và Điều 4 Nghị quyết số 01/2018/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng Điều 66 và Điều 106 BLHS về tha tù trước thời hạn có điều kiện.

02 lần trở lên, tòa án có thể hủy bỏ quyết định tha tù trước thời hạn có điều kiện đối với người đó và buộc họ phải chấp hành phần hình phạt tù còn lại.

Còn nếu thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời gian thử thách, tòa án buộc người đó chấp hành hình phạt của bản án mới và tổng hợp với phần hình phạt tù chưa chấp hành của bản án trước theo quy định tại Điều 56 của Bộ luật này.

Tuy nhiên, hiện nay trong luật cũng như Nghị quyết số 01/2018/NQ-HĐTP hướng dẫn áp dụng Điều 66 và Điều 106 BLHS không hướng dẫn trường hợp người dưới 18 tuổi được tha tù trước thời hạn có điều kiện không có vi phạm trong thời gian thử thách, nhưng lại bị đưa ra xét xử về một tội đã thực hiện trước khi có bản án thì hậu quả pháp lý sẽ thế nào.

Theo quan điểm của tác giả, khi đã có nghị quyết hướng dẫn thì vấn đề này nên được ghi nhận để việc áp dụng thống nhất hơn. Vì vậy, nên bổ sung thêm hướng dẫn trường hợp còn lại khi áp dụng biện pháp tha tù trước thời hạn có điều kiện:

*Nếu trong thời gian thử thách, người dưới 18 tuổi (cũng như đủ 18 tuổi trở lên) được tha tù trước thời hạn có điều kiện bị đưa ra xét xử về tội đã thực hiện trước khi có bản án thì không vi phạm điều kiện của tha tù trước thời hạn có điều kiện. Trường hợp này sẽ không tổng hợp hình phạt mà người phạm tội đồng thời sẽ chấp hành hai bản án.*

### **3. Xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi**

Quy định xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi trong BLHS năm 2015 đã có những sửa đổi so với BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) như: Quy định mới các

trường hợp không có án tích tại khoản 1 Điều 107, quy định chi tiết thời hạn xóa án tích vào trong khoản 2 Điều 107, cũng như quy định thời điểm được tính thời hạn để xóa án tích theo hướng có lợi hơn.

Qua việc tìm hiểu quy định xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi, tác giả cho rằng, một số quy định sau đây còn chưa hợp lý:

**Thứ nhất**, khoản 1 Điều 107 quy định về một số trường hợp không có án tích là không hợp lý

Khoản 1 Điều 107 quy định: “Người dưới 18 tuổi bị kết án được coi là không có án tích, nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây:

- a) Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi;
- b) Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng do vô ý;
- c) Người bị áp dụng biện pháp tư pháp quy định tại Mục 3 Chương này”.

BLHS năm 2015 quy định trường hợp có và còn án tích là căn cứ để xác định tái phạm, tái phạm nguy hiểm; đây còn là dấu hiệu định tội trong một số tội danh được quy định tại phần các tội phạm. Đối chiếu với Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 thì luật này không quy định các trường hợp người bị xử phạt hành chính, bị áp dụng các biện pháp xử lý hành chính và đồng thời tính thời hạn được coi là chưa bị xử phạt hành chính. Vì vậy, bất kỳ trường hợp nào bị xử phạt hành chính hay áp dụng biện pháp xử lý hành chính đều phải tính thời hạn được coi là chưa bị xử phạt hành chính<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> “Thời hạn được coi là chưa bị xử lý vi phạm hành chính” trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định:

Điều 7. Thời hạn được coi là chưa bị xử lý vi phạm hành chính

Bên cạnh đó, trong phần các tội phạm quy định dấu hiệu bị kết án chưa được xóa án tích và tình tiết bị xử phạt hành chính là tình tiết để định tội. Chính vì vậy, sẽ dẫn đến trường hợp một người bị kết án, nhưng thuộc trường hợp không có án tích thì không xem đây là căn cứ để xác định tội phạm; trong khi một người bị xử phạt hành chính lại bị xem là dấu hiệu để định tội là không hợp lý vì hành vi ít nguy hiểm hơn lại được xem là dấu hiệu định tội so với hành vi nguy hiểm hơn.

Ví dụ: Tội trộm cắp tài sản (Điều 173) quy định nếu người nào thực hiện hành vi trộm cắp dưới 2 triệu đồng nhưng thuộc trường hợp:

- Đã bị xử phạt hành chính về hành vi chiếm đoạt tài sản mà còn vi phạm;

1. Cá nhân, tổ chức bị xử phạt vi phạm hành chính, nếu trong thời hạn 06 tháng, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt cảnh cáo hoặc 01 năm, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính khác hoặc từ ngày hết thời hiệu thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính mà không tái phạm thì được coi là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính.

2. Cá nhân bị áp dụng biện pháp xử lý hành chính, nếu trong thời hạn 02 năm, kể từ ngày chấp hành xong quyết định áp dụng biện pháp xử lý hành chính hoặc 01 năm kể từ ngày hết thời hiệu thi hành quyết định áp dụng biện pháp xử lý hành chính mà không tái phạm thì được coi là chưa bị áp dụng biện pháp xử lý hành chính.

Điều 137. Thời hạn được coi là chưa bị xử lý vi phạm hành chính đối với người chưa thành niên

1. Người chưa thành niên được coi là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính nếu trong thời hạn 06 tháng, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hoặc từ ngày hết thời hiệu thi hành quyết định xử phạt mà không tái phạm.

2. Người chưa thành niên bị áp dụng biện pháp xử lý hành chính nếu trong thời hạn 01 năm, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử lý hoặc từ ngày hết thời hiệu thi hành quyết định xử lý mà không tái phạm thì được coi là chưa bị áp dụng biện pháp xử lý hành chính.

- Đã bị kết án về tội này hoặc về một các tội được quy định tại Điều 168, 169, 170, 171, 172, 174, 175 và 290 của Bộ luật này chưa được xóa án tích mà còn vi phạm.

Nếu người 17 tuổi trộm cắp 200 ngàn đồng bị xử phạt hành chính mà tiếp tục trộm cắp tài sản dưới 2 triệu đồng khi thời hạn xử phạt hành chính chưa hết thì bị coi là phạm tội trộm cắp tài sản. Còn nếu người 17 tuổi trộm cắp 3 triệu đồng, bị kết án theo khoản 1 Điều 173 thì trường hợp này không có án tích, sau khi chấp hành xong hình phạt tiếp tục thực hiện hành vi trộm cắp tài sản dưới 2 triệu đồng thì lại không bị coi là phạm tội. Như vậy là bất hợp lý.

Vì vậy, để đảm bảo tính công bằng cho người phạm tội cũng như có sự phù hợp giữa việc xử lý hành chính và xử lý hình sự, tác giả kiến nghị bỏ các trường hợp không có án tích đối với người dưới 18 tuổi phạm tội quy định điểm a, b khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015.

*Thứ hai, BLHS năm 2015 chưa có quy định về xóa án tích trong trường hợp đặc biệt đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án*

Xóa án tích trong trường hợp đặc biệt là xóa án tích do tòa án quyết định, nhưng ở thời điểm sớm hơn khi thỏa mãn các điều kiện đặc biệt. Quy định này nhằm khuyến khích người bị kết án cải tạo tốt, lập công để sớm được xóa án tích. Điều 72 BLHS năm 2015 quy định người bị kết án phải đảm bảo được ít nhất một phần ba thời hạn quy định tại khoản 2 Điều 70 và khoản 2 Điều 71 của Bộ luật này thì mới có thể được xóa án tích trong trường hợp đặc biệt. Điều 72 không hề đề cập đến việc xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi trong trường hợp đặc biệt.

Bên cạnh đó, trong quy định riêng về xóa án tích đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi tại Điều 107 cũng không hề đề cập. Vì vậy, tác giả kiến nghị nên sửa đổi quy định tại Điều 72 như sau:

*Điều 72. Xóa án tích trong trường hợp đặc biệt*

*Trong trường hợp người bị kết án có những biểu hiện tiến bộ rõ rệt và đã lập công, được cơ quan, tổ chức nơi người đó công tác hoặc chính quyền địa phương nơi người đó cư trú đề nghị, thì Tòa án quyết định việc xóa án tích nếu người đó đã bảo đảm được ít nhất một phần ba thời hạn quy định tại khoản 2 Điều 70 và khoản 2 Điều 71, khoản 2 Điều 107 của Bộ luật này*

**Thứ ba,** BLHS năm 2015 chưa quy định về trường hợp xóa án tích trong trường hợp phạm nhiều tội, trong đó có tội thực hiện khi đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi, có tội thực hiện khi đã đủ 18 tuổi.

BLHS năm 2015 đã quy định thêm trường hợp xóa án tích trong trường hợp phạm nhiều tội, trong đó có tội thuộc trường hợp đương nhiên xóa án tích theo quyết định của tòa án, có tội thuộc trường hợp đương nhiên xóa án tích (khoản 3 Điều 73) thì sẽ căn cứ vào thời hạn xóa án tích trong trường hợp xóa án tích theo quyết định của tòa án để quyết định việc xóa án tích. Như vậy, có thể thấy BLHS năm 2015 đang quy định theo hướng thời hạn xóa án tích trong trường hợp phạm nhiều tội cần phải căn cứ vào hình phạt chung sau khi quyết định chứ không xác định theo từng tội.

Theo quan điểm của tác giả, việc xóa án tích đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm nhiều tội cũng cần phải dựa vào

hình phạt chung sau khi đã tổng hợp. Nhưng, thời hạn xóa án tích này sẽ tính theo thời hạn của người dưới 18 tuổi hay là trường hợp đủ 18 tuổi trở lên vì nếu tính theo trường hợp chưa đủ 18 tuổi sẽ có lợi cho người phạm tội.

Việc tính thời hạn xóa án tích theo nhóm độ tuổi nào theo tác giả nên dựa vào tính chất nguy hiểm của hành vi phạm tội phản ánh thông qua hình phạt chính được áp dụng. Vì vậy, việc so sánh hình phạt chính được tòa án áp dụng trong từng nhóm độ tuổi sẽ là cơ sở để xác định thời hạn xóa án tích. Đây cũng chính là tiêu chí mà BLHS năm 2015 sử dụng để tổng hình phạt trong trường hợp phạm nhiều tội hay trường hợp có nhiều bản án đối với người dưới 18 tuổi tại Điều 103, Điều 104. Cụ thể, nên bổ sung thêm vào Điều 107 BLHS năm 2015 như sau:

“... ”

3. *Đối với người phạm nhiều tội, có tội được thực hiện khi đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi, có tội được thực hiện khi đủ 18 tuổi và đều thuộc trường hợp có án tích thì:*

a. *Nếu mức hình phạt tòa án tuyên đối với tội thực hiện khi người đó đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi nặng hơn hoặc bằng với mức hình phạt tòa tuyên đối với tội thực hiện khi đủ 18 tuổi thì thời hạn xóa án tích sẽ tính theo khoản 2 điều này;*

b. *Nếu mức hình phạt tòa án tuyên đối với tội thực hiện khi đủ 18 tuổi nặng hơn mức hình phạt tòa án tuyên đối với tội thực hiện khi đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi thì thời hạn xóa án tích được tính theo khoản 2 Điều 70 của Bộ luật này”.*

# BIỆN PHÁP TẠM GIỮ THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

*Đinh Văn Đoàn\**

**Tóm tắt:** Bài viết làm rõ quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về biện pháp tạm giữ; đồng thời xác định những hạn chế, bất cập còn tồn tại. Trên cơ sở đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về biện pháp tạm giữ nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng biện pháp ngăn chặn này trong thực tiễn.

**Abstract:** The article clarifies regulations under the Criminal Procedure Code of 2015 on temporary detention, and identifies their shortcomings and limitations. On that basis, the author makes proposals to perfect relevant provisions under the Criminal Procedure Code of 2015 on temporary detention with a view to enhance its applicability in practice.

## 1. Đặt vấn đề

Tạm giữ là biện pháp ngăn chặn trong tố tụng hình sự được áp dụng đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, người phạm tội tự thú, đầu thú hoặc đối với người bị bắt theo quyết định truy nã nhằm đảm bảo hiệu quả của các hoạt động tố tụng, góp phần giải quyết đúng đắn, khách quan, toàn diện vụ án. Tuy vậy, việc áp dụng biện pháp này sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến các quyền con người của người bị áp dụng. Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 đã quy định cụ thể về đối tượng bị áp dụng, thẩm quyền, thủ tục và thời hạn tạm giữ nhằm đảm bảo việc áp dụng thống nhất quy định của pháp luật, hạn chế oan, sai trong việc tạm giữ người. Qua nghiên cứu các quy định của BLTTHS năm 2015 về biện pháp tạm giữ, tác giả nhận thấy, các quy định này đã tương đối đầy đủ, hoàn thiện, tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho việc áp dụng có hiệu quả biện pháp này trong thực tiễn. Tuy vậy,

một số quy định của BLTTHS năm 2015 về biện pháp tạm giữ vẫn còn tồn tại những hạn chế, vướng mắc nhất định, điều này ảnh hưởng không nhỏ đến chất lượng giải quyết các vụ án, ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của người bị tạm giữ.

## 2. Quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về biện pháp tạm giữ

### 2.1. Về đối tượng bị tạm giữ

Để đảm bảo việc áp dụng thống nhất và chặt chẽ biện pháp tạm giữ, khoản 1 Điều 117 BLTTHS năm 2015 đã quy định biện pháp tạm giữ có thể được áp dụng đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, người phạm tội tự thú, đầu thú hoặc đối với người bị bắt theo quyết định truy nã. Như vậy, theo quy định này, đối tượng có thể bị áp dụng biện pháp tạm giữ bao gồm:

- Người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp. Hiện nay, BLTTHS năm 2015 chưa đưa ra khái niệm về người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp mà chỉ quy định quyền và nghĩa vụ của chủ thể này tại Điều 58. Tuy nhiên, qua nghiên cứu tổng thể các quy

\* ThS., Khoa Luật Hình sự, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

định của BLTTHS năm 2015, có thể hiểu người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp là người đã bị các chủ thể có thẩm quyền ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp khi họ thuộc một trong các trường hợp được quy định tại khoản 1 Điều 110<sup>1</sup>, đó là: *Có đủ căn cứ để xác định một người đang chuẩn bị thực hiện tội phạm; người cùng thực hiện tội phạm hoặc bị hại hoặc người có mặt tại nơi xảy ra tội phạm chính mắt nhìn thấy và xác nhận đúng là người đã thực hiện tội phạm mà xét thấy cần ngăn chặn ngay việc người đó trốn; có dấu vết của tội phạm ở người hoặc tại chỗ ở hoặc nơi làm việc hoặc trên phương tiện của người bị nghi thực hiện tội phạm và xét thấy cần ngăn chặn ngay việc người đó trốn hoặc tiêu hủy chứng cứ.* Như vậy, cơ quan, người có thẩm quyền sau khi tiến hành kiểm tra, xác minh nguồn tin về tội phạm mà có đủ căn cứ để xác định được một người thuộc vào một trong các trường hợp tại khoản 1 Điều 110 thì sẽ ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp để kịp thời ngăn chặn tội phạm, ngăn ngừa người tình nghi phạm tội bỏ trốn hoặc tiêu hủy chứng cứ. Sau khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp, theo quy định tại khoản 4 Điều 110 trong thời hạn 12 giờ, kể từ khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp, cơ quan, người có thẩm quyền phải lấy lời khai ngay của người bị giữ và ra quyết định tạm giữ, ra lệnh bắt người bị giữ hoặc trả tự do ngay cho người đó.

- *Người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang.* Theo quy định tại Điều 111 BLTTHS năm 2015, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang là người bị

bắt khi họ đang thực hiện tội phạm hoặc ngay sau khi thực hiện tội phạm hoặc bị đuổi bắt. Để đáp ứng yêu cầu đấu tranh phòng, ngừa tội phạm, BLTTHS năm 2015 quy định tất cả mọi người đều có thẩm quyền bắt người trong trường hợp phạm tội quả tang. Sau khi bắt người phải giải ngay người bị bắt đến cơ quan công an, viện kiểm sát (VKS) hoặc Ủy ban nhân dân nơi gần nhất. Các cơ quan này phải lập biên bản tiếp nhận và giải ngay người bị bắt hoặc báo ngay cho cơ quan điều tra (CQĐT) có thẩm quyền. Sau khi nhận người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, CQĐT có thẩm quyền phải lấy lời khai ngay và trong thời hạn 12 giờ, phải ra quyết định tạm giữ hoặc trả tự do cho người bị bắt. Như vậy, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang cũng là một trong các đối tượng có thể bị áp dụng biện pháp tạm giữ.

- *Người phạm tội tự thú.* Theo quy định tại Điều 4 BLTTHS năm 2015, tự thú là việc người phạm tội tự nguyện khai báo với cơ quan, tổ chức về hành vi phạm tội của mình trước khi tội phạm hoặc người phạm tội bị phát hiện. Mặc dù, BLTTHS năm 2015 không quy định cụ thể về tư cách tham gia tố tụng của người phạm tội tự thú, nhưng chúng ta có thể hiểu đây là người đã tự nguyện khai báo với cơ quan, tổ chức về hành vi phạm tội của mình trước khi tội phạm hoặc người phạm tội bị phát hiện. Như vậy, sau khi tiếp nhận nguồn tin tội phạm từ việc người phạm tội tự thú, cơ quan, người có thẩm quyền phải kiểm tra, xác minh việc tự thú của họ. BLTTHS năm 2015 không quy định cụ thể căn cứ tạm giữ đối với đối tượng này; việc có tạm giữ đối tượng này hay không sẽ tùy thuộc vào sự đánh giá và quyết định của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

<sup>1</sup> Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật tố tụng hình sự Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, năm 2018, tr.154.

- *Người phạm tội đầu thú.* Theo quy định tại Điều 4 BLTTHS năm 2015, đầu thú là việc người phạm tội sau khi bị phát hiện đã tự nguyện ra trình diện và khai báo với cơ quan có thẩm quyền về hành vi phạm tội của mình. Đối với đối tượng này luật cũng không quy định cụ thể căn cứ tạm giữ; việc có áp dụng biện pháp tạm giữ đối tượng này hay không cũng tùy thuộc vào sự đánh giá và quyết định của cơ quan, người có thẩm quyền.

- *Người bị bắt theo quyết định truy nã.* Theo quy định của pháp luật, đối tượng bị truy nã bao gồm: *Bị can, bị cáo bỏ trốn hoặc không biết đang ở đâu; người bị kết án trực xuất, người chấp hành án phạt trực xuất bỏ trốn; người bị kết án phạt tù bỏ trốn; người bị kết án tử hình bỏ trốn; người đang chấp hành án phạt tù, người được tạm đình chỉ chấp hành án phạt tù, người được hoãn chấp hành án bỏ trốn.* Đối với những người bị bắt theo quyết định truy nã cơ quan có thẩm quyền sau khi nhận người bị bắt, phải tiến hành lấy lời khai ngay để xác định chính xác đối tượng, phải thông báo cho cơ quan đã ra quyết định truy nã đến nhận người bị bắt. Việc tạm giữ đối với đối tượng này chỉ đặt ra khi xét thấy cơ quan đã ra quyết định truy nã không thể đến ngay để nhận người bị bắt<sup>2</sup>. Đối với người bị bắt theo quyết định truy nã thì thường phải tạm giữ bởi vì đối tượng này đã bỏ trốn, gây khó khăn cho hoạt động tố tụng.

## **2.2. Về thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ**

Thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ là quyền của các chủ thể theo quy định của BLTTHS được xem xét, quyết định việc tạm giữ. Tạm giữ là biện pháp ngăn chặn mang tính nghiêm khắc, việc áp dụng biện

pháp này sẽ hạn chế một số quyền cơ bản của người bị áp dụng. Vì vậy, BLTTHS năm 2015 đã có quy định cụ thể về chủ thể có thẩm quyền áp dụng biện pháp này.

- *Thủ trưởng, Phó Thủ trưởng CQĐT các cấp.* Trong số các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, CQĐT là cơ quan có vai trò quan trọng trong việc tiếp nhận và giải quyết nguồn tin về tội phạm, cũng như khởi tố, điều tra vụ án hình sự. Trong quá trình tố tụng, CQĐT được quyền ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp, bắt người, hoặc tiếp nhận người bị giữ, bị bắt, tự thú, đầu thú. Vì vậy, BLTTHS năm 2015 quy định thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ cho CQĐT là hoàn toàn hợp lý. Tuy nhiên, tạm giữ là một biện pháp cưỡng chế mang tính nghiêm khắc, ảnh hưởng trực tiếp đến các quyền con người được Hiến pháp và pháp luật bảo vệ. Vì vậy, để đảm bảo tính có căn cứ và hợp pháp của việc áp dụng biện pháp này, BLTTHS năm 2015 quy định chỉ những người đứng đầu CQĐT mới có thẩm quyền áp dụng.

- *Người có thẩm quyền trong cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra được quyền ra quyết định tạm giữ,* bao gồm: Thủ trưởng đơn vị độc lập cấp trung đoàn và tương đương, Đồn trưởng Đồn biên phòng, Chỉ huy trưởng Biên phòng Cửa khẩu cảng, Chỉ huy trưởng Bộ đội biên phòng tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, Cục trưởng Cục trình sát biên phòng Bộ đội biên phòng, Cục trưởng Cục phòng, chống ma túy và tội phạm Bộ đội biên phòng, Đoàn trưởng Đoàn đặc nhiệm phòng, chống ma túy và tội phạm Bộ đội biên phòng; Tư lệnh vùng lực lượng Cảnh sát biển, Cục trưởng Cục Nghiệp vụ và pháp luật lực lượng Cảnh sát biển, Đoàn trưởng Đoàn đặc nhiệm phòng, chống tội phạm ma

<sup>2</sup> Điều 114 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

túy lực lượng Cảnh sát biển; Chi cục trưởng Chi cục Kiểm ngư vùng.

Cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra có thẩm quyền trong việc tiếp nhận và giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm trong lĩnh vực và địa bàn quản lý theo quy định của BLTTHS. Khoản 1 Điều 110 BLTTHS năm 2015 quy định Thủ trưởng của một số đơn vị trong Bộ đội biên phòng, Cảnh sát biển, Kiểm ngư được quyền ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp. Sau khi ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp các đơn vị này phải lấy lời khai ngay của người bị giữ trong thời hạn 12 giờ, sau đó ra quyết định trả tự do cho người bị giữ hoặc ra quyết định tạm giữ, lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp (khoản 4 Điều 110 BLTTHS năm 2015).

- *Người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng.* Để đáp ứng nhu cầu kịp thời ngăn chặn tội phạm, điểm c khoản 2 Điều 110 BLTTHS năm 2015 đã quy định người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng được quyền ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp. Khoản 2 Điều 117 quy định về thẩm quyền ra quyết định tạm giữ đã viện dẫn đến khoản 2 Điều 110 BLTTHS năm 2015. Như vậy, theo quy định tại khoản 2 Điều 117, người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng cũng có thẩm quyền ra quyết định tạm giữ.

### **2.3. Về thủ tục và thời hạn tạm giữ**

#### ***Về thủ tục tạm giữ***

Theo quy định tại Điều 117 BLTTHS năm 2015, để tạm giữ người, các chủ thể có thẩm quyền phải ra quyết định tạm giữ. Quyết định tạm giữ phải ghi rõ họ tên, địa chỉ của người bị tạm giữ, lý do tạm giữ, giờ,

ngày bắt đầu và giờ, ngày hết thời hạn tạm giữ và các nội dung được quy định tại khoản 2 Điều 132 BLTTHS năm 2015. Quyết định tạm giữ phải được giao cho người bị tạm giữ.

Người thi hành quyết định tạm giữ phải thông báo, giải thích cho người bị tạm giữ biết về những quyền và nghĩa vụ của họ được quy định tại Điều 59 BLTTHS năm 2015. Điều này giúp người bị tạm giữ thực hiện tốt các quyền và nghĩa vụ của mình.

Trong thời hạn 12 giờ kể từ khi ra quyết định tạm giữ, người có thẩm quyền phải gửi quyết định này, kèm theo tài liệu làm căn cứ tạm giữ cho VKS cùng cấp hoặc VKS có thẩm quyền. Nếu xét thấy việc tạm giữ không có căn cứ hoặc không cần thiết, VKS ra quyết định hủy bỏ quyết định tạm giữ và người ra quyết định tạm giữ phải trả tự do ngay cho người đang bị tạm giữ.

#### ***Về thời hạn tạm giữ***

Thời hạn tạm giữ là một nội dung quan trọng cần được quy định chặt chẽ trong BLTTHS để đảm bảo việc áp dụng thống nhất trong thực tiễn. Điều 118 BLTTHS năm 2015 đã quy định cụ thể thời hạn tạm giữ như sau:

- *Thời hạn tạm giữ thông thường.* Thời hạn tạm giữ thông thường không quá 03 ngày kể từ khi CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra nhận người bị giữ, người bị bắt hoặc áp giải người bị giữ, người bị bắt về trụ sở của mình hoặc kể từ khi CQĐT ra quyết định tạm giữ người phạm tội tự thú, đầu thú. Tuy nhiên, thời điểm bắt đầu tính thời hạn tạm giữ sẽ khác nhau, phụ thuộc vào các trường hợp tạm giữ, cụ thể như sau:

Đối với trường hợp đối tượng bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, hoặc bị bắt

trong trường hợp truy nã, thời điểm bắt đầu tính thời hạn tạm giữ như sau: Nếu CQĐT nhận người bị giữ, bị bắt từ các chủ thể khác thì thời hạn tạm giữ là không quá 03 ngày kể từ khi *nhận người bị giữ, bị bắt*; trường hợp CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra tự mình ra lệnh giữ người, bắt người thì thời hạn tạm giữ là không quá 03 ngày kể từ khi *áp giải người bị giữ, người bị bắt về trụ sở của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra*.

Đối với trường hợp người phạm tội tự thú, đầu thú thì thời hạn tạm giữ không quá 03 ngày kể từ khi ra quyết định tạm giữ.

- *Thời hạn gia hạn tạm giữ*. Bên cạnh thời hạn tạm giữ thông thường không quá 03 ngày như đã phân tích ở trên, theo quy định tại khoản 2 Điều 118 BLTTHS năm 2015, cơ quan có thẩm quyền có thể gia hạn tạm giữ 02 lần, cụ thể:

*Trường hợp cần thiết, người ra quyết định tạm giữ có thể gia hạn tạm giữ nhưng không quá 03 ngày. Trường hợp đặc biệt, người ra quyết định tạm giữ có thể gia hạn tạm giữ lần thứ hai nhưng không quá 03 ngày. Mọi trường hợp gia hạn tạm giữ đều phải được VKS cùng cấp, hoặc VKS có thẩm quyền phê chuẩn; trong thời hạn 12 giờ, kể từ khi nhận được đề nghị gia hạn và tài liệu liên quan đến việc gia hạn tạm giữ, VKS phải ra quyết định phê chuẩn hoặc quyết định không phê chuẩn*. Như vậy, đối với quyết định gia hạn tạm giữ, BLTTHS năm 2015 quy định rõ quyết định gia hạn tạm giữ phải được VKS có thẩm quyền phê chuẩn mới có hiệu lực pháp luật. Đồng thời, điều luật cũng quy định cụ thể thời hạn xem xét quyết định phê chuẩn việc gia hạn tạm giữ. Quy định này đảm bảo tính có căn cứ, hợp pháp của việc cần thiết phải kéo dài

thêm thời hạn tạm giữ, đảm bảo quyền lợi ích hợp pháp cho người bị tạm giữ, hạn chế oan, sai trong việc gia hạn tạm giữ.

Trong khi tạm giữ, nếu không đủ căn cứ khởi tố bị can thì CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải trả tự do ngay cho người bị tạm giữ; trường hợp đã gia hạn tạm giữ thì VKS phải trả tự do ngay cho người bị tạm giữ. Biện pháp tạm giữ được áp dụng nhằm mục đích đảm bảo hiệu quả của các hoạt động tố tụng, ngăn chặn người bị buộc tội bỏ trốn, gây khó khăn cho các hoạt động tố tụng. Tuy nhiên, đây là một biện pháp ngăn chặn mang tính nghiêm khắc, vì vậy để đảm bảo quyền con người của người bị tạm giữ, trong thời gian tạm giữ, cơ quan có thẩm quyền phải nhanh chóng, kịp thời tiến hành các hoạt động tố tụng theo quy định của pháp luật để làm sáng tỏ sự thật của vụ án. Khi không đủ căn cứ để khởi tố bị can thì CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải trả tự do ngay cho người bị tạm giữ. Trường hợp đã gia hạn tạm giữ thì VKS phải trả tự do ngay cho người bị tạm giữ. Bởi vì, việc gia hạn tạm giữ phải được VKS phê chuẩn nên việc trả tự do cho người bị tạm giữ trong trường hợp này phải do VKS thực hiện.

### **3. Một số hạn chế, vướng mắc trong quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 về biện pháp tạm giữ và kiến nghị hoàn thiện**

Qua phân tích ở trên, có thể nhận thấy BLTTHS năm 2015 đã có những quy định cụ thể về đối tượng bị tạm giữ, thẩm quyền, thủ tục và thời hạn tạm giữ. Tuy nhiên, nghiên cứu các quy định của BLTTHS năm 2015 về các nội dung này, tác giả nhận thấy còn tồn tại một số hạn chế, bất cập cần hoàn thiện như sau:

*Thứ nhất*, Điều 117 BLTTHS năm 2015 đã quy định cụ thể tạm giữ được áp dụng đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang, bị bắt trong trường hợp truy nã, tự thú và đầu thú. Tuy nhiên, tác giả nhận thấy, trong trường hợp người có thẩm quyền ra quyết định tạm giữ đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp có sự mâu thuẫn với quy định tại khoản 4 Điều 110 BLTTHS năm 2015. Tại khoản 4 Điều 110 BLTTHS năm 2015 quy định: Sau khi CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra giữ người hoặc nhận người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp thì trong thời hạn 12 giờ phải lấy lời khai ngay của những người bị giữ và phải ra quyết định tạm giữ, ra lệnh bắt người bị giữ hoặc trả tự do cho người bị giữ. Như vậy, biện pháp tạm giữ được áp dụng đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp thì tại sao trong trường hợp này, ngoài quyết định tạm giữ, người có thẩm quyền còn ra *lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp*. Theo Công văn số 5024/VKSTC-V14 về việc giải đáp vướng mắc liên quan đến quy định của BLTTHS và nghiệp vụ thực hành quyền công tố, kiểm sát việc giải quyết vụ án hình sự trong ngành kiểm sát nhân dân (sau đây gọi tắt là Công văn số 5024/VKSTC-V14), quyết định tạm giữ đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp được ban hành trước hoặc cùng với lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp và cũng được gửi kèm theo hồ sơ để VKS xét phê chuẩn lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp. Nếu quyết định tạm giữ được ra trước hay đồng thời với lệnh bắt thì theo quy định kể từ khi có quyết định tạm giữ, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp đã có tư cách tham gia tố tụng là người bị tạm giữ tại Điều

59 BLTTHS năm 2015. Như vậy, việc ra lệnh và thi hành lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp này không hợp lý vì đã có quyết định tạm giữ. Nếu theo thứ tự lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp được thực hiện trước quyết định tạm giữ, trường hợp tạm giữ này được áp dụng với người bị bắt khi đang bị giữ trong trường hợp khẩn cấp chứ không phải áp dụng với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp như quy định tại khoản 1 Điều 117.

Để khắc phục hạn chế này, tác giả đề xuất 02 phương án: *Phương án một*, bỏ quy định về bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp tại khoản 4 Điều 110 BLTTHS năm 2015. Vì tạm giữ được áp dụng với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp nên không cần thiết phải ra lệnh bắt người bị giữ. Mặt khác, quy định về bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp như hiện nay dẫn đến vướng mắc trong thực tiễn áp dụng đó là: Khi thi hành lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, cơ quan có thẩm quyền phải lập biên bản theo quy định. Trong mẫu biên bản bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp (mẫu số 22) ban hành kèm theo Thông tư số 61/2017/TT-BCA ngày 14/12/2017 có nội dung bắt buộc là *người thi hành lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp đã đọc, giải thích lệnh, quyền và nghĩa vụ của người bị bắt cho mọi người cùng nghe*. Vấn đề đặt ra là tư cách của người bị bắt khi đang bị giữ trong trường hợp khẩn cấp và quyền, nghĩa vụ của họ không được quy định trong BLTTHS năm 2015. Vậy, người có thẩm quyền sẽ giải thích quyền và nghĩa vụ của người bị bắt trong trường hợp này theo điều khoản nào của BLTTHS năm 2015? Điều 58 BLTTHS năm 2015 quy định về tư cách của người bị bắt, nhưng trong khoản 1 Điều này lại giới

hạn người bị bắt chỉ bao gồm: Người bị bắt trong trường hợp phạm tội quả tang và truy nã. *Phương án hai*, nếu vẫn giữ biện pháp bắt người bị giữ thì phải sửa đổi quy định về đối tượng bị tạm giữ ở Điều 117 BLTTHS năm 2015. Theo đó, đối tượng bị tạm giữ có thể là người bị bắt khi đang bị giữ trong trường hợp khẩn cấp chứ không phải là người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp và cần bổ sung tư cách tố tụng của người bị bắt này trong BLTTHS để đảm bảo tính hoàn thiện (tác giả lựa chọn phương án một).

*Thứ hai, vướng mắc trong quy định về thẩm quyền ra lệnh tạm giữ.* Tại khoản 2 Điều 117 BLTTHS năm 2015 dẫn chiếu về khoản 2 Điều 110 quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ. Trong đó, chủ thể được quy định tại điểm c khoản 2 Điều 110 là: *Người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng.* Tuy nhiên, quy định này lại mâu thuẫn với quy định tại khoản 4 Điều 110 BLTTHS năm 2015. Khoản 4 Điều 110 BLTTHS năm 2015 quy định sau khi giữ người trong trường hợp khẩn cấp, người chỉ huy tàu bay, tàu biển phải giải ngay người bị giữ kèm theo tài liệu liên quan đến việc giữ người trong trường hợp khẩn cấp đến CQĐT nơi có sân bay hoặc bến cảng tàu bay, tàu biển trở về đầu tiên. Trong thời hạn 12 giờ kể từ khi tiếp nhận người bị giữ, CQĐT phải lấy lời khai ngay và ra quyết định tạm giữ, ra lệnh bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp hoặc trả tự do ngay cho người đó. Theo quy định này, người chỉ huy tàu bay, tàu biển không có thẩm quyền ra quyết định tạm giữ đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp. Đối với các đối tượng có thể bị tạm giữ khác tại Điều 111, 112 và 114, BLTTHS năm 2015 đều quy định CQĐT có thẩm quyền xem xét việc

tạm giữ hoặc trả tự do cho các đối tượng này mà không quy định thẩm quyền của *“Người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng”*. Vì vậy, tác giả kiến nghị cần sửa lại quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ tại khoản 2 Điều 117 BLTTHS năm 2015 theo hướng bỏ thẩm quyền áp dụng biện pháp tạm giữ của *“Người chỉ huy tàu bay, tàu biển khi tàu bay, tàu biển đã rời khỏi sân bay, bến cảng”*.

*Thứ ba, hạn chế, bất cập về thời điểm bắt đầu tính thời hạn tạm giữ đối với trường hợp giữ người trong trường hợp khẩn cấp.* Cụ thể: Đối với trường hợp CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra ra lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp, thi hành lệnh giữ và ra quyết định tạm giữ đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, theo quy định tại Điều 118 BLTTHS năm 2015, thời điểm bắt đầu tính thời hạn tạm giữ là *“từ khi áp giải người bị giữ, bị bắt về trụ sở của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra”*. Tuy nhiên, đây là một quy định chung chung, không thể xác định được đó là thời điểm bắt đầu, diễn ra hay kết thúc việc áp giải người bị giữ về trụ sở của cơ quan có thẩm quyền, nhất là trong trường hợp địa điểm giữ người ở xa trụ sở của cơ quan có thẩm quyền. Quy định này có thể dẫn đến việc hiểu và áp dụng không thống nhất trên thực tiễn, ảnh hưởng đến quyền lợi của người bị tạm giữ. Để khắc phục hạn chế trong quy định trên, Công văn số 5024/VKSTC-V14 đã hướng dẫn trường hợp CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra trực tiếp giữ người trong trường hợp khẩn cấp và thực hiện việc áp giải người đó về trụ sở của mình (giữ người ở các địa điểm xa trụ sở

của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, việc đi lại khó khăn, mất nhiều thời gian di chuyển như vùng rừng núi, hải đảo hoặc ở ngoài tỉnh...), thời hạn tạm giữ được tính từ khi áp giải người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp *đó về đến trụ sở CQĐT*, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Tuy nhiên, đây chỉ là một Công văn hướng dẫn đơn ngành của VKS nhân dân tối cao. Mặt khác, việc ghi thời điểm tính thời hạn tạm giữ trong quyết định tạm giữ đối với trường hợp này được xác định dựa vào văn bản tố tụng nào? Trường hợp này luật không quy định loại văn bản tố tụng mà người có thẩm quyền phải lập khi áp giải người bị giữ về đến trụ sở của mình.

Bên cạnh đó, BLTTHS năm 2015 chỉ quy định trường hợp áp giải người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp về trụ sở của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra. Nhưng, theo Công văn số 5024/VKSTC-V14 và thực tiễn áp dụng, người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp cũng có thể bị áp giải về trại tạm giam, nhà tạm giữ. Vậy, nếu người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp không bị áp giải về trụ sở của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra mà bị áp giải về cơ sở giam giữ thì thời hạn tạm giữ được tính từ thời điểm nào? Theo Công văn trên, nếu cơ sở giam giữ nằm trong trụ sở CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, thời hạn tạm giữ cũng được tính kể từ khi CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra áp giải người bị giữ về cơ sở giam giữ. Tuy nhiên, BLTTHS năm 2015 không có quy định nào cho phép cơ quan có thẩm quyền áp giải người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp về cơ sở giam giữ. Mặt khác, theo quy định

của Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015 về đối tượng bị giữ, giam ở các cơ sở giam giữ không có người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp. Nếu áp giải người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp về cơ sở giam giữ để giữ họ là chưa phù hợp với Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015.

Ngoài ra, BLTTHS năm 2015 không quy định cụ thể thời hạn người có thẩm quyền phải bắt đầu thực hiện việc áp giải người bị giữ về trụ sở. Nếu người có thẩm quyền chậm trễ trong việc bắt đầu áp giải người bị giữ về trụ sở thì sẽ gây bất lợi cho người bị tạm giữ. Ví dụ: Trường hợp CQĐT ra lệnh giữ người và thi hành lệnh giữ người tại trụ sở công an cấp xã, nhưng không áp giải ngay người bị giữ về trụ sở của mình mà vẫn giữ tại trụ sở công an cấp xã. Đến khi ra lệnh bắt người bị giữ và thi hành lệnh bắt người bị giữ thì địa điểm tiến hành là tại trụ sở công an xã, sau đó mới áp giải người bị giữ về trụ sở hoặc cơ sở giam giữ<sup>3</sup>. Nếu áp dụng đúng quy định của BLTTHS năm 2015 về thời điểm tính thời hạn tạm giữ sẽ bất lợi đối với người bị tạm giữ trong trường hợp này, vì thời hạn tạm giữ chỉ tính từ khi áp giải người bị giữ về trụ sở của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra.

Như vậy, quy định của BLTTHS năm 2015 về thời điểm tính thời hạn tạm giữ đối với trường hợp giữ người trong trường hợp khẩn cấp như tác giả đã phân tích ở trên còn chung chung và chưa đầy đủ. Mặt khác, tác giả cho rằng, việc tính thời điểm bắt đầu thời hạn tạm giữ đối với trường hợp giữ người trong trường hợp khẩn cấp “từ khi áp

<sup>3</sup> Xem: Cơ quan cảnh sát điều tra công an tỉnh Sóc Trăng, Biên bản bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp ngày 23/4/2018 đối với đối tượng Lý Thanh Bình về hành vi hiếp dâm người dưới 16 tuổi.

giải người bị giữ về trụ sở của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra” là chưa phù hợp. Bởi vì, từ khi bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị giữ đã thực tế bị hạn chế một số quyền, lợi ích hợp pháp và trong thời hạn bị giữ thực tế (từ thời điểm CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra giữ người đến khi áp giải người bị giữ về đến trụ sở) nếu thời hạn này không được tính vào thời hạn tạm giữ sẽ gây bất lợi cho người bị tạm giữ. Công văn số 5024/VKSTC-V14 hướng dẫn rằng, thời hạn 12 giờ theo quy định tại khoản 4 Điều 110 và khoản 1 Điều 114 BLTTHS năm 2015 nằm trong thời hạn 03 ngày tạm giữ theo quy định tại khoản 1 Điều 118 BLTTHS năm 2015. Hướng dẫn này tuy đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị tạm giữ, nhưng không phù hợp với quy định về cách tính thời điểm bắt đầu tạm giữ trong trường hợp khẩn cấp theo quy định tại khoản 1 Điều 118 BLTTHS năm 2015.

Trên cơ sở phân tích ở trên, tác giả kiến nghị cần sửa lại quy định về thời điểm tính thời hạn tạm giữ đối với người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp tại khoản 1 Điều 118. Theo đó, nếu cơ quan có thẩm quyền ra lệnh giữ người và ra quyết định tạm giữ thì thời hạn tạm giữ không quá 03 ngày tính từ khi “thi hành lệnh giữ người trong trường hợp khẩn cấp” và thời điểm này được xác định căn cứ vào thời gian ghi trong biên bản giữ người trong trường hợp khẩn cấp. Việc sửa đổi như vậy sẽ đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho người bị tạm giữ, đồng thời khắc phục được bất cập trong quy định của BLTTHS năm 2015 và thực tiễn áp dụng quy định về thời hạn tạm giữ tính từ khi “áp giải người bị giữ về trụ sở của CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra”.

*Thứ tư, quy định tại khoản 2 Điều 118 BLTTHS năm 2015 về căn cứ gia hạn tạm giữ còn chung chung và chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể.* Đối với gia hạn lần thứ nhất, căn cứ gia hạn là “trường hợp cần thiết”; đối với căn cứ gia hạn lần hai là “trường hợp đặc biệt”. Quy định chung chung như vậy có thể dẫn đến việc ra quyết định gia hạn tạm giữ phụ thuộc hoàn toàn vào ý chí của người có thẩm quyền. Đồng thời, cũng dẫn đến việc hiểu và áp dụng không thống nhất giữa các cơ quan, người có thẩm quyền trong việc gia hạn tạm giữ<sup>4</sup>. Vì vậy, trong thời gian tới các cơ quan có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn chi tiết, cụ thể về các căn cứ gia hạn tạm giữ để đảm bảo việc áp dụng thống nhất quy định này trong thực tiễn, góp phần đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người bị tạm giữ.

*Thứ năm, việc trả tự do cho người bị tạm giữ theo quy định tại khoản 3 Điều 118 còn tồn tại một số bất cập nhất định.*

Một là, căn cứ trả tự do là “trong khi tạm giữ, nếu không đủ căn cứ khởi tố bị can, CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải trả tự do ngay cho người bị tạm giữ. Trường hợp đã gia hạn tạm giữ thì VKS phải trả tự do ngay cho người bị tạm giữ”. Theo quy định này, khi đang tạm giữ, chỉ khi không có căn cứ khởi tố bị can thì cơ quan có thẩm quyền mới được trả tự do cho người bị tạm giữ. Vậy, trong trường hợp khi đang tạm giữ, nếu thấy không cần thiết phải tiếp tục tạm giữ thì cơ quan có thẩm quyền có được trả tự do cho người bị tạm giữ không? Và nếu có thì căn cứ vào quy định nào để trả tự

<sup>4</sup> Hoàng Văn Hạnh, *Hoàn thiện quy định về tạm giữ trong Bộ luật Tố tụng Hình sự*, Tạp chí Luật học, số 7, năm 2008, tr.14.

do cho người đang bị tạm giữ? Việc quy định căn cứ trả tự do như trên là chưa phù hợp với tinh thần cải cách tư pháp trong việc bảo đảm quyền con người, chưa phù hợp với tính lựa chọn của biện pháp tạm giữ. Đồng thời, điều này chưa phù hợp với quy định tại Điều 125 BLTTHS năm 2015. Theo đó, việc hủy bỏ biện pháp ngăn chặn nói chung và tạm giữ nói riêng có thể được thực hiện khi thấy không còn cần thiết.

Hai là, quy định về việc cơ quan có thẩm quyền *trả tự do ngay* cho người bị tạm giữ là một quy định chung chung, mang tính định tính. Ở một khía cạnh nhất định, quy định này thể hiện tư tưởng đề cao quyền con người, việc trả tự do ngay cho người bị tạm giữ khi không đủ căn cứ khởi tố bị can sẽ đảm bảo tốt nhất quyền, lợi ích hợp pháp cho người bị tạm giữ. Tuy nhiên, nếu không có quy định cụ thể về thời hạn, trình tự, thủ tục thi hành quyết định trả tự do cho người bị tạm giữ thì sẽ dẫn đến việc áp dụng không thống nhất trong thực tiễn. Cơ quan, người có thẩm quyền có thể kéo dài thời gian trả tự do, nhưng không bị coi là vi phạm vì luật không quy định thời hạn cụ thể *trả tự do ngay* trong thời hạn bao nhiêu lâu. Như vậy, có thể thấy rằng, BLTTHS năm 2015 không quy định rõ các mốc thời gian cụ thể để cơ quan có thẩm quyền thực hiện việc *trả tự do ngay* cho người bị tạm giữ theo các quy định tại Điều 118 BLTTHS. Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015 không quy định cụ thể thủ tục trả tự do của cơ sở giam giữ nên dẫn đến một số vướng mắc đối với hoạt động này, đặc biệt là thời hạn để cơ sở giam giữ thực hiện các thủ tục trả tự do là bao nhiêu lâu kể từ khi nhận được quyết định trả tự do.

Vì vậy, tác giả cho rằng, trước hết cần bổ sung quy định về căn cứ trả tự do cho

người bị tạm giữ tại khoản 3 Điều 118 như sau: “*Trong khi tạm giữ, nếu không đủ căn cứ khởi tố bị can hoặc xét thấy không cần thiết, CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải trả tự do ngay cho người bị tạm giữ. Trường hợp đã gia hạn tạm giữ thì VKS phải trả tự do ngay cho người bị tạm giữ*”. Việc bổ sung căn cứ trên đảm bảo sự phù hợp với tinh thần cải cách tư pháp trong việc đảm bảo quyền con người, phù hợp với quy định tại Điều 117, Điều 125 BLTTHS năm 2015.

Bên cạnh đó, cơ quan có thẩm quyền cần sớm ban hành các văn bản hướng dẫn thống nhất, cụ thể về thủ tục và thời hạn trả tự do cho người bị tạm giữ, tạo cơ sở cho việc thực hiện hoạt động này trên thực tế, góp phần đảm bảo quyền con người của người bị tạm giữ.

Thứ sáu, cơ sở pháp lý để áp dụng biện pháp tạm giữ đối với người dưới 18 tuổi được quy định tại Điều 419 BLTTHS năm 2015 cũng còn thiếu sót. Biện pháp ngăn chặn nói chung và tạm giữ nói riêng được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi ngoài những căn cứ chung thì phải dựa vào căn cứ cụ thể được quy định tại Điều 419 BLTTHS. Nhưng, quy định tại Điều 419 chỉ dẫn chiếu đến các căn cứ áp dụng các biện pháp ngăn chặn khác tại Điều 110, 111, 112, 119 BLTTHS năm 2015, trong khi đó, biện pháp tạm giữ ở Điều 117 lại không được điều luật này dẫn chiếu. Điều đó dẫn đến thiếu sót về việc viện dẫn cơ sở pháp lý để áp dụng biện pháp tạm giữ đối với người dưới 18 tuổi. Vì vậy, cần bổ sung cơ sở pháp lý (là Điều 117) để áp dụng biện pháp tạm giữ đối với người dưới 18 tuổi vào Điều 419 BLTTHS năm 2015 để đảm bảo tính hoàn thiện trong quy định của BLTTHS về biện pháp tạm giữ.

# TIỀN ẢO VÀ MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ ĐẶT RA Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Trần Văn Biên\**  
*Nguyễn Minh Oanh\**

**Tóm tắt:** Với các công nghệ mang tính đột phá, cách mạng công nghiệp 4.0 đang đặt ra nhiều vấn đề pháp lý mới, trong đó có vấn đề tiền ảo. Thông qua việc tìm hiểu chính sách, pháp luật Việt Nam hiện hành về tiền ảo, bài viết đưa ra các đánh giá về mức độ đáp ứng yêu cầu điều chỉnh của pháp luật nước ta về vấn đề này; từ đó, đề xuất một số kiến nghị mang tính định hướng xây dựng và hoàn thiện pháp luật cho phù hợp.

**Abstract:** With groundbreaking technologies, the 4.0 Industrial Revolution has set forth novel legal issues, including cryptocurrency one. By studying Vietnam's existing laws and policies on cryptocurrency, the article makes assessment on our laws' adaptability to legal needs on this matter; thereby, it makes directive proposals to make and perfect the law accordingly.

Sự phát triển của xã hội loài người luôn gắn liền với sự phát triển của khoa học, công nghệ và được đánh dấu bằng các cuộc cách mạng công nghiệp lớn. Các cuộc cách mạng công nghiệp này tạo ra nhiều thành tựu và mang lại nhiều lợi ích cho con người, giúp giải phóng sức lao động, nâng cao năng suất lao động và giá trị cuộc sống...

Thế giới ngày nay đang ở trong giai đoạn phát triển của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0. Cuộc cách mạng này đã tạo ra nhiều sản phẩm mới, nhiều hình thức giao dịch mới, phương thức thanh toán mới, các loại tài sản mới... Một trong những sáng tạo nổi bật của cuộc cách mạng này là sự ra đời của công nghệ chuỗi khối (Blockchain) và tiền ảo (hay còn gọi là tiền mã hóa – crypto

currency). Sự xuất hiện của các loại tiền ảo này đang được cả thế giới quan tâm và bình luận, đặc biệt là trong năm 2017, khi mà giá của Bitcoin và các đồng tiền ảo khác tăng một cách chóng mặt và thay đổi không ngừng. Trên thế giới nói chung và Việt Nam nói riêng, hoạt động phát hành, lưu trữ, đào, giao dịch, đầu tư... tiền ảo diễn ra sôi động và đa dạng; thu hút số lượng lớn người tham gia. Các hoạt động này mang lại những thách thức không nhỏ cho các nhà nghiên cứu, ban hành và áp dụng pháp luật. Một câu hỏi được đặt ra bởi rất nhiều người quan tâm là pháp luật Việt Nam điều chỉnh vấn đề này như thế nào, các hoạt động liên quan đến tiền ảo có được công nhận ở Việt Nam hay không? Các quy định pháp luật Việt Nam hiện hành liệu đã phù hợp để điều chỉnh vấn đề tiền ảo trên thực tế?

## **1. Chính sách, pháp luật Việt Nam hiện hành về tiền ảo**

### **1.1. Một số ghi nhận chính thức về mặt chính sách, pháp luật liên quan đến tiền ảo**

\* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

\*\* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

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

- *Thông cáo báo chí của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về tiền ảo*

Ngày 27/2/2014, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam lần đầu tiên ra thông cáo báo chí về tiền ảo<sup>1</sup>. Nội dung của Thông cáo tập trung vào một số vấn đề cơ bản như sau:

*Thứ nhất*, khẳng định Bitcoin là một dạng tiền kỹ thuật số (tiền ảo), không được phát hành bởi Chính phủ hay một tổ chức tài chính, mà được tạo ra và vận hành dựa trên hệ thống các máy tính kết nối mạng internet ngang hàng.

*Thứ hai*, khẳng định sự xuất hiện của Bitcoin đã gây ra nhiều tác hại, rủi ro cho người sử dụng như: Có thể trở thành công cụ cho tội phạm như rửa tiền, buôn bán ma túy, trốn thuế, giao dịch, thanh toán tài sản phi pháp; nguy cơ bị tấn công, đánh cắp, thay đổi dữ liệu hoặc bị ngừng giao dịch là rất lớn; hoạt động đầu tư vào Bitcoin ẩn chứa nhiều nguy cơ về bong bóng tài chính, gây thiệt hại cho người đầu tư; giao dịch Bitcoin không bị chi phối và kiểm soát bởi cơ quan quản lý nhà nước nào, do đó, người sở hữu Bitcoin sẽ chịu toàn bộ rủi ro vì không có cơ chế bảo vệ quyền lợi.

*Thứ ba*, việc sử dụng Bitcoin (và các loại tiền ảo tương tự khác) làm phương tiện thanh toán không được pháp luật thừa nhận và bảo vệ. Các tổ chức tín dụng không được phép sử dụng Bitcoin (và các loại tiền ảo tương tự khác) như một loại tiền tệ hoặc phương tiện thanh toán khi cung ứng dịch vụ cho khách hàng.

<sup>1</sup> Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, *Thông cáo báo chí về Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác*, [https://www.sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/s/m/tcbc/ttvhdnhtt/ttvhdnhtt\\_chitiet;jsessionid=8DTJp2bDqJrb76Qwd5bRJTbBcG7ycVDGyT9fwbbwGF13xFydx6ct](https://www.sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/s/m/tcbc/ttvhdnhtt/ttvhdnhtt_chitiet;jsessionid=8DTJp2bDqJrb76Qwd5bRJTbBcG7ycVDGyT9fwbbwGF13xFydx6ct), truy cập ngày 27/12/2019.

*Thứ tư*, việc sở hữu, mua bán, sử dụng bitcoin (và các loại tiền ảo tương tự khác) như một loại tài sản tiềm ẩn rất nhiều rủi ro cho người dân và không được pháp luật bảo vệ.

Tiếp theo Thông cáo báo chí ngày 27/2/2014, sáng ngày 28/10/2017, trong văn bản gửi cơ quan báo chí, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đã khẳng định Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác không phải là phương tiện thanh toán hợp pháp tại Việt Nam. Theo đó, việc phát hành, cung ứng, sử dụng Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác làm phương tiện thanh toán là hành vi bị cấm tại Việt Nam<sup>2</sup>.

- *Quyết định của Thủ tướng Chính phủ liên quan đến tiền ảo*

Trước những diễn biến khó lường và những ảnh hưởng tiêu cực của các hoạt động liên quan đến tiền ảo tại Việt Nam, ngày 21/8/2017, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 1255/QĐ-TTg về phê duyệt đề án hoàn thiện khung pháp lý để quản lý, xử lý đối với các loại tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo. Theo Quyết định này, việc hoàn thiện khung pháp lý này phải dựa trên ba cơ sở:

(i) Thể chế hóa đường lối, chính sách của Đảng, Nhà nước về bảo vệ quyền sở hữu, quyền tài sản nhằm giải quyết thực tiễn tất yếu đang tồn tại và sẽ diễn ra;

(ii) Góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư trong và ngoài nước tại Việt Nam; hạn chế, ngăn chặn và kiểm soát có hiệu quả các rủi ro, lạm dụng liên quan; cụ thể hóa các chế định về quyền

<sup>2</sup> L.Thanh, *Ngân hàng nhà nước tuyên bố cấm sử dụng Bitcoin*, <https://tuoitre.vn/ngan-hang-nha-nuoc-tuyen-bo-cam-su-dung-bitcoin-20171028102135916.htm>, truy cập ngày 27/12/2019.

tài sản trong Bộ luật Dân sự năm 2015 trong lĩnh vực tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo;

(iii) Nghiên cứu, tiếp thu có chọn lọc kinh nghiệm quốc tế về tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo để nhận diện, xây dựng, hoàn thiện khung pháp lý liên quan theo nguyên tắc đảm bảo sự đồng bộ, thống nhất, minh bạch, ổn định và có thể dự báo trước của hệ thống pháp luật, phù hợp thông lệ quốc tế.

Đồng thời, việc hoàn thiện khung pháp lý này hướng tới ba mục tiêu:

(i) Nghiên cứu, nhận diện đầy đủ, chính xác bản chất của tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo theo kinh nghiệm nước ngoài và thực tiễn Việt Nam; mối quan hệ với tài sản thực, tiền thực; vai trò của tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo và tác động của tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo tới pháp luật;

(ii) Rà soát, đánh giá thực trạng khung pháp lý về tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo của Việt Nam; kinh nghiệm điều chỉnh của nước ngoài và tác động tới hệ thống pháp luật liên quan của Việt Nam nhằm nhận diện và xác định thái độ của cơ quan nhà nước đối với các vấn đề pháp lý liên quan; đề xuất các nhiệm vụ, công việc cụ thể và những định hướng để xây dựng, hoàn thiện pháp luật về tài sản ảo, tiền điện tử, tiền ảo nhằm đảm bảo tương ứng với các rủi ro liên quan để kiểm soát, giảm thiểu các rủi ro này nhưng không được ảnh hưởng đến sáng tạo và khởi nghiệp sáng tạo, đảm bảo tính linh hoạt để phù hợp với sự thay đổi trong sự phát triển không ngừng của công nghệ thông tin, thương mại điện tử;

(iii) Phân công trách nhiệm, lộ trình thực hiện cho các Bộ, ngành liên quan để xử lý các vấn đề đặt ra.

Như vậy, Quyết định này chính là cơ sở pháp lý quan trọng, đặt nền móng cho việc nghiên cứu và ban hành các quy định pháp luật liên quan đến tiền ảo trong tương lai tại Việt Nam. Ở tầm chính sách, điều đó thể hiện sự cần thiết, cấp bách của việc xây dựng khung pháp lý để điều chỉnh các vấn đề liên quan đến tiền ảo tại Việt Nam.

- *Chỉ thị của Thủ tướng Chính phủ về tiền ảo*

Ngày 11/4/2018, Thủ tướng Chính phủ ban hành Chỉ thị số 10/CT-TTg về tăng cường quản lý các hoạt động liên quan tới Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác. Chỉ thị đã đề cập đến những rủi ro và hệ lụy của các hoạt động liên quan đến tiền ảo trong thời gian vừa qua như: Người chơi tiền ảo dễ gặp rủi ro; nguy cơ sử dụng tiền ảo cho hoạt động tội phạm (rửa tiền, tài trợ khủng bố, chuyển tiền bất hợp pháp, trốn thuế, lừa đảo...); hoạt động đầu tư, mua bán tiền ảo, huy động vốn qua phát hành tiền ảo (ICO); đặc biệt là hoạt động sử dụng tiền ảo để huy động vốn theo phương thức đa cấp ngày càng diễn biến phức tạp, có nguy cơ ảnh hưởng đến sự ổn định của thị trường tài chính, trật tự an toàn xã hội và có thể gây rủi ro rất lớn đối với tổ chức, cá nhân tham gia.

Trên cơ sở những cảnh báo nguy cơ ảnh hưởng tiêu cực của hoạt động liên quan đến tiền ảo, Chỉ thị đã yêu cầu các Bộ, ngành có liên quan thực hiện việc quản lý các hoạt động liên quan đến tiền ảo nhằm hạn chế những rủi ro, hệ lụy cho xã hội; kịp thời phát hiện, ngăn chặn, xử lý các hành vi vi phạm pháp luật.

- *Chỉ thị của Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam liên quan đến tiền ảo*

Nhằm thực hiện Chỉ thị số 10/CT-TTg ngày 11/04/2018 của Thủ tướng Chính phủ về tăng cường quản lý các hoạt động liên quan tới Bitcoin và các loại tiền ảo tương tự khác, ngày 13/4/2018, Thống đốc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam đã ban hành Chỉ thị số 02/CT-NHNN về các biện pháp tăng cường kiểm soát các giao dịch, hoạt động liên quan đến tiền ảo. Chỉ thị đưa ra yêu cầu các đơn vị có liên quan (các tổ chức tín dụng, tổ chức cung ứng dịch vụ trung gian thanh toán; các đơn vị tại trụ sở chính Ngân hàng Nhà nước Việt Nam; Ngân hàng Nhà nước chi nhánh các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương) nghiêm túc thực hiện các biện pháp cụ thể nhằm tăng cường kiểm soát, xử lý các giao dịch liên quan tới tiền ảo.

### **1.2. Đánh giá pháp luật Việt Nam hiện hành về tiền ảo**

Qua nghiên cứu chúng tôi nhận thấy, mặc dù một số cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã có các chỉ đạo, cảnh báo, khuyến nghị liên quan đến tiền ảo, nhưng cho đến nay Việt Nam vẫn chưa có khung pháp luật rõ ràng, đầy đủ điều chỉnh đối với loại tài sản mới này; còn nhiều vấn đề pháp lý liên quan đến tiền ảo được đặt ra và thực sự là một thách thức đối với nhà làm luật, những người áp dụng pháp luật ở Việt Nam hiện nay.

#### *Thứ nhất, về khái niệm tiền ảo*

Là một hiện tượng xã hội mới, nên hiện nay có rất nhiều định nghĩa và cách hiểu về tiền ảo. Mỗi định nghĩa lại chỉ ra các đặc trưng cơ bản của tiền ảo dưới các góc độ khác nhau. Thời gian qua, mặc dù thuật ngữ tiền ảo được sử dụng thông dụng, nhưng các thuật ngữ “tiền kỹ thuật số”, “tiền thay thế”, “tiền internet”, “tiền mã hóa” cũng được đề

cập với nghĩa tương đương<sup>3</sup>. Trên thực tế, tiền ảo có thể tồn tại dưới nhiều dạng như: Tiền ảo có chức năng là chứng khoán; tiền ảo có chức năng là phương tiện thanh toán; tiền ảo có chức năng là tiện ích để tiếp cận, sử dụng một dịch vụ nhất định... Điều này dẫn đến nhiều sự nhầm lẫn trong thực tế khi cần có sự quản lý hoặc giải quyết của cơ quan có thẩm quyền liên quan đến tiền ảo. Không những thế, khái niệm tiền ảo cũng rất dễ gây nhầm lẫn với khái niệm tiền điện tử (là hình thức điện tử của tiền pháp định). Việc chưa có được một cách hiểu chính thức về tiền ảo trong các văn bản pháp luật ở Việt Nam là một rào cản và khó khăn đặt ra khi xác định các vấn đề pháp lý liên quan đến tiền ảo cũng như giải quyết các tranh chấp hoặc các hoạt động liên quan đến tiền ảo trong thực tiễn.

#### *Thứ hai, trong lĩnh vực pháp luật dân sự*

Trong giao lưu dân sự, tài sản là đối tượng chủ yếu của các quan hệ giữa những chủ thể được pháp luật dân sự điều chỉnh. Theo quan điểm của chúng tôi, đối chiếu với quy định của pháp luật dân sự hiện hành thì tiền ảo không được coi là tài sản hay hàng hoá, bởi lẽ:

Điều 105 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “*Tài sản là vật, tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản. Tài sản bao gồm bất động sản và động sản. Bất động sản và động sản có thể là tài sản hiện có và tài sản hình thành trong tương lai*”.

Theo định nghĩa trên, tài sản chỉ tồn tại ở một trong bốn dạng:

<sup>3</sup> TS. Phan Chí Hiếu – TS. Nguyễn Thanh Tú (chủ biên), *Một số vấn đề pháp lý về tài sản mã hóa, tiền mã hóa*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, năm 2019, tr. 25 - 26.

- Vật: Là một bộ phận của thế giới vật chất tồn tại dưới dạng rắn, lỏng, khí và con người có thể chiếm hữu, kiểm soát được; ví dụ như nhà, xe, bàn ghế...

- Tiền: Là phương tiện thanh toán do Ngân hàng Nhà nước phát hành, được Nhà nước bảo hộ dùng để định giá các loại tài sản khác. Tiền bao gồm tiền nội tệ và ngoại tệ. Tiền có thể tồn tại dưới dạng giấy, polymer, xu hoặc tiền điện tử (e-money).

- Giấy tờ có giá: Là loại giấy tờ trị giá được bằng tiền và có thể chuyển giao trong giao lưu dân sự. Giấy tờ có giá phải do các chủ thể được phép phát hành. Giấy tờ có giá bao gồm hối phiếu đòi nợ, hối phiếu nhận nợ, séc, trái phiếu Chính phủ, trái phiếu công ty, kỳ phiếu, cổ phiếu, tín phiếu, hối phiếu, công trái...

- Quyền tài sản: Là quyền trị giá được bằng tiền, bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, quyền sử dụng đất và các quyền tài sản khác như quyền đòi nợ, quyền hưởng dụng, quyền bề mặt...

Như vậy, đối chiếu với quy định trên, tiền ảo không được coi là tài sản vì nó không thuộc bất kỳ loại nào trong bốn loại nêu trên.

Về bản chất pháp lý của tiền ảo dưới góc độ pháp luật dân sự, cũng có quan điểm cho rằng, tiền ảo có thể coi là một loại quyền tài sản. Cụ thể: *“Căn cứ vào những đặc trưng của tài sản mã hóa (hay tài sản ảo nói chung), có thể thấy đây đều là những “tài sản” không có đặc tính vật lý (được hình thành từ các thông tin tồn tại dưới dạng các đoạn mã máy tính), được trị giá bằng tiền và có thể chuyển giao được trong giao dịch dân sự. Như vậy, quyền đối với tài sản mã hóa (hay tài sản ảo nói chung) là*

*một loại quyền tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015”<sup>4</sup>.*

Theo chúng tôi, quan điểm trên mới chỉ đưa ra nhận định *“quyền đối với tài sản ảo”* là *“quyền tài sản”* chứ chưa có kết luận *“tiền ảo hoặc tài sản ảo”* là loại tài sản gì trong số bốn loại tài sản được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015. Ở đây, *“tiền ảo”* là đối tượng của quyền mà quan điểm trên nhận định chứ bản thân *“tiền ảo”* không phải là quyền.

Nếu kết luận tiền ảo là quyền tài sản thì có lẽ cũng là một nhận định cần nghiên cứu thêm, bởi lẽ quyền luôn là xử sự được phép của chủ thể mang quyền được pháp luật công nhận và bảo vệ. Quyền tài sản là một loại tài sản vô hình, nên xét về lý luận, nếu có hành vi xâm phạm đến quyền tài sản thì không thể áp dụng phương thức *“kiện đòi lại tài sản”* hay *“kiện vật quyền”* như đối với vật, mà chỉ có thể áp dụng phương thức khác như kiện yêu cầu chấm dứt hành vi hoặc kiện yêu cầu bồi thường thiệt hại. Tuy nhiên, đối với tiền ảo thì đây hoàn toàn không phải là xử sự, bởi tiền ảo thực chất là một thuật toán (dãy số) trên nền tảng công nghệ Blockchain. Hơn nữa, khi bị chiếm đoạt, chủ thể bị xâm phạm mong muốn đòi lại số tiền ảo đó. Vì vậy, chúng tôi cho rằng, tiền ảo hiện nay không phải là một loại tài sản được công nhận trong Bộ luật Dân sự năm 2015. Thiết nghĩ, trong thời gian tới, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần có văn bản quy định hoặc hướng dẫn cụ thể về nội dung này.

<sup>4</sup> TS. Phan Chí Hiếu – TS. Nguyễn Thanh Tú (chủ biên), *Một số vấn đề pháp lý về tài sản mã hóa, tiền mã hóa*, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, năm 2019, tr. 175.

Việc chưa có quy định nào của pháp luật dân sự khẳng định tiền ảo là một loại tài sản dẫn đến những hệ quả tiếp theo là các quan hệ dân sự như sở hữu, thừa kế, hợp đồng hay bồi thường thiệt hại liên quan đến tiền ảo cũng gần như rơi vào “khoảng trống”, không có cơ chế để giải quyết một cách phù hợp. Chẳng hạn, khi ví điện tử của một chủ thể bị xâm nhập và bị ăn trộm một số lượng tiền ảo nhất định thì có đòi lại được không? Khi các bên mua bán tiền ảo không thực hiện nghĩa vụ giao tài sản thì áp dụng trách nhiệm dân sự gì? Khi có người yêu cầu phân chia di sản thừa kế là tiền ảo thì có tiến hành chia không? Sẽ phân chia như thế nào đối với tiền ảo trong ví điện tử của một người, nếu những người có liên quan không có hoặc không cung cấp mật khẩu hay “khóa” (key) để đăng nhập vào tài khoản của người này? Hoặc, khi một người có hành vi phá hỏng ví điện tử của người khác làm cho việc đăng nhập không thể thực hiện được thì việc bồi thường thiệt hại sẽ được xác định như thế nào?

Tất cả những khó khăn trên đều cần có một cơ chế pháp lý rõ ràng làm cơ sở để giải quyết những quan hệ xã hội nảy sinh trong các giao dịch dân sự liên quan đến tiền ảo đang diễn ra hàng ngày trên thực tế.

*Thứ ba, trong lĩnh vực pháp luật hình sự*

Mặc dù pháp luật Việt Nam chưa ghi nhận tiền ảo là tài sản và không bảo hộ các giao dịch của các chủ thể liên quan đến tiền ảo. Song, nếu chủ thể lợi dụng các giao dịch về tiền ảo nhằm thực hiện các hành vi bị cấm (như rửa tiền<sup>5</sup>, tài trợ khủng bố<sup>6</sup>) hoặc

sử dụng tiền ảo làm phương tiện thanh toán tại Việt Nam<sup>7</sup> sẽ phải chịu trách nhiệm hình sự tùy theo tính chất, mức độ của hành vi.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 4 Luật Phòng, chống rửa tiền năm 2012, rửa tiền được hiểu là hành vi của tổ chức, cá nhân nhằm hợp pháp hóa nguồn gốc của tài sản do phạm tội mà có, bao gồm cả hành vi được quy định trong Bộ luật Hình sự. Điểm a khoản 1 Điều 324 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định, hành vi được coi là phạm tội rửa tiền có thể là: “*Tham gia trực tiếp hoặc gián tiếp vào giao dịch tài chính, ngân hàng hoặc giao dịch khác nhằm che giấu nguồn gốc bất hợp pháp của tiền, tài sản do mình phạm tội mà có hoặc biết hay có cơ sở để biết là do người khác phạm tội mà có*”. Ở đây, giao dịch khác không được xác định cụ thể là giao dịch gì nên có thể hiểu mọi giao dịch (ngoài giao dịch tài chính, ngân hàng) nhằm mục đích đã được xác định tại quy định trên đều là phạm tội rửa tiền. Tuy nhiên, động cơ của tội phạm này phải nhằm che giấu nguồn gốc bất hợp pháp của tiền, tài sản do mình phạm tội mà có. Trong khi đó, tiền ảo lại chưa được công nhận là tiền hay tài sản ở Việt Nam, nên tùy từng trường hợp, chủ thể có thể bị xác định là phạm tội rửa tiền hoặc không. Ví dụ, một người nhận hối lộ bằng tiền ảo và sau đó thực hiện các hoạt động rửa số tiền này thì không phạm tội; nhưng một người nhận hối lộ bằng tiền thật sau đó đổi sang tiền ảo rồi và thực hiện các hoạt động rửa tiền khác thì lại có thể phạm tội rửa tiền. Điều này cho thấy sự bất hợp lý trong quy định của pháp luật khi cùng một

<sup>5</sup> Điều 324 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

<sup>6</sup> Điều 300 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

<sup>7</sup> Điều 206 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

hành vi nhưng lúc thì không, lúc thì có bị coi là hành vi phạm tội.

Trường hợp cá nhân, tổ chức sử dụng các giao dịch tiền ảo nhằm mục đích rửa tiền sẽ phải chịu trách nhiệm hình sự về Tội rửa tiền được quy định tại Điều 324 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Theo quy định tại Điều này, cá nhân là người phạm tội có thể phải chịu mức hình phạt tù lên đến 15 năm, đồng thời có thể bị phạt tiền lên đến 100 triệu đồng, bị tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản. Trường hợp pháp nhân thương mại phạm tội này thì có thể bị phạt tiền lên đến 5 tỷ đồng.

Về Tội tài trợ khủng bố, theo quy định tại khoản 1 Điều 300 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), người nào huy động, hỗ trợ *tiền, tài sản* dưới bất kỳ hình thức nào cho tổ chức, cá nhân khủng bố, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm. Như vậy, hành vi tài trợ khủng bố có thể được thực hiện dưới nhiều hình thức khác nhau. Bộ luật Hình sự không giới hạn hình thức tài trợ khủng bố mà chỉ quan tâm đến việc hành vi đó có nhằm huy động, hỗ trợ, *tiền, tài sản* cho tổ chức, cá nhân khủng bố hay không. Đối tượng tài trợ theo Điều luật này cũng phải là tiền hoặc tài sản. Quy định trên một lần nữa cho thấy, sự ra đời và tồn tại tiền ảo đã gây lúng túng trong việc xác định rất nhiều hậu quả pháp lý của các hành vi liên quan đến tiền ảo, trong đó có việc xác định tội phạm tài trợ khủng bố. Trên thực tế, các tổ chức quốc tế và nhiều quốc gia rất chú trọng đến vấn đề ngăn chặn việc sử dụng tiền ảo để rửa tiền hay tài trợ khủng bố.

#### *Thứ tư, trong lĩnh vực pháp luật thuế*

Trong thời gian vừa qua, sự biến động không ngừng về giá trị các đồng tiền ảo, đặc

biệt là đồng Bitcoin đã khiến cho nhiều tổ chức, cá nhân kinh doanh tiền ảo có được những khoản lợi nhuận lớn. Về phương diện pháp lý, các hoạt động này phải chịu thuế. Tuy nhiên, trên thực tế, hoạt động kinh doanh tiền ảo và các hoạt động khác liên quan đến tiền ảo nhằm mục đích sinh lợi không chịu sự điều chỉnh của các luật về thuế ở Việt Nam. Điều này xuất phát từ nguyên nhân Việt Nam chưa có khung pháp luật về tiền ảo. Như đã phân tích, tiền ảo không được coi là tài sản trong Bộ luật Dân sự và không được coi là hàng hoá theo quy định của pháp luật thương mại<sup>8</sup>. Do đó, bản thân các đồng tiền ảo và các hoạt động kinh doanh tiền ảo không làm phát sinh nghĩa vụ nộp thuế của các chủ thể có liên quan.

Một minh chứng cụ thể đó là ngày 21/9/2017, Tòa án nhân dân tỉnh Bến Tre đã ra phán quyết với nội dung huỷ Quyết định 714 của Chi cục Thuế thành phố Bến Tre về việc truy thu hơn 981 triệu đồng tiền thuế giá trị gia tăng và hơn 1,6 tỉ đồng tiền thuế thu nhập cá nhân đối với ông Nguyễn Việt Cường vì ông này tham gia trao đổi tiền ảo (Bitcoin). Theo Hội đồng xét xử, hiện chưa có luật công nhận tiền ảo Bitcoin là hàng hoá. Việc cơ quan thuế ra quyết định truy thu thuế trong trường hợp này là mặc nhiên công nhận loại tiền này là hàng hoá trong khi đề án về khung pháp lý để quản lý, xử lý loại tiền này chỉ mới đang được xây dựng. Việc truy thu thuế không phù hợp sẽ ảnh hưởng đến hoạt động quản lý tiền tệ của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam, tạo điều kiện để chuyển tiền bất hợp pháp, thanh toán chuyển tiền cho các giao dịch bất hợp pháp... Mặt khác, tại quyết định truy thu

<sup>8</sup> Xem khoản 2 Điều 3 Luật Thương mại năm 2005.

thuế, cơ quan thuế có ghi nhận rằng không xử phạt vi phạm hành chính đối với ông Cường do hình thức kinh doanh mua bán tiền kỹ thuật số trên mạng internet là một loại hình mới phát sinh, các văn bản hướng dẫn áp dụng thu thuế còn chậm. Điều đó thể hiện việc mua bán loại tiền này chưa có văn bản hướng dẫn thi hành...<sup>9</sup>.

*Thứ năm, trong lĩnh vực pháp luật kinh doanh*

Điều 33 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Mọi người có quyền tự do kinh doanh trong những ngành nghề mà pháp luật không cấm”. Bên cạnh đó, theo quy định tại khoản 1 Điều 7 Luật Doanh nghiệp năm 2014, doanh nghiệp có quyền tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà luật không cấm. Trường hợp các doanh nghiệp thực hiện hoạt động kinh doanh, mua bán, chuyển nhượng, huy động vốn hoặc góp vốn bằng tiền ảo thì không bị cấm bởi đó là quyền mà Luật Doanh nghiệp năm 2014 ghi nhận cho các doanh nghiệp được hưởng.

Theo quy định của Luật Đầu tư năm 2014 về chính sách của Nhà nước đối với hoạt động đầu tư kinh doanh, chủ thể được thực hiện hoạt động đầu tư kinh doanh các ngành, nghề mà Luật Đầu tư không cấm<sup>10</sup>. Trong các ngành nghề cấm đầu tư kinh doanh quy định tại Điều 6 và ngành, nghề kinh doanh có điều kiện quy định tại Điều 7 Luật Đầu tư năm 2014 đều không liệt kê hoạt động kinh doanh liên quan đến tiền ảo. Như vậy, theo những quy định trong Luật Đầu tư năm 2014, các hoạt động kinh doanh

liên quan đến tiền ảo không bị coi là ngành, nghề cấm kinh doanh.

Trên thực tế, các hoạt động huy vốn bằng tiền ảo (ICO) hoặc các sàn giao dịch tiền ảo vẫn diễn ra, các chủ thể vẫn tiến hành các hoạt động kinh doanh, chuyển nhượng, góp vốn, huy động vốn đầu tư... bằng các đồng tiền ảo. Tuy nhiên, quy trình thành lập, đăng ký thành lập, cấp mã số thuế, trách nhiệm hoặc các hoạt động hay chế tài liên quan đến tiền ảo hiện nay pháp luật vẫn còn đang bỏ ngỏ, cùng với đó là việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến các hoạt động này cũng chưa có cơ chế để giải quyết một cách phù hợp. Đây là mảnh đất màu mỡ cho các hoạt động ICO mang tính chất lừa đảo, kinh doanh đa cấp và thực tế đã xảy ra ở nước ta, điển hình là các vụ việc tiền ảo iFan<sup>11</sup>, AOC<sup>12</sup> hay VNCOINS<sup>13</sup>...

## 2. Một số kiến nghị

Xây dựng pháp luật bắt kịp với sự phát triển của khoa học và công nghệ là một thách thức không chỉ với Việt Nam mà với nhiều quốc gia trên thế giới. Những năm gần đây, cùng với sự phát triển vô cùng nhanh chóng, vượt bậc của khoa học và công nghệ, nền kinh tế ảo trong thế giới

<sup>11</sup> Gia Hưng, *Cú lừa tiền ảo iFan: Đường đi của hàng ngàn tỷ đồng*, <https://vietnamnet.vn/vn/kinh-doanh/tai-chinh/cu-lua-tien-ao-ifan-duong-di-cua-ha-ng-ngan-ty-dong-440815.html>, truy cập ngày 25/12/2019.

<sup>12</sup> Thúy Minh, *"Ông trùm" đường dây kinh doanh tiền ảo AOC là "dân đa cấp" chuyên nghiệp*, <https://anninhthudo.vn/phap-luat/ong-trum-duong-da-y-kinh-doanh-tien-ao-aoc-la-dan-da-cap-chuyen-nghi-ep/750848.antd>, truy cập ngày 25/12/2019.

<sup>13</sup> Việt Cường, *Trùm lừa đầu tư tiền ảo VNCOINS Nguyễn Hữu Tiến chiếm đoạt bao nhiêu tiền?*, <https://vov.vn/tin-nong/trum-lua-dau-tu-tien-ao-vncoins-nguyen-huu-chiem-doat-bao-nhieu-tien-1012794.vov>, truy cập ngày 25/12/2019.

<sup>9</sup> Phương Loan, *Tòa tuyên án vụ thu thuế tiền điện tử Bitcoin*, <https://cafef.vn/toa-tuyen-an-vu-thu-thue-tien-dien-tu-bitcoin-20170922134614789.chn>, truy cập ngày 25/12/2019.

<sup>10</sup> Khoản 1 Điều 5 Luật Đầu tư năm 2014.

mạng cũng phát triển không ngừng. Trong nền kinh tế ảo đó, rất nhiều loại hàng hoá, dịch vụ mới được hình thành, tạo ra những khoảng trống về mặt pháp lý cần có sự điều chỉnh, mà tiền ảo là một ví dụ cụ thể. Để tận dụng những cơ hội to lớn mà khoa học và công nghệ mang lại, Việt Nam cần xây dựng và ban hành mới hoặc là sửa đổi pháp luật để điều chỉnh các quan hệ phát sinh từ các hình thức giao dịch mới, các loại tài sản mới nhằm hạn chế rủi ro, thúc đẩy sự phát triển kinh tế, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các nhà đầu tư, các tổ chức, cá nhân tham gia. Cách mạng công nghiệp 4.0 yêu cầu pháp luật phải có sự điều chỉnh để đáp ứng những đòi hỏi của xã hội hiện đại. Trong quá trình hoàn thiện khung pháp luật điều chỉnh đối với tiền ảo, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị sau:

***Thứ nhất, cần có một định nghĩa rõ ràng cụ thể về tiền ảo***

Việc đầu tiên khi xây dựng khung pháp luật về tiền ảo là cần đưa ra một định nghĩa rõ ràng, cụ thể về tiền ảo để xác định phạm vi đối tượng tiền ảo được điều chỉnh theo pháp luật Việt Nam. Từ đó, làm cơ sở cho việc xây dựng các quy định pháp luật khác có liên quan.

***Thứ hai, cần ghi nhận tiền ảo là một loại tài sản mới***

Trong thời gian tới, Việt Nam cần ghi nhận tiền ảo là một loại tài sản mới trong Bộ luật Dân sự - tài sản kỹ thuật số. Khái niệm về tài sản tại Điều 105 Bộ luật Dân sự năm 2015 cần có sự sửa đổi theo hướng bổ sung thêm “*các loại tài sản khác do pháp luật quy định*”.

Việc pháp luật ghi nhận tiền ảo là một loại tài sản là hướng đi phù hợp với tình hình thực tế của Việt Nam hiện nay, cũng

như bắt kịp được xu thế chung của thế giới. Bên cạnh đó, việc xác định được tình trạng pháp lý của tiền ảo cũng sẽ là cơ sở vững chắc, tạo nền móng cho quá trình xây dựng các quy định về các vấn đề khác có liên quan, như quản lý hoạt động ICO, sản giao dịch, thuế đối với tiền ảo... Đây đều là những lĩnh vực có ảnh hưởng tương đối lớn đến nền kinh tế trong nước và đời sống giao lưu dân sự ở phạm vi nội địa hay liên quốc gia. Một khung pháp lý hợp lý, toàn diện dựa trên nền tảng xác định tiền ảo là một loại tài sản sẽ giúp các cơ quan có thẩm quyền quản lý tốt hơn, đấu tranh có hiệu quả chống lại các hành vi trái pháp luật trong sử dụng tiền ảo (như rửa tiền, tẩu tán tài sản...).

***Thứ ba, chưa nên công nhận tiền ảo là phương tiện thanh toán***

Một số nghiên cứu đã chỉ ra rằng, chấp nhận tiền ảo là phương tiện thanh toán sẽ có ảnh hưởng lớn tới chính sách tiền tệ ở Việt Nam. Sự phát triển lớn mạnh về số lượng cũng như giá trị của tiền mã hóa đang đặt ra rất nhiều thách thức đối với hệ thống tài chính, ngân hàng cũng như việc điều hành chính sách tiền tệ của các Ngân hàng Trung ương như vấn đề kiểm soát các mục tiêu, biến số kinh tế vĩ mô, lạm phát, nguồn cung tiền, lãi suất, tỷ giá...<sup>14</sup>. Vì vậy, mặc dù có một số quốc gia trên thế giới thừa nhận tiền

<sup>14</sup> PGS.TS. Lê Thị Tuấn Nghĩa - ThS. Nguyễn Thanh Tùng (Học viện Ngân hàng), *Tiền ảo và thách thức đối với chính sách tiền tệ*, <http://tapchitaichinh.vn/kinh-te-vi-mo/tien-ao-va-thach-thuc-doi-voi-chinh-sach-tien-te-142566.html>, truy cập ngày 25/12/2019; ThS. Đặng Vương Anh - Ủy ban giám sát tài chính quốc gia, *Ảnh hưởng của tiền mã hóa đối với thị trường tài chính, tiền tệ*, <http://tapchitaichinh.vn/nghien-cuu-trao-doi/nghien-cuu-dieu-tra/anh-huong-cua-tien-ma-hoa-doi-voi-thi-truong-tai-chinh-tien-te-142548.html>, truy cập ngày 25/12/2019.

ảo là phương tiện thanh toán thì trong giai đoạn hiện nay, khi mà điều kiện về cơ sở hạ tầng công nghệ, tài chính và nhận thức của người dân chưa cao, để đảm bảo an ninh tiền tệ, ngăn chặn rủi ro xảy ra đối với các hoạt động liên quan đến tiền ảo, chúng tôi cho rằng Việt Nam chưa nên ghi nhận tiền ảo là phương tiện thanh toán.

Trong tương lai, khi nền tảng công nghệ, thị trường tài chính đã phát triển, sự tồn tại và phát triển của đồng tiền ảo đã ổn định thì lúc đó Việt Nam mới tính đến việc cân nhắc, xem xét tiền ảo có là một phương tiện thanh toán hay không.

***Thứ tư, cần coi tiền ảo là một loại tài sản đặc biệt lưu thông có điều kiện***

Tiền ảo có một đặc điểm là tính ẩn danh rất cao, việc kiểm soát danh tính của chủ sở hữu các ví tiền ảo rất khó. Điều này dẫn đến thực trạng, hoạt động liên quan đến tiền ảo trong cả các giao dịch thông thường hay các hoạt động phạm tội như rửa tiền, tài trợ khủng bố cũng như các hoạt động phi pháp khác rất khó kiểm soát. Vì vậy, cơ chế pháp lý đối với tiền ảo cũng không thể tương đồng như với các loại tài sản thông thường, mà cần phải coi tiền ảo là một loại tài sản đặc biệt lưu thông có điều kiện. Cụ thể, đối với các tổ chức hoạt động trong lĩnh vực trao đổi, giao dịch tiền ảo cần đăng ký hoạt động với các cơ quan chức năng như: Đăng ký quyền sở hữu tài khoản; lưu trữ các thông tin về lịch sử giao dịch; đăng ký giao dịch, đăng ký thành lập các doanh nghiệp kinh doanh, môi giới tiền ảo; tuân thủ các nguyên tắc về kế toán, kiểm toán đối với tài sản trong doanh nghiệp; tuân thủ các quy định về nghĩa vụ thuế liên quan đến sở hữu và giao dịch tiền ảo; tuân thủ các quy định của pháp luật về phòng chống rửa tiền...

Như vậy, trong thời gian tới, để ngăn chặn các hoạt động bất hợp pháp, kiểm soát được một cách tối đa các hoạt động liên quan đến tiền ảo, hạn chế rủi ro cho các bên tham gia, Việt Nam chỉ nên công nhận các giao dịch liên quan đến tiền ảo đối với các ví giao dịch được đăng ký và có danh tính. Cấm tuyệt đối các hoạt động liên quan đến tiền ảo ẩn danh và xa hơn, có thể áp dụng các biện pháp hành chính hoặc hình sự đối với các chủ thể thực hiện các giao dịch liên quan đến tiền ảo không đăng ký.

***Thứ năm, cần thu thuế đối với các hoạt động liên quan đến tiền ảo***

Như đã phân tích, do không công nhận là tài sản, Việt Nam không tiến hành thu thuế đối với các hoạt động kinh doanh và giao dịch tiền ảo. Điều này làm giảm thiểu một nguồn thu lớn cho ngân sách nhà nước. Khi chúng ta đã công nhận tiền ảo là tài sản thì nó cũng trở thành hàng hoá (theo quy định của Luật Thương mại) và khi đó tiền ảo sẽ trở thành đối tượng chịu thuế theo quy định của pháp luật thuế.

Nghiên cứu kinh nghiệm trên thế giới cho thấy, hầu hết các quốc gia đều đánh thuế đối với tiền ảo như Anh<sup>15</sup>, Nhật Bản<sup>16</sup>, Mỹ<sup>17</sup>, Đức<sup>18</sup>, Hàn Quốc<sup>19</sup>, Australia<sup>20</sup>...

<sup>15</sup> Ngô Minh, *Thế giới đánh thuế đối với Bitcoin như thế nào*, <https://news.zing.vn/the-gioi-danh-thue-giao-dich-bitcoin-nhu-the-nao-post790489.html>, truy cập ngày 10/6/2018.

<sup>16</sup> Diệp Vũ, *Nhật Bản sẽ đánh thuế nhà đầu tư tiền ảo tới 55%*, <http://vneconomy.vn/nhat-ban-se-danh-thue-nha-dau-tu-tien-ao-toi-55-20180209080352822.htm>, truy cập ngày 10/6/2018.

<sup>17</sup> Ngô Minh, t.lđd.

<sup>18</sup> Ngô Minh, t.lđd.

<sup>19</sup> Hà Thu, *Hàn Quốc đánh thuế hơn 24% các sản phẩm tiền ảo*, <https://kinhdoanh.vnexpress.net/tin-tuc/quoc-te/han-quoc-danh-thue-hon-24-cac-san-tien-ao-3702538.html>, truy cập ngày 10/6/2018.

<sup>20</sup> Ngô Minh, t.lđd.

Thực trạng về tiền ảo và kinh nghiệm của các nước cũng chỉ ra rằng, hoàn toàn có cơ sở để tính thuế đối với các hoạt động liên quan đến tiền ảo. Tuy nhiên, mỗi quốc gia lại áp dụng một loại thuế và mức thuế khác nhau đối với tiền ảo tùy thuộc vào đặc thù kinh tế, chính trị, xã hội của từng nước. Phù hợp với xu thế chung đó, pháp luật về thuế Việt Nam cũng cần có sự điều chỉnh, quy định cụ thể về sắc thuế và cách tính thuế đối với loại tài sản mới này.

***Thứ sáu, cho phép và kiểm soát các hoạt động phát hành tiền ảo ra công chúng (ICO)***

Theo quy định tại khoản 1 Điều 6 Luật Chứng khoán năm 2006 (sửa đổi, bổ sung năm 2010, 2018) thì:

*“Chứng khoán là bằng chứng xác nhận quyền và lợi ích hợp pháp của người sở hữu đối với tài sản hoặc phần vốn của tổ chức phát hành. Chứng khoán được thể hiện dưới hình thức chứng chỉ, bút toán ghi sổ hoặc dữ liệu điện tử, bao gồm các loại sau đây:*

- a) Cổ phiếu, trái phiếu, chứng chỉ quỹ;*
- b) Quyền mua cổ phần, chứng quyền, quyền chọn mua, chọn bán, hợp đồng tương lai, nhóm chứng khoán hoặc chỉ số chứng khoán;*
- c) Hợp đồng góp vốn đầu tư;*
- d) Các loại chứng khoán khác do Bộ Tài chính quy định”.*

Như vậy, nếu tiền ảo được công nhận là tài sản thì tiền ảo cũng hoàn toàn có thể được xác định là chứng khoán theo Luật Chứng khoán và các hoạt động ICO sẽ được điều chỉnh bởi Luật Chứng khoán. Tuy nhiên, khi tiền ảo được công nhận là chứng khoán cũng sẽ có những nét đặc thù hơn so với các loại chứng khoán khác, bởi nó chỉ

tồn tại trên môi trường kỹ thuật số. Vì vậy, trong thời gian tới, cũng cần tính tới việc nghiên cứu hoàn thiện pháp luật chứng khoán liên quan đến điều kiện chào bán, hình thức chào bán, đăng ký chào bán, thủ tục chào bán, hồ sơ chào bán, công bố thông tin, báo cáo tài chính... đối với tiền ảo.

Khi pháp luật điều chỉnh các hoạt động ICO đối với tiền ảo được rõ ràng, các hoạt động này trên thực tế sẽ được kiểm soát. Khi đó, các doanh nghiệp phát hành tiền ảo ra công chúng sẽ phải đảm bảo đủ điều kiện và được cấp phép. Điều này sẽ góp phần hạn chế rất lớn các hoạt động ICO đa cấp, mang tính chất lừa đảo, đồng thời hạn chế được các rủi ro khác.

***Thứ bảy, cho phép thành lập và kiểm soát các sàn giao dịch tiền ảo***

Tương tự với các loại chứng khoán khác, khi được công nhận là chứng khoán thì tiền ảo cũng có thể được giao dịch thông qua các sàn giao dịch chứng khoán được phép hoạt động. Tuy nhiên, do đặc trưng của tiền ảo là chỉ tồn tại trên môi trường kỹ thuật số, có tính ẩn danh rất cao, các giao dịch về tiền ảo được thực hiện trên một nền tảng công nghệ mới - công nghệ Blockchain, Việt Nam nên thành lập các sàn giao dịch tiền ảo độc lập và riêng biệt để các chủ thể giao dịch tiền ảo tại các sàn này. Sàn giao dịch tiền ảo đòi hỏi một hạ tầng công nghệ thông tin khác biệt, trình độ cao, có sự quản lý đặc thù. Khi đã thiết lập các sàn này, Nhà nước cần kiểm soát thông qua việc yêu cầu đăng ký tài khoản cá nhân cũng như đăng ký kinh doanh đối với chủ thể tham gia giao dịch tiền ảo, từ đó mới có thể kiểm soát được chặt chẽ số lượng các giao dịch tiền ảo.

# KIỂM SOÁT TÍNH CÔNG BẰNG CỦA CÁC ĐIỀU KHOẢN MẪU

*Nguyễn Thị Dung\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, đánh giá quy định pháp luật hiện hành về kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu, nhận diện những vấn đề bất cập trong các quy định pháp luật, đối chiếu so sánh với quy định pháp luật tương ứng của một số quốc gia và vùng lãnh thổ. Qua đó, bài viết đề xuất những giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

**Abstract:** The article analyzes and evaluates the current legal provisions on the control of fairness of standard terms, and identifies shortcomings thereof in comparison to corresponding regulations of a number of countries and territories. Thereby, it makes certain proposals to improve Vietnamese law in this respect.

Điều khoản mẫu được hiểu là những điều khoản do một bên tham gia hợp đồng soạn sẵn để sử dụng nhiều lần, bên/các bên còn lại không có khả năng đàm phán thay đổi nội dung mà chỉ có khả năng chấp thuận hoặc từ chối điều khoản (take it or leave it)<sup>1</sup>. Bên ban hành điều khoản mẫu có thể tiết kiệm được chi phí và thời gian bởi chỉ cần thu thập và chất lọc những thông tin cần thiết nhằm xây dựng các điều khoản của hợp đồng một lần, nhưng lại có thể sử dụng lặp đi lặp lại cho nhiều giao dịch với một hoặc nhiều đối tác khác nhau. Chính vì lý do thiết thực này, điều khoản mẫu đã trở thành một phần không thể thiếu trong đời sống hiện đại, đặc biệt là trong kỷ nguyên số với sự phát triển của thương mại điện tử ngày nay.

Tuy nhiên, có thể thấy, các điều khoản mẫu cũng tạo ra những thách thức nhất định đối với quan niệm truyền thống về hợp

đồng, ví dụ: Trước thực tế phát triển của việc sử dụng các điều khoản mẫu, nhiều hệ thống pháp luật thường đưa ra một cơ chế để kiểm soát tính công bằng trong nội dung các điều khoản mẫu – điều này theo lý thuyết truyền thống về hợp đồng: Hợp đồng là kết quả của sự thỏa thuận giữa các bên<sup>2</sup>, sẽ là sự can thiệp quá mức của Nhà nước vào sự tự chủ và tự do ý chí của các bên trong quan hệ tư. Mặc dù vậy, chúng ta đều đồng ý rằng, các điều khoản của hợp đồng, nếu là kết quả của quá trình thỏa thuận một cách bình đẳng sẽ phản ánh được một cách công bằng quyền lợi của các bên trong hợp đồng. Vấn đề là các điều khoản mẫu khi được sử dụng lại không thỏa mãn được yếu tố này bởi thực tế là trong các hợp đồng sử dụng điều khoản mẫu, bên không ban hành điều khoản mẫu thường là bên yếu thế<sup>3</sup>, ví

\* ThS., Khoa Pháp luật dân sự và Kiểm sát dân sự, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

<sup>1</sup> F. Kessler, *Contracts of Adhesion – Some thoughts about freedom of contract*, Colum.L.Rev. (1943), 629.

<sup>2</sup> Thomas Wilhelmsson, *Standard Form Condition*; in Hartkamp, A.S., Hesselink, M.W., Hondius, E.H., Mak, C., & Perron, C.E. *Towards a European civil code*. – 4th rev. and exp. Kluwer law international (2011), 571-586.

<sup>3</sup> Ngoài lý thuyết này, có thể tìm thấy các lý thuyết khác như sự bất cân xứng về thông tin, hoặc học thuyết về chi phí giao dịch - Xem thêm Đỗ Giang

dụ: Giữa người tiêu dùng - thương nhân, giữa doanh nghiệp mới thành lập - doanh nghiệp lớn, giữa các bên khác - nhà độc quyền cung cấp... Nói một cách chung nhất, trong các hợp đồng sử dụng điều khoản mẫu, bên ban hành điều khoản mẫu thường có sức mạnh thị trường vượt trội so với bên còn lại, và có thể áp đặt các điều kiện của hợp đồng<sup>4</sup>, bên còn lại do vậy không có lựa chọn nào khác ngoài việc ký kết hoặc từ bỏ giao dịch. Việc kéo dài tình trạng này có thể dẫn đến sự thất bại của thị trường. Đó là lý do tại sao cần phải có sự kiểm soát từ phía Nhà nước để đảm bảo tính công bằng trong nội dung các điều khoản mẫu.

### 1. Kinh nghiệm pháp luật một số nước và vùng lãnh thổ về kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu

#### *Pháp luật Liên minh châu Âu*

Để bảo vệ bên không được soạn thảo, thỏa thuận về giao dịch sử dụng các điều khoản mẫu, cùng với phong trào bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trên thế giới, pháp luật của nhiều quốc gia đều có cơ chế để kiểm soát các điều khoản mẫu có dấu hiệu lạm dụng nhằm bảo vệ các bên yếu thế. Nhiều quốc gia ban hành luật riêng về điều khoản mẫu như Luật về Các điều kiện thương mại chung của Cộng hòa Liên bang (CHLB) Đức năm 1976 (1976 Act on General Terms and Conditions (Gesetz zur

Regelung des Rechts über Allgemeine Geschäftsbedingungen - AGBG)), Điều 305 đến Điều 310 của Bộ luật Dân sự Đức về các điều khoản mẫu (German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB))<sup>5</sup>, Luật Thực hành thương mại Úc (Trade Practices Act 1974)<sup>6</sup>, Luật về các điều khoản bất bình đẳng (Unfair Contract Terms Act) của Anh (1977)<sup>7</sup>.

Trong các đạo luật này, điều khoản mẫu được đề cập ở những quy định về khái niệm, đối tượng, phạm vi, điều kiện có hiệu lực và thủ tục giám sát... Thời điểm này, Cộng đồng châu Âu tồn tại hai truyền thống kiểm soát các điều khoản mẫu: (1) Các quốc gia có truyền thống sử dụng cơ quan hành chính để kiểm soát các điều khoản mẫu như Thụy Điển, Đan Mạch, Anh và Pháp (trước năm 1988); (2) Các quốc gia có truyền thống sử dụng chế định khởi kiện của các Hiệp hội (chủ yếu của tổ chức bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng) để giám sát các điều khoản mẫu như Đức, Áo, Bồ Đào Nha, Pháp (sau năm 1988) và Hà Lan<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> Bürgerliches Gesetzbuch-BGB, [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0915](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0915).

<sup>6</sup> Trade Practices Act 1974, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2010C00426>.

<sup>7</sup> Unfair Contract Terms Act 1977, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50>.

<sup>8</sup> Thụy Điển với Đạo luật về các điều khoản hợp đồng trong quan hệ tiêu dùng 1971 (1971 Act on Contract Terms in Consumer Relations) trong đó cấm các điều kiện hợp đồng không hợp lý với một cơ quan hành chính được thành lập để kiểm soát các điều kiện giao dịch chung tên là Thanh tra tiêu dùng (Consumer Ombudsman); Đan Mạch với Luật về các hành vi thị trường năm 1974 (Danish Marketing Practices Act of 1974); Anh với Luật Thương mại lành mạnh (Fair Trading Act 1973) với tên cơ quan có thẩm quyền kiểm soát và đàm phán liên quan đến các điều kiện giao dịch chung là Cơ quan thương mại lành mạnh (Director General for Fair Trading).

Nam, *Bình luận về các quy định liên quan đến hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung trong dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi)*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 5 (285) năm 2015, tr.31-41.

<sup>4</sup> Schaefer, Hans-Bernd and Leyens, Patrick C., *Judicial Control of Standard Terms and European Private Law – A Law & Economics Perspective on the Draft Common Frame of Reference for a European Private Law* (December 8, 2009). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1520457> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1520457>, 5-6.

Sau đó, cùng với sự phát triển của nền kinh tế, điều khoản mẫu được sử dụng ngày càng nhiều, kéo theo việc điều chỉnh các điều khoản bất bình đẳng đã chiếm một vị trí quan trọng trong chương trình nghị sự của Luật Hợp đồng châu Âu kể từ khi chương trình này được hình thành vào cuối những năm 1980. Đặc biệt, với sự hình thành Liên minh châu Âu (EU), điều khoản mẫu được đặt trong cơ chế kiểm soát cao hơn bằng Chỉ thị số 93/13/EEC ngày 5/4/1993 của Hội đồng châu Âu về những điều khoản bất bình đẳng trong các hợp đồng tiêu dùng (*Chỉ thị*)<sup>9</sup>.

Có thể nói, Chỉ thị là thành quả nỗ lực của Ủy ban châu Âu nhằm điều chỉnh toàn bộ các hợp đồng tiêu dùng, đảm bảo yêu cầu bảo vệ người tiêu dùng ở mức tối thiểu bằng việc quy định tất cả các nước thành viên phải loại bỏ các điều khoản bất công được sử dụng trong hợp đồng. Sau khi Chỉ thị này được ban hành, tồn tại hai trường phái nhằm nội luật hoá Chỉ thị: Ở Anh, toàn bộ Chỉ thị được ban hành dưới dạng một đạo luật riêng biệt, cụ thể là Quy định về các điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng tiêu dùng năm 1994, sau đó được thay thế bởi Quy định về điều khoản bất bình đẳng trong hợp đồng tiêu dùng vào năm 1999. Trong khi đó, ở một số quốc gia khác, ví dụ như Bỉ, Pháp và Hà Lan, các quy định của Chỉ thị được đưa vào các luật sẵn có<sup>10</sup>.

Cơ chế đánh giá về tính không công bằng của các điều khoản mẫu được quy

định tại Điều 3 và 4 của Chỉ thị. Điều 3 thiết lập một điều khoản chung, sau đó được làm rõ bởi phụ lục của Chỉ thị đi kèm danh mục các điều khoản được coi là không công bằng. Điều 4 đưa ra các tiêu chí cần được xem xét nhằm đánh giá khi nào một điều khoản được coi là không công bằng. Hơn nữa, trong nhiều án lệ, Toà án Công lý châu Âu đã giải thích các khái niệm chung này để thiết lập các tiêu chí đánh giá cụ thể hơn. Trọng tâm của Chỉ thị này là Điều 3(1) đưa ra định nghĩa khái quát tiêu chí công bằng:

*“Một điều khoản không được đàm phán một cách riêng lẻ sẽ được coi là không công bằng nếu điều khoản đó đi ngược lại với yêu cầu về sự thiện chí, dẫn đến một sự bất cân xứng đáng kể đối với quyền và nghĩa vụ của các bên phát sinh theo hợp đồng gây bất lợi cho người tiêu dùng”*<sup>11</sup>.

Theo đó, tiêu chí đánh giá tính công bằng bao gồm ba yếu tố: (i) Sự bất cân xứng đáng kể đối với quyền và nghĩa vụ của các bên; (ii) Đi ngược lại với yêu cầu về sự thiện chí và (iii) Gây bất lợi cho người tiêu dùng. Như vậy, lợi thế của Điều 3(1) này chính là tính linh hoạt giúp thích nghi với sự thay đổi của đời sống xã hội, và sau đó được cụ thể hoá bằng Phụ lục về danh mục không giới hạn các điều khoản “được cho là” bất bình đẳng<sup>12</sup>.

Ngoài ra, cũng cần phải nhắc tới Dự thảo Khung tham chiếu chung để xây dựng Bộ luật Dân sự (BLDS) chung châu Âu (Draft Common Frame of Reference - DCFR), trong đó đề xuất 3 mô hình kiểm

<sup>9</sup> Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013>.

<sup>10</sup> Johanna Waelkens, Article 5 Unfair Terms Directive 93/13/EEC: Transparency and interpretation in consumer contracts, <https://lirias.kuleuven.be/1847274?limo=0>.

<sup>11</sup> Khoản 1 Điều 3 Chỉ thị số 93/13/EEC (Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31993L0013>.

<sup>12</sup> Khoản 3 Điều 3 Chỉ thị số 93/13/EEC, “*The Annex shall contain an indicative and non-exhaustive list of the terms which may be regarded as unfair*”.

soát tính công bằng riêng biệt cho từng loại hợp đồng mẫu giữa thương nhân - thương nhân, thương nhân - người tiêu dùng và giữa người không phải thương nhân với nhau. Tuy nhiên, DCFR như tên gọi vẫn là khung tham chiếu chứ không có hiệu lực thi hành, hơn nữa DCFR được xây dựng chủ yếu dựa trên kinh nghiệm của Chỉ thị số 93/13/EEC. Vì vậy, có thể nói, Chỉ thị số 93/13/EEC hiện nay vẫn là văn bản trực tiếp và ảnh hưởng lớn nhất tới vấn đề điều chỉnh hợp đồng mẫu ở châu Âu.

Tuy nhiên, tại Hội thảo về pháp luật bảo vệ người tiêu dùng được tổ chức tại Pháp năm 2008, các nhà nghiên cứu đến từ nhiều quốc gia khác nhau như Đức, Anh, Pháp, Áo, Na Uy... đã cho rằng Chỉ thị 93/13/EEC chỉ điều chỉnh các giao dịch thiết lập giữa người bán/người cung cấp với người tiêu dùng, đã loại ra nhiều chủ thể khác và không phù hợp với thực tiễn cuộc sống. Các giao dịch thiết lập dựa trên các điều khoản mẫu giữa bản thân các nhà kinh doanh với nhau, giữa bản thân những người tiêu dùng với nhau... nếu có biểu hiện cho thấy sự bất bình đẳng sẽ không được bảo vệ bởi pháp luật. Bên cạnh đó, hợp đồng giữa bên bán với người mua cũng bị loại trừ khỏi phạm vi điều chỉnh của Chỉ thị nếu đối tượng của hợp đồng không được hiểu là hàng hóa.

#### *Pháp luật Đức*

Như đã nêu, Đức là nước điển hình trong việc ban hành văn bản pháp luật riêng điều chỉnh về các điều khoản mẫu. Luật về Các điều kiện thương mại chung của Đức coi các điều khoản mẫu là một loại điều kiện giao dịch chung, do một bên đưa ra để áp dụng hàng loạt đối với một bên còn lại. Từ năm 2002, Luật về Các điều kiện thương mại chung của CHLB Đức năm 1976 được sáp nhập chung vào Bộ luật Dân sự Đức, về cơ bản các quy định của Luật về Các điều

kiện thương mại chung của CHLB Đức năm 1976 được giữ nguyên và trở thành một chương về soạn thảo nghĩa vụ hợp đồng bằng các điều khoản mẫu trong kinh doanh<sup>13</sup>. Chương này quy định về khái niệm điều khoản mẫu, điều kiện hình thành và khả năng trở thành nội dung hợp đồng của các điều khoản mẫu, giải thích điều khoản mẫu và cơ chế kiểm soát các điều khoản mẫu bất bình đẳng. Có thể thấy, trong pháp luật hợp đồng Đức, cơ chế kiểm soát điều khoản mẫu không chỉ giới hạn ở phạm vi bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng như trong Chỉ thị, mà còn mở rộng tới mọi loại hợp đồng có khả năng gây ra sự bất bình đẳng.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 305, “*điều khoản mẫu trong kinh doanh là tất cả những điều khoản hợp đồng được soạn thảo trước cho nhiều hơn hai hợp đồng mà một bên giao kết hợp đồng (người sử dụng) đưa ra cho bên kia khi giao kết... Các điều khoản hợp đồng không trở thành điều khoản mẫu trong kinh doanh nếu như chúng đã được các bên đàm phán đến từng chi tiết*”<sup>14</sup>.

Ngoài ra, BLDS Đức cũng thiết lập cơ chế kiểm soát gồm có điều khoản chung (Điều 307), danh mục các điều khoản có dấu hiệu bất bình đẳng (Điều 308) và danh mục các điều khoản luôn bị coi là bất bình đẳng (Điều 309). Theo Điều 307, điều khoản mẫu sẽ vô hiệu khi đi ngược lại nguyên tắc thiện chí, tạo ra sự bất lợi một cách bất hợp lý cho bên còn lại của hợp đồng. Sự bất lợi một cách bất hợp lý cũng

<sup>13</sup> Phần 2 Quyển 2 về Luật nghĩa vụ của Bộ luật Dân sự Đức (Điều 305 – Điều 310).

<sup>14</sup> Section 305, “*Standard business terms are all contract terms pre-formulated for more than two contracts which one party to the contract (the user) presents to the other party upon the entering into of the contract... Contract terms do not become standard business terms to the extent that they have been negotiated in detail between the parties*”.

có thể xuất phát từ những điều khoản không rõ ràng và học thuật khó hiểu. Trường hợp điều khoản mẫu vi phạm Điều 309 thì điều khoản mẫu sẽ không có hiệu lực, trường hợp điều khoản mẫu rơi vào danh mục được liệt kê ở Điều 308 thì thẩm phán là người xác định, cân nhắc và quyết định điều khoản đó có bất bình đẳng hay không.

#### *Pháp luật Vương quốc Anh*

Khác với Đức, pháp luật Vương quốc Anh không quy định đầy đủ các nội dung về điều khoản mẫu mà chủ yếu nhấn mạnh đến vấn đề kiểm soát tính bình đẳng của các điều khoản hợp đồng. Cụ thể, ngoài án lệ, điều khoản bất bình đẳng còn được pháp luật hợp đồng Anh kiểm soát bởi hai đạo luật: Một là, Đạo luật về Điều khoản bất bình đẳng (Unfair Contract Terms Act) được thông qua năm 1977; hai là, Quy định về Điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng (The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 - UTCCR 1999)<sup>15</sup>.

Phạm vi điều chỉnh của Đạo luật về điều khoản bất bình đẳng năm 1977 bao gồm các điều khoản được thương lượng và các điều khoản mẫu ngoại trừ đối với các hợp đồng chuyên nhượng đất đai, hợp đồng lao động và hợp đồng trong lĩnh vực hôn nhân gia đình<sup>16</sup>. Đạo luật này không thiết lập một cơ chế kiểm soát chung đối với tính công bằng của hợp đồng, mà chỉ tập trung giới hạn vào các điều khoản loại trừ cả trong các giao dịch tiêu dùng lẫn giao dịch dân sự, thương mại. Ngoài phạm vi của Đạo

luật này, không có một học thuyết chung nào kiểm soát tính bất bình đẳng trong quan hệ hợp đồng mà các bên có thể viện dẫn sử dụng được. Trong khi đó, Quy định về Điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng được ban hành nhằm thực thi Chỉ thị số 93/13/EEC. Quy định về kiểm soát tính không công bằng của đạo luật chỉ giới hạn trong các điều khoản không được trực tiếp thương lượng (not individually negotiated) của hợp đồng giữa bên bán/nhà cung cấp với người tiêu dùng.

Đạo luật về Điều khoản bất bình đẳng năm 1977 không quy định thế nào là “điều khoản hợp đồng bất bình đẳng” và chỉ dành Điều 17 để quy định về các điều khoản loại trừ trách nhiệm một cách bất hợp lý trong các điều khoản mẫu (*Control of unreasonable exemptions in ... standard form contracts*). Theo đó, bất kỳ điều khoản nào cho phép một bên trong hợp đồng có khả năng vi phạm cam kết các nghĩa vụ hợp đồng, loại bỏ hoặc hạn chế trách nhiệm của bên đó đối với bên còn lại, không thực hiện nghĩa vụ hợp đồng hoặc thực hiện khác với những gì mà bên còn lại mong đợi một cách hợp lý nếu nó không công bằng và hợp lý, để trở thành điều khoản hợp đồng thì sẽ không có hiệu lực.

Quy định về Điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng quy định: “*Một điều khoản sẽ bị coi là bất bình đẳng, đi ngược lại với các yêu cầu của thiện chí nếu không được đàm phán một cách riêng lẻ gây nên sự bất đối xứng đáng kể trong quy định về quyền và nghĩa vụ của các bên theo hợp đồng, gây bất lợi cho người tiêu dùng*”<sup>17</sup>. Vương quốc Anh thể hiện sự nội

<sup>15</sup> Quy định về Điều khoản không công bằng trong hợp đồng tiêu dùng (Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999), <http://www.legislation.gov.uk/uk/si/1999/2083/contents/made>.

<sup>16</sup> Phạm vi điều chỉnh của Điều 2 Phụ lục 1 Đạo luật 1977, *Schedule 1 - Scope of Section 2, Unfair Contract Terms Act 1977*.

<sup>17</sup> Điều 5.1, UTCCR 1999, “A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of

luật hóa triệt để yêu cầu của Chỉ thị số 93/13/EEC, theo đó sao chép toàn bộ bản danh mục các điều khoản có dấu hiệu bất bình đẳng này vào Phụ lục 2 của Đạo luật<sup>18</sup>. Ngoài ra, quy định tại Điều 7 của Đạo luật thể hiện tinh thần của Điều 5 Chỉ thị số 93/13/EEC, cũng bao gồm hai phần: Nghĩa vụ cung cấp thông tin hoặc yêu cầu về tính rõ ràng và nguyên tắc giải thích các điều khoản mẫu không rõ ràng.

Như vậy, về cơ bản điều khoản mẫu bất bình đẳng được hiểu là những điều khoản, điều kiện hợp đồng tạo ra sự mất cân đối rõ ràng giữa quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng, tạo nên lợi ích không chính đáng cho bên ban hành và xâm hại lợi ích của bên bị áp đặt và cố tình làm giảm đi sự nhận thức của bên bị áp đặt<sup>19</sup>. Trong những trường hợp như vậy, pháp luật điều chỉnh tính bình đẳng giữa các bên trong giao dịch là không công nhận hiệu lực của các điều khoản hợp đồng đó. Tuy nhiên, việc quy định về các điều khoản bất bình đẳng trong pháp luật của các nước là khác nhau. Có nước quy định những điều khoản mẫu được giả định là có dấu hiệu bất bình đẳng, việc kết luận điều khoản đó là bất bình đẳng hay không phụ thuộc vào đánh giá của thẩm phán (grey list); có nước chỉ quy định danh mục cứng những điều khoản mẫu được coi là bất bình đẳng, vi phạm sẽ bị coi là không có giá trị pháp lý (black list); có nước lại

---

*good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*", <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/2083/regulation/5/made>.

<sup>18</sup> Schedule 2, The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999, <http://www.legislation.gov.uk/ukxi/1999/2083/schedule/2/made>.

<sup>19</sup> Nguyễn Thị Hằng Nga, *Pháp luật về điều kiện thương mại chung – Những vấn đề lý luận và thực tiễn*, Luận án tiến sĩ luật học, 2016, Đại học Luật Hà Nội, tr. 52.

ban hành cả hai loại danh mục này. Đối với các nước theo hệ thống civil law, thẩm phán sẽ tuyên một điều khoản mẫu bị vô hiệu nếu nó rơi vào danh mục các điều khoản cấm hoặc được giả định là thiếu công bằng được liệt kê tại các văn bản pháp luật. Ngoài ra, thẩm phán cũng có thể đưa ra những quyết định phù hợp với nguyên tắc công bằng nhằm bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng trong trường hợp pháp luật chưa có quy định hoặc quy định chung chung. Còn đối với các nước theo hệ thống pháp luật common law, thẩm phán dựa trên từng vụ việc cụ thể với khả năng “nhận thức” khác nhau về các điều khoản mẫu của người bị áp dụng để đưa ra nhận định các quy tắc, điều khoản đó là các điều khoản mẫu có hiệu lực hay không.

## **2. Một số bất cập trong các quy định pháp luật Việt Nam về kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu**

Trong pháp luật Việt Nam hiện hành, vấn đề điều khoản mẫu được điều chỉnh chủ yếu trong BLDS năm 2015 và Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 (LBVNTD). Trong đó, nếu như LBVNTD chỉ kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu ở phạm vi hẹp là hợp đồng tiêu dùng thì BLDS năm 2015 đã điều chỉnh tính công bằng của điều khoản mẫu trong mọi loại hợp đồng. Có thể nói, các quy định hiện tại của pháp luật Việt Nam về kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu có sự phát triển đáng kể, tuy nhiên, thực tế vẫn còn tồn tại một vài bất cập liên quan đến các quy định này. Cụ thể như sau:

*Thứ nhất*, so với pháp luật Đức, Anh hay Liên minh châu Âu nói chung, phạm vi kiểm soát nhằm loại bỏ tính bất bình đẳng của điều khoản mẫu trong pháp luật Việt Nam có phần hạn chế. Nếu như pháp luật của các quốc gia, vùng lãnh thổ trên đều

kiểm soát bằng cách không giới hạn các điều khoản mẫu được coi là không công bằng thì pháp luật Việt Nam chỉ giới hạn một danh sách đóng các loại điều khoản mẫu không công bằng này, cụ thể, chín loại điều khoản bất bình đẳng theo LBVNTD<sup>20</sup>, hay một điều khoản về miễn trừ trách nhiệm theo BLDS năm 2015. Do đó, hạn chế có thể nhìn thấy chính là pháp luật Việt Nam chưa xây dựng được một cơ chế dự liệu để kiểm soát tính bất bình đẳng của các điều khoản mẫu và hơn nữa, không có điều khoản quy định về các tiêu chí để xác định một điều khoản mẫu được coi là bất bình đẳng.

Ngoài ra, BLDS năm 2015 quy định bất cứ điều khoản mang tính “loại trừ trách nhiệm” nào được đưa ra trong các điều khoản mẫu đều bị vô hiệu, trừ khi các bên có thoả thuận khác<sup>21</sup>. Theo đó, điều khoản về miễn trừ trách nhiệm của bên đưa ra điều khoản mẫu sẽ không được thừa nhận khi nó liên quan đến yếu tố “tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia”, tuy nhiên, yếu tố này lại bị loại bỏ khi các bên có thoả thuận khác. Hay nói cách khác, việc ghi nhận “trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác” đã tự vô hiệu hoá chính công cụ mà pháp luật đặt ra để bảo vệ bên không được soạn thảo hợp đồng. Điều này cũng khác với cách tiếp cận mà pháp luật thế giới đều ghi nhận, theo đó đều cho phép sử dụng điều khoản miễn trừ dựa trên cơ sở xem xét: Tính công bằng và hợp lý của điều khoản hợp đồng, lỗi của bên có hành vi vi phạm (có ý hay vô ý nghiêm trọng) và thiệt hại xảy ra liên quan đến tính mạng hay sức khoẻ.

*Thứ hai*, xét một cách khái quát, các quy định của LBVNTD đã bao phủ hầu hết các vấn đề quan trọng liên quan như: Vấn

đề giải thích điều khoản mẫu, vô hiệu hoá các điều khoản không công bằng, hay vấn đề đăng ký bắt buộc đối với các hợp đồng mẫu và các điều kiện giao dịch chung áp dụng với các hàng hóa, dịch vụ thiết yếu<sup>22</sup>. Tuy nhiên, thực tế áp dụng vẫn tồn tại bất cập. Ví dụ, mặc dù quy định hợp đồng mẫu phải được đăng ký trong trường hợp các hợp đồng mua bán căn hộ chung cư<sup>23</sup>, nhưng trên Website của Cục Cảnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng – cơ quan được giao nhiệm vụ quản lý việc đăng ký hợp đồng mẫu chỉ có 10 chủ đầu tư xây dựng đăng ký hợp đồng mẫu giữa hàng trăm chủ đầu tư xây dựng nhà ở chung cư hiện nay<sup>24</sup>. Chính điều này dẫn đến nhiều điều khoản mẫu không rõ ràng, gây khó hiểu cho người tiêu dùng vẫn tồn tại trên thực tế. Cụ thể, với người tiêu dùng, khi phải đọc một hợp đồng mua bán nhà chung cư quá dài thì thường sẽ lựa chọn đọc những điều khoản mà mình quan tâm thông qua tên điều khoản. Nắm bắt được tâm lý này, các chủ đầu tư thường quy định trong hợp đồng mẫu nhiều hơn một điều khoản nói đến thời hạn bàn giao nhà, tuy nhiên, chỉ có một điều khoản có tên là thời hạn bàn giao. Do vậy, nếu không đọc hết và đọc kỹ hợp đồng, người tiêu dùng sẽ không biết về việc thời hạn bàn giao là khác so với nội dung được quy định tại điều khoản về thời hạn bàn giao.

Thực tế là các điều khoản loại trừ trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ đối với người tiêu dùng;

<sup>22</sup> Xem các điều 15, 16, 19 LBVNTD.

<sup>23</sup> Loại hàng hoá dịch vụ thứ 9 trong Danh mục hàng hoá, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung được ban hành theo Quyết định số 02/2012/QĐ-TTg ngày 13/01/2012 của Thủ tướng Chính phủ.

<sup>24</sup> [http://www.vca.gov.vn/HopDongMau.aspx?lg=1&Cate\\_ID=453&lh=25](http://www.vca.gov.vn/HopDongMau.aspx?lg=1&Cate_ID=453&lh=25), truy cập ngày 09/10/2019.

<sup>20</sup> Điều 16 LBVNTD.

<sup>21</sup> Khoản 3 Điều 406 BLDS năm 2015.

hay các điều khoản loại trừ quyền khiếu nại, khởi kiện của người tiêu dùng; hoặc các điều khoản cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ đơn phương thay đổi điều kiện của hợp đồng đã thoả thuận trước với người tiêu dùng; hoặc quy tắc, quy định bán hàng, cung ứng dịch vụ áp dụng đối với người tiêu dùng khi mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ không được thể hiện cụ thể trong hợp đồng; hoặc điều khoản cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ quy định hoặc thay đổi giá tại thời điểm giao hàng hóa, cung ứng dịch vụ; hoặc những điều khoản cho phép tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hoá, dịch vụ chuyển giao quyền, nghĩa vụ cho bên thứ ba mà không được người tiêu dùng đồng ý... còn tồn tại trong rất nhiều điều khoản mẫu trong nhiều lĩnh vực, tạo điều kiện cho doanh nghiệp trốn tránh trách nhiệm cũng như đẩy rủi ro cho người tiêu dùng. Ví dụ, một vài điều khoản mẫu trong các giao dịch giữa khách hàng với ngân hàng, tổ chức tín dụng: *“Các khoản phí, mức phí theo biểu phí do ngân hàng quy định và có thể thay đổi theo từng thời kỳ”*; *“Khách hàng thừa nhận rằng tại một số thời điểm nhất định có thể sẽ không truy cập, sử dụng và thực hiện được một số hoặc tất cả các dịch vụ mà ngân hàng cung cấp do việc bảo trì hệ thống hoặc vì bất kỳ lý do nào khác... mà không có bất kỳ sự khiếu nại nào”*; *“... việc giải thích từ ngữ theo ý chỉ của ngân hàng sẽ được ưu tiên áp dụng”*...

Thứ ba, Điều 7 Nghị định số 99/2011/NĐ-CP hướng dẫn LBVNTD quy định các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải được lập thành văn bản và được soạn thảo bằng tiếng Việt, với phông chữ tiếng Việt, màu chữ và nền giấy tương phản dễ đọc, ngôn ngữ dễ hiểu... Các

quy định này cho thấy, pháp luật Việt Nam đã tiếp thu và vận dụng khá tốt kinh nghiệm lập pháp của các nước tiên tiến. Tuy nhiên, quy định này cũng vẫn có những hạn chế bởi dường như các nhà làm luật Việt Nam đã khá cứng nhắc khi bắt buộc tất cả các hợp đồng theo mẫu và điều kiện giao dịch chung phải soạn thảo bằng tiếng Việt. Không những thế, điều khoản này còn bộc lộ sự mâu thuẫn với Điều 69 Nghị định số 185/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng khi quy định một trong những hành vi vi phạm về hình thức hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung là: *“...Ngôn ngữ hợp đồng không phải là tiếng Việt, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác...”*. Như vậy, có hai câu hỏi đặt ra: Một là, hợp đồng theo mẫu có nhất thiết phải bằng tiếng Việt và hai là, hợp đồng theo mẫu bằng tiếng Việt thì có đảm bảo được quyền lợi cho tất cả những người tiêu dùng trong xã hội hay không khi mà người tiêu dùng trong phạm vi lãnh thổ Việt Nam bao gồm cả người Việt Nam và người nước ngoài.

Như vậy, có thể thấy, pháp luật Việt Nam thiếu một cơ chế chung để kiểm soát tính công bằng của điều khoản mẫu. Cả BLDS năm 2015 và LBVNTD mới chỉ dừng lại ở việc đưa ra danh mục một hay một số điều khoản mẫu được coi là đương nhiên vô hiệu. Về nguyên tắc, việc ban hành các quy định rõ ràng dưới dạng một danh mục chi tiết như cách tiếp cận của pháp luật Việt Nam sẽ mang lại một số lợi ích như giảm chi phí tiếp cận cho người tiêu dùng hay giúp người ban hành điều khoản mẫu có thể tự kiểm soát tính công bằng của các điều

khoản do mình đưa ra. Những quy định này rất có ích trong việc thúc đẩy một cơ chế ngăn chặn việc áp dụng các điều khoản không công bằng mà không cần đợi có sự can thiệp của toà án hay cơ quan hành chính. Tuy nhiên, việc không có một điều khoản chung đồng nghĩa với việc thiếu vắng một công cụ quan trọng để thiết lập một chuẩn mực về tính công bằng trong pháp luật hợp đồng Việt Nam, cũng như đảm bảo tính linh hoạt của cơ chế kiểm soát trước sự thay đổi nhanh chóng của đời sống kinh tế - xã hội.

### 3. Một số kiến nghị

Có thể nhận thấy, việc kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu vẫn giới hạn ở mức độ liệt kê các điều khoản đương nhiên được coi là vô hiệu trong các điều kiện giao dịch chung, hợp đồng theo mẫu. Vậy, những điều khoản không nằm trong danh sách này được đưa ra bởi bên ban hành điều khoản mẫu mà có khả năng làm ảnh hưởng đến quyền lợi của bên tham gia hợp đồng thì sẽ không bị vô hiệu. Không những thế, như đã phân tích các quy định hiện tại của BLDS năm 2015 là chưa đủ để thực hiện việc kiểm soát các điều khoản bất bình đẳng trong các giao dịch giữa các thương nhân với nhau hoặc giữa thương nhân với các chủ thể khác không phải là người tiêu dùng mà có sử dụng các điều khoản mẫu. Vì lý do đó, cần phải hoàn thiện chế định hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trong BLDS năm 2015, cũng như LBVNTD theo hướng bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng, đồng thời bảo đảm quyền, lợi ích hợp pháp của các tổ chức, cá nhân kinh doanh với tư cách là bên ban hành các điều khoản mẫu và cả với tư cách là bên bị áp đặt các điều khoản mẫu.

Một là, kinh nghiệm từ luật so sánh cho thấy, một cơ chế phổ biến và hữu hiệu để kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu là sự kết hợp giữa một điều khoản chung, trong đó đưa ra các tiêu chí khái quát đánh giá tính công bằng và danh mục các điều khoản đương nhiên vô hiệu (black list) và/hoặc danh mục các điều khoản được cho là vô hiệu trừ khi các bên chứng minh ngược lại (grey list). Do vậy, để có cơ chế kiểm soát hiệu quả hơn tính bất bình đẳng của các điều khoản mẫu, cần sửa đổi BLDS năm 2015 theo hướng, dựa trên kinh nghiệm của Chi thị số 93/13/EEC để thiết lập một điều khoản chung trong pháp luật Việt Nam cho phép toà án có thể can thiệp vào các tranh chấp cụ thể nằm ngoài phạm vi danh mục các điều khoản được coi là không công bằng được quy định trong LBVNTD hay trong BLDS năm 2015. Điều khoản chung này quy định các tiêu chí chung nhất để đánh giá tính công bằng của điều khoản mẫu. Điều khoản chung này nên được hỗ trợ, bổ sung bởi danh mục các điều khoản được coi là không công bằng. Ngoài ra, thay vì ghi nhận một danh sách đóng, nên chuyển sang ghi nhận một danh sách mở các điều khoản mẫu được xem là bất bình đẳng.

Ngoài ra, về nguyên tắc áp dụng các điều khoản mẫu, BLDS cần phải thiết kế các điều luật sao cho công nhận trực tiếp điều khoản miễn trừ trách nhiệm, nhưng cần chỉ rõ những trường hợp không được phép loại trừ trách nhiệm để bảo đảm sự công bằng cho các bên tham gia xác lập, thực hiện hợp đồng cũng như phát huy tối đa tiềm năng của nguyên tắc thiện chí thông qua việc buộc các bên phải xem xét, quan tâm tới lợi ích chính đáng của nhau khi thực

hiện hợp đồng theo mẫu, đảm bảo sự công bằng trong giao dịch hợp đồng.

Hai là, nâng cao hiệu quả của quy định về đăng ký các điều khoản mẫu. Trước hết quy định về mức phạt tiền tại khoản 2 Điều 68 Nghị định số 185/2013/NĐ-CP ngày 15/11/2013 của Chính phủ về: “*Phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 50.000.000 đồng đối với một trong các hành vi vi phạm sau đây: a) Không đăng ký hoặc không đăng ký lại hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung với cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng theo quy định...*” là quá nhẹ, dẫn đến việc các chủ đầu tư có ý không thực hiện việc đăng ký hợp đồng theo mẫu và vì vậy, tồn tại nhiều hợp đồng mẫu với những điều khoản bất bình đẳng cho phía bên còn lại. Do đó, cần nâng mức phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Hơn nữa, pháp luật cần dự liệu về một số nội dung bắt buộc đối với các hợp đồng mẫu đã được đăng ký theo đúng quy định pháp luật, trong nội dung của hợp đồng phải có điều khoản quy định rằng: “*Hợp đồng này đã được đăng ký tại.... theo quy định của LBVNTD*”. Đây là một điều khoản mẫu giúp người tiêu dùng nhận ra được rằng, hợp đồng này đã được đăng ký hay chưa. Đối với những hợp đồng đã đăng ký, người tiêu dùng cũng yên tâm hơn trong giao kết hợp đồng, đối với hợp đồng chưa đăng ký thì người tiêu dùng cần xem xét kỹ lưỡng, tránh tình trạng hợp đồng chưa qua đăng ký chứa đựng những điều khoản ảnh hưởng đến quyền lợi của mình. Hoặc, hợp đồng bắt buộc phải tích hợp nội dung “*Trong trường hợp có bất kỳ thắc mắc, khiếu nại liên quan đến hợp đồng này, khách hàng vui lòng liên hệ... [địa chỉ/điện thoại của doanh nghiệp] hoặc ...*

*[địa chỉ/điện thoại của Hiệp hội bảo vệ người tiêu dùng địa phương]*”... Việc quy định điều khoản này vừa giúp tăng cường trách nhiệm, uy tín của doanh nghiệp và cũng nhằm phát huy vai trò của các tổ chức xã hội trong việc bảo vệ người tiêu dùng.

Ba là, đối với ngôn ngữ trong giao dịch có các điều khoản mẫu, có thể quy định: “*Hợp đồng và những văn bản kèm theo nó phải được lập bằng tiếng Việt, ngoài ra, các bên có thể thỏa thuận thống nhất lựa chọn một ngôn ngữ khác để sử dụng soạn thảo hợp đồng. Nếu hợp đồng được soạn thảo bằng tiếng Việt và một ngôn ngữ khác, trong trường hợp có sự khác biệt giữa hai ngôn ngữ, phải lựa chọn theo hướng có lợi cho người tiêu dùng*”. Quy định này sẽ giúp cho các bên hoàn toàn có thể thỏa thuận lựa chọn ngôn ngữ phù hợp với điều kiện cũng như nhu cầu của mình. Bên cạnh đó, cũng cần tiên liệu được trường hợp cùng một nội dung nhưng bằng hai ngôn ngữ khác nhau, nếu xảy ra trường hợp nội dung quy định khác nhau thì cần phải ưu tiên lựa chọn theo hướng có lợi cho người tiêu dùng.

Tóm lại, dù các quan điểm còn khác nhau, nhưng việc phải kiểm soát tính công bằng của các điều khoản mẫu đối với tất cả mọi loại giao dịch mà không chỉ riêng đối với các giao dịch giữa thương nhân và người tiêu dùng như cách quy định hiện tại của BLDS năm 2015 là một bước đi cần thiết. Tuy nhiên, bên cạnh đó, BLDS năm 2015 nói riêng, pháp luật dân sự Việt Nam nói chung cần phải xây dựng một cách cụ thể và rõ ràng cơ chế kiểm soát để đảm bảo tính công bằng của các điều khoản mẫu. Việc khắc phục các hạn chế đã được đề cập sẽ góp phần bảo vệ tốt nhất quyền và lợi ích của bên không tham gia soạn thảo điều khoản mẫu, tránh được sự thất bại của thị trường.

# CHẾ TÀI BỒI THƯỜNG THIẾT HẠI MANG TÍNH TRỪNG PHẠT THEO PHÁP LUẬT HOA KỲ

Nguyễn Chí Thắng\*

**Tóm tắt:** Chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt được khởi nguồn và đang được áp dụng ở các nước theo hệ thống pháp luật Anh – Mỹ, nhưng hầu như không được áp dụng ở các nước theo hệ thống dân luật. Bài viết giới thiệu về khái niệm cũng như các trường hợp áp dụng chế tài này theo pháp luật Hoa Kỳ; qua đó, tác giả đề xuất một số kiến nghị cho pháp luật Việt Nam.

**Abstract:** Punitive damages – initially invented and hitherto being applied in common law tradition countries – are almost absent in civil law tradition counterparts. The article introduces the concept of and circumstances for this regime under the law of the United States of America; thereby, the author makes proposals for Vietnamese law.

## 1. Khái niệm và trường hợp áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt

Học thuyết “*punitive damage*”<sup>1</sup> (còn gọi là *exemplary damage*; tạm dịch: *Bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt*) là chế tài được tòa án áp dụng để trừng phạt bị đơn về hành vi thái quá, ác ý và nhằm ngăn chặn bị đơn hoặc những người khác thực hiện hành vi tương tự<sup>2</sup>. Điểm khác biệt giữa chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt với chế tài phạt hành chính đó là chủ thể hưởng lợi. Trong khi số tiền áp dụng cho chế tài phạt hành chính được đưa vào ngân khố quốc gia thì số tiền mà bản án buộc bị đơn phải trả nếu bị áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt sẽ được trao cho nguyên đơn.

Tại Hoa Kỳ, bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt thường được tòa án áp dụng

nếu tòa xét thấy biện pháp bồi thường thiệt hại thông thường không thỏa đáng. Tòa án có thể áp dụng biện pháp này để khắc phục sự bất hợp lý của cơ chế bồi thường thiệt hại thông thường; đồng thời, chế tài này nhằm điều chỉnh các hành vi trái pháp luật khó bị phát hiện, hoặc cố tình che giấu của bị đơn, nhưng chưa nghiêm trọng đến mức khởi tố hình sự hành vi đó.

Dựa trên nghiên cứu các án lệ của Hoa Kỳ, việc áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt phải được cân nhắc và áp dụng trong các trường hợp sau:<sup>3</sup>

*Thứ nhất, tòa án đánh giá xem hành động trái pháp luật của bị đơn có chủ đích, ác ý hoặc hoàn toàn tắc trách hay không.* Vụ kiện sau sẽ minh họa cho việc tòa án áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt đối với một doanh nghiệp lớn trong việc gian dối hoặc tắc trách trong việc sản xuất sản phẩm tiêu dùng. Trong vụ kiện *Gore v. BMW of North America, Inc.*, nguyên đơn, Ira Gore, đã mua một chiếc xe BMW mới và sau đó phát hiện ra rằng,

\* ThS., Trường Đại học Công nghệ Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Là học thuyết được khởi nguồn từ nước Anh vào giữa thế kỷ XVIII. Xem Francis Scott Baldwin, *Punitive Damages Revisited*, tại [https://www.iatl.net/files/public/93\\_punitive\\_i4a.pdf](https://www.iatl.net/files/public/93_punitive_i4a.pdf), truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>2</sup> Điều 908, khoản 1, *Tuyển tập lần thứ 2 về Bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng của Hoa Kỳ* (Restatement of Torts, Second).

<sup>3</sup> Jane Mallor và Barry Roberts, *Punitive Damages: Toward a Principled Approach*, xem tại: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_law\\_journal/vol50/iss4/13](https://repository.uchastings.edu/hastings_law_journal/vol50/iss4/13), truy cập ngày 2/1/2020.

chiếc xe đã được sơn lại trước khi ông mua nó. Bị đơn là công ty BMW ở Bắc Mỹ cho rằng, chính sách của họ là bán những chiếc xe bị hư hỏng được sửa lại như mới; kèm theo đó, công ty cam kết nếu xe có hư hỏng gì thì có thể sửa lại với chi phí không quá 3% giá trị của chiếc xe. Gore đã khởi kiện. Bồi thẩm đoàn của bang Alabama đã ra quyết định yêu cầu công ty BMW bồi thường 4.000 đô la cho người mua đồng thời áp dụng mức bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt 4 triệu đô la. Sau đó, Tòa án tối cao của bang Alabama đã giảm số tiền phạt này còn 2 triệu đô la. Tòa án kết luận rằng, biện pháp bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt không chỉ bắt nguồn từ thiệt hại mà ông Gore phải gánh chịu, mà còn từ hành vi nghiêm trọng của BMW đối với một loạt khách hàng mua xe của hãng này trong nhiều năm, trong đó BMW đã sửa chữa những chiếc xe bị hư hỏng và bán chúng cho những người mua ít am hiểu về ô tô và không nghi ngờ về chất lượng của loại xe BMW<sup>4</sup>.

Vụ tiếp theo là vụ *Liebeck v. McDonald (1994)*. Bà Stella Liebeck, 79 tuổi, mua một ly cà phê của McDonald và trong lúc uống, bà làm đổ ly cà phê vào người bà. Bà bị bỏng cấp độ hai và cấp độ ba ở đùi, mông, háng và bộ phận sinh dục. Các vết bỏng nghiêm trọng đến mức bác sĩ phải yêu cầu kỹ thuật ghép da. Liebeck đã cố gắng đàm phán để yêu cầu McDonald trả cho bà 20.000 đô la bồi thường cho hóa đơn y tế, nhưng McDonald đã từ chối. Liebeck đã khởi kiện. Trong quá trình xét xử, các tài liệu nội bộ từ McDonald tiết lộ công ty đã nhận được hàng trăm khiếu nại tương tự từ các khách hàng cho rằng cà phê của

McDonald gây bỏng nặng. Tại phiên tòa, bồi thẩm đoàn nhận thấy McDonald biết sản phẩm của họ nguy hiểm và gây thương tích cho khách hàng, nhưng công ty đã không làm gì để khắc phục vấn đề. Bồi thẩm đoàn đã quyết định áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại 200.000 đô la, nhưng sau đó giảm mức bồi thường của McDonald dành cho bà xuống còn 160.000 đô la (quy kết 20% lỗi cho bà Liebeck do bà bắt cần). Bồi thẩm đoàn cũng đã quyết định yêu cầu McDonald phải trả thêm cho bà Liebeck số tiền 2,7 triệu đô la tiền bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt, tương ứng với doanh thu bán cà phê trong 2 ngày của McDonald. Thẩm phán sau đó đã giảm mức bồi thường mang tính trừng phạt xuống còn 480.000 đô la<sup>5</sup>. Vụ việc này rất nổi tiếng và gây ra nhiều tranh cãi vì mức thiệt hại trừng phạt rất cao mà bồi thẩm đoàn đưa ra. Nhiều học giả pháp lý đồng tình với mức phạt dành cho McDonald vì đã có rất nhiều phàn nàn về nhiệt độ của cà phê McDonald trong một khoảng thời gian dài, nhưng công ty này phớt lờ (trong hơn 10 năm có đến hơn 700 trường hợp bị bỏng do độ nóng 80-90 độ C của cà phê McDonald)<sup>6</sup>.

Án lệ tiếp theo cho thấy chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt được áp dụng cho lỗi hoàn toàn tắc trách. Trong vụ *Grimshaw v. Ford Motor Co.*, một vụ tai nạn xe hơi xảy ra do ô tô hiệu Pinto của Ford có lỗi thiết kế trong bình xăng khiến chiếc xe này bốc cháy sau một vụ va chạm. Một hành khách tên Grimshaw, mười ba tuổi, bị bỏng nặng và bị thương tật vĩnh viễn. Vì các nhà quản lý của Ford nhận thức được lỗi này của dòng xe Pinto, nhưng vẫn

<sup>4</sup> *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559 (1996), xem tình tiết và phán quyết vụ kiện tại: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep517/usrep517559/usrep517559.pdf>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>5</sup> Xem vụ kiện tại <https://www.tortmuseum.org/liebeck-v-mcdonalds/>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>6</sup> Tham khảo tại <https://www.tla.com/index.cfm?pg=mcdonaldscoffeecasefacts>, truy cập ngày 2/1/2020.

quyết định bán chiếc xe và tiết kiệm tiền bằng cách trì hoãn các biện pháp khắc phục. Do đó, cơ quan xét xử trao cho nguyên đơn 2,5 triệu đô la tiền bồi thường thiệt hại và 125 triệu đô la tiền bồi thường thiệt hại trừng phạt (sau này đã được tòa án xét xử giảm xuống còn 3,5 triệu đô la). Tòa án cho rằng, bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt trong trường hợp này đưa ra nhằm bảo vệ người tiêu dùng<sup>7</sup>. Vụ kiện này tương tự với các vụ kiện liên quan đến trách nhiệm nghiêm ngặt (strict liability) khác được áp dụng cho các nhà sản xuất sản phẩm tiêu dùng. Chẳng hạn như trong vụ *Jimenez v. Chrysler*, một chiếc xe minivan của hãng Chrysler bị phát hiện lỗi thiết kế cho chốt an toàn cửa sau của xe là nguyên nhân khiến cho một hành khách bị té và văng xuống đường. Do thiết kế bị lỗi này, cơ quan xét xử đã tuyên hãng xe Chrysler bồi thường cho nguyên đơn 12,5 triệu đô la thiệt hại thực tế và kèm theo 250 triệu đô la thiệt hại trừng phạt<sup>8</sup>. Việc các hãng xe bị kiện do lỗi thiết kế và bị yêu cầu bồi thường cho các nạn nhân khiến cho rất nhiều hãng xe lớn của Hoa Kỳ tốn hàng trăm triệu đô la để thu hồi các sản phẩm bị lỗi thiết kế.

*Thứ hai, bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt không thể được áp dụng trong các tranh chấp hợp đồng, mà thường được áp dụng trong các vụ kiện liên quan đến bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (Tort Law)*<sup>9</sup>. Một công ty sản xuất thực phẩm giảm cân quảng cáo cho sản phẩm của mình rằng, các thành phần của thực phẩm này bổ

sung cho chế độ ăn uống là hoàn toàn tự nhiên và an toàn cho người tiêu dùng. Một khách hàng đã mua, dùng thực phẩm bổ sung này và bị bệnh nặng. Bác sĩ của khách hàng này xác định các chất bổ sung của thực phẩm đã phản ứng với thuốc về bệnh sốt rét mà khách hàng này đang sử dụng. Khách hàng khởi kiện công ty để yêu cầu bồi thường chi phí y tế và tiền lương bị mất, cho rằng công ty buộc phải biết các chất thành phần của thực phẩm này sẽ phản ứng với thuốc theo toa và nên cảnh báo khách hàng. Tòa án ủng hộ lập luận của nguyên đơn và buộc bị đơn trả cho nguyên đơn khoản bồi thường thiệt hại thực tế và thiệt hại trừng phạt<sup>10</sup>.

Trong vụ *Tuttle v. Raymond*, nguyên đơn bị thương nặng khi chiếc xe của cô bị Raymond đâm. Các bằng chứng tại phiên tòa cho thấy, bị đơn đã lái xe với tốc độ quá cao trong vùng 25 dặm/giờ và anh ta đã vượt đèn đỏ ngay trước khi va chạm. Bị đơn thừa nhận trách nhiệm tại phiên tòa và hứa sẽ chi trả cho các thiệt hại thực tế, nhưng không đồng ý đối với chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt. Cuối cùng, bồi thẩm đoàn đã yêu cầu bị đơn bồi thường 50.000 đô la cho thiệt hại thực tế và 22.000 đô la cho khoản thiệt hại trừng phạt<sup>11</sup>.

Vụ tiếp theo minh chứng cho việc áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt lên đến hàng tỉ đô la. Vào ngày 24/3/1989, tàu chở dầu Exxon Valdez (thuộc sở hữu của tập đoàn Exxon Mobile) do bất cẩn nên tông vào và mắc cạn trên bãi san hô Bligh ở vùng Prince William Sound, Alaska, làm rách vỏ tàu chở dầu và đổ tràn

<sup>7</sup> Xem vụ kiện tại <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/119/757.html>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>8</sup> Xem vụ kiện tại <https://caselaw.findlaw.com/us-4th-circuit/1332412.html>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>9</sup> Katie Hamblen, *Punitive Damages for Breach of Contract*, <https://www.legalmatch.com/law-library/article/punitive-damages-for-breach-of-contract.html>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>10</sup> Susan White, *Punitive Damage: Explanation and Contrast*, 2019. Xem tại: <https://www.allassignmentshelp.com/blog/punitive-damage-explanation-and-contrast/>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>11</sup> Xem vụ kiện tại: <https://casebriefsco.com/case-brief/tuttle-v-raymond-iii>, truy cập ngày 2/1/2020.

mười một triệu gallon dầu (20% hàng hóa chuyên chở của tàu) ra vùng biển ngoài khơi bờ biển Alaska. Hàng ngàn động vật và hàng trăm ngàn con chim đã chết trong những ngày xảy ra sự cố tràn dầu. Các ngành công nghiệp đánh cá và du lịch bị thiệt hại ước tính hàng triệu đô la. Mặc dù ngay sau sự cố này, Exxon đã tự nguyện trả 2,2 tỷ đô la cho việc dọn dẹp. Chính quyền bang Alaska đã kiện Exxon về các khoản bồi thường thiệt hại và yêu cầu áp chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt<sup>12</sup>. Bồi thẩm đoàn tuyên Exxon phải trả 5 tỷ đô la tiền bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt cho các ngư dân, chủ sở hữu tài sản và chủ doanh nghiệp trong vùng bị thiệt hại. Số tiền này sau đó được Tòa án tối cao của bang Alaska giảm xuống còn 2,5 tỷ đô la. Cuối cùng, Tòa án tối cao của Hoa Kỳ đưa ra kết luận rằng, Exxon chỉ phải bồi thường 507,5 triệu đô cho biện pháp bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt với lý do là số tiền mà Exxon phải trả để khắc phục hậu quả đã lên đến 2,2 tỷ đô la<sup>13</sup>.

Có thể thấy, biện pháp bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt được áp dụng kết hợp với biện pháp bồi thường thiệt hại thực tế. Số tiền nguyên đơn phải trả có thể thấp hoặc cao tùy thuộc vào điều kiện và năng lực tài chính của bị đơn. Thêm vào đó, học thuyết bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt thường đánh vào các hành vi coi thường pháp luật, xâm phạm quyền lợi của người tiêu dùng hoặc gây tác động xấu đến môi trường.

## 2. Mức phạt trong áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt

<sup>12</sup> Xem vụ kiện tại: <https://www.law.cornell.edu/supct/cert/07-219>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>13</sup> Vụ *Exxon Valdez v. Baker*, Supreme Court, tr. 42. Xem tại <https://www.supremecourt.gov/opinions/07pdf/07-219.pdf>, truy cập ngày 2/1/2020.

Chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt chỉ áp dụng khi bị đơn có hành vi sai trái mang tính ác ý, cố tình che giấu hoặc xem thường pháp luật. Qua việc tìm hiểu phán quyết của các vụ kiện, có thể nhận thấy rằng, không có số tiền tối đa hoặc cố định mà bị đơn phải trả nếu bị áp dụng biện pháp bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt. Nhằm đưa ra định hướng khi xét xử các vụ việc liên quan đến chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã quyết định giới hạn khoản bồi thường thiệt hại này. Theo đó, Tòa án đã chỉ ra rằng, tỷ lệ 4:1 giữa các chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt với chế tài bồi thường thiệt hại thông thường là hợp lý<sup>14</sup>. Nói cách khác, số tiền áp dụng cho thiệt hại mang tính trừng phạt thường sẽ không được vượt quá bốn lần số tiền bồi thường thiệt hại thực tế. Ví dụ, nếu nguyên đơn được bồi thường 100.000 đô la tiền bồi thường thiệt hại thực tế thì anh ta sẽ nhận được tới 400.000 đô la tiền bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt.

Tuy nhiên, Tòa án này đã đưa ra một ngoại lệ đáng chú ý đối với tỷ lệ này trong vụ kiện *TXO Production Corp v. Alliance Resources Corp*. Tòa đã xác nhận một khoản bồi thường mang tính trừng phạt trị giá 10 triệu đô la, mặc dù mức bồi thường thiệt hại thực tế chỉ là 19.000 đô la. Tỷ lệ giữa hai chế tài này là 526:1. Trong trường hợp này, Tòa án tối cao đã khẳng định rằng, các thiệt hại trừng phạt không tương xứng

<sup>14</sup> Kết luận này được đưa ra trong vụ *State Farm Mut. Automobile Ins. Co. v. Campbell*, 538 U.S. 408 (2003). Theo đó, Tòa án tối cao kết luận rằng, tỷ lệ 4:1 là phù hợp với quy định của Due Process, Tu chính án số 14, Hiến pháp Hoa Kỳ, xem tại [https://www.duanemorris.com/articles/review\\_punitiv\\_e\\_damages\\_spoliation\\_evidence\\_0518.html](https://www.duanemorris.com/articles/review_punitiv_e_damages_spoliation_evidence_0518.html), truy cập ngày 2/1/2020.

được cho phép đối với hành vi đặc biệt nghiêm trọng<sup>15</sup>.

Khi đánh giá thiệt hại bồi thường, điều kiện tài chính của bị đơn là vấn đề được tòa án xem xét. Nếu bị đơn có năng lực tài chính lớn thì nhiều khả năng sẽ bị áp dụng mức phạt lớn và ngược lại, bởi vì sẽ mất nhiều thời gian hơn để ngăn chặn họ khỏi hành vi tương tự trong tương lai. Đồng thời, thiệt hại mang tính trừng phạt phải được áp dụng tương xứng với hành vi trái pháp luật gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng.

Ở nhiều tiểu bang của Hoa Kỳ, các thẩm phán thậm chí còn giới hạn về mức độ của chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt. Ví dụ, tại California, một số tòa án đã hạn chế số tiền thiệt hại mang tính trừng phạt không vượt quá 10% giá trị tài sản của bị đơn. Ở các tiểu bang khác, các khoản bồi thường thiệt hại phải có mối quan hệ hợp lý với các thiệt hại được bồi thường. Khoản tiền này có thể không được áp dụng nhiều hơn hai hoặc ba lần số tiền bồi thường thiệt hại<sup>16</sup>.

### 3. Một số kiến nghị cho pháp luật Việt Nam

Biện pháp bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt hầu như không áp dụng trong các hệ thống pháp luật khác ngoài hệ thống pháp luật Anh - Mỹ. Chẳng hạn, chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt được Tòa án Hoa Kỳ áp dụng cho một bên trong vụ kiện tại Hoa Kỳ sẽ khó được công nhận tại một tòa án châu Âu, trong đó chế tài này rất có thể được coi là vi phạm trật tự công cộng hoặc các nguyên tắc pháp luật cơ

bản của hệ thống pháp luật này<sup>17</sup>. Tương tự, trường hợp trên cũng không được quy định trong pháp luật Việt Nam.

Tại Trung Quốc, pháp luật nước này cũng đưa ra chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt, đặc biệt là trong quá trình Nhà nước quản lý mối quan hệ giữa người tiêu dùng và nhà sản xuất. Theo đó, Điều 49 Luật Bảo vệ quyền và lợi ích của người tiêu dùng được ban hành vào ngày 31/10/1993 quy định rằng, bất kỳ người tiêu dùng nào cũng có quyền được hưởng gấp đôi giá mua sản phẩm hoặc dịch vụ từ người bán hoặc nhà cung cấp dịch vụ nếu có hành vi lừa gạt khách hàng<sup>18</sup>. Điều 96 của Luật An toàn thực phẩm được thông qua vào ngày 28/2/2009, tăng mức bồi thường thiệt hại lên gấp mười lần giá mua, tính gộp vào các khoản bồi thường thiệt hại mà nạn nhân đã yêu cầu từ nhà sản xuất hoặc người bán đối với thực phẩm có chất lượng kém không tuân thủ tiêu chuẩn an toàn thực phẩm<sup>19</sup>. Số tiền trên được đưa ra bởi cơ quan lập pháp của nước này dựa trên một số sự cố chất lượng thực phẩm cực kỳ nghiêm trọng trong quá khứ, chẳng hạn như trường hợp sữa bột nhiễm độc Sanlu<sup>20</sup>. Luật mới này quy định rằng, nạn nhân có quyền yêu cầu bồi thường

<sup>15</sup> Xem vụ kiện tại [https://scholar.google.com/scholar\\_case?q=TXO+Prod.+Corp.+v+Alliance+Res+sources&hl=en&as\\_sdt=2,4&case=7146703882576865947&scil=0](https://scholar.google.com/scholar_case?q=TXO+Prod.+Corp.+v+Alliance+Res+sources&hl=en&as_sdt=2,4&case=7146703882576865947&scil=0), truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>16</sup> Xem tại <https://www.justia.com/injury/negligence-theory/punitive-damages/>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>17</sup> Adam Liptak, *Courts outside U.S. wary of punitive damages*, International Herald Tribune 2008, xem tại <https://www.nytimes.com/2008/03/26/world/america/s/26iht-damages.1.11433403.html>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>18</sup> Xem chi tiết điều luật tại <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/cn/cn174en.pdf>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>19</sup> Xem chi tiết điều luật tại [http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2011-02/15/content\\_1620635.htm](http://www.npc.gov.cn/zgrdw/englishnpc/Law/2011-02/15/content_1620635.htm), truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>20</sup> Năm 2008, có đến 22 công ty sữa, trong đó có công ty nổi tiếng Sanlu bán sữa bị nhiễm hóa chất melamine cho người tiêu dùng khiến 13 em bé bị tử vong. Xem thêm tại <https://www.nhandan.com.vn/thegioi/item/12632002-.html>, truy cập ngày 2/1/2020.

thiệt hại từ bất kỳ nhà sản xuất hoặc người bán nào biết rõ về lỗi trong sản phẩm, nhưng vẫn sản xuất hoặc bán chúng dẫn đến tử vong hoặc thương tích nặng cho người tiêu dùng. Không những Trung Quốc, các quốc gia khác như Vương quốc Anh, Australia, New Zealand... cũng cho phép tòa án của mình áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt.

Tại Việt Nam, liên quan đến pháp luật điều chỉnh mối quan hệ giữa nhà sản xuất và người tiêu dùng, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 cũng nêu ra trách nhiệm của nhà sản xuất. Cụ thể, khoản 1 Điều 23 quy định: “*Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa có trách nhiệm bồi thường thiệt hại trong trường hợp hàng hóa có khuyết tật do mình cung cấp gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe, tài sản của người tiêu dùng, kể cả khi tổ chức, cá nhân đó không biết hoặc không có lỗi trong việc phát sinh khuyết tật*”. Biện pháp bồi thường thiệt hại ở đây được điều chỉnh bởi các quy định của pháp luật dân sự. Nếu các sản phẩm bị khiếm khuyết, nhà sản xuất phải thông báo công khai và thu hồi sản phẩm khiếm khuyết của mình. Nếu không thì nhà sản xuất sẽ bị phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 50.000.000 đồng đối với thương nhân sản xuất, nhập khẩu hàng hóa có khuyết tật<sup>21</sup>.

Đối với vụ việc gây ô nhiễm môi trường, theo Điều 19 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ môi trường, hành vi gây ô nhiễm đất, nước, không khí; gây ô nhiễm môi trường kéo dài và nghiêm trọng có thể bị phạt tiền tới 1 tỷ đồng đối với cá nhân và 2 tỷ đồng đối với tổ chức.

<sup>21</sup> Nghị định số 185/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng.

Có thể thấy, các quy định trên chỉ là biện pháp phạt hành chính mà Nhà nước áp dụng cho các doanh nghiệp sản xuất sản phẩm tiêu dùng có lỗi, hoặc gây ô nhiễm môi trường. Số tiền phạt hành chính trong các trường hợp trên là không đủ nặng hoặc chưa tương thích với hậu quả gây ra, và người bị thiệt hại cũng chưa chắc được bồi thường xứng đáng.

Theo ý kiến người viết, pháp luật của Việt Nam nên cho phép áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt vào các trường hợp như: Vi phạm đạo đức kinh doanh liên quan đến sản xuất hàng tiêu dùng, gây ô nhiễm môi trường hoặc các nhà thầu xây dựng bất cẩn dẫn đến các tai nạn, nhưng chưa đến mức xử lý hình sự. Nhìn từ thực tiễn, nếu so sánh các hành vi gây ô nhiễm môi trường của Formosa năm 2015<sup>22</sup>, hoặc vụ sửa đê nành Number One của Tân Hiệp Phát<sup>23</sup> với các vụ kiện được nêu ở trên thì cơ quan áp dụng pháp luật có thể áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt. Tuy nhiên, vì pháp luật Việt Nam chưa quy định chế tài này trong khi mức phạt hành chính chưa đủ lớn để răn đe, e rằng các hành vi này có thể tái diễn trong tương lai.

Để có được các quy phạm pháp luật nghiêm khắc nhằm răn đe các nhà sản xuất, các doanh nghiệp tránh lặp lại các hành vi trái pháp luật, các nhà làm luật Việt Nam cần nghiên cứu rõ phạm vi áp dụng cũng như xem xét từng quy định cụ thể cho điều kiện và mức độ áp dụng chế tài bồi thường thiệt hại mang tính trừng phạt.

<sup>22</sup> Xem tại <https://dantri.com.vn/xa-hoi/su-co-formosa-a-xep-dau-bang-cac-vu-o-nhiem-moi-truong-noi-co-m-nam-2016-20170713144008139.htm>, truy cập ngày 2/1/2020.

<sup>23</sup> Xem tại <https://www.doisongphapluat.com/kinh-doanh/thi-truong/nhung-vu-phat-hien-con-trung-trong-go-uong-tan-hiep-phat-a82490.html>, truy cập ngày 2/1/2020.

# ÁP DỤNG CHỈ SỐ HHI TRONG PHÁP LUẬT VỀ TẬP TRUNG KINH TẾ TẠI HOA KỲ, LIÊN MINH CHÂU ÂU – MỘT SỐ ĐỀ XUẤT CHO PHÁP LUẬT CẠNH TRANH VIỆT NAM

*Mai Nguyễn Dũng\**

**Tóm tắt:** Để đo lường về mức độ tập trung kinh tế trên một thị trường nhất định, người ta thường dùng các công cụ như chỉ số HHI, chỉ số C4 hay chỉ số Rosenbluth. Trong số đó, chỉ số HHI (còn gọi là Herfindahl Index hay Herfindahl – Hirschman Index) được sử dụng rộng rãi hơn cả. Tuy nhiên, tại Việt Nam, nghiên cứu về vấn đề này còn chưa nhiều. Bài viết có mục đích, thứ nhất, cung cấp cho người đọc tổng quan về chỉ số HHI, phân tích công thức tính, các ưu và nhược điểm của chỉ số này; thứ hai, giới thiệu về các quy định liên quan đến chỉ số này ở Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu (EU); thứ ba, trình bày và nhận xét về việc áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật Việt Nam về tập trung kinh tế, và cuối cùng, đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về chỉ số HHI trong việc thẩm định tập trung kinh tế.

**Abstract:** To measure the level of market concentration in a given market, the HHI index, C4 index, or Rosenbluth index are often be used. Among them, the HHI index (usually referred to as Herfindahl Index or Herfindahl – Hirschman Index) is the most common. However, in Vietnam, literature about this topic is still limited. The purposes of this article are, firstly, to provide readers with an overview of the HHI index, analysis of calculation formulas, advantages and drawbacks of this measure; secondly, to introduce the relevant regulations with respect to this index in the United States and the European Union (EU); thirdly, to present and assess the application of HHI index to market concentration under Vietnamese laws; and finally, to propose some suggestions to improve Vietnamese legislations regarding the HHI index in the evaluation of economic concentration.

## 1. Tổng quan về chỉ số HHI

Chỉ số HHI là một thước đo về mức độ tập trung kinh tế giữa các doanh nghiệp trên thị trường<sup>1</sup>, phổ biến trong pháp luật về cạnh tranh, chống độc quyền và quản lý

công nghệ<sup>2</sup>, đặt theo tên hai nhà kinh tế học Orris C. Herfindahl (Hoa Kỳ) và Albert O. Hirschman (Đức) vốn lần đầu tiên sử dụng vào những năm 1940<sup>3</sup>. Hiện nay, chỉ số này đang ngày càng được ghi nhận trong pháp luật và chính sách về thị trường của nhiều quốc gia và khu vực trên

\* Học viên Cao học, Đại học Utrecht (Hà Lan).

<sup>1</sup> Stephen A. Rhoades (1993), *The Herfindahl-Hirschman Index*, Federal Reserve Bulletin, số 79/1993, tr.188.

<sup>2</sup> Catherine Liston-Hayes, Alan Pilkington, *Inventive Concentration: An Analysis of Fuel Cell Patents*, Science and Public Policy, số 1 (31)/2004, tr.15.

<sup>3</sup> Investopedia, *HHI*, <https://www.investopedia.com/terms/h/hhi.asp>, truy cập ngày 19/11/2019.

thế giới như Hoa Kỳ, Liên minh châu Âu, Nhật Bản, Hàn Quốc...

### 1.1. Công thức tính

Chỉ số HHI của một thị trường liên quan được xác định bằng tổng bình phương của thị phần các doanh nghiệp có trên thị trường đó, công thức:

$$HHI = n_i^2 + n_j^2 + n_k^2 + \dots$$

Trong đó,  $n$  là thị phần của một doanh nghiệp trong thị trường. Ví dụ, trên thị trường bán lẻ điện thoại, thị phần của doanh nghiệp A, B, C, D, E lần lượt là 25, 15, 40 và 20% thì chỉ số HHI trên thị trường này là 2.850. Như vậy, nếu trên một thị trường độc quyền chỉ tồn tại duy nhất một doanh nghiệp thì chỉ số HHI lúc này chạm ngưỡng tối đa là 10.000; ngược lại, trên một thị trường mà ở đó có vô số doanh nghiệp ( $\infty$ ) và thị phần của mỗi doanh nghiệp đều không đáng kể (xấp xỉ 0), chỉ số HHI lúc này sẽ đạt ngưỡng tối thiểu (xấp xỉ 0).

Trong các giao dịch mua bán và sáp nhập (M&A), các nhà kinh tế và nhà làm luật quan tâm đến hai yếu tố là chỉ số HHI của thị trường sau giao dịch và hệ số delta của giao dịch. Chỉ số HHI này bằng bình phương của thị phần doanh nghiệp sau giao dịch, cộng với bình phương thị phần của các doanh nghiệp khác có trên thị trường, xác định bằng công thức, với  $n_i, n_j, n_k$  lần lượt là thị phần của các doanh nghiệp tham gia vào giao dịch sáp nhập:

$$HHI = (n_i + n_j + n_k + \dots)^2 + n_x^2 + n_y^2 + n_z^2 + \dots$$

Delta được xác định bằng chênh lệch HHI giữa doanh nghiệp sau và tổng các doanh nghiệp tham gia vào giao dịch, xác định bằng công thức:

$$\Delta = (n_i + n_j + n_k + \dots)^2 - (n_i^2 + n_j^2 + n_k^2 + \dots)$$

Ví dụ, trên thị trường bán lẻ điện thoại như đã mô tả ở ví dụ trước, doanh nghiệp A tham gia vào giao dịch sáp nhập với doanh nghiệp B thì HHI của thị trường bán lẻ điện thoại sau giao dịch là  $(25+15)^2 + 40^2 + 20^2 = 3600$  và delta của giao dịch là  $3600 - 2850 = 750$ . Delta trong trường hợp có hai doanh nghiệp tham gia giao dịch còn được tính nhanh bằng cách lấy hai nhân với tích của thị phần hai doanh nghiệp trước sáp nhập<sup>4</sup>.

### 1.2. Ý nghĩa

Về mặt kinh tế, thông qua các ví dụ trên cho thấy, chỉ số HHI của một thị trường càng cao thì mức độ tập trung kinh tế của thị trường ấy càng lớn và tiến dần tới mức độc quyền. Ngược lại, chỉ số HHI càng nhỏ cho thấy một thị trường cạnh tranh càng tiến đến ngưỡng hoàn hảo. Khi tính toán HHI, thị phần của các doanh nghiệp nhỏ có thể được bỏ qua do ảnh hưởng của các doanh nghiệp này đến chỉ số HHI của thị trường là không đáng kể. Trong khi đó, delta được xem là thước đo hữu ích cho thấy sự thay đổi về mức độ tập trung kinh tế mà giao dịch M&A mang lại<sup>5</sup>. Trong các giao dịch này, HHI đóng vai trò quan trọng trong việc liệu giao dịch đó có được cơ quan quản lý cạnh tranh chấp nhận hay không, bởi lẽ nó là chỉ số ban đầu khi các cơ quan này xem xét đến sự thay đổi về cấu trúc thị trường<sup>6</sup>,

<sup>4</sup> Chú thích số 19, European Commission Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings (sau đây gọi là Hướng dẫn năm 2004).

<sup>5</sup> Đoạn 16, Hướng dẫn năm 2014.

<sup>6</sup> Bùi Nguyễn Anh Tuấn, *Phân tích kinh tế về tác động cạnh tranh của vụ việc tập trung kinh tế (M&A)*, Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng, <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?lg=1&CateID=371&ID=1288>, truy cập ngày 20/11/2019.

theo dõi tác động tiềm tàng của việc sáp nhập và mua lại đối với một ngành công nghiệp. Nếu HHI vượt ra khỏi ngưỡng nhất định, cơ quan có thẩm quyền sẽ tiến hành một cuộc điều tra chi tiết đối với giao dịch này. Nói cách khác, đây được xem như một biện pháp định lượng mà các cơ quan quản lý về cạnh tranh có thể trích dẫn để phủ quyết một giao dịch M&A. Ngược lại, các doanh nghiệp có thể đưa chỉ số này vào lập luận của họ để chỉ ra rằng việc sáp nhập sẽ không dẫn đến yếu tố độc quyền trên thị trường liên quan<sup>7</sup>.

Chỉ số HHI rất nhạy cảm đối với tình trạng bất cân xứng của thị trường. Ví dụ, trên thị trường có ba doanh nghiệp với thị phần mỗi doanh nghiệp là 33% thì HHI là 3267. Trong khi nếu chỉ có một doanh nghiệp chiếm lĩnh 99% thị trường thì HHI là 9801. Đặc biệt, nghiên cứu bởi nhà kinh tế học Morris Adelman vào năm 1969 cho thấy, người ta có thể dễ dàng tính toán số lượng doanh nghiệp cần thiết có thị phần bằng nhau để cho ra bất kì một HHI nào bằng phép tính nghịch đảo của tích HHI với 0.0001<sup>8</sup>. Điều này sẽ hỗ trợ các nhà quản lý trong việc điều tiết và quy hoạch thị trường ở mức mà họ mong muốn. Ví dụ, để đạt mức HHI là 1250 thì số lượng doanh nghiệp trên thị trường cần có là:  $1/(1250 \times 0.0001) = 8$ . Một ưu điểm nữa của chỉ số HHI nằm ở tính đơn giản, bởi chỉ cần lấy bình phương của thị phần các doanh nghiệp có trên thị

trường (cho phép bỏ qua các doanh nghiệp nhỏ), bên cạnh đó, lượng dữ liệu cho phép tính này không nhiều (biến chỉ bao gồm thị phần). Tuy nhiên, đây cũng lại chính là nhược điểm bởi nó không tính đến sự phức tạp của các thị trường khác nhau theo cách cho phép đánh giá chính xác các điều kiện trong thị trường đó là cạnh tranh hoặc độc quyền<sup>9</sup>. Ngoài ra, chỉ số này quá phụ thuộc bởi việc dựa trên thị phần của doanh nghiệp trên một thị phần liên quan, vốn được tính toán dựa trên thị phần sản phẩm liên quan và thị phần địa lý liên quan. Việc sai lầm trong xác định thị phần có thể làm cho mục đích ban đầu của việc tính toán HHI là không thể đạt được.

## 2. Việc áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật về tập trung kinh tế ở Hoa Kỳ và Liên minh châu Âu

### 2.1. Tại Hoa Kỳ

Tại Hoa Kỳ, từ năm 1982, Bộ Tư pháp (DOJ) đã đưa chỉ số về HHI trong Hướng dẫn về sáp nhập (*Merger Guidelines*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 1982), thay thế cho chỉ số về tập trung kinh tế (*Concentration Ratio – CR*), vốn được sử dụng từ năm 1968<sup>10</sup>. Đến nay, chỉ số này vẫn tiếp tục được sử dụng trong Hướng dẫn về sáp nhập “ngang hàng” phiên bản mới nhất (2010) (*Horizontal Merger Guidelines*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 2010) ban hành bởi DOJ và Ủy ban thương mại Liên bang (FTC). Theo đó, ưu điểm của việc sử dụng HHI được DOJ khẳng định: “*Không giống như việc tính toán tỷ lệ tập trung kinh*

<sup>7</sup> Corporate Finance Institute, *Herfindahl Hirschman Index – HHI*, <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/herfindahl-hirschman-index-hhi/>, truy cập ngày 20/11/2019.

<sup>8</sup> Adelman, M A, *Comment on the “H” Concentration Measure as a Numbers-Equivalent*, *The Review of Economics and Statistics*, số 51 (1)/1969, tr.99.

<sup>9</sup> Xem chú thích 3.

<sup>10</sup> Stephen Calkins, *The New Merger Guidelines and the Herfindahl-Hirschman Index*, *California Law Review*, số 2 (71)/1983, tr.402.

tế dựa vào bốn công ty như truyền thống, HHI phản ánh cả sự phân bố về thị phần của bốn công ty hàng đầu và cấu trúc của thị trường bên ngoài bốn công ty đó. Nó cũng đánh giá đúng được sức ảnh hưởng cho thị phần của các công ty lớn, phù hợp với tầm quan trọng của họ trong bất kỳ hành vi thông đồng nào (nếu có)”<sup>11</sup>.

Trong Hướng dẫn năm 1982, DOJ ghi nhận: HHI trong một thị trường sẽ được phân thành ba vùng với mức độ tập trung khác nhau là không tập trung (HHI dưới 1000), tập trung vừa phải (HHI từ 1000 đến 1800) và tập trung cao (HHI trên 1800). Cũng theo Hướng dẫn này, khi xét đến các vụ sáp nhập “ngang hàng”<sup>12</sup>, DOJ sẽ tiến hành xem xét cả mức độ tập trung thị trường sau sáp nhập (HHI) và sự gia tăng mức độ tập trung do sáp nhập (hệ số delta của giao dịch). Cơ quan này giải thích rằng, hệ số delta là quan trọng, bởi dù việc sáp nhập giữa các doanh nghiệp nhỏ cũng làm tăng mức độ tập trung kinh tế, nhưng những tác động về hạn chế cạnh tranh của chúng là không đáng kể, hơn nữa, đối với một số thị trường tập trung, việc sáp nhập có thể làm tăng hiệu quả kinh tế theo quy mô (*economic of scale*).

Ba ngưỡng tập trung kinh tế được đề cập trong Hướng dẫn năm 1982 là:

(i) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập dưới 1000: Các thị trường trong khu vực này thường được coi là không tập trung bởi có ít nhất 10 công ty có quy mô tương

đương. Do đó, DOJ sẽ không thẩm định các vụ sáp nhập ở nhóm này.

(ii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập từ 1000 đến 1800: Các thị trường trong khu vực này trải từ mức không tập trung cho đến tập trung cao, có nguy cơ tác động tiêu cực đến tính cạnh tranh của thị trường, do đó, DOJ sẽ xét đến hệ số delta:

- Nếu delta dưới 100: DOJ sẽ không thẩm định vụ sáp nhập;

- Nếu delta trên 100: DOJ sẽ xem xét các yếu tố khác để quyết định có thẩm định vụ sáp nhập hay không.

(iii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập trên 1800: Các thị trường được coi là tập trung cao độ với không quá sáu công ty có quy mô tương đương. Các vụ việc tập trung kinh tế trong nhóm này có khả năng làm giảm đáng kể mức độ cạnh tranh có trên thị trường và DOJ sẽ xem xét các câu hỏi có liên quan đến việc sáp nhập này, dựa theo hệ số delta:

- Nếu delta dưới 50: DOJ sẽ không thẩm định vụ sáp nhập;

- Nếu delta từ 50 đến 100: DOJ sẽ xem xét các yếu tố khác để quyết định có thẩm định vụ sáp nhập hay không;

- Nếu delta trên 100: DOJ sẽ thẩm định vụ sáp nhập đó.

Hệ số delta là 50 hay 100 được DOJ tính toán dựa trên sự thay đổi về thị phần sau sáp nhập. Cụ thể, nếu hai doanh nghiệp có 5% thị phần mỗi doanh nghiệp sáp nhập thì delta là 50, nếu hai doanh nghiệp có 7% thị phần mỗi doanh nghiệp sáp nhập thì delta là 100<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Hướng dẫn năm 1982.

<sup>12</sup> Sáp nhập ngang hàng, theo Hướng dẫn năm 1982 định nghĩa, là sự sáp nhập giữa các công ty nằm trong cùng một thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan.

<sup>13</sup> George Georgiadis, *Module 7: FTC / DOJ Merger Guidelines*, <https://www.kellogg.northwestern.edu/fa>

Các mức trên vẫn được giữ nguyên trong Hướng dẫn về sáp nhập “ngang hàng” ban hành năm 1992, sửa đổi năm 1997 (sau đây gọi là Hướng dẫn năm 1992). Tuy nhiên, đến Hướng dẫn năm 2010, ba mức tập trung kinh tế đã có sự thay đổi, cụ thể:

(i) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập dưới 1500: Các thị trường trong khu vực này được coi là không tập trung và DOJ không phân tích chuyên sâu các vụ sáp nhập ở nhóm này.

(ii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập từ 1500 đến 2500: Đây là thị trường tập trung vừa phải, và ngưỡng delta 100 được sử dụng nhằm đánh giá có hay không việc cần phải phân tích chuyên sâu một vụ sáp nhập.

(iii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập trên 2500: Đây là thị trường tập trung cao độ. Cũng như các Hướng dẫn trước đó, DOJ và FTC cũng chia ra ba mức delta nhưng có sự khác biệt về con số:

- Nếu delta dưới 100: DOJ và FTC sẽ không thẩm định vụ sáp nhập;

- Nếu delta từ 100 đến 200: DOJ và FTC sẽ xem xét liệu các hành vi tập trung này có khả năng gây ra mối quan tâm cạnh tranh đáng kể hay không và thường sẽ được xem xét kỹ lưỡng.

- Nếu delta trên 200: Được xem là có khả năng tăng cường sức mạnh thị trường và các cơ quan sẽ tiến hành thẩm định vụ sáp nhập.

Không những vậy, FTC và DOJ, trong Hướng dẫn năm 2010, nhấn mạnh rằng tuy mức độ tập trung kinh tế càng cao thì càng

dẫn đến các lo ngại về cạnh tranh, nhưng các ngưỡng HHI này không phải nhằm mục đích cứng nhắc khi xem xét hay phân biệt các vụ việc tập trung kinh tế. Thay vào đó, nó cung cấp một phương thức để xác định một số vụ việc sáp nhập có hay không khả năng làm tăng mối lo ngại đến việc hạn chế cạnh tranh và làm tăng các ảnh hưởng kiềm hãm lên thị trường. HHI sau sáp nhập càng cao và delta càng lớn thì khả năng xuất hiện các tác động tiêu cực đối với cạnh tranh càng lớn và trong trường hợp này, các cơ quan sẽ yêu cầu thêm thông tin để tiến hành phân tích và thẩm định giao dịch tập trung kinh tế này.

Ngoài việc xác định HHI trong các vụ việc sáp nhập “ngang hàng”, từ năm 1984, DOJ cũng ghi nhận về chỉ số HHI trong Hướng dẫn về sáp nhập “không ngang hàng” (*Non-horizontal Merger Guidelines, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 1984*)<sup>14</sup>. Theo đó, một số trường hợp liên quan đến HHI được Hướng dẫn này quy định như sau:

- DOJ sẽ thẩm định và phân tích về vụ việc khi doanh nghiệp thực hiện hành vi “thâu tóm” (không phải doanh nghiệp “bị thâu tóm”) hoạt động trong một thị trường có HHI trên 1800.

- DOJ sẽ thẩm định và phân tích về cấu trúc và hiệu suất của thị trường sơ cấp<sup>15</sup> khi HHI ở thị trường đó trên 1800.

<sup>14</sup> Sáp nhập không ngang hàng, theo Hướng dẫn năm 1984 định nghĩa, là sự sáp nhập giữa các công ty không nằm trong cùng một thị trường liên quan.

<sup>15</sup> Thuật ngữ thị trường sơ cấp (*primary market*) được Hướng dẫn năm 1984 định nghĩa là thị trường mà các mối quan tâm về cạnh tranh đang được xem xét, và thuật ngữ thị trường thứ cấp (*secondary market*) là thị trường liên hệ với thị trường sơ cấp.

- DOJ sẽ thẩm định và phân tích về tính nguyên vẹn của thị trường hay khả năng loại bỏ người mua của các vụ việc sáp nhập trên thị trường bán lẻ theo “hàng dọc”<sup>16</sup> nếu HHI của doanh nghiệp trên thị trường “upstream” trên 1800.

## 2.2. Tại Liên minh châu Âu

Vào năm 2004, Ủy ban châu Âu (EC) đã ban hành Hướng dẫn về đánh giá các vụ việc sáp nhập “ngang hàng” theo Quy chế của Hội đồng châu Âu về kiểm soát tập trung kinh tế giữa các chủ thể kinh doanh (*Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 2004). Hướng dẫn này đã nhắc đến chỉ số HHI như một công cụ nhằm cung cấp thông tin hữu ích về tình hình cạnh tranh trong một thị trường nhất định<sup>17</sup>. Tương tự Hoa Kỳ, EC cũng chia đánh giá một vụ việc tập trung kinh tế dựa trên ba mức HHI của một thị trường, tuy nhiên các thông số giữa châu Âu và Hoa Kỳ lại không giống nhau, cụ thể:

(i) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập dưới 1000: EC không xác định các mối quan ngại về cạnh tranh.

(ii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập từ 1000 đến 2000:

- Nếu delta dưới 250: EC sẽ không xác định các mối quan ngại về cạnh tranh, trừ khi vụ việc đó rơi vào một hay một số trường hợp đặc biệt được EC chỉ ra;

- Nếu delta trên 250: EC sẽ xác định các mối quan ngại về cạnh tranh.

(iii) Chỉ số HHI của thị trường sau sáp nhập từ 2000 trở lên: Cũng tương tự như mức trên nhưng ngưỡng delta giảm còn 150.

Một số trường hợp đặc biệt đã đề cập ở trên được EC mô tả liên quan đến các hiệu ứng không phối hợp (ví dụ: Nếu một trong các công ty có thị phần trước sáp nhập vượt quá 50%), nhưng hầu hết được quy định để giải quyết các lo ngại về hiệu ứng phối hợp (ví dụ: Nếu xuất hiện sự đáng kể về sở hữu chéo, nếu có bằng chứng thông đồng...).

Sau Hướng dẫn năm 2004, vào năm 2008, Ủy ban châu Âu ban hành hướng dẫn tương tự đối với các vụ việc sáp nhập “không ngang hàng” (*Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*, sau đây gọi là Hướng dẫn năm 2008). Bên cạnh chỉ ra các tác động tích cực lẫn tiêu cực tiềm năng của các vụ việc sáp nhập “không ngang hàng”, Hướng dẫn đã nhắc đến HHI như một công cụ khi đánh giá về thị phần và mức độ tập trung kinh tế của giao dịch. Cụ thể, khi doanh nghiệp sau sáp nhập có thị phần ở mỗi thị trường liên quan dưới 30% và chỉ số HHI ở các thị trường đó dưới 2000 thì EC khó có thể tìm thấy các lo ngại về hiệu ứng phối hợp và không phối hợp trong cạnh tranh. Điều này đồng nghĩa với việc Ủy

<sup>16</sup> Tuy Hướng dẫn năm 1984 không đưa ra định nghĩa thế nào là sáp nhập theo “hàng dọc”, nhưng có thể hiểu đây là sự hợp nhất hay sáp nhập của hai hoặc nhiều công ty tham gia ở các giai đoạn khác nhau trong chuỗi cung ứng với cùng một sản phẩm hay dịch vụ. Thị trường mà doanh nghiệp hoạt động ở phía trước trong chuỗi (ví dụ: Cung cấp nguyên vật liệu) được gọi là thị trường “upstream”, ngược lại, thị trường mà doanh nghiệp hoạt động ở phía sau trong chuỗi (ví dụ: Sản xuất hay phân phối hàng hoá) được gọi là thị trường “downstream”.

<sup>17</sup> Đoạn 16 Hướng dẫn năm 2004.

ban đã vạch ra một “vùng an toàn” đối với các vụ sáp nhập không ngang hàng khi đáp ứng điều kiện nêu trên. Điểm cần lưu ý ở cả Hướng dẫn năm 2004 và 2008 là việc EC khẳng định, vấn đề xem xét các mối quan ngại về cạnh tranh dựa trên chỉ số HHI hay hệ số delta chỉ là một dấu hiệu ban đầu. Chúng không làm phát sinh giả định về sự tồn tại hoặc không tồn tại những quan ngại đó (chỉ là điều kiện cần, không là điều kiện đủ)<sup>18</sup>.

### 3. Việc áp dụng chỉ số HHI trong pháp luật Việt Nam về tập trung kinh tế và một số nhận xét

#### 3.1. Quy định trong Luật Cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành

Luật Cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành không áp dụng việc tính toán chỉ số HHI trong các giao dịch tập trung kinh tế mà tiếp cận theo hướng chia ra ba ngưỡng riêng biệt theo thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế trên thị trường liên quan là: (1) Trên 50%, (2) Từ 30% đến 50% và (3) Dưới 30%. Đối với ngưỡng thứ nhất, các giao dịch tập trung kinh tế trong nhóm này sẽ bị cấm, trừ trường hợp được miễn trừ<sup>19</sup>. Đối với ngưỡng thứ hai, đại diện hợp pháp của các doanh nghiệp phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành tập trung kinh tế<sup>20</sup>. Đối với ngưỡng thứ ba, các doanh nghiệp này không phải thông báo với cơ quan quản lý cạnh tranh khi tập trung kinh tế<sup>21</sup>. Các ngưỡng trên sẽ không áp

dụng đối với các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế vẫn thoả mãn điều kiện doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật. Thị phần kết hợp được định nghĩa là tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp tham gia vào thoả thuận tập trung kinh tế<sup>22</sup>. Một điểm đáng quan tâm là khi tập trung kinh tế rơi vào ngưỡng thứ hai, tức từ 30% đến 50%, việc xem xét của cơ quan quản lý cạnh tranh đối với tập trung kinh tế chỉ là liệu việc tập trung đó có rơi vào trường hợp bị cấm (thị phần kết hợp trên 50%) hay không<sup>23</sup>. Ngoài ra, Nghị định số 116/2005/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh, trong đó phần về tập trung kinh tế không đi sâu vào các ngưỡng này mà chỉ quy định rõ hơn về thủ tục và làm rõ các thuật ngữ đã tồn tại trong luật.

Có thể nhận xét, việc quy định về các ngưỡng tập trung kinh tế như Luật Cạnh tranh năm 2004 và các văn bản hướng dẫn thi hành còn có một số điểm hạn chế. *Thứ nhất*, cơ quan quản lý về cạnh tranh không thật sự đánh giá về yếu tố kinh tế và tác động đến thị trường trong tập trung kinh tế mà chỉ đi làm rõ vấn đề: Thị phần các bên là bao nhiêu và rơi vào ngưỡng nào trong ba mức nêu trên. Các câu hỏi đáng lẽ phải trả lời nhưng không được làm rõ: Liệu giao dịch đó có ảnh hưởng đến thị trường hay không? Nếu có tác động thì đó là tích cực hay tiêu cực? Các trường hợp miễn trừ đã bao gồm hết các tác động tích cực mà việc tập trung kinh tế mang lại hay không? Ngay cả khi trải qua quá trình kiểm tra hồ sơ tập trung kinh tế, các vấn đề trên cũng

<sup>18</sup> Đoạn 21 Hướng dẫn năm 2004.

<sup>19</sup> Điều 18 Luật Cạnh tranh năm 2004.

<sup>20</sup> Khoản 1 Điều 20 Luật Cạnh tranh năm 2004.

<sup>21</sup> Khoản 1 Điều 20 Luật Cạnh tranh năm 2004.

<sup>22</sup> Khoản 6 Điều 3 Luật Cạnh tranh năm 2004.

<sup>23</sup> Khoản 1 Điều 23 Luật Cạnh tranh năm 2004.

không được thể hiện. Thứ hai, việc quy định theo ba ngưỡng đã đề cập không phản ánh được đầy đủ tình trạng bất cân xứng trên thị trường như việc quy định theo chỉ số HHI. Có những trường hợp mà ở đó, phân tích kinh tế chỉ ra nếu có giao dịch tập trung kinh tế thì ảnh hưởng cũng không đáng kể đến thị trường liên quan. Ví dụ, trong một thị trường có doanh nghiệp A chiếm 50% thị phần cùng 50 doanh nghiệp, mỗi doanh nghiệp chiếm 1% thị phần thì việc tập trung kinh tế giữa doanh nghiệp A với một trong 50 doanh nghiệp nêu trên cũng không dẫn đến tác động nghiêm trọng đối với thị trường, dù bị cấm theo quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004. Không những thế, có một số giao dịch thể hiện tính tập trung kinh tế cao, nhưng cơ quan quản lý về cạnh tranh lại không thể ngăn cản hay tác động. Ví dụ, trên thị trường bán lẻ điện thoại đã mô tả ở phần 1.2, nếu doanh nghiệp A thực hiện hành vi sáp nhập với doanh nghiệp B thì doanh nghiệp mới sẽ có thị phần kết hợp là 40%. Xét đến quy định của Luật Cạnh tranh năm 2004, giao dịch này cần phải thông báo, nhưng sẽ được cơ quan quản lý cạnh tranh xác định không thuộc trường hợp bị cấm. Tuy nhiên, nếu áp dụng việc tính toán chỉ số HHI sẽ cho thấy, HHI của thị trường bán lẻ điện thoại sau giao dịch là 3600 và delta của giao dịch là 750, vượt xa các ngưỡng của Liên minh châu Âu và Hoa Kỳ về thị trường có tính tập trung cao, lúc này, giao dịch đó sẽ đòi hỏi quá trình thẩm định và phân tích kỹ lưỡng.

### **3.2. Quy định trong Luật Cạnh tranh năm 2018 và các văn bản hướng dẫn thi hành**

Luật Cạnh tranh năm 2018 đã có cách tiếp cận về tập trung kinh tế khác so với Luật Cạnh tranh 2004, trong đó có nhiều điểm quan trọng thể hiện sự thay đổi trong tư duy của các nhà làm luật. Tuy nhiên, hiện nay, các nghị định hướng dẫn Luật này vẫn đang ở giai đoạn dự thảo. Do đó, tác giả dựa trên văn bản dự thảo Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh được đăng tải trên website của Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng (sau đây gọi là Dự thảo Nghị định) để đánh giá<sup>24</sup>.

Một số điểm mới nổi bật có thể kể đến như sau: Thứ nhất, Luật Cạnh tranh năm 2018 không cứng nhắc xác định các trường hợp tập trung kinh tế bị cấm dựa trên thị phần kết hợp như Luật cũ. Cụ thể, Luật chỉ cấm khi doanh nghiệp thực hiện tập trung kinh tế gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam<sup>25</sup>. Để giải thích thế nào là “*gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam*”, Luật không cứng nhắc định nghĩa mà đòi hỏi một quá trình đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động<sup>26</sup> được thực hiện bởi Ủy ban Cạnh tranh quốc gia dựa trên các tiêu chí như: Thị phần kết hợp, mức độ tập trung kinh tế, mối quan hệ của các doanh nghiệp tham gia vào giao dịch, lợi thế cạnh tranh...

<sup>24</sup> Cục Cạnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng, “*Lấy ý kiến đóng góp đối với dự thảo Nghị định quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Cạnh tranh*”, <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?lg=1&CateID=1&ID=3961>, truy cập ngày 18/11/2019.

<sup>25</sup> Điều 30 Luật Cạnh tranh năm 2018.

<sup>26</sup> Điều 31 Luật Cạnh tranh năm 2018.

*Thứ hai*, quy định về các ngưỡng thông báo tập trung kinh tế đã có sự thay đổi, không chỉ đơn thuần dựa vào một yếu tố mà còn nhiều yếu tố khác, như tổng tài sản, tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam, giá trị giao dịch hay thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế<sup>27</sup>. *Thứ ba*, luật nhấn mạnh vào khâu thẩm định trong tập trung kinh tế trước khi tiến hành ra quyết định bao gồm hai bước là thẩm định sơ bộ và thẩm định chính thức, cũng như xác định các tác động tích cực và tiêu cực của hành vi tập trung kinh tế.

Trong Dự thảo Nghị định, lần đầu tiên chỉ số HHI đã được đề cập. Cụ thể, khoản 2 và khoản 3 Điều 30 đã nhắc đến HHI một cách gián tiếp khi quy định về các trường hợp mà Ủy ban Cạnh tranh quốc gia tiến hành thẩm định sơ bộ việc tập trung kinh tế theo quy định tại khoản 1 Điều 36 của Luật Cạnh tranh năm 2018 và thông báo tập trung kinh tế:

- Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế từ 20% trở lên trên thị trường liên quan và tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan thấp hơn 1800.

- Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế từ 20% trở lên trên thị trường liên quan, tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan trên 1800 và mức tăng tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp trên thị trường liên quan trước và sau tập trung kinh tế thấp hơn 100.

Luật Cạnh tranh năm 2018 đã tiếp thu pháp luật của các quốc gia trên thế giới, nhất là Hoa Kỳ và EU, khi xây dựng các ngưỡng HHI và delta trong việc thẩm định sơ bộ tập trung kinh tế. Có thể thấy, những quy định này đã được nhà làm luật xây dựng trên nguyên tắc kết hợp tư duy kinh tế và tư duy pháp lý trong kiểm soát việc tập trung kinh tế<sup>28</sup>. Tuy nhiên, vẫn còn một số thiếu sót và bất cập cần hoàn thiện:

*Thứ nhất*, quy định của pháp luật Việt Nam về chỉ số HHI nhìn chung còn sơ sài. Cụ thể, khi so sánh với Hoa Kỳ hay EU, Dự thảo Nghị định chỉ quy định hai ngưỡng (dưới 1800 và trên 1800) thay vì ba ngưỡng (tập trung thấp, tập trung trung bình và tập trung cao). Điều này khiến cho việc thẩm định các giao dịch tập trung kinh tế nếu có giữa các doanh nghiệp trên thị trường mà ở đó HHI dưới 1000 trở nên không cần thiết. Hệ số delta cũng chỉ được nhắc đến trong trường hợp HHI ở thị trường đó trên 1800.

*Thứ hai*, từ ngữ tại một số điều dễ gây nhầm lẫn, như Điều 30 Dự thảo Nghị định: “*Ủy ban Cạnh tranh quốc gia tiến hành thẩm định sơ bộ việc tập trung kinh tế theo quy định tại khoản 1 Điều 36 của Luật Cạnh tranh và thông báo tập trung kinh tế*”. Tuy nhiên, khái niệm “*thông báo tập trung kinh tế*” là gì lại chưa được Dự thảo Nghị định giải thích, liệu đó là: (i) Thông báo kết quả của quá trình thẩm định sơ bộ việc tập trung kinh tế, hay (ii) Nếu một giao dịch rơi vào ngưỡng đó thì Ủy ban sẽ tiến hành

<sup>27</sup> Khoản 1 Điều 29 Dự thảo Nghị định.

<sup>28</sup> Đỗ Khắc Tắt Hưng, Vũ Diệu Thảo, “*Luật Cạnh tranh 2018: Khi tư duy kinh tế kết hợp cùng tư duy pháp lý*”, Diễn đàn và doanh nghiệp, <http://enternews.vn/luat-can-h-tranh-2018-khi-tu-duy-kinh-te-ket-hop-cung-tu-duy-phap-ly-135404.html>, truy cập ngày 21/11/2019.

thông báo và bắt đầu quá trình tập trung kinh tế. Khoản 1 Điều này quy định: “*Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế thấp hơn 20% trên thị trường liên quan*”. Vô lý ở chỗ, nếu hiểu theo từ ngữ, việc sáp nhập của hai nhà hàng tại một địa phương cũng cần phải thông báo cho Ủy ban Cạnh tranh quốc gia (!?). Điều 31 cũng khiến người đọc phân vân: “*Ủy ban Cạnh tranh quốc gia thông báo cho doanh nghiệp nộp hồ sơ việc tập trung kinh tế phải thẩm định chính thức nếu việc tập trung kinh tế không thuộc trường hợp được phép thực hiện theo quy định tại Điều 30 của Nghị định này và có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường Việt Nam*”. Cần lưu ý là, Điều 30 Dự thảo Nghị định chỉ quy định về các trường hợp thẩm định sơ bộ việc tập trung kinh tế, chứ không quy định về việc có hay không việc cho phép thực hiện từ cơ quan quản lý cạnh tranh, phải chăng điều này đồng nghĩa với việc các trường hợp nếu rơi vào Điều 30 đều được phép thực hiện hay các giao dịch sẽ chỉ trải qua thẩm định chính thức nếu không rơi vào các trường hợp ở Điều 30 (dù về logic, việc thẩm định chính thức chỉ xảy ra sau quá trình thẩm định sơ bộ).

*Thứ ba*, dù Dự thảo Nghị định có nhắc đến HHI và hệ số delta một cách gián tiếp, nhưng lại không quy định rõ cách tính chỉ số này, mà chỉ là “*tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan*” và “*mức tăng tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp trên thị trường liên quan trước và sau tập trung kinh tế*”. Việc áp dụng pháp luật trong trường hợp này trở nên mơ hồ, bởi việc tính toán tổng bình phương

là việc tính toán dựa trên mỗi thị phần của doanh nghiệp tham gia vào giao dịch tập trung kinh tế, hay của cả thị trường? Nếu việc tính toán dựa trên cả thị trường, liệu có cần phải thu thập toàn bộ thị phần của các doanh nghiệp có trên thị trường đó hay không? Đó là một số vấn đề còn để ngỏ mà Dự thảo Nghị định chưa nhắc đến.

#### **4. Một số đề xuất nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam về chỉ số HHI trong việc thẩm định tập trung kinh tế**

Dựa trên việc đánh giá các quy định trong pháp luật về tập trung kinh tế ở Hoa Kỳ, EU và Việt Nam, trong bối cảnh góp ý cho Dự thảo Nghị định, bên cạnh một số hạn chế đã nêu khi quy định về chỉ số HHI, tác giả có một số góp ý và đề xuất như sau:

##### **4.1. Xây dựng cơ sở khoa học về kinh tế trong việc xác định các chỉ số HHI phù hợp với thực tiễn Việt Nam**

Hiện nay, dù đã đề cập đến chỉ số HHI, nhưng cách tiếp cận của Việt Nam lại khác so với Hoa Kỳ hay EU (hai ngưỡng thay vì ba ngưỡng, hệ số delta chỉ được đề cập trong trường hợp hệ số delta trên 1800). Tuy nhiên, không thể tìm thấy bất kỳ một giải thích nào phù hợp về việc đánh giá tính hiệu quả kinh tế cho quy định này. Bên cạnh đó, chúng ta vẫn phải nên đặt câu hỏi, liệu có nên áp dụng các ngưỡng như Hoa Kỳ hay châu Âu không? Các ngưỡng đó có phù hợp với thị trường Việt Nam chưa, hay là cần điều chỉnh? Nếu áp dụng thì sẽ áp dụng theo tiêu chuẩn của Hoa Kỳ hay châu Âu? Trong bối cảnh nền kinh tế đang phát triển của Việt Nam, vấn đề này đòi hỏi không chỉ các phân tích về pháp lý mà còn đặc biệt cần thiết các phân tích kinh tế. Ví dụ, ở EU, để hiểu rõ hơn về các mức HHI và delta, EC

đã phân tích một số lượng lớn các quyết định trong quá khứ của mình và tổng hợp thông tin về thị phần của nhiều doanh nghiệp trên các thị trường liên quan. Phân tích thực hiện trong các trường hợp: (i) Tất cả các vụ việc mà EC cho rằng có sự độc quyền, (ii) Tất cả các vụ việc mà EC chấp nhận các biện pháp khắc phục trong quá trình điều tra giai đoạn I (Phase I investigation) trên cơ sở có phát sinh nghi ngờ nghiêm trọng, (iii) Tất cả các vụ việc đã giải quyết trong năm 2002. Tổng cộng, phân tích đã dựa trên dữ liệu từ 1231 thị trường của 207 vụ việc<sup>29</sup>.

#### 4.2. Phân biệt chỉ số HHI trong sáp nhập “ngang hàng” và “không ngang hàng”

Hiện nay, Dự thảo Nghị định khi quy định về chỉ số HHI chỉ nhắc đến các vụ sáp nhập ngang hàng: “*Tổng bình phương thị phần của các doanh nghiệp sau tập trung kinh tế trên thị trường liên quan*”. Điều này đồng nghĩa với việc chỉ số HHI sẽ không đóng vai trò là một yếu tố khi xem xét các vụ sáp nhập “không ngang hàng”, lúc này các tiêu chí khác sẽ được áp dụng như: (i) Thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế thấp hơn 20% trên thị trường liên quan, (ii) Doanh nghiệp sau tập trung kinh tế không thuộc nhóm 5 doanh nghiệp có thị phần từ 85% trở lên trên thị trường liên quan, hay (iii) Các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế có

quan hệ với nhau trong chuỗi sản xuất, phân phối, cung ứng đối với một loại hàng hóa, dịch vụ nhất định hoặc ngành, nghề kinh doanh của các doanh nghiệp tham gia tập trung kinh tế là đầu vào của nhau hoặc hỗ trợ cho nhau có thị phần thấp hơn 20% trên từng thị trường liên quan<sup>30</sup>. Các yếu tố này đa phần nhấn mạnh vào các vụ sáp nhập “ngang hàng”, trừ yếu tố cuối cùng áp dụng trong các vụ sáp nhập “hàng dọc”. Tuy nhiên, trên thực tế, tại Hoa Kỳ và EU, trong các hướng dẫn về sáp nhập “không ngang hàng”, người ta chia ra làm hai loại là sáp nhập “hàng dọc” (vertical) giữa hai hay nhiều doanh nghiệp “upstream” và “downstream”, cũng như sáp nhập nhóm (conglomerate) giữa hai hay nhiều doanh nghiệp không có sự liên quan theo “hàng ngang” hay “hàng dọc”. Thực tế, ở các vụ sáp nhập này vẫn có các mối quan ngại về cạnh tranh như kìm hãm đầu vào (input foreclosure) làm gia tăng chi phí cho đối thủ “ngang hàng”, kìm hãm khách hàng (consumer foreclosure) làm giảm phúc lợi khách hàng (consumer welfare), thực hiện các hành vi như bó buộc (tying and bundling) làm giảm khả năng lựa chọn của khách hàng, điều này đặc biệt đúng nếu một trong các doanh nghiệp tham gia vụ sáp nhập là doanh nghiệp độc quyền hay thống lĩnh thị trường. Bên cạnh đó, còn tồn tại các hiệu ứng không phối hợp khi các doanh nghiệp khác trên các thị trường liên quan, sau khi sáp nhập, có thể tham gia vào các thỏa thuận nhằm hạn chế cạnh tranh, từ đó phá hỏng cấu trúc thị trường. Tại Hoa Kỳ và EU, như đã phân tích, chỉ số HHI vẫn được đưa vào đánh giá trong các trường hợp này.

<sup>29</sup> Vincent Verouden, “The role of market shares and market concentration indices in the European Commission’s Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the EC Merger Regulation”, Department of Justice, <https://www.justice.gov/atr/role-market-shares-and-market-concentration-indices-european-commissions-guidelines-assessment>, truy cập ngày 22/11/2019.

<sup>30</sup> Khoản 5 Điều 30 Dự thảo Nghị định.

Do đó, tác giả đề xuất đưa chỉ số HHI vào xem xét trong tất cả các loại giao dịch (“ngang hàng” và “không ngang hàng”), nhưng ở mỗi loại thì có các ngưỡng HHI và delta khác nhau.

#### **4.3. Nâng cao trình độ và kiến thức trong việc xác định thị phần và thị trường liên quan**

Một ưu điểm đã được nhắc đến của chỉ số HHI là sự nhạy cảm đối với tình trạng bất cân xứng của thị trường, nhưng cũng dẫn tới một hiệu ứng phụ là việc tính toán thị phần cũng rất quan trọng, bởi lẽ 1% chênh lệch về thị phần có thể dẫn đến sai số lên đến hàng trăm. Ví dụ, trên một thị trường có hai doanh nghiệp nắm giữ lần lượt là 90% và 10% thì HHI là 8200, nhưng nếu là 91% và 9% thì HHI là 8362. Như vậy, khâu xác định thị phần là cực kì quan trọng. Bên cạnh đó, việc xác định thị trường liên quan cũng là then chốt, bởi lẽ, nếu xác định quá rộng sẽ dẫn đến việc bỏ sót các giao dịch tập trung kinh tế gây ra tác động tiêu cực đến thị trường, nhưng nếu xác định quá hẹp thì sẽ là rào cản cho doanh nghiệp và tạo ra các chi phí không đáng có liên quan đến thủ tục hành chính. Điều này ngày càng cấp thiết trong bối cảnh nền “kinh tế số”, có sự giao thoa mạnh mẽ giữa các loại hình truyền thống và phương thức mới hay khái niệm mới, cũng như sự bùng nổ của internet, kinh doanh trực tuyến và toàn cầu hoá, dẫn đến việc rất khó khăn trong xác định thị trường sản phẩm liên quan và thị trường địa lý liên quan. Lấy ví dụ về vụ sáp nhập “đình đám” giữa Grab và Uber tại thị trường Đông Nam Á, trong đó có Việt Nam. Nếu xác định đây là “đơn vị kinh doanh vận tải” thì sẽ bao gồm cả các loại hình taxi

truyền thống như Vinasun, Mai Linh, còn xem đây là “đơn vị cung cấp phần mềm kết nối giữa hành khách và lái xe” thì thị trường sẽ bị thu hẹp đi đáng kể. Thực tế, điều này đã dẫn đến việc có nhiều cuộc tranh luận trên các phương tiện thông tin đại chúng<sup>31</sup>. Do đó, cần nâng cao cả về trình độ lẫn kiến thức trong khâu xác định thị phần và thị trường liên quan, nhất là yếu tố kinh tế, pháp lý và công nghệ.

#### **Kết luận**

Chỉ số HHI đóng vai trò quan trọng trong việc xác định mức độ tập trung kinh tế trên thị trường liên quan, bởi nó nhạy cảm khi thị trường có bất kỳ sự thay đổi về thị phần. Tại Hoa Kỳ và EU, chỉ số này cùng với hệ số delta đã được ghi nhận trong việc đánh giá mức độ tập trung kinh tế trong các giao dịch tập trung kinh tế “ngang hàng” và “không ngang hàng”. Ở Việt Nam, lần đầu tiên Dự thảo Nghị định hướng dẫn Luật Cạnh tranh năm 2018 đã ghi nhận về phương thức này, tuy nhiên, việc quy định vẫn còn sơ sài và mơ hồ, có thể dẫn đến tình trạng hiểu sai và bất nhất trong việc áp dụng pháp luật. Do đó, tác giả đề xuất một số sửa đổi và giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam như: Xây dựng cơ sở khoa học kinh tế phù hợp với tình hình của đất nước, phân biệt chỉ số HHI trong các loại sáp nhập cũng như nhấn mạnh và nâng cao chuyên môn trong việc xác định thị trường liên quan.

<sup>31</sup> Hoàng Dũng, “*Bản chất của Grab là kinh doanh vận tải hay phần mềm kết nối?*”, *Dân trí*, <https://dantri.com.vn/xa-hoi/ban-chat-cua-grab-la-kinh-doanh-van-tai-hay-phan-mem-ket-noi-20181128193142552.htm>, truy cập ngày 04/12/2019.

# NGUYÊN TẮC KHÔNG GÂY THIẾT HẠI TRONG BẢO VỆ NGUỒN NƯỚC QUỐC TẾ THEO QUY ĐỊNH CỦA LUẬT QUỐC TẾ VÀ MỘT SỐ VẤN ĐỀ ĐẶT RA ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Hà Thanh Hòa\*

**Tóm tắt:** Bài viết làm rõ nội dung “không gây thiệt hại” dưới góc độ Luật quốc tế, đồng thời xem xét việc áp dụng nguyên tắc không gây thiệt hại trong quá trình các quốc gia lưu vực sông Mekong tiến hành khai thác con sông này. Qua đó, tác giả kiến nghị một số giải pháp đối với Việt Nam trong việc áp dụng nguyên tắc không gây thiệt hại khi quan hệ với các quốc gia hữu quan, nhất là trong bối cảnh Việt Nam là quốc gia ở hạ nguồn, chịu tác động lớn nhất từ hoạt động khai thác, sử dụng, quản lý nguồn nước sông Mekong.

**Abstract:** This article clarifies the content of no harm principle from the perspective of international law. Furthermore, it analyzes the implementation of this principle in case studies from countries in the Mekong River basin. Thereby, the author makes proposals for Vietnam in invoking this principle in relation with concerned countries, especially in the context of that Vietnam, as a downstream country, has suffered major impacts from the exploitation, use and management of the Mekong River's water resources.

## 1. Nguyên tắc không gây thiệt hại trong bảo vệ nguồn nước quốc tế theo quy định của Luật quốc tế

Nguyên tắc không gây thiệt hại xuất phát từ một câu châm ngôn La tinh nổi tiếng “sic utere tuo ut alienum non laedas” (sử dụng tài sản riêng của bạn theo cách thức không gây thiệt hại tới người khác). Dưới góc độ Luật quốc tế, nguyên tắc này được thừa nhận rộng rãi không chỉ trong các điều ước về nguồn nước quốc tế, mà còn trong các điều ước về môi trường. Chẳng hạn, “các bên sẽ tiến hành những biện pháp cần thiết để ngăn ngừa, kiểm soát và giảm thiểu bất kỳ tác động xuyên biên giới nào” (Điều 2 Công ước về bảo vệ và sử dụng các nguồn nước xuyên biên giới và các hồ quốc tế); “trong việc sử dụng nguồn nước quốc tế

trong lãnh thổ của mình, các quốc gia ven nguồn nước sẽ tiến hành tất cả những biện pháp thích hợp để ngăn ngừa việc gây ra những thiệt hại đáng kể đối với quốc gia ven nguồn nước khác” (Điều 7 Công ước của Liên hợp quốc về Luật sử dụng các nguồn nước quốc tế cho các mục đích phi giao thông thủy 1997 - Công ước năm 1997); “quốc gia có quyền chủ quyền trong khai thác các tài nguyên của mình theo các chính sách môi trường của quốc gia và có trách nhiệm đảm bảo rằng những hoạt động trong phạm vi thẩm quyền tài phán hoặc kiểm soát của mình không gây ra thiệt hại đối với môi trường của quốc gia khác hoặc của những khu vực nằm ngoài giới hạn thẩm quyền tài phán quốc gia” (Điều 3 Công ước đa dạng sinh học, Nguyên tắc 21 Công ước Stockholm).

Theo nguyên tắc này, không quốc gia nào được phép sử dụng nguồn nước trong

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

lãnh thổ của mình mà gây thiệt hại đáng kể đến quốc gia ven nguồn nước khác hoặc môi trường của quốc gia đó, bao gồm cả những thiệt hại đối với sức khỏe hay sự an toàn của con người, đối với việc sử dụng nguồn nước vì những lợi ích hoặc đối với các sinh vật sống trong nguồn nước<sup>1</sup>.

“Thiệt hại” theo nguyên tắc trên không chỉ được hiểu là một “ảnh hưởng có hại” mà còn là những tác động bất lợi, hậu quả đối với môi trường hoặc sự phát triển kinh tế, xã hội của quốc gia như: Sức khỏe cộng đồng, công nghiệp, tài sản, nông nghiệp<sup>2</sup>. Cụ thể, thiệt hại đối với nguồn nước quốc tế có thể bao gồm sự suy giảm về số lượng nước do việc xây dựng mới các công trình ở thượng nguồn; sự xói mòn bờ sông do việc xây dựng tại bờ sông đối diện của quốc gia ven nguồn nước tiếp giáp; sự gia tăng bùn lắng do phá rừng ở thượng nguồn, can thiệp vào chế độ dòng chảy; sự biến đổi hệ sinh thái của nguồn nước do những hành vi của con người...<sup>3</sup>

Trong vụ tranh chấp giữa Tây Ban Nha và Pháp năm 1957 về việc Pháp tiến hành xây dựng các công trình chuyển nước sông Carol trên lãnh thổ của mình, tòa trọng tài đã bác đơn kiện của Tây Ban Nha với lý do không chứng minh được việc Pháp xây dựng các công trình này là gây thiệt hại cho

Tây Ban Nha. Theo quan điểm của tòa, việc xây dựng các công trình chuyển nước không làm thay đổi thành phần hóa học, nhiệt độ hoặc một số đặc tính của nước sông Carol, do đó, không vi phạm luật quốc tế<sup>4</sup>. Trong vụ tranh chấp giữa Mỹ và Canada về nguồn nước sông Flathead năm 1988, Ủy ban quốc tế chung Mỹ - Canada được thành lập theo Hiệp ước về nguồn nước biên giới giữa hai bên đã kết luận việc tiến hành các hoạt động khai thác mỏ của Canada tại lưu vực sông Flathead đã vi phạm nguyên tắc không gây thiệt hại được quy định trong Điều 4 của Hiệp ước về nguồn nước biên giới với nội dung: “Hai bên sẽ không được gây ô nhiễm các vùng nước biên giới và nước chảy qua biên giới, gây hại cho sức khỏe và tài sản của bên kia” vì lý do các hoạt động này đã làm giảm lượng cá tại lưu vực sông Flathead, gây thiệt hại về tài sản cho công dân Mỹ<sup>5</sup>. Trong vụ đập Garrison, Ủy ban thành lập theo Hiệp ước Mỹ - Canada đã kết luận rằng, dự án chuyển nước sông Misurri của Mỹ vào Bắc Dakota để tưới cho 250.000 mẫu đất nông nghiệp và cung cấp nước sinh hoạt cho các cộng đồng dân cư ở đây, trong đó, có một phần nước tưới tiêu sẽ chảy vào sông Manitoba của Canada, có thể gây hại cho Canada do dự án này có thể làm mực nước ở các sông Souris và Assiniboine dâng cao, tác động đến chất lượng nước của các sông này cũng như nước ở hồ Winnipeg và sông Manitoba<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Xem: Alistair Rieu-Clarke, Ruby Moynihan and Bjørn-Oliver Magsig (2012), *UN Watercourses Convention User's Guide*, Centre for Water Law, Policy and Science, UK, p.116.

<sup>2</sup> Xem: Patricia Wouters, Sergei Vinogradov, Andrew Allan, Patricia Jones, Alistair Rieu-Clarke (2005), *Sharing Transboundary Waters - An Integrated Assessment of Equitable Entitlement: The Legal Assessment Model*, University of Dundee (UK), International Water Law Research Institute, p.56.

<sup>3</sup> Xem: M. Bowman and A. Boyle (eds) (2002), *Environmental Damage in International and Comparative Law: Problems of Definition and Valuation*, Oxford University, UK, p.348 – 349.

<sup>4</sup> Xem: Arbitral Tribunal, November 16, 1957, *Lake Lanoux Arbitration (France v. Spain) 1957*, 12 R.I.A.A. 281; 24 I.L.R. 101.

<sup>5</sup> Xem: David Lemarquand (1993), “The North American Experience Managing International Transboundary Water Resources: The International Joint Commission and the International Boundary and Water Commission: Part 1”, *Natural Resources Journal*, Vol. 33, No. 1, pp. 59-91.

<sup>6</sup> Xem: Kevin R. Gray (2006), “Transboundary Environmental Disputes along the Canada-US

Hầu hết các điều ước quốc tế đều không cấm tuyệt đối những thiệt hại có thể gây ra cho nguồn nước quốc tế mà chỉ quy định nghĩa vụ của các quốc gia không được gây thiệt hại đáng kể cho các quốc gia khác như quy định tại Hiệp ước giữa Baden và Thụy Sĩ năm 1978; Hiệp định giữa Áo, Tây Đức và Thụy Sĩ năm 1966; Hiệp định về hợp tác phát triển bền vững lưu vực sông Mekong năm 1995, Công ước năm 1997... Mức độ thiệt hại được coi là đáng kể khi cao hơn thiệt hại thông thường hoặc tầm thường nhưng có thể thấp hơn mức độ nghiêm trọng. Theo giải thích của Ủy ban Pháp luật quốc tế (ILC), thiệt hại đáng kể “*phải là một sự suy giảm thực sự trong việc sử dụng, tức là một tác động bất lợi đối với sức khỏe của công chúng, tài sản, nông nghiệp hay môi trường tại quốc gia bị ảnh hưởng*”<sup>7</sup>.

Theo quy định tại Công ước năm 1997, trong việc sử dụng nguồn nước quốc tế trong lãnh thổ của mình, các quốc gia ven nguồn nước sẽ tiến hành *tất cả những biện pháp thích hợp* để ngăn ngừa việc gây ra những thiệt hại đáng kể đối với quốc gia ven nguồn nước khác (Điều 7). Chẳng hạn, quốc gia phải trao đổi thông tin và thông báo trước khi tiến hành bất kỳ một hoạt động nào có thể gây ra những thiệt hại đáng kể đến quốc gia ven nguồn nước khác.

Nghĩa vụ “*tiến hành tất cả những biện pháp cần thiết*” theo cách giải thích của ILC là nghĩa vụ “mẫn cán”, đòi hỏi quốc gia phải có sự mẫn cán tương xứng với tầm

quan trọng của đối tượng cũng như những yêu cầu đặt ra trong việc thực hiện nghĩa vụ đó và sự quan tâm của Chính phủ như đối với những vấn đề liên quan trong nước<sup>8</sup>. Do đó, một quốc gia ven nguồn nước có thể bị coi là vi phạm nghĩa vụ không gây ra thiệt hại đáng kể khi quốc gia đó cố ý hoặc cẩu thả gây ra thiệt hại; hoặc khi quốc gia đó cố ý hay cẩu thả trong việc không ngăn chặn những yếu tố trong lãnh thổ của mình khiến gây ra thiệt hại như: Không ban hành các văn bản pháp luật cần thiết, không thực thi các luật lệ của mình, không ngăn ngừa hay chấm dứt những hành vi bất hợp pháp, không trừng phạt những chủ thể phải chịu trách nhiệm cho hành vi của mình<sup>9</sup>. Một số những biện pháp được coi là sự thể hiện nghĩa vụ “mẫn cán” của quốc gia bao gồm: Thiết lập các quyền đối với nước; bảo vệ chất lượng nước cho việc sử dụng của con người và hệ sinh thái; xây dựng hệ thống pháp luật thống nhất ở tất cả các cấp (địa phương, quốc gia, quốc tế) và thiết lập bộ máy tổ chức cần thiết để thực thi những luật này<sup>10</sup>. Ngược lại, trách nhiệm pháp lý sẽ không đặt ra đối với quốc gia gây ra thiệt hại đáng kể nếu quốc gia đó chứng minh được rằng mình đã thực hiện tất cả những biện pháp cần thiết để ngăn ngừa thiệt hại

*Frontier: Revisiting the Efficacy of Applying the Rules of State Responsibility*, Cambridge University Press, Volume 43, pp. 333-39.

<sup>7</sup> Xem: International Law Commission (1994), *Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater*, Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II, Part Two, p.36.

<sup>8</sup> Xem: International Law Commission (1994), *Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater*, Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II, Part Two, p.103.

<sup>9</sup> Xem: International Law Commission (1994), *Draft articles on the law of the non-navigational uses of international watercourses and commentaries thereto and resolution on transboundary confined groundwater*, Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II, Part Two, p.105.

<sup>10</sup> Xem: Alistair Rieu-Clarke, Ruby Moynihan and Björn-Oliver Magsig (2012), *UN Watercourses Convention User's Guide*, Centre for Water Law, Policy and Science, UK, p.119.

đó và việc sử dụng nguồn nước của quốc gia là công bằng và hợp lý. Nghĩa vụ chứng minh này thuộc về quốc gia gây ra thiệt hại.

Nguyên tắc không gây thiệt hại đáng kể và nguyên tắc sử dụng công bằng, hợp lý có mối quan hệ với nhau. Yêu cầu của việc sử dụng công bằng và hợp lý đã bao hàm nghĩa vụ của mỗi quốc gia ven nguồn nước phải đảm bảo việc sử dụng nguồn nước trong lãnh thổ của mình không gây thiệt hại đến các quốc gia khác. Ngược lại, nghĩa vụ tiến hành tất cả những biện pháp thích hợp để ngăn ngừa việc gây ra những thiệt hại đáng kể đối với quốc gia ven nguồn nước khác cũng chính là để đảm bảo cho việc sử dụng nguồn nước một cách công bằng và hợp lý. Tuy nhiên, trên thực tế, các quốc gia nằm ở hạ nguồn của sông quốc tế có xu hướng ủng hộ nguyên tắc không gây thiệt hại đáng kể, vì nguyên tắc này bảo vệ cho các quốc gia đó trong việc sử dụng nguồn nước sông khỏi những tác động bất lợi do các hoạt động ở thượng nguồn gây ra. Ngược lại, các quốc gia ở thượng nguồn có xu hướng ủng hộ nguyên tắc sử dụng công bằng và hợp lý vì nguyên tắc này cho phép sử dụng một cách rộng rãi hơn các tài nguyên được chia sẻ mà có thể ảnh hưởng đến các quốc gia trong cùng lưu vực<sup>11</sup>.

## **2. Nguyên tắc không gây thiệt hại trong bảo vệ nguồn nước sông Mekong và một số vấn đề đặt ra đối với Việt Nam**

Sông Mekong bắt nguồn từ cao nguyên Tây Tạng ở Trung Quốc kéo dài khoảng 4900 km qua sáu quốc gia bao gồm: Trung Quốc, Myanmar, Thái Lan, Lào, Campuchia, Việt Nam và cuối cùng chảy ra Biển Đông. Lưu vực sông Mekong có tổng

diện tích 795.000 km<sup>2</sup>, bắt nguồn từ lưu vực phía Đông của cao nguyên Tây Tạng cho đến vùng châu thổ Mekong. Phần hạ nguồn của lưu vực Mekong nằm ở các quốc gia Đông Nam Á với tỷ lệ tại các quốc gia lần lượt là Lào (25%), Thái Lan (23%), Campuchia (20%), Việt Nam (8%) và Myanmar (3%), chiếm tổng số 79% lưu vực Mekong trong khi 21% còn lại - thượng nguồn lưu vực, hay còn gọi là lưu vực Lancang – nằm toàn bộ tại Trung Quốc. Lưu vực sông Mekong bao gồm một loạt các vùng địa lý và khí hậu, tạo ra nguồn tài nguyên thiên nhiên đa dạng và phong phú. Trung bình mỗi giây có 15.000 m<sup>3</sup> nước chảy vào sông Mekong từ những lưu vực xung quanh, lượng nước đủ để cung cấp nhu cầu hàng ngày cho 100.000 người. Ngoài ra, lưu vực còn chứa đựng vô số các vùng đất ngập nước, đóng vai trò quan trọng trong việc hỗ trợ sinh kế của người dân địa phương, cung cấp môi trường sản xuất cho nông nghiệp, nuôi trồng thủy sản, đánh bắt thủy sản và doanh thu du lịch cũng như mang lại những lợi ích gián tiếp quan trọng không kém như giảm thiểu lũ lụt, trữ nước và xử lý nước thải<sup>12</sup>.

Từ đầu những năm 2000 đến nay, một số lượng lớn các đập thủy điện đã được xây dựng trên sông Mekong. Mạng lưới dày đặc các đập đã gây ra những tác động tiêu cực đối với các quốc gia ở hạ nguồn, trong đó có Việt Nam. Cụ thể:

**Thứ nhất**, đối với nông nghiệp. Đồng bằng sông Cửu Long ở phía Tây Nam Việt Nam, nơi sông Mekong tiếp cận trước khi đổ vào Biển Đông là vùng trồng lúa, hoa quả và thủy sản lớn nhất ở Việt Nam. Mỗi năm, sông Mekong chuyển về vùng đồng bằng sông Cửu Long (ĐBSCL) khoảng 450

<sup>11</sup> Xem: D Freestone and SMA Salman (2007), *Ocean and Freshwater Resources*, The Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford University Press, page. 351.

<sup>12</sup> Xem: <http://www.mrcmekong.org/mekong-basin/>, truy cập ngày 5/10/2019.

- 475 tỷ mét khối nước, tải theo khoảng 160 triệu tấn phù sa trong đó lượng mưa tại chỗ ở ĐBSCL chỉ chiếm 11% số đó. Mực nước ở ĐBSCL phụ thuộc lớn vào lượng nước từ phía trên chảy về. Nước ở lưu vực Mekong ít thì nước ở ĐBSCL cũng ít, kéo theo đỉnh lũ thấp vào khoảng giữa tháng 10 ở ĐBSCL và xâm nhập mặn sâu vào khoảng tháng 3 dương lịch, sau Tết Nguyên đán<sup>13</sup>.

Những năm gần đây, thủy điện trên dòng chính sông Mekong được xây dựng dày đặc. Trung Quốc, Lào và Campuchia đã quy hoạch hơn 20 đập thủy điện, trong đó Trung Quốc đã xây được 8 đập ở thượng nguồn, Lào và Campuchia có kế hoạch xây 11 đập ở hạ nguồn. Gần đây nhất, Lào tuyên bố xây dựng đập Pak Beng - đập thủy điện lớn thứ ba, sau hai đập Xayaburi và Don Sahong, bất chấp sự phản đối từ phía các nước thuộc tiểu vùng sông Mekong. Liên tục nhiều năm qua, khu vực ĐBSCL hầu như không có lũ. Một số đoạn sông Mekong khô cạn đáy ngay cả trong mùa mưa.

Bên cạnh đó, nước ngọt có thể sẽ bị suy thoái và trở thành một vấn đề ngày càng bức xúc do phát triển thủy điện trên sông Mekong. Trong Báo cáo của Lưu vực Nhà nước năm 2010, Ủy hội sông Mekong cho rằng, sự phát triển trong công nghiệp, nông nghiệp và thủy điện đã bắt đầu ảnh hưởng đến chất lượng nước ngọt ở sông Mekong như chất lượng nước ở hạ lưu sông Sê San, một trong những nhánh chính của sông Mekong, đã bị đục hơn bởi sự gia tăng xói lở bờ sông hơn trước khi đập Yali được xây

dựng trên nhánh sông này<sup>14</sup>. Là quốc gia nằm ở cuối dòng sông, nơi sông Mekong chảy qua trước khi đi vào Biển Đông, Việt Nam cũng phải đối mặt với nguy cơ cao bị nước đục “không sạch” từ thượng nguồn<sup>15</sup>. Điều này có thể làm giảm năng suất của trái cây hoặc gạo.

Ngoài ra, việc xây dựng các công trình trên sông Mekong cũng ảnh hưởng trực tiếp đến lượng phù sa cho nông nghiệp khi các đập thượng nguồn ở Trung Quốc đã giữ lại 30% phù sa, đập xây trên dòng chính của Lào và Campuchia sẽ chặn khoảng 5% nữa. Do đó, ít nhất 50% đất canh tác ở ĐBSCL sẽ bị tác động do mất phù sa và dinh dưỡng từ các công trình thủy điện<sup>16</sup>. Nếu tính thêm tác động bậc thang của 11 công trình thủy điện dòng chính ở hạ nguồn lưu vực sông và của các công trình thủy điện dòng nhánh sông Mekong, tổng lượng phù sa bùn cát hàng năm giảm tới 80%. Tính toán sơ bộ, tác động tích lũy của dự án thủy điện trên dòng chính cùng với các bậc thang thủy điện dòng chính sông Mekong có thể làm giảm từ 6-10% nguồn chất dinh dưỡng (đạm và lân) cho ĐBSCL. Theo đó, năng suất cây trồng được dự báo sẽ giảm từ 0,6-1 tấn/ha<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> Xem: Đinh Tuyên (2019), *Nước sông Mê Kông thấp kỷ lục, Biển Hồ nhiều chỗ trơ đáy, đe dọa ĐBSCL*, <https://thanhnien.vn/thoi-su/nuoc-song-mekong-thap-ky-luc-bien-ho-nhieu-cho-tro-day-de-doa-dbscl-1104042.html>, truy cập ngày 2/11/2019.

<sup>14</sup> Xem: MRC (Mekong River Commission), State of the Basin Report: 2003, Mekong River Commission, Phnom Penh.

<sup>15</sup> Xem: Đỗ Diệu Linh (2018), “Tác động của phát triển thủy điện Mekong đến an ninh lương thực ở Việt Nam”, Tạp chí Công thương, số 5, tr. 28-40.

<sup>16</sup> Xem: International Centre for Environmental Management (ICEM) 2010a, *Strategic Environmental Assessment of Hydropower on the Mekong Mainstream*, <http://www.mrcmekong.org/assets/Publications/Consultations/SEA-Hydropower/SEA-FR-summary-13oct.pdf>.

<sup>17</sup> Xem: Bộ Tài nguyên và Môi trường (2018), “Nghiên cứu tác động của các công trình thủy điện trên dòng chính sông Mekong”.

**Thứ hai**, đối với hoạt động nghề cá. Giá trị thương mại của các loài cá trên lưu vực sông Mekong thường được chia thành “cá đen”, loại cá sinh sống ở vùng nước nông, có lượng ô xy thấp, di chuyển chậm; và “cá trắng”, loại cá sinh sống ở vùng nước sâu, đủ ô xy, di chuyển nhanh<sup>18</sup>. Về cơ bản, có ba loại môi trường sống của cá ở sông Mekong gồm: (i) Dòng sông, bao gồm tất cả các nhánh chính, dòng sông ở khu vực nước lũ chính và hồ Tonle Sap, tất cả chiếm 30% sản lượng đánh bắt tự nhiên; (ii) Các vùng nước mưa bên ngoài khu vực đồng bằng sông hình thành do nước lũ, bao gồm chủ yếu là ruộng lúa ở các khu vực trước đây trồng trọt thỉnh thoảng bị ngập 50cm và chiếm 66% sản lượng đánh bắt tự nhiên; và (iii) Các khu vực nước rộng lớn bên ngoài khu vực nước lũ, bao gồm kênh, hồ chứa chiếm 4% sản lượng đánh bắt tự nhiên<sup>19</sup>. Theo một nghiên cứu của Ủy hội sông Mekong, việc phát triển thủy điện đến năm 2040 – bao gồm cả một số đập lớn của Trung Quốc đang được xây dựng hoặc đã được lên kế hoạch – sẽ dẫn tới trữ lượng cá giảm 40-80%, trong đó, 40% loài cá trắng ở Việt Nam và 37% ở Campuchia sẽ “rất dễ bị tổn thương hoặc bị đe dọa” bởi các đập thủy điện ở thượng nguồn. Các đập thủy điện chặn lối đi và tăng thời gian đi lại của tàu, tạo ra các rào cản vật lý bổ sung cho quá trình di cư của cá<sup>20</sup>. Cá da trơn, di cư từ thượng lưu sông Mekong, chiếm khoảng

70% cá có giá trị kinh tế cao nhất ở Việt Nam và loại cá này sẽ bị mắc kẹt hoàn toàn sau khi xây dựng các đập đề xuất trên cả dòng chính và các nhánh của sông Mekong<sup>21</sup>. Số liệu của Ủy hội sông Mekong cho thấy, bình quân sản lượng đánh bắt trên sông Mekong hàng năm là hơn 2 triệu tấn với trị giá hàng chục tỉ USD<sup>22</sup>. Với quy mô trên, khi thủy sản bị ảnh hưởng thì toàn bộ chuỗi thức ăn của cả hệ sinh thái bị tác động, dẫn đến nhiều hệ quả bất lợi đối với cộng đồng dân cư không chỉ ở ĐBSCL, mà còn ở các nước thượng nguồn<sup>23</sup>.

Xét ở góc độ nguyên tắc không gây thiệt hại trong bảo vệ nguồn nước quốc tế, hành vi xây dựng các đập thủy điện gây ảnh hưởng bất lợi đến quyền của các quốc gia khác như Việt Nam hay Thái Lan là vi phạm nguyên tắc này. Vì vậy, Việt Nam có thể sử dụng linh hoạt các biện pháp chính trị, ngoại giao, pháp lý với nhiều kênh và cấp độ khác nhau để giải quyết các tranh chấp liên quan đến hoạt động xây dựng các đập thủy điện trên sông Mekong nhằm bảo vệ lợi ích của mình. Do có 4 trong tổng số 6 quốc gia nơi sông Mekong chảy qua là thành viên của Ủy hội sông Mekong, nên chỉ có thể áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp theo quy định tại Hiệp định sông Mekong để giải quyết tranh chấp liên quan đến những quốc gia này. Cụ thể, đối với

<sup>18</sup> Xem: MRC (Mekong River Commission), State of the Basin Report: 2003, Mekong River Commission, Phnom Penh.

<sup>19</sup> Xem: MRC (Mekong River Commission), State of the Basin Report: 2003, Mekong River Commission, Phnom Penh.

<sup>20</sup> Xem: The Ministry of Natural Resources and Environment (2015), *Study on the Impacts of Mainstream Hydropower on the Mekong River*, <https://mekongeye.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/04/MDS-Final-Project-Report-Eng.pdf>.

<sup>21</sup> Xem: The Ministry of Natural Resources and Environment (2015), *Study on the Impacts of Mainstream Hydropower on the Mekong River*, <https://mekongeye.com/wp-content/uploads/sites/2/2016/04/MDS-Final-Project-Report-Eng.pdf>.

<sup>22</sup> Xem: MRC (Mekong River Commission), State of the Basin Report: 2003, Mekong River Commission, Phnom Penh.

<sup>23</sup> Xem: Khánh An (2017), *Sông Mê Kông kêu cứu: Dòng chảy thất thường, thủy sản cạn kiệt*, <https://thanhnien.vn/the-gioi/song-me-kong-keu-cuu-dong-chay-that-thuong-thuy-san-can-kiet-814927.html>, truy cập ngày 2/11/2019.

Lào, Campuchia hay Thái Lan, theo quy định tại Điều 34 Hiệp định sông Mekong, Việt Nam có thể đưa vụ việc ra trước Ủy ban sông Mekong; trong trường hợp Ủy ban không giải quyết được trong thời gian hợp lý, tranh chấp sẽ được chuyển đến cho Chính phủ các bên để giải quyết bằng đàm phán thông qua các kênh ngoại giao. Đối với Trung Quốc, vì nước này không phải thành viên của Ủy hội sông Mekong, nên sẽ áp dụng cơ chế giải quyết tranh chấp quốc tế trong Luật quốc tế chung để giải quyết. Trong việc giải quyết các tranh chấp nói chung, Việt Nam luôn chủ trương giải quyết mâu thuẫn thông qua thương lượng hòa bình trên cơ sở tôn trọng độc lập, chủ quyền, toàn vẹn lãnh thổ, phù hợp với luật pháp quốc tế. Tuy nhiên, không nên coi thương lượng là biện pháp duy nhất để giải quyết tranh chấp. Thực tế cho thấy, đàm phán trực tiếp chỉ thực sự hiệu quả trong trường hợp các bên thực sự thiện chí và tôn trọng lẫn nhau cũng như tôn trọng những quy tắc chung của luật pháp quốc tế. Do đó, việc sử dụng nhiều biện pháp khác nhau sẽ tạo điều kiện để Việt Nam chủ động trong việc giải quyết tranh chấp.

*Một là*, cùng với hoạt động đàm phán trực tiếp, tiếp tục sử dụng các kênh ngoại giao với nhiều cấp độ khác nhau, đặc biệt là thông qua ASEAN và sử dụng các biện pháp ngoại giao tập thể cùng với những quốc gia cũng bị ảnh hưởng từ đập thủy điện như Thái Lan và Campuchia để tạo ra sức ép, buộc các quốc gia vi phạm chấm dứt việc tiếp tục xây dựng các đập thủy điện.

*Hai là*, tiếp tục chủ động, đa dạng hóa, đa phương hóa các mối quan hệ quốc tế; tăng cường tiến hành những hoạt động hợp tác thực chất với các quốc gia khác trong khu vực và trên thế giới, nhằm tranh thủ tối đa “ngoại lực”; từ đó, tạo điều kiện tăng

cường “thế” và “lực” của Việt Nam trong quá trình giải quyết tranh chấp.

Ngoài ra, Việt Nam cần tăng cường vai trò chủ động trong đưa ra sáng kiến và thúc đẩy các thành viên còn lại trong Ủy hội sông Mekong bổ sung những nội dung pháp lý trong Hiệp định sông Mekong nhằm tạo ra một khuôn khổ pháp lý hoàn thiện hơn cho hoạt động hợp tác. Cụ thể, trong quy định hiện nay của Hiệp định sông Mekong chỉ ghi nhận điều khoản về tham vấn và thông báo trong trường hợp xảy ra tình huống khẩn cấp mà không có quy định về tham vấn khi một quốc gia ven sông tiến hành xây dựng các dự án, công trình như quy định tại Công ước năm 1997. Mặt khác, trong số các quốc gia mà sông Mekong chảy qua, đến nay mới có Việt Nam tham gia Công ước trên của Liên hợp quốc<sup>24</sup> nên không thể áp dụng những quy định về thông báo và tham vấn theo Công ước đối với những quốc gia không phải là thành viên. Do đó, cần thiết phải bổ sung quy định về nghĩa vụ phải thông báo và tham vấn trước khi tiến hành xây dựng bất kỳ một dự án nào cho tất cả các quốc gia thành viên còn lại của Hiệp định cũng như thông báo cho Ủy hội sông Mekong. Nội dung thông báo tối thiểu nên bao gồm những dữ liệu và thông tin kỹ thuật hiện có, bao gồm cả kết quả đánh giá tác động môi trường để tạo điều kiện cho các quốc gia và Ủy hội sông Mekong đánh giá về những hoạt động dự định tiến hành. Trong trường hợp có ý kiến phản đối, Ủy hội sẽ tiến hành điều tra và đưa ra kết luận chính thức về việc dự án có vi phạm nguyên tắc không gây thiệt hại đáng kể hay không. Kết luận này sẽ có giá trị pháp lý bắt buộc đối với các thành viên

<sup>24</sup> Xem: [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXVII-12&chapter=27&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVII-12&chapter=27&clang=_en), truy cập ngày 22/11/2019.

và quốc gia sẽ không được tiến hành dự án nếu Ủy hội kết luận dự án có ảnh hưởng bất lợi đáng kể đối với các quốc gia ven sông khác, vi phạm nguyên tắc sử dụng công bằng và hợp lý.

Bên cạnh đó, Việt Nam cũng cần chủ động hơn nữa trong việc tăng cường hợp tác quản lý tài nguyên nước với các quốc gia ven sông Mekong khác, đặc biệt là Trung Quốc và Lào. Đối với Trung Quốc, do nước này không phải thành viên của Ủy hội sông Mekong, nên cần thiết phải xây dựng cơ chế hợp tác song phương; trong đó, tập trung vào cơ chế phối hợp, trao đổi và tham vấn thông tin nhằm xây dựng hệ thống quản lý thông tin và dữ liệu thống nhất, phục vụ cho thu thập, xử lý, phân tích và chia sẻ các dữ liệu khí tượng thủy văn cùng những thông tin liên quan khác, đặc biệt là thông tin về những ảnh hưởng trước mắt và lâu dài của phát triển thủy điện thượng nguồn. Qua đó, góp phần giải quyết các vấn đề quản lý tài nguyên nước xuyên biên giới, hạn chế những xung đột lợi ích giữa các bên trong sử dụng nước.

Đối với Lào, Việt Nam vẫn chưa có một chiến lược hợp tác hiệu quả với Lào trong phát triển năng lượng. Lào hiện tại không có một quy hoạch phát triển thủy điện, cũng như không có một mục tiêu về doanh thu và sản lượng điện cần sản xuất. Việc phát triển thủy điện ở Lào gần như hoàn toàn bị chi phối bởi các nhà đầu tư nước ngoài. Các hợp đồng xây dựng đập thủy điện tại Lào càng ngày càng ít dần khi Thái Lan có thể sẽ không mua điện từ Lào nữa do họ có thể mua từ Myanmar, nơi có tiềm năng phát triển thủy điện cao hơn. Với thực tế là từ năm 2015 đến nay, Việt Nam đã chuyển từ quốc gia xuất khẩu sang nhập khẩu năng lượng nhằm đáp ứng 3% nhu cầu năng lượng tái tạo sơ cấp (thủy điện) và tỷ lệ

nhập khẩu này có thể lên đến 24%, thậm chí 44% vào năm 2030<sup>25</sup>, Việt Nam có thể gia tăng việc mua điện từ Lào; từ đó, đưa ra các điều kiện để đảm bảo các đập thủy điện có nguy cơ gây ra tác động tiêu cực tới ĐBSCL sẽ không được xây dựng<sup>26</sup>. Đồng thời, Việt Nam cũng nên tăng cường các dự án hợp tác quản lý nguồn nước sông Mekong với Lào, trong đó, tập trung vào vấn đề thủy điện nhằm trao đổi thông tin, tham vấn và thống nhất các ý kiến trong việc lựa chọn các khu vực xây dựng đập thủy điện.

Với những giá trị tự nhiên phong phú, sông Mekong có ý nghĩa quan trọng với các quốc gia lưu vực sông trên nhiều phương diện, cả về kinh tế, an ninh và chính trị. Thực tiễn xây dựng các công trình trên sông Mekong của các quốc gia, đặc biệt là Trung Quốc trong những năm gần đây đang trực tiếp gây ra rất nhiều những tác động bất lợi đối với Việt Nam, Thái Lan hay Campuchia, điển hình là sự suy giảm lượng nước đến mức báo động tại một số khu vực đang ảnh hưởng trực tiếp đến đời sống hàng ngày của hàng triệu người dân. Để khắc phục được tình trạng này và hạn chế những tác động tiêu cực trong tương lai, đòi hỏi ý thức, trách nhiệm cao hơn của các quốc gia trong việc tuân thủ những nguyên tắc của pháp luật quốc tế về nguồn nước quốc tế cũng như ý thức hợp tác cao hơn trong việc sử dụng hợp lý, công bằng và bảo vệ nguồn nước sông Mekong.

<sup>25</sup> Xem: Lan Nhi (2017), *Việt Nam ngày càng nhập khẩu nhiều năng lượng*, <https://www.thesaigontimes.vn/165355/Viet-Nam-ngay-cang-nhap-khau-nhieu-nang-luong.html>, truy cập ngày 22/11/2019.

<sup>26</sup> Xem: Brian Eyler (2019), “*Kết nối lưu vực sông Mekong*”, tài liệu Hội thảo Quy hoạch tổng thể sử dụng nước – năng lượng tại hạ nguồn sông Mê Kông, tổ chức ngày 30/6/2019 tại Hà Nội, [http://nature.org.vn/vn/wp-content/uploads/2017/07/280717\\_1.Stimson-Policy-mix.pdf](http://nature.org.vn/vn/wp-content/uploads/2017/07/280717_1.Stimson-Policy-mix.pdf).

# VAI TRÒ CỦA CÁC HIỆP ĐỊNH THƯƠNG MẠI TỰ DO TRONG VIỆC THÚC ĐẨY TÁI CƠ CẤU CHÍNH SÁCH THUẾ NỘI ĐỊA DƯỚI GÓC NHÌN CỦA CÁC QUỐC GIA ĐANG PHÁT TRIỂN

*Đào Gia Phúc\**

**Tóm tắt:** Bài viết tập trung phân tích tác động của các Hiệp định Thương mại tự do đối với chính sách thuế nội địa và thu ngân sách, từ đó đề xuất một số giải pháp nhằm tối đa hoá lợi ích đạt được khi tham gia vào các hiệp định này.

**Abstract:** The paper focuses on analyzing impacts of Free Trade Agreements on domestic tax policy and fiscal revenue, thereby it proposes certain solutions to maximize the benefits gained, especially for developing countries such as Vietnam, when participating in these agreements.

## 1. Tổng quan về các Hiệp định Thương mại tự do và sự đóng góp của chúng đến phát triển kinh tế

Trong gần ba thập kỷ trở lại đây, các quốc gia trên thế giới đã ngày càng quan tâm và tham gia tích cực vào các hiệp định thương mại ở cả cấp độ quốc gia - quốc gia (song phương) lẫn giữa các nhóm của nhiều quốc gia (cấp khu vực). Theo đó, Hiệp định Thương mại tự do (FTA) là một cam kết giữa các quốc gia ký kết nhằm xoá bỏ hoặc giảm bớt các rào cản thương mại, bao gồm thuế quan và hạn ngạch/hạn chế định lượng đối với hàng hóa và dịch vụ nội khối. Sự gia tăng của các Hiệp định Thương mại cấp độ khu vực hiện nay cho thấy những nỗ lực lớn của các quốc gia cùng hướng tới tăng cường mức độ hội nhập kinh tế với sự xuất hiện của các FTA thế hệ mới; đặc biệt là việc đàm phán của các Hiệp định Thương mại “siêu” khu vực

(Mega-regional Trade Agreement) như Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), Hiệp định Đối tác kinh tế toàn diện khu vực giữa ASEAN và Trung Quốc, Hàn Quốc, Nhật Bản, Ấn Độ, Úc, New Zealand (RCEP) hay Hiệp định Thương mại tự do xuyên Đại Tây Dương giữa EU và Hoa Kỳ (TTIP). Sự ra đời của Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC) từ năm 2015 cũng cho thấy sự tham gia tích cực của các nền kinh tế mới nổi vào quá trình hội nhập kinh tế với các quốc gia tương đồng cùng khu vực<sup>1</sup>.

Một quốc gia có thể có được những lợi thế đáng kể từ việc mở cửa nền kinh tế, do thị trường toàn cầu mang đến những cơ hội thương mại rộng lớn mà trong hầu hết các trường hợp vượt xa các cơ hội tồn tại trong

\* TS., Trung tâm Pháp luật Hoa Kỳ; giảng viên, Khoa Luật Kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc Gia Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> ASEAN Secretariat, ASEAN Economic Community Blueprint 2025, <http://www.asean.org/Storage/Images/2015/November/Aec-Page/AEC-Blueprint-2025-FINAL.pdf>, truy cập ngày 16/12/2019.

nền kinh tế trong nước<sup>2</sup>. Các FTA song phương và khu vực ngày nay đã trở nên phổ biến trong khu vực châu Á - Thái Bình Dương nói chung và Việt Nam nói riêng do sự kết hợp của các yếu tố kinh tế toàn cầu cũng như khu vực trong một thời gian dài.

Khởi đầu từ thập niên 1980 đến đầu thập niên 1990, giai đoạn này đại diện cho thời kỳ cực thịnh của các cuộc đàm phán thương mại đa phương với việc hoàn tất Vòng đàm phán Uruguay dẫn đến sự ra đời của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) vào năm 1995. Một số quốc gia châu Á - Thái Bình Dương đã tìm thấy tiếng nói chung trong các cuộc đàm phán thương mại đa phương trong giai đoạn này, điển hình như Indonesia, Malaysia, Philippines, Úc và New Zealand đều là thành viên của “Cairns Group” – tập hợp của các quốc gia sản xuất nông nghiệp. Nhóm các quốc gia này đã thực hiện một cách tiếp cận chung cho việc tự do hóa thương mại nông nghiệp, đóng góp to lớn vào sự ra đời của Hiệp định về Nông nghiệp (the Agreement on Agriculture) và thúc đẩy tự do hóa thương mại trong xuất khẩu nông sản<sup>3</sup>.

Tuy nhiên, các cuộc đàm phán thương mại toàn cầu bắt đầu bị đình trệ sau Hội

ngi Bộ trưởng WTO năm 1999 tại Seattle, Hoa Kỳ và dẫn đến một bước ngoặt trong tự do hóa thương mại khu vực trên khắp châu Á - Thái Bình Dương<sup>4</sup>. Sự thất bại này cũng có tác động lâu dài đến các quốc gia khác trên toàn khu vực châu Á - Thái Bình Dương. Từ cuối năm 1999, Singapore đã phản ứng bằng cách tích cực tìm kiếm các FTA khu vực và song phương. Với dân số nhỏ, trình độ học vấn cao, với các ngành công nghiệp khai thác và nông nghiệp tối thiểu, Singapore đã đạt được nhiều thành công từ tự do hoá thương mại và lưu chuyển vốn. Kết quả là sự thúc đẩy tích cực của quốc gia này đối với việc hình thành Khu vực thương mại tự do ASEAN (AFTA) và Hiệp định thắt chặt quan hệ kinh tế giữa Úc và New Zealand (the Australia - New Zealand Closer Economic Relations)<sup>5</sup>. Đến đầu những năm 2000, các quốc gia trong khu vực Châu Á - Thái Bình Dương đã ký kết nhiều FTA song phương và khu vực, thiết lập một khuôn khổ tự do hóa thương mại gia tăng cả về số lượng các quốc gia tham dự lẫn mức độ cam kết trong các đàm phán.

Việt Nam cũng không nằm ngoài xu thế trên, theo nhận định của Bộ Kế hoạch và Đầu tư, một FTA thế hệ mới như

<sup>2</sup> Theo một nghiên cứu được thực hiện tại Úc vào năm 2000 đã chỉ ra rằng thương mại quốc tế có đóng góp trực tiếp đến mức độ kỹ năng và tiền lương cao hơn trong nền kinh tế nội địa. Kết quả là, người Úc làm việc trong các ngành xuất khẩu trung bình được trả lương cao hơn 60% so với những người lao động Úc khác trong các ngành tiếp xúc phi thương mại. Xem thêm tại B. Pink and C. Jamieson, *A Portrait of Australian Exporters: A Report Based on the Business Longitudinal Survey*, Canberra: Australian Bureau of Statistics, năm 2000, tr.7.

<sup>3</sup> Department of Foreign Affairs and Trade of Cairns Group, *About The Cairns Group*, <https://cairngroup.org/Pages/Introduction.aspx>, truy cập ngày 16/12/2019.

<sup>4</sup> Cuộc họp tại Seattle, do Tổng thống Hoa Kỳ Bill Clinton tổ chức, đã bị hủy hoại bởi các cuộc biểu tình bạo lực chống chính quyền trên đường phố và không đưa ra tuyên bố cấp Bộ trưởng cần thiết để có một vòng đàm phán mới; sự kiện này đánh dấu sự rạn nứt ngày càng tăng giữa Hoa Kỳ và EU. Xem thêm tại Paul Kelly, *The March of Patriots: The Struggle for Modern Australia*, Nxb. Melbourne Univ. Publishing, năm 2009, tr.570-572.

<sup>5</sup> David Goldsworthy and Peter Edwards, *Facing North: A Century of Australian Engagement with Asia*, số 2, Melbourne University Press, năm 2001, tr.44.

CPTPP có thể giúp tăng GDP của đất nước lên 1,3% vào năm 2035, trong khi Hiệp định Thương mại tự do Việt Nam – EU (EVFTA) có thể làm tăng GDP thêm 15%. Các thỏa thuận thương mại này cùng với các FTA đã được ký kết và sắp tới có khả năng đảm bảo rằng nền kinh tế Việt Nam sẽ tăng trưởng và có tính cạnh tranh trong ngắn hạn và trung hạn<sup>6</sup>.

Về bản chất, các FTA song phương và khu vực thể hiện mong muốn của các quốc gia ký kết trong việc chủ động vai trò của mình nhằm định hình chính sách thương mại. Theo đó, các quốc gia chủ quyền tham gia cùng nhau, thường ở phạm vi khu vực, đảm bảo tự do hóa thương mại cho nhau, đồng thời duy trì các rào cản thương mại cho các quốc gia không phải là thành viên<sup>7</sup>. Điều này được lý giải bởi dù mục tiêu chính yếu của các FTA là loại bỏ các rào cản thương mại thông qua hình thức cắt giảm hoặc xóa bỏ thuế nhập khẩu, chúng cũng đồng thời tạo ra động lực cho việc thúc đẩy cải cách các chính sách thuế và nguồn thu nội địa nhằm bổ sung cho sự thâm hụt từ các nguồn thu truyền thống trên. Các doanh nghiệp nội địa từ đó cũng được tạo động lực để nâng cao phát triển khoa học công nghệ và năng suất lao động. Các nghiên cứu đã chỉ ra rằng việc cắt giảm rào cản thương

mại tạo ra các lợi ích rộng lớn hơn so với bảo hộ cho nền kinh tế<sup>8</sup>.

Dù các lợi ích của việc cắt giảm các rào cản thương mại quốc tế đã được chứng minh, tự do hóa thương mại đơn thuần không thể tối đa hóa được các lợi ích kinh tế mà cần phải được kết hợp, dung hòa cùng chính sách kinh tế vi mô. Bởi, một chính sách thương mại hiệu quả phải xuất phát từ việc cải cách kinh tế nội địa – các chính sách gia tăng năng lực sản xuất, tăng cường năng lực cạnh tranh cũng như một chính sách thuế nội địa hiệu quả<sup>9</sup>. Do đó, một vấn đề được đặt ra là liệu với sự gia tăng ngày càng nhiều của các FTA, các quốc gia có thể tận dụng được chúng một cách hữu hiệu để tiến hành đổi mới, cải cách chính sách thuế, hỗ trợ ngành sản xuất nội địa nhằm tối đa hóa các lợi ích có được từ các hiệp định này?

## 2. Sự tác động của các Hiệp định Thương mại tự do đến chính sách thuế nội địa

Mặc dù có nhiều ý kiến ủng hộ cho việc ký kết các FTA với các mặt tích cực của chúng lên nền kinh tế, vẫn có những tranh luận cả về mặt học thuật lẫn thực tiễn về các lợi ích và chi phí thực tế mà các hiệp định

<sup>6</sup> Dezan Shira & Associates, *Vietnam's Free Trade Agreements - Opportunities for Your Business*, <https://www.vietnam-briefing.com/news/vietnam-free-trade-agreements-opportunities-for-your-business.html>, truy cập ngày 16/12/2019.

<sup>7</sup> H. P. Kirkwood, *Free Trade Agreements and Trading Blocs*, Encyclopaedia for Business, 2nd Ed., năm 2011.

<sup>8</sup> Vào năm 2000, một nghiên cứu thực hiện bởi Trung tâm Kinh tế quốc tế của Úc (CIE) đã chứng minh rằng, mở rộng nền kinh tế Úc bởi các FTA đã giúp gia tăng trung bình hàng năm 3,900 AUD cho mỗi hộ gia đình tại nước này. Xem thêm tại Centre for International Economics (CIE), *Benefits of Trade and Trade Liberalisation*, Canberra, Australia, Research Report Prepared for the Department of Foreign Affairs and Trade, năm 2009, tr.20.

<sup>9</sup> Department of Foreign Affairs and Trade (DFAT), *Trading Our Way to More Jobs and Prosperity – Gillard Government Trade Policy Statement*, Canberra, Australia, tháng 4/2011.

trên có thể mang lại<sup>10</sup>. Đặc biệt, đối với các quốc gia đang phát triển, các ngành công nghiệp và sản xuất còn non trẻ và ở quy mô nhỏ hơn so với các nước phát triển, vẫn ưu tiên duy trì sự bảo hộ đối với một số ngành công nghiệp, sản xuất thông qua thuế quan<sup>11</sup>. Do vậy, một hệ quả có thể không lường trước được của tự do hóa thương mại là tác động của việc cắt giảm thuế quan đối với các chính sách thuế nội địa. Mặc dù hội nhập gần hơn nền kinh tế quốc gia vào nền kinh tế toàn cầu có khả năng kích thích và mở rộng các hoạt động thương mại, nguồn thu ngân sách quốc gia có thể chịu tác động tiêu cực đối với các khoản thuế gián thu. Điển hình là các loại thuế gián thu gắn liền với sản phẩm như thuế tiêu thụ đặc biệt (TTĐB). Những phần sau của bài viết sẽ đề cập và phân tích sự ảnh hưởng của việc cắt giảm thuế quan lên thuế TTĐB như là một ví dụ điển hình cho sự tác động của các FTA đến chính sách thuế nội địa.

Theo Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), thuế TTĐB là: “...thuế đánh vào các sản phẩm cụ thể hoặc một nhóm sản phẩm trên diện hẹp,” và “có thể được áp dụng ở bất kỳ giai đoạn nào của sản xuất hoặc phân phối và thường được ước lượng giá bằng cách tham khảo trọng lượng hoặc cường độ hoặc số lượng của sản phẩm”, nhưng đôi khi cũng bằng cách tham

<sup>10</sup> Ví dụ, Chính phủ Úc công khai ủng hộ lợi ích của các FTA song phương và khu vực, mặc dù Chính phủ hiện tại tuyên bố mạnh mẽ rằng Vòng đàm phán thương mại đa phương Doha vẫn là ưu tiên cải cách thương mại số một của Úc.

<sup>11</sup> Ershad Ali, *Impact of Free Trade Agreement on Economic Growth of Partner Countries: China and New Zealand*, International Business and Management 2, số 1, năm 2011, tr.113–121.

chiếu đến giá trị<sup>12</sup>. Chính phủ thường đánh thuế TTĐB vào một số sản phẩm nhất định vì hai lý do chính: Thứ nhất, nhằm bù trừ các chi phí tiêu cực bên ngoài mà loại hàng hoá này gây ra cho lợi ích cộng đồng khi tiêu thụ chúng, như rượu, thuốc lá và xăng dầu; thứ hai, các sản phẩm chịu thuế này thường có độ co giãn giá thấp. Do đó, trên thực tế, hầu hết các quốc gia đã ban hành các khoản thuế TTĐB đều hướng đến mục đích tăng thu ngân sách vì chúng đại diện cho một nguồn thu ổn định<sup>13</sup>. Ở một số nước trong khu vực ASEAN, nguồn thu từ thuế TTĐB đóng một vai trò quan trọng trong tổng nguồn thu từ thuế của quốc gia như Thái Lan là gần 25%<sup>14</sup>, và Campuchia là 46.3%<sup>15</sup>. Đối với Việt Nam trong những năm gần đây, con số này là hơn 7%<sup>16</sup>.

Hiện nay, cũng giống như nhiều nước đang phát triển khác, Việt Nam áp dụng phương pháp xác định thuế TTĐB truyền thống thông qua phần trăm trên giá trị hàng

<sup>12</sup> OECD, *The OECD Classification of Taxes and Interpretative Guide*, <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/oecd-classification-taxes-interpretative-guide.pdf>, truy cập ngày 16/12/2019.

<sup>13</sup> Sijbren Cnossen, *Economics and Politics of Excise Taxation*, Sách *Theory and Practice of Excise Taxation: Smoking, Drinking, Gambling, Polluting, and Driving*, Nxb. Oxford, năm 2005, tr.1–19.

<sup>14</sup> Worawan Chandoevrit and Bev Dahlby, *The Marginal Cost of Public Funds for Excise Taxes in Thailand*, European Journal of Tourism Research, số 5, năm 2007, tr.135.

<sup>15</sup> Sijbren Cnossen, *Reform and Coordination of Indirect Taxes in the ASEAN Free Trade Area*, Asia-Pacific Tax Forum, năm 2011.

<sup>16</sup> Bộ Tài chính, *Trang tin tức tài chính - Cổng Thông tin điện tử Bộ Tài chính*, [https://www.mof.gov.vn/webcenter/portal/tttc/r/o/nctd/nctd\\_chitie t?dDocName=MOFUCM158122&dID=165110&\\_af rLoop=86192625490858664#!%40%40%3FdID%3 D165110%26\\_afrLoop%3D86192625490858664%2 6dDocName%3DMOFUCM158122%26\\_adf.ctrl-state%3Dmdvz7smxu\\_4](https://www.mof.gov.vn/webcenter/portal/tttc/r/o/nctd/nctd_chitie t?dDocName=MOFUCM158122&dID=165110&_af rLoop=86192625490858664#!%40%40%3FdID%3 D165110%26_afrLoop%3D86192625490858664%2 6dDocName%3DMOFUCM158122%26_adf.ctrl-state%3Dmdvz7smxu_4), truy cập ngày 16/12/2019.

hoá (*ad valorem*). Theo đó, thuế quan đóng một vai trò quan trọng trong việc xác định mức thuế phải nộp khi giá tính thuế TTĐB cho hàng hoá nhập khẩu là giá nhập khẩu sau khi đã cộng với thuế quan. Do đó, việc cắt giảm thuế quan thông qua các cam kết trong FTA sẽ trực tiếp ảnh hưởng đến thuế TTĐB. Với bản chất của các FTA sẽ giảm dần và sau đó loại bỏ thuế quan áp dụng lên hàng hoá nhập khẩu, các quốc gia ký kết phải đối mặt với tác động kép của việc thu hẹp nguồn thu từ cả thuế quan giảm và doanh thu thuế TTĐB. Hiện tại, các FTA trên toàn khu vực châu Á - Thái Bình Dương chỉ tập trung vào việc giảm hoặc loại bỏ hàng rào thuế quan mà không có những quy định giúp cải cách chính sách thuế nội địa như thuế TTĐB. Điều này có thể được suy luận bởi Chính phủ của các quốc gia đang phát triển ít quan tâm đến sự tác động của việc cắt giảm thuế quan lên nguồn thu thuế nội địa trong quá trình đàm phán các Hiệp định Thương mại khi đặt trên mối tương quan với tốc độ tăng trưởng GDP có thể đạt được từ các hiệp định này.

Cụ thể trong trường hợp của Việt Nam, theo thống kê của Bộ Tài chính, tỉ trọng thu cân đối từ thuế quan cho hàng hoá xuất nhập khẩu so với tổng thu ngân sách giảm trung bình từ 20,06% giai đoạn 2006 - 2010 xuống còn 17,7% giai đoạn 2011 - 2015 và chỉ còn hơn 14% giai đoạn 2016 - 2018. Mức tỉ trọng này được dự đoán sẽ còn giảm đáng kể theo lộ trình cắt giảm thuế quan đã ký kết tại các FTA<sup>17</sup>. Điều này đòi hỏi Chính phủ phải có những chính sách tái cơ cấu thu ngân sách hiệu quả nhằm bù đắp cho sự giảm sút nguồn thu kể trên để đảm

bảo nguồn vốn cho các dịch vụ công. Tuy nhiên, mặc dù tỉ trọng thu ngân sách của Việt Nam so với GDP trong những năm qua (2015 - 2018) giảm từ 30% xuống còn 23%, quy mô này vẫn tương đối cao khi so với các quốc gia đang phát triển có thu nhập trung bình thấp khác cũng như các nước trong khu vực ASEAN, đặc biệt đối với thuế giá trị gia tăng và thuế thu nhập doanh nghiệp<sup>18</sup>. Ngoài ra, tăng cao thuế nội địa có thể làm phát sinh các hành vi gian lận, trốn thuế và giảm thu hút đầu tư nước ngoài.

Một minh chứng điển hình cho sự tác động tiêu cực của việc cắt giảm thuế quan đến nguồn thu ngân sách dẫn đến các chính sách tái cơ cấu ngắn hạn mang tính rủi ro từ Chính phủ có thể kể đến là Thái Lan. Vào năm 2010, trước áp lực phải loại bỏ hoàn toàn rào cản thuế quan cho các sản phẩm đồ uống có cồn trong các đàm phán thương mại, Chính phủ Thái Lan lo ngại sẽ thất thu thuế TTĐB (vốn chiếm một tỷ trọng cao trong thu ngân sách và được tính toán bằng phương pháp *ad valorem*) kèm theo rủi ro cạnh tranh khốc liệt từ các sản phẩm bia rượu nhập khẩu giá rẻ từ Trung Quốc và

<sup>18</sup> Quy mô thu ngân sách cao làm ảnh hưởng đến tiết kiệm của khu vực tư nhân, giảm đầu tư phát triển sản xuất kinh doanh của khu vực này. Gánh nặng thuế cao có thể khuyến khích các hành vi gian lận, trốn thuế; và là môi trường tốt cho các hành vi tham nhũng của những người thực thi công vụ khi mà thỏa thuận cho gian lận và trốn thuế có lợi hơn nhiều nộp thuế. Quy mô thu ngân sách cao còn có bất lợi là Chính phủ còn ít không gian để có thể giảm thâm hụt ngân sách qua tăng thuế. Xem thêm: Ngọc Toàn, Tô Trung Thành, *Một số loại thuế có tỷ trọng trong tổng thu ngân sách nhà nước thấp hơn mức trung bình, nhưng tăng thuế ở thời điểm này có thể tác động ngược!*, [http://ttvn.vn/kinh-doanh/ts-to-trung-thanh-mot-so-loai-thue-co-ty-trong-trong-tong-thu-n-snn-thap-hon-muc-trung-binh-nhung-tang-thue-o-tho-i-diem-nay-co-the-tac-dung-nguoc-42019203113847178.htm](http://ttvn.vn/kinh-doanh/ts-to-trung-thanh-mot-so-loai-thue-co-ty-trong-trong-tong-thu-n-snn-thap-hon-muc-trung-binh-nhung-tang-thue-o-tho-i-diem-nay-co-the-tac-dung-nguoc/), truy cập ngày 16/12/2019.

<sup>17</sup> Bộ Tài chính, ttdđ.

ASEAN. Chính phủ nước này đã đề xuất sửa đổi Đạo luật Đồ uống có cồn của mình (Liquor Act B.E 2493 (1950)) theo hướng cho phép căn cứ theo mức thuế quan tối huệ quốc (MFN) khi tính mức thuế TTĐB theo phương pháp *ad valorem*<sup>19</sup>, đồng thời trao quyền cho Cục Thuế TTĐB được tùy nghi ấn định giá CIF của hàng hoá nhập khẩu trong quá trình tính thuế. Những đề xuất này đã vấp phải những phản đối mạnh mẽ từ các doanh nghiệp nhập khẩu lẫn của cộng đồng quốc tế, bao gồm cả EU và Hoa Kỳ, dẫn đến rủi ro các tranh chấp pháp lý trong khuôn khổ cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO.

### 3. Một số kiến nghị về hoàn thiện sách thuế nội địa cho Việt Nam trong bối cảnh gia tăng ký kết các Hiệp định Thương mại tự do

Như đã trình bày ở những phần trên, FTA song phương hoặc khu vực góp một vai trò đáng kể vào việc thúc đẩy tái cơ cấu nhằm hoàn thiện chính sách thuế nội địa của các quốc gia ký kết. Trong bối cảnh Việt Nam tham gia ngày càng nhiều các FTA, nhất là các FTA thế hệ mới, vượt xa khuôn khổ của các loại hiệp định truyền thống vốn chỉ gói gọn đơn thuần trong các đàm phán cắt giảm thuế quan; việc hoàn thiện chính sách thuế nội địa cần phải được đặt ra ở cả (i) Kế hoạch, chiến lược đàm phán các FTA, và (ii) Điều chỉnh linh hoạt các quy định về thuế nội địa.

#### ***Bổ sung nội dung về thuế nội địa trong khuôn khổ đàm phán các FTA***

<sup>19</sup> Mức thuế quan MFN là thức thuế suất áp dụng chung cho các thành viên WTO, trước cam kết cắt giảm theo FTA.

Hiện nay, trong khuôn khổ của các FTA thế hệ mới, có rất nhiều các điều khoản yêu cầu các quốc gia ký kết phải rà soát và hoàn thiện khuôn khổ pháp luật, thể chế. Điển hình như trong Hiệp định Thương mại tự do ASEAN - Australia/New Zealand (AANZFTA) các quốc gia ký kết được yêu cầu duy trì hoặc thông qua ngay khi có thể các luật và quy định nội địa điều chỉnh các giao dịch điện tử phù hợp với Luật Mẫu của Ủy ban Luật Thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL) về Thương mại điện tử năm 1996, hoặc như trong chương về Sở hữu trí tuệ, Hiệp định CPTPP đòi hỏi các bên ký kết phải gia nhập nhiều điều ước quốc tế về sở hữu trí tuệ<sup>20</sup>. Những ví dụ này cho thấy được vai trò của các FTA, đặc biệt là các FTA thế hệ mới, trong việc thúc đẩy các quốc gia thành viên điều chỉnh các quy định nội địa của mình phù hợp với mục tiêu chung của khối cũng như tiêu chuẩn và thông lệ quốc tế.

Do vậy, định hướng cho các chính sách về tái cơ cấu thuế nội địa và nguồn thu ngân sách cũng có thể được đề cập trong phạm vi đàm phán nhằm giúp cho các quốc gia thành viên tối đa hoá lợi ích đạt được từ quá trình tự do hoá thương mại, nhất là các quốc gia đang phát triển. Nhìn chung, hiện nay có hai loại cam kết mà các Hiệp định Thương mại đang áp dụng nhằm thúc đẩy các quốc gia ký kết cải cách thể chế và các quy định nội địa:

1. Các biện pháp đặt ra yêu cầu riêng cho khu vực thương mại tự do.

<sup>20</sup> Như Hiệp ước Budapest về Công nhận quốc tế đối với việc nộp lưu chủng vi sinh nhằm các mục đích trong thủ tục về sáng chế năm 1977, Hiệp ước của Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới về quyền tác giả năm 1996, Hiệp ước của Tổ chức Sở hữu trí tuệ thế giới về cuộc biểu diễn và bản ghi âm năm 1996.

2. Các biện pháp thúc đẩy sự phù hợp của pháp luật quốc gia với luật mẫu hoặc các tiêu chuẩn, chỉ dẫn bởi các tổ chức quốc tế.

Đối với loại biện pháp đầu tiên, một ví dụ điển hình có thể dẫn chiếu là quy định về chính sách thuế TTĐB của EU cho mặt hàng đồ uống có cồn, được quy định tại Chỉ thị số 92/84/EEC và 92/83/EEC. Theo quy định này, các quốc gia thành viên thuộc khối được quyền đưa ra các mức thuế khác nhau tùy thuộc vào chính sách thuế nội địa của mình, tuy nhiên phương pháp tính thuế TTĐB bị ràng buộc phải điều chỉnh tương thích với phương pháp xác định theo thể tích<sup>21</sup>. Quy định này tuy gây ra một số tranh luận liên quan đến quyền tự quyết của các quốc gia trong việc tự chủ các chính sách thuế, nhưng ngược lại đã tạo ra một hệ thống thuế TTĐB minh bạch và đồng nhất giữa các thành viên thuộc khối.

Ngoài ra, loại biện pháp thứ hai cũng có thể được cân nhắc trong nội dung các đàm phán FTA là quy tắc, hướng dẫn về thuế và thu ngân sách được ban hành bởi các tổ chức quốc tế uy tín như Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF), Ngân hàng Thế giới, và OECD. Dưới góc độ kinh tế học, nhiều nhà nghiên cứu đã chứng minh rằng tính minh bạch trong việc soạn thảo các chính sách thuế nội

địa và nguồn thu ngân sách của Chính phủ là tiền đề quan trọng cho sự bền vững tài khóa vĩ mô<sup>22</sup>. Hai trong số nhiều quy tắc và hướng dẫn có thể kể đến là Hướng dẫn đề xuất của IMF cho việc soạn thảo chính sách thuế vào năm 1996 dựa trên kinh nghiệm thực tiễn của tổ chức này cho các quốc gia đang phát triển và có nền kinh tế chuyển đổi<sup>23</sup>; và hướng dẫn của OECD cho các quốc gia trong hoạt động chuyển giá về cách xác định trách nhiệm khi các công ty có quan hệ phụ thuộc giao dịch cho nhau xuyên biên giới<sup>24</sup>.

Việc tích hợp các biện pháp riêng biệt về thuế nội địa trong khuôn khổ đàm phán FTA cũng như khả năng ứng dụng thực tế của các hướng dẫn, thông lệ của các tổ chức quốc tế cần phải được phân tích kỹ lưỡng dựa trên mục tiêu tự do hoá thương mại muốn đạt được của từng hiệp định; nhất là cân đối với khả năng thực thi của các quốc gia đang phát triển trong bối cảnh các FTA thế hệ mới hiện tại thường theo một khuôn mẫu ấn định sẵn từ các quốc gia phát triển như Hoa Kỳ, EU hoặc Nhật Bản. Tuy nhiên, xét về bản chất của các FTA, ở đó các bên ký kết đều mong muốn có được những lợi ích thương mại toàn diện và bền vững, việc tái cơ cấu chính sách thuế nội địa và nguồn thu ngân sách thông qua các đàm phán FTA rất đáng được quan tâm và cân nhắc trong trung và dài hạn.

<sup>21</sup> Phương pháp này xác định mức thuế TTĐB cho đồ uống có cồn dựa trên thể tích và nồng độ cồn của sản phẩm, được cho là có thể khắc phục được các nhược điểm của phương pháp ad valorem như không bị tác động bởi chính sách thuế quan cho hàng hoá nhập khẩu và không bị ảnh hưởng bởi chiến lược điều chỉnh giá của nhà sản xuất. Xem thêm tại HealthBridge, *Alcohol Taxation and Price Policies in Viet Nam and in the World: Literature Review*, Ottawa, Canada, Facilitating Alcohol Control Law Development in Vietnam through Evidence, International Development Research Centre, năm 2015, tr.11-12.

<sup>22</sup> Mr George Kopits và Mr JD Craig, *Transparency in Government Operations*, Nxb. International Monetary Fund, năm 1998, tr.158.

<sup>23</sup> Các hướng dẫn đề xuất này bao gồm quy trình lập pháp, khung pháp lý, soạn thảo, luật về thủ tục và quản lý thuế.

<sup>24</sup> OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010*, Nxb. OECD, năm 2010.

### ***Chủ động điều chỉnh linh hoạt các chính sách thuế nội địa***

Bên cạnh việc bổ sung nội dung đàm phán chính sách thuế nội địa trong các FTA, các quốc gia đang phát triển như Việt Nam cũng có thể đổi mới cơ cấu thuế và thu ngân sách của mình thông qua các cách thức điều chỉnh chính sách linh hoạt ngắn hạn. Một quốc gia cùng thuộc khối ASEAN là Thái Lan trong thời gian gần đây (sau khi gặp phải những khó khăn do tác động của quá trình tự do hoá thương mại đến các mặt hàng chịu thuế TTĐB như đã trình bày ở phần trên) đã có những cải cách toàn diện thông qua Đạo luật Thuế TTĐB BE 2560 (2017), giúp tạo nhất quán trong việc đánh thuế cũng như đơn giản hóa sự giám sát của cơ quan quản lý thuế<sup>25</sup>. Điểm chính yếu của quá trình cải cách này là việc chuyển đổi cơ sở tính thuế cho tất cả các hàng hoá chịu thuế TTĐB từ *ad valorem* của giá CIF cộng với thuế quan sang một mức giá tính thuế theo phương pháp xác định một cách hợp lý<sup>26</sup>.

Đối với trường hợp của Việt Nam, ngoài việc tham khảo điều chỉnh chính sách thuế gián thu như của Thái Lan, Chính phủ cũng cần có những điều chỉnh linh hoạt nhằm giảm tác động tiêu cực của các đàm phán tự do hoá thương mại lên nguồn thu ngân sách. Cụ thể, việc quản lý thuế phải đạt được hiệu quả cao, tránh thất thu thuế thông qua trốn thuế, chuyển giá thường xuất hiện ở các loại hình kinh doanh kinh tế chia

sẻ thông qua công nghệ (sharing economy) và doanh nghiệp đầu tư trực tiếp nước ngoài (FDI)<sup>27</sup>. Đồng thời, nhằm tránh việc tăng các loại thuế đánh vào tiêu dùng, vốn có thể là gánh nặng thêm cho nền kinh tế, Chính phủ cần xem xét ban hành thuế tài sản phù hợp hơn trong thời gian tới.

### **4. Kết luận**

Trong bối cảnh môi trường thương mại quốc tế và toàn cầu hoá kinh tế hiện tại, đàm phán trong khuôn khổ các FTA song phương và khu vực, đặc biệt là các hiệp định thế hệ mới, có thể tạo ra một điều kiện thuận lợi cho việc thúc đẩy cải cách, đổi mới thể chế và các quy định nội địa của các quốc gia ký kết. Trong đó, đối với các quốc gia đang phát triển, bên cạnh một số tác động tiêu cực như giảm đáng kể nguồn thu ngân sách từ thuế quan, có thể có được những lợi ích thông qua việc hoàn thiện và tái cơ cấu chính sách thuế nội địa và nguồn thu ngân sách; từ đó giúp cải thiện năng suất lao động và tăng khả năng cạnh tranh toàn cầu của doanh nghiệp. Chính phủ của các quốc gia đang phát triển, đặc biệt là Việt Nam, có thể đạt được điều này bằng cách bổ sung thuế nội địa vào nội dung đàm phán các FTA cũng như chủ động ban hành các biện pháp linh hoạt điều chỉnh chính sách thuế tương thích với tình hình mới hiện nay. Những giải pháp này đòi hỏi phải có sự nghiên cứu chi tiết tương ứng với mục tiêu tự do hoá thương mại muốn đạt được ở từng loại hiệp định trong mối tương quan với khả năng cam kết và thực thi của các thành viên ký kết.

<sup>25</sup> Đạo luật này thay thế cho bảy đạo luật trước đó bao gồm các loại hàng hoá chịu thuế khác nhau.

<sup>26</sup> Rob Preece và các tác giả khác, *Excise Tax Reforms across ASEAN since the Start of Its Economic Community*, World Customs Journal 13, số 1, năm 2019, tr.25.

<sup>27</sup> Võ Trí Thành, *Tax Reform Crucial for State Budget Sustainability*, <http://vietnamnews.vn/economy/518124/tax-reform-crucial-for-state-budget-sustainability.html>, truy cập ngày 16/12/2019.

## THẺ LỆ GỬI BÀI CHO TẠP CHÍ NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

1. Bài viết gửi tới Tạp chí Nhà nước và Pháp luật là các bài nghiên cứu khoa học pháp lý có nội dung mới, công bố kết quả nghiên cứu, giới thiệu kinh nghiệm trong nước và quốc tế, trao đổi khoa học, bình luận, phản biện về những vấn đề lý luận và thực tiễn thuộc lĩnh vực nhà nước và pháp luật.

2. Bài gửi Tạp chí chưa được gửi đăng trên các báo, tạp chí khác. Tác giả là chủ sở hữu quyền tác giả của bài viết và chịu trách nhiệm về toàn bộ nội dung khoa học, cũng như các thông tin, tư liệu, số liệu, biểu đồ, hình ảnh minh họa... trong bài viết.

3. Bài viết gửi Tạp chí có bố cục gồm 3 phần: *i) Tên bài viết; ii) Tóm tắt từ 5 đến 7 dòng (bằng tiếng Việt và khuyến khích có thêm bản dịch tiếng Anh) nêu bật những nội dung chính, đóng góp mới của bài viết; iii) Nội dung bài viết.* Bài gửi Tạp chí cần ghi rõ tên tác giả (đồng tác giả), chức danh khoa học, học vị và cơ quan công tác. Tên bài viết, tên các mục, tiểu mục ngắn gọn, không có dấu chấm ở cuối dòng. Nếu bài viết được chia thành các mục và tiểu mục, cần đánh số theo thứ tự: 1.; 1.1.; 1.1.1.;...

4. Bài gửi Tạp chí phải được đánh máy vi tính, định dạng khổ giấy A4, lề trên và lề dưới 2 cm, lề phải và lề trái 2,5 cm, font chữ Times New Roman, cỡ chữ 14, cách dòng 1.5 lines, trình bày giản dị, không rườm rà, hoa mỹ. *Mỗi bài gửi cho Tạp chí có độ dài tối thiểu là 6 trang, tối đa là 18 trang*, bao gồm 1 bản điện tử (bắt buộc) và 1 bản in.

- Bản điện tử của bài viết có thể gửi qua email theo địa chỉ: [tcnnpl@isl.gov.vn](mailto:tcnnpl@isl.gov.vn) hoặc chuyển trực tiếp cho Tòa soạn Tạp chí.

- Bản in của bài viết được gửi theo địa chỉ: *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, phòng 221, số 27, phố Trần Xuân Soạn, Hai Bà Trưng, Hà Nội*; điện thoại: 024.39713333.

5. Các thuật ngữ tiếng nước ngoài sử dụng trong bài viết cần trích dẫn nguyên văn (không phiên âm sang tiếng Việt), kèm theo phân dịch sang tiếng Việt (trừ trường hợp không có thuật ngữ được dịch tương ứng).

6. Viết tắt: Chữ cần viết tắt khi xuất hiện lần đầu trong bài được viết đầy đủ và liền đó đặt ký hiệu viết tắt của chữ đó trong ngoặc đơn. Ký hiệu viết tắt phải được dùng thống nhất trong toàn bài viết. Không viết tắt trong tên bài viết, tên các mục, tiểu mục; không viết tắt những cụm từ ít xuất hiện trong bài.

7. Tài liệu tham khảo và cách thức trích dẫn: Tài liệu tham khảo được sử dụng trong bài phải đảm bảo độ tin cậy khoa học, chính xác, minh bạch. Tác giả bài viết hoàn toàn chịu trách nhiệm về việc trích dẫn, chú thích nguồn tài liệu tham khảo. Nếu trích dẫn nguyên văn thì phải để trong dấu ngoặc kép; nếu trích dẫn nội dung thì không cần để trong dấu ngoặc kép. Cả 2 cách thức trích dẫn đều phải được chú thích nguồn đầy đủ:

- Đối với tài liệu là các bài tạp chí cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), tên tạp chí, số xuất bản, năm xuất bản, số trang trong tạp chí được trích dẫn. Ví dụ: Nguyễn Văn A, *Bàn về quyền tư pháp trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 2, năm 2010, tr. 32.

- Đối với tài liệu là sách cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên sách (in nghiêng), nhà xuất bản, nơi xuất bản, năm xuất bản, số trang trong sách được trích dẫn. Ví dụ: Trần Đình B, *Giám sát việc thực hiện quyền lực nhà nước ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, năm 2011, tr. 50.

- Đối với tài liệu trên website cần ghi rõ nguồn tài liệu theo thứ tự sau: Tên tác giả, tên bài viết (in nghiêng), địa chỉ truy cập, ngày/tháng/năm truy cập. Ví dụ: Phạm Thị H, *Nguyên tắc suy đoán vô tội trong Luật Tố tụng Hình sự Việt Nam*, <http://isl.vass.gov.vn>, truy cập ngày 15/5/2011.

8. Khi gửi bài viết, tác giả đồng thời cung cấp cho Tạp chí các thông tin sau: Địa chỉ gửi tạp chí biểu; số tài khoản cá nhân để trả nhuận bút (tên chủ tài khoản, ngân hàng và chi nhánh ngân hàng mở tài khoản), số điện thoại, email để thuận tiện cho Tạp chí trong việc liên lạc, trao đổi với tác giả.

9. Sau khi biên tập xong, Tạp chí sẽ thông báo cho tác giả về việc sử dụng hay không sử dụng bài viết qua đường email. Tạp chí không trả lại bản thảo nếu bài viết không được đăng tải.

10. Tác giả có bài viết đăng trên Tạp chí được trả nhuận bút theo quy định hiện hành và được biểu 01 cuốn Tạp chí có bài viết của mình.