TH□NG RA M□T K□
6(362)
2018
N□M TH□ 47

TỔNG BIÊN TẬP
PGS.TS. L□ MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP
TS. TR□N V□N BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP
GS.TSKH. □ÀO TR□□C
PGS.TS. B□I XUÂN □□C
PGS.TS. PH□M H□NG H□I
PGS.TS. TR□N □□NH H□O
PGS.TS. HÀ TH□MAI HI□N
PGS.TS. PH□M H□U NGH□
PGS.TS. NGUYÙN NH□ PH□T
PGS.TS. L□ MINH THÂNG
PGS.TS. NGUYÙN TRUNG T□N
GS.TS. V□ KH□NH VINH
PGS.TS. □INH NG□C V□□NG

Trụ sở Toà soạn:
27 Trần Xuân Soạn
Hà Nội

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

Gi□y ph□p ho□t □□ng b□o ch□ s□ 121/GP-BTTTT, ngày 22/4/2013

In tại Công ty in Thủy lợi

Gi□: 20.000□

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

❖ NGUYỄN ĐỨC MINH: Khái niệm, nội dung của nguyên tắc pháp quyền 3

LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ CAO VŨ MINH: Hoàn thiện pháp luật quản lý cư trú đối với người nước ngoài trên lãnh thổ Việt Nam 22

LUẬT HÌNH SỰ

❖ VÕ MINH KỲ – NGUYỄN PHƯƠNG ANH: Thẩm phán không chuyên trong phiên tòa hình sự: Mô hình của Hoa Kỳ, Nhật Bản và kinh nghiệm cho Việt Nam 30

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT KINH TẾ

❖ NGUYỄN MINH OANH – CHU THỊ LAM GIANG: Quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự năm 2015 39

❖ NGUYỄN TRUNG DƯƠNG – NGÔ THỊ KIM HOÀNG: Bàn về chủ thể thực hiện giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần 46

LUẬT QUỐC TẾ

❖ TRẦN THỊ THU THỦY: Vùng nhận diện phòng không và thực tiễn thiết lập của Hàn Quốc 54

❖ NGÔ THỊ NGỌC ÁNH – NGUYỄN HỒNG BẮC: Pháp luật về các phương thức tống đạt giấy tờ ra nước ngoài 64

QUYỀN CON NGƯỜI

❖ VŨ CÔNG GIAO – NGUYỄN ĐÌNH ĐỨC: Quyền được sử dụng thực phẩm an toàn theo pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam 74

MONTHLY ISSUE
6(362)
2018
47TH YEAR

EDITOR IN CHIEF
LE MAI THANH

DEPUTY EDITOR IN CHIEF
TRAN VAN BIEN

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

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

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

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

Printed by Water Resources Printing Company

Price: 20.000 VND

STATE AND LAW

CONTENTS

STATE AND LAW THEORY

❖ NGUYEN DUC MINH: Concept and content of rule-of-law principle 3

ADMINISTRATIVE LAW

❖ CAO VU MINH: Improve the law on administration of residence of foreigners in Vietnam's territory 22

CRIMINAL LAW

❖ VO MINH KY – NGUYEN PHUONG ANH: Lay judges in criminal proceedings: The models of United States of America, Japan, and lessons for Vietnam 30

CIVIL LAW, ECONOMIC LAW

❖ NGUYEN MINH OANH – CHU THI LAM GIANG: The usufruct right under the 2015 Civil Code 39

❖ NGUYEN TRUNG DUONG – NGO THI KIM HOANG: A commentary on subjects to conduct transactions for their personal benefits in joint stock companies 46

INTERNATIONAL LAW

❖ TRAN THI THU THUY: Air Defense Identification Zone and establishment practice of South Korea 54

❖ NGO THI NGOC ANH – NGUYEN HONG BAC: Law on Means of the Service Abroad of Documents 64

HUMAN RIGHTS

❖ VU CONG GIAO – NGUYEN DINH DUC: The right to safe food under international and Vietnamese laws 74

KHÁI NIỆM, NỘI DUNG CỦA NGUYÊN TẮC PHÁP QUYỀN

Nguyễn Đức Minh*

Tóm tắt: *Bài viết dẫn ra chủ trương của Đảng và các nhóm quan niệm về nguyên tắc pháp quyền; sau đó đưa ra định nghĩa của tác giả về nguyên tắc pháp quyền (với nghĩa là 1 nguyên tắc và với nghĩa là các nguyên tắc). Nguyên tắc pháp quyền được phân biệt với pháp quyền, nguyên tắc pháp chế, nguyên tắc pháp trị và nhà nước pháp quyền. Ở nghĩa là các nguyên tắc và được hiểu theo nghĩa rộng, nguyên tắc pháp quyền được bài viết phân tích với các yếu tố cấu thành nội dung: (1) Quyền lực nhà nước bị giới hạn, bị kiểm soát và ràng buộc bởi pháp luật; (2) Bảo đảm hiệu lực tối thượng của hiến pháp và luật; (3) An toàn pháp lý; (4) Bình đẳng trước pháp luật và bình đẳng trước tòa án; (5) Bảo vệ hiệu lực của pháp luật bởi cơ quan tài phán độc lập, xét xử công bằng theo thủ tục chặt chẽ; (6) Gắn pháp quyền với bảo đảm, bảo vệ tự do, nhân phẩm, công bằng, công lý, dân chủ và quyền con người. Ngoài ra, bài viết còn phân tích phạm vi áp dụng nguyên tắc pháp quyền.*

Abstract: *The paper makes reference to the Party's standpoint and groups of viewpoints on rule-of-law principle, and then presents the author's definition of rule-of-law principle (as a principle and as principles). Rule-of-law principle is distinguished from the rule of law, socialist legality principle, rule-by-law principle, and rule-of-law based state. In the broad sense of principles, the rule-of-law principle is analyzed with constituting components as follow: (1) State powers to be limited, controlled and bound by the law; (2) The supremacy of the constitution and law to be ensured; (3) Legal safety; (4) Equality before the law and a court of law; (5) The effect of the law to be safeguarded by independent judiciary with fair trial and due process of law; (6) The rule of law goes hand in hand with the promotion and protection of freedom, dignity, fairness, justice, democracy and human rights. Beside, the paper also examines the applicable scope of rule-of-law principle.*

1. Khái niệm nguyên tắc pháp quyền

Để giải nghĩa thuật ngữ *nguyên tắc pháp quyền*[1] trước hết phải hiểu được khái niệm *pháp quyền*[2], bởi vì nguyên tắc pháp quyền được đặt ra từ yêu cầu tôn trọng và tuân thủ pháp quyền[3].

1.1. Thuật ngữ nguyên tắc pháp quyền trong văn kiện của Đảng

Trong văn kiện của Đảng Cộng sản Việt Nam, thuật ngữ *nguyên tắc pháp quyền* được tiếp nhận và sử dụng muộn hơn thuật ngữ *Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa* (XHCN). Thuật ngữ *Nhà nước pháp quyền XHCN* được Đảng Cộng sản Việt Nam sử dụng lần đầu tiên vào năm 1994 tại Văn

* PGS. TS., Viện trưởng Viện Nhà nước và Pháp luật.
Bài viết trong khuôn khổ Đề tài cấp Nhà nước "Thực hiện nguyên tắc pháp quyền trong xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo: Thực trạng, vấn đề đặt ra và giải pháp", mã số KX.04.06/16-20.

[1] Từ "nguyên tắc pháp quyền" trong các ngôn ngữ khác: tiếng Anh "the Principle of the rule of law", tiếng Đức "Prinzip der Rechtsstaatlichkeit", tiếng Pháp "Principe de la primauté du droit".

[2] Quan niệm về pháp quyền trên thế giới được tác giả phân tích trong bài viết khác.

[3] Từ "pháp quyền" trong các ngôn ngữ khác: Tiếng Anh "Rule of Law", tiếng Đức "Rechtsstaatlichkeit", tiếng Pháp "prééminence du droit".

kiện Hội nghị đại biểu toàn quốc của Đảng giữa nhiệm kỳ khóa VII[4]. Đến năm 2001 thuật ngữ *Nhà nước pháp quyền XHCN* chính thức được thể chế hóa trong Nghị quyết số 51/2001/QH10 của Quốc hội về việc sửa đổi, bổ sung một số điều của Hiến pháp năm 1992. Trong khi đó, mãi đến năm 2005, thuật ngữ "nguyên tắc pháp quyền XHCN" mới được sử dụng trong Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 của Bộ Chính trị về Chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020. Tuy nhiên, từ đó cho đến trước Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII của Đảng, không có văn bản nào của Đảng và Nhà nước sử dụng thuật ngữ này. Trong các văn kiện của Đảng người ta chỉ tìm thấy các thuật ngữ "Nhà nước pháp quyền", "pháp quyền"[5]. Đến Đại hội lần thứ XII của Đảng, thuật ngữ "*các nguyên tắc pháp quyền*" mới được nhắc lại cùng với các thuật ngữ "Nhà nước pháp quyền", "dân chủ - pháp quyền". Báo cáo chính trị của Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XI được trình bày tại Đại hội lần thứ XII đã yêu cầu: "Trong tổ chức và hoạt động của Nhà nước, phải thực hiện dân chủ, tuân thủ *các nguyên tắc pháp quyền* và phải tạo ra sự chuyển biến tích cực, đạt kết quả cao hơn". Tuy nhiên, cho đến nay vẫn chưa có văn bản nào của Đảng và Nhà nước giải thích nội hàm khái niệm "nguyên tắc pháp quyền XHCN". Việc sử dụng thuật ngữ "*các nguyên tắc pháp quyền*" cùng với các thuật ngữ "Nhà nước pháp quyền", "dân chủ và pháp quyền", "dân chủ - pháp quyền" trong các văn kiện của Đại hội Đảng lần thứ XI và XII cho thấy khái niệm pháp quyền dường như được hiểu là phạm trù bao gồm các nguyên tắc và phân biệt pháp quyền với dân chủ, nguyên tắc pháp quyền, nhà nước pháp quyền.

1.2. Nhận thức và các quan niệm về nguyên tắc pháp quyền

Trong khoa học, ở Việt Nam có nhận thức và sự diễn đạt khác nhau về nội hàm khái niệm *nguyên tắc pháp quyền*.

Nhóm quan điểm thứ nhất cho rằng, nội hàm của "nguyên tắc pháp quyền XHCN" chính là "nguyên tắc của Nhà nước pháp quyền XHCN". Do đó, nội dung của nguyên tắc pháp quyền XHCN bao gồm toàn bộ nội dung yêu cầu và nguyên tắc của Nhà nước pháp quyền XHCN. Nguyên tắc pháp quyền đồng nhất với chế độ pháp quyền hay nhà nước pháp quyền[6].

Nhóm quan điểm thứ hai (quan điểm phổ biến) định nghĩa nguyên tắc pháp quyền là "tinh thần thượng tôn pháp luật của Nhà nước, cơ quan nhà nước, các nhân viên nhà nước, của mọi tổ chức, cá nhân và của toàn xã hội; là một trong những tư tưởng chủ đạo trong tổ chức và hoạt động

[4] Nguyễn Thị Báo, *Tuân thủ nguyên tắc pháp quyền trong quá trình xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Tạp chí Nghề Luật, số 3/2015, tr. 14.

[5] Chẳng hạn, trong Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI ở mục đẩy mạnh xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa đã ghi "Tổ chức và hoạt động của Chính phủ cần tiếp tục được đổi mới theo hướng xây dựng nền hành chính thống nhất, thông suốt, trong sạch, vững mạnh, có hiệu lực, hiệu quả; tổ chức tinh gọn hợp lý; tăng tính dân chủ và pháp quyền trong điều hành của Chính phủ; nâng cao năng lực dự báo, ứng phó và giải quyết kịp thời những vấn đề mới phát sinh". Xem: Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2011, tr. 249.

[6] Hoàng Văn Nghĩa, *Một số vấn đề lý luận về nhà nước pháp quyền và giá trị tham khảo đối với Việt Nam*, Tạp chí Lý luận chính trị, số 2/2014, tr. 49.

của nhà nước pháp quyền, trong quản lý và phát triển xã hội"[7].

Nhóm quan điểm thứ ba cũng nói đến yêu cầu về tính tối thượng của pháp luật, vai trò xác định giới hạn của việc tổ chức, thực hiện quyền lực nhà nước và ranh giới cho tổ chức và hoạt động của các thiết chế xã hội phi nhà nước của nguyên tắc pháp quyền, nhưng quy nạp thêm vào khái niệm nguyên tắc pháp quyền yêu cầu tôn trọng, bảo đảm quyền con người[8].

Nhóm quan điểm thứ tư: Ngoài các yêu cầu về thượng tôn pháp luật của toàn xã hội, ý thức tuân thủ và chấp hành pháp luật của cơ quan nhà nước, công chức, viên chức và mọi người dân, hạn chế ảnh hưởng của việc sử dụng quyền lực một cách tùy tiện, thì trong nội dung của nguyên tắc pháp quyền còn yêu cầu "áp dụng pháp luật một cách nhất quán, bình đẳng và không thiên vị". Để đảm bảo tính pháp quyền thì đạo luật phải phù hợp với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật, thể hiện các giá trị cao cả như lương tri, tự do, bình đẳng, công bằng, phù hợp với tiến bộ xã hội và các giá trị nhân văn của xã hội nói chung. Ngoài ra, nguyên tắc pháp quyền XHCN cũng đòi hỏi sự liêm chính trong quá trình xét xử, các nguyên tắc tố tụng phải chặt chẽ và hợp lý để tìm ra sự thật. Các cơ quan tư pháp phải thực sự là chỗ dựa của nhân dân trong việc bảo vệ công lý, quyền con người, đồng thời phải là công cụ hữu hiệu bảo vệ pháp luật và pháp chế XHCN, đấu tranh có hiệu quả với các loại tội phạm và vi phạm[9].

Như vậy, ở nước ta hiện nay có nhiều quan niệm khác nhau về nội dung của nguyên tắc pháp quyền. Điểm chung trong các nhóm quan điểm về nguyên tắc pháp quyền đã trình bày là thừa nhận sự tồn tại khách quan của pháp luật; bảo đảm tính tối thượng của hiến pháp và luật; đòi hỏi Nhà nước, các cơ quan nhà nước, công chức và viên chức nhà nước đều bị ràng buộc bởi pháp luật, phải tuân thủ và chấp hành pháp luật. Nhận thức khác nhau về nguyên tắc pháp quyền thể hiện trước hết ở mục đích đặt ra yêu cầu về sự ràng buộc bởi pháp luật chỉ đối với chủ thể là Nhà nước hay đối với cả các chủ thể khác. Ngoài ra, tiếp cận pháp quyền với những đòi hỏi, yêu cầu rộng, hẹp của pháp quyền và những giá trị mà nguyên tắc pháp quyền theo đuổi cũng tạo ra sự giải thích và quan niệm khác nhau về nguyên tắc pháp quyền.

Theo tác giả, pháp quyền có thể được hiểu là một nguyên tắc (nguyên tắc pháp quyền), đồng thời, cũng có thể hiểu pháp quyền là một phạm trù chung bao gồm các nguyên tắc cụ thể (các nguyên tắc pháp quyền).

Với nghĩa là một nguyên tắc, tác giả chia sẻ quan điểm cho rằng pháp quyền bản thân nó là một nguyên tắc chính trị, pháp lý. Theo Từ điển Anh ngữ Oxford, pháp quyền là nguyên tắc, theo đó tất cả mọi thành viên của xã hội (bao gồm cả chính phủ) đều phải tuân theo các quy định pháp luật và các thủ

[7] Quan điểm của nhóm nghiên cứu chuyên đề 6 "*Nguyên tắc pháp quyền trong xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa do Đảng Cộng sản Việt Nam lãnh đạo*" do Phó Chủ tịch Quốc hội Uông Chu Lưu chủ trì phối hợp với Thường trực Hội đồng Lý luận Trung ương thực hiện, hoàn thành tháng 10/2017, trang 7 của báo cáo.

[8] Trần Thái Dương, *Bàn về khái niệm pháp quyền, nguyên tắc pháp quyền*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3/2017, từ tr. 3.

[9] Nguyễn Xuân Tùng, *Bàn về nguyên tắc pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật, số tháng 10/2011, tr. 2-3.

tục được công bố công khai[10]. Pháp quyền được coi là nguyên tắc pháp luật, vì trong những trường hợp còn hoài nghi hoặc không dự liệu trước được thì nó là phương châm hoặc quy tắc cho sự quyết định[11]. Tác giả cho rằng tuân thủ pháp quyền chính là biểu hiện hình thức của nguyên tắc pháp quyền. Do pháp quyền là một nguyên tắc nên tuy có hai thuật ngữ "pháp quyền" và "nguyên tắc pháp quyền", nhưng trên thực tế người ta thường nói nhiều, viết nhiều về pháp quyền hơn là về nguyên tắc pháp quyền. Điều này lý giải tại sao có thể tìm thấy nhiều bài viết về pháp quyền hơn về nguyên tắc pháp quyền.

Với nghĩa là một nguyên tắc, nguyên tắc pháp quyền được hiểu là nguyên lý, tư tưởng chỉ đạo nhất thiết phải tuân theo với nội dung cốt lõi là quyền lực nhà nước được kiểm soát, ràng buộc với pháp luật, chỉ được và phải được thực hiện trên cơ sở và trong khuôn khổ pháp luật. Nguyên tắc pháp quyền đòi hỏi các chủ thể pháp luật, trước hết là các cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước phải tôn trọng pháp luật, tồn tại trong mối quan hệ với pháp luật, ràng buộc bởi pháp luật và thực hiện pháp luật, hành động hoặc không hành động trên cơ sở pháp luật và không vi phạm những điều pháp luật cấm. Nguyên tắc pháp quyền thuộc nhóm nguyên tắc chính trị, pháp lý chung[12] và là một trong những nguyên tắc trung tâm của quản trị quốc gia theo hiến pháp[13].

Như vậy, nguyên tắc pháp quyền với nghĩa là một nguyên tắc là đòi hỏi chung với những nội dung như nêu ở trên. Từ đòi hỏi chung đó đặt ra các đòi hỏi cụ thể (pháp quyền với nghĩa là các nguyên tắc) như quyền lực nhà nước được kiểm soát, ràng buộc với pháp luật; hiến pháp và luật giữ vị trí tối thượng; bình đẳng trước pháp luật; an toàn pháp lý… Các đòi hỏi cụ thể đó cấu thành nội dung của pháp quyền với nghĩa là các nguyên tắc. Nói cách khác, các nguyên tắc pháp quyền là sự cụ thể hoá những thuộc tính cơ bản cấu thành khái niệm pháp quyền với nghĩa là một nguyên tắc. Mức độ rộng, hẹp trong nội dung nguyên tắc pháp quyền phụ thuộc vào mức độ yêu cầu của nguyên tắc pháp quyền và quan niệm về pháp quyền. Tác giả chia sẻ quan điểm của một số nhà khoa học[14], một số tổ chức, diễn đàn

[10] Tương tự, Leal-Arcas, Rafael, *Essential Elements of the Rule of Law Concept in the EU* (August 20, 2014). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 180/2014. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2483749 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2483749.

[11] Xem giải thích thuật ngữ "Rule of Law" trong từ điển Black, H. Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1990, tr. 1332.

[12] Chẳng hạn như các nguyên tắc: Quyền lực nhà nước thuộc về nhân dân hoặc bắt nguồn từ nhân dân; quyền lực nhà nước là thống nhất, phân công, phối hợp và kiểm soát; nguyên tắc dân chủ; tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người; nguyên tắc quá bán trong việc đưa ra quyết định của cơ quan lập pháp… Xem thêm Đào Trí Úc, *Hiến pháp năm 2013 và các nguyên tắc tổ chức thực hiện quyền lực nhà nước*, trong Kỷ yếu hội thảo "Tổ chức bộ máy nhà nước theo Hiến pháp năm 2013" do Tạp chí Nghiên cứu lập pháp và Viện Chính sách công và pháp luật, tổ chức tại Hà Nội, ngày 06/5/2014, tr. 3-11.

[13] Xem thêm Paul P. Craig, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: An analytical framework*, trong Public Law, tr. 487, http://weblaw.haifa.ac.il/en/JudgesAcademy/workshop3/Documents/A/A/PL-Craig.pdf, truy cập ngày 12/12/2016.

[14] Chẳng hạn, Brian Z. Tamanaha, *The history and elements of the rule of law*, Singapore Journal of Legal Studies, 2012, tr. 232–247 (tr. 236), cho rằng ba vấn đề trung tâm của khái niệm pháp quyền là: (i) Chính quyền bị giới hạn bởi pháp luật; (ii) Tính hợp pháp hình thức; và (iii) Sự đối lập giữa sự thống trị của pháp luật và thống trị bởi con người.

trên thế giới[15] rằng, nội dung của pháp quyền không chỉ giới hạn ở tính tối thượng của hiến pháp và luật. Quan niệm pháp quyền với nghĩa là các nguyên tắc cụ thể cũng được thừa nhận ở Đức. Ở Đức có nhiều quan niệm khác nhau về nội dung của pháp quyền. Có người cho rằng, pháp quyền trong nội dung bao gồm một số nguyên tắc cụ thể như: Các quyền cơ bản; sự phân chia quyền lực (tương xứng với chức năng); tính hợp pháp của hành chính; bảo vệ pháp luật một cách hiệu quả; tính cân xứng; an toàn pháp lý; trách nhiệm bồi thường của nhà nước[16]. Người khác quy nạp vào pháp quyền các yếu tố: Sự tôn trọng pháp luật trong hành động của nhà nước; an toàn pháp lý; giới hạn và sự ràng buộc của pháp luật; thượng tôn pháp luật qua ràng buộc các quyền cơ bản; bảo đảm pháp lý trước những hành vi của nhà nước và tài phán hiến pháp[17].

Dưới đây, tác giả phân tích khái niệm nguyên tắc pháp quyền với nghĩa là các yêu cầu, các nguyên tắc cụ thể ở cách tiếp cận rộng và hẹp.

Ở cách tiếp cận hẹp và với nghĩa là các nguyên tắc (phù hợp với quan niệm pháp quyền hình thức) tác giả cho rằng, nguyên tắc pháp quyền bao gồm các yêu cầu cụ thể về sự ràng buộc, tôn trọng và tuân thủ pháp luật của các cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước, các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, doanh nghiệp, công dân và các chủ thể khác. Các yêu cầu (nguyên tắc) cụ thể cấu thành nội dung của nguyên tắc pháp quyền bao gồm: Việc tổ chức, thực thi quyền lực chính trị, cũng như tổ chức, quản lý xã hội, duy trì trật tự xã hội phải dựa trên pháp luật; các cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước, các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, doanh nghiệp, công dân và các chủ thể khác ràng buộc bởi pháp luật, thực hiện pháp luật, hành động hoặc không hành động phù hợp với pháp luật; mọi hành vi vi phạm pháp luật đều được xử lý kịp thời, công bằng, nghiêm minh theo pháp luật; hiến pháp và pháp luật được bảo vệ. Nguyên tắc pháp quyền hình thức tuy đặt ra yêu cầu về nội dung và hình thức đối với pháp luật, nhưng ở nghĩa hẹp này, pháp quyền và nguyên tắc pháp quyền không quan tâm đến sự thể hiện trong nội dung và mục đích điều chỉnh của pháp luật các giá trị tiến bộ xã hội

[15] Chẳng hạn, Dự án Tư pháp thế giới (The World Justice Project - WJP), xem bốn nguyên tắc phổ quát dưới đây tạo thành một định nghĩa chức năng của pháp quyền: (1) Chính phủ, các quan chức, các cơ quan đại diện, cá nhân và các tổ chức tư nhân đều phải tuân thủ pháp luật; (2) Luật pháp rõ ràng, công khai, ổn định và đúng đắn; được áp dụng đồng đều và bảo vệ các quyền cơ bản, bao gồm cả an toàn của người và tài sản và các quyền con người đã được xác định; (3) Quy trình pháp luật theo đó luật được ban hành, quản lý và thi hành có thể tiếp cận được, công bằng và hiệu quả; (4) Hoạt động tư pháp phải được thực hiện kịp thời bởi những đại diện có thẩm quyền, có đạo đức, độc lập và trung lập, có đủ nhân lực và nguồn lực cần thiết và làm việc với tinh thần phục vụ cộng đồng. Xem WJP, The Four Universal Principles, đăng trên https://worldjusticeproject.org /about-us/overview/what-rule-law, truy cập ngày 12/12/2017.

[16] Alexander Thiele, *Die Verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen*, Rep.-Kurs Öffentliches Recht WS 2017/2018, từ trang 19. Tài liệu lấy về ngày 02/4/2018 từ trang điện tử: http://guckelberger .jura.uni-saarland.de/Homepage/Aktuelle%20Inform ationen2.html của GS. Annette Guckelberger Lehrstuhl für Öffentliches Recht.

[17] Dieter Grimm, *Levels of the Rule of Law – On the Possibility of Exporting a Western Achievement*, trong sách: Dirk Ehlers, Henning Glaser, Kittisak Prokati (Ed.); Constitutionalism and Good Governance, 1st Edition 2014, tr. 141-152.

như: Tự do, nhân phẩm, nhân đạo, công bằng, công lý, dân chủ, quyền con người.

Ở cách tiếp cận rộng và với nghĩa là các nguyên tắc (phù hợp với quan niệm pháp quyền thực chất), trong nội dung của nguyên tắc pháp quyền thực chất ngoài các yêu cầu (nguyên tắc) cụ thể giống như trong nội dung nguyên tắc pháp quyền hình thức như đã nêu ở trên còn bao gồm các kết quả tác động mà pháp quyền có thể mang lại từ việc thực hiện các yêu cầu (nguyên tắc) đó. Nguyên tắc pháp quyền thực chất đòi hỏi pháp luật được công bố công khai, có nội dung rõ ràng, không mâu thuẫn, có tính ổn định, có khả năng dự báo, khả thi, áp dụng chung cho mọi chủ thể có liên quan, phản ánh các giá trị tiến bộ xã hội như tự do, nhân phẩm, nhân đạo, công bằng, công lý, dân chủ, quyền con người.

2. Phân biệt nguyên tắc pháp quyền với nguyên tắc pháp trị, nguyên tắc pháp chế và nhà nước pháp quyền

Nguyên tắc pháp quyền, nguyên tắc pháp trị, nguyên tắc pháp chế và nhà nước pháp quyền là những thuật ngữ không đồng nhất. Sự khác nhau giữa nguyên tắc pháp quyền với nguyên tắc pháp trị, nguyên tắc pháp chế và nhà nước pháp quyền là do nguyên tắc pháp quyền lấy pháp quyền làm tư tưởng chủ đạo và pháp quyền khác về bản chất so với pháp trị, pháp chế và nhà nước pháp quyền. Vì vậy, dưới đây tác giả chỉ tập trung làm rõ ranh giới giữa pháp quyền với pháp trị, pháp chế và nhà nước pháp quyền.

Pháp quyền, pháp trị, pháp chế đều thừa nhận sự tồn tại khách quan của pháp luật và pháp luật cần được sử dụng để quản lý xã hội, nhưng pháp quyền khác với pháp trị[18], pháp chế[19] và nhà nước pháp quyền ở nguồn gốc hình thành tư tưởng, ở nội dung, tính chất, mục đích sử dụng pháp luật và mục đích điều chỉnh của pháp luật mà pháp quyền, pháp trị, pháp chế và nhà nước pháp quyền viện dẫn tới.

Ở Việt Nam không có nhận thức thống nhất về pháp trị, pháp chế. Có người đồng nhất pháp trị với pháp chế. Người khác tuy phân biệt các thuật ngữ tiếng Anh "rule of law", "rule by law", nhưng vẫn sử dụng chung một thuật ngữ "pháp trị" thay cho "pháp quyền"[20]. Trong khi đó, pháp quyền (rule of law) về tính chất có những điểm không tương đồng với pháp trị (rule by law). Nội dung cốt lõi của pháp trị là sử dụng pháp luật để cai trị. Trong nhà nước pháp trị, pháp luật là công cụ quản lý xã hội của Nhà nước. Vì vậy, có thể coi một Nhà nước là nhà nước pháp trị nếu Nhà nước đó quản lý xã hội bằng pháp luật. Trái lại, để nhận diện nhà nước pháp quyền không thể chỉ căn cứ vào tiêu chí Nhà nước đó có quản lý xã hội bằng pháp luật hay không. Theo Georg Wilhelm Friedrich Hegel, đề cao, tôn vinh pháp luật mới chỉ phản ánh được phần nào pháp quyền và nếu chỉ dừng ở quan

[18] Phân biệt pháp quyền và pháp trị, xem: Nguyễn Sĩ Dũng, *Pháp quyền hay pháp trị*, Tạp chí Tia sáng, http://tiasang.com.vn/-dien-dan/phap-quyen-hay-phap-tri-257, truy cập ngày 21/04/2006; Võ Thái Bình, *Sự cần thiết phải phân định giữa pháp quyền và pháp trị*, http://truongchinhtribentre.edu.vn/noi-dung/su-can-thiet-phai-phan-dinh-giua-phap-quyen-va-phap-tri, truy cập ngày 20/5/2018.

[19] Phân biệt pháp quyền và pháp chế, xem: Phan Lê Hoàng Linh, *Bàn về pháp quyền và pháp chế*, bài viết được đăng trên trang điện tử của Viện Chính sách, Pháp luật và Quản lý trực thuộc Liên hiệp các Hội Khoa học và Kỹ thuật Việt Nam, http://vietnamhoinhap.vn/n5782_Ban-ve-phap-quyen-va-phap-che, truy cập ngày 12/5/2017.

[20] Chẳng hạn, Nguyễn Sĩ Dũng, *Pháp quyền hay pháp trị*, tlđd.

niệm như vậy thì đó là tư tưởng pháp trị[21]. Một đạo luật được ban hành, được tổ chức thực hiện, được sử dụng để quản lý xã hội chưa hẳn đã mang lại pháp quyền, nếu đạo luật đó được ban hành hoặc được thực thi không đúng thủ tục luật định hoặc trái với hiến pháp[22]. Trong nhà nước pháp trị, người cầm quyền chỉ bị ràng buộc bởi pháp luật trong phạm vi mà họ có thể chấp nhận được. Nếu thiếu biện pháp bảo đảm cho việc tuân thủ pháp luật thì họ có thể tự tách mình ra khỏi pháp luật bất cứ lúc nào[23]. Nhà nước pháp quyền và nhà nước pháp trị đều có đặc quyền ban hành pháp luật và sử dụng pháp luật làm công cụ quản lý xã hội, nhưng khác với nhà nước pháp trị, nhà nước pháp quyền phải tôn trọng những quy tắc do mình đặt ra. Mục đích sử dụng pháp luật của nhà nước pháp quyền không chỉ để quản lý người dân mà để quản lý chính mình[24]. Pháp quyền đòi hỏi Nhà nước phải tồn tại trong mối quan hệ với pháp luật, quyền lực phải được ràng buộc với pháp luật, hành động của chính quyền phải hợp pháp, bị giới hạn và kiểm soát bởi pháp luật. Điều này tạo ra sự khác biệt giữa pháp quyền (rule of law) với pháp trị (rule by law), đức trị (rule by virtue) và nhân trị (rule by men).

Pháp quyền giao thoa ở mức độ nào với pháp chế? Pháp chế theo nghĩa hẹp là sự hiện diện của pháp luật và sự tuân thủ pháp luật[25]. Ở nghĩa đó pháp chế không đồng nghĩa với pháp quyền. Nguyên tắc pháp quyền là tinh thần và tư tưởng bao trùm, có thể không được quy định trong hiến pháp hoặc luật. Trong khi đó, pháp chế thường được quy định thành nguyên tắc trong luật[26]. Trong cuốn sách được xuất bản năm 1997, GS.TSKH. Đào Trí Úc quan niệm pháp chế theo nghĩa rộng là sự hiện diện của một hệ thống pháp luật cần và đủ để điều chỉnh các quan hệ xã hội, làm cơ sở cho sự tồn tại một trật tự pháp luật và kỷ luật, là sự tuân thủ và thực hiện đầy đủ pháp luật trong tổ chức và hoạt động của nhà nước, của các cơ quan, đơn vị, tổ chức và đối với công dân[27]. Các yêu cầu đối với pháp chế được GS.TSKH. Đào Trí Úc nêu ra như sau: (1) Pháp chế là phương thức để tổ chức, để trật tự hóa đời sống xã hội và đồng nghĩa với yêu cầu về việc thể chế hóa các nhu cầu quản lý xã hội, nhu cầu sử dụng pháp luật như một công cụ để tổ chức xã hội[28]. (2) Pháp luật là hình thức tồn tại của các cơ cấu và tổ chức xã hội, các thiết chế nhà nước. Tổ chức chính trị, hoạt động kinh tế, đời sống tinh thần được bảo đảm bằng

[21] Trích theo Phạm Chiến Khu, *Tư tưởng về nhà nước pháp quyền của Hêgen*, Tạp chí Triết học, số 6 (133), tháng 6/2002.

[22] Nguyễn Đăng Dung, *Nhà nước pháp quyền là tinh thần pháp luật hay là đúng quy trình?*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học, Tập 30, số 1(2014), tr. 55, 56 cho rằng: Đạo luật không hợp hiến, hợp pháp, trái với luật tự nhiên tự nó đã không tạo ra pháp quyền.

[23] Đối với Nhà nước tiền dân chủ, Dieter Grimm, *Levels of the Rule of Law – On the Possibility of Exporting a Western Achievement*, tlđd, tr. 151.

[24] Đào Trí Úc (chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội 2006, tr. 146.

[25] Trích theo Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1997, từ tr. 680-681. Xem thêm, Nguyễn Minh Đoan, *Hướng dẫn môn học Lý luận nhà nước và pháp luật*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2014, tr. 492-495.

[26] Chẳng hạn, Điều 7 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

[27] Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 680.

[28] Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 681.

pháp luật và trên cơ sở tôn trọng pháp luật[29]. Mức độ điều chỉnh và phương thức điều chỉnh của pháp luật phải đúng đắn để pháp luật thực sự là đại lượng của tự do, công bằng, bình đẳng và dân chủ[30]. (3) Tổ chức, hoạt động của nhà nước, của các cơ quan, tổ chức và hành vi của cá nhân phải phù hợp với pháp luật và tuân theo pháp luật, chấp hành pháp luật[31]. Trong thực hiện yêu cầu thứ ba này, pháp chế đòi hỏi phải bảo đảm tính tối thượng của hiến pháp và luật, bảo đảm tính thống nhất của pháp chế, pháp luật phải được thực hiện trong cuộc sống và tất cả các cơ quan của Đảng, Nhà nước, các tổ chức, đoàn thể xã hội và cá nhân, công dân phải chấp hành pháp luật, tuân theo pháp luật[32]. Ngoài ra, pháp chế còn yêu cầu bảo đảm và bảo vệ các quyền và tự do của công dân được pháp luật quy định[33]. Những hành vi vi phạm pháp luật, xâm phạm lợi ích của công dân, của tập thể, của Nhà nước phải được xử lý kịp thời và công minh[34]. Pháp chế theo nghĩa rộng như vậy chứa đựng một số nhân tố của pháp quyền ở cách tiếp cận nội dung. Trong khi quan niệm phổ biến về pháp chế chú ý bản chất giai cấp và tính công cụ của pháp luật thì đa số những người theo quan điểm pháp quyền nhấn mạnh bản chất, vai trò, giá trị xã hội của pháp luật.

Theo nhận thức của tác giả, pháp quyền khác nhà nước pháp quyền ở chỗ chúng là những phạm trù chính trị, pháp lý khác nhau. Pháp quyền là phạm trù liên quan tới tính hợp pháp của hành động, trước hết, nhưng không chỉ là của nhà nước, mà cả các chủ thể khác[35]. Trong khi đó nhà nước pháp quyền là cách thức tổ chức thực hiện quyền lực chính trị, cùng với đó bộ máy nhà nước được tổ chức và vận hành theo một hệ thống các nguyên tắc như nguyên tắc chủ quyền nhân dân; chủ nghĩa lập hiến; dân chủ; pháp quyền; quyền lực được kiểm soát; tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người; tư pháp độc lập[36]. Như vậy, trong số các nguyên tắc mà nhà nước pháp quyền cần tuân thủ có nguyên tắc pháp quyền. Ngoài tuân thủ nguyên tắc pháp quyền, nhà nước pháp quyền còn phải đáp ứng các nguyên tắc khác như đã nêu ở trên. GS.TSKH. Đào Trí Úc cho rằng nhà nước pháp quyền không chỉ là lý thuyết và tư tưởng mà còn được xác lập như một chế độ phản ánh những yêu cầu nhất định về quản trị quốc gia[37], với các nguyên tắc như: tôn trọng, bảo đảm, bảo vệ quyền con người; sự chính đáng, tính hợp pháp của quyền lực; bảo đảm sự thượng tôn pháp luật đi liền với đòi hỏi về sự công

[29] Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 681-682.
[30] Luận giải về yêu cầu này, xem Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 686-689.
[31] Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 689.
[32] Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 690-693.
[33] Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 693.
[34] Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 695.
[35] Cùng quan điểm, Brian Z. Tamanaha, (2012), *The History and Elements of the Rule of Law*, tlđd, tr. 234.
[36] Về các yếu tố và giá trị phổ biến của Nhà nước pháp quyền, xem thêm Đào Trí Úc (chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, tlđd, tr. 143-163. Nhóm tác giả của cuốn sách thừa nhận một số yếu tố nói trên và đưa ra thêm yêu cầu về bảo đảm nguyên tắc phân quyền.
[37] Đào Trí Úc, *Các nguyên tắc của chế độ pháp quyền trong quản trị quốc gia*, trong sách Vũ Công Giao/Nguyễn Hoàng Anh/Đặng Minh Tuấn/Nguyễn Minh Tuấn, *Quản trị tốt –Lý luận và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2017, tr. 129-130.

bằng và công lý; phân quyền[38]. Như vậy, tuân thủ pháp quyền chỉ là một những yêu cầu mà nhà nước pháp quyền cần đáp ứng. Theo Hegel, sự đề cao pháp luật chỉ là hệ quả chứ không phải là tiền đề của nhà nước pháp quyền. Không phải cứ đề cao pháp luật là có được nhà nước pháp quyền[39].

3. Nội dung của nguyên tắc pháp quyền

Nội dung của nguyên tắc pháp quyền thực chất với nghĩa là các nguyên tắc và được hiểu theo nghĩa rộng bao gồm tổng thể các yếu tố cấu thành chủ yếu dưới đây: (1) Quyền lực nhà nước bị giới hạn, bị kiểm soát và ràng buộc bởi pháp luật; (2) Bảo đảm hiệu lực tối thượng của hiến pháp và luật; (3) An toàn pháp lý; (4) Bình đẳng trước pháp luật và bình đẳng trước tòa án; (5) Pháp luật được tôn trọng và bảo vệ ; (6) Gắn pháp quyền với bảo đảm, bảo vệ tự do, nhân phẩm, công bằng, công lý, dân chủ và quyền con người.

Các yếu tố nói trên được xem xét không tách rời nhau và được tuân thủ trong sự gắn kết với nhau trong một hệ thống. Tuy nhiên, cần nhấn mạnh rằng sáu yếu tố nêu trên chỉ là những yêu cầu, những giá trị cơ bản nhất thiết phải có trong nội dung của nguyên tắc pháp quyền. Ngoài các yếu tố đó, tùy theo điều kiện, hoàn cảnh quốc gia và sự lựa chọn chính trị người ta có thể có thêm các yêu cầu, đòi hỏi cụ thể khác[40]. Chính những yêu cầu, đòi hỏi cụ thể đó tạo ra quan niệm khác nhau về pháp quyền và nguyên tắc pháp quyền. Theo quan điểm của tác giả không nên cố gắng và không thể đạt được thống nhất nhận thức về nội hàm khái niệm nguyên tắc pháp quyền, bởi nguyên tắc đó dựa trên hai yếu tố biến thiên theo quan điểm và không được nhận thức thống nhất (do cách tiếp cận và quan điểm chính trị) là pháp quyền và pháp luật. Hơn nữa, trên thực tế đến nay vẫn chưa có pháp quyền với cùng tiêu chuẩn và mức độ[41].

Cần phân biệt nội dung của nguyên tắc pháp quyền với các điều kiện bảo đảm thực hiện nguyên tắc pháp quyền. Ngoài ra, cũng cần phân biệt các điều kiện bảo đảm thực hiện nguyên tắc pháp quyền với các yếu tố tác động, ảnh hưởng đến việc thực hiện nguyên tắc pháp quyền. Chẳng hạn, yêu cầu về vị trí tối thượng của hiến pháp và luật là nội dung của nguyên tắc pháp quyền; nhưng yêu cầu, đòi hỏi về chất lượng của pháp luật vừa là điều kiện bảo đảm thực hiện nguyên tắc pháp quyền và là yếu tố tác động đến việc thực hiện pháp quyền. Ở một số quốc gia, phân quyền và tư pháp độc lập được nhìn nhận vừa là nội dung, vừa là điều kiện bảo đảm pháp quyền. Tương tự như vậy, ý thức pháp luật của chủ thể pháp luật, bộ máy thực thi pháp luật, bộ máy bảo vệ pháp luật vừa là điều kiện bảo đảm, vừa là yếu tố tác động đến việc thực hiện pháp quyền. Trong khi đó, truyền thống pháp luật chỉ có thể xem là yếu tố ảnh hưởng, chứ không thể là yếu tố bảo đảm thực hiện nguyên tắc pháp quyền.

[38] Đào Trí Úc, *Các nguyên tắc của chế độ pháp quyền trong quản trị quốc gia*, tlđd, tr. 130-150.

[39] Trích theo Phạm Chiến Khu, *Tư tưởng về nhà nước pháp quyền của Hêgen*, tlđd.

[40] Lý giải tương tự cho tính đặc thù của nhà nước pháp quyền, Đào Trí Úc (chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, tlđd, tr. 46.

[41] Các nội dung của nguyên tắc pháp quyền được khái quát dưới đây chỉ là các yêu cầu cơ bản được quy ước để tiếp cận nghiên cứu Đề tài KX.04.06/16-20.

3.1. Quyền lực nhà nước bị giới hạn, bị kiểm soát và ràng buộc với pháp luật

Tư tưởng pháp quyền và nguyên tắc pháp quyền hình thành từ mong muốn hạn chế việc sử dụng quyền lực một cách tùy tiện để bảo vệ tự do, công lý và quyền con người. Theo nhà luật học người Đức Klaus Stern, pháp quyền đòi hỏi việc thực hiện quyền lực nhà nước chỉ được phép trên cơ sở hiến pháp và các đạo luật về mặt hình thức và nội dung được ban hành phù hợp với hiến pháp nhằm đảm bảo nhân phẩm, tự do, công lý và sự an toàn pháp lý[42]. Nhà nước tôn trọng pháp luật, bị ràng buộc bởi pháp luật, thực hiện quyền lực của mình trên cơ sở pháp luật và theo pháp luật là tư tưởng cốt lõi của pháp quyền[43]. Pháp luật là công cụ kiểm soát quyền lực, phòng ngừa, hạn chế sự tha hóa quyền lực với các biểu hiện lạm quyền, chuyên quyền, tùy tiện… Quyền con người, quyền công dân là lĩnh vực mà Nhà nước không được phép xâm phạm, can thiệp nếu không được luật cho phép[44]. Trong nhà nước pháp quyền, Nhà nước không đứng trên pháp luật mà tồn tại trong sự ràng buộc với pháp luật[45]. Cơ chế và phương thức thực thi quyền lực chính trị[46], mối quan hệ giữa các thiết chế trong hệ thống chính trị được xác định căn cứ vào pháp luật. Tổ chức và hoạt động của nhà nước dựa trên cơ sở pháp luật và phù hợp với pháp luật[47]. Các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp được tổ chức và hoạt động phù hợp với trật tự hiến pháp. Để kiểm soát quyền lực thì cần có sự phân định rõ ràng thẩm quyền và sự chế ước giữa các cơ quan thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp[48]. Đó vừa là nội dung, vừa là điều kiện thực hiện nguyên tắc pháp quyền. Các cơ quan nhà nước hoạt động trên cơ sở thẩm quyền do pháp luật quy định và không được vi phạm điều cấm hoặc vượt quá giới hạn đã được pháp luật quy định. Điều đó tạo nên tính hợp pháp trong hành động của chính quyền. Từ tư tưởng cốt lõi đó, có thể xác định ranh giới hành động cho các cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước. Cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước chỉ được làm những gì pháp luật cho phép[49]. Tuy nhiên, nguyên tắc pháp quyền hiểu theo nghĩa thực chất không chỉ quan tâm đến tính hợp pháp mà cả tính hợp lý của hành động. Một hành động được coi là lý tưởng nếu nó vừa hợp pháp, vừa hợp lý. Trong trường hợp không đạt được điều này thì phải bảo đảm tính hợp pháp của hành động.

---

[42] Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, C.H. Beck, 1984, § 20 III 1 (tr. 781).

[43] Dieter Grimm, *Levels of the Rule of Law - On the Possibility of Exporting a Western Achievement*, tlđd, tr. 141-142.

[44] Xem khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013. Dieter Grimm, *Levels of the Rule of Law - On the Possibility of Exporting a Western Achievement*, tlđd, tr. 144.

[45] Đào Trí Úc (chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, tlđd, tr. 147.

[46] Các phương thức tổ chức, thực thi quyền lực chính trị như ủy quyền, phân quyền, tản quyền, mệnh lệnh hành chính, thể chế (tổ chức), tư vấn, ảnh hưởng. Chi tiết xem Lê Minh Quân, *Về phạm trù quyền lực chính trị trong chính trị học hiện đại*, Tạp chí Thông tin Khoa học xã hội, số 3/2016, tr. 19-21.

[47] Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, tr. 335.

[48] Kiểm soát quyền lực nhà nước bằng cơ chế phân quyền. Xem: Đào Trí Úc, *Các nguyên tắc của chế độ pháp quyền trong quản trị quốc gia*, tlđd, tr. 145-150. Ở nước ta, quyền lực nhà nước được kiểm soát theo nguyên tắc phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp, tư pháp.

[49] Đào Trí Úc (chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, tlđd, tr. 147.

Đòi hỏi của nguyên tắc pháp quyền về sự ràng buộc bởi pháp luật được đặt ra trước hết, nhưng không chỉ với riêng Nhà nước mà đối với cả các chủ thể khác tồn tại trong xã hội. Các cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước, các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội, doanh nghiệp, công dân và các chủ thể khác đều bị ràng buộc bởi pháp luật, thực hiện pháp luật và các thủ tục được công bố công khai[50]. Ở nước ta, Đảng Cộng sản Việt Nam là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội, nhưng Đảng đã đặt mình trong sự điều chỉnh của pháp luật. Theo khoản 3 Điều 4 Hiến pháp năm 2013, các tổ chức của Đảng và đảng viên hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật.

3.2. Bảo đảm hiệu lực tối thượng của hiến pháp và luật

Tại sao trong nhà nước pháp quyền cần xác định hiệu lực pháp lý cao nhất cho hiến pháp và các đạo luật là câu hỏi đã được luận giải trong khá nhiều nghiên cứu[51]. Ở đây, có thể giải thích ngắn gọn tính tối thượng của hiến pháp và luật như sau:

Tính tối thượng của hiến pháp và luật cho thấy ở việc sử dụng pháp luật làm công cụ quan trọng nhất để tổ chức, thực thi quyền lực chính trị, để tổ chức, quản lý xã hội. Đối với Nhà nước, pháp luật được sử dụng để quản lý quốc gia thay cho các quyết định của các cơ quan, công chức nhà nước. Đối với các chủ thể khác, pháp luật là căn cứ có hiệu lực pháp lý cao nhất đánh giá tính hợp pháp của hành động hoặc không hành động.

Tính tối thượng của hiến pháp và luật còn cho thấy ở vị trí thứ bậc của văn bản quy phạm. Trong hệ thống pháp luật quốc gia, hiến pháp có hiệu lực tối cao; các đạo luật có hiệu lực cao hơn so với các văn bản dưới luật. Ở nước ta, Hiến pháp năm 2013 (khoản 1 Điều 119) quy định: "Hiến pháp là luật cơ bản", "có hiệu lực pháp lý cao nhất. Mọi văn bản pháp luật khác phải phù hợp với Hiến pháp". Bất kỳ văn bản pháp luật nào được ban hành sau ngày có hiệu lực của Hiến pháp đều phải phù hợp với Hiến pháp; nếu trái hoặc không phù hợp với Hiến pháp thì văn bản pháp luật đó sẽ không có hiệu lực và không được áp dụng. Điều này cũng được tuân thủ đối với các văn bản dưới luật trong mối quan hệ với các văn bản luật. Nguyên tắc hiệu lực tối cao của hiến pháp được thừa nhận phổ biến ở nhiều nước, kể cả các quốc gia không quy định rõ ràng tính hiệu lực tối cao của hiến pháp[52]. Tính thứ bậc về hiệu lực không gian của văn bản quy phạm được quyết định bởi vị trí cao, thấp về thẩm quyền của cơ quan ban hành văn bản trong bộ máy nhà nước theo quy tắc: Văn bản của cơ quan cấp trên có hiệu lực pháp lý cao hơn văn bản của cơ quan cấp dưới.

[50] Xem thuật ngữ "pháp quyền" được giải nghĩa trong Từ điển Anh ngữ Oxford: "The authority and influence of law in society, esp. when viewed as a constraint on individual and institutional behaviour; (hence) the principle whereby all members of a society (including those in government) are considered equally subject to publicly disclosed legal codes and processes". Ngoài ra, Leal-Arcas, Rafael, *Essential Elements of the Rule of Law Concept in the EU* (August 20, 2014). Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 180/2014. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2483749 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2483749.

[51] Chẳng hạn, công trình nghiên cứu của nhóm tác giả do GS.TSKH. Đào Trí Úc (chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, tlđd, tr. 143-150.

[52] Dẫn chứng đối với một số quốc gia Đông Nam Á, xem Trần Thị Diệu Hương, *Bàn về quy định tính hiệu lực của Hiến pháp Việt Nam dưới góc nhìn đối chiếu với Hiến pháp một số quốc gia Đông Nam Á*, Tạp chí Nghề luật, số 6/2015, tr. 71-76.

Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn. Ở cấp trung ương, văn bản của cơ quan hành pháp có hiệu lực thấp hơn văn bản của cơ quan lập pháp. Ở cấp địa phương, văn bản của Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân không được trái với văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên. Văn bản quy phạm pháp luật của Ủy ban nhân dân không được trái với văn bản quy phạm pháp luật của Hội đồng nhân dân cùng cấp (khoản 4 Điều 164 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015). Trong trường hợp văn bản chung và văn bản chuyên ngành quy định về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản chuyên ngành. Tuy nhiên, vấn đề sẽ khó khăn nếu văn bản chuyên ngành được ban hành trước văn bản quy định chung.

Tính tối thượng của hiến pháp và luật còn biểu hiện ở việc ưu tiên áp dụng pháp luật so với các quy phạm xã hội khác. Trong xã hội có nhiều quy tắc điều chỉnh quan hệ xã hội như pháp luật, phong tục, tập quán, đạo đức, tôn giáo, quy định nội bộ của tổ chức, cam kết quốc tế, trách nhiệm xã hội và thậm chí có nhiều quy tắc bất thành văn khác nữa trong cuộc sống. Trong các quy phạm xã hội, chỉ pháp luật mới được coi là quy tắc xử sự chung được áp dụng rộng rãi nhất, có tính bắt buộc và có hiệu lực ràng buộc cao hơn các quy phạm xã hội khác. Pháp luật là tiêu chí, tiêu chuẩn của hành vi và là một trong những quy tắc tạo ra chuẩn mực chung của xã hội[53]. Điều này do pháp luật có những đặc tính nổi trội so với các quy phạm xã hội khác như: Tính quy phạm phổ biến, tính xác định chặt chẽ về mặt hình thức, tính được đảm bảo thực hiện bằng sức mạnh và sự cưỡng chế của Nhà nước[54]. Trong thời đại ngày nay, văn minh của một quốc gia, địa phương, tổ chức, cá nhân phản ánh qua nhiều yếu tố, trong đó có văn hóa pháp luật và sự tuân thủ pháp quyền. Ở Việt Nam, ngoài văn bản pháp luật, điều ước quốc tế, án lệ, còn có một số nguồn pháp luật bổ trợ khác được công nhận như tập quán pháp, nguyên tắc, thói quen thương mại. Tuy nhiên, việc áp dụng các nguồn luật bổ trợ đó cần tuân thủ những nguyên tắc do pháp luật quy định, thông thường không được trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật[55]. Tương tự như vậy, mọi cam kết, thỏa thuận trên cơ sở tự do, tự nguyện đều được thừa nhận nhưng không được vi phạm điều cấm của luật[56]. Do tính tối thượng của pháp luật nên khi giải quyết một vụ việc cụ thể cơ quan áp dụng luật không được thoát ly khỏi ngữ cảnh, mục đích và nội dung của luật.

Các quốc gia xử lý không giống nhau trong việc bảo đảm tính tối thượng của hiến pháp và luật trong mối quan hệ giữa pháp luật trong nước và điều ước quốc tế. Câu hỏi được quan tâm là trong trường hợp có sự khác nhau giữa quy định của pháp luật

[53] Về tính chuẩn mực vững chắc của pháp luật, xem Nguyễn Đăng Dung, *Nhà nước pháp quyền là tinh thần pháp luật hay là đúng quy trình?*, tlđd, tr. 55.

[54] Chi tiết về các thuộc tính của pháp luật, xem Đào Trí Úc, *Nhà nước và pháp luật của chúng ta trong sự nghiệp đổi mới*, tlđd, từ tr. 307-311.

[55] Nguyên tắc áp dụng tập quán xem khoản 2 Điều 5 Bộ luật Dân sự năm 2015. Nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật, án lệ, lẽ công bằng xem Điều 6 Bộ luật Dân sự năm 2015. Nguyên tắc áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế xem khoản 2 và khoản 1 Điều 5 Luật Thương mại năm 2005. Nguyên tắc áp dụng thói quen trong hoạt động thương mại xem Điều 12 Luật Thương mại năm 2005. Nguyên tắc áp dụng tập quán thương mại xem Điều 13 Luật Thương mại năm 2005.

[56] Xem khoản 2 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015.

trong nước và điều ước quốc tế mà quốc gia là thành viên về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế hay quy định của pháp luật trong nước? Theo pháp luật Việt Nam, trong trường hợp này ưu tiên áp dụng quy định của điều ước quốc tế, trừ Hiến pháp (khoản 1 Điều 6 Luật Điều ước quốc tế năm 2016).

Trong bảo đảm tính tối thượng của hiến pháp và luật, không nhất thiết đòi hỏi pháp luật phải tồn tại hoàn toàn dưới hình thức luật, nhưng luật phải là căn cứ quan trọng và đầy đủ nhất. Một thực tế có thể chấp nhận ở nhiều quốc gia là một đạo luật cần có nhiều văn bản dưới luật để cụ thể hóa, hướng dẫn thi hành và cùng với đó, hành pháp đóng vai trò quan trọng trong tổ chức thực hiện pháp luật. Tuy nhiên, sẽ không đáp ứng yêu cầu của nguyên tắc pháp quyền nếu đạo luật được ban hành nhưng không thể thực hiện được do phải chờ hoặc thiếu văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành.

Do tính tối thượng của hiến pháp và luật, nguyên tắc pháp quyền đòi hỏi việc thực thi quyền hành pháp phải phù hợp, không được trái hiến pháp và luật. Việc giải quyết tranh chấp phải được thực hiện trên cơ sở pháp luật và theo những phương thức, thủ tục do pháp luật quy định. Tương tự như vậy, việc xác định hành vi vi phạm, đánh giá mức độ vi phạm và áp dụng chế tài xử lý vi phạm cũng cần căn cứ vào pháp luật và tuân theo thủ tục chặt chẽ được quy định trong luật.

Hiến pháp và luật có vị trí tối thượng nhưng câu hỏi đặt ra là hiến pháp và luật nào? Do pháp luật là thuật ngữ được giải thích từ cách tiếp cận khác nhau (theo trường phái pháp luật tự nhiên và trường phái pháp luật nhân định) và được hiểu ở nghĩa rộng hay nghĩa hẹp nên ở đây tác giả cần đưa ra quan niệm về pháp luật. Còn yêu cầu cụ thể đối với pháp luật như là một điều kiện thực hiện pháp quyền sẽ được luận giải trong bài viết khác. Tác giả hiểu pháp luật là hệ thống các quy tắc xử sự chung do nhà nước ban hành, thể hiện ý chí của nhà nước và các quy tắc xã hội hình thành từ nhu cầu khách quan của xã hội phù hợp với ý chí của nhà nước, được nhà nước thừa nhận, bảo vệ, bảo đảm thực hiện để điều chỉnh các quan hệ xã hội vì lợi ích chung của xã hội, lợi ích cá nhân và lợi ích nhà nước và được nhà nước thừa nhận[57]. Các quy tắc xử sự chung đó được quy định trong các nguồn pháp luật sau đây: Văn bản quy phạm pháp luật, điều ước quốc tế mà quốc gia tham gia, án lệ. Ngoài các quy phạm trong các nguồn chính thức đó, pháp luật còn bao gồm các quy tắc xử sự trong các nguồn khác như tập quán pháp, bao gồm cả tập quán thương mại quốc tế; thói quen thương mại; các nguyên tắc, nguyên lý được nhà nước thừa nhận[58]. Tất nhiên, để áp dụng các nguồn bổ trợ đó cần đáp ứng các yêu cầu do luật quy định. Pháp luật theo nghĩa như vậy phải tổng quát, có nội dung rõ ràng, không mâu thuẫn, được công bố công khai, ổn định, nhất quán, khả thi, có khả năng dự báo, áp dụng chung cho mọi chủ thể có liên quan[59]. Nội dung

[57] Chia sẻ quan điểm, Lê Minh Tâm, "*Một số vấn đề lý luận và thực tiễn xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam*" (Luận án tiến sỹ), 1992, tr. 33. Khái niệm khác, xem thêm Nguyễn Minh Đoan, *Hướng dẫn môn học Lý luận nhà nước và pháp luật*, tlđd, tr. 265.

[58] Theo Phạm Duy Nghĩa, *Hệ thống pháp luật và chế độ pháp quyền*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 2+3/2011, tr. 55-59 (57), ngoài văn bản quy phạm pháp luật còn có học lý, lẽ công bằng mà người thẩm phán cảm nhận được.

[59] Theo Brian Z. Tamanaha, (2012), *The History and Elements of the Rule of Law*, tlđd, tr. 233, pháp quyền đòi hỏi phải có một hệ thống pháp luật với những quy phạm được đặt ra trước và được quy định

pháp luật cần phản ánh những giá trị của tự do, nhân phẩm, bình đẳng, công bằng, công lý, dân chủ và quyền con người.

3.3. An toàn pháp lý

Trong nhà nước pháp quyền, con người nếu không vi phạm pháp luật thì cần được tồn tại trong trạng thái an toàn khi đối diện với quyền lực nhà nước[60]. Để bảo vệ công dân trước các rủi ro và tác động bất lợi về mặt pháp lý do sự thiếu chặt chẽ hay sự phức tạp của các quy phạm pháp luật hay sự thay đổi thường xuyên và tùy tiện của pháp luật, người ta đòi hỏi bảo đảm sự an toàn pháp lý[61]. Tính an toàn pháp lý và rõ ràng của luật là một trong những yêu cầu của nguyên tắc pháp quyền và điều này đã được thừa nhận ở nước Đức và một số nước châu Âu[62]. An toàn pháp lý bao gồm yêu cầu về sự rõ ràng, sự tin cậy, tính có thể dự liệu trước, tính xác định của quy phạm, sự ổn định của pháp luật và sự chắc chắn của việc thực hiện[63]. Pháp quyền đòi hỏi các hành vi của công quyền phải được xác định rõ ràng trong luật. Nếu hành động của chính quyền có thể "đo lường được và có thể dự đoán ở một mức độ nào đó cho công dân"[64] và nếu chính sách, pháp luật minh bạch, có thể dự báo được thì sẽ giúp công dân lường trước được những tác động có thể có từ hành động của công quyền và tác động của chính sách, pháp luật đến đời sống tư của họ để từ đó có cách ứng xử phù hợp và giúp họ giám sát được chính quyền.

Theo Lon Fuller, việc trừng phạt một cá nhân sẽ không chính đáng nếu người ta phải tạo ra luật để xử lý những hành động đã xảy ra trong quá khứ (nulla poena sine lege)[65]. Có thể tìm thấy trong pháp luật của nhiều quốc gia, trong đó có Việt Nam, nguyên tắc một người không bị coi có tội nếu hành vi của họ không được quy định trong luật hình sự. Tuy nhiên, không thể áp dụng hồi tố để xử lý lỗ hổng pháp luật. Để bảo đảm sự an toàn pháp lý, người ta đòi hỏi bảo vệ niềm tin vào pháp luật và không áp dụng hồi tố[66]. Việc áp dụng nguyên tắc hồi tố là rất hạn chế và chỉ trong một số trường hợp ngoại lệ do luật quy định[67]. Chẳng hạn, vì lợi ích công cộng, nhà làm luật có thể áp dụng hồi tố đối với sự kiện đã xảy ra trong quá khứ

một cách tổng quát. Luật phải được phổ biến và dễ hiểu. Những yêu cầu trong pháp luật phải dễ tiếp cận. Luật phải được áp dụng công bằng với tất cả mọi người. Cần phải có những cơ chế hoặc cơ quan bảo đảm thực thi pháp luật khi có vi phạm.

[60] Chia sẻ quan điểm, Nguyễn Văn Quân, *Yêu cầu về an toàn pháp lí trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Luật học, số 9/2016, tr. 37 và giải thích ở chú thích 2 ở đó.

[61] Về mục đích của nguyên tắc, xem Nguyễn Văn Quân, *Yêu cầu về an toàn pháp lí trong Nhà nước pháp quyền*, tlđd, tr.38.

[62] Dieter Grimm, *Levels of the Rule of Law - On the Possibility of Exporting a Western Achievement*, tlđd, tr. 143-144. Chi tiết, xem Nguyễn Văn Quân, *Yêu cầu về an toàn pháp lí trong Nhà nước pháp quyền*, Tạp chí Luật học, số 9/2016, từ tr. 37-45.

[63] Theodor Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4. Aufl. 1987, tr. 101 ff.; Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 6. Aufl., München 2011, § 23. Nguyễn Văn Quân, *Yêu cầu về an toàn pháp lí trong Nhà nước pháp quyền*, tldd, tr.41. Giải thích khác, Nguyễn Minh Đoan, *Hướng dẫn môn học Lý luận nhà nước và pháp luật*, tlđd, tr. 496-497.

[64] Yêu cầu này được đặt ra ở Đức, xem phán quyết của Tòa án hiến pháp liên bang BVerfGE 56, 1 [12] – Chăm sóc nạn nhân chiến tranh; phán quyết BVerfGE 120, 274 [316] .

[65] Lon Fuller, *Eight Ways to Fail to Make Law*, Philosophy of Law (Boston, MA: Wadsworth, 2014), tr. 8-11.

[66] Về nguyên tắc bảo vệ niềm tin, xem Nguyễn Văn Quân, *Yêu cầu về an toàn pháp lí trong Nhà nước pháp quyền*, tlđd, tr. 44.

[67] Khoản 2 Điều 152 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015. Hiệu lực hồi tố của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 được áp dụng theo Nghị quyết số 103/2015/QH13. Một số ngoại lệ trong Bộ luật Hình sự hiện hành của nước ta áp dụng đối với điều luật mới có lợi cho người phạm tội.

nhưng vẫn tiếp diễn đến hiện tại. Vì an toàn pháp lý, pháp quyền đòi hỏi sự ổn định của pháp luật. Cũng theo Lon Fuller, không thể tưởng tượng được trường hợp luật được thay đổi mỗi ngày và thật lố bịch nếu cá nhân phải chịu trách nhiệm bởi những quy phạm pháp luật được thay đổi hàng ngày[68].

3.4. Bình đẳng trước pháp luật và bình đẳng trước tòa án

Bình đẳng trước pháp luật là nội dung cốt lõi của pháp quyền. Điều này được thừa nhận rộng rãi trong quan niệm pháp quyền từ cách tiếp cận hình thức và cả trong quan niệm pháp quyền từ cách tiếp cận thực chất. Bình đẳng trước pháp luật vừa là nội dung, vừa là điều kiện bảo đảm thực hiện nguyên tắc pháp quyền. Pháp quyền không cho phép một ai đó đứng trên pháp luật. Tất cả mọi người, bất kể địa vị hay điều kiện, đều là đối tượng của pháp luật và chịu sự xét xử của cơ quan tư pháp[69]. Mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng trong quan hệ dân sự. Mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân bình đẳng trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự và tố tụng hành chính trước tòa án. Trong quan hệ pháp luật hình sự, nguyên tắc bình đẳng về trách nhiệm pháp lý cũng áp dụng cho tất cả mọi người, theo đó bất cứ người nào phạm tội đều bị xử lý theo pháp luật. Mọi chủ thể, bất luận đó là tổ chức, cá nhân người đại diện cho quyền lực hay các chủ thể tư, nếu có hành vi vi phạm pháp luật và hành vi đó đủ yếu tố truy cứu trách nhiệm pháp lý và không thuộc diện được miễn trách nhiệm pháp lý thì đều bị xử lý bằng pháp luật và phải chịu các hậu quả pháp lý bất lợi tương xứng với mức độ vi phạm. Người vi phạm không thể đưa ra hoặc viện lý do không biết luật để loại trừ trách nhiệm pháp lý khi họ vi phạm pháp luật. Tất nhiên, trong một số trường hợp do luật định, người vi phạm có thể được miễn trách nhiệm pháp lý[70]. Nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật thể hiện rất rõ trong pháp luật Việt Nam[71].

3.5. Pháp luật được tôn trọng và bảo vệ

Đưa cuộc sống vào pháp luật đã khó, nhưng khó hơn là đưa pháp luật vào cuộc sống, duy trì hiệu lực thực tế và bảo vệ nó. Pháp luật là biểu hiện của công lý và sự uy nghiêm của pháp luật chỉ có được khi pháp luật được tôn trọng và bảo vệ. Pháp luật với những giá trị tiến bộ mà nó hướng đến là một lý tưởng mà ai cũng mong muốn đạt được, nhưng đôi khi người ta lại không thực hiện nó. Để một đạo luật "sống" được và

[68] Lon Fuller, *Eight Ways to Fail to Make Law*, tlđd, tr. 11.

[69] Cùng quan điểm A.V. Dicey (1979 [1885]), *Introduction to the Study of Law of the Constitution* (A.V. Dicey With an Introduction by E.C.S. Wade), The MacMillan Press, London, tr. 183-184, 406 (vị trí trích dẫn tr. 193).

[70] Chẳng hạn, đối với tội phạm, các trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự được căn cứ vào Điều 29 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

[71] Chẳng hạn bình đẳng trong quan hệ dân sự của cá nhân, pháp nhân được quy định ở khoản 1 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015. Bình đẳng trong việc thực hiện quyền và nghĩa vụ trong tố tụng dân sự, tố tụng hành chính của cơ quan, tổ chức, cá nhân được quy định ở Điều 8 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, khoản 2 Điều 17 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015. Bình đẳng về trách nhiệm hình sự của cá nhân được quy định ở Điều 9 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015. Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 quy định sự bình đẳng trước pháp luật của mọi pháp nhân không phân biệt hình thức sở hữu và thành phần kinh tế (Điều 9), bình đẳng giữa Điều tra viên, Kiểm sát viên, người khác có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người bị buộc tội, người bào chữa và người tham gia tố tụng khác trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ, đưa ra yêu cầu trong quá trình khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử để làm rõ sự thật khách quan của vụ án (Điều 26).

phát huy hiệu lực trên thực tế thì cần phải quan tâm đến việc kiểm tra, giám sát, xử lý vi phạm và bảo vệ hiệu lực pháp luật. Pháp quyền không được bảo đảm nếu không có cơ chế bảo vệ pháp luật hiệu quả trước sự vi phạm của các chủ thể pháp luật. Coi thường và vi phạm pháp luật xa lạ với nguyên tắc pháp quyền. Bảo vệ pháp luật trước sự vi phạm của các cá nhân và chủ thể tư thường được đảm nhiệm bởi cơ quan hành pháp (thông qua xử phạt hành chính) và/hoặc tòa án (xét xử). Đối với sự vi phạm tính tối thượng của hiến pháp và luật từ phía cơ quan nhà nước, thẩm quyền xét xử không thể thuộc về cơ quan hành pháp hoặc tòa hành chính. Việc ngăn chặn các hành vi vi phạm hoặc ban hành luật trái với hiến pháp thường được giải quyết bằng cơ chế khác là tài phán hiến pháp[72]. Để thực hiện nguyên tắc pháp quyền không thể không tôn trọng sự độc lập của tòa án với thủ tục tố tụng chặt chẽ, xét xử công bằng[73].

3.6. Gắn pháp quyền với bảo đảm, bảo vệ tự do, nhân phẩm, công bằng, công lý, dân chủ và quyền con người

Những yêu cầu của nguyên tắc pháp quyền đã được phân tích ở trên có lẽ sẽ không nhận được nhiều ý kiến phản đối, bởi đó là những yếu tố cơ bản, những giá trị phổ biến không thể thiếu trong nội dung của nguyên tắc pháp quyền. Tuy nhiên, vấn đề đến nay vẫn còn đang được tranh luận và có nhiều ý kiến khác biệt chính là câu hỏi có nên quy nạp vào nội dung của nguyên tắc pháp quyền những giá trị tiến bộ xã hội mà loài người luôn mong muốn đạt được như tự do, nhân phẩm, bình đẳng, công bằng, công lý, dân chủ và quyền con người?

Những người quan niệm pháp quyền từ cách tiếp cận hình thức (the formal conception of the rule of law)[74] đặt trọng tâm vào hình thức của việc tuân thủ pháp quyền hơn là nội dung của các luật lệ và giá trị mà nó theo đuổi[75]. Quan niệm pháp quyền hình thức chủ yếu đề cập đến yêu cầu tuân thủ tính tối thượng của pháp luật, sự bình đẳng pháp lý, cách thức pháp luật được ban hành, làm rõ nghĩa các quy phạm và hiệu lực của quy phạm đã được ban hành. Như vậy, pháp quyền hình thức không chú ý đánh giá một đạo luật là tốt hay kém[76]. Quan niệm về pháp quyền từ cách tiếp cận hình thức, Brian Z. Tamanaha không tán thành việc gắn pháp quyền với các giá trị tiến bộ xã hội mà pháp quyền hướng tới. Brian Z. Tamanaha đưa ra các lập luận cho quan điểm của mình rằng, pháp quyền là một tư tưởng liên quan đến tính hợp pháp (legality), trong khi dân chủ là một hệ thống quản trị (system of governance), và quyền con người là những chuẩn mực mang tính phổ biến (universal norms and standards); vì vậy, chúng là những thành tố tách biệt và tập trung vào những khía cạnh khác nhau của hệ thống chính trị - pháp lý mà có thể

[72] Về lịch sử phát triển của tài phán hiến pháp, xem Võ Trí Hảo, *Lịch sử phát triển của tài phán hiến pháp*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 19 (204), tháng 10/2011.

[73] Xem thêm một số quan điểm trong bài viết của Nguyễn Đức Lãm, *Quản trị tốt: Những chuẩn mực chung*, trong sách Vũ Công Giao/Nguyễn Hoàng Anh/Đặng Minh Tuấn/Nguyễn Minh Tuấn, *Quản trị tốt –Lý luận và thực tiễn*, tldd, tr. 58-59.

[74] Với những đại diện tiêu biểu như Lon Fuller, Joseph Raz, Albert Venn Dicey, Unger, Brian Z.Tamanaha.

[75] Jan Wouters, Nicolas Hachez, *Transitional Societies and the Rule of Law: A Benchmarks approach*, Working Paper No.47, Leuven Centre for Global Governance Studies, tháng 3/2010.

[76] Xem thêm, Paul P. Craig, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, tlđd, tr. 467-487 (vị trí trích dẫn tr. 469).

tồn tại độc lập hoặc kết hợp với nhau. Nếu cho rằng pháp quyền đòi hỏi bao gồm yếu tố quyền con người và dân chủ thì điều này ám chỉ rằng, chỉ có nền dân chủ tự do mới có pháp quyền, hay nói cách khác một xã hội mong muốn có pháp quyền thì phải đi đến xã hội giống như nền dân chủ tự do. Điều này không hợp lý bởi ý nghĩa của pháp quyền bị gán với những giả định mang tính quy chuẩn còn đang có nhiều tranh cãi để tạo ra kết quả mong muốn hoặc giả định được áp dụng với tất cả mọi người[77].

Nhóm quan niệm pháp quyền thực chất nêu ra yêu cầu chất lượng của pháp luật và các giá trị mà nó theo đuổi. Ở cách tiếp cận này, những người đại diện hoặc ủng hộ quan niệm pháp quyền từ cách tiếp cận thực chất[78] không chỉ quan tâm đến hình thức và quy trình ban hành luật, mà còn chú ý nhiều hơn đến những giá trị tiến bộ xã hội mà pháp quyền cần đạt được[79]. Vì thế, những người quan niệm pháp quyền từ cách tiếp cận thực chất ở mức độ khác nhau đã đề nghị đưa vào khái niệm pháp quyền các giá trị như tự do, nhân phẩm, công bằng, công lý, dân chủ và quyền con người. Nhiều người đồng ý với các nhà chính trị rằng, các đặc điểm như tổng quát và công khai là cần thiết để tạo ra tính hợp pháp của luật, nhưng mối liên hệ giữa pháp luật với dân chủ, các quyền cơ bản cần phải được giữ gìn[80]. Chia sẻ quan điểm của Brian Z. Tamanaha đã dẫn ra ở trên, tác giả cho rằng, cần xuất phát cả từ bản chất giai cấp và bản chất xã hội của pháp quyền và kết hợp cả cách tiếp cận hình thức và cách tiếp cận thực chất khi luận giải pháp quyền sẽ có cái nhìn toàn diện và đầy đủ hơn về pháp quyền và nguyên tắc pháp quyền. Pháp quyền, dân chủ, quyền con người là các nguyên tắc chính trị, pháp lý độc lập, có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Dân chủ và quyền con người là những giá trị mà pháp quyền cần gắn kết và là những mục tiêu mà pháp quyền hướng tới. Nhưng các giá trị đó chỉ là yếu tố bên ngoài, là những nội dung cần được khuyến khích tuân thủ của pháp quyền. Tuy nhiên, chỉ có pháp quyền thực sự khi dân chủ, quyền con người được bảo đảm, bảo vệ. Vì vậy, pháp luật cần phản ánh các giá trị tiến bộ và trong nội dung của pháp luật cần tạo dựng các tiền đề cho việc thực hiện, bảo đảm, bảo vệ pháp quyền và các giá trị tiến bộ. Ngược lại, dân chủ, quyền con người chỉ hợp pháp trên nền tảng pháp quyền. Pháp quyền, dân chủ, quyền con người là những yếu tố cần đồng

---

[77] Brian Z. Tamanaha, *The history and elements of the rule of law*, tlđd, tr. 234.

[78] Trên thế giới, chẳng hạn Dieter Grimm, Jeremy Waldron, Paul Craig… Ở Việt Nam, chẳng hạn Nguyễn Đăng Dung và nhóm tác giả cuốn sách *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa* do GS.TSKH. Đào Trí Úc (chủ biên), tlđd.

[79] Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Importance of Procedure*, Philosophy of Law (Boston, MA: Wadsworth, 2014), tr.14. Theo Nguyễn Đăng Dung, *Nhà nước pháp quyền là tinh thần pháp luật hay là đúng quy trình?*, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội, Luật học, Tập 30, số 1 (2014), tr. 54-61 (tr. 55).

[80] Gắn pháp quyền với dân chủ và nhân quyền: Dieter Grimm, Levels of the Rule of Law – On the Possibility of Exporting a Western Achievement, tlđd, tr. 147, 151. United Nations, The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-Conflict Societies: Report of the SecretaryGeneral, UN SC, UN Doc. S/2004/616 at 4. Xem thêm, Hwang, Karina T., The Procedural Aspect of the Rule of Law: India as a Case Study for Distinguishing Concept from Conception (2015), CMC Senior Theses. Paper 1171, tr. 12-13, truy cập ngày 20/4/2017 từ trang http://scholarship.claremont .edu/cmc_theses/1171/. Đào Trí Úc (chủ biên), *Mô hình tổ chức và hoạt động của Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa*, tlđd, tr. 270-283.

thời được bảo đảm trong nhà nước pháp quyền. Quan niệm như vậy về nội dung của nguyên tắc pháp quyền trong sự gắn kết nhưng độc lập với dân chủ, quyền con người sẽ loại trừ khả năng viện dẫn lý do không công nhận pháp quyền do cho rằng thiếu dân chủ, không bảo đảm tự do, nhân phẩm, công bằng, công lý, quyền con người với cách suy diễn chủ quan để biện minh cho sự can thiệp, áp đặt các giá trị mang tính chủ quan trong quan hệ quốc tế[81]. Quan niệm như vậy về nội dung của nguyên tắc pháp quyền cũng tránh được việc kẻ xấu lợi dụng dân chủ, nhân quyền để kích động người dân tuyệt đối hóa các giá trị và đưa ra các đòi hỏi thái quá đối với việc bảo đảm các giá trị của tự do, dân chủ, chủ quyền, công lý, công bằng, quyền con người để phản đối dự luật của Quốc hội hoặc từ chối chấp hành quy định pháp luật không có lợi cho mình[82].

4. Phạm vi áp dụng nguyên tắc pháp quyền

Dù nguyên tắc pháp quyền có thể không được quy định thành một điều khoản cụ thể trong hiến pháp hay trong một đạo luật nào đó thì yêu cầu tuân thủ pháp quyền vẫn cần được quán triệt trong các hành động cụ thể của Nhà nước và của các chủ thể khác trong xã hội. Nguyên tắc pháp quyền được căn cứ để lý giải tính bất hợp pháp trong hành động trái pháp luật của người đại diện quyền lực (cơ quan nhà nước, công chức, viên chức nhà nước). Ban đầu, yêu cầu về tuân thủ pháp quyền hình thành chỉ nhằm thiết lập khuôn khổ pháp lý để chế ngự quyền lực, bảo vệ tự do, công bằng và quyền con người. Ngày nay, pháp quyền không còn giới hạn ở mục đích như vậy mà mở rộng yêu cầu tuân thủ pháp quyền cho mọi chủ thể và pháp quyền được sử dụng như một công cụ để thực thi dân chủ. Ngoài ra, nguyên tắc pháp quyền cũng được áp dụng để lấp khoảng trống pháp luật trong trường hợp không có hoặc thiếu quy phạm pháp luật hoặc hủy bỏ, sửa đổi, bổ sung đối với các quy phạm pháp luật mâu thuẫn nhau hoặc không phù hợp văn bản pháp luật cao hơn.

Như vậy, nguyên tắc pháp quyền không chỉ là một trong những nguyên tắc cơ bản trong tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước, mà còn là nguyên tắc tổ chức đời sống xã hội, theo đó xã hội được tổ chức và vận hành, hoạt động dựa trên cơ sở pháp luật. Đối với Nhà nước, nguyên tắc pháp quyền cần được áp dụng cả trong hoạt động xây dựng pháp luật, thực hiện pháp luật và bảo vệ pháp luật của các cơ quan thực thi quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp. Nguyên tắc pháp quyền yêu cầu tuân thủ pháp luật cả về nội dung và thủ tục. Chẳng hạn, nếu nghi ngờ một người phạm tội, nhưng không đủ chứng cứ buộc tội hoặc không chứng minh được họ phạm tội thì cần phải coi họ là người vô tội (tuân thủ pháp quyền về nội dung). Sự vi phạm thủ tục tố tụng, chẳng hạn chứng cứ buộc tội không được sử dụng do được thu thập một cách bất hợp pháp, dẫn đến bản án đã có hiệu lực pháp luật phải được xét xử lại theo thủ tục giám đốc thẩm (tuân thủ pháp quyền về thủ tục).

[81] Tương tự như cách lập luận có tính phê phán đối với quan niệm về pháp luật theo trường phái pháp luật tự nhiên: Xem Nguyễn Văn Cương, *Quan niệm về pháp luật và hệ thống pháp luật ở phương Tây*, bài viết được đăng trên Cổng thông tin điện tử Bộ Tư pháp ngày 23/10/2012: http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nghien-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1549.

[82] Cùng quan điểm, Nguyễn Văn Cương, *Quan niệm về pháp luật và hệ thống pháp luật ở phương Tây*, tlđd.

Nguyên tắc pháp quyền cũng đòi hỏi sự tuân thủ cả trong thực hiện pháp luật. Đời sống thực của pháp luật phản ánh và thể hiện ở hiệu lực trên thực tế của nó. Nếu chỉ quan tâm đến hình thức của pháp quyền là tuân thủ pháp luật mà không chú ý chất lượng của pháp luật và duy trì hiệu lực của nó trên thực tế thì pháp luật trở thành công cụ cho sự bất công[83]. Pháp luật ghi nhận và thể hiện tính uy nghiêm, tính chính đáng và hợp pháp của quyền lực. Sự uy nghiêm của pháp quyền thể hiện trước hết ở sự thừa nhận nhu cầu sử dụng pháp luật trong điều chỉnh quan hệ xã hội mà chủ thể tham gia. Pháp luật được ban hành, nhưng không được thực hiện hoặc thực hiện không hiệu quả sẽ làm giảm sự uy nghiêm của quyền lực. Việc phạt tiền vi phạm hành chính và cho tồn tại đối với các trường hợp xây dựng sai phép, không phép vì lý do tổn thất kinh tế sẽ là bằng chứng thách thức sự uy nghiêm của pháp quyền.

Nguyên tắc pháp quyền cũng cần được áp dụng trong quan hệ giữa các quốc gia. Nguyên tắc thiện chí thực hiện cam kết quốc tế (Pacta sunt servanda) được ghi nhận trong Hiến chương Liên hợp quốc[84] và trong hầu hết các văn bản pháp lý quan trọng của luật quốc tế. Trong quan hệ quốc tế hiện đang có xu hướng lấy việc tuân thủ pháp quyền của quốc gia như một trong những tiêu chuẩn quốc tế phổ biến và có giá trị tham khảo trong đánh giá mức độ ổn định chính sách và pháp luật của quốc gia. Vì vậy, trong nỗ lực thiết lập các giá trị chung của toàn cầu, nhiều quốc gia và tổ chức quốc tế cố gắng vận động sự tuân thủ pháp quyền và tuyên truyền, cổ súy tư tưởng pháp quyền và giá trị của nó. Tuân thủ pháp quyền thường là một trong những nội dung trong đối thoại giữa các Nhà nước lập hiến. Dưới đây là dẫn chứng của việc áp dụng nguyên tắc pháp quyền trong các quan hệ quốc tế.

Liên Hợp quốc coi pháp quyền là "một nguyên tắc quản trị mà trong đó tất cả mọi cá nhân, tổ chức, thiết chế, cả công và tư, bao gồm cả Nhà nước, đều phải tuân thủ pháp luật được công bố công khai, được áp dụng bình đẳng và được phán quyết một cách độc lập, phù hợp với các nguyên tắc và tiêu chuẩn nhân quyền quốc tế. Pháp quyền đòi hỏi các biện pháp để đảm bảo tuân thủ các nguyên tắc thượng tôn pháp luật, bình đẳng trước pháp luật, trách nhiệm pháp lý, công bằng trong áp dụng pháp luật, phân chia quyền lực, sự tham gia vào việc ra quyết định, tính tin cậy pháp lý, tránh sự tùy tiện và tính minh bạch của pháp luật và thủ tục"[85].

Pháp quyền được Liên minh châu Âu (EU) thừa nhận là giá trị chung và trở thành nguyên tắc cơ bản[86], theo đó các quốc gia

(Xem tiếp trang 29)

[83] Dieter Grimm, *Levels of the Rule of Law – On the Possibility of Exporting a Western Achievement*, tlđd, tr. 146.

[84] Khoản 2 điều 2 của Hiến chương Liên hợp quốc quy định: "Tất cả các thành viên Liên hợp quốc thiện chí thực hiện các nghĩa vụ do Hiến chương đặt ra" .

[85] Xem: UN Security Council (2004), *The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies: Report of the Secretary-General*, đoạn 6, tại: http://www.refworld.org/docid/45069c434.html, xem ngày 20/7/2017.

[86] Article 6, paragraph 1 Treaty on European Union 2012 "The Union is founded on the principles of liberty, democracy, respect for human rights and fundamental freedoms, and the rule of law, principles which are common to the Member States". Khoản 1 Điều 6 Hiệp ước về Liên minh châu Âu quy định: Liên minh dựa trên các nguyên tắc của tự do, dân chủ, tôn trọng quyền con người và tự do cơ bản, cũng như pháp quyền, những điều có giá trị chung với các quốc gia thành viên. Xem Treaty on European Union trong Official Journal of the European Union số 2012/C 326/01.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT QUẢN LÝ CƯ TRÚ ĐỐI VỚI NGƯỜI NƯỚC NGOÀI TRÊN LÃNH THỔ VIỆT NAM

Cao Vũ Minh*

Tóm tắt: *Tự do cư trú là một quyền cơ bản của người nước ngoài. Cụ thể hóa quyền này, Quốc hội đã ban hành Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014 nhằm đưa hoạt động quản lý nhà nước về cư trú đối với người nước ngoài đi vào nền nếp. Tuy nhiên, bên cạnh những mặt tích cực đạt được thì các quy định pháp luật hiện hành về quản lý cư trú đối với người nước ngoài vẫn tồn tại nhiều bất cập, hạn chế. Bài viết phân tích những bất cập và đề xuất kiến nghị hoàn thiện các quy định pháp luật Việt Nam về quản lý cư trú đối với người nước ngoài.*

Abstract: *Freedom of residence is a basic right of foreigners. The National Assembly has incorporated this right into the 2014 Law on Entry, Exit, Transit, and Residence of Foreigners in Vietnam in order to bring state administration of foreigners' residence into discipline. In spite of positive achievements, the current law on administration of foreigners' residence has shown limitations and shortcomings. The paper analyzes such shortcomings and makes proposals to improve Vietnam's laws on administration of foreigners' residence.*

1. Đặt vấn đề

Tự do cư trú là một quyền tự nhiên của con người. Tự nhiên vì trước hết nó gắn liền với bản năng sinh tồn của loài người; con người luôn có xu hướng lựa chọn một không gian sống phù hợp với nhu cầu của họ. Quyền tự do cư trú được thừa nhận rộng rãi và đã đạt đến giá trị phổ quát. Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền năm 1948 *(Universal Declaration of Human Rights:* UDHR) khẳng định: *"Ai cũng có quyền tự do đi lại và cư trú trong quản hạt quốc gia. Ai cũng có quyền rời khỏi bất cứ quốc gia nào, kể cả quốc gia của mình và có quyền hồi hương"*[1]. Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 *(International Covenant on Civil and Political Rights*: ICCPR) cũng nhấn mạnh: *"Bất cứ ai cư trú hợp pháp trên lãnh thổ của một quốc gia đều có quyền tự do đi lại và tự do lựa chọn nơi cư trú trong phạm vi lãnh thổ quốc gia đó"*[2].

Theo thống kê, Việt Nam đã có quan hệ ngoại giao với 187 quốc gia và vùng lãnh thổ, trong đó có 03 đối tác chiến lược toàn diện, 15 đối tác chiến lược, 10 đối tác toàn diện, đã thiết lập 97 cơ quan đại diện ngoại giao ở nước ngoài. Việt Nam cũng là thành viên của hơn 70 tổ chức quốc tế và thể chế khu vực, thành viên của Liên hợp quốc, của Tổ chức Thương mại thế giới (WTO). Hiện có 146 cơ quan đại diện ngoại giao, 48 cơ quan lãnh sự, 20 tổ chức quốc tế của nước ngoài đang đóng tại Việt Nam[3]. Việt Nam

* TS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

[1] Điều 13 Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền năm 1948.

[2] Khoản 1 Điều 12 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

[3] Báo cáo của Bộ Ngoại giao tại Hội nghị Ngoại giao lần thứ 29 với chủ đề "Nâng cao hiệu quả công tác

đã thực hiện chính sách miễn thị thực (visa) song phương và đơn phương cho công dân một số quốc gia khi nhập cảnh Việt Nam[4].

Với chính sách hội nhập và mở cửa của Việt Nam, ngày càng có nhiều người nước ngoài thuộc nhiều quốc tịch, đa dạng về thành phần đến Việt Nam với những mục đích khác nhau, từ đó đặt ra vấn đề cần quan tâm là cư trú và quản lý cư trú đối với người nước ngoài tại Việt Nam cũng như pháp luật về vấn đề này.

2. Một số hạn chế trong các quy định pháp luật về quản lý người nước ngoài cư trú tại Việt Nam

Thứ nhất, Điều 32 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014 (Luật năm 2014) quy định nơi tạm trú của người nước ngoài tại Việt Nam là các cơ sở lưu trú. Theo đó, cơ sở lưu trú bao gồm: Các cơ sở lưu trú du lịch, nhà khách, khu nhà ở cho người nước ngoài làm việc, lao động, học tập, thực tập, cơ sở khám bệnh, chữa bệnh, nhà riêng hoặc cơ sở lưu trú khác theo quy định của pháp luật. Sau khi liệt kê các cơ sở lưu trú, để đảm bảo tính đầy đủ, Luật năm 2014 gắn thêm cụm từ *"cơ sở lưu trú khác theo quy định của pháp luật"*. Tuy nhiên, khi đã gắn thêm cụm từ *"cơ sở lưu trú khác theo quy định của pháp luật"* thì những quy định liệt kê trên không còn cần thiết. Bên cạnh đó, quy định mở này còn tạo ra sự khó khăn trong quá trình triển khai thi hành bởi qua khảo sát các văn bản pháp luật có liên quan, chúng tôi không tìm thấy bất cứ quy định nào hướng dẫn cơ sở lưu trú khác là cơ sở nào và cũng không có tiêu chí để xác định thế nào là *"cơ sở lưu trú khác theo quy định của pháp luật"*.

Thứ hai, Điều 33 Luật năm 2014 quy định người nước ngoài tạm trú tại các cơ sở lưu trú phải thông qua người trực tiếp quản lý, điều hành hoạt động của cơ sở lưu trú để khai báo tạm trú với công an xã, phường, thị trấn hoặc đồn, trạm công an nơi có cơ sở lưu trú. Người trực tiếp quản lý, điều hành hoạt động của cơ sở lưu trú có trách nhiệm ghi đầy đủ nội dung vào phiếu khai báo tạm trú cho người nước ngoài và chuyển đến các cơ quan trên trong thời hạn 12 giờ kể từ khi người nước ngoài đến cơ sở lưu trú (đối với địa bàn vùng sâu, vùng xa thì thời hạn là 24 giờ). Khoản 4 Điều 3 Thông tư số 53/2016/TT-BCA của Bộ Công an ngày 28/12/2016 về cách thức thực hiện khai báo, tiếp nhận, thông tin tạm trú của người nước ngoài tại Việt Nam giải thích rõ hơn: *"Đại diện cơ sở lưu trú hoặc người được ủy quyền, người được giao trực tiếp quản lý, điều hành cơ sở lưu trú thực hiện khai báo tạm trú cho người nước ngoài đến tạm trú tại cơ sở lưu trú"*. Với các quy định này, có thể hiểu, trách nhiệm khai báo tạm trú cho người nước ngoài tại Việt Nam thuộc về cơ sở lưu trú chứ không phải của người nước ngoài. Nếu cơ sở lưu trú không thực hiện khai báo tạm trú thì tùy từng trường hợp có thể bị xử phạt về hành vi *"không khai báo tạm trú cho người nước ngoài thuê nhà để ở"* (điểm h khoản 3 Điều 8 Nghị định số

đối ngoại và hội nhập quốc tế - Thực hiện thắng lợi Nghị quyết Đại hội Đảng lần thứ XII" tổ chức tại Hà Nội từ ngày 22 - 26/8/2016.

[4] Hiện nay, Việt Nam đã đơn phương miễn thị thực 15 ngày cho công dân các quốc gia Na Uy, Thụy Điển, Phần Lan, Đan Mạch, Đức, Pháp, Ý, Anh, Tây Ban Nha, Nga, Belarus, Nhật Bản, Hàn Quốc. Việt Nam cũng đã song phương miễn thị thực từ 14 - 30 ngày cho công dân các quốc gia Kazakhstan, Kyrgyzstan, Thái Lan, Singapore, Indonesia, Malaysia, Philippines, Myanmar, Brunei, Lào, Campuchia.

167/2013/NĐ-CP)[5] hoặc *"cho người nước ngoài nghỉ qua đêm nhưng không khai báo tạm trú"* (điểm g khoản 2 Điều 17 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP)[6].

Nghịch lý là, Nghị định số 167/2013/NĐ-CP bên cạnh việc quy định chế tài đối với người trực tiếp quản lý, điều hành hoạt động của cơ sở lưu trú nếu không khai báo tạm trú cho người nước ngoài còn quy định cả chế tài cho người nước ngoài - người không có nghĩa vụ khai báo tạm trú. Cụ thể, Nghị định số 167/2013/NĐ-CP quy định phạt tiền từ 500.000 đồng đến 2.000.000 đồng đối với người nước ngoài không khai báo tạm trú theo quy định từ 15 ngày trở xuống (điểm e khoản 2 Điều 17), còn nếu không khai báo tạm trú theo quy định từ 16 ngày trở lên (điểm đ khoản 3 Điều 17) sẽ bị phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng. Bất cập này phát sinh là do Nghị định số 167/2013/NĐ-CP được ban hành để quy định việc xử phạt vi phạm hành chính theo Pháp lệnh về nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2000 (Pháp lệnh năm 2000) chứ không phải theo Luật năm 2014. Cụ thể, theo Pháp lệnh năm 2000 thì người nước ngoài tạm trú tại các cơ sở lưu trú có nghĩa vụ khai báo tạm trú[7]. Khi Luật năm 2014 có hiệu lực và thay thế cho Pháp lệnh năm 2000 thì nghĩa vụ này đã được quy định cho người trực tiếp quản lý, điều hành hoạt động của cơ sở lưu trú. Do đó, các quy định xử phạt người nước ngoài không khai báo tạm trú tại Điều 17 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP đã không còn phù hợp với quy định của Luật năm 2014. Việc thiết kế song song chế tài xử phạt đối với cơ sở lưu trú lẫn người nước ngoài khi không khai báo tạm trú theo quy định là không thật sự ổn thỏa. Trên thực tế, nếu người có thẩm quyền vừa tiến hành xử phạt cơ sở lưu trú vừa xử phạt người nước ngoài đối với hành vi "*không khai báo tạm trú theo quy định*" là vi phạm nguyên tắc *"một hành vi vi phạm hành chính chỉ bị xử phạt một lần"* được nêu tại Điều 3 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

Thứ ba, theo khoản 3 Điều 33 Luật năm 2014 thì: *"Cơ sở lưu trú du lịch là* ***khách sạn*** *phải nối mạng internet hoặc mạng máy tính với cơ quan quản lý xuất nhập cảnh công an tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương để truyền thông tin khai báo tạm trú của người nước ngoài. Cơ sở lưu trú khác có mạng internet có thể gửi trực tiếp thông tin khai báo tạm trú của người nước ngoài theo hộp thư điện tử công khai của cơ quan quản lý xuất nhập cảnh công an tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương"*. Khoản 4 Điều 3 Thông tư số 53/2016/TT-BCA lại quy định: *"****Cơ sở lưu trú du lịch là khách sạn***

[5] Điểm h khoản 3 Điều 8 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 quy định: "Phạt tiền từ 2.000.000 đồng đến 4.000.000 đồng đối với hành vi không khai báo tạm trú cho người nước ngoài thuê nhà để ở".

[6] Điểm g khoản 2 Điều 17 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 quy định: "Phạt tiền từ 500.000 đồng đến 2.000.000 đồng đối với hành vi cho người nước ngoài nghỉ qua đêm nhưng không khai báo tạm trú".

[7] Khoản 3 Điều 14 và khoản 2 Điều 15 của Pháp lệnh về nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2000 quy định nghĩa vụ khai báo tạm trú của người nước ngoài: "*Người nước ngoài thường trú phải khai báo tạm trú với cơ quan quản lý xuất nhập cảnh có thẩm quyền thuộc Bộ Công an nếu nghỉ qua đêm ngoài địa chỉ thường trú đã đăng ký*" và "*người nước ngoài tạm trú phải khai báo tạm trú với cơ quan quản lý xuất nhập cảnh có thẩm quyền thuộc Bộ Công an; nếu có yêu cầu cấp, bổ sung, sửa đổi thị thực, gia hạn tạm trú hoặc chuyển đổi mục đích tạm trú đã đăng ký thì phải làm thủ tục tại cơ quan quản lý xuất nhập cảnh thuộc Bộ Công an*".

thực hiện việc khai báo tạm trú cho người nước ngoài qua trang thông tin điện tử. *Các cơ sở lưu trú khác được lựa chọn một trong hai cách thức khai báo tạm trú cho người nước ngoài qua trang thông tin điện tử hoặc bằng Phiếu khai báo tạm trú, khuyến khích thực hiện qua trang thông tin điện tử"*. Qua các điều khoản này, có thể hiểu, đối với cơ sở lưu trú là khách sạn thì việc khai báo tạm trú cho người nước ngoài sẽ được thực hiện thông qua mạng internet. Như vậy, khách sạn sẽ truy cập vào mạng internet và truyền thông tin khai báo tạm trú của người nước ngoài đến cơ quan quản lý xuất nhập cảnh công an tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương. Theo chúng tôi, quy định này là hợp lý bởi theo Tiêu chuẩn quốc gia TCVN 4391-2015 của Tổng cục Du lịch (Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch) thì tất cả các khách sạn đều được xếp hạng từ 01 sao đến 05 sao. Theo đó, muốn được công nhận từ 01 sao đến 05 sao thì sảnh đón tiếp của khách sạn phải có quầy lễ tân, điện thoại, máy vi tính, internet không dây (wifi)[8]. Khi người nước ngoài đến lưu trú thì khách sạn sẽ sử dụng các thiết bị điện tử khai báo tạm trú qua mạng internet cho người nước ngoài. Điều này sẽ giảm bớt việc đi lại phiền hà cũng như thuận tiện cho công tác tra cứu, lưu trữ hồ sơ. Tuy nhiên, quy định hợp lý này lại có thể bị phủ định bởi Nghị định số 96/2016/NĐ-CP của Chính phủ ngày 01/7/2016 về điều kiện an ninh, trật tự đối với một số ngành, nghề đầu tư kinh doanh có điều kiện.

Theo điểm b khoản 4 Điều 44 Nghị định số 96/2016/NĐ-CP thì đối với khách là người nước ngoài, cơ sở kinh doanh dịch vụ lưu trú (bao gồm cả khách sạn) phải *ghi* mẫu phiếu khai báo tạm trú cho người nước ngoài và chuyển đến cơ quan công an. Hiện nay, việc ghi phiếu khai báo tạm trú cho người nước ngoài ở Việt Nam được tiến hành theo biểu mẫu NA17 ban hành kèm theo Thông tư số 04/2015/TT-BCA của Bộ Công an ngày 05/01/2015. Việc "ghi" và "chuyển" đến cơ quan công an được thực hiện hoàn toàn mang tính chất thủ công vô hình trung tạo ra mâu thuẫn với hình thức truyền tải thông tin khai báo tạm trú qua mạng internet được quy định trong Luật năm 2014 và Thông tư số 53/2016/TT-BCA.

Thứ tư, nhằm đảm bảo thông tin tạm trú của người nước ngoài phải được khai báo, tiếp nhận kịp thời, đầy đủ, chính xác, pháp luật quy định cụ thể khoảng thời gian mà cơ sở lưu trú phải ghi mẫu phiếu khai báo tạm trú cho người nước ngoài và chuyển đến cơ quan công an. Khoản 2 Điều 33 Luật năm 2014 quy định: *"Người trực tiếp quản lý, điều hành hoạt động của cơ sở lưu trú có trách nhiệm ghi đầy đủ nội dung mẫu phiếu khai báo tạm trú cho người nước ngoài và chuyển đến công an xã, phường, thị trấn hoặc đồn, trạm công an nơi có cơ sở lưu trú trong* ***thời hạn 12 giờ****, đối với địa bàn vùng sâu, vùng xa trong* ***thời hạn là 24 giờ kể từ khi người nước ngoài đến cơ sở lưu trú****"*. Tuy nhiên, cũng nội dung trên nhưng khoản 4 Điều 44 Nghị định số 96/2016/NĐ-CP lại quy định: *"Cơ sở kinh doanh dịch vụ lưu trú có trách nhiệm thông báo cho công an xã, phường, thị trấn hoặc đồn, trạm công an nơi quản lý địa bàn khai báo tạm trú đối với khách lưu trú là người nước ngoài (nghỉ qua đêm hoặc nghỉ theo giờ) phải thực hiện* ***trước 23 giờ trong ngày****. Trường hợp khách đến lưu trú* ***sau 23 giờ thì thông báo trước***

[8] Tổng cục Du lịch (Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch), *Tiêu chuẩn quốc gia TCVN 4391-2015 (Khách sạn - Xếp hạng)*, xuất bản lần 3, Hà Nội, năm 2015, tr. 15.

08 giờ sáng ngày hôm sau*"*. Hai quy định trên là mâu thuẫn và phủ định lẫn nhau bởi theo Luật năm 2014 thì cơ sở lưu trú sẽ có khoảng thời gian tương đối thuận tiện để thực hiện việc khai báo tạm trú cho người nước ngoài. Trong khi đó, nếu căn cứ vào Nghị định số 96/2016/NĐ-CP thì rõ ràng trong nhiều trường hợp cơ sở lưu trú sẽ không thể có đủ thời gian thuận lợi để khai báo tạm trú cho người nước ngoài.

Giả sử, một người nước ngoài đến Tp. Hồ Chí Minh du lịch và tạm trú qua đêm tại khách sạn từ 22h ngày 5/1/2018. Nếu căn cứ vào Luật năm 2014 thì cơ sở lưu trú có 12 tiếng đồng hồ để ghi đơn tạm trú cho người nước ngoài và chuyển đến công an phường (từ 22h ngày 5/1/2018 đến 10h ngày 6/1/2018). Ngược lại, nếu căn cứ vào Nghị định số 96/2016/NĐ-CP thì cơ sở lưu trú chỉ có 01 tiếng đồng hồ để ghi đơn tạm trú cho người nước ngoài và chuyển đến công an phường (từ 22h ngày 5/1/2018 đến 23h ngày 5/1/2018). Tuy nghị định có giá trị pháp lý thấp hơn luật nhưng ở nước ta, một thực tế không thể phủ nhận là nếu có sự mâu thuẫn giữa luật và nghị định thì thông thường nghị định sẽ được ưu tiên áp dụng[9].

Thứ năm, khoản 2 Điều 44 Nghị định số 96/2016/NĐ-CP quy định khi người nước ngoài lưu trú không có giấy tờ tùy thân thì sau khi bố trí vào phòng nghỉ, cơ sở lưu trú phải thông báo *ngay* cho công an xã, phường, thị trấn hoặc đồn, trạm công an quản lý địa bàn. Khoản 2 Điều 3 Thông tư số 53/2016/TT-BCA cũng quy định: *"Trường hợp người nước ngoài không có hộ chiếu, giấy tờ thay thế hoặc phát hiện có nghi vấn, cơ sở lưu trú phải báo* ***ngay*** *cho cơ quan công an nơi gần nhất để kiểm tra"*. Trường hợp cơ sở lưu trú vi phạm nghĩa vụ thông báo này thì có thể bị xử phạt về hành vi *"cho người nước ngoài nghỉ qua đêm nhưng không khai báo tạm trú, không hướng dẫn người nước ngoài khai báo tạm trú theo quy định hoặc không thực hiện đúng các quy định khác của cơ quan có thẩm quyền"* (điểm g khoản 2 Điều 17 Nghị định số 167/2013/NĐ-CP). Thế nhưng để chứng minh điều này là không hề đơn giản bởi Nghị định số 96/2016/NĐ-CP, Thông tư số 53/2016/TT-BCA lẫn Nghị định số 167/2013/NĐ-CP đều không hề giải thích như thế nào là *"thông báo* ***ngay****", "báo* ***ngay****"*. Điều này gây ra sự lúng túng trong quá trình áp dụng pháp luật để xử phạt cơ sở lưu trú.

Theo Từ điển tiếng Việt phổ thông của Viện ngôn ngữ học giải thích thì *"ngay"* là "*liền sau đó, không chậm trễ"*[10]. Từ điển từ và ngữ Việt Nam cũng có cách giải thích tương tự (*"ngay"* là *"tức khắc, tức thì, lập tức"*)[11]. Theo giải thích này, có thể hiểu *"không thông báo* ***ngay****"* là hành vi của cơ sở lưu trú sau khi phát hiện người nước ngoài không có hộ chiếu, giấy tờ tùy thân hoặc phát hiện có nghi vấn đã không lập tức thông báo cho cơ quan có thẩm quyền. Tuy vậy, tiêu chí *"ngay"* quy định tại Nghị định số 96/2016/NĐ-CP và Thông tư số 53/2016/TT-BCA không phải là một khái niệm pháp lý, không đạt yêu cầu của một quy phạm pháp luật là phải minh bạch, rõ ràng, chính xác. Theo chúng tôi, việc nhà làm luật quy định trách nhiệm thông báo cũng như xác định chế tài pháp lý của cơ sở

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

[10] Viện Ngôn ngữ học, *Từ điển tiếng Việt phổ thông*, Nxb. Tp. Hồ Chí Minh, 2002, tr. 606.

[11] Nguyễn Lân, *Từ điển từ và ngữ Việt Nam*, Nxb. Tp. Hồ Chí Minh, 2000, tr. 1239.

lưu trú trong trường hợp này là rất rõ ràng. Tuy nhiên, sự hạn chế về kỹ thuật lập pháp khi không giải thích rõ ràng thế nào là *"thông báo **ngay**", "báo **ngay**"* đã làm cho quy định này trở nên thiếu tính khả thi.

Thứ sáu, khoản 6 Điều 44 Nghị định số 96/2016/NĐ-CP quy định cơ sở lưu trú phải lưu trữ thông tin của người nước ngoài lưu trú và thông tin của người đến thăm người nước ngoài lưu trú tại phòng nghỉ trong thời hạn ít nhất 36 tháng. Quy định này được áp dụng đối với các khai báo lưu trú thông qua mạng internet lẫn thông qua phương pháp thủ công là ghi mẫu đơn NA17. Đối với việc khai báo thông qua ghi mẫu đơn NA17 thì mẫu đơn này sẽ được chuyển đến cơ quan công an. Sau khi được xác nhận thì cơ sở lưu trú sẽ tiến hành lưu trữ. Trong trường hợp này, việc lưu trữ thông tin của người nước ngoài trong thời hạn ít nhất 36 tháng là khả thi. Tuy nhiên, nếu khai báo lưu trú thông qua mạng internet thì việc lưu trữ có thể gặp trở ngại.

Theo Điều 4 Thông tư số 53/2016/TT-BCA, cơ sở lưu trú nếu muốn khai báo lưu trú thông qua mạng internet thì phải được cấp tài khoản khai báo. Theo đó, đại diện cơ sở lưu trú sẽ truy cập trang thông tin điện tử của phòng quản lý xuất nhập cảnh công an tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi đặt cơ sở lưu trú để cung cấp thông tin về tên, loại hình, địa chỉ, số điện thoại, email của cơ sở lưu trú để nhận tài khoản khai báo. Cơ sở lưu trú có trách nhiệm quản lý, bảo mật tài khoản khai báo và toàn bộ thông tin do tài khoản khai báo tạo ra. Tài khoản khai báo sẽ tự hủy khi không có thông tin khai báo mới trong thời hạn 12 tháng hoặc khi bị phát hiện khai báo khống, thông tin về người nước ngoài hoặc cơ sở lưu trú không chính xác. Trường hợp cơ sở lưu trú vì một lý do khách quan nào đó không sử dụng tài khoản khai báo trong 12 tháng (do ngừng kinh doanh, không có khách đến lưu trú…) thì tài khoản khai báo sẽ tự hủy giá trị sử dụng. Trong trường hợp này, cơ sở lưu trú sẽ không thể tiến hành lưu trữ thông tin của người nước ngoài lưu trú tại phòng nghỉ trong thời hạn ít nhất 36 tháng. Tất nhiên, cơ sở lưu trú vẫn có thể tìm kiếm lại các thông tin lưu trữ từ tài khoản khai báo thông qua việc yêu cầu cơ quan công an cung cấp, nhưng quy định trên vẫn ít nhiều gây khó khăn cho cơ sở lưu trú trong việc lưu trữ thông tin của người nước ngoài.

3. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về quản lý cư trú đối với người nước ngoài

Một là, Điều 32 Luật năm 2014 quy định nơi tạm trú của người nước ngoài tại Việt Nam là các cơ sở lưu trú bao gồm: Các cơ sở lưu trú du lịch, nhà khách, khu nhà ở cho người nước ngoài làm việc, lao động, học tập, thực tập, cơ sở khám bệnh, chữa bệnh, nhà riêng hoặc cơ sở lưu trú khác theo quy định của pháp luật. Tuy nhiên, bên cạnh việc tạm trú tại các cơ sở lưu trú thì vẫn có người nước ngoài nhập cảnh nước ta theo diện miễn thị thực. Những người này có thể đi du lịch tự do với nhiều hình thức khác nhau như đi bộ, đi xe đạp, xe máy, xe ô tô… Trong chuyến hành trình, họ có thể nghỉ qua đêm tại các lán trại, lều du lịch trên núi, trong rừng... Tuy nhiên, pháp luật hiện hành về quản lý người nước ngoài tạm trú tại Việt Nam chưa bao quát được hết các trường hợp này. Có lẽ vì lý do đó mà Luật năm 2014 để mở quy định *"cơ sở lưu trú khác theo quy định của pháp luật"*. Đây là một quy định tùy nghi, không rõ ràng. Do đó, nhà làm luật cần quy định cụ thể *"cơ sở lưu trú khác theo quy định của pháp luật"* là những cơ sở nào nhằm tạo điều kiện cho các cơ quan

chức năng trong quá trình quản lý cư trú đối với người nước ngoài.

Hai là, khác với Pháp lệnh năm 2000, Luật năm 2014 quy định nghĩa vụ khai báo tạm trú của người nước ngoài thuộc về người trực tiếp quản lý, điều hành hoạt động của cơ sở lưu trú. Đây là một quy định tiến bộ và phù hợp với xu thế chung của các nước trên thế giới bởi so với người nước ngoài, cơ sở lưu trú hiểu rõ hơn về thủ tục và chủ thể có thẩm quyền tiếp nhận khai báo tạm trú. Do đó, cần bãi bỏ các quy định về xử phạt người nước ngoài không thực hiện khai báo tạm trú trong Nghị định số 167/2013/NĐ-CP bởi như đã trình bày, trách nhiệm khai báo tạm trú thuộc về cơ sở lưu trú chứ không thuộc về người nước ngoài. Bãi bỏ chế tài này là cần thiết nhằm đảm bảo sự thống nhất giữa Nghị định số 167/2013/NĐ-CP với Luật năm 2014.

Ba là, hiện nay, do sự phát triển vượt bậc của khoa học kỹ thuật nên cơ sở lưu trú có thể sử dụng những thiết bị công nghệ cao như máy tính, wifi để khai báo tạm trú qua mạng internet. Việc "gói gọn" hình thức khai báo tạm trú chỉ bằng phương pháp thủ công là *ghi* và *chuyển* đơn trực tiếp như trong Nghị định số 96/2016/NĐ-CP là chưa hợp lý, vô hình trung hạn chế hình thức khai báo tạm trú cho người nước ngoài của cơ sở lưu trú. Các cơ quan có thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật không thể thay đổi cái hợp lý của sự vật theo ý muốn chủ quan của mình[12]. Do đó, theo chúng tôi, cần sửa đổi Nghị định số 96/2016/NĐ-CP theo hướng thừa nhận rộng rãi các hình thức khai báo tạm trú cho người nước ngoài của cơ sở lưu trú. Theo đó, Nghị định số 96/2016/NĐ-CP có thể quy định đối với cơ sở lưu trú là khách sạn thì bắt buộc phải khai báo tạm trú thông qua trang thông tin điện tử, còn các cơ sở lưu trú khác không phải khách sạn thì khuyến khích thực hiện khai báo tạm trú qua trang thông tin điện tử.

Bốn là, liên quan đến khoảng thời gian mà cơ sở lưu trú phải ghi mẫu phiếu khai báo tạm trú cho người nước ngoài và chuyển đến cơ quan công an thì Nghị định số 96/2016/NĐ-CP đang có những quy định khác biệt với Luật năm 2014. Tình trạng nghị định mâu thuẫn luật là không thể kéo dài. Do đó, sửa đổi Nghị định số 96/2016/NĐ-CP theo tinh thần của Luật năm 2014 là *"người trực tiếp quản lý, điều hành hoạt động của cơ sở lưu trú có trách nhiệm ghi đầy đủ nội dung mẫu phiếu khai báo tạm trú cho người nước ngoài và chuyển đến công an xã, phường, thị trấn hoặc đồn, trạm công an nơi có cơ sở lưu trú trong* ***thời hạn 12 giờ****, đối với địa bàn vùng sâu, vùng xa trong* ***thời hạn là 24 giờ kể từ khi người nước ngoài đến cơ sở lưu trú****".*

Năm là, bỏ thuật ngữ *"ngay"* được quy định trong Nghị định số 96/2016/NĐ-CP và Thông tư số 53/2016/TT-BCA bởi đây là một tiêu chí định tính, không có khả năng tạo ra cách thực hiện pháp luật thống nhất. Đồng thời, nhà làm luật cần quy định khoảng thời gian cụ thể để cơ sở lưu trú thông báo cho cơ quan công an khi phát hiện người nước ngoài đến lưu trú, nhưng không có hộ chiếu, giấy tờ tùy thân hoặc có biểu hiện nghi vấn.

Sáu là, cần có sự phân biệt trong việc lưu trữ thông tin của người nước ngoài lưu trú bằng hình thức nộp đơn trực tiếp với hình thức nộp trực tuyến qua mạng internet. Theo đó, đối với việc khai báo thông qua ghi mẫu đơn NA17 việc lưu trữ thông tin của người nước ngoài sẽ được thực hiện

[12] Nguyễn Sĩ Dũng, *Những nghịch lý của thời gian*, Nxb. Thời đại, 2011, tr. 212.

trong thời hạn ít nhất 36 tháng. Đối với khai báo thông qua trang thông tin điện tử của phòng quản lý xuất nhập cảnh công an tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thì thời hạn lưu trữ chỉ cần 12 tháng. Theo đó, chỉ cần sửa đổi khoản 6 Điều 44 Nghị định số 96/2016/NĐ-CP như sau: *"Cơ sở lưu trú có trách nhiệm lưu trữ thông tin của khách lưu trú và thông tin của người đến thăm khách lưu trú tại phòng nghỉ trong thời hạn ít nhất 36 tháng. Trường hợp khai báo tạm trú qua trang thông tin điện tử thì thời hạn lưu trữ là 12 tháng"*. Việc thiết kế quy phạm mang tính chất ngoại lệ vào khoản 6 Điều 44 Nghị định số 96/2016/NĐ-CP sẽ đảm bảo sự thống nhất với Thông tư số 53/2016/TT-BCA về khoảng thời gian tồn tại của tài khoản khai báo.

(Tiếp theo trang 21 - Khái niệm, nội dung của nguyên tắc…)

thành viên cũng như các tổ chức của EU luôn phải xem xét hành động của họ có phù hợp với Hiến pháp và Hiệp ước của Liên minh[87].

Pháp quyền cũng được Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (ASEAN) thừa nhận là một trong những giá trị hình thành, là mục tiêu, là nguyên tắc hành động của tổ chức này. Lời mở đầu của Hiến chương của ASEAN ghi nhận các quốc gia thành viên ASEAN tuân thủ các nguyên tắc về dân chủ, pháp quyền và quản trị tốt, tôn trọng và bảo vệ nhân quyền và các quyền tự do cơ bản. Tăng cường dân chủ, thúc đẩy quản trị tốt và pháp quyền, thúc đẩy và bảo vệ nhân quyền và các quyền tự do cơ bản cũng được Hiến chương của ASEAN xác định là một trong những mục tiêu hướng tới của ASEAN[88]. Để đạt được các mục tiêu của ASEAN[89], ASEAN và các quốc gia thành viên tái khẳng định và tuân thủ các nguyên tắc cơ bản đã được nêu trong các tuyên bố, hiệp định, điều ước, thỏa ước, hiệp ước và các văn kiện khác của ASEAN[90], trong đó có nguyên tắc tuân thủ pháp quyền, quản trị tốt, các nguyên tắc của nền dân chủ và chính phủ hợp hiến[91].

Trong kinh doanh, tôn trọng pháp quyền như một nguyên tắc cần trở thành phương châm hành động. Điều này được ghi nhận trong chính sách, chiến lược phát triển của không ít tập đoàn kinh tế[92].

---

[87] Laurent Pech, *The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union*, Jean Monnet Working Paper Series No. 4/2009, phần mở đầu, tr. 3.
[88] Khoản 7 Điều 1 Hiến chương của ASEAN.
[89] Xem Điều 1 Hiến chương của ASEAN.
[90] Điều 2 Hiến chương của ASEAN.
[90] Khoản 2(h) và 2(i) Điều 2 Hiến chương của ASEAN.
[92] Chẳng hạn, Tập đoàn Bayer nhận thức chính sách tuân thủ pháp luật tạo nên nền tảng thành công, coi tôn trọng và tuân thủ luật thương mại quốc tế và luật của quốc gia sở tại là nguyên tắc và yêu cầu nhân viên cũng như các đối tác kinh doanh thực hiện tương tự. Xem http://bayer.com.vn/vn/posts /detail/1/18, truy cập ngày 15/3/2018.

THẨM PHÁN KHÔNG CHUYÊN TRONG PHIÊN TÒA HÌNH SỰ: MÔ HÌNH CỦA HOA KỲ, NHẬT BẢN VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Võ Minh Kỳ*
Nguyễn Phương Anh**

Tóm tắt: *Trên cơ sở giới thiệu về hệ thống thẩm phán không chuyên tại Hoa Kỳ và Nhật Bản, bài viết tiến hành phân tích so sánh với mô hình hội thẩm nhân dân tại Việt Nam, từ đó, chỉ ra một số bất cập và đề xuất các kiến nghị nhằm giúp hệ thống hội thẩm nhân dân thực hiện tốt chức năng và vai trò vốn có trong nền tư pháp.*

Abstract: *Based on introduction of lay judges system in the United States of America and Japan, the paper makes analysis of and comparison with Vietnam's model of people's assessors; thereby, it shows a number of shortcomings and proposes recommendations to improve the people's assessors system for the purpose of better fulfillment of its supposed mandates and roles in the judiciary.*

1. Thẩm phán không chuyên trong phiên tòa hình sự tại Hoa Kỳ

Tại Hoa Kỳ, thẩm phán không chuyên trong các phiên tòa hình sự được gọi là bồi thẩm viên (juror), các bồi thẩm viên khi tham gia xét xử tại phiên tòa sẽ họp lại với nhau thành một bồi thẩm đoàn (trial jury) gồm 6 hoặc 12 bồi thẩm viên[1]. Quyền được xét xử tại một phiên tòa hình sự bởi bồi thẩm đoàn là một quyền cơ bản được bảo vệ tại Điều 3, và Tu chính án thứ 6 của Hiến pháp Hoa Kỳ năm 1787[2].

Theo truyền thống, nhiệm vụ của bồi thẩm đoàn tại phiên tòa hình sự là giải quyết các vấn đề liên quan đến sự thật của vụ án (matters of fact), ngược lại, thẩm phán sẽ là người chịu trách nhiệm cho các vấn đề liên quan đến luật (matters of law). Có thể hình dung cụ thể như sau, tại phiên tòa hình sự, thẩm phán sẽ là người điều khiển toàn bộ phiên tòa. Khi các bên công tố và bào chữa giới thiệu các chứng cứ và đưa ra những lý lẽ để bảo vệ cho quan điểm của mình, thẩm phán sẽ áp dụng các nguyên tắc của luật về

* Viện kiểm sát nhân dân quận Ninh Kiều, Tp. Cần Thơ.
** Vụ Pháp luật Hình sự và Hành chính, Bộ Tư pháp.

[1] Cần lưu ý rằng, có hai loại bồi thẩm đoàn (jury) trong hệ thống pháp luật hình sự Hoa Kỳ, gồm đại bồi thẩm đoàn (Grand Jury) và bồi thẩm đoàn tại phiên tòa (Trial Jury). Theo đó, đại bồi thẩm đoàn có nhiệm vụ quyết định việc có nên truy tố nghi phạm ra trước tòa án hay không, có liên hệ mật thiết với phía công tố trong giai đoạn tiền xét xử. Còn bồi thẩm đoàn tại phiên tòa quyết định bị cáo có phạm tội hay không dựa trên những chứng cứ được giới thiệu trong quá trình xét xử. Bài viết chỉ giới hạn nội dung ở bồi thẩm đoàn tại phiên tòa. Xem thêm FindLaw, *What's the Difference Between a Grand Jury and a Trial Jury?*, http://criminal.findlaw.com/criminal-law-basics/difference-between-grand-jury-and-trial-jury.html, truy cập ngày 10/10/2017.

[2] Theo Hiến pháp Hoa Kỳ, khoản 2 Điều 3 quy định mọi phiên tòa hình sự phải được xét xử bởi bồi thẩm đoàn (Nguyên văn: The Trial of all Crimes,…, shall be by Jury); Tu chính án thứ 6 quy định bị cáo có quyền được xét xử bởi một bồi thẩm đoàn không thiên vị (Nguyên văn: In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury…).

chứng cứ để quyết định chấp nhận hay loại trừ các chứng cứ được trình bày. Chỉ những chứng cứ nào được thẩm phán chấp nhận mới được bồi thẩm đoàn dùng làm căn cứ phán xét. Khi kết thúc phiên xét xử và trước khi bước vào giai đoạn nghị án của bồi thẩm đoàn, thẩm phán sẽ đưa ra các hướng dẫn, giải thích về luật và cách thức áp dụng luật trong vụ án đang xét xử cho các bồi thẩm viên. Sau đó, các bồi thẩm đoàn sẽ vào một phòng kín để thực hiện việc thảo luận và đưa ra phán quyết đối với việc kết tội hay tuyên bố trắng án đối với bị can. Quá trình thảo luận này không được ghi lại, đồng thời bồi thẩm đoàn cũng không cần phải giải thích lý do cho phán quyết của mình. Nếu phán quyết là có tội, thẩm phán sẽ thực hiện phần việc quyết định hình phạt[3]. Lý giải cho điều này, có thể thấy, bồi thẩm viên là những người không có kiến thức pháp luật và kinh nghiệm xét xử. Chính vì vậy, thẩm phán sẽ quyết định các vấn đề về luật và bồi thẩm đoàn sẽ chịu trách nhiệm các vấn đề về sự thật của vụ án.

Đối với phán quyết của bồi thẩm đoàn, lịch sử từng ghi nhận yêu cầu về một phán quyết tuyệt đối, có nghĩa là nếu bồi thẩm đoàn quyết định kết tội bị can thì đòi hỏi một số lượng đồng thuận tuyệt đối 12/12 hoặc 6/6. Tuy nhiên, từ đầu thế kỷ XX, nhiều bang tại Hoa Kỳ đã bắt đầu tự áp dụng nguyên tắc phán quyết đa số, nghĩa là chỉ cần quá bán số bồi thẩm đoàn đồng ý là có thể đưa ra phán quyết. Vào năm 1972, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã đưa ra phán quyết rằng, việc đòi hỏi một phán quyết kết tội mang tính tuyệt đối không phải là một yêu cầu mang tính hiến định, do đó, các phán quyết đa số của bồi thẩm đoàn là không vi hiến[4]. Do đó, hiện nay các phán quyết của bồi thẩm đoàn tại tòa án liên bang bắt buộc phải đồng thuận tuyệt đối, còn tại các tiểu bang thì có thể áp dụng nguyên tắc tuyệt đối hay đa số tùy vào quy định riêng của từng tiểu bang[5]. Tuy nhiên, một lưu ý là đối với bồi thẩm đoàn 6 người, nguyên tắc phán quyết tuyệt đối là bắt buộc[6].

Để thiết lập bồi thẩm đoàn, có ba nguyên tắc cơ bản như sau: (1) Bồi thẩm đoàn phải mang tính chất đại diện cộng đồng; (2) Bồi thẩm viên phải vô tư, không thiên vị; và (3) Bồi thẩm đoàn nên được thiết lập từ cộng đồng nơi xảy ra hành vi vi phạm[7].

Các nguyên tắc trên được thể hiện thông qua quy trình thành lập nên bồi thẩm đoàn. Theo đó, danh sách các ứng viên tiềm năng sẽ được dựa trên danh sách bầu cử ở nơi xảy ra vụ việc. Sau khi ngẫu nhiên lựa chọn một số lượng các ứng viên, tòa án sẽ gửi đến các ứng viên này các bảng câu hỏi nhằm đánh giá khả năng trở thành bồi thẩm đoàn của họ. Sau khi có kết quả, một số lượng lớn ứng viên được cho là đủ khả năng sẽ trải qua thủ tục *voir dire* ("nói sự thật"). Tại thủ tục *voir dire* này, thẩm phán, công tố viên và luật sư bào chữa sẽ đặt một số câu hỏi đối với các ứng viên nhằm loại bỏ

[3] Xem John H. Langbein, *The Origins of Adversary Criminal Trial*, New York: Oxford University Press, 2003, tr.333; và Neil Vidmar and Valerie P. Hans, *American Juries: The verdict*, New York: Prometheus Books, 2007, tr.129-135.

[4] Xem Johnson v. Louisiana, 406 US 356 (1972); và Apodaca v. Oregon, 406 U.S. 404 (1972).

[5] FindLaw, *Must All Jury Verdicts Be Unanimous?*, http://litigation.findlaw.com/legal-system/must-all-jury-verdicts-be-unanimous.html, truy cập ngày 10/10/2017; và United States Court, *Learn about Jury Service*, http://www.uscourts.gov/services-forms/jury-service/learn-about-jury-service, truy cập ngày 10/10/2017.

[6] Burch v. Louisiana, 441 U.S. 130 (1979).

[7] Xem Valerie P. Hans and Neil Vidmar, *Judging the Jury*, Massachusetts: Perseus Books, 1986, tr.149.

những ứng viên mang thành kiến về một khía cạnh của vụ án dựa trên câu trả lời của họ. Ngoài ra, các bên cũng có thể loại một số lượng ứng viên nhất định mà không cần nêu lý do[8]. Kết thúc thủ tục *voir dire* thì bồi thẩm đoàn được thành lập với số lượng cố định là 6 hoặc 12 người, đồng thời có 1 hoặc 2 thành viên dự bị.

Trong quan niệm của Hoa Kỳ, bồi thẩm đoàn là một cơ chế tư pháp, nhưng thực hiện đồng thời ba chức năng tư pháp, chính trị và giáo dục[9]. Theo đó, với chức năng tư pháp, bồi thẩm đoàn được cho là một cơ chế phù hợp để mang đến công lý. Cần phải nói lại, bồi thẩm đoàn là một cơ chế đặc thù trong hệ thống tố tụng tranh tụng và trong quan niệm của hệ thống tố tụng tranh tụng, công lý chỉ đạt được khi hai bên (buộc tội và gỡ tội) được bình đẳng với nhau trong tố tụng[10]. Sự bình đẳng không chỉ thể hiện ở khía cạnh thu thập, trình bày chứng cứ, mà còn ở khía cạnh lựa chọn người phán xử vụ án của riêng họ. Mặt khác, tính chất đại diện cộng đồng của bồi thẩm đoàn còn giúp bị cáo có cảm giác được xét xử một cách công bằng bởi cơ chế bao gồm những người từ nhóm, giới hoặc tầng lớp của họ[11]. Từ đó, khả năng thực thi công lý trong vụ án sẽ được đảm bảo hơn.

Đối với chức năng chính trị, bồi thẩm đoàn tạo điều kiện cho nhân dân trong việc thực thi quyền lực tư pháp. Theo đó, với tính chất đại diện cộng đồng, mỗi bồi thẩm đoàn được xem như là một hiện thân ở mức độ thấp của nghị viện[12]. Phán quyết của bồi thẩm đoàn đối với các bị cáo bị truy tố bởi cơ quan công quyền cũng đồng thời là phán quyết của một thể chế đại diện nhân dân về tính hợp pháp của các đạo luật được dùng làm căn cứ cho việc truy tố. Nếu một đạo luật liên tiếp bị các bồi thẩm đoàn từ chối áp dụng để kết tội các bị cáo ở nhiều phiên tòa khác nhau, thì có nghĩa là đạo luật đó không được cộng đồng chấp nhận và đã bị vô hiệu hóa một phần trên thực tế. Việc tuyên trắng án một bị cáo mà không xem xét đến các luật và chứng cứ được gọi là "jury nullification"[13].

Đối với chức năng giáo dục, sự vận hành của thể chế bồi thẩm đoàn được xem là một trường học tốt nhất để dạy các công dân về luật pháp và các ý niệm về công lý. Thông qua diễn biến tại mỗi phiên tòa, sự tranh luận của công tố viên, luật sư bào chữa, sự hướng dẫn về luật của thẩm phán cho bồi thẩm viên, sự tranh luận trong quá trình nghị án của bồi thẩm đoàn, đã cung cấp những cho các bồi thẩm viên những kiến thức sâu sắc và bài học về luật pháp và công lý. Mặt khác, các bồi thẩm đoàn được thiết lập ngày qua ngày, ở mọi vùng miền,

[8] Xem Doughlas D. Koski, and Micheal J. Saks (ed.), *The Jury Trial in Criminal Justice*, North Carolina: Carolina Academic Press, 2003, tr.203-206; và Valerie P. Hans and Neil Vidmar, *Judging the Jury*, Massachusetts: Perseus Books, 1986, tr.48-58.

[9] Valerie P. Hans and Neil Vidmar, *Judging the Jury*, Massachusetts: Perseus Books, 1986, tr.247-248.

[10] Hans F.M. Crombag, *Adversarial or Inquisitorial: Do we have a choice?*, in Perter J. van Koppen & Steven D. Penrod (ed.), *Adversarial versus Inquisitorial Justice: Psychological Perspectives on Criminal Justice Systems*, New York: Kluwer Academic/Plenum Publisher, 2003, tr.23-24.

[11] Valerie P. Hans and Neil Vidmar, *Judging the Jury*, Massachusetts: Perseus Books, 1986, tr.50-51.

[12] P. Devlin, *Trial by Jury*, London: Stevens & Sons Ltd., 1956, tr.164.

[13] Tòa án tối cao Hoa Kỳ cũng nhiều lần bày tỏ sự ủng hộ đối với hành động "jury nullification" của bồi thẩm đoàn. Trong án lệ Duncan v. Louisiana, 391 U.S. 145, (1968), Tòa án tối cao đã viết: *"Quyền được xét xử bởi bồi thẩm đoàn được trao cho bị cáo để ngăn chặn sự áp bức của chính quyền"*; tại án lệ Taylor v. Louisiana, 419 U.S. 522, (1975), Tòa tối cao khẳng định mục đích của bồi thẩm đoàn là để *"chống lại sự thực hiện quyền lực độc đoán"*.

sẽ tạo nên một làn sóng lan tỏa khắp đất nước, từ đó tạo nên những công dân tôn trọng pháp luật và công lý[14].

Tóm lại, bồi thẩm đoàn tại Hoa Kỳ là một cơ chế hiến định có lịch sử lâu đời và tác động sâu sắc đến nhiều khía cạnh của xã hội Hoa Kỳ.

2. Thẩm phán không chuyên trong phiên toà hình sự tại Nhật Bản

Tại Nhật Bản, trong giai đoạn trước khi tiến hành cải cách, sự tham gia của người dân trong hệ thống tòa án của Nhật Bản rất hạn chế[15]. Nhật Bản không có cơ chế bồi thẩm đoàn giống như Hoa Kỳ. Sau Chiến tranh thế giới lần thứ I, sự tham gia của các thẩm phán không chuyên (tương tự như bồi thẩm viên trong hệ thống pháp luật Hoa Kỳ) chỉ được cố gắng áp dụng trong một số phiên tòa hình sự trong trường hợp được yêu cầu và các thẩm phán không bị ràng buộc bởi quyết định của bồi thẩm viên. Trong trường hợp tòa án không đồng ý, vụ án có thể được xét xử lại[16]. Vì vậy, việc tham gia của người dân trong hệ thống tư pháp được xem như chìa khóa của cải cách tư pháp giai đoạn 2002-2006.

Một trong số những cải cách quan trọng nhất được bắt đầu từ năm 2009 là sự ra đời của chế định về saiban-in (裁判員 /tạm dịch: Hội thẩm nhân dân). Bên cạnh các thẩm phán chuyên nghiệp (professional judge hay career judge), hội đồng xét xử vụ án hình sự có thêm sự hiện diện của người dân. Sự tham gia của những người dân bình thường trong quá trình tư pháp cho phép họ thể hiện ý kiến trong nội dung hoạt động của phiên tòa. Sự hỗ trợ của họ cho bộ máy tư pháp nói chung và hệ thống tòa án nói riêng tăng cường nền tảng sức mạnh và dân chủ cho Nhà nước pháp quyền, nơi mọi hoạt động của quốc gia đều phải tuân thủ theo các nguyên tắc thượng tôn pháp luật (rule of law). Vì vậy, cải cách tư pháp được tiến hành nhằm mục đích thúc đẩy sự tiếp cận của người dân vào hoạt động tư pháp của Nhà nước.

Bắt đầu từ tháng 6/2001, Nhật Bản đã xác định ba trọng tâm cần đạt được của cuộc cải cách tư pháp: *Một là*, xây dựng được một hệ thống tư pháp ngày càng tiệm cận được với sự kỳ vọng của cộng đồng; *hai là*, nâng cao chất lượng và số lượng của đội ngũ cán bộ tư pháp (thẩm phán, công tố viên, luật sư); *ba là*, thiết lập một chế định thuộc về quần chúng nhân dân trong hệ thống tư pháp. Cần lưu ý rằng, Nhật Bản là một đất nước nơi người dân có khuynh hướng đặt lòng tin tuyệt đối vào thẩm phán chuyên nghiệp bởi họ là những người trung thực nhất, độc lập về chính trị và có kiến thức chuyên môn chuyên sâu[17]. Mặt khác, những người hành nghề luật nói chung và các thẩm phán nói riêng đều được coi như tinh hoa của xã hội. Bên cạnh đó, mặc dù trước cải cách đã tồn tại một số chế định cho phép người dân tham gia vào quá trình

[14] Xem A. de Tocqueville, *Democracy in America*, New York: A. S. Barne & Co., 1835, quoted in Valerie P. Hans and Neil Vidmar, *Judging the Jury*, Massachusetts: Perseus Books, 1986 p.249; và A. de Tocqueville, *Nền dân trị Mỹ*, (Phạm Toàn dịch – Bùi Văn Nam Sơn hiệu đính), Nxb. Tri thức, 2006, tr.330.

[15] Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 3rd Edition, New York: Oxford University Press, 2004, tr.63-65.

[16] Xem: Carl F.Goodman, *The Rule of Law in Japan – A Comparative Analysis*, New York: Kluwer Law Intl; 3 Revised ed, 2012, tr.98-99.

[17] J. O. Halley, *The Japanese Judiciary: Mainitaining Integrity, Autonomy and the Public Trust*, in D. Foote (ed.), *Law in Japan: A Turning Point*, Seattle and London: University of Washington Press, 2007, tr.99.

tư pháp, ví dụ như hòa giải viên (conciliation commissioner), ủy viên tư pháp (judicial commissioner), hòa giải trong tòa án gia đình, hay thành viên của Hội đồng Điều tra của Công tố viên (the Committees for the Inquest of Prosecution). Tuy nhiên, để tăng cường hơn sự tham gia của người dân vào quá trình tư pháp, bên cạnh mở rộng bốn hình thức nêu trên, sự ra đời của hệ thống thẩm phán không chuyên (saiban-in) cho phép người dân có cơ hội đưa ra ý kiến nhiều hơn trong quá trình tư pháp. Do đó, việc xây dựng cơ chế có sự tham gia của người dân bình thường trong tư pháp hình sự thông qua chế định về saiban-in được xem như một chế định độc đáo của Nhật Bản[18].

Những người dân mang quốc tịch Nhật Bản, từ 20 tuổi trở lên, có quyền bầu cử đều có thể được lựa chọn vào danh sách ứng cử viên để trở thành saiban-in. Tháng 11 hàng năm, những công dân có tên trong danh sách đăng ký sẽ được gửi thông báo kèm theo bảng câu hỏi nhằm xác định họ có thuộc diện bị cấm trở thành saiban-in hay không, hoặc có lý do khách quan để từ chối tham gia phiên tòa với tư cách là một saiban-in hay không. Tòa án sẽ lựa chọn saiban-in theo hình thức ngẫu nhiên (lottery) trong danh sách ứng cử viên bao gồm từ 50 tới 100 công dân và chỉ gửi cho người được chọn thông báo họ đã được chọn trở thành saiban-in trong một vụ án cụ thể, đồng thời họ cần có mặt tại phòng xét xử trong ngày diễn ra phiên tòa. Trong ngày diễn ra phiên tòa, thẩm phán chủ tọa sẽ hỏi từng ứng cử viên rằng, họ có bất cứ nghi ngại nào về khả năng đưa ra các quyết định công bằng và liệu có muốn từ chối việc trở thành saiban-in với lý do chính đáng không? Nếu không, hội đồng xét xử sẽ được thành lập với tổng cộng sáu saiban-in cùng với 3 thẩm phán chuyên nghiệp[19].

Thông thường, hội đồng xét xử của phiên tòa hình sự có sự tham gia của các saiban-in được gọi là hội đồng hỗn hợp (mixed panel), bao gồm chín thành viên với ba thẩm phán chuyên nghiệp và sáu saiban-in (thẩm phán không chuyên). Trong trường hợp được triệu tập bất thường, hội đồng xét xử vẫn bao gồm cả thẩm phán chuyên nghiệp và thẩm phán không chuyên, tuy nhiên, hội đồng này chỉ bao gồm 5 thành viên, và số thành viên là thẩm phán không chuyên vẫn chiếm đa số (4/5)[20].

Saiban-in độc lập trong thực hiện thẩm quyền tại các phiên tòa hình sự từ cấp quận và chỉ trong trường hợp vụ án có tính chất nghiêm trọng như dẫn tới cái chết của nạn nhân hoặc tội phạm có thể phải chịu hình phạt tử hình, tù chung thân, ví dụ như giết người, cướp của dẫn đến chết người, bắt cóc con tin,… [21] So sánh với cơ chế bồi thẩm

[18] Daniel H. Foote, *Introduction and Overview Japanese Law at a Turning Point*, trong D. Foote (ed.), *Law in Japan: A Turning Point*, Seattle and London: University of Washington Press, 2007, tr.19-39.

[19] Shozaburo Ishida, *The Light and Dark Sides of Japan's New Lay Judge System*, trong Hiromasa Ezoe, *Still Seeking Justice – Reform and Redress of Japan's Flawed Judicial System*, 1st edition, Tokyo: Kodansha International Ltd, , 2009, tr.87-101.

[20] D. Foote (ed.), *Law in Japan: A Turning Point*, Seattle and London: University of Washington Press, 2007, tr.31.

[21] Theo Hiến pháp năm 1946, hệ thống tòa án của Nhật Bản bao gồm: Tòa án tối cao, 8 Tòa án cấp cao, 50 Tòa án cấp quận và 438 Tòa án giản lược. Ngoài ra, hệ thống tòa án cũng bao gồm Tòa án gia đình, có vị trí và số lượng tương đương với Tòa án cấp quận. Tại tòa án cấp quận, trong trường hợp xét xử vụ án nghiêm trọng, hội đồng xét xử phải bao gồm 6 Hội thẩm nhân dân và 3 thẩm phán.

đoàn của Hoa Kỳ, sự tham gia của các thẩm phán không chuyên mặc dù chỉ hạn chế trong một số trường hợp, tuy nhiên hội đồng xét xử hỗn hợp không chỉ có thẩm quyền xem xét phán quyết có tội hay không, mà còn cùng thẩm phán đưa ra mức hình phạt trong trường hợp có tội[22]. Các thành viên trong hội đồng, cả thẩm phán chuyên nghiệp và các saiban-in sẽ cùng quyết định bằng hình thức phiếu bầu đa số (majority vote). Mặc dù số lượng saiban-in trong hội đồng xét xử nhiều hơn số lượng thẩm phán, tuy nhiên các saiban-in không thể tự mình đưa ra phán quyết cuối cùng của vụ án, mà cần phải có sự ủng hộ của ít nhất một trong ba thẩm phán chuyên nghiệp[23]. Trong trường hợp hai thẩm phán chuyên nghiệp còn lại không đồng ý với phán quyết được đưa ra thì bị can vẫn có thể bị xét xử là có tội nếu hội đồng xét xử có ít nhất 4 saiban-in và một thẩm phán chuyên nghiệp quyết định bị can có tội.

Chế độ saiban-in, như đã nói ở trên, là trọng tâm trong cải cách tư pháp của Nhật Bản. Điều này nhằm tăng cường quyền hạn của người dân trong các hoạt động tố tụng của tòa án, đặc biệt trong các vụ án hình sự bởi liên quan mật thiết tới bảo vệ quyền con người. Mặt khác, bằng việc quy định về chế định saiban-in, Nhật Bản hy vọng nâng cao sự quan tâm của người dân đối với các chế định mới của cuộc cải cách tư pháp từ năm 2001, làm sống lại (vitalise) phiên tòa hình sự vốn chủ yếu dựa trên các chứng cứ bằng văn bản được thu thập trước phiên tòa[24].

Mặc dù việc thành lập cơ chế saiban-in giúp người dân có quyền đưa ra tiếng nói trong hoạt động xét xử của tòa án, đồng thời giúp Nhà nước xây dựng một xã hội dân chủ, tuy nhiên, cơ chế này cũng tồn tại một số nhược điểm. Vào thời điểm năm 2004, một cuộc khảo sát về mong muốn được tham gia xét xử với tư cách của một saiban-in, chỉ 38% số người được hỏi "có chút tự tin" có thể tham dự, 33% "không tự tin" và thậm chí tới tận 69% trả lời "không"[25]. Điều này cho thấy, sự thiếu tự tin của người dân khi thực hiện một công việc liên quan trực tiếp đến quyền con người do không được trang bị đầy đủ kiến thức về mặt pháp luật lẫn kỹ năng xét xử giống như các thẩm phán chuyên nghiệp.

Bên cạnh đó, nghĩa vụ khi trở thành saiban-in cũng trở thành một gánh nặng tâm lý đối với những người dân bình thường. Bởi lẽ, một mặt, việc quy định phiên tòa xét xử với sự có mặt của thẩm phán không chuyên chỉ đối với các vụ án nghiêm trọng như đã nói ở trên. Mặt khác, mặc dù Điều 19 Hiến pháp Nhật Bản đã quy định "quyền tự do tư tưởng và tự do lương tâm là bất khả xâm phạm", nhưng trong trường hợp của "người được lựa chọn" trở thành saiban-in, trừ khi họ có lý do bất khả kháng để từ chối, họ gần như bị bắt buộc giống như một nghĩa vụ pháp lý để tham gia phiên tòa với tư cách là thẩm phán. Nếu ứng viên được chọn

[22] Điều 6, Luật số 63 năm 2004 về sự tham gia của Saiban-in trong phiên tòa hình sự (裁判員の参加する刑事裁判に関する法律/Act on Criminal Trials with the Participation of Saiban-in).

[23] Xem: The Supreme Court of Japan, *Court System of Japan*, 2014, Edit and published by the General Secretariat of the Supreme Court of Japan, tr.15.

[24] Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 3rd Edition, New York: Oxford University Press, 2004, tr.65.

[25] Khảo sát do Yomiuri Shinbun (http://www.yomiuri.co.jp/yoron/p_totali.html), xem thêm: D. Foote (ed.), *Law in Japan: A Turning Point*, Seattle and London: University of Washington Press, 2007, tr.31.

không xuất hiện tại phiên tòa vào ngày giờ cụ thể, họ có thể phải đối mặt với một hình phạt theo pháp luật hình sự. Nếu ứng viên trả lời sai các thông tin trong bảng câu hỏi, họ cũng có thể bị phạt tiền tới 500.000 yên (khoảng 100 triệu đồng Việt Nam)[26].

Một nhược điểm khác của cơ chế saiban-in của Nhật Bản xuất phát từ chính mục đích thúc đẩy việc bảo vệ quyền con người của Nhà nước. Ở Hoa Kỳ, việc xét xử bởi một bồi thẩm đoàn "một cách nhanh chóng và công khai" được coi như một quyền của công dân chứ không phải nghĩa vụ, và bị cáo có quyền được chọn xét xử bởi bồi thẩm đoàn hay chỉ bởi thẩm phán[27]. Ngược lại, ở Nhật Bản, bị cáo không có quyền lựa chọn việc bị xét xử bởi cả thẩm phán chuyên nghiệp lẫn thẩm phán không chuyên. Cũng tức là, họ không có quyền từ chối nếu họ nghi ngờ về kiến thức pháp luật lẫn kỹ năng xét xử thẩm phán không chuyên. Ngay cả trong hệ thống pháp luật Nhật Bản, cũng còn nhiều quan ngại về hệ thống thẩm phán không chuyên; ví dụ như Hiến pháp năm 1946 không có bất cứ quy định nào mang tính dự báo về hệ thống này, hoặc hệ thống này sẽ làm ảnh hưởng đến sự độc lập của thẩm phán trong xét xử[28].

Có thể nói rằng, chế định về saiban-in được xem như một bước tiến trong việc cải cách hệ thống tư pháp của Nhật Bản, từng bước bảo vệ tốt hơn quyền con người, nâng cao sự tham gia của người dân vào hệ thống tư pháp. Tuy nhiên, hệ thống này cũng còn nhiều nhược điểm xuất phát từ tính chất bắt buộc của nó, khi mà người được chọn để trở thành saiban-in không có quyền từ chối nếu không có lý do khách quan chính đáng, và ngay cả người bị xét xử cũng không có quyền lựa chọn việc bị xét xử bởi một thẩm phán không chuyên.

3. Thẩm phán không chuyên trong phiên tòa hình sự tại Việt Nam: So sánh với mô hình của Hoa Kỳ và Nhật Bản

Tại Việt Nam, thẩm phán không chuyên có tên gọi là hội thẩm nhân dân. Trong quan niệm của Việt Nam, quyền được xét xử bởi hội thẩm không được xem là một quyền cơ bản, mà chỉ là một nguyên tắc trong tố tụng hình sự[29].

Trong phiên tòa sơ thẩm, hội thẩm cùng thẩm phán tạo nên Hội đồng xét xử, và hội thẩm ngang quyền với thẩm phán trong việc giải quyết vụ án. Điều này có nghĩa là trong phiên tòa, thẩm phán và hội thẩm cùng nhau quyết định các vấn đề liên quan đến xác định sự thật của vụ án và cùng nhau quyết định các vấn đề liên quan đến áp dụng luật. Lá phiếu của một hội thẩm cũng có giá trị ngang với lá phiếu của một thẩm phán trong việc đưa ra phán quyết vụ án. So sánh với Nhật Bản, có thể thấy thẩm quyền của hội thẩm nhân dân và saiban-in là tương đương, tuy nhiên, lá phiếu của saiban-in chỉ có giá trị nếu có ít nhất một thẩm phán đồng ý với họ. Trong khi đó, điều này lại hoàn toàn khác biệt với Hoa Kỳ, khi có sự tách bạch giữa nhiệm vụ của bồi thẩm đoàn và thẩm phán trong sự tách bạch giữa các vấn đề liên quan đến sự thật và các vấn đề liên quan đến việc áp dụng luật. Có thể thấy, việc trao

[26] Hiromasa Ezoe, *Still Seeking Justice – Reform and Redress of Japan's Flawed Judicial System*, 1st edition, Tokyo: Kodansha International Ltd, 2009, tr.94.

[27] Tu chính án thứ 6, Hiến pháp Hoa Kỳ.

[28] Xem thêm: Hiromasa Ezoe, *Still Seeking Justice – Reform and Redress of Japan's Flawed Judicial System*, 1st edition, Tokyo: Kodansha International Ltd, 2009, tr.95.

[29] Điều 103 Hiến pháp năm 2013; Điều 22 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

cho các hội thẩm nhân dân, vốn là người không có kiến thức chuyên sâu về pháp luật và chiếm đa số với thẩm phán quyền biểu quyết về nội dung bình đẳng hoàn toàn là điều không hợp lý.

Thiết chế hội thẩm nhân dân ở Việt Nam mang nặng tính chất cơ cấu và nhiệm kỳ. Cụ thể hơn, dựa trên nhu cầu xét xử, tòa án sẽ đề xuất một số lượng hội thẩm cần thiết cho quá trình hoạt động của mình. Sau đó, Mặt trận tổ quốc sẽ lựa chọn và giới thiệu danh sách ứng viên hội thẩm cho hội đồng nhân dân cùng cấp bầu chọn. Sau khi bầu chọn được các hội thẩm nhân dân, thì nhiệm kỳ của các hội thẩm này sẽ theo nhiệm kỳ của hội đồng nhân dân đã bầu ra họ, tức 5 năm. Điều này cũng có nghĩa là, trong thời gian 5 năm đó, mọi vụ án được xét xử tại một tòa án nhất định đều do một số lượng hội thẩm nhân dân nhất định tham gia xét xử[30]. Mặt khác, hiện nay cũng không có quy định về cách thức hình thành nên hội thẩm nhân dân ở từng phiên tòa cụ thể, do đó, việc lựa chọn hội thẩm tham gia phiên tòa hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí của thẩm phán chủ tọa phiên tòa hoặc của Chánh án Tòa án. So sánh với Hoa Kỳ và Nhật Bản, có thể thấy sự khác biệt rất lớn ở nhiều phương diện. Một mặt, thẩm phán không chuyên ở Hoa Kỳ và Nhật Bản được thành lập theo từng vụ án chứ không theo nhiệm kỳ của từng địa phương. Mặt khác, nếu ở Nhật Bản, sự lựa chọn thẩm phán không chuyên dựa vào các yếu tố ngẫu nhiên, mang tính đại diện, đảm bảo sự vô tư, không thiên vị, và thậm chí cho phép các bên tranh tụng tham gia vào quá trình lựa chọn như tại Hoa Kỳ, thì Việt Nam lại mang tính cơ cấu, nhiệm kỳ.

Tại Việt Nam, ý nghĩa của sự tham gia của hội thẩm nhân dân tại phiên tòa được nhìn nhận từ bốn khía cạnh: *Thứ nhất*, bảo đảm quyền làm chủ của nhân dân trong hoạt động xét xử của tòa án; *thứ hai*, đưa tiếng nói từ phía xã hội vào quá trình xét xử, giúp cho việc xét xử chính xác, khách quan, phù hợp với quyền lợi và nguyện vọng của nhân dân; *thứ ba*, tăng cường mối quan hệ giữa tòa án và nhân dân; *thứ tư*, hội thẩm sẽ giúp tòa án thực hiện tốt công tác tuyên truyền, phổ biến giáo dục pháp luật trong nhân dân[31]. Có thể nhận thấy rằng, trong quan niệm của Việt Nam, Nhật Bản và Hoa Kỳ về vai trò của thẩm phán không chuyên trong xét xử là khá tương đồng nhau, nhưng cách thức thực hiện tại Việt Nam dường như chưa thể hiện được các vai trò này.

Một là, các hội thẩm tại Việt Nam làm việc theo nhiệm kỳ và thường được tái bổ nhiệm nhiều lần. Thậm chí, một số hội thẩm lâu năm có kinh nghiệm xét xử đôi khi phong phú hơn một thẩm phán mới được bổ nhiệm lần đầu. Mặt khác, hội thẩm nhân dân còn được bồi dưỡng, đào tạo ngắn hạn về kiến thức pháp luật[32]. Như vậy, khó có thể nói rằng hội thẩm nhân dân là những thẩm phán không chuyên, đại diện chủ quyền và tiếng nói nhân dân trong việc thực hiện quyền tư pháp. Xét về tính chất, có thể thấy,

[30] Điều 86, Điều 87 Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014; Điều 10 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015.

[31] PV, *Bí thư Trung ương Đảng, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao Trương Hòa Bình: "Cần ghi nhận thêm bản chất của chế định hội thẩm trong Hiến pháp"*, Báo điện tử Công lý, 2012, http://congly.vn/hoat-dong-nganh/bi-thu-trung-uong-dang-chanh-an-tandtc-truong-hoa-binh-can-ghi-nhan-them-ban-chat-cua-che-dinh-hoi-tham-trong-hien-phap-14946.html, truy cập ngày 10/10/2017.

[32] Khoản 4, Điều 20 Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014.

hội thẩm nhân dân ở Việt Nam được xem như là những thẩm phán bán chuyên nghiệp, với chức vụ mang tính chất cơ cấu, nhiệm kỳ và được bồi dưỡng, đào tạo một phần nghiệp vụ xét xử. Từ đó, nhiều khả năng phán quyết của hội thẩm nhân dân trong xét xử không còn mang ý nghĩa đảm bảo dân chủ như ban đầu.

Hai là, cách thức lựa chọn hội thẩm trong mỗi phiên tòa không được quy định mang tính chất ngẫu nhiên, mà dựa trên ý chí cá nhân của Chánh án tòa án và đôi khi là trên ý chí của thẩm phán chủ tọa phiên tòa. Từ đó, nhiều khả năng những hội thẩm thuận theo phán quyết của tòa án sẽ có nhiều cơ hội được lựa chọn hơn. Như vậy, khó có thể đảm bảo tính công bằng, không thiên vị của hội thẩm[33].

Ba là, số lượng hội thẩm nhân dân trong nhiệm kỳ tại một địa phương nhất định là cố định, hầu như không thay đổi. Do đó, hiệu quả giáo dục pháp luật đến cộng đồng là điều tương đối hạn chế.

Tóm lại, chế định hội thẩm nhân dân tại Việt Nam đang tồn tại những bất ổn cả về mặt chức năng, nhiệm vụ, tổ chức và hiệu quả của nó.

4. Một số kiến nghị

Trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm từ mô hình thẩm phán không chuyên của Hoa Kỳ và Nhật Bản, các tác giả thấy rằng, có hai nội dung mà mô hình hội thẩm nhân dân tại Việt Nam nên cân nhắc để hoàn thiện hơn.

Thứ nhất, về cách thức hình thành nên hội thẩm, thay vì quy định theo hướng cơ cấu, nhiệm kỳ như hiện tại, Việt Nam có thể thí điểm áp dụng cơ chế lựa chọn hội thẩm theo danh sách ngẫu nhiên dựa trên danh sách cử tri của từng địa phương. Trong mỗi vụ việc cụ thể, tòa án sẽ lựa chọn ngẫu nhiên ứng viên trong danh sách, có thể có tiêu chí ưu tiên người có chuyên môn hẹp liên quan, hoặc có kiến thức về tâm lý phù hợp với vụ án. Bên cạnh đó, có thể bổ sung quy định về tiêu chuẩn liên quan đến chuyên môn hẹp của hội thẩm nhân dân theo từng vụ việc cụ thể. Hiện nay, ngoài 4 tiêu chuẩn của hội thẩm được liệt kê trong Điều 85 Luật Tổ chức tòa án nhân dân năm 2014, Việt Nam chưa có quy định nào liên quan đến yêu cầu bắt buộc về tiêu chuẩn liên quan đến chuyên môn hẹp của hội thẩm nhân dân[34]. Rất khó cho thẩm phán nếu phải xét xử một vụ án đòi hỏi sự am hiểu sâu sắc về một lĩnh vực đặc thù (ví dụ như các vụ án liên quan đến an ninh mạng, sở hữu trí tuệ, môi trường, tài chính kế toán, chứng khoán,…).

(Xem tiếp trang 45)

[33] Võ Trí Hảo, *Cải cách tư pháp: Bồi thẩm đoàn hay vẫn là hội thẩm nhân dân?*, Thời báo Kinh tế Sài Gòn Online, 2012, http://www.thesaigontimes.vn /121969/Cai-cach-tu-phap-Boi-tham-doan-hay-van-la-hoi-tham-nhan-dan?.html, truy cập ngày 10/10/2017.

[34] Bốn tiêu chuẩn của hội thẩm nhân dân theo pháp luật Việt Nam bao gồm: (1) Là công dân Việt Nam, trung thành với Tổ quốc và Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, có phẩm chất đạo đức tốt, có bản lĩnh chính trị vững vàng, có uy tín trong cộng đồng dân cư, có tinh thần dũng cảm và kiên quyết bảo vệ công lý, liêm khiết và trung thực; (2) Có kiến thức pháp luật; (3) Có hiểu biết xã hội; (4) Có sức khỏe bảo đảm hoàn thành nhiệm vụ được giao. Mặt khác, trong vụ án cụ thể, chỉ duy trường hợp vụ án có liên quan đến người chưa thành niên thì ít nhất một hội thẩm phải có kiến thức hoặc nghề nghiệp liên quan đến đối tượng này (Điều 423 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015), còn các vụ án loại khác mang tính chất chuyên môn hẹp thì không có quy định tương tự.

QUYỀN HƯỞNG DỤNG TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

Nguyễn Minh Oanh*
Chu Thị Lam Giang**

Tóm tắt: *Bài viết giới thiệu khái quát về quyền hưởng dụng, một loại quyền khác đối với tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015. Đồng thời, bài viết cũng bình luận các quy định về quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự năm 2015, từ đó đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.*

Abstract: *The paper gives brief introduction of usufruct right, which is another property-related right provided under the 2015 Civil Code. Concurrently, the paper also discusses regulations on usufruct right under the 2015 Civil Code, thereby makes a number of proposals.*

1. Khái quát về quyền hưởng dụng

Điều 257 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: "*Quyền hưởng dụng là quyền của chủ thể được khai thác công dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức đối với tài sản thuộc quyền sở hữu của chủ thể khác trong một thời gian nhất định*". Quy định về quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự năm 2015 được xây dựng trên cơ sở tham khảo kinh nghiệm pháp luật nước ngoài. Tuy nhiên, đây không phải là nội dung hoàn toàn mới trong pháp luật Việt Nam bởi trước đây, dưới chế độ cũ, quyền này đã được quy định trong Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972 tại Điều thứ 417 với tên gọi là quyền dụng ích[1]. Theo Luật La Mã, ban đầu quyền dụng ích chỉ áp dụng đối với đất đai dần dần được chuyển sang áp dụng đối với các tài sản khác. Ví dụ, một người viết di chúc để lại ngôi nhà là di sản thừa kế cho một người đồng thời cho một người thứ ba sử dụng ngôi nhà đó đến khi họ chết. Xuất phát từ đây, Servitus (quyền sử dụng tài sản của người khác trong quan hệ này hay quan hệ khác) được chia thành quyền địa dịch và dụng ích cá nhân[2]. Về bản chất, quyền hưởng dụng mang một số đặc điểm pháp lý sau đây:

Thứ nhất, quyền hưởng dụng cũng giống như quyền địa dịch hay quyền bề mặt là một vật quyền hạn chế dành cho người không phải là chủ sở hữu của tài sản. Có thể nói, quyền hưởng dụng chính là sự kết hợp của hai quyền là quyền khai thác công dụng và quyền hưởng hoa lợi, lợi tức. Quyền sử dụng (quyền khai thác) tài sản cho phép chủ thể hưởng dụng thu được các lợi ích khác nhau của tài sản như nhà để ở, xe máy để đi lại... Quyền hưởng hoa lợi, lợi tức cho phép người đó được thụ hưởng tất cả các giá trị tài sản phái sinh từ tài sản gốc ban đầu, bao gồm sản vật tự nhiên và khoản lợi thu được từ việc khai thác tài sản.

Thứ hai, quyền hưởng dụng được hiểu là một loại vật quyền theo người tức là nó luôn gắn liền với một chủ thể nhất định.

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

[1] Bộ Dân luật năm 1972, Thần Chung xuất bản, Sài Gòn, 1973.

[2] Giáo trình Luật La Mã, Đại học Luật Hà Nội, Nxb. Công an nhân dân, năm 2003, tr. 78,79.

Theo đó, khi chủ sở hữu đã trao quyền hưởng dụng cho một người trên tài sản của mình thì chỉ có chủ thể được trao quyền đó mới có quyền hưởng dụng. Quyền hưởng dụng là một vật quyền gắn liền với nhân thân của người hưởng dụng, điều đó có nghĩa khi người có quyền hưởng dụng chết hoặc chấm dứt sự tồn tại thì quyền này cũng chấm dứt.

Thứ ba, vào cùng một thời điểm, không tồn tại đồng thời nhiều chủ thể khác nhau cùng thực hiện quyền hưởng dụng trên một tài sản của một chủ sở hữu. Điều này được lý giải: Nếu đồng thời nhiều chủ thể cùng có quyền hưởng dụng đối với một tài sản nhất định thì chính họ sẽ bị hạn chế quyền của mình trong việc khai thác, sử dụng cũng như hưởng hoa lợi, lợi tức. Do đó, quyền hưởng dụng chỉ có thể thực hiện lần lượt giữa các chủ thể.

Thứ tư, quyền hưởng dụng mang đặc tính thời hạn, không mang tính vĩnh viễn mà chỉ tồn tại trong một thời gian nhất định. Theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, thời hạn của quyền hưởng dụng do các bên thỏa thuận hoặc do luật quy định, nhưng tối đa đến hết cuộc đời của người hưởng dụng đầu tiên nếu người hưởng dụng là cá nhân và đến khi pháp nhân chấm dứt tồn tại, nhưng tối đa 30 năm nếu người hưởng dụng đầu tiên là pháp nhân (khoản 1 Điều 260). Việc xác định thời hạn theo độ dài cuộc đời của người hưởng dụng đầu tiên được cho là có nguồn gốc từ mối quan hệ giữa quyền này với nhân thân của chủ thể mang quyền. Chính vì vậy, người hưởng dụng có quyền cho thuê quyền hưởng dụng nhưng không được vượt quá thời hạn hưởng dụng.

Trong pháp luật của Pháp, quyền hưởng dụng nếu không trao cho cá nhân thì chỉ kéo dài tối đa 30 năm, nếu lấy thời hạn là độ tuổi của người thứ ba thì sẽ có hiệu lực cho dù người này chết khi chưa đạt đến độ tuổi đó[3]. Bộ luật Dân sự Quebec, Canada cũng quy định quyền hưởng dụng nếu không ấn định thời hạn thì thời hạn được xác định hết cuộc đời của người hưởng dụng đối với cá nhân. Nếu người hưởng dụng là pháp nhân thì thời hạn đó là 30 năm. Đồng thời, Bộ luật này quy định một quyền hưởng dụng chỉ được kéo dài không quá 100 năm trong trường hợp được cho phép kéo dài thời hạn hoặc tạo lập một quyền hưởng dụng tiếp theo[4].

Thứ năm, giá trị tài sản là đối tượng của quyền hưởng dụng mang tính bảo toàn. Điều này được thể hiện qua việc hết thời hạn hưởng quyền, người hưởng dụng có nghĩa vụ giữ nguyên giá trị đối tượng của quyền hưởng dụng và trả lại đối tượng này

[3] "A usufruct which is not granted to private individuals may last only thirty years", French Civil Code, Art. 619. (Quyền hưởng dụng nếu không trao cho cá nhân thì kéo dài tối đa là 30 năm, Điều 619 Bộ luật Dân sự Pháp).
"A usufruct granted until a third party reaches a fixed age lasts until that time, even though the third party dies before the fixed age", French Civil Code, Art. 620. (Quyền hưởng dụng trao cho người thứ ba đến khi người này đạt độ tuổi nhất định thì được xác định đến thời điểm đó cho dù người thứ ba chết trước thời điểm đó, Điều 60, Bộ luật Dân sự Pháp).

[4] "No usufruct may last longer than 100 years even if the act granting it provides a longer term or creates a successive usufruct. Usufruct granted without a term is granted for life or, if the usufructuary is a legal person, for 30 years". Civil Code Quebec, Art. 1123. (Thời hạn của quyền hưởng dụng tối đa là 100 năm cho dù được gia hạn hay được tạo lập một quyền hưởng dụng tiếp theo. Quyền hưởng dụng được trao không xác định thời hạn thì được xác định là trọn đời đối với cá nhân. Nếu người hưởng dụng là pháp nhân thì thời hạn đó là 30 năm. – Điều 1123, Bộ luật Dân sự Quebec, Canada), http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991, truy cập ngày 29/03/2018.

đúng với giá trị ban đầu. Chính vì vậy, đối tượng của quyền hưởng dụng thường là những tài sản không tiêu hao. Tuy nhiên, pháp luật một số nước thừa nhận tài sản tiêu hao cũng có thể là đối tượng của quyền hưởng dụng nếu đảm bảo nguyên tắc bảo toàn giá trị của tài sản khi được hoàn trả. Ví dụ, trong quy định của bang Louisiana (Hoa Kỳ), đối tượng của quyền hưởng dụng có thể là tài sản tiêu hao và sau khi khai thác, sử dụng tài sản thì người hưởng dụng phải có trách nhiệm trả tiền cho giá trị tài sản tiêu hao đó hoặc giao cho chủ sở hữu những tài sản có giá trị tương ứng[5].

2. Một số bình luận về quyền hưởng dụng theo quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015

Thứ nhất, về quyền của người hưởng dụng

Theo quy định tại Điều 261 Bộ luật Dân sự năm 2015, quyền của người hưởng dụng bao gồm:

"*1. Tự mình hoặc cho phép người khác khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ đối tượng của quyền hưởng dụng*.

…

3. Cho thuê quyền hưởng dụng đối với tài sản".

Ở đây, vấn đề cần bàn luận là:

Quy định tại khoản 1 cho phép người khác khai thác, sử dụng, thu hoa lợi, lợi tức từ đối tượng của quyền hưởng dụng có bao gồm việc chuyển giao có đền bù như chuyển nhượng, trao đổi, cho thuê không?

Nếu câu trả lời là có thì việc quy định khoản 3 là không cần thiết bởi nội hàm của khoản 1 đã bao gồm khoản 3.

Nếu câu trả lời là không thì quy định này dường như không phù hợp với lý thuyết về vật quyền và cách tiếp cận của Bộ luật Dân sự Việt Nam về vật quyền, khi mà chúng ta đang muốn thừa nhận việc tồn tại các quyền tài sản khác nhau trên cùng một đối tượng để bảo vệ và phát huy giá trị kinh tế của tài sản trong nền kinh tế thị trường. Quy định về quyền hưởng dụng không được phép chuyển nhượng chỉ phù hợp với "quyền dụng ích cá nhân" là một quyền hưởng dụng mang tính pháp định mà thôi. Chính vì vậy, chúng tôi cho rằng, Điều luật 261 cần được sửa đổi theo hướng xoá bỏ khoản 3. Tuy nhiên, để đảm bảo phạm vi của quyền hưởng dụng phù hợp với từng trường hợp cụ thể khác nhau, đặc biệt là trong trường hợp các bên thoả thuận không được chuyển giao, chúng tôi kiến nghị bổ sung thêm vào khoản 1 Điều 261 cụm từ *"trừ trường hợp các bên có thoả thuận khác hoặc luật có quy định khác".*

Bên cạnh Điều 261 quy định về quyền của người hưởng dụng, Bộ luật Dân sự năm 2015 lại có quy định về quyền hưởng hoa lợi, lợi tức tại Điều 264. Tuy nhiên, chúng tôi nhận thấy, người có quyền hưởng hoa lợi, lợi tức theo Điều 264 cũng chính là người hưởng dụng. Chính vì vậy, cần phải gộp hai nội dung này thành một, vì việc tách

[5] Bộ luật Dân sự Louisiana, *Art. 536. Consumable things are those that cannot be used without being expended or consumed, or without their substance being changed, such as money, harvested agricultural products, stocks of merchandise, foodstuffs, and beverages; Art. 538. If the things subject to the usufruct are consumables, the usufructuary becomes owner of them. He may consume, alienate, or encumber them as he sees fit. At the termination of the usufruct he is bound either to pay to the naked owner the value that the things had at the commencement of the usufruct or to deliver to him things of the same quantity and quality,* https://heinonline.org/HOL/Page?collection=journals&handle=hein.journals/jcilast8&id=534, truy cập ngày 29/03/2018.

quyền của người hưởng dụng ra thành hai điều luật khác nhau là không cần thiết.

Thứ hai, về nghĩa vụ của người hưởng dụng

Theo quy định của Bộ luật Dân sự hiện hành thì nghĩa vụ của người hưởng dụng được ghi nhận bao gồm: (i) Nghĩa vụ khai thác, sử dụng tài sản đúng công dụng, mục đích; (ii) Giữ gìn, bảo quản, bảo dưỡng, sửa chữa tài sản… (nghĩa vụ đảm bảo tính ổn định và toàn vẹn của tài sản như khi tiếp nhận tài sản) ; (iii) Nghĩa vụ hoàn trả lại tài sản cho chủ sở hữu khi hết thời hạn hưởng dụng.

Tuy nhiên, có thể nhận thấy, với phạm vi quyền của người hưởng dụng được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015 tương đối lớn thì quy định về nghĩa vụ của người hưởng dụng là chưa tương xứng và vẫn còn một số hạn chế, cụ thể:

- Có một số nghĩa vụ quan trọng nhưng Bộ luật Dân sự năm 2015 lại không đề cập, ví dụ: Trong thời gian tồn tại quyền hưởng dụng, những nghĩa vụ hàng năm như thuế, các khoản đóng góp được coi là nghĩa vụ tài chính đối với tài sản (thuế đất, thuế kinh doanh, các khoản chi phí trong quá trình khai thác, sử dụng tài sản…) sẽ thuộc về người hưởng dụng hay mặc nhiên thuộc về chủ sở hữu tài sản? Theo chúng tôi, việc thực hiện nghĩa vụ này phải thuộc về bên có quyền hưởng dụng thì phù hợp hơn. Pháp luật một số quốc gia trên thế giới đều quy định như vậy[6].

- Đối với nghĩa vụ "sửa chữa tài sản", theo quy định của Bộ luật Dân sự, đó là nghĩa vụ của cả người hưởng dụng và chủ sở hữu. Điều này rất dễ tạo nên sự trùng lặp khi cả hai bên đều nhận thực hiện nghĩa vụ hoặc ngược lại, đùn đẩy trách nhiệm khi cho rằng đó là nghĩa vụ của bên kia, từ đó dẫn đến không xác định được phạm vi nghĩa vụ của từng chủ thể. Theo quy định của Bộ luật Dân sự Pháp thì *"người hưởng dụng chỉ có nghĩa vụ thực hiện việc tu sửa, bảo dưỡng tài sản. Các sửa chữa lớn thuộc trách nhiệm của chủ sở hữu. Trường hợp phải sửa chữa lớn do tài sản không được tu sửa bảo dưỡng từ khi bắt đầu hưởng hoa lợi, lợi tức; người hưởng dụng phải chịu chi phí*[7]. Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan cũng quy định: "*Người hưởng dụng chịu trách nhiệm về việc bảo dưỡng thông thường và sửa chữa vặt. Nếu cần có những sửa chữa quan trọng hoặc biện pháp cần thiết để bảo quản tài sản thì người hưởng dụng phải báo ngay cho chủ sở hữu biết để tiến hành sửa chữa. Trường hợp chủ sở hữu không làm thì người hưởng dụng có thể đem tài sản đi sửa chữa, bảo quản và chủ sở hữu phải chịu chi phí*"[8].… Bởi vậy, theo chúng tôi, cần phải

[6] Điều 1158, Bộ luật Dân sự Quebec Canada: ***Art. 1158***. *The usufructuary is liable for the costs of any legal proceedings related to his right of usufruct,* http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991, truy cập ngày 29/03/2018.

Điều 608, Bộ luật Dân sự Pháp: ***Art. 608. B*** *A usufructuary is liable during his enjoyment for all the annual charges upon the property, such as taxes and others which, according to usage, are deemed to be charges on the fruits.*

[7] Điều 605, Bộ luật Dân sự Pháp: ***Art. 605:*** *A usufructuary is only bound to repairs of maintenance. Major repairs remain the responsibility of the owner, unless they were occasioned by the lack of repairs of maintenance since the beginning of the usufruct; in which case the usufructuary is also liable for them.*

[8] Điều 1424 Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, ***Section 1424***. *The usufructuary is bound to keep the substance of the property unaltered, and is responsible for ordinary maintenance and pretty repairs.*

If important repairs or measures are necessary for the preservation of the property, the usufructuary must forthwith inform the owner thereof and permit

có sự xác định rõ phạm vi nghĩa vụ của các bên trong việc sửa chữa, bảo đảm tính ổn định giá trị của tài sản.

Thứ ba, về quyền và nghĩa vụ của chủ sở hữu tài sản

Quyền hưởng dụng là một vật quyền có tính độc lập tương đối so với các vật quyền khác, tuy nhiên, xét về bản chất thì vật quyền này là vật quyền có thời hạn trên tài sản của người khác. Theo quy định của Bộ luật Dân sự hiện hành, khi người hưởng dụng vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của mình thì chủ sở hữu chỉ có quyền "yêu cầu Tòa án truất quyền hưởng dụng" mà không có một cơ chế tự bảo vệ nào dành cho chủ sở hữu (khoản 2 Điều 263). Ngoài ra, chỉ khi người hưởng dụng có sự vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ của mình thì chủ sở hữu mới có thể yêu cầu truất quyền người hưởng dụng, mà không đặt ra trường hợp, chủ sở hữu có thể chấm dứt quyền hưởng dụng của chủ thể hưởng dụng trong các trường hợp khác.

Theo quy định của pháp luật Thái Lan, chủ sở hữu có thể phản đối bất cứ việc sử dụng bất hợp pháp hoặc bất hợp lý nào đối với tài sản của mình. Nếu chủ sở hữu chứng minh được quyền của mình bị đe dọa thì có thể yêu cầu người hưởng dụng đưa ra bảo đảm[9]. Nếu người hưởng dụng không đưa ra bảo đảm trong một thời gian hợp lý đã được ấn định cho mục đích đó, hoặc nếu bất chấp sự phản đối của chủ sở hữu, người đó vẫn tiếp tục sử dụng tài sản một cách bất hợp pháp hoặc bất hợp lý, tòa án có thể chỉ định một người khác quản lý tài sản thay cho người đó... Với quy định này, bản thân chủ sở hữu có thể tự mình thực hiện quyền bảo vệ tính toàn vẹn tài sản của mình, không nhất thiết phải thông qua tòa án.

Do đó, để điều chỉnh về vấn đề này một cách trọn vẹn, chúng tôi đề xuất tách quyền hưởng dụng thành hai loại: (i) Quyền hưởng dụng là vật quyền xác lập theo ý chí của chủ sở hữu (theo thỏa thuận hoặc theo di chúc) và (ii) Quyền hưởng dụng là vật quyền pháp định (theo luật định).

Theo đó, quyền hưởng dụng theo ý chí của chủ sở hữu sẽ mang tính tuyệt đối, việc yêu cầu chấm dứt hoặc thay đổi không vì lý do vi phạm của bên hưởng dụng là không được ghi nhận bởi lẽ, bản thân chủ sở hữu phải xác định được từ đầu mục đích của mình cũng như phạm vi quyền và nghĩa vụ của người hưởng dụng, tránh trường hợp tự ý chấm dứt quyền hưởng dụng, gây cản trở và ảnh hưởng đến việc thực hiện quyền của

---

them to be carried out. In case of default by the owner, the usufructuary may have the work carried out at the owner's expense, http://thailaws.com /law/t_laws/TCCC-book4.pdf, truy cập ngày 29/03/2018.

[9] Theo Điều 1423 Bộ luật Dân sự và Thương mại Thái Lan, quyền này của chủ sở hữu sẽ không áp dụng trong trường hợp người cho tài sản đã giữ lại cho mình quyền hưởng dụng đối với tài sản đó. Trường hợp loại trừ này là hợp lý bởi người hưởng dụng là chủ sở hữu của tài sản ban đầu nên có toàn quyền sử dụng tài sản theo ý chí của mình và lợi ích của người được cho (chủ sở hữu sau) không thể đặt cao hơn so với người đã tặng cho tài sản đó.

Section 1423*. The owner may object to any unlawful or unreasonable use of the property. If the owner proves that his rights are in peril, he may demand security from the usufructuary, except in the case of donor who has reserved to himself the usufruct of the property given.*

If the usufructuary fails to give security within a reasonable time fixed for the purpose, or if, in spite of the owner's objection he continues to make use of the property unlawfully or unreasonably, the Court may appoint a Receiver to manage the property in his stead. Upon security being given the Court may release the Receiver so appointed, http://thailaws .com/law/t_laws/TCCC-book4.pdf, truy cập ngày 29/03/2018.

người hưởng dụng trên tài sản hưởng dụng. Còn đối với quyền hưởng dụng theo luật định, cần quy định rõ các trường hợp người hưởng dụng không được phép làm, cũng như cơ chế pháp lý trong những trường hợp vi phạm đó. Việc xác định các trường hợp hạn chế quyền hưởng dụng theo luật định cũng chính là cách thức bảo vệ quyền và lợi ích của chủ sở hữu, đồng thời bảo đảm tính toàn vẹn giá trị của tài sản hưởng dụng.

Thứ tư, về thời hạn hưởng dụng

Việc thực hiện quyền hưởng dụng trong thời gian dài hay ngắn sẽ ảnh hưởng đến việc thực hiện quyền sở hữu. Do đó, Bộ luật Dân sự đã đặt ra thời hạn tối đa của quyền hưởng dụng để bảo đảm dung hòa lợi ích giữa các chủ thể đối với cùng một tài sản. Khi thời hạn đó kết thúc thì quyền hưởng dụng sẽ chấm dứt. Tuy nhiên, việc xác định thời hạn của quyền hưởng dụng đã hết trong nhiều trường hợp phù hợp với quy định của luật, nhưng không phù hợp với thực tiễn khai thác quyền hưởng dụng.

Ví dụ: A cho B quyền hưởng dụng tài sản của mình trong vòng 30 năm, B hưởng dụng được 5 năm thì cho C thuê lại quyền hưởng dụng đó trong 25 năm còn lại và C đã thanh toán toàn bộ tiền thuê quyền hưởng dụng cho B, nhưng C hưởng dụng được 5 năm thì B chết. Theo quy định thì quyền hưởng dụng của C đối với tài sản của A sẽ chấm dứt.

Theo ví dụ trên, số tiền mà C đã thanh toán cho B tương ứng với 20 năm hưởng dụng còn lại sẽ được giải quyết như thế nào là một vấn đề phức tạp. Nếu vụ việc xảy ra trên thực tế sẽ khó có phương án giải quyết phù hợp. Theo quan điểm của chúng tôi, việc giới hạn thời hạn của quyền hưởng dụng tối đa hết cuộc đời của người hưởng dụng đầu tiên là cá nhân vô hình trung đã làm thay đổi bản chất của quyền hưởng dụng, đồng thời dẫn đến những mâu thuẫn với các quy định pháp luật khác có liên quan. Có thể thấy, nếu B không chết thì việc C thực hiện quyền hưởng dụng trong thời gian 20 năm còn lại không ảnh hưởng cũng như không có sự khác biệt với trường hợp B chết và C thực hiện quyền hưởng dụng trong 20 năm còn lại. Hơn nữa, thời hạn của quyền hưởng dụng trong ví dụ này là bao nhiêu năm hoàn toàn là sự thỏa thuận của chủ sở hữu tài sản và người có quyền hưởng dụng. Do đó, nếu bản thân chủ sở hữu vẫn chấp nhận hiệu lực của quyền hưởng dụng trong thời hạn còn lại thì pháp luật cũng cần phải tôn trọng ý chí của họ. Từ những lập luận này chúng tôi cho rằng, việc giới hạn thời hạn tối đa của quyền hưởng dụng chỉ phù hợp với trường hợp các bên không có thỏa thuận và luật không có quy định. Trong trường hợp các bên có thỏa thuận hoặc luật có quy định thì phải tuân theo sự thỏa thuận hoặc quy định đó. Vì vậy, để đảm bảo nguyên tắc tự định đoạt và thoả thuận của các bên trong quan hệ dân sự, khoản 1 Điều 260 nên được sửa đổi theo hướng: *"Thời hạn của quyền hưởng dụng do các bên thỏa thuận hoặc do luật quy định. Trường hợp các bên không thỏa thuận và luật không quy định thì thời hạn hưởng dụng tối đa đến hết cuộc đời của người hưởng dụng đầu tiên nếu người hưởng dụng là cá nhân và …".*

Bên cạnh đó, quy định tại khoản 2 Điều 260: "Người hưởng dụng có quyền cho thuê quyền hưởng dụng trong thời hạn quy định tại khoản 1 Điều này", dường như đang đề cập đến một quyền của người hưởng dụng là quyền cho thuê quyền hưởng dụng chứ không chỉ đơn thuần là đề cập đến thời hạn của quyền hưởng dụng. Để tránh gây ra hiểu nhầm, khoản này cần được quy định hợp lý hơn theo hướng: *"Thời hạn mà người*

hưởng dụng cho thuê quyền hưởng dụng cũng phải phù hợp với thời hạn theo quy định tại khoản 1 điều này".

Ngoài ra, trường hợp quyền hưởng dụng được trao cùng lúc cho hai người trở lên (không phải trường hợp được cấp cho người đầu tiên sau đó người này cho người khác thực hiện quyền hưởng dụng để hưởng lợi) thì với các quy định hiện hành, việc xác định thời hạn của quyền hưởng dụng sẽ gặp ít nhiều khó khăn. Cụ thể, sẽ không thể xác định được thời hạn của quyền hưởng dụng tối đa đến hết cuộc đời của người hưởng dụng đầu tiên khi đó là hai cá nhân trở lên. Theo quan điểm của chúng tôi, trong trường hợp này, thời hạn của quyền hưởng dụng nên xác định theo cá nhân hưởng dụng sống sau cùng.

(Tiếp theo trang 38 - Thẩm phán không chuyên…)

Vì vậy, sự tham gia của hội thẩm nhân dân theo tính ngẫu nhiên có thể hỗ trợ cho thẩm phán những kiến thức chuyên môn nghiệp vụ của họ. Sự tham gia của hội thẩm nhân dân có kiến thức chuyên môn hẹp cũng giúp cho việc xác định sự thật vụ án được dễ dàng hơn. Hội thẩm sẽ giúp cho việc đưa ra phán quyết đảm bảo tính khách quan, "đúng người, đúng tội, đúng pháp luật". Mặt khác, tính đại diện ngẫu nhiên của hội thẩm sẽ giúp bảo đảm quyền làm chủ của nhân dân trong hoạt động xét xử; đưa tiếng nói từ phía xã hội vào quá trình xét xử; tăng cường mối quan hệ giữa tòa án và nhân dân; và tuyên truyền pháp luật đến cộng đồng dân chúng.

Thứ hai, về thẩm quyền của hội thẩm, như đã nói ở trên, tòa án ở Việt Nam hoạt động theo nguyên tắc tập thể và quyết định theo đa số, nghĩa là những hội thẩm có kiến thức pháp lý và kinh nghiệm xét xử bán chuyên lại có quyền tương đương với các thẩm phán chuyên nghiệp. Đây là điều rủi ro dễ dẫn đến những sai lầm trong phán quyết. Trong hai mô hình giữa Nhật Bản và Hoa Kỳ, có thể thấy, mô hình của Nhật Bản gần gũi và có nhiều nét tương đồng với Việt Nam hơn, nghĩa là hội thẩm ở cả Nhật Bản và Việt Nam đều cùng quyết định các vấn đề về định tội và định khung hình phạt. Do đó, việc học hỏi mô hình từ Nhật Bản sẽ dễ tương thích và khả thi hơn là mô hình từ Hoa Kỳ, nơi mà cấu trúc phân chia nhiệm vụ giữa thẩm phán và bồi thẩm viên hoàn toàn khác biệt giữa vấn đề xác định sự thật và vấn đề áp dụng luật.

Như vậy, nên quy định rằng, một phán quyết chỉ có thể có hiệu lực nếu có sự nhất trí của ít nhất một thẩm phán chuyên nghiệp tại phiên tòa. Điều này dẫn tới việc số lượng thành viên của phiên tòa ít nhất phải có hai thẩm phán chuyên nghiệp trong một hội đồng xét xử ngay cả ở cấp sơ thẩm thay vì một thẩm phán và hai hội thẩm như hiện nay. Quy định này vừa đảm bảo tiếng nói của nhân dân, vừa đảm bảo sự ổn định và liên tục của pháp luật.

Tóm lại, chế định nhân dân tham gia xét xử là một chế định tiến bộ và tất yếu của hầu hết các ngành tư pháp trên thế giới với nhiều ý nghĩa và vai trò trong một xã hội dân chủ. Việc hoàn thiện chế định này giúp nâng cao tính dân chủ và từng bước xóa bỏ khoảng cách giữa công lý của pháp luật và công lý của cộng đồng.

BÀN VỀ CHỦ THỂ THỰC HIỆN GIAO DỊCH CÓ NGUY CƠ PHÁT SINH TƯ LỢI TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN

Nguyễn Trung Dương*
Ngô Thị Kim Hoàng**

Tóm tắt: *Giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong các loại hình doanh nghiệp nói chung và trong công ty cổ phần nói riêng là một vấn đề khá phức tạp. Trong các giao dịch này cần nhận diện chính xác các chủ thể thực hiện hành vi; từ đó, pháp luật mới có những quy định phù hợp nhằm điều chỉnh, kiểm soát và hạn chế ảnh hưởng của các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi đối với công ty và các cổ đông của công ty. Bài viết lý giải, phân tích nội dung quy định của pháp luật hiện hành về các nhóm chủ thể trên.*

Abstract: *Transaction for personal benefits in many forms of enterprises generally and in joint stock companies specifically is a complex issue. In said transaction, there is a need to identify the exact subjects conducting such behavior; thereby, the law shall be enacted accordingly to regulate, control and minimize the effect of transactions for personal benefits towards the company and its stockholders. The paper explains and analyzes the substantive provisions of current law on said groups of subjects.*

1. Giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi và chủ thể thực hiện giao dịch có nguy cơ tư lợi trong công ty cổ phần

1.1. Giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần

Giao dịch tư lợi từ khi xuất hiện cho đến nay được nhắc đến với rất nhiều thuật ngữ khác nhau như "self-dealing"[1], "tunneling"[2] hoặc "self-interested transaction"[3]… chúng có thể bao hàm nhau nhưng không loại trừ nhau. Thuật ngữ được sử dụng chính thống và được thừa nhận rộng rãi trên thế giới hiện nay là "self-dealing". Từ điển Black's Law Dictionary định nghĩa "self-dealing" là việc tham gia vào một giao dịch vì lợi ích của chính mình thay vì lợi ích của người ủy thác[4]. Chuyên gia tài chính Ken Kernaghan và John Lanford lại định nghĩa "self-dealing" là trường hợp một người thực hiện một hành động với tư cách cá nhân mà họ có thẩm quyền quyết định và cho chính họ một lợi ích nào đó[5].

Pháp luật Việt Nam hiện hành chưa có một định nghĩa chính thức, cụ thể nào về giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi. Bộ luật Dân sự năm 2015 chỉ đưa ra quy định về "giao dịch" được hiểu đơn giản là hợp đồng hoặc hành vi pháp lý đơn phương làm

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

[1] Bryan A. Garner (West Group, 2009), Black's Law Dictionary 9th ed, ISBN 0-314-29949-7, tr. 1940.

[2] Vladimir Atanasov, Bernard Black, Conrad S. Cicotello (2011), "*Law and tunneling*", Journal of Corporation Law, Vol. 37, tr. 1-49.

[3] Lê Đình Vinh, *Kiểm soát giao dịch tư lợi trong công ty theo Luật Doanh nghiệp*, Tạp chí Luật học, số 01, năm 2004, tr. 54.

[4] Bryan A. Garner, tlđd, tr. 1940.

[5] Kernaghan Ken; Langford John (July, 1990), *The Responsible Public Servant*, Langford Halifax: The Institute for Research on Public Policy, tr. 142.

phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự[6]. Pháp luật doanh nghiệp cũng chỉ đưa ra những những quy định về hợp đồng, giao dịch giữa công ty với người có liên quan. Do đó, hiện nay vẫn chưa có một cách hiểu thống nhất về giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi, nhưng có thể nhận diện giao dịch này với đặc trưng cơ bản đó là: *Những giao dịch có khả năng gây thiệt hại về tài sản hoặc quyền lợi cho công ty do người đại diện công ty tham gia giao dịch lạm dụng vị thế của mình để thực hiện các giao dịch nhằm thu lợi cho cá nhân.*

1.2. Chủ thể thực hiện giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần

Pháp luật doanh nghiệp Việt Nam hiện hành ghi nhận bốn chủ thể thực hiện giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần tại khoản 1 Điều 162 Luật Doanh nghiệp năm 2014. Theo đó, giao dịch giữa các chủ thể này với công ty phải được Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị chấp thuận:

1.2.1. Cổ đông, người đại diện theo ủy quyền của nhóm cổ đông

Đây là nhóm chủ thể đầu tiên mà pháp luật doanh nghiệp điều chỉnh dựa trên yếu tố sở hữu. Hợp đồng, giao dịch của chủ thể này với công ty được xác định là một trong những giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi bởi họ nắm giữ tỷ lệ cổ phần phổ thông đến mức có thể chi phối việc quản lý cũng như một số hoạt động của doanh nghiệp.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 114 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu từ 10% tổng số cổ phần phổ thông trở lên trong thời hạn liên tục ít nhất 06 tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty thì bên cạnh các quyền của cổ đông nói chung còn có thêm một số quyền đặc biệt khác. Có thể đơn cử một số quyền quan trọng như sau: Quyền được đề cử người vào Hội đồng quản trị và Ban kiểm soát; quyền được xem xét và trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của Hội đồng quản trị, báo cáo tài chính giữa năm và hằng năm theo mẫu của hệ thống kế toán Việt Nam và các báo cáo của Ban kiểm soát; quyền được yêu cầu Ban kiểm soát kiểm tra từng vấn đề cụ thể liên quan đến quản lý, điều hành hoạt động của công ty khi xét thấy cần thiết.

Với những quyền đặc thù trên, các cổ đông này hoàn toàn có thể chi phối hoạt động của doanh nghiệp.

Chính vì vậy, bên cạnh việc trao cho nhóm chủ thể này các quyền đặc thù nhiều hơn nhóm cổ đông nắm giữ cổ phần phổ thông với tỷ lệ nhỏ hơn 10% thì Luật Doanh nghiệp năm 2014 cũng đặt ra những ràng buộc nhất định nhằm hạn chế tình trạng các chủ thể lợi dụng quyền để gây thiệt hại cho doanh nghiệp và các cổ đông khác. Một trong số đó là quy định giao dịch giữa công ty và các chủ thể này phải được sự đồng ý của Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị.

1.2.2. Người quản lý công ty

Nhóm chủ thể thứ hai mà Luật Doanh nghiệp điều chỉnh là người quản lý trong công ty cổ phần. Theo quy định tại khoản 18 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì người quản lý doanh nghiệp được hiểu là *"người quản lý công ty và người quản lý doanh nghiệp tư nhân, bao gồm chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng*

[6] Điều 116 Bộ luật Dân sự năm 2015.

quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân giữ chức danh quản lý khác có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty".

Có thể nói, người quản lý doanh nghiệp nói chung và trong công ty cổ phần nói riêng là chủ thể đóng vai trò hết sức quan trọng trong việc điều hành, quản lý hoạt động của công ty, là người thường xuyên, liên tục và nắm rõ nhất diễn biến, tình hình kinh doanh hằng ngày của công ty. Đặc biệt trong công ty cổ phần – loại hình doanh nghiệp hoàn toàn dựa trên cơ sở đối vốn thì người quản lý công ty càng đóng vai trò quan trọng. Thậm chí, trong nhiều trường hợp, cổ đông của công ty cổ phần chỉ quan tâm tới giá của cổ phiếu công ty trên thị trường chứng khoán tăng hay cổ tức được chia hằng năm "có lời" chứ hoàn toàn không quan tâm tới hoạt động điều hành, quản lý doanh nghiệp trên thực tế. Do đó, quyền lực của người quản lý công ty trong những trường hợp này rất lớn. Xuất phát từ việc được trao quá nhiều quyền trong quản lý công ty, chủ thể này rất dễ lợi dụng vị trí "đại diện cho doanh nghiệp" hoặc những thông tin mật có được từ vị trí này để thực hiện các giao dịch nhằm "vun vén" lợi ích cho cá nhân.

Mặc dù pháp luật doanh nghiệp đã có quy định về nghĩa vụ của người quản lý công ty như[7]: Thực hiện các quyền và nghĩa vụ được giao một cách trung thực, cẩn trọng, tốt nhất nhằm bảo đảm lợi ích hợp pháp tối đa của công ty; trung thành với lợi ích của công ty và cổ đông; không sử dụng thông tin, bí quyết, cơ hội kinh doanh của công ty, địa vị, chức vụ và sử dụng tài sản của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác. Tuy nhiên, trên thực tế, xu hướng lợi dụng chức vụ quản lý hay những thông tin có được từ vị trí này để thực hiện các hành vi trục lợi cá nhân rất phổ biến. Trong tác phẩm Của cải của các dân tộc (The Wealth of Nations), nhà kinh tế học nổi tiếng Adam Smith đã cho rằng, với đặc tính của công việc quản lý, các cổ đông không nên kỳ vọng và tin tưởng rằng người quản lý công ty sẽ hành động như họ muốn, bởi lẽ người quản lý công ty luôn có xu hướng thiếu siêng năng, mẫn cán và lợi dụng vị trí của mình để tìm kiếm lợi ích cá nhân cho chính họ hơn là cho các cổ đông và công ty[8]. Hay nói cách khác, với vị trí của mình, người quản lý công ty được cho là luôn có xu hướng tư lợi.

Do đó, bên cạnh việc các cổ đông cần chủ động, thường xuyên giám sát hoạt động của người quản lý công ty nhằm đảm bảo lợi ích của mình, cần phải sử dụng các cơ chế thích hợp để hạn chế sự phân hóa lợi ích giữa cổ đông và người quản lý công ty bằng cách: (i) Thiết lập những cơ chế đãi ngộ (compensation mechanisms) thích hợp cho các nhà quản trị và (ii) Thiết lập cơ chế giám sát (supervisory mechanisms) hiệu quả để hạn chế những hành vi không bình thường, tư lợi của người quản lý công ty[9]. Luật Doanh nghiệp cũng "đóng góp" thêm một cơ chế nhằm giảm thiểu nguy cơ phát sinh tư lợi từ các chủ thể quản lý khi quy định giao dịch giữa công ty cổ phần với chủ thể quản lý của chính công ty đó phải được sự đồng ý và chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị.

[7] Điều 160 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

[8] Adam Smith, *The Wealth of Nations*, 1776, Nxb. Metalibri, tr. 800.

[9] Bùi Xuân Hải, *Học thuyết về đại diện và mấy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4 (41), năm 2007.

1.2.3. Doanh nghiệp liên quan và người có liên quan của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông và người quản lý

Nhóm chủ thể cuối cùng mà khoản 1 Điều 162 điều chỉnh là các chủ thể có liên quan của hai nhóm chủ thể kể trên: Cá nhân có liên quan hoặc doanh nghiệp có liên quan. Các chủ thể này có thể được nhận diện như sau:

Thứ nhất, xác định tư cách người có liên quan: Theo định nghĩa tại khoản 17 Điều 4 của Luật Doanh nghiệp năm 2014 thì người có liên quan là tổ chức, cá nhân có quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với doanh nghiệp trong một số trường hợp nhất định. Trong đó, hai nhóm chủ thể có liên quan gắn với hai nhóm chủ thể đã đề cập ở trên. *Cá nhân có liên quan* có thể hiểu bao gồm: Vợ, chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty hoặc của thành viên, cổ đông sở hữu phần vốn góp hay cổ phần chi phối[10]. *Doanh nghiệp có liên quan* có thể hiểu là: Doanh nghiệp trong đó những người, công ty quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e và h khoản này sở hữu đến mức chi phối việc ra quyết định của các cơ quan quản lý ở doanh nghiệp đó[11].

Tựu trung lại trong trường hợp này, người có liên quan của các chủ thể là cổ đông, người đại diện cổ đông sở hữu từ 10% cổ phần phổ thông trở lên và người quản lý của công ty có thể hiểu là các cá nhân, tổ chức có mối liên hệ với hai chủ thể này, có thể bị hai chủ thể này chi phối để cùng thực hiện giao dịch gây thiệt hại cho công ty.

Xét trong mối quan hệ với công ty thì nếu như hai nhóm chủ thể: (i) Cổ đông, người đại diện cổ đông sở hữu từ 10% cổ phần phổ thông trở lên và (ii) Người quản lý của công ty có mối quan hệ trực tiếp với công ty thông qua quyền sở hữu và quyền điều hành thì nhóm chủ thể thứ ba này lại được xác định có mối quan hệ gián tiếp trong mối quan hệ với công ty thông qua hai nhóm chủ thể còn lại. Hay nói cách khác đối với hai nhóm chủ thể trên, việc thực hiện các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi là trực tiếp còn đối với người có liên quan thì việc thực hiện các giao dịch này là gián tiếp.

Thứ hai, sự cần thiết phải điều chỉnh đối với người có liên quan: Xuất phát từ chính mối quan hệ giữa người có liên quan với các chủ thể là người quản lý công ty hoặc cổ đông nắm giữ tỷ lệ cổ phần chi phối, người có liên quan có thể biết được các thông tin nội bộ, tình hình tài chính, các mối quan hệ làm ăn của công ty, lợi dụng các thông tin trên để thực hiện các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi, gây thiệt hại cho công ty. Trong thực tế, việc công ty ký kết các hợp đồng, giao dịch với "người nhà" hoặc "công ty nhà" của Giám đốc hoặc Tổng giám đốc nhằm mục đích trục lợi diễn ra khá nhiều. Để hạn chế tình trạng đó, pháp luật đã đưa loại giao dịch này vào nhóm cần kiểm soát – tức cần phải được sự thông qua của Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị.

2. Thực trạng quy định về chủ thể thực hiện giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần và giải pháp hoàn thiện

2.1. Xác định "người có liên quan"

[10] Điểm đ khoản 17 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

[11] Điểm g khoản 17 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

Để hạn chế tối đa các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi nói chung cũng như trong công ty cổ phần nói riêng, cần kết hợp kiểm soát nội bộ công ty và dựa vào pháp luật doanh nghiệp. Theo pháp luật doanh nghiệp, điểm mấu chốt để điều chỉnh được loại giao dịch này là phải làm rõ khái niệm "người có liên quan".

Tuy nhiên, thực tế hiện nay cho thấy việc nhận diện người có liên quan trong các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi là một vấn đề khá phức tạp. Không chỉ riêng đối với pháp luật thực định của Việt Nam mà pháp luật của các quốc gia trên thế giới cũng không đưa ra khái niệm về người có liên quan. Khoản 34 Điều 6 Luật Chứng khoán năm 2006 đưa ra định nghĩa về người có liên quan là: "Cá nhân hoặc tổ chức có quan hệ với nhau" trong một số trường hợp cụ thể. Có thể nhận thấy, quy định này khá chung chung và nhiều trường hợp còn gây khó khăn trong việc xác định người có liên quan trên thực tế. Theo chuẩn mực kế toán quốc tế số 24 (IAS 24), một bên được coi là người có liên quan nếu nắm quyền kiểm soát hoặc có ảnh hưởng đáng kể hoặc có quyền đồng kiểm soát trong việc đưa ra các quyết định về tài chính và hoạt động của công ty[12]. Nguyên tắc quản trị của Tổ chức hợp tác và phát triển kinh tế (OECD) đã có cách tiếp cận tương tự khi cho rằng, bên có liên quan bao gồm các chủ thể có thể kiểm soát hoặc chịu sự kiểm soát chung, thành viên ban giám đốc, cổ đông lớn, thành viên gia đình của họ và những người nắm giữ vị trí quản lý chủ chốt[13].

Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định về chủ thể "người có liên quan" chưa thực sự rõ ràng cả về mặt câu chữ lẫn nội hàm của khái niệm. Cụ thể, có sự không thống nhất giữa định nghĩa tại khoản 17 Điều 4 và Điều 162 Luật này.

Khoản 17 Điều 4 Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: "Người có liên quan được hiểu là tổ chức, cá nhân có quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp với doanh nghiệp trong các trường hợp sau đây:

a) Công ty mẹ, người quản lý công ty mẹ và người có thẩm quyền bổ nhiệm người quản lý đó đối với công ty con trong nhóm công ty;

b) Công ty con đối với công ty mẹ trong nhóm công ty;

c) Người hoặc nhóm người có khả năng chi phối việc ra quyết định, hoạt động của doanh nghiệp đó thông qua cơ quan quản lý doanh nghiệp;

d) Người quản lý doanh nghiệp;

đ) Vợ, chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột, anh rể, em rể, chị dâu, em dâu của người quản lý công ty hoặc của thành viên, cổ đông sở hữu phần vốn góp hay cổ phần chi phối;

e) Cá nhân được ủy quyền đại diện cho những người, công ty quy định tại các điểm a, b, c, d và đ khoản này;

g) Doanh nghiệp trong đó những người, công ty quy định tại các điểm a, b, c, d, đ, e và h khoản này có sở hữu đến mức chi phối việc ra quyết định của các cơ quan quản lý ở doanh nghiệp đó;

h) Nhóm người thỏa thuận cùng phối hợp để thâu tóm phần vốn góp, cổ phần hoặc lợi ích ở công ty hoặc để chi phối việc ra quyết định của công ty".

[12] IAS 24 – International Accounting Standard 24, *Related Party Disclosures*, 2010, tr. 1.
[13] IFC – Tổ chức tài chính quốc tế tại Việt Nam, *Các nguyên tắc quản trị công ty của OECD*, 2010, tr. 55.

Theo đó, người có liên quan trong trường hợp này được hiểu là các tổ chức, cá nhân có quan hệ trực tiếp hoặc gián tiếp *"với doanh nghiệp"*.

Khoản 1 Điều 162 quy định về hợp đồng, giao dịch giữa công ty cổ phần với các đối tượng phải được Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị chấp thuận, trong đó có hai trường hợp:

"a) Cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty và những người có liên quan của họ;

b) Thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và người có liên quan của họ;"

Ở quy định này, người có liên quan lại được hiểu là các cá nhân có quan hệ với *"cổ đông, người đại diện ủy quyền của cổ đông sở hữu trên 10% tổng số cổ phần phổ thông của công ty"* và *"thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc"*.

Như vậy, một vấn đề đặt ra là người có liên quan của các chủ thể được quy định tại điểm a, b khoản 1 Điều 162 là những chủ thể nào? Có đồng nhất với định nghĩa về người có liên quan được nêu tại khoản 17 Điều 4 Luật Doanh nghiệp hay không? Khi áp dụng quy định tại Điều 162 thì có thể dẫn chiếu tới định nghĩa người có liên quan được nêu tại khoản 17 Điều 4 hay không? Và nếu có thì việc dẫn chiếu này có hợp lý hay không? Theo quan điểm của nhóm tác giả thì không thể đồng nhất khái niệm người có liên quan theo quy định của hai điều luật này. Bởi lẽ:

Thứ nhất, về mặt câu chữ: Quy định tại khoản 17 Điều 4 đề cập đến người có liên quan *của doanh nghiệp*, còn quy định tại điểm a, b khoản 1 Điều 162 đề cập đến người có liên quan của các chủ thể được nêu tại hai điểm này.

Thứ hai, về mặt nội hàm khái niệm: Nếu nhìn từ góc độ *người có liên quan của doanh nghiệp* quy định tại khoản 17 Điều 4 và quy định tại Điều 162 thì Điều 162 sẽ có phạm vi rộng hơn nội hàm tại điểm đ khoản 17 Điều 4 nói trên; có thể bao gồm các đối tượng khác như con rể, con dâu, cháu nội,… Những đối tượng này trên thực tế hoàn toàn có thể được coi là người có liên quan của người quản lý công ty hoặc cổ đông sở hữu cổ phần với tỷ lệ có thể chi phối trong công ty cổ phần.

Như vậy, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã có sự nhập nhằng trong cách hiểu về khái niệm "người có liên quan". Điều này ở một khía cạnh nào đó đã khiến cho những biện pháp kiểm soát giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong công ty cổ phần thông qua việc công khai, minh bạch thông tin; thông qua của Đại hội đồng cổ đông đối với giao dịch,… trở nên không còn ý nghĩa. Bên cạnh đó, một số đối tượng là người quản lý công ty hoặc cổ đông sở hữu cổ phần chi phối đã lợi dụng sự nhập nhằng này để "lách luật" trên thực tế. Ví dụ, luật quy định các giao dịch của công ty với vợ, chồng, con đẻ,… của người quản lý công ty cần phải được sự chấp thuận của Đại hội đồng cổ đông hoặc Hội đồng quản trị thì các chủ thể này có thể lách luật bằng cách thực hiện các giao dịch với những chủ thể khác mà luật không quy định như con dâu, con rể của mình. Về mặt bản chất, các giao dịch này cũng tiềm ẩn các nguy cơ phát sinh tư lợi, nhưng vì luật không ghi nhận các chủ thể nói trên nên không có cơ sở để điều chỉnh.

Từ những phân tích trên, thiết nghĩ pháp luật doanh nghiệp nên quy định về người có liên quan trong giao dịch với công ty theo hướng mềm dẻo hơn để có thể bao quát hết các chủ thể thực hiện giao dịch có

nguy cơ phát sinh tư lợi. Có thể tham khảo quan điểm: "Nêu được nguyên tắc chung hơn là liệt kê các cá nhân, thể nhân có liên quan"[14]; bởi lẽ, "khái niệm người có liên quan phải có nội hàm đủ rộng để có thể bao gồm các loại giao dịch tiềm ẩn khả năng hiện hữu lợi dụng giao dịch"[15]. Pháp luật doanh nghiệp có thể nhận diện người có liên quan như sau: "Người có liên quan là cá nhân hoặc tổ chức là một bên trong giao dịch với công ty, có thể chi phối đến việc xác lập giao dịch một cách trực tiếp hoặc gián tiếp và có khả năng lợi dụng giao dịch để tư lợi cho mình"[16]. Theo đó, khi xem xét tới chủ thể là người có liên quan trong giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi nói chung và trong công ty cổ phần nói riêng cần tập trung vào hai yếu tố: (i) Sự xung đột lợi ích khi tham gia vào giao dịch – tức là chủ thể này vừa mong muốn "thu vén" lợi ích cho mình, vừa mong muốn tối đa hóa lợi ích của công ty mà anh ta được "ủy quyền" bảo vệ và (ii) Khả năng lợi dụng giao dịch này để thu lợi ích cho cá nhân, đồng nghĩa với việc gây thiệt hại cho công ty.

2.2. Phạm vi người có liên quan trong giao dịch với doanh nghiệp

Như đã trình bày ở phần trên, việc xác định người có liên quan trong giao dịch với doanh nghiệp có ý nghĩa hết sức quan trọng trong việc xác định một giao dịch có phải là giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi hay không. Điều 162 có đề cập đến các chủ thể thực hiện giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi, tuy nhiên theo quan điểm của nhóm tác giả thì quy định tại Điều 162 là chưa đầy đủ và chưa bao quát hết các đối tượng có thể thực hiện hành vi này.

Thứ nhất, về đối tượng là chủ sở hữu nắm giữ từ 10% cổ phần phổ thông của công ty trở lên. Con số 10% số lượng cổ phần phổ thông của công ty liên quan đến quyền chi phối một số hoạt động nhất định của công ty. Tuy nhiên, con số 10% mang tính chất tương đối và có thể chỉ đúng với các công ty cổ phần có quy mô nhỏ đến vừa. Bởi lẽ, đối với các công ty cổ phần có quy mô cổ đông lớn hoặc siêu lớn mà chúng ta vẫn thường gọi là công ty đại chúng, công ty niêm yết thì việc cổ đông sở hữu một tỷ lệ cổ phần nhỏ hơn 10% vẫn có thể được xem là một cổ đông lớn và có quyền chi phối tới các quyết định và hoạt động của công ty. Do đó, thiết nghĩ luật nên quy định theo hướng linh hoạt hơn về tỷ lệ sở hữu cổ phần có thể chi phối của các cổ đông để bao quát hết các trường hợp lợi dụng vị thế chi phối này để thực hiện các giao dịch nhằm mục đích tư lợi cho cá nhân.

Thứ hai, về đối tượng là chủ thể quản lý, điều hành công ty. Điểm b khoản 1 Điều 162 Luật Doanh nghiệp năm 2014 chỉ giới hạn các chủ thể quản lý công ty bao gồm: Thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc. Trong khi đó người quản lý công ty trên thực tế còn có thể là nhiều chủ thể khác theo quy định của Luật Doanh nghiệp và của điều lệ công ty. Khoản 18 Điều 4 định nghĩa về người quản lý của doanh nghiệp có nội hàm rộng hơn rất nhiều so với Điều 162. Cụ thể, theo khoản 18 Điều 4 thì người quản lý doanh nghiệp được hiểu là: "*Người quản lý công ty và người*

[14] Joseph A. Mc Cahery and Erik P.M Vermuelen, *Corporate Governance Crises and Related Party Transactions: A Post – Parmalat Agenda*, Oxford University, 2005, tr. 150.

[15] OECD - Organisation For Economic Co-Operation And Development, *Methodology For Assessing The Implementation Of The Oecd Principles Of Corporate Governance*, 2007, tr. 89.

[16] Nguyễn Thị Vân Anh, *Nhận diện người có liên quan và giao dịch giữa công ty với người có liên quan*, Tạp chí Luật học, số 12, năm 2013, tr. 3.

quản lý doanh nghiệp tư nhân, bao gồm chủ doanh nghiệp tư nhân, thành viên hợp danh, Chủ tịch Hội đồng thành viên, thành viên Hội đồng thành viên, Chủ tịch công ty, Chủ tịch Hội đồng quản trị, thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc và cá nhân giữ chức danh quản lý khác có thẩm quyền nhân danh công ty ký kết giao dịch của công ty theo quy định tại Điều lệ công ty".

Như vậy, điểm b khoản 1 Điều 162 vô hình trung đã giới hạn giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi của đối tượng là người quản lý với doanh nghiệp chỉ áp dụng đối với ba chủ thể là thành viên Hội đồng quản trị, Giám đốc hoặc Tổng giám đốc mà bỏ qua giao dịch của các chủ thể quản lý khác với công ty. Trong khi các giao dịch này về bản chất hoàn toàn tương đồng nhau về nguy cơ phát sinh tư lợi. Họ đều là những người quản lý, điều hành công ty nên ít nhiều vẫn có được những thông tin hoặc cơ hội để thực hiện các hành vi với mục đích tư lợi cá nhân. Vậy tại sao Luật Doanh nghiệp năm 2014 lại bỏ qua những người quản lý công ty khác?

Đạo luật công ty của Ấn Độ năm 2013 định nghĩa về bên liên quan (*related party*) bao gồm rất nhiều chủ thể khác nhau. Riêng đối với chủ thể là người quản lý công ty thì không chỉ dừng lại ở việc quy định về Giám đốc hay Tổng giám đốc mà còn là "người quản lý chủ chốt" (*a key managerial personnel*)[17]. Theo đó, người có liên quan trong giao dịch với công ty có thể là những người quản lý chủ chốt khác bên cạnh Giám đốc hoặc Tổng giám đốc.

Ngoài ra, pháp luật Ấn Độ còn thừa nhận sự tồn tại của một số chủ thể khác cũng có thể thực hiện các giao dịch phát sinh tư lợi. Cụ thể là: *Bất kỳ ai đưa ra lời khuyên, hướng dẫn mà Giám đốc hoặc người quản lý của công ty thường có xu hướng, thói quen nghe theo để quyết định các vấn đề; trừ trường hợp người đưa ra lời khuyên đó có chức năng đưa ra lời khuyên chuyên môn*[18]. Do đó, thiết nghĩ Luật Doanh nghiệp cũng nên ghi nhận thêm các chủ thể khác mà trên thực tế gián tiếp hoặc trực tiếp có thể thực hiện các giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi như trong quy định của pháp luật Ấn Độ.

Kết luận

Việc điều chỉnh những giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi trong các loại hình doanh nghiệp nói chung và trong công ty cổ phần nói riêng là thực sự cần thiết nhằm hạn chế tối đa thiệt hại cho công ty; đồng thời cũng chính là một biện pháp nhằm bảo vệ quyền lợi của các cổ đông, đặc biệt là các cổ đông thiểu số. Vấn đề quan trọng nhất của việc xác định các giao dịch này chính là việc nhận diện được các chủ thể là người có liên quan trong mối quan hệ với công ty. Đó có thể là cổ đông nắm quyền chi phối - trong mối quan hệ sở hữu; là Giám đốc, Tổng giám đốc, thành viên Hội đồng quản trị - trong mối quan hệ quản lý, điều hành; hay các đối tượng là người có liên quan của các chủ thể này. Tất cả các nội dung này cần phải được quy định một cách rõ ràng và cụ thể để áp dụng và triển khai trên thực tế.

[17] The Companies Act 2013 of India, Chapter I – preliminary, Article 2 – Definitions, section 76 – "related party".

[18] The Companies Act 2013 of India, Chapter I – preliminary, Article 2 – Definitions, section 76 – "related party": "Any person on whose advice, directions or instructions a director or manager is accustomed to act: Provided that nothing in sub-clauses (vi) and (vii) shall apply to the advice, directions or instructions given in a professional capacity".

VÙNG NHẬN DIỆN PHÒNG KHÔNG VÀ THỰC TIỄN THIẾT LẬP CỦA HÀN QUỐC

Trần Thị Thu Thủy*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích khái niệm, các đặc điểm của Vùng nhận diện phòng không, so sánh Vùng nhận diện phòng không với Vùng thông báo bay. Trên cơ sở đó, phân tích các vấn đề pháp lý liên quan đến Vùng nhận diện phòng không của Hàn Quốc và đưa ra một số nhận xét.*

Abstract: *The paper analyzes the definition and features of Air Defense Identification Zone, and puts it in comparison with Flight Information Regions. On that basis, it analyzes legal aspects relating to the Air Defense Identification Zone of South Korea and makes several observations.*

1. Khái quát chung về Vùng nhận diện phòng không

1.1. Khái niệm Vùng nhận diện phòng không

Vùng nhận diện phòng không (Air Defense Identification Zone – ADIZ) là vùng nằm ngoài không phận đương nhiên của một quốc gia và được quốc gia đó thiết lập thông qua một tuyên bố đơn phương dựa trên yêu cầu về bảo đảm an ninh hoặc các lợi ích khác của quốc gia thiết lập.

Được đánh giá là một "sản phẩm" của chiến tranh lạnh, ban đầu ADIZ được vận hành để tạo điều kiện cho việc nhận dạng sớm máy bay và giảm tần suất cũng như các nguy cơ hiện hữu của sự ngăn chặn không vận[1]. Cho tới nay, nhiều quốc gia đơn phương thiết lập và thực hiện ADIZ như một phần của hệ thống cảnh báo sớm an ninh quốc gia. Hoa Kỳ là quốc gia đầu tiên thiết lập ADIZ trên khu vực biển quốc tế vào năm 1950 nhằm phản ứng đối với những căng thẳng chiến tranh lạnh (tháng 9/1950, Nghị viện Hoa Kỳ sửa đổi Đạo luật Hàng không dân dụng năm 1938, cho phép quy định về an ninh liên quan đến phương tiện bay dân sự khi Tổng thống xác định đó là hành động bắt buộc vì an ninh quốc gia)[2]. Hoa Kỳ đã đưa ra cách hiểu về AIDZ như sau: *"Vùng nhận diện phòng không (ADIZ) là khu vực không phận bao trùm lên vùng đất hoặc vùng nước, trong đó việc xác định vị trí và kiểm soát tất cả các máy bay (trừ máy bay Bộ Quốc phòng và máy bay thực thi pháp luật) là cần thiết vì lợi ích an ninh quốc gia"*[3]. Đây cũng là tiền lệ để sau đó Canada, Nhật Bản, Đài Loan, Hàn Quốc và Iceland… thiết lập ADIZ. Tuy nhiên, sau

---

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

[1] Joëlle Charbonneau, Katie Heelis and Jinelle Piereder, *Putting Air Defense Identification Zones on the Radar*, Policy Brief – CIGI Graduate Fellows Series, No.1, June 2015, trang 2, https://www.cigionline.org/sites/default/files/graduate_fellows_pb_no.1.pdf, truy cập ngày 23/2/2018.

[2] Elizabeth Cuadra, *"Air Defense Identification Zones: Creeping Jurisdiction in the Airspace"*, Virginia Journal of International Law (1977), Vol 18, tr. 492.

[3] Handar Subhandi Bakhtiar, Nur Akifah Djanur, Muhammad Ashri, Marcel Hendrapati, *Air Defense Identification Zone (ADIZ) in International Law Perpective*, Journal of Law, Policy and Globalization, Vol.56, 2016, tr. 16-23, https://www.researchgate.net/publication/312630871_Air_Defence_Identification_Zone_ADIZ_in_International_Law_Perspective, truy cập ngày 23/2/2018.

khi chiến tranh lạnh kết thúc, một số quốc gia như Iceland, Na Uy đã tuyên bố dỡ bỏ AIDZ. Tính đến nay có khoảng 20 quốc gia thiết lập thành công các vùng nhận diện phòng không là: Hoa Kỳ[4], Nga, Canada, Nhật Bản, Hàn Quốc, Anh…

Tại châu Á, ADIZ của Nhật Bản được Hoa Kỳ thiết lập trong thời gian quân đội nước này chiếm đóng quần đảo Ryukyu sau Thế chiến thứ hai. Ngày 31/9/1969, Hoa Kỳ chuyển giao quản lý ADIZ của Nhật Bản cho Chính phủ Nhật Bản. Nhật Bản mở rộng vùng này hai lần vào năm 1972 và 2010[5]. Tương tự, ADIZ ở Hàn Quốc được thành lập bởi Hoa Kỳ vào năm 1951 trong chiến tranh Triều Tiên và được mở rộng vào năm 2013. ADIZ cũng đã được tuyên bố bởi Philippines, Malaysia, Ấn Độ, Việt Nam, Myanmar và Đài Loan trong thời kỳ chiến tranh lạnh[6]. Gần đây nhất, Trung Quốc đã thiết lập ADIZ của mình trên Biển Hoa Đông thông qua tuyên bố của Bộ trưởng Bộ Quốc phòng Thường Vạn Toàn vào ngày 23/11/2013[7].

Theo quy định tại Điều 1.1 Chương 1 Phụ lục XV Công ước về hàng không dân dụng, ký ngày 07/12/1944 (Công ước Chicago năm 1944), ADIZ được hiểu là *"khoảng không phận đặc biệt được thiết lập với phạm vi nhất định, tại đó yêu cầu các phương tiện bay buộc phải tuân thủ theo phương thức nhận dạng đặc biệt và/hoặc các thủ tục báo cáo mang tính bổ sung cho bên liên quan cung cấp dịch vụ không lưu"*[8]. Mục đích của các ADIZ là *"xác định đúng tất cả các máy bay tiếp cận khu vực để đảm bảo an toàn trước khi bay vào không phận quốc gia. ADIZ thường được thiết lập bởi các quốc gia ven biển. Xuất phát từ đặc thù, các máy bay chuyển động nhanh, có thể đạt tốc độ vượt quá 500 hải lý, dẫn tới yêu cầu thiết lập phạm vi ADIZ rộng lớn cần thiết để đảm bảo thời gian phản ứng của các quốc gia. ADIZ thường có phạm vi rộng lớn vượt ra ngoài ranh giới lãnh thổ quốc gia nhằm bảo đảm đủ thời gian đáp ứng yêu cầu an ninh trên không"*[9].

---

[4] Hoa Kỳ là quốc gia đầu tiên thiết lập ADIZ vào năm 1950 nhằm đối phó với việc Liên Xô thực hiện các chuyến bay tuần tra bằng máy bay ném bom chiến lược gần không phận của Hoa Kỳ. Giai đoạn những năm 1950 (sau thế chiến) là một giai đoạn phức tạp, cả về chính trị và quân sự. Tư tưởng chính trị đối lập nhau của các quốc gia sau thế chiến cũng như việc không ngừng nâng cấp, cải tiến công nghệ quân sự khiến cho các quốc gia đứng trước các nguy cơ không thể lường trước được. Hơn nữa, sau vụ khủng bố ngày 11/9/2001, cùng với các nguy cơ an ninh mới, Hoa Kỳ tiếp tục tăng cường thiết lập ADIZ trên thực tế. Hiện nay, hệ thống ADIZ của Hoa Kỳ bao gồm 5 khu vực nhỏ: ADIZ Bờ Đông, ADIZ Bờ Tây, ADIZ Alaska, ADIZ Hawaii, ADIZ Guam. Tiếp nối sau Hoa Kỳ, Canada cũng thiết lập vùng ADIZ của mình vào năm 1951 với mục đích tương tự.

[5] Bộ Ngoại giao Nhật Bản, *Hội nghị báo chí, sửa đổi Khu vực nhận diện phòng không (ADIZ)* http://www.mofa.go.jp/announce/fm_press/2010/6/0625_01.html, truy cập ngày 23/2/2018.

[6] Elizabeth Cuadra, tlđd, tr. 495.

[7] Chico Harian, *China creates new air defense zone in East China sea amid dispute with Japan,* https://www.washingtonpost.com/world/china-creates-new-air-defense-zone-in-east-china-sea-amid-dispute-with-japan/2013/11/23/c415f1a8-5416-11e3-9ee6-2580086d8254story.html?noredirect=on&utm_term=.de83deedb99a, truy cập ngày 3/5/2018.

[8] Phụ lục XV Công ước Chicago. Xem toàn văn tại: https://www.icao.int/safety/ais-aimsg/AISAIM%20Meeting%20MetaData/AIS-AIMSG%2012/Study%20Notes/SN%203%20Appendix%20A%20-%20New%20Annex%2015%20(consolidated%20draft).pdf, truy cập ngày 6/4/2018.

[9] Ian E. Rinehart and Bart Elias, *China's Air Defense Identification Zone (ADIZ)* (CRS Report No. R43894) (Washington, DC: Congressional Research Service, 2015), tr. 2, https://china.usc.edu/sites/default/files/article/attachments/crs-2015-china-air-defense-identification-zone.pdf, truy cập ngày 23/2/2018.

Trên cơ sở nghiên cứu định nghĩa trên, kết hợp với bối cảnh lịch sử hình thành cũng như thực tiễn thiết lập ADIZ của các quốc gia, có thể rút ra một số điểm quan trọng về ADIZ như sau:

Thứ nhất, về mục đích thiết lập ADIZ: ADIZ được thiết lập như là một vùng đệm để nhận diện các phương tiện bay nước ngoài trước khi bay vào không phận quốc gia; do đó, mục đích thiết lập ADIZ là cung cấp các biện pháp phòng ngừa để bảo vệ chủ quyền lãnh thổ đối với không phận quốc gia cũng như bảo đảm quốc phòng, an ninh của quốc gia đó. Trên thực tế, lịch sử thiết lập ADIZ của các quốc gia cho thấy, việc thiết lập này là cần thiết nhằm kiểm soát những nguy cơ gây hại có thể xuất hiện từ các phương tiện bay nước ngoài trước khi bay vào không phận quốc gia. Hay nói cách khác, các quốc gia thường thiết lập ADIZ để nhận diện các phương tiện bay đang có xu hướng tiến vào không phận của mình, tạo điều kiện xác định liệu các phương tiện bay này có tạo nguy cơ ảnh hưởng/đe doạ đến an ninh quốc gia hay không.

***Thứ hai, về đối tượng áp dụng*:** Các quốc gia có những quy định khác nhau về đối tượng áp dụng trong ADIZ, có thể nhận thấy điều này thông qua thực tiễn của Hoa Kỳ và Canada – hai quốc gia đầu tiên thiết lập ADIZ. Hoa Kỳ xác định các phương tiện bay chỉ phải tuân thủ các quy định của ADIZ khi bay vào/bay ra hoặc xuất phát từ/rời khỏi lãnh thổ Hoa Kỳ hoặc vùng trời quốc gia[10]. Hay nói cách khác, nghĩa vụ tuân thủ các quy định về nhận diện trong ADIZ chỉ đặt ra cho các phương tiện bay có ý định bay vào hoặc hoạt động trong không phận quốc gia của Hoa Kỳ. Trong khi đó, Canada yêu cầu tất cả các phương tiện bay hoạt động trong ADIZ của nước này, kể cả máy bay không có ý định thực hiện các hoạt động hàng không trong vùng trời Canada, đều phải tuân thủ các quy định về nhận diện do Canada đặt ra[11]. Quy định của Canada cũng được áp dụng tương tự trong ADIZ được Trung Quốc thiết lập tại Biển Hoa Đông[12].

Ngoài ra, các quốc gia có thể giới hạn đối tượng áp dụng bằng cách quy định loại trừ phương tiện bay không phải tuân thủ khi hoạt động trong ADIZ (phương tiện bay quân sự hay phương tiện bay dân sự).

Thứ ba, về vị trí và phạm vi thiết lập: AIDZ có thể được thiết lập trong phạm vi không phận quốc gia hoặc bao trùm lên một phần không phận quốc tế tiếp liền với không phận quốc gia. Do đó, các ADIZ thường được thiết lập bởi các quốc gia ven biển. Thực tiễn từ năm 1950 đến nay cho thấy, chưa có một quốc gia không có biển nào từng tuyên bố ADIZ[13]. Trong số khoảng 20 quốc gia đã thiết lập ADIZ, mỗi quốc gia đều có những quy định cụ thể, riêng biệt về phạm vi nhưng phần lớn các ADIZ thường

[10] Điều 14, Phần 9 Luật các quy định Liên bang của Hoa Kỳ.

[11] Bộ Giao thông Canada, Thông báo tới phi công (Notice to Airmen – NOTAM) số 22/55, Quy định về kiểm soát an ninh với phương tiện bay, đoạn 53.
Xem thêm: Elizabeth Cuadra, tlđd, tr. 494.

[12] Ngày 23/11/2013, Chính phủ nước Cộng hoà nhân dân Trung Hoa (Trung Quốc) tuyên bố thiết lập Vùng nhận diện phòng không trên Biển Hoa Đông (ECS ADIZ) đồng thời đưa ra các quy tắc nhận dạng với các phương tiện bay trong khu vực này (Aircraft Identification Rules for the East China Sea Air Defense Identification Zone), theo đó, quy tắc đầu tiên là mọi phương tiện bay hoạt động trong ECS ADIZ phải tuân thủ các quy định về nhận dạng (không phân biệt phương tiện bay đó có vào/không vào không phận của Trung Quốc).
Xem thêm: Ian E. Rinehart and Bart Elias, tlđd, tr. 40.

[13] Yinan Bao, *Reflections on the Establishment of the Chinese Air Identification Zone*, IALS Student Law Review, Volume 1, Issue 2, Spring 2014, tr. 4-9, http://sas-space.sas.ac.uk/5613/1/2085-3030-1-SM.pdf, truy cập ngày 6/4/2018.

bao trùm lên một phần vùng trời quốc tế. Tuy nhiên, do chủ quyền của các quốc gia không được mở rộng ra vùng trời quốc tế nên về nguyên tắc, mặc dù các quốc gia có thể viện dẫn quy định tại Điều 11 Công ước Chicago năm 1944 về việc ban hành và áp dụng các quy định pháp luật của mình đối với phương tiện bay hoạt động trong vùng trời quốc gia để làm cơ sở pháp lý cho việc thiết lập các AIDZ, nhưng các quy tắc về nhận diện trong ADIZ (vốn là các quy định đơn phương của quốc gia thiết lập) không nhằm mục đích mở rộng chủ quyền quốc gia ra vùng trời quốc tế mà hướng đến mục đích bảo đảm an toàn an ninh quốc gia. Do đó, quốc gia thiết lập ADIZ ở vùng trời quốc tế (nơi tồn tại quyền tự do hàng không) không có quyền yêu cầu nhận diện và áp đặt các biện pháp ngăn chặn đối với phương tiện bay chỉ bay qua mà không vào vùng trời của các quốc gia này[14].

Thứ tư, về các thủ tục áp dụng đối với các phương tiện bay hoạt động trong ADIZ: Có thể nói, các ADIZ do các quốc gia khác nhau thiết lập sẽ có các quy định khác nhau. Tuy vậy, các ADIZ thường yêu cầu phương tiện bay phải tuân thủ một số quy định cụ thể như: Nộp kế hoạch bay cho các cơ quan quản lý hàng không thích hợp[15], thường xuyên báo cáo vị trí hoạt động, duy trì trạng thái báo cáo hai chiều, có dấu hiệu nhận biết quốc tịch của phương tiện bay, phải tuân thủ hành lang bay do nước đó quy định… Nếu máy bay nào không tuân thủ các yêu cầu của quốc gia thiết lập ADIZ thì có thể phải chịu sự can thiệp nhất định từ phía các quốc gia này như: Hạ độ cao, tiếp đất càng sớm càng tốt tại sân bay thích hợp, bị bay chặn…

Thứ năm, về thời gian có hiệu lực của ADIZ: Một số quốc gia quy định việc thành lập ADIZ trong văn bản pháp luật hoặc thông qua các tuyên bố chính thức, đồng thời việc ADIZ được áp dụng vô thời hạn cho đến khi bị huỷ bỏ chính thức. Tuy nhiên, cũng có trường hợp ADIZ được áp dụng trong một khoảng thời gian giới hạn vì yêu cầu an ninh cụ thể tại thời điểm đó[16].

Một câu hỏi đặt ra rằng: Việc thiết lập ADIZ có hợp pháp hay không? Cho đến nay, Luật quốc tế chưa có những quy định cụ thể làm cơ sở pháp lý chính thức cho việc thiết lập ADIZ. Phụ lục XV của Công ước Chicago năm 1944 chỉ đưa ra định nghĩa ADIZ chứ không có thêm bất kỳ quy định nào liên quan đến việc cho phép hay cấm các quốc gia thiết lập ADIZ, cũng như các tiêu chuẩn ADIZ. Thực tế, dường như luật pháp quốc tế không cấm các quốc gia thiết lập ADIZ. Vì vậy, việc các quốc gia đơn phương tuyên bố thiết lập ADIZ là không trái với pháp luật quốc tế, tuy nhiên, lưu ý việc thiết lập ADIZ này không được ảnh hưởng đến lợi ích hợp pháp của các quốc gia khác có liên quan.

Nhìn chung, ADIZ có thể được hiểu một cách ngắn gọn thông qua 6 nội dung sau: (1) Được thiết lập nhằm bảo vệ an ninh quốc gia; (2) Quy định về việc nhập cảnh trước khi vào không phận quốc gia; (3) Thực hiện thông qua các thủ tục xác định và kiểm soát phương tiện bay; (4) Áp dụng cho tất cả các loại phương tiện bay (phương tiện

[14] TS. Nguyễn Toàn Thắng và ThS. Phạm Thị Bắc Hà, *"Khái niệm vùng nhận diện phòng không"*, Kỷ yếu Hội thảo Những vấn đề pháp lý và thực tiễn về vùng nhận diện phòng không trong Luật quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội, tháng 5/2017.

[15] Có thể là bộ phận quản lý không lưu, trạm cung cấp dịch vụ bay hoặc trạm liên lạc sân bay…

[16] Như trường hợp của Nam Phi tuyên bố thiết lập ADIZ tạm thời vào năm 2012 để nhằm mục đích diễn tập quân sự thì ADIZ này chỉ có hiệu lực từ ngày 26/7/2012 đến ngày 4/8/2012. Xem thêm tại: https://www.atns.co.za/PDF/Products%20and%20Services/S060_2012.pdf, truy cập ngày 8/4/2018.

bay quân sự hay dân sự); (5) Thực hiện sự cưỡng chế thông qua việc ngăn chặn; (6) Được áp dụng trong phạm vi không gian và thời gian rộng lớn. ADIZ thiết lập căn cứ vào: Thực tiễn thực hiện của các quốc gia (quốc gia đầu tiên thực hiện là Hoa Kỳ); quyền tự vệ theo luật tập quán quốc tế; quy định của Công ước Chicago và Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982 (UNCLOS)[17].

1.2. Phân biệt Vùng nhận diện phòng không và vùng thông báo bay

Vùng thông báo bay (Flight Information Region – FIR) là thuật ngữ dùng trong quản lý bay, để chỉ những khu vực trên không được thiết lập với giới hạn xác định, trong đó cung cấp dịch vụ thông báo bay và dịch vụ báo động theo quy định của Tổ chức Hàng không dân dụng quốc tế (International Civil Aviation Organization – ICAO) nhằm tạo điều kiện cho việc quản lý vùng trời và vùng không lưu trên vùng trời. Cần phân biệt ADIZ với FIR vì trên thực tế, các vùng này có thể chồng lấn nhau một phần về phạm vi, tuy nhiên quy chế áp dụng với mỗi vùng này lại khác nhau.

***Về mục đích thiết lập*:** FIR được thiết lập nhằm tạo điều kiện thuận lợi và đảm bảo cho hoạt động an toàn hàng không. Đây cũng là hoạt động cung cấp dịch vụ cho các tàu bay dân dụng có lịch trình bay cụ thể hoặc các tàu bay dân dụng không có lịch trình bay, nhưng có nhu cầu sử dụng dịch vụ thông báo bay (có thể hiểu rằng, việc sử dụng dịch vụ thông báo bay mà quốc gia có FIR cung cấp là một sự tự nguyện, các tàu bay dân dụng không có lịch trình bay cụ thể (như tàu bay cá nhân) thì không cần tuân thủ theo các chỉ dẫn này, tuy nhiên phải đảm bảo các yếu tố an toàn hàng không). Ngược lại, ADIZ được thiết lập nhằm mục đích đảm bảo an ninh quốc gia thông qua việc yêu cầu phương tiện bay nước ngoài khi hoạt động trong ADIZ tuân thủ các quy định về nhận dạng.

***Về đối tượng áp dụng*:** FIR chỉ áp dụng với các phương tiện bay dân sự và có lịch trình bay[18], tuy nhiên ADIZ có thể áp dụng với cả phương tiện bay dân sự và phương tiện bay quân sự (tuỳ thuộc vào quy định của từng quốc gia).

***Về phạm vi thiết lập*:** ADIZ có thể bao gồm vùng trời quốc gia và vùng trời quốc tế. Trong khi đó, theo quy định tại Phụ lục 2 Công ước Chicago năm 1944, FIR bao gồm vùng trời thuộc chủ quyền lãnh thổ của mỗi quốc gia, vùng trời được uỷ nhiệm quản lý hoặc vùng trời quốc tế được ICAO xác lập và giao cho các thành viên của ICAO quản lý. Việc quyết định ranh giới FIR của ICAO phụ thuộc vào yếu tố đảm bảo trang thiết bị quản lý bay và năng lực quản lý không lưu của mỗi quốc gia. Như vậy, xét về phạm vi thiết lập thì ADIZ do quốc gia thiết lập có thể sẽ có khu vực chồng lấn với FIR do chính mình quản lý.

***Về chủ thể thiết lập*:** ADIZ do các quốc gia tuyên bố thiết lập thì FIR do ICAO xác lập và giao cho các thành viên của ICAO quản lý để cung cấp các dịch vụ không lưu và hoạt động hàng không dân dụng nhằm bảo đảm sự an toàn cho tàu bay khi hoạt động trong khu vực đó.

***Về thời gian có hiệu lực*:** Thời gian có hiệu lực của ADIZ phụ thuộc vào tuyên bố đơn phương của quốc gia thiết lập tại khu

[17] Roncevert Almond, Article *"Clearing the Air Above the East China Sea: The Primary Elements of Aircraft Defense Identification Zones",* Harvard National Security Journal, 2016, Vol. 7, tr. 126 – 198, http://harvardnsj.org/wp-content/uploads/2016/02/Almond-PUBLISH.pdf, truy cập ngày 23/2/2018.

[18] Điều 9 Công ước Chicago năm 1944 về Hàng không dân dụng quốc tế.

vực này và quốc gia đó sẽ thực hiện quyền quản lý của mình với ADIZ vĩnh viễn hoặc tạm thời. Thời gian quản lý của quốc gia đối với FIR phụ thuộc vào năng lực điều hành của quốc gia đó, nếu ICAO nhận thấy quốc gia không còn đủ năng lực quản lý, khả năng cung cấp các dịch vụ của FIR thì ICAO sẽ "tước" quyền quản lý của quốc gia[19].

Các quy định về FIR được ghi nhận khá cụ thể và rõ ràng trong Phụ lục 2 và Phụ lục 11 của Công ước Chicago năm 1944, do đó các quốc gia thành viên của Công ước có nghĩa vụ phải tuân thủ các quy định một cách tận tâm, thiện chí. Ngược lại, quy chế về ADIZ hiện nay khá lỏng lẻo, chưa có quy định rõ ràng mà chủ yếu thông qua các tuyên bố đơn phương và pháp luật của quốc gia. Do đó, rất khó buộc các phương tiện bay nước ngoài phải thực hiện nghĩa vụ với quốc gia thiết lập ADIZ khi hoạt động trong khu vực này. Thủ tục trở nên phức tạp hơn nữa khi ADIZ của một quốc gia chồng lấn với FIR do chính mình quản lý hoặc trong một số trường hợp sẽ chồng lấn với FIR do quốc gia khác quản lý. Như vậy, khi tiếp cận vùng này, phương tiện bay phải thực hiện các nghĩa vụ như báo cáo, nhận dạng… với hai hoặc nhiều cơ quan quản lý FIR và ADIZ khác nhau. Cụ thể, việc báo cáo toạ độ, nhận dạng và lịch trình bay cho quốc gia quản lý FIR là nhằm mục đích đảm bảo an toàn hàng không dân dụng, đồng thời phương tiện bay được hỗ trợ các dịch vụ mà FIR đó cung cấp. Trong khi đó, nghĩa vụ thông báo tới quốc gia thiết lập ADIZ lại nhằm mục đích đảm bảo an ninh cho chính quốc gia thiết lập. Rõ ràng, mức độ quan trọng của an ninh quốc gia luôn được ưu tiên hàng đầu, nên dù bất tiện nhưng các phương tiện bay trong một số trường hợp vẫn phải thực hiện nghĩa vụ báo cáo, nhận dạng hai lần. Nhìn chung, về lý thuyết, các quy định của ADIZ và FIR không mâu thuẫn với nhau, nên nếu như có sự chồng lấn về phạm vi của ADIZ và FIR cũng không tạo ra sự xung đột. Tuy nhiên, trên thực tế điều này mang lại những khó khăn và bất tiện cho phương tiện bay nước ngoài trong việc đáp ứng đồng thời yêu cầu của cơ quan quản lý ADIZ và cơ quan quản lý FIR (để nhận được sự hỗ trợ từ phía cơ quan này)[20].

2. Vùng nhận diện phòng không của Hàn Quốc (KADIZ)

2.1. Bối cảnh lịch sử của Vùng nhận diện phòng không Hàn Quốc

Như đã phân tích ở trên, mục đích các quốc gia thiết lập ADIZ nhằm tạo ra cơ chế cảnh báo sớm và thường các quốc gia sẽ thiết lập ADIZ khi nhận thấy có khả năng ảnh hưởng đến an ninh quốc gia. Hàn Quốc cũng không phải ngoại lệ. Khi nhắc đến ADIZ của Hàn Quốc, có hai mốc thời gian đáng lưu ý là năm 1951 và năm 2013 khi xảy ra những sự kiện mà Hàn Quốc nhận thấy có nguy cơ ảnh hưởng đến an ninh, quốc phòng, đe doạ đến chủ quyền quốc gia.

Ban đầu, Vùng nhận diện phòng không của Hàn Quốc (Korean Air Defense Identification Zone - KADIZ) được thành

[19] Như trường hợp của Việt Nam, trước năm 1975, vùng thông báo bay phía Nam Việt Nam là FIR Sài Gòn và được ICAO giao cho Chính quyền miền Nam Việt Nam quản lý. Sau năm 1975, do năng lực hàng không Việt Nam sau chiến tranh còn yếu kém nên ICAO đã giao quyền điều hành tạm thời vùng thông báo bay này cho ba Trung tâm kiểm soát đường dài Hồng Kông, Bangkok, Singapore đảm nhiệm. Đến năm 1994, Việt Nam mới được ICAO trao lại quyền điều hành FIR Hồ Chí Minh (đổi tên từ FIR Sài Gòn).

[20] TS. Nguyễn Đăng Thắng (2016), *Cơ sở pháp lý của việc Trung Quốc lập khu nhận diện phòng không tại Biển Đông và kiến nghị đối sách của Việt Nam*, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở trong khuôn khổ nghiên cứu của Uỷ ban biên giới quốc gia, Bộ Ngoại giao, tr. 34.

lập bởi Hải quân Hoa Kỳ vào ngày 22/3/1951[21] trong giai đoạn cao trào của cuộc chiến tranh Triều Tiên, sau khi quân đội Trung Quốc phát động cuộc tấn công vào đầu năm 1951. KADIZ được thiết lập nhằm bảo vệ Hàn Quốc chống lại các máy bay MIG-15 của Liên Xô và các máy bay của Trung Quốc. Theo tuyên bố thiết lập KADIZ năm 1951, thì KADIZ không bao gồm Ieodo (Hàn Quốc còn gọi là Socotra, còn Trung Quốc gọi là Suyan), một đảo đá ngầm nằm phía Tây Nam đảo Jeju, Hàn Quốc. Phạm vi thiết lập của khu vực nhận diện phòng không Hàn Quốc năm 1951 được Bộ Quốc phòng Hàn Quốc khẳng định lại trong Thông báo số 27-2008 ngày 31/7/2008 kèm theo Nghị định thi hành Luật về máy bay quân sự của Hàn Quốc[22]. Hàn Quốc đã duy trì KADIZ trong suốt 62 năm kể từ chiến tranh Triều Tiên. Nhìn chung, KADIZ giai đoạn này được thiết lập phù hợp với nhu cầu quân sự của Hoa Kỳ; các đường phân khu bảo vệ không gian của Hàn Quốc, Nhật Bản và Đài Loan được thiết kế ít trùng nhau.

Ngày 23/11/2013, Trung Quốc tuyên bố xác lập Vùng nhận diện phòng không (China Air Defense Identification Zone - CADIZ) trên biển Hoa Đông, trùng với KADIZ ở góc Tây Nam, bao trùm lên đảo Ieodo nhưng thực tế vùng này lại nằm trong vùng nhận diện phòng không của Nhật Bản[23]. Tại Ieodo, Hàn Quốc đã xây dựng một sân bay trực thăng và trạm nghiên cứu hải dương và đưa ra lập luận rằng ranh giới của hai vùng đặc quyền kinh tế (EEZ) nên được xác định theo nguyên tắc cách đều. Tuy nhiên, Trung Quốc lại muốn khẳng định sự "mở rộng tự nhiên" của lãnh thổ Trung Quốc trong vùng biển này. Bên cạnh đó, Hàn Quốc chỉ ra rằng, không phận bao trùm bên trên các khu vực biển xung quanh Ieodo trước ngày 23/11/2013 nằm trong ADIZ của Nhật Bản (JADIZ) chứ không phải ở ADIZ của Hàn Quốc. Từ những năm 1960, Hàn Quốc đã yêu cầu Nhật Bản điều chỉnh vùng nhận diện phòng không ở khu vực này, tuy nhiên, Nhật Bản đã nhiều lần bác bỏ[24].

Xuất phát từ những lý do đó, nhằm mục đích đáp trả lại hành động tuyên bố ADIZ của Trung Quốc, Hàn Quốc đã công bố kế hoạch mở rộng KADIZ 186 hải lý về phía Nam tương ứng với khu vực kiểm soát không lưu của mình (ranh giới phía Đông và phía Tây của KADIZ vẫn giữ nguyên), làm tăng kích thước tổng diện tích của KADIZ lên khoảng hơn 66.000km^2 (phần diện tích tăng thêm khoảng hơn 25.000km^2)[25]. Ngày 8/12/2013, KADIZ đã được mở rộng và chính thức có hiệu lực từ ngày 15/12/2013, không chỉ bao gồm Ieodo đang tranh chấp với Trung Quốc, mà còn cả những vùng chồng lấn với JADIZ của Nhật Bản[26].

[21] Thời điểm này Hoa Kỳ đang thực hiện hoạt động quản thác nên Hoa Kỳ đại diện cho Hàn Quốc tuyên bố thiết lập KADIZ.

[22] Xem thêm tại: http://tokdo.kr/detail.php?number=977&thread=11r03r01, truy cập ngày 25/3/2018.

[23] Ieodo là một bãi đá ngập nước sâu tới 4,6 mét dưới mực nước biển khi thủy triều xuống thấp. Ieodo nằm ở phía Nam Hàn Quốc trên đường phân định giả định giữa vùng đặc quyền kinh tế (EEZ) của Hàn Quốc và Trung Quốc, là một điểm chủ chốt trong các cuộc đàm phán về ranh giới vùng EEZ của hai nước này. Xem thêm tại: https://www.globalsecurity.org/military/world/rok/adiz.htm, truy cập ngày 25/3/2018.

[24] Xem hình ảnh về KADIZ và JADIZ tại: http://tokdo.kr/detail.php?number=870&thread=11r03r01, truy cập ngày 25/2/2018.

[25] Shannon Tiezzi, *China is surprisingly ok with South Korea's new ADIZ,* https://thediplomat.com/2013/12/china-is-surprisingly-ok-with-south-koreas-new-adiz/, truy cập ngày 25/2/2018.

[26] Xem hình ảnh về KADIZ mở rộng theo tuyên bố năm 2013 tại: http://english.hani.co.kr/arti/english

2.2. Đặc điểm của Vùng nhận diện phòng không Hàn Quốc

***Về đối tượng điều chỉnh*:** Các quy tắc trong KADIZ được áp dụng đối với mọi loại máy bay, cả máy bay dân sự, đồng thời, quân sự và cũng không phân biệt máy bay hoạt động trong KADIZ có vào không phận của Hàn Quốc hay không[27].

***Về phạm vi*:** Theo Nghị định thi hành Luật về máy bay quân sự của Hàn Quốc năm 2008 (sửa đổi năm 2011), KADIZ là khu vực được thiết lập để phát hiện chủ động, nhận dạng và áp dụng các biện pháp thích hợp cho các vật thể bay gần khu vực này. KADIZ của Hàn Quốc năm 1951 được đánh giá là khá hẹp, không phù hợp với FIR của Hàn Quốc ở thời điểm đó. Sau tuyên bố năm 2013, KADIZ được xác định bởi 11 điểm bao trùm lên trên lãnh thổ Hàn Quốc, vượt ra ngoài không phận quốc tế (bên ngoài lãnh hải của Hàn Quốc). KADIZ được mở rộng theo hướng kết hợp giữa FIR với ADIZ và có sự chồng lấn lên hai vùng ADIZ của Trung Quốc và Nhật Bản, nhưng không bao trùm lên các vùng lãnh thổ mà quốc gia khác yêu sách chủ quyền. Phát ngôn viên Bộ Quốc phòng Hàn Quốc Kim Min-Seok cho biết, ADIZ của Hàn Quốc sẽ không giới hạn các chuyến bay dân dụng quốc tế hay xâm phạm không phận và lợi ích của các quốc gia láng giềng[28].

***Về thủ tục*:** Đối với một máy bay nước ngoài vào KADIZ phải được sự chấp thuận của Hàn Quốc trước 24 giờ. Và 1 giờ trước khi cất cánh, phương tiện bay phải gửi kế hoạch chuyến bay để được cấp phép bay và bản đồ lộ trình phù hợp với kế hoạch bay đã được phê duyệt trong phạm vi không phận kiểm soát, đồng thời nộp một báo cáo bắt buộc theo yêu cầu của bộ phận kiểm soát không lưu Hàn Quốc. Tuy nhiên, nếu máy bay bay trong không phận kiểm soát hoặc theo kế hoạch bay trình trước và có nộp kế hoạch bay thì sẽ được bỏ qua các báo cáo vị trí. Nếu Hàn Quốc nhận thấy máy bay không xác định được tiếp cận từ bên ngoài KADIZ 5 dặm (9km) thì có thể cử một máy bay chiến đấu của không quân ra đánh chặn.

***Thời gian có hiệu lực*:** Cả KADIZ năm 1951 và KADIZ năm 2013 đều có hiệu lực vĩnh viễn cho tới khi bị hủy bỏ chính thức.

Hiện nay, cơ chế thiết lập ADIZ của các quốc gia không được điều chỉnh bởi bất kỳ điều ước quốc tế cũng như bất kỳ cơ quan quốc tế nào và không bị luật quốc tế cấm. Việc giải thích và áp dụng quy tắc trong các ADIZ vẫn còn gây tranh cãi. ADIZ do các quốc gia đơn phương thiết lập, vì vậy nó không thực sự có cơ sở pháp lý; không dựa trên sự đàm phán với các nước láng giềng. Mục đích của nó là cung cấp cho các quốc gia một khu vực cảnh báo sớm, trong đó có thể sử dụng các biện pháp để ngăn chặn máy bay được cho rằng đe dọa tới an ninh quốc gia. Chính vì vậy, giống như ADIZ của hầu hết các quốc gia khác đã tồn tại, KADIZ năm 1951 được đánh giá là phù hợp với luật pháp quốc tế và hầu như không có ý kiến phản đối của cộng đồng quốc tế cũng như các bên liên quan. Tuy nhiên, với KADIZ mở rộng năm 2013, do có một phần chồng lấn lên ADIZ của Nhật Bản, bao trùm lên đảo Ieodo đang tranh chấp với Trung Quốc nên các phương tiện bay nước ngoài bay vào khu vực chồng lấn này sẽ phải thực hiện nghĩa vụ báo cáo với cả hai quốc gia

_edition/e_international/614583.html, truy cập ngày 20/2/2018.

[27] Joëlle Charbonneau, Katie Heelis and Jinelle Piereder, tlđd.

[28] Trúc Quỳnh, *Hàn Quốc mở rộng vùng nhận diện phòng không*, https://baomoi.com/han-quoc-mo-rong-vung-nhan-dien-phong-khong/c/12615667.epi, truy cập ngày 20/2/2018.

đang quản lý KADIZ và JADIZ. Nếu xảy ra các sự kiện có nguy cơ ảnh hưởng đến an ninh quốc gia trong khu vực chồng lấn này sẽ dẫn đến sự chồng chéo về thẩm quyền áp dụng các biện pháp cần thiết trong ADIZ của hai quốc gia này. Việc KADIZ bao trùm lên đảo Ieodo – khu vực đang có tranh chấp về phân định vùng EEZ của Hàn Quốc và Trung Quốc cũng làm gia tăng thêm căng thẳng vốn có giữa hai quốc gia.

3. Một số nhận xét

Với mục đích được thiết lập nhằm ngăn chặn, phòng ngừa các mối nguy hại tới an ninh quốc gia, thông thường ADIZ được các quốc gia thiết lập khi có những sự kiện có nguy cơ đe doạ đến an ninh, quốc phòng của quốc gia. Tuy nhiên, với tính chất là một biện pháp cảnh báo sớm, ngày nay, ngay cả khi không có những hành vi đe doạ hoặc có nguy cơ đe doạ đến an ninh quốc gia thì các quốc gia vẫn có thể thiết lập ADIZ như một cơ chế để tạo thuận lợi hơn cho việc phòng thủ quốc gia.

Như đã phân tích ở trên, việc một quốc gia đơn phương tuyên bố thiết lập ADIZ không bị cấm nhưng cần đảm bảo không ảnh hưởng đến quyền và lợi ích hợp pháp của các quốc gia khác. Trên thực tế, hiện nay, không phải tất cả các ADIZ được các quốc gia thiết lập đều nhận được sự ủng hộ của cộng đồng quốc tế và các quốc gia có liên quan. Trên cơ sở phân tích trường hợp ADIZ của Hàn Quốc, nhận thấy rằng, để bảo đảm đúng tính chất của ADIZ – một biện pháp cảnh bảo sớm, nâng cao khả năng phòng thủ an ninh quốc gia, thì ADIZ của một quốc gia khi thiết lập cần đảm bảo các yêu cầu sau:

(1) *ADIZ của một quốc gia không chồng lấn lên FIR do một quốc gia khác quản lý* nhằm tránh việc phương tiện bay nước ngoài bay vào khu vực chồng lấn phải thực hiện đồng thời các thủ tục trao đổi thông tin với quốc gia quản lý FIR và phải cung cấp thông tin, tuân thủ quy định của quốc gia quản lý ADIZ. Điều này đi ngược lại với một trong các mục đích của Công ước Chicago năm 1944 là nhằm đơn giản hóa thủ tục với các phương tiện bay dân dụng. Ngoài việc tạo thêm gánh nặng cho phương tiện bay, việc ADIZ của một quốc gia trùng FIR của quốc gia khác còn gây phức tạp cho hoạt động không lưu trong khu vực, thậm chí có thể ảnh hưởng đến an toàn, an ninh hàng không.

(2) *Quy tắc nhận diện trong ADIZ của một quốc gia không áp dụng đối với các phương tiện bay nước ngoài chỉ bay qua ADIZ mà không có ý định bay vào hoặc hoạt động trong không phận của quốc gia đó*. Mục đích thiết lập ADIZ là nhằm cảnh báo sớm nên quốc gia thiết lập ADIZ chỉ có thể yêu cầu các phương tiện bay bay qua ADIZ để vào không phận quốc gia đó phải tuân thủ các quy định về nhận diện. Còn đối với các phương tiện bay bay qua ADIZ mà không bay vào không phận quốc gia thì quốc gia đó không thể yêu cầu phương tiện bay này tuân thủ các quy định của ADIZ. Điều 11 Công ước Chicago năm 1944 là điều khoản duy nhất cho phép quốc gia có thể đặt ra điều kiện về hoạt động đối với các phương tiện bay hoạt động tại không phận quốc tế, nhưng có mục đích là bay vào hoặc ra khỏi lãnh thổ của quốc gia đó.

(3) *ADIZ của một quốc gia không được bao trùm lên các vùng lãnh thổ đang có tranh chấp*. Mặc dù việc thiết lập ADIZ không có ý nghĩa tuyên bố xác lập chủ quyền của một quốc gia với khoảng không đó, nhưng các phương tiện bay khi ở trong ADIZ vẫn phải tuân thủ những quy định do quốc gia quản lý ADIZ đặt ra. Bên cạnh đó, việc thiết lập ADIZ là hành động đơn

phương, phụ thuộc hoàn toàn vào ý chí và của quốc gia trong khi chưa quốc gia nào có chủ quyền hợp pháp tại các vùng lãnh thổ tranh chấp. Vậy nên ADIZ bao trùm lên các vùng lãnh thổ đang có tranh chấp do hành vi đơn phương của một quốc gia là không hợp lý; có thể làm gia tăng căng thẳng, đi ngược lại với quy định tại khoản 3 Điều 2 và Điều 33 của Hiến chương Liên hợp quốc về việc giải quyết các tranh chấp quốc tế bằng các biện pháp hòa bình. Từ trường hợp của Hàn Quốc có thể thấy, khi Trung Quốc tuyên bố CADIZ chồng lấn lên Ieodo – khu vực đang tranh chấp giữa Hàn Quốc và Trung Quốc đã làm tình hình tranh chấp giữa hai quốc gia này phức tạp hơn, đồng thời Hàn Quốc thực hiện sự trả đũa bằng cách thiết lập KADIZ chồng lấn CADIZ và tranh chấp giữa hai quốc gia khó giải quyết hơn trước.

Đối với Việt Nam, hiện nay, nước ta đang được ICAO giao quản lý 2 FIR là FIR Hà Nội và FIR Hồ Chí Minh với diện tích khoảng 1,2 triệu km^2, bao gồm vùng trời của Việt Nam và vùng trời rộng lớn trên Biển Đông[29].

Nếu một quốc gia nào đó thiết lập ADIZ mà chồng lấn lên các FIR do Việt Nam quản lý là không phù hợp với quy định về quyền tự do hàng không được ghi nhận tại Điều 58 và 87 của UNCLOS năm 1982, cũng như mục đích của Công ước Chicago năm 1944 như trên đã phân tích. Do đó, ngoài việc thực hiện các phản ứng về mặt ngoại giao, Việt Nam có thể cân nhắc thực hiện thủ tục khởi kiện quốc gia này ra Toà trọng tài thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS năm 1982, yêu cầu toà giải quyết về hành vi thiết lập ADIZ trái với nguyên tắc tự do hàng không được quy định tại Điều 58 và 87 của Công ước[30]. Đồng thời, nếu ADIZ của một quốc gia trong khu vực thiết lập, không chỉ chồng lấn lên FIR do Việt Nam quản lý, mà còn chồng lấn lên FIR do các quốc gia khác quản lý, trong số đó có các quốc gia là thành viên của Hội đồng ICAO (như Singapore, Malaysia) thì các nước này có thể yêu cầu Tổng thư ký ICAO giải thích về tính tương thích của ADIZ với các quy định hiện hành của ICAO về quản lý hoạt động hàng không dân dụng[31].

Tóm lại, phụ thuộc vào tình hình thực tế, khi các quốc gia trong khu vực có những hành vi gây hấn, nhằm gia tăng căng thẳng, Việt Nam sẽ cân nhắc lựa chọn các biện pháp phù hợp khác nhau. Trong đó, cần chú ý tới mức độ nguy hại của hành vi vi phạm… Đồng thời, phải luôn lưu ý tôn trọng các quy định của pháp luật quốc tế và tranh thủ sự ủng hộ của các quốc gia trong khu vực.

---

[29] Đối với Việt Nam, bao phủ vùng trời phía trên lãnh thổ Việt Nam hiện nay gồm 3 vùng FIR: FIR Hà Nội, FIR Hồ Chí Minh và FIR Tam Á. Vùng trời phía trên quần đảo Trường Sa chủ yếu thuộc vùng FIR Hồ Chí Minh, còn vùng trời phía trên quần đảo Hoàng Sa thuộc vùng FIR Tam Á. Trong đó vùng FIR Hà Nội do Trung tâm Kiểm soát không lưu Hà Nội (ATCC) quản lý, vùng FIR Hồ Chí Minh do Trung tâm Kiểm soát đường dài Hồ Chí Minh (ACC) quản lý. Hai vùng FIR này do Bộ Giao thông – Vận tải quản lý nhà nước. FIR Tam Á do Trung Quốc quản lý.
Đọc thêm về các FIR do Việt Nam quản lý tại: http://anninhthudo.vn/chinh-tri-xa-hoi/vung-thong-bao-bay-fir-la-gi-ai-quan-ly/655655.antd, truy cập ngày 3/5/2018.

[30] Tuy nhiên, khi khởi kiện chúng ta phải lưu ý nên khởi kiện về việc giải thích, áp dụng Công ước thuộc thẩm quyền giải quyết của toà.

[31] Tương tự như trường hợp khi Trung Quốc tuyên bố thiết lập ADIZ trên Biển Hoa Đông năm 2013, Hoa Kỳ và Nhật Bản đã yêu cầu Tổng thư ký ICAO cho biết một quốc gia có quyền kiểm soát hoạt động hàng không trong FIR do một quốc gia khác quản lý hay không (thông qua việc thiết lập ADIZ chồng lấn lên FIR đó).

PHÁP LUẬT VỀ CÁC PHƯƠNG THỨC TỐNG ĐẠT GIẤY TỜ RA NƯỚC NGOÀI

Ngô Thị Ngọc Ánh[*]
Nguyễn Hồng Bắc[**]

Tóm tắt: *Bài viết phân tích, so sánh các phương thức tống đạt giấy tờ thông qua cơ quan trung ương (Bộ Tư pháp), cơ quan đại diện ngoại giao, dịch vụ bưu chính được quy định trong pháp luật Việt Nam và điều ước quốc tế Việt Nam là thành viên. Đồng thời, bài viết cũng đánh giá một số bất cập, vướng mắc khi tống đạt giấy tờ theo các phương thức trên và đề xuất giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật Việt Nam trong lĩnh vực này.*

Abstract: *The paper analyzes, compares means of the service abroad through central bodies (Ministry of Justice), overseas representative missions, and postal service provided under Vietnam's law and international treaties to which Vietnam is a State Party. Concurrently, the paper also assesses a number of shortcomings and bottlenecks in the service abroad of documents via said means, and makes proposals to improve Vietnam's law in this respect.*

1. Cơ sở pháp lý của tống đạt giấy tờ ra nước ngoài

Trong quá trình giải quyết các vụ việc dân sự, cơ quan tiến hành tố tụng (toà án, viện kiểm sát) có nghĩa vụ cấp, tống đạt hoặc thông báo văn bản tố tụng cho đương sự, những người tham gia tố tụng khác và cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan. Theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS) năm 2015, cơ quan thi hành án cũng có nghĩa vụ thực hiện việc cấp, tống đạt hoặc thông báo văn bản tố tụng do mình ban hành (Điều 170).

Những văn bản tố tụng cần phải được cấp, tống đạt hoặc thông báo bao gồm: Thông báo, giấy báo, giấy triệu tập, giấy mời trong tố tụng dân sự; bản án, quyết định của tòa án; quyết định kháng nghị của viện kiểm sát; các văn bản của cơ quan thi hành án dân sự và các văn bản tố tụng khác mà pháp luật có quy định (Điều 171 BLTTDS năm 2015).

Từ đó, có thể hiểu: *Tống đạt là thủ tục thông báo, giao các văn bản tố tụng của cơ quan có thẩm quyền cho đương sự, những người tham gia tố tụng khác và cá nhân, cơ quan, tổ chức có liên quan theo quy định của pháp luật tố tụng.*

Việc tống đạt sẽ trở thành thủ tục quốc tế khi người tống đạt và đối tượng nhận tống đạt cư trú tại các quốc gia khác nhau. Tống đạt quốc tế gồm nhiều giai đoạn:

- Giai đoạn thứ nhất, tại nước yêu cầu tống đạt, phải thực hiện các thủ tục là bước khởi đầu cho toàn bộ quá trình chuyển văn bản ra nước ngoài.

[*] Trường Đại học Luật Hà Nội.
[**] TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.
Bài viết được thực hiện trong khuôn khổ Đề tài khoa học cấp cơ sở "*Tống đạt giấy tờ ra nước ngoài trong giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài*", Trường Đại học Luật Hà Nội, 2017.

- Giai đoạn thứ hai, là chu trình đặc biệt để chuyển văn bản đến nước nhận tống đạt.

- Giai đoạn thứ ba, là thực hiện thủ tục tống đạt trên lãnh thổ của nước nhận tống đạt.

Về nguyên tắc, giai đoạn thứ nhất và giai đoạn thứ hai do pháp luật của nước giải quyết vụ việc thực hiện.

Hiện nay, ở Việt Nam, hoạt động ủy thác tư pháp về dân sự nói chung và tống đạt giấy tờ ra nước ngoài nói riêng được điều chỉnh bởi các văn bản pháp luật trong nước và các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

Pháp luật trong nước, bao gồm: BLTTDS năm 2015, Luật Tương trợ tư pháp (Luật TTTP) năm 2007 và các văn bản hướng dẫn thi hành như: Nghị định số 92/2008/NĐ-CP ngày 22/8/2008 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật TTTP (Nghị định số 92/2008/NĐ-CP); Thông tư liên tịch số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC ngày 19/10/2016 của Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao và Tòa án nhân dân tối cao ban hành quy định trình tự, thủ tục tương trợ tư pháp trong lĩnh vực dân sự (Thông tư liên tịch số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC); và các văn bản pháp luật khác như Luật Thi hành án dân sự…

Điều ước quốc tế Việt Nam là thành viên điều chỉnh hoạt động tống đạt giấy tờ ra nước ngoài gồm: Các hiệp định tương trợ tư pháp giữa Việt Nam và nước ngoài (hiệp định TTTP). Tính đến tháng 7/2017, tương trợ tư pháp về dân sự của Việt Nam được điều chỉnh theo 18 Hiệp định/Thỏa thuận tương trợ tư pháp song phương đang có hiệu lực[1]. Một trong những nội dung quan trọng tương trợ tư pháp về dân sự thuộc phạm vi điều chỉnh của các hiệp định TTTP là tống đạt giấy tờ, hồ sơ, tài liệu liên quan đến tương trợ tư pháp về dân sự.

Ngoài ra, hoạt động tống đạt giấy tờ ra nước ngoài còn được điều chỉnh trong Công ước La Hay năm 1965 về tống đạt giấy tờ tư pháp và ngoài tư pháp trong lĩnh vực dân sự và thương mại (Công ước tống đạt). Công ước tống đạt là công ước đa phương do Hội nghị La Hay về tư pháp quốc tế soạn thảo và thông qua vào ngày 15/11/1965 tại phiên họp lần thứ 10 của Hội nghị La Hay về tư pháp quốc tế, có hiệu lực vào ngày 10/02/1969. Công ước chính thức có hiệu lực với Việt Nam từ ngày 01/10/2016.

Các văn bản pháp luật Việt Nam ban hành cùng với các điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên tạo nên hành lang pháp lý điều chỉnh hoạt động ủy thác tư pháp quốc tế nói chung và ủy thác tư pháp (UTTP) về tống đạt giấy tờ nói riêng trong tố tụng.

2. Các phương thức tống đạt giấy tờ cho đương sự ở nước ngoài

Các phương thức tống đạt là các cách thức để chuyển giấy tờ từ một quốc gia này sang quốc gia khác. Theo quy định pháp luật Việt Nam, khi giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài mà đương sự ở nước ngoài, tòa án thực hiện việc tống đạt, thông báo văn bản tố tụng theo một trong các

[1] "*Danh mục các Hiệp định tương trợ tư pháp và pháp lí giữa Việt Nam và các nước",* https://lanhsuvietnam.gov.vn/Lists/BaiViet/B%C3%A0i%20vi%E1%BA%BFt/DispForm.aspx?List=dc7c7d75-6a32-4215-afeb-47d4bee70eee&ID=414, truy cập ngày 25/1/2018.

phương thức được quy định trong khoản 1 Điều 474 BLTTDS năm 2015[2].

2.1. Theo phương thức được quy định tại điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên

Điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên quy định về tống đạt bao gồm các hiệp định TTTP và Công ước tống đạt. Các hiệp định TTTP đều quy định cơ quan trung ương (đầu mối) của phía Việt Nam thực hiện ủy thác tư pháp về dân sự nói chung, ủy thác tống đạt giấy tờ nói riêng là Bộ Tư pháp.

Theo Công ước tống đạt, các quốc gia thành viên có nghĩa vụ chỉ định cơ quan trung ương để tiếp nhận yêu cầu tống đạt từ quốc gia thành viên khác và thực hiện các yêu cầu tống đạt (Điều 2). Công ước không quy định cơ quan trung ương đối với việc gửi các yêu cầu tống đạt ra nước ngoài. Công ước để ngỏ vấn đề này cho pháp luật của các quốc gia. Ở Việt Nam, cơ quan trung ương (Bộ Tư pháp) vừa là cơ quan tiếp nhận yêu cầu vừa là cơ quan yêu cầu tống đạt. Luật TTTP quy định Bộ Tư pháp là đầu mối tiếp nhận, chuyển giao, theo dõi, đôn đốc thực hiện ủy thác tư pháp về dân sự gồm cả các yêu cầu ủy thác của cơ quan thẩm quyền Việt Nam gửi đi nước ngoài và các yêu cầu ủy thác tư pháp của nước ngoài gửi đến Việt Nam[3]. Như vậy, pháp luật Việt Nam quy định về cơ quan trung ương ủy thác tống đạt giấy tờ thống nhất với điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên.

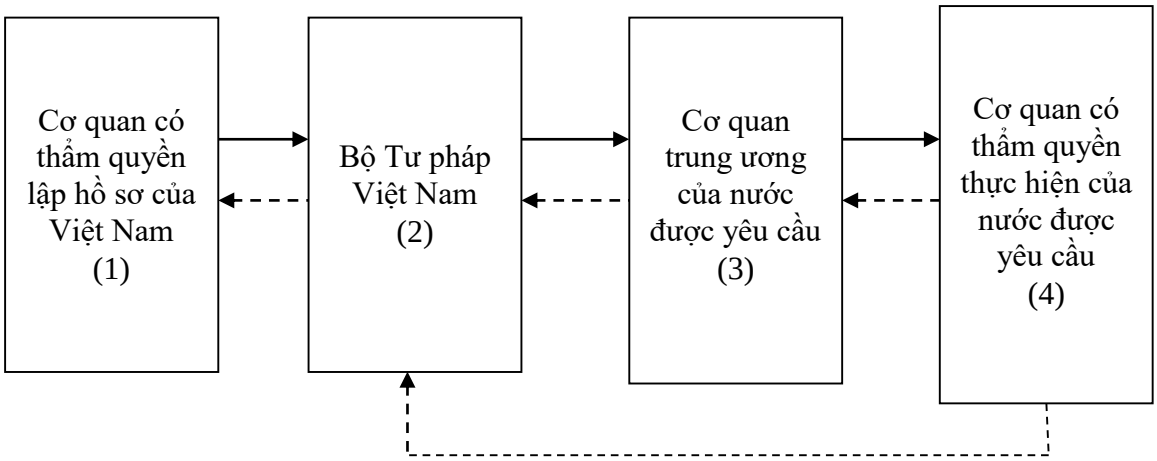
Về quy trình, thủ tục và cách thức thực hiện ủy thác tư pháp: Các hiệp định TTTP đều quy định việc thực hiện UTTP theo quy định của pháp luật nước được yêu cầu, hoặc trong trường hợp đặc biệt có thể theo yêu cầu của nước yêu cầu nếu không trái với pháp luật của nước được yêu cầu. Đối chiếu các quy định và quy trình tống đạt giấy tờ tại các hiệp định TTTP đang có hiệu lực của Việt Nam với quy định của Công ước tống đạt, có thể thấy, về cơ bản, có sự tương đồng ở kênh tống đạt chính thức qua cơ quan trung ương.

Quy trình tống đạt chính thức qua cơ quan trung ương có thể khái quát bằng sơ đồ sau:

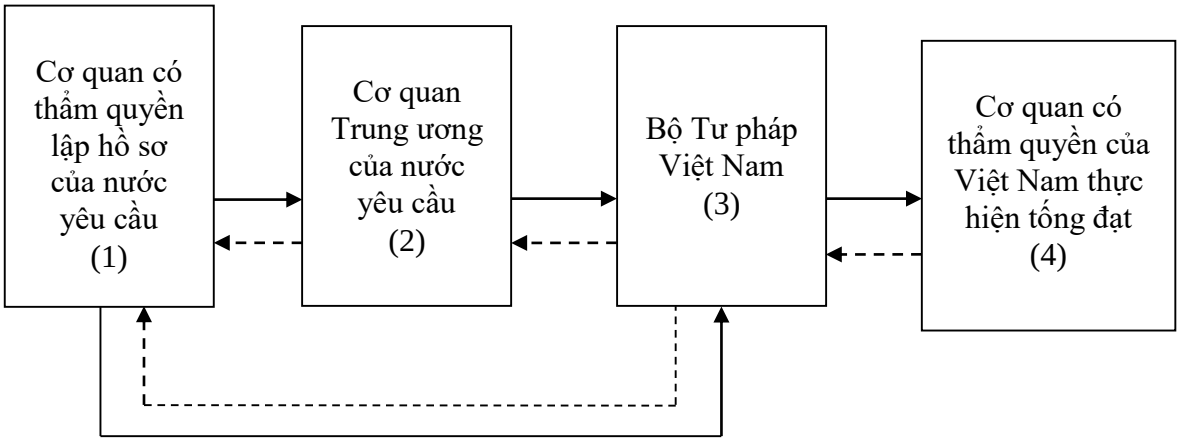
[2] Điều 474 BLTTDS năm 2015 quy định các phương thức tống đạt, thông báo văn bản tố tụng của tòa án cho đương sự ở nước ngoài như sau: *"1. Tòa án thực hiện việc tống đạt, thông báo văn bản tố tụng của Tòa án theo một trong các phương thức sau đây:*
a) Theo phương thức được quy định tại điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên;
b) Theo đường ngoại giao đối với đương sự cư trú ở nước mà nước đó và Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam chưa cùng là thành viên của điều ước quốc tế;
c) Theo đường dịch vụ bưu chính đến địa chỉ của đương sự đang cư trú ở nước ngoài với điều kiện pháp luật nước đó đồng ý với phương thức tống đạt này;
d) Theo đường dịch vụ bưu chính đến cơ quan đại diện nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài để tống đạt cho đương sự là công dân Việt Nam ở nước ngoài;
đ) Đối với cơ quan, tổ chức nước ngoài có văn phòng đại diện, chi nhánh tại Việt Nam thì việc tống đạt có thể được thực hiện qua văn phòng đại diện, chi nhánh của họ tại Việt Nam theo quy định của Bộ luật này;
e) Theo đường dịch vụ bưu chính cho người đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền tại Việt Nam của đương sự ở nước ngoài".

[3] Xem khoản 2 Điều 62 Luật TTTP năm 2007.

Uỷ thác tư pháp tống đạt giấy tờ của Việt Nam ra nước ngoài



Uỷ thác tư pháp tống đạt giấy tờ của nước ngoài vào Việt Nam



Để hài hòa hóa quy định của pháp luật Việt Nam với Công ước tống đạt, Thông tư liên tịch số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC được ban hành. Theo Thông tư này, tòa án có thể thực hiện tống đạt theo hai phương thức là thông qua Bộ Tư pháp hoặc Bộ Ngoại giao và cơ quan đại diện của Việt Nam ở nước ngoài. Đối với phương thức thông qua Bộ Tư pháp, trình tự, thủ tục nhận và gửi hồ sơ ủy thác tư pháp của Việt Nam theo Thông tư liên tịch số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC hoàn toàn phù hợp với điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên[4]. Để cụ thể hơn nữa việc tống đạt văn bản tố tụng của tòa án cho đương sự ở nước ngoài theo quy định của điều ước quốc tế trên, Công văn số

[4] Xem Điều 13, Điều 20 Thông tư liên tịch số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC.

33/TANDTC-HTQT ngày 21/02/2017 của Tòa án nhân dân tối cao về việc tống đạt văn bản tố tụng cho đương sự ở nước ngoài trong các vụ việc dân sự, vụ án hành chính (Công văn số 33/TANDTC-HTQT) quy định thực hiện tống đạt văn bản tố tụng theo kênh chính thức[5]:

- Tòa án thực hiện tống đạt văn bản tố tụng theo kênh chính thức được ghi nhận trong Công ước tống đạt khi đương sự có nơi cư trú hoặc có trụ sở tại 70 nước thành viên của Công ước này.

- Tòa án thực hiện tống đạt văn bản tố tụng theo kênh chính thức được ghi nhận trong hiệp định TTTP giữa Việt Nam với nước ngoài khi đương sự có nơi cư trú hoặc có trụ sở tại 18 nước, vùng lãnh thổ sau đây: Liên bang Nga, U-crai-na, Bê-la-rút, Ca-dắc-xtan, Mông Cổ, Cộng hòa dân chủ nhân dân Triều Tiên, Cu Ba, An-giê-ri, Pháp, Ba Lan, Hung-ga-ri, Bun-ga-ri, Séc, Trung Quốc, Xlô-va-ki-a, Lào, Cam-pu-chia và Đài Loan (Trung Quốc).

Đồng thời, Công văn số 33/TANDTC-HTQT ghi nhận: Khi thực hiện tống đạt theo kênh chính thức giữa Việt Nam với nước ngoài, tòa án cần lưu ý, hiện nay các nước Liên bang Nga, U-crai-na, Trung Quốc, Séc, Xlô-va-ki-a, Ba Lan, Bê-la-rút, Bun-ga-ri, Pháp, Hung-ga-ri và Ca-dắc-xtan cũng là thành viên của Công ước tống đạt. Do đó, tòa án có thể lựa chọn tống đạt cho đương sự có nơi cư trú hoặc có trụ sở ở các nước này theo kênh chính thức căn cứ vào hiệp định TTTP giữa nước đó với Việt Nam hoặc Công ước tống đạt (Phần I mục 1).

[5] Kênh tống đạt chính thức khi gửi giấy tờ tống đạt thông qua cơ quan trung ương của nước được yêu cầu (Điều 3 khoản 6 Thông tư liên tịch số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC).

Theo số liệu thống kê chính thức của Bộ Tư pháp, tình hình thực hiện UTTP về dân sự qua cơ quan đầu mối trong năm 2017 cụ thể như sau[6]:

a) UTTP theo yêu cầu của Việt Nam

- Tổng số yêu cầu UTTP của các cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam đã gửi cho nước ngoài qua đầu mối Bộ Tư pháp là 739 yêu cầu thực hiện theo kênh điều ước quốc tế (218 yêu cầu thực hiện theo kênh Công ước tống đạt, 521 yêu cầu thực hiện theo kênh hiệp định TTTP song phương).

- Tổng số yêu cầu UTTP có trả lời là 8/218 theo kênh Công ước tống đạt và 264/521 theo kênh hiệp định TTTP song phương.

Thực tiễn thực thi Công ước tống đạt của các nước thành viên cho thấy, việc thực hiện tống đạt giấy tờ theo quy định của Công ước đạt kết quả rất cao (trên 90%) với thời gian ngắn (hầu hết được thực hiện trong vòng 2 tháng)[7]. Nhưng ở Việt Nam kết quả trả lời yêu cầu UTTP gửi ra nước ngoài năm 2017 theo kênh Công ước tống đạt không cao. Có nhiều nguyên nhân, một trong các nguyên nhân là do các hồ sơ theo kênh Công ước tống đạt mới được Việt Nam gửi đi ở nửa cuối năm 2017 mà thời điểm thống kê 30/9/2017, phần lớn hồ sơ tống đạt vẫn đang trong giai đoạn thực hiện. Thông thường thời gian để thực hiện tống đạt từ 2-6 tháng.

Các hồ sơ UTTP theo yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam vẫn chủ yếu là tống đạt giấy tờ, tài liệu, bản

[6] Báo cáo số 427/2017/BC-CP của Chính phủ trình Quốc hội ngày 12/10/2017 về "*Hoạt động tương trợ tư pháp năm 2017*", tr. 8-9.

[7] Vụ Pháp luật quốc tế - Bộ Tư pháp, "*Tài liệu sơ bộ hướng dẫn thực hiện Công ước tống đạt tại Việt Nam*", tr. 21.

án, các quyết định của tòa án, yêu cầu về thu thập chứng cứ, lấy lời khai của đương sự hoặc người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan đến vụ việc, tập trung ở các lĩnh vực hôn nhân và gia đình, kinh doanh, thương mại, hành chính, lao động và các vụ việc về hộ tịch.

b) UTTP theo yêu cầu của nước ngoài

Bộ Tư pháp đã tiếp nhận 753 yêu cầu UTTP về dân sự của cơ quan có thẩm quyền nước ngoài và chuyển cho các cơ quan có thẩm quyền trong nước thực hiện, trong đó 616 yêu cầu thực hiện theo kênh hiệp định TTTP song phương; 86 yêu cầu thực hiện theo kênh Công ước tống đạt và 51 yêu cầu thực hiện theo kênh ngoại giao.

Tổng số yêu cầu có kết quả trả lời là 493/753 (đạt gần 66%), trong đó kết quả thực hiện theo hiệp định TTTP song phương là 345/616, theo kênh Công ước tống đạt là 47/86, theo kênh ngoại giao là 47/51, đều tăng so với kết quả thực hiện năm 2016[8].

UTTP theo yêu cầu của cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài liên quan chủ yếu đến tống đạt giấy tờ, tài liệu, thu thập chứng cứ, lấy lời khai đương sự trong các vụ việc về hôn nhân và gia đình, yêu cầu cấp dưỡng sau khi ly hôn, yêu cầu về quyền nuôi con sau khi ly hôn, các vụ việc thương mại và lao động.

Để áp dụng phương thức tống đạt giấy tờ theo điều ước quốc tế đạt hiệu quả cao hơn nữa, theo chúng tôi, cần phải:

(i) Xây dựng kế hoạch dài hạn về đàm phán, ký kết các hiệp định TTTP song phương về tương trợ tư pháp nói chung và UTTP về tống đạt giấy tờ nói riêng, nhất là các nước có đông công dân Việt Nam cư trú.

Ngoài việc chủ động kí kết hiệp định TTTP với các nước có nhiều công dân Việt Nam sinh sống, chúng ta cần tăng cường hơn nữa cơ chế hợp tác, phối hợp giữa các cơ quan nhà nước trong quá trình thực hiện hiệp định TTTP.

(ii) Tiếp tục đẩy mạnh và triển khai hoạt động nghiên cứu khả năng gia nhập các điều ước quốc tế đa phương về TTTP. Hiện nay, Thủ tướng Chính phủ đã phê duyệt Đề án của Bộ Tư pháp nghiên cứu khả năng Việt Nam gia nhập Công ước La Hay năm 1970 về thu thập chứng cứ tại nước ngoài trong lĩnh vực dân sự hoặc thương mại (Công ước thu thập chứng cứ); theo đó Việt Nam sẽ tiến hành các thủ tục gia nhập Công ước này trong năm 2019[9]. Công ước thu thập chứng cứ và Công ước tống đạt là những công cụ pháp lý hiệu quả cho hoạt động TTTP trong lĩnh vực dân sự, qua đó giúp giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài một cách nhanh chóng và bảo đảm quy trình tố tụng.

2.2. Theo đường ngoại giao khi một nước chưa cùng là thành viên của điều ước quốc tế với Việt Nam

Theo phương thức này, nếu đương sự có nơi cư trú hoặc có trụ sở tại các nước chưa là thành viên của hiệp định TTTP với Việt Nam hoặc Công ước tống đạt**,** tòa án thực hiện việc tống đạt văn bản tố tụng theo phương thức ngoại giao. Cơ quan ngoại giao của Việt Nam có trách nhiệm: (i) Tiếp nhận các yêu cầu tống đạt của phía nước ngoài và chuyển về cơ quan đầu mối là Bộ Tư pháp để thực hiện; (ii) Tiếp nhận và thực

[8] Năm 2016, tỷ lệ yêu cầu UTTP của nước ngoài được cơ quan có thẩm quyền Việt Nam thực hiện có trả lời là 284/666 yêu cầu đạt 43%.

[9] Công văn số 4833/VPCP-QHQT ngày 11/5/2017 của Văn phòng Chính phủ.

hiện các yêu cầu tống đạt giấy tờ gửi ra nước ngoài của cơ quan có thẩm quyền trong nước do Bộ Tư pháp chuyển đến.

Đối với trường hợp thực hiện các yêu cầu tống đạt giấy tờ gửi ra nước ngoài của cơ quan có thẩm quyền trong nước do Bộ Tư pháp chuyển đến, cơ quan ngoại giao sẽ thực hiện theo hai cách: (i) Cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài sẽ trực tiếp thực hiện tống đạt giấy tờ cho công dân Việt Nam ở nước ngoài[10]; (ii) Cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài gửi cho cơ quan có thẩm quyền của phía nước ngoài đề nghị thực hiện các yêu cầu tống đạt giấy tờ cho công dân của họ, hoặc người nước ngoài cư trú tại nước đó.

Cùng với phương thức tống đạt theo điều ước quốc tế qua cơ quan trung ương, phương thức tống đạt qua con đường ngoại giao đã giúp cho cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam giải quyết được tình trạng "ách tắc" trong công tác tương trợ tư pháp về dân sự và xét xử các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài, đảm bảo quy trình tố tụng cũng như góp phần bảo vệ quyền, lợi ích chính đáng của tổ chức, cá nhân Việt Nam và nước ngoài. Tuy nhiên, trong thực tiễn áp dụng phương thức tống đạt qua con đường ngoại giao, kết quả UTTP không cao.

Theo báo cáo của Cục lãnh sự - Bộ Ngoại giao, trong năm 2017, Bộ Ngoại giao chuyển cho Cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài 1274 hồ sơ; đã có kết quả 586 hồ sơ[11]. Như vậy, có thể thấy, hồ sơ chưa có hoặc không có kết quả chiếm số lượng lớn. Việc này ảnh hưởng quá trình tòa án giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài; không đáp ứng yêu cầu của các tòa án, đặc biệt yêu cầu về thời gian. Nguyên nhân của sự chậm chễ này là do hồ sơ ủy thác tư pháp phải đi qua nhiều khâu trung gian (Tòa án có thẩm quyền - Vụ pháp luật quốc tế, Bộ Tư pháp - Cục lãnh sự, Bộ Ngoại giao - Cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài). Ngoài ra, cán bộ trực tiếp làm công tác ủy thác tư pháp của Cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài chủ yếu là kiêm nhiệm, vừa làm công tác ngoại giao vừa làm công việc ủy thác tư pháp nên nhìn chung kiến thức và kinh nghiệm thực tiễn ủy thác tư pháp còn hạn chế.

Để tống đạt giấy tờ qua con đường ngoại giao đạt hiệu quả cao, cần đơn giản hóa quy trình ủy thác và tăng cường công tác đào tạo cán bộ chuyên trách. Theo khoản 2 Điều 474 BLTTDS năm 2015, các phương thức tống đạt theo kênh chính thức và kênh ngoại giao được thực hiện theo pháp luật tương trợ tư pháp. Tuy nhiên, Luật TTTP sau hơn 10 năm thi hành đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập cần được khắc phục.

Một trong những điểm bất cập của Luật TTTP là quy định về cơ quan có thẩm quyền UTTP ra nước ngoài không thống nhất với quy định của BLTTDS năm 2004 trước đây cũng như BLTTDS năm 2015 hiện hành. Theo khoản 3 Điều 68 Luật TTTP, chỉ có tòa án cấp tỉnh mới được UTTP ra nước ngoài theo trình tự, thủ tục quy định tại Luật này. Đồng thời, về vấn đề này, khoản 2 Điều 10 Thông tư liên tịch số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC quy định: Trong quá trình giải quyết các vụ việc dân sự, nếu phát sinh yêu cầu UTTP về dân

[10] Điều 67 Luật TTTP quy định: "Cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài thực hiện các ủy thác tư pháp có liên quan đến công dân Việt Nam ở nước sở tại".

[11] Cục Lãnh sự - Bộ Ngoại giao, "*Báo cáo về hoạt động tương trợ tư pháp của Bộ Ngoại giao từ 1/10/2016 đến 30/8/2017*", tr. 4.

sự thì tòa án cấp huyện lập hồ sơ UTTP theo quy định và gửi về tòa án nhân dân cấp tỉnh để thực hiện. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 35 BLTTDS năm 2015 thì tòa án cấp huyện có thẩm quyền giải quyết vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Trong trường hợp tòa án cấp huyện bắt buộc phải yêu cầu UTTP để tống đạt, thông báo văn bản tố tụng cho đương sự ở nước ngoài và thu thập chứng cứ ở nước ngoài để giải quyết vụ việc thì tòa án cấp huyện phải thông qua tòa án cấp tỉnh để thực hiện yêu cầu này. Từ đó, quy trình thực hiện yêu cầu UTTP ra nước ngoài của tòa án cấp huyện phải qua các khâu trung gian không cần thiết; ảnh hưởng trực tiếp đến thời hạn giải quyết vụ việc dân sự cũng như việc thực hiện quyền, nghĩa vụ tố tụng dân sự của đương sự ở trong nước và nước ngoài[12].

Để khắc phục bất cập này, Luật TTTP cần sửa đổi theo hướng: Tòa án nhân dân cấp huyện trong quá trình giải quyết vụ việc nếu thấy cần thiết thực hiện việc TTTP ra nước ngoài có thể trực tiếp lập hồ sơ theo quy định chung (không cần thông qua tòa án nhân dân cấp tỉnh) nhằm bảo đảm được sự thống nhất giữa Luật TTTP với BLTTDS; tạo điều kiện thuận lợi cho tòa án thực hiện các hoạt động tố tụng theo thẩm quyền khi giải quyết vụ việc dân sự có đương sự ở nước ngoài.

2.3. Theo đường dịch vụ bưu chính

Bên cạnh các kênh tống đạt qua cơ quan trung ương hoặc tống đạt thông qua cơ quan đại diện ngoại giao ở nước ngoài, pháp luật của Việt Nam còn quy định tống đạt cho đương sự ở nước ngoài thông qua đường dịch vụ bưu chính. Đây là phương thức tống đạt lần đầu tiên được quy định trong pháp luật Việt Nam. Theo BLTTDS năm 2015, tống đạt qua dịch vụ bưu chính được thực hiện trong ba trường hợp sau:

a. Theo đường dịch vụ bưu chính đến địa chỉ của đương sự đang cư trú ở nước ngoài với điều kiện pháp luật nước đó đồng ý với phương thức tống đạt này (điểm c khoản 1 Điều 474 BLTTDS năm 2015)

Phương thức tống đạt này trong pháp luật Việt Nam cũng tương thích với quy định của Công ước tống đạt (điểm a Điều 10). Theo phương thức này, tòa án có thẩm quyền tống đạt trực tiếp cho đương sự ở nước ngoài thông qua dịch vụ bưu chính. Kênh tống đạt bằng bưu chính được thực hiện nếu đáp ứng hai điều kiện:

- Một là, việc tống đạt bằng bưu chính được pháp luật của nước yêu cầu chấp nhận và đáp ứng các điều kiện của pháp luật nước đó;

- Hai là, nước được yêu cầu không phản đối việc sử dụng kênh tống đạt này. Việc quốc gia đưa ra tuyên bố không đồng nhất với việc nội luật của quốc gia đó có coi tống đạt qua bưu chính là kênh hợp lệ hay không. Ví dụ: Nhật Bản đã đưa ra tuyên bố không phản đối kênh tống đạt qua bưu chính nhưng việc đó không phải lúc nào cũng được coi là hợp lệ tại nước này, đặc biệt là trong trường hợp quyền của người nhận không được tôn trọng. Công ước cũng không hạn chế việc các nước đưa ra thêm điều kiện để chấp nhận kênh tống đạt qua bưu chính như: Tống đạt phải được thực hiện bằng thư bảo đảm có xác nhận của người nhận…[13]. Ví dụ, đối với Việt Nam,

[12] Xem thêm Thông báo của Tòa án nhân dân tối cao đến Bộ Tư pháp kết quả thực hiện công tác tương trợ tư pháp tại Tòa án nhân dân năm 2017 (từ ngày 01/10/2016 đến ngày 15/9/2017), tr. 3.

[13] Bộ Tư pháp, "*Công ước La Hay về tống đạt ra nước ngoài giấy tờ tư pháp và ngoài tư pháp trong*

trong văn kiện gia nhập Công ước, chúng ta đưa ra điều khoản bảo lưu chỉ áp dụng kênh bưu chính với điều kiện gửi qua thư bảo đảm.

Phù hợp với Công ước tống đạt, điểm c khoản 1 Điều 474 BLTTDS năm 2015 và mục 1 phần II Công văn 33/TANDTC-HTQT quy định, tòa án có thẩm quyền tống đạt văn bản tố tụng theo đường dịch vụ bưu chính đến địa chỉ của đương sự đang cư trú ở nước ngoài nếu đương sự là người nước ngoài, công dân Việt Nam, cơ quan, tổ chức nước ngoài cư trú hoặc có trụ sở tại các nước không phản đối cách thức tống đạt theo đường bưu chính.

Qua phân tích trên, có thể thấy, tống đạt theo dịch vụ bưu chính là phương thức tống đạt mới, do vậy, trong quá trình áp dụng tòa án gặp nhiều lúng túng. Theo BLTTDS năm 2015, phương thức gửi qua đường bưu chính phải thực hiện bằng thư bảo đảm có xác nhận của người nhận phù hợp với khoản 2 Điều 175 và điều khoản bảo lưu của Việt Nam gia nhập Công ước tống đạt.

Trên thực tế, hệ thống bưu chính tại nhiều nơi trên thế giới chưa cung cấp được dịch vụ chuyển phát bưu phẩm quốc tế có ký nhận của người nhận nên tòa án không áp dụng được phương thức tống đạt này. Nếu tòa án tống đạt văn bản tố tụng cho đương sự ở nước ngoài theo dịch vụ chuyển phát bảo đảm quốc tế thông thường thì tòa án không có căn cứ để xác định đương sự ở nước ngoài đã nhận được văn bản hay chưa[14].

Để giải quyết thực tế này, Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn: Khi gửi văn bản tố tụng bằng đường bưu chính cho đương sự ở nước ngoài thì tòa án cần phải sử dụng dịch vụ bảo đảm báo phát (là dịch vụ mà người gửi yêu cầu được cung cấp bằng chứng phát bưu gửi có chữ ký người nhận) hoặc dịch vụ bưu chính tương tự. Khi nhận được bằng chứng phát bưu gửi có chữ ký của người nhận, thì tòa án không phải đòi hỏi chữ ký đó là chữ ký trực tiếp (chữ ký "tươi") của người nhận vì hầu hết các tổ chức bưu chính ở nước ngoài thực hiện việc ký nhận bưu gửi trên thiết bị điện tử. Tòa án không cần yêu cầu hợp pháp hóa lãnh sự bằng chứng phát bưu gửi có chữ ký người nhận vì văn bản này không thuộc trường hợp phải hợp pháp hóa lãnh sự[15].

b. Theo đường dịch vụ bưu chính đến cơ quan đại diện nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài để tống đạt cho đương sự là công dân Việt Nam ở nước ngoài (điểm d khoản 1 Điều 474 BLTTDS năm 2015)

Theo BLTTDS năm 2015, các tòa án cấp tỉnh và tòa án cấp cao khi tống đạt văn bản tố tụng cho đương sự là công dân Việt Nam ở nước ngoài, sẽ gửi trực tiếp hồ sơ cho cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài mà không gửi qua Bộ Tư pháp và Bộ Ngoại giao như trước đây. Quy trình này giảm bớt thủ tục hành chính và cơ quan trung gian trong việc thực hiện tống đạt văn bản tố tụng.

Có thể thấy, đây là phương thức tống đạt không thuộc phạm vi tương trợ tư pháp theo khái niệm của Luật TTTP năm 2007, vì

lĩnh vực dân sự hoặc thương mại và những lưu ý với cơ quan thực thi", tr. 11.

[14] Thông báo của Tòa án nhân dân tối cao đến Bộ Tư pháp kết quả thực hiện công tác tương trợ tư pháp tại Tòa án nhân dân năm 2017 (từ ngày 01/10/2016 đến ngày 15/9/2017).

[15] Công văn số 297/TANDTC/HTQT ngày 20/12/2017 của Tòa án nhân dân tối cao về việc lưu ý khi yêu cầu ủy thác tư pháp về dân sự với Hồng Công, Trung Quốc.

cơ quan có thẩm quyền của quốc gia gửi không đề nghị cơ quan có thẩm quyền của quốc gia nhận thực hiện việc tống đạt mà việc tống đạt do cơ quan đại diện ngoại giao hoặc lãnh sự của quốc gia gửi tự thực hiện. Do vậy, ở Việt Nam, hoạt động tống đạt văn bản cho công dân Việt Nam ở nước ngoài đã được tách ra khỏi quy trình UTTP về dân sự. Việc thực hiện phương thức tống đạt này thực hiện theo quy định của Thông tư liên tịch giữa Tòa án nhân dân tối cao và Bộ Ngoại giao đối với việc tống đạt giấy tờ cho công dân Việt Nam ở nước ngoài. Trước đây, Thông tư số 15/2006/TTLT-BTP-BNG-TANDTC có quy định về việc tống đạt này, nhưng hiện nay, do có chủ trương ban hành Thông tư riêng nên Thông tư số 12/2016/TTLT-BTP-BNG-TANDTC[16] không quy định về tống đạt cho công dân Việt Nam ở nước ngoài.

Đối với việc ban hành Thông tư riêng để điều chỉnh trực tiếp về việc tống đạt giấy tờ cho công dân Việt Nam ở nước ngoài, hiện nay, Thông tư liên tịch này đã được soạn thảo và đang ở giai đoạn chuẩn bị trình ký liên ngành. Việc chậm ban hành thông tư hướng dẫn đã ảnh hưởng đến việc tống đạt giấy tờ đối với công dân Việt Nam ở nước ngoài. Bởi hiện nay, nhu cầu tống đạt giấy tờ đối với công dân Việt Nam ở nước ngoài là rất lớn. Kết quả thống kê từ nhiều năm nay cho thấy, số lượng hồ sơ UTTP ra nước ngoài chủ yếu phát sinh từ các vụ án ly hôn giữa nguyên đơn là người vợ trong nước xin ly hôn với bị đơn là người chồng đang cư trú ở nước ngoài. Trong năm 2017, số lượng vụ án hôn nhân và gia đình phát sinh yêu cầu UTTP ra nước ngoài là 1476/3264 hồ sơ, chiếm 45,2% tổng số hồ sơ[17]. Việc tống đạt giấy tờ cho công dân Việt Nam ở nước ngoài không hiệu quả sẽ ảnh hưởng rất lớn đến quyền, lợi ích hợp pháp của phụ nữ và trẻ em ở trong nước trong các vụ án về ly hôn.

Trong khi Thông tư liên tịch này chưa được ban hành, Công văn 33/TANDTC-HTQT hướng dẫn: Tòa án nhân dân các cấp thực hiện tống đạt văn bản tố tụng cho đương sự là công dân Việt Nam ở nước ngoài theo đường bưu chính đã được quy định tại điểm c khoản 1 Điều 474 BLTTDS năm 2015. Trong trường hợp không thể thực hiện được việc tống đạt văn bản tố tụng theo đường bưu chính, các tòa án phải báo cáo ngay bằng văn bản với Tòa án nhân dân tối cao để Tòa án nhân dân tối cao thống nhất phương án giải quyết với Bộ Ngoại giao (theo mục 2 phần II Công văn 33/TANDTC-HTQT).

c. Theo đường dịch vụ bưu chính cho người đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền tại Việt Nam của đương sự ở nước ngoài (điểm e khoản 1 Điều 474)

Đây là trường hợp người tham gia tố tụng tại tòa án Việt Nam là người đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền của đương sự ở nước ngoài. Trong trường hợp này, cơ quan có thẩm quyền có thể tống đạt giấy tờ theo đường dịch vụ bưu chính cho người người đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền của họ tại Việt Nam.

Ngoài ba phương thức tống đạt giấy tờ ra nước ngoài như đã phân tích trên, BLTTDS năm 2015 còn quy định phương

(Xem tiếp trang 84)

[16] Thay thế Thông tư số 15/2006/TTLT-BTP-BNG-TANDTC.

[17] Thông báo của Tòa án nhân dân tối cao đến Bộ Tư pháp kết quả thực hiện công tác tương trợ tư pháp tại Tòa án nhân dân năm 2017 (từ ngày 01/10/2016 đến ngày 15/9/2017).

QUYỀN ĐƯỢC SỬ DỤNG THỰC PHẨM AN TOÀN THEO PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Vũ Công Giao*
Nguyễn Đình Đức*

Tóm tắt: *Bài viết phân tích khái niệm và nội dung các quy định về quyền được sử dụng thực phẩm an toàn trong pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam, qua đó đưa ra một số khuyến nghị đối với nước ta trong bối cảnh hiện nay.*

Abstract: *The paper analyzes the notion of and substantive provisions on the right to safe food under international and Vietnamese laws, thereby it makes recommendations for Vietnam in the current climate.*

1. Khái niệm thực phẩm an toàn và quyền được sử dụng thực phẩm an toàn theo luật quốc tế

Khái niệm thực phẩm "an toàn" (hay thực phẩm "sạch") khá rộng và trừu tượng. Theo Tổ chức y tế thế giới (WHO), thực phẩm đạt mức "an toàn" là khi *không chứa hoặc chứa hàm lượng ở mức chấp nhận được các chất ô nhiễm hay vi khuẩn mà bình thường có thể gây nhiễm độc, hoặc bất kì chất nào khác có thể khiến thực phẩm trở nên có hại cho sức khỏe*[1]. Nói cách khác, "thực phẩm an toàn" là loại thực phẩm cung cấp các chất dinh dưỡng phù hợp, thiết yếu mà không gây hại cho sức khỏe của người sử dụng do các loại ô nhiễm hóa chất, ô nhiễm sinh học hay các hình thức ô nhiễm khác gây ra.

Gắn liền với khái niệm "thực phẩm an toàn" là khái niệm "an toàn thực phẩm". WHO định nghĩa an toàn thực phẩm có nghĩa là đảm bảo thực phẩm sẽ không gây hại cho con người cả trong quá trình chuẩn bị và/hoặc khi đã sử dụng[2]. Nhằm thống nhất ý chí và hành động của các quốc gia trong việc bảo đảm an toàn thực phẩm, kể từ năm 1962, Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp Liên hợp quốc (FAO) đã xây dựng Bộ quy tắc về Thực phẩm (*Codex Alimentarius* hay *Food Code)*[3] và thành lập Ủy ban Tiêu chuẩn thực phẩm quốc tế - một cơ quan liên chính phủ với 165 nước thành viên - nhằm xác lập các tiêu chuẩn quốc tế về thực phẩm cũng như tổ chức thực hiện các hoạt động đảm bảo an toàn thực phẩm trên phạm vi toàn cầu.

Trong quá trình tổ chức thực hiện, Bộ quy tắc về Thực phẩm của FAO đã nhận được sự ủng hộ của nhiều tổ chức quốc tế, trong đó bao gồm Liên minh các tổ chức của người tiêu dùng (International Organization of Consumers Unions - IOCU), Tổ chức Tiêu chuẩn hoá quốc tế (International Organization for Standardization - ISO), Hiệp hội các nhà hoá phân tích (Association of Official

* PGS. TS., Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.
** Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

[1] FAO, *Food: a Fundamental Human Right*, tại http://www.fao.org/focus/e/rightfood/right2.htm, truy cập ngày 5/4/2018.

[2] WHO (1996), http://www.who.int/features/factfiles/food_safety/en/, tr. 2.

[3] FAO, *Codex Alimentarius: How it came about*, tại http://www.fao.org/docrep/t3530e/t3530e02.htm, truy cập ngày 5/4/2018.

Analytical Chemists - AOAC), Hội đồng Kinh tế châu Âu của Liên hợp quốc (United Nations Economic Commission for Europe), Liên đoàn Sữa quốc tế (International Dairy Federation - IDF), Viện quốc tế về các khoa học cuộc sống (International Life Sciences Institute - ILSI)[4]. Ngay từ thời điểm năm 1994, đã có 146 quốc gia thừa nhận và áp dụng Bộ quy tắc về Thực phẩm. Các quốc gia này đã cùng nhau xác định 237 tiêu chuẩn về hàng hoá thực phẩm, 41 quy tắc về kỹ thuật và vệ sinh thực phẩm, đánh giá ảnh hưởng của 185 loại thuốc bảo vệ thực vật với an toàn thực phẩm, xác định được 3.274 hạn mức dư lượng tối đa thuốc bảo vệ thực vật được phép có trong thực phẩm, đánh giá mức độ an toàn của 760 loại chất phụ gia, 25 loại chất gây ô nhiễm và 54 loại thuốc thú y với thực phẩm[5].

Xét về phương diện quyền, vấn đề thực phẩm an toàn gắn với quyền có mức sống thích đáng (*the right to an adequate standard of living*) – là một trong những quyền con người cơ bản thuộc nhóm quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (theo cách phân loại của Liên hợp quốc). Quyền có mức sống thích đáng được ghi nhận đầu tiên trong Điều 25 Tuyên ngôn Toàn thế giới về Quyền con người (UDHR, 1948), sau đó được tái khẳng định và cụ thể hoá tại các Điều 11 và 12 Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa (ICESCR, 1966). Biểu hiện của "mức sống thích đáng" phản ánh qua sức khoẻ (*health*) và "sự an lạc" (*well-being*) của mỗi cá nhân và gia đình họ; nội dung của "mức sống thích đáng" thể hiện qua các yếu tố thực phẩm (*food*), quần áo (*clothing*), nhà ở (*housing*), chăm sóc y tế (*medical care*), và những dịch vụ xã hội cần thiết (*necessary social services*)[6]. Cũng theo các quy định nói trên, quyền được hưởng mức sống thích đáng gắn liền với quyền được hưởng an sinh xã hội trong trường hợp thất nghiệp, đau ốm, tật nguyền, góa bụa, già yếu, hay thiếu phương kế sinh nhai do những hoàn cảnh ngoài ý muốn[7].

Trong số các yếu tố cấu thành quyền có mức sống thích đáng, thực phẩm thích đáng (*adequate food*) được xem là yếu tố hàng đầu, có ý nghĩa quan trọng nhất. Bởi lẽ thực phẩm là nguồn dinh dưỡng cốt yếu để phát triển cơ thể, đảm bảo sức khỏe cho mỗi cá nhân có thể sinh hoạt, lao động, tận hưởng các quyền của mình. Nếu không được bảo đảm về thực phẩm thì không ai có thể tận hưởng "mức sống thích đáng", cũng như có thể "đảm bảo sức khỏe, phúc lợi của bản thân và gia đình"[8]. Chính vì vậy, thể chế hoá quyền có mức sống thích đáng tại Điều 25 UDHR, Điều 11 ICESCR đã đề cập đến khái niệm *quyền cơ bản của tất cả mọi người là không bị đói* (*fundamental right of everyone to be free from hunger*)[9]. Cũng theo cách tiếp cận đó, FAO cho rằng, bản thân quyền có thực phẩm thích đáng cũng chính là một quyền con người cơ bản (*fundamental right*)[10].

[4] FAO, *Codex Alimentarius: How it came about*, tlđd.

[5] FAO, *Codex Alimentarius: How it came about*, tlđd.

[6] UDHR (Điều 25), ICESCR (Điều 11). Xem tại http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx, truy cập ngày 5/4/2018.

[7] UDHR (Điều 25), ICESCR (Điều 11). Xem tại http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx, truy cập ngày 5/4/2018.

[8] Khoản 1, Điều 25, UDHR.

[9] ICESCR (Điều 11, khoản 2). Xem tại http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx , truy cập ngày 5/4/2018.

[10] FAO, *Food: a Fundamental Human Right*, tlđd.

Thấy được tầm quan trọng của quyền về thực phẩm thích đáng, một số nước đã ghi nhận quyền này ngay trong Hiến pháp của nước mình, cụ thể như Bangladesh, Brazil, Colombia, Congo, Cuba, Ecuador, Ethiopia, Guatemala, Haiti, India, Islamic Republic of Iran, Malawi, Nicaragua, Nigeria, Paraguay, Pakistan, South Africa, Sri Lanka, Uganda, Ukraine[11].

Vi phạm quyền có thực phẩm thích đáng là một khái niệm rộng, trong đó bao gồm hành vi phân biệt đối xử dựa trên bất kỳ yếu tố nào (như dân tộc, chủng tộc, giới tính, ngôn giữ, tôn giáo, tín ngưỡng, quan điểm chính trị, xuất thân, tài sản…) trong việc bảo đảm sự tiếp cận với nguồn thực phẩm hoặc với các phương tiện để có thực phẩm[12]. Thủ phạm của hành vi vi phạm quyền này có thể là cá nhân, tổ chức, quốc gia. Đáng lưu ý là theo Tuyên bố Rome về An toàn thực phẩm thế giới (Rome Declaration on World Food Security, 1999) việc cấm vận thực phẩm như là vũ khí để gây áp lực về chính trị hoặc kinh tế với một quốc gia cũng bị xem là vi phạm quyền có thực phẩm thích đáng[13]. Đồng thời, việc một chính phủ không kêu gọi viện trợ hoặc từ chối các khoản viện trợ nhân đạo về thực phẩm của cộng đồng quốc tế trong thời kỳ khủng hoảng, ví dụ như nội chiến hay thiên tai, dẫn tới nạn đói trong dân chúng, cũng bị coi là vi phạm quyền này[14].

Nội hàm của quyền có thực phẩm thích đáng bao gồm nhiều yếu tố, trong đó yếu tố an toàn, "không có chất độc hại" (*free from adverse substances*) được nhắc đến như là một tiêu chuẩn thiết yếu trong Bình luận chung số 12 của Uỷ ban về các quyền kinh tế, xã hội và văn hoá (CESCR - cơ quan giám sát thực thi ICESCR) vào năm 1999[15]. Đây là kết quả của những nỗ lực vận động quốc tế từ đầu thập niên 1990, trong đó nổi bật nhất là Hội nghị quốc tế về dinh dưỡng lần thứ nhất (ICN) diễn ra năm 1992 tại Rome (Italia)[16]. Trong hội nghị này, tầm quan trọng của an toàn thực phẩm được đề cập trong 3/9 chủ đề ưu tiên của Kế hoạch Hành động vì dinh dưỡng được các nước tham gia hội nghị thông qua[17].

Mặc dù không được nêu cụ thể trong ICESCR, song trong Bình luận chung số 12, CESCR khẳng định mọi người đều có quyền được tiếp cận và sử dụng thực phẩm an toàn[18]. Như vậy, CESCR đã xem quyền được sử dụng thực phẩm an toàn như là một quyền hàm chứa trong quyền được có thực phẩm thích đáng, mà rộng hơn là quyền có mức sống thích đáng – một trong các quyền kinh tế, xã hội cơ bản của con người.

Giống như WHO, CESCR quan niệm rằng, tiếp cận thực phẩm an toàn liên quan đến tất cả các hình thức mua bán, trao đổi, sản xuất, chế biến thực phẩm[19]. Bất kỳ chủ thể nào, kể cả Nhà nước hoặc bên thứ ba, có hành vi mua bán, trao đổi, sản xuất, chế biến thực phẩm bẩn, hoặc gây ô nhiễm môi

[11] Nguồn: http://www.fao.org/focus/e/rightfood/right7.htm, truy cập ngày 8/4/2018.
[12] FAO, *Food: a Fundamental Human Right*, tlđd.
[13] Rome Declaration on World Food Security, 1999, tại http://www.fao.org/docrep/003/w3613e/w3613e00.htm, truy cập ngày 5/4/2018.
[14] FAO, *Food: a Fundamental Human Right*, tlđd.
[15] CESCR, *General Comment No. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11 of the Covenant)*, tại http://www.refworld.org/docid/4538838c11.html, truy cập ngày 5/4/2018.
[16] Nguồn: http://www.fao.org/docrep/v7700t/v7700t02.htm, truy cập ngày 5/4/2018.
[17] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tr.1, tại http://apps.who.int/iris/handle/10665/63592, truy cập ngày 5/4/2018.
[18] CESCR, *General Comment No. 12*, tlđd.
[19] CESCR, *General Comment No. 12*, tlđd.

trường làm ảnh hưởng tiêu cực đến mức độ an toàn trong quá trình sản xuất thực phẩm, đều bị xem là vi phạm quyền này[20].

2. Trách nhiệm của các quốc gia và các chủ thể liên quan trong việc bảo đảm quyền được sử dụng thực phẩm an toàn

Theo cách tiếp cận chung của luật nhân quyền quốc tế, các quốc gia có ba nghĩa vụ gắn với việc bảo đảm quyền được sử dụng thực phẩm an toàn của người dân, đó là:

- *Nghĩa vụ tôn trọng*, đòi hỏi các quốc gia không được tiến hành bất kỳ hành động hay sự can thiệp tuỳ tiện, bất hợp lý nào cản trở việc tiếp cận và sử dụng thực phẩm an toàn của người dân.

- *Nghĩa vụ bảo vệ*, đòi hỏi các quốc gia phải tiến hành các biện pháp ngăn ngừa và xử lý những hành vi vi phạm quyền được sử dụng thực phẩm an toàn của người dân do bất kỳ chủ thể nào gây ra, kể cả do các cơ quan và cán bộ nhà nước.

- *Nghĩa vụ hỗ trợ,* đòi hỏi các quốc gia phải chủ động tiến hành các hoạt động để giúp đỡ người dân, đặc biệt là các nhóm xã hội yếu thế, được tiếp cận và sử dụng thực phẩm an toàn.

Theo Giáo sư Asbjørn Eide - một chuyên gia nổi tiếng thế giới về các quyền kinh tế, xã hội, văn hoá - trong các nghĩa vụ nêu trên của quốc gia, quyền về thực phẩm thích đáng, bao gồm cả quyền được có thực phẩm an toàn, nghĩa vụ tôn trọng chỉ được xem là cấp ban đầu (*primary level),* nghĩa vụ bảo vệ là cấp thứ hai (*secondary level*) và nghĩa vụ hỗ trợ là cấp cao nhất (*tertiary level*)[21].

Tuy nhiên, như đã đề cập trong mục 1, mặc dù hàm chứa trong nội dung của quyền có thực phẩm thích đáng, song quyền được sử dụng thực phẩm an toàn không được ghi nhận trong một điều khoản riêng ở ICESCR mà chỉ được nêu trong những khuyến nghị của FAO và WHO. Vì vậy, về cơ bản tính ràng buộc của quyền này được hiểu thông qua tính ràng buộc của quyền có thực phẩm thích đáng, được giải thích bởi CESCR trong Bình luận chung số 12. Bình luận chung này làm rõ những tiêu chuẩn thiết yếu của quyền có thực phẩm thích đáng, thể hiện ở hai khía cạnh, đó là: (i) Thực phẩm phải sẵn có về số lượng, chất lượng đủ thỏa mãn nhu cầu, *không có chất độc hại* và chấp nhận được về mặt văn hóa; (ii) Có thể tiếp cận nguồn thực phẩm theo những cách bền vững và không ảnh hưởng đến những quyền con người khác[22].

Như vậy, nghĩa vụ của các quốc gia trong vấn đề này là ngoài việc đảm bảo đáp ứng về lượng và chất, thực phẩm cung cấp cho người dân phải "không có chất độc hại". Đây được xem là tiêu chuẩn cao nhất trong các tiêu chuẩn về thực phẩm.

Giống như các quyền kinh tế, xã hội, văn hoá khác, việc thực hiện nghĩa vụ của quốc gia đối với quyền được sử dụng thực phẩm an toàn cũng chịu sự chi phối bởi nguyên tắc đặc thù trong việc thực thi nhóm quyền kinh tế, xã hội, văn hóa, đó là nguyên tắc *liên tục tiến bộ (progressive realization)*[23]. Điều đó có nghĩa là việc bảo

[20] CESCR, *General Comment No. 12,* tlđd.

[21] Asbjørn Eide, *The human right to adequate food and freedom from hunger,* tại http://www.fao.org/docrep/w9990e/w9990e03.htm, truy cập ngày 5/4/2018.

[22] CESCR, *General Comment No. 12,* tlđd.

[23] Về nguyên tắc này, xem *Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, https://www.escr-net.org/resources/limburg-principles-implementation-international-covenant-economic-social-and-cultural, truy cập ngày 5/4/2018. Cũng xem *Fact Sheet No.16 (Rev.1), The Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, tại http://www.ohchr.org/

đảm thực phẩm hoàn toàn không có chất gây hại có thể coi là một mục tiêu mà các quốc gia phải nỗ lực liên tục để đạt được, chứ không phải là yêu cầu cần phải thực hiện ngay lập tức. Trên thực tế, cả WHO và FAO cũng có quan điểm đó khi chấp nhận khái niệm thực phẩm an toàn là thực phẩm không gây hại cho sức khỏe của người sử dụng, *hoặc có chứa hàm lượng ở mức an toàn các chất có thể gây hại*. Tuy nhiên, cũng cần nhấn mạnh rằng, nguyên tắc *liên tục tiến bộ* đòi hỏi các quốc gia, tuy có thể không bảo đảm một cách hoàn toàn quyền sử dụng thực phẩm an toàn trong thời gian ngắn, nhưng *phải thực hiện ngay và liên tục* các biện pháp, với sự nỗ lực cao nhất và sử dụng tối đa các nguồn lực hiện có để đạt được tiến bộ ngày càng cao trong việc đảm bảo an toàn vệ sinh thực phẩm[24]. Thêm vào đó, nghĩa vụ sử dụng tối đa nguồn lực sẵn có còn được hiểu là sử dụng cả các nguồn lực trong nước và nguồn lực bên ngoài thông qua hỗ trợ và hợp tác quốc tế[25].

Hiện tại, thực phẩm đã trở thành loại hàng hóa có tính thương mại quốc tế rất cao, bởi vậy vấn đề an toàn thực phẩm không chỉ thuộc về công việc nội bộ một quốc gia mà còn chịu sự điều chỉnh bởi Luật Quốc tế, đặc biệt là Luật Nhân quyền và Luật Thương mại quốc tế. Điều đó có nghĩa là, để bảo đảm quyền được sử dụng thực phẩm an toàn của người dân, các Nhà nước còn phải tuân thủ đầy đủ các văn kiện quốc tế về vấn đề này, cụ thể như những quy định trong ICESCR và các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị của FAO, WHO, WTO hay Ủy ban Tiêu chuẩn thực phẩm quốc tế...

Từ một góc độ khác, theo Hướng dẫn của WHO về thúc đẩy chương trình quốc gia về an toàn thực phẩm, việc đảm bảo an toàn thực phẩm là trách nhiệm của nhiều chủ thể[26], trong đó các Nhà nước có vai trò, trách nhiệm chính. Đối với các Nhà nước, để thực hiện đầy đủ nghĩa vụ trong vấn đề này, trước hết cần ban hành những quy định pháp luật về an toàn thực phẩm và đề ra các giải pháp để thực thi một cách hiệu quả[27]. Bên cạnh đó, các Nhà nước cần tuyên truyền, phổ biến, hướng dẫn người dân và các chủ thể liên quan về bảo đảm an toàn thực phẩm trong các hoạt động nông nghiệp, công nghiệp, thương mại, sản xuất, tiêu dùng, cũng như cần phải thu thập thông tin, nghiên cứu, cung cấp các dịch vụ y tế để giải quyết các vấn đề về sức khoẻ gây ra cho người dân do thiếu an toàn thực phẩm[28]. Đối với người tiêu dùng, cần phải tự tìm hiểu, trang bị kiến thức về an toàn thực phẩm cho mình để chủ động phân biệt và lựa chọn thực phẩm phù hợp, đảm bảo an toàn thực phẩm ngay trong gia đình, đồng thời kêu gọi sự tham gia của cộng đồng, hình thành các nhóm hoạt động của người tiêu dùng để góp phần giải quyết vấn đề an toàn thực phẩm[29]. Đối với ngành công nghiệp/thương mại, các nhà sản xuất và phân phối sơ cấp phải tuân thủ các tiêu chuẩn, đảm bảo chất lượng và kiểm soát chặt chẽ thực phẩm trong mọi quá trình sản xuất, chế biến, bảo quản và phân phối[30].

Documents/Publications/FactSheet16rev.1en.pdf, truy cập ngày 5/4/2018.

[24] Khoản 1 Điều 2 ICESCR.

[25] Khoản 1 Điều 2 ICESCR.

[26] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tlđd, tr.3.

[27] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tlđd, tr.3.

[28] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tlđd, tr.3.

[29] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tlđd, tr.3.

[30] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tlđd, tr.3.

Việc xử lý thực phẩm phải sử dụng công nghệ phù hợp, người quản lý và người xử lý thực phẩm phải được đào tạo, thực phẩm phải dán nhãn mác có đầy đủ thông tin và phải tham gia giáo dục người tiêu dùng về thực phẩm an toàn[31].

WHO cũng đưa ra khuyến nghị cho các nước thành viên rằng, việc xây dựng chính sách và kế hoạch hành động an toàn thực phẩm quốc gia cần dựa trên một số điểm cốt lõi sau: Chuẩn bị hồ sơ và kho dữ liệu về an toàn thực phẩm, trong đó bao gồm thông tin về những yếu tố ảnh hưởng đến an toàn thực phẩm; tổ chức các cuộc đối thoại và sự hợp tác giữa các cơ quan và đối tác, xem đó là yếu tố quan trọng hàng đầu để đạt được hiệu quả cao nhất về an toàn thực phẩm[32]. WHO cũng khuyến cáo các quốc gia không nên sử dụng cùng một cơ quan chính phủ để đồng thời tư vấn cho nhà sản xuất thực phẩm và bảo vệ người tiêu dùng, vì có thể dẫn đến xung đột lợi ích[33].

FAO cũng đã xây dựng bộ hướng dẫn nhằm hỗ trợ quá trình hiện thực hóa quyền có thực phẩm thích đáng trong bối cảnh an ninh thực phẩm quốc gia (được thông qua vào kì họp thứ 127 của Hội đồng FAO vào tháng 11/2004)[34]. Trong các hướng dẫn đó, hướng dẫn số 9 đưa ra 9 khuyến nghị với các quốc gia nhằm đảm bảo an toàn thực phẩm và bảo vệ người tiêu dùng, bao gồm[35]:

- Có biện pháp đảm bảo tất cả các loại thực phẩm trên thị trường tương thích với tiêu chuẩn an toàn thực phẩm quốc gia.

- Xây dựng hệ thống kiểm soát thực phẩm toàn diện và hợp lý với cơ chế giám sát và phân tích rủi ro để giảm nguy cơ các bệnh về thực phẩm.

- Hợp lý hóa các thủ tục, tránh khoảng cách và chồng chéo giữa các cơ quan kiểm tra và quy định pháp luật về kiểm soát thực phẩm và an toàn thực phẩm; áp dụng các tiêu chuẩn khoa học về an toàn thực phẩm được quốc tế chấp nhận; có hành động để ngăn ngừa sự ô nhiễm từ các hoá chất công nghiệp và các chất ô nhiễm khác trong sản xuất, chế biến, bảo quản, vận chuyển, phân phối, xử lý và kinh doanh thực phẩm.

- Thành lập một Ủy ban điều phối quốc gia về thực phẩm có sự tham gia của cả Nhà nước và các chủ thể ngoài Nhà nước; hỗ trợ các chủ thể tư nhân trong việc kiểm soát cũng như giám sát quá trình kiểm soát của các cơ sở sản xuất thực phẩm.

- Trường hợp cần thiết, hỗ trợ nông dân và các nhà sản xuất sơ cấp tuân thủ quá trình thực hành sản xuất tốt, thực hành nông nghiệp tốt; cân nhắc xây dựng hệ thống thực phẩm và cơ chế giám sát để đảm bảo cung cấp thực phẩm an toàn cho người tiêu dùng.

- Giáo dục các nhà sản xuất về thực hành sản xuất tốt để không có dư lượng chất có hại trong thực phẩm và gây hại cho môi trường; giáo dục người tiêu dùng về cách sử dụng, bảo quản, xử lý thức ăn trong gia đình; hợp tác với các tổ chức quốc tế và trong khu vực để giải quyết các vấn đề an toàn thực phẩm.

- Áp dụng các biện pháp bảo vệ người tiêu dùng thực phẩm trên thị trường phù hợp với quy định của WTO.

---

[31] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tlđd, tr.3.

[32] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tlđd, tr.10.

[33] WHO (1996), *Guidelines for strengthening a National Food Safety Programme*, tlđd, tr.10.

[34] FAO, *Voluntary guidelines to support the progressive realization of the right to adequate food in the context of national food security*, Rome, 2005, tr. 19-21.

[35] FAO, *Voluntary guidelines*, tlđd, tr. 19-21.

- Hợp tác với nhiều bên nhằm giải quyết các vấn đề an toàn thực phẩm và cân nhắc sự tham gia của nhiều bên vào các diễn đàn quốc gia và quốc tế trong việc xây dựng chính sách tác động đến sản xuất, chế biến, phân phối, bảo quản và tiếp thị thực phẩm.

- Cung cấp hỗ trợ kỹ thuật cho các quốc gia đang phát triển nhằm đào tạo và xây dựng năng lực trong vấn đề an toàn thực phẩm (với các quốc gia phát triển).

3. Quyền được sử dụng thực phẩm an toàn theo pháp luật Việt Nam

Thực phẩm bẩn là vấn đề mà tất cả các quốc gia phải đối mặt, song diễn ra nghiêm trọng hơn ở các nước đang phát triển, trong đó có Việt Nam.

Vượt lên khó khăn của một đất nước bị tàn phá bởi chiến tranh và cấm vận, Việt Nam được cộng đồng quốc tế đánh giá cao vì đã thành công trong nỗ lực chống đói nghèo[36] khi giảm từ 70% dân số suy dinh dưỡng trong giai đoạn đầu thập niên 1990[37] xuống 10% ở thời điểm hiện tại[38], đạt được mục tiêu đầu tiên của Các mục tiêu thiên niên kỷ (Millennium Development Goals – MDG). Tuy nhiên, cùng với tốc độ phát triển kinh tế nhanh, Việt Nam đã và đang phải đối mặt với một vấn đề khác có tác động tiêu cực không kém tới chất lượng cuộc sống của người dân, đó là thực phẩm bẩn. Chất lượng thực phẩm đang là vấn đề nhức nhối trong xã hội, và việc bảo đảm người dân được tiêu dùng thực phẩm an toàn chính là bảo đảm quyền có thực phẩm thích đáng của người dân Việt Nam. Trong thời gian qua, cơ quan chức năng ở các thành phố lớn như Hà Nội, Hồ Chí Minh và các tỉnh thành như Bình Dương, Đắc Lắc, Quảng Ninh, Tuyên Quang, Cao Bằng, Nghệ An đã từng phát hiện số lượng lớn thực phẩm vi phạm các tiêu chuẩn về an toàn vệ sinh thực phẩm[39], và thực tế đã xảy ra nhiều vụ ngộ độc thực phẩm gây ra những thiệt hại về tính mạng. Theo báo cáo của Bộ Y tế, trong năm 2017 trên địa bàn cả nước xảy ra 139 vụ ngộ độc thực phẩm với 3.869 người mắc, 3.705 người đi viện, 24 trường hợp tử vong[40].

Trong khi đó, vấn đề an toàn thực phẩm chỉ mới được quan tâm điều chỉnh trong pháp luật Việt Nam vào khoảng gần một thập kỷ gần đây. Hiến pháp năm 2013 không có quy định nào cụ thể về quyền sử dụng thực phẩm an toàn hay quyền có thực phẩm thích đáng, chỉ có hai điều liên quan là Điều 19 và Điều 38. Điều 19 quy định: "*Mọi người có quyền sống. Tính mạng con người được pháp luật bảo hộ. Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật"*. Theo Khoản 1 Điều 38: "*Mọi người có quyền được bảo vệ, chăm sóc sức khỏe, bình đẳng trong việc sử dụng các dịch vụ y tế và có nghĩa vụ thực hiện các quy định về phòng bệnh, khám bệnh, chữa bệnh"*. Như vậy, có thể thấy rằng, các nhà lập hiến Việt Nam chưa tiếp

[36] UN News, *UN food agency says 38 countries have met international target on hunger eradication*, 12/06/2013, https://news.un.org/en/story/2013/06/442092-un-food-agency-says-38-countries-have-met-international-target-hunger, truy cập ngày 5/4/2018.

[37] FAO, *Viet Nam launches national Zero Hunger Challenge*, 14/1/2015 http://www.fao.org/news/story/en/item/274816/icode/, truy cập ngày 5/4/2018.

[38] DW, *Vietnam's fight against hunger - a success story*, 27/2/2015, http://www.dw.com/en/vietnams-fight-against-hunger-a-success-story/a-18477927, truy cập ngày 5/4/2018.

[39] Báo Nhân dân, Nhức nhối nỗi lo mất an toàn thực phẩm, 27/12/2016, http://www.nhandan.com.vn/xahoi/tin-tuc/item/31669602-nhuc-nhoi-noi-lo-mat-an-toan-thuc-pham-ky-1.html, truy cập ngày 5/4/2018.

[40] Báo Công lý, *Gần 4.000 người ngộ độc thực phẩm trong năm 2017*, 19/01/2018, tại http://congly.vn/xa-hoi/suc-khoe/gan-4-000-nguoi-ngo-doc-thuc-pham-trong-nam-2017-241314.html, truy cập ngày 5/4/2018.

cận vấn đề từ góc độ một quyền riêng là quyền có thực phẩm thích đáng. Việc đảm bảo quyền được sử dụng thực phẩm an toàn mới chỉ được gắn với, và là một phần của việc đảm bảo các quyền được bảo vệ sức khỏe và quyền được sống của mọi người.

Do hướng tiếp cận dựa trên quyền có thực phẩm thích đáng chưa được chú trọng nên trong thực tế, chỉ khi xảy ra những vụ việc sức khỏe, tính mạng của người tiêu dùng thực phẩm bị đe doạ thì truyền thông, xã hội mới chú ý đến. Nói cách khác, do chưa chú ý đến hướng tiếp cận này nên các tiêu chuẩn về thực phẩm an toàn ở nước ta vẫn chưa nhận được sự quan tâm thích đáng của cả Nhà nước và xã hội.

Bên cạnh các quy định nêu trên của Hiến pháp năm 2013, còn một số văn bản pháp luật hiện hành của Việt Nam có quy định về an toàn thực phẩm, tiêu biểu là Luật An toàn thực phẩm năm 2010, Điều 317 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), Nghị định số 15/2018/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật An toàn thực phẩm và Nghị định số 178/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính về lĩnh vực an toàn thực phẩm.

Luật An toàn thực phẩm nêu ra định nghĩa: *An toàn thực phẩm là việc bảo đảm để thực phẩm không gây hại đến sức khỏe, tính mạng con người,* đồng thời quy định các vấn đề như: (i) Quyền và nghĩa vụ của tổ chức, cá nhân trong bảo đảm an toàn thực phẩm; (ii) Điều kiện bảo đảm an toàn đối với thực phẩm, sản xuất, kinh doanh thực phẩm và nhập khẩu, xuất khẩu thực phẩm; (iii) Quảng cáo, ghi nhãn thực phẩm; (iv) Kiểm nghiệm thực phẩm; (v) Phân tích nguy cơ đối với an toàn thực phẩm; (vi) Phòng ngừa, ngăn chặn và khắc phục sự cố về an toàn thực phẩm; (vii) Thông tin, giáo dục, truyền thông về an toàn thực phẩm; (viii) Trách nhiệm quản lý nhà nước về an toàn thực phẩm. Như vậy, có thể thấy các quy định của Luật An toàn thực phẩm đã tương đối đầy đủ và tương thích với các văn kiện có liên quan của FAO và WHO[41]. Xét về phạm vi, hiện chỉ còn vấn đề liên kết, hợp tác với các tổ chức xã hội, các chủ thể ngoài Nhà nước trong công tác giám sát về an toàn thực phẩm là chưa được quy định (trách nhiệm kiểm tra an toàn thực phẩm được quy định tại Điều 68 Luật này chỉ bao gồm các cơ quan nhà nước, cụ thể là cơ quan quản lý an toàn thực phẩm thuộc Bộ quản lý ngành, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, cơ quan ngang bộ).

Về cơ chế quản lý, theo Luật An toàn thực phẩm và các văn bản hướng dẫn thi hành, có ba bộ có trách nhiệm chính trong quản lý nhà nước về đảm bảo an toàn thực phẩm ở Việt Nam, bao gồm: Bộ Y tế, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn và Bộ Công Thương. Bộ trưởng của ba bộ này ban hành quy chuẩn kỹ thuật quốc gia và quy định cụ thể về điều kiện bảo đảm an toàn thực phẩm đối với cơ sở sản xuất, kinh doanh thực phẩm thuộc lĩnh vực được phân công quản lý. Nguyên tắc quản lý được xác định là: "Một cơ sở sản xuất, kinh doanh chỉ chịu sự quản lý của một cơ quan nhà nước"[42] và "quản lý theo chuỗi cung cấp thực phẩm với từng nhóm thực phẩm"[43].

---

[41] Chính phủ, *Báo cáo "Tình hình thực thi chính sách, pháp luật về quản lý an toàn thực phẩm giai đoạn 2011-2016"*. Theo báo cáo này, tiêu chuẩn và quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về an toàn thực phẩm của Việt Nam đã ban hành đều tương đồng, tiệm cận với quy chuẩn của Ủy ban Tiêu chuẩn thực phẩm quốc tế, ASEAN hoặc các nước tiên tiến trên thế giới.

[42] Thông tư liên tịch số 13/2014/TTLT-BYT-BNNPTNT-BCT.

[43] Chính phủ, *Báo cáo "Tình hình thực thi chính sách, pháp luật về quản lý an toàn thực phẩm giai đoạn 2011-2016"*, tlđd, tr.1.

Theo Luật An toàn thực phẩm (khoản 3 Điều 38): "Trong trường hợp Việt Nam chưa có quy chuẩn kỹ thuật tương ứng đối với thực phẩm, phụ gia thực phẩm, chất hỗ trợ chế biến thực phẩm, dụng cụ, vật liệu bao gói, chứa đựng thực phẩm nhập khẩu thì áp dụng theo thỏa thuận quốc tế, điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên". Nghị định số 15/2018/NĐ-CP quy định giảm áp dụng phương thức kiểm tra với các loại thực phẩm đã được xác nhận đạt yêu cầu về an toàn thực phẩm bởi cơ quan, tổ chức có thẩm quyền của nước đã ký kết điều ước quốc tế thừa nhận lẫn nhau trong hoạt động kiểm tra an toàn thực phẩm với Việt Nam và đã có kết quả kiểm tra của cơ quan có thẩm quyền nước xuất khẩu đối với lô hàng, mặt hàng phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam, hoặc "được sản xuất trong các cơ sở áp dụng một trong các hệ thống quản lý chất lượng GMP, HACCP, ISO 22000, IFS, BRC, FSSC 22000 hoặc tương đương".

Nhìn chung, các quy định nêu trên thể hiện cách tiếp cận phù hợp với khuyến nghị của các tổ chức quốc tế, đó là: Liên kết nhiều chủ thể nhưng đồng thời tránh chồng chéo trách nhiệm. Việc chấp nhận các thang đánh giá chất lượng được thế giới công nhận thể hiện tinh thần tuân thủ các tiêu chuẩn thương mại quốc tế của Việt Nam.

Mặc dù vậy, trên thực tế vẫn còn những tiêu chí kiểm tra an toàn thực phẩm chưa được thống nhất giữa các cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền. Cụ thể, theo Thông tư liên tịch số 13/2014/TTLT-BYT-BNNPTNT-BCT, dụng cụ, vật liệu bao gói, chứa đựng thực phẩm đều có thành phần do ba Bộ cùng quản lý; Ví dụ, các sản phẩm có nguồn gốc thực vật dùng làm thực phẩm do Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn quản lý nhưng nếu đó là dược liệu, thực phẩm chức năng thì lại do Bộ Y tế quản lý.

Về chế tài, pháp luật Việt Nam hiện quy định ba loại chế tài với hành vi vi phạm pháp luật về an toàn thực phẩm, bao gồm chế tài hình sự, chế tài hành chính và chế tài dân sự. Chế tài hình sự quy định tại Điều 317 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) có bốn khung hình phạt và hình phạt bổ sung, trong đó mức hình phạt thấp nhấp là 1 năm tù và cao nhất là 20 năm tù, mức phạt tiền thấp nhất là 50 triệu đồng, cao nhất là 500 triệu đồng. Chế tài hành chính được quy định tại Nghị định số 178/2013/NĐ-CP với hình thức xử phạt chính (cảnh cáo hoặc phạt tiền), xử phạt bổ sung và các biện pháp khắc phục hậu quả. Chế tài dân sự được quy định tại Điều 53 Luật An toàn thực phẩm năm 2010, theo đó: "Tổ chức, cá nhân cung cấp thực phẩm mà gây ngộ độc phải chịu toàn bộ chi phí điều trị cho người bị ngộ độc và bồi thường thiệt hại theo quy định của pháp luật về dân sự". Hệ thống chế tài này cơ bản phù hợp với xu hướng chung trên thế giới và truyền thống lập pháp của Việt Nam. Mặc dù vậy, do đây là những quy định mới nên sẽ cần thời gian để đánh giá về tính hợp lý và khả thi của từng chế tài trong quá trình áp dụng thực tế.

4. Đề xuất, khuyến nghị cho Việt Nam

Mặc dù trong thời gian gần đây, Nhà nước Việt Nam đã có nhiều nỗ lực lập pháp để giải quyết vấn đề an toàn thực phẩm, nhưng vẫn còn nhiều việc cần làm để tiếp tục hoàn thiện khung khổ chính sách, pháp luật về lĩnh vực này.

Quá trình hoàn thiện pháp luật về an toàn thực phẩm, Việt Nam cần nhất quán tuân thủ và củng cố cách tiếp cận dựa trên

quyền (*human rights-based approach*)[44]; đồng thời cần nghiên cứu áp dụng các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị của các tổ chức quốc tế đã nêu ở trên. Bên cạnh đó, Việt Nam cũng cần tham khảo các khuyến nghị cụ thể cho Việt Nam của Ngân hàng thế giới (WB) đưa ra vào năm 2016 với hai nguyên tắc chính trong quản lý nhà nước về an toàn thực phẩm[45]:

- Phối hợp chặt chẽ giữa các bộ; xây dựng đội ngũ thanh kiểm tra an toàn thực phẩm được đào tạo bài bản; lập hồ sơ dựa trên phân tích nguy cơ của các ngành sản xuất, chế biến và kinh doanh thực phẩm nhằm lập kế hoạch giám sát an toàn thực phẩm dựa trên nguy cơ và dựa trên bằng chứng khoa học, thiết lập mạng lưới phòng xét nghiệm (Nhà nước và tư nhân) đã được đánh giá năng lực có thể thực hiện các xét nghiệm kịp thời và đảm bảo chất lượng.

- Xây dựng một hệ thống bảo đảm an toàn thực phẩm đáng tin cậy và có thẩm quyền trong đó phải có một hệ thống giám sát các mối nguy an toàn thực phẩm một cách toàn diện và minh bạch, có kế hoạch truyền thông cho các cuộc khủng hoảng an toàn thực phẩm, các nỗi lo sợ về thực phẩm không an toàn, các vụ bùng phát dịch và mối quan hệ tốt với công chúng cũng như các tổ chức liên quan đến an toàn thực phẩm.

Đối chiếu với những tiêu chuẩn, khuyến nghị của các tổ chức quốc tế, có thể thấy, Việt Nam cần tiếp tục điều chỉnh các quy định về điều kiện đảm bảo an toàn đối với thực phẩm theo hướng quản lý rủi ro, đặc biệt là với hàng hóa nhập khẩu, để có thể kiểm tra có trọng tâm nhằm nâng cao hiệu lực, giảm tải áp lực cho cơ quan thực thi. Việc này liên quan đến quy định tại điểm b khoản 1 Điều 38 Luật An toàn thực phẩm năm 2010, trong đó nêu rằng: "Thực phẩm, phụ gia thực phẩm, chất hỗ trợ chế biến thực phẩm, dụng cụ, vật liệu bao gói, chứa đựng thực phẩm nhập khẩu phải được cấp Thông báo kết quả xác nhận thực phẩm đạt yêu cầu nhập khẩu đối với từng lô hàng của cơ quan kiểm tra được chỉ định". Trên thực tế, việc tất cả các lô hàng thuộc nhóm hàng này đều phải kiểm tra khiến cho cơ quan kiểm tra phải chịu rất nhiều áp lực.

Bên cạnh đó, Việt Nam cũng cần tiếp tục hoàn thiện các tiêu chuẩn, quy chuẩn kỹ thuật bởi nếu không có những thước đo này thì không thể kiểm soát chất lượng thực phẩm một cách khách quan và khoa học. Thực tế, trong giai đoạn 2011-2016, mới chỉ có 119 quy chuẩn kỹ thuật và 6 quy định đã được ban hành, vẫn còn 453 tiêu chuẩn quốc gia về an toàn thực phẩm đang nằm trong tình trạng đề nghị ban hành.

Việt Nam cũng nên sắp xếp về mặt tổ chức theo hướng cơ quan nhà nước chỉ kiểm tra các tiêu chí liên quan đến an toàn thực phẩm, đồng thời rà soát loại bỏ sự chồng chéo đối với những mặt hàng vừa chịu sự kiểm dịch vừa chịu sự kiểm tra an toàn thực phẩm. Hiện tại, Bộ Y tế, Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn, Bộ Công Thương đều có trách nhiệm và thẩm quyền quản lý, kiểm tra an toàn thực phẩm, nhưng chưa có sự thống nhất giữa các quy định về vấn đề này

[44] Về nguyên tắc tiếp cận dựa trên quyền, xem cuốn *Tiếp cận dựa trên quyền con người: Lý luận, thực tiễn*, Vũ Công Giao-Ngô Minh Hương (chủ biên), Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, 2016.

[45] World Bank, *Quản lý nguy cơ an toàn thực phẩm tại Việt Nam: Những thách thức và cơ hội, Tài liệu tóm lược*, http://www.worldbank.org/vi/country/vietnam/publication/food-safety-risk-management-in-vietnam-challenges-and-opportunities, truy cập ngày 5/4/2018.

tại các thông tư của từng bộ ban hành. Hệ thống văn bản quản lý đối với cơ sở sản xuất, kinh doanh, xuất nhập khẩu thực phẩm cũng đều được ba bộ ban hành và như vậy Ủy ban nhân dân các cấp sẽ phải tiếp nhận một khối lượng lớn văn bản trong khi trình độ hiểu biết về vấn đề an toàn thực phẩm của đội ngũ cán bộ cơ sở còn rất hạn chế, khiến cho hiệu quả thực thi chưa cao[46].

Thực tế cho thấy, các bệnh liên quan đến thực phẩm có nguyên nhân chủ yếu là do vi sinh vật gây lây nhiễm chéo, và do việc tiêu thụ các sản phẩm tươi sống hay chưa nấu chín[47]. Trong khi đó, ở Việt Nam hiện nay, 80% thịt lợn, 85% rau chủ yếu được bày bán tại các chợ lẻ (truyền thống) với điều kiện vệ sinh kém[48]. Vì vậy, Nhà nước cần tiếp tục đầu tư quy hoạch, nâng cấp cơ sở hạ tầng của hệ thống chợ để một mặt tiếp tục duy trì văn hóa thực phẩm truyền thống, mặt khác vẫn đảm bảo an toàn thực phẩm cho người dân.

Cuối cùng, Việt Nam cũng cần hoàn thiện cơ chế pháp lý để thúc đẩy sự tham gia chủ động, tích cực của các chủ thể ngoài Nhà nước vào hoạt động bảo đảm an toàn thực phẩm. Bởi như đã đề cập, mặc dù trong lĩnh vực này trách nhiệm chính thuộc về Nhà nước, song các tổ chức quốc tế đều nhấn mạnh sự tham gia, phối hợp của nhiều thành phần trong xã hội cùng với Nhà nước, qua đó phát huy sức mạnh tổng hợp và huy động được tối đa nguồn lực trong xã hội vào việc giám sát, bảo đảm an toàn thực phẩm.

[46] Chính phủ, *Báo cáo "Tình hình thực thi chính sách, pháp luật về quản lý an toàn thực phẩm giai đoạn 2011-2016"*, tlđd.

[47] Báo Nhân dân, *Các cấp chính quyền phải cùng vào cuộc trong vấn đề an toàn thực phẩm*, 27/3/2017, http://nhandan.com.vn/suckhoe/tin-tuc/ item/32431602-cac-cap-chinh-quyen-phai-cung-vao-cuoc-trong-van-de-an-toan-thuc-pham.html, truy cập ngày 5/4/2018.

[48] Tài liệu trên.

(Tiếp theo trang 73 – Pháp luật về các phương thức…)

thức tống đạt bổ sung tại điểm đ khoản 1 Điều 474: Gửi qua cơ quan đại diện, chi nhánh tại Việt Nam của cơ quan, tổ chức nước ngoài.

Trong trường hợp các phương thức tống đạt nêu trên thực hiện không có kết quả thì tòa án tiến hành niêm yết công khai tại trụ sở cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài, tại tòa án đang giải quyết vụ việc hoặc tại nơi cư trú cuối cùng của đương sự ở Việt Nam trong thời hạn 01 tháng và thông báo trên Cổng thông tin điện tử của tòa án (nếu có), Cổng thông tin điện tử của cơ quan đại diện Việt Nam ở nước ngoài; trường hợp cần thiết, tòa án có thể thông báo qua kênh dành cho người nước ngoài của đài phát thanh hoặc đài truyền hình của trung ương ba lần trong 03 ngày liên tiếp (khoản 3 Điều 474 BLTTDS năm 2015).

Như vậy, qua nghiên cứu quy định của pháp luật Việt Nam so với điều ước quốc tế liên quan mà Việt Nam là thành viên cho thấy, các phương thức tống đạt giấy tờ đối với đương sự ở nước ngoài được quy định trong pháp luật Việt Nam đã tương thích. Để có thể áp dụng một cách hiệu quả các phương thức tống đạt trên thực tế, cần tiến hành đồng thời các giải pháp cơ bản như hoàn thiện cơ sở pháp lý và nâng cao năng lực của các cơ quan thực thi pháp luật về tương trợ tư pháp nói chung và tống đạt giấy tờ ra nước ngoài nói riêng.