

THÔNG RA MỘT KỶ

6(338)

2016

NUM TH 45

TỔNG BIÊN TẬP

L MAI THANH

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

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

Trụ sở Tòa soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

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

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

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá: 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

THÔNG TIN

- ❖ TRẦN ĐẠI QUANG: Bài phát biểu của đồng chí Trần Đại Quang, Ủy viên Bộ Chính trị, Chủ tịch nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam tại buổi thăm và làm việc với Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam (Hà Nội, ngày 18/5/2016) 3
- ❖ NGUYỄN QUANG THUẬN: Diễn văn của Chủ tịch Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam GS.TS. Nguyễn Quang Thuận (trong Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam 18/5/2016) 6

LUẬT HÀNH CHÍNH

- ❖ CAO VŨ MINH – NGUYỄN NHẬT KHANH: Bất cập trong các quy định pháp luật về tài sản không được kê biên để bán đấu giá khi thực hiện cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính 9

LUẬT HÌNH SỰ

- ❖ NGUYỄN VĂN HƯƠNG: Chế định tha tù trước thời hạn có điều kiện trong Bộ luật Hình sự năm 2015 16
- ❖ NGUYỄN QUÝ KHUYẾN: Mối quan hệ giữa trách nhiệm hình sự của cá nhân và pháp nhân thương mại trong Bộ luật Hình sự năm 2015 22
- ❖ MAI THỊ THÚY: Quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo Bộ luật Hình sự năm 2015 27
- ❖ BÙI ĐÌNH TIẾN: Tham nhũng trong Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và vấn đề hoàn thiện Bộ luật Hình sự Việt Nam 33
- ❖ NGUYỄN THỊ BÌNH – NGUYỄN HUYỀN LY: Các yếu tố cấu thành tội phạm của các tội hối lộ trong Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003 và sự ghi nhận trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 40

LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ

- ❖ NGUYỄN THỊ THU HÀ: Những sửa đổi, bổ sung về kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 46

LUẬT KINH TẾ, LUẬT AN SINH XÃ HỘI

- ❖ DƯƠNG ANH SƠN – TRƯƠNG TRỌNG HIẾU: Tiêu chí kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam và kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới 54
- ❖ ĐỖ QUANG HẢI – PHẠM THỊ THI: Một số vấn đề về việc hình thành, sử dụng và phát triển quỹ bảo hiểm xã hội theo Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 64

LUẬT ĐẤT ĐAI

- ❖ NGUYỄN QUANG TUYẾN – HÀ VĂN HÒA: Cấu trúc sở hữu toàn dân về đất đai và vấn đề giám sát quyền của đại diện chủ sở hữu về đất đai ở Việt Nam 70
- ❖ NGUYỄN THÙY TRANG: Căn cứ xác lập quyền sử dụng đất ở và một số vướng mắc trong các quy định pháp luật hiện hành 77

MONTHLY ISSUE

6(338)

2016

45TH YEAR

EDITOR IN CHIEF
LE MAI THANH

EDITORIAL BOARD

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

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

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

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

Printed by Water Resources
Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

INFORMATION

❖ TRAN DAI QUANG: Remarks by Comrade Tran Dai Quang, Politburo Member, President of the S.R. Vietnam at His Visit to Vietnam Academy of Social Sciences (Hanoi, 18 May 2016) 3

❖ NGUYEN QUANG THUAN: Remarks by Prof. Dr. Nguyen Quang Thuan, President of Vietnam Academy of Social Science on Vietnam's Science and Technology Day, 18 May 2016 6

ADMINISTRATIVE LAW

❖ CAO VU MINH – NGUYEN NHAT KHANH: Shortcomings of Law and Regulation on Assets Which Shall not Be Listed for Auction upon Compulsory Enforcement of a Decision Handling Administrative Breach 9

CRIMINAL LAW

❖ NGUYEN VAN HUONG: Provisions Permitting a Prisoner to be Free on Condition before the End of His/hers Jail Sentence under the Penal Code of 2015 16

❖ NGUYEN QUY KHUYEN: Relation between Criminal Responsibility of Individuals and Commercial Legal Entities under the Penal Code of 2015 22

❖ MAI THI THUY: Sanctions for Criminals under 18 Years Old under the Penal Code of 2015 27

❖ BUI DINH TIEN: Corruption in the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and Improvement of Vietnam's Penal Code 33

❖ NGUYEN THI BINH – NGUYEN HUYEN LY: Factors for Bribery Crimes under the United Nations Convention against Corruption of 2003 and Their Recognition under the Penal Code of 2015 40

CIVIL PROCEDURE LAW

❖ NGUYEN THI THU HA: Amendment on Appeal under Appellate Procedure according to the Civil Procedure Code of 2015 46

ECONOMIC LAW, SOCIAL SECURITY LAW

❖ DUONG ANH SON – TRUONG TRONG HIEU: Criteria for the Control of Merger and Acquisition in Vietnam and Experiences from Some Foreign Countries 54

❖ DO QUANG HAI – PHAM THI THI: Issues on the Establishment, Use and Development of the Social Insurance Fund under the Law on Social Insurance of 2014 64

LAND LAW

❖ NGUYEN QUANG TUYEN – HA VAN HOA: Structure of People's Ownership of Land and Oversight of Rights of the Representative of Land Owners in Vietnam 70

❖ NGUYEN THUY TRANG: Grounds for Establishing Land Use Ownership and Shortcomings of Current Law and Regulation 77

**BÀI PHÁT BIỂU CỦA ĐỒNG CHÍ TRẦN ĐẠI QUANG,
ỦY VIÊN BỘ CHÍNH TRỊ, CHỦ TỊCH NƯỚC CỘNG HÒA
XÃ HỘI CHỦ NGHĨA VIỆT NAM TẠI BUỔI THĂM VÀ LÀM
VIỆC VỚI VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
(Hà Nội, ngày 18/5/2016)**

*T*hưa các đồng chí lãnh đạo Viện
Hàn lâm Khoa học xã hội Việt
Nam!

Thưa các nhà khoa học!

Thưa toàn thể các đồng chí!

Hôm nay, trong không khí toàn Đảng, toàn dân và toàn quân ta đang sôi nổi thi đua lập thành tích kỷ niệm 126 năm ngày sinh Chủ tịch Hồ Chí Minh vĩ đại và nhân Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam, tôi rất vui mừng đến thăm và làm việc với Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

Thay mặt lãnh đạo Đảng, Nhà nước, tôi gửi đến các đồng chí lãnh đạo, các nhà khoa học, cán bộ, công chức, viên chức thuộc Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam cùng toàn thể các đồng chí lời thăm hỏi chân thành và lời chúc mừng tốt đẹp nhất.

Thưa các đồng chí!

Trong suốt hơn 60 năm qua, được sự quan tâm lãnh đạo, chỉ đạo của Đảng, Nhà nước, sự phối hợp chặt chẽ của các bộ, ban, ngành, địa phương, sự nỗ lực, tâm huyết của các nhà khoa học, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam đã có những bước phát triển vượt bậc, đạt được nhiều thành tựu quan trọng trong nghiên cứu cơ bản, nghiên

cứu triển khai và tư vấn chính sách, đào tạo nguồn nhân lực chất lượng cao..., đóng góp thiết thực vào sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc. Khoa học xã hội Việt Nam nói chung và Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam nói riêng đã cung cấp luận cứ khoa học cho việc hoạch định đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước, góp phần xây dựng hệ thống quan điểm phát triển đất nước, bồi đắp nền tảng chính trị của chế độ, tuyên truyền, giáo dục, động viên và tổ chức nhân dân thực hiện các nhiệm vụ cách mạng; khẳng định và nâng cao vai trò tiên phong của Đảng về chính trị, lý luận, trí tuệ, văn hóa và đạo đức. Nhiều nghiên cứu và kiến nghị của Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam về các vấn đề kinh tế, chính trị, văn hóa, xã hội, đối ngoại, an ninh và quốc phòng... đã được đánh giá là sâu sắc, kịp thời và rất cơ bản. Đặc biệt, khoa học xã hội và nhân văn đã đóng vai trò quan trọng trong việc bảo vệ và phát triển chủ nghĩa Mác - Lênin, tư tưởng Hồ Chí Minh, quan điểm, đường lối của Đảng, Nhà nước; khẳng định lịch sử hình thành và phát triển dân tộc, chủ quyền quốc gia và toàn vẹn lãnh thổ, bảo tồn các giá trị và bản sắc văn hóa Việt Nam.

Những kết quả nghiên cứu, lao động sáng tạo của đội ngũ các nhà khoa học Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam đã góp phần tạo nên diện mạo và tiềm lực mới của nền khoa học xã hội Việt Nam theo hướng tiên tiến, hiện đại, ngày càng hội nhập sâu vào cộng đồng khoa học quốc tế.

Những thành tựu to lớn mà Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam đạt được trong hơn 60 năm qua đã được Đảng, Nhà nước và nhân dân ghi nhận, đánh giá cao, tặng nhiều phần thưởng, danh hiệu cao quý, như Huân chương Hồ Chí Minh, Huân chương Sao Vàng.

Thay mặt lãnh đạo Đảng, Nhà nước, tôi nhiệt liệt chúc mừng và biểu dương những kết quả, thành tích xuất sắc và đóng góp quan trọng của Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam trong thời gian qua.

Thưa các đồng chí!

Trong thời gian tới, trên thế giới, hòa bình, hợp tác và phát triển vẫn là xu thế lớn, nhưng chiến tranh, xung đột dân tộc, tôn giáo, tranh chấp về biên giới, lãnh thổ, hoạt động khủng bố vẫn tiếp tục gia tăng với tính chất, mức độ ngày càng nghiêm trọng hơn. Các mâu thuẫn lớn của thời đại và cuộc đấu tranh tư tưởng vẫn rất gay gắt. Các nguy cơ an ninh phi truyền thống, nhất là chiến tranh mạng, làn sóng di cư, an ninh nguồn nước, an ninh năng lượng, an ninh lương thực, ô nhiễm môi trường, biến đổi khí hậu gia tăng; tranh chấp chủ quyền ở Biển Đông diễn biến phức tạp, đe dọa chủ quyền, lợi ích và an ninh quốc gia của các nước, trong đó có Việt Nam.

Trong bối cảnh đó, nhiệm vụ của khoa học xã hội và nhân văn nói chung, Viện Hàn

lâm Khoa học xã hội Việt Nam nói riêng đặt ra rất nặng nề, đòi hỏi phải tiếp tục tích cực góp phần thực hiện thắng lợi Nghị quyết Đại hội lần thứ XII của Đảng; củng cố, tăng cường sự thống nhất về chính trị, tư tưởng trong Đảng, sự đồng thuận về chính trị trong nhân dân; phát huy sức mạnh của nền dân chủ xã hội chủ nghĩa, của đại đoàn kết toàn dân tộc, nâng cao ý chí phấn đấu thực hiện thành công sự nghiệp đổi mới, công nghiệp hóa, hiện đại hóa, hội nhập quốc tế, xây dựng và bảo vệ vững chắc Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa.

Cùng với việc tập trung nghiên cứu các vấn đề khoa học xã hội cơ bản về đất nước, văn hóa và con người Việt Nam, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam cần tiếp tục đổi mới tư duy lý luận, làm rõ cơ sở lý luận, thực tiễn, hoàn thiện hệ thống các quan điểm về chủ nghĩa xã hội và con đường đi lên chủ nghĩa xã hội ở Việt Nam nhằm xây dựng một nước Việt Nam “dân giàu, nước mạnh, dân chủ, công bằng, văn minh” trong tiến trình đẩy mạnh công nghiệp hóa, hiện đại hóa đất nước dưới tác động của toàn cầu hóa và hội nhập quốc tế. Đẩy mạnh công tác tổng kết thực tiễn, nghiên cứu lý luận, dự báo xu hướng phát triển, cung cấp các luận cứ khoa học, lý luận cho việc hoạch định đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước, xây dựng chiến lược phát triển đất nước trong giai đoạn mới.

Tiếp tục nghiên cứu, luận giải những vấn đề cơ bản và chiến lược đã đặt ra nhưng còn chưa được giải quyết thấu đáo, nhất là về tám mối quan hệ đã được nêu trong Cương lĩnh xây dựng đất nước trong thời kỳ

quá độ lên chủ nghĩa xã hội (bổ sung, phát triển năm 2011); đồng thời, coi trọng tổng kết thực tiễn, rút ra những bài học kinh nghiệm và nghiên cứu những vấn đề thực tiễn mới của đất nước cần giải đáp về mặt lý luận trong giai đoạn 2016-2020. Chú trọng nghiên cứu, đúc kết lý luận về Đảng cầm quyền, về đổi mới phương thức lãnh đạo của Đảng, nâng cao tầm trí tuệ và văn hóa, năng lực lãnh đạo và sức chiến đấu của Đảng. Đặc biệt, các hướng nghiên cứu cần thể hiện tầm nhìn dài hạn đến năm 2050, kết hợp chặt chẽ giữa nghiên cứu các vấn đề dài hạn, trung hạn và trước mắt, để các kết quả nghiên cứu phải thực sự góp phần vào việc dự báo xu hướng phát triển và cung cấp căn cứ khoa học cho quá trình tiếp tục đổi mới đất nước trong các giai đoạn tiếp theo.

Đẩy mạnh nghiên cứu các vấn đề khoa học xã hội ở tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội, chú trọng kết hợp giữa nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu triển khai, từ kinh tế, chính trị đến văn hóa, xã hội, quốc phòng, an ninh và đối ngoại của đất nước; chắt lọc các kết quả nghiên cứu từ các chương trình, đề tài, dự án và các nhiệm vụ nghiên cứu thường xuyên của Viện để phối hợp chặt chẽ với Hội đồng lý luận Trung ương, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh làm tốt hơn nữa nhiệm vụ tham mưu, tư vấn cho Ban Chấp hành Trung ương, Bộ Chính trị và Ban Bí thư về xây dựng các văn kiện, nghị quyết, chỉ thị của Đảng.

Tăng cường và mở rộng giao lưu, hợp tác quốc tế nhằm giới thiệu, quảng bá những thành tựu, các giá trị văn hóa của con người và dân tộc Việt Nam trong lịch sử cũng như

hiện tại với cộng đồng quốc tế; đồng thời, tiếp thu có chọn lọc những thành tựu, tinh hoa của khoa học xã hội và nhân văn thế giới để phát triển hơn nữa nền khoa học xã hội và nhân văn nước nhà.

Đổi mới, nâng cao chất lượng, hiệu quả công tác đào tạo, bồi dưỡng phẩm chất chính trị, trình độ nghiệp vụ, năng lực chuyên môn, đạo đức nghề nghiệp của những người làm công tác khoa học xã hội. Xây dựng đội ngũ cán bộ khoa học xã hội vững mạnh, đủ sức giải quyết những vấn đề lý luận và thực tiễn của đất nước, tạo tiềm lực mạnh cho sự phát triển của khoa học xã hội trong thời gian tới, đồng thời góp phần đưa nền khoa học xã hội Việt Nam đạt trình độ tiên tiến, ngang tầm các nước trong khu vực và trên thế giới.

Thưa các đồng chí!

Các quốc gia phát triển đều là những quốc gia có khoa học xã hội và nhân văn phát triển. Với bề dày truyền thống nhân văn của dân tộc, tôi tin tưởng sâu sắc rằng Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam tiếp tục giành được nhiều thành tựu to lớn hơn nữa trong sự nghiệp phát triển nền khoa học xã hội của đất nước Việt Nam nghìn năm văn hiến, đóng góp nhiều hơn nữa vào công cuộc phát triển kinh tế - xã hội, xây dựng và bảo vệ Tổ quốc Việt Nam xã hội chủ nghĩa.

Chúc các đồng chí lãnh đạo, các nhà khoa học cùng toàn thể các đồng chí sức khỏe, hạnh phúc và thành công.

Xin trân trọng cảm ơn!

DIỄN VĂN CỦA CHỦ TỊCH
VIỆN HÀN LÂM KHOA HỌC XÃ HỘI VIỆT NAM
GS.TS. NGUYỄN QUANG THUẤN
(trong Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam 18/5/2016)

Kính thưa đồng chí Trần Đại Quang, Ủy viên Bộ Chính trị, Chủ tịch nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam!

Kính thưa đồng chí Vũ Đức Đam, Ủy viên Ban Chấp hành Trung ương Đảng, Phó Thủ tướng Chính phủ!

Kính thưa đồng chí Nguyễn Xuân Thắng, Ủy viên Ban Chấp hành Trung ương Đảng, Giám đốc Học viện Chính trị Quốc gia Hồ Chí Minh!

Thưa tất cả các nhà khoa học, các vị khách quý!

Thay mặt Đảng ủy và Ban Lãnh đạo Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, tôi xin nhiệt liệt chào mừng, và kính chúc sức khỏe, hạnh phúc đến Chủ tịch nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam Trần Đại Quang, Phó Thủ tướng Chính phủ Vũ Đức Đam, các đồng chí lãnh đạo Đảng và Nhà nước, các nhà khoa học, các quý vị đại biểu trong Lễ Kỷ niệm Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam năm 2016 tại Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

Kính thưa quý vị đại biểu, thưa các nhà khoa học!

Được coi là quốc sách hàng đầu, khoa học và công nghệ luôn nhận được sự quan tâm chỉ đạo của Đảng và được cụ thể hóa thành chính sách của Nhà nước. Để ghi

nhận sự trưởng thành của đội ngũ các nhà khoa học, đồng thời, nhằm tôn vinh sự đóng góp của giới khoa học Việt Nam, tại Điều 7 Luật Khoa học và công nghệ năm 2013, được Quốc hội nước Cộng hòa xã hội Việt Nam khóa XIII, kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 18/6/2013 đã quy định lấy ngày 18/5, kỷ niệm ngày Bác Hồ đã gặp gỡ các nhà khoa học Việt Nam tại Đại hội toàn quốc lần thứ nhất Hội phổ biến khoa học kỹ thuật Việt Nam (18/5/1963) làm Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam.

Vào ngày 18/5/2014, tại Trung tâm Hội nghị quốc gia, Thủ tướng Chính phủ Việt Nam đã công bố ngày 18/5 là Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam. Trong 2 năm qua, vào ngày 18/5, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam đã long trọng tổ chức Ngày khoa học và công nghệ nhằm tôn vinh đóng góp của các nhà khoa học thuộc Viện Hàn lâm, trưng bày các kết quả nghiên cứu, nhận thức rõ hơn vai trò và trách nhiệm của khoa học xã hội đối với việc cung cấp luận cứ khoa học cho việc xây dựng đường lối của Đảng và hoạch định chính sách của nhà nước.

Kính thưa quý vị đại biểu, thưa các nhà khoa học!

Là một cơ quan có chức năng nghiên cứu khoa học, đào tạo và tư vấn chính sách,

trong hơn 60 năm xây dựng và phát triển, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam đã có nhiều đóng góp cho sự phát triển của đất nước. Các kết quả nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu ứng dụng của Viện Hàn lâm đã đóng góp thiết thực cung cấp luận cứ khoa học cho Đảng và Nhà nước trong việc hoạch định đường lối, chiến lược, quy hoạch, kế hoạch, chính sách phát triển nhanh và bền vững của đất nước theo định hướng xã hội chủ nghĩa, thể hiện ở việc đóng góp vào Văn kiện các kỳ Đại hội, nghiên cứu triển khai các nội dung Nghị quyết các kỳ Đại hội, đóng góp xây dựng dự thảo Hiến pháp, góp phần *xây dựng dự thảo và phản biện* Chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, các văn bản quy phạm pháp luật, triển khai nghiên cứu việc thực hiện pháp luật trong đời sống... Đồng thời, bằng các hoạt động khoa học, Viện Hàn lâm đã được Đảng, Nhà nước và các địa phương ghi nhận, đánh giá cao vì đã góp phần quan trọng trong việc *tư vấn chính sách* phát triển kinh tế - xã hội, chỉ ra những vấn đề còn tồn tại trong xã hội (các vấn đề về kinh tế, văn hóa, dân tộc, tôn giáo, các vấn đề mới nảy sinh ở nông thôn, đô thị, khu công nghiệp), những biến động mới của bối cảnh khu vực và quốc tế cần điều chỉnh chính sách. Các kết quả nghiên cứu của Viện Hàn lâm đã thể hiện sự nghiên cứu có chiều sâu và được kịp thời gửi đến lãnh đạo Đảng, Nhà nước, góp phần vào việc xây dựng đường lối chính sách dựa trên các luận cứ khoa học. Bên cạnh đó, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam đã có đóng góp hiệu quả đối với việc phản biện chiến lược phát triển kinh tế - xã hội của nhiều địa phương và nghiên

cứ các mô hình phát triển kinh tế - xã hội mang tính ứng dụng cao cho nhiều địa phương trong cả nước. Các đóng góp của Viện Hàn lâm đã được lãnh đạo Đảng, Nhà nước và xã hội ghi nhận và đánh giá cao. Tại lễ Kỷ niệm 60 năm ngày thành lập Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam ngày 2/12/2013, Tổng Bí thư Nguyễn Phú Trọng đã nói: “Những kết quả nghiên cứu đó đã góp phần vào việc nâng cao nhận thức ngày càng sâu sắc, sáng tỏ hơn về chủ nghĩa xã hội và con đường đi lên chủ nghĩa xã hội ở nước ta cũng như nhiều vấn đề quan trọng thuộc về chủ trương, chính sách của Đảng và Nhà nước. Đồng thời, Viện có nhiều công trình nghiên cứu cơ bản về khoa học xã hội và nhân văn, cả chuyên ngành và đa ngành, liên ngành với những đề xuất giải pháp cụ thể, phù hợp đối với việc giải quyết các vấn đề xã hội, dân tộc, tôn giáo, nhân quyền,... Các nghiên cứu của Viện đã góp phần làm rõ lịch sử hình thành, phát triển của dân tộc, đất nước, con người Việt Nam, các giá trị và bản sắc văn hoá của dân tộc được kế thừa và phát huy trong suốt hàng nghìn năm lịch sử; khẳng định chủ quyền quốc gia và sự toàn vẹn lãnh thổ của đất nước...”. Nhân Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam năm 2016, thay mặt Ban lãnh đạo Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, tôi xin nhiệt liệt biểu dương sự nỗ lực và những thành công đã đạt được trong thời gian qua của các nhà khoa học của Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

Kính thưa các nhà khoa học, thưa các vị khách quý!

Ngày khoa học và công nghệ Việt Nam năm 2016 là một ngày đặc biệt đối với Viện

Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, Viện đã được đón đồng chí Trần Đại Quang, Ủy viên Bộ Chính trị, Chủ tịch nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, đồng chí Vũ Đức Đam, Ủy viên Ban Chấp hành Trung ương Đảng, Phó Thủ tướng Chính phủ cùng đoàn cán bộ cao cấp về thăm và làm việc. Đó là sự quan tâm sâu sắc, sự ghi nhận những đóng góp của các nhà nghiên cứu của Viện, là sự động viên cổ vũ lớn lao đối với toàn thể các nhà nghiên cứu, những người làm công tác phục vụ nghiên cứu của Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam. Thay mặt hơn 2000 công chức, viên chức và người lao động của Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, tôi xin bày tỏ lòng cảm ơn sâu sắc đối với sự quan tâm to lớn của Chủ tịch nước và các đồng chí lãnh đạo Đảng và Nhà nước đã dành cho Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam. Tôi cũng xin bày tỏ sự cảm ơn của Viện Hàn lâm đối với các đồng chí lãnh đạo các Bộ, ban, ngành, địa phương, các đồng chí là đại biểu của các viện nghiên cứu, các trường đại học đã đến tham dự ngày hội khoa học của Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

Kính thưa quý vị đại biểu, thưa các vị khách quý, thưa các nhà khoa học!

Để xứng đáng với sự quan tâm sâu sắc của lãnh đạo Đảng, Nhà nước với tinh thần “khoa học và công nghệ là quốc sách hàng đầu, là một trong những động lực quan trọng nhất để phát triển kinh tế - xã hội và bảo vệ tổ quốc; là một nội dung cần được ưu tiên tập trung đầu tư trước một bước trong hoạt động của các ngành, các cấp” mà Hội nghị lần thứ 6, Ban Chấp hành Trung ương Khóa XI (tháng 11/2012) đã xác định; để đáp ứng kỳ vọng của nhân dân vào sự

đóng góp của giới khoa học xã hội, tôi đề nghị các nhà khoa học của Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam nêu cao hơn nữa tinh thần đổi mới, sáng tạo trong nghiên cứu khoa học, quán triệt phương châm hành động của Viện “**Kỷ cương, trách nhiệm, chất lượng và hiệu quả**” nhằm hoàn thành xuất sắc các nhiệm vụ được giao. Trước mắt, các nghiên cứu của Viện Hàn lâm cần tập trung triển khai Nghị quyết Đại hội Đảng toàn quốc lần thứ XII, nghiên cứu sâu các vấn đề lý luận gắn với tổng kết thực tiễn để cung cấp các luận cứ khoa học cho việc hoạch định đường lối, chiến lược, chính sách của Đảng và Nhà nước trong bối cảnh tình hình quốc tế, khu vực có nhiều thay đổi; triển khai một cách bài bản và chuyên sâu các vấn đề liên quan đến lịch sử và chủ quyền dân tộc; nghiên cứu sâu các vấn đề dân tộc, tôn giáo, các vấn đề bảo tồn và phát huy giá trị văn hóa; tiếp tục củng cố và nâng cao chất lượng đào tạo nguồn nhân lực chất lượng cao về khoa học xã hội và nhân văn cho cả nước; nâng cao chất lượng công tác tư vấn chính sách phát triển. Để khoa học thực sự đi vào cuộc sống và có những đóng góp thiết thực vào sự nghiệp xây dựng và bảo vệ Tổ quốc trong tình hình mới, tôi kêu gọi toàn thể cán bộ, công chức, viên chức và người lao động hãy biến quyết tâm thành hành động để đóng góp nhiều hơn nữa vào sự phát triển đất nước, xứng đáng với niềm mong mỏi mà sinh thời, Bác Hồ đã gửi gắm ở các nhà khoa học.

Một lần nữa xin kính chúc các quý vị sức khỏe, hạnh phúc và thành công.

Xin trân trọng cảm ơn!

BẤT CẬP TRONG CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ TÀI SẢN KHÔNG ĐƯỢC KÊ BIÊN ĐỂ BÁN ĐẤU GIÁ KHI THỰC HIỆN CƯƠNG CHẾ THI HÀNH QUYẾT ĐỊNH XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH

*Cao Vũ Minh**
*Nguyễn Nhật Khanh***

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số hạn chế của pháp luật về các loại tài sản không được kê biên bán đấu giá khi thực hiện cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính, đồng thời đưa ra các kiến nghị nhằm góp phần hoàn thiện quy định pháp luật về vấn đề này.

Abstract: This article analyses some shortcomings of law and regulation on assets which shall not be listed for auction upon compulsory enforcement of a decision handling administrative breach. It then makes proposals to improve such law and regulation.

Đề đảm bảo thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính, khoản 2 Điều 86 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 quy định về các biện pháp cưỡng chế bao gồm:

a. *Khấu trừ một phần lương hoặc một phần thu nhập, khấu trừ tiền từ tài khoản của cá nhân, tổ chức vi phạm;*

b. *Kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá;*

c. *Thu tiền, tài sản khác của đối tượng bị cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính do cá nhân, tổ chức khác đang giữ trong trường hợp cá nhân, tổ chức sau khi vi phạm cố tình tẩu tán tài sản.*

d. *Buộc thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả.*

Nhằm chi tiết hóa Điều 86 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012, Chính phủ

đã ban hành Nghị định số 166/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 quy định về các biện pháp cưỡng chế nhằm bảo đảm thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Tuy nhiên, trên thực tế, số lượng quyết định xử phạt vi phạm hành chính bị trì hoãn hoặc không thể thi hành còn rất nhiều. Điều này xuất phát từ nhiều bất cập trong các quy định pháp luật về các biện pháp cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính¹.

1. Một số bất cập

Khoản 3 Điều 3 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP quy định: “Người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế quyết định áp dụng các biện pháp cưỡng chế theo thứ tự quy định tại khoản 2 Điều 86 Luật Xử lý vi phạm hành chính. Chỉ áp dụng các biện pháp tiếp theo khi không thể áp dụng

* ThS, Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

** Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

¹ Nguyễn Cảnh Hợp (chủ biên), *Bình luận khoa học Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (tập 2)*, Nxb. Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2015, tr. 216.

các biện pháp cưỡng chế đó hoặc đã áp dụng nhưng chưa thu đủ số tiền bị cưỡng chế theo quyết định cưỡng chế”. Như vậy, cá nhân, tổ chức bị xử phạt vi phạm hành chính nếu không tự nguyện chấp hành quyết định xử phạt sẽ bị áp dụng theo thứ tự các biện pháp: 1. *Khấu trừ một phần lương hoặc một phần thu nhập*; 2. *Khấu trừ tiền từ tài khoản*; 3. *Kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá*. Biện pháp kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá được áp dụng đối với cá nhân không được hưởng tiền lương, thu nhập hoặc bảo hiểm xã hội tại một cơ quan, đơn vị, tổ chức và không có tài khoản hoặc số tiền gửi từ tài khoản tại tổ chức tín dụng không đủ để áp dụng biện pháp khấu trừ tiền từ tài khoản.

Nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chủ thể bị xử phạt vi phạm hành chính, pháp luật quy định khi thực hiện cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính bằng biện pháp kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt để bán đấu giá, cơ quan có thẩm quyền không được kê biên các loại tài sản sau đây²:

- *Nhà ở duy nhất của cá nhân và gia đình người bị cưỡng chế có diện tích tối thiểu theo quy định của pháp luật về cư trú*;

- *Thuốc chữa bệnh, lương thực, thực phẩm phục vụ nhu cầu thiết yếu cho cá nhân bị cưỡng chế và gia đình họ sử dụng; công cụ lao động, đồ dùng sinh hoạt thông thường cần thiết cho cá nhân bị cưỡng chế và gia đình họ sử dụng*;

- *Đồ dùng thờ cúng; di vật, huân chương, huy chương, bằng khen*;

- *Tài sản đang được cầm cố, thế chấp hợp pháp*.

Quy định về các loại tài sản không được kê biên để bảo đảm thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính thể hiện tính nhân đạo của nhà nước đối với chủ thể bị xử phạt. Tuy nhiên, sự thiếu rõ ràng lại làm cho các quy định này trở nên khó thực hiện trên thực tế, thậm chí trở thành “kẽ hở” để chủ thể bị xử phạt lợi dụng nhằm tránh né việc thực hiện nghĩa vụ chấp hành các quyết định xử phạt vi phạm hành chính.

Thứ nhất, theo quy định pháp luật, cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền sẽ không được kê biên: “*nhà ở duy nhất của cá nhân và gia đình người bị cưỡng chế có diện tích tối thiểu theo quy định của pháp luật về cư trú*”.

Theo quy định của Luật Nhà ở năm 2014: “*Nhà ở là công trình xây dựng với mục đích để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân*”³. Nếu dựa vào định nghĩa này, dễ dàng nhận thấy nếu cá nhân và gia đình người bị cưỡng chế chỉ có một “*công trình xây dựng với mục đích để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt*” thì nhà ở đó không thể bị kê biên bán đấu giá để thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Tuy nhiên, việc xác định nhà ở của cá nhân và gia đình người bị cưỡng chế có phải “*duy nhất*” hay không trên thực tế không đơn giản. Các cơ quan chức năng khi thực hiện kê biên tài sản gặp rất nhiều khó khăn trong việc xác minh tính “*duy nhất*” đối với nhà ở của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế.

Theo khoản 1 Điều 20 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP thì: “*Người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế có trách nhiệm xác minh thông tin về tài sản của đối tượng bị cưỡng chế, điều kiện thi hành quyết định*

² Điều 19 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP.

³ Khoản 1 Điều 3 Luật Nhà ở năm 2014.

cưỡng chế kê biên tài sản có giá trị tương ứng với số tiền phạt". Theo nguyên tắc này, việc xác minh thông tin về tài sản của đối tượng bị cưỡng chế, điều kiện thi hành quyết định cưỡng chế kê biên tài sản là trách nhiệm của cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền. Trong nhiều trường hợp, nguyên tắc này đã tạo ra những trở ngại đáng kể. Làm thế nào để cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền xác minh được người bị xử phạt có một hay nhiều nhà ở? Trên thực tế, cơ quan chức năng thường dựa vào Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở để kiểm tra số lượng nhà ở của người bị xử phạt. Tuy nhiên, nếu chỉ dựa vào cơ sở này để kiểm tra thì khó tránh khỏi thiếu sót. Đặc biệt, trường hợp người bị xử phạt có nhà ở nhiều địa phương khác nhau. Trong thực tiễn, cơ quan thực hiện cưỡng chế thường nhờ đến sự hỗ trợ của các cơ quan cấp Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, nhưng hiện tại cơ sở dữ liệu về đất đai chưa được thiết lập một cách hệ thống từ trung ương đến địa phương. Việc quản lý thông tin cũng có nhiều hạn chế. Vì lẽ đó, nếu người có nhà ở bị kê biên cố tình gian dối thì cơ quan quản lý cũng chưa có biện pháp hữu hiệu để phát hiện.

Đối chiếu với quy định của Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 (sửa đổi, bổ sung năm 2012, 2014) thì cá nhân được miễn thuế thu nhập đối với thu nhập từ chuyển nhượng nhà ở, quyền sử dụng đất ở và tài sản gắn liền với đất ở của cá nhân trong trường hợp chỉ có một nhà ở, đất ở duy nhất⁴. Hiện nay, pháp luật về thuế chỉ quy định biện pháp duy nhất để xác minh, kiểm tra thông tin của người đề nghị được miễn thuế đó là cam đoan của người nộp

thuế⁵. Mặc dù người nộp thuế phải chịu trách nhiệm về cam đoan của mình, nếu bị phát hiện nội dung cam đoan không đúng với thực tế sẽ bị xử lý truy thu thuế và phạt về hành vi vi phạm pháp luật thuế theo quy định của pháp luật về quản lý thuế, nhưng thực tế vẫn không có cơ chế nào để kiểm tra về tính chính xác và trung thực của các cam đoan này. Để khắc phục, nhiều cơ quan thuế yêu cầu cá nhân khi đề nghị miễn thuế thu nhập cá nhân phải nộp giấy xác nhận của cơ quan có thẩm quyền về tính xác thực của nội dung trong cam đoan. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là cơ quan nào sẽ thực hiện xác nhận các cam đoan này khi pháp luật không có bất cứ quy định nào về vấn đề cung cấp xác nhận của cơ quan có thẩm quyền. Qua đó, có thể kết luận, việc xác định tính duy nhất của nhà ở của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế khi thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính trên thực tế là rất khó khăn.

Ngoài ra, ngay cả khi nhà nước có hệ thống cơ sở dữ liệu để kiểm tra thông tin thì cũng không tránh khỏi trường hợp các chủ thể cố tình "lách luật" nhằm trốn việc bị kê biên tài sản. Chẳng hạn, giả sử người bị xử phạt có hai căn nhà. Ngay sau khi bị lập biên bản (kể cả sau khi ra quyết định xử phạt) về hành vi vi phạm, người đó biết rằng mình có thể bị áp dụng kê biên nhà ở để bán đấu giá nên đã bán, chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho một căn nhà cho người khác. Đương nhiên, người bị xử phạt chỉ còn lại một căn nhà duy nhất. Do đó, cơ quan chức năng sẽ

⁴ Khoản 2 Điều 4 Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 (sửa đổi, bổ sung năm 2012, 2014).

⁵ Điểm b2, khoản 1 Điều 3 Thông tư số 111/2013/TT-BTC hướng dẫn Luật Thuế thu nhập cá nhân quy định: "*Nhà ở, đất ở duy nhất được miễn thuế do cá nhân chuyển nhượng bất động sản tự khai và chịu trách nhiệm. Nếu phát hiện không đúng sẽ bị xử lý truy thu thuế và phạt về hành vi vi phạm pháp luật thuế theo quy định của pháp luật về quản lý thuế*".

không thể thực hiện việc kê biên đối với nhà ở duy nhất của người đó.

Bên cạnh đó, việc không kê biên nhà ở duy nhất được áp dụng khi có thêm tiêu chí “*có diện tích tối thiểu theo quy định của pháp luật về cư trú*”. Tuy nhiên, ở mỗi địa phương “*diện tích tối thiểu*” lại được quy định khác nhau⁶. Thực tế, chủ thể bị xử phạt có thể cho một số cá nhân nhập hộ khẩu vào một căn nhà để đạt được diện tích tối thiểu/người nhằm lẩn tránh việc kê biên theo quy định pháp luật. Hiện nay, điều kiện để nhập khẩu vào một căn nhà tương đối dễ dàng và thủ tục khá nhanh nên họ có thể vận dụng quy định “*diện tích tối thiểu*”⁷.

Trong việc đảm bảo thi hành án dân sự, mặc dù đã được quy định trong Thông tư liên tịch số 14/2010/TTLT-BTP-TANDTC-VKSNDTC⁸, nhưng việc kê biên xử lý tài sản của người phải thi hành án đã chuyển quyền sở hữu kể từ thời điểm có bản án,

⁶ Đơn cử, tại Hà Nội, chương trình phát triển nhà ở thành phố Hà Nội giai đoạn 2012-2020 và định hướng đến năm 2030 vừa được Thủ tướng phê duyệt tại Quyết định số 996/QĐ-TTg, đến năm 2015, diện tích nhà ở bình quân toàn thành phố là 23,1 m²/người (diện tích nhà ở tối thiểu 6,5 m²/người), trong đó khu vực đô thị là 26,6 m²/người, khu vực nông thôn là 20 m²/người.

⁷ Nguyễn Thị Thiện Trí (chủ biên), *Quyền tự do cư trú của công dân trong giai đoạn hiện nay*, Nxb. Dân trí, 2013, tr. 214, 227.

⁸ Khoản 1, Điều 6 Thông tư liên tịch số 14/2010/TTLT-BTP-TANDTC-VKSNDTC ngày 26/7/2010 của Bộ Tư pháp, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao hướng dẫn một số vấn đề về thủ tục thi hành án dân sự và phối hợp liên ngành trong thi hành án dân sự quy định: “*Kể từ thời điểm có bản án, quyết định sơ thẩm mà người phải thi hành án bán, chuyển đổi, chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, bảo lãnh, cầm cố tài sản của mình cho người khác, không thừa nhận tài sản là của mình mà không sử dụng khoản tiền thu được để thi hành án thì tài sản đó vẫn bị kê biên để thi hành án, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác*”.

quyết định sơ thẩm lại không dễ dàng⁹. Điều này càng trở nên khó khăn đối với việc kê biên bán đấu giá để thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Mặc dù Mục 4 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP (từ Điều 28 đến Điều 32) có các quy định về thu tiền, tài sản của đối tượng bị cưỡng chế do cá nhân, tổ chức khác đang giữ trong trường hợp cố tình tẩu tán tài sản, nhưng các điều khoản trên vẫn chưa “đủ sức” ngăn chặn tình trạng này. Bên cạnh đó, Điều 29 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP còn quy định: “*người có thẩm quyền ra quyết định cưỡng chế có trách nhiệm chứng minh được hành vi cố tình tẩu tán tiền, tài sản của đối tượng bị cưỡng chế sau khi vi phạm*”. Việc chứng minh “*hành vi cố tình tẩu tán*” rất phức tạp, đặc biệt trong mối tương quan với người thứ ba ngay tình khi tài sản đã được chuyển dịch hợp pháp cho họ.

Cụ thể, theo Luật Nhà ở năm 2014 thì các giao dịch liên quan đến nhà ở có hiệu lực kể từ thời điểm công chứng. Khi giao dịch dân sự có hiệu lực thì tài sản được xác lập cho người nhận chuyển dịch chứ không còn của người chuyển dịch. Do đó, việc kê biên được coi là hành vi vi phạm pháp luật khi kê biên tài sản của người không vi phạm

⁹ Hiện nay, chúng ta chưa có một căn cứ pháp lý cụ thể nào để hủy bỏ giao dịch giữa người phải thi hành án với người khác được thực hiện kể từ khi có bản án, quyết định sơ thẩm của Tòa án. Pháp luật hiện hành chưa quy định việc bản án, quyết định sơ thẩm là căn cứ để hạn chế quyền tài sản đối với chủ sở hữu (người phải thi hành án), trừ trường hợp tài sản đó là đối tượng tranh chấp trong vụ án hoặc đã bị áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời hoặc là đã bị cơ quan thi hành án áp dụng biện pháp bảo đảm thi hành án. Do vậy, mặc dù đã có bản án, quyết định sơ thẩm của Tòa án, nhưng người phải thi hành án vẫn có thể chuyển quyền sở hữu tài sản của mình cho người khác một cách hợp pháp nếu không thuộc các trường hợp nêu trên.

để thực hiện một trách nhiệm pháp lý không phải là của họ.

Thứ hai, cơ quan nhà nước, người có thẩm quyền không được kê biên: “thuốc chữa bệnh, lương thực, thực phẩm phục vụ nhu cầu **thiết yếu** cho cá nhân bị cưỡng chế và gia đình họ sử dụng” và “công cụ lao động, đồ dùng sinh hoạt thông thường **cần thiết** cho cá nhân bị cưỡng chế và gia đình họ sử dụng”.

Để phục vụ cho những nhu cầu không thể thiếu của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế cũng như nhằm đảm bảo sức khỏe và cuộc sống của họ, pháp luật quy định khi thực hiện kê biên thuốc chữa bệnh, lương thực, thực phẩm để đầu giá, cơ quan thực hiện cưỡng chế phải xem xét đến nhu cầu sử dụng “**thiết yếu**” của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế. Tương tự, đối với công cụ lao động, đồ dùng sinh hoạt thông thường của cá nhân người bị cưỡng chế và gia đình họ thì cơ quan có thẩm quyền không được cưỡng chế nếu xác định đó là “**cần thiết**”. Tuy nhiên, hiện các tiêu chí “**thiết yếu**” hay “**cần thiết**” chưa được định lượng cụ thể, rõ ràng. Trong nhiều trường hợp, chính các quy định định tính này sẽ tạo ra những mâu thuẫn, bất đồng, tranh chấp giữa cơ quan thực hiện cưỡng chế và chủ thể bị cưỡng chế khi thực hiện cưỡng chế trên thực tế.

Thứ ba, đối với “**đồ dùng thờ cúng, di vật, huân chương, huy chương, bằng khen**” thì cơ quan nhà nước cũng không thể kê biên.

Hoạt động tín ngưỡng dân gian tiêu biểu cho giá trị tốt đẹp về lịch sử, văn hóa, đạo đức xã hội. Trên cơ sở đó, Điều 4 Pháp lệnh về tín ngưỡng, tôn giáo năm 2004 quy định: “*Chùa, nhà thờ, thánh đường, thánh thất, đình, đền, miếu, trụ sở tổ chức tôn*

giáo, các cơ sở đào tạo của tổ chức tôn giáo, những cơ sở tín ngưỡng, tôn giáo hợp pháp khác, kinh bôn và các đồ dùng thờ cúng được pháp luật bảo hộ”. Với tinh thần đó, khoản 4 Điều 19 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP quy định không được kê biên đối với “**đồ dùng thờ cúng**” là hợp lý. Tuy nhiên, pháp luật hiện hành không định nghĩa cụ thể thế nào là “**đồ dùng thờ cúng**”. Bên cạnh đó, khoản 4 Điều 19 Nghị định số 166/2013/NĐ-CP cũng không liệt kê những vật dụng nào được xem là “**đồ dùng thờ cúng**”. Do đó, quy định này vô hình trung gây khó khăn cho cơ quan thực hiện cưỡng chế và cả chủ thể bị cưỡng chế.

Trong thực tế, “**đồ dùng thờ cúng**” có thể chia làm hai loại là “*tài sản dùng vào việc thờ cúng*” và “*tài sản để thờ cúng*”¹⁰. Hai thuật ngữ này rất khác nhau, do đó, không nên có sự nhầm lẫn.

“*Tài sản dùng vào việc thờ cúng*” được hiểu là tài sản được dùng vào mục đích thờ cúng. Tài sản này không nên hiểu theo nghĩa cơ học mà phải hiểu bản chất của tài sản có giá trị dùng vào việc thờ cúng. Trong khi đó, “*tài sản để thờ cúng*” là tài sản được sử dụng trực tiếp để thờ cúng theo phong tục tập quán như: mâm cỗ, hoa, quả, rượu, nhang đèn, nến, câu đối, hoành phi, đôi liễn, cặp lộc bình, rèm bàn thờ và bàn thờ và các loại khác theo phong tục của địa phương. Các loại tài sản tồn tại dưới các dạng vật chất cụ thể khác như xe máy, xe ô tô, quyền sử dụng đất, quyền sở hữu trí tuệ đối với nhãn hiệu, quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại... thì không thể đặt lên

¹⁰ Hồ Thị Vân Anh, Hoàn thiện quy định về di sản dùng vào việc thờ cúng trong Dự thảo Bộ luật Dân sự (sửa đổi), *Tạp chí Nhà nước và Pháp luật*, số 4/2015.

bàn thờ để thờ cúng nên không phải là “*tài sản để thờ cúng*” trực tiếp nhưng hoàn toàn có thể là “*tài sản dùng vào việc thờ cúng*” nếu quy đổi giá trị của những tài sản này để mua sắm các lễ vật dùng để thờ cúng theo tôn giáo, theo phong tục¹¹. Câu hỏi đặt ra là “*đồ dùng thờ cúng*” thuộc đối tượng không bị kê biên tài sản là “*tài sản dùng vào việc thờ cúng*” hay “*tài sản để thờ cúng*”, hay là cả hai?

Thứ tư, “*tài sản đang được cầm cố, thế chấp hợp pháp*” cũng không thể bị kê biên.

Đây là quy định nhằm bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba khi nhận cầm cố, thế chấp các tài sản của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính. Theo đó, đối với các tài sản được cầm cố, thế chấp một cách hợp pháp thì không được kê biên để bán đấu giá. Điều kiện để loại trừ việc kê biên là tài sản phải được cầm cố, thế chấp một cách “*hợp pháp*”. Tuy nhiên, tương tự như quy định về nhà ở duy nhất không bị kê biên để bán đấu giá, quy định này vô hình trung lại tạo ra một “*lỗ hổng*” rất lớn cho các chủ thể bị cưỡng chế khai thác để tạo ra các giao dịch dân sự nhằm “*né tránh*” việc bị kê biên bán đấu giá tài sản.

Đơn cử, sau khi vi phạm hành chính, cá nhân, tổ chức nhận thức được có thể bị áp dụng biện pháp kê biên đối với xe ô tô của mình nên đã “*nhANH chóng*” cầm cố, thế chấp cho một ngân hàng. Giả sử ngân hàng hoàn toàn không biết về việc vi phạm hành chính của cá nhân, tổ chức nên đã chấp nhận cầm cố, thế chấp chiếc xe ô tô. Hợp đồng cầm cố, thế chấp đã được công chứng và đăng ký giao dịch bảo đảm. Như vậy, hợp

đồng cầm cố, thế chấp này là hoàn toàn hợp pháp. Cơ quan có thẩm quyền khó có thể kê biên chiếc ô tô của người vi phạm vì người này đã thế chấp cho ngân hàng. Trong trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền cũng khó có cơ sở để chứng minh việc cầm cố, thế chấp chiếc ô tô này là không hợp pháp.

Thực tế đã từng ghi nhận sự việc cá nhân dùng tài sản thế chấp tại ngân hàng để vi phạm pháp luật, nhưng để bảo đảm lợi ích của ngân hàng nên Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao đã quyết định không tịch thu tài sản, mặc dù trước đó Tòa phúc thẩm đã nhận định tài sản dùng để vi phạm pháp luật phải bị tịch thu¹². Trong một tài liệu chuyên khảo, PGS.TS. Đỗ Văn Đại nhận xét: “*hướng giải quyết trên của Hội đồng Thẩm phán là rất thuyết phục vì nó bảo vệ quyền lợi chính đáng của người nhận thế chấp (người có quyền). Ở đây, hợp đồng thế chấp được giao kết hợp pháp thì phải được “cá nhân, pháp nhân, chủ thể khác tôn trọng”, trong khi đó, Tòa án, cơ quan thi hành án cũng như cơ quan nhà nước thuộc nhóm phải tôn trọng hợp đồng được nêu tại quy định này*”¹³.

Trong hai tình huống trên, sự khác biệt nằm ở chỗ một trường hợp là tài sản thế chấp trước, sau đó mới được sử dụng để vi phạm pháp luật, và một trường hợp là vi phạm pháp luật xảy ra trước, sau đó mới thế chấp tài sản. Tuy nhiên, sự giống nhau là cả hai hợp đồng đều hợp pháp (tất nhiên là trong trường hợp bên nhận thế chấp là bên

¹¹ Phùng Trung Tập, Từ quy định về di sản dùng vào việc thờ cúng và di tặng, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 09/2015.

¹² Quyết định Giám đốc thẩm số 30/2010/HS-GĐT ngày 1/11/2010 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao.

¹³ Đỗ Văn Đại, *Luật nghĩa vụ dân sự và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự - Bản án và bình luận bản án (tập 2)*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2012, tr. 160.

ngay tình) và để bảo vệ bên ngay tình thì không thể tịch thu hay kê biên đối với tài sản đã cầm cố, thế chấp hợp pháp. Như vậy, chủ thể nhận cầm cố, thế chấp trở thành chủ thể gánh chịu rủi ro nặng nề nhất. Hiện nay Thông tư liên tịch số 14/2010/TTLT-BTP-TANDTC-VKSNDTC quy định: *“kể từ thời điểm có bản án, quyết định sơ thẩm mà người phải thi hành án thế chấp, cầm cố tài sản của mình cho người khác thì tài sản đó vẫn bị kê biên để thi hành án”*. Theo Thông tư liên tịch số 14/2010/TTLT-BTP-TANDTC-VKSNDTC, chỉ áp dụng đối với *“thời điểm có bản án, quyết định sơ thẩm”* chứ không áp dụng đối với *“thời điểm có quyết định xử phạt vi phạm hành chính hay quyết định cưỡng chế để kê biên bán đấu giá”*.

2. Kiến nghị hoàn thiện

Để khắc phục các bất cập như đã phân tích, chúng tôi đề xuất một số kiến nghị như sau:

Một là, đẩy mạnh công tác cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất trong phạm vi cả nước. Đồng thời, xây dựng công thông tin quốc gia về đăng ký quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và các tài sản gắn liền với đất tương tự như công thông tin quốc gia về đăng ký doanh nghiệp, đăng ký giao dịch bảo đảm để có cơ chế kiểm tra thông tin về tài sản của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế. Bên cạnh đó, cần có sự phối hợp giữa các cơ quan chức năng trên cả nước để hỗ trợ kiểm tra, xác minh thông tin về số lượng, tình trạng tài sản của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế.

Hai là, bổ sung quy định về tiêu chí đánh giá và giới hạn sự *“cần thiết”*, *“thiết yếu”* đối với thuốc chữa bệnh, lương thực, thực phẩm, công cụ lao động, đồ dùng sinh

hoạt của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế. Theo chúng tôi, cần quy định khi xem xét kê biên các tài sản này để bán đấu giá, cơ quan thực hiện cưỡng chế có thể tham khảo ý kiến của Ủy ban nhân dân cấp xã nơi cư trú của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế hoặc nơi có tài sản bị cưỡng chế về nhu cầu sử dụng thông thường và định mức sử dụng cần thiết của người dân địa phương làm cơ sở để xem xét việc kê biên.

Ba là, cần quy định liệt kê về các loại tài sản là đồ dùng thờ cúng có tính phổ biến làm cơ sở để cơ quan thực hiện cưỡng chế xác định khi tiến hành việc kê biên. Theo đó, đồ dùng thờ cúng có thể được quy định là *“vật (tài sản) được sử dụng trực tiếp để thờ cúng như mâm cỗ, hoa, quả, rượu, nước, hương (nhang), nến, câu đối, cặp lộc bình, hoành phi, tử thờ, chân dung (ảnh) của người đã chết, rèm bàn thờ và bàn thờ và các loại đồ dùng để thờ cúng khác theo phong tục tập quán của địa phương. Ngoài các đồ dùng thờ cúng nêu trên, khi xem xét cưỡng chế thi hành quyết định xử phạt vi phạm hành chính, không cho phép cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế sử dụng các tài sản khác vào mục đích thờ cúng”*¹⁴. Thiết nghĩ pháp luật nên quy định chỉ không kê biên đối với đồ dùng được sử dụng trực tiếp để thờ cúng theo phong tục tập quán truyền thống vì mục đích tôn trọng tín ngưỡng của công dân. Đồ dùng được sử dụng trực tiếp thuộc về yếu tố tâm linh, tinh thần, còn các đồ dùng dùng vào mục đích thờ cúng theo chủ quan của cá nhân, gia đình người bị cưỡng chế thì vẫn có thể bị kê biên. Quy

(Xem tiếp trang 26)

¹⁴ Khảo sát độc lập của nhóm tác giả tại Thành phố Hồ Chí Minh đã cho kết quả liệt kê như trên về *“Đồ dùng thờ cúng”*.

CHẾ ĐỊNH THA TÙ TRƯỚC THỜI HẠN CÓ ĐIỀU KIỆN TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

Nguyễn Văn Hương*

Tóm tắt: *Tha tù trước thời hạn có điều kiện là chế định mới được quy định trong Bộ luật Hình sự 2015. Đây là chế định thể hiện chính sách nhân đạo của Nhà nước đối với người bị kết án đang phải chấp hành án phạt tù, tạo điều kiện cho họ sớm trở về với gia đình, tái hoà nhập cộng đồng. Bài viết làm rõ bản chất pháp lý, điều kiện áp dụng chế định này; từ đó góp phần nâng cao nhận thức và áp dụng đúng đắn trong thực tiễn.*

Abstract: *Provisions permitting a prisoner to be free on condition before the end of his/hers jail sentence are new provisions under the Penal Code of 2015. This is a humanitarian policy of the State for prisoners' returning to their family earlier and re-integrating into community. This article clarifies legal nature, conditions for application of these provisions and then contributes to improving their understanding and enforcement in practice.*

Theo quy định của pháp luật, người bị kết án nói chung và người bị kết án phạt tù nói riêng có trách nhiệm chấp hành toàn bộ bản án. Tuy nhiên, người đang phải chấp hành án phạt tù khi đáp ứng những yêu cầu nhất định thì có thể được tha tù trước thời hạn với điều kiện nhất định (kèm theo) - đó là tha tù trước thời hạn có điều kiện. Tha tù trước thời hạn có điều kiện là chế định mới được quy định trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (BLHS 2015)¹, thể hiện chính sách nhân đạo của Nhà nước đối với

người phạm tội, cho phép họ sớm trở về với gia đình, tái hoà nhập cộng đồng, trở thành người có ích cho xã hội, nhưng đồng thời vẫn bảo đảm yêu cầu giáo dục, cải tạo và răn đe người phạm tội.

1. Theo quy định tại Điều 66 BLHS 2015², tha tù trước thời hạn có điều kiện được hiểu là *không buộc người đang chấp hành án phạt tù chấp hành hình phạt tù còn lại bằng việc buộc họ phải chịu thử thách và thực hiện các nghĩa vụ trong thời gian thử thách*. Điều kiện pháp lý của chế định này là: người đang phải chấp hành án phạt tù phải chịu thử thách với thời hạn bằng hình phạt tù còn lại; trong thời gian thử thách họ phải chấp hành đầy đủ các nghĩa vụ (do pháp luật quy định); không cố ý vi phạm nghĩa vụ hoặc bị xử phạt vi phạm hành chính quá mức quy định cũng như không phạm tội mới

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ Đây là chế định đã được quy định trong BLHS của nhiều nước trên thế giới.

Xem thêm:

- Các điều 6, 10, 11, 13, 14, 15, 18 đến 24 Chương 26; Điều 4 Chương 34 *BLHS Thủy Điển* (Bản dịch: Trường Đại học Luật Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2010);

- Điều 79 *BLHS Liên Bang Nga* (Bản dịch, Trường Đại học Luật Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011);

- Từ Điều 56 đến Điều 58 *BLHS Cộng hoà Liên bang Đức* (Bản dịch: Trường Đại học Luật Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011);

- Từ Điều 81 đến Điều 86 *BLHS của nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa* (Đình Bích Hà dịch, Nxb. Tư pháp Hà Nội, 2007).

² Tha tù trước thời hạn có điều kiện đối với người dưới 18 tuổi đang chấp hành án phạt tù được quy định tại Điều 106 BLHS 2015.

trong thời gian thử thách.

Một số đặc điểm của chế định tha tù trước thời hạn có điều kiện:

- Tha tù trước thời hạn có điều kiện chỉ được áp dụng đối với người bị kết án phạt tù. Tên gọi của chế định này đã cho thấy vấn đề “tha tù” chỉ được đặt ra đối với người bị kết án phạt tù mà không đặt ra đối với người bị kết án với các loại hình phạt khác. Việc tha tù không chỉ đặt ra đối với người bị kết án phạt tù có thời hạn mà còn cả người bị kết án tù chung thân được giảm xuống thành tù có thời hạn.

- Tha tù trước thời hạn có điều kiện chỉ được áp dụng đối với người đang chấp hành hình phạt tù. Bởi vì, chỉ những người đang chấp hành hình phạt tù (đang bị giam giữ, cải tạo tại các trại giam) thì vấn đề “tha” tù mới được đặt ra.

- Tha tù “trước thời hạn” (có điều kiện), là khi người bị kết án chưa chấp hành xong hình phạt tù được ghi trong bản án, quyết định. Người bị kết án được tha tù “trước thời hạn” có nghĩa là họ không phải chấp hành hình phạt tù còn lại (của bản án) với các điều kiện nhất định.

- Tha tù trước thời hạn “có điều kiện” không phải là “miễn chấp hành hình phạt tù còn lại quy định”³. Bởi vì, thông thường khi nói đến “miễn” - không buộc phải chấp hành hoặc không buộc phải thực hiện việc gì đó, thì người có thẩm quyền dựa trên quy định của luật để xem xét, cân nhắc quyết định “miễn” hay “không miễn”; khi đáp ứng các yêu cầu nhất định và được “miễn” thì chủ thể không bị buộc phải thực hiện việc

đó nữa mà không cần kèm theo điều kiện nào. Với tha tù trước thời hạn “có điều kiện”, người bị kết án không phải chấp hành hình phạt tù còn lại kèm theo các “điều kiện” nhất định “thay thế” việc tiếp tục chấp hành hình phạt tù. Trường hợp vi phạm “điều kiện” thì người được “tha tù” sẽ phải chấp hành hình phạt tù còn lại của bản án (mà họ chưa chấp hành).

Tha tù trước thời hạn có điều kiện là chế định thể hiện chính sách nhân đạo của Nhà nước. Tuy nhiên, “tha tù trước thời hạn” không phải là “tha bổng”, không phải là miễn chấp hành hình phạt tù còn lại, mà là “miễn chấp hành hình phạt tù còn lại có điều kiện”. Điều kiện đó là: người được tha tù trước thời hạn phải chịu thử thách cùng với việc thực hiện các nghĩa vụ cụ thể; trong thời gian thử thách không được cố ý vi phạm nghĩa vụ hai lần trở lên hoặc không bị xử phạt hành chính hai lần trở lên, hoặc không được phạm tội mới trong thời gian thử thách⁴. Nếu người đó cố ý vi phạm nghĩa vụ hai lần trở lên hoặc bị xử phạt vi phạm hành chính hai lần trở lên trong thời gian thử thách, thì Tòa án **có thể** hủy bỏ quyết định tha tù trước thời hạn có điều kiện và buộc họ phải chấp hành phần hình phạt tù còn lại chưa chấp hành. Trường hợp người được tha tù trước thời hạn có điều kiện phạm tội mới trong thời gian thử thách thì 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 Điều 56 BLHS 2015⁵. Như vậy, thay vì phải tiếp tục chấp hành hình phạt tù (còn lại), người đang phải chấp hành án

³ Xem thêm Điều 62 BLHS 2015. Đối với trường hợp, người bị kết án khi chấp hành được một phần hình phạt đồng thời thoả mãn điều kiện nhất định, Tòa án có thể quyết định miễn chấp hành phần hình phạt còn lại mà không kèm theo bất cứ điều kiện gì.

⁴ Khoản 3 Điều 66 BLHS 2015 quy định: “Người được tha tù trước thời hạn có điều kiện phải thực hiện các nghĩa vụ trong thời gian thử thách”.

⁵ Xem: Khoản 4 Điều 66 BLHS 2015.

phạt tù “được tha” - được tự do cải tạo với sự giúp đỡ của gia đình, của xã hội với thời gian thử thách bằng thời gian còn lại của hình phạt tù và phải thực hiện các nghĩa vụ trong thời gian thử thách.

2. Để chế định tha tù trước thời hạn có điều kiện phát huy được hiệu quả trong thực tiễn cũng như đảm bảo trật tự, an toàn xã hội, qua đó đề cao tính nhân đạo của chế định này cần làm rõ một số nội dung liên quan đến chế định, đó là:

- Về thời gian thử thách của người được tha tù trước thời hạn có điều kiện

Theo quy định tại khoản 3 Điều 66 BLHS 2015: “*Thời gian thử thách bằng thời gian còn lại của hình phạt tù*”. Câu hỏi đặt ra là, xuất phát từ cơ sở nào BLHS quy định thời gian thử thách bằng thời gian còn lại của hình phạt tù và việc quy định thời gian thử thách như vậy liệu có hợp lý khi chế định này được áp dụng đối với cả người bị phạt “*tù chung thân đã được giảm xuống tù có thời hạn*”⁶? Chế định án treo (Điều 65 BLHS 2015) quy định chỉ áp dụng đối với người bị “*phạt tù không quá 03 năm...*”, thời gian thử thách đối với án treo là “*từ 01 năm đến 05 năm*”, và theo hướng dẫn của Tòa án nhân dân tối cao thì thời gian thử thách thường phải “*bằng hai lần mức hình phạt tù*”⁷. So sánh với chế định án treo (về loại tội, điều kiện để xét cho hưởng án treo và tha tù trước thời hạn có điều kiện) có thể thấy, việc BLHS quy định thời gian thử thách của người được tha tù trước thời hạn có điều kiện như vậy là không hợp lý⁸. Tuy

nhiên, điều đó có thể chấp nhận được với quy định về giảm mức hình phạt đã tuyên (Điều 63 BLHS 2015)⁹, trường hợp này, người bị kết án phạt tù “*đã chấp hành được ít nhất là một phần hai mức thời hạn tù*”, “*đã được giảm thời hạn chấp hành hình phạt tù*”, “*đã chấp hành xong hình phạt bổ sung là hình phạt tiền, án phí và các nghĩa vụ bồi thường dân sự*”, và đáp ứng đầy đủ các điều kiện khác được quy định tại khoản 1 Điều 66 BLHS 2015¹⁰.

- Về điều kiện xét tha tù trước thời hạn (có điều kiện)

Theo quy định tại Điều 66 BLHS 2015, người đang chấp hành án phạt tù có thể được tha tù trước thời hạn khi có đủ các điều kiện sau:

a) *Phạm tội lần đầu*: Hiện có những quan điểm khác nhau như: “*phạm tội lần đầu là lần đầu bị đưa ra xét xử...*”; “*phạm tội lần đầu cũng là trường hợp lần đầu bị đưa ra xét xử hoặc tuy đã bị đưa ra xét xử nhiều lần, nhưng trước khi bị đưa ra xét xử lần này, nếu hành vi phạm tội trước đó đã được xoá án tích hoặc đã hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự thì vẫn được coi là phạm tội lần đầu*”; “*phạm tội lần đầu là trường hợp một người thực hiện một hoặc một số hành vi phạm tội nhưng chưa bị xử lý hoặc chưa bị xét xử lần nào, lần đưa ra xét xử này là lần đầu tiên*”; “*phạm tội lần đầu là từ trước tới nay chưa phạm tội lần nào... đã bị kết án chưa được xoá án hoặc đã được xoá án, hoặc đã hết thời hiệu truy*

trong trường hợp này có thể đến 15 năm. Thời gian thử thách dài như vậy, cơ quan có thẩm quyền sẽ rất khó trong việc đảm bảo giám sát chặt chẽ và giáo dục thường xuyên đối với người phạm tội.

⁹ Xem: Điều 63 BLHS 2015.

¹⁰ Đối với người dưới 18 tuổi đang chấp hành án phạt tù, các điều kiện này được quy định tại khoản 1 Điều 106 BLHS 2015.

⁶ Xem: Điểm e khoản 1 Điều 66 BLHS 2015.

⁷ Xem: Mục 6.4 Nghị quyết số 01/2007/NQ-HĐTP ngày 02/10/2007 của Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của BLHS.

⁸ Đặc biệt đối với trường hợp bị kết án phạt tù chung thân hoặc bị phạt tù 30 năm, thời gian thử thách đối với người được tha tù trước thời hạn có điều kiện

*cứu trách nhiệm hình sự thì lần phạm tội mới này vẫn không được coi là phạm tội lần đầu*¹¹. Theo Thông tư số 02/TTLN ngày 01/8/1986 của Bộ Nội vụ (nay là Bộ Công an), Bộ Tư pháp, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao về việc xoá án, thì trong số các tình tiết được hướng dẫn có tình tiết “*phạm tội mới*”. Theo đó “*tội mới phải được xác định bằng một bản án hình sự đã có hiệu lực pháp luật*”¹². Vì vậy, trường hợp “*phạm tội lần đầu*” được nói đến ở đây cũng phải hiểu là lần đầu bị xét xử và kết án về một tội nào đó. Sau khi chấp hành hình phạt tù được một thời gian nhất định và thoả mãn những điều kiện khác theo quy định của BLHS, thì người đang chấp hành án phạt tù có thể được Toà án xem xét, quyết định tha tù trước thời hạn có điều kiện.

b) Có nhiều tiến bộ, có ý thức cải tạo tốt: người đang chấp hành án phạt tù phải chấp hành đầy đủ nội quy, quy chế của trại giam, trại tạm giam; tích cực học tập, lao động; trong quá trình chấp hành hình phạt tù được xếp loại cải tạo từ loại khá trở lên...¹³.

c) Đã được giảm thời hạn chấp hành hình phạt tù đối với người bị kết án về tội phạm nghiêm trọng trở lên: Điều kiện này đòi hỏi người đang chấp hành án phạt tù đã chấp hành hình phạt tù được một thời gian nhất định và được xét giảm thời hạn chấp hành hình phạt tù từ một lần trở lên; đồng thời, người đang chấp hành án phạt tù phải là người bị kết án về tội phạm nghiêm trọng trở lên. Đối với những người đang chấp hành án phạt tù nhưng chỉ bị kết án về tội

phạm ít nghiêm trọng thì vấn đề tha tù trước thời hạn có điều kiện không được đặt ra.

d) Có nơi cư trú rõ ràng: Người đang chấp hành án phạt tù phải có nơi thường trú hoặc nơi tạm trú¹⁴, là chỗ ở hợp pháp mà người đó thường xuyên sinh sống, có địa chỉ rõ ràng, cụ thể. Điều này liên quan đến việc Toà án giao người được tha tù trước thời hạn cho cơ quan, tổ chức giám sát, giáo dục.

đ) Đã chấp hành xong hình phạt bổ sung là hình phạt tiền, án phí và các nghĩa vụ bồi thường dân sự: Điều này không chỉ thể hiện ý thức chấp hành bản án của người phạm tội mà còn thể hiện sự ăn năn, hối cải, sự tích cực khắc phục hậu quả của người phạm tội.

*e) Đã chấp hành được ít nhất là một phần hai mức thời hạn tù đối với hình phạt tù có thời hạn hoặc ít nhất 15 năm đối với tù chung thân đã được giảm xuống tù có thời hạn*¹⁵.

Trường hợp người phạm tội là thương binh, bệnh binh, thân nhân gia đình liệt sỹ, gia đình có công với cách mạng, người đủ 70 tuổi trở lên, người khuyết tật nặng hoặc khuyết tật đặc biệt nặng, phụ nữ đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi, thì thời gian đã chấp hành ít nhất là một phần ba hình phạt tù có thời hạn hoặc ít nhất 12 năm đối với tù chung thân đã được giảm xuống tù có thời hạn.

g) Không thuộc một trong các trường hợp phạm tội quy định tại khoản 2 Điều này: Đó là các trường hợp:

¹¹ Xem thêm: Đinh Văn Quế, *Về tình tiết giảm nhẹ “phạm tội lần đầu và thuộc trường hợp ít nghiêm trọng”*, tại địa chỉ: <http://phamlaw.com/ve-tinh-tiet-giam-nhe-pham-toi-lan-dau-va-thuoc-truong-hop-it-nghiem-trong.html>, truy cập ngày 15/5/2016.

¹² Xem thêm: Thông tư số 02/TTLN ngày 01/8/1986.

¹³ Xem thêm: Luật Đặc xá năm 2007.

¹⁴ Xem thêm: Điều 12 Luật Cư trú năm 2006.

¹⁵ Quy định này có sự bất hợp lý giữa trường hợp bị phạt tù chung thân và trường hợp bị phạt 30 năm tù. Theo quy định của Điều này thì mức tối thiểu của hình phạt mà người bị kết án tù chung thân và người bị kết án 30 năm tù phải chấp hành là tương đương nhau đều là 15 năm tù.

+ *Người bị kết án về tội xâm phạm an ninh quốc gia; tội khủng bố; tội phá hoại hòa bình, chống loài người và tội phạm chiến tranh hoặc người bị kết án từ 10 năm tù trở lên đối với tội cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm của con người; 07 năm tù trở lên đối với các tội cướp tài sản, bắt cóc nhằm chiếm đoạt tài sản và sản xuất trái phép, mua bán trái phép, chiếm đoạt chất ma túy.*

Đây là trường hợp người phạm tội thực hiện các tội phạm thể hiện tư tưởng chống đối hoặc bản chất hung hãn, tham lam, vụ lợi của người phạm tội. Việc tha tù sớm (trước thời hạn) khi họ chưa có đủ thời gian rèn luyện, chưa đủ thời gian để thay đổi thì có thể gây nguy hiểm cho xã hội.

+ *Người bị kết án tử hình được ân giảm hoặc thuộc trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 40 BLHS 2015¹⁶: Đây là những trường hợp người phạm tội đã một lần được hưởng chính sách nhân đạo. Điều này đảm bảo sự công bằng trong việc xử lý đối với người phạm tội.*

- *Về nghĩa vụ mà người được tha tù trước thời hạn có điều kiện phải thực hiện trong thời gian thử thách và hậu quả pháp lý của việc người đó vi phạm nghĩa vụ hoặc phạm tội mới*

Theo quy định tại khoản 3 Điều 66 BLHS 2015: “...Người được tha tù trước thời hạn có điều kiện phải thực hiện các

nghĩa vụ trong thời gian thử thách...”. Tuy nhiên, Điều 66 cũng như trong toàn bộ BLHS 2015 đều không có điều khoản nào quy định cụ thể “nghĩa vụ” của người được tha tù trước thời hạn phải thực hiện; trong khi đó, tại Điều 65 BLHS 2015 có quy định về án treo: “...Tòa án cho hưởng án treo và ấn định thời gian thử thách từ 01 năm đến 05 năm và thực hiện các nghĩa vụ trong thời gian thử thách theo quy định của Luật Thi hành án hình sự”¹⁷. Luật Thi hành án hình sự năm 2010, tại Điều 64 quy định về các nghĩa vụ trong thời gian thử thách của người được hưởng án treo mà không có quy định cho trường hợp được tha tù trước thời hạn có điều kiện. Vì vậy, để đảm bảo tính khả thi của chế định tha tù trước thời hạn có điều kiện, Luật Thi hành án hình sự năm 2010 cần sớm được sửa đổi, bổ sung quy định về nghĩa vụ người được tha tù trước thời hạn phải thực hiện trong thời gian thử thách. Nếu các nghĩa vụ của người được tha tù trước thời hạn có điều kiện tương tự các nghĩa vụ trong thời gian thử thách của người được hưởng án treo, thì Điều 66 BLHS 2015 cũng cần được bổ sung quy định mang tính chỉ dẫn là: “... người được tha tù trước thời hạn có điều kiện phải thực hiện các nghĩa vụ trong thời gian thử thách tương tự người được hưởng án treo và được quy định tại Điều 64 Luật Thi hành án hình sự”¹⁸.

¹⁷ Xem: Điều 64 Luật Thi hành án hình sự năm 2010.

¹⁸ Chúng tôi cho rằng, nghĩa vụ mà người được tha tù trước thời hạn có điều kiện phải thực hiện trong thời gian thử thách cũng tương tự nghĩa vụ người được hưởng án treo. Bởi vì, hai trường hợp này có nhiều điểm chung đó là người phạm tội đều được tự do cải tạo với sự giúp đỡ của gia đình và xã hội; chịu sự giám sát giáo dục của cơ quan có thẩm quyền; phải báo cáo định kỳ (03 tháng một lần) về quá trình cải tạo, giáo dục và việc thực hiện các nghĩa vụ... nên các nghĩa vụ đối với cả hai đối tượng này đều gồm

¹⁶ Khoản 3 Điều 40 BLHS 2015 quy định: “Không thi hành án tử hình đối với người bị kết án nếu thuộc một trong các trường hợp sau đây: a) Phụ nữ có thai hoặc phụ nữ đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi; b) Người đủ 75 tuổi trở lên; c) Người bị kết án tử hình về tội tham ô tài sản, tội nhận hối lộ mà sau khi bị kết án đã chủ động nộp lại ít nhất ba phần tư tài sản tham ô, nhận hối lộ và hợp tác tích cực với cơ quan chức năng trong việc phát hiện, điều tra, xử lý tội phạm hoặc lập công lớn”.

Về hậu quả pháp lý, theo quy định tại khoản 4 Điều 66 BLHS 2015: “*Người được tha tù trước thời hạn có điều kiện cố ý vi phạm nghĩa vụ 02 lần trở lên hoặc bị xử phạt vi phạm hành chính 02 lần trở lên trong thời gian thử thách, thì 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 chưa chấp hành.*”

Nếu người đó thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời gian thử thách thì 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”.

Như vậy, trong thời gian thử thách, người được tha tù trước thời hạn có điều kiện vi phạm nghĩa vụ có ba trường hợp sau:

- *Một là*, người được tha tù trước thời hạn có điều kiện cố ý vi phạm nghĩa vụ hai lần trở lên trong thời gian thử thách. Thực hiện các nghĩa vụ là yêu cầu bắt buộc đối với người được tha tù trước thời hạn có điều kiện, đồng thời qua đó thể hiện sự hối cải, khả năng tự cải tạo, tiến bộ của người phạm tội. Vì vậy, việc họ cố ý vi phạm nghĩa vụ hai lần trở lên như: không thực hiện nghĩa vụ công dân; không có mặt theo yêu cầu của Ủy ban nhân dân cấp xã được giao giám sát, giáo dục; không nộp bản tự nhận xét về việc chấp hành pháp luật cho người trực tiếp giám sát, giáo dục theo quy định... thể hiện

04 loại như quy định tại Điều 64 Luật Thi hành án hình sự năm 2010. Bên cạnh đó, nghĩa vụ của người bị áp dụng hình phạt cải tạo không giam giữ cũng có quy định giống như nghĩa vụ mà người được hưởng án treo phải thực hiện và chỉ có thêm nội dung là: “...*nộp phân thu nhập bị khấu trừ theo bản án của Tòa án*”, (Xem: Điều 75 Luật Thi hành án hình sự năm 2010).

ý thức cải tạo không tốt. Tùy trường hợp cụ thể 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 chưa chấp hành.

- *Hai là*, người được tha tù trước thời hạn có điều kiện bị xử phạt vi phạm hành chính hai lần trở lên trong thời gian thử thách¹⁹. Tương tự trường hợp trên, người được tha tù trước thời hạn có điều kiện phải chấp hành nghiêm chỉnh pháp luật. Nếu họ vi phạm pháp luật và bị xử phạt vi phạm hành chính hai lần trở lên trong thời gian thử thách, 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 chưa chấp hành còn lại.

- *Ba là*, người được tha tù trước thời hạn có điều kiện thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời gian thử thách thì 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 BLHS 2015). Tuy nhiên, “*tội mới*” trong trường hợp này cũng phải được xác định bằng một bản án hình sự đã có hiệu lực pháp luật”²⁰.

¹⁹ Theo quy định tại điểm e khoản 1 Điều 66 BLHS 2015, đối với trường hợp người bị kết án phạt tù chung thân hoặc bị phạt tù 30 năm, thì thời gian thử thách có thể đến 15 năm. Trong suốt 15 năm ấy, chỉ cần người được tha tù trước thời hạn cố ý vi phạm nghĩa vụ hai lần trở lên hoặc bị xử phạt vi phạm hành chính hai lần trở lên, thì *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 chưa chấp hành (khoản 4 Điều 66 BLHS 2015)*. Quy định này khó khả thi trong thực tiễn, đồng thời có thể gây bất lợi rất lớn đối với người bị kết án và được tha tù trước thời hạn có điều kiện.

²⁰ Xem thêm: Thông tư số 02/TTLN ngày 01/8/1986.

MỐI QUAN HỆ GIỮA TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ CỦA CÁ NHÂN VÀ PHÁP NHÂN THƯƠNG MẠI TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Quý Khuyển**

Tóm tắt: Bộ luật Hình sự năm 2015 lần đầu tiên quy định trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại, bên cạnh trách nhiệm hình sự của cá nhân. Thông qua phân tích các quan điểm khoa học và quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015, bài viết làm sáng tỏ cơ sở của việc truy cứu trách nhiệm hình sự song song giữa cá nhân và pháp nhân thương mại, mối quan hệ giữa trách nhiệm hình sự của cá nhân với trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại.

Abstract: The Penal Code of 2015 stipulate for the first time the criminal responsibility of commercial legal entities in addition to that of individuals. Basing on scientific views and stipulation of the Penal Code of 2015, this article clarifies grounds for parallel criminalization of individuals and commercial legal entities, relation between the criminal responsibility of individuals and of commercial legal entities.

1. Đối với các quốc gia trong Luật hình sự có quy định chế độ trách nhiệm hình sự (TNHS) của pháp nhân đều thừa nhận và áp dụng nguyên tắc, việc pháp nhân chịu TNHS không loại trừ TNHS của cá nhân¹. Nguyên tắc này còn gọi là nguyên tắc song trùng trách nhiệm² hoặc chế độ xử kép³. Khoản 2 Điều 75 Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 (BLHS) cũng quy định: “Việc pháp nhân thương mại chịu TNHS không loại trừ TNHS của cá nhân”. Điều đó cho thấy, BLHS áp dụng chế độ TNHS song song giữa cá nhân và pháp nhân thương mại, trong trường hợp pháp nhân thương

mại phải chịu TNHS. Vậy cơ sở nào để áp dụng chế độ TNHS song song giữa cá nhân và pháp nhân thương mại? Cho đến nay, do cách diễn đạt khái niệm “tội phạm” tại Điều 8 BLHS, có người cho rằng, BLHS quy định hai loại hành vi phạm tội (HVPT) là HVPT của cá nhân và HVPT của pháp nhân thương mại. Tuy nhiên, đa số đều nhận thức thống nhất rằng, chỉ có HVPT của cá nhân, mà không có HVPT của pháp nhân thương mại, vì hoạt động của pháp nhân phải được thể hiện thông qua hành vi của cá nhân. HVPT của cá nhân là cơ sở để truy cứu TNHS của cá nhân và TNHS của pháp nhân thương mại, nếu pháp nhân thương mại có quan hệ nhất định đối với HVPT của cá nhân⁴. Việc truy cứu TNHS của pháp nhân thương mại phải trên cơ sở HVPT do cá nhân thực hiện và mang tính chất bổ sung, mở rộng phạm vi chủ thể chịu TNHS bên

* ThS., Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

¹ Xem: Nguyễn Ngọc Hòa, *Trách nhiệm hình sự của chủ thể là tổ chức và vấn đề sửa đổi Bộ luật Hình sự Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 12, năm 2014, tr. 9.

² Xem: Đào Trí Úc, *Vấn đề trách nhiệm hình sự của pháp nhân trong Luật hình sự*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3, năm 2015, tr. 51.

³ Xem: Vương Lương Thuận, *Tội phạm do tổ chức thực hiện và trách nhiệm hình sự theo Luật hình sự Trung Quốc*, Tạp chí Luật học, số 7, năm 2014, tr.69.

⁴ Quan hệ đó được thể hiện trong khoản 2 Điều 2, khoản 2 Điều 75 và Điều 76 BLHS.

chính chủ thể TNHS là cá nhân. Như vậy, trong trường hợp pháp nhân thương mại phải chịu TNHS⁵ khi có HVPT do cá nhân thực hiện, sẽ làm phát sinh TNHS của hai chủ thể sau:

- *Thứ nhất*, cá nhân phải chịu TNHS do HVPT của mình gây ra. Kể cả trong trường hợp cá nhân thực hiện HVPT nhân danh pháp nhân thương mại, vì lợi ích của pháp nhân thương mại và thực hiện theo sự chỉ đạo của pháp nhân đó, thì cá nhân vẫn không được miễn TNHS, mà phải chịu TNHS do hành vi của mình thực hiện. Đây là chủ thể cơ bản phải chịu TNHS theo quan niệm truyền thống từ trước đến nay. Mặc dù có quy định về TNHS của pháp nhân, nhưng suy cho cùng, TNHS của cá nhân vẫn là cơ bản trong Luật hình sự⁶. Cá nhân là thành viên của pháp nhân hoặc người đại diện cho pháp nhân thực hiện HVPT thì trước tiên cá nhân đó phải chịu TNHS. Cơ sở TNHS của cá nhân chính là việc cá nhân đó đã thực hiện một hành vi bị coi là tội phạm theo quy định của BLHS.

- *Thứ hai*, pháp nhân thương mại phải chịu TNHS đối với HVPT do cá nhân (là thành viên của pháp nhân hoặc đại diện của pháp nhân đó) thực hiện, nếu pháp nhân thương mại có mối quan hệ nhất định đối với HVPT đó. Về lý thuyết, mối quan hệ đó được thể hiện thông qua ba trường hợp pháp nhân thương mại phải chịu TNHS sau đây:

a) Pháp nhân thương mại có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ pháp lý nhất định, nhưng cá nhân lại vi phạm đến mức bị coi là tội phạm. Nghĩa vụ pháp lý mà pháp nhân

thương mại phải thực hiện như nghĩa vụ đóng thuế hoặc nghĩa vụ bảo vệ môi trường... nhưng cá nhân đại diện cho pháp nhân đó không thực hiện và hành vi đó bị coi là tội phạm thì pháp nhân phải chịu TNHS. Trong trường hợp này, việc vi phạm nghĩa vụ được thực hiện thông qua hành vi của cá nhân cụ thể, nhưng đó là nghĩa vụ chính của pháp nhân nên pháp nhân phải chịu TNHS.

b) Pháp nhân thương mại phải chịu TNHS trong trường hợp cá nhân là thành viên hoặc người đại diện của pháp nhân thực hiện HVPT trong lĩnh vực công việc được phân công và việc để xảy ra HVPT này có lỗi của pháp nhân thương mại. Cơ sở TNHS của pháp nhân trong trường hợp này là tội phạm đã xảy ra trong lĩnh vực hoạt động của pháp nhân và pháp nhân đã có lỗi không thực hiện đầy đủ trách nhiệm phòng ngừa HVPT xảy ra.

c) Cá nhân thực hiện HVPT, nhưng thực hiện với danh nghĩa, vì lợi ích của pháp nhân và theo sự chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân. Đây chính là căn cứ mà BLHS truy cứu TNHS của pháp nhân thương mại. Theo quy định tại khoản 2 Điều 2 BLHS và khoản 1 Điều 75 BLHS, pháp nhân thương mại phải chịu TNHS khi thỏa mãn bốn dấu hiệu sau:

- HVPT được thực hiện nhân danh pháp nhân thương mại, tức hành vi đó được thực hiện bởi cá nhân là thành viên của pháp nhân (có thể là người đại diện theo pháp luật của pháp nhân như giám đốc doanh nghiệp hoặc thành viên khác được pháp nhân ủy quyền) hoặc cá nhân không phải là thành viên, nhưng được pháp nhân thương mại ký hợp đồng đại diện cho pháp nhân.

- HVPT được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân thương mại. Pháp nhân thương

⁵ Phạm vi các tội phạm mà pháp nhân thương mại phải chịu TNHS được quy định tại Điều 76 BLHS.

⁶ Xem: Nguyễn Ngọc Hòa, *Trách nhiệm hình sự của chủ thể là tổ chức và vấn đề sửa đổi Bộ luật Hình sự Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 12, năm 2014, tr. 9.

mại không phải chịu TNHS do bất kỳ hành vi nào của người đại diện thực hiện, mà chỉ những hành vi được thực hiện vì lợi ích của pháp nhân thương mại mới làm phát sinh TNHS của pháp nhân đó.

- HVPT được thực hiện có sự chỉ đạo điều hành hoặc chấp thuận của pháp nhân thương mại. Dấu hiệu này được hiểu là pháp nhân, cơ quan lãnh đạo của pháp nhân đã có văn bản, lời nói chỉ đạo cá nhân thực hiện HVPT hoặc mặc dù không có văn bản, lời nói chỉ đạo, nhưng có hành vi ngầm chấp thuận việc cá nhân thực hiện HVPT.

- Chưa hết thời hiệu truy cứu TNHS theo quy định.

BLHS Việt Nam về cơ bản đã sử dụng học thuyết đồng nhất hóa trách nhiệm để xác định TNHS của pháp nhân⁷. Theo đó, TNHS của pháp nhân được xác định thông qua hành vi và lỗi của người đại diện pháp nhân. Các yếu tố khách quan và chủ quan để truy cứu TNHS của pháp nhân đều được đảm bảo. Yếu tố khách quan là HVPT được thực hiện nhân danh pháp nhân và vì lợi ích của pháp nhân. Yếu tố chủ quan là lý trí và ý chí của cá nhân phù hợp với ý chí của pháp nhân, thể hiện qua việc pháp nhân chỉ đạo, điều hành hoặc chấp thuận cho cá nhân thực hiện HVPT.

Như vậy, trong trường hợp pháp nhân thương mại phải chịu TNHS, có mối quan hệ chặt chẽ giữa HVPT của cá nhân với TNHS của cá nhân và TNHS của pháp nhân thương mại. Chính điều đó là cơ sở tạo nên mối quan hệ giữa TNHS của cá nhân và TNHS của pháp nhân thương mại và cũng là cơ sở để truy cứu TNHS cả cá nhân và pháp nhân thương mại về một HVPT do cá

nhân thực hiện. Hơn nữa, việc xử phạt kép như trên là yêu cầu bắt buộc phải đặt ra trong đấu tranh phòng, chống tội phạm, đảm bảo không để lọt tội phạm, cá nhân không đầy trách nhiệm cho tổ chức.

2. Trong trường hợp pháp nhân thương mại phải chịu TNHS khi có HVPT của cá nhân sẽ làm phát sinh đồng thời TNHS của cá nhân và TNHS của pháp nhân đó. Vậy mối quan hệ giữa TNHS của cá nhân và TNHS của pháp nhân thương mại được thể hiện như thế nào trong BLHS? Qua việc phân tích các quy định trong phần chung của BLHS và một số tội cụ thể sẽ cho thấy rõ mối quan hệ này.

Có thể khẳng định, TNHS của cá nhân và TNHS của pháp nhân thương mại xuất hiện đồng thời, song song tồn tại, có mối quan hệ chặt chẽ với nhau, tuy nhiên có sự độc lập tương đối. Trong BLHS, mặc dù có chế định quyết định hình phạt riêng cho cá nhân và pháp nhân, nhưng nội dung điều luật và kỹ thuật lập pháp lại cho thấy, TNHS của cá nhân và TNHS của pháp nhân thương mại có quan hệ chặt chẽ với nhau. Điều đó được thể hiện qua các điểm sau:

Thứ nhất, pháp nhân thương mại và cá nhân đều cùng chịu TNHS về một tội danh theo quy định của BLHS. Đối với trường hợp phạm tội chưa đạt theo quy định tại Điều 15 BLHS, người phạm tội và pháp nhân thương mại cùng phải chịu TNHS về tội phạm chưa đạt đó. Pháp nhân thương mại không thể có HVPT độc lập, mà phải được thể hiện thông qua HVPT của cá nhân. Điều đó cũng sẽ dẫn đến hệ quả là, TNHS của pháp nhân thương mại phụ thuộc vào TNHS của cá nhân thực hiện HVPT. Cá nhân phải chịu TNHS về tội danh nào thì pháp nhân thương mại phải chịu TNHS về tội danh đó; hơn nữa, HVPT của cá nhân

⁷ Xem: Trần Văn Độ, *Các học thuyết về cơ sở trách nhiệm hình sự của pháp nhân*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6, năm 2011.

được thực hiện đến giai đoạn nào thì cá nhân phải chịu TNHS ở giai đoạn đó và pháp nhân thương mại cũng phải chịu TNHS tương ứng.

Điều đó cũng sẽ dẫn đến một hệ quả khác là, trong trường hợp cá nhân được miễn TNHS theo quy định tại Điều 16 (Tự ý nửa chừng chấm dứt việc phạm tội) và Điều 29 (Căn cứ miễn TNHS), thì pháp nhân thương mại cũng không phải chịu TNHS.

Kỹ thuật lập pháp trong BLHS cũng thể hiện nội dung này. Trong các điều luật có quy định TNHS của pháp nhân, phần đầu của điều luật là quy định TNHS của cá nhân, phần cuối là quy định về TNHS của pháp nhân.

Thứ hai, trong việc định khung tăng nặng, nguyên tắc chung là cá nhân phải chịu TNHS theo khung tăng nặng nào thì pháp nhân thương mại phải chịu TNHS theo khung tăng nặng tương ứng. Trong các điều luật có quy định TNHS của pháp nhân thương mại, điều luật có bao nhiêu khung tăng nặng thì pháp nhân thương mại cũng có bấy nhiêu khung xử phạt, cộng thêm một khung riêng đặc thù của pháp nhân thương mại quy định tại Điều 79 BLHS. Ví dụ: Điều 188 Tội buôn lậu có 1 khung cơ bản và 3 khung tăng nặng dành cho cá nhân, thì đối với pháp nhân thương mại cũng có 1 khung cơ bản và 3 khung xử lý tương ứng và cộng theo khung riêng quy định tại Điều 79 BLHS.

Đối với các dấu hiệu định khung tăng nặng dựa vào giá trị tài sản, đối tượng phạm tội, thời gian, địa điểm cụ thể có sự thống nhất chung giữa cá nhân và pháp nhân thì việc định khung tương ứng với nhau. Cá nhân phải chịu TNHS ở khung nào thì pháp nhân thương mại phải chịu TNHS ở khung đó. Ví dụ: cá nhân bị truy cứu TNHS theo

quy định tại điểm c, d, đ khoản 2 Điều 188 BLHS, thì pháp nhân sẽ bị truy cứu theo quy định tại điểm b khoản 6 Điều 188 BLHS.

Tuy nhiên, đối với các dấu hiệu định khung tăng nặng liên quan đến yếu tố nhân thân mang tính lịch sử của cá nhân và pháp nhân thương mại có sự khác nhau. Ví dụ: các dấu hiệu định khung tăng nặng tại điểm b, h, i khoản 2 Điều 188 sẽ không áp dụng chung cho cả pháp nhân thương mại và cá nhân. Một cá nhân nào đó trước khi vào làm việc cho pháp nhân có thể đã từng phạm tội, khi vào làm việc cho pháp nhân thương mại, cá nhân đó lại phạm tội và pháp nhân thương mại phải chịu TNHS. Khi đó, đối với cá nhân (do đã phạm tội trước đó) có thể thuộc trường hợp phạm tội 2 lần trở lên hoặc thuộc trường hợp tái phạm, tái phạm nguy hiểm... Nhưng đối với pháp nhân thương mại có thể đây là lần đầu vi phạm. Ngược lại, pháp nhân thương mại có thể đã phạm tội nhiều lần, còn cá nhân là lần đầu.

Khi trường hợp này xảy ra sẽ có 2 hướng giải quyết khác nhau:

a) Theo đúng nguyên tắc cá nhân phải chịu TNHS theo khoản nào thì pháp nhân thương mại sẽ phải chịu TNHS theo mức xử lý tương ứng.

b) Các dấu hiệu định khung tăng nặng liên quan đến yếu tố nhân thân mang tính lịch sử của cá nhân trước đó chỉ áp dụng đối với cá nhân, không ảnh hưởng đến pháp nhân thương mại và ngược lại. Do đó, cá nhân và pháp nhân thương mại sẽ áp dụng các khung tăng nặng khác nhau.

Đây là điều mà cơ quan có thẩm quyền cần có hướng dẫn cụ thể để áp dụng BLHS được thống nhất. Tuy nhiên, để đảm bảo công bằng, nên giải quyết theo hướng thứ hai, công nhận sự khác biệt về các dấu hiệu

nhân thân mang tính lịch sử của cá nhân và pháp nhân thương mại, từ đó sẽ có việc định khung tăng nặng khác nhau cho cá nhân và pháp nhân thương mại.

Thứ ba, các tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng TNHS của cá nhân và pháp nhân thương mại độc lập với nhau và được quy định riêng ở các điều luật khác nhau nhằm mục đích phân hóa TNHS đối với từng đối tượng. Các tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng TNHS đối với cá nhân quy định tại Điều 51, 52 BLHS chỉ áp dụng đối với cá nhân. Các tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng TNHS của pháp nhân được quy định tại Điều 84, 85 BLHS chỉ áp dụng đối với pháp nhân.

3. Như vậy, theo quy định của BLHS, TNHS của cá nhân và TNHS của pháp nhân thương mại đều có cơ sở từ HVPT của cá nhân và những mối liên quan giữa

pháp nhân với HVPT. Do vậy, khi tội phạm xảy ra, cả cá nhân và pháp nhân thương mại đều phải chịu TNHS. TNHS của hai loại chủ thể này có mối quan hệ chặt chẽ với nhau, tuy nhiên có sự độc lập nhất định. Cá nhân phải chịu TNHS theo tội danh nào, thì pháp nhân phải chịu TNHS theo tội danh đó; không có TNHS của cá nhân thì cũng không có TNHS của pháp nhân. Đối với các dấu hiệu định khung tăng nặng, có thể áp dụng chung cho pháp nhân thương mại và cá nhân; riêng đối với các dấu hiệu mang tính lịch sử nhân thân của cá nhân và pháp nhân thương mại thì áp dụng riêng cho từng chủ thể. Về các tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng TNHS đối với pháp nhân thương mại và cá nhân áp dụng riêng cho từng chủ thể theo quy định của BLHS.

(Tiếp theo trang 15 – Bất cập trong các quy định ...)

định này nhằm hạn chế tình trạng các chủ thể bị cưỡng chế “viện cớ” các tài sản bị cưỡng chế dùng vào mục đích thờ cúng để không bị kê biên.

Bốn là, pháp luật nên có quy định “không công nhận các giao dịch như cầm cố, thế chấp của chủ thể bị cưỡng chế sau khi có quyết định xử phạt vi phạm hành chính để đảm bảo thi hành hiệu quả các quyết định này”. Sửa đổi trên góp phần nâng cao ý thức chấp hành pháp luật của

người dân, buộc người phải thi quyết định cưỡng chế chấp hành quyết định khi họ có tài sản, nếu họ cố tình cầm cố, thế chấp khi đã có quyết định xử phạt thì tài sản đó vẫn bị kê biên. Đối với những người nhận cầm cố, thế chấp tài sản, họ sẽ phải cảnh giác hơn trong các giao dịch của mình, phải tìm hiểu rõ đối tác trước khi thực hiện việc cầm cố, thế chấp. Như vậy, quy định trên còn có ý nghĩa lành mạnh hóa các giao dịch dân sự.

QUYẾT ĐỊNH HÌNH PHẠT ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI PHẠM TỘI THEO BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

*Mai Thị Thủy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, đồng thời cho thấy những điểm mới trong các quy định của Bộ luật Hình sự năm 2015 về vấn đề này.

Abstract: This article analyses regulations on deciding sanctions for offenders under 18 years old under the Penal Code of 2015. With respect to this aspect, it also points out some relevant new issues in the Penal Code of 2015.

Xuất phát từ đặc thù tâm lý lứa tuổi cũng như nguyên tắc nhân đạo trong pháp luật hình sự, Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 đã dành riêng Chương XII để quy định về vấn đề trách nhiệm hình sự (TNHS) đối với người dưới 18 tuổi phạm tội¹ trên cơ sở nguyên tắc: “Việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội phải bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi và chủ yếu nhằm mục đích giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh, trở thành công dân có ích cho xã hội”².

Các quy định trong Chương XII BLHS năm 2015 (từ Điều 90 đến Điều 107 BLHS) đã có những quy định đặc thù áp dụng riêng cho người dưới 18 tuổi phạm tội theo hướng khoan hồng hơn, nhân đạo hơn so với người đủ 18 tuổi trở lên. Trong trường hợp Chương XII không có quy định riêng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội thì người dưới 18 tuổi phạm tội sẽ bị áp dụng những quy định chung như người đủ 18 tuổi trở

lên, nếu không trái với quy định của Chương XII³.

1. Các hình phạt không được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội

- Không xử phạt tù chung thân hoặc tử hình đối với người dưới 18 tuổi phạm tội⁴:

Xuất phát từ nguyên tắc việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội nhằm mục đích giáo dục, cũng như yêu cầu của nguyên tắc nhân đạo, pháp luật hình sự không cho phép áp dụng những hình phạt đặc biệt nghiêm khắc mang nặng tính trừng trị như tù chung thân, tử hình. Quy định về việc không áp dụng hình phạt tù chung thân, tử hình đối với người dưới 18 tuổi phạm tội không những phù hợp với các nguyên tắc của pháp luật hình sự, mà còn phù hợp với quy định của các công ước quốc tế về quyền trẻ em cũng như xu hướng quốc tế hiện nay.

- Không áp dụng hình phạt bổ sung đối với người dưới 18 tuổi phạm tội⁵:

Hình phạt bổ sung là loại hình phạt không được tuyên độc lập mà chỉ được tuyên kèm với hình phạt chính. Đối với một trường hợp phạm tội cụ thể, có thể không áp

* ThS., Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh.

¹ BLHS năm 1999 sử dụng thuật ngữ “Người chưa thành niên phạm tội” để chỉ người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội thì đến BLHS năm 2015 quy định trực tiếp là “Người dưới 18 tuổi phạm tội” để chỉ người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội.

² Khoản 1 Điều 91 BLHS năm 2015.

³ Điều 90 BLHS năm 2015.

⁴ Khoản 5 Điều 91 BLHS năm 2015.

⁵ Khoản 6 Điều 91 BLHS năm 2015.

dụng, áp dụng một hoặc nhiều hình phạt bổ sung đối với người phạm tội. Hệ thống các hình phạt bổ sung áp dụng đối với người phạm tội được quy định tại khoản 2 Điều 32 BLHS năm 2015. Việc quy định và áp dụng hình phạt bổ sung là nhằm thực hiện chức năng hỗ trợ cho hình phạt chính, là cơ sở pháp lý để giúp cho việc cụ thể hóa hình phạt được chính xác cũng như đảm bảo cho việc xử lý người phạm tội được triệt để, đạt được mục đích của hình phạt. Tuy nhiên, với đặc thù tâm lý lứa tuổi của người dưới 18 tuổi phạm tội, việc áp dụng hình phạt bổ sung không những không đạt được mục đích của hình phạt mà còn ảnh hưởng xấu đến quá trình cải tạo, giáo dục cũng như tái hòa nhập cộng đồng của họ. Do đó, quy định không áp dụng hình phạt bổ sung đối với người dưới 18 tuổi phạm tội là phù hợp.

2. Các hình phạt áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội

Khoản 4 Điều 91 BLHS năm 2015 quy định khi xét xử, Tòa án chỉ áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nếu xét thấy việc miễn TNHS và áp dụng một trong các biện pháp giám sát, giáo dục trong trường hợp được miễn TNHS hoặc việc áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng không đảm bảo hiệu quả giáo dục, phòng ngừa. Các hình phạt được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội được quy định tại Điều 98 BLHS năm 2015. Theo đó, người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ bị áp dụng một trong các hình phạt sau đây đối với mỗi tội phạm:

a) Hình phạt cảnh cáo

Chương XII BLHS năm 2015 không có quy định riêng về hình phạt cảnh cáo đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Do đó, người dưới 18 tuổi phạm tội được áp dụng như người đủ 18 tuổi trở lên theo quy định

tại Điều 34: “*Cảnh cáo được áp dụng đối với người phạm tội ít nghiêm trọng và có nhiều tình tiết giảm nhẹ, nhưng chưa đến mức miễn hình phạt*”. Theo tác giả, quy định này của BLHS năm 2015 về việc áp dụng hình phạt cảnh cáo không phân biệt lứa tuổi là hợp lý, vì cảnh cáo là hình phạt nhằm vào tinh thần đối với người bị kết án mà không gây thiệt hại về tài sản hoặc hạn chế tự do thân thể của người phạm tội.

Ngoài ra, do quy định về tuổi chịu TNHS trong BLHS năm 2015 khác với BLHS năm 1999 cho nên theo Điều 12 BLHS năm 2015⁶, hình phạt cảnh cáo không những được áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội mà còn được áp dụng đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi trong các trường hợp luật định mà không phụ thuộc vào loại tội phạm đã thực hiện. Đây chính là điểm mới của BLHS năm 2015 so với quy định của BLHS năm 1999 về quyết định hình phạt cảnh cáo đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

b) Hình phạt tiền

Điều 99 BLHS năm 2015 vẫn giữ nguyên quy định về việc áp dụng hình phạt tiền đối với người dưới 18 tuổi phạm tội như quy định của BLHS năm 1999. Phạt tiền là hình phạt chính áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội có những đặc thù sau đây:

+ Thứ nhất, về điều kiện áp dụng: để áp dụng phạt tiền là hình phạt chính đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, ngoài các điều kiện quy định tại khoản 1 Điều 35 BLHS⁷

⁶ Xem Điều 12 BLHS năm 2015 về tuổi chịu TNHS.

⁷ Khoản 1 Điều 35 BLHS năm 2015 quy định:

1. Phạt tiền được áp dụng là hình phạt chính đối với các trường hợp sau đây: a) Người phạm tội ít nghiêm trọng, phạm tội nghiêm trọng do Bộ luật này quy định; b) Người phạm tội rất nghiêm trọng xâm phạm

như người đủ 18 tuổi trở lên còn có thêm 02 điều kiện là: người phạm tội phải trong độ tuổi từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi và phải có thu nhập hoặc tài sản riêng. Quy định như vậy là hợp lý, bởi hầu hết người dưới 18 tuổi đang trong độ tuổi ăn học, chưa tham gia lao động hoặc có tham gia lao động nhưng thu nhập không đáng kể và sống phụ thuộc vào gia đình.

+ Thứ hai, về mức phạt tiền: Điều 99 BLHS năm 2015 quy định: “*Mức phạt tiền đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội không quá một phần hai mức phạt tiền mà điều luật quy định*”. Như vậy, có thể hiểu mức phạt tiền được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo quy định tại Điều 99 là từ 1 triệu đồng đến 2,5 tỷ đồng⁸.

c) *Hình phạt cải tạo không giam giữ (CTKGG)*

Hình phạt CTKGG áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội được quy định tại Điều 100 BLHS năm 2015. So với người đủ 18 tuổi trở lên, việc áp dụng CTKGG là hình phạt chính đối với người dưới 18 tuổi phạm tội có những đặc thù sau:

+ Thứ nhất, về điều kiện áp dụng: Ngoài hai điều kiện đang có nơi làm việc ổn định hoặc nơi cư trú rõ ràng và không cần thiết phải cách ly người phạm tội ra khỏi xã hội quy định tại Điều 35 BLHS năm 2015, việc áp dụng hình phạt CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm tội được mở rộng hơn. Đây là một quy định mới của BLHS

năm 2015⁹. Theo đó, Điều 100 BLHS năm 2015 chia ra hai nhóm tuổi như sau¹⁰:

- Đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi thì loại tội phạm mà họ phạm phải là tội ít nghiêm trọng, tội nghiêm trọng hoặc tội rất nghiêm trọng nhưng với lỗi vô ý.

- Đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi thì loại tội phạm mà họ phạm phải là tội rất nghiêm trọng với lỗi cố ý.

+ Thứ hai, tương tự như quy định tại Điều 73 BLHS năm 1999, khi áp dụng hình phạt CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm tội thì không được khấu trừ thu nhập của họ. Quy định này là hợp lý để vừa bảo đảm được quyền của người dưới 18 tuổi phạm tội vừa đảm bảo khả năng thi hành hình phạt trên thực tế¹¹.

+ Thứ ba, tương tự như quy định tại Điều 73 BLHS năm 1999, khoản 2 Điều 100 BLHS năm 2015 quy định: “*Thời hạn CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm tội không quá một phần hai thời hạn mà điều luật quy định*”. Theo đó, có thể hiểu thời hạn CTKGG được áp dụng đối với người phạm tội dưới 18 tuổi quy định tại Điều 100 BLHS là từ 6 tháng đến 1 năm 6 tháng.

Có thể thấy, theo quy định tại Điều 100 BLHS năm 2015, CTKGG không chỉ áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội mà còn với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội trong các trường hợp luật định. Đây là điểm mới của BLHS năm 2015 so với BLHS năm 1999 về

trật tự quản lý kinh tế, môi trường, trật tự công cộng, an toàn công cộng và một số tội phạm khác do Bộ luật này quy định...

⁸ Theo quy định của BLHS năm 2015, hình phạt tiền là hình phạt chính đối với người phạm tội có mức tối thiểu là 1 triệu đồng và mức tối đa là 5 tỷ đồng.

⁹ Điều 73 BLHS năm 1999 không quy định điều kiện áp dụng hình phạt CTKGG đối với người chưa thành niên phạm tội mà quy định về việc không khấu trừ thu nhập và thời hạn CTKGG.

¹⁰ Khoản 1 Điều 100 BLHS năm 2015.

¹¹ Khoản 2 Điều 100 BLHS năm 2015.

áp dụng hình phạt CTKGG đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

d) Hình phạt tù có thời hạn

Theo quy định của BLHS năm 2015, tù có thời hạn là loại hình phạt nặng nhất được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Với tính chất nghiêm khắc của hình phạt tù có thời hạn, khoản 6 Điều 91 BLHS năm 2015 lần đầu tiên ghi nhận nguyên tắc: *“Tòa án chỉ áp dụng hình phạt tù có thời hạn đối với người dưới 18 tuổi phạm tội khi xét thấy các hình phạt và biện pháp giáo dục khác không có tác dụng răn đe, phòng ngừa”*. Nguyên tắc này ưu tiên áp dụng các loại hình phạt chính không tước tự do đối với người dưới 18 tuổi phạm tội như cảnh cáo, phạt tiền, CTKGG và các biện pháp giáo dục khác và chỉ áp dụng hình phạt tù có thời hạn khi các hình phạt và biện pháp giáo dục khác không có tác dụng răn đe, phòng ngừa. Mặt khác, tương tự như BLHS năm 1999, khoản 6 Điều 91 BLHS năm 2015 quy định: *“Khi xử phạt tù có thời hạn, Tòa án cho người dưới 18 tuổi phạm tội được hưởng mức án nhẹ hơn mức án áp dụng đối với người đủ 18 tuổi trở lên phạm tội tương ứng và với thời hạn thích hợp ngắn nhất”*. Điều 101 BLHS năm 2015 quy định về việc áp dụng hình phạt tù có thời hạn đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, trong đó chỉ quy định mức hình phạt áp dụng tùy theo từng lứa tuổi mà không quy định về điều kiện áp dụng cũng như mức tối thiểu của hình phạt tù có thời hạn. Do đó, tương tự như người đủ 18 tuổi trở lên, hình phạt tù có thời hạn áp dụng với người dưới 18 tuổi ở bất kỳ loại tội phạm nào, trừ người lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng do vô ý và có nơi cư trú rõ ràng với mức tối thiểu là 3

tháng¹². Cụ thể, Điều 101 BLHS năm 2015 quy định mức phạt tù được phân hóa với hai nhóm tuổi khác nhau như sau:

+ Đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi khi phạm tội, đối với tội danh áp dụng hình phạt tù chung thân hoặc tử hình, thì mức hình phạt cao nhất bị áp dụng không quá 18 năm tù; nếu là tù có thời hạn thì mức hình phạt cao nhất bị áp dụng không quá ba phần tư mức phạt tù mà điều luật quy định;

+ Đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi khi phạm tội, đối với tội danh áp dụng hình phạt tù chung thân hoặc tử hình, thì mức hình phạt cao nhất bị áp dụng không quá 12 năm tù; nếu là tù có thời hạn thì mức hình phạt cao nhất bị áp dụng không quá một phần hai mức phạt tù mà điều luật quy định.

Nghiên cứu quy định về các hình phạt không được áp dụng và được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nhận thấy, BLHS năm 2015 vẫn còn hạn chế tương tự như BLHS năm 1999. Cụ thể, theo Điều 91 BLHS năm 2015, hình phạt trục xuất có thể được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, nhưng theo Điều 98 thì hình phạt trục xuất lại không được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Vì vậy, tác giả cho rằng, cần có sự hướng dẫn cụ thể, thống nhất về vấn đề này để có thể bảo vệ tốt hơn quyền của người dưới 18 tuổi phạm tội là người nước ngoài.

3. Quyết định hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong trường hợp chuẩn bị phạm tội, phạm tội chưa đạt

Đây là quy định mới của BLHS năm 2015 so với BLHS năm 1999. Theo đó,

¹² Điều 38 BLHS năm 2015.

BLHS năm 1999 chỉ quy định quyết định hình phạt đối với trường hợp chuẩn bị phạm tội và phạm tội chưa đạt nói chung tại Điều 52 mà không có quy định cụ thể đối với người chưa thành niên phạm tội. Điều 102 BLHS năm 2015 đã có sự phân hóa khi quy định TNHS của người dưới 18 tuổi phạm tội trong trường hợp chuẩn bị phạm tội (khoản 2) và phạm tội chưa đạt (khoản 3) cũng như theo từng nhóm tuổi cụ thể:

- Đối với giai đoạn chuẩn bị phạm tội¹³:

+ Mức hình phạt cao nhất đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi chuẩn bị phạm tội không quá một phần ba mức hình phạt được quy định trong khung hình phạt đối với hành vi chuẩn bị phạm tội trong điều luật được áp dụng.

+ Mức hình phạt cao nhất đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi chuẩn bị phạm tội không quá một phần hai mức hình phạt được quy định trong khung hình phạt đối với hành vi chuẩn bị phạm tội trong điều luật được áp dụng.

- Đối với giai đoạn phạm tội chưa đạt¹⁴:

+ Mức hình phạt cao nhất áp dụng đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội chưa đạt không quá một phần ba mức hình phạt quy định tại Điều 100 và Điều 101 của Bộ luật này.

+ Mức hình phạt cao nhất áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt không quá một phần hai mức hình phạt quy định tại các Điều 99, 100 và 101 của Bộ luật này.

Quy định tại khoản 3 Điều 102 BLHS năm 2015 về TNHS của người dưới 18 tuổi phạm tội chưa đạt có thể dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau về cách tính mức hình phạt được áp dụng. Do đó, quy định này cần được hướng dẫn cụ thể.

4. Tổng hợp hình phạt trong trường hợp phạm nhiều tội

Nếu Điều 75 BLHS năm 1999 chỉ quy định về tổng hợp hình phạt trong trường hợp phạm nhiều tội, trong đó có tội được thực hiện trước khi đủ 18 tuổi, có tội được thực hiện sau khi đủ 18 tuổi mà không có sự phân hóa theo từng nhóm tuổi, thì Điều 103 BLHS năm 2015 đã khắc phục được những bất cập này khi quy định rất cụ thể về tổng hợp hình phạt trong trường hợp phạm nhiều tội đối với người dưới 18 tuổi phạm tội với những nội dung như sau:

- Thứ nhất, khoản 1 Điều 103 BLHS năm 2015 quy định mức hình phạt tối đa đối với từng loại hình phạt sau khi đã tổng hợp. Theo đó, nếu hình phạt chung là CTKGG thì mức hình phạt cao nhất được áp dụng không quá 3 năm. Nếu hình phạt chung là tù có thời hạn thì mức hình phạt cao nhất được áp dụng không được vượt quá 18 năm đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi khi phạm tội và 12 năm đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi khi phạm tội. Có thể thấy, khoản 1 Điều 103 BLHS năm 2015 không quy định mức tối đa đối với hình phạt tiền. Do đó, có thể hiểu giống như người đủ 18 tuổi trở lên, nếu người dưới 18 tuổi bị phạt tiền thì không tổng hợp với các loại hình phạt khác, các khoản tiền phạt được cộng lại thành hình phạt chung mà không bị khống chế mức tối đa¹⁵.

¹³ BLHS năm 2015 quy định người dưới 18 tuổi chuẩn bị phạm tội chỉ phải chịu TNHS đối với một số tội phạm quy định tại Điều 14.

¹⁴ Quy định của BLHS năm 2015 về phạm tội chưa đạt giống với quy định của BLHS năm 1999, theo đó, người phạm tội chưa đạt phải chịu TNHS về tội phạm chưa đạt: Xem Điều 15 BLHS năm 2015.

¹⁵ Điểm d khoản 1 Điều 55 BLHS năm 2015.

- Thứ hai, khoản 2 Điều 103 BLHS năm 2015 quy định về tổng hợp hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm nhiều tội, trong đó có tội được thực hiện trước khi đủ 16 tuổi, có tội được thực hiện sau khi đủ 16 tuổi, thì việc tổng hợp hình phạt áp dụng như sau:

+ Nếu mức hình phạt đã tuyên đối với tội được thực hiện trước khi người đó đủ 16 tuổi nặng hơn hoặc bằng mức hình phạt đã tuyên đối với tội được thực hiện sau khi đủ 16 tuổi thì hình phạt chung không vượt quá mức hình phạt cao nhất đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi, tức là không vượt quá 3 năm đối với hình phạt chung là CTKGG và không vượt quá 12 năm đối với hình phạt chung là tù có thời hạn.

+ Nếu mức hình phạt đã tuyên đối với tội được thực hiện sau khi người đó đủ 16 tuổi nặng hơn mức hình phạt đã tuyên đối với tội được thực hiện trước khi đủ 16 tuổi thì hình phạt chung không vượt quá mức hình phạt cao nhất đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi, tức là không vượt quá 3 năm đối với hình phạt chung là CTKGG và không vượt quá 18 năm đối với hình phạt chung là tù có thời hạn.

- Thứ ba, khoản 3 Điều 103 BLHS năm 2015 quy định về tổng hợp hình phạt đối với người phạm nhiều tội, có tội được thực hiện trước khi đủ 18 tuổi, có tội được thực hiện sau khi đủ 18 tuổi, thì việc tổng hợp hình phạt áp dụng như sau:

+ Nếu mức hình phạt Tòa án tuyên đối với tội được thực hiện khi người đó chưa đủ 18 tuổi nặng hơn hoặc bằng mức hình phạt áp dụng đối với tội được thực hiện khi người đó đã đủ 18 tuổi, thì hình phạt chung không được vượt quá mức hình phạt cao nhất quy định tại khoản 1 Điều này.

+ Nếu mức hình phạt Tòa án tuyên đối với tội được thực hiện khi người đó đã đủ 18 tuổi nặng hơn mức hình phạt áp dụng đối với tội thực hiện khi người đó chưa đủ 18 tuổi thì hình phạt chung áp dụng như đối với người đủ 18 tuổi trở lên phạm tội.

Như vậy, nếu Điều 75 BLHS năm 1999 dựa vào tội nặng nhất¹⁶ được thực hiện để xác định mức hình phạt tối đa khi tổng hợp thì Điều 103 BLHS năm 2015 dựa vào mức hình phạt do Tòa án tuyên để xác định.

5. Tổng hợp hình phạt của nhiều bản án

Đây cũng là một quy định mới của BLHS năm 2015 so với BLHS năm 1999. Theo đó, Điều 104 BLHS năm 2015 quy định việc tổng hợp hình phạt trong trường hợp người dưới 18 tuổi phạm tội 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 giống như người từ đủ 18 tuổi trở lên theo quy định tại Điều 55 và Điều 56 của Bộ luật này¹⁷. Đồng thời, Điều 104 BLHS năm 2015 quy định hình phạt chung sau khi được tổng hợp không được vượt quá 3 năm đối với CTKGG, không được vượt quá 18 năm tù đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi khi phạm tội và không vượt quá 12 năm tù đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi khi phạm tội.

¹⁶ Nghị quyết số 04/2004/NQ-HĐTP ngày 5/11/2004 của Hội đồng thẩm phán, Tòa án nhân dân tối cao.

¹⁷ Điều 55 Quyết định hình phạt trong trường hợp phạm nhiều tội; Điều 56 Tổng hợp hình phạt của nhiều bản án.

THAM NHŨNG TRONG CÔNG ƯỚC CHỐNG TỘI PHẠM CÓ TỔ CHỨC XUYÊN QUỐC GIA VÀ VẤN ĐỀ HOÀN THIỆN BỘ LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM

*Bùi Đình Tiến**

Tóm tắt: Bài viết phân tích các dấu hiệu của tội phạm tham nhũng trong khu vực công được quy định tại Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia của Liên hợp quốc và yêu cầu đối với các quốc gia thành viên trong việc hình sự hóa hành vi tham nhũng. Đồng thời, đánh giá sự tương đồng trong các quy định của Bộ luật Hình sự Việt Nam; từ đó, đưa ra đề xuất cho việc tiếp tục hoàn thiện các quy định của Bộ luật Hình sự về vấn đề này.

Abstract: This article analyses factors of corruption crimes in public sector under the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and its requirement for its member to criminalize corruption conduct. It also evaluates the harmonization of regulations under Vietnam's Penal Code. It then makes proposals to improve those regulations.

1. Tham nhũng trong Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Tham nhũng đã tồn tại từ lâu và gắn liền với từng nhà nước, từng thể chế chính trị. Liên hợp quốc nhận định rằng, hiện nay, tham nhũng không những không giảm mà ngày càng phát triển theo chiều hướng phức tạp, với những thủ đoạn tinh vi hơn, đe dọa sự ổn định, phát triển của mỗi quốc gia cũng như của cả cộng đồng quốc tế. Hiểm họa trên đặt ra cho mỗi quốc gia cũng như cộng đồng quốc tế phải có những biện pháp đối phó, xử lý hiệu quả. Vì vậy, Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia đã được 123 quốc gia trong đó có Việt Nam và Liên minh châu Âu ký kết tại Palermo, Italia từ ngày 12 đến 15/12/2000¹. Trong đó, yêu cầu việc hình sự hóa hành vi tham

những được quy định tại Điều 8 Công ước như sau:

“1. Mỗi quốc gia thành viên sẽ ban hành pháp luật và các biện pháp cần thiết khác để coi các hành vi sau là tội phạm khi chúng được thực hiện một cách cố ý:

(a) Hứa hẹn, đề nghị hay đưa đến một cách trực tiếp hay gián tiếp cho viên chức nhà nước một mối lợi không chính đáng cho người đó hay người hoặc thực thể khác để viên chức đó hành động hoặc không hành động trong khi thực hiện các nhiệm vụ chính thức của mình;

(b) Đòi hỏi hoặc chấp nhận một cách trực tiếp hay gián tiếp của viên chức nhà nước đối với một mối lợi không chính đáng dành cho người đó hay người hoặc thực thể khác để viên chức đó hành động hoặc không hành động trong khi thực hiện các nhiệm vụ chính thức của mình.

2. Mỗi quốc gia thành viên sẽ xem xét ban hành pháp luật và các biện pháp cần

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

¹ Công ước có hiệu lực từ ngày 29/9/2003, Việt Nam phê chuẩn Công ước ngày 08/6/2012.

thiết khác để xác định trách nhiệm hình sự đối với việc thực hiện những hành vi được quy định tại khoản 1 Điều này có liên quan đến một viên chức nhà nước nước ngoài hoặc một viên chức dân sự quốc tế. Tương tự, mỗi quốc gia thành viên sẽ xem xét việc quy định trách nhiệm hình sự đối với những hình thức tham nhũng khác.

3. Mỗi quốc gia thành viên cũng sẽ ban hành những biện pháp cần thiết nêu trên để coi là tội phạm đối với sự tham gia với tư cách là đồng phạm trong việc thực hiện một hành vi phạm tội được quy định tại Điều này.

4. Theo quy định tại khoản 1 Điều này và tại Điều 9, “viên chức nhà nước” là một viên chức nhà nước hoặc một người thực hiện công vụ được quy định theo nội luật và được áp dụng trong luật hình sự của quốc gia thành viên mà tại đó người được nói đến thực hiện chức năng này”².

Dưới góc độ lý luận tội phạm và cấu thành tội phạm đối với các hành vi quy định tại Điều 8 Công ước có thể khái quát một số dấu hiệu của tội phạm tham nhũng như sau:

- Về khách thể: theo quy định của Công ước, hành vi tham nhũng của công chức hoặc những chủ thể khác trong khu vực công trước hết xâm hại đến hoạt động đúng đắn của các cơ quan nhà nước, các tổ chức quốc tế, công chức nhà nước, công chức nước ngoài và công chức của các tổ chức quốc tế; hành vi tham nhũng còn xâm hại đến quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, ảnh hưởng gián tiếp đến quan hệ đối ngoại của các quốc gia, các tổ chức quốc tế.

- Về phương diện khách quan: hành vi tham nhũng được biểu hiện dưới các dạng

cụ thể: (1) Hành vi đưa, hứa hoặc đề nghị đưa lợi ích không chính đáng cho công chức; (2) Hành vi của công chức trực tiếp hay gián tiếp đòi hoặc chấp nhận một lợi ích không chính đáng; hành vi của những người đồng phạm trong việc thực hiện một hoặc cả hai hành vi (1) và (2) nêu trên.

Mỗi lợi ích không chính đáng chưa được Công ước giải thích nhưng có thể hiểu đó là lợi ích bất hợp pháp tồn tại dưới dạng vật chất như tiền, tài sản... hoặc lợi ích phi vật chất như đề bạt lên vị trí cao hơn, khen thưởng...

- Về phương diện chủ quan: tất cả những hành vi nêu trên đều được thực hiện với lỗi cố ý, được quy định trong các khoản 1, 2, 3 Điều 8. Mục đích thực hiện hành vi của chủ thể nhằm đạt được lợi ích vật chất hoặc lợi ích tinh thần (trực tiếp hoặc gián tiếp). Động cơ thực hiện hành vi phạm tội là vụ lợi.

- Về chủ thể: chủ thể của hành vi tham nhũng được đề cập tại Điều 8 có thể là chủ thể thường (khoản 1 (a)) hoặc chủ thể đặc biệt (khoản 1(b), khoản 2). Chủ thể đặc biệt được nêu rõ là những “*công chức*”, “*công chức nhà nước nước ngoài hoặc một công chức dân sự quốc tế*”.

2. Tham nhũng theo quy định của Bộ luật Hình sự Việt Nam

Tội phạm tham nhũng trong Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) quy định tại Chương Các tội phạm về chức vụ, Mục A - Các tội phạm về tham nhũng bao gồm các hành vi: tham ô tài sản; nhận hối lộ; lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản; lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ; lạm quyền trong khi thi hành công vụ; lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi; giả mạo trong công

² Nguyễn Trường Giang, Nguyễn Ngọc Anh (2005), Công ước của Liên hợp quốc về chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia và các Nghị định thư bổ sung, Nxb. Công an nhân dân, tr. 232-233.

tác. Có thể nhận thấy, một số hành vi theo quy định của Luật Phòng, chống tham nhũng là hành vi tham nhũng, nhưng không nằm trong nhóm các tội phạm về tham nhũng của BLHS như: đưa hối lộ, môi giới hối lộ được thực hiện bởi người có chức vụ, quyền hạn để giải quyết công việc của cơ quan, tổ chức, đơn vị hoặc địa phương vì vụ lợi...

Có thể khái quát dấu hiệu pháp lý của các tội phạm về tham nhũng trong BLHS năm 1999 như sau:

- Về khách thể: các tội phạm đều xâm hại hoạt động đúng đắn của cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội, xâm hại quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức.

- Về mặt khách quan: hành vi phạm tội rất đa dạng: từ tham ô tài sản, nhận hối lộ... đến lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi. Hành vi phạm tội luôn được thực hiện dưới hình thức hành động.

- Về mặt chủ quan: phần lớn các tội phạm đều được thực hiện với lỗi cố ý; động cơ vụ lợi hoặc động cơ cá nhân khác.

- Về chủ thể: đa số các tội phạm được thực hiện bởi chủ thể đặc biệt là người có chức vụ, quyền hạn.

BLHS năm 2015 kế thừa những điểm hợp lý trong các quy định của BLHS năm 1999 về các tội phạm tham nhũng, đồng thời bổ sung một số nội dung sau:

- Về “lợi ích” trong tội nhận hối lộ và đưa hối lộ, môi giới hối lộ không chỉ là lợi ích vật chất quy được bằng tiền như trong BLHS năm 1999 mà còn bao gồm cả lợi ích phi vật chất như được khen tặng, đề bạt lên vị trí cao hơn trong công tác... (điểm b, khoản 1 các Điều 354, 364, 365).

- Lợi ích trong tội đưa hối lộ có thể đưa đến cho bản thân người nhận hoặc cho người khác như vợ, con, bạn bè của người

nhận hoặc tổ chức khác như tổ chức mà người nhận là thành viên hoặc có mối quan hệ khác... Người đưa hối lộ có thể đưa cho người có chức vụ, quyền hạn hoặc đưa cho người khác, tổ chức khác (khoản 1 các Điều 354, 364).

- Hành vi đưa hối lộ đã được mở rộng gồm cả dạng “sẽ đưa” cho người có chức vụ, quyền hạn hoặc người khác hoặc tổ chức khác để người có chức vụ, quyền hạn làm hoặc không làm một việc theo yêu cầu của người đưa (khoản 1 Điều 364).

- Chủ thể của tội nhận hối lộ không chỉ trong phạm vi công chức thuộc các cơ quan nhà nước, tổ chức xã hội của Việt Nam mà còn bổ sung “người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước” (khoản 6 Điều 354). Theo đó, hành vi đưa hối lộ không chỉ đưa cho người có chức vụ, quyền hạn trong lĩnh vực công của Việt Nam mà còn bao hàm cả “công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công, người có chức vụ trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước” (khoản 6 Điều 364, 365).

3. Đánh giá quy định của Bộ luật Hình sự Việt Nam với yêu cầu hình sự hóa hành vi tham nhũng của Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia

Đối chiếu các quy định của BLHS Việt Nam với yêu cầu của Công ước trong việc tội phạm hóa hành vi tham nhũng có thể nhận thấy:

Các quy định của BLHS Việt Nam về cơ bản đã đảm bảo yêu cầu của Công ước về tội phạm hóa hành vi tham nhũng trong khu vực công. Như đã phân tích, về phương diện các yếu tố cấu thành tội phạm, quan niệm về hành vi tham nhũng trong Công ước và trong BLHS Việt Nam cơ bản có sự tương đồng. Điều 8 Công ước yêu cầu các quốc gia thành

viên phải quy định hành vi hối lộ (đưa hối lộ, nhận hối lộ, đồng phạm của tội đưa và nhận hối lộ) là tội phạm. Theo đó, Chương XXIII BLHS năm 2015 quy định về các tội nhận hối lộ (Điều 354) tại Mục 1 - Các tội phạm về tham nhũng, và tội đưa hối lộ (Điều 364); tội môi giới hối lộ (Điều 365) tại Mục 2 - Các tội phạm khác về chức vụ.

Quy định về “lợi ích” đã được BLHS năm 2015 mở rộng ra “lợi ích phi vật chất”, cơ bản phù hợp với “mối lợi không chính đáng” tại Điều 8 Công ước; hành vi đưa hối lộ trong BLHS năm 2015 bao gồm cả dạng “đã đưa” và “sẽ đưa”, về cơ bản phù hợp với quy định Công ước.

Tuy nhiên, quy định của BLHS Việt Nam so với quy định của Công ước còn có một số điểm khác biệt.

Thứ nhất, về nội hàm của khái niệm hành vi tham nhũng

BLHS Việt Nam coi hành vi tham nhũng bao gồm nhiều hành vi như: Tham ô tài sản; nhận hối lộ; lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản; lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ; lạm quyền trong khi thi hành công vụ; lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi; giả mạo trong công tác. Điều 8 Công ước quy định hành vi tham nhũng chỉ liên quan đến hành vi hối lộ (đưa hối lộ, nhận hối lộ và hành vi đồng phạm của việc đưa và nhận hối lộ). Ở khía cạnh này, hành vi tham nhũng trong BLHS Việt Nam rộng hơn so với hành vi tham nhũng trong Công ước.

Ngoài ra, trong khi Công ước quy định cả hành vi đưa hối lộ, nhận hối lộ và hành vi đồng phạm của việc đưa và nhận hối lộ đều là hành vi tham nhũng, thì BLHS Việt Nam chỉ quy định hành vi nhận hối lộ là hành vi tham nhũng; hành vi đưa hối lộ và môi giới

hối lộ được xếp vào nhóm “các tội phạm khác về chức vụ”.

Thứ hai, quy định về hành vi nhận hối lộ. Điều 8(1)(b) Công ước quy định hành vi nhận hối lộ là hành vi “đòi hỏi hoặc chấp nhận” một mối lợi không chính đáng của công chức. Trong khi đó, Điều 279 BLHS năm 1999 (Điều 354 BLHS năm 2015) quy định là hành vi “nhận hoặc sẽ nhận” tài sản của công chức, chỉ phù hợp với hành vi “chấp nhận” trong Công ước. Như vậy, hành vi “đòi hỏi” một mối lợi không chính đáng của công chức được Công ước quy định là hành vi phạm tội nhận hối lộ thì BLHS Việt Nam chưa coi đây là hành vi khách quan của tội này.

Thứ ba, hành vi khách quan “đã đưa hoặc sẽ đưa” trong tội đưa hối lộ (Điều 364, BLHS năm 2015) hẹp hơn và chưa chuẩn xác bằng hành vi “hứa hẹn, đề nghị hay đưa đến” quy định tại Điều 8(1)(a) Công ước. “Đã đưa” nghĩa là hành vi đó phải được thực hiện xong, trong khi “đưa đến” có thể đã được thực hiện hoặc đang được thực hiện. “Sẽ đưa” là hành vi được thực hiện trong tương lai, nếu việc “sẽ đưa” mới thể hiện trong suy nghĩ mà chưa được biểu hiện ra bằng hành vi cụ thể như chuẩn bị tiền, lập kế hoạch... thì không thể xử lý hình sự, vì tội phạm phải biểu hiện bằng hành vi phạm tội là nguyên tắc cơ bản của BLHS. Hơn nữa, hành vi “sẽ đưa” được xem như là chuẩn bị phạm tội cũng không thể bị xử lý, vì Điều 14 BLHS 2015 không đặt ra trách nhiệm hình sự đối với hành vi chuẩn bị phạm tội của tội đưa hối lộ. Trong khi đó, “hứa hẹn” hoặc “đề nghị” vừa thể hiện việc sẽ đưa trong tương lai nhưng chỉ được hiểu đó là hành vi mà không phải là ý định phạm tội. Đề nghị đưa thể hiện thái độ chủ động của người đưa và bao hàm cả trường hợp người nhận có chấp thuận hay

không thì hành vi này vẫn bị xử lý hình sự. Trong khi “sẽ đưa” thông thường phải được hiểu là giữa người đưa và người nhận phải có sự thỏa thuận, nghĩa là người nhận đã chấp thuận³.

Thứ tư, “mối lợi không chính đáng” quy định trong Công ước có nội hàm bao quát hơn “lợi ích” trong BLHS Việt Nam. Theo quy định tại các điều 354, 364 và 365 BLHS năm 2015 thì “lợi ích” chỉ bao gồm lợi ích vật chất quy được bằng tiền và lợi ích phi vật chất. Tuy nhiên, trong thực tiễn có lợi ích vật chất không quy được bằng tiền nhưng có giá trị như mô, bộ phận cơ thể người, được sử dụng cho mục đích chữa bệnh, nghiên cứu khoa học⁴. Vậy nếu các đối tượng hứa sẽ đưa và nhận mô, bộ phận cơ thể người để làm hoặc không làm một việc nhất định như mô tả của tội nhận hối lộ, tội đưa hối lộ trong BLHS năm 2015 thì sẽ không thể xử lý được.

Thứ năm, Điều 8(2) Công ước quy định hành vi đưa và nhận hối lộ liên quan đến công chức nước ngoài, viên chức của các tổ chức dân sự quốc tế là tội phạm. Trong khi đó, BLHS Việt Nam năm 2015 chưa quy định thống nhất về vấn đề này. Cụ thể, khoản 6 Điều 354 BLHS năm 2015 quy định: “Người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước mà nhận hối lộ, thì bị xử lý theo quy định tại Điều này”; khoản 6 Điều 364 quy định: “Người nào đưa hoặc sẽ đưa hối lộ cho công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công, người có chức vụ trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước cũng bị xử lý theo quy định tại Điều này”; khoản 7 Điều 365 quy định: “Người nào

môi giới hối lộ trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước cũng bị xử lý theo quy định tại Điều này”. Quy định của ba điều luật trên đặt ra vấn đề: nếu công chức nước ngoài, công chức của các tổ chức quốc tế, viên chức của các tổ chức dân sự quốc tế nhận hối lộ, và người môi giới hối lộ trong trường hợp người nhận hối lộ là ba loại nói trên thì họ có bị xử lý hình sự về tội nhận hối lộ, tội môi giới hối lộ theo quy định của BLHS Việt Nam không? Cũng theo các quy định đó, người đưa hối lộ cho công chức nêu trên sẽ bị xử lý hình sự về tội đưa hối lộ; tuy nhiên, người đưa hối lộ cho viên chức của các tổ chức dân sự quốc tế lại không được BLHS điều chỉnh. Như vậy, quy định của BLHS năm 2015 còn thể hiện sự thiếu thống nhất nội tại trong cùng một văn bản pháp lý.

Thứ sáu, về định lượng giá trị tối thiểu của lợi ích vật chất để truy cứu trách nhiệm hình sự. Công ước chỉ quy định nghĩa vụ của các quốc gia thành viên phải tội phạm hóa hành vi tham nhũng trong lĩnh vực công mà không quy định giá trị tối thiểu của lợi ích vật chất là dấu hiệu định tội. Trong khi đó, BLHS năm 2015 của Việt Nam quy định “lợi ích không chính đáng” mà công chức nhận là lợi ích vật chất có giá trị từ 2 triệu đồng trở lên hoặc dưới 2 triệu đồng nhưng kèm theo những điều kiện khác, hoặc lợi ích phi vật chất (các điều 354, 364 và 365).

4. Một số định hướng hoàn thiện Bộ luật Hình sự Việt Nam

Từ những phân tích trên, tác giả cho rằng, cần tiếp tục hoàn thiện một số nội dung sau đây của BLHS năm 2015:

- Về Điều 354 - Tội nhận hối lộ: cần bổ sung tại khoản 1 cụm từ “đòi hỏi”, cụm từ “lợi ích vật chất khác”; thay cụm từ “lợi ích không chính đáng” vào cụm từ “bất kỳ lợi ích nào”; bổ sung tại khoản 6 cụm từ

³ Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh, Bản án số 29/01/2011 ngày 27/01/2011.

⁴ Luật Hiến, lấy, ghép mô, bộ phận cơ thể người và hiến, lấy xác.

“công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công”.

Như đã phân tích ở trên, khoản 1 Điều 354 mới đề cập hành vi “nhận hoặc sẽ nhận” chỉ phù hợp với hành vi “chấp nhận” được quy định tại Điều 8(1)(b) của Công ước. Như vậy, hành vi “đòi hỏi” trong Công ước còn đang bị bỏ ngỏ. Nếu so sánh hành vi “sẽ nhận” với hành vi “đòi hỏi” theo cùng một lợi ích thì hành vi “đòi hỏi” vẫn thể hiện tính nguy hiểm cao hơn. “Đòi hỏi” thể hiện thái độ chủ động của người phạm tội với động cơ, mục đích phạm tội rất rõ ràng, còn hành vi “sẽ nhận” trong nhiều trường hợp thể hiện thái độ bị động của người nhận trước đề nghị của người đưa. Đối với cụm từ “bất kì lợi ích nào”, tác giả cho rằng, về nghĩa pháp lý cụm từ này không chính xác, vì bất kì lợi ích nào ở đây có thể là lợi ích hợp pháp và lợi ích bất hợp pháp⁵. Ngoài ra, một số lợi ích vật chất khác không thể quy đổi bằng tiền nhưng có thể được sử dụng để đưa, nhận và môi giới hối lộ. Nếu BLHS không quy định có thể là khoảng trống cho các đối tượng lách luật mưu cầu lợi ích cá nhân và làm mất ý nghĩa nhân văn của Luật Hiến, lấy, ghép mô, bộ phận cơ thể người và hiến, lấy xác. Điều 354 cần bổ sung chủ thể của tội phạm là “công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công” để phù hợp với quy định tại Điều 8 Công ước cũng như đảm bảo tính thống nhất với quy định tại khoản 6 Điều 364 BLHS 2015.

- Về Điều 364 - Tội đưa hối lộ: tại khoản 1, cần thay cụm từ “đã đưa hoặc sẽ

đưa” thành “hứa hẹn, đề nghị hay đưa đến”; thay cụm từ “bất kì lợi ích nào” bằng “lợi ích không chính đáng” và bổ sung cụm từ “lợi ích vật chất khác”.

Ngoài những nội dung được phân tích ở trên, tác giả cho rằng một số lý do sau cũng là cơ sở cho việc thay đổi cụm từ “đã đưa hoặc sẽ đưa” thành “hứa hẹn, đề nghị hay đưa đến”. Đó là, nếu hiểu nguyên nghĩa quy định của khoản 1 Điều 364 thì người “đang đưa” hối lộ sẽ không phạm tội này. Như vậy, về phương diện tố tụng, nếu bắt quả tang một người đang đưa hối lộ thì họ có bị xử lý hình sự hay không? Thực tiễn, hành vi phạm tội quả tang mặc nhiên bị xử lý hình sự⁶, nhưng về kỹ thuật lập pháp quy định như vậy là chưa chặt chẽ. Ngoài ra, tác giả cũng đồng ý với quan điểm cho rằng, “Một người không thể bị ràng buộc trách nhiệm hình sự về ý định mà họ được dự đoán hoặc phỏng đoán là sẽ thực hiện trong tương lai”⁷.

- Về Điều 365 - Tội môi giới hối lộ: tại khoản 1 cần thay cụm từ “của hối lộ” thành “lợi ích không chính đáng”; bổ sung cụm từ “lợi ích vật chất khác” vào cuối khoản 1; khoản 7 cần bổ sung cụm từ “công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công”.

Tác giả cho rằng, cụm từ “của hối lộ” được diễn giải bằng lợi ích vật chất và lợi ích phi vật chất là không hợp lý. Theo đó, của hối lộ chỉ bao gồm các lợi ích vật chất mà không thể cả lợi ích phi vật chất. Hơn nữa, cũng để đảm bảo thống nhất giữa các quy định của BLHS về các tội nhận hối lộ, đưa hối lộ và môi giới hối lộ thì việc thay

⁵ Vũ Thị Thúy (2015), Kiến nghị hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự Việt Nam trong việc nội luật hóa quy định của Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia về tội phạm hóa hành vi tham nhũng trong lĩnh vực công, tr. 38.

⁶ Xem: Tòa án nhân dân TP. Hồ Chí Minh, Bản án số 29/01/2011 ngày 27/01/2011.

⁷ Vũ Thị Thúy (2015), Kiến nghị hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự Việt Nam trong việc nội luật hóa quy định của Công ước chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia về tội phạm hóa hành vi tham nhũng trong lĩnh vực công, tr. 37.

đổi cụm từ “của hối lộ” thành cụm từ “lợi ích không chính đáng” là cần thiết. Việc bổ sung cụm từ “lợi ích vật chất khác” và cụm từ “*công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công*” đã được lý giải cho việc hoàn thiện tội nhận hối lộ.

- Về việc ban hành văn bản hướng dẫn giải thích cụm từ “lợi ích vật chất khác”. Việc bổ sung cụm từ “lợi ích vật chất khác” là cần thiết nhằm khắc phục lỗ hổng trong quy định về tội đưa, nhận hối lộ và môi giới hối lộ. Để thống nhất trong nhận thức, Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Bộ Tư pháp cần có văn bản giải thích cụm từ “lợi ích vật chất khác”. Trong đó, *lợi ích vật chất khác cần được hiểu là mô, bộ phận cơ thể người như gan, thận... theo Luật Hiến, lấy, ghép mô, bộ phận cơ thể người và hiến, lấy xác.*

Với những lập luận trên, theo tác giả, một số điều luật của BLHS năm 2015 cần sửa đổi, bổ sung như sau:

Điều 354. Tội nhận hối lộ

1. Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn trực tiếp hoặc qua trung gian nhận hoặc sẽ nhận bất kỳ lợi ích **không chính đáng** nào sau đây cho chính bản thân người đó hoặc cho người hoặc tổ chức khác để làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm:

a) Tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất trị giá từ 2.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng hoặc dưới 2.000.000 đồng nhưng đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này mà còn vi phạm hoặc đã bị kết án về một trong các tội quy định tại Mục 1 Chương này, chưa được xóa án tích mà còn vi phạm; **hoặc lợi ích vật chất khác.**

b) Lợi ích phi vật chất.

(Các khoản 2, 3, 4, 5 giữ nguyên)

6. Người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài Nhà nước, **công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công** mà nhận hối lộ, thì bị xử lý theo quy định tại Điều này.

Điều 364. Tội đưa hối lộ

1. Người nào **hứa hẹn, đề nghị hay đưa đến một cách trực tiếp hay gián tiếp** cho người có chức vụ, quyền hạn hoặc người khác hoặc tổ chức khác bất kỳ lợi ích **không chính đáng** nào sau đây để người có chức vụ, quyền hạn làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ, thì bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm:

a) Tiền, tài sản, lợi ích vật chất trị giá từ 2.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng; **lợi ích vật chất khác.**

b) Lợi ích phi vật chất.

(Các khoản 2, 3, 4, 5, 6, 7 giữ nguyên)

Điều 365. Tội môi giới hối lộ

1. Người nào môi giới hối lộ mà **lợi ích không chính đáng** thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tiền từ 20.000.000 đồng đến dưới 200.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm:

a) Tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất trị giá từ 2.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng; **lợi ích vật chất khác;**

b) Lợi ích phi vật chất.

(Các khoản 2, 3, 4, 5, 6 giữ nguyên)

7. Người nào môi giới hối lộ trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài Nhà nước **hoặc môi giới hối lộ cho công chức nước ngoài, công chức của tổ chức quốc tế công** cũng bị xử lý theo quy định tại Điều này.

CÁC YẾU TỐ CẤU THÀNH TỘI PHẠM CỦA CÁC TỘI HỐI LỘ TRONG CÔNG ƯỚC CỦA LIÊN HỢP QUỐC VỀ CHỐNG THAM NHŨNG NĂM 2003 VÀ SỰ GHI NHẬN TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM NĂM 2015

Nguyễn Thị Bình*
Nguyễn Huyền Ly**

Tóm tắt: Trên cơ sở quy định của Công ước quốc tế về chống tham nhũng đối với các tội phạm hối lộ, tác giả phân tích, bình luận và so sánh với các yếu tố cấu thành tội phạm của các tội phạm hối lộ được quy định trong Bộ luật Hình sự Việt Nam, từ đó làm cơ sở cho việc hoàn thiện pháp luật nhằm đấu tranh phòng, chống các tội phạm hối lộ hiệu quả.

Abstract: Basing on the provisions of bribery crimes of the United Nations Convention against Corruption, this article analyses, evaluates and compares them with factors of bribery crimes under the Penal Code of Vietnam. It then makes proposals to improve relevant law and regulation preventing and fighting against bribery crimes in Vietnam.

Xuất phát từ quan điểm và nhận thức về phạm vi hoạt động của các tội phạm tham nhũng không chỉ trong khu vực công mà còn có cả trong khu vực tư, nên hành vi tham nhũng được quy định trong Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng năm 2003 (gọi tắt là Công ước) rất đa dạng.

Đối với các hành vi tham nhũng trong khu vực công, Công ước quy định việc hình sự hoá hành vi tham nhũng theo hai nhóm: *nhóm thứ nhất*, là những hành vi tham nhũng mà các quốc gia thành viên có nghĩa vụ hình sự hoá bắt buộc; *nhóm thứ hai*, là những hành vi được khuyến nghị hình sự hoá. Trong đó, các hành vi tham nhũng các quốc gia có nghĩa vụ phải hình sự hoá được quy định tại Điều 15, 16 và 17 bao gồm: Hối lộ công chức quốc gia; hối lộ công chức

nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công; tham ô, biển thủ hoặc các dạng chiếm đoạt tài sản khác. Các hành vi tham nhũng được khuyến nghị hình sự hoá bao gồm: Hành vi nhận hối lộ của công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công (khoản 2 Điều 16); lợi dụng ảnh hưởng để trục lợi (Điều 18); lạm dụng chức vụ (Điều 19).

Trong khu vực tư, tham nhũng gồm có hành vi hối lộ (Điều 21) và hành vi biển thủ tài sản (Điều 22). Đối với các hành vi tham nhũng trong khu vực tư, Công ước chỉ khuyến nghị nên hình sự hoá mà không bắt buộc các quốc gia phải có nghĩa vụ.

Ở Việt Nam, tội phạm tham nhũng xảy ra ngày càng nghiêm trọng cả về số lượng lẫn mức độ. Để công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm tham nhũng nói chung và tội phạm hối lộ nói riêng hiệu quả, việc mô tả chính xác các dấu hiệu của hành vi phạm

* , ** ThS., Trường Đại học Luật - Đại học Huế.

tội, đồng thời đánh giá mức độ tương thích của các quy định trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 với Công ước về tội phạm này là cần thiết.

1. Các yếu tố cấu thành tội phạm của tội phạm hối lộ quy định trong Công ước về chống tham nhũng của Liên hợp quốc

1.1 Về chủ thể của tội phạm

Căn cứ quy định tại Điều 15 và 16 Công ước, chủ thể của các tội hối lộ bao gồm người đưa hối lộ và người nhận hối lộ; ngoài ra, còn có thể là pháp nhân hoặc các đồng phạm khác. Đặc biệt, do nhìn nhận các tội phạm tham nhũng nói chung và tội phạm hối lộ nói riêng không chỉ xảy ra trong khu vực công mà còn cả ở khu vực tư, nên chủ thể thực hiện hành vi nhận hối lộ không chỉ là công chức quốc gia - những người làm công ăn lương hay được trả công bằng ngân sách nhà nước, mà còn có thể là công chức nước ngoài và công chức của một tổ chức quốc tế.

Tại các điểm a, b, c Điều 2 của Công ước đưa ra các khái niệm về chủ thể của tội phạm hối lộ như sau: “(a) “*Công chức*” có nghĩa là: (i) Bất kỳ người nào giữ chức vụ về lập pháp, hành pháp hoặc tư pháp của một quốc gia thành viên do được bầu hay bổ nhiệm, làm việc không thời hạn hoặc có thời hạn, được trả lương hay không được trả lương, bất kể cấp bậc của người đó; (ii) Bất kỳ người nào thực hiện chức năng nhà nước, kể cả cho cơ quan hay doanh nghiệp nhà nước, hoặc cung cấp một dịch vụ công, theo quy định trong pháp luật quốc gia của quốc gia thành viên và được áp dụng trong lĩnh vực pháp luật liên quan của quốc gia thành viên đó; (iii) Bất kỳ người nào được định nghĩa là “*công chức*” trong pháp luật quốc gia. Tuy nhiên, đối với một số biện pháp cụ thể quy định trong Chương II của

Công ước này, “công chức” có thể là bất kỳ người nào thực hiện chức năng nhà nước hay cung cấp một dịch vụ công như được định nghĩa trong pháp luật quốc gia của quốc gia thành viên và được áp dụng trong lĩnh vực pháp luật liên quan của quốc gia thành viên đó.

(b) “*Công chức nước ngoài*” có nghĩa là bất kỳ người nào giữ một chức vụ về lập pháp, hành pháp, hành chính hay tư pháp của một quốc gia nước ngoài, bất kể do bầu hay được bổ nhiệm; và bất kỳ người nào thực hiện một chức năng nhà nước cho một quốc gia nước ngoài, kể cả cho cơ quan hay doanh nghiệp nhà nước.

(c) “*Công chức của tổ chức quốc tế công*” có nghĩa là công chức dân sự quốc tế hoặc bất kỳ người nào khác được một tổ chức quốc tế như vậy uỷ quyền hoạt động nhân danh tổ chức đó”.

1.2. Về khách thể của tội phạm

Công ước quy định, các hành vi tham nhũng nói chung và tội phạm hối lộ nói riêng trong lĩnh vực công đều xâm hại đến hoạt động đúng đắn của cơ quan, tổ chức được pháp luật bảo vệ, làm thất thoát nghiêm trọng ngân sách nhà nước; trong khu vực tư là sự phát triển bình thường của các quan hệ kinh tế và xã hội.

1.3. Về mặt khách quan của tội phạm

Do tính chất và mức độ nguy hiểm của hành vi hối lộ ở mức độ cao, nên chỉ cần thực hiện hành vi thì đã bị coi là tội phạm. Vì vậy, cấu thành tội phạm của các tội phạm hối lộ hầu hết không quy định dấu hiệu hậu quả, và cũng không coi giá trị định lượng tài sản làm căn cứ truy cứu trách nhiệm. Trong mặt khách quan của các tội phạm này dành để mô tả về các hành vi khách quan của tội phạm.

Các hành vi khách quan của tội phạm hối lộ được quy định khác nhau về phạm vi hoạt động. Đối với các tội phạm hối lộ trong khu vực công được quy định như sau:

Thứ nhất, về hành vi đưa hối lộ: có sự phân biệt giữa hành vi đưa hối lộ ở trong khu vực công và khu vực tư.

Hành vi đưa hối lộ trong khu vực công được quy định tại điểm a Điều 15: “Hứa hẹn, chào mời hay cho, trực tiếp hay gián tiếp công chức bất kỳ một lợi ích không chính đáng cho chính bản thân công chức ấy hay cho một người hoặc một tổ chức khác, để công chức này làm hoặc không làm một việc trong quá trình thi hành công vụ”.

Theo quy định này, hành vi khách quan của tội đưa hối lộ có thể thực hiện bằng 1 trong 3 dạng là “hứa hẹn”, “chào mời”, “cho” bất kỳ một lợi ích không chính đáng một cách trực tiếp hoặc gián tiếp. Do đó, hành vi đưa hối lộ có thời điểm tội phạm hoàn thành khá sớm, tức là chỉ cần người đưa hối lộ mới đưa ra “lời mời” hoặc cố ý thực hiện hành vi “đưa” là được coi đã hoàn thành về hành vi, không cần thực tế việc hối lộ đó có được chấp nhận hay không.

Đối với hành vi đưa hối lộ ở khu vực tư, khoản a Điều 21 quy định: *Mỗi quốc gia thành viên xem xét áp dụng các biện pháp lập pháp và các biện pháp cần thiết khác nhằm quy định những hành vi sau là tội phạm, nếu được thực hiện một cách cố ý trong hoạt động kinh tế, tài chính hoặc thương mại:*

(a) Hành vi hứa hẹn, chào mời hay cho một lợi ích không chính đáng, trực tiếp hay gián tiếp cho người điều hành hay làm việc, ở bất kỳ cương vị nào, cho tổ chức thuộc khu vực tư vì lợi ích của chính người đó hay của người hoặc tổ chức khác, để người đó vi phạm nhiệm vụ của mình bằng cách làm

hoặc không làm một việc gì;...”.

Việc quy định “*xem xét áp dụng các biện pháp lập pháp và các biện pháp cần thiết khác*” có thể hiểu, Công ước chỉ khuyến nghị hình sự hoá các hành vi này tùy thuộc vào tình hình mỗi quốc gia. Hành vi khách quan của tội đưa hối lộ ở khu vực tư mặc dù cũng được quy định là thực hiện bằng 1 trong 3 dạng “hứa hẹn”, “chào mời”, “cho”, nhưng đối tượng chủ thể mà hành vi hướng tới ở đây là “*người điều hành hay làm việc, ở bất kỳ cương vị nào, cho tổ chức thuộc khu vực tư*”.

Thứ hai, về hành vi nhận hối lộ

Hành vi nhận hối lộ trong khu vực công được quy định tại điểm b Điều 15 của Công ước: “Hành vi của công chức, trực tiếp hay gián tiếp, đòi hoặc nhận một lợi ích không chính đáng cho chính bản thân công chức hay cho người hoặc tổ chức khác, để công chức làm hoặc không làm một việc trong quá trình thi hành công vụ”. Như vậy, hành vi khách quan của tội nhận hối lộ được thực hiện bằng 1 trong 2 dạng là “đòi” hoặc “nhận”. Với quy định này có thể hiểu, thời điểm hoàn thành của tội nhận hối lộ là khi chủ thể đưa ra lời đề nghị được hối lộ và đây là cơ sở để truy cứu trách nhiệm hình sự. Hành vi nhận hối lộ trong khu vực công khác nhau về tính chất và mức độ nếu chủ thể thực hiện khác nhau: Chủ thể thực hiện hành vi nhận hối lộ là công chức quốc gia, Công ước yêu cầu các quốc gia thành viên có nghĩa vụ hình sự hoá; chủ thể thực hiện hành vi nhận hối lộ là công chức nước ngoài hoặc công chức của tổ chức quốc tế công thì Công ước chỉ khuyến nghị hình sự hóa mà không bắt buộc (khoản 2 Điều 16).

Hành vi nhận hối lộ trong khu vực tư được quy định tại khoản b Điều 21 như sau: “*(b) Hành vi đòi hoặc nhận trực tiếp hay*

gián tiếp lợi ích không chính đáng bởi người điều hành hay làm việc, ở bất kỳ cương vị nào, cho tổ chức thuộc khu vực tư vì lợi ích của bản thân người đó hay của người khác để vi phạm nhiệm vụ của mình bằng cách làm hay không làm một việc gì”.

Như vậy, chủ thể thực hiện hành vi nhận hối lộ ở đây là người điều hành hoặc làm việc cho một tổ chức thuộc khu vực tư. Tuy hành vi khách quan cũng là “đòi” hoặc “chấp nhận” như hành vi nhận hối lộ trong khu vực công, nhưng để đạt được mục đích “làm hoặc không làm một việc vì lợi ích” của người đưa hối lộ, người nhận hối lộ đã làm một việc vi phạm nhiệm vụ của họ, còn nếu không vi phạm thì không đặt ra vấn đề trách nhiệm hình sự.

Về công cụ, phương tiện phạm tội, tức là của hối lộ, Công ước quy định là “lợi ích không chính đáng”. Lợi ích đó có thể là lợi ích hữu hình hay vô hình, lợi ích vật chất hoặc phi vật chất. Ngoài ra, Công ước cũng không coi giá trị định lượng tài sản là cơ sở để định tội cũng như định khung hình phạt.

1.4. Về mặt chủ quan của tội phạm

Theo Công ước, các hành vi phạm tội hối lộ đều được thực hiện bằng hình thức lỗi cố ý. Mục đích là để có được hoặc duy trì công việc kinh doanh hay lợi thế không chính đáng khác liên quan đến hoạt động kinh doanh.

Khác với mục đích của người thực hiện hành vi hối lộ công chức quốc gia là để trong phạm vi thực hiện chức năng, nhiệm vụ của mình công chức đó làm hoặc không làm một việc có lợi cho người hối lộ; hành vi hối lộ công chức nước ngoài hoặc công chức tổ chức y tế công là nhằm “thay đổi hành xử của một người trong quá trình người

đó thực hiện trách nhiệm chính thức”¹.

2. Đánh giá sự tương thích về các yếu tố cấu thành tội phạm của các tội hối lộ trong Bộ luật Hình sự Việt Nam năm 2015 với Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng

2.1. Những nội dung tương thích

- Về phạm vi khách thể của tội phạm

Trước đây, Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi bổ sung năm 2009) coi các tội phạm hối lộ nói riêng và tội phạm tham nhũng nói chung chỉ xảy ra ở khu vực công, thì trong Bộ luật Hình sự năm 2015 (Bộ luật 2015) đã bổ sung, hình sự hoá các hành vi hối lộ trong khu vực tư². Mặc dù “tham nhũng trong khu vực tư chưa thực sự phổ biến trong nhận thức và hành động của nhiều quốc gia trên thế giới, trong đó có Việt Nam. Tuy nhiên, do tính chất ngày càng nghiêm trọng và mức độ ảnh hưởng ngày càng lan rộng của tham nhũng trong khu vực tư, là hệ quả của việc tư nhân hoá mạnh mẽ các hoạt động trước đây vốn thuộc chức năng công như: giáo dục, y tế, phúc lợi xã hội...”³, vì vậy, đây chính là cơ sở cho việc thực hiện nguyên tắc “mọi hành vi phạm tội phải được phát hiện kịp thời và xử lý nghiêm minh” trong công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm.

¹ Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên hợp quốc, “Hội thảo hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự về hình sự hoá các hành vi tham nhũng theo tinh thần Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng”, Hà Nội, ngày 28-29/11/2013, tr. 24.

² Xem khoản 6 Điều 364 của Bộ luật Hình sự năm 2015.

³ Chính phủ Việt Nam - Chương trình phát triển Liên hợp quốc, “Hội thảo hoàn thiện quy định của Bộ luật Hình sự về hình sự hoá các hành vi tham nhũng theo tinh thần Công ước của Liên hợp quốc về chống tham nhũng”, Hà Nội, ngày 28-29/11/2013, tr. 29.

- Về phạm vi chủ thể tội phạm

Đối với các tội phạm hối lộ, chủ thể hành vi đưa hối lộ là bất kỳ người nào. Chủ thể nhận hối lộ trong Bộ luật 2015 đã mở rộng so với Bộ luật Hình sự năm 1999 (sửa đổi, bổ sung 2009), phù hợp nội dung của Công ước. Cụ thể, ngoài người có chức vụ quyền hạn là công chức quốc gia, theo quy định tại khoản 6 Điều 364, chủ thể nhận hối lộ còn có thể là người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước.

- Về của hối lộ

Đây chính là phương tiện để chủ thể thực hiện hành vi tội phạm. Tại khoản 1 Điều 279 và 289 Bộ luật Hình sự 1999 (sửa đổi, bổ sung 2009) quy định của hối lộ phải là “tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác”, tức là chỉ truy cứu trách nhiệm hình sự khi chứng minh được của hối lộ là lợi ích vật chất, không truy cứu trách nhiệm hình sự nếu là lợi ích tinh thần hay phi vật chất. Trong khi đó, để tương thích với nội dung của Công ước coi của hối lộ là bất kỳ lợi ích hữu hình hay vô hình, Điều 354 và 364 Bộ luật 2015 đã sử dụng thuật ngữ “bất kỳ lợi ích nào”.

2.2. Những nội dung không tương thích

Bên cạnh đó, trong Bộ luật 2015 vẫn còn khá nhiều quy định không phù hợp với Công ước, chưa đảm bảo về kỹ thuật lập pháp và sự đồng nhất về các nội dung liên quan.

Thứ nhất, về phạm vi chủ thể. Mặc dù đã mở rộng phạm vi các chủ thể thực hiện tội phạm hối lộ nhưng vẫn chưa bao quát được hết mọi chủ thể. Các điều luật liên quan đến tội phạm hối lộ và Điều 76 của Bộ luật 2015 cho thấy, Bộ luật đã loại trừ trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại nói riêng và pháp nhân nói chung khi thực hiện hành vi phạm tội. Trong khi các hành

vi hối lộ do pháp nhân thực hiện khá nhiều trong thực tiễn hiện nay ở Việt Nam.

Ngoài ra, về chủ thể là các cá nhân thực hiện tội phạm, Công ước giải thích rõ chủ thể là công chức quốc gia, công chức nước ngoài hoặc công chức của các tổ chức quốc tế. Trong khi đó, khoản 6 Điều 354 Bộ luật 2015 quy định là “người có chức vụ, quyền hạn trong các doanh nghiệp, tổ chức ngoài nhà nước”. Có thể thấy, quy định này chưa rõ về phạm vi của chủ thể, rộng hơn và khá mơ hồ so với quy định của Công ước.

Thứ hai, về khách thể của tội phạm. Hành vi tham nhũng hay hối lộ trong khu vực công và khu vực tư xâm phạm đến các khách thể khác nhau. Tuy nhiên, Điều 352 Bộ luật 2015 nêu khái niệm tội phạm về chức vụ như sau: “Các tội phạm về chức vụ là những hành vi *xâm phạm hoạt động đúng đắn của cơ quan, tổ chức* do người có chức vụ thực hiện trong khi thực hiện công vụ, *nhiệm vụ*”. Với cách quy định này sẽ dẫn đến cách hiểu sau:

Nếu điều luật chỉ nhấn mạnh khách thể do hành vi tham nhũng hay hối lộ được thực hiện bởi người có chức vụ, quyền hạn là các công chức quốc gia, thì việc nêu rõ “xâm phạm hoạt động đúng đắn của cơ quan, tổ chức” là đủ. Nhưng cuối điều luật lại có thêm cụm từ “nhiệm vụ”, thì cụm từ này với cụm từ “nhiệm vụ” được nói đến trong khoản 2 Điều này⁴ phải được hiểu giống nhau. Có thể thấy, mặc dù đã khẳng định tội phạm hối lộ có xảy ra ở khu vực tư, nhưng nhà làm luật đã thiếu sót trong việc phân biệt “nhiệm vụ” do người có chức vụ, quyền

⁴ Khoản 2 Điều 352 Bộ luật Hình sự 2015 định nghĩa người có chức vụ như sau: “Người có chức vụ là người do bổ nhiệm, do bầu cử... được giao thực hiện một nhiệm vụ nhất định và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện công vụ, nhiệm vụ”.

hạn là công chức nhà nước thực hiện với “nhiệm vụ” do chủ thể là người có chức vụ, quyền hạn không phải là công chức nhà nước, dẫn đến quy định thiếu về khách thể của tội phạm hối lộ trong khu vực tư. Từ đó dẫn đến cách hiểu, nhìn nhận không đúng về bản chất của tội phạm hối lộ trong từng lĩnh vực. Vì vậy, để khắc phục điều này, Bộ luật 2015 cần dành riêng nội dung của Điều 352 quy định về khái niệm cũng như một số dấu hiệu khác của tội phạm chức vụ trong khu vực công. Còn khái niệm và việc mô tả các dấu hiệu của tội phạm hối lộ trong khu vực công sẽ được quy định ở điều luật khác như quy định của Công ước.

Thứ ba, về các dấu hiệu trong mặt khách quan của tội phạm

Một là, Công ước coi hành vi đưa hối lộ trong khu vực công là một trong các hành vi tham nhũng, trong khi Bộ luật 2015 vẫn giữ nguyên như quy định của Bộ luật Hình sự 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) tại Phần các tội phạm chức vụ khác, coi hành vi đưa hối lộ là hành vi có tính chất liên quan, mà chưa đánh giá đúng tính chất và mức độ nghiêm trọng của hành vi này.

Hai là, mặc dù đã coi tội phạm tham nhũng nói chung xảy ra ở cả khu vực tư, nhưng Bộ luật 2015 không phân biệt bản chất của hành vi hối lộ trong khu vực công

với khu vực tư như cách quy định của Công ước, mà quy định chung các hành vi nhận hối lộ nói chung cũng như các hành vi đưa hối lộ tại một điều luật.

Ba là, khi quy định về các hành vi cụ thể của việc đưa và nhận hối lộ (cả khu vực công và tư), Công ước sử dụng đồng nhất về hình thức đưa là “trực tiếp hoặc gián tiếp”. Bằng cách quy định này, Công ước đã làm giảm gánh nặng trong việc chứng minh tội phạm. Quy định này cũng nhằm nói đến vấn đề trách nhiệm hình sự của chủ thể thứ ba nếu tham gia vào làm trung gian, dẫn dắt người hối lộ, hoặc người có các hành vi giúp sức khác. Đây chính là lý do Công ước không có quy định riêng về tội môi giới hối lộ. Trong khi đó, Bộ luật 2015 lại sử dụng thuật ngữ “trực tiếp hoặc qua trung gian”, dẫn đến việc để chứng minh tội phạm hối lộ nếu không thực hiện trực tiếp, cơ quan tiến hành tố tụng buộc phải chứng minh tội phạm bằng việc làm rõ thế nào là “trung gian”, gây khó khăn cho công tác xử lý tội phạm. Với cách quy định này, Bộ luật 2015 cũng như Bộ luật Hình sự 1999 (sửa đổi, bổ sung 2009) có thêm tội môi giới hối lộ, làm nặng thêm kết cấu của Bộ luật.

Đối với các dạng thực hiện hành vi đưa và nhận hối lộ trong Công ước và trong Bộ luật 2015 có thể so sánh như sau:

Hành vi khách quan	Công ước	Bộ luật 2015
- Hành vi đưa hối lộ	- Hứa đưa (khi người nhận hối lộ đòi) - Đưa ra lời mời - Đưa	- Đã đưa - Sẽ đưa
- Hành vi nhận hối lộ	- Đòi (trương ứng với hành vi hứa đưa) - Nhận (nhận lời mời hối lộ của người đưa hối lộ) - Nhận (nhận của hối lộ khi người đưa hối lộ trao của hối lộ)	- Đã nhận - Sẽ nhận

(Xem tiếp trang 69)

NHỮNG SỬA ĐỔI, BỔ SUNG VỀ KHÁNG CÁO, KHÁNG NGHỊ THEO THỦ TỤC PHỤC THẨM TRONG BỘ LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ NĂM 2015

*Nguyễn Thị Thu Hà**

Tóm tắt: Bài viết phân tích và bình luận những điểm mới trong các quy định về kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

Abstract: This article analyses and makes comment on new issues of provisions on appeal under appellate procedure according to the Civil Procedure Code of 2015.

Bộ luật Tố tụng Dân sự đã được Quốc hội Khóa XIII thông qua ngày 25/11/2015 và có hiệu lực kể từ ngày 01/07/2016 (BLTTDS năm 2015). Có thể nói, BLTTDS năm 2015 đã có nhiều quy định mới, tiến bộ, khắc phục được những điểm bất cập, chưa hợp lí trong các quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 (sửa đổi, bổ sung năm 2011) (BLTTDS năm 2011). Trong đó, các quy định về kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm cũng có nhiều sửa đổi, bổ sung nhằm đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp của Đảng và Nhà nước cũng như cụ thể hóa các quy định của Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 và Luật Tổ chức Viện kiểm sát nhân dân năm 2014.

1. Về đơn kháng cáo

Trước đây, Điều 244 BLTTDS năm 2011 đã quy định về nội dung của đơn kháng cáo, thủ tục gửi đơn kháng cáo và tài liệu, chứng cứ gửi kèm theo đơn kháng cáo. Điều 272 BLTTDS năm 2015 bổ sung làm rõ nội dung đơn kháng cáo khi đương sự, người đại diện theo pháp luật của đương sự ủy quyền kháng cáo; nội dung văn bản ủy quyền kháng cáo; điều kiện để văn bản ủy quyền kháng cáo được coi là hợp pháp.

Việc quy định như vậy nhằm tạo thuận lợi cho đương sự thực hiện việc ủy quyền kháng cáo cũng như Tòa án có cơ sở pháp lý để xác định chính xác phạm vi ủy quyền, tính hợp pháp của văn bản ủy quyền kháng cáo. Cụ thể:

- Người kháng cáo nếu không tự mình kháng cáo thì có thể ủy quyền cho người khác đại diện cho mình. Tại mục tên, địa chỉ của người kháng cáo trong đơn phải ghi họ, tên, địa chỉ của người đại diện theo ủy quyền của người kháng cáo, của người kháng cáo; số điện thoại, fax, địa chỉ thư điện tử (nếu có) của người kháng cáo và văn bản ủy quyền. Ở phần cuối đơn kháng cáo, người đại diện theo ủy quyền phải ký tên hoặc điểm chỉ.

- Người đại diện theo pháp luật của đương sự là cơ quan, tổ chức có thể tự mình làm đơn kháng cáo. Tại mục tên, địa chỉ của người kháng cáo trong đơn phải ghi tên, địa chỉ; số điện thoại, fax, địa chỉ thư điện tử (nếu có) của đương sự là cơ quan, tổ chức; họ, tên, chức vụ của người đại diện theo pháp luật của đương sự là cơ quan, tổ chức. Ở phần cuối đơn kháng cáo, người đại diện theo pháp luật phải ký tên và đóng dấu của cơ quan, tổ chức đó; trường hợp doanh nghiệp kháng cáo thì việc sử dụng con dấu theo quy định của Luật Doanh nghiệp.

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

- Trường hợp người đại diện theo pháp luật của cơ quan, tổ chức ủy quyền cho người khác kháng cáo thì tại mục tên, địa chỉ của người kháng cáo trong đơn phải ghi họ, tên, địa chỉ của người đại diện theo ủy quyền, của đương sự là cơ quan, tổ chức ủy quyền; số điện thoại, fax, địa chỉ thư điện tử (nếu có) của đương sự là cơ quan, tổ chức ủy quyền; họ, tên, chức vụ của người đại diện theo pháp luật của đương sự là cơ quan, tổ chức đó và văn bản ủy quyền. Ở phần cuối đơn kháng cáo, người đại diện theo ủy quyền phải ký tên hoặc điểm chỉ.

- Người đại diện theo pháp luật của đương sự là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự có thể tự mình làm đơn kháng cáo. Tại mục tên, địa chỉ của người kháng cáo trong đơn phải ghi họ, tên, địa chỉ của người đại diện theo pháp luật; họ, tên, địa chỉ của đương sự là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự. Ở phần cuối đơn kháng cáo, người đại diện theo pháp luật phải ký tên hoặc điểm chỉ.

- Trường hợp người đại diện theo pháp luật của đương sự ủy quyền cho người khác đại diện cho mình kháng cáo thì tại mục tên, địa chỉ của người kháng cáo trong đơn phải ghi họ, tên, địa chỉ của người đại diện theo ủy quyền và văn bản ủy quyền; họ, tên, địa chỉ của người đại diện theo pháp luật của đương sự ủy quyền; họ, tên, địa chỉ của đương sự là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự. Ở phần cuối đơn kháng cáo, người đại diện theo ủy quyền phải ký tên hoặc điểm chỉ.

- Việc ủy quyền phải được làm thành văn bản có công chứng, chứng thực hợp pháp, trừ trường hợp văn bản ủy quyền đó được lập tại Tòa án có sự chứng kiến của Thẩm phán hoặc người được Chánh án Tòa

án phân công. Trong văn bản ủy quyền phải có nội dung đương sự ủy quyền cho người đại diện kháng cáo bản án, quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ giải quyết vụ án của Tòa án cấp sơ thẩm.

Ngoài ra, nhằm hiện đại hóa các hoạt động của Tòa án cũng như bảo đảm mọi người đều tiếp cận công lý một cách thuận lợi thì việc kháng cáo, nhận, xử lý đơn kháng cáo được thực hiện qua Cổng thông tin điện tử của Tòa án (nếu có). Vì vậy, trong đơn kháng cáo ngoài việc ghi tên, địa chỉ của người kháng cáo như trước đây thì khoản 1 Điều 272 BLTTDS năm 2015 quy định trong đơn kháng cáo ghi rõ *số điện thoại, fax, địa chỉ thư điện tử (nếu có) của người kháng cáo* để Tòa án thực hiện việc nhận, xử lý đơn kháng cáo bằng phương thức trực tuyến. Tuy nhiên, khoản 7 Điều 272 BLTTDS năm 2015 mới chỉ quy định đơn kháng cáo gửi đến Tòa án cấp sơ thẩm đã ra bản án sơ thẩm mà chưa quy định rõ phương thức gửi đơn kháng cáo. Do đó, để thuận lợi cho người dân thực hiện việc kháng cáo, Tòa án nhân dân tối cao cần có hướng dẫn về phương thức gửi đơn kháng cáo giống như phương thức gửi đơn khởi kiện. Theo đó, ngoài phương thức nộp trực tiếp tại Tòa án, gửi đơn đến Tòa án theo đường dịch vụ bưu chính như trước đây, thì người kháng cáo có thể gửi đơn kháng cáo và các tài liệu, chứng cứ mà mình có đến Tòa án cấp sơ thẩm bằng phương thức gửi trực tuyến qua Cổng thông tin điện tử của Tòa án (nếu có). Đồng thời, cần có hướng dẫn về thủ tục gửi đơn kháng cáo qua Cổng thông tin điện tử.

2. Về thời hạn kháng cáo

Điều 245 BLTTDS năm 2011 chưa có quy định về việc xác định thời điểm bắt đầu thời hạn kháng cáo trong trường hợp đương

sự có mặt tại phiên tòa, nhưng trong quá trình diễn ra phiên tòa, đương sự có sự bức xúc với Hội đồng xét xử nên đã bỏ về khi Hội đồng xét xử chưa nghị án; các trường hợp đương sự vắng mặt khi Hội đồng xét xử tuyên án mà không có lý do chính đáng, hoặc vì những lý do chính đáng mà đương sự không thể tiếp tục tham gia phiên tòa như ốm nặng phải đi bệnh viện cấp cứu... Những trường hợp này thì thời hạn kháng cáo tính từ ngày tuyên án (đương sự có mặt phiên tòa) hay tính từ ngày nhận được bản án hoặc bản án được niêm yết (đương sự không có mặt phiên tòa)? Hoặc trường hợp sau khi ra quyết định sơ thẩm, Tòa án cấp sơ thẩm có thể gửi quyết định sơ thẩm cho đương sự hoặc niêm yết quyết định tại trụ sở Tòa án, Ủy ban nhân dân, BLTTDS năm 2011 quy định thời hạn kháng cáo đối với quyết định tính từ ngày người có quyền kháng cáo nhận được quyết định là chưa đầy đủ. Khắc phục thiếu sót này, Điều 273 BLTTDS năm 2015 đã bổ sung các trường hợp xác định thời hạn kháng cáo. Cụ thể, đối với đương sự, đại diện cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân khởi kiện không có mặt khi tuyên án mà có lý do chính đáng thì thời hạn kháng cáo được tính từ ngày họ nhận được bản án hoặc bản án được niêm yết; trường hợp đương sự, đại diện cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân khởi kiện đã tham gia phiên tòa nhưng vắng mặt khi Tòa án tuyên án mà không có lý do chính đáng thì thời hạn kháng cáo được tính từ ngày tuyên án. Thời hạn kháng cáo đối với quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ giải quyết vụ án của Tòa án cấp sơ thẩm là 07 ngày, kể từ ngày đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện nhận được quyết định hoặc kể từ ngày quyết định được niêm yết theo quy định của BLTTDS.

Ngoài ra, BLTTDS năm 2015 còn bổ

sung trường hợp người kháng cáo là người đang bị tạm giam thì ngày kháng cáo là ngày đơn kháng cáo được giám thị trại giam xác nhận, nhằm bảo đảm quyền kháng cáo của người bị tạm giam.

3. Về kiểm tra đơn kháng cáo

Tòa án cấp sơ thẩm khi nhận được đơn kháng cáo phải có trách nhiệm kiểm tra tính hợp lệ của đơn kháng cáo để gửi hồ sơ vụ án, kháng cáo, kháng nghị và tài liệu, chứng cứ cho Tòa án cấp phúc thẩm. Theo đó, Tòa án cấp sơ thẩm kiểm tra các điều kiện về người có quyền kháng cáo, thời hạn kháng cáo, nội dung kháng cáo, hình thức kháng cáo, việc nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm. Tuy nhiên, Điều 246 BLTTDS năm 2011 chỉ quy định Tòa án cấp sơ thẩm có trách nhiệm kiểm tra tính hợp lệ của đơn kháng cáo và việc sửa đổi, bổ sung kháng cáo mà chưa quy định trường hợp trả lại đơn kháng cáo khi việc kháng cáo không thỏa mãn các điều kiện về nội dung và hình thức của việc kháng cáo. Quy định này đã dẫn đến khó khăn cho Tòa án khi đơn kháng cáo không đáp ứng đầy đủ các yêu cầu kháng cáo nhưng lại không có cơ sở pháp lý để trả lại đơn. Khoản 4 Điều 274 BLTTDS năm 2015 quy định các căn cứ để Tòa án trả lại đơn kháng cáo như sau:

- *Người kháng cáo không có quyền kháng cáo.* Đây là trường hợp người kháng cáo không thuộc các chủ thể có quyền kháng cáo theo quy định tại Điều 271 BLTTDS năm 2015 hoặc người kháng cáo không có năng lực hành vi tố tụng dân sự. Tuy nhiên, nếu nội dung đơn kháng cáo vượt quá phạm vi kháng cáo có được hiểu là người kháng cáo không có quyền kháng cáo không? Ví dụ: Anh A khởi kiện anh B đòi 300 triệu đồng tiền vay nợ (tiền gốc). Bản án sơ thẩm tuyên buộc anh B trả cho anh A

200 triệu đồng. Sau khi Tòa án sơ thẩm tuyên án, anh A kháng cáo yêu cầu anh B phải trả tiền lãi suất đối với 200 triệu đó. Trong trường hợp này, anh A có bị coi là không có quyền kháng cáo không? Hay kháng cáo của anh A đã vượt quá phạm vi kháng cáo (anh A chỉ được kháng cáo trong phạm vi của bản án sơ thẩm)? Trước đây, Nghị quyết số 06/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn thi hành một số quy định về “Thủ tục giải quyết vụ án dân sự tại Tòa án cấp phúc thẩm” của BLTTDS đã được sửa đổi, bổ sung theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLTTDS năm 2011 (sau đây gọi tắt là Nghị quyết số 06/2012/NQ-HĐTP) quy định là hai trường hợp khác nhau. Thiết nghĩ, Tòa án nhân dân tối cao cần có hướng dẫn cụ thể về vấn đề này.

- *Người kháng cáo không làm lại đơn kháng cáo hoặc không sửa đổi, bổ sung đơn kháng cáo theo yêu cầu của Tòa án.* Đây là trường hợp đơn kháng cáo làm trong thời hạn luật định và là của người có quyền kháng cáo, nhưng chưa đúng quy định tại Điều 272 của BLTTDS năm 2015, Tòa án đã yêu cầu người kháng cáo làm lại đơn kháng cáo hoặc sửa đổi, bổ sung đơn kháng cáo theo đúng quy định nhưng người kháng cáo không thực hiện. Vì vậy, đơn kháng cáo được coi là không hợp lệ.

- *Hết thời hạn quy định tại khoản 2 Điều 276 BLTTDS năm 2015 mà người kháng cáo không nộp biên lai thu tiền tạm ứng án phí phúc thẩm cho Tòa án, trừ trường hợp người kháng cáo được miễn hoặc không phải nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm hoặc có lý do chính đáng.* Đây là trường hợp người kháng cáo không thuộc diện được miễn hoặc không phải nộp tiền

tạm ứng án phí phúc thẩm, nhưng không nộp tạm ứng án phí phúc thẩm trong thời hạn pháp luật quy định nên được hiểu là họ đã từ bỏ việc kháng cáo và Tòa án trả lại đơn kháng cáo cho họ. Tuy nhiên, nếu việc không nộp tạm ứng án phí phúc thẩm trong thời hạn pháp luật quy định là có lý do chính đáng và được Tòa án chấp nhận thì Tòa án vẫn tiếp tục giải quyết vụ án mà không trả lại đơn kháng cáo.

Như vậy, quy định trả lại đơn kháng cáo là cần thiết để đương sự có thể biết được lý do đơn kháng cáo của mình không được chấp nhận. Tuy nhiên, BLTTDS năm 2015 chưa quy định về hình thức trả lại đơn kháng cáo, mặc dù Nghị quyết số 06/2012/NQ-HĐTP đã quy định việc trả lại đơn kháng cáo phải được thông báo bằng văn bản trong đó ghi rõ lý do của việc trả lại đơn. Hơn nữa, trong trường hợp người kháng cáo không đồng ý với việc trả lại đơn kháng cáo của Tòa án cấp sơ thẩm thì họ có quyền khiếu nại không? Thiết nghĩ, nếu người khởi kiện có quyền khiếu nại việc trả lại đơn khởi kiện (Điều 194 BLTTDS năm 2015) thì người kháng cáo cũng được quyền khiếu nại việc trả lại đơn kháng cáo. Ngoài ra, việc khiếu nại này không những bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các đương sự mà còn buộc những người tiến hành tố tụng phải có trách nhiệm với việc trả lại đơn kháng cáo, chỉ được trả lại khi có cơ sở pháp lý. Do đó, Tòa án nhân dân tối cao cần hướng dẫn cụ thể về hình thức trả lại đơn kháng cáo; về khiếu nại, kiến nghị và giải quyết khiếu nại, kiến nghị việc trả lại đơn kháng cáo.

4. Về kháng cáo quá hạn và xem xét kháng cáo quá hạn

Về nguyên tắc, việc kháng cáo phải được thực hiện trong thời gian luật định, nếu quá hạn thì kháng cáo bị coi là không

hợp lệ và không được chấp nhận. Tuy nhiên, Tòa án cũng có thể chấp nhận kháng cáo quá hạn nếu có lý do chính đáng để đảm bảo quyền tố tụng của các đương sự. BLTTDS năm 2011 chưa quy định cụ thể cách thức làm việc của Hội đồng xét xử khi tiến hành xem xét đơn kháng cáo quá hạn. Vì vậy, để tránh sự tùy tiện trong áp dụng cũng như khả năng khắc phục nhanh nhất những sai lầm có thể xảy ra, đồng thời đảm bảo tính chính xác, đúng pháp luật đối với việc xét kháng cáo quá hạn, Điều 275 BLTTDS năm 2015 đã bổ sung quy định về việc phiên họp xét kháng cáo quá hạn phải có sự tham gia của người kháng cáo để họ chứng minh lý do kháng cáo quá hạn và sự giám sát của Viện kiểm sát, đồng thời việc ra quyết định chấp nhận kháng cáo quá hạn hay không phải trên cơ sở chế độ tập thể và quyết định theo đa số. Theo đó, trong thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được đơn kháng cáo quá hạn và tài liệu, chứng cứ kèm theo, Tòa án cấp phúc thẩm thành lập Hội đồng gồm ba Thẩm phán để xem xét. Phiên họp xem xét kháng cáo quá hạn phải có sự tham gia của đại diện Viện kiểm sát cùng cấp và người kháng cáo. Trường hợp người kháng cáo, Kiểm sát viên vắng mặt thì Tòa án vẫn tiến hành phiên họp. Căn cứ vào tài liệu, chứng cứ có liên quan đến việc kháng cáo quá hạn, ý kiến của người kháng cáo quá hạn, đại diện Viện kiểm sát tại phiên họp, Hội đồng xét kháng cáo quá hạn quyết định theo đa số về việc chấp nhận hoặc không chấp nhận việc kháng cáo quá hạn và phải ghi rõ lý do của việc chấp nhận hoặc không chấp nhận trong quyết định. Tòa án cấp phúc thẩm phải gửi quyết định cho người kháng cáo quá hạn, Tòa án cấp sơ thẩm và Viện kiểm sát cùng cấp.

5. Về thông báo nộp tiền tạm ứng án

phí phúc thẩm

Về nguyên tắc, việc nộp tạm ứng án phí phúc thẩm phải trong thời hạn nhất định, nếu quá thời hạn đó người kháng cáo không nộp và không xuất trình biên lai nộp tiền cho Tòa án thì bị coi là từ bỏ kháng cáo. Tuy nhiên, nếu chứng minh được lý do chính đáng mà trong thời hạn pháp luật quy định người kháng cáo không nộp biên lai nộp tiền tạm ứng án phí cho Tòa án thì để đảm bảo quyền kháng cáo của người kháng cáo, Tòa án vẫn có thể chấp nhận việc nộp biên lai nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm quá thời hạn. BLTTDS năm 2015 tiếp tục kết thừa quy định của BLTTDS năm 2011 về thông báo nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm. Tuy nhiên, khoản 2 Điều 276 BLTTDS năm 2015 bổ sung quy định về thời hạn để người kháng cáo trình bày các lý do việc chậm nộp biên lai thu tiền tạm ứng án phí phúc thẩm cũng như trình tự, thủ tục xem xét việc chậm nộp biên lai thu tiền tạm ứng án phí phúc thẩm. Việc bổ sung này đảm bảo quyền kháng cáo của người kháng cáo cũng như Tòa án cấp phúc thẩm có cơ sở pháp lý để xem xét lý do việc chậm nộp biên lai thu tiền tạm ứng án phí phúc thẩm. Đó là, *trường hợp sau khi hết thời hạn 10 ngày, kể từ ngày nhận được thông báo của Tòa án về việc nộp tiền tạm ứng án phí phúc thẩm, người kháng cáo mới nộp cho Tòa án biên lai thu tiền tạm ứng án phí phúc thẩm mà không nêu rõ lý do thì Tòa án cấp sơ thẩm yêu cầu người kháng cáo trong thời hạn 03 ngày làm việc, kể từ ngày nhận được yêu cầu của Tòa án phải có văn bản trình bày lý do chậm nộp biên lai thu tiền tạm ứng án phí phúc thẩm cho Tòa án cấp sơ thẩm để đưa vào hồ sơ vụ án. Trường hợp này được xử lý theo thủ tục xem xét kháng cáo quá hạn.*

6. Về thông báo việc kháng cáo

Sau khi Tòa án cấp sơ thẩm kiểm tra tính hợp lệ của đơn kháng cáo và thấy rằng, đơn kháng cáo đã đáp ứng đầy đủ các điều kiện về nội dung và hình thức việc kháng cáo thì Tòa án cấp sơ thẩm có trách nhiệm thông báo cho đương sự có liên quan đến kháng cáo biết về việc kháng cáo để họ chuẩn bị tham gia tố tụng tại Tòa án cấp phúc thẩm. Khi các đương sự nhận được thông báo về việc kháng cáo thì có quyền gửi văn bản nêu ý kiến của mình về nội dung kháng cáo cho Tòa án cấp phúc thẩm để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Ngoài ra, Tòa án cấp sơ thẩm cũng có trách nhiệm thông báo việc bản án, quyết định sơ thẩm bị kháng cáo cho Viện kiểm sát để Viện kiểm sát thực hiện chức năng kiểm sát việc tuân theo pháp luật thông qua việc nghiên cứu hồ sơ, tham gia phiên tòa phúc thẩm. Khoản 1 Điều 277 BLTTDS năm 2015 bổ sung quy định gửi kèm theo thông báo về việc kháng cáo là *bản sao đơn kháng cáo, tài liệu, chứng cứ bổ sung mà người kháng cáo gửi kèm đơn kháng cáo*. Việc bổ sung quy định này nhằm đảm bảo cho các bên đương sự được biết tất cả tài liệu, chứng cứ của nhau để thực hiện việc tranh tụng tại Tòa án cấp phúc thẩm.

7. Về thời hạn kháng nghị

BLTTDS năm 2015 tiếp tục không quy định về kháng nghị quá hạn của Viện kiểm sát, bởi “*xuất phát từ chức năng nhiệm vụ của Viện kiểm sát trong công tác kiểm sát việc xét xử của Tòa án là thay mặt Nhà nước giám sát trực tiếp việc xét xử của Tòa án nên không thể viện dẫn lý do khách quan hay chủ quan để kháng nghị quá hạn được*”¹. Hơn nữa, Viện trưởng Viện kiểm sát

là những người có thẩm quyền, có trình độ chuyên môn và kiến thức pháp lý cao nên họ phải biết và có đủ điều kiện để thực hiện việc kháng nghị trong thời hạn pháp luật quy định. Do đó, việc không quy định kháng nghị quá hạn của Viện kiểm sát sẽ đảm bảo hiệu quả của công tác xét xử cũng như đảm bảo tính ổn định của các bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật. Tuy nhiên, trên thực tế nếu Viện kiểm sát kháng nghị khi đã quá thời hạn thì Tòa án cấp sơ thẩm giải quyết như thế nào? Chấp nhận hay trả lại quyết định kháng nghị? BLTTDS năm 2011 không có quy định cụ thể dẫn đến khó khăn cho Tòa án cấp sơ thẩm trong trường hợp Viện kiểm sát kháng nghị quá thời hạn mà pháp luật quy định. Khắc phục điều này, khoản 3 Điều 280 BLTTDS năm 2015 quy định: *khi Tòa án nhận được quyết định kháng nghị của Viện kiểm sát mà quyết định kháng nghị đó đã quá thời hạn thì Tòa án cấp sơ thẩm yêu cầu Viện kiểm sát giải thích bằng văn bản và nêu rõ lý do*. Tuy nhiên, quy định này vẫn chưa giải quyết được trường hợp nếu kháng nghị quá hạn của Viện kiểm sát mà không có lý do thì Tòa án cấp sơ thẩm có trả lại quyết định kháng nghị không? Thiết nghĩ, Tòa án nhân dân tối cao cần có hướng dẫn cụ thể về vấn đề này.

8. Về hậu quả của việc kháng cáo, kháng nghị

Về cơ bản, Điều 282 BLTTDS năm 2015 giữ nguyên quy định về hậu quả của việc kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm của BLTTDS năm 2011. Tuy nhiên, BLTTDS năm 2015 quy định cụ thể hơn về các loại bản án, quyết định sơ thẩm chưa có hiệu lực pháp luật khi bị kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm. Theo đó, việc kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm dân sự dẫn đến hậu quả là *bản án sơ thẩm, quyết định của Tòa*

¹ Xem: Đinh Văn Quế (1998), *Thủ tục phúc thẩm trong Luật Tố tụng hình sự Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 45.

án cấp sơ thẩm hoặc phần bản án sơ thẩm, quyết định sơ thẩm bị kháng cáo, kháng nghị chưa có hiệu lực thi hành, trừ trường hợp pháp luật quy định cho thi hành ngay. Điều này có nghĩa, khi có kháng cáo, kháng nghị đối với bản án, quyết định hoặc phần bản án, quyết định sơ thẩm thì bản án, quyết định hoặc phần bản án, quyết định sơ thẩm đó chưa có hiệu lực pháp luật và chưa được đưa ra thi hành. Tuy nhiên, có những bản án, quyết định sơ thẩm mặc dù chưa có hiệu lực pháp luật và có thể bị kháng cáo, kháng nghị nhưng pháp luật quy định bản án, quyết định hoặc phần bản án, quyết định sơ thẩm đó vẫn được đưa ra thi hành. Đó là bản án, quyết định về cấp dưỡng, trả công lao động, nhận người lao động trở lại làm việc, trả lương, trợ cấp thôi việc, trợ cấp mất sức lao động, trợ cấp mất việc làm, bảo hiểm xã hội, bảo hiểm thất nghiệp, bảo hiểm y tế hoặc bồi thường thiệt hại về tính mạng, sức khỏe, tổn thất tinh thần của công dân; quyết định về tính hợp pháp của cuộc đình công (khoản 2 Điều 482 BLTTDS năm 2015). Việc đưa những bản án, quyết định sơ thẩm này ra thi hành ngay là để đáp ứng kịp thời nhu cầu cấp bách của đương sự, tạo điều kiện cho đương sự và những người thân của đương sự sớm ổn định cuộc sống.

9. Về gửi hồ sơ vụ án và kháng cáo, kháng nghị

Về nguyên tắc, toàn bộ hồ sơ vụ án, đơn kháng cáo, quyết định kháng nghị và tài liệu, chứng cứ bổ sung được lưu giữ tại Tòa án cấp sơ thẩm nên Tòa án cấp sơ thẩm có trách nhiệm gửi cho Tòa án cấp phúc thẩm. Tuy nhiên, để đảm bảo vụ án được giải quyết nhanh chóng thì Tòa án cấp sơ thẩm gửi hồ sơ vụ án lên Tòa án cấp phúc thẩm trong thời hạn nhất định. Điều 255 BLTTDS năm 2011 quy định thời điểm bắt

đầu xác định thời hạn gửi hồ sơ chưa rõ ràng, dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau. Điều 283 BLTTDS năm 2015 quy định rõ thời điểm bắt đầu tính thời hạn gửi hồ sơ vụ án dân sự lên Tòa án cấp phúc thẩm được xác định trong hai trường hợp:

- Hết thời hạn kháng nghị;

- Hết thời hạn kháng cáo, người kháng cáo đã nộp cho Tòa án cấp sơ thẩm biên lai thu tiền tạm ứng án phí phúc thẩm.

10. Thay đổi, bổ sung, rút kháng cáo, kháng nghị

Điều 256 BLTTDS năm 2011 quy định việc thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị không được vượt quá phạm vi kháng cáo, kháng nghị ban đầu, nếu thời hạn kháng cáo, kháng nghị đã hết. Quy định này nhằm tôn trọng quyền tự định đoạt của đương sự cũng như “*tôn trọng quan điểm của Viện kiểm sát và của người ký kháng nghị trong trường hợp họ muốn thay đổi, bổ sung kháng nghị*”²; đồng thời, tạo điều kiện cho các đương sự chuẩn bị tổ chức việc biện hộ sau khi biết rõ thực trạng những nội dung kháng cáo, kháng nghị, qua đó có thể bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Tuy nhiên, nếu trong thời hạn kháng cáo, kháng nghị, việc thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị có bị giới hạn bởi phạm vi kháng cáo, kháng nghị ban đầu không? BLTTDS năm 2011 chưa có quy định cụ thể dẫn đến người kháng cáo, Viện kiểm sát không có cơ sở pháp lý để thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị cũng như Tòa án khó khăn trong việc xem xét thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị. Khắc phục điều này,

² Xem: Vũ Thị Hồng Vân, *Một số vấn đề về quyền kháng nghị phúc thẩm của Viện kiểm sát nhân dân trong Bộ luật Tố tụng Dân sự*, Tạp chí Kiểm sát, số 11/2005, tr. 17.

khoản 1 Điều 284 BLTTDS năm 2015 quy định: “*Trường hợp chưa hết thời hạn kháng cáo theo quy định tại Điều 273 BLTTDS thì người đã kháng cáo có quyền thay đổi, bổ sung kháng cáo mà không bị giới hạn bởi phạm vi kháng cáo ban đầu. Trường hợp chưa hết thời hạn kháng nghị theo quy định tại Điều 280 BLTTDS thì Viện kiểm sát đã kháng nghị có quyền thay đổi, bổ sung kháng nghị mà không bị giới hạn bởi phạm vi kháng nghị ban đầu*”. Điều này vừa đảm bảo quyền kháng cáo, kháng nghị của người kháng cáo, Viện kiểm sát, đồng thời cũng không ảnh hưởng đến quyền bảo vệ của các đương sự khác trước Tòa án. Bởi lẽ, việc thông báo thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị được thực hiện khi hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị nên các đương sự vẫn có điều kiện để chuẩn bị tài liệu, chứng cứ, căn cứ pháp lý, lí lẽ và lập luận để phản bác lại các nội dung kháng cáo, kháng nghị. Như vậy, trong thời hạn kháng cáo, kháng nghị, việc thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị có thể vượt quá phạm vi kháng cáo, kháng nghị ban đầu nhưng việc thay đổi, bổ sung đó phải trong phạm vi bản án sơ thẩm.

Ví dụ: Bản án sơ thẩm quyết định cho anh A và chị B ly hôn, giải quyết vấn đề tài sản, nuôi con. Chị B kháng cáo về vấn đề tài sản. Trong thời hạn kháng cáo, chị B bổ sung kháng cáo yêu cầu Tòa án cấp phúc thẩm giải quyết lại vấn đề nuôi con. Trong trường hợp này, mặc dù bổ sung kháng cáo của chị B về giải quyết nuôi con là vượt quá phạm vi kháng cáo ban đầu, nhưng vấn đề nuôi con đã được giải quyết ở sơ thẩm nên việc bổ sung kháng cáo của chị B được chấp nhận.

Đối với trường hợp thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị khi đã hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị; hình thức, thủ tục thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị vẫn

được tiếp tục ghi nhận trong BLTTDS năm 2015. Tuy nhiên, quy định thay đổi, bổ sung kháng cáo, kháng nghị phúc thẩm không được vượt quá phạm vi kháng cáo, kháng nghị ban đầu nếu thời hạn kháng cáo, kháng nghị đã hết được hiểu như thế nào? Trước đây, Nghị quyết số 06/2012/NQ-HĐTP có hướng dẫn phạm vi kháng cáo, kháng nghị ban đầu là phạm vi kháng cáo, kháng nghị đã gửi cho Tòa án trong thời hạn kháng cáo, kháng nghị, nhưng vẫn chưa có giải thích cụ thể thế nào là “*vượt quá*” phạm vi kháng cáo, kháng nghị đã gửi cho tòa án. Như vậy, không vượt quá phạm vi kháng cáo, kháng nghị ban đầu được hiểu là không vượt ra ngoài các nội dung cụ thể và trong mỗi nội dung cụ thể không vượt quá mức độ, quy mô đã được đặt ra ban đầu của yêu cầu kháng cáo, kháng nghị? Thiết nghĩ, để áp dụng thống nhất quy định này cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần phải có hướng dẫn cụ thể.

Ngoài ra, khoản 3 Điều 284 BLTTDS năm 2015 còn bổ sung quy định về thẩm quyền ra quyết định khi đương sự rút kháng cáo, Viện kiểm sát rút kháng nghị nhằm tạo cơ sở pháp lý để Tòa án ra quyết định đình chỉ xét xử phúc thẩm. Theo đó, *việc đình chỉ xét xử phúc thẩm trước khi mở phiên tòa do Thẩm phán chủ tọa phiên tòa quyết định, tại phiên tòa do Hội đồng xét xử quyết định*. Hơn nữa, khi có việc thay đổi, bổ sung, rút kháng cáo, kháng nghị thì Tòa án cấp phúc thẩm không chỉ có trách nhiệm thông báo cho các đương sự về việc thay đổi, bổ sung, rút kháng cáo, kháng nghị mà còn có trách nhiệm thông báo cho Viện kiểm sát cùng cấp về việc thay đổi, bổ sung, rút kháng cáo, kháng nghị để Viện kiểm sát thực hiện chức năng kiểm sát việc thay đổi, bổ sung, rút kháng cáo, kháng nghị.

TIÊU CHÍ KIỂM SOÁT SÁP NHẬP Ở VIỆT NAM VÀ KINH NGHIỆM CỦA CÁC QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI

*Dương Anh Sơn**
*Trương Trọng Hiếu***

Tóm tắt: Trên cơ sở phân tích bản chất của hoạt động kiểm soát sáp nhập, bài viết chỉ ra những hạn chế của việc sử dụng tiêu chí thị phần kết hợp cũng như ảnh hưởng của việc lựa chọn này đến hiệu quả kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam, đồng thời giới thiệu một số tiêu chí đang áp dụng trong kiểm soát sáp nhập tại một số quốc gia, qua đó kiến nghị về vấn đề này trong Luật Cạnh tranh Việt Nam.

Abstract: Basing on assessment of the nature of merger and acquisition control, this article points out the shortcomings of combined market share criteria and their effects on the consequence of the efficiency of merger and acquisition control in Vietnam. It also introduces criteria for the control of merger and acquisition in some foreign countries and then makes proposals on this issues under Vietnam's Law on Competition.

1. Bản chất hoạt động kiểm soát sáp nhập và tiêu chí thị phần kết hợp

1.1. Kiểm soát sáp nhập: Tiên kiểm hay hậu kiểm?

Có hai quy tắc căn bản đối với quá trình kiểm soát pháp luật là tiên kiểm (ex ante) và hậu kiểm (ex post). Tuy nhiên, trên thực tế sẽ có ba lựa chọn của cơ quan công quyền trước một hành vi pháp lý nào đó: Tiên kiểm, hậu kiểm hay kết hợp cả tiên và hậu kiểm.

Phản ứng trước hai nhóm hành vi hạn chế cạnh tranh là thoả thuận hạn chế cạnh tranh và lạm dụng sức mạnh thị trường (vị trí thống lĩnh thị trường hay vị trí độc quyền theo như quy định của Luật Cạnh tranh Việt Nam) có thể thấy rằng, Luật Cạnh tranh đã chọn phương thức hậu kiểm cho các tình huống kiểm soát này. Có nghĩa, quy định kiểm soát đối với hai nhóm hành vi nói trên sẽ chỉ xảy ra khi (i) Các doanh nghiệp đã có

hành vi thoả thuận, hay có hành vi lạm dụng (sức mạnh thị trường), và (ii) Cơ quan nhà nước sẽ phản ứng bằng cách áp dụng biện pháp xử phạt khi hành vi đó đã được thực hiện và xảy ra trên thực tế. Bản chất tiên kiểm cho thấy là Luật Cạnh tranh không (và không thể) cấm doanh nghiệp có sức mạnh thị trường (trước đó) mà chỉ cấm doanh nghiệp đó lạm dụng sức mạnh thị trường mà mình đang có để thực hiện các hành vi phản cạnh tranh.

Khác với cách tiếp cận nói trên, lý luận và thực tiễn thực thi Luật Cạnh tranh đến nay cho thấy, việc ngăn cản các vụ sáp nhập sẽ xảy ra nếu các vụ sáp nhập đó có khả năng tạo ra sức mạnh thị trường cho doanh nghiệp hay có thể gây ra nguy cơ hạn chế cạnh tranh trên thị trường sau khi vụ sáp nhập được thực hiện. Nhưng Luật Cạnh tranh không đợi đến lúc các bên đã tiến hành vụ sáp nhập mới xử lý mà ngược lại, đã xây dựng một quy trình kiểm soát để theo dõi và giám sát từng vụ sáp nhập ngay từ đầu. Cụ thể, để tiến hành một vụ sáp nhập, các bên có thể phải tham vấn, thông báo, và chờ

* PGS.TS., Khoa Luật kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật (Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh).

** ThS., Khoa Luật kinh tế, Trường Đại học Kinh tế - Luật (Đại học quốc gia Tp. Hồ Chí Minh).

quyết định của cơ quan quản lý cạnh tranh để xác định vụ sáp nhập đó có thuộc trường hợp được phép tiến hành hay không. Và doanh nghiệp có kế hoạch sáp nhập chỉ có thể thực hiện kế hoạch của mình sau khi đã qua các công đoạn pháp lý đó. Điều này cho thấy, quy tắc ứng xử của Luật Cạnh tranh đối với sáp nhập là quy tắc tiền kiểm.

Mặc dù tiền kiểm là lựa chọn mang tính phổ biến trong kiểm soát sáp nhập, nhưng trên thực tế lựa chọn này cũng gặp phải không ít sự phê phán. Nhiều ý kiến cho rằng, đây là một phương pháp kiểm soát đơn giản, và đặc biệt cơ quan quản lý cạnh tranh thường đặt vụ sáp nhập vào một tình huống giả định để thẩm định mà không phải là hoàn cảnh thực tế nó đã diễn ra¹. Chính sự lựa chọn cách ứng xử tiền kiểm này đã làm phát sinh một số vấn đề. Một là, Luật Cạnh tranh dường như đã ngăn cản quá sớm các vụ sáp nhập khi chúng chỉ mới có nguy cơ gây ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh. Và hai là, ngược lại, pháp luật cạnh tranh sẽ phải làm gì khi một vụ sáp nhập được cho phép thực hiện vì cơ quan quản lý cạnh tranh trước đó không nhìn ra mối nguy hại nhưng thực tế đã gây hại đến cạnh tranh sau sáp nhập? Điều đó có nghĩa, quá trình tiền kiểm đối với hoạt động sáp nhập có thể tạo ra nhiều rủi ro.

Để giải quyết tình huống thứ nhất, quá trình thực thi pháp luật cạnh tranh đòi hỏi các cơ quan quản lý cạnh tranh phải thật sự cẩn trọng để đánh giá một cách kỹ lưỡng và xác thực nguy cơ hạn chế cạnh tranh của vụ sáp nhập đó. Đặc biệt, mọi thông tin liên quan đến vụ việc, thị trường đều phải được tập hợp trong việc đánh giá đối với giai

đoạn tiền kiểm². Mặt khác, những công cụ dự báo sự thay đổi của thị trường trong tương lai cũng cần được sử dụng một cách đầy đủ³. Đối với tình huống thứ hai, nhiều hệ thống pháp luật đã đặt ra nghĩa vụ và cơ chế giám sát của cơ quan quản lý cạnh tranh đối với các vụ sáp nhập được phép thực hiện. Nhiều khi, hoạt động giám sát kéo dài đó của cơ quan quản lý cạnh tranh được ví như là một quá trình hậu kiểm tiếp nối. Không những thế, việc dùng “hậu kiểm” để đánh giá chính quyết định kiểm soát sáp nhập của cơ quan quản lý cạnh tranh cũng được cho là một phần khá quan trọng trong quy trình kiểm soát sáp nhập nói chung⁴. Nói cách khác, trong trường hợp đó, có ý kiến cho rằng, tiền kiểm và hậu kiểm đã được kết hợp khi kiểm soát sáp nhập⁵.

1.2. Nguyên tắc kiểm soát sáp nhập

Bất kể là tiền kiểm hay hậu kiểm, điều quan trọng là pháp luật cần đưa ra các tiêu chí để cơ quan có thẩm quyền cho phép sáp nhập hoặc ngăn cấm.

Một trong những nguyên tắc được áp dụng lâu đời là nguyên tắc per se (per se rule). Nguyên tắc này có nghĩa, một thỏa thuận hay hành vi pháp lý khi thực hiện đã là vi phạm pháp luật vì có cơ sở chắc chắn rằng

¹ Lear, *Ex-Post Review of Merger Control Decisions*, EU Commission (DG Competition), năm 2006, tr. 11 (đoạn 2.28).

² Lear, *Ex-Post Review of Merger Control Decisions*, EU Commission (DG Competition), năm 2006, tr. 80 (đoạn 5.88).

³ Lear, *Ex-Post Review of Merger Control Decisions*, EU Commission (DG Competition), năm 2006, tr. 136 (đoạn 8.72).

⁴ Như ở châu Âu, đọc thêm: Martin Cave và Peter Crowther, *Co-ordinating Regulation and Competition law Exante and Expost*, trong cuốn *The Pros and Cons of Antitrust in Deregulated Markets* (Swedish Competition Authority), Konkurrensverket, Stockholm, năm 2004, tr. 28.

⁵ Lear, *Ex-Post Review of Merger Control Decisions*, EU Commission (DG Competition), năm 2006, tr. 20 (đoạn 2.54).

nó bóp méo cạnh tranh⁶. Cơ quan có thẩm quyền không nhất thiết phải đặt ra nghi vấn, phân tích thêm điều kiện hay yếu tố khác, mà chỉ cần dựa vào thực tế của hành vi để kết luận⁷. Nguyên tắc per se được sử dụng là vì hai lý do căn bản: (i) Nhằm giảm thiểu thời gian tố tụng và (ii) Bảo đảm tính nhất quán trong áp dụng pháp luật⁸.

Tính đặc trưng của nguyên tắc này được phản ánh rõ nhất trong đạo luật Sherman (1890) của Mỹ. Tuy nhiên, ban đầu nguyên tắc per se ở Mỹ cũng chỉ áp dụng nhằm nghiêm cấm “mọi thỏa thuận, liên kết dưới dạng độc quyền nhóm (trust – tờ rớt) hoặc tương tự như thế, hoặc là sự câu kết, nhằm hạn chế thương mại”⁹. Trên thực tế, nguyên tắc per se đã được sử dụng trong một phán quyết của Tòa án từ năm 1897¹⁰, và chính thức được nhắc lại như một án lệ trong phán quyết của Tòa án tối cao Mỹ vào năm 1940¹¹. Dẫu vậy, việc áp dụng nguyên tắc per se vẫn có sự bất nhất giữa các tòa. Cụ

thể, có tòa vẫn buộc phải phân tích và giải thích về bản chất của hành vi trong khi có tòa thì không như vậy¹².

Ở châu Âu, nguyên tắc này cũng được phản ánh thông qua Điều 101.1 của Hiệp ước về chức năng của EU¹³. Theo đó, có năm dạng hành vi cụ thể được liệt kê và bị áp dụng nguyên tắc per se là ấn định giá, kiểm soát thị trường, kiểm soát đầu ra, phân biệt đối xử, và ràng buộc hợp đồng. Tuy nhiên, Điều 101.3 của Hiệp ước cũng đưa ra các trường hợp cần cân nhắc để miễn trừ đối với các thỏa thuận hay hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp, như khi nó có lợi cho tiêu dùng. Có nghĩa, trong trường hợp đó, cơ quan nhà nước phải xem xét khi đưa ra lệnh cấm¹⁴.

Với nội dung quy định song hành như vậy, có ý kiến cho rằng, EU thực ra không vận dụng nguyên tắc per se trong kiểm soát cạnh tranh¹⁵. Trên thực tế, các nước cũng hầu như không vận dụng nguyên tắc per se. Qua thời gian, trước những mặt trái cũng như sự phản biện khoa học, nguyên tắc per se đã dần được loại bỏ, thay vào đó là quá trình xem xét, đánh giá kỹ lưỡng của cơ

⁶ Sanjana Krnjak, “Per Se versus Rule of Reason: Economic Analysis of US Supreme Court Predatory Pricing Cases”, Central European University, năm 2012, tr. 1.

⁷ Sanjana Krnjak, “Per Se versus Rule of Reason: Economic Analysis of US Supreme Court Predatory Pricing Cases”, Central European University, năm 2012, tr. 5.

⁸ Alden F. Abbott, *A Brief Overview of American Antitrust Law*, The Competition Law & Policy Guest Lecture Programme, năm 2005, tr. 6.

⁹ Sanjana Krnjak, “Per Se versus Rule of Reason: Economic Analysis of US Supreme Court Predatory Pricing Cases”, Central European University, năm 2012, tr. 5.

¹⁰ Sanjana Krnjak, “Per Se versus Rule of Reason: Economic Analysis of US Supreme Court Predatory Pricing Cases”, Central European University, năm 2012, tr. 4.

¹¹ Caleb Vesey, “Per Se Rules in U.S. and EU Antitrust/Competition Law”, European Union Competition Law, <http://www.eucomplaw.com/comparing-eu-and-us-competition-law/per-se-rules/>, ngày cập nhật 22/12/2015.

¹² Sanjana Krnjak, “Per Se versus Rule of Reason: Economic Analysis of US Supreme Court Predatory Pricing Cases”, Central European University, năm 2012, tr. 6.

¹³ Caleb Vesey, “Per Se Rules in U.S. and EU Antitrust/Competition Law”, European Union Competition Law, <http://www.eucomplaw.com/comparing-eu-and-us-competition-law/per-se-rules/>, ngày cập nhật 22/12/2015.

¹⁴ Caleb Vesey, “Per Se Rules in U.S. and EU Antitrust/Competition Law”, European Union Competition Law, <http://www.eucomplaw.com/comparing-eu-and-us-competition-law/per-se-rules/>, ngày cập nhật 22/12/2015.

¹⁵ Caleb Vesey, “Per Se Rules in U.S. and EU Antitrust/Competition Law”, European Union Competition Law, <http://www.eucomplaw.com/comparing-eu-and-us-competition-law/per-se-rules/>, ngày cập nhật 22/12/2015.

quan cạnh tranh trước khi đưa ra một quyết định chấp nhận hay cấm đoán một hành vi cạnh tranh. Thậm chí ở Mỹ, quốc gia ban đầu áp dụng nguyên tắc per se khá cứng nhắc, Tòa án cũng đã nhận ra rằng, quy tắc này dường như đã không còn phù hợp¹⁶.

Nếu như nguyên tắc per se được hình thành trên cơ sở lập luận thị trường luôn tồn tại và vận hành với những khuyết tật của nó, và vì vậy Luật Cạnh tranh phải có cách để bảo vệ các chủ thể kinh doanh vừa và nhỏ trước sức ép cạnh tranh của doanh nghiệp lớn, thì nhóm ủng hộ sử dụng nguyên tắc hợp lý (rule of reason) luôn nhìn ra ý nghĩa và giá trị về mặt kinh tế của mỗi hành vi cạnh tranh. Theo đó, một hành vi cạnh tranh bị đưa ra truy xét có thể mang lại hiệu quả kinh tế, và thậm chí trả lại cho thị trường sức cạnh tranh nhiều hơn, thay vì bị cáo buộc¹⁷. Nói cách khác, theo quan điểm ủng hộ sử dụng nguyên tắc hợp lý, không phải mọi hành vi thỏa thuận, độc quyền, hay sáp nhập đều là hành vi gây hại cho thị trường và nền kinh tế. Với lập luận như vậy, đòi hỏi về việc phải chứng minh sự tác động của vụ việc ngày càng mạnh mẽ và trở thành sức ép lớn hơn đối với cơ quan thụ lý vụ việc¹⁸. Dẫu vậy, có nhiều trường hợp việc xác định hoàn cảnh và thực trạng thị trường trở nên hết sức khó khăn, và việc áp dụng nguyên tắc hợp lý trong những tình

huống đó có thể sẽ mắc phải sai sót¹⁹.

Tại Mỹ, nguyên tắc hợp lý cũng dần được áp dụng bởi ngày càng có nhiều Tòa án nhận thấy sự cần thiết phải phân tích, đánh giá để cân bằng giữa khả năng tạo hoặc phản cạnh tranh của một thỏa thuận. Năm 1911, phán quyết đầu tiên về sáp nhập và độc quyền đã đề cập đến nguyên tắc hợp lý²⁰. Khi Tòa án đã xem xét tác động của vụ sáp nhập, đặc biệt là chú ý của các bên khi tiến hành thỏa thuận²¹. Đáng nói hơn, sau hơn 20 năm kể từ phán quyết đặt tiền lệ cho nguyên tắc per se, Tòa án tối cao Mỹ đã thừa nhận nguyên tắc hợp lý trong một phán quyết năm 1967 với nhận định nguyên tắc per se chỉ áp dụng cho các thỏa thuận chứ không phải áp dụng cho tất cả các hành vi cạnh tranh khác²².

Đối với sáp nhập, cơ quan quản lý cạnh tranh cần phải tiến hành đánh giá vụ sáp nhập để có cơ sở ra quyết định thông qua hoặc ngăn cản. Trên thực tế, quá trình đánh giá này diễn ra nhiều bước, kỹ lưỡng và chặt chẽ²³. Nói cách khác, hoạt động sáp nhập tự thân nó không thể được suy luận là

¹⁶ Alden F. Abbott, *A Brief Overview of American Antitrust Law*, The University of Oxford (Centre for Competition Law and Policy), năm 2005, tr. 9.

¹⁷ Alden F. Abbott, *A Brief Overview of American Antitrust Law*, The University of Oxford (Centre for Competition Law and Policy), năm 2005, tr. 8.

¹⁸ Iwo Małobęcki, “Per Se Approach v. Rule of Reason: Tying and Bundling in European Competition Law - A Legal and Economic Analysis”, Office of Competition and Consumer Protection, Warsaw, năm 2013, tr. 5-7.

¹⁹ Damien J. Neven, “The Analysis of Conglomerate Effects in EU Merger Control”, in *Advances in the Economics of Competition Law* (MIT Press, 2005), tr. 36.

²⁰ Sanjana Krnjak, “Per Se versus Rule of Reason: Economic Analysis of US Supreme Court Predatory Pricing Cases”, tr. 4.

²¹ Sanjana Krnjak, “Per Se versus Rule of Reason: Economic Analysis of US Supreme Court Predatory Pricing Cases”, tr. 8.

²² Caleb Vesey, “Per Se Rules in U.S. and EU Antitrust/Competition Law”, *European Union Competition Law*, <http://www.eucomplaw.com/comparing-eu-and-us-competition-law/per-se-rules/>, ngày cập nhật 22/12/2015.

²³ Xem thêm: Alden F. Abbott, *A Brief Overview of American Antitrust Law*, The University of Oxford (Centre for Competition Law and Policy), năm 2005, tr. 30-34.

đã vi phạm theo nền tảng của nguyên tắc per se mà thay vào đó là dấu hiệu của nguyên tắc hợp lý phải được phản ánh, ngay cả khi việc đánh giá diễn ra nhanh chóng (quick look) như cách thức tiếp cận của Mỹ những năm cuối 1970 đầu 1980²⁴; hay đó có thể là một cách thức tiếp cận mới dựa trên việc xem xét tác động của vụ việc đối với cạnh tranh và thị trường.

1.3. Tiêu chí thị phần trong kiểm soát sáp nhập

Thông thường, trước khi đánh giá tác động vụ sáp nhập, cơ quan quản lý cạnh tranh có thể dựa vào một số tiêu chí để nhận diện ban đầu mức độ ảnh hưởng của vụ sáp nhập đó. Tiêu chí được sử dụng khá phổ biến là thị phần hay thị phần kết hợp của các bên sáp nhập.

Điều đó có nghĩa, pháp luật cạnh tranh không ngăn cấm các hành vi phản cạnh tranh như nguyên tắc per se. Với tiêu chí thị phần, nó có thể được mô tả bằng một cụm từ khác là: Ngăn cấm có điều kiện. Ví dụ, theo quy định của Luật Cạnh tranh Việt Nam, vụ sáp nhập sẽ bị ngăn cấm khi thị phần kết hợp của các bên vượt quá 50% trên thị trường liên quan (Điều 18). Cơ quan quản lý cạnh tranh không cần phải tiến hành các bước điều tra tiếp theo, và không cần phải đánh giá vụ sáp nhập. Con số thị phần vượt ngưỡng 50% đủ để cơ quan quản lý cạnh tranh có thể đưa ra quyết định từ chối tiếp nhận hồ sơ.

Theo cách tiếp cận của châu Âu, kiểm soát sáp nhập không đối lập và phù nhận hoàn toàn nguyên tắc per se²⁵. Theo các

chuyên gia, đây có thể được gọi là bán per se (quasi per se rule)²⁶. Báo cáo của OECD cho thấy, đây là một điển hình cho việc đánh giá về mức độ thống lĩnh thị trường của doanh nghiệp tham gia sáp nhập²⁷. Tuy nhiên, thực tế sử dụng nguyên tắc này đã gây ra nhiều tranh cãi, vì bản thân nó cũng khó có thể loại trừ những rủi ro trong kiểm soát sáp nhập nếu như cơ quan quản lý cạnh tranh không tiến hành đánh giá về ảnh hưởng của vụ sáp nhập trong tương lai. Chính vì vậy, ngày càng có nhiều nước chuyển sang cách đánh giá mức độ làm giảm sút cạnh tranh của vụ sáp nhập²⁸.

1.4. Thị phần kết hợp - tiêu chí duy nhất trong kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam

Luật Cạnh tranh Việt Nam sử dụng tiêu chí thị phần kết hợp là cơ sở để cơ quan quản lý cạnh tranh ra quyết định ngăn cấm hay không ngăn cấm vụ sáp nhập. Thực tế, các nước cũng sử dụng tiêu chí thị phần như là cơ sở đầu tiên cho hoạt động kiểm soát này²⁹. Điều khác biệt là, Luật Cạnh tranh Việt Nam đã sử dụng tiêu chí thị phần kết hợp của các doanh nghiệp sáp nhập là tiêu chí duy nhất để cơ quan quản lý cạnh tranh đưa ra kết luận cuối cùng³⁰. Điều này làm cho quá trình kiểm soát sáp nhập ở Việt Nam gặp khá nhiều rủi ro.

Bilgi University, Istanbul, 23/9 2006), tr. 26.

²⁶ Masashiro Murakami, *The Japanese Antimonopoly Act*, Commercial Law, 2003, 111; Akira Inoue, *Antitrust Enforcement in Japan: History, Rhetoric and Law of the Antimonopoly Act* (Japan: Dai Ichi Hoki Co., Ltd., 2012), tr. 58.

²⁷ OECD, "Policy Roundtables: Standard for Merger Review", năm 2009, tr. 7.

²⁸ OECD, "Policy Roundtables: Standard for Merger Review", năm 2009, tr. 7.

²⁹ Thomas E. Kauper, "The Problem of Market Definition Under EC Competition Law", *Fordham International Law Journal* 20, no. 5 (1996), tr. 1687.

³⁰ Tiêu chí này cũng đồng thời là tiêu chí để áp dụng thủ tục thông báo.

²⁴ Alden F. Abbott, *A Brief Overview of American Antitrust Law*, The University of Oxford (Centre for Competition Law and Policy), năm 2005, tr. 9.

²⁵ Thomas J. Doleys, "The Origins of EU Merger Control: Insights from Agency Theory" (presented at Third Pan-European Conference on EU Politics,

Một là, thông số sáp nhập phụ thuộc khá lớn vào kết quả xác định thị trường liên quan. Do đó, sẽ rất nguy hiểm nếu như kết quả phân tích và xác định thị trường liên quan không chính xác. Vậy nên, thị phần không thể là chứng cứ chắc chắn chứng minh về sức mạnh thị trường của doanh nghiệp³¹.

Hai là, bản thân thị phần là thông số lịch sử, nó có thể phản ánh tình trạng của doanh nghiệp trong thời gian đã qua chứ khó có thể nhận định về khả năng của doanh nghiệp trong thời gian sắp tới. Chẳng hạn, theo quy định của Luật Cạnh tranh Việt Nam, thị phần của doanh nghiệp được xác định dựa vào doanh thu/doanh số của doanh nghiệp và thị trường trong năm tài chính trước đó. Điều này rõ ràng đi ngược lại với quá trình sáp nhập và bản chất của hoạt động kiểm soát sáp nhập là đánh giá khả năng tác động sau thời điểm sáp nhập. Đặc biệt, trong những thị trường năng động và liên tục thay đổi, thông số thị phần của doanh nghiệp sẽ không bất biến³². Điều này dễ nhận thấy ở những thị trường mà rào cản gia nhập yếu hay luôn có sự cải tiến và thay đổi về mặt kỹ thuật, công nghệ³³.

Ba là, thị phần kết hợp không thể xác định được trong trường hợp các bên tiến hành vụ sáp nhập theo chiều dọc hay sáp nhập hỗn hợp³⁴. Bởi lẽ, “thị phần kết hợp là

tổng thị phần trên thị trường liên quan của các doanh nghiệp” (khoản 6 Điều 3 Luật Cạnh tranh Việt Nam) mà các bên doanh nghiệp trong vụ sáp nhập chiều dọc hay hỗn hợp³⁵ không có chung thị trường. Điều này vô tình buộc cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam phải bỏ qua các vụ sáp nhập như vậy dù Luật Cạnh tranh không tuyên bố từ bỏ mà chỉ kiểm soát sáp nhập theo chiều ngang.

Với những lý do trên, thị phần kết hợp không đủ sức để phản ánh khả năng chệch hướng của thị trường³⁶. Và khi thị phần kết hợp là tiêu chí duy nhất, cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam sẽ rất khó khăn trong việc ra quyết định khi con số thị phần kết hợp bị sai sót hay bị vô hiệu hoá.

2. Một số tiêu chí đánh giá tác động sáp nhập của các quốc gia trên thế giới

2.1. Chỉ số HHI

Thay vì tiêu chí thị phần, có quốc gia còn sử dụng chỉ số HHI (Herfindahl-Hirschman Index) làm cơ sở cho việc kiểm soát sáp nhập, như Mỹ; có quốc gia sử dụng kết hợp cả thị phần và HHI, như Nhật Bản.

Cũng trên sở sở khảo sát thị phần, nhưng HHI được tính toán bằng một cách thức khác, thể hiện mức độ tập trung của thị

³¹ Thomas E. Kauper, “The Problem of Market Definition Under EC Competition Law”, Fordham International Law Journal 20, no. 5 (1996), tr. 1683.

³² McHarsky-Todoroff Emile, “The Value of Using Market Share Data for Analysis in Competition Law”, năm 2012, tr. 4, <http://ssrn.com/abstract=2393180>.

³³ Office of Fair Trading, *Assessment of Market Power: Understanding Competition Law*, Competition law guideline, England, năm 2004, tr. 12.

³⁴ Lawrence Wu et al., “Merger Screens: Market Share-Based Approaches Versus ‘Upward Pricing Pressure’”, *American Bar Association* 9, no. 3, The

antitrust source (February 2010), tr. 1, <http://ssrn.com/abstract=1567539>.

³⁵ Sáp nhập theo chiều dọc là sáp nhập giữa các doanh nghiệp hoạt động ở những vị trí khác nhau trong một chuỗi/quy trình sản xuất cung ứng (như giữa doanh nghiệp cung cấp nguyên vật liệu với doanh nghiệp sản xuất, hay giữa doanh nghiệp sản xuất với doanh nghiệp hoạt động phân phối, hay giữa tất cả các doanh nghiệp nói trên). Sáp nhập hỗn hợp là sáp nhập các doanh nghiệp hoạt động ở nhiều ngành nghề/lĩnh vực/thị trường. Vậy, để đảm bảo cho quá trình điều tra tiến hành phù hợp, cơ quan quản lý cạnh tranh cần phải phân định rõ loại vụ việc sáp nhập ngay sau khi thụ lý hồ sơ.

³⁶ Wu et al., “Merger Screens: Market Share-Based Approaches Versus “Upward Pricing Pressure”, tr. 6.

trường rõ nét hơn. Đây là thông số được tính bằng tổng bình phương giá trị thị phần của các doanh nghiệp tham gia sáp nhập. Ví dụ, nếu 2 doanh nghiệp sáp nhập có thị phần lần lượt là 30% và 30% thì HHI sẽ là 1.800 ($30^2 + 30^2 = 900 + 900 = 1.800$). Với cách thức tính toán như vậy, giá trị lớn nhất của HHI là 10.000.

Tuy nhiên, chỉ cần HHI đạt đến một mức nhất định, doanh nghiệp tiến hành sáp nhập có thể bị cho là có sức mạnh thị trường, và vụ sáp nhập đó có thể bị cấm. Mỗi quốc gia sẽ áp đặt con số cụ thể khác nhau, do đặc tính của thị trường và trình độ phát triển của nền kinh tế. Nhiều quốc gia sử dụng ngưỡng từ 1.800 trở lên làm căn cứ kiểm toả các vụ sáp nhập³⁷. Ở Nhật Bản, con số này là 1.500³⁸. Tại Mỹ, ngưỡng HHI là 1.500 nếu sáp nhập chiều ngang, và 1.800 nếu sáp nhập chiều dọc hay hỗn hợp³⁹.

Ngoài ra, cũng như khi sử dụng tiêu chí thị phần, một số quốc gia còn quan tâm đến mức thay đổi HHI trước và sau sáp nhập⁴⁰. Chính mức thay đổi lớn của HHI nói lên sự thay đổi của cấu trúc và hiện trạng thị trường. Do vậy, dù HHI lớn nhưng mức

thay đổi không lớn, thì vụ sáp nhập vẫn có thể được tiến hành bởi hiện trạng của thị trường không có sự biến động.

Một điểm đáng chú ý, HHI là chỉ số được tính toán trên cơ sở thị phần của doanh nghiệp. Có thể không có sự khác biệt giữa việc sử dụng tiêu chí thị phần và HHI để đưa ra kết luận kiểm soát, với ví dụ khi thị phần kết hợp là 60%, lớn hơn ngưỡng 50% (như quy định của Luật Cạnh tranh Việt Nam) thì vụ sáp nhập bị cấm, và với con số HHI 1.800 thì vụ sáp nhập cũng rơi vào tình huống tương tự.

Tuy nhiên, lý do để HHI tạo ra sự tin tưởng cho các cơ quan quản lý cạnh tranh chính là vì HHI có thể phản ánh rõ hơn mức độ tập trung thị trường của một/một vài doanh nghiệp trong vụ sáp nhập. Đơn cử, cũng là thị phần kết hợp 60% nhưng nếu con số đó phân phối không đều giữa hai doanh nghiệp sáp nhập thì kết quả HHI sẽ khác. Giả sử hai doanh nghiệp lần lượt nắm giữ 20% và 40% thì HHI sẽ là 2.000. Nếu được phân phối lần lượt là 10% và 50% thì HHI sẽ là 2.500. Với con số thị phần để nhận diện, rõ ràng kết quả HHI phản ánh khá rõ những doanh nghiệp có sức mạnh thị trường/thị phần khá lớn đang tiến hành vụ sáp nhập. Kết quả tác động của vụ sáp nhập đó tất nhiên sẽ mạnh mẽ hơn so với vụ sáp nhập giữa hai doanh nghiệp có thị phần phân phối đều, ít tập trung.

2.2. Một số tiêu chí khác

Ngoài thị phần và chỉ số HHI, để đảm bảo tính hiệu quả trong phân tích, kiểm soát sáp nhập, cơ quan quản lý cạnh tranh các quốc gia còn có thể sử dụng nhiều tiêu chí khác nhau khi đánh giá tác động của vụ việc đối với thị trường⁴¹. Một số tiêu chí được sử

³⁷ Lawrence Wu et al., “Merger Screens: Market Share-Based Approaches Versus ‘Upward Pricing Pressure’”, American Bar Association 9, no. 3, The antitrust source (February 2010), tr. 8.

³⁸ JFTC’s Merger Guidelines, tr. 20 (2011).

³⁹ U.S. Department of Justice and U.S. FTC, “Horizontal Merger Guidelines 2010”. n.d., 19; U.S. Department of Justice and U.S. FTC, “Non-Horizontal Merger Guidelines 1984”, tr. 25.

⁴⁰ Ví dụ, trong quy tắc kiểm soát sáp nhập của châu Âu, con số này là 200. Theo Hướng dẫn sáp nhập của Cơ quan cạnh tranh Nhật Bản thì con số này có thể là 250 hay 150 tùy trường hợp; Hướng dẫn của Ủy ban thương mại lãnh mạnh Hoa Kỳ từ 100. Xem: Wu et al., “Merger Screens: Market Share-Based Approaches Versus ‘Upward Pricing Pressure’”, tr. 8; JFTC’s Merger Guidelines, tr. 20 (2011); US. FTC, Horizontal merger guidelines 2010, tr. 19.

⁴¹ OECD, “Policy Roundtables: Dynamic Efficiencies in Merger Analysis”, năm 2007, tr. 10.

dụng phổ biến như⁴²:

(i) Vị trí của nhóm công ty và tình trạng cạnh tranh. Ở tiêu chí này, cơ quan cạnh tranh sẽ xem xét thị phần của doanh nghiệp và vị trí của nó trên thị trường; cạnh tranh trong quá khứ; khả năng thâm nhập thị trường trong tương lai của doanh nghiệp; thị phần khác biệt của các đối thủ hay khả năng gia nhập thị trường của đối thủ.

(ii) Sức ép từ nhập khẩu, với các dấu hiệu như: rào cản chính sách, pháp lý; chi phí vận chuyển và phân phối; khả năng thay thế của sản phẩm nhập khẩu với sản phẩm nội địa.

(iii) Khả năng gia nhập thị trường của đối thủ cạnh tranh mới.

(iv) Sức ép từ thị trường lân cận, cả thị trường sản phẩm liên quan lẫn thị trường địa lý liên quan.

(v) Sức ép từ người tiêu dùng, đặc biệt là người tiêu dùng có dễ dàng thay đổi người cung cấp hàng hoá, dịch vụ hay không.

(vi) Khả năng kinh doanh của doanh nghiệp nói chung.

(vii) Năng lực tài chính của doanh nghiệp.

(viii) Thực tiễn thương mại, như: điều kiện thương mại; xu hướng tiêu dùng; khả năng cải tiến công nghệ.

Quá trình cải tiến mục tiêu và quy trình kiểm soát sáp nhập của các quốc gia trên thế giới cho thấy, hoạt động này đã chuyển từ việc chỉ xem xét và đánh giá sự thay đổi về mặt cấu trúc thị trường sang cách thức tiếp

cận dựa trên sự tác động của vụ việc đến thị trường một cách thật sự (effects-based approach)⁴³. Vì vậy, ngoài thị phần và HHI, những tiêu chí chỉ đơn thuần phản ánh sự thay đổi về mặt cấu trúc thị trường sẽ không có ý nghĩa⁴⁴, cơ quan quản lý cạnh tranh thường phải sử dụng những tiêu chí nêu trên.

Ngoài ra, như đề cập ở trên, các nước có thể tiếp cận ở mức độ thống lĩnh thị trường để kiểm soát sáp nhập. Nhưng ngày càng có nhiều nước tiếp cận theo cách phân tích tác động của vụ sáp nhập đối với thị trường, mà phổ biến là phương pháp đánh giá sức ép tăng giá sau sáp nhập (*Upward Pricing Pressure – UPP*). Đặc biệt, cũng có nơi sử dụng kết hợp cả hai cách tiếp cận này, như EU⁴⁵. Nhưng theo khuyến cáo của OECD, việc phân tích phải dựa trên cơ sở các manh mối mang tính kinh tế của hoạt động sáp nhập, và các lý thuyết kinh tế có liên quan⁴⁶.

Với rất nhiều tiêu chí nêu trên, có thể thấy rằng, cơ quan quản lý cạnh tranh có rất nhiều việc phải làm trong giai đoạn điều tra. Và đây là công đoạn rất quan trọng, bởi lẽ nếu các thông tin cần thiết không được thu thập đủ thì quá trình đánh giá tác động vụ sáp nhập sau đó sẽ trở nên khó khăn, và nhiều khi mắc sai sót.

Tuy nhiên, cũng lưu ý là tùy từng trường hợp, cơ quan quản lý cạnh tranh sẽ lựa chọn tiêu chí để khảo sát và đánh giá.

⁴² Slaughter May, “The EU Merger Regulation: An Overview of European Merger Control Rules”, năm 2015, tr. 21-25; U.S. Department of Justice and U.S. FTC, “Horizontal Merger Guidelines 2010”; U.S. Department of Justice and U.S. FTC, “Non-Horizontal Merger Guidelines 1984”; JFTC, “JFTC’s Merger Guidelines”.

⁴³ Peter-Carlo Lehrell, “Current Problems in European Merger Control”, *19th St.Gallen International Competition Law Forum ICF* (August 6, 2012), tr. 10-11.

⁴⁴ Peter-Carlo Lehrell, “Current Problems in European Merger Control”, *19th St.Gallen International Competition Law Forum ICF* (August 6, 2012): tr. 9-10.

⁴⁵ OECD, “Policy Roundtables: Standard for Merger Review”, tr. 7.

⁴⁶ OECD, “Policy Roundtables: Economic Evidence in Merger Analysis”, năm 2011, tr. 11-14.

Điều này phụ thuộc vào loại sáp nhập (chiều ngang, chiều dọc hay hỗn hợp), đặc điểm, điều kiện của thị trường, và đặc biệt là lĩnh vực kinh doanh.

Tất cả các tiêu chí được lựa chọn sẽ được đánh giá trong một mối quan hệ tổng thể, không phụ thuộc vào vị trí chính yếu hay thứ yếu của các căn cứ. Hay nói cách khác, không có tiêu chí chính/phụ, và một tiêu chí duy nhất trong đánh giá tác động của một vụ sáp nhập. Điều đó cho thấy, cách tiếp cận của Luật Cạnh tranh Việt Nam là khá khác biệt, vì vụ sáp nhập có thể không mang lại sức mạnh thị trường cho doanh nghiệp sáp nhập cho dù thị phần của doanh nghiệp là rất cao.

Ví dụ, hai vụ việc dưới đây tại Nhật Bản và Mỹ cho thấy: (i) Cơ quan quản lý cạnh tranh các nước luôn đánh giá rất cẩn trọng sự ảnh hưởng của vụ sáp nhập đối với cạnh tranh, và (ii) Dựa trên nhiều yếu tố khác nhau⁴⁷.

Vụ sáp nhập giữa Công ty thép Nippon (NSC) và Công ty sản xuất công nghiệp Sumitomo (SMI) của Nhật Bản

Hai công ty NSC và SMI hoạt động ở lĩnh vực sản xuất và phân phối sản phẩm thép đã sáp nhập vào năm 2012 sau khi tự nhận định là vụ sáp nhập không có khả năng gây hạn chế cạnh tranh trên tất cả các thị trường sản phẩm liên quan là sản phẩm thép, titan và kinh doanh kỹ thuật⁴⁸.

Tuy nhiên, Cơ quan cạnh tranh Nhật Bản (JFTC) xác định vụ việc liên quan đến

6 lĩnh vực (tám thép dẫn điện không có hạt định hướng, kinh doanh kỹ thuật ống dẫn ga cường áp, cọc ván thép, ống hàn xoắn ốc, tám thép cán nóng, thép hình chữ H) và kết luận rằng, kế hoạch sáp nhập có thể gây hạn chế cạnh tranh ở hai lĩnh vực đầu tiên.

Cụ thể, ở lĩnh vực tám thép dẫn điện không có hạt định hướng, thị trường sẽ trở nên ít cạnh tranh hơn do số lượng các công ty sẽ giảm từ ba xuống hai. Đặc biệt, các công ty này sẽ trở thành những công ty hàng đầu trên thị trường với con số thị phần kết hợp chiếm khoảng 55% và con số HHI cao. Hơn thế, có cơ sở để nhận thấy đối thủ cạnh tranh “không có khả năng cung ứng” ngay cả khi các bên sáp nhập tăng giá sản phẩm dù doanh nghiệp đối thủ này khá lớn (có thị phần xấp xỉ 40%)⁴⁹. Sức ép nhập khẩu trong trường hợp này cũng không tạo ra hiệu ứng dựa trên cách đánh giá tác động đơn phương lẫn kết hợp đối với vụ việc.

Tình huống tương tự cũng xảy ra ở hoạt động kinh doanh ống dẫn khí ga cường áp. Cụ thể, công ty sau sáp nhập được tính toán sẽ nắm giữ khoảng 60% thị phần có thể lấn át đối thủ cạnh tranh là công ty chỉ nắm giữ khoảng 35% thị phần, cũng như các sức ép cạnh tranh từ nhập khẩu hay người tiêu dùng.

Trong hai vòng rà soát, JFTC đã xem xét tài liệu đệ trình cũng như quan điểm trình bày của các bên; phỏng vấn người tiêu dùng, đối thủ cạnh tranh, thu thập thông tin từ thị trường và công chúng; yêu cầu các bên đệ trình bổ sung tài liệu; giải thích về các vấn đề phát sinh mà JFTC đã chỉ ra. JFTC cũng đã tổ chức nhiều cuộc tiếp xúc với doanh nghiệp sáp nhập theo yêu cầu của các bên để họ giải trình và cung cấp thông tin trực tiếp. Theo đó,

⁴⁷ Trong các vụ việc này, kết luận cuối cùng đều cho thấy vụ việc có khả năng gây hạn chế cạnh tranh. Tuy nhiên, vụ việc vẫn được tiến hành thông qua việc áp dụng các biện pháp khắc phục để loại trừ nguy cơ gây hại đó.

⁴⁸ JFTC, *Report on Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2011* (Japan, June 20, 2012), tr. 4-44.

⁴⁹ JFTC, *Report on Major Business Combination Cases in Fiscal Year 2011* (Japan, June 20, 2012), tr. 11.

JFTC tiến hành đánh giá tác động của vụ sáp nhập, đặc biệt là sau khi đã tiến hành điều tra bổ sung dưới dạng các bảng câu hỏi gửi đến người tiêu dùng và công chúng.

JFTC cũng đã sử dụng rất nhiều tiêu chí khác nhau để đánh giá mức độ tác động của vụ sáp nhập. Lấy thị trường ống thép mạ điện không có hạt định hướng làm ví dụ, JFTC đã xem xét: Sự thay đổi cấu trúc thị trường bởi vụ sáp nhập và các vấn đề phát sinh (trong đó có thị phần và HHI); cạnh tranh trong quá khứ; khả năng cung ứng của mỗi doanh nghiệp; sức ép từ nhập khẩu; và sức ép cạnh tranh từ người tiêu dùng.

Vụ Pepsi Co. mua lại Tập đoàn Pepsi Bottling (PBG) và Công ty PepsiAmericas (PAS) của Mỹ

Năm 2010, Pepsi Co. đã ra quyết định mua lại PBG và PAS là hai công ty đóng chai và phân phối độc lập của Pepsi Co.⁵⁰. Kết quả, Pepsi Co. đã sở hữu khoảng 40% của PBG và khoảng 43% của PAS, và chiếm khoảng 3/4 doanh số bán hàng nước giải khát có ga tại Mỹ. Điều đặc biệt, hai công ty này cũng sản xuất và phân phối các mặt hàng cùng loại của Dr Pepper Snapple (DPSG), một doanh nghiệp đối thủ của Pepsi Co.

Quyết định mua lại này cho phép Pepsi Co. tiếp cận hoạt động sản xuất, phân phối, thị trường và chia sẻ các thông tin kinh doanh nhạy cảm của DPSG, đơn vị nắm 20% doanh số bán hàng nước giải khát tại Mỹ. Con số này sau vụ mua lại cũng sẽ nằm dưới sự kiểm soát của Pepsi Co.. Đặc biệt, thông qua PBG và PAS, Pepsi Co. đã được

DPSG đồng ý cấp phép độc quyền để phân phối các mặt hàng trong vòng 20 năm.

Đó là lý do Cơ quan cạnh tranh Hoa Kỳ (UFTC) đã nhận định và cho rằng, vụ việc gây hạn chế cạnh tranh và đệ trình ra Tòa án Hoa Kỳ để xem xét. Trong nội dung đệ trình (đã được Tòa chấp nhận), sau khi xác định thị trường sản phẩm và thị trường địa lý liên quan, UFTC đã phân tích các yếu tố sau trong quá trình đánh giá tác động đối với thị trường:

(i) Điều kiện gia nhập thị trường: UFTC cho rằng, khả năng gia nhập thị trường là khó khăn, không kịp thời và rất có thể nếu có cũng không đủ sức để ngăn chặn hoặc giảm thiểu bất kỳ tác động phản cạnh tranh nào.

(ii) Cấu trúc thị trường: UFTC cho rằng, mức độ tập trung sức mạnh thị trường của Pepsi Co. sau vụ mua lại là rất cao thông qua chỉ số HHI. Đặc biệt, các thương hiệu nước giải khát có ga của Pepsi Co. và DPSG là lựa chọn hàng đầu cho một số lượng đáng kể người tiêu dùng.

Kết luận

Trên cơ sở phân tích, đánh giá các tiêu chí kiểm soát sáp nhập ở trên, chúng tôi cho rằng, Luật Cạnh tranh Việt Nam cần có cách quy định cởi mở hơn đối với hoạt động tập trung kinh tế, cụ thể không nên cấm tập trung kinh tế khi thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia tập trung chiếm trên 50% thị phần mà chỉ nên quy định cơ chế giám sát cho những trường hợp này. Đặc biệt, cơ quan quản lý cạnh tranh Việt Nam cần phát huy tính chủ động, tăng cường giám sát, và tự mình phân tích, đánh giá tác động hạn chế cạnh tranh của vụ sáp nhập, thay vì đơn thuần dựa vào thông tin, số liệu, và dữ liệu về thị phần do các bên cung cấp.

⁵⁰ Thông tin, hồ sơ vụ việc được tải từ website của Ủy ban Thương mại Liên bang Hoa Kỳ, <https://www.ftc.gov/enforcement/cases-proceedings/091-0133/pepsico-inc-matter>, cập nhật ngày 3/3/2016.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ VIỆC HÌNH THÀNH, SỬ DỤNG VÀ PHÁT TRIỂN QUỸ BẢO HIỂM XÃ HỘI THEO LUẬT BẢO HIỂM XÃ HỘI NĂM 2014

*Đỗ Quang Hải**
*Phạm Thị Thi***

Tóm tắt: Bài viết đề cập đến một số vấn đề pháp lý cũng như thực tiễn áp dụng Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 trong việc hình thành, sử dụng và phát triển quỹ bảo hiểm xã hội hiện nay.

Abstract: The article discusses some legal issues and practice of enforcement of the Law on Social Insurance of 2014 with respect to establishment, use and development of the Social Insurance Fund currently.

1. Khái niệm và cấu trúc quỹ bảo hiểm xã hội

Theo quy định tại khoản 4 Điều 3 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014, quỹ bảo hiểm xã hội được hiểu là: “quỹ tài chính độc lập với ngân sách nhà nước, được hình thành từ đóng góp của người lao động, người sử dụng lao động và có sự hỗ trợ của Nhà nước”. Được tách ra từ ngân sách nhà nước từ tháng 10/1995¹, quỹ bảo hiểm xã hội hoạt động độc lập theo các quy luật của thị trường. Theo đó, quỹ bảo hiểm xã hội hạch toán độc lập, sử dụng đúng mục đích và được quản lý tập trung, công khai, minh bạch. Nguồn chủ yếu hình thành nên quỹ bảo hiểm xã hội là các khoản đóng góp từ nguồn thu nhập của người lao động và người sử dụng lao động. Bên cạnh đó, quỹ bảo hiểm xã hội còn được hình thành từ các khoản tiền lãi phát sinh từ hoạt động đầu tư của quỹ cũng như khoản đóng góp của Nhà nước hỗ trợ cho các đối tượng tham gia bảo

hiểm xã hội tự nguyện là hộ nghèo, hộ cận nghèo và các đối tượng khác.

Quỹ bảo hiểm xã hội được tạo thành từ các quỹ thành phần, gồm: quỹ ốm đau và thai sản; quỹ tai nạn lao động và bệnh nghề nghiệp; quỹ hưu trí và tử tuất. Trên cơ sở đóng bảo hiểm xã hội hàng tháng của người lao động và người sử dụng lao động, mức đóng được phân bổ cho các quỹ thành phần như sau: khoản đóng bảo hiểm xã hội của người lao động được phân bổ vào quỹ hưu trí và tử tuất; đối với người sử dụng lao động, khoản đóng bảo hiểm xã hội sẽ được phân bổ vào các quỹ ốm đau, thai sản, quỹ tai nạn lao động và bệnh nghề nghiệp, quỹ hưu trí và tử tuất. Như vậy, quỹ hưu trí và tử tuất chiếm tỷ trọng nhiều nhất trong tổng số tiền người lao động và người sử dụng lao động đóng bảo hiểm xã hội.

Một điểm mới cơ bản là quy định về bảo hiểm hưu trí bổ sung tại khoản 7 Điều 3 của Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 so với Luật Bảo hiểm xã hội năm 2006. Đây là chính sách bảo hiểm xã hội mang tính chất hoàn toàn tự nguyện dựa trên cơ sở đóng góp của người lao động và người sử dụng lao động dưới hình thức tài khoản tiết kiệm

* Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ngãi.

** ThS., Trường Đại học Tài chính-Kế toán.

¹ Nguyễn Hữu Chí, “Quỹ bảo hiểm xã hội và một số vấn đề về bảo toàn, phát triển quỹ bảo hiểm xã hội”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6/2006, tr. 65.

cá nhân, được bảo toàn và tích lũy thông qua hoạt động đầu tư theo quy định của pháp luật. Có thể nói, với quy định mới về bảo hiểm hưu trí bổ sung vừa góp phần đáp ứng nhu cầu được hưởng lương cao hơn khi về già của người lao động vừa đáp ứng mục tiêu đảm bảo an sinh xã hội của người sử dụng lao động. Bởi nhiều người lao động có thu nhập cao luôn muốn mức lương hưu của họ tương ứng với mức lương khi họ còn đi làm. Với người sử dụng lao động, việc áp dụng chính sách bảo hiểm hưu trí bổ sung sẽ giúp doanh nghiệp thu hút nhân tài cũng như khuyến khích họ làm việc lâu dài và nhận được sự ưu đãi về thuế khi tính thuế thu nhập doanh nghiệp. Cụ thể, căn cứ khoản 2 Điều 9 Nghị định 218/2013/NĐ-CP thì các khoản đóng góp bảo hiểm xã hội bắt buộc của doanh nghiệp được miễn thuế thu nhập doanh nghiệp; theo khoản 8 Điều 2 Nghị định 12/2015/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của các Luật về thuế và sửa đổi, bổ sung một số điều của các Nghị định về thuế thì khoản tiền đóng bảo hiểm xã hội của người lao động được miễn thuế thu nhập cá nhân. Tuy nhiên, hiện nay, Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 chỉ mới dừng lại ở việc ghi nhận quy định về bảo hiểm hưu trí bổ sung mà vẫn chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể. Do vậy, cần sớm ban hành Nghị định hướng dẫn về vấn đề này. Bên cạnh đó, việc ban hành và thực hiện chính sách bảo hiểm hưu trí bổ sung còn góp phần hiện thực hóa chủ trương tại Nghị quyết số 21-NQ/TW của Bộ Chính trị đối với công tác phát triển hệ thống an sinh xã hội ở nước ta².

² Nghị quyết số 21-NQ/TW ngày 22/11/2012 của Bộ Chính trị về tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế giai đoạn 2012 – 2020.

2. Mức đóng và phương thức đóng bảo hiểm xã hội

Theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014, có hai cách tham gia bảo hiểm xã hội là bảo hiểm xã hội bắt buộc (áp dụng với cả người lao động và người sử dụng lao động) và bảo hiểm xã hội tự nguyện (áp dụng với người lao động là công dân Việt Nam từ đủ 15 tuổi trở lên và không thuộc đối tượng tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc).

a. Đối với người lao động

Hàng tháng, người lao động đóng 8% mức tiền lương tháng vào quỹ hưu trí và tử tuất. Riêng đối với người lao động là người hoạt động không chuyên trách ở xã, phường, thị trấn thì hàng tháng đóng 8% mức lương cơ sở. Đối với người lao động là người đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng quy định tại Luật Người lao động Việt Nam đi làm việc ở nước ngoài theo hợp đồng thì mức đóng là 22% mức tiền lương tháng trước khi đi làm việc ở nước ngoài; 22% của 02 lần mức lương cơ sở đối với người lao động chưa tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc hoặc đã tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc nhưng, đã hưởng bảo hiểm xã hội một lần; và người tham gia có thể lựa chọn phương thức đóng 03 tháng, 06 tháng, 12 tháng hoặc đóng một lần theo thời hạn ghi trong hợp đồng đưa người lao động đi làm việc ở nước ngoài. Nếu tiền lương tháng đóng bảo hiểm xã hội cao hơn 20 lần mức lương cơ sở thì tiền lương tháng đóng bảo hiểm xã hội trong trường hợp này bằng 20 lần mức lương cơ sở.

Người lao động tham gia bảo hiểm xã hội tự nguyện có mức đóng hàng tháng bằng 22% mức thu nhập tháng do người lao động lựa chọn để đóng vào quỹ hưu trí và tử tuất. Trường hợp này, người lao động có thể

lựa chọn phương thức đóng hàng tháng, 03 tháng, 06 tháng, 1 năm hoặc một lần cho nhiều năm về sau, nhưng không quá 05 năm cho một lần đóng. Tuy nhiên, mức đóng này cũng không vượt quá 20 lần mức lương cơ sở tại thời điểm đóng.

Như vậy, có hai cơ sở để tính mức đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc của người lao động là mức tiền lương tháng³ và mức lương cơ sở (chỉ áp dụng đối với người hoạt động không chuyên trách ở cấp xã). Cụ thể, tiền lương tháng đóng bảo hiểm xã hội bắt buộc đối với người lao động thuộc đối tượng thực hiện chế độ tiền lương do Nhà nước quy định là tiền lương theo ngạch, bậc, cấp bậc quân hàm và các khoản phụ cấp chức vụ, phụ cấp thâm niên vượt khung, phụ cấp thâm niên nghề (nếu có). Đối với người lao động thực hiện chế độ tiền lương do người sử dụng lao động quyết định thì tiền lương tháng đóng bảo hiểm xã hội là mức lương và phụ cấp lương theo quy định của pháp luật về lao động. Theo đó, các khoản phụ cấp lương để bù đắp các yếu tố về điều kiện lao động, tính chất phức tạp công việc, điều kiện sinh hoạt... sẽ là cơ sở để tính đóng bảo hiểm xã hội⁴. Sự thay đổi về cách tính tiền lương tháng đóng bảo hiểm xã hội đối với người lao động thực hiện chế độ tiền lương do người lao động sử dụng tự quyết định đã góp phần bảo vệ quyền lợi của đông đảo người lao động. Theo quy định của Luật Bảo hiểm xã hội

năm 2006, cơ sở đóng bảo hiểm xã hội chỉ dựa trên mức tiền lương, tiền công. Do đó, trên thực tế đã có nhiều doanh nghiệp, người sử dụng lao động chia thu nhập thực tế của người lao động thành nhiều khoản và chọn mức lương để đóng bảo hiểm xã hội chỉ bằng 50% - 70 % tổng thu nhập, hoặc sử dụng mức tiền lương, tiền công được quy định trong hợp đồng lao động làm cơ sở đóng bảo hiểm xã hội cho người lao động mà không có các khoản phụ cấp lương. Điều này ảnh hưởng đến quyền và lợi ích của người lao động. Bởi khi mức lương của người lao động thấp, mức đóng bảo hiểm xã hội của người sử dụng lao động cũng sẽ thấp vì được tính trên cơ sở mức đóng của người lao động. Do đó dẫn đến mức hưởng các chế độ bảo hiểm xã hội của người lao động sẽ không cao và quỹ bảo hiểm xã hội cũng bị mất đi một khoản thu lớn.

Tuy nhiên, mặc dù có sự thay đổi về cấu trúc tiền lương làm cơ sở để đóng bảo hiểm xã hội đối với người lao động, nhưng việc sử dụng các khoản trợ cấp, các khoản thưởng của người lao động để làm cơ sở tính đóng bảo hiểm xã hội cho người lao động kể từ ngày 01/01/2016 – ngày Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 có hiệu lực thi hành vẫn chưa được tính đến. Theo quy định tại Điều 103 Bộ luật Lao động 2012, ngoài tiền lương, tiền công ghi trong hợp đồng lao động cũng như các khoản phụ cấp lương thì người sử dụng lao động có thể thưởng cho người lao động căn cứ vào kết quả sản xuất kinh doanh hàng năm và mức độ hoàn thành công việc của người lao động. Đặc biệt, tại nhiều doanh nghiệp, người sử dụng lao động tự xây dựng và thực hiện chế độ tiền lương thì các khoản thưởng dựa vào kết quả kinh doanh hoặc dựa vào mức độ hoàn thành công việc không chỉ chi trả theo năm mà có thể thưởng theo nửa

³ Xem Điều 5, Điều 89 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014.

⁴ Xem Thông tư 59/2015/TT-BLĐTBXH quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Bảo hiểm xã hội về bảo hiểm bắt buộc và Thông tư 47/2015/TT-BLĐTBXH hướng dẫn thực hiện một số điều về hợp đồng lao động, kỷ luật lao động, trách nhiệm vật chất của Nghị định số 05/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số nội dung của Bộ luật Lao động.

năm hoặc hàng quý. Như vậy, việc không đưa các khoản thưởng này vào làm cơ sở để đóng bảo hiểm xã hội cũng là thiệt thòi cho người lao động. Vì vậy, Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 quy định, bắt đầu từ ngày 01/01/2018, ngoài mức lương và phụ cấp lương, các khoản thưởng cho người lao động căn cứ vào kết quả sản xuất kinh doanh hàng năm và mức độ hoàn thành công việc quy định tại Điều 103 Bộ luật Lao động 2012 sẽ được tính làm cơ sở để đóng bảo hiểm xã hội cho người lao động.

b. Đối với người sử dụng lao động

Hàng tháng, người sử dụng lao động đóng 18% trên quỹ tiền lương của người lao động. Trong đó, 3% vào quỹ ốm đau và thai sản; 1% vào quỹ tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp và 14% vào quỹ hưu trí và tử tuất. Với người sử dụng lao động có người lao động là hạ sĩ quan, chiến sĩ quân đội nhân dân, hạ sĩ quan, chiến sĩ công an nhân dân đang theo học được hưởng sinh hoạt phí thì hàng tháng đóng 23% trên mức lương cơ sở đối với mỗi người lao động; trong đó 1% vào quỹ tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp và 22% vào quỹ hưu trí và tử tuất. Đối với người sử dụng lao động là cơ quan, tổ chức có người hoạt động không chuyên trách thì mức đóng hàng tháng là 14% mức lương cơ sở vào quỹ hưu trí và tử tuất. Như vậy, mức đóng bảo hiểm xã hội của người sử dụng lao động được tính trên cơ sở tổng quỹ tiền lương của người lao động và có mức đóng khác nhau tùy vào từng trường hợp cụ thể.

3. Việc sử dụng quỹ bảo hiểm xã hội

Quỹ bảo hiểm xã hội được xác định là một quỹ tài chính độc lập, chủ yếu do người lao động và người sử dụng lao động đóng góp để thực hiện việc chi trả các chế độ bảo hiểm xã hội như⁵: chế độ ốm đau và thai sản

cho người lao động, chế độ tai nạn và bệnh nghề nghiệp, chế độ hưu trí và tử tuất. Ngoài việc thực hiện chi trả chế độ bảo hiểm cho người lao động, quỹ bảo hiểm xã hội còn được sử dụng để đóng bảo hiểm y tế cho các đối tượng là người đang được hưởng lương hưu hoặc người nghỉ việc hưởng trợ cấp tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp hoặc người hưởng trợ cấp thai sản khi sinh con hoặc nuôi con nuôi... Bên cạnh đó, quỹ bảo hiểm xã hội còn được dùng để trả chi phí quản lý bảo hiểm xã hội như: chi trả cho công tác tuyên truyền, phổ biến các chính sách, pháp luật về bảo hiểm xã hội; tập huấn, đào tạo, bồi dưỡng nâng cao trình độ chuyên môn, nghiệp vụ cho cán bộ bảo hiểm xã hội; trả chi phí cho toàn bộ hoạt động của bộ máy bảo hiểm xã hội các cấp,...; trả phí khám, giám định mức suy giảm khả năng lao động; và đầu tư để bảo toàn và tăng trưởng quỹ. Trong đó, việc đầu tư tăng thêm quỹ có thể thực hiện dưới hình thức: mua trái phiếu Chính phủ; gửi tiền, mua trái phiếu, kỳ phiếu, chứng chỉ tiền gửi tại các ngân hàng thương mại; cho ngân sách nhà nước vay. Như vậy, để góp phần tăng trưởng quỹ bảo hiểm xã hội cũng như tận dụng nguồn vốn nhàn rỗi của quỹ, chủ thể có thẩm quyền quyết định sử dụng một phần quỹ bảo hiểm xã hội để đầu tư hiệu quả và sinh lãi. Trên cơ sở đề nghị của cơ quan bảo hiểm xã hội, chủ thể có thẩm quyền quyết định về hình thức đầu tư cũng như cơ cấu đầu tư quỹ bảo hiểm xã hội là Hội đồng quản lý bảo hiểm xã hội.

Hiện nay, việc sử dụng quỹ bảo hiểm xã hội có hiệu quả hay việc chi trả chế độ bảo hiểm xã hội có hợp lý không là vấn đề quan tâm hàng đầu không của riêng cơ quan bảo hiểm xã hội, cơ quan chức năng có liên quan mà còn là của toàn xã hội. Bởi vì nguồn chiếm tỷ trọng cơ bản và lớn nhất

⁵ Xem Điều 84 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014.

của quỹ chính là khoản đóng góp của người sử dụng lao động và người lao động. Do đó, họ cần phải biết tình hình “tài sản” của mình như thế nào. Thế nhưng, những năm gần đây, quỹ bảo hiểm xã hội được sử dụng không hiệu quả, thậm chí có nguy cơ mất những khoản tiền lớn trích từ quỹ bảo hiểm xã hội để đầu tư. Cụ thể, theo báo cáo của Bảo hiểm xã hội Việt Nam⁶, tính đến hết 2012, số kết dư quỹ bảo hiểm xã hội là 221.019 tỷ được đầu tư dưới nhiều hình thức, trong đó cho công trình thủy điện Lai Châu vay 2.248 tỷ đồng, nâng tổng số tiền vay của tổ chức này lên 3.748 tỷ đồng (chiếm 1,6% tổng số kết dư). Tuy nhiên, nhiều quan ngại về khả năng thu hồi nợ từ tổ chức này. Tiếp đó, theo báo cáo của Bộ trưởng Bộ Lao động, thương binh và xã hội tại phiên họp về tình quản lý và sử dụng quỹ bảo hiểm xã hội năm 2013, coi như mất trắng 1.052 tỷ đồng mà Bảo hiểm xã hội Việt Nam đã cho Công ty cho thuê tài chính 2 vay. Đánh giá về vấn đề này, đại diện Kiểm toán nhà nước nhận định: “*Đến giờ, chúng tôi cơ bản đánh giá khả năng thu hồi nợ là “nợ cấp độ 5”, là coi như mất*”⁷. Ngoài ra, một vấn đề nổi cộm nữa làm ảnh hưởng, thất thoát quỹ bảo hiểm xã hội là chi phí quản lý ngày một tăng cao. Nếu như chi phí quản lý trong năm 2007 là 815 tỷ đồng, thì đến năm 2013 đã được nâng lên 3.718 tỷ đồng, hơn gấp 05 lần, xấp xỉ 3% tổng số

nguồn thu bảo hiểm xã hội của năm⁸.

Những số liệu trên đây cho thấy, hoạt động quản lý, đầu tư nhằm mục đích duy trì và tăng trưởng, phát triển quỹ bảo hiểm xã hội gần như không đạt được. Ngoài trừ việc chi trả các chế độ bảo hiểm theo quy định hiện hành cho người lao động, thì quỹ bảo hiểm xã hội đang bị dần thất thoát. Đó là chưa kể tình trạng trốn đóng, nợ đóng hay chiếm dụng tiền bảo hiểm xã hội của một số doanh nghiệp. Sự thất thoát quỹ bảo hiểm xã hội đã làm ảnh hưởng đến quyền lợi của người lao động – chủ nhân thực sự của quỹ này. Theo dự báo của các chuyên gia, quỹ hưu trí – quỹ chiếm tỉ trọng lớn nhất trong quỹ bảo hiểm xã hội sẽ mất cân đối trước năm 2019⁹; dự kiến đến năm 2037, quỹ bảo hiểm xã hội sẽ mất khả năng thanh toán.

Như vậy, nguyên nhân nào dẫn đến tình trạng thất thoát quỹ bảo hiểm xã hội? Có thể kể đến những nguyên nhân sau: *Thứ nhất*, do công tác tuyên truyền, phổ biến về chính sách, pháp luật bảo hiểm xã hội chưa được quan tâm đúng mức ở nhiều địa phương; nội dung và hình thức tuyên truyền chưa thực sự đa dạng nên người lao động còn hạn chế nhận thức về lợi ích của việc đóng bảo hiểm xã hội. Nhiều doanh nghiệp chưa có tổ chức công đoàn hoặc có nhưng chưa đứng ra bảo vệ quyền lợi cho người lao động. *Thứ hai*, còn tình trạng doanh nghiệp, người sử dụng lao động chậm đóng, nợ đóng các khoản bảo hiểm xã hội ở nhiều nơi. Thêm vào đó,

⁶Hạnh – Lan, *Bảo hiểm xã hội có nguy cơ mất trắng hàng nghìn tỷ đồng cho vay*, <http://www.doisongphapluat.com/xa-hoi/bao-hiem-xa-hoi-co-nguy-co-mat-trang-hang-nghin-ti-dong-cho-vay-a32204.html>, truy cập ngày 10/3/2016.

⁷ Đào Tuấn, *Quỹ Bảo hiểm xã hội: Coi như mất trắng 1.052 tỉ đồng*, <http://laodong.com.vn/xahoi/quy-bao-hiem-xa-hoi-coi-nhu-mat-trang-1052-ti-dong-195943.bld>, truy cập ngày 12/3/2016.

⁸ Đào Tuấn, *Quỹ Bảo hiểm xã hội: Coi như mất trắng 1.052 tỉ đồng*, <http://laodong.com.vn/xahoi/quy-bao-hiem-xa-hoi-coi-nhu-mat-trang-1052-ti-dong-195943.bld>, truy cập ngày 12/3/2016.

⁹ Lâm Minh Chánh, *Cách làm của Bảo hiểm xã hội Việt Nam... Ít giống ai*, <http://thanhvien.vn/toi-viet/toi-len-tieng/cach-lam-cua-bao-hiem-xa-hoi-viet-nam-it-giong-ai-512719.html>, truy cập ngày 08/3/2016.

quy định về lãi chậm đóng bảo hiểm xã hội được tính bằng lãi suất đầu tư trong năm của quỹ, tức là từ 9%-10% thường thấp hơn lãi suất vay ngân hàng nên nhiều doanh nghiệp cố tình chiếm dụng tiền đóng bảo hiểm xã hội để sử dụng vào mục đích khác. Thứ ba, chưa có quy định về trách nhiệm đối với chủ thể thực hiện việc quản lý quỹ bảo hiểm xã hội. Cụ thể, Điều 122 Luật Bảo hiểm xã hội năm 2014 quy định nếu doanh nghiệp trốn hoặc chiếm dụng hoặc nợ tiền bảo hiểm xã hội thì cơ quan bảo hiểm xã hội kết hợp với cơ quan chức năng có liên quan tiến hành thanh tra, kiểm tra, xử lý, xử phạt vi phạm hành chính, thậm chí xử lý hình sự doanh nghiệp, tổ chức, cá nhân liên quan. Tuy nhiên, Luật chưa có quy định về trách nhiệm pháp lý đối với chủ thể là Hội đồng quản lý bảo hiểm xã hội đã ra quyết định hoặc có hành vi làm thất thoát quỹ bảo hiểm xã hội. Điều này không công bằng đối với các chủ thể có liên quan đến việc thành lập,

duy trì, sử dụng và phát triển quỹ bảo hiểm xã hội. Do vậy, bên cạnh việc quy định quyền hạn của chủ thể quản lý quỹ bảo hiểm xã hội, cần thiết phải có quy định về trách nhiệm của Hội đồng quản lý bảo hiểm xã hội trong vấn đề này.

Tóm lại, trong hệ thống bảo hiểm xã hội, việc thành lập, quản lý, sử dụng và phát triển quỹ bảo hiểm xã hội có vai trò quan trọng. Tuy nhiên, thực trạng về việc hình thành, sử dụng và phát triển quỹ bảo hiểm xã hội còn tồn tại nhiều bất cập ảnh hưởng đến hiệu quả hoạt động của quỹ cũng như bảo vệ quyền lợi của người lao động. Vì vậy, bên cạnh việc nâng cao nhận thức của người lao động, người sử dụng lao động về chế độ, chính sách, pháp luật bảo hiểm xã hội, cũng như nâng cao năng lực quản lý, trình độ chuyên môn của đội ngũ cán bộ bảo hiểm xã hội, thì cơ quan có thẩm quyền cần có những cải cách nhằm hoàn thiện các quy định pháp luật về vấn đề này.

(Tiếp theo trang 45 – Các yếu tố cấu thành tội phạm ...)

Như vậy, việc mô tả các dạng thực hiện hành vi đưa và nhận hối lộ bằng các thuật ngữ chỉ thời điểm, vô hình trung Bộ luật 2015 đã coi thời điểm hoàn thành của tội phạm này khá muộn so với quy định của Công ước. Quy định này còn phát sinh thêm việc phải có hướng dẫn bằng văn bản dưới luật giải thích thuật ngữ “sẽ” để có cách hiểu thống nhất.

Bốn là, mặc dù đã mở rộng phạm vi về “của hối lộ”, nhưng Bộ luật 2015 vẫn xem giá trị định lượng của tài sản là một căn cứ chủ yếu cho việc định tội và định khung

hình phạt. Ví dụ, Điều 354 Bộ luật 2015 quy định: “1. Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn trực tiếp hoặc qua trung gian nhận hoặc sẽ nhận bất kỳ lợi ích nào sau đây...: a) Tiền, tài sản hoặc lợi ích vật chất khác trị giá từ 2 triệu đồng đến dưới 100 triệu đồng hoặc dưới 2 triệu đồng nhưng đã bị xử lý kỷ luật về hành vi này...”. Điều đó cho thấy, pháp luật hình sự Việt Nam chưa đánh giá cao về tính nguy hiểm cho xã hội của tội phạm tham nhũng nói chung và tội hối lộ nói riêng và chưa đáp ứng yêu cầu của Công ước là coi mọi hành vi tham nhũng đều là tội phạm.

CẤU TRÚC SỞ HỮU TOÀN DÂN VỀ ĐẤT ĐAI VÀ VẤN ĐỀ GIÁM SÁT QUYỀN CỦA ĐẠI DIỆN CHỦ SỞ HỮU VỀ ĐẤT ĐAI Ở VIỆT NAM

Nguyễn Quang Tuyền*
Hà Văn Hòa**

Tóm tắt: Bài viết phân tích cấu trúc của sở hữu toàn dân về đất đai theo quy định của Luật Đất đai năm 2013; đồng thời đánh giá việc thực hiện giám sát quyền của đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai hiện nay ở Việt Nam, trên cơ sở đó, các tác giả đưa ra một số khuyến nghị góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động này.

Abstract: The article analyses the structure of people's ownership of land under the Law on Land of 2013. It also evaluates the oversight of rights of the representative of people's ownership of land in Vietnam. On that basis, it makes proposals to improve such oversight.

1. Cấu trúc sở hữu toàn dân về đất đai theo Luật Đất đai năm 2013

Các quy định của Luật Đất đai năm 2013 về sở hữu toàn dân cho thấy, cấu trúc thực hiện quyền sở hữu toàn dân về đất đai ở Việt Nam có nhiều tầng và được giao cho nhiều cơ quan; theo đó:

Một là, toàn dân là một khái niệm chính trị mà không phải là một khái niệm pháp lý. Điều đó có nghĩa, toàn dân là một cộng đồng người bao gồm toàn thể hơn 90 triệu người Việt Nam không thể là chủ thể của một quan hệ pháp luật về sở hữu đất đai. Theo lý luận nhà nước và pháp luật, chủ thể quan hệ pháp luật là tổ chức (pháp nhân) và cá nhân (thể nhân)¹. Do vậy, quy định đất đai thuộc sở hữu toàn dân trong Luật Đất đai năm 2013 mang tính chính trị

nhiều hơn là tính pháp lý. Hơn nữa, khái niệm chủ sở hữu toàn dân về đất đai mang tính trừu tượng, khó chỉ ra được cụ thể chủ sở hữu đất đai ở nước ta.

Hai là, chủ sở hữu đất đai là toàn dân không thể tự mình thực hiện các quyền đối với đất (bao gồm quyền chiếm hữu, quyền sử dụng và quyền định đoạt đất đai), mà phải trao các quyền này cho người đại diện là Nhà nước đảm nhiệm. Như vậy, pháp luật đất đai đã thực hiện việc chuyển giao quyền của chủ sở hữu đất đai từ chủ sở hữu toàn dân mang tính trừu tượng, chung chung sang một người đại diện ít trừu tượng hơn là Nhà nước (một pháp nhân công). Tuy nhiên, Nhà nước với tư cách là một tổ chức chính trị - quyền lực có bộ máy bao gồm các cơ quan nhà nước thực hiện các chức năng quản lý xã hội. Trên thực tế, các cơ quan nhà nước và đội ngũ cán bộ, công chức nhà nước... thực hiện các chức năng của Nhà nước. Vì vậy, việc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai lại do các cơ quan nhà nước có thẩm quyền thực hiện.

* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

** TS., Ban Dân vận Tỉnh ủy Quảng Ninh.

¹ Học viện Hành chính - Khoa Nhà nước và Pháp luật, Giáo trình Lý luận chung về Nhà nước và Pháp luật (Đào tạo Đại học Hành chính), Nxb. Khoa học và Kỹ thuật, Hà Nội - 2009, tr. 316.

Các cơ quan này bao gồm: Quốc hội, Hội đồng nhân dân (HĐND) các cấp; Chính phủ, Ủy ban nhân dân (UBND) các cấp².

Ba là, mặc dù pháp luật đất đai quy định Quốc hội, HĐND các cấp, Chính phủ, UBND các cấp thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai trong phạm vi cả nước và từng địa phương song trên thực tế, người ký các quyết định giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất, thu hồi đất, cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất (GCNQSDĐ); phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất và xác định giá đất - những phương thức thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai - lại là người đứng đầu hoặc người đại diện hợp pháp của các cơ quan này. Những chủ thể này được trao rất nhiều quyền lực trong phân phối đất đai cho các nhu cầu khác nhau của xã hội. Nếu không có cơ chế pháp lý hữu hiệu để giám sát, kiểm soát việc thực thi quyền lực của các đối tượng này thì sẽ dễ nảy sinh sự lạm dụng quyền lực trong việc phân phối đất đai vì lợi ích nhóm. Bởi lẽ, quỹ đất đai có hạn và ngày càng khan hiếm, trong khi đó nhu cầu sử dụng đất vào các mục đích khác nhau của xã hội ngày càng tăng. Sự mất cân đối giữa “cung” và “cầu” đất đai đã tạo ra khả năng tìm kiếm lợi nhuận giữa người có đất với người không có đất. Hơn nữa, trong điều kiện kinh tế thị trường thì đất đai ngày càng có giá trị (đặc biệt là đất ở khu vực đô thị, vùng ven đô thị, giáp mặt đường giao thông...). Do đó, để tiếp cận và có được đất thông qua hình thức Nhà nước giao đất, cho thuê đất..., không ít doanh nghiệp, cá nhân, tổ chức sử dụng việc hối lộ, “bôi trơn”, “đi đêm” với người đại diện cơ quan nhà nước

có thẩm quyền giao đất, cho thuê đất (người có quyền ký các quyết định giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất...). Thực tế, qua báo cáo nghiên cứu của Ngân hàng thế giới về vấn đề này cho thấy, nhiều doanh nghiệp phải mất phí “bôi trơn” cho các cơ quan nhà nước khi tiếp cận đất đai sử dụng vào mục đích sản xuất - kinh doanh: “Đất đai ở Việt Nam không nhiều và doanh nghiệp rất khó tiếp cận. Cạnh tranh đất đai trong bối cảnh thẩm quyền tập trung quá lớn trong việc cấp đất không được kiểm tra, giám sát hiệu quả đã tạo điều kiện cho tham nhũng. Các doanh nghiệp có thể bị xúi giục trong việc bỏ những rào cản trong tiếp cận đất phức tạp hiện nay thông qua cái gọi là “tiền bôi trơn”. Khảo sát các doanh nghiệp vừa và nhỏ năm 2009 của Viện Nghiên cứu lao động và xã hội kết hợp với Trường Đại học Coopenhagen cho thấy, việc tiếp cận đất đai là một trong những trở ngại lớn nhất đối với doanh nghiệp vừa và nhỏ. Trong tổng số 10 vấn đề thì khó khăn trong việc tìm địa điểm và đất kinh doanh phù hợp là vấn đề lớn thứ ba đối với các doanh nghiệp vừa và nhỏ khi bắt tay thực hiện những dự án mới. Tương tự, trong số các doanh nghiệp tham gia Khảo sát doanh nghiệp của Ngân hàng Thế giới năm 2009, tiếp cận với đất đai là vấn đề lớn thứ tư hoặc thứ năm trong danh mục 15 vấn đề”³.

2. Thực trạng giám sát việc thực hiện quyền của đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai

Cơ chế giám sát mang tính quyền lực nhà nước của các cơ quan dân cử bao gồm

² Điều 21 Luật Đất đai năm 2013.

³ Nhận diện và giảm thiểu các rủi ro dẫn đến tham nhũng trong quản lý đất đai ở Việt Nam (sách tham khảo), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội - 2011, tr. 54 - 55.

Quốc hội và HĐND các cấp và cơ chế giám sát xã hội thông qua Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức thành viên của Mặt trận Tổ quốc, thông qua các cơ quan báo chí và người dân... đối với nội dung này như thế nào? Hiệu quả ra sao?, những phân tích dưới đây sẽ cho thấy.

- Về giám sát mang tính quyền lực nhà nước của Quốc hội, HĐND các cấp và của đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND các cấp.

Một là, như chúng ta đã biết, tỷ lệ cán bộ, Đảng viên là đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND các cấp chiếm đa số tuyệt đối. Đơn cử trong số 500 đại biểu Quốc hội khóa XIII có 458 đại biểu là Đảng viên (chiếm tỷ lệ 91,6%); đại biểu ngoài Đảng là 42/500 (chiếm 8,4%)⁴; số đại biểu HĐND các cấp là Đảng viên cũng chiếm tỷ lệ đa số. Bên cạnh việc đảm nhiệm vai trò đại biểu dân cử, số cán bộ, Đảng viên này còn được giao nhiều trọng trách giữ các chức vụ quản lý ở trung ương và địa phương; nên trong công việc hàng ngày khó tránh khỏi mối quan hệ, thậm chí phụ thuộc, ràng buộc (cho dù có thể khó chỉ ra cụ thể) giữa người giám sát là đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND các cấp với người bị giám sát là quan chức đứng đầu cơ quan hành chính các cấp từ trung ương đến địa phương (Chính phủ, các Bộ, ngành và UBND các cấp). Hơn nữa, trong nhiều trường hợp người bị giám sát có quyền quyết định việc cấp vốn ngân sách cho địa phương, đơn vị mà người giám sát là đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND các cấp công tác. Vậy liệu người giám sát có đủ bản lĩnh, vô tư để giám sát đối với việc thực thi quyền lực của người bị giám sát không?

Hai là, trong Báo cáo phát triển Việt Nam 2010 với tên gọi “Các thể chế hiện

đại” - Báo cáo chung của các nhà tài trợ tại Hội nghị tư vấn các nhà tài trợ cho Việt Nam, ngày 3 - 4/12/2009 đã chỉ ra hạn chế trong công tác giám sát của Quốc hội và HĐND các cấp; theo đó:

i) Một hạn chế quan trọng chính là số lượng các đại biểu bán chuyên trách quá lớn, những đại biểu này khó bố trí được thời gian cho những nhiệm vụ giám sát. Mặc dù tình hình đã được cải thiện hơn, song hiện nay mới chỉ có 29% đại biểu Quốc hội là đại biểu chuyên trách. Ở cấp địa phương, chỉ có 4% đại biểu HĐND nhiệm kỳ này là đại biểu chuyên trách. Một nghiên cứu tình hình mới đây ở tỉnh Ninh Thuận cho thấy, chỉ có 16% đại biểu HĐND tỉnh làm việc chuyên trách và tỉ lệ này thậm chí còn thấp hơn ở HĐND huyện (07%) và HĐND xã (05 - 07%). Có đại biểu bán chuyên trách được coi là một lợi thế xét từ góc độ đại diện cho nguyện vọng của mọi người dân ở địa phương, tầng lớp xã hội, tôn giáo và dân tộc. Tuy nhiên, tầm quan trọng và khối lượng công việc đòi hỏi phải có sự chuyên tâm toàn thời gian của các đại biểu chuyên trách⁵.

ii) Xung đột lợi ích tiềm tàng mà các đại biểu làm việc trong cơ quan chính quyền phải đối mặt là một yếu tố khác làm cản trở vai trò giám sát của Quốc hội và HĐND. Hiện nay, Quốc hội có 99 đại biểu đồng thời làm việc cho Chính phủ, chiếm 20% tổng số đại biểu. Phần lớn các đại biểu Quốc hội làm việc trong chính quyền ở cấp địa phương (73%). Ở Ninh Thuận, hai phần ba số đại biểu là công chức. Trong các HĐND huyện và xã chọn làm nghiên cứu, tỉ lệ này lần lượt là 57% và 42%. Những xung đột lợi

⁴ <http://dbqh.na.gov.vn/thong-tin-bau-cu/XIII.aspx>.

⁵ Báo cáo phát triển Việt Nam 2010: Các thể chế hiện đại - Báo cáo chung của các nhà tài trợ tại Hội nghị tư vấn các nhà tài trợ cho Việt Nam, ngày 3 - 4/12/2009, Hà Nội, tr. 122 - 123.

ích này trở nên đặc biệt rõ rệt trong các phiên chất vấn với chính quyền. Các đại biểu làm trong cơ quan công quyền thường có xu hướng nghiêng về hành pháp và ít khi lên tiếng hay đặt câu hỏi chất vấn để tránh hậu quả xấu, như trả thù hoặc thậm chí mất chức. Đây là những dấu hiệu cho thấy xung đột lợi ích cũng có thể xảy ra trong quá trình thẩm định dự án luật của các Ủy ban của Quốc hội. Một khảo sát năm 2008 do Văn phòng Quốc hội thực hiện với sự hỗ trợ của Ủy ban châu Âu cho thấy, chỉ có 25% đại biểu Quốc hội được phỏng vấn cho rằng báo cáo thẩm tra của các Ủy ban Quốc hội có tính phản biện cao. Số đại biểu được phỏng vấn còn lại cho rằng, các báo cáo này không khác lắm so với các tờ trình của Chính phủ hoặc không có quan điểm nào khác với dự luật được đệ trình⁶.

iii) Việc thiếu phân tích sâu, độc lập và dựa trên bằng chứng cũng được chỉ ra như một khiếm khuyết căn bản trong vai trò giám sát của Quốc hội. Kết quả cuộc khảo sát của Văn phòng Quốc hội và Ủy ban châu Âu cho thấy một số hệ lụy của khiếm khuyết này. Nhiều người trả lời khảo sát cho rằng, các đại biểu chỉ để ý đến câu chữ thay vì tập trung vào chính sách và thường không có lập luận thuyết phục. Quốc hội gần đây đã có nhiều nỗ lực đáng kể nhằm cải thiện tình hình. Trung tâm Bồi dưỡng Đại biểu dân cử dành cho các Đại biểu Quốc hội và HĐND được thành lập, đã tiến hành đánh giá nhu cầu đào tạo và xây dựng kế hoạch, chương trình bồi dưỡng. Bên cạnh đó, Viện Nghiên cứu lập pháp cũng được thành lập như một cơ quan cố định trực thuộc Ủy ban Thường vụ Quốc hội với chức năng xây dựng và phổ biến kiến thức cho các đại biểu. Đặc biệt là tỉ lệ thay thế đại

biểu khá cao từ khóa trước sang khóa sau. Mỗi một khóa Quốc hội có khoảng 70% số đại biểu là thay mới⁷.

iv) Thiếu thời gian để thực hiện các hoạt động giám sát cũng là một hạn chế lớn khác. Thời gian dành để nghiên cứu và thảo luận chưa đủ do Quốc hội chỉ họp 02 lần/năm. Thông thường, mỗi kỳ họp kéo dài hơn 01 tháng với nhiều lĩnh vực quan trọng của đất nước cần được Quốc hội thảo luận, xem xét, cho ý kiến (các vấn đề phát triển kinh tế - xã hội, an ninh - quốc phòng; vấn đề ngân sách, công tác xây dựng pháp luật...) với nội dung, chương trình được thiết kế trước và phân bổ thời gian rất chặt chẽ, sát sao. Các đại biểu Quốc hội có rất ít thời gian nghiên cứu dự thảo luật trước phiên họp toàn thể. Khảo sát của Văn phòng Quốc hội và Ủy ban châu Âu cho thấy, đa số đại biểu (84%) cho rằng thời gian nghiên cứu dự thảo luật là không đủ. 93% đại biểu cho biết họ nhận được dự thảo luật dưới 20 ngày trước phiên họp toàn thể và khoảng một phần ba cho biết họ chỉ nhận được tài liệu trước từ 05 đến 10 ngày. Hơn nữa, thời lượng cố định dành cho thảo luận mỗi dự án luật cũng hạn chế. Chính vì vậy, một phần ba số đại biểu cho rằng luật thường được phê chuẩn mà không được thảo luận kỹ⁸.

v) Bên cạnh đó, người đứng đầu cơ quan hành chính các cấp từ trung ương đến địa phương là người giữ vị trí quan trọng không chỉ trong chính quyền mà còn trong các tổ chức Đảng, được Đảng tín nhiệm giới thiệu. Họ thuộc số cán bộ do Ban Bí thư trung ương hoặc cấp Ủy Đảng các địa phương quản lý. Vì vậy, qua giám sát phát hiện ra những sai phạm trong quản lý đất

⁶ Các thể chế hiện đại, tldd, tr. 123 - 124.

⁷ Các thể chế hiện đại, tldd, tr. 124.

⁸ Các thể chế hiện đại, tldd, tr. 214.

đại thì để có thể cách chức hoặc áp dụng chế tài xử lý đối với các quan chức này phải qua nhiều thủ tục, quy trình chặt chẽ, và phải được sự đồng ý của các cấp Ủy Đảng ở trung ương và địa phương; sau đó, phải thông qua việc bỏ phiếu tín nhiệm hoặc bãi nhiệm tại Quốc hội và HĐND các cấp... Phải chăng đây là một nguyên nhân làm giảm hiệu lực, hiệu quả giám sát của Quốc hội, HĐND các cấp và của đại biểu Quốc hội, đại biểu HĐND các cấp nói chung và giám sát việc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai nói riêng?

- Về giám sát xã hội do Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên của Mặt trận; các cơ quan báo chí và người dân thực hiện.

Một là, giám sát do Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên thực hiện.

i) Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và các tổ chức thành viên bao gồm Công đoàn, Hội Phụ nữ, Đoàn Thanh niên, Hội Nông dân, Hội Cựu chiến binh là các tổ chức chính trị - xã hội hoạt động dựa vào nguồn vốn do ngân sách nhà nước cấp. Hơn nữa, người đứng đầu các tổ chức chính trị - xã hội này lại là Đảng viên và là Thường vụ hoặc thành viên Ban Chấp hành cấp Ủy ở trung ương và địa phương; trong khi đó, người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước các cấp là Phó Bí thư tỉnh ủy, huyện ủy, Đảng ủy xã... và là người có tiếng nói, có quyền trong việc cấp hoặc hỗ trợ vốn ngân sách cho hoạt động của các tổ chức chính trị - xã hội này. Vậy hoạt động giám sát của các tổ chức chính trị - xã hội liệu có hiệu quả? Đó là chưa kể khi giám sát phát hiện ra sai phạm và đề nghị xử lý với chế tài pháp lý đủ sức răn đe như cách chức thì phải thông qua quy trình rất chặt chẽ, qua nhiều cấp, nhiều bước như trên đã trình bày.

ii) Các quy định về hoạt động giám sát của Mặt trận Tổ quốc chưa được “luật hóa” và nằm rải rác ở nhiều văn bản pháp luật. Trong ba hình thức giám sát của Mặt trận Tổ quốc thì hình thức vận động nhân dân giám sát được quy định tương đối đầy đủ hơn trong một số văn bản pháp luật, như Pháp lệnh Thực hiện dân chủ ở xã, phường, thị trấn, Nghị định số 99/2005/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Thanh tra về tổ chức và hoạt động của Ban Thanh tra nhân dân, Quyết định số 80/2005/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc ban hành Quy chế giám sát đầu tư cộng đồng... Tuy nhiên, các quy định về vai trò giám sát của Mặt trận Tổ quốc trong các văn bản này còn chưa cụ thể và mang tính hình thức. Các điều kiện đảm bảo hoạt động, chế độ giám sát, phụ cấp cho các thành viên tham gia và chế tài xử lý kết quả giám sát chưa rõ ràng⁹.

iii) Nhận thức của một số cấp ủy, chính quyền và cơ quan nhà nước các cấp về vai trò giám sát của Mặt trận Tổ quốc các cấp chưa đầy đủ. Việc tranh thủ ý kiến góp ý đối với việc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu đất đai của một số cơ quan, tổ chức có thẩm quyền còn hình thức; không ít nơi, tổ chức và cá nhân chưa thực sự cầu thị, tin tưởng, tiếp thu; dửng dưng cảm nhận khuyết điểm, sửa chữa sai lầm¹⁰.

⁹ ThS. Phan Văn Vượng, Những vấn đề đặt ra trong giám sát và phân biện chính sách liên quan đến lĩnh vực đất đai của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam tại Hội thảo “Thách thức và bài học về Ban Giám sát cộng đồng thực hiện giám sát và đánh giá chính sách đất đai” do Mặt trận Tổ quốc Việt Nam và Liên hiệp các Hội Khoa học và Kỹ thuật Việt Nam tổ chức tại Hà Nội ngày 02/04/2016.

¹⁰ ThS. Phan Văn Vượng, Những vấn đề đặt ra trong giám sát và phân biện chính sách liên quan đến lĩnh vực đất đai của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, t.tđd.

iv) Đội ngũ cán bộ Mặt trận Tổ quốc còn thiếu và yếu; không được đào tạo bài bản (nhất là ở cấp huyện, cấp xã). Nhiều cán bộ chưa đáp ứng yêu cầu của thực tiễn, tính chuyên sâu không cao; năng lực nhìn nhận, phân tích vấn đề, đánh giá và kết luận trong quá trình giám sát những chính sách liên quan đến đất đai còn nhiều bất cập. Tính chủ động, trách nhiệm, sáng tạo của một số cán bộ làm công tác mặt trận có nơi chưa được phát huy đúng mức. Cá biệt ở một vài nơi, cán bộ yếu kém về năng lực hoặc chuẩn bị nghỉ hưu lại được điều chuyển sang làm công tác mặt trận. Bên cạnh đó, chính sách, điều kiện làm việc của Mặt trận các cấp còn nhiều khó khăn, bất cập¹¹.

v) Sự phối hợp giữa các tổ chức Đảng, chính quyền với Mặt trận chưa chặt chẽ, thống nhất. Mặc dù ở các cấp đều đã có quy chế phối hợp công tác giữa Mặt trận Tổ quốc với HĐND, UBND, nhưng việc thực hiện nhìn chung còn nhiều hạn chế và hình thức. Giám sát của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam các cấp đối với những chính sách đất đai chưa được thực hiện ngay từ quá trình dự thảo. Không ít nơi, Mặt trận Tổ quốc và các đoàn thể chưa mạnh dạn giám sát; vẫn còn có biểu hiện giám sát theo kiểu “lựa chiều” theo ý của người lãnh đạo hay người có thẩm quyền¹².

Đối với việc giám sát của các tổ chức xã hội dân sự khác: loại hình giám sát này thiếu cơ sở pháp lý cụ thể, đồng bộ và đầy đủ (do thiếu một đạo luật về giám sát xã hội) nên thực tế thực hiện gặp không ít khó

khăn và thiếu hiệu quả. Bên cạnh đó, do việc tiếp cận thông tin cần thiết phục vụ cho việc giám sát gặp nhiều khó khăn, trở ngại do tính công khai, minh bạch của thông tin đất đai thấp cũng làm giảm hiệu quả của loại hình giám sát này.

Hai là, giám sát thông qua các cơ quan báo chí. Đây là phương thức giám sát tạo áp lực dư luận xã hội mạnh mẽ nên có tác động và hiệu quả nhất định. Nhiều vụ việc tiêu cực do báo chí phát hiện, phanh phui đã khiến các cơ quan nhà nước có thẩm quyền vào cuộc và xử lý, như vụ bán đất ở Đồ Sơn (Hải Phòng); vụ bán đất ở huyện Đảo Phú Quốc (Kiên Giang)... Tuy nhiên, trên thực tế do nhiều nguyên nhân, nên hiệu quả của loại hình giám sát này đối với việc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai chưa đạt hiệu quả mong muốn.

Ba là, giám sát trực tiếp từ phía người dân. Loại hình giám sát này cũng bộc lộ nhiều hạn chế do người dân thiếu thông tin đầy đủ về đất đai; trình độ nhận thức, hiểu biết pháp luật đất đai, kỹ năng giám sát còn hạn chế. Mặt khác, cơ chế pháp lý để người dân thực hiện giám sát nói chung và giám sát việc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai còn chưa đầy đủ, thống nhất, đồng bộ và cụ thể. Tác động của việc hậu giám sát xã hội đối với các cơ quan nhà nước, quan chức nhà nước thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai còn rất yếu và mờ nhạt.

3. Một số khuyến nghị

Trên cơ sở phân tích cấu trúc sở hữu toàn dân về đất đai và đánh giá thực trạng giám sát việc thực hiện quyền của đại diện chủ sở hữu về đất đai, nhằm góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động giám sát đối với lĩnh vực này, chúng tôi xin nêu một số khuyến nghị sau:

¹¹ ThS. Phan Văn Vượng, Những vấn đề đặt ra trong giám sát và phản biện chính sách liên quan đến lĩnh vực đất đai của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, tđđ.

¹² ThS. Phan Văn Vượng, Những vấn đề đặt ra trong giám sát và phản biện chính sách liên quan đến lĩnh vực đất đai của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, tđđ.

Thứ nhất, đối với loại hình giám sát mang tính quyền lực nhà nước. Cần tăng số lượng đại biểu chuyên trách¹³ và xây dựng kế hoạch hàng năm về các vấn đề ưu tiên giám sát để góp phần nâng cao hiệu quả của hoạt động này. Bên cạnh đó, khuyến khích phát triển quan hệ đối tác giữa đại biểu Quốc hội và HĐND với các tổ chức giám sát khác; tăng cường sự phối hợp giữa HĐND với Ban Thanh tra nhân dân và Ban giám sát đầu tư cộng đồng trong việc giám sát.

Thứ hai, nâng cao năng lực của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam các cấp một cách thực chất. Đội ngũ cán bộ mặt trận chủ chốt và bộ máy, cán bộ, nhân viên của Mặt trận Tổ quốc phải có trình độ, đủ năng lực, đủ bản lĩnh. Phải tập hợp ý chí của nhân dân, của các giai tầng xã hội về nội dung giám sát để phản ánh tiếng nói thực chất của nhân dân về những vấn đề liên quan đến lĩnh vực đất đai.

Thứ ba, bảo đảm thực thi một cách thực chất và có hiệu quả quyền tự do ngôn luận của các cơ quan báo chí nhằm tạo áp lực dư luận xã hội trong việc giám sát; lên án, đấu tranh đối với các hành vi lạm dụng hoặc lợi dụng việc thực hiện quyền đại diện chủ sở hữu toàn dân về đất đai của các cơ quan nhà nước để giao đất, cho thuê đất, chuyển mục

đích sử dụng đất và thu hồi đất... vì lợi ích nhóm, lợi ích cục bộ hay để trục lợi.

Thứ tư, Nhà nước cần đầu tư thỏa đáng các nguồn lực tài chính, khoa học - công nghệ, con người và hệ thống hạ tầng công nghệ thông tin hiện đại để xây dựng hệ thống cơ sở dữ liệu, thông tin về đất đai thống nhất trong phạm vi cả nước; đồng thời, xác lập cơ chế tiếp cận, truy cập, khai thác và sử dụng hệ thống thông tin đất đai này một cách đơn giản, thuận tiện và dễ dàng nhằm phục vụ cho hoạt động giám sát của người dân một cách có hiệu quả.

Thứ năm, cần có cơ chế xác định rõ những loại thông tin đất đai nào không công bố để bảo đảm bí mật quốc gia; những loại thông tin đất đai nào người dân được biết, được truy cập, sử dụng phải trả phí và không phải trả phí.

Thứ sáu, Mặt trận Tổ quốc Việt Nam cần kiến nghị với Nhà nước bổ sung vào Chương trình xây dựng luật và pháp lệnh của Quốc hội khóa XIV về dự án Luật giám sát xã hội để nghiên cứu, xây dựng và ban hành đạo luật này, nhằm tạo cơ sở pháp lý thống nhất, đồng bộ và có hiệu lực pháp lý cao hơn cho hoạt động giám sát xã hội, trong đó có giám sát về lĩnh vực đất đai.

Thứ bảy, cần thực hiện đồng bộ, hiệu quả một số giải pháp như đẩy mạnh việc tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật đất đai và các văn bản pháp luật có liên quan đến hoạt động giám sát về đất đai như Hiến pháp năm 2013, Luật Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, Luật về hoạt động giám sát của đại biểu Quốc hội và đại biểu HĐND các cấp... cũng như trang bị các kỹ năng giám sát cho các đại biểu dân cử, các cán bộ làm công tác mặt trận và cán bộ của các tổ chức thành viên của Mặt trận Tổ quốc; đội ngũ phóng viên, nhà báo và người dân.

¹³ Để nâng cao hiệu quả hoạt động của đại biểu Quốc hội nói chung và hoạt động giám sát của đại biểu Quốc hội nói riêng, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 sửa đổi, bổ sung quy định về tăng số lượng đại biểu Quốc hội chuyên trách ít nhất là 35% tổng số đại biểu Quốc hội (khoản 2 Điều 23) và quy định đại biểu Quốc hội hoạt động không chuyên trách phải dành ít nhất 1/3 thời gian làm việc trong năm để thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của đại biểu Quốc hội. Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị nơi đại biểu Quốc hội làm việc có trách nhiệm sắp xếp thời gian, công việc, tạo điều kiện cần thiết cho đại biểu Quốc hội thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của đại biểu (khoản 2 Điều 24).

CĂN CỨ XÁC LẬP QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT Ở VÀ MỘT SỐ VƯỚNG MẮC TRONG CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT HIỆN HÀNH

Nguyễn Thùy Trang*

Tóm tắt: Trên cơ sở phân tích các căn cứ, hình thức xác lập quyền sử dụng đất ở theo Luật Đất đai 2013, bài viết chỉ ra bất cập trong các quy định pháp luật đất đai, nhà ở, đồng thời đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: Basing on the assessment of grounds and forms for establishing land use ownership under the Law on Land of 2013, this article points out shortcomings and flaws of law and regulation on land and housing. It then makes proposals to improve such law and regulation.

1. Căn cứ xác lập quyền sử dụng đất ở

Theo pháp luật đất đai hiện hành, việc xác lập quyền sử dụng đất ở có thể xuất phát từ phía Nhà nước (thông qua quyết định giao đất, công nhận quyền sử dụng đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền) hoặc các chủ thể có quyền chuyển quyền sử dụng đất. Trên cơ sở các căn cứ xác lập quyền sử dụng đất, Nhà nước quy định các hình thức xác lập quyền sử dụng đất cụ thể.

1.1. Xác lập quyền sử dụng đất ở do được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất

Giao quyền sử dụng đất (sau đây gọi là giao đất) là việc Nhà nước ban hành quyết định giao đất để trao quyền sử dụng đất cho đối tượng có nhu cầu sử dụng đất¹.

Có hai hình thức giao đất: Giao đất không thu tiền sử dụng đất và giao đất có thu tiền sử dụng đất. Đất ở không thuộc trường hợp được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất².

Điều 55 Luật Đất đai 2013 quy định các trường hợp giao đất có thu tiền sử dụng đất:

1. Hộ gia đình, cá nhân được giao đất ở;
2. Tổ chức kinh tế được giao đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê;
3. Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được giao đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê;
4. Tổ chức kinh tế được giao đất để thực hiện dự án đầu tư hạ tầng nghĩa trang, nghĩa địa để chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với hạ tầng”.

Theo quy định trên, ba trong số bốn hình thức xác lập quyền sử dụng đất được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất được áp dụng đối với đất ở. Đây cũng là hình thức sử dụng đất mà các quyền của người sử dụng đất gắn với quyền của chủ sở hữu đất đai nhất, thể hiện ở các quyền định đoạt gần như tuyệt đối với đất như chuyển nhượng, thừa kế, tặng cho, góp vốn...³.

* NCS., Đại học Luật Hà Nội.

¹ Khoản 7 Điều 3 Luật Đất đai 2013.

² Xem Điều 54 Luật Đất đai 2013.

³ Điều 174, 179 Luật Đất đai 2013.

So với Luật Đất đai 2003, các trường hợp được giao đất có thu tiền sử dụng đất trong Luật Đất đai 2013 có sự thu hẹp đáng kể. Ngoài đất ở, Luật Đất đai 2003 còn quy định các trường hợp giao đất có thu tiền sử dụng đất đối với đất có mục đích đầu tư xây dựng kết cấu hạ tầng để chuyển nhượng hoặc cho thuê, làm mặt bằng xây dựng cơ sở sản xuất kinh doanh; xây dựng công trình công cộng để làm mục đích kinh doanh, để sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối; người Việt Nam định cư ở nước ngoài thực hiện dự án đầu tư.

Quy định về hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất trong Luật Đất đai 2013 thu hẹp cả về đối tượng và điều kiện chuyển đổi. Cụ thể, Điều 108 Luật Đất đai 2003 quy định về quyền lựa chọn hình thức giao đất, thuê đất của người sử dụng đất đối với các loại đất có mục đích sử dụng khác nhau, đồng thời cho phép các chủ thể có quyền lựa chọn một trong hai hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc thuê đất trả tiền một lần cho cả thời gian thuê. Đối với các trường hợp cho thuê đất, Luật Đất đai 2013 quy định chủ thể sử dụng đất có quyền lựa chọn hình thức thuê đất trả tiền hàng năm hoặc trả tiền một lần cho cả thời gian thuê. Tuy nhiên, Luật Đất đai 2013 không quy định về quyền lựa chọn hình thức giao đất hay thuê đất của người sử dụng đất. Do vậy, có thể hiểu người sử dụng đất chỉ được sử dụng đất thông qua các hình thức giao đất hoặc thuê đất do pháp luật quy định.

Theo Luật đất đai 2013, quyền sử dụng đất ở không thuộc trường hợp được Nhà nước cho thuê. Tuy nhiên, pháp luật đất đai vẫn thừa nhận việc xây dựng nhà ở, các công trình xây dựng phục vụ đời sống cho cá nhân, hộ gia đình trên đất thuê, dẫn đến sự thiếu thống nhất trong các quy định pháp

luật về mục đích sử dụng đất và các công trình xây dựng trên đất⁴.

1.2. Xác lập quyền sử dụng đất ở thông qua hình thức được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất

Công nhận quyền sử dụng đất là việc Nhà nước trao quyền sử dụng đất cho người đang sử dụng đất ổn định mà không có nguồn gốc được Nhà nước giao đất, cho thuê đất thông qua việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất lần đầu đối với thửa đất xác định⁵.

Theo pháp luật đất đai hiện hành, việc công nhận quyền sử dụng đất được áp dụng khi đáp ứng các điều kiện: i) Người đang sử dụng đất ổn định và ii) Không có nguồn gốc giao đất, cho thuê đất.

Về việc sử dụng đất ổn định, Điều 21 Nghị định 43/2014/NĐ-CP quy định: “*Sử dụng đất ổn định là việc sử dụng đất liên tục vào một mục đích chính nhất định kể từ thời điểm bắt đầu sử dụng đất vào mục đích đó đến thời điểm cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất hoặc đến thời điểm quyết định thu hồi đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền đối với trường hợp chưa cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở và quyền sử dụng đất ở, Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất (sau đây gọi chung là Giấy chứng nhận)*”.

Về thời hạn được xem xét để được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đối với trường hợp sử dụng ổn định, lâu dài, khoản

⁴ Được phân tích cụ thể tại phần 2 – Một số vướng mắc trong bài viết.

⁵ Khoản 9 Điều 3 Luật Đất đai 2013.

2 Điều 101 Luật Đất đai 2013 quy định: *“Hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất không có các giấy tờ quy định tại Điều 100 của Luật này nhưng đã được sử dụng ổn định từ trước ngày 01 tháng 7 năm 2004 và không vi phạm pháp luật về đất đai, nay được Ủy ban nhân dân cấp xã xác nhận là đất không có tranh chấp, phù hợp với quy hoạch sử dụng đất, quy hoạch chi tiết xây dựng đô thị, quy hoạch xây dựng điểm dân cư nông thôn đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt đối với nơi đã có quy hoạch thì được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất”*.

Việc công nhận quyền sử dụng đất được hiểu là việc Nhà nước thừa nhận quyền sử dụng đất của người đã sử dụng đất ổn định và có các loại giấy tờ theo quy định pháp luật đất đai nhưng chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Điểm a khoản 1 Điều 99 Luật Đất đai 2013 quy định: *“Người đang sử dụng đất có đủ điều kiện cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo quy định tại các điều 100, 101, 102 của Luật này”*.

Với quy định trên, thì đất ở được sử dụng ổn định, lâu dài và đáp ứng các điều kiện được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cũng thuộc trường hợp được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất.

1.3. Quyền sử dụng đất ở được xác lập thông qua các giao dịch hoặc nhận thừa kế

Quyền sử dụng đất nói chung, quyền sử dụng đất ở nói riêng trở thành đối tượng của giao dịch dân sự khi được pháp luật cho phép. Người sử dụng đất có thể xác lập quyền sử dụng đất ở thông qua việc nhận chuyển nhượng, tặng cho, thừa kế... Tuy

nhiên, tùy thuộc vào hình thức sử dụng, mục đích, thời hạn... sử dụng đất, quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất được pháp luật quy định khác nhau. Ví dụ, quyền chuyển đổi quyền sử dụng đất chỉ áp dụng với chủ thể là cá nhân, hộ gia đình và đối với đất nông nghiệp trong cùng một xã, phường, thị trấn với hộ gia đình, cá nhân khác⁶, quyền tặng cho quyền sử dụng đất chỉ áp dụng với đối tượng được tặng cho do pháp luật quy định⁷...

Người sử dụng đất là tổ chức có quyền chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong trường hợp được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất đã trả tiền sử dụng đất một lần cho cả thời gian thuê, nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất từ cá nhân, tổ chức khác, nhận góp vốn bằng quyền sử dụng đất⁸. Pháp luật đất đai không quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của tổ chức được thừa kế quyền sử dụng đất. Trong quan hệ dân sự nói chung, “mọi cam kết, thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội có hiệu lực thực hiện đối với các bên và phải được chủ thể khác tôn trọng”⁹. Tuy nhiên, trong quan hệ đất đai, người sử dụng đất được thực hiện các quyền và nghĩa vụ đối với đất trong phạm vi pháp luật quy định. Nếu áp dụng cách hiểu như trên, thì cơ sở pháp lý để thực hiện quyền và nghĩa vụ của tổ chức được thừa kế quyền sử dụng đất từ tổ chức, cá nhân khác đang bị bỏ ngỏ¹⁰.

⁶ Trích điểm b, khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai 2013.

⁷ Xem điểm c, khoản 2 Điều 174, điểm e khoản 1 Điều 179, điểm b khoản 2 Điều 186 Luật Đất đai 2013.

⁸ Xem Điều 174, 176, 177 Luật Đất đai 2013.

⁹ Khoản 2 Điều 3 Bộ luật Dân sự 2015.

¹⁰ Xem điểm d khoản 1 Điều 169, mục 2 (từ Điều 173 đến Điều 178) Luật Đất đai 2013.

Người sử dụng đất là cá nhân có quyền chuyển quyền sử dụng đất theo quy định tại Điều 179 Luật Đất đai 2013.

Theo pháp luật đất đai hiện hành, trường hợp tổ chức được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất trả tiền hàng năm, thì quyền sử dụng đất này không phải là đối tượng của giao dịch dân sự, nhưng pháp luật thừa nhận các giao dịch đối với tài sản trên đất thuộc sở hữu của người sử dụng đất. Người trở thành chủ sở hữu tài sản gắn liền với đất thông qua giao dịch mua, bán, tặng cho, thừa kế... được Nhà nước tiếp tục cho thuê đất theo mục đích đã được xác định. Với việc thừa nhận các giao dịch đối với tài sản gắn với đất thuê như vậy có thể dẫn đến cách hiểu quyền sử dụng đất cũng đồng thời trở thành đối tượng của giao dịch dân sự ngay cả trong trường hợp thuê đất trả tiền hàng năm. Tài sản trên đất và quyền sử dụng đất mặc dù là hai loại tài sản khác nhau, thuộc phạm vi điều chỉnh của các luật riêng rẽ, tuy nhiên lại có mối liên hệ không thể tách rời. Khi định giá tài sản để thế chấp, bán tài sản gắn với đất thuê, các chủ thể thường căn cứ vào giá trị tài sản và giá trị sinh lợi của mảnh đất đó (vị trí, diện tích, môi trường kinh doanh...). Do vậy, mặc dù không được thừa nhận về mặt pháp lý, thì trên thực tiễn, trong những trường hợp này, quyền sử dụng đất vẫn được xem là đối tượng của giao dịch dân sự và được chuyển giao cùng với tài sản gắn với đất.

2. Một số vướng mắc trong các quy định pháp luật hiện hành và kiến nghị hoàn thiện

2.1. Một số vướng mắc

Quyền sử dụng đất ở thường gắn với nhà ở, các công trình trên đất phục vụ đời sống của hộ gia đình, cá nhân. Tuy nhiên,

trong cùng một thửa đất có sự xen kẽ về mục đích sử dụng, hoặc nhu cầu sử dụng đất của hộ gia đình có sự thay đổi, nên vi phạm mục đích sử dụng vẫn có thể xảy ra và được pháp luật thừa nhận trong một số trường hợp. Sự thừa nhận này có thể phù hợp với điều kiện thực tế, nhưng trên phương diện pháp lý, đã tạo nên sự thiếu nhất quán, thậm chí có dấu hiệu vi phạm nguyên tắc cơ bản được quy định trong Luật Đất đai 2013 và Luật Nhà ở 2014. Một số vướng mắc có thể kể đến như sau:

(i) Công nhận hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất không thuộc một trong bốn trường hợp quy định tại Điều 55 Luật Đất đai 2013.

Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP hướng dẫn về việc cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng đất mà không có giấy tờ về quyền sử dụng đất và không vi phạm pháp luật đất đai như sau:

Đối với thửa đất có cả nhà ở và công trình xây dựng để sản xuất, thương mại, dịch vụ phi nông nghiệp mà diện tích thửa đất lớn hơn hạn mức đất ở thì diện tích đất ở được công nhận theo hạn mức đất ở, diện tích còn lại đã xây dựng công trình thương mại, dịch vụ phi nông nghiệp thì công nhận đất phi nông nghiệp, đất thương mại, dịch vụ theo diện tích đã xây dựng công trình đó; hình thức sử dụng đất được công nhận như hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất, thời hạn sử dụng đất là ổn định, lâu dài¹¹.

Như vậy, hướng dẫn về nội dung này không có mối liên hệ với quy định tại Điều 60 Luật Đất đai 2013 về việc xử lý trường hợp giao đất, cho thuê đất trước ngày Luật

¹¹ Xem Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP.

Đất đai 2013 có hiệu lực thi hành (là các trường hợp đã có các giấy tờ về quyền sử dụng đất).

Điều 103 Luật Đất đai 2013 quy định việc xác định diện tích đất ở đối với trường hợp có vườn, ao, trong đó khoản 7 giao nhiệm vụ cho Chính phủ quy định chi tiết Điều này. Chúng tôi cho rằng, nhiệm vụ “quy định chi tiết” hay hướng dẫn của Nghị định cần phải trong khuôn khổ các quy định của luật. Luật Đất đai 2013 ghi nhận chỉ có bốn trường hợp quy định tại Điều 55 thuộc hình thức “giao đất có thu tiền sử dụng đất” và một số trường hợp theo quy định tại Điều 60. Như vậy, quy định đất phi nông nghiệp có mục đích sử dụng thương mại, dịch vụ “được công nhận như hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất” theo Nghị định 43/2014/NĐ-CP dường như là trường hợp “bỏ sung” so với quy định của Luật Đất đai 2013.

(ii) Mục đích sử dụng đất không phải để ở, nhưng các công trình xây dựng trên đất lại nhằm mục đích để ở, phục vụ mục đích sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân.

Đối với trường hợp hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng “đất nông nghiệp trong cùng thửa đất có nhà ở, công trình xây dựng khác mà không được công nhận là đất phi nông nghiệp quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này thì hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo mục đích hiện trạng đang sử dụng như trường hợp quy định tại điểm a khoản này; nếu người sử dụng đất đề nghị chuyển sang sử dụng vào mục đích phi nông nghiệp thì phải làm thủ tục chuyển mục đích sử dụng đất và phải nộp tiền sử dụng đất theo quy định của

pháp luật”¹². Điểm a khoản 5 Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP quy định: “*Trường hợp hộ gia đình, cá nhân không trực tiếp sản xuất nông nghiệp thì được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất theo hình thức Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất đối với diện tích đất đang sử dụng nhưng không vượt quá hạn mức giao đất nông nghiệp quy định tại Điều 129 của Luật Đất đai; diện tích đất nông nghiệp còn lại (nếu có) phải chuyển sang thuê đất của Nhà nước*”. Mục đích sử dụng của đất nông nghiệp bao gồm: Đất trồng cây hàng năm gồm đất trồng lúa và đất trồng cây hàng năm khác, đất trồng cây lâu năm, đất rừng sản xuất, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất nuôi trồng thủy sản, đất làm muối, đất nông nghiệp khác gồm đất sử dụng để xây dựng nhà kính và các loại nhà khác phục vụ mục đích trồng trọt, kể cả các hình thức trồng trọt không trực tiếp trên đất; xây dựng chuồng chăn nuôi gia súc, gia cầm và các loại động vật khác được pháp luật cho phép, đất trồng trọt, chăn nuôi, nuôi trồng thủy sản cho mục đích học tập, nghiên cứu thí nghiệm, đất ươm tạo cây giống, con giống và đất trồng hoa, cây cảnh¹³. Như vậy, trong số các mục đích sử dụng của đất nông nghiệp, không có mục đích để ở và xây dựng các công trình phục vụ đời sống.

Nội dung đầu tiên trong quy định của pháp luật đất đai hiện hành về nghĩa vụ của người sử dụng đất là “*sử dụng đúng mục đích, đúng ranh giới thửa đất, đúng quy định về độ sâu trong lòng đất và chiều cao trên không, bảo vệ các công trình công*

¹² Điểm c khoản 5 Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP.

¹³ Khoản 1 Điều 10 Luật Đất đai 2013.

*cộng trong lòng đất và tuân theo các quy định khác của pháp luật có liên quan*¹⁴. Điều 6 Luật Nhà ở 2014 về các hành vi bị nghiêm cấm, trong đó khoản 4 có quy định: “*xây dựng nhà ở trên đất không phải đất ở*”. Như vậy, việc thừa nhận quyền sở hữu nhà ở đối với đất có mục đích sử dụng không phải là đất ở liệu có vi phạm khoản 1 Điều 170 Luật Đất đai 2013 và khoản 4 Điều 6 Luật Nhà ở 2014?

(iii) Thời hạn sử dụng đất ở đối với hộ gia đình, cá nhân là ổn định, lâu dài, còn thời hạn sử dụng nhà chung cư, nhà ở riêng lẻ lại được pháp luật quy định có thời hạn.

Quyền sử dụng đất ở là ổn định, lâu dài theo pháp luật đất đai. Tuy nhiên, trong Luật Nhà ở 2014, khoản 1 Điều 99 quy định: “*Thời hạn sử dụng nhà chung cư được xác định căn cứ vào cấp công trình xây dựng và kết luận kiểm định chất lượng của cơ quan quản lý nơi có nhà chung cư theo quy định tại khoản 2 Điều này*”. Phụ lục 1.1 và 1.3 phân cấp các loại công trình xây dựng phục vụ công tác quản lý chất lượng công trình xây dựng kèm theo Thông tư số 10/2013/TT-BXD ngày 25/7/2013 quy định nhà chung cư, nhà ở riêng lẻ dưới 2 tầng thuộc công trình cấp IV (có niên hạn sử dụng dưới 20 năm); từ 2 đến 7 tầng thuộc công trình cấp III (có niên hạn sử dụng từ 20 năm đến dưới 50 năm); từ 8 đến 20 tầng thuộc công trình cấp II (có niên hạn sử dụng từ 50 năm đến 100 năm); trên 20 tầng trở lên thuộc công trình cấp I và công trình đặc biệt (có niên hạn sử dụng trên 100 năm). Với quy định pháp luật trên, có thể sẽ dẫn đến sự quan ngại rằng quyền sở hữu nhà ở riêng lẻ, nhà chung cư thuộc trường hợp “sở

hữu có thời hạn” chứ không phải “ổn định, lâu dài”.

(iv) Xác định tài sản trên đất trong trường hợp cho phép xây dựng nhà ở trên đất thuê hoặc có thời hạn sử dụng.

Đất thuê hoặc đất nông nghiệp được giao trong hạn mức thuộc trường hợp sử dụng có thời hạn, vậy khi quyền sử dụng đất hết thời hạn, thì pháp luật bảo vệ quyền sở hữu nhà ở của người sử dụng đất như thế nào? Mặc dù pháp luật có quy định về các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng... đối với đất nông nghiệp được giao trong hạn mức¹⁵, tuy nhiên chúng ta có thể hiểu quy định này chỉ áp dụng với trường hợp trong thời hạn sử dụng đất, còn khi hết thời hạn sử dụng đất, thì vấn đề tài sản hình thành trên đất không được pháp luật đề cập đến.

Đối với đất được sử dụng theo hình thức được Nhà nước cho thuê đất, vẫn có thể được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất. Điều này không phù hợp với căn cứ, hình thức và mục đích sử dụng đất ở quy định tại Luật Đất đai 2013.

(v) Các công trình xây dựng trên đất ở nhưng có mục đích không phải để ở hoặc có mục đích hỗn hợp.

Ngoài đất xây dựng khu chung cư với mục đích hỗn hợp vừa xây nhà ở, vừa xây dựng các khu văn phòng, trung tâm thương mại, còn có các công trình nhà ở, biệt thự liền kề xây dựng trên đất ở nhưng lại sử dụng vào mục đích khác. Liên quan đến vấn đề này, Luật Nhà ở 2014 có phân biệt giữa nhà chung cư và nhà ở riêng lẻ. Đối với nhà chung cư, việc “*sử dụng căn hộ chung cư vào mục đích không phải để ở*”¹⁶ là một

¹⁴ Khoản 1 Điều 170 Luật Đất đai 2013.

¹⁵ Khoản 1 Điều 179 Luật Đất đai 2013.

¹⁶ Khoản 11 Điều 6 Luật Nhà ở 2014.

trong những hành vi bị nghiêm cấm. Tuy nhiên, với nhà ở riêng lẻ, pháp luật chỉ cấm đối với trường hợp “sử dụng nhà ở riêng lẻ vào mục đích kinh doanh vật liệu gây cháy, nổ, kinh doanh dịch vụ gây ô nhiễm môi trường, tiếng ồn, ảnh hưởng đến trật tự an toàn xã hội, sinh hoạt của khu dân cư mà không tuân thủ các quy định của luật về điều kiện kinh doanh”¹⁷. Hiện nay, việc thuê nhà ở để làm văn phòng đại diện đang còn nhiều vướng mắc. Mặc dù pháp luật có quy định cấm từ nhiều năm nay, nhưng việc thuê nhà chung cư làm văn phòng đại diện hoặc sử dụng vào mục đích kinh doanh vẫn diễn ra. Còn với nhà ở riêng lẻ, thì ranh giới về mục đích sử dụng đất và sử dụng nhà gần như không còn giá trị trên thực tế. Có nghĩa, nhà ở được xây dựng trên đất ở, nhưng người sở hữu nhà ở có thể chuyển mục đích sử dụng thành văn phòng đại diện hoặc cho người khác thuê làm văn phòng đại diện. Quy định pháp luật nhà ở cũng đã gián tiếp thừa nhận việc cho phép sử dụng nhà ở riêng lẻ vào mục đích khác, trừ các trường hợp theo quy định tại khoản 12 Điều 6 Luật Nhà ở 2014.

Nhà ở theo định nghĩa của Luật Nhà ở 2014 là “công trình xây dựng với mục đích để ở và phục vụ các nhu cầu sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân”. Đối chiếu với yêu cầu về mục đích sử dụng và định nghĩa về đất ở trong pháp luật đất đai, thì nhà ở chỉ có thể được xây dựng trên đất ở và ngược lại, đất ở sẽ chỉ sử dụng để xây dựng nhà ở và các công trình phục vụ nhu cầu sinh hoạt của hộ gia đình, cá nhân.

Tuy nhiên, pháp luật đất đai hiện hành lại thừa nhận việc xây dựng nhà ở trên các loại đất không có mục đích để ở. Ngược lại,

trong trường hợp đất được xác định có mục đích để ở, pháp luật nhà ở lại thừa nhận các công trình xây dựng trên đất ở hoặc nhà ở có thể sử dụng vào mục đích không phải để ở. Với những bất cập liên quan đến đất ở như trên, sẽ dẫn đến tình trạng các quy định pháp luật về phân loại, mục đích sử dụng, nghĩa vụ của người sử dụng đất ở khó có thể phát huy được hiệu lực trên thực tế. Ngoài ra, việc sử dụng sai mục đích đối với nhà ở hoặc đất ở có thể dẫn đến vướng mắc khi áp dụng luật. Ví dụ, nhà được xây dựng với mục đích để ở, nhưng sau đó cho thuê làm văn phòng đại diện hoặc làm cơ sở sản xuất kinh doanh, trên thực tế, chi phí thuê nhà vẫn được tính là chi phí hợp lý để xác định doanh thu, thuế thu nhập doanh nghiệp. Tuy nhiên, nếu xem xét theo quy định pháp luật đất đai và nhà ở, thì giao dịch trên đã vi phạm quy định trong các luật này về mục đích sử dụng.

2.2. Kiến nghị hoàn thiện

Từ những vướng mắc nêu trên, chúng tôi đề xuất một số biện pháp hoàn thiện pháp luật như sau:

(i) Về việc sửa đổi, bổ sung một số nội dung liên quan đến quy định tại khoản 1 Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP, chúng tôi đề xuất hai hướng giải quyết sau:

Thứ nhất, trên cơ sở phù hợp với quy định của Luật Đất đai 2013 về việc Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất¹⁸, các trường hợp được giao đất có thu tiền sử dụng đất và hạn mức sử dụng đất ở của từng địa phương, chúng tôi kiến nghị bỏ quy định “hình thức sử dụng đất được công nhận như hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất, thời hạn sử dụng đất là ổn định, lâu dài” tại điểm b, khoản 1 Điều 20 Nghị định

¹⁷ Khoản 12 Điều 6 Luật Nhà ở 2014.

¹⁸ Khoản 9 Điều 3 Luật Đất đai 2013.

43/2014/NĐ-CP, đồng thời sửa đổi, bổ sung Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP theo hướng: *Đối với thửa đất có cả nhà ở và công trình xây dựng để sản xuất, thương mại, dịch vụ phi nông nghiệp mà diện tích thửa đất lớn hơn hạn mức đất ở thì diện tích đất ở được công nhận theo hạn mức đất ở. Diện tích còn lại đã xây dựng công trình thương mại, dịch vụ phi nông nghiệp thì công nhận đất phi nông nghiệp, đất thương mại, dịch vụ theo diện tích đã xây dựng công trình đó; thời hạn sử dụng đất sẽ được xác định theo quy định tại khoản 4 Điều 125 Luật Đất đai*¹⁹.

Thứ hai, trong trường hợp công nhận quyền sử dụng đất phi nông nghiệp, thương mại, dịch vụ của hộ gia đình, cá nhân theo điểm b khoản 1 Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP về công nhận như hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất, để đảm bảo phù hợp với thực tế sử dụng đất và khoản 4 Điều 125 Luật Đất đai, chúng tôi kiến nghị sửa đổi Điều 55 Luật Đất đai 2013 theo hướng bổ sung trường hợp “đất thương mại, dịch vụ, đất cơ sở sản xuất phi nông nghiệp của hộ gia đình, cá nhân đang sử dụng ổn định mà không phải là đất được Nhà nước giao có thời hạn, cho thuê” thuộc hình thức được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất.

Căn cứ quy định tại Điều 125 Luật Đất đai 2013, thời hạn sử dụng đất ổn định, lâu dài đều được áp dụng đối với các trường hợp sử dụng đất theo hình thức được Nhà nước giao đất. Do vậy, chúng tôi cho rằng hướng giải quyết theo phương án này sẽ phù hợp hơn so với phương án thứ nhất.

(ii) Việc phân loại đất ở chỉ có ý nghĩa khi nó thể hiện được đúng tính chất và mục đích sử dụng. Do vậy, để đảm bảo tính tuân

thủ pháp luật và hiệu quả quản lý về mục đích sử dụng đất, pháp luật nên có quy định cụ thể về các công trình nhằm mục đích để ở được xây dựng trên đất nông nghiệp ở mức độ nào thì thuộc trường hợp phải “chuyển mục đích sử dụng đất”. Ví dụ, nếu chỉ xây dựng khu nhà tạm, mái lá vừa để ở, vừa trông coi vườn, ao thì có thể không cần phải xin phép. Nhưng trong trường hợp xây nhà từ cấp 4 trở lên bằng gạch kiên cố, có kèm các công trình phụ như bếp, khu vệ sinh, thì diện tích đất xây nhà và các công trình đó phải chuyển sang đất ở và việc xây dựng phải được sự cho phép của cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Ngoài ra, để phù hợp với pháp luật đất đai, đồng thời tháo gỡ vướng mắc khi thực thi quy định pháp luật về nhà ở đối với việc xây dựng nhà ở trên đất khu chung cư, khoản 4 Điều 6 Luật Nhà ở 2014 nên sửa đổi, bổ sung “*Xây dựng nhà ở trên đất không phải là đất ở, đất khu chung cư*”.

(iii) Pháp luật cần phải làm rõ và phân biệt “thời hạn sử dụng” và “thời hạn sở hữu nhà chung cư” theo hướng “thời hạn sở hữu là ổn định lâu dài” để đảm bảo quyền lợi cho chủ sở hữu nhà chung cư. Trong trường hợp hết thời hạn sử dụng, chủ đầu tư có nghĩa vụ cải tạo, xây mới hoặc bố trí tái định cư trên cơ sở đảm bảo chỗ ở cho chủ sở hữu căn hộ chung cư hoặc những người thừa kế.

(iv) Quy định về mục đích sử dụng của các công trình xây dựng trên đất ở về cơ bản phải tuân thủ các nguyên tắc sử dụng đất. Trong trường hợp sử dụng vào các mục đích không phải để ở, pháp luật nên có hướng dẫn và quy định về các trường hợp cụ thể, hạn chế đến mức thấp nhất sự vênh nhau trong các quy định pháp luật về đất đai và nhà ở, giữa luật và nghị định như hiện nay.

¹⁹ Xem: Điều 20 Nghị định 43/2014/NĐ-CP.