

NOM TH 47

PGS.TS. L  MAI THANH

TS. TRẦN VĂN BIÊN

PGS.TS. ☐INH NG☐C V☐NG

tcnnpl@isl.gov.vn

Gi: 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

3

10

19

28

37

46

54

63

72

MONTHLY ISSUE

8(364)

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

ADMINISTRATIVE LAW

❖ NGUYEN PHUOC THO: Bottlenecks and shortcomings of procedures on the making and enactment of Government's decree, Prime Minister's decision 3

❖ VO TAN DAO: Improving regulations on withdrawal of complaints and re-complaints under the 2011 Law on Complaints 10

CRIMINAL LAW

❖ NGUYEN NHAT KHANH – NGUYEN PHUONG THAO – TRAN VAN THUONG: Expulsion under the 2015 Penal Code (amendment and supplementary of 2017): Shortcomings and proposals for improvement 19

ECONOMIC LAW, LABOR LAW, LAND LAW

❖ DANG HOA TRANG – DANH PHAM MY DUYEN: Protection of minority shareholders through supervision of transactions between the company and related persons 28

❖ TRAN VU HAI – NGUYEN NGOC YEN: Conflict of regulations between the Law on Construction and the Law on Bidding in state capital construction investment: Identification and measures 37

❖ NGUYEN VO LINH GIANG: Right to work and non-compete/protection of trade, technology secrets clauses in employment contract under French law – Implications for Vietnam 46

❖ NGUYEN QUANG TUYEN – TRAN TUAN SON: Current situation of land law in Vietnam in a comparative view with the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership 54

SUGGESTIONS FOR DRAFT LEGAL DOCUMENTS

❖ TRAN VAN BIEN: Suggestions for the draft Decree on tontines 63

INTERNATIONAL TRADE LAW

❖ DAO KIM ANH: States' counterclaims in international arbitration for state – foreign investor dispute settlement 72

MỘT SỐ VƯỚNG MẮC, BẤT CẬP TRONG QUY TRÌNH XÂY DỰNG, BAN HÀNH NGHỊ ĐỊNH CỦA CHÍNH PHỦ, QUYẾT ĐỊNH CỦA THỦ TƯỚNG CHÍNH PHỦ

*Nguyễn Phước Thọ**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá một số vướng mắc, bất cập về trình tự, thủ tục ảnh hưởng đến chất lượng và tiến độ, tính kịp thời trong xây dựng, ban hành nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

Abstract: The article analyzes and assesses bottlenecks and shortcomings of procedures affecting quality, progress and promptness of the making and enactment of Government's decree and Prime Minister's decision.

Trong điều kiện thực hiện cơ chế thị trường và xây dựng Nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa, việc ban hành văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trở thành một chức năng cơ bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trong tổ chức thực hiện quyền hành pháp, phân biệt và không lẫn lộn với thực hiện quyền lập pháp và quyền tư pháp. Số lượng văn bản QPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trong những năm qua ngày càng tăng và chất lượng văn bản có tiến bộ. Hàng năm, Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ban hành trung bình 140 nghị định, 90 quyết định¹, thông qua đó đã tạo lập cơ sở vững chắc cho cải cách thể chế, góp phần quan trọng vào những thành tựu đổi mới của đất nước.

Bên cạnh một số bước tiến về nhận thức, một số điểm mới được ghi nhận, sau hơn một năm có hiệu lực, Luật Ban hành

văn bản QPPL năm 2015 bắt đầu bộc lộ một số vướng mắc, bất cập trong quy định về quy trình xây dựng, ban hành nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

1. Không phân biệt quy trình lập pháp và quy trình lập quy

Cùng với các đạo luật, pháp lệnh, hệ thống văn bản QPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ tạo cơ sở thúc đẩy công cuộc đổi mới đất nước, hình thành khuôn khổ pháp lý cho các hoạt động của các chủ thể trong nền kinh tế thị trường, trong hoạt động kinh tế - xã hội nói chung; cho việc thực hiện các chức năng, thẩm quyền của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ trong quản lý điều hành các mặt đời sống kinh tế, xã hội của đất nước.

Ban hành và tổ chức thi hành nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ là thực hiện quyền hành pháp và hành chính nhà nước. Việc Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ ban hành văn bản QPPL là thực hiện quyền lập quy được Hiến pháp và Luật Tổ chức Chính phủ quy định. Văn bản quy phạm của Chính phủ và của Thủ tướng

* Văn phòng Chính phủ.

¹ Trong 9 năm từ năm 2008 đến hết năm 2016, Chính phủ ban hành 1265 nghị định, Thủ tướng Chính phủ ban hành 811 quyết định – Nguồn: Số liệu tổng hợp riêng của tác giả.

Chính phủ là văn bản dưới luật, được ban hành *trên cơ sở luật, để cụ thể hoá luật và để thực hiện luật*.

Theo tinh thần của Hiến pháp năm 1992 và Hiến pháp năm 2013, có sự phân công, phân định rõ vị trí, chức năng, thẩm quyền của cơ quan thực hiện quyền lập pháp và cơ quan thực hiện quyền hành pháp. Hiến pháp năm 2013 còn bảo đảm rõ nét hơn tính độc lập tương đối của Chính phủ (cơ quan thực hiện quyền hành pháp), tạo cơ sở tiền đề để Chính phủ có thể kiểm soát đối với Quốc hội (cơ quan thực hiện quyền lập pháp), cũng như đối với tòa án (cơ quan thực hiện quyền tư pháp). Nói cách khác, quyền lực nhà nước là thống nhất nhưng đã có sự phân biệt giữa cơ quan thực hiện hành pháp và cơ quan thực hiện quyền lập pháp, tư pháp, theo đó nội dung và phương pháp, cách thức thực hiện quyền lực hành pháp của Chính phủ có những đặc trưng riêng, phân biệt với việc thực hiện quyền lực lập pháp, tư pháp.

Xây dựng, ban hành nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ là hình thức thực hiện quyền hành pháp, khác với việc xây dựng, ban hành luật, pháp lệnh là hình thức thực hiện quyền lập pháp. Tuy nhiên, trên thực tế các luật ban hành văn bản QPPL được ban hành ở nước ta (trong hơn 20 năm qua, kể từ Luật năm 1996) đã không phân biệt giữa quy trình lập pháp với quy trình lập quy; đúng hơn là đã áp dụng quy trình lập pháp vào xây dựng, ban hành văn bản pháp quy. Mặc dù trước đây đã có sự phân biệt rất rõ văn bản lập pháp và văn bản lập quy, nhưng đến giai đoạn sau Hiến pháp năm 1992 và Luật Ban hành văn bản QPPL năm 1996 đến nay khi đã thừa nhận chính thức quyền lực nhà nước bao gồm quyền lập pháp, quyền hành pháp và quyền tư pháp; có sự phân công, phối

hợp và kiểm soát giữa các cơ quan thực hiện các quyền lực này thì các khái niệm về quyền lập quy, về văn bản lập quy không còn được sử dụng, và cũng không còn sự phân biệt giữa quy trình lập quy và quy trình lập pháp. Hiện nay, trong phạm vi hoạt động của Chính phủ, về cơ bản không có sự khác biệt trong các bước tiến hành đến nội dung, cách thức thực hiện về trình tự, thủ tục trong nghiên cứu, soạn thảo, trình ban hành hoặc thông qua giữa nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ với dự án luật, pháp lệnh. Xét về trình tự, thủ tục, có thể nói, luật, pháp lệnh là sự kéo dài nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

Việc áp dụng quy trình lập pháp đối với văn bản pháp quy đã làm cho trình tự, thủ tục xây dựng, ban hành nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ trở nên kéo dài, rườm rà, phức tạp, cứng nhắc, hình thức, không thực tế, không có tính khả thi. Trong việc Chính phủ xem xét, thông qua nghị định đã có không ít trình tự, thủ tục thường xuyên không được tuân thủ nghiêm túc. Chẳng hạn, quy định các dự thảo nghị định bắt buộc phải đưa ra thảo luận, thông qua tại phiên họp Chính phủ đã không được thực hiện đầy đủ từ hàng chục năm nay, kể từ khi thực hiện Luật Tổ chức Chính phủ năm 1992 (trên thực tế, số nghị định được đưa ra thảo luận, thông qua tại phiên họp Chính phủ rất ít, còn lại phần lớn được gửi lấy ý kiến các thành viên Chính phủ để thông qua, sau đó được tổng hợp báo cáo Thủ tướng Chính phủ xem xét, ký ban hành)²...

² Kết quả theo dõi trực tiếp và đánh giá riêng của tác giả - người đã công tác tại Văn phòng Chính phủ trên 20 năm liên tục, từ năm 1998 đến nay.

Việc không phân biệt quy trình lập pháp với quy trình lập quy không những làm cho trình tự, thủ tục xây dựng, ban hành văn bản của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ, cũng như của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ và của chính quyền địa phương trở nên rườm rà, phức tạp, hình thức, mà còn ảnh hưởng không nhỏ đến tư duy nhận thức và thực tiễn phân định thẩm quyền quy định, phạm vi điều chỉnh trong những vấn đề cụ thể giữa luật, pháp lệnh và văn bản QPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ. Đó là biểu hiện cụ thể của việc chưa bảo đảm nguyên tắc phân công quyền lực giữa Quốc hội và Chính phủ, thậm chí xóa nhòa ranh giới giữa lập pháp và hành pháp trong điều kiện cụ thể của Việt Nam.

2. Quy trình 2 giai đoạn trong xây dựng, ban hành nghị định đã làm gia tăng tính hình thức, phức tạp trong quy trình

Tương tự như đối với luật, pháp lệnh, trong xây dựng, ban hành nghị định cũng có 2 quy trình phức tạp, đó là: (1) Quy trình xây dựng, thông qua đề nghị xây dựng nghị định, thực chất là quy trình phê duyệt chính sách, được bổ sung theo Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015; và (2) Quy trình nghiên cứu, soạn thảo, thông qua nghị định, về cơ bản, được giữ nguyên như Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008. Với hai quy trình như ghi nhận tại Luật năm 2015, rõ ràng quy trình xây dựng, ban hành nghị định đã trở nên phức tạp hơn, bị kéo dài, trùng lặp, rườm rà.

Kinh nghiệm của Canada về mô hình xây dựng, thông qua chính sách của dự án luật được vận dụng vào Việt Nam trong xây dựng, thông qua đề nghị xây dựng luật và

nghị định. Trong khi tại Canada, việc xây dựng, thông qua chính sách được chú trọng với thủ tục nhiều bước được cụ thể hóa và tương đối phức tạp nhưng việc tiến hành soạn thảo văn bản theo quy trình đơn giản hơn rất nhiều³, thì tại Việt Nam, Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 quy định 2 quy trình này đều phức tạp với nhiều trình tự, thủ tục.

3. Quy định về xây dựng, ban hành nghị định quy định chi tiết luật, pháp lệnh còn rất cứng nhắc; chưa xác định vai trò, trách nhiệm của các cơ quan của Quốc hội

Việc xây dựng, ban hành các văn bản quy định chi tiết thi hành luật, pháp lệnh những năm gần đây đã được kiểm soát chặt chẽ hơn, số lượng giảm, và chủ yếu được giao Chính phủ ban hành (dưới hình thức nghị định); về cơ bản, đã khắc phục được tình trạng nợ đọng văn bản của Chính phủ (năm 2016, 2017 Chính phủ không còn nợ đọng văn bản). Tuy nhiên, phần lớn các nghị định quy định chi tiết thi hành luật, pháp lệnh vẫn chưa được ban hành đúng tiến độ để phù hợp với hiệu lực của luật, pháp lệnh, mặc dù việc ban hành trong vài năm gần đây có được cải thiện⁴.

Thực tế cho thấy, quy định và việc thực thi Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2008

³ Kết quả nghiên cứu khảo sát về quy trình xây dựng ban hành văn bản quy phạm pháp luật tại Canada tháng 10 năm 2013 của Đoàn khảo sát do Thứ trưởng Bộ Tư pháp Đinh Trung Tụng dẫn đầu. Tác giả bài viết là một thành viên tham gia Đoàn khảo sát này.

⁴ Các báo cáo của Bộ Tư pháp về tình hình Chương trình dự án luật, pháp lệnh và ban hành văn bản quy định chi tiết hàng quý, hàng năm trình phiên họp Chính phủ trong các năm 2016 và 2017; Báo cáo kiểm điểm chỉ đạo điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ năm 2016 và năm 2017.

và 2015 về vấn đề ủy quyền lập pháp còn một số bất cập sau đây:

(1) Không giới hạn phạm vi đối tượng được ủy quyền. Theo quy định của Luật, không chỉ Chính phủ mà còn cả Thủ tướng Chính phủ, Bộ trưởng, Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cũng có thể được ủy quyền ban hành văn bản quy định chi tiết luật, pháp lệnh. Điều này dường như chưa tuân thủ nguyên tắc về trật tự pháp quyền trong ban hành văn bản QPPL. Và trên thực tế, nó góp phần tạo ra sự khập khiễng, không đồng bộ, khó kiểm soát trong ban hành văn bản.

(2) Quy định văn bản quy định chi tiết “phải được ban hành để có hiệu lực cùng thời điểm có hiệu lực của văn bản hoặc điều, khoản, điểm được quy định chi tiết”⁵ là quá cứng nhắc, không thực tế. Những vấn đề ủy quyền thường là những vấn đề khó, phức tạp, nhưng thời gian phải nghiên cứu, soạn thảo, ban hành văn bản quy định chi tiết lại quá ngắn (thường là 5 - 6 tháng).

Tham khảo kinh nghiệm của một số nước phát triển, họ quy định rất linh hoạt, chẳng hạn như theo quy định của Pháp “đối với những điều khoản mà việc thi hành đòi hỏi phải có quy định hướng dẫn, thì thời điểm có hiệu lực được lùi lại đến ngày quy định hướng dẫn thi hành có hiệu lực”⁶.

(3) Quy định văn bản quy định chi tiết thi hành phải được soạn thảo và trình cùng với dự án luật, pháp lệnh rất không thực tế và không có cơ chế kiểm soát; do vậy các dự thảo văn bản quy định chi tiết rất hình

thức, có trường hợp chỉ được soạn cho đủ hồ sơ trình.

(4) Không có quy định về vai trò, trách nhiệm của các cơ quan của Quốc hội tham gia trực tiếp vào quá trình nghiên cứu, soạn thảo, ban hành văn bản để góp phần chủ động bảo đảm nội dung văn bản phản ánh đúng, đầy đủ tinh thần, nội dung do Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội ủy quyền, cũng như tiến độ ban hành kịp thời. Thực tế cho thấy, việc giám sát của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội cũng như các cơ quan của Quốc hội hiện nay đối với việc xây dựng, ban hành văn bản quy định chi tiết thi hành luật, pháp lệnh về cơ bản vẫn thụ động.

(5) Không có sự phân biệt rõ ràng giữa nội dung quy định chi tiết với quy định biện pháp thi hành luật, pháp lệnh. Ngay trong một điều khoản được giao quy định chi tiết thì nghị định có thể vừa quy định về nội dung chi tiết vừa có nội dung quy định biện pháp thi hành.

Việc ban hành nghị định quy định cả 2 loại vấn đề này còn gây ra bất cập về quy trình. Trong trường hợp xây dựng, ban hành nghị định chỉ quy định về biện pháp cụ thể tổ chức thi hành luật, pháp lệnh thì buộc phải thực hiện quy trình đề xuất xây dựng nghị định; nhưng khi xây dựng nghị định điều chỉnh cả hai vấn đề thì không thực hiện quy trình này.

Hơn nữa, khi quy định chi tiết một số điều khoản của luật, pháp lệnh cần phân biệt giữa nội dung quy định chi tiết không phải đánh giá tác động với nội dung “quy định cụ thể hóa chính sách”⁷ phải đánh giá tác động.

⁵ Khoản 2 Điều 11 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015.

⁶ Điều 1 Pháp lệnh số 2004-164 ngày 20/02/2004 – Bộ luật Dân sự Pháp, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005, tr.9.

⁷ Điểm a khoản 2 Điều 90 Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015.

(6) Do không có sự phân định rõ ràng giữa lập quy của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ với lập quy của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, nên trên thực tế nhiều vấn đề thuộc thẩm quyền của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ được đẩy lên nghị định của Chính phủ điều chỉnh. Quy trình xây dựng, ban hành nghị định hiện hành chưa thể khắc phục có hiệu quả thực trạng kéo dài hàng chục năm nay. Nhìn rộng ra, đó là việc chưa phân định rõ ràng, dứt khoát thẩm quyền giữa Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ với Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ, cũng như giữa Chính phủ với Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Cụ thể, việc phân biệt tính chất, phạm vi điều chỉnh của luật, pháp lệnh, nghị định, quyết định của Thủ tướng Chính phủ, thông tư của Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang Bộ còn mang tính nguyên tắc chung, thiếu tính cụ thể, rõ ràng.

4. Quy trình thu hút và phát huy trí tuệ các chuyên gia, các nhà khoa học; sự tham gia phản biện của cộng đồng doanh nghiệp và xã hội còn nhiều hạn chế, bất cập

Cũng như các dự án luật, pháp lệnh, quá trình soạn các văn bản QPPL của Chính phủ, Thủ tướng Chính phủ đòi hỏi phải rất công khai, minh bạch. Những đối tượng có liên quan, các nhà khoa học, đối tượng chịu sự điều chỉnh trực tiếp của dự thảo văn bản phải được tạo điều kiện tham gia ý kiến một cách thực chất và có chất lượng. Việc lấy ý kiến của chuyên gia, các nhà khoa học, và nhất là ý kiến của đối tượng chịu sự điều chỉnh trực tiếp của văn bản nhằm 2 mục tiêu quan trọng: (1) Phát hiện và khắc phục những lỗ hổng, bất cập trong nội dung dự

thảo văn bản để bảo đảm tính khả thi; (2) Cùng cố sự đồng thuận trong xã hội, bảo đảm cho việc thi hành có hiệu quả sau khi văn bản được ban hành.

Thực tế cho thấy, cả hai mục tiêu nói trên đều không đạt được. Việc soạn thảo văn bản QPPL ở nước ta về cơ bản vẫn khép kín trong các cơ quan nhà nước với nhau. Các thiết chế chính trị - xã hội như Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các đoàn thể quần chúng rất bị động và hạn chế về năng lực; trong khi các hiệp hội, các doanh nghiệp và người dân thì lại ít có cơ hội tiếp cận và tham gia ý kiến. Mặt khác, việc tiếp thu ý kiến tham gia của cơ quan chủ trì soạn thảo còn thiếu nghiêm túc, làm chiều lệ.

Việc đăng toàn văn dự thảo văn bản trên công thông tin điện tử hoặc trang điện tử của các bộ, cơ quan ngang bộ để lấy ý kiến rộng rãi của nhân dân rất ít có hiệu quả, hầu như không ai quan tâm và có ý kiến tham gia. Trong khi đó, không hiếm trường hợp, sau khi văn bản được ban hành và chuẩn bị hoặc có hiệu lực thi hành thì phát sinh rất nhiều ý kiến khác nhau, hậu quả là có trường hợp phải ban hành văn bản để dừng hiệu lực thi hành.

5. Thẩm định của Bộ Tư pháp còn mang nặng tính hành chính, chưa phản ánh đúng vị trí, vai trò

Để bảo đảm chất lượng văn bản, việc thẩm định của Bộ Tư pháp đối với của dự thảo các nghị định, quyết định của Thủ tướng Chính phủ có vai trò rất quan trọng, được coi như một cơ chế phản biện, tự kiểm tra trước. Mặt khác, trong điều kiện việc nghiên cứu, soạn thảo còn phân tán, chưa thật sự công khai, minh bạch, thẩm định là một trong những nhân tố quan trọng bảo

đảm tính tập trung, thống nhất, kỷ luật, kỷ cương trong xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật, trên cơ sở đó bảo đảm hạn chế, khắc phục tính cục bộ, phiến diện, lợi ích nhóm; bảo đảm tính thống nhất, đồng bộ của dự án, dự thảo văn bản QPPL với hệ thống pháp luật.

Tuy nhiên, công tác thẩm định còn mang nặng tính chuyên môn thuần túy, hình thức, cứng nhắc, chưa thực sự mang tính phản biện và khoa học. Về trình tự, thủ tục, việc thẩm định còn khép kín, tách biệt, chủ yếu là trong phạm vi hoạt động của bộ máy hành chính; chưa huy động sự tham gia rộng rãi, thực chất của các nhà khoa học, các chuyên gia độc lập, các nhà quản lý trên các ngành, lĩnh vực, trong và ngoài khu vực nhà nước vào việc thẩm định; chưa thu hút được các tổ chức, các hiệp hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp tham gia vào công tác thẩm định; thiếu sự phối hợp, gắn kết công tác thẩm định với cơ chế phản biện xã hội, với việc tiếp thu ý kiến tham gia của các tầng lớp nhân dân.

6. Quy định về trình tự, thủ tục Chính phủ thông qua nghị định còn cứng nhắc, thiếu tính khả thi

Các luật ban hành văn bản QPPL từ năm 1996 đến năm 2015 đều quy định các dự thảo nghị định phải được xem xét, thông qua tại phiên họp Chính phủ với trình tự, thủ tục chặt chẽ, không khác gì Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội thảo luận, thông qua luật, pháp lệnh. Tuy nhiên, thực tế chỉ có rất ít nghị định được thông qua bằng cách này, còn phần lớn các nghị định được thông qua ngoài phiên họp Chính phủ, tức là theo Quy chế làm việc của Chính phủ, các dự thảo nghị định được gửi Phiếu lấy ý

kiến các thành viên Chính phủ để thông qua; sau đó chúng được cơ quan chủ trì tổng hợp, báo cáo Thủ tướng Chính phủ xem xét, ký ban hành nghị định.

Thực trạng trên đây phản ánh tính linh hoạt, sự kết hợp thẩm quyền của Chính phủ với Thủ tướng Chính phủ trong xem xét, ban hành nghị định mà không chỉ ở Việt Nam mới có⁸.

Xét thực tế, quy định của Luật đã không bảo đảm tính khả thi, không phù hợp với thực tiễn quản lý điều hành của Chính phủ. Việc tiếp tục giữ quy định như trên suốt thời gian qua là phản ánh một tư duy nhận thức rất cứng nhắc, là biểu hiện cụ thể về sự đồng nhất quy trình lập quy với quy trình lập pháp.

7. Mối quan hệ giữa Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ trong xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật chưa được Luật quy định

Quy chế làm việc hiện hành⁹ của Chính phủ quy định: “*Chính phủ phân công Thủ tướng Chính phủ thay mặt Chính phủ xem xét, quyết định những vấn đề đột xuất, cấp bách cần phải xử lý gấp thuộc thẩm quyền của Chính phủ hoặc những vấn đề đã được Chính phủ thống nhất về nguyên tắc. Thủ tướng Chính phủ báo cáo tại phiên họp Chính phủ gần nhất về những vấn đề đã quyết định*” (khoản 4 Điều 3). Quy định này phản ánh rất đúng thực tiễn quản lý điều hành nhằm điều chỉnh quan hệ mang tính chất ủy quyền của Chính phủ đối với Thủ

⁸ Chính phủ Cộng hòa Liên bang Đức cũng thực hiện quy trình này trong ban hành nghị định của Chính phủ Liên bang.

⁹ Ban hành kèm theo Nghị định số 138/2017/NĐ-CP ngày 01/10/2017.

tướng Chính phủ. Tuy nhiên, cả Luật Tổ chức Chính phủ và Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 đã không có quy định nào về vấn đề này.

Theo Quy chế làm việc, Thủ tướng Chính phủ có thể ký ban hành quyết định điều chỉnh một số vấn đề thuộc thẩm quyền của Chính phủ sau khi “đã được Chính phủ thống nhất về nguyên tắc” hoặc khi được Chính phủ giao cụ thể trong các nghị quyết của mình (về mặt nào đó tương tự như đối với việc Quốc hội giao Ủy ban Thường vụ Quốc hội ban hành pháp lệnh). Vậy, cần điều chỉnh ở tầm Luật về phạm vi ủy quyền, về giám sát, kiểm tra, cơ chế trách nhiệm trong thực hiện ủy quyền ban hành văn bản...

Ngược lại, có một số vấn đề thuộc thẩm quyền ban hành quyết định của Thủ tướng Chính phủ, nhưng trước khi ký ban hành, Thủ tướng có thể đưa ra phiên họp Chính phủ để thảo luận; vậy nên, nội dung này cũng cần được quy định trong Luật Ban hành văn bản QPPL, tạo cơ sở thúc đẩy sự gắn bó chặt chẽ giữa hai thiết chế Chính phủ và Thủ tướng Chính phủ.

8. Thay lời kết luận

Luật Ban hành văn bản QPPL năm 2015 ghi nhận quy trình xây dựng, ban hành văn bản QPPL với mục tiêu hàng đầu là bảo đảm chất lượng, tính khả thi của văn bản QPPL, trước hết là đối với luật, pháp lệnh, nghị định của Chính phủ, quyết định của Thủ tướng Chính phủ nhằm hoàn thiện, nâng cao chất lượng hệ thống pháp luật. Tuy nhiên, đạo luật này đã có ba thiếu sót cơ bản sau:

(1) Đồng nhất, không phân biệt rõ ràng giữa quy trình lập pháp và quy trình lập quy dẫn đến trình tự, thủ tục nghiên cứu, soạn thảo, thông qua luật, pháp lệnh cũng áp dụng đối với nghị định và quyết định của Thủ tướng Chính phủ.

(2) Tuyệt đối hóa, đề cao quá mức ý nghĩa, vai trò của trình tự, thủ tục xây dựng, ban hành văn bản, coi trình tự, thủ tục là nhân tố quyết định chất lượng, tính khả thi của văn bản. Điều này dẫn đến việc tập trung vào hiện đại hóa quy trình mà không tính đến những nhân tố chi phối quan trọng khác quyết định đến chất lượng văn bản như năng lực, trình độ, kỹ năng của đội ngũ công chức soạn thảo, nguồn lực tài chính, cơ chế, năng lực phối hợp, kiểm soát trong xây dựng văn bản, cơ sở hạ tầng công nghệ... Hậu quả là không ít công đoạn của quy trình trở nên hình thức, không thực chất, tốn kém thời gian và dàn trải nguồn lực như thủ tục đăng tải trên cổng thông tin điện tử để lấy ý kiến nhân dân, đánh giá tác động, tổ chức và hoạt động của Ban soạn thảo...

(3) Chưa coi trọng đúng mức các nhân tố tạo động lực cho sự vận hành đúng đắn, hiệu quả đối với quy trình xây dựng, ban hành văn bản QPPL. Theo đó, những vấn đề như phân công, phối hợp, phân định rõ thẩm quyền, trách nhiệm trong xây dựng, ban hành văn bản; tính chất, phạm vi điều chỉnh của từng loại văn bản; quy trình phản biện xã hội, kiểm tra, kiểm soát quyền lực trong ban hành văn bản... chưa được nhận thức đúng đắn, chưa được thể chế hóa phù hợp với đặc điểm tổ chức và vận hành của bộ máy nhà nước ở nước ta.

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ RÚT KHIẾU NẠI VÀ KHIẾU NẠI LẠI TRONG LUẬT KHIẾU NẠI NĂM 2011

Võ Tấn Đào*

Tóm tắt: Bài viết phân tích, bình luận những quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 về rút khiếu nại, khiếu nại lại, đồng thời chỉ ra một số điểm bất cập trong thực tiễn thực hiện các quy định này, từ đó đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: This article analyzes and gives comments on provisions on withdrawal of complaints and re-complaints under the 2011 Law on Complaint. Thereby it points out shortcomings of the provisions in practice, and makes proposals for improvement.

1. Quy định của pháp luật về rút khiếu nại và khiếu nại lại

Rút khiếu nại là một trong những quyền quan trọng của người khiếu nại và được quy định tại Điều 10, điểm 1 khoản 1 Điều 12 Luật Khiếu nại năm 2011. Theo Từ điển tiếng Việt, rút là “lấy trở về, thu trở lại cái đã đưa ra”¹. Như vậy, rút khiếu nại là việc người khiếu nại thu lại, hủy bỏ yêu cầu khiếu nại mà họ đã đưa ra trước đó². Theo đó, người khiếu nại có thể rút khiếu nại tại bất cứ thời điểm nào trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại; việc rút khiếu nại phải được thực hiện bằng đơn có chữ ký hoặc điểm chỉ của người khiếu nại; đơn xin rút khiếu nại phải gửi đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi nhận được đơn xin rút khiếu nại thì đình chỉ việc giải quyết và thông báo bằng văn bản cho người khiếu nại về việc đình chỉ giải quyết khiếu nại.

Việc rút khiếu nại “thể hiện quyền quyết định và tự định đoạt của người khiếu nại”³. Đây được xem là quyền đương nhiên và không bị hạn chế của người khiếu nại (tất nhiên vẫn phải bảo đảm điều kiện về hình thức, thủ tục và thời gian thực hiện...). Do vậy, khi người khiếu nại thực hiện việc rút khiếu nại, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại phải có nghĩa vụ tôn trọng và thực hiện yêu cầu đó. Thậm chí, nếu cho rằng chủ thể đang thụ lý vụ việc có thể không vô tư, khách quan hoặc hiệu quả giải quyết yêu cầu của họ không cao..., người khiếu nại có thể rút khiếu nại để đề nghị tòa án giải quyết theo con đường tố tụng. Bên cạnh đó, việc rút khiếu nại theo quy định của Luật Khiếu nại năm 2011 được hiểu là rút toàn bộ yêu cầu của người khiếu nại thể hiện trong đơn khiếu nại như yêu cầu hủy bỏ, chấm dứt quyết định hành chính (QĐHC), hành vi hành chính (HVHC); yêu cầu bồi thường thiệt hại... và hệ quả là phải đình chỉ việc giải quyết khiếu nại⁴. Điều này hoàn toàn khác biệt so với việc rút yêu cầu của người

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

¹ Hoàng Phê (chủ biên), *Từ điển tiếng Việt*, Nxb. Hồng Đức, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2016, tr. 1061.

² Điều này cũng được khẳng định tại khoản 3 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011: “Rút khiếu nại là việc người khiếu nại đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền chấm dứt khiếu nại của mình”.

³ Lê Việt Sơn – Võ Tấn Đào, *Quyền của người khiếu nại theo Luật Khiếu nại năm 2011*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5, năm 2017, tr. 15.

⁴ Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011, Điều 19 Thông tư số 07/2013/TT-TTCTP.

khởi kiện vụ án hành chính theo quy định của Luật Tố tụng hành chính năm 2015. Bởi lẽ người khởi kiện vụ án hành chính được quyền rút một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của mình⁵. Trong những trường hợp như vậy, toà án sẽ có các cách thức giải quyết khác nhau mà không đương nhiên đình chỉ giải quyết vụ việc như đối với việc rút khiếu nại⁶.

Ngoài ra, nhằm tạo điều kiện để người đã rút khiếu nại và chủ thể có thẩm quyền đã quyết định đình chỉ việc giải quyết khiếu nại nhưng người khiếu nại tiếp tục yêu cầu xem xét lại vụ việc của mình, pháp luật khiếu nại quy định về việc khiếu nại lại tại khoản 8 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011. Theo đó, nếu người khiếu nại mong muốn khiếu nại lại và đề nghị chủ thể có thẩm quyền tiếp tục giải quyết vụ việc của mình thì phải thực hiện điều đó trong thời gian 30 ngày, kể từ ngày có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại. Sau thời gian trên, đương nhiên họ sẽ mất quyền khiếu nại lại.

2. Một số bất cập trong các quy định về rút khiếu nại, khiếu nại lại và kiến nghị hoàn thiện

Thực tiễn thực hiện các quy định về rút khiếu nại, khiếu nại lại trong thời gian qua cho thấy những vướng mắc, bất cập sau cần hoàn thiện:

Thứ nhất, chủ thể thực hiện việc rút khiếu nại còn bị giới hạn. Theo quy định tại khoản 3 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 thì: “Rút khiếu nại là việc **người khiếu nại**

đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền chấm dứt khiếu nại của mình”. Bên cạnh đó, Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011 quy định: “**Người khiếu nại có thể rút khiếu nại tại bất cứ thời điểm nào trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại**” và khoản 1 Điều 19 Thông tư số 07/2013/TT-TTCP của Thanh tra Chính phủ ngày 31/10/2013 quy định quy trình giải quyết khiếu nại hành chính (Thông tư số 07/2013/TT-TTCP) cũng quy định: “*Người giải quyết khiếu nại ban hành quyết định đình chỉ việc giải quyết khiếu nại trong trường hợp **người khiếu nại** rút khiếu nại*”. Từ đó cho thấy, chủ thể tiến hành việc rút khiếu nại phải chính là người khiếu nại và việc rút khiếu nại có giá trị pháp lý khi đơn rút khiếu nại có chữ ký hoặc điểm chỉ của họ. Việc quy định người khiếu nại được quyền tự mình rút khiếu nại có sự hợp lý nhất định. Bởi lẽ khi người khiếu nại nhận thức được việc khiếu nại của họ là nhầm lẫn, sai sót hoặc mong muốn rút khiếu nại để chủ thể khác giải quyết vụ việc thì chính họ sẽ là chủ thể trước tiên được quyền rút khiếu nại.

Song, xét trên phương diện bảo đảm sự thống nhất trong các quy định của pháp luật khiếu nại hiện hành và yêu cầu của thực tiễn, có lẽ việc giới hạn chủ thể thực hiện việc rút khiếu nại chỉ bao gồm người khiếu nại là chưa thực sự phù hợp. Theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 12 Luật Khiếu nại năm 2011 thì “*trường hợp người khiếu nại là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự thì người đại diện theo pháp luật của họ thực hiện việc khiếu nại*”. Với quy định trên, Luật Khiếu nại năm 2011 đặt ra yêu cầu người khiếu nại chỉ tự mình thực hiện quyền khiếu nại khi và chỉ khi đáp ứng đủ điều kiện về năng lực chủ thể (năng lực pháp luật và năng lực hành vi); cụ thể là khi

⁵ Khoản 2 Điều 56 Luật Tố tụng hành chính năm 2015 về quyền, nghĩa vụ của người khởi kiện: “*Thay đổi nội dung yêu cầu khởi kiện, nếu thời hiệu khởi kiện vẫn còn; rút một phần hoặc toàn bộ yêu cầu khởi kiện*”.

⁶ Xem thêm quy định tại Điều 140, Điều 173, 174 Luật Tố tụng hành chính năm 2015.

“cá nhân thực hiện quyền khiếu nại phải là người có năng lực hành vi dân sự đầy đủ”⁷. Vì vậy, khi tham gia vào quan hệ pháp luật khiếu nại cũng như trong toàn bộ tiến trình của việc giải quyết khiếu nại, người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự sẽ được người đại diện theo pháp luật thay mặt họ khiếu nại và trực tiếp làm việc với chủ thể có thẩm quyền. Những chủ thể như người chưa thành niên thì “họ vẫn còn quá nhỏ không thể có những hiểu biết, kiến thức nhất định để đánh giá tính đúng đắn của QĐHC, HCVHC cũng như không thể thực hiện những quyền và nghĩa vụ phát sinh trong quan hệ khiếu nại”⁸. Thậm chí là hoàn toàn không thể tự mình thực hiện được bất kỳ quyền và nghĩa vụ nào trên thực tế như người mất năng lực hành vi dân sự. Đây là sự ghi nhận hoàn toàn phù hợp với thực tiễn của pháp luật khiếu nại. Do đó, trong những trường hợp khác nhau, nếu nhận thấy việc rút khiếu nại là cần thiết, theo lẽ thông thường, người đại diện theo pháp luật của những chủ thể trên phải được quyền rút khiếu nại. Đặc biệt, đối với người mất năng lực hành vi dân sự, việc không trao quyền rút khiếu nại cho người đại diện theo pháp luật của họ là một sự bất cập. Mặt khác, pháp luật khiếu nại đồng thời cũng cho phép người khiếu nại được quyền ủy quyền cho người khác thực hiện việc khiếu nại và tham gia vào quá trình giải quyết khiếu nại theo quy định tại điểm a, điểm b khoản 1 Điều 12 Luật Khiếu nại năm 2011. Vì vậy, trong trường hợp được ủy quyền một cách hợp pháp và thuộc phạm vi

ủy quyền, người được ủy quyền hoàn toàn có quyền thay mặt người ủy quyền thực hiện việc rút khiếu nại theo đúng luật định mà không có bất kỳ sự giới hạn nào. Có thể nói, việc giới hạn chủ thể thực hiện việc rút khiếu nại hiện nay cho thấy “pháp luật khiếu nại hiện hành đã quá tuyệt đối hoá khía cạnh “tự quyết” của quyền khiếu nại, dẫn đến những bất cập không đáng có, ảnh hưởng đến việc thực hiện quyền khiếu nại của công dân trong một số trường hợp”⁹.

Vì vậy, để bảo đảm việc rút khiếu nại có tính khả thi trên thực tế, bảo đảm được sự đồng bộ giữa quy định tại các điều khoản khác nhau trong cùng một văn bản pháp luật, đáp ứng yêu cầu về tính thống nhất của hệ thống pháp luật là “không mâu thuẫn nhau mà tồn tại theo thứ bậc trên dưới và phối hợp với nhau chặt chẽ”¹⁰. Thay vì giới hạn chủ thể rút khiếu nại theo quy định tại khoản 3 Điều 2, Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011, cần mở rộng hơn nữa chủ thể có thể tham gia rút khiếu nại, chẳng hạn như người đại diện theo pháp luật của người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người được ủy quyền hợp pháp của người khiếu nại.

Thứ hai, hệ quả pháp lý từ việc rút khiếu nại đương nhiên dẫn đến đình chỉ việc giải quyết khiếu nại là chưa phù hợp. Theo quy định tại Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011, *“người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi nhận được đơn xin rút khiếu nại thì đình chỉ việc giải quyết và thông báo bằng*

⁷ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, *Tập bài giảng Pháp luật Thanh tra, khiếu nại và tố cáo*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, Tp. Hồ Chí Minh, năm 2017, tr. 143.

⁸ Nguyễn Ngọc Bích, *Thực hiện khiếu nại và người đại diện thực hiện khiếu nại trong khiếu nại hành chính*, Tạp chí Luật học, số 3, năm 2005, tr. 05.

⁹ Trần Thị Hiền, *Phương thức bảo vệ quyền công dân trong hoạt động hành chính và sự đáp ứng của pháp luật khiếu nại hiện hành*, Tạp chí Luật học, số 6, năm 2016, tr. 37.

¹⁰ Phan Thanh Hà, *Một số tiêu chí cơ bản bảo đảm tính thống nhất của hệ thống pháp luật*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8, năm 2010, tr. 09.

vấn bản cho người khiếu nại về việc đình chỉ giải quyết khiếu nại”. Bên cạnh đó, theo quy định tại khoản 1 Điều 19 Thông tư số 07/2013/TT-TTCTP thì: “Người giải quyết khiếu nại ban hành quyết định đình chỉ việc giải quyết khiếu nại trong trường hợp người khiếu nại rút khiếu nại”. Như vậy, theo quy định pháp luật khiếu nại hiện hành, trong trường hợp người khiếu nại rút khiếu nại thì hệ quả pháp lý tất yếu là người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại phải đình chỉ việc giải quyết khiếu nại. Song, quy định trên lại tỏ ra chưa phù hợp, ít nhất về mặt vai trò và ý nghĩa của công tác giải quyết khiếu nại trong bối cảnh hiện nay. Bởi lẽ, một mặt, việc giải quyết khiếu nại của chủ thể có thẩm quyền là nhằm xem xét lại QĐHC, HVHC bị khiếu nại theo yêu cầu của người khiếu nại để từ đó làm cơ sở khôi phục quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Mặt khác, thông qua việc giải quyết khiếu nại, chủ thể công quyền có cơ hội xem xét, tự nhìn nhận, đánh giá lại tính hiệu quả của hoạt động quản lý nhà nước. Các QĐHC, HVHC là sản phẩm của hoạt động quản lý nhà nước, trong trường hợp có sai sót thì chính công tác giải quyết khiếu nại là một trong những “kênh” để chủ thể có thẩm quyền tự mình chấn chỉnh và khắc phục kịp thời. Qua đó, “giúp cho hoạt động quản lý, điều hành của các cơ quan, tổ chức nhà nước có hiệu quả, các quyết định, hành vi hành chính trái pháp luật được sửa đổi hoặc bãi bỏ kịp thời, ngăn ngừa các vi phạm pháp luật có thể xảy ra từ phía những người thực thi công vụ.... góp phần nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước”¹¹.

¹¹ Hội đồng phối hợp công tác phổ biến, giáo dục pháp luật của Chính phủ, *Đặc san tuyên truyền pháp luật số 05/2012 – Chủ đề Pháp luật về khiếu nại*, Hà Nội, năm 2012, tr. 09.

Tuy vậy, với quy định như trên, công tác giải quyết khiếu nại bị đình chỉ lại phụ thuộc hoàn toàn vào ý chí chủ quan của người khiếu nại và vô hình trung làm cho vai trò, ý nghĩa của công tác này bị mất đi ý nghĩa vốn có của nó. Sẽ thật nghịch lý nếu việc rút khiếu nại không xuất phát từ ý chí chủ quan, tự nguyện của người khiếu nại như việc rút khiếu nại do bị cưỡng bức, ép buộc... hoặc có sự thỏa thuận giữa người khiếu nại với người bị khiếu nại trong việc đạt được lợi ích vật chất từ việc rút khiếu nại mà mặc nhiên theo quy định của pháp luật, không còn một cách thức xử sự nào khác là “*cơ quan nhà nước không thể không “cho” dừng việc giải quyết khiếu nại*”¹². Về vấn đề này, có thể tham khảo quy định về việc rút tố cáo của pháp luật tố cáo được triển khai rất tốt trên thực tế, đạt được ý nghĩa thực sự của công tác giải quyết tố cáo. Theo đó, trong trường hợp người tố cáo xin rút nội dung tố cáo và xét thấy việc rút tố cáo là có căn cứ thì người giải quyết tố cáo không xem xét, giải quyết nội dung tố cáo đó. Trong trường hợp xét thấy hành vi vi phạm pháp luật vẫn chưa được phát hiện và xử lý thì người giải quyết tố cáo vẫn xem xét, giải quyết theo quy định của pháp luật. Trong trường hợp có căn cứ cho rằng việc rút tố cáo do người tố cáo bị đe dọa, ép buộc, người giải quyết tố cáo phải áp dụng các biện pháp để bảo vệ người tố cáo, xử lý nghiêm đối với người đe dọa, ép buộc người tố cáo, đồng thời phải xem xét, giải quyết tố cáo theo quy định của pháp luật (Điều 6 Thông tư số 06/2013/TT-TTCTP của Thanh tra Chính phủ ngày 30/09/2013 quy định

¹² Thái Sinh, *Bàn thêm về tam đình chỉ và đình chỉ giải quyết khiếu nại*, <http://thanhtra.edu.vn/category/detail/210-ban-them-ve-tam-dinh-chi-va-dinh-chi-giai-quyet-khieu-nai-.html>, truy cập ngày 01/6/2018.

quy trình giải quyết tố cáo). Hoặc tham khảo quy định của pháp luật tố tụng hành chính khi đối diện với trường hợp trên theo quy định tại khoản 2 Điều 173 Luật Tố tụng hành chính năm 2015 như sau: *“Trường hợp đương sự rút một phần hoặc toàn bộ yêu cầu của mình và việc rút yêu cầu của họ là tự nguyện thì Hội đồng xét xử chấp nhận và đình chỉ xét xử đối với phần yêu cầu hoặc toàn bộ yêu cầu mà đương sự đã rút”*. Tựu trung lại, để bảo đảm công tác giải quyết khiếu nại đạt được nhiều ý nghĩa khác nhau, không phụ thuộc hoàn toàn vào ý chí của người khiếu nại, pháp luật khiếu nại cần có sự điều chỉnh tương tự như đã phân tích trong trường hợp tồn tại việc rút khiếu nại của người khiếu nại.

Bên cạnh đó, theo quy định tại Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011, người khiếu nại có thể rút khiếu nại tại bất cứ thời điểm nào trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại. Đây được xem là điểm tiến bộ của pháp luật khiếu nại hiện hành so với Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998 (sửa đổi, bổ sung năm 2004, 2005). Bởi lẽ trước đây, theo quy định tại khoản 1 Điều 17 Luật Khiếu nại, tố cáo năm 1998 (sửa đổi bổ sung năm 2004, 2005), thời điểm người khiếu nại được quyền rút khiếu nại chỉ trong quá trình giải quyết khiếu nại, tức kể từ thời điểm vụ việc khiếu nại đã được thụ lý cho đến khi xác minh, kết luận và ra quyết định giải quyết khiếu nại. Pháp luật khiếu nại hiện hành quy định người khiếu nại có thể rút khiếu nại trước khi chủ thể có thẩm quyền tiến hành thụ lý, xác minh, kết luận và ra quyết định giải quyết khiếu nại. Điều này có thể nói là sát thực với thực tiễn và thông qua việc quy định rõ ràng như vậy, đây cũng là cơ sở để người khiếu nại nhận biết về thời điểm họ được quyền rút khiếu nại nhằm nhanh

chóng kết thúc vụ việc. Trên thực tế, có không ít trường hợp người khiếu nại sau khi khiếu nại, vì nhiều lý do khác nhau đã tiến hành rút khiếu nại trước thời điểm vụ việc chính thức đi vào quá trình giải quyết khiếu nại¹³. Tất nhiên, việc mở rộng thời điểm người khiếu nại được quyền rút khiếu nại sẽ dẫn đến hệ quả pháp lý từ việc rút khiếu nại ở những thời điểm khác nhau sẽ có sự khác biệt nhất định. Thật vậy, trong trường hợp người khiếu nại rút khiếu nại trước thời điểm vụ việc khiếu nại được thụ lý giải quyết, chủ thể có thẩm quyền sẽ trả lại đơn khiếu nại cho người khiếu nại mà không ban hành quyết định đình chỉ việc giải quyết khiếu nại. Lúc này, chủ thể có thẩm quyền sẽ trả lại đơn khiếu nại và tài liệu, chứng cứ kèm theo cho người khiếu nại cũng như ban hành văn bản ghi rõ lý do trả lại đơn khiếu nại. Việc ban hành quyết định đình chỉ việc giải quyết khiếu nại chỉ diễn ra khi và chỉ khi vụ việc khiếu nại đã được thụ lý¹⁴. Do đó, quy định về việc người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi nhận được đơn xin rút khiếu nại thì đình chỉ việc giải quyết và thông báo bằng văn bản cho người khiếu nại tại Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011 là chưa phù hợp với thực tiễn cũng như chưa xem xét đến thời điểm rút khiếu nại của người khiếu nại. Thiết nghĩ, quy định về hệ quả pháp lý của việc rút khiếu nại cần thay đổi theo hướng người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi nhận được đơn xin rút khiếu nại tại thời điểm trước khi thụ lý giải quyết khiếu nại thì trả lại đơn khiếu nại cho người khiếu nại và ban hành văn bản ghi rõ lý do về việc trả lại đơn. Trong trường hợp

¹³ Khoản 11 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011: *“Giải quyết khiếu nại là việc thụ lý, xác minh, kết luận và ra quyết định giải quyết khiếu nại”*.

¹⁴ Điều 27, Điều 36, Điều 50 Luật Khiếu nại năm 2011.

người khiếu nại rút khiếu nại trong quá trình giải quyết khiếu nại thì người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại đình chỉ việc giải quyết và thông báo bằng văn bản cho người khiếu nại về việc đình chỉ giải quyết khiếu nại.

Thứ ba, quy định về thời điểm và thời gian xác định việc khiếu nại lại còn chưa phù hợp.

Một là, quy định tại khoản 8 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011 về việc xác định thời điểm làm căn cứ tính thời gian để người khiếu nại được quyền khiếu nại lại là 30 ngày kể từ ngày có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại ít nhiều gây nên cản trở, bất lợi trong việc thực hiện quyền này của người khiếu nại.

Về nguyên tắc, thời hiệu khiếu nại hay *“thời hiệu khởi kiện chỉ có thể được tính kể từ ngày đương sự nhận biết được các thay đổi về quyền và nghĩa vụ của mình (do quyết định của cơ quan công quyền mang tới)”*¹⁵. Do vậy, thời điểm xác định thời gian được quyền khiếu nại lại phải là lúc người khiếu nại nhận được hoặc biết được văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại. Song, quy định *“có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại mà sau 30 ngày...”* tại khoản 8 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011 dường như đã hạn chế quyền khiếu nại lại của người khiếu nại vì thời gian để họ thực hiện quyền này vốn dĩ đã hạn hẹp thì nay lại bị rút ngắn hơn nữa. Trên thực tế, có không ít trường hợp chủ thể có thẩm quyền ban hành văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại, nhưng xuất phát từ nhiều nguyên do khác nhau lại không kịp

thời gửi cho người khiếu nại hoặc thất lạc, mất mát, thậm chí là cố tình trì hoãn việc gửi văn bản cho người khiếu nại. Lúc này người khiếu nại chưa nhận biết được vụ việc khiếu nại của họ có đình chỉ giải quyết hay không, văn bản nào chứng minh điều đó... thì thời gian được quyền khiếu nại lại đã bắt đầu bị khấu trừ.

Hai là, quy định *“có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại mà sau 30 ngày người khiếu nại không tiếp tục khiếu nại”* tại khoản 8 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011 chưa được xác định rõ theo cách tính thời hiệu hay thời hạn. Trong khi đó, việc xác định cột mốc thời gian theo thời hiệu hay thời hạn có thể không tương đồng và dẫn đến những hệ quả pháp lý khác nhau. Theo quy định của Điều 8 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012: *“Cách tính thời hạn, thời hiệu trong xử lý vi phạm hành chính được áp dụng theo quy định của Bộ luật Dân sự...”*; trong khi đó Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: *“Thời hiệu được tính từ thời điểm bắt đầu ngày đầu tiên của thời hiệu và chấm dứt tại thời điểm kết thúc ngày cuối cùng của thời hiệu”*¹⁶ và *“khi thời hạn được xác định bằng ngày, tuần, tháng, năm thì ngày đầu tiên của thời hạn không được tính mà tính từ ngày tiếp theo liền kề ngày được xác định”*¹⁷. Như vậy, quy định như trên của pháp luật khiếu nại hiện hành dường như tạo nên khó khăn trong việc thực thi pháp luật của chủ thể có thẩm quyền cũng như người khiếu nại khi chưa phân định rõ 30 ngày như trên được xác định theo cách tính thời hiệu hay thời hạn. Điều này ít nhiều tạo nên khoảng trống của pháp luật liên quan đến tính minh định và hiệu quả, làm cho việc áp dụng pháp luật

¹⁵ Nguyễn Hoàng Anh, *Thời hiệu khởi kiện vụ án hành chính – Nhìn từ yêu cầu an toàn pháp lý*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13 (150), năm 2009, tr.16.

¹⁶ Điều 151 Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁷ Khoản 2 Điều 147 Bộ luật Dân sự năm 2015.

không đồng bộ, thống nhất. Chẳng hạn, sau khi nhận được đơn rút khiếu nại của người khiếu nại, ngày 01/01/2018, chủ thể có thẩm quyền ban hành văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại. Nếu vận dụng theo cách tính thời hiệu, người khiếu nại được quyền khiếu nại lại từ ngày 01/01/2018 đến hết ngày 30/01/2018, qua đến ngày 31/01/2018 mới thực hiện việc khiếu nại lại thì chủ thể có thẩm quyền có thể từ chối thụ lý. Mặt khác, nếu xác định theo cách tính thời hạn thì phải đến sau ngày 31/01/2018, người khiếu nại mới mất quyền khiếu nại lại¹⁸.

Thiết nghĩ, để khắc phục được những hạn chế trên, cần nhận thức rõ về mặt lý luận liên quan đến quyền khiếu nại lại. Theo đó, trong trường hợp người khiếu nại rút khiếu nại và sau đó mong muốn khiếu nại lại chính vụ việc của mình, về nguyên tắc, khoảng thời gian để họ thực hiện quyền khiếu nại lại luôn phải phụ thuộc vào thời hiệu khiếu nại ban đầu. Nếu hết thời hiệu khiếu nại thì mất quyền khiếu nại, trong đó bao gồm cả quyền khiếu nại lại sau khi rút khiếu nại. Như vậy, nếu thời hiệu khiếu nại vẫn còn thì người khiếu nại vẫn được quyền khiếu nại lại mà không phụ thuộc vào khoảng thời gian 30 ngày do pháp luật ấn định. Việc khẳng định rõ ràng và chính xác về mặt pháp lý như trên mang lại nhiều kết quả tích cực. Một mặt, nó loại bỏ được bất cập về việc xác định thời điểm tính thời gian để người khiếu nại được quyền khiếu nại lại như trên đã đề cập, định hướng cách hiểu thời gian để khiếu nại lại đối với các bên sẽ phụ thuộc vào thời hiệu khiếu nại. Qua đó, tạo nên cách hiểu thống nhất về thời hiệu

khiếu nại lại và sự tương thích giữa quyền rút khiếu nại, khiếu nại lại với thời hiệu khiếu nại; bảo đảm khả năng thực thi quyền này của người khiếu nại trên thực tế. Mặt khác, thay vì ấn định thời gian khiếu nại lại là 30 ngày, quy định theo hướng trên sẽ thuận tiện ở chỗ người khiếu nại chỉ cần căn cứ vào thời hiệu khiếu nại để xác định họ có được quyền khiếu nại lại hay không và trong nhiều trường hợp, quy định trên có thể có lợi hơn cho người khiếu nại vì khoảng thời gian để họ thực hiện việc khiếu nại lại đôi khi dài hơn so với thời gian đã ấn định như trên của pháp luật¹⁹. Ngoài ra, về mặt pháp lý, cùng là phương thức giải quyết tranh chấp hành chính, nhưng vận hành theo thủ tục tư pháp, tinh thần trên đã được lan tỏa và vận dụng một cách hợp lý. Theo đó, quy định tại khoản 2 Điều 140 Luật Tổ tụng hành chính năm 2015 đã minh thị: *“Trường hợp qua đối thoại mà người khởi kiện tự nguyện rút đơn khởi kiện thì Thẩm phán lập biên bản về việc người khởi kiện tự nguyện rút đơn khởi kiện, ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án đối với yêu cầu của người khởi kiện. Người khởi kiện được quyền khởi kiện lại vụ án nếu thời hiệu khởi kiện vẫn còn”*.

Thứ tư, pháp luật khiếu nại chưa xác định rõ quy trình giải quyết khiếu nại trong

¹⁸ Thời gian để xác định bắt đầu tính từ ngày 02/01/2018 theo quy định về cách tính thời hạn của Bộ luật Dân sự năm 2015.

¹⁹ Chẳng hạn, khoản 8 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011 không quy định về các trường hợp không tính vào thời gian khiếu nại lại. Ngược lại, theo quy định tại Điều 9 Luật Khiếu nại năm 2011 thì trường hợp người khiếu nại không thực hiện được quyền khiếu nại theo đúng thời hiệu vì ốm đau, thiên tai, địch họa, đi công tác, học tập ở nơi xa hoặc vì những trở ngại khách quan khác thì thời gian có trở ngại đó không tính vào thời hiệu khiếu nại. Như vậy, nếu áp dụng cách tính thời gian khiếu nại lại phụ thuộc vào thời hiệu khiếu nại, ít nhất về mặt hình thức, thời gian để họ được quyền khiếu nại lại trên thực tế có thể dài hơn vì nhiều lý do khác nhau.

trường hợp thụ lý khiếu nại lại của người khiếu nại. Có thể thấy, khi người khiếu nại thực hiện quyền khiếu nại lại và thỏa mãn đầy đủ các điều kiện về hình thức, thủ tục, thời hiệu... thì chủ thể có thẩm quyền phải tiếp nhận và thụ lý giải quyết khiếu nại lại. Khi thụ lý như vậy, một vấn đề đặt ra là quy trình giải quyết khiếu nại lại có tương tự hay khác biệt so với quy trình giải quyết khiếu nại ban đầu, có rút gọn thủ tục nào hay không... thì pháp luật hiện hành còn đang bỏ ngỏ. Về bản chất, quy trình giải quyết khiếu nại thông thường và quy trình giải quyết khiếu nại lại tất yếu phải có sự phân định và không thể hoàn toàn đồng nhất. Mặt khác, quy trình giải quyết khiếu nại lại cũng sẽ có những thủ tục, các bước không giống nhau tùy thuộc vào thời điểm người khiếu nại rút khiếu nại. Bởi lẽ, theo quy định tại khoản 3 Điều 2, Điều 10 Luật Khiếu nại năm 2011, người khiếu nại được quyền rút khiếu nại tại bất cứ thời điểm nào trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại. Vì vậy, trong trường hợp người khiếu nại rút khiếu nại trước thời điểm chủ thể có thẩm quyền thụ lý giải quyết vụ việc khiếu nại thì khi nhận được khiếu nại lại hợp pháp và thụ lý giải quyết, rõ ràng chủ thể có thẩm quyền sẽ vận dụng đầy đủ các thủ tục theo quy trình giải quyết khiếu nại đã được pháp luật khiếu nại quy định. Lý do là vì khi người khiếu nại rút khiếu nại ở thời điểm trên, quy trình giải quyết khiếu nại vẫn chưa được vận hành, các thủ tục của quy trình giải quyết khiếu nại được nêu tại khoản 11 Điều 2 Luật Khiếu nại năm 2011 vẫn chưa được thực thi trên thực tế. Mặt khác, trong trường hợp vụ việc đã được thụ lý, chủ thể có thẩm quyền đã thực hiện một số thủ tục, chẳng hạn như tiến hành xác minh xong vụ việc, ban hành kết luận nội dung xác minh... mà lúc này

người khiếu nại mới rút khiếu nại thì dĩ nhiên khi thụ lý việc khiếu nại lại, quy trình giải quyết nhất thiết phải có sự khác biệt so với quy trình thông thường. Tác giả cho rằng, quy trình giải quyết khiếu nại lại trong tình huống trên nên được rút ngắn, thậm chí là lược bỏ một số thủ tục, công đoạn so với quy trình ban đầu và tiếp tục thực hiện các thủ tục tiếp theo của quy trình giải quyết khiếu nại. Điều này xuất phát từ sự khác nhau về bản chất của việc khiếu nại lại và khiếu nại ban đầu hoặc khiếu nại lần hai. Bởi lẽ khiếu nại ban đầu (lần thứ nhất) là trường hợp công dân, cơ quan, tổ chức hoặc cán bộ, công chức không đồng ý với QĐHC, HVHC hoặc quyết định kỷ luật cán bộ, công chức đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền xem xét lại các quyết định hoặc hành vi nói trên khi có căn cứ cho rằng quyết định hoặc hành vi đó là trái pháp luật, xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của họ. Vì vậy, khi giải quyết, người có thẩm quyền sẽ vận dụng quy trình giải quyết khiếu nại lần đầu đã được pháp luật ấn định. Hoặc khiếu nại lần hai là trường hợp người khiếu nại không đồng ý với quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu hoặc quá thời hạn giải quyết khiếu nại lần đầu mà chủ thể có thẩm quyền không giải quyết, từ đó pháp luật cũng xác lập rõ quy trình giải quyết khiếu nại lần hai đối với chủ thể có thẩm quyền và một số thủ tục sẽ có sự khác biệt. Tuy vậy, khiếu nại lại về nguyên tắc là lặp lại nội dung ban đầu đã rút, không có sự thay đổi nhiều về nội dung, tính chất... nên việc quay trở lại thực hiện các thủ tục ban đầu là không cần thiết, gây lãng phí và tốn kém về thời gian, công sức... nếu trước đó các chủ thể có thẩm quyền đã thực hiện các thủ tục khác nhau trong quy trình giải quyết khiếu nại, trừ trường hợp người khiếu nại

rút khiếu nại trước thời điểm vụ việc được thụ lý.

Tựu trung lại, từ những bất cập đã nêu ở trên về rút khiếu nại và khiếu nại lại, theo

tác giả, quy định tại khoản 3 Điều 2, Điều 10, khoản 8 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011 cần được sửa đổi như sau:

Luật Khiếu nại năm 2011	Đề xuất sửa đổi
Điều 2. Giải thích từ ngữ ... 3. Rút khiếu nại là việc người khiếu nại đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền chấm dứt khiếu nại của mình.	Điều 2. Giải thích từ ngữ ... 3. Rút khiếu nại là việc người khiếu nại hoặc người đại diện hợp pháp của người khiếu nại đề nghị cơ quan, tổ chức, cá nhân có thẩm quyền chấm dứt khiếu nại của mình hoặc của người do mình đại diện.
Điều 10. Rút khiếu nại Người khiếu nại có thể rút khiếu nại tại bất cứ thời điểm nào trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại; việc rút khiếu nại phải được thực hiện bằng đơn có chữ ký hoặc điểm chỉ của người khiếu nại; đơn xin rút khiếu nại phải gửi đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi nhận được đơn xin rút khiếu nại thì đình chỉ việc giải quyết và thông báo bằng văn bản cho người khiếu nại về việc đình chỉ giải quyết khiếu nại.	Điều 10. Rút khiếu nại Người khiếu nại hoặc người đại diện hợp pháp của người khiếu nại có thể rút khiếu nại tại bất cứ thời điểm nào trong quá trình khiếu nại và giải quyết khiếu nại; việc rút khiếu nại phải được thực hiện bằng đơn có chữ ký hoặc điểm chỉ của người khiếu nại hoặc của người đại diện hợp pháp của người khiếu nại; đơn xin rút khiếu nại phải gửi đến người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại. Người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại khi nhận được đơn xin rút khiếu nại thì tùy từng trường hợp, có thể trả lại đơn khiếu nại, vẫn xem xét, giải quyết hoặc đình chỉ việc giải quyết và thông báo bằng văn bản cho người khiếu nại, người đại diện hợp pháp của người khiếu nại về việc trả lại đơn, vẫn xem xét, giải quyết hoặc đình chỉ giải quyết khiếu nại. Quy trình giải quyết khiếu nại lại có thể rút gọn phụ thuộc vào thời điểm rút khiếu nại và theo quy định của Luật này.
Điều 11. Các khiếu nại không được thụ lý giải quyết ... 8. Có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại mà sau 30 ngày người khiếu nại không tiếp tục khiếu nại;	Điều 11. Các khiếu nại không được thụ lý giải quyết ... 8. Có văn bản thông báo đình chỉ việc giải quyết khiếu nại mà không khiếu nại lại trong thời hiệu khiếu nại theo quy định của Luật này;

HÌNH PHẠT TRỤC XUẤT TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 (SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017): MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Nguyễn Nhật Khanh*
Nguyễn Phương Thảo**
Trần Văn Thuợng***

Tóm tắt: Trục xuất là một trong các hình phạt được quy định tại Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017). Đây là một hình phạt đặc biệt áp dụng đối với người phạm tội là người nước ngoài, buộc họ phải rời khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Bài viết phân tích những bất cập trong các quy định của pháp luật về hình phạt trục xuất, đồng thời đề xuất kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: Expulsion is one of the penalties provided for in the 2015 Penal Code (amended and supplemented in 2017). This is a uncommon penalty imposed upon foreigners, forcing them to leave the territory of the Socialist Republic of Vietnam. This article analyzes limitations of the provisions on expulsion and gives recommendations for improvement.

1. Khái quát về hình phạt trục xuất

Trong các biện pháp cưỡng chế của Nhà nước, hình phạt được xem là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất áp dụng đối với các chủ thể thực hiện tội phạm do Bộ luật Hình sự quy định, biện pháp cưỡng chế này do Tòa án quyết định áp dụng đối với cá nhân hoặc pháp nhân thương mại phạm tội nhằm tước bỏ hoặc hạn chế quyền, lợi ích hợp pháp của họ.

Hiện nay, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) (sau đây gọi tắt là BLHS 2015) quy định hai hệ thống hình phạt riêng biệt áp dụng cho người phạm tội và pháp nhân thương mại phạm tội tại Điều

32 và Điều 33. Trong đó, hình phạt trục xuất chỉ được áp dụng riêng cho người phạm tội, đối với pháp nhân thương mại phạm tội thì không áp dụng hình phạt này. BLHS 2015 cũng quy định hình phạt trục xuất đối với người phạm tội vừa có thể áp dụng là hình phạt chính, vừa có thể áp dụng là hình phạt bổ sung (khi không áp dụng là hình phạt chính)¹.

Hình phạt trục xuất lần đầu tiên được quy định tại Điều 28 BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) và hiện nay được tiếp tục kế thừa trong BLHS 2015. Điều 37 BLHS năm 2015 quy định về hình phạt trục xuất như sau: “Trục xuất là buộc người nước ngoài bị kết án phải rời khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Trục xuất được Tòa án áp dụng là hình phạt

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

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

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

¹ Điểm d khoản 1, điểm g khoản 2 Điều 32 BLHS 2015.

chính hoặc hình phạt bổ sung trong từng trường hợp cụ thể”.

Từ quy định trên, có thể rút ra một số đặc điểm về hình phạt trực xuất:

Thứ nhất, trực xuất là một hình phạt được quy định trong BLHS 2015.

Hình phạt trực xuất được BLHS 2015 quy định là một hình phạt nằm trong hệ thống các hình phạt áp dụng cho cá nhân phạm tội tại Điều 32². Đồng thời, Điều 37 Bộ luật này cũng quy định hình phạt trực xuất được tòa án áp dụng là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung trong từng trường hợp cụ thể. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng đối với một tội phạm nếu đã áp dụng trực xuất với tư cách là hình phạt chính thì không đồng thời áp dụng nó với tư cách là hình phạt bổ sung.

Thứ hai, đối tượng bị áp dụng hình phạt trực xuất là người nước ngoài phạm tội bị kết án tại Việt Nam.

² “**Điều 32. Các hình phạt đối với người phạm tội:**

1. Hình phạt chính bao gồm:

- a) Cảnh cáo;
- b) Phạt tiền;
- c) Cải tạo không giam giữ;
- d) Trục xuất;**
- đ) Tù có thời hạn;
- e) Tù chung thân;
- g) Tử hình.

2. Hình phạt bổ sung bao gồm:

- a) Cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định;
- b) Cấm cư trú;
- c) Quản chế;
- d) Tước một số quyền công dân;
- đ) Tịch thu tài sản;
- e) Phạt tiền, khi không áp dụng là hình phạt chính;
- g) Trục xuất, khi không áp dụng là hình phạt chính.**

3. Đối với mỗi tội phạm, người phạm tội chỉ bị áp dụng một hình phạt chính và có thể bị áp dụng một hoặc một số hình phạt bổ sung”.

Mặc dù BLHS 2015 đã có một sự thay đổi quan trọng khi bổ sung thêm “pháp nhân thương mại” vào chủ thể của tội phạm, tuy nhiên hình phạt trực xuất được quy định chỉ áp dụng riêng cho người phạm tội, mà không áp dụng cho pháp nhân thương mại phạm tội. Điểm đặc biệt của hình phạt trực xuất so với các hình phạt khác trong BLHS 2015 là đối tượng bị áp dụng hình phạt này chỉ có thể là người nước ngoài phạm tội bị kết án tại Việt Nam. Đối với người nước ngoài không phạm tội tại Việt Nam thì không thể bị áp dụng hình phạt này. Bên cạnh đó, cũng cần lưu ý là công dân Việt Nam, dù có phạm tội nghiêm trọng như thế nào thì cũng không thể bị trục xuất, bởi đây là một bảo đảm mang tầm hiến định của công dân³. Ngoài ra, không phải người nước ngoài nào phạm tội bị kết án tại Việt Nam cũng đều bị áp dụng hình phạt trực xuất vì khoản 2 Điều 5 BLHS 2015 quy định: “*Đối với người nước ngoài phạm tội trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thuộc đối tượng được hưởng quyền miễn trừ ngoại giao hoặc lãnh sự theo pháp luật Việt Nam, theo điều ước quốc tế mà Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam là thành viên hoặc theo tập quán quốc tế, thì vấn đề trách nhiệm hình sự của họ được giải quyết theo quy định của điều ước quốc tế hoặc theo tập quán quốc tế đó; trường hợp điều ước quốc tế đó không quy định hoặc không có tập quán quốc tế thì trách nhiệm hình sự của họ được giải quyết bằng con đường ngoại giao*”.

³ Điều 17 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Công dân Việt Nam không thể bị trục xuất, giao nộp cho nhà nước khác*”.

Thứ ba, hình phạt trực xuất có tính chất hạn chế quyền tự do đi lại, cư trú của người nước ngoài và buộc họ phải rời khỏi lãnh thổ Việt Nam.

Quyền tự do đi lại, cư trú của cá nhân đã được ghi nhận trong các văn bản pháp luật quốc tế và được nội luật hóa trong quy định pháp luật của quốc gia. Đơn cử Điều 13 Tuyên ngôn thế giới về quyền con người năm 1948 (*Universal Declaration of Human Rights* - UDHR) ghi nhận rằng: “Mọi người đều có quyền tự do đi lại và cư trú trong phạm vi lãnh thổ của mỗi quốc gia. Mọi người đều có quyền rời khỏi bất cứ nước nào, kể cả nước mình, cũng như có quyền trở về nước mình”. Tuy nhiên, đối với người nước ngoài phạm tội tại Việt Nam bị áp dụng hình phạt trực xuất thì BLHS 2015 quy định hạn chế quyền tự do đi lại, cư trú của họ; đồng thời buộc họ phải rời khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam. Qua đó, có thể thấy rằng, hình phạt này không chỉ nhằm mục đích trừng trị mà còn có ý nghĩa ngăn ngừa khả năng tiếp tục thực hiện tội phạm mới của người nước ngoài trên lãnh thổ Việt Nam.

Thứ tư, hình phạt trực xuất được áp dụng theo thủ tục tư pháp và thuộc thẩm quyền áp dụng của tòa án.

Điều 30 BLHS 2015 quy định: “Hình phạt là biện pháp cưỡng chế nghiêm khắc nhất của Nhà nước được quy định trong Bộ luật này, do tòa án quyết định áp dụng đối với người hoặc pháp nhân thương mại phạm tội nhằm tước bỏ hoặc hạn chế quyền, lợi ích của người, pháp nhân thương mại đó”. Trục xuất là một trong số các hình phạt được quy định trong BLHS 2015, do đó cũng được áp dụng theo thủ tục tư pháp và

chỉ thuộc thẩm quyền áp dụng của tòa án. Điều này đã được tái khẳng định một cách rõ ràng tại đoạn 2 Điều 37 của BLHS 2015: “Trục xuất được tòa án áp dụng là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung trong từng trường hợp cụ thể”.

Trên cơ sở phân tích những đặc điểm của hình phạt trực xuất, cần có sự phân biệt giữa hình phạt trực xuất quy định tại Điều 37 BLHS 2015 với hình thức xử phạt trực xuất được quy định tại Điều 27 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Về hình thức, hình phạt trực xuất và hình thức xử phạt trực xuất đều giống nhau ở chỗ là buộc người nước ngoài vi phạm pháp luật (hình sự hoặc hành chính) phải rời khỏi lãnh thổ Việt Nam. Tuy nhiên, về nội dung thì hình phạt trực xuất và hình thức xử phạt trực xuất có rất nhiều điểm khác biệt. Về thẩm quyền áp dụng, hình phạt trực xuất thuộc thẩm quyền áp dụng của tòa án, còn hình thức xử phạt trực xuất do Cục trưởng Cục Quản lý xuất nhập cảnh hoặc Giám đốc Công an cấp tỉnh quyết định. Về thủ tục thực hiện, hình phạt trực xuất được áp dụng theo thủ tục tư pháp, còn hình thức xử phạt trực xuất được áp dụng theo thủ tục hành chính. Về hệ quả pháp lý, người bị áp dụng hình phạt trực xuất phải mang án tích trong thời hạn nhất định, trong khi đó người bị xử phạt trực xuất không phải mang án tích.

2. Một số bất cập về hình phạt trực xuất trong BLHS 2015

Qua nghiên cứu các quy định về hình phạt trực xuất trong BLHS 2015, chúng tôi nhận thấy, hình phạt này vẫn còn tồn tại một số bất cập nhất định.

Thứ nhất, bất cập về đối tượng bị áp dụng hình phạt trực xuất.

Như đã trình bày, hình phạt trục xuất chỉ được áp dụng đối với người nước ngoài phạm tội bị kết án tại Việt Nam. Tuy nhiên, BLHS 2015 lại không có bất cứ điều khoản nào giải thích thế nào là “người nước ngoài” dẫn đến có nhiều cách hiểu khi áp dụng trong thực tiễn. Luật Quốc tịch năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) không đưa ra khái niệm về “người nước ngoài” mà chỉ định nghĩa về “quốc tịch nước ngoài” (khoản 1 Điều 3). Theo đó, quốc tịch nước ngoài là quốc tịch của một nước khác không phải là quốc tịch Việt Nam. Từ quy định này, có thể hiểu, người nước ngoài là người có quốc tịch của một quốc gia khác đang lao động, học tập, công tác, sinh sống trên lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam⁴. Cũng theo Luật Quốc tịch năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2014) thì: “Người không quốc tịch là người không có quốc tịch Việt Nam và cũng không có quốc tịch nước ngoài” (khoản 2 Điều 3). Như vậy, yếu tố quốc tịch là tiêu chí quan trọng nhất để xác định công dân Việt Nam, người nước ngoài, người không quốc tịch⁵. Người nước ngoài phạm tội bị kết án có thể bị áp dụng hình phạt trục xuất. Vậy người không quốc tịch phạm tội có thể bị áp dụng hình phạt này không?

⁴ Trường đại học Luật Hà Nội, Trần Minh Hương (chủ biên), *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, năm 2012, tr. 298.

⁵ Khoản 2 Điều 3 Nghị định số 138/2006/NĐ-CP của Chính phủ ngày 15/11/2006 quy định: “Người nước ngoài là người không có quốc tịch Việt Nam, bao gồm người có quốc tịch nước ngoài và người không quốc tịch”. Tuy nhiên, Nghị định số 138/2006/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành các quy định của Bộ luật Dân sự về quan hệ dân sự có yếu tố nước ngoài chứ không phải hướng dẫn thi hành cho Luật Quốc tịch.

Theo khoản 1 Điều 3 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014 thì: “Người nước ngoài là người mang giấy tờ xác định quốc tịch nước ngoài và người không quốc tịch nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú tại Việt Nam”. Với quy định này có thể hiểu người nước ngoài đã bao gồm người không quốc tịch. Tuy nhiên, liệu có thể đồng nhất khái niệm “người nước ngoài” được giải thích trong Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014 với nội hàm pháp lý “người nước ngoài” bị áp dụng hình phạt trục xuất được quy định trong BLHS 2015. Theo chúng tôi, nhà làm luật nên quy định cụ thể về điều này bởi cách giải thích từ ngữ tại khoản 1 Điều 3 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014 chỉ mang tính quy ước, có tính bắt buộc đối với chính đạo luật đó chứ không phải là khuôn mẫu và mang tính bắt buộc đối với cả hệ thống pháp luật Việt Nam⁶. Do nội hàm pháp lý của khái niệm “người nước ngoài” bị áp dụng hình phạt trục xuất chưa được quy định cụ thể trong BLHS 2015 nên người không quốc tịch có bị áp dụng hình phạt trục xuất hay không là câu hỏi đang còn bỏ ngỏ.

Thứ hai, BLHS 2015 không có quy định về việc áp dụng hình phạt trục xuất đối với các tội danh cụ thể.

⁶ Điều 3 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014 quy định:

“Trong Luật này, những từ ngữ dưới đây được hiểu như sau:

1. Người nước ngoài là người mang giấy tờ xác định quốc tịch nước ngoài và người không quốc tịch nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú tại Việt Nam”.

BLHS 2015 hiện hành chỉ dành 03 điều luật để quy định về hình phạt trực xuất. Điều 32 quy định trực xuất là một hình phạt áp dụng đối với cá nhân phạm tội, Điều 37 quy định về định nghĩa và các hình thức áp dụng hình phạt trực xuất và điểm e khoản 1 Điều 55 quy định nguyên tắc áp dụng hình phạt trực xuất trong trường hợp phạm nhiều tội. Trong khi đó, quy định về các tội danh cụ thể trong phần riêng của BLHS 2015 thì không có bất cứ điều khoản nào quy định về hình phạt trực xuất. Điều đó có nghĩa là khi người nước ngoài bị tòa án kết án bởi bất cứ một tội danh nào được quy định trong BLHS 2015 cũng đều có thể bị áp dụng hình phạt trực xuất. Tùy vào từng trường hợp cụ thể, trên cơ sở sự cân nhắc nhiều yếu tố khác nhau, tòa án sẽ quyết định về việc áp dụng hình phạt trực xuất đối với người nước ngoài phạm tội. Theo quan điểm của chúng tôi, quy định này tưởng chừng tạo ra sự linh hoạt cho tòa án trong việc áp dụng hình phạt đối với người nước ngoài phạm tội, nhưng hoàn toàn không phù hợp với nguyên tắc pháp quyền. Bởi lẽ khi tòa án áp dụng hình phạt đối với người nước ngoài phạm tội, cần phải căn cứ quy định của BLHS 2015 về các tội danh cụ thể, trong khi các điều khoản này đều không có quy định về hình phạt trực xuất. Do đó, khi tòa án vận dụng Điều 37 BLHS 2015 để áp dụng hình phạt trực xuất đối với người nước ngoài phạm tội là không đủ cơ sở pháp lý. Điều này không những làm cho việc áp dụng hình phạt trực xuất thiếu tính hợp pháp, mà có thể trở thành mảnh đất màu mỡ cho việc áp dụng pháp luật tùy tiện, là nguyên nhân phát sinh các vi phạm đến quyền con người trong quá trình xét xử.

Đối chiếu với việc áp dụng hình thức xử phạt trực xuất trong xử phạt vi phạm hành chính thì đây là một điểm hạn chế rất lớn của BLHS 2015. Mặc dù Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 có quy định về hình thức xử phạt trực xuất, tuy nhiên việc áp dụng hình thức xử phạt này đối với các vi phạm hành chính cụ thể thì cần phải được quy định một cách rõ ràng trong các Nghị định của Chính phủ về xử phạt vi phạm hành chính trong các lĩnh vực. Vì vậy, các nhà làm luật cần cân nhắc tiếp thu điểm tiến bộ này nhằm khắc phục bất cập trong quy định về hình phạt trực xuất của BLHS 2015 nêu trên.

Thứ ba, điều kiện áp dụng hình phạt trực xuất chưa được BLHS 2015 quy định cụ thể, rõ ràng.

Do quy chế bảo hộ của quốc gia đối với công dân nên việc áp dụng hình phạt trực xuất đối với người nước ngoài phạm tội tại Việt Nam chưa bao giờ là chuyện dễ dàng. Thậm chí, có thể nói, việc áp dụng hình phạt đối với người nước ngoài phạm tội tại Việt Nam khá phức tạp và nhạy cảm. Do đó, việc áp dụng hình phạt trực xuất đối với họ phải vừa đảm bảo tính nghiêm minh của pháp luật, vừa bảo đảm quyền con người. Tuy nhiên, BLHS 2015 lại không quy định những tiêu chí cụ thể để áp dụng hình phạt trực xuất mà lại trao toàn quyền quyết định cho tòa án. Cụ thể, Điều 37 BLHS 2015 chỉ quy định một cách chung chung: “*Trực xuất được tòa án áp dụng là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung trong từng trường hợp cụ thể*”. Như vậy, có thể hiểu, tùy thuộc vào “*từng trường hợp cụ thể*”, khi xét xử người nước ngoài phạm tội, tòa án sẽ quyết định hai vấn đề: Một là, có áp dụng

hình phạt trục xuất đối với người nước ngoài phạm tội hay không; *hai là*, nếu áp dụng hình phạt trục xuất thì áp dụng với tư cách là hình phạt chính hay hình phạt bổ sung. Vấn đề có tính thực tiễn đặt ra là việc xác định yếu tố **“tình trường hợp cụ thể”** sẽ căn cứ vào tiêu chí nào? Điều đáng tiếc là BLHS 2015 lại không có bất kỳ điều khoản nào quy định về **“tình trường hợp cụ thể”** để làm căn cứ áp dụng hình phạt trục xuất. Do đó, việc áp dụng hình phạt trục xuất đối với người nước ngoài phạm tội trên thực tế hoàn toàn phụ thuộc vào ý chí chủ quan của tòa án. Tất nhiên, mọi tội phạm phải bị trừng phạt, thế nhưng, việc áp dụng hình phạt đúng với mức độ vi phạm có tác dụng răn đe, giáo dục cao hơn là việc áp dụng mang tính tùy tiện, vô đoán. Thậm chí, với quy định này có thể thấy, trong nhiều trường hợp, tòa án cũng sẽ băn khoăn khi quyết định có hay không áp dụng hình phạt trục xuất đối với người nước ngoài phạm tội. Ở khía cạnh tiêu cực, quy định này sẽ dễ bị lợi dụng vào các mục đích bất hợp pháp.

Thứ tư, việc áp dụng hình phạt trục xuất với tư cách là hình phạt bổ sung gặp nhiều khó khăn.

Điều 37 BLHS năm 2015 quy định: *“Trục xuất được tòa án áp dụng là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung trong tình trường hợp cụ thể”*. Dựa trên quy định này, khi áp dụng hình phạt đối với người nước ngoài phạm tội, tùy vào tính chất, mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội, tòa án có thể áp dụng hình phạt trục xuất là hình phạt chính (áp dụng độc lập) hoặc hình phạt bổ sung khi không áp dụng là hình phạt chính (áp dụng kèm theo hình phạt chính không phải là trục xuất).

Nếu trục xuất được áp dụng là hình phạt chính thì không có gì đáng bàn, nhưng nếu được áp dụng là hình phạt bổ sung thì sẽ gặp rất nhiều trở ngại từ những hình phạt chính mà nó đi kèm.

Một là, nếu người nước ngoài phạm tội bị áp dụng hình phạt chính là tử hình hoặc tù chung thân, nhưng không được giảm án thì việc áp dụng hình phạt bổ sung là trục xuất sẽ không còn ý nghĩa và không thể thực hiện được bởi người phạm tội bị áp dụng các hình phạt này sẽ bị tước đoạt mạng sống hoặc cách ly vĩnh viễn với xã hội, với cộng đồng, nghĩa là ngồi tù cho đến lúc chết⁷.

Hai là, nếu người phạm tội bị áp dụng hình phạt chính là tù có thời hạn thì hình phạt bổ sung trục xuất chỉ có thể được thực hiện khi người nước ngoài đã chấp hành xong hình phạt chính. Cụ thể, theo Luật Thi hành án hình sự năm 2010, hồ sơ thi hành án phạt trục xuất phải có đủ các loại giấy tờ sau: (i) *Bản sao bản án đã có hiệu lực pháp luật; quyết định thi hành án phạt trục xuất hoặc bản sao quyết định thi hành án phạt tù trong trường hợp trục xuất là hình phạt bổ sung*; (ii) *Bản sao hộ chiếu hoặc bản sao giấy tờ có giá trị thay hộ chiếu của người chấp hành án*; (iii) ***Giấy tờ chứng nhận đã chấp hành xong các hình phạt khác hoặc các nghĩa vụ khác***⁸; (iv) Tài liệu khác có

⁷ Điều 39 BLHS 2015 quy định: *“Tù chung thân là hình phạt tù không thời hạn được áp dụng đối với người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng, nhưng chưa đến mức bị xử phạt tử hình”*.

⁸ Khoản 2 Điều 7 Thông tư liên tịch số 07/2011/TTLT-BCA-BQP-BNG ngày 16/11/2011 của Bộ Công an - Bộ Quốc phòng - Bộ Ngoại giao hướng dẫn thi hành án phạt trục xuất quy định: *“Giấy chứng nhận đã chấp hành xong các hình phạt khác hoặc các nghĩa vụ khác quy định tại điểm c khoản 2*

liên quan⁹. Việc buộc người phạm tội phải chấp hành xong hình phạt tù có thời hạn sau đó mới trực xuất trong nhiều trường hợp sẽ ảnh hưởng đến tính thời sự của việc trực xuất, bởi vì khi tòa án xét thấy cần áp dụng hình phạt trực xuất là phải tính đến khả năng không thể để người bị kết án ở lại Việt Nam lâu hơn nữa.

Thứ năm, chưa có quy định áp dụng hình phạt trực xuất đối với người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội.

Nhằm đảm bảo tính nhân đạo của pháp luật đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, BLHS 2015 đã dành một chương riêng để quy định về đối tượng đặc biệt này tại Chương XII. Về hình phạt áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, Điều 98 BLHS 2015 quy định người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ bị áp dụng một trong các hình phạt sau đây đối với mỗi tội phạm: (i) Cảnh cáo; (ii) Phạt tiền; (iii) Cải tạo không giam giữ; (iv) Tù có thời hạn. Mặc dù Điều 37 BLHS 2015 quy định: “Trực xuất là buộc người nước ngoài bị kết án phải rời khỏi lãnh thổ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam”, tuy nhiên căn cứ vào quy định tại Điều 98 nói trên có thể kết luận hình phạt trực xuất chỉ có thể áp dụng đối với người nước ngoài từ đủ 18 tuổi trở lên phạm tội, còn đối với người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội thì không bị áp dụng hình phạt trực xuất.

Điều 98 Luật Thi hành án hình sự bao gồm: Giấy chứng nhận chấp hành xong hình phạt tù, đặc xá, miễn chấp hành hình phạt tù, miễn, giảm hình phạt tiền, quyết định kết thúc, đình chỉ thi hành án, giấy chứng nhận hoặc xác nhận của cơ quan thi hành án có thẩm quyền về kết quả thi hành án hoặc kết quả thực hiện các nghĩa vụ khác”.

⁹ Khoản 2 Điều 98 Luật Thi hành án hình sự năm 2010.

Trên thực tế, khả năng người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội tại Việt Nam là điều hoàn toàn có thể xảy ra. Trong những trường hợp này, nếu tòa án chỉ áp dụng các hình phạt tại Điều 98 BLHS 2015 thì không đảm bảo tính răn đe, đặc biệt là đối với trường hợp người nước ngoài dưới 18 tuổi thực hiện các loại tội phạm có tính chất nguy hiểm cao cho xã hội. Do đó, vấn đề có tính thực tiễn đặt ra là có nên quy định áp dụng hình phạt trực xuất đối với người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội tại Việt Nam hay không? Chúng tôi cho rằng, nhà làm luật nên cân nhắc cho phép áp dụng hình phạt trực xuất đối với người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội tại Việt Nam. Việc nhà làm luật không quy định áp dụng hình phạt trực xuất đối với người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội tại Việt Nam sẽ không đảm bảo công tác đấu tranh phòng ngừa tội phạm, thậm chí có thể trở thành kẽ hở để các đối tượng này lợi dụng nhằm thực hiện các tội phạm nguy hiểm xâm phạm đến an ninh quốc gia, trật tự an toàn xã hội cũng như quyền, lợi ích hợp pháp của các cá nhân, tổ chức khác.

Thứ sáu, BLHS 2015 chưa có quy định về thời hiệu thi hành hình phạt trực xuất.

Để đảm bảo yêu cầu của công tác đấu tranh, phòng chống tội phạm, BLHS 2015 đã quy định một trong các nguyên tắc quan trọng khi xử lý cá nhân và pháp nhân thương mại phạm tội đó là: “Mọi hành vi phạm tội phải được phát hiện kịp thời, xử lý nhanh chóng, công minh theo đúng pháp luật”¹⁰. Cụ thể hóa nội dung này, Điều 60 BLHS 2015 quy định về thời hiệu thi hành

¹⁰ Điểm a khoản 1, điểm a khoản 2 Điều 3 BLHS 2015.

bản án. Theo đó, thời hiệu thi hành bản án hình sự là thời hạn do Bộ luật này quy định mà khi hết thời hạn đó người bị kết án, pháp nhân thương mại bị kết án không phải chấp hành bản án đã tuyên. Đối với người bị kết án, thời hiệu thi hành bản án được quy định như sau: (i) 05 năm đối với các trường hợp xử phạt tiền, cải tạo không giam giữ hoặc xử phạt tù từ 03 năm trở xuống; (ii) 10 năm đối với các trường hợp xử phạt tù từ trên 03 năm đến 15 năm; (iii) 15 năm đối với các trường hợp xử phạt tù từ trên 15 năm đến 30 năm; (iv) 20 năm đối với các trường hợp xử phạt tù chung thân hoặc tử hình¹¹.

Như vậy, có thể thấy rằng, trong số các hình phạt chính được quy định đối với người phạm tội chỉ có hình phạt cảnh cáo và trục xuất không có quy định về thời hiệu thi hành bản án¹². Chúng tôi cho rằng, việc không quy định thời hiệu thi hành bản án đối với hình phạt cảnh cáo dù là thiếu sót của BLHS 2015, nhưng có thể chấp nhận được vì hình phạt này được áp dụng đối với người phạm tội ít nghiêm trọng và có nhiều tình tiết giảm nhẹ, nhưng chưa đến mức miễn hình phạt. Trong khi đó, đối với hình phạt trục xuất nếu được áp dụng là hình phạt chính thì nhất thiết phải quy định thời hiệu thi hành bản án để đảm bảo tính kịp thời, nhanh chóng trong công tác xử lý người nước ngoài phạm tội; bởi khi tòa án áp dụng hình phạt này là đã thể hiện rất rõ

quan điểm trong việc buộc người nước ngoài phải rời khỏi lãnh thổ Việt Nam để ngăn ngừa khả năng họ tiếp tục phạm tội. Bên cạnh đó, việc bổ sung quy định thời hiệu thi hành bản án đối với hình phạt trục xuất cũng nâng cao trách nhiệm của cơ quan thi hành án trong việc tổ chức thực hiện bản án đã có hiệu lực pháp luật nhằm tuân thủ nguyên tắc xử lý tội phạm đã nêu ở trên.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện

Thứ nhất, BLHS 2015 cần giải thích cụ thể nội hàm của thuật ngữ “người nước ngoài” để từ đó có cơ sở pháp lý rõ ràng khi xác định đối tượng bị áp dụng hình phạt trục xuất nhằm tạo ra sự thống nhất trong quá trình áp dụng pháp luật. Cụ thể, cần giải thích rõ thuật ngữ “người nước ngoài” bị áp dụng hình phạt trục xuất bao gồm người nào. Nếu đồng ý với cách hiểu người nước ngoài đã bao gồm người không có quốc tịch theo quy định của Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014 thì phải cân nhắc tính khả thi trong việc thi hành hình phạt này. Đối với người không quốc tịch thì tòa án sẽ rất khó khăn trong việc xác định “*nơi bị trục xuất đến*” khi áp dụng hình phạt này đối với họ. Đồng thời, cũng cần xem xét đến những trở ngại khi xác định cơ quan, tổ chức, cá nhân nào sẽ đại diện cho người không có quốc tịch thanh toán các chi phí xuất cảnh trong trường hợp họ không có khả năng, điều kiện chi trả¹³.

¹¹ Khoản 2 Điều 60 BLHS 2015.

¹² Mặc dù BLHS 2015 không quy định minh thị, nhưng có thể hiểu thời hiệu thi hành bản án đối với người bị kết án tại khoản 2 Điều 60 BLHS 2015 chỉ xác định theo hình phạt chính. Vì hình phạt bổ sung chỉ được áp dụng kèm theo hình phạt chính, nên thời hiệu thi hành bản án đối với các hình phạt bổ sung cũng thực hiện theo thời hiệu thi hành bản án đối với hình phạt chính mà nó đi kèm.

¹³ Qua khảo sát của nhóm tác giả tại Thành phố Hồ Chí Minh, tỉnh Bình Dương, tỉnh Đồng Nai, từ khi có quy định về hình phạt trục xuất trong BLHS 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) cho đến nay chưa có tòa án nào áp dụng hình phạt trục xuất đối với người không quốc tịch phạm tội tại Việt Nam. Thực tế này

Thứ hai, để đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của người nước ngoài phạm tội tại Việt Nam cũng như yêu cầu của việc xây dựng nhà nước pháp quyền, chúng tôi kiến nghị các nhà làm luật cần luật hóa việc áp dụng hình phạt trực xuất đối với từng tội danh cụ thể để làm căn cứ cho việc áp dụng hình phạt này trong thực tiễn. Đồng thời, Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần xem xét ban hành văn bản hướng dẫn về việc áp dụng hình phạt trực xuất để tránh tình trạng tòa án áp dụng hình phạt một cách tùy tiện, vô đoán bởi quy định: *“Trực xuất được Tòa án áp dụng là hình phạt chính hoặc hình phạt bổ sung trong từng trường hợp cụ thể”* là một quy định rất tùy nghi và dễ tạo ra sự lạm quyền, tùy tiện trong việc áp dụng pháp luật¹⁴.

Thứ ba, khi quyết định hình phạt, tòa án cần cân nhắc kỹ lưỡng trong việc áp dụng hình phạt trực xuất nếu được áp dụng với tư cách là hình phạt bổ sung để đảm bảo sự hài hòa với các hình phạt chính và thể hiện ý nghĩa của hình phạt trực xuất. Theo chúng tôi, đối với người nước ngoài thực hiện các

tội phạm có tính chất nguy hiểm cao, gây thiệt hại nghiêm trọng đến chủ quyền, an ninh quốc gia, trật tự an toàn xã hội cũng như quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức khác, mà tòa án cần phải áp dụng hình phạt chính là tù chung thân hoặc tử hình đối với họ để đảm bảo tính răn đe, trừng trị thì sẽ không áp dụng hình phạt bổ sung là trực xuất. Bởi như đã trình bày, việc áp dụng các hình phạt chính này sẽ làm mất đi ý nghĩa của hình phạt bổ sung trực xuất. Đối với các trường hợp khác thì tùy từng trường hợp cụ thể căn cứ vào sự cần thiết và ý nghĩa của việc áp dụng hình phạt trực xuất để quyết định hình phạt. Nếu việc áp dụng hình phạt trực xuất là cần thiết phải thực hiện *“ngay lập tức”* để ngăn ngừa khả năng người nước ngoài tiếp tục thực hiện tội phạm tại Việt Nam thì thực hiện nguyên tắc ưu tiên áp dụng hình phạt trực xuất là hình phạt chính. Ngược lại, nếu cần thiết phải áp dụng các hình phạt chính khác như tù có thời hạn, phạt tiền để trừng trị, răn đe người nước ngoài phạm tội trước khi buộc họ phải rời khỏi lãnh thổ Việt Nam thì sẽ áp dụng hình phạt trực xuất với tư cách là hình phạt bổ sung.

Thứ tư, cần bổ sung hình phạt trực xuất vào hệ thống các hình phạt có thể áp dụng đối với người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội tại Việt Nam ở Điều 98 BLHS 2015. Việc bổ sung hình phạt trực xuất vào hệ thống các hình phạt được áp dụng đối với người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội giúp tòa án có nhiều lựa chọn hơn khi quyết định hình phạt. Khi người nước ngoài dưới 18 tuổi bị áp dụng hình phạt trực xuất thì họ vẫn có thể có điều kiện học tập, rèn luyện, sinh hoạt tốt trong môi trường gia đình, cộng

(Xem tiếp trang 36)

có thể được giải thích từ những khó khăn mà chúng tôi đề cập ở trên.

¹⁴ Mặc dù Chính phủ đã ban hành Nghị định số 54/2001/NĐ-CP ngày 23/8/2001 hướng dẫn thi hành hình phạt trực xuất. Tuy nhiên, Nghị định này được ban hành để hướng dẫn thi hành BLHS 1999 (đã hết hiệu lực). Đồng thời, khoản 4 Điều 154 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 cũng có quy định: *“Văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực thì văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành, văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực”*. Do đó, chúng tôi kiến nghị Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao xem xét ban hành Nghị quyết hướng dẫn thi hành hình phạt trực xuất theo quy định của BLHS 2015 như Nghị quyết số 01/2018/NQ-HĐTP ngày 24/4/2018 hướng dẫn áp dụng Điều 66 và Điều 106 của Bộ luật Hình sự về tha tù trước thời hạn có điều kiện.

BẢO VỆ CỔ ĐÔNG THIỂU SỐ THÔNG QUA KIỂM SOÁT GIAO DỊCH GIỮA CÔNG TY VỚI NGƯỜI CÓ LIÊN QUAN

Đặng Hoa Trang*
Danh Phạm Mỹ Duyên**

Tóm tắt: Bài viết phân tích cách thức bảo vệ cổ đông thiểu số thông qua quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan; đồng thời đưa ra một số kiến nghị.

Abstract: The article analyzes method to protect minority shareholders under the 2014 Law on Enterprises regarding supervision of transactions between the company and related persons, thereby makes concrete suggestions.

1. Sự cần thiết bảo vệ cổ đông thiểu số trước giao dịch giữa công ty với người có liên quan

Cổ đông thiểu số (CĐTS) là chủ thể chưa được định danh trong các quy định pháp luật ở Việt Nam. Chính vì thế, việc xác định CĐTS là vấn đề gây nhiều tranh cãi trong giới nghiên cứu hiện nay. Có quan điểm cho rằng, pháp luật cần phải định nghĩa rõ ràng CĐTS là ai, đặc điểm của CĐTS là gì, để có thể nhận dạng được họ¹. Tuy nhiên, cũng có quan điểm cho rằng, không có định nghĩa nào về CĐTS được phổ biến và công nhận rộng rãi trên toàn thế giới và nếu có thì chỉ là định nghĩa về một phạm trù mang tính tương đối mà thôi². Có thể thấy, việc xác định CĐTS là điều vô cùng khó khăn bởi quy mô vốn và số lượng cổ đông trong các công ty cổ phần rất khác

nhau. Đối với công ty niêm yết, nơi có hàng ngàn, hàng vạn cổ đông và có sự phân hóa mạnh mẽ về quyền biểu quyết thì CĐTS không thể được xác định bằng một tỷ lệ sở hữu cổ phần cụ thể. Quy định của Luật Chứng khoán Việt Nam hiện hành không đưa ra định nghĩa về CĐTS mà lại đưa ra định nghĩa về cổ đông lớn. Theo đó, “cổ đông lớn là cổ đông sở hữu trực tiếp hoặc gián tiếp từ năm phần trăm trở lên số cổ phiếu có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành”. Vậy nếu xem một chủ thể sở hữu trực tiếp hoặc gián tiếp từ năm phần trăm trở lên số cổ phiếu có quyền biểu quyết của tổ chức phát hành là cổ đông lớn thì liệu rằng có thể xem các chủ thể sở hữu ít hơn 5% là CĐTS hay không? Lý giải vấn đề này cũng vấp phải nhiều tranh luận. Có quan điểm cho rằng, nên chấp nhận cổ đông nhỏ là cổ đông sở hữu tỷ lệ vốn góp dưới 5% tổng số cổ phần của công ty mà cổ đông là thành viên³. Tuy nhiên, cũng có ý kiến cho

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

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

¹ Huỳnh Thị Trúc Linh (2016), “Bảo vệ CĐTS trong công ty cổ phần theo Luật Doanh nghiệp năm 2014”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 06 (310) tháng 3/2016, tr.49.

² Bùi Xuân Hải (2010), *Luật Doanh nghiệp bảo vệ cổ đông – Pháp luật và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.27.

³ Phamlaw, “Quyền dự họp Đại hội đồng cổ đông của cổ đông nhỏ Công ty cổ phần”, <https://phamlaw.com/quyen-du-hop-dai-hoi-co-dong-cua-co-dong-nho-cong-ty-co-phan-hien-nay.html>, truy cập ngày 19/10/2017.

rằng, nhận định CĐTS là những cổ đông nắm giữ dưới 5% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết là sai, bởi lẽ, việc quy định về cổ đông nắm trên 5% liên quan đến vấn đề quản trị công ty (nghĩa vụ công bố thông tin) và những cổ đông này (và những người liên quan của họ) cần chịu sự điều chỉnh chặt hơn bởi pháp luật chứng khoán do các giao dịch của họ có thể gây nên những biến động đối với công ty và thị trường⁴.

Chính vì pháp luật Việt Nam chưa có định nghĩa về CĐTS hay chỉ ra các đặc điểm của CĐTS trong công ty cổ phần nói chung và trong công ty niêm yết nói riêng nên hiện nay CĐTS được nhận diện một cách tương đối thông qua 2 tiêu chí: “Thứ nhất, nói đến CĐTS phải nói đến vốn góp của họ là tổng số cổ phần mà họ sở hữu (là phần trăm cổ phần có quyền biểu quyết) hay phần vốn góp của họ (tỷ lệ phần trăm) trong vốn điều lệ của công ty; thứ hai, nói đến CĐTS là nói đến khả năng của họ trong việc tác động tới chính sách kế hoạch kinh doanh, chiến lược phát triển, lựa chọn người quản lý công ty, hay nói cách khác là nói tới vai trò của họ khi biểu quyết thông qua các vấn đề tại cơ quan quyền lực cao nhất trong công ty”⁵. Tuy nhiên, CĐTS trong công ty niêm yết sẽ có các đặc điểm chung của CĐTS ở các công ty cổ phần khác và các đặc điểm riêng biệt. Những đặc điểm riêng này là nguyên nhân dẫn đến việc các CĐTS cần phải được bảo vệ trước giao dịch giữa công ty với người có liên quan:

Một là, CĐTS, đặc biệt trong công ty niêm yết thường có số lượng lớn và tỷ lệ sở hữu cổ phần nhỏ nên rất dễ bị các cổ đông lớn, người có liên quan chèn ép.

Về nguyên tắc, trong công ty cổ phần, mỗi cổ đông không phân biệt tỷ lệ sở hữu cổ phần đều bình đẳng về quyền và lợi ích với tư cách là chủ sở hữu công ty. Tuy nhiên, chính vì nắm giữ ít hơn phần cổ phiếu có quyền biểu quyết mà các CĐTS thường bị các cổ đông lớn chèn ép và điều này lại càng dễ dàng xảy ra hơn trong công ty niêm yết khi phần lớn cổ đông trong công ty này là CĐTS. Cổ đông lớn có thể chèn ép các CĐTS bằng cách bòn rút lợi ích cá nhân thông qua việc bỏ phiếu chấp thuận giao dịch giữa công ty với người có liên quan. Thậm chí, dù giao dịch này thuộc thẩm quyền chấp thuận của hội đồng quản trị (HĐQT), thì cổ đông lớn vẫn có khả năng chi phối bằng cách đề cử người của mình vào trong HĐQT. Các giao dịch loại này dễ dàng dẫn tới tư lợi khi các cổ đông lớn là người nắm quyền kiểm soát cũng như nắm các thông tin nội bộ⁶; họ có thể lợi dụng vị thế của mình để trục lợi và gây tổn hại cho công ty cũng như các cổ đông khác và nhà đầu tư. Những tổn thất này sẽ càng lớn cho các cổ đông nhỏ khi các cổ đông lớn thực hiện mức độ kiểm soát không tương ứng với mức độ rủi ro mà họ phải chịu với tư cách là chủ sở hữu, bằng cách lợi dụng các công cụ pháp lý để tách quyền sở hữu khỏi quyền kiểm soát như cơ chế kim tự tháp và quyền đa biểu quyết.

Hai là, CĐTS thường đa dạng về thành phần nên rất khó liên kết với nhau để tự bảo vệ quyền lợi của mình.

⁴ Theo ĐTCK, “Cổ đông thiểu số là ai, được ai bảo vệ?”, <http://baodautu.vn/co-dong-thieu-so-la-ai-duoc-ai-bao-ve-d3908.html>, truy cập ngày 15/9/2017.

⁵ Bùi Xuân Hải (2010), *Luật Doanh nghiệp bảo vệ cổ đông – Pháp luật và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.27.

⁶ Khoản 33 Điều 6 Luật Chứng khoán năm 2006.

CĐTS thường chiếm đa số và xuất phát từ nhiều thành phần xã hội khác nhau với trình độ nhận thức và mục đích khi quyết định đầu tư vốn, trở thành cổ đông trong công ty cũng khác nhau. Trong công ty cổ phần các cổ đông thường không biết nhau và số cổ phần ít ỏi của từng CĐTS hầu như không có trọng lượng để quyết định các vấn đề của công ty nếu như họ không liên kết thành một nhóm. Trong khi đó, các cổ đông lớn thường là những người có chủ đích muốn kiểm soát công ty, vì vậy họ có xu hướng liên kết lại để tạo sức mạnh về tỷ lệ sở hữu cổ phần, từ đó chi phối các quyết định của Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ). Chính vì thế, kiểm soát các giao dịch giữa nhóm chủ thể này với các công ty niêm yết là một trong những cách thức để bảo vệ CĐTS trước các khả năng có thể bị xâm phạm về lợi ích.

2. Quy định của pháp luật Việt Nam về kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan – dưới góc độ bảo vệ cổ đông thiểu số

2.1. Nhận diện các giao dịch giữa công ty với người có liên quan

Giao dịch giữa công ty với người có liên quan (Related Party Transactions) là khái niệm chưa được pháp luật Việt Nam định nghĩa cụ thể. Tuy nhiên, theo một số tài liệu nghiên cứu thì giao dịch này cũng được xem là giao dịch có nguy cơ tư lợi, bởi các bên trong giao dịch có thể trực tiếp hoặc gián tiếp dùng ảnh hưởng hay địa vị của họ chi phối các giao dịch này để phục vụ lợi ích của bản thân hoặc gia đình mình⁷. Dựa vào các quy định liên quan đến giao dịch

giữa công ty với người có liên quan, có thể nhận diện giao dịch loại này thông qua các dấu hiệu sau:

Thứ nhất, về chủ thể

Giao dịch giữa công ty với người có liên quan là các giao dịch được thực hiện giữa một bên là công ty và bên còn lại là những người liên quan của công ty. Theo quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014 (LDN 2014), người có liên quan của doanh nghiệp được định nghĩa theo phương thức liệt kê tại khoản 17 Điều 4 gồm một số đối tượng sau: 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; công ty con; người quản lý doanh nghiệp; người quản lý công ty mẹ; 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; nhóm người thỏa thuận cùng phối hợp để thu tóm phần vốn góp, cổ phần hoặc lợi ích ở công ty hoặc để chi phối việc ra quyết định của công ty. Những đối tượng này khi tham gia vào giao dịch với công ty, hoàn toàn có cơ sở lợi dụng để “thu vén” lợi ích cho mình⁸. Vì vậy, giao dịch giữa công ty và những đối tượng này cũng cần được kiểm soát thông qua thẩm quyền chấp thuận của HĐQT và ĐHĐCĐ. Tuy nhiên, khoản 1 Điều 162 LDN 2014 khi quy định về thẩm quyền kiểm soát của HĐQT và ĐHĐCĐ lại không đề cập kiểm soát giao dịch giữa công ty với tất cả các đối tượng được liệt kê như trên, mà chỉ kiểm soát giao dịch giữa công

⁷ Lê Đình Vinh (2004), “Kiểm soát các giao dịch tư lợi trong công ty theo Luật Doanh nghiệp”, Tạp chí Luật học số 01/2004, tr. 54.

⁸ Nguyễn Thị Anh Vân (2013), “Nhận diện người có liên quan và giao dịch giữa công ty và người có liên quan”, Tạp chí Luật học, số 12/2013, tr.4.

ty với một vài chủ thể nhất định⁹. Như vậy, xét về mặt chủ thể của giao dịch, theo quan điểm của nhóm tác giả, đây được xem là một trong những điểm thiếu sót của LDN 2014.

Thứ hai, về mục đích

Các giao dịch được thực hiện giữa công ty với người có liên quan sẽ không có tác động tiêu cực đến lợi ích của công ty, nếu các bên trong giao dịch không có chủ đích trục lợi cá nhân. Bởi lẽ, trong nhiều trường hợp, những giao dịch này vẫn mang lại một số lợi ích nhất định cho công ty. Vì vậy, pháp luật Việt Nam không cấm các giao dịch này, mà chỉ kiểm soát chúng nhằm hạn chế nguy cơ trục lợi từ các bên trong giao dịch. Các nước trên thế giới cũng có một số quy định nhằm nhận diện và kiểm soát các giao dịch tương tự, chẳng hạn: Luật Công ty của Thụy Điển cũng quy định: “Hội đồng giám đốc và các đại diện khác của công ty không được phép tiến hành các giao dịch pháp lý hoặc các biện pháp khác có thể tạo ra lợi thế không chính đáng cho một cổ đông hoặc đương sự thứ ba làm tổn hại đến công ty hoặc cổ đông khác”¹⁰.

2.2. Cách thức kiểm soát giao dịch giữa công ty với người có liên quan

⁹ Lê Đình Vinh (2004), “Kiểm soát các giao dịch tư lợi trong công ty theo Luật Doanh nghiệp”, Tạp chí Luật học, số 01/2004, tr. 54.

¹⁰ Section 23 Chapter 8 Management of the company The Swedish Companies Act (SFS 2005:551), http://law.au.dk/fileadmin/www.asb.dk/omasb/institutter/erhvervsjuridiskinstitut-skjultforgoogle/EMCA/NationalCompaniesActsMemberStates/Sweden/THE_SWE_DISH_COMPANIES_ACT.pdf, truy cập ngày 7/6/2018. Xem thêm: Lê Đình Vinh (2004), “Kiểm soát các giao dịch tư lợi trong công ty theo Luật Doanh nghiệp”, Tạp chí Luật học số 01/2004, tr. 56.

Hiện nay, để kiểm soát giao dịch có nguy cơ trục lợi giữa công ty với người có liên quan, LDN 2014 đã trao thẩm quyền chấp thuận các giao dịch loại này cho HĐQT và ĐHĐCĐ. Theo đó, trước khi đại diện theo pháp luật của công ty tiến hành ký kết hợp đồng hoặc thực hiện giao dịch, đại diện theo pháp luật phải thông báo đến HĐQT và kiểm soát viên về đối tượng có liên quan trong hợp đồng, giao dịch; đồng thời gửi kèm theo dự thảo hợp đồng hoặc nội dung chủ yếu của giao dịch. Tùy vào giá trị của giao dịch mà chủ thể có thẩm quyền chấp thuận có thể là HĐQT hoặc ĐHĐCĐ. Đối với hợp đồng, giao dịch có giá trị nhỏ hơn 35% tổng giá trị tài sản của công ty được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn theo Điều lệ công ty, sẽ thuộc thẩm quyền chấp thuận của HĐQT. HĐQT có thời hạn tối đa là 15 ngày kể từ ngày nhận được thông báo (nếu Điều lệ công ty không quy định thời hạn khác) để quyết định có chấp thuận giao dịch trên hay không; nhằm đảm bảo tính khách quan, LDN 2014 không cho phép thành viên HĐQT có liên quan đến hợp đồng và giao dịch tham gia biểu quyết. LDN 2014 dành cho ĐHĐCĐ thẩm quyền chấp thuận các hợp đồng và giao dịch có giá trị lớn hơn 35% tổng giá trị tài sản của công ty. Về cách thức ĐHĐCĐ thông qua hợp đồng, giao dịch, HĐQT sẽ giải trình nội dung chủ yếu của giao dịch, trình bày dự thảo hợp đồng tại cuộc họp ĐHĐCĐ hoặc lấy ý kiến cổ đông bằng văn bản. Nếu Điều lệ công ty không có quy định khác thì hợp đồng, giao dịch chỉ được ĐHĐCĐ thông qua khi có ít nhất 65% tổng số phiếu biểu quyết tán thành, và đương nhiên số phiếu biểu quyết ở

đây sẽ không tính số phiếu của cổ đông có lợi ích liên quan đến hợp đồng, giao dịch¹¹.

Có thể thấy, LDN 2014 đã có những cải cách đáng kể trong việc kiểm soát các giao dịch giữa công ty với người có liên quan, nhằm hướng đến việc hạn chế thấp nhất tình trạng người quản lý hoặc một số cổ đông lợi dụng vị trí của mình cố tình trục lợi từ các giao dịch loại này. Tuy nhiên, dưới góc độ bảo vệ nhà đầu tư thiểu số (minority investors) thì cách thức kiểm soát của LDN 2014 chưa thực sự “hoàn hảo”, lý do chính là xuất phát từ thẩm quyền chấp thuận hợp đồng, giao dịch có nguy cơ tư lợi của HĐQT.

Việc LDN 2014 trao cho HĐQT quyền chấp thuận hợp đồng, giao dịch giữa công ty với người có liên quan có giá trị dưới 35% tổng giá trị tài sản của công ty, hàm chứa nhiều rủi ro cho chính công ty và các cổ đông, trong đó có CĐTS. Nhìn chung, các quyết định của HĐQT thường có hai xu hướng:

Xu hướng thứ nhất, HĐQT thường hành động vì lợi ích của bản thân hơn là vì lợi ích chung của các cổ đông: Xu hướng này xảy ra khi thành viên HĐQT không phải là cổ đông công ty, mà chỉ là những người làm công ăn lương, nhưng lại có nhiều quyết định ảnh hưởng đến số phận công ty.

Xu hướng thứ hai, các quyết định của HĐQT bị chi phối bởi cổ đông lớn trong công ty: Xu hướng này xảy ra khi HĐQT cũng chính là các cổ đông lớn trong công ty hoặc do các cổ đông lớn bầu ra. Trong những trường hợp này, HĐQT không thể đại diện cho lợi ích của tất cả các chủ sở hữu công ty; bởi vì họ luôn có xu hướng

muốn tối đa hoá lợi ích của mình, do vậy có cơ sở để tin rằng HĐQT sẽ hành động vì lợi ích nhóm hơn là vì lợi ích chung của công ty. Thậm chí, ngay cả trong trường hợp thành viên HĐQT không phải là cổ đông lớn thì HĐQT vẫn có khả năng bị chi phối bởi các cổ đông này. Vì nếu Điều lệ công ty quy định cách thức bầu HĐQT khác LDN 2014¹², thì thành viên HĐQT sẽ do chính cổ đông lớn lựa chọn. Trong khi đó, Điều lệ công ty lại do ĐHCĐ thông qua¹³, cổ đông lớn với số cổ phần mà mình sở hữu hoàn toàn có thể chi phối Điều lệ công ty theo hướng có lợi cho mình. Một khi thành viên HĐQT do cổ đông lớn bầu ra thì sự độc lập của họ trong các quyết định khó có thể đảm bảo. Theo đó, quyết định của HĐQT phần nhiều sẽ phục vụ cho lợi ích nhóm của các cổ đông lớn trong công ty.

Với quy định hiện nay, các giao dịch giữa công ty với chủ sở hữu và người có liên quan nếu có giá trị dưới 35% tổng giá trị tài sản công ty ghi trong báo cáo tài chính gần nhất hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn theo Điều lệ công ty, sẽ thuộc thẩm quyền chấp thuận của HĐQT. Tuy nhiên, 35% là một con số khá cao, với con số này HĐQT sẽ được quyền can thiệp vào nhiều hợp đồng cũng như giao dịch của công ty. Thậm chí, HĐQT còn có thể can thiệp bằng cách chia nhỏ giao dịch để làm giá trị của chúng hạ xuống đạt ngưỡng mà HĐQT có thẩm quyền xem xét chấp thuận¹⁴. Để cải thiện

¹¹ Điều 162 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

¹² Xem: Khoản 3 Điều 144 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

¹³ Xem: Điểm đ khoản 2 Điều 135 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

¹⁴ Tham khảo: Bùi Xuân Hải (2010), *Luật Doanh nghiệp – Bảo vệ cổ đông pháp luật và thực tiễn*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.296.

chỉ số bảo vệ nhà đầu tư thiểu số, nhiều quốc gia trên thế giới đã giới hạn thẩm quyền chấp thuận của HĐQT đối với giao dịch giữa công ty với các bên có liên quan xuống còn 5% tổng giá trị tài sản công ty, chẳng hạn: Bộ luật Thương mại năm 2014 của Honduras quy định rằng, giao dịch giữa công ty và các bên có liên quan nếu có giá trị lớn hơn 5% tổng giá trị tài sản công ty sẽ do các cổ đông công ty quyết định. Quy định mới này đã giúp Honduras lần đầu tiên sau 10 năm, cải thiện đáng kể chỉ số bảo vệ nhà đầu tư thiểu số của mình¹⁵. Hay những nền kinh tế đang phát triển như Albania, Rwanda cũng có những quy định tương tự về thẩm quyền của HĐQT¹⁶. Những quy định như vậy được Ngân hàng thế giới đánh giá là linh hoạt cho CĐTS, giúp họ có thể sử dụng quyền biểu quyết của mình thông qua cuộc họp ĐHĐCĐ để can thiệp vào nhiều giao dịch hơn. Bởi vì, một khi HĐQT có thẩm quyền chấp thuận đối với giao dịch có giá trị càng thấp thì đồng nghĩa số lượng giao dịch thuộc thẩm quyền chấp thuận của ĐHĐCĐ càng được mở rộng, theo đó CĐTS cũng sẽ có nhiều cơ hội hơn để bảo vệ quyền lợi của mình bằng việc biểu quyết tại cuộc họp ĐHĐCĐ.

Đồng thời, theo bộ quy tắc quản trị công ty của Tổ chức Hợp tác và phát triển kinh tế (OECD), thành viên HĐQT và cán bộ quản lý cấp cao phải công khai cho HĐQT biết về những lợi ích đáng kể trong bất kỳ giao dịch nào có ảnh hưởng đến công ty, cho dù là trực tiếp, gián tiếp hay thay

mặt bên thứ ba¹⁷. Tiếp thu nguyên tắc này, LDN 2014 Việt Nam đã có quy định về việc công khai các lợi ích liên quan của các chức danh quản lý trong công ty¹⁸. Có thể nói rằng, đây là một trong những quy định tiên bộ, giúp cho giao dịch trong công ty trở nên minh bạch hơn, đồng thời cũng hỗ trợ cổ đông công ty nói chung và CĐTS nói riêng có thể kiểm soát được phần nào giao dịch có nguy cơ tư lợi. Với quy định này, tất cả cổ đông (không giới hạn số cổ phần sở hữu) đều có quyền trích lục và xem xét toàn bộ nội dung mà người quản lý kê khai liên quan đến người có liên quan và lợi ích có liên quan của người quản lý, đây là một trong những cơ sở quan trọng để xác định những giao dịch công ty dự định thực hiện có tiềm ẩn bất kỳ dấu hiệu tư lợi nào hay không.

2.3. Biện pháp xử lý khi hợp đồng, giao dịch giữa công ty với người có liên quan được ký kết và thực hiện không đúng thủ tục luật định

Theo quy định của LDN 2014, khi giao dịch giữa công ty với người có liên quan chưa được sự chấp thuận của HĐQT hoặc ĐHĐCĐ mà vẫn thực hiện thì sẽ bị tuyên vô hiệu; người ký kết hợp đồng, cổ đông, Giám đốc/Tổng giám đốc, thành viên HĐQT có liên quan phải bồi thường thiệt hại và hoàn trả cho công ty những khoản lợi thu được từ việc thực hiện các giao dịch này¹⁹. Quy định này khá hợp lý khi liệt kê cụ thể các chế tài áp dụng đối với người có

¹⁵ According to Work Bank: World Bank (2016), *Doing Business 2016 – Measuring Regulatory Quality and Efficiency*, 13th Edition, World Bank Group, p.47.

¹⁶ Bùi Xuân Hải, tldđ, tr.297.

¹⁷ Xem: Nguyên tắc “Đối xử bình đẳng đối với cổ đông”, Bộ nguyên tắc quản trị doanh nghiệp của OECD.

¹⁸ Xem: Điều 159 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

¹⁹ Xem: Khoản 4 Điều 162 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

liên quan đến giao dịch, nó có tác dụng “răn đe” những chủ thể này trong trường hợp họ có ý định thực hiện hành vi trục lợi.

Không chỉ vậy, cổ đông công ty còn có thể sử dụng quyền khởi kiện Giám đốc/Tổng giám đốc, thành viên HĐQT²⁰ để bảo vệ quyền lợi của chính mình và công ty khi Giám đốc/Tổng giám đốc hoặc thành viên HĐQT vi phạm nghĩa vụ trung thực, cẩn trọng và trung thành với lợi ích của công ty do có tình ký kết giao dịch nhằm mục đích trục lợi cá nhân. Tuy nhiên, quyền khởi kiện được thiết kế dành cho cổ đông sở hữu ít nhất 1% tổng số cổ phần phổ thông của công ty trong thời hạn liên tục ít nhất 6 tháng. Theo đó, những cổ đông sở hữu dưới 1% cổ phần phổ thông cho dù là cổ đông dài hạn trong công ty cũng không thể nhân danh chính mình (quyền khởi kiện trực tiếp) hoặc nhân danh công ty (quyền khởi kiện phái sinh) khởi kiện thành viên HĐQT và Giám đốc/Tổng giám đốc. Theo báo cáo năm 2018 của World Bank, chỉ số để cổ đông có thể khởi kiện người quản lý công ty ở Việt Nam chỉ đạt 2/10²¹. Vấn đề cốt lõi là làm thế nào để đánh giá được “1% tổng số cổ phần phổ thông” là một con số hợp lý đủ để bảo vệ phần lớn CĐTS trong công ty? 1% tổng số cổ phần phổ thông là tỷ lệ sở hữu khá nhỏ trong những công ty cổ phần có ít cổ đông, nơi cổ phần được tập trung vào tay một số cổ đông chủ chốt. Khi đó, tỷ lệ này sẽ giúp CĐTS có tiếng nói hơn, cũng như hiện thực hoá được quyền khởi kiện của mình. Nhưng ở những công ty cổ phần lớn,

đặc biệt là công ty niêm yết với số lượng cổ đông đông đảo và cổ phần bị phân tán thì 1% tổng số cổ phần phổ thông sẽ trở thành con số không hề nhỏ. Vì vậy, CĐTS trong công ty niêm yết hầu như không thể tiếp cận quyền chính đáng họ cần phải có: Quyền khởi kiện thành viên HĐQT, Giám đốc/Tổng giám đốc. Bởi lẽ, cổ đông của công ty niêm yết phần lớn chỉ quan tâm đến giá trị cổ tức mà cổ phần công ty mang lại, thay vì theo đuổi công việc quản lý công ty. Vì vậy, các chức danh quản lý thường do cổ đông lớn hoặc người bên ngoài được thuê đảm nhiệm. Điều này càng tạo cơ hội cho cổ đông lớn dễ dàng cấu kết với người quản lý “qua mặt” các cổ đông còn lại để chấp thuận giao dịch có nguy cơ trục lợi. Vậy làm thế nào CĐTS trong những công ty loại này thực hiện được quyền khởi kiện? Đây cũng là vấn đề cần được xem xét, theo pháp luật công ty của Anh, cổ đông muốn nhân danh công ty khởi kiện người quản lý (quyền khởi kiện phái sinh), họ phải trải qua thủ tục tố tụng nghiêm ngặt với vai trò quan trọng của toà án nhằm loại bỏ những vụ kiện không có cơ sở rõ ràng, không thiện chí; chứ không tập trung vào việc thắt chặt điều kiện khởi kiện của cổ đông như pháp luật Việt Nam²². Khi thành viên HĐQT, Giám đốc/Tổng giám đốc ký kết các giao dịch loại này, nó sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến tài chính cũng như lợi ích nói chung của công ty. Cho nên, về nguyên tắc, đối với quyền khởi kiện phái sinh, bất kỳ cổ đông nào cũng có thể thực hiện không kể họ sở hữu bao nhiêu cổ

²⁰ Xem: Điều 161 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

²¹ According to World Bank: World Bank (2018), *Doing Business 2018 – Reforming to Create Jobs – Economy Profile Vietnam*, 15th Edition, World Bank Group, p.43.

²² Tham khảo: Nguyễn Hoàng Thuỳ Trang (2011), “Quyền khởi kiện phái sinh của cổ đông công ty cổ phần theo pháp luật Anh và bài học đối với Việt Nam”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 05(66), tr.36-42.

phần. Nếu nắm trong tay quyền này, CĐTS có thể chủ động hạn chế các giao dịch có nguy cơ tư lợi giữa công ty và người có liên quan để tự bảo vệ lợi ích của công ty, vì suy cho cùng bảo vệ lợi ích của công ty cũng gián tiếp bảo vệ lợi ích của chính các cổ đông, bao gồm CĐTS.

Tuy nhiên, để ngăn chặn các cổ đông khởi kiện nhiều mà không có lý do chính đáng thì pháp luật nên có những quy định nghiêm ngặt về thủ tục tố tụng. Chúng ta có thể học hỏi điểm này ở Luật Công ty Anh (Companies Act 2006). Theo Luật Công ty Anh, cổ đông muốn thực hiện quyền khởi kiện phải sinh, họ phải nộp đơn lên toà án kèm theo các chứng cứ về hành vi vi phạm của người quản lý bằng văn bản, việc khởi kiện này phải được cổ đông thông báo đến công ty. Toà án sẽ xét xử vụ việc dưới hai cấp độ²³:

Cấp độ thứ nhất, toà sẽ không yêu cầu phía bị đơn phải cung cấp bất kỳ chứng cứ nào, mà chỉ xem xét các tài liệu và chứng cứ do nguyên đơn cung cấp. Sau khi xem xét hồ sơ và chứng cứ, toà có thể sẽ bác đơn nếu chứng cứ mà nguyên đơn cung cấp không thể hiện rõ ràng là một vụ kiện có cơ sở xác đáng. Bằng việc bác đơn, toà đã loại bỏ được những đơn kiện không có căn cứ, cũng như tránh ảnh hưởng đến những người quản lý công ty ngay tình khi buộc họ phải cung cấp chứng cứ ở giai đoạn này.

Cấp độ thứ hai, nếu bị bác đơn, cổ đông được quyền yêu cầu mở phiên tranh luận để xem xét lại vụ kiện. Trong giai đoạn này, công ty sẽ được thông báo về phiên tranh luận; công ty và/hoặc Giám đốc công ty có quyền trình bày quan điểm của mình về vụ kiện của cổ đông. Để đi đến kết luận, ngoài những gì các bên tranh luận đưa ra, toà sẽ phải xem xét đến nhiều yếu tố khác như: Việc khởi kiện của cổ đông có thiện chí hay không, hành động bị khởi kiện trong tương lai có thể được các cổ đông chấp thuận hay không,...

3. Kết luận và kiến nghị

Chúng ta không thể kỳ vọng một quy định mà ở đó chỉ hướng đến việc bảo vệ CĐTS một cách tuyệt đối. Điều nên làm là hạn chế thấp nhất tình trạng bất bình đẳng giữa các cổ đông và đảm bảo bất kỳ quyết định nào của công ty cũng tuân thủ nguyên tắc công bằng một cách tự nhiên. Qua nghiên cứu, nhóm tác giả có một số kiến nghị đối với việc bảo vệ CĐTS thông qua quy định về kiểm soát giao dịch có nguy cơ tư lợi giữa công ty với người có liên quan theo LDN 2014, như sau:

- Về chủ thể của giao dịch, khoản 1 Điều 162 LDN 2014 nên bổ sung thêm một số đối tượng khác cũng được xem là người có liên quan của công ty quy định tại khoản 17 Điều 4 LDN 2014. Theo đó, giao dịch giữa công ty với các đối tượng này cũng cần được HĐQT hoặc ĐHCĐ chấp thuận trước khi thực hiện.

- Về thẩm quyền của HĐQT trong việc chấp thuận giao dịch giữa công ty với chủ sở hữu và người có liên quan, chỉ nên dừng lại ở mức từ dưới 5% tổng giá trị tài sản của công ty được ghi trong báo cáo tài chính gần nhất. Các giao dịch giữa công ty và

²³ Section 260, 261, 262 Part 11 Companies Act 2006, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/part/11>, truy cập ngày 7/6/2018. Xem thêm: Về quyền khởi kiện phải sinh của cổ đông, tham khảo: Nguyễn Hoàng Thuỳ Trang (2011), “Quyền khởi kiện phải sinh của cổ đông công ty cổ phần theo pháp luật Anh và bài học đối với Việt Nam”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 05(66), tr.36-42.

người có liên quan còn lại sẽ thuộc thẩm quyền chấp thuận của ĐHĐCĐ.

- Về quyền khởi kiện của cổ đông khi thành viên HĐQT, Giám đốc/Tổng giám đốc vi phạm nghĩa vụ cẩn trọng, trung thành với lợi ích của công ty do cố ý thực hiện giao dịch nhằm mục đích tư lợi; như trên đã phân tích, đây là quyền khởi kiện phái sinh, tức là cổ đông khởi kiện vì lợi ích chung của công ty. Vì vậy, pháp luật nên cho phép bất kỳ cổ đông nào cũng được phép sử dụng quyền khởi kiện phái sinh không phụ thuộc vào tỷ lệ cổ phần họ sở hữu, để bảo vệ quyền lợi của công ty và từ đó gián tiếp bảo vệ quyền lợi cho chính mình. Trong trường

hợp này, chúng ta có thể kiểm soát việc khởi kiện không thiện chí bằng các thủ tục tố tụng nghiêm ngặt như Luật Công ty Anh mà bài viết đã đề cập.

Đổi mới và cải cách pháp luật là quan trọng, tuy nhiên, vấn đề cốt lõi là bên cạnh những đảm bảo mà pháp luật mang lại, bản thân từng CĐTTS cũng cần có ý thức chủ động sử dụng những quyền pháp luật đã trao cho mình. Khi pháp luật và cả ý thức của nhà đầu tư phát triển song hành như vậy thì môi trường đầu tư ở Việt Nam mới tiếp cận được nhiều hơn với các nhà đầu tư nhỏ lẻ, cũng như khuyến khích họ bỏ vốn đầu tư vào công ty.

(Tiếp theo trang 27 – Hình phạt trục xuất...)

đồng hay xã hội tại quốc gia nơi họ mang quốc tịch hoặc quốc gia khác. Đồng thời, có thể ngăn ngừa khả năng người nước ngoài dưới 18 tuổi tiếp tục thực hiện tội phạm mới tại Việt Nam. Tuy nhiên, khi quyết định hình phạt trong từng trường hợp cụ thể, tòa án cũng cần cân nhắc nhiều yếu tố để quyết định có hay không việc áp dụng hình phạt trục xuất đối với người nước ngoài dưới 18 tuổi phạm tội như: Tính chất nguy hiểm của hành vi phạm tội, nhân thân, gia đình...

Thứ năm, như đã trình bày, việc quy định thời hiệu thi hành bản án là cần thiết để đảm bảo bản án được thi hành một cách nhanh chóng, kịp thời nhằm thực hiện nguyên tắc xử lý tội phạm theo quy định tại Điều 3 của BLHS 2015. Do đó, để khắc phục thiếu sót của Điều 60 BLHS 2015 quy định về thời hiệu thi hành bản án, chúng tôi

kiến nghị bổ sung quy định về thời hiệu thi hành bản án trong trường hợp tòa án áp dụng hình phạt trục xuất đối với người nước ngoài phạm tội. Quy định này vừa nâng cao trách nhiệm của các chủ thể có thẩm quyền trong việc tổ chức thi hành bản án trục xuất, vừa bảo đảm quyền lợi hợp pháp của người nước ngoài phạm tội vì khi hết thời hiệu thi hành bản án thì họ sẽ không phải chấp hành bản án trục xuất đã tuyên.

Điều 31 BLHS 2015 quy định mục đích của hình phạt không chỉ nhằm trừng trị mà còn giáo dục pháp luật. Để đạt được mục đích này, thiết nghĩ BLHS 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành cũng cần phải quy định cụ thể về đối tượng bị áp dụng, cách thức, điều kiện và phạm vi áp dụng hình phạt trục xuất. Có như vậy thì việc áp dụng hình phạt này mới công minh theo đúng pháp luật.

MÂU THUẬN GIỮA LUẬT XÂY DỰNG VÀ LUẬT ĐẦU THẦU TRONG CÁC QUY ĐỊNH VỀ ĐẦU TƯ XÂY DỰNG CƠ BẢN BẰNG NGUỒN VỐN NHÀ NƯỚC: NHẬN DIỆN VÀ GIẢI PHÁP

Trần Vũ Hải*
Nguyễn Ngọc Yến**

Tóm tắt: Luật Đầu thầu năm 2013, Luật Xây dựng năm 2014 cùng các văn bản quy định chi tiết thi hành còn khá nhiều quy định mâu thuẫn, chồng chéo, dẫn đến khó khăn trong quá trình thực hiện. Bài viết này nhận diện và phân tích những điểm mâu thuẫn trong các quy định giữa hai Luật với nhau và các văn bản dưới luật có liên quan về phạm vi điều chỉnh, vốn nhà nước, hợp đồng... Trên cơ sở đó, các tác giả đề xuất một số giải pháp hoàn thiện các quy định để tăng cường hiệu quả điều chỉnh trên thực tế trong lĩnh vực đầu tư xây dựng cơ bản bằng nguồn vốn nhà nước.

Abstract: The 2013 Law on Bidding, the 2014 Law on Construction, along with legal guiding documents have shown conflicts and overlap of regulations, resulting in difficulties for the enforcement. The article identifies and analyzes conflicts in the two Laws and sub-law documents relating to scope of application, state capital, and contracts. On that basis, the authors make several proposals for improvement to boost practical effectiveness in state capital construction investment sector.

1. Vai trò của Luật Xây dựng và Luật Đầu thầu trong hoạt động đầu tư xây dựng cơ bản bằng nguồn vốn nhà nước

Đầu tư xây dựng cơ bản (XDCB) là một loại hình đầu tư phát triển theo quy định của pháp luật. Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 định nghĩa: “Chi đầu tư phát triển là nhiệm vụ chi của ngân sách nhà nước, gồm chi đầu tư XDCB và một số nhiệm vụ chi đầu tư khác theo quy định của pháp luật”, trong đó “Chi đầu tư XDCB là nhiệm vụ chi của ngân sách nhà nước để thực hiện các chương trình, dự án đầu tư kết cấu hạ tầng kinh tế - xã hội và các chương trình, dự án phục vụ phát triển kinh tế - xã hội”¹. Hoạt

động đầu tư XDCB là những hoạt động sử dụng các nguồn lực hiện tại, nhằm đem lại cho nền kinh tế - xã hội những kết quả trong tương lai lớn hơn các nguồn lực đã sử dụng để đạt được các kết quả đó².

Một cách khái quát, đầu tư XDCB bằng nguồn vốn nhà nước là việc Nhà nước bỏ nguồn vốn để hình thành các công trình hạ tầng kỹ thuật, hạ tầng cơ sở kinh tế - xã hội như công trình giao thông, thủy lợi, thủy điện, cầu cảng, khu kinh tế để phát triển

tư xây dựng cơ bản bằng nguồn vốn nhà nước - Thực trạng và giải pháp hoàn thiện”, TS. Trần Vũ Hải chủ nhiệm, Trường Đại học Luật Hà Nội chủ trì.

¹ Khoản 4 và 5 Điều 4 Luật Ngân sách nhà nước năm 2015.

² Elimazu, Vũ Thành Tự Anh (2005), *Luật Đầu tư chung và sự phân hoá giữa các vùng và địa phương ở Việt Nam*, Viện Nghiên cứu quản lý kinh tế trung ương, Hà Nội, tr.17.

* TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

** NCS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

Bài viết này là một phần kết quả nghiên cứu của Đề tài khoa học cấp cơ sở năm 2017: “Pháp luật về đầu

kinh tế hoặc trụ sở cơ quan nhà nước và các công trình phúc lợi xã hội để phục vụ sự phát triển các mặt của đời sống xã hội. Có thể nhận diện hoạt động đầu tư XDCB bằng nguồn vốn nhà nước thông qua một số dấu hiệu sau đây:

Một là, về lĩnh vực đầu tư, đầu tư XDCB sử dụng vốn nhà nước thường nhằm vào những lĩnh vực ít tính thương mại, vốn đầu tư lớn, không thu hồi vốn ngay và đặc biệt ít có tính cạnh tranh.

Hai là, về mục tiêu, đầu tư XDCB sử dụng vốn nhà nước thường phục vụ lợi ích cho cả xã hội và nền kinh tế ở các quy mô khác nhau. Tìm kiếm lợi nhuận trực tiếp từ công trình được đầu tư không phải là mục tiêu hàng đầu của hoạt động đầu tư XDCB.

Với mục đích trên, hoạt động đầu tư XDCB có thể được xem xét ở 4 góc độ gồm: i) Quyết định đầu tư; ii) Lựa chọn nhà thầu; iii) Quản lý thực hiện công trình; và iv) Quản lý nguồn vốn.

Theo nghiên cứu của Ngân hàng Thế giới năm 2017, chi đầu tư XDCB ở Việt Nam duy trì ở mức cao so với khu vực và thế giới mặc dù giảm dần tỷ trọng trong tổng chi ngân sách nhà nước. Nếu so với tổng đầu tư toàn xã hội, chi đầu tư XDCB từ ngân sách nhà nước chiếm 29,1% trong giai đoạn 2011 - 2015, tăng nhẹ so với mức 28,4% của thời kỳ 2006-2010, cho thấy đầu tư của Nhà nước vào hạ tầng công cộng vẫn tiếp tục được duy trì trong thời gian qua³.

Với mục đích đảm bảo cho hoạt động đầu tư xây dựng được hiệu quả, tiết kiệm,

tránh thất thoát lãng phí, Nhà nước trong những năm qua đã từng bước hoàn thiện hành lang pháp lý điều chỉnh hoạt động này. Theo đó, Luật Đầu tư công năm 2014 điều chỉnh hoạt động ra quyết định đầu tư, Luật Đấu thầu năm 2013 điều chỉnh hoạt động lựa chọn nhà thầu hoặc nhà đầu tư, Luật Xây dựng năm 2014 điều chỉnh việc quản lý công trình đầu tư và Luật Ngân sách nhà nước năm 2015 điều chỉnh hoạt động quản lý vốn và thanh toán. Trong khuôn khổ bài viết này, nhóm tác giả tập trung nghiên cứu về Luật Đấu thầu năm 2013 và Luật Xây dựng năm 2014.

Thứ nhất, sự ra đời của Luật Đấu thầu năm 2013, có hiệu lực từ ngày 01/07/2014 (thay thế cho Luật Đấu thầu năm 2005) đã tăng cường hiệu quả quản lý nhà nước trong hoạt động đấu thầu và hiệu quả sử dụng vốn của Nhà nước thông qua các điều kiện, thủ tục chặt chẽ, đồng thời kiểm soát tốt hơn những xung đột lợi ích và nguy cơ tham nhũng so với các quy định trước đó.

Mục tiêu của Luật Đấu thầu năm 2013 là nhằm tạo ra một môi trường cạnh tranh và công bằng, minh bạch, đạt được hiệu quả kinh tế cao cho chủ đầu tư và nhà thầu. Đặc biệt, hoạt động đấu thầu có vai trò quan trọng đối với việc kiểm soát chi tiêu công thông qua việc cạnh tranh giữa các nhà thầu. Hiện nay, Luật Đấu thầu năm 2013 đã điều chỉnh tất cả các hoạt động đầu tư, mua sắm, cung cấp các hàng hoá, dịch vụ sử dụng vốn nhà nước.

Thứ hai, Luật Xây dựng năm 2014 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã tạo lập hành lang pháp lý cần thiết và môi trường thuận lợi cho các tổ chức, cá nhân trong nước và nước ngoài tham gia các hoạt động

³ Ngân hàng Thế giới, *Báo cáo tóm tắt Đánh giá chi tiêu công Việt Nam: Chính sách tài khóa hướng tới bền vững, hiệu quả và công bằng*, 2017, tr.16.

đầu tư xây dựng; tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ đầu tư có cơ sở triển khai các dự án đầu tư xây dựng, qua đó huy động được một lượng vốn lớn trong xã hội cho đầu tư phát triển. Hiện tại, Luật Xây dựng năm 2014 điều chỉnh đối với hoạt động đầu tư xây dựng trong các dự án đầu tư xây dựng sử dụng mọi loại nguồn vốn khác nhau và xuyên suốt toàn bộ quá trình đầu tư xây dựng; góp phần hạn chế sự lãng phí, thất thoát đối với các dự án đầu tư bằng vốn ngân sách nhà nước nói riêng và vốn nhà nước nói chung.

Khác với lựa chọn nhà thầu cung cấp hàng hoá, việc lựa chọn nhà thầu trong hoạt động xây dựng thể hiện một chuỗi các hành động nhằm chọn được người tạo ra sản phẩm xây dựng⁴. Điều này đặt ra yêu cầu các quy định của Luật Đấu thầu năm 2013 và Luật Xây dựng năm 2014 phải có sự thống nhất, đồng bộ với nhau để đảm bảo hoạt động đấu thầu trong XDCB bằng vốn nhà nước có thể đạt được kết quả cao trong quá trình thực hiện, không bị vướng mắc dẫn đến khó khăn hoặc gây ra rủi ro pháp lý cho các bên tham gia.

2. Những mâu thuẫn chủ yếu giữa Luật Xây dựng và Luật Đấu thầu

Một là, phạm vi điều chỉnh của Luật Đấu thầu năm 2013 quá rộng nên đã “chồng lấn” lên một số nội dung điều chỉnh của Luật Xây dựng năm 2014, dẫn tới mâu thuẫn, chồng chéo.

Hiện nay, tồn tại hai cách hiểu về mối quan hệ giữa Luật Đấu thầu năm 2013 và Luật Xây dựng năm 2014.

Cách hiểu thứ nhất coi Luật Đấu thầu năm 2013 là luật về trình tự, thủ tục lựa chọn nhà thầu, điều kiện đối với nhà thầu, còn Luật Xây dựng năm 2014 là luật nội dung về mối quan hệ cụ thể giữa nhà thầu được chọn và chủ đầu tư sau khi đã trúng thầu. Như vậy, rõ ràng việc Luật Đấu thầu năm 2013 dành nhiều quy định về hợp đồng giữa bên mời thầu và nhà thầu sẽ trở nên không hợp lý (thậm chí nội dung hợp đồng còn được quy định chi tiết tại Chương IX của Nghị định số 63/2014/NĐ-CP quy định chi tiết Luật Đấu thầu). Trong khi đó, Luật Xây dựng cũng dành nhiều quy định về hợp đồng xây dựng (và được quy định chi tiết tại Nghị định số 37/2015/NĐ-CP về hợp đồng xây dựng). Điều này dẫn đến khi ký kết hợp đồng xây dựng, các chủ thể phải căn cứ vào nhiều văn bản khác nhau, trong đó có nhiều quy định không hoàn toàn thống nhất (sẽ bình luận ở phần sau bài viết này).

Cách hiểu thứ hai coi Luật Đấu thầu năm 2013 là luật chung quy định những vấn đề cơ bản và chung nhất trong hoạt động đấu thầu như kế hoạch đấu thầu, yêu cầu đối với hồ sơ mời thầu, dự thầu, nguyên tắc lựa chọn nhà thầu, quyền và nghĩa vụ của các chủ thể tham gia lựa chọn nhà thầu..., còn Luật Xây dựng năm 2014 là luật chuyên ngành quy định về hoạt động đấu thầu trong lĩnh vực xây dựng⁵. Như vậy, các quy định

⁴ Tổng cục Xây dựng (2007), *Vấn đề lựa chọn nhà thầu trong hoạt động xây dựng*, <http://www.xaydung.gov.vn/vi/web/guest/trang-chi-tiet/-/tin-chi-tiet/Z2jG/86/21706/van-de-lua-chon-nha-thau-trong-hoat-dong-xay-dung.html>, truy cập ngày 01/5/2018.

⁵ Tạp chí Xây dựng (2007), *Vấn đề lựa chọn nhà thầu trong hoạt động xây dựng*, <http://www.xaydung.gov.vn/vi/web/guest/trang-chi-tiet/-/tin-chi-tiet/Z2jG/86/21706/van-de-lua-chon-nha-thau-trong-hoat-dong-xay-dung.html>, truy cập ngày 01/5/2018.

tại Luật Đấu thầu năm 2013 sẽ điều chỉnh mối quan hệ giữa các chủ thể trong hoạt động đấu thầu ở tất cả các lĩnh vực, còn đấu thầu trong từng lĩnh vực sẽ được quy định cụ thể trong các luật chuyên ngành; và nếu có mâu thuẫn giữa hai văn bản này thì áp dụng luật chuyên ngành là pháp luật xây dựng. Tuy nhiên, các quy định hiện nay hoàn toàn không đưa ra định nghĩa và cách áp dụng luật chung - luật chuyên ngành⁶.

Hai là, quy định về vốn nhà nước chưa có sự thống nhất giữa hai luật.

Luật Đấu thầu năm 2013 quy định vốn nhà nước bao gồm⁷: a) Vốn ngân sách nhà nước, gồm có: Đầu tư của ngân sách trung ương (bao gồm cả phần vốn ODA được cân đối qua ngân sách nhà nước) cho các bộ, cơ quan trung ương, vốn bổ sung có mục tiêu của ngân sách trung ương cho các địa phương và đầu tư trong cân đối ngân sách địa phương; b) Công trái quốc gia (khoản vốn do Nhà nước vay trực tiếp của người dân bằng một chứng chỉ có kỳ hạn để đầu tư cho các mục tiêu chung của Nhà nước); trái phiếu Chính phủ (khoản vốn đầu tư từ các nguồn vốn trái phiếu do Chính phủ phát hành để thực hiện một số mục tiêu đầu tư cụ thể); trái phiếu chính quyền địa phương (loại trái phiếu do Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương phát hành nhằm huy động vốn cho dự án đầu tư của địa phương); c) Vốn hỗ trợ phát triển chính thức, vốn vay ưu đãi của các nhà tài trợ. Đây là nguồn vốn viện trợ và vốn vay ưu đãi do Chính phủ nước ngoài, các tổ chức

quốc tế, các tổ chức liên Chính phủ hoặc liên quốc gia cung cấp cho Nhà nước hoặc Chính phủ Việt Nam. Một phần vốn đầu tư từ nguồn vốn này đưa vào cân đối ngân sách nhà nước; một phần đưa vào tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước để cho doanh nghiệp vay lại đầu tư các dự án kết cấu hạ tầng kinh tế - xã hội; d) Vốn tín dụng đầu tư phát triển của Nhà nước: Khoản vốn cho vay đầu tư và hỗ trợ sau đầu tư theo chính sách khuyến khích đầu tư của Nhà nước, trong đó có vốn tín dụng từ nguồn vốn vay nước ngoài ở trên. Ngoài ra, Luật Đấu thầu năm 2013 còn quy định một số nguồn vốn khác của Nhà nước như: Vốn từ quỹ phát triển hoạt động sự nghiệp; vốn tín dụng do Chính phủ bảo lãnh; vốn vay được bảo đảm bằng tài sản của Nhà nước; vốn đầu tư phát triển của doanh nghiệp nhà nước; giá trị quyền sử dụng đất.

Với các nguồn vốn trên, có thể thấy khái niệm vốn nhà nước trong Luật Đấu thầu năm 2013 tương đối rộng, bao trùm toàn bộ các nguồn vốn có nguồn gốc từ Nhà nước được quy định trong Luật Ngân sách nhà nước năm 2015, Luật Đầu tư công năm 2014, Luật Đầu tư và Luật Quản lý, sử dụng vốn nhà nước đầu tư vào sản xuất, kinh doanh tại doanh nghiệp năm 2014. Ngoài ra, Luật Đấu thầu năm 2013 còn mở rộng khái niệm vốn nhà nước đối với cả giá trị quyền sử dụng đất.

Trong khi đó, Luật Xây dựng năm 2014 có cách thức xác định vốn của Nhà nước có phần khái quát hơn. Dựa theo việc xác định chủ đầu tư xây dựng, vốn nhà nước gồm: Vốn ngân sách nhà nước và vốn nhà nước ngoài ngân sách (trong đó có vốn

⁶ Khoản 2, 3 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

⁷ Khoản 44 Điều 4 Luật Đấu thầu năm 2013.

của các tập đoàn, tổng công ty Nhà nước)⁸. Với quy định này, rất khó để xác định vốn nhà nước ngoài ngân sách được pháp luật xây dựng điều chỉnh tới bao gồm những nguồn vốn nào, liệu có bao quát cả những nguồn vốn được quy định trong các văn bản điều chỉnh có liên quan đến hoạt động đầu tư sử dụng trực tiếp hoặc gián tiếp vốn nhà nước không?

Ba là, khái niệm về nhà thầu chưa có sự thống nhất giữa Luật Đấu thầu năm 2013 và Luật Xây dựng năm 2014.

Luật Đấu thầu năm 2013 quy định nhà thầu gồm nhiều loại như: Nhà thầu chính, nhà thầu phụ, nhà thầu nước ngoài, nhà thầu trong nước. Nhà thầu có thể là tổ chức hoặc cá nhân và có tư cách hợp lệ khi đáp ứng đủ các điều kiện được quy định tại Điều 5 Luật Đấu thầu năm 2013. Nhà thầu chính là: *“Nhà thầu chịu trách nhiệm tham dự thầu, đứng tên dự thầu và trực tiếp ký, thực hiện hợp đồng nếu được lựa chọn. Nhà thầu chính có thể là nhà thầu độc lập hoặc thành viên của nhà thầu liên danh”*⁹. Bên cạnh đó, trong các văn bản hướng dẫn Luật Đấu thầu năm 2013 còn xuất hiện thuật ngữ *“Nhà thầu quản lý”*. Đây là nhà thầu không trực tiếp thực hiện một phần hoặc toàn bộ các công việc của gói thầu mà ký hợp đồng với các nhà thầu khác để thực hiện, nhưng vẫn quản lý việc thực hiện của các nhà thầu mà mình đã ký hợp đồng, đồng thời vẫn chịu toàn bộ trách nhiệm cũng như rủi ro liên quan đến giá thành, tiến độ thực hiện và

chất lượng của gói thầu¹⁰.

Liên quan đến nội dung này, Luật Xây dựng năm 2014 quy định nhà thầu trong hoạt động xây dựng là tổ chức, cá nhân có đủ điều kiện năng lực hoạt động xây dựng, năng lực hành nghề xây dựng khi tham gia quan hệ hợp đồng trong hoạt động đầu tư xây dựng¹¹, theo đó nhà thầu bao gồm: Nhà thầu chính; nhà thầu phụ; nhà thầu nước ngoài; tổng thầu. Trong đó, nhà thầu chính là nhà thầu trực tiếp ký kết hợp đồng xây dựng với chủ đầu tư xây dựng; nhà thầu phụ là nhà thầu ký kết hợp đồng xây dựng với nhà thầu chính hoặc tổng thầu¹². Tổng thầu xây dựng là nhà thầu ký kết hợp đồng trực tiếp với chủ đầu tư để nhận thầu một, một số loại công việc hoặc toàn bộ công việc của dự án đầu tư xây dựng¹³.

Như vậy, căn cứ vào những thuật ngữ về nhà thầu được quy định trong pháp luật đấu thầu và pháp luật xây dựng nói trên, rất khó để phân biệt giữa tổng thầu với nhà thầu chính. Đối với nhà thầu quản lý, với cách định nghĩa nêu trên thì có thể hiểu đây chính là nhà thầu chính hoặc tổng thầu, còn các nhà thầu ký hợp đồng với nhà thầu quản lý phải được xem là nhà thầu phụ. Do đó, những nhà thầu ký hợp đồng với nhà thầu quản lý phải được dự kiến trong hồ sơ dự thầu, nếu không, cần được xem là chuyển nhượng thầu bất hợp pháp vì Bộ Kế hoạch

⁸ Khoản 9 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014; Điều 4 Nghị định số 59/2015/NĐ-CP.

⁹ Khoản 35 Điều 4 Luật Đấu thầu năm 2013.

¹⁰ Ghi chú số 13, Mục 2.1. Tiêu chuẩn đánh giá về năng lực tài chính và kinh nghiệm, Chương III. Tiêu chuẩn đánh giá hồ sơ dự thầu, Thông tư số 03/2015/TT-BKHĐT ngày 06/5/2015 quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu xây lắp.

¹¹ Khoản 28 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014.

¹² Khoản 11, 12 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP của Chính phủ ngày 22/4/2015 quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

¹³ Khoản 35 Điều 3 Luật Xây dựng năm 2014.

và Đầu tư cũng hướng dẫn như sau: “Trường hợp trong hồ sơ dự thầu, nếu nhà thầu chính không đề xuất sử dụng nhà thầu phụ cho một công việc cụ thể hoặc không dự kiến các công việc sẽ sử dụng nhà thầu phụ thì được hiểu là nhà thầu chính có trách nhiệm thực hiện toàn bộ các công việc thuộc gói thầu. Trường hợp trong quá trình thực hiện hợp đồng, nếu phát hiện việc sử dụng nhà thầu phụ thì nhà thầu chính sẽ được coi là vi phạm hành vi “chuyển nhượng thầu”¹⁴. Như vậy, có thể nhận thấy, khái niệm “nhà thầu quản lý”, hoặc là không cần thiết, hoặc là để giải thích cho trường hợp nhà thầu chính hoặc tổng thầu thực hiện việc “chuyển nhượng thầu” bất hợp pháp.

Bốn là, quy định về hợp đồng được ký kết giữa chủ đầu tư (hoặc bên mời thầu) và nhà thầu được lựa chọn còn nhiều mâu thuẫn, chồng chéo.

Nội dung về hợp đồng hiện nay được quy định trong cả Luật Đấu thầu năm 2013 và Luật Xây dựng năm 2014. Trong lĩnh vực đấu thầu, hợp đồng là văn bản thỏa thuận giữa chủ đầu tư với nhà thầu được lựa chọn trong thực hiện gói thầu thuộc dự án¹⁵. Trong lĩnh vực xây dựng, hợp đồng này mang tên gọi cụ thể là hợp đồng xây dựng được thỏa thuận bằng văn bản giữa bên giao thầu và bên nhận thầu để thực hiện một phần hay toàn bộ công việc trong hoạt động đầu tư xây dựng¹⁶. Khi xem xét các quy

định về hợp đồng trong hai nhóm văn bản pháp luật này, nhận thấy có những nội dung hướng dẫn khác nhau gây khó khăn, vướng mắc trong quá trình thực hiện trên thực tế, cụ thể như sau:

a) *Cách thức phân loại hợp đồng theo tiêu chí giá hợp đồng là không thống nhất.* Việc phân loại hợp đồng giữa bên mời thầu và nhà thầu xây dựng có thể dựa trên nhiều tiêu chí khác nhau. Tuy nhiên, điểm giống nhau giữa Luật Đấu thầu năm 2013 và Luật Xây dựng năm 2014 là cùng dựa trên tiêu chí phương thức giá hợp đồng để phân loại hợp đồng, bao gồm: (i) Hợp đồng trọn gói; (ii) Hợp đồng theo đơn giá cố định; (iii) Hợp đồng theo đơn giá điều chỉnh; (iv) Hợp đồng theo thời gian. Điểm không trùng khớp trong quy định giữa pháp luật đấu thầu và pháp luật xây dựng về các loại hợp đồng này thể hiện ở chỗ, trong pháp luật xây dựng còn bổ sung thêm loại hợp đồng theo giá kết hợp – là hợp đồng xây dựng sử dụng kết hợp nhiều phương thức tính giá, trong khi pháp luật đấu thầu hoàn toàn không quy định về loại hợp đồng theo giá kết hợp này. Như vậy, nếu các bên giao kết hợp đồng thông qua đấu thầu mà thỏa thuận lựa chọn giá kết hợp thì đúng theo Luật Xây dựng, nhưng lại vi phạm Luật Đấu thầu.

b) *Quy định về giá hợp đồng trọn gói còn có nhiều nội dung chưa thống nhất giữa Luật Đấu thầu và Luật Xây dựng.* Luật Đấu thầu năm 2013 và Nghị định số 63/2014/NĐ-CP quy định: “hợp đồng trọn gói là hợp đồng có giá cố định trong suốt thời gian thực hiện đối với toàn bộ nội dung công việc trong hợp đồng”¹⁷, nhưng theo

¹⁴ Mục 31 Chương 1 “Chi dẫn Nhà thầu” trong Mẫu Hồ sơ mời thầu xây lắp quy định tại Thông tư số 03/2015/TT-BKHDT.

¹⁵ Khoản 32 Điều 3 Luật Đấu thầu năm 2013.

¹⁶ Điều 138 Luật Xây dựng năm 2014, khoản 1 Điều 2 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

¹⁷ Điểm a khoản 1 Điều 62 Luật Đấu thầu năm 2013.

Nghị định số 37/2015/NĐ-CP quy định về hợp đồng xây dựng thì hợp đồng trọn gói có “*giá hợp đồng không thay đổi trong suốt quá trình thực hiện hợp đồng đối với khối lượng các công việc thuộc phạm vi hợp đồng đã ký kết, trừ trường hợp bất khả kháng và thay đổi phạm vi công việc phải thực hiện*”¹⁸. Có thể thấy, pháp luật xây dựng quy định linh hoạt hơn về việc xác định giá của hợp đồng thông qua việc chấp nhận trường hợp bất khả kháng và những trường hợp thay đổi phạm vi công việc thực hiện, kể cả tăng hoặc giảm khối lượng công việc. Trong khi đó, pháp luật đấu thầu quy định khá “cứng” trong thỏa thuận giá trọn gói, với quan điểm là các bên phải tự quản lý và chịu trách nhiệm rủi ro về giá khi ký kết hợp đồng trọn gói hoặc hợp đồng đơn giá cố định. Điều này dẫn đến hệ quả trên thực tế là khi áp dụng pháp luật đấu thầu đối với việc thanh toán giá hợp đồng trọn gói, nhiều nhà thầu không được chủ đầu tư chấp thuận thanh toán do có sự khác biệt giữa giá trị thực tế thi công và giá trị hợp đồng trọn gói đã ký, ngay cả khi giảm giá hợp đồng¹⁹.

c) Quy định bắt buộc áp dụng mẫu hồ sơ mời thầu, trong đó có mẫu hợp đồng của pháp luật đấu thầu đã làm “vô hiệu hóa” các quy định về hợp đồng xây dựng theo pháp luật xây dựng. Theo Luật Đấu thầu năm 2013, hợp đồng được ký kết giữa các bên phải phù hợp với nội dung trong hồ sơ mời thầu, hồ sơ yêu cầu, hồ sơ dự thầu, hồ

sơ đề xuất, kết quả thương thảo hợp đồng, quyết định phê duyệt kết quả lựa chọn nhà thầu²⁰. Hiện nay, các thông tư hướng dẫn lập hồ sơ mời thầu của Bộ Kế hoạch và Đầu tư cũng đều yêu cầu các bên tham gia đấu thầu phải áp dụng mẫu hồ sơ mời thầu, trong đó có mẫu hợp đồng. Ví dụ: Thông tư số 03/2015/TT-BKHĐT của Bộ Kế hoạch và Đầu tư ngày 06/5/2015 hướng dẫn lập hồ sơ mời thầu xây lắp quy định các biểu mẫu mà sau khi được ghi thông tin hoàn chỉnh sẽ trở thành một phần của hợp đồng²¹. Trong khi đó, Thông tư số 08/2016/TT-BXD và Thông tư số 09/2016/TT-BXD ban hành cùng ngày 10/3/2016 của Bộ Xây dựng hướng dẫn cụ thể một số loại hợp đồng xây dựng thì quy định các bên ký hợp đồng vận dụng mẫu hợp đồng và điều chỉnh cho phù hợp, chứ không có quy định bắt buộc thực hiện²². Do đó, hiện nay nhiều hợp đồng xây dựng được giao kết thông qua phương thức đấu thầu đều có khuynh hướng áp dụng y nguyên mẫu hồ sơ dự thầu như nội dung hợp đồng chứ không áp dụng hướng dẫn mẫu hợp đồng của Bộ Xây dựng. Thực tế này đặt ra nhiều câu hỏi trong áp dụng pháp luật. Tuy nhiên, văn bản giải đáp của cơ quan chủ quản đầu tư là Bộ Kế hoạch và Đầu tư còn rất chung chung, chưa làm rõ được hướng giải quyết²³.

²⁰ Khoản 3 Điều 65 Luật Đấu thầu năm 2013.

²¹ Chương VIII Phụ lục đính kèm Thông tư số 03/2015/TT-BKHĐT ngày 06/5/2015 của Bộ Kế hoạch và Đầu tư quy định chi tiết lập hồ sơ mời thầu xây lắp.

²² Điều 17 Thông tư số 8/2016/TT-BXD và Điều 12 Thông tư số 09/2016/TT-BXD ban hành ngày 10/3/2016 của Bộ Xây dựng.

²³ Xem thêm Văn bản số 6728/BKHĐT-QLĐT do Cục trưởng Cục Quản lý Đấu thầu ký ngày 17/8/2017 về việc hướng dẫn thực hiện pháp luật đấu

¹⁸ Điểm a khoản 3 Điều 15 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP.

¹⁹ Xem thêm tại Báo điện tử Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, bài viết: *Giá trị thi công nhỏ hơn giá trị hợp đồng trọn gói, xử lý thế nào?*, bài đăng ngày 10/10/2017, truy cập ngày 01/5/2018 tại địa chỉ <http://baochinhphu.vn>.

d) Quy định về thanh lý hợp đồng trong pháp luật đấu thầu và pháp luật xây dựng còn mâu thuẫn nhau về trường hợp hợp đồng bị đơn phương chấm dứt. Luật Đấu thầu năm 2013 và Luật Xây dựng năm 2014 đều không quy định thủ tục thanh lý hợp đồng bắt buộc, nhưng trên thực tế, theo quy định về thanh toán vốn đầu tư có nguồn gốc ngân sách nhà nước, việc thanh lý hợp đồng mang tính bắt buộc nếu trong trường hợp sử dụng vốn nhà nước²⁴. Luật Xây dựng và Nghị định số 63/2014/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật Đấu thầu đều xác định, thanh lý hợp đồng là thủ tục do hai bên thực hiện khi đã hoàn thành các nghĩa vụ theo hợp đồng hoặc hợp đồng bị chấm dứt, hủy bỏ theo quy định của pháp luật với thời hạn thanh lý là 45 ngày, trường hợp phức tạp, quy mô lớn thì không quá 90 ngày²⁵. Tuy nhiên, tại khoản 6 Điều 41 Nghị định 37/2015/NĐ-CP quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng quy định thêm trường hợp một trong các bên đơn phương chấm dứt hợp đồng do bên kia vi phạm hợp đồng thì các bên phải hoàn tất thủ tục thanh lý hợp đồng trong khoảng thời gian theo thỏa thuận trong hợp đồng, nhưng không quá 56 ngày kể từ ngày thông báo chấm dứt hợp đồng, trừ trường hợp các bên thỏa thuận khác; ngoài thời gian này nếu một bên không làm các thủ tục thanh lý hợp đồng thì bên kia được toàn quyền quyết định việc thanh lý hợp đồng. Như vậy, mặc dù quy

định này có tính hợp lý nhất định khi cho phép một bên chủ động chấm dứt và thanh lý hợp đồng, nhưng lại mâu thuẫn với quy định của Luật Xây dựng năm 2014 và Nghị định số 63/2014/NĐ-CP về thời hạn thanh lý, cũng như quy định về việc thủ tục thanh lý phải do cả hai bên thống nhất tiến hành.

3. Kiến nghị

Trước những bất cập, mâu thuẫn giữa quy định của pháp luật đấu thầu và pháp luật xây dựng liên quan đến hoạt động đấu thầu trong lĩnh vực đầu tư XDDB bằng nguồn vốn nhà nước nêu trên, chúng tôi đề xuất một số giải pháp sau:

Thứ nhất, cần thay đổi cách tiếp cận khi sửa đổi, bổ sung Luật Đấu thầu thời gian tới. Theo đó, Luật Đấu thầu chỉ quy định về trình tự, thủ tục, cách thức trong khâu lựa chọn nhà thầu, điều kiện lựa chọn nhà thầu, quản lý nhà nước trong lĩnh vực đấu thầu. Luật Đấu thầu không quy định về những vấn đề sau khi đã lựa chọn xong nhà thầu, trừ nguyên tắc giao dịch với nhà thầu và kết quả lựa chọn nhà thầu. Từ đó, quan hệ hợp đồng giữa chủ đầu tư (hoặc bên mời thầu) với nhà thầu sẽ tuân theo quy định của từng lĩnh vực pháp luật cụ thể (ví dụ: Hợp đồng mua bán hàng hóa thì theo Luật Thương mại, hợp đồng xây dựng thì theo Luật Xây dựng...). Hướng hoàn thiện này sẽ góp phần giảm thiểu sự trùng lặp giữa những quy định thuộc các lĩnh vực pháp luật khác nhau về cùng một vấn đề, đồng thời hạn chế những mâu thuẫn có thể phát sinh. Điều đó có nghĩa, trong lĩnh vực xây dựng, nội dung hợp đồng xây dựng sẽ tuân thủ quy định của Luật Xây dựng và hướng dẫn của Bộ Xây dựng, nhưng phải phù hợp với quy định của Luật Đấu thầu về hồ sơ mời thầu và kết quả lựa chọn nhà thầu đã được phê duyệt.

thầu để trả lời ông Lâm Vũ Phong, địa chỉ Ban Quản lý dự án huyện Ngọc Hiển, tỉnh Cà Mau.

²⁴ Thông tư số 09/2016/TT-BTC ngày 18/01/2016 của Bộ Tài chính quy định về quyết toán dự án hoàn thành thuộc nguồn vốn nhà nước.

²⁵ Luật Xây dựng tại Điều 147 và Nghị định số 63/2014/NĐ-CP tại Điều 99.

Thứ hai, pháp luật cần chuẩn hóa về khái niệm vốn nhà nước trong các văn bản quy phạm pháp luật. Điều này, một mặt, sẽ tạo thuận lợi cho việc xác định và thực hiện các quy định về quản lý và sử dụng vốn nhà nước vào đầu tư XDCH, mặt khác, sẽ thúc đẩy việc sử dụng vốn nhà nước được công khai, minh bạch.

Thứ ba, cần làm rõ và thống nhất cách giải thích các thuật ngữ về nhà thầu giữa các văn bản pháp luật. Về nguyên tắc, khái niệm nhà thầu được định nghĩa trong Luật Đấu thầu. Các văn bản pháp luật khác, trong đó có Luật Xây dựng, chỉ cần dẫn chiếu đến Luật Đấu thầu khi xác định thế nào là nhà thầu và phân loại nhà thầu. Bên cạnh đó, khái niệm tổng thầu (nếu cần giữ lại) phải được phân định rõ với khái niệm nhà thầu chính. Theo đó, tổng thầu là nhà thầu đứng đầu các nhà thầu, chịu trách nhiệm chung của gói thầu, các nhà thầu còn lại vẫn được xác định là nhà thầu chính. Cách xác định này sẽ phù hợp với bản chất của tổng thầu mà vẫn phân biệt được với nhà thầu chính và nhà thầu đứng đầu liên danh.

Thứ tư, pháp luật cần bỏ quy định về “nhà thầu quản lý” vì khái niệm này không có trong Luật Đấu thầu mà chỉ có ở thông tư hướng dẫn của Bộ Kế hoạch và Đầu tư. “Nhà thầu quản lý” về bản chất chính là nhà thầu chính hoặc tổng thầu trong mối quan hệ với các nhà thầu phụ hoặc nhà thầu liên danh. Mặt khác, nếu nhà thầu quản lý chỉ là “người chịu trách nhiệm” thì sẽ không thực sự phân biệt được với hiện tượng chuyển nhượng thầu bất hợp pháp, khi mà nhà thầu chuyển giao hoàn toàn công việc của mình cho những nhà thầu khác, thậm chí không có trong danh sách nhà thầu phụ, để chỉ còn

chịu trách nhiệm trên danh nghĩa.

Thứ năm, Luật Đấu thầu cần quy định linh hoạt về giá hợp đồng theo hướng bổ sung thêm hợp đồng theo giá kết hợp vì thực tế có những công việc thuộc gói thầu vừa cần đến giá cố định, vừa cần đến giá điều chỉnh hoặc giá theo thời gian. Việc xác định nội dung hợp đồng, nguyên tắc ký kết, giá hợp đồng và cách thức thanh toán loại hợp đồng này cũng cần được quy định cụ thể. Đối với hợp đồng trọn gói, Luật Đấu thầu cần quy định rõ, trường hợp thay đổi phạm vi công việc dẫn đến giảm khối lượng công việc thì giá trọn gói cũng giảm tương ứng. Việc bổ sung thêm quy định mang tính linh hoạt như vậy, một mặt, sẽ đảm bảo sự phù hợp với quy định của Luật Xây dựng, mặt khác, sẽ tạo thuận lợi cho các nhà thầu và chủ đầu tư trong việc tiến hành thanh toán hợp đồng, hạn chế việc bắt buộc phải thanh toán đúng giá hợp đồng, nhưng sau đó lại bị cơ quan thanh tra, kiểm toán tiến hành xuất toán vì đo bóc khối lượng công việc sau hoàn thành ít hơn so với dự toán.

Thứ sáu, pháp luật cần thống nhất quy định về thanh lý hợp đồng theo hướng ấn định thời hạn là 45 ngày, trong trường hợp quy mô lớn, phức tạp thì không quá 90 ngày. Bên cạnh đó, thủ tục thanh lý hợp đồng phải được thực hiện bởi các bên hợp đồng, bỏ quy định một bên có quyền thanh lý vì như vậy không phù hợp với bản chất thỏa thuận của hợp đồng. Nếu một bên cố ý không thực hiện thủ tục thanh lý thì phải xem là trường hợp vi phạm hợp đồng và bên bị vi phạm có quyền áp dụng các chế tài theo thỏa thuận hoặc theo pháp luật và cũng có thể lựa chọn khởi kiện ra các cơ quan tài phán theo quy định.

QUYỀN LÀM VIỆC VÀ ĐIỀU KHOẢN KHÔNG CẠNH TRANH/BẢO VỆ BÍ MẬT KINH DOANH, BÍ MẬT CÔNG NGHỆ TRONG HỢP ĐỒNG LAO ĐỘNG THEO PHÁP LUẬT PHÁP – GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Nguyễn Võ Linh Giang*

Tóm tắt: Bài viết trình bày các vấn đề liên quan đến điều khoản không cạnh tranh/bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ theo pháp luật Pháp như điều kiện có hiệu lực, biện pháp áp dụng khi vi phạm điều khoản và từ đó kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam nhằm bảo đảm, bảo vệ được quyền làm việc của người lao động và bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ của người sử dụng lao động.

Abstract: This article presents the content of the non-compete protection of trade, technology secrets clauses under French law, such as conditions for validity and applicable measures in case of violations, and thereby proposes concrete suggestions to improve Vietnamese law in order to protect the right to work of employees and the right to trade and technology secrets of employers.

1. Đặt vấn đề

Quyền làm việc được quy định trong Hiến pháp năm 2013 và Bộ luật lao động năm 2012. Nội dung quyền làm việc thể hiện sự tự do lựa chọn công việc, nơi làm việc, học nghề, nâng cao trình độ nghề nghiệp, không bị phân biệt đối xử... Với bản chất là quyền kinh tế có thể bị hạn chế, nên trong quan hệ lao động, quyền làm việc của người lao động cần được xem xét tương thích với các quyền của người sử dụng lao động.

Do đó, đối với những công việc cần bảo vệ bí mật kinh doanh và bí mật công nghệ thì quyền làm việc có thể bị hạn chế bởi điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ (còn gọi là điều khoản “không cạnh tranh”). Việc thỏa thuận điều khoản

không cạnh tranh trong hợp đồng lao động là một hình thức chấp nhận từ bỏ một quyền con người cơ bản. Điều khoản này nhằm mục đích cấm người lao động, theo điều khoản hợp đồng, làm việc cho một doanh nghiệp cạnh tranh hoặc tự họ thành lập doanh nghiệp¹. Điều này một mặt bảo đảm môi trường cạnh tranh lành mạnh giữa các thương nhân, mặt khác hạn chế quyền tự do làm việc của người lao động.

Pháp luật Việt Nam hiện nay chỉ đề cập đến khả năng thỏa thuận các điều khoản này trong hợp đồng lao động. Trong mối quan hệ với người sử dụng lao động thì người lao động luôn được xem là bên yếu thế hơn, do đó, việc sử dụng điều khoản không cạnh tranh đã hạn chế quyền làm việc của người lao động là điều có thể xảy ra. Do đó, để

* Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ, NCS. Khoa Luật, Trường Đại học Lille – Luật và Y khoa, Pháp.

¹ Ruth Dijoux, *Hợp đồng hóa các quyền tự do cơ bản (La contractualisation des droits fondamentaux)*, Nxb. L'Harmattan, Paris, 2012, tr. 256.

bảo vệ quyền của bên yếu thế trong quan hệ lao động, bảo đảm được bí mật kinh doanh và bí mật công nghệ của doanh nghiệp, cần có quy chế pháp lý cụ thể về vấn đề này.

Pháp luật thành văn của Pháp cũng không quy định về điều khoản này trong hợp đồng lao động. Tuy nhiên, khác với Việt Nam, pháp luật Pháp bổ sung các vấn đề liên quan đến điều khoản không cạnh tranh bằng các án lệ của Tòa án tối cao (Cour de cassation). Theo các án lệ này, các vấn đề pháp lý liên quan đến điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ trong hợp đồng lao động có thể được chia thành hai nhóm chính. Thứ nhất là, điều kiện có hiệu lực của điều khoản và thứ hai là, biện pháp áp dụng khi điều khoản không đáp ứng đủ các điều kiện có hiệu lực. Trong bối cảnh hiện nay, khi án lệ được công nhận tại Việt Nam thì việc tham khảo kinh nghiệm từ các nước, trong đó có Pháp là cần thiết, không chỉ trong hoạt động lập pháp mà còn đối với việc áp dụng pháp luật của tòa án.

2. Điều kiện có hiệu lực của điều khoản không cạnh tranh theo pháp luật Pháp

Về nguyên tắc, người lao động không bị ràng buộc bởi các quy định mang tính chất cạnh tranh giữa những thương nhân với nhau. Nguyên tắc này được án lệ bổ sung cho nguyên tắc chung được quy định tại Điều L. 1121-1 Bộ luật Lao động. Cụ thể, theo bản án số 07-43993 ngày 16/12/2008²

² Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 16/12/2008 số 07-43993, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000019970634&fastReqId=1141462433&fastPos=58>, truy cập ngày 20/3/2018.

của Tòa xã hội thuộc Tòa tư pháp tối cao Pháp thì Điều 6.1 Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa ngày 16/12/1966 có hiệu lực áp dụng trực tiếp. Điều này bảo đảm quyền của tất cả mọi người có khả năng kiếm sống bằng một công việc do họ tự do lựa chọn và thỏa thuận, nhằm xóa bỏ tình trạng người lao động thực hiện nghĩa vụ bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ nhưng lại không nhận được tiền bồi thường khi bị sa thải do lỗi nghiêm trọng³.

Một điều khoản không cạnh tranh được xem là hợp pháp và không bị hủy nếu không xâm phạm đến quyền tự do làm việc⁴. Tòa xã hội thuộc Tòa tư pháp tối cao của Pháp đã khẳng định điều kiện có hiệu lực của điều khoản này trong bản án ngày 10/7/2002⁵. Theo bản án này thì điều kiện để điều khoản hạn chế tuyển dụng nhằm bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ bao gồm: Thứ nhất, việc thỏa thuận điều khoản này trong hợp đồng lao động là cần thiết để bảo vệ lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp; thứ hai, điều khoản này phải được giới hạn trong không gian và thời gian xác định; thứ

³ Bộ luật Lao động (Code du travail), Nxb. Dalloz, 2017-2018, tái bản lần thứ 80, tr. 12.

⁴ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 08/5/1967, Bản tin các bản án dân sự của Tòa tư pháp tối cao Pháp, lần thứ IV, số 373.

⁵ Tòa xã hội, Tòa tối cao Pháp, bản án ngày 10/7/2002, số 00-45387, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046366&fastReqId=121931619&fastPos=55>, truy cập ngày 20/3/2018.

Tòa xã hội, Tòa tối cao Pháp, bản án ngày 10/7/2002, số 99-43334, 99-43336, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007046366&fastReqId=121931619&fastPos=55>, truy cập ngày 20/3/2018.

ba, điều khoản phải mô tả đặc điểm công việc của người lao động; và cuối cùng là, điều khoản phải ràng buộc nghĩa vụ tài chính của người sử dụng lao động đối với người lao động. Đồng thời, hiệu lực của điều khoản không cạnh tranh phải được đánh giá vào ngày điều khoản được ký kết. Thỏa ước lao động tập thể có hiệu lực sau đó không thể làm vô hiệu điều khoản không cạnh tranh⁶. Dưới đây sẽ phân tích cụ thể về các điều kiện này:

Thứ nhất, về bảo vệ lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp. Điều kiện này được Tòa tư pháp tối cao khẳng định trong bản án Godissart. Theo đó, Tòa án này đồng quan điểm với tòa án cấp dưới khi tuyên bố người sử dụng lao động không thể quy định điều khoản không cạnh tranh vào hợp đồng lao động đối với người lao động làm công việc làm sạch kính vì lý do bảo vệ lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp, do đó bị xem là không hợp pháp. Từ bản án này, người sử dụng lao động không thể tiếp tục yêu cầu thực hiện điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ cũng như không được quy định điều khoản này trong hợp đồng lao động⁷. Như vậy, điều kiện về lợi ích của doanh nghiệp không do các doanh nghiệp tự do nhận định và cũng không được áp dụng đối với tất cả các công việc. Điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ được xem là bảo vệ lợi ích của doanh nghiệp khi các quy định pháp luật về

cạnh tranh không đủ để bảo vệ các bí mật mà doanh nghiệp muốn bảo vệ.

Thứ hai, điều kiện về không gian và thời gian. Theo bản án ngày 10/7/2002 thì điều khoản không cạnh tranh phải quy định đầy đủ điều kiện hạn chế đồng thời về thời gian, không gian⁸. Có thể thấy, việc đáp ứng đầy đủ hai điều kiện này đã làm giảm các hạn chế về quyền làm việc của người lao động. Người lao động có thể lựa chọn một không gian khác so với không gian đã quy định tại điều khoản không cạnh tranh để làm việc.

Để minh họa rõ hơn cho điều kiện này, chúng ta có thể xem xét một vài ví dụ sau: Một điều khoản không cạnh tranh đã được tuyên bố hợp pháp khi hạn chế người lao động trong thời hạn hai năm không làm việc tại những khu vực mà doanh nghiệp đã thiết lập vào thời điểm bắt đầu kinh doanh vì điều khoản này không cấm tuyệt đối việc tiến hành hoạt động nghề nghiệp của người lao động⁹. Tuy nhiên, khi điều khoản khác cấm một kỹ sư tiến hành tất cả các hoạt động nghề nghiệp trên lãnh thổ quốc gia trong vòng một năm thì đã bị tòa án tuyên bất hợp pháp¹⁰. Tương tự, có điều khoản không cạnh tranh của một doanh nghiệp có hoạt động chính hoặc hoạt động phụ là kinh doanh dưới dạng chuỗi cửa hàng quần áo và dụng cụ thể thao đã bị tuyên là bất hợp pháp khi cấm người lao động thực hiện công việc

⁶ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 29/9/2011, Tạp chí Dalloz, ngày 26/11/2011, Bình luận của Perrin.

⁷ Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, *Luật lao động (Droit du travail)*, Tái bản lần thứ 31, Nxb. Dalloz, Paris, 2017, tr. 242.

⁸ Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, *Luật lao động (Droit du travail)*, Tái bản lần thứ 31, Nxb. Dalloz, Paris, 2017, tr. 243.

⁹ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 31/3/1981, Bản tin các bản án dân sự lần thứ V, số 282.

¹⁰ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 27/02/1996, Tạp chí khoa học pháp lý xã hội năm 1996, số 406, tr. 242.

theo chuyên môn của họ ở Pháp trong vòng một năm¹¹.

Thứ ba, điều kiện liên quan đến hoạt động nghề nghiệp. Để có hiệu lực, điều khoản không cạnh tranh phải cho phép người lao động có khả năng tiến hành các hoạt động nghề nghiệp phù hợp với chuyên môn của họ. Theo bản án ngày 10/7/2002 thì điều khoản không cạnh tranh chỉ hợp pháp khi đề cập đến những đặc tính về công việc của người lao động. Sự thay đổi về thuật ngữ này không làm thay đổi điều kiện về hiệu lực của điều khoản không cạnh tranh. Để xác định điều khoản không cạnh tranh có xâm phạm quyền làm việc của người lao động hay không thì thẩm phán cần xem xét cân trọng đến nghề nghiệp được đào tạo và kiến thức người lao động đạt được trong quá trình thực hành nghề nghiệp¹².

Để đánh giá mức độ nghiêm trọng của việc xâm phạm đến tự do làm việc của người lao động, thẩm phán phải xem xét trên hai phương diện. Một mặt, thẩm phán xem xét việc cấm người lao động có tương ứng với công việc mà người lao động đã thực hiện hay không. Nếu công việc đó được tiến hành trong suốt một hoặc hai năm, thẩm phán cân nhắc rằng đó có phải công việc chuyên môn của người lao động và có thể bị cấm thực hiện bởi một điều

khoản không cạnh tranh hay không¹³. Mặt khác, thẩm phán cần xem xét tính chất chung của loại hình đào tạo và kiến thức của người lao động. Khi loại hình đào tạo hoặc kiến thức của người lao động cho phép họ có khả năng đảm nhận nhiều loại công việc, việc cấm đảm nhận một công việc chính xác sẽ không được xem là bất hợp pháp bởi người lao động có thể tiếp tục làm công việc khác phù hợp với khả năng của họ¹⁴. Chỉ trong trường hợp hoạt động nghề nghiệp bị cấm tương ứng với chuyên môn hẹp của người lao động thì điều khoản không cạnh tranh sẽ bị hủy¹⁵.

Thứ tư, điều kiện về việc ghi nhận nghĩa vụ tài chính của người sử dụng lao động. Điều khoản không cạnh tranh phải ghi nhận nghĩa vụ tài chính của người sử dụng lao động đối với người lao động¹⁶. Án lệ cho thấy, điều khoản không cạnh tranh đã bị tuyên bố trái với nguyên tắc cơ bản của việc tự do làm việc khi không quy định nghĩa vụ tài chính của người sử dụng lao động¹⁷.

¹³ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 04/12/1990, số 89-12834, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007025739&fastReqId=1793782718&fastPos=2>, truy cập ngày 25/3/2018.

¹⁴ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 20/6/1995, số 91-45261, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007280414&fastReqId=146374025&fastPos=57>, truy cập ngày 25/3/2018.

¹⁵ Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, *Luật lao động (Droit du travail)*, Tái bản lần thứ 31, Nxb. Dalloz, Paris, 2017, tr. 244.

¹⁶ Gilles Auzero, Dirk Baugard, Emmanuel Dockès, *Luật lao động (Droit du travail)*, Tái bản lần thứ 31, Nxb. Dalloz, Paris, 2017, tr. 245.

¹⁷ Anne Pelissier, Delphine Costa, *Hợp đồng và quyền con người (Contrats et droits fondamentaux)*, Tạp chí Đại học d'Aix-Marseille Puam 2001, tr. 46.

¹¹ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 18/12/2002, số 99-46136, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007044456&fastReqId=1996417875&fastPos=1>, truy cập ngày 08/4/2018.

¹² Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 20/11/2013, số 12-20074, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028230783&fastReqId=1108198287&fastPos=36>, truy cập ngày 25/3/2018.

Bản án ngày 10/7/2002 của Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao đã dựa trên “nguyên tắc cơ bản về tự do tiến hành hoạt động nghề nghiệp” và Điều L. 1121-1 của Bộ luật Lao động, qua đó khẳng định rất rõ ràng rằng “điều khoản không cạnh tranh chỉ hợp pháp nếu có ràng buộc về nghĩa vụ bồi thường của người sử dụng lao động đối với người lao động khi chấm dứt hợp đồng lao động”¹⁸, cho dù thỏa ước lao động tập thể không đề cập đến nghĩa vụ bồi thường này¹⁹. Cũng có thể xảy ra trường hợp điều khoản không cạnh tranh không quy định về nghĩa vụ tài chính của người sử dụng lao động mà chỉ dẫn chiếu đến thỏa ước lao động tập thể có đề cập đến nghĩa vụ bồi thường của người sử dụng lao động trong trường hợp thực hiện điều khoản không cạnh tranh khi chấm dứt hợp đồng lao động. Thỏa thuận này được xem là hợp pháp khi nghĩa vụ tài chính của người sử dụng lao động được áp dụng một cách đầy đủ²⁰.

Điều khoản không cạnh tranh không phụ thuộc vào điều kiện chấm dứt hợp đồng do lỗi của người sử dụng lao động²¹ hoặc người lao động²². Điều khoản này cũng

không thể bị loại bỏ, thậm chí bởi một điều khoản trong thỏa ước lao động tập thể, khi người lao động bị sa thải do phạm lỗi nghiêm trọng²³.

Cụ thể, tại bản án ngày 31/5/2006, Tòa xã hội thuộc Tòa tư pháp tối cao Pháp đã tuyên một điều khoản không cạnh tranh vô hiệu khi không quy định về khoản tiền bồi thường trong trường hợp người sử dụng lao động đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động. Tương tự, tại bản án ngày 28/6/2006, Tòa xã hội cũng đã tuyên bố điều khoản không cạnh tranh vô hiệu khi loại trừ nghĩa vụ bồi thường trong trường hợp người lao động bị sa thải do lỗi nghiêm trọng. Đồng thời, tòa này cũng khẳng định, điều kiện để thiết lập nghĩa vụ của người lao động và nghĩa vụ bồi thường của người sử dụng lao động là không thể tách biệt.

Bên cạnh đó, việc trả khoản tiền bồi thường không thể thực hiện trước khi chấm dứt hợp đồng lao động²⁴. Nội dung này đã được khẳng định lại tại bản án ngày 22/6/2011, theo đó thì việc trả khoản tiền bồi thường theo điều khoản không cạnh tranh chỉ có thể được chuyển sau khi hợp đồng lao động chấm dứt²⁵.

¹⁸ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, những bản án ngày 10/7/2002 đã dẫn.

¹⁹ Ruth Dijoux, *Hợp đồng hóa các quyền tự do cơ bản (La contractualisation des droits fondamentaux)*, Nxb. L'Harmattan, Paris, 2012, tr. 350.

²⁰ Ruth Dijoux, *Hợp đồng hóa các quyền tự do cơ bản (La contractualisation des droits fondamentaux)*, Nxb. L'Harmattan, Paris, 2012, tr. 350.

²¹ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 31/5/2006, số 04-46621, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007624533&fastReqId=1126912518&fastPos=1>, truy cập ngày 25/3/2018.

²² Tòa xã hội, Tòa án tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 27/02/2007, số 05-44984, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017638192&fastRe>

[qId=1297544012&fastPos=1](https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018947685&fastReqId=863880472&fastPos=1), truy cập ngày 25/3/2018.

²³ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 04/6/2006, số 04-40609, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000018947685&fastReqId=863880472&fastPos=1>, truy cập ngày 25/3/2018.

²⁴ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 07/3/2007, số 06-42262, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007633345&fastReqId=1017011163&fastPos=50>, truy cập ngày 14/4/2018.

²⁵ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 22/6/2011, Bản tin Dalloz ngày 18/7/2011, ghi chú của Siro.

Ngoài ra, việc bồi thường phải có tính thực tế. Để đánh giá tính thực tế của việc bồi thường, tòa phá án có thể kiểm soát tính hợp lý của việc bồi thường. Tòa án quyết định số tiền bồi thường phải tương ứng với mức độ xâm phạm đến tự do tiến hành hoạt động nghề nghiệp của người lao động khi xem xét đến những thu nhập từ công việc trước đây của họ. Việc thỏa thuận số tiền bồi thường phải tuân theo thỏa ước lao động tập thể nhằm đảm bảo số tiền này hợp lý và tránh lạm dụng quyền. Trong trường hợp số tiền bồi thường trong hợp đồng lao động cá nhân thấp hơn số tiền bồi thường ấn định tại thỏa ước lao động tập thể thì điều khoản này sẽ vô hiệu và người lao động sẽ không bị ràng buộc bởi nghĩa vụ không cạnh tranh²⁶.

Tóm lại, một điều khoản không cạnh tranh được xem là hợp pháp phải đáp ứng đồng thời bốn điều kiện có hiệu lực như đã phân tích. Trong trường hợp điều khoản này không đáp ứng đồng thời các điều kiện có hiệu lực đã nêu thì án lệ cũng ghi nhận các biện pháp áp dụng cho những điều khoản này.

3. Biện pháp áp dụng khi điều khoản không đáp ứng đủ các điều kiện có hiệu lực theo pháp luật Pháp

Một điều khoản hạn chế cạnh tranh khi không đáp ứng bốn điều kiện có hiệu lực được đề cập ở mục 2 thì điều khoản đó sẽ bị vô hiệu. Tại bản án ngày 18/9/2002, Tòa xã hội đã tuyên bố vô hiệu một điều khoản không cạnh tranh trong hợp đồng lao động vì điều khoản này không cho phép người lao động tiến hành hoạt động nghề nghiệp

tương ứng với loại hình đào tạo và kinh nghiệm cá nhân, mặc dù việc hạn chế này được áp dụng trong một khoảng thời gian và không gian nhất định nhằm bảo vệ lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp.

Việc tuyên điều khoản không cạnh tranh vô hiệu chỉ vì lợi ích của người lao động. Người lao động là chủ thể duy nhất liên quan khi tuyên điều khoản không cạnh tranh vô hiệu do xâm phạm đến quyền tự do làm việc của họ. Yêu cầu tuyên vô hiệu từ phía người sử dụng lao động sẽ không được chấp nhận²⁷. Khi người lao động yêu cầu hủy điều khoản không cạnh tranh và yêu cầu được chấp nhận, việc hủy này sẽ không phát sinh hiệu lực hồi tố²⁸.

Ngoài ra, điều khoản không cạnh tranh cũng có thể bị tuyên vô hiệu một phần. Tòa tư pháp tối cao của Pháp đã từng tuyên rằng, thay vì hủy điều khoản không cạnh tranh do vi phạm điều kiện có hiệu lực thì tòa án có thể tiến hành xem xét và chỉ tuyên bỏ điều khoản có hiệu lực một phần. Việc xem xét lại được thực hiện khi điều khoản ấn định cho người lao động nghĩa vụ tuân thủ trong trường hợp thời hạn của nghĩa vụ này là quá mức²⁹ hoặc phạm vi địa lý bị

²⁶ Ruth Dijoux, *Hợp đồng hóa các quyền tự do cơ bản (La contractualisation des droits fondamentaux)*, Nxb. L'Harmattan, Paris, 2012, tr. 361.

²⁷ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 17/7/1997, số 95-40869, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037936&fastReqId=1790549931&fastPos=79>, truy cập ngày 25/3/2018.

²⁸ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 28/10/1997, số 94-43792, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007037467&fastReqId=515843868&fastPos=98>, truy cập ngày 08/4/2018.

²⁹ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 11/10/1990, số 87-41613, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007025178&fastReqId=2110222097&fastPos=36>, truy cập ngày 08/4/2018.

cấm quá rộng³⁰, cũng như trong trường hợp mà việc xem xét phạm vi nghề nghiệp bị cấm làm cho người lao động không thể tiến hành hoạt động nghề nghiệp³¹ hoặc một hoạt động tương ứng với chuyên môn được đào tạo và kinh nghiệm cá nhân³².

Khi xem xét lại điều khoản, thẩm phán có thể giảm phạm vi áp dụng về địa lý của một điều khoản khi điều khoản này vi phạm tự do làm việc của người lao động³³. Thẩm phán cũng có thể hạn chế hiệu lực về thời gian và cách thức thực hiện điều khoản³⁴.

4. Liên hệ với Việt Nam

4.1. Về điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ trong hợp đồng lao động

Điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ được quy định tại khoản 2 Điều 23 Bộ luật Lao động năm 2012 như sau: “Khi người lao động làm việc có liên quan trực tiếp đến bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ theo quy định của pháp luật thì người sử dụng lao động có quyền thỏa thuận bằng văn bản với người lao động về nội dung, thời hạn bảo vệ bí mật kinh doanh, bí

mật công nghệ, quyền lợi và việc bồi thường trong trường hợp người lao động vi phạm”. Có thể thấy, quy định này chỉ đề cập đến một số nội dung cơ bản cần có trong điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, còn giới hạn của các nội dung này cũng như biện pháp bảo vệ quyền làm việc người lao động thì không được đề cập đến. Quy định này dường như chú trọng bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ của người sử dụng lao động hơn là bảo vệ quyền làm việc của người lao động. Hệ quả là quy định này đã không đảm bảo được sự bình đẳng của hai bên trong hợp đồng lao động. Người lao động trong trường hợp chấp nhận điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ đã ngầm từ bỏ quyền tự do làm việc của họ.

Tiếp theo, Điều 23 Bộ luật Lao động được chi tiết hóa tại Điều 4 Nghị định số 05/2015/NĐ-CP, nhưng không đề cập đến điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ. Vì vậy, về nguyên tắc, người lao động và người sử dụng lao động sẽ được thỏa thuận những nội dung liên quan đến điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ.

Theo quy định tại khoản 2 Điều 23 thì các vấn đề được thỏa thuận bao gồm nội dung, thời hạn, quyền lợi và vấn đề bồi thường trong trường hợp người lao động vi phạm. Từ quy định trên, có thể thấy, chưa xác định được rõ ràng nội dung điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ mà khoản 2 Điều 23 muốn nhắc đến là gì, thời hạn bao lâu được xem là hợp lý, quyền lợi được tính đến là của người lao động hay người sử dụng lao động hay cả hai bên và mức độ bồi thường khi người lao động vi

³⁰ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 27/02/1996, Tạp chí khoa học pháp lý xã hội năm 1996, số 406, tr. 242.

³¹ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 04/3/1970, số 69-40168, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006982764&fastReqId=603500593&fastPos=11>, truy cập ngày 08/4/2018.

³² Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 18/9/2002, số 99-46136, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007044456&fastReqId=1922238997&fastPos=44>, truy cập ngày 08/4/2018.

³³ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 25/3/1998, Tạp chí Dalloz năm 1998, tr. 132.

³⁴ Tòa xã hội, Tòa tư pháp tối cao Pháp, bản án ngày 18/9/2002, Tạp chí Dalloz năm 2002, tr. 1007, ghi chú của Vatinet.

phạm điều khoản được xác định như thế nào. Do đó, quy định này còn nhiều thiếu sót cần được bổ sung để bảo đảm, bảo vệ được quyền làm việc của người lao động và bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ của người sử dụng lao động.

4.2. Kiến nghị

Quy định pháp luật hiện nay về điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ còn những bất cập nhất định cần hoàn thiện. Pháp luật Pháp, thông qua án lệ đã đưa ra nhiều nội dung cụ thể về điều khoản không cạnh tranh nhằm khắc phục những hạn chế của Bộ luật Lao động. Trên cơ sở kinh nghiệm của Pháp, có thể đưa một số giải pháp nhằm hoàn thiện quy định về điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ trong hợp đồng lao động để bảo vệ quyền làm việc của người lao động mà vẫn bảo đảm bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ cho người sử dụng lao động.

Thứ nhất, về nội dung của điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, cần bỏ từ “nội dung” và thay bằng “đặc điểm công việc mà người lao động thực hiện”. Bên cạnh đó, cần có văn bản hướng dẫn chi tiết về đặc điểm công việc của người lao động; không được hạn chế toàn bộ khả năng có thể tìm được một công việc mới dựa trên chuyên môn và kinh nghiệm cá nhân của người lao động. Việc quy định các đặc tính công việc vào điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ nhằm giảm khả năng xâm phạm quyền tự do làm việc của người lao động. Người lao động, dựa trên chuyên môn và kinh nghiệm cá nhân, có thể lựa chọn một công việc ngoài công việc bị hạn chế theo điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí

mật công nghệ mà họ thỏa thuận với người sử dụng lao động.

Thứ hai, cần quy định thời hạn tối đa để các bên không thể thỏa thuận nhằm đảm bảo giải quyết tranh chấp khi các bên không thỏa thuận thời hạn hoặc có thỏa thuận nhưng không rõ ràng. Đồng thời, nó đảm bảo quyền làm việc của người lao động và người lao động sẽ biết được thời hạn hạn chế quyền của họ.

Thứ ba, đề xuất bỏ quy định về quyền lợi đối với điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ. Thay vào đó, quy định về nghĩa vụ tài chính của người sử dụng lao động nhằm đảm bảo thu nhập cho người lao động khi quyền của người lao động bị hạn chế bởi điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, do đó không thể tìm được một công việc mới theo chuyên môn của họ.

Thứ tư, về bồi thường khi người lao động vi phạm điều khoản. Theo tác giả, quy định này mang thiên hướng bảo vệ người sử dụng lao động trong khi người lao động là bên yếu thế hơn. Do đó, quy định này cần được bổ sung theo hướng, khi người lao động vi phạm nghĩa vụ bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ và gây hậu quả nghiêm trọng làm ảnh hưởng đến hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp thì người lao động sẽ chịu trách nhiệm bồi thường.

Thứ năm, khoản 2 Điều 23 Bộ luật Lao động không đề cập đến không gian địa lý thực hiện điều khoản này, gây khó khăn trong việc xác định đối thủ cạnh tranh của doanh nghiệp. Theo đó, quy định về không gian địa lý cần được quy định cụ thể. Có thể

(Xem tiếp trang 62)

THỰC TRẠNG PHÁP LUẬT ĐẤT ĐAI TẠI VIỆT NAM HIỆN NAY DƯỚI GÓC NHÌN THAM CHIẾU VỚI HIỆP ĐỊNH ĐỐI TÁC TOÀN DIỆN VÀ TIẾN BỘ XUYỀN THÁI BÌNH DƯƠNG

Nguyễn Quang Tuyền*
Trần Tuấn Sơn**

Tóm tắt: Từ yêu cầu của Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương, bài viết rà soát, đánh giá hệ thống pháp luật đất đai, qua đó phát hiện ra những điểm mâu thuẫn, bất tương thích và đưa ra các giải pháp khắc phục nhằm đáp ứng các yêu cầu của Hiệp định.

Abstract: Based on the requirements of the Comprehensive and Progressive Trans-Pacific Partnership, the article reviews and assesses land law system to show certain conflicts and incompatibilities, and makes proposals for legal improvement in order to meet requirements of the Pact.

Dẫn nhập

Ngày 08/03/2018, tại Santiago - Chile, Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP), được 11 quốc gia thành viên, bao gồm Australia, Brunei, Canada, Chile, Nhật Bản, Malaysia, Mexico, New Zealand, Peru, Singapore và Việt Nam ký kết. Sự kiện này một lần nữa chứng minh tính đúng đắn của quan điểm, chính sách đa dạng hóa, đa phương hóa trong quan hệ quốc tế của Đảng và Nhà nước; đồng thời, thể hiện sự hội nhập ngày càng sâu rộng, toàn diện vào quá trình toàn cầu hóa của Việt Nam.

1. Yêu cầu của Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương liên quan đến pháp luật đất đai

Tìm hiểu nội dung của Hiệp định CPTPP có thể thấy rằng, lĩnh vực đất đai

không được đề cập một cách trực tiếp. Tuy nhiên, có 03 nội dung của Hiệp định này liên quan đến lĩnh vực đất đai, bao gồm mở cửa thị trường¹, đầu tư và công khai, minh bạch chống tham nhũng². Sự liên quan này được lý giải bởi các nguyên nhân cơ bản sau đây:

Một là, mở cửa thị trường, tự do hóa thương mại được thực hiện dựa trên nguyên tắc công bằng và bình đẳng³. Theo đó, các quốc gia thành viên không chỉ cam kết mở cửa thị trường, gỡ bỏ hàng rào thuế quan, tiếp tục tự do hóa và thuận lợi hóa thương mại, mà còn tiếp tục công khai, minh bạch hóa quản lý nhà nước về phát triển thị

¹ Xem Chương 22 Tạo thuận lợi trong kinh doanh và năng lực cạnh tranh của Hiệp định CPTPP.

² Xem Chương 26. Sự minh bạch và chống tham nhũng của Hiệp định CPTPP.

³ Điều 1.1: Thành lập một khu vực thương mại tự do. Các Bên tham gia Hiệp định này thiết lập một khu vực thương mại tự do phù hợp với các quy định của Hiệp định này theo Điều XXIV của GATT 1994 và Điều V của GATS.

* PGS.TS., Đại học Luật Hà Nội.

** ThS., Công ty cổ phần Xây dựng hạ tầng giao thông.

trường để hàng hóa của quốc gia thành viên khác được tự do trao đổi, tiêu thụ tại thị trường của nước mình. Thị trường đất đai là loại thị trường không thể thiếu của một nền kinh tế thị trường và là thị trường mang yếu tố “đầu vào” của mọi hoạt động đầu tư, sản xuất - kinh doanh. Vì vậy, sự vận hành của thị trường đất đai cũng phải tuân thủ nguyên tắc này. Để thị trường đất đai phát triển theo các nguyên tắc của nền kinh tế thị trường, pháp luật đất đai phải tôn trọng và đề cao nguyên tắc công bằng, bình đẳng trong tiếp cận, sử dụng đất của các doanh nghiệp, tổ chức kinh tế.

Hai là, về lĩnh vực đầu tư. Các nước thành viên Hiệp định cam kết đảm bảo sự công bằng, bình đẳng cho mọi thành phần kinh tế tham gia đầu tư, chống bảo hộ độc quyền. Để có thể đầu tư thành công và mang lại kết quả mong đợi thì trước tiên các nhà đầu tư phải có đất triển khai thực hiện dự án đầu tư. Sự phân biệt, đối xử bất bình đẳng, không công bằng thể hiện trong nội dung các quy định của pháp luật đất đai nói chung và các quy định về giao đất, cho thuê đất, nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất... giữa các nhà đầu tư, các doanh nghiệp sẽ là rào cản, thách thức lớn trong tiếp cận đất đai và trong suốt quá trình sử dụng đất thực hiện dự án đầu tư. Qua điều tra, khảo sát đối với giới đầu tư nước ngoài, các doanh nghiệp tư nhân cho thấy, mối quan tâm hàng đầu của họ là sự đối xử công bằng, bình đẳng của Nhà nước trong lĩnh vực đất đai để thực hiện dự án đầu tư. Theo một nghiên cứu được công bố của Ngân hàng Thế giới tại Việt Nam thì: “*Đất đai ở Việt Nam không nhiều và doanh nghiệp rất khó tiếp cận. Cạnh tranh đất đai trong bối*

cảnh thảm quyền tập trung quá lớn trong việc cấp đất không được kiểm tra, giám sát hiệu quả đã tạo điều kiện cho tham nhũng. Các doanh nghiệp có thể bị xúi giục trong việc bỏ những rào cản trong tiếp cận đất phức tạp hiện nay thông qua cái gọi là “tiền bôi trơn””⁴. Báo cáo này cũng chỉ ra những khó khăn trong việc tiếp cận thông tin về quy hoạch sử dụng đất và khả năng tiếp cận thông tin không đồng đều của các chủ đầu tư: “*Qua các cuộc thảo luận nhóm tập trung trong nghiên cứu tình huống ở 05 tỉnh cho thấy, thông tin quy hoạch sử dụng đất/quy hoạch đô thị được phổ biến công khai ở nhiều cấp hành chính, nhưng khó tìm kiếm, không đầy đủ và khó hiểu. Một vấn đề cụ thể đối với chủ đầu tư tìm kiếm đất cho dự án là khó xác định vị trí đất dựa trên thông tin quy hoạch sử dụng đất. Điều tra định lượng không chính thức một phần của nghiên cứu tình huống tại 05 tỉnh cho thấy, 43% ý kiến phản hồi cho rằng, kế hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt không được công bố công khai hoặc được công bố công khai, nhưng không tuân thủ đầy đủ các quy định của pháp luật*”⁵.

Ba là, vấn đề công khai, minh bạch trong tự do hóa thương mại và đầu tư. Hiệp định CPTPP kế thừa nội dung của Hiệp định đối tác toàn diện xuyên Thái Bình Dương (TPP) khi nhấn mạnh và đề cao nguyên tắc công khai, minh bạch trong tự do hóa

⁴ Ngân hàng Thế giới tại Việt Nam (2011), *Nhận diện và giảm thiểu các rủi ro dẫn đến tham nhũng trong quản lý đất đai ở Việt Nam* (Sách tham khảo), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 54 - 55.

⁵ Ngân hàng Thế giới tại Việt Nam (2011), *Nhận diện và giảm thiểu các rủi ro dẫn đến tham nhũng trong quản lý đất đai ở Việt Nam* (Sách tham khảo), Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 27 - 28.

thương mại và đầu tư và coi đây là nguyên tắc cơ bản, xuyên suốt toàn bộ nội dung các điều khoản của Hiệp định; đồng thời, yêu cầu các quốc gia thành viên cam kết tuân thủ, thực hiện triệt để nguyên tắc này⁶.

⁶ Điều 26.2: Công khai

1. Mỗi Bên bảo đảm rằng các đạo luật, quy định, thủ tục và quy định hành chính áp dụng chung đối với bất kỳ vấn đề nào quy định tại Hiệp định này được công bố kịp thời hoặc có sẵn, cho phép những người quan tâm và các Bên làm quen với chúng.

2. Trong phạm vi có thể, mỗi Bên có trách nhiệm:

(a) Công bố trước các biện pháp được nêu tại khoản 1 mà mình đề xuất để áp dụng; và

(b) Tạo cho những người quan tâm và các Bên khác một cơ hội hợp lý để đóng góp ý kiến về những biện pháp được đề xuất.

3. Trong phạm vi có thể, khi giới thiệu hoặc thay đổi các luật, quy định và thủ tục nêu tại khoản 1, mỗi Bên cần cung cấp một thời gian hợp lý giữa ngày mà các luật, quy định hoặc thủ tục, đề xuất hoặc quyết định đó, được đề xuất và quyết định phù hợp với hệ thống pháp luật của mình, được công bố công khai và ngày các luật, quy định và thủ tục đó có hiệu lực.

4. Đối với một quy định được đề xuất áp dụng chung của cấp trung ương của Chính phủ một Bên liên quan tới các vấn đề thuộc phạm vi Hiệp định này có khả năng ảnh hưởng đến thương mại và đầu tư giữa các Bên và được công bố theo quy định tại khoản 2 (a), mỗi Bên cần:

(a) Công khai các quy định được đề xuất trên một tạp chí chính thức, hoặc trên một trang web chính thức, tốt nhất là trực tuyến và hợp nhất thành một công duy nhất;

(b) Cố gắng công khai các quy định được đề xuất:

(i) Không ít hơn 60 ngày trước ngày các ý kiến được xác định; hoặc

(ii) Trong một khoảng thời gian trước ngày có ý kiến cung cấp đủ thời gian cho một người quan tâm để đánh giá các quy định được đề xuất, để xây dựng và trình ý kiến;

(c) Đến một mức có thể, đính kèm trong các bản công khai quy định tại điểm (a) các giải thích về mục đích và lý do cho các quy định được đề xuất; và

(d) Xem xét ý kiến nhận được trong khoảng thời gian bình luận, và được khuyến khích để giải thích các thay đổi đáng kể để thực hiện các quy định được đề xuất, tốt nhất là trên một trang web chính thức hoặc trên một tạp chí trực tuyến.

5. Đối với một quy định áp dụng chung thông qua cấp trung ương của Chính phủ liên quan tới vấn đề

Muốn thực hiện có hiệu quả nguyên tắc này, hệ thống pháp luật liên quan phải được “nội luật hóa”; bảo đảm sự công khai, minh bạch trong các quy định. Lĩnh vực pháp luật đất đai không nằm ngoài yêu cầu này, do đất đai là yếu tố “đầu vào” của mọi hoạt động đầu tư, sản xuất - kinh doanh và chịu sự điều chỉnh trực tiếp của các quy định về đất đai.

2. Đánh giá thực trạng pháp luật đất đai Việt Nam tham chiếu với các nội dung có liên quan của Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương

2.1. Về nội dung các quy định của pháp luật đất đai phù hợp với những yêu cầu của Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương

Pháp luật đất đai Việt Nam đã tiếp cận và có những quy định phù hợp với các yêu cầu của Hiệp định CPTPP; đó là:

Thứ nhất, về cơ bản, xóa bỏ sự phân biệt đối xử và tạo lập khung pháp lý bình đẳng về quyền và nghĩa vụ của mọi chủ thể sử dụng đất.

Một là, kế thừa quy định của Luật Đất đai năm 2003, Luật Đất đai năm 2013 thiết kế một chương về quyền và nghĩa vụ của người sử dụng đất (Chương XI từ Điều 166 - Điều 194). Mọi chủ thể sử dụng đất không phân biệt đó là tổ chức trong nước, hộ gia

thuộc phạm vi của Hiệp định này được công khai theo quy định tại khoản 1, mỗi Bên cần:

(a) Công bố kịp thời các quy định trên một trang thông tin điện tử chính thức hoặc một tạp chí chính thức lưu hành quốc gia; và

(b) Nếu thích hợp, đính kèm theo bản công khai quy định giải thích về mục đích và lý do của các quy định.

đình, cá nhân, cộng đồng dân cư, cơ sở tôn giáo, tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài sử dụng đất; không phân biệt các hình thức sử dụng đất là giao đất có thu tiền sử dụng đất, giao đất không thu tiền sử dụng đất; cho thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm, cho thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê hay nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất... đều có các quyền và nghĩa vụ chung của người sử dụng đất quy định tại Mục 1 Chương XI (từ Điều 166 - Điều 172). Mặt khác, Điều 172 quy định tổ chức kinh tế, tổ chức sự nghiệp công lập tự chủ tài chính, hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được quyền lựa chọn hình thức trả tiền thuê đất nhằm đảm bảo quyền tự do kinh doanh trong nền kinh tế thị trường.

Hai là, không có sự phân biệt, đối xử trong nội dung các quy định về quyền và nghĩa vụ của mọi chủ thể sử dụng đất. Mọi chủ thể sử dụng đất không có quyền sở hữu đất đai (quyền sở hữu đất đai thuộc về toàn dân do Nhà nước đại diện chủ sở hữu và thống nhất quản lý)⁷ mà chỉ có quyền sử dụng đất thông qua việc Nhà nước trao quyền sử dụng đất. Hay nói cách khác, mọi tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, cơ sở tôn giáo, cộng đồng dân cư tiếp cận đất đai thông qua việc Nhà nước trao quyền sử dụng đất bằng các hình thức: i) Quyết định giao đất không thu tiền sử dụng đất, giao đất có thu tiền sử dụng đất; ii) Quyết định cho thuê đất thu tiền thuê đất hàng năm, cho

thuê đất thu tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê; iii) Công nhận quyền sử dụng đất⁸.

Ba là, một trong những giải pháp giải quyết “bài toán” vốn cho đầu tư, sản xuất, kinh doanh, pháp luật đất đai quy định quyền thế chấp quyền sử dụng đất của tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài. Theo đó, tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất⁹; hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp, lâm nghiệp, nuôi trồng thủy sản, làm muối được giao đất nông nghiệp trong hạn mức quy định tại Điều 129 của Luật Đất đai năm 2013 được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất; tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được Nhà nước cho thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê; tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thuê lại đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu kinh tế, khu chế xuất, khu công nghệ cao theo hình thức thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê; tổ chức kinh tế, tổ chức sự nghiệp công lập tự chủ tài chính, hộ gia đình, cá nhân, người

⁸ Điều 17 Luật Đất đai năm 2013.

⁹ Người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được giao đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê (khoản 3 Điều 55 Luật Đất đai năm 2013).

⁷ Điều 4 Luật Đất đai năm 2013.

Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài đang được Nhà nước cho thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm được chuyển sang thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê được thể chấp quyền sử dụng đất tại các ngân hàng, tổ chức tín dụng được phép hoạt động tại Việt Nam. Trình tự, thủ tục thực hiện thể chấp quyền sử dụng đất được thực hiện theo quy định của Luật Đất đai năm 2013 và Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Đất đai (sau đây gọi là Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014).

Bốn là, một điểm đáng lưu ý là pháp luật đất đai không có bất kỳ một sự ưu đãi nào trong việc quy định quyền và nghĩa vụ sử dụng đất của tổ chức trong nước nhằm bảo đảm nguyên tắc bình đẳng, công bằng trong sử dụng đất. Theo đó, tổ chức trong nước được Nhà nước giao đất không thu tiền sử dụng đất; tổ chức kinh tế được Nhà nước cho thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm được quyền bán, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại, thế chấp, góp vốn bằng tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất. Ngược lại, trường hợp tổ chức kinh tế được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, tổ chức kinh tế được Nhà nước cho thuê đất trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê; tổ chức kinh tế thuê lại đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu kinh tế, khu chế xuất, khu công nghệ cao theo hình thức trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê; tổ chức kinh tế nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất; tổ chức kinh tế được Nhà nước cho phép chuyển từ hình thức thuê đất trả tiền thuê đất hàng năm

sang trả tiền thuê đất một lần cho cả thời gian thuê thì được quyền chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê, cho thuê lại, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất và tài sản thuộc sở hữu của mình gắn liền với đất.

Thứ hai, xác lập cơ chế thống nhất trong việc tiếp cận đất đai sử dụng vào mục đích sản xuất, kinh doanh dựa trên các nguyên tắc của thị trường thông qua các hình thức giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất, nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất, đấu giá quyền sử dụng đất và đấu thầu dự án có sử dụng đất.

Một là, về giao đất: Luật Đất đai năm 2013 bổ sung quy định người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được giao đất có thu tiền sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê¹⁰. Như vậy, bên cạnh hình thức thuê đất, người Việt Nam định cư ở nước ngoài, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài còn được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê. Điều này tương thích với việc tiếp cận đất đai của tổ chức kinh tế trong nước, hộ gia đình, cá nhân thông qua hình thức Nhà nước giao đất, cho thuê đất.

Hai là, về thời hạn thuê đất: Pháp luật đất đai quy định thời hạn thuê đất thực hiện dự án đầu tư là năm 50 năm. Trường hợp đầu tư vào vùng có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, vùng có điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn mà thời gian thu hồi vốn kéo dài thì thời hạn thuê đất có thể dài hơn, nhưng không quá 70 năm áp dụng

¹⁰ Khoản 3 Điều 55 Luật Đất đai năm 2013.

thống nhất cho các nhà đầu tư trong nước và nhà đầu tư nước ngoài.

Ba là, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất tương tự như tổ chức kinh tế trong nước, hộ gia đình, cá nhân. Tuy nhiên, chủ thể sử dụng đất này chỉ được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu kinh tế, khu chế xuất, khu công nghệ cao.

Thứ ba, mọi chủ thể sử dụng đất đều phải thực hiện nghĩa vụ tài chính về đất đai đối với Nhà nước. Đây là một trong những nghĩa vụ chung của người sử dụng đất. Khi sử dụng đất, họ phải thực hiện các nghĩa vụ tài chính cụ thể sau đây: i) Nộp tiền sử dụng đất, tiền thuê đất khi được Nhà nước giao đất, cho thuê đất; ii) Nộp thuế sử dụng đất; iii) Nộp thuế thu nhập từ chuyển quyền sử dụng đất; iv) Nộp phí và lệ phí về đất đai.

Thứ tư, pháp luật đất đai xác lập một mô hình và quy trình giải quyết tranh chấp đất đai áp dụng thống nhất đối với mọi tranh chấp đất đai mà không phân biệt các bên đương sự là tổ chức trong nước, hộ gia đình, cá nhân hay doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài...; theo đó:

Một là, các tranh chấp đất đai xảy ra trước hết phải được giải quyết thông qua hòa giải với trình tự như sau:

- Các bên đương sự chủ động gặp nhau để hòa giải hoặc thông qua hòa giải ở cơ sở.

- Trường hợp hòa giải không thành thì đương sự gửi đơn đến Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn nơi có đất tranh chấp (sau đây gọi chung là UBND cấp xã) đề nghị hòa giải. Thời hạn hòa giải tranh chấp đất đai là 45 ngày, kể từ ngày UBND cấp xã nhận

được đơn. Kết thúc buổi hòa giải, UBND cấp xã lập biên bản hòa giải xác định rõ hòa giải thành hay không thành, có chữ ký của các bên đương sự và chữ ký, dấu xác nhận của UBND cấp xã.

Hai là, trường hợp hòa giải tại UBND cấp xã không thành thì thẩm quyền giải quyết tranh chấp đất đai thực hiện như sau:

- Tòa án nhân dân có thẩm quyền giải quyết các loại vụ việc sau đây: i) Tranh chấp đất đai mà người sử dụng đất đã có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 của Luật Đất đai năm 2013; ii) Tranh chấp về tài sản gắn liền với đất.

- Trường hợp tranh chấp đất đai mà người sử dụng đất không có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất hoặc không có một trong các loại giấy tờ quy định tại Điều 100 của Luật Đất đai năm 2013 thì được quyền lựa chọn một trong hai hình thức giải quyết sau đây:

i) Khởi kiện tại tòa án nhân dân.

ii) Lựa chọn Ủy ban nhân dân huyện, quận, thị xã, thành phố thuộc tỉnh (sau đây gọi chung là UBND cấp huyện) để giải quyết.

Thứ năm, về chế tài xử lý vi phạm pháp luật về đất đai. Pháp luật đất đai quy định mọi đối tượng sử dụng đất có hành vi vi phạm pháp luật về đất đai như lấn, chiếm đất đai, không sử dụng hoặc sử dụng không đúng mục đích, chuyển mục đích sử dụng đất trái phép, hủy hoại đất... thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Hơn nữa, người có hành vi vi phạm pháp luật về đất đai mà gây thiệt hại cho Nhà

nước, cho người khác thì ngoài việc bị xử lý hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự còn phải bồi thường theo mức thiệt hại thực tế cho Nhà nước hoặc cho người bị thiệt hại.

Thứ sáu, để góp phần vào việc cải cách thủ tục hành chính về đất đai theo hướng công khai, minh bạch, đơn giản và thuận tiện cho người sử dụng đất; Luật Đất đai năm 2013 có một chương quy định về thủ tục hành chính về đất đai (Chương XII từ Điều 195 - Điều 197). Nội dung Chương này bao gồm quy định về các thủ tục hành chính về đất đai; công khai thủ tục hành chính về đất đai; thực hiện thủ tục hành chính về đất đai. Cụ thể hóa những nội dung này của Luật Đất đai năm 2013, Nghị định số 43/2014/NĐ-CP ngày 15/05/2014 đã quy định chi tiết về trình tự, thủ tục hành chính về quản lý và sử dụng đất đai (từ Điều 60 - Điều 91), bao gồm thời hạn, hồ sơ, cơ quan tiếp nhận, giải quyết và trả kết quả cho người sử dụng đất trong các trường hợp giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất; cấp, cấp lại, cấp đổi và đính chính giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất; thu hồi đất, trưng dụng đất; chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho quyền sử dụng đất; thế chấp, bảo lãnh và góp vốn bằng quyền sử dụng đất... Các quy định này được áp dụng thống nhất cho mọi đối tượng sử dụng đất khi thực hiện thủ tục hành chính về đất đai. Như vậy, pháp luật đất đai không chỉ quy định về nội dung các quyền của người sử dụng đất, mà còn chú trọng đến việc xác lập cơ chế để bảo đảm cho các quyền này được thực hiện nhanh chóng, thuận tiện trên thực tế.

Thứ bảy, về vấn đề xác định giá trị quyền sử dụng đất - tài sản của các doanh nghiệp nhà nước. Việc xác định giá trị quyền sử dụng đất được thực hiện dựa trên giá đất cụ thể do UBND cấp tỉnh quy định. Giá đất này do tổ chức tư vấn về giá đất xác định; sau đó phải được Hội đồng thẩm định giá thông qua (Hội đồng này do UBND cấp tỉnh thành lập) trước khi trình UBND cấp tỉnh quyết định. Giá đất cụ thể được sử dụng làm căn cứ để tính giá trị quyền sử dụng đất của doanh nghiệp nhà nước khi tiến hành cổ phần hóa mà không thông qua đấu giá quyền sử dụng đất...

2.2. Về nội dung các quy định của pháp luật đất đai chưa phù hợp với những yêu cầu của Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương

Mặc dù pháp luật đất đai đã tiếp cận và có nhiều quy định phù hợp với yêu cầu của Hiệp định CPTPP, song vẫn còn một số quy định chưa phù hợp, bao gồm:

Thứ nhất, Luật Đất đai năm 2013 đã bổ sung quy định về giao đất có thu tiền sử dụng đất cho doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, như việc tiếp cận đất đai của chủ thể này vẫn còn bị hạn chế so với tổ chức kinh tế trong nước. Theo đó, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài chỉ được Nhà nước Việt Nam giao đất có thu tiền sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê. Các trường hợp sử dụng đất khác, họ phải thuê đất của Nhà nước Việt Nam. Ngược lại, tổ chức kinh tế trong nước được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, được Nhà nước cho thuê đất để đầu tư, sản xuất, kinh doanh.

Thứ hai, việc sở hữu nhà ở của người nước ngoài tại Việt Nam chịu sự ràng buộc về điều kiện chặt chẽ hơn so với cá nhân trong nước, theo đó:

Một là, người nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam trong 50 năm. Khi hết thời hạn này, họ phải bán nhà ở cho hộ gia đình, cá nhân, người nước ngoài được quyền sở hữu nhà ở tại Việt Nam.

Hai là, tổ chức, cá nhân nước ngoài bao gồm doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài, chi nhánh, văn phòng đại diện của doanh nghiệp nước ngoài, quỹ đầu tư nước ngoài và chi nhánh ngân hàng nước ngoài đang hoạt động tại Việt Nam (sau đây gọi chung là tổ chức nước ngoài); cá nhân nước ngoài được phép nhập cảnh vào Việt Nam chỉ được mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế và sở hữu không quá 30% số lượng căn hộ trong một tòa nhà chung cư, nếu là nhà ở riêng lẻ bao gồm nhà biệt thự, nhà liền kề thì trên một khu vực có dân số tương đương một đơn vị hành chính cấp phường chỉ được mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế và sở hữu không quá hai trăm năm mươi căn nhà¹¹.

Thứ ba, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài dường như chưa được tiếp cận đất đai cho mục đích đầu tư, sản xuất, kinh doanh tại thị trường sử dụng đất thứ cấp. Luật Đất đai năm 2013 chưa cho phép doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được nhận chuyển quyền sử dụng đất của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất (chỉ được nhận chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án bất động sản trong lĩnh vực kinh doanh bất động sản). Trong

khi đó, tổ chức kinh tế trong nước được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân (không được nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất trồng lúa, đất rừng đặc dụng, đất rừng phòng hộ của hộ gia đình, cá nhân trực tiếp sản xuất nông nghiệp).

Thứ tư, doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được Nhà nước Việt Nam cho thuê đất, thuê lại đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu kinh tế, khu chế xuất, khu công nghệ cao để xây dựng nhà máy, nhà xưởng sản xuất, kinh doanh. Hiện họ chưa được phép thuê đất của Nhà nước; thuê lại đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu kinh tế, khu chế xuất, khu công nghệ cao để đầu tư xây dựng cơ sở hạ tầng để cho thuê lại. Trong khi đó, tổ chức kinh tế trong nước lại được quyền kinh doanh lĩnh vực này.

3. Một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật đất đai nhằm đáp ứng yêu cầu của Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương

Để pháp luật đất đai phù hợp với yêu cầu của Hiệp định CPTPP, theo chúng tôi, cần thực hiện một số giải pháp cơ bản sau đây:

Một là, sửa đổi, bổ sung quy định cho phép người nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam được tặng cho, bán, để thừa kế không chỉ cho tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước, cho người nước ngoài được phép mua nhà ở tại Việt Nam, mà còn cho cá nhân, tổ chức nước ngoài và các đối tượng sử dụng đất khác nhằm từng bước tạo điều kiện cho người nước ngoài được tham gia vào thị trường bất động sản ở nước ta.

¹¹ Điểm a khoản 2 Điều 161 Luật Nhà ở năm 2014.

Hai là, sửa đổi, bổ sung quy định cho phép doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được tiếp cận đất đai sử dụng vào mục đích đầu tư, kinh doanh thông qua việc nhận chuyển quyền sử dụng đất của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân sử dụng đất nói chung và nhận chuyển quyền sử dụng đất nông nghiệp nói riêng. Có như vậy, mới tạo điều kiện để thu hút đầu tư nước ngoài vào lĩnh vực sản xuất nông nghiệp, nâng cao năng suất lao động và phát triển các nông sản hàng hóa sản xuất theo công nghệ sạch, công nghệ xanh, ứng dụng kỹ thuật cao trước sức ép cạnh tranh của hàng hóa nông sản từ các nước ASEAN và các nước khác trên thế giới.

Ba là, nghiên cứu, xem xét sửa đổi, bổ sung quy định về mở rộng các trường hợp giao đất có thu tiền sử dụng đất cho doanh

nh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài sử dụng đất vào mục đích đầu tư kinh doanh thực hiện dự án tại Việt Nam thay vì chỉ cho phép chủ thể sử dụng đất này được Nhà nước Việt Nam giao đất có thu tiền sử dụng đất để thực hiện dự án đầu tư xây dựng nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp cho thuê như quy định hiện hành của Luật Đất đai năm 2013.

Bốn là, sửa đổi, bổ sung quy định cho phép doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được Nhà nước giao đất có thu tiền sử dụng đất, cho thuê đất; thuê lại đất trong khu công nghiệp, cụm công nghiệp, khu chế xuất, khu kinh tế, khu công nghệ cao để đầu tư xây dựng cơ sở hạ tầng sau đó chuyển nhượng; cho thuê lại nhằm mục đích thu lợi nhuận như các tổ chức kinh tế, hộ gia đình, cá nhân đầu tư trong lĩnh vực này.

(Tiếp theo trang 53 – Quyền làm việc và điều khoản...)

giới hạn tùy theo hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Đồng thời, việc giới hạn không gian trên toàn bộ lãnh thổ phải bị xem là bất hợp pháp.

Thứ sáu, Bộ luật Lao động cần bổ sung quy định về biện pháp áp dụng khi điều khoản không đủ điều kiện có hiệu lực. Cụ thể, khi điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ không đáp ứng đủ các điều kiện có hiệu lực thì điều khoản sẽ bị vô hiệu. Việc vô hiệu điều khoản này không làm ảnh hưởng đến việc thực hiện

các điều khoản còn lại của hợp đồng lao động. Chủ thể có quyền yêu cầu tuyên bố vô hiệu điều khoản này là người lao động, vì chỉ có người lao động mới có thể xác định được quyền tự do lựa chọn việc làm của họ có bị ảnh hưởng bởi điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ hay không. Tòa án có thẩm quyền giải quyết yêu cầu tuyên bố vô hiệu điều khoản bảo vệ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ trong hợp đồng lao động có thể là tòa án nhân dân cấp huyện nơi người lao động cư trú.

MỘT SỐ Ý KIẾN GÓP Ý CHO DỰ THẢO NGHỊ ĐỊNH VỀ HỌ, HỤI, BIÊU, PHƯỜNG

*Trần Văn Biên**

Tóm tắt: Trên cơ sở đánh giá khái quát pháp luật điều chỉnh đối với họ, hui, biêu, phường ở nước ta, bài viết đưa ra một số ý kiến góp ý cho dự thảo Nghị định về họ, hui, biêu, phường nhằm góp phần hoàn thiện dự thảo Nghị định này trước khi trình Chính phủ ban hành.

Abstract: On the basis of generalization of the law on tontines in Vietnam, the article gives suggestions for the draft Decree on tontines with the purpose to improve the draft Decree before proposing to the Government for enactment.

1. Khái quát pháp luật về họ, hui, biêu, phường

Họ, hui, biêu, phường là các tên gọi khác nhau của một hình thức huy động vốn, giao dịch về tài sản đã tồn tại từ lâu và khá phổ biến ở nước ta. Ở miền Bắc thường gọi là họ, ở miền Nam gọi là hui, còn miền Trung thì hay gọi là biêu, là phường (sau đây gọi chung là họ).

Văn hoá Việt Nam là văn hoá nông nghiệp lúa nước. Điểm đặc trưng của nền văn hoá này là sự bảo tồn lâu dài tinh thần cộng đồng trong sinh hoạt của cư dân nông nghiệp lúa nước. Một trong những biểu hiện tinh thần cộng đồng của người Việt xưa là việc lập hội để tương thân, tương ái, giúp đỡ lẫn nhau.

Theo GS. Phan Đại Doãn: “Các quan hệ tương trợ kinh tế – xã hội trong cuộc sống hàng ngày tạo ra các loại hội, họ khác nhau, như hội hiếu giúp nhau lúc tang ma, hội hỷ giúp nhau khi có cưới xin, *hội chơi họ góp tiền hay lúa lẫn lượt cho nhau vay khi cần*

thiết... Đây đó còn có hội ăn tết giúp nhau chuẩn bị cho ngày tết nguyên đán”¹.

Phan Kế Bính (1875-1921), tác giả của *Việt Nam phong tục*² viết rằng: Trong làng hoặc mười mười hai người, hoặc vài chục người rủ nhau lập một hội tư giúp đỡ lẫn nhau gọi là hội tư cấp. Hội tư cấp gồm 4 loại là: Họ mua bán (tức chơi hui), họ hiếu, họ hỷ và họ ăn tết. Dân làng cũng thường hay có hội bách nghệ là hội của những người cùng làm một nghề như thợ mộc, thợ nề, thợ sơn, thợ sắt... Và những hội này cũng thường hay lập ra các họ mua bán (chơi hui) trước là để giúp đỡ nhau, sau là để lấy lời. Cái lời ấy để làm vốn công của hàng hội, khi nào nhiều vốn rồi thì lại tìm nhiều kẻ mà sinh ra lời nữa, rồi mỗi năm chia cho nhau một đôi chút. Việc sử dụng số vốn ấy hoàn toàn dựa trên tinh thần “bình

* TS., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ GS. Phan Đại Doãn, *Mấy vấn đề về văn hóa làng xã Việt Nam trong lịch sử*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2004, tr. 79.

² Tác phẩm *Việt Nam phong tục* xuất bản lần đầu năm 1915.

đăng, tương trợ chứ không người nào có thể biến thành của riêng được”³.

Ngược dòng lịch sử, có thể thấy, pháp luật thời kỳ Pháp thuộc đã ghi nhận về hình thức giao dịch này. Điều 1204 Bộ Dân luật Bắc kỳ năm 1931 quy định: “*Phàm những hội để dành tiền và những hội cho vay lẫn nhau, như **chơi họ**, hội hiếu hi, hội tư văn, là tuân theo dân luật, tục lệ, cùng khế ước của người đương sự lập ra*”. Hay “*Thể lệ luật này nếu không trái gì với luật, lệ hay tục riêng về việc thương mại, thời cũng đem thi hành đối với các hội buôn. Đối với các hội để dành tiền và những hội cho vay lẫn nhau như **chơi họ** cũng vậy*” (Điều 1435 Bộ Hoàng việt Trung kỳ hộ luật năm 1936-1939).

Dưới chế độ cũ ở miền Nam Việt Nam, trong Bộ Hình luật năm 1972, có hai điều luật quy định về tội phạm và hình phạt liên quan đến việc chơi họ, đó là:

- *Sẽ bị phạt như tội lường gạt dự liệu ở Điều 433, người nào tổ chức hay làm chủ một bát hội ma, trong đó có một hay nhiều hội viên hữu danh vô thực (Điều 441).*

- *Sẽ bị phạt như tội bội tín dự liệu ở Điều 436:*

1) *Chủ hội nào không đóng cho hội viên đã hót được hội số tiền mà mình đã thu góp của các hội viên khác;*

2) *Hội viên nào sau khi hót được hội và nhận tiền rồi mà không góp tiền cho chủ hội, ngoại trừ trường hợp chứng minh được sự ngay tình (Điều 442)*⁴.

³ Phan Kế Bính, *Việt Nam phong tục*, Nxb. Tp. Hồ Chí Minh, 2004, tr. 229 – 234.

⁴ Bộ Hình luật năm 1972, Nxb. Thần Chung, Sài Gòn, 1973, tr. 154.

Ở nước ta, vào cuối những năm 80 đầu thập niên 90 của thế kỷ trước, tình hình các đây họ được lập ra sau đó bị bể, vỡ hàng loạt gây ảnh hưởng không nhỏ đến ổn định kinh tế, xã hội của đất nước. Chính vì vậy, ngày 10/8/1990, Văn phòng Hội đồng Bộ trưởng đã ra Thông báo số 2590 về ý kiến chỉ đạo của Thường vụ Hội đồng Bộ trưởng về chống tệ nạn xã hội vỡ họ có nội dung như sau: “*Ng nghiêm cấm tất cả các tổ chức và mọi công dân tham gia chơi hội, họ dưới mọi hình thức. Bất cứ tổ chức, cá nhân nào tham gia chơi hội, họ thì tùy theo lỗi nặng nhẹ mà xử lý hành chính hoặc truy tố trước pháp luật*”. Tuy nhiên, việc chơi họ vẫn không giảm, mà còn có chiều hướng gia tăng, số lượng các tranh chấp về nợ họ khởi kiện tại toà án ngày một nhiều, trong khi đó pháp luật hiện hành lại chưa có quy định điều chỉnh cụ thể vấn đề này. Chính vì vậy, ngày 8/8/1992, Toà án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân tối cao đã ra Thông tư liên ngành số 04/TTLN hướng dẫn thống nhất đường lối giải quyết tranh chấp về nợ họ. Theo Thông tư số 04/TTLN, các tranh chấp về họ phải được thụ lý và giải quyết như là một loại tranh chấp về vay nợ, khi phát hiện có dấu hiệu tội phạm thì phải chuyển sang xử lý bằng hình sự. Tuy nhiên, sau khi Bộ luật Dân sự năm 1995 được ban hành, Thông tư này đã bị huỷ bỏ theo Nghị quyết về việc thi hành Bộ luật Dân sự của Quốc hội. Trong khi đó, Bộ luật Dân sự năm 1995 lại không có quy định nào điều chỉnh về vấn đề này, nên khi có tranh chấp Toà án đã không có căn cứ pháp luật để giải quyết. Trước tình hình đó, Toà án nhân dân tối cao ra công văn hướng dẫn các Toà án địa phương ngừng thụ lý việc giải quyết

tranh chấp họ phát sinh từ sau thời điểm Bộ luật Dân sự năm 1995 có hiệu lực; nếu đã thụ lý, chưa giải quyết xong thì ra quyết định tạm đình chỉ. Việc thiếu vắng sự điều chỉnh của pháp luật đối với loại quan hệ này dẫn đến tình trạng các bên tự giải quyết tranh chấp với nhau bằng “luật rừng”, gây mất ổn định xã hội.

Để khắc phục bất cập nêu trên, khi xây dựng và ban hành Bộ luật Dân sự năm 2005 (thay thế Bộ luật Dân sự năm 1995), nhà làm luật đã thiết kế một điều luật điều chỉnh về họ. Điều 479 Bộ luật Dân sự năm 2005 quy định:

“1. Họ, họ, họ, họ, họ (sau đây gọi chung là họ) là một hình thức giao dịch về tài sản theo tập quán trên cơ sở thỏa thuận của một nhóm người tập hợp nhau lại cùng định ra số người, thời gian, số tiền hoặc tài sản khác, thể thức góp, lĩnh họ và quyền, nghĩa vụ của các thành viên.

2. Hình thức họ nhằm mục đích tương trợ trong nhân dân được thực hiện theo quy định của pháp luật.

3. Nghiêm cấm việc tổ chức họ dưới hình thức cho vay nặng lãi”.

Đây là quy định khung, mang tính nguyên tắc, để thực sự đi vào cuộc sống thì cần phải có hướng dẫn chi tiết. Chính vì vậy, ngày 27/11/2006, Chính phủ đã ban hành Nghị định số 144/2006/NĐ-CP về họ, họ, họ, họ, họ quy định cụ thể về họ, cũng như quyền và nghĩa vụ của các chủ thể khi tham gia vào quan hệ họ.

Năm 2015, Quốc hội nước ta ban hành Bộ luật Dân sự mới thay thế Bộ luật Dân sự năm 2005 và vấn đề về họ tiếp tục được quy định tại Điều 471:

“1. Họ, họ, họ, họ, họ (sau đây gọi chung là họ) là hình thức giao dịch về tài sản theo tập quán trên cơ sở thỏa thuận của một nhóm người tập hợp nhau lại cùng định ra số người, thời gian, số tiền hoặc tài sản khác, thể thức góp, lĩnh họ và quyền, nghĩa vụ của các thành viên.

2. Việc tổ chức họ nhằm mục đích tương trợ trong nhân dân được thực hiện theo quy định của pháp luật.

3. Trường hợp việc tổ chức họ có lãi thì mức lãi suất phải tuân theo quy định của Bộ luật này.

4. Nghiêm cấm việc tổ chức họ dưới hình thức cho vay nặng lãi”.

So với Bộ luật Dân sự năm 2005, Điều 471 Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bổ sung thêm một khoản (khoản 3) quy định rõ việc tổ chức họ có lãi thì mức lãi suất phải tuân theo quy định của Bộ luật này. Một điểm cũng cần được lưu ý là: Quy định về lãi suất trong Bộ luật Dân sự năm 2015 đã được sửa đổi, bổ sung cơ bản so với trước đây. Vì vậy, các quy định liên quan đến lãi suất trong Nghị định số 144/2006/NĐ-CP về họ, họ, họ, họ, họ được ban hành trên cơ sở Bộ luật Dân sự năm 2005 đã không còn phù hợp.

Cho đến thời điểm hiện tại, bên cạnh quy định của Nghị định số 144/2006/NĐ-CP về họ, họ, họ, họ, họ, Bộ luật Dân sự năm 2015, quan hệ về họ còn được điều chỉnh gián tiếp bởi Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)⁵; Nghị định số 167/2013/NĐ-CP ngày 12/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính

⁵ Điều 175. Tội lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản, Điều 201. Tội cho vay lãi nặng.

trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội; phòng, chống tệ nạn xã hội; phòng cháy và chữa cháy; phòng, chống bạo lực gia đình⁶. Trong công tác xét xử, Tòa án nhân dân tối cao tuy không ban hành văn bản quy phạm pháp luật hướng dẫn về họ, nhưng đã có Công văn số 40/KHXX ngày 06/04/2007 về hướng dẫn thụ lý giải quyết tranh chấp về họ, họ, hiệu, họ.

Đánh giá một cách khách quan, các văn bản pháp luật điều chỉnh về họ được ban hành ở nước ta trong thời gian vừa qua đã tạo cơ sở pháp lý để giải quyết các quan hệ liên quan; tạo hành lang pháp lý an toàn hơn cho người dân trong các giao dịch về họ; tôn trọng, phát huy các giá trị văn hóa, tập quán tốt đẹp về sự tương thân, tương trợ lẫn nhau trong huy động vốn, phục vụ sản xuất và đời sống của người dân; góp phần hạn chế tình trạng cho vay lãi nặng và đẩy lùi các tệ nạn xã hội khác liên quan.

Tuy nhiên, “cùng với sự phát triển của nền kinh tế - xã hội, nhu cầu cho vay, đi vay bằng phương thức họ ngày càng đa dạng, phức tạp. Một số nơi việc chơi họ phát triển với quy mô lớn, có tính chất phức tạp và bị biến tướng thành hình thức huy động vốn, cho vay lãi nặng. Nhiều trường hợp chủ họ đã lợi dụng lòng tin của những người tham gia họ để chiếm đoạt tài sản; thực tế đã xảy ra một số các vụ việc vỡ họ gây hậu quả nghiêm trọng cho cá nhân, tổ chức. Tình trạng trên xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau, như: 1) Công tác tuyên truyền, phổ biến các quy định pháp luật về họ còn chưa hiệu quả; 2) Nội dung Nghị định số 144/2006/NĐ-CP đã bóc

⁶ Điều 11. Vi phạm các quy định về quản lý ngành, nghề kinh doanh có điều kiện về an ninh, trật tự (điểm d khoản 3).

lộ những hạn chế, bất cập nhất định như quy định về người tham gia họ, hình thức thỏa thuận họ, sổ họ, cơ chế kiểm soát họ, lãi suất họ... dẫn đến các cơ quan có thẩm quyền khó khăn trong công tác thi hành pháp luật; 3) Công tác quản lý, nắm bắt tình hình xã hội tại các địa phương còn bất cập; 4) Hiểu biết, ý thức tự bảo vệ quyền lợi của chính những người tham gia quan hệ họ còn hạn chế; 5) Các loại hình tổ chức tài chính vi mô chưa phát triển, chưa tiếp cận đến người dân”⁷.

Từ những lý do đó, việc hoàn thiện pháp luật, mà trọng tâm là xây dựng dự thảo Nghị định về họ, hui, biêu, phườg (thay thế Nghị định số 144/2006/NĐ-CP) là cần thiết và đã được tiến hành. Ngày 29/6/2018, dự thảo Nghị định nói trên (gồm 32 điều, được chia thành 5 chương) đã được đăng tải trên Cổng thông tin điện tử Bộ Tư pháp và Cổng thông tin điện tử Chính phủ để lấy ý kiến. Mục 2 bài viết sẽ góp ý cụ thể cho các quy định của dự thảo Nghị định này⁸.

2. Góp ý dự thảo Nghị định về họ, hui, biêu, phưong

2.1. Về nguyên tắc tổ chức họ (Điều 3)

Điều 3 dự thảo Nghị định quy định:

“1. Việc tổ chức họ nhằm mục đích
tương trợ trong nhân dân.

2. Nghiêm cấm việc tổ chức họ để *huy động vốn*, cho vay lãi nặng, lừa đảo chiếm đoạt tài sản, lam dụng tín nhiệm chiếm

⁷ Bộ Tư pháp, dự thảo Tờ trình dự thảo Nghị định về họ, húy, biểu, phả hệ (thay thế Nghị định số 144/2006/NĐ-CP ngày 27/11/2006 của Chính phủ về họ, húy, biểu, phả hệ), ngày 22/6/2018, tr. 2, <http://www.moj.gov.vn/dtvb/pages/chi-tiet.aspx?itemid=482>, truy cập ngày 28/7/2018.

⁸ Dự thảo 2 Nghị định về họ, húì, biêù, phưòng, ngày 22/6/2018, <http://www.moj.gov.vn/dtvb/pages/chitiet.aspx?itemid=482>, truy cập ngày 28/7/2018.

đoạt tài sản hoặc các hành vi vi phạm pháp luật khác”.

Bản chất của họ là một hình thức huy động vốn. Nếu chúng ta “ng nghiêm cấm việc tổ chức họ để *huy động vốn*” thì họ sẽ không còn là họ nữa và có lẽ cũng không cần thiết phải xây dựng Nghị định này. Do vậy, khoản 2 Điều 3 dự thảo Nghị định nên sửa lại như sau: “Ng nghiêm cấm việc tổ chức họ để cho vay lãi nặng, lừa đảo chiếm đoạt tài sản, lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản hoặc các hành vi vi phạm pháp luật khác”.

Việc sửa đổi như vậy cũng nhằm thống nhất với quy định tại Điều 29 dự thảo Nghị định: “Chủ họ và các thành viên thực hiện các hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản, lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản, cho vay lãi nặng có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật”. Theo đó, chỉ những hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản, lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản, cho vay lãi nặng trong các quan hệ về họ mới bị coi là hành vi nguy hiểm cho xã hội và phải chịu chế tài nặng nhất (bị truy cứu trách nhiệm hình sự).

Hoặc nếu muốn định hướng hành vi của các chủ thể, ngăn ngừa tiêu cực trong các quan hệ họ thì khoản 2 Điều 3 chỉ nên: “*Ng nghiêm cấm việc tổ chức họ để huy động vốn một cách chuyên nghiệp nhằm mục đích kinh doanh thu lợi nhuận...*”.

2.2. Về áp dụng pháp luật (Điều 5)

Theo dự thảo Nghị định: “Quyền, nghĩa vụ, *trách nhiệm pháp lý của chủ họ, các thành viên* và các vấn đề khác có liên quan đến thỏa thuận về họ được *áp dụng theo quy định Nghị định này*” (khoản 1 Điều 5).

Tuy nhiên, nghiên cứu Chương IV. Trách nhiệm pháp lý của chủ họ và các thành viên nhận thấy: Về trách nhiệm dân sự (Điều 24, 25), dự thảo Nghị định có quy định chi tiết, đồng thời dẫn chiếu áp dụng sang Bộ luật Dân sự, còn đối với trách nhiệm hành chính (Điều 28) và trách nhiệm hình sự (Điều 29) thì dự thảo Nghị định chỉ quy định khái quát là có thể bị xử lý vi phạm hành chính hay bị truy cứu trách nhiệm hình sự “theo quy định pháp luật”. Do đó, để xử lý vi phạm hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với chủ họ và các thành viên thì chỉ “theo quy định Nghị định này” thôi là chưa đủ, mà phải áp dụng các quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính và pháp luật hình sự có liên quan. Từ những phân tích trên, tác giả kiến nghị bổ sung vào khoản 1 Điều 5 như sau: “Quyền, nghĩa vụ, trách nhiệm pháp lý của chủ họ, các thành viên và các vấn đề khác có liên quan đến thỏa thuận về họ được áp dụng theo quy định Nghị định này và *các văn bản quy phạm pháp luật có liên quan*”.

2.3. Về điều kiện tham gia họ của chủ họ (Điều 6)

Dự thảo Nghị định quy định một số điều kiện đối với chủ họ, theo đó khoản 2 Điều 6 quy định 2 phương án:

Phương án 1:

“Một người được làm chủ họ của một hoặc nhiều dây họ tại cùng một thời điểm nếu tổng giá trị các phần họ tại một kỳ mở họ của các dây họ không quá 200 triệu đồng, trừ trường hợp có sự đồng ý của tất cả thành viên của các dây họ”.

Phương án 2:

“Một người được làm chủ hộ không quá 02 dây hộ tại cùng một thời điểm, trừ trường hợp có sự đồng ý của tất cả thành viên của các dây hộ”.

Tác giả ủng hộ quy định tại phương án 1 bởi phương án này sẽ hạn chế được tình trạng một cá nhân làm chủ hộ chuyên nghiệp, nhằm mục đích kinh doanh, có thu nhập chính từ việc làm chủ hộ (hưởng lãi và hưởng hoa hồng), từ đó dẫn đến nhiều biến tướng trong quan hệ về hộ. Quy định như phương án 1 là hợp lý, khả thi, hướng đến việc kiểm soát, giới hạn đối với người làm chủ hộ dây hộ lớn hoặc nhiều dây hộ gộp lại có giá trị lớn. Ngoài ra, quy định theo phương án 1 sẽ khắc phục được điểm hạn chế của phương án 2 là không phân biệt quy mô dây hộ lớn nhỏ, có lãi hay không có lãi, dẫn đến việc kiểm soát không cần thiết, những người làm chủ các dây hộ nhỏ, họ không có lãi cũng bị giới hạn làm chủ tối đa 2 dây hộ.

2.4. Về điều kiện tham gia hộ của thành viên (Điều 7)

Khoản 1 Điều 7 dự thảo Nghị định quy định: “Thành viên phải là người từ đủ mười lăm tuổi và không thuộc trường hợp mất năng lực hành vi dân sự, hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi.

Trường hợp thành viên là người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi tham gia hộ có liên quan đến giao dịch khác về bất động sản, động sản phải đăng ký và giao dịch dân sự khác theo quy định của luật phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý”.

Quy định tại đoạn thứ 2 khoản 1 Điều 7 dự thảo Nghị định rất tối nghĩa và chưa rõ

điều kiện đưa ra là gì. Tác giả kiến nghị sửa đổi như sau:

“... ”

Người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi chỉ được tham gia hộ có liên quan đến giao dịch về bất động sản, động sản phải đăng ký và giao dịch dân sự khác theo quy định của luật phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý *nếu được người đại diện theo pháp luật đồng ý”.*

2.5. Về hình thức thoả thuận về dây hộ (Điều 8)

Quy định tại khoản 1 Điều 8 dự thảo Nghị định đưa ra 2 phương án:

Phương án 1:

“Thoả thuận về dây hộ được thể hiện bằng văn bản. Văn bản thoả thuận về dây hộ được công chứng, chứng thực nếu chủ hộ và các thành viên có yêu cầu.

Trường hợp dây hộ có giá trị các phần hộ tại một kỳ mở hộ từ 100 triệu đồng trở lên thì văn bản thoả thuận về dây hộ phải được công chứng, chứng thực”.

Phương án 2:

“Thoả thuận về dây hộ được thể hiện bằng văn bản. Văn bản thoả thuận về dây hộ được công chứng, chứng thực nếu chủ hộ và các thành viên có yêu cầu”.

Hộ là một hình thức giao dịch về tài sản nhằm mục đích huy động vốn thường có nhiều người tham gia nên chứa đựng nhiều nguy cơ phức tạp, dễ xảy ra tranh chấp, nhất là đối với những dây hộ có giá trị lớn. Vì vậy, tác giả đồng ý với quy định tại phương án 1. Theo đó, thoả thuận về dây hộ phải được thể hiện bằng văn bản; đối với dây hộ có tổng giá trị các phần hộ tại một kỳ mở hộ từ 100 triệu đồng trở lên thì văn bản thoả

thuận về dây họ bắt buộc phải được công chứng hoặc chứng thực. Việc quy định hình thức thỏa thuận bắt buộc về dây họ như vậy sẽ tạo thói quen thận trọng và chuẩn hóa hành vi đối với các chủ thể khi tham gia họ, đồng thời tạo lập chứng cứ chứng minh nhằm giải quyết các tranh chấp phát sinh sau này (nếu có).

2.6. Về cơ chế để Ủy ban nhân dân cấp xã nắm bắt được thông tin, tình hình, diễn biến quan hệ về họ ở địa bàn cơ sở (điểm k khoản 1 Điều 15, khoản 6 Điều 18 và khoản 5 Điều 32)

Tại điểm k khoản 1 Điều 15, khoản 6 Điều 18 và khoản 5 Điều 32 dự thảo Nghị định, cơ quan chủ trì soạn thảo thể hiện 2 phương án, trong đó phương án 1 theo hướng chủ họ và thành viên trong dây họ có giá trị lớn (giá trị các phần họ tại một kỳ mở họ từ 100 triệu đồng trở lên) có nghĩa vụ và có quyền thông báo cho Ủy ban nhân dân cấp xã nơi chủ họ cư trú về sự hình thành và hoạt động của họ; đồng thời, quy định trách nhiệm của Ủy ban nhân dân cấp xã trong việc thống kê, xử lý thông tin về tình hình các dây họ. Cụ thể:

Phương án 1:

“Điều 15. Quyền của thành viên

... k) Gửi thông báo cho Ủy ban nhân dân cấp xã nơi chủ họ cư trú những thông tin cơ bản về dây họ gồm chủ họ, thời gian bắt đầu và kết thúc dây họ, giá trị của kỳ mở họ, tổng số thành viên trong trường hợp dây họ có giá trị các phần họ tại một kỳ mở họ từ 100 triệu đồng trở lên”.

“Điều 18. Nghĩa vụ của chủ họ

... 6. Gửi thông báo cho Ủy ban nhân dân cấp xã nơi cư trú những thông tin cơ

bản về dây họ gồm chủ họ, thời gian bắt đầu và kết thúc dây họ, giá trị của kỳ mở họ, tổng số thành viên trong trường hợp dây họ có giá trị các phần họ tại một kỳ mở họ từ 100 triệu đồng trở lên”.

“Điều 32. Trách nhiệm thi hành

... 5. Ủy ban nhân dân cấp xã có trách nhiệm thông kê thông tin về chủ họ, thời gian bắt đầu và kết thúc dây họ, giá trị của kỳ mở họ, tổng số thành viên theo thông báo về dây họ có giá trị các phần họ tại một kỳ mở họ từ 100 triệu đồng trở lên mà chủ họ, thành viên gửi đến và kịp thời phản ánh dấu hiệu vi phạm pháp luật về họ với cơ quan có thẩm quyền”.

Phương án 2:

Tại các điều khoản nói trên không quy định về cơ chế để chính quyền Ủy ban nhân dân cấp xã nắm bắt được thông tin, tình hình, diễn biến quan hệ về họ ở địa phương.

Trước thực trạng vỡ họ xảy ra nhiều ở các địa phương thời gian vừa qua, tác giả cho rằng, phương án 1 là phù hợp, bởi quy định như vậy sẽ giúp cơ quan có thẩm quyền giám sát, nắm bắt được diễn biến quan hệ về họ, có biện pháp xử lý kịp thời đối với những người làm chủ họ một cách chuyên nghiệp, kinh doanh thu lợi nhuận, hạn chế được tình trạng vỡ họ, cho vay lãi nặng, lừa đảo hay lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản gây mất ổn định, trật tự xã hội ở địa bàn cơ sở.

2.7. Về lãi suất trong họ có lãi (Điều 21)

Để phù hợp với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, khác với Nghị định số 144/2006/NĐ-CP ngày 27/11/2006 của Chính phủ về họ, hội, biểu, phường, dự thảo

Nghị định quy định trực tiếp mức lãi suất giới hạn tối đa mà các bên không được thỏa thuận vượt quá trong quan hệ về họ là 20%/năm. Cách quy định mới về lãi suất này sẽ thuận tiện cho việc áp dụng và dễ dàng tra cứu.

Bên cạnh đó, về lãi suất trong họ có lãi, khoản 1 Điều 21 dự thảo Nghị định cũng

quy định 2 phương án:

Phương án 1:

“Thành viên trong họ có lãi có thể đưa ra mức lãi mà mình trả cho các thành viên khác để được lĩnh họ nhưng lãi suất lĩnh họ không vượt quá giới hạn 20%/năm theo cách tính dưới đây:

$$\begin{array}{c} \text{Mức lãi thành viên} \\ \text{đưa ra} \end{array} \quad \text{Lãi suất} \quad \text{365 ngày} \\ \text{lĩnh họ} \quad = \quad \frac{\quad}{\quad} \quad \times \quad \frac{\quad}{\quad} \quad \times 100\%”.$$

$$\frac{(\text{số kỳ mở họ} - 1 - \text{số kỳ mở họ đã diễn ra}) \times \text{giá trị phần họ}}{(\text{số kỳ mở họ} - 1 - \text{số kỳ mở họ đã diễn ra}) \times \text{số ngày của một kỳ mở họ}}$$

Phương án 2:

“Thành viên trong họ có lãi có thể đưa ra mức lãi mà mình trả cho các thành viên khác để được lĩnh họ nhưng lãi suất lĩnh họ không vượt quá giới hạn 20%/năm”.

Nếu như phương án 2 quy định mang tính nguyên tắc, thì phương án 1 quy định chi tiết về cách tính lãi suất trong họ có lãi. Phương án 1 tiếp cận theo cách mỗi thành viên từ thời điểm bắt đầu dây họ đến thời điểm được lĩnh họ là người cho vay, sau thời điểm lĩnh họ đến cuối dây họ là người đi vay, số tiền vay tính bằng tổng số phần họ trừ đi số phần đã góp. Phương án 2 không cụ thể hóa được các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 về giới hạn lãi suất, không xác định được các thông số về thời gian chịu lãi, khoản tiền chịu lãi để dẫn đến việc tính lãi suất không thống nhất. Quy định theo phương án 1 vừa đảm bảo phù hợp với Bộ luật Dân sự năm 2015, vừa tính đến những đặc thù trong quan hệ về họ. Vì vậy, tác giả ủng hộ quy định theo phương án 1.

2.8. Về trách nhiệm của chủ họ do không giao các phần họ cho thành viên được lĩnh họ (Điều 24)

Điều 24 dự thảo Nghị định quy định: “Trường hợp đến kỳ mở họ mà chủ họ không các phần họ cho thành viên được lĩnh họ thì theo yêu cầu của thành viên đó, chủ họ có trách nhiệm như sau: ...”. Quy định này lỗi về mặt kỹ thuật soạn thảo, giải pháp bổ sung như sau: “Trường hợp đến kỳ mở họ mà chủ họ không *giao* các phần họ cho thành viên được lĩnh họ thì theo yêu cầu của thành viên đó, chủ họ có trách nhiệm như sau: ...”

2.9. Về dẫn chiếu áp dụng pháp luật

Dự thảo Nghị định có một số quy định dẫn chiếu đến các văn bản quy phạm pháp luật khác, chẳng hạn như:

- Khoản 3 Điều 6: “Việc chủ họ sử dụng tài sản chung của vợ chồng, tài sản riêng của vợ, chồng để tham gia họ phải tuân thủ các quy định tại Điều 31, Điều 35, Điều 44 của Luật Hôn nhân và gia đình và các quy

định có liên quan của pháp luật hôn nhân và gia đình”.

- Khoản 2 Điều 7: “Việc thành viên sử dụng tài sản chung của vợ chồng, tài sản riêng của vợ, chồng để tham gia quan hệ về họ phải tuân thủ các quy định tại Điều 31, Điều 35, Điều 44 của Luật Hôn nhân và gia đình và các quy định có liên quan của pháp luật hôn nhân và gia đình”.

- Điểm c khoản 1 Điều 15: “Chuyển giao một phần hoặc toàn bộ phần họ cho người khác theo quy định tại các điều từ Điều 365 đến Điều 371 của Bộ luật Dân sự”.

- Khoản 3 Điều 21: “Trường hợp giới hạn 20%/năm về lãi suất được Ủy ban Thường vụ Quốc hội điều chỉnh theo quy định tại khoản 1 Điều 468 của Bộ luật Dân sự thì lãi suất lĩnh họ không vượt quá giới hạn mới này”.

- Khoản 2 Điều 23: “...Trường hợp giới hạn 20%/năm về lãi suất được Ủy ban thường vụ Quốc hội điều chỉnh theo quy định tại khoản 1 Điều 468 của Bộ luật Dân sự thì *thì* lãi suất phát sinh do chậm đóng phần họ được xác định bằng 50% mức lãi suất mới này”⁹.

- Khoản 3 Điều 24 và khoản 3 Điều 25: “Chịu phạt vi phạm trong trường hợp chủ họ và các thành viên có thỏa thuận phạt vi phạm theo quy định tại Điều 418 Bộ luật Dân sự”.

Cách quy định cụ thể điều khoản và tên văn bản quy phạm pháp luật được dẫn chiếu áp dụng trong dự thảo Nghị định liệt kê ở

trên có ưu điểm thuận tiện cho việc tra cứu khi áp dụng, nhưng lại có nhược điểm làm cho Nghị định này (sau khi được ban hành) dễ trở nên lạc hậu và không còn chính xác nếu văn bản quy phạm pháp luật được dẫn chiếu (Luật Hôn nhân và gia đình, Bộ luật Dân sự) được sửa đổi, bổ sung hay ban hành mới. Tuy nhiên, tác giả đề nghị, dự thảo Nghị định cần quy định cụ thể hơn nữa, bổ sung thêm năm ban hành văn bản quy phạm pháp luật được dẫn chiếu: Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 và Bộ luật Dân sự năm 2015. Việc bổ sung như vậy sẽ giúp những người dân bình thường, không có kiến thức chuyên sâu về pháp luật cũng có thể tra cứu và thực hiện đúng quy định đang còn hiệu lực; bởi ở nước ta, cho đến thời điểm hiện tại đã có 4 Luật Hôn nhân và gia đình được ban hành vào các năm 1959, 1986, 2000, 2014 và 3 Bộ luật Dân sự được ban hành vào các năm 1995, 2005, 2015.

Hoặc ngược lại, cũng có thể cân nhắc quy định theo cách khái quát giống như tại Điều 28, 29 dự thảo Nghị định¹⁰. Cách quy định này mặc dù không thuận tiện cho việc tra cứu khi áp dụng, nhưng giúp cho Nghị định này (sau khi được ban hành) có tuổi thọ lâu dài, tránh được việc phải thường xuyên sửa đổi, bổ sung.

¹⁰ - Điều 28. Trách nhiệm hành chính:

“Chủ họ và các thành viên có thể bị xử lý vi phạm hành chính đối với các hành vi vi phạm quy định về giới hạn lãi suất, nghĩa vụ, trách nhiệm trong quan hệ về họ theo quy định pháp luật”.

- Điều 29. Trách nhiệm hình sự:

“Chủ họ và các thành viên thực hiện các hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản, lạm dụng tín nhiệm chiếm đoạt tài sản, cho vay lãi nặng có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật”.

⁹ Quy định này cũng lỗi về mặt kỹ thuật soạn thảo, thừa 1 chữ “thì”.

QUYỀN PHẢN TỐ CỦA NHÀ NƯỚC TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỚI NHÀ ĐẦU TƯ NƯỚC NGOÀI TẠI TRỌNG TÀI QUỐC TẾ

Đào Kim Anh*

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu về quyền phản tố của Nhà nước trong giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước tại trọng tài quốc tế theo quy định của các hiệp định đầu tư, Công ước Washington năm 1965 về giải quyết các tranh chấp đầu tư giữa Nhà nước và công dân quốc gia khác (ICSID) và một số quy tắc trọng tài đầu tư phổ biến; đồng thời phân tích cách diễn giải và áp dụng các quy định này bởi hội đồng trọng tài trong một số tranh chấp điển hình, từ đó rút ra kết luận và một số khuyến nghị cho Việt Nam.

Abstract: *This article analyzes States' counterclaims in international arbitration for state – investor dispute settlement under investment treaties, Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States of 1965 (ICSID), and common rules applicable to investment arbitration. It also analyzes the interpretation and application of the rules by arbitral tribunals in typical disputes, thereby provides conclusion and concrete recommendations for Vietnam.*

Cơ chế giải quyết tranh chấp giữa Nhà đầu tư nước ngoài và Nhà nước (ISDS) thông qua trọng tài quốc tế từ lâu bị coi là cơ chế “một chiều” để nhà đầu tư khởi kiện Nhà nước tiếp nhận đầu tư và nhằm mục đích bảo vệ nhà đầu tư trước các hành vi của Nhà nước¹. Trong khi đó, thực tế chứng minh rằng không ít trường hợp khi nhà đầu tư khởi kiện Nhà nước thì chính nhà đầu tư cũng có hành vi vi phạm pháp luật và gây thiệt hại không nhỏ cho Nhà nước, ví dụ như hành vi hối lộ, trốn thuế hoặc gây ô nhiễm môi trường... Trong các trường hợp này, ngoài việc đưa ra lập luận tự bảo vệ mình, Nhà nước có quyền phản tố hay không? Khi nhà đầu tư khởi kiện Nhà

nước đơn thuần trên cơ sở hợp đồng đầu tư thì việc phản tố không gây nhiều tranh cãi vì hợp đồng là sự thỏa thuận về quyền và nghĩa vụ của cả hai bên. Tuy nhiên, vấn đề sẽ phức tạp hơn khi nhà đầu tư khởi kiện trên cơ sở các hiệp định đầu tư quốc tế (IIA)². Vì các IIA thường chỉ quy định nghĩa vụ của các quốc gia mà không áp đặt nghĩa vụ đối với nhà đầu tư, liệu trọng tài thành lập trên cơ sở IIA có thẩm quyền xem xét yêu cầu phản tố của Nhà nước đối với nhà đầu tư? Nếu có thì yêu cầu phản tố phải đáp ứng những điều kiện gì? Trong thực tiễn ISDS, các quốc gia vận dụng yêu cầu phản tố như thế nào và quan điểm của trọng

* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương.

¹ Andrea K. Bjorklund, *The role of counterclaims in rebalancing investment law*, Lewis & Clark Law Review (2013) 17(2), p. 461 - 480.

² Trong bài viết này, thuật ngữ Hiệp định đầu tư quốc tế (International Investment Agreements - IIA) được dùng để chỉ các hiệp định quốc tế có quy định về đầu tư, bao gồm các hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư (BIT), các hiệp định thương mại tự do có nội dung về đầu tư...

tài về vấn đề này ra sao? Các câu hỏi trên sẽ được trả lời trong phạm vi của bài viết thông qua phân tích quy định về quyền phản tố của Nhà nước trong một số quy tắc trọng tài đầu tư phổ biến cũng như trong các IIA³. Bài viết cũng trình bày thực tiễn vận dụng các quy định này trong một số tranh chấp đầu tư cụ thể, qua đó chứng minh trọng tài ISDS đang trở nên cân bằng và “cởi mở” hơn đối với yêu cầu phản tố của Nhà nước và đưa ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam.

1. Quyền phản tố của Nhà nước theo một số quy tắc trọng tài đầu tư

1.1. Theo Công ước ICSID và Quy tắc trọng tài của Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID)

Hiện nay, trọng tài đầu tư theo Công ước ICSID được biết tới là phương thức ISDS chiếm ưu thế nhất⁴. Công ước ICSID đã thành lập Trung tâm giải quyết tranh chấp đầu tư quốc tế (ICSID) là trung tâm trọng tài chuyên biệt về tranh chấp đầu tư. Việc giải quyết tranh chấp (GQTC) đầu tư tại Trung tâm tuân theo Công ước ICSID và Quy tắc trọng tài do Trung tâm ban hành. Về yêu cầu phản tố, Điều 46 Công ước ICSID quy định:

“Trừ khi các bên có thỏa thuận khác, Hội đồng trọng tài sẽ theo yêu cầu của một bên, xem xét [...] yêu cầu phản tố phát sinh

trực tiếp từ vấn đề nội dung tranh chấp với điều kiện là những yêu cầu này nằm trong phạm vi chấp thuận của các bên và mặt khác thuộc thẩm quyền của Trung tâm”.

Quy định tại Điều 46 nêu trên cũng được lặp lại tại Điều 40 (1) Quy tắc trọng tài ICSID. Dựa trên các quy định này, có thể khẳng định trong thủ tục trọng tài ICSID, quyền đưa ra yêu cầu phản tố được thừa nhận là quyền của bất cứ bên nào trong tranh chấp, không phân biệt là nhà đầu tư hay Nhà nước tiếp nhận đầu tư. Tuy nhiên, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác, Hội đồng trọng tài có thẩm quyền xem xét những yêu cầu phản tố nếu đáp ứng đủ ba điều kiện. *Thứ nhất*, phải có mối liên hệ giữa yêu cầu phản tố và yêu cầu của nguyên đơn. *Thứ hai*, nội dung yêu cầu phản tố nằm trong phạm vi chấp thuận của các bên. *Thứ ba*, yêu cầu chung đối với mọi vấn đề tranh chấp khi đưa ra ICSID đó là phải thỏa mãn các điều kiện về thẩm quyền của Trung tâm này. Cần lưu ý rằng, Công ước ICSID là một cơ chế chuyên biệt giữa các nước thành viên nên phạm vi thẩm quyền của ICSID chỉ giới hạn ở các tranh chấp pháp lý phát sinh trực tiếp từ hoạt động đầu tư giữa một quốc gia thành viên của Công ước với công dân của quốc gia thành viên khác⁵.

1.2. Theo Quy tắc trọng tài của Ủy ban Luật thương mại quốc tế của Liên hợp quốc (UNCITRAL)

Bên cạnh trọng tài ICSID, hình thức trọng tài được ưu tiên sử dụng thứ hai hiện nay là trọng tài vụ việc theo Quy tắc trọng tài UNCITRAL năm 1976 (sửa đổi, bổ sung năm 2010 và 2013). Quy tắc trọng tài

³ Tranh chấp đầu tư giữa nhà đầu tư và Nhà nước có thể đưa ra trọng tài trên cơ sở: (i) Hợp đồng đầu tư ký kết giữa hai bên; hoặc (ii) Hiệp định đầu tư ký kết giữa hai quốc gia. Bài viết sẽ tập trung vào nhóm tranh chấp thứ hai.

⁴ Theo số liệu của Hội nghị Liên hợp quốc về thương mại và phát triển (UNCTAD) tại <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/FilterByRulesAndInstitution>, truy cập ngày 15/04/2018.

⁵ Điều 25 Công ước ICSID.

UNCITRAL năm 1976 quy định bị đơn có thể đưa ra yêu cầu phản tố phát sinh từ cùng một hợp đồng với yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn⁶. Quy định này được cho là chưa phù hợp khi áp dụng trong ISDS vì trong phần lớn các tranh chấp loại này, nhà đầu tư khởi kiện không phải căn cứ trên hợp đồng giữa các bên mà dựa vào IIA ký kết giữa hai quốc gia⁷.

Tới bản sửa đổi năm 2010, Quy tắc trọng tài UNCITRAL đã quy định linh hoạt hơn, theo đó bị đơn có thể yêu cầu phản tố miễn là yêu cầu đó nằm trong thẩm quyền của trọng tài⁸. Sự sửa đổi này được cho là để Quy tắc trọng tài UNCITRAL giải quyết tốt hơn các vấn đề trong tranh chấp đầu tư phát sinh theo IIA. Như được nhấn mạnh trong Báo cáo về sửa đổi Quy tắc trọng tài UNCITRAL, không có lý do bắt buộc nào về việc giới hạn yêu cầu phản tố phải phát sinh từ cùng một hợp đồng với yêu cầu của nguyên đơn và sự giới hạn yêu cầu phản tố trong phạm vi một hợp đồng là “không phù hợp với trường hợp trọng tài phát sinh theo các hiệp định quốc tế”⁹.

Như vậy, các quy tắc trọng tài áp dụng phổ biến trong ISDS đều ghi nhận quyền phản tố của Nhà nước. Tuy nhiên, sẽ là thiếu sót nếu chỉ dựa vào các quy định này để khẳng định quyền phản tố của Nhà nước

trong ISDS mà không xem xét tới các quy định của IIA. Đối với các tranh chấp mà nhà đầu tư khởi kiện Nhà nước ra trọng tài trên cơ sở IIA, điều khoản giải quyết tranh chấp được viện dẫn là cơ sở quan trọng để trọng tài xác định thẩm quyền của mình. Chính vì vậy, phần tiếp theo sẽ nghiên cứu quy định của IIA về quyền phản tố của Nhà nước trong tranh chấp với nhà đầu tư.

2. Quyền phản tố của Nhà nước theo các hiệp định đầu tư

Quy định trong IIA là cơ sở để xác định những vấn đề mà các bên chấp nhận đưa ra trọng tài (có bao gồm yêu cầu phản tố hay không?). Nghiên cứu các IIA cho thấy, chỉ một số ít hiệp định có quy định rõ ràng về quyền phản tố¹⁰. Ví dụ, Điều 28 (9) Hiệp định đầu tư khu vực Thị trường chung Đông và Nam Phi năm 2007 (Hiệp định đầu tư COMESA) quy định, một nước thành viên khi bị khởi kiện bởi một nhà đầu tư tới từ một nước thành viên khác có thể đưa ra yêu cầu phản tố về việc nhà đầu tư đó không thực hiện các nghĩa vụ theo Hiệp định này, bao gồm nghĩa vụ phải tuân thủ tất cả các quy định pháp luật tại nước nhận đầu tư. Điểm khác biệt giữa Hiệp định đầu tư COMESA so với các IIA khác không chỉ ở quy định rõ về quyền phản tố của Nhà nước trong tranh chấp với nhà đầu tư, mà còn là quy định minh thị về nghĩa vụ của nhà đầu tư phải tuân thủ pháp luật tại nước đầu tư¹¹. Các IIA thường chỉ quy định việc tuân thủ pháp luật tại quốc gia tiếp nhận đầu tư là điều kiện để khoản đầu tư được bảo hộ, thay vì coi đây là một nghĩa vụ pháp lý đối với

⁶ Điều 19 (3) Quy tắc trọng tài UNCITRAL năm 1976.

⁷ Thomas Kendra, *State Counterclaims in Investment Arbitration - A New Lease of Life? Arbitration International*, (2013) 29, p.578.

⁸ Quy định này được giữ nguyên trong bản Quy tắc trọng tài năm 2013.

⁹ J.Paulsson and G.Petrochilos, *Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*, https://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf, truy cập ngày 17/04/2018.

¹⁰ Thomas Kendra, *id.*, tr.467.

¹¹ Xem thêm Điều 13 Hiệp định đầu tư COMESA.

nhà đầu tư mà nếu vi phạm thì có thể là căn cứ để Nhà nước khởi kiện nhà đầu tư ra trọng tài quốc tế¹². Hiệp định đầu tư COMESA do đó không chỉ khẳng định thẩm quyền trọng tài đối với yêu cầu phản tố, mà còn cung cấp cơ sở pháp lý cho nội dung của yêu cầu phản tố.

Với phần lớn các IIA còn lại không có quy định minh thị về phản tố, thì tùy thuộc ngôn ngữ của điều khoản ISDS mà có thể dẫn tới các cách hiểu khác nhau. Một số IIA có cách tiếp cận khá hẹp, giới hạn quyền khởi kiện ra trọng tài quốc tế chỉ là quyền của nhà đầu tư. Ví dụ, Điều 9 (2) BIT giữa Việt Nam và Argentina năm 1996 quy định:

“Nếu tranh chấp [giữa nhà đầu tư một Bên ký kết và Bên ký kết khác] không được giải quyết trong vòng sáu tháng kể từ ngày tranh chấp được nêu lên bởi một Bên, thì theo yêu cầu của nhà đầu tư, tranh chấp được trình lên:

...

- Một Hội đồng trọng tài thành lập cho từng trường hợp theo quy định của Trọng tài UNCITRAL”¹³.

Quy định trên có thể được diễn giải rằng, hội đồng trọng tài chỉ có thẩm quyền đối với những khiếu kiện của nhà đầu tư. Vì yêu cầu phản tố cũng là một khiếu kiện, do

đó nếu thẩm quyền của trọng tài không bao gồm các tranh chấp do Nhà nước khởi kiện nhà đầu tư thì khả năng trọng tài xem xét yêu cầu phản tố của Nhà nước là rất thấp.

Trong khi đó, một số IIA lại quy định điều khoản ISDS khá rộng, theo đó trọng tài có thẩm quyền đối với “mọi tranh chấp giữa nhà đầu tư của một Bên ký kết và Bên ký kết khác liên quan tới hoạt động đầu tư”¹⁴. Trong trường hợp này, có thể lập luận rằng, Nhà nước có quyền đưa ra yêu cầu phản tố trước trọng tài miễn là yêu cầu đó phát sinh từ hoạt động đầu tư, ví dụ như yêu cầu nhà đầu tư bồi thường do vi phạm các quy định về bảo vệ môi trường, vi phạm về quyền con người trong quá trình đầu tư. Khi đó, khó khăn đặt ra đối với Nhà nước là chứng minh hành vi vi phạm của nhà đầu tư dựa trên nguồn luật áp dụng. Ví dụ, nhiều IIA quy định về luật áp dụng trong ISDS chỉ giới hạn trong các quy định của IIA (và các quy tắc pháp luật quốc tế có liên quan)¹⁵. Trong trường hợp này, rất khó để Nhà nước chứng minh hành vi của nhà đầu tư vi phạm IIA để có thể khởi kiện lại nhà đầu tư.

¹⁴ Ví dụ xem Điều 8 BIT giữa Séc và Hà Lan năm 1991,

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/968>, truy cập ngày 17/04/2018; Điều 12 BIT giữa Việt Nam và Australia năm 1991, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/168>, truy cập ngày 17/04/2018.

¹⁵ Ví dụ Điều 1131 (1) NAFTA, <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>, truy cập ngày 17/04/2018. Các quy định tương tự có thể tìm thấy trong Điều 8, BIT Mexico - Hà Lan năm 1998, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3276>, truy cập ngày 17/04/2018; Điều XV, BIT Mexico - Tây Ban Nha năm 2006, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5621>, truy cập ngày 17/04/2018.

¹² Thomas Kendra, *tlđđ*, tr.467.

¹³ Quy định tương tự có thể thấy trong Điều 8 BIT Việt Nam - Ba Lan năm 1994, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2191>, truy cập ngày 17/04/2018; Điều 14 BIT Việt Nam - Nhật Bản năm 2003, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1738>, truy cập ngày 17/04/2018; Điều 1116 Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ (NAFTA), <https://www.nafta-sec-alena.org/Home/Texts-of-the-Agreement/North-American-Free-Trade-Agreement>, truy cập ngày 17/04/2018.

Ngược lại, với một số IIA cho phép trọng tài áp dụng pháp luật của nước tiếp nhận đầu tư trong ISDS, Nhà nước có thể đưa ra yêu cầu phản tố dựa trên hành vi của nhà đầu tư vi phạm pháp luật trong nước.

Tóm lại, sự thiếu vắng một quy định rõ ràng về quyền phản tố trong phần lớn các IIA có thể dẫn tới những cách diễn giải khác nhau về thẩm quyền của trọng tài đối với yêu cầu phản tố của Nhà nước. Phần tiếp theo sẽ nghiên cứu một số tranh chấp điển hình giữa nhà đầu tư và Nhà nước liên quan tới yêu cầu phản tố, qua đó cho thấy cách tiếp cận của trọng tài về vấn đề này trong thực tiễn.

3. Một số tranh chấp đầu tư phát sinh yêu cầu phản tố của Nhà nước

3.1. Vụ *Saluka v. Cộng hòa Séc (Vụ Saluka)*¹⁶

Năm 1998, tập đoàn tài chính Nomura (Nhật Bản) ký hợp đồng chuyển nhượng cổ phần với Quỹ Tài sản quốc gia Séc (NPF) để mua lại cổ phần của Ngân hàng thương mại Nhà nước IBP (hợp đồng chuyển nhượng cổ phần), sau đó chuyển toàn bộ số cổ phần này cho công ty con ở Hà Lan là Saluka Investment B.V (Saluka). Tranh chấp phát sinh liên quan tới các biện pháp tái cơ cấu ngân hàng của Cộng hòa Séc và quyết định hành chính buộc IBP phải bán lại tài sản cho một ngân hàng khác. Nhà đầu tư khởi kiện ra trọng tài theo Quy tắc trọng tài UNCITRAL năm 1976 cho rằng, các biện pháp trên đã vi phạm BIT giữa Séc và Hà

Lan. Trong các lập luận của mình, Cộng hòa Séc đưa ra các yêu cầu phản tố đối với nguyên đơn vì đã vi phạm: (i) Hợp đồng chuyển nhượng cổ phần, (ii) Các quy định pháp luật của Cộng hòa Séc trong quá trình đầu tư. Ngày 7/5/2004, Trọng tài ra Quyết định về thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố như sau:

Vấn đề đầu tiên đặt ra đối với hội đồng trọng tài là liệu Nhà nước có quyền đưa ra yêu cầu phản tố hay không. Để giải quyết vấn đề này, trọng tài áp dụng Điều 8 (2) trong BIT Séc - Hà Lan, quy định:

“Mỗi Bên ký kết đồng ý đưa tranh chấp nêu tại Đoạn 1 Điều này [*tranh chấp giữa một Bên ký kết và nhà đầu tư của Bên ký kết khác*] ra giải quyết tại một hội đồng trọng tài, nếu tranh chấp không được giải quyết bằng thương lượng trong vòng 6 tháng kể từ ngày một bên có yêu cầu”.

Trọng tài khẳng định quy định trên đủ rộng để cho phép trọng tài có thẩm quyền xem xét các khiếu kiện của cả nhà đầu tư và Nhà nước trong một tranh chấp đầu tư. Cách diễn giải này theo trọng tài là tương thích với quy tắc tố tụng mà các bên thỏa thuận áp dụng (Quy tắc trọng tài UNCITRAL năm 1976; Điều 19 Quy tắc này cho phép trọng tài xem xét các yêu cầu phản tố phát sinh từ “cùng một hợp đồng” với đơn kiện ban đầu)¹⁷. Theo trọng tài, cách quy định về “hợp đồng” trong Quy tắc trọng tài UNCITRAL cần được diễn giải linh hoạt bao gồm cả những khiếu kiện trên cơ sở BIT.

¹⁶ *Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim (UNCITRAL), 7 May 2004, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>, truy cập ngày 15/04/2018.

¹⁷ *Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic*, tldđ, đoạn 39.

Vấn đề tiếp theo mà trọng tài xem xét là liệu các yêu cầu phản tố mà Cộng hòa Séc đưa ra có nằm trong thẩm quyền của trọng tài hay không. Hội đồng trọng tài từ chối xem xét nhóm yêu cầu phản tố thứ nhất liên quan tới vi phạm hợp đồng chuyển nhượng cổ phần vì hợp đồng này được ký kết giữa Nomura và NPF - không phải là các bên trong tranh chấp. Ngay cả khi có giả định rằng, mối quan hệ giữa các bên trong hợp đồng và các bên trong tranh chấp chặt chẽ tới mức có thể thỏa mãn điều kiện về chủ thể thì một hội đồng trọng tài thành lập theo BIT cũng không có thẩm quyền xem xét khiếu kiện về vi phạm hợp đồng khi mà hợp đồng đã có điều khoản GQTC riêng¹⁸.

Nhóm yêu cầu phản tố thứ hai là nguyên đơn đã vi phạm pháp luật của Cộng hòa Séc trong quá trình thực hiện đầu tư. Theo hội đồng trọng tài, Điều 8 trong BIT Séc – Hà Lan chỉ đặt ra điều kiện là khiếu kiện phải phát sinh từ một khoản đầu tư, tuy nhiên một nguyên tắc được thừa nhận trong tập quán quốc tế là yêu cầu phản tố phải có mối liên hệ nhất định với khiếu kiện ban đầu. Hội đồng trọng tài dẫn chiếu tới các phán quyết trọng tài đầu tư trước đó về yêu cầu phản tố, chủ yếu là trọng tài ICSID, trong đó các trọng tài nhận định rằng, yêu cầu phản tố và đơn kiện ban đầu phải có mối quan hệ “không thể tách rời”¹⁹. Áp dụng vào vụ này, Hội đồng trọng tài cho rằng, mối quan hệ này không thỏa mãn vì

đơn kiện của nguyên đơn dựa trên hành vi vi phạm pháp luật đầu tư quốc tế, nhưng yêu cầu phản tố lại dựa trên hành vi vi phạm pháp luật nội địa. Những hành vi vi phạm pháp luật trong nước nên được xét xử theo quy trình, thủ tục của quy định luật nội địa thay vì theo thủ tục tố tụng trong BIT²⁰.

Như chính trọng tài đã nhấn mạnh, vụ Saluka là tranh chấp đầu tư theo BIT đầu tiên mà yêu cầu phản tố được xem xét riêng biệt bởi trọng tài áp dụng Quy tắc trọng tài UNCITRAL. Trong vụ này, trọng tài đã áp dụng Quy tắc trọng tài UNCITRAL khá linh hoạt để phù hợp với tính chất đặc thù của tranh chấp đầu tư. Tuy nhiên, dù thừa nhận quyền phản tố của Nhà nước, trọng tài lại đặt ra điều kiện khá cao đối với một yêu cầu phản tố để được xem xét. Đồng ý là yêu cầu phản tố phải có mối quan hệ nhất định với khiếu kiện ban đầu, nhưng liệu đó có cần phải là mối quan hệ chặt chẽ tới mức không thể tách rời? Trong khi cả BIT và Quy tắc trọng tài UNCITRAL đều không đưa ra yêu cầu này, quyết định của trọng tài trong vụ Saluka bị chỉ trích là đặt ra tiêu chuẩn cao hơn so với quy định của luật áp dụng. Sự viện dẫn án lệ trọng tài ICSID cũng chưa thuyết phục vì Công ước ICSID quy định phải có mối quan hệ trực tiếp giữa yêu cầu phản tố và khiếu kiện ban đầu²¹, nhưng Quy tắc trọng tài UNCITRAL không có quy định này. Dù gặp phải sự phản đối từ giới nghiên cứu, phán quyết trọng tài trong vụ Saluka vẫn được viện dẫn trong nhiều tranh chấp sau đó²², gây trở ngại lớn cho các quốc gia

¹⁸ *Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic*, tldđ, đoạn 47-58.

¹⁹ Xem vụ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2.

²⁰ *Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic*, tldđ, đoạn 79.

²¹ Điều 46 Công ước ICSID.

²² Xem vụ *Sergei Paushok, CJSC Golden East*

bị đơn khi muốn phản tố trong một tranh chấp tại trọng tài ISDS²³.

3.2. *Vụ Roussalis v. Romania (Vụ Roussalis)*²⁴

Roussalis là một công dân Hy Lạp ký hợp đồng với Cơ quan quản lý tài sản nhà nước Romania để mua lại 70% cổ phần của một doanh nghiệp nhà nước tại Romania. Nhà đầu tư sau đó đã khởi kiện Romania ra trọng tài ICSID theo BIT giữa Hy Lạp và Romania vì cho rằng, Romania đã thực hiện các biện pháp tước đoạt quyền sở hữu gián tiếp trái pháp luật đối với khoản đầu tư. Quy tắc trọng tài áp dụng là Quy tắc trọng tài ICSID. Trong đơn phản tố, bị đơn yêu cầu nguyên đơn bồi thường do đã vi phạm hợp đồng mua cổ phần²⁵.

Khi xác định thẩm quyền với yêu cầu phản tố, hội đồng trọng tài trong vụ này có cách tiếp cận khác so với các trọng tài trước đó. Thay vì đánh giá mối quan hệ giữa yêu cầu phản tố và khiếu kiện ban đầu như trọng tài vụ Saluka, trong vụ này, vấn đề đầu tiên hội đồng trọng tài xem xét là liệu các bên có chấp nhận trao cho trọng tài thẩm quyền xem xét yêu cầu phản tố của Nhà nước hay không²⁶.

Để xác định phạm vi thỏa thuận của các bên, trọng tài dựa trên Điều 9 trong BIT Hy Lạp – Romania, quy định:

“Nếu [tranh chấp giữa nhà đầu tư của một Bên ký kết và một Bên ký kết khác về nghĩa vụ của Bên ký kết đó theo Hiệp định này] không thể giải quyết bằng thương lượng trong vòng sáu tháng từ ngày một bên yêu cầu thương lượng, nhà đầu tư có thể đưa tranh chấp ra giải quyết tại tòa án có thẩm quyền của Bên ký kết nơi mà hoạt động đầu tư được thực hiện hoặc tới một trọng tài quốc tế”.

Theo hội đồng trọng tài, điều khoản trên được coi là đề nghị giao kết thỏa thuận trọng tài do Nhà nước đưa ra với nhà đầu tư và đó là cơ sở để nhà đầu tư quyết định có chấp thuận thỏa thuận trọng tài hay không. Nội hàm của Điều 9 chỉ giới hạn thẩm quyền trọng tài ở các tranh chấp do nhà đầu tư khởi kiện Nhà nước mà không bao gồm các tranh chấp theo hướng ngược lại. Do đó, khi chấp nhận đề nghị giao kết này (bằng cách nộp đơn khởi kiện ra trọng tài), nhà đầu tư kỳ vọng đơn phản tố của Nhà nước (nếu có) sẽ không được xem xét trong phạm vi tranh chấp tại trọng tài. Trên cơ sở này, hội đồng trọng tài đưa ra quyết định theo đa số là từ chối xem xét yêu cầu phản tố của Romania do không nằm trong phạm vi thỏa thuận của các bên²⁷.

Tuy nhiên, trong nội bộ hội đồng trọng tài cũng có quan điểm trái ngược nhau. Trọng tài viên - Giáo sư Michael Reisman, đưa ra một tuyên bố ngăn phản đối quyết định của hội đồng vì cho rằng việc xác định phạm vi thỏa thuận các bên không chỉ dựa

Company, CJSC Vostokneftegaz Company v. the Government of Mongolia, Award on Jurisdiction and liability, 28 April 2011.

²³ Pierre Lalive, Laura Halonne, *On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration*, Czech Yearbook of International Law, (2011), pp.153-154.

²⁴ *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1, Award dated 7/12/2011, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>, truy cập ngày 25/04/2018.

²⁵ *Spyridon Roussalis v. Romania*, tlđđ, đoạn 1 -10.

²⁶ *Spyridon Roussalis v. Romania*, tlđđ, đoạn 864.

²⁷ *Spyridon Roussalis v. Romania*, tlđđ, đoạn 865-876.

vào BIT, mà còn phải xem xét tới Công ước ICSID và Quy tắc trọng tài ICSID là quy tắc trọng tài được các bên lựa chọn áp dụng²⁸. theo vị trọng tài này, khi các bên đã đồng ý đưa tranh chấp ra giải quyết tại trọng tài ICSID thì có thể ngầm hiểu rằng, các bên đồng ý với toàn bộ các quy định của Công ước cũng như Quy tắc trọng tài ICSID, trong đó Điều 46 của Công ước và Điều 40 của Quy tắc này đều quy định trọng tài có thể xem xét yêu cầu phản tố. Những quy định minh thị như vậy là đủ để hình thành sự chấp thuận của các bên mà không nhất thiết phải có quy định tương tự trong BIT. Giáo sư Reisman cũng cảnh báo việc từ chối xem xét yêu cầu phản tố của Nhà nước sẽ tạo ra sự bất bình đẳng giữa các bên khi tiếp cận cơ chế trọng tài ISDS và giảm hiệu quả của cơ chế này²⁹.

Vụ Roussalis đánh một dấu mốc quan trọng trong thực tiễn xét xử trọng tài ISDS³⁰. Quan điểm trái ngược của các trọng tài viên trong vụ này đã tạo ra hai xu hướng tiếp cận khác nhau của trọng tài trong các tranh chấp sau đó³¹. Không chỉ ảnh hưởng tới các phán quyết trọng tài sau này, vụ *Roussalis* còn tác động tới thực tiễn soạn thảo IIA. Phán quyết trọng tài đã dựa trên ngôn ngữ điều khoản ISDS trong IIA làm cơ sở xác định phạm vi chấp thuận của các

bên và nhận định rằng, nếu Nhà nước muốn đưa yêu cầu phản tố ra trọng tài thì ý chí này phải được thể hiện rõ trong BIT để nhà đầu tư và các bên liên quan đều được biết³². Điều này dẫn tới xu hướng khuyến khích các quốc gia bổ sung một quy định minh thị về quyền phản tố trong các IIA thế hệ mới mà tiêu biểu là quy định tại Điều 28 Hiệp định đầu tư COMESA³³.

3.3. Vụ *Goetz v. Burundi (Vụ Goetz)*³⁴

Phán quyết trọng tài trong vụ *Goetz* đưa ra năm 2012 có cách tiếp cận linh hoạt và cởi mở hơn về quyền phản tố của Nhà nước. Trong vụ này, trọng tài đã chấp nhận thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố trên cơ sở áp dụng đồng thời Công ước ICSID và IIA giữa Bỉ - Luxembourg - Burundi năm 1989.

Diễn biến tranh chấp có thể tóm tắt như sau: Nguyên đơn là các nhà đầu tư Bỉ, sở hữu công ty AFFIMET hoạt động trong lĩnh vực sản xuất và buôn bán các kim loại hiếm ở Burundi, đã khởi kiện ra trọng tài ICSID vì Burundi đã rút giấy phép hoạt động của AFFIMET. Phán quyết trọng tài đầu tiên được đưa ra năm 1999, buộc Burundi phải bồi thường cho nhà đầu tư theo số tiền mà hai bên đã thỏa thuận và ghi nhận trong phán quyết. Tuy nhiên, sau đó, quá trình thực thi phán quyết gặp nhiều khó khăn do sự thiếu hợp tác từ phía Burundi. Tới cuối năm 2000, nhà đầu tư một lần nữa khởi kiện ra ICSID vì cho rằng Burundi không tuân thủ thỏa thuận của các bên đã ghi nhận trong

²⁸ W.Michael Reisman, Declaration, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0724.pdf>, truy cập ngày 25/04/2018.

²⁹ W.Michael Reisman, tldđ.

³⁰ W.Michael Reisman, tldđ.

³¹ Phán quyết của hội đồng trọng tài được áp dụng trong một số tranh chấp như vụ *Inmaris Perestroika v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/08/8; trong khi một số trọng tài lại ủng hộ cách tiếp cận của GS Michael Reisman, ví dụ trọng tài trong vụ *Goetz v. Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3.

³² *Spyridon Roussalis v. Romnia*, tldđ, đoạn 869.

³³ Thomas Kendra, tldđ, tr. 587.

³⁴ *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (II)* (ICSID Case No. ARB/01/2), Award 21/06/2012, <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1086.pdf>, truy cập ngày 25/04/2018.

phán quyết đầu tiên. Ngoài ra, nguyên đơn cũng khởi kiện cơ quan nhà nước Burundi áp dụng các biện pháp tước đoạt quyền sở hữu với các công ty khác của nguyên đơn, trong đó có Ngân hàng thương mại châu Phi (ABC). Burundi đưa ra yêu cầu phản tố là ABC đã vi phạm các điều kiện theo giấy phép hoạt động, có hành vi cạnh tranh không lành mạnh đối với các ngân hàng thương mại khác và gây thiệt hại cho Burundi hàng triệu đô la tiền thuế³⁵.

Đề quyết định có xem xét yêu cầu phản tố hay không, hội đồng trọng tài trả lời lần lượt hai câu hỏi: (i) Liệu các bên có chấp thuận để trọng tài có quyền xem xét yêu cầu phản tố không, và (ii) Liệu yêu cầu phản tố có mối quan hệ với đơn khởi kiện của nguyên đơn tới mức cần thiết để giải quyết trong cùng một tranh chấp hay không³⁶. Về vấn đề thứ nhất, khác với cách tiếp cận của trọng tài trong vụ Roussalis, trọng tài trong vụ này cho rằng, việc các bên chấp nhận đưa tranh chấp ra trọng tài theo Công ước ICSID là đủ để tạo thành sự chấp thuận thẩm quyền trọng tài đối với yêu cầu phản tố mà không cần xem xét tới quy định của BIT. Nói cách khác, khi các bên thỏa thuận GQTC tại trọng tài ICSID thì có thể ngầm hiểu là các bên đồng ý với toàn bộ các quy định điều chỉnh quá trình tố tụng theo cơ chế ICSID, trong đó có quy định về quyền phản tố³⁷. Hội đồng trọng tài viện dẫn và ủng hộ lập luận của Giáo sư Reisman trong

vụ Roussalis, cho rằng cách diễn giải này phù hợp hơn với “tinh thần” của Công ước ICSID³⁸.

Về vấn đề thứ hai, Điều 46 Công ước ICSID quy định yêu cầu phản tố phải phát sinh trực tiếp từ vấn đề đang tranh chấp. Trọng tài cho rằng, có nhiều cách khác nhau để xác định quan hệ giữa yêu cầu phản tố và đơn khởi kiện, tuy nhiên trong vụ này, cả yêu cầu phản tố và đơn khởi kiện đều xuất phát từ việc ban hành và thực hiện giấy phép hoạt động của ABC, do đó có mối quan hệ trực tiếp với nhau. Có thể thấy, cách tiếp cận này dễ dàng hơn nhiều so với yêu cầu về mối quan hệ “không thể tách rời” được đưa ra bởi trọng tài trong vụ Saluka.

Dù chấp nhận thẩm quyền, hội đồng trọng tài vẫn bác bỏ yêu cầu phản tố tại giai đoạn xét xử về nội dung. Lý do bởi Burundi không chứng minh được vi phạm của ABC về các điều kiện trong cấp phép cũng như thiệt hại của mà Nhà nước phải chịu do hành vi cạnh tranh không lành mạnh. Tuy nhiên, phán quyết trọng tài trong vụ Goetz có ý nghĩa lớn, mở ra cơ hội dễ dàng hơn để Nhà nước có thể phản tố tại trọng tài ISDS. Thay vì cách tiếp cận hẹp như các trọng tài trước đây (như trong vụ Saluka hay Roussalis), trọng tài trong vụ Goetz đặt ra những yêu cầu thấp hơn để một yêu cầu phản tố có thể được xem xét. Phán quyết này do đó đánh dấu bước chuyển biến quan trọng trong xu hướng xét xử về yêu cầu phản tố của trọng tài đầu tư.

³⁵ Steingruber, Andrea Marco, *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi*, ICSID Review, 2013, Vol.28(2), tr.291-300.

³⁶ *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (II)*, tlđd, đoạn 275.

³⁷ *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (II)*, tlđd, đoạn 279.

³⁸ *Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (II)*, tlđd, đoạn 280.

3.4. Vụ *Burlington Resources Inc. v. Ecuador (Vụ Burlington)*³⁹

Từ năm 2000, Burlington Resources Inc. (Hoa Kỳ) đã đầu tư khai thác các mỏ dầu số 7 và số 21 tại Ecuador thông qua các hợp đồng chia sẻ doanh thu ký kết giữa Ecuador và một công ty con của Burlington. Năm 2008, dựa trên BIT giữa Ecuador và Hoa Kỳ, Burlington khởi kiện ra trọng tài ICSID cho rằng, Ecuador đã gián tiếp tước đoạt quyền sở hữu của nhà đầu tư thông qua thay đổi các quy định về thuế. Trong quá trình xét xử, Ecuador đưa ra các yêu cầu phản tố liên quan tới thiệt hại về môi trường và cơ sở hạ tầng mà Burlington gây ra trong quá trình khai thác dầu mỏ⁴⁰. Ngày 7/2/2017, hội đồng trọng tài ra Quyết định về yêu cầu phản tố, trong đó giải quyết lần lượt các vấn đề sau:

Thứ nhất, về thẩm quyền của trọng tài, trọng tài cho rằng yêu cầu phản tố thỏa mãn ba điều kiện về thẩm quyền theo Điều 46 Công ước ICSID và Điều 40 Quy tắc trọng tài ICSID. Một là, yêu cầu phản tố phát sinh trực tiếp từ vấn đề tranh chấp, cụ thể là phát sinh từ hoạt động đầu tư của Burlington tại các mỏ dầu số 7 và số 21. Hai là, yêu cầu phản tố nằm trong phạm vi chấp thuận của các bên vì hai bên đã lập văn bản chấp nhận yêu cầu phản tố được xem xét bởi hội đồng trọng tài (với điều kiện Ecuador từ bỏ quyền khởi kiện về các vấn đề này tại các cơ quan GQTC khác). Ba là, các điều kiện về thẩm

quyền của Trung tâm ICSID được thỏa mãn (điều kiện về chủ thể và nội dung một tranh chấp đầu tư)⁴¹.

Thứ hai, về luật áp dụng, yêu cầu phản tố đưa ra dựa trên pháp luật của Ecuador về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng. Vấn đề của hội đồng trọng tài là xác định liệu đây có phải là nguồn luật áp dụng trong GQTC hiện tại hay không. Trọng tài viện dẫn Điều 42(1) Công ước ICSID, theo đó luật áp dụng trong ISDS có thể xác định theo hai cơ sở: (i) Luật do các bên thỏa thuận, (ii) Trường hợp không có thỏa thuận, hội đồng trọng tài có quyền áp dụng luật của quốc gia là một bên trong tranh chấp và pháp luật quốc tế liên quan. Trong vụ này, hội đồng trọng tài dựa trên cơ sở (ii), quyết định rằng các quy định pháp luật của Ecuador về trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng có thể được áp dụng⁴². Áp dụng pháp luật Ecuador, nguyên đơn cho rằng để xác định trách nhiệm bồi thường của nguyên đơn, Ecuador phải chứng minh đồng thời hai yếu tố là có thiệt hại môi trường và thiệt hại đó gây ra do lỗi bất cẩn của nguyên đơn. Không đồng ý với lập luận này, hội đồng trọng tài cho rằng, đối với các thiệt hại về môi trường, pháp luật Ecuador áp dụng chế độ trách nhiệm nghiêm ngặt (strict liability), theo đó Ecuador chỉ cần chứng minh có thiệt hại do hành vi của nguyên đơn mà không cần chứng minh lỗi⁴³. Một điểm đáng chú ý là khi áp dụng

³⁹ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims dated 7 February 2017, <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8206.pdf>, truy cập ngày 28/4/2018.

⁴⁰ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, tldđ, đoạn 52.

⁴¹ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, tldđ, đoạn 60-62.

⁴² *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, tldđ, đoạn 71-75.

⁴³ Với các nước common law, trách nhiệm bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng (tort law) gồm hai loại trách nhiệm là trách nhiệm do bất cẩn (negligent

pháp luật nội địa của Ecuador, hội đồng trọng tài diễn giải các quy định pháp luật Ecuador (Hiến pháp và các đạo luật liên quan) theo hướng dẫn chiếu tới các án lệ của Tòa án tối cao Ecuador⁴⁴.

Thứ ba, về xác định mức bồi thường khi đánh giá thiệt hại môi trường, theo hội đồng, mức độ thiệt hại phải được xác định theo các tiêu chí của quy định pháp luật nội địa. Trọng tài yêu cầu khảo sát tại hơn 40 điểm khai thác dầu của Burlington tại các mỏ dầu số 7 và số 21, cùng với một cuộc khảo sát thực địa bởi chính hội đồng. Kết quả hội đồng xác định là có thiệt hại và yêu cầu khắc phục thiệt hại ở hầu hết các cơ sở, do đó, buộc Burlington phải mức bồi thường cho Ecuador số tiền lên tới hơn 41 triệu đô la⁴⁵.

Vụ Burlington là ví dụ điển hình về việc phản tố thành công của Nhà nước và tạo ra tác động tích cực cho các nước tiếp nhận đầu tư trong việc sử dụng quyền phản tố như một công cụ bảo vệ lợi ích quốc gia trong các tranh chấp với nhà đầu tư. Cách tiếp cận của trọng tài trong vụ này có nhiều nét tương đồng với trọng tài trong vụ Goetz, cho thấy sự gỡ bỏ dần những “rào cản” đối với yêu cầu phản tố. Mặc dù yêu cầu phản tố trong vụ Burlington liên quan tới pháp luật về môi trường, tuy nhiên, các quốc gia có thể vận dụng án lệ này để bảo vệ các lợi ích công cộng khác như sức khỏe cộng đồng, quyền con người...

4. Yêu cầu phản tố: Hướng tới một cơ chế trọng tài ISDS cân bằng hơn?

Phân tích thực tiễn xét xử cho thấy, mặc dù quyền phản tố được quy định trong phần lớn các quy tắc trọng tài đầu tư nhưng việc đưa ra yêu cầu phản tố trên thực tế không hề dễ dàng. Một nghiên cứu của Ana Vohryzek-Griest đã chỉ ra 30 năm thất bại trong việc phản tố của Nhà nước trước trọng tài đầu tư⁴⁶. Không ít ý kiến phản đối quyền phản tố của Nhà nước trong ISDS vì lo ngại điều này sẽ làm tăng tính phức tạp và kéo dài thủ tục tố tụng trọng tài đầu tư. Trong khi các IIA thường không quy định về nghĩa vụ của nhà đầu tư, yêu cầu phản tố thường dựa trên vi phạm pháp luật trong nước. Do đó, nếu chấp nhận xem xét yêu cầu phản tố, trọng tài buộc phải diễn giải pháp luật quốc gia, có thể là pháp luật thuế, môi trường, pháp luật hành chính. Các lĩnh vực này có thể không thuộc chuyên môn của trọng tài đầu tư và dẫn tới cách diễn giải không phù hợp. Ngoài ra, cũng có thể xảy ra xung đột thẩm quyền giữa trọng tài quốc tế và tòa án quốc gia. Như trọng tài trong vụ Sakula đã nhận định, các hành vi vi phạm pháp luật quốc gia nên thuộc thẩm quyền riêng biệt của tòa án quốc gia⁴⁷.

Tuy nhiên, việc thừa nhận quyền phản tố của Nhà nước trong ISDS có những lợi ích không thể bác bỏ. Trong quá trình soạn thảo Công ước ICSID, các nhà soạn thảo lý giải rằng, yêu cầu phản tố là đặc điểm thông

tort) hoặc trách nhiệm nghiêm ngặt (strict liability).

⁴⁴ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, tlđđ, đoạn 234-247.

⁴⁵ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, tlđđ, đoạn 1075.

⁴⁶ Ana Vohryzek-Griest, *State counterclaims in Investor-State Disputes: A history of 30 years of failure*, International Law, Revista Comlombiana de Derecho Internacional (2009) 15, pp. 83-124.

⁴⁷ *Saluka Investments B.V. v. the Czech Republic*, tlđđ, đoạn 79.

thường trong GQTC và việc cho phép trọng tài xem xét yêu cầu phản tố sẽ tiết kiệm thời gian và chi phí cho các bên. Điều này cũng tạo điều kiện cho việc đánh giá thiệt hại và bù trừ nghĩa vụ giữa hai bên. Ngoài ra, với yêu cầu phản tố thành công tại trọng tài ISDS, Nhà nước có thể thi hành phán quyết trọng tài theo cơ chế này – vốn được coi là cơ chế thi hành mạnh hơn so với bản án của tòa quốc gia. Quan trọng hơn, sự chấp nhận quyền phản tố của Nhà nước góp phần tạo ra sự cân bằng hơn cho trọng tài ISDS. Trọng tài ISDS từ lâu đã bị coi là bất đối xứng cả về nội dung và hình thức. Về hình thức, hầu hết các tranh chấp đưa ra trọng tài ISDS là do nhà đầu tư khởi kiện⁴⁸, một số IIA còn quy định rõ chỉ có nhà đầu tư mới có quyền khởi kiện ra trọng tài quốc tế⁴⁹. Về mặt nội dung, các IIA chỉ quy định nghĩa vụ của Nhà nước mà không quy định nghĩa vụ của nhà đầu tư, trong khi hầu hết quy định của IIA lại hướng tới bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư. Khi phán quyết trọng tài đầu tư được đưa ra, ngay cả trong trường hợp Nhà nước được coi là bên thắng kiện thì thực tế chỉ là bác bỏ lập luận của nhà đầu tư mà rất ít có sự bồi thường thiệt hại (nếu có) cho Nhà nước. Để khắc phục sự mất cân bằng trên, thực tiễn xét xử trọng tài đầu tư ngày càng có cách tiếp cận “cởi mở” hơn đối với vấn đề phản tố. Thay vì cách tiếp cận hạn chế như trong vụ Saluka hay vụ Roussalis, trọng tài trong các tranh chấp sau này (ví dụ như vụ Goetz và vụ Burlington) có xu hướng dễ dàng chấp nhận thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố và tập

trung xem xét vấn đề về mặt nội dung. Như Giáo sư Reisman nhấn mạnh, mục tiêu của cơ chế ISDS là mang lại lợi ích cho cả nhà đầu tư và Nhà nước nên việc từ chối xem xét yêu cầu phản tố là đi ngược lại với mục đích này.

Không chỉ tạo ra sự cân bằng về quyền và nghĩa vụ giữa các bên, quyền phản tố của Nhà nước còn góp phần mang tới sự cân bằng giữa lợi ích tư nhân và lợi ích công cộng trong ISDS. Quyền phản tố có thể được sử dụng là một công cụ để trọng tài ISDS xem xét các tác động tiêu cực của đầu tư nước ngoài như ô nhiễm môi trường, suy giảm sức khỏe cộng đồng... và buộc nhà đầu tư phải bồi thường vì những thiệt hại đã gây ra với nước tiếp nhận đầu tư. Điều này phù hợp với xu thế hiện nay khi mà các quốc gia đang hướng tới chính sách thu hút đầu tư nước ngoài kết hợp với phát triển bền vững.

5. Kết luận và khuyến nghị

Trong một cơ chế GQTC công bằng, quyền khởi kiện và quyền phản tố nên được dành cho cả hai bên. Sự lấn át của nhà đầu tư với vai trò là bên khởi kiện trong ISDS trong một thời gian dài đã làm mờ đi vai trò chủ động của Nhà nước, khiến không ít quốc gia dè dặt và có cái nhìn thiếu “thiện cảm” với trọng tài đầu tư⁵⁰. Tuy nhiên, những tranh chấp đầu tư gần đây cho thấy, vai trò tích cực hơn của các quốc gia khi tham gia vào cơ chế này với sự vận dụng ngày càng nhiều quyền phản tố. Cùng với đó, cách tiếp cận của trọng tài đầu tư cũng có bước chuyển biến cơ bản về vấn đề phản tố, hạ thấp dần những “rào cản” và hướng

⁴⁸ Andrea K. Bjorklund, *tlđđ*, tr. 462.

⁴⁹ Ví dụ quy định trong Hiệp định NAFTA, BIT Việt Nam - Argentina như đã phân tích ở phần 2.

⁵⁰ Andrea K. Bjorklund, *tlđđ*, tr. 479.

tới một cơ chế ISDS cân bằng hơn.

Nắm bắt được xu thế này có ý nghĩa quan trọng đối với một quốc gia đang phải đối mặt với ngày càng nhiều các khiếu kiện của nhà đầu tư nước ngoài như Việt Nam. Trước một tranh chấp đầu tư, thay vì ở thế bị động, chúng ta có thể xây dựng chiến lược chủ động hơn và đánh giá khả năng phản tố trong quá trình giải quyết tranh chấp. Những lập luận và bằng chứng về hành vi vi phạm pháp luật của nhà đầu tư không chỉ được dùng để bác bỏ khiếu kiện của nhà đầu tư, mà còn có thể trở thành cơ sở cho Nhà nước khởi kiện lại để đòi bồi thường thiệt hại. Trong bối cảnh mặt trái của hoạt động đầu tư nước ngoài biểu hiện ngày càng rõ rệt, các quốc gia như Việt Nam có thể vận dụng quyền phản tố để đưa những vấn đề này ra trọng tài ISDS, qua đó buộc nhà đầu tư thực hiện hoạt động đầu tư có trách nhiệm hơn với nước sở tại.

Mặc dù vậy, phải thừa nhận rằng, để thành công trong yêu cầu phản tố tại trọng tài đầu tư, Nhà nước phải vượt qua nhiều trở ngại về cả vấn đề thẩm quyền trọng tài và vấn đề luật áp dụng. Phần lớn các IIA mà Việt Nam ký kết thuộc nhóm IIA thế hệ cũ, có điều khoản ISDS rất sơ sài hoặc giới hạn quyền khởi kiện ra trọng tài quốc tế chỉ thuộc về nhà đầu tư⁵¹. Những quy định này sẽ gây khó khăn cho Nhà nước khi chứng minh trọng tài có thẩm quyền với yêu cầu phản tố. Vì vậy, khi đàm phán IIA trong thời gian tới, việc bổ sung các quy định rõ ràng hơn về quyền phản tố nên được xem

xét. Ví dụ như quy định tại Điều 9.19 Chương 9 Hiệp định Đối tác toàn diện và Tiến độ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP): Trong trường hợp nguyên đơn khởi kiện do vi phạm sự cấp phép đầu tư hoặc hợp đồng đầu tư, “bị đơn có thể phản tố về cơ sở pháp lý, tình tiết của đơn khởi kiện hoặc đưa ra khiếu kiện để bù trừ nghĩa vụ với nguyên đơn”. Quy định này khắc phục được khiếm khuyết của các IIA thế hệ cũ và hạn chế tranh chấp về thẩm quyền đối với yêu cầu phản tố.

Ngoài ra, để phản tố thành công, Nhà nước thường phải chứng minh vi phạm của nhà đầu tư và thiệt hại gây ra cho Nhà nước. Phần lớn các vi phạm của nhà đầu tư được căn cứ trên pháp luật trong nước (vì IIA thường không quy định nghĩa vụ của nhà đầu tư). Khi đó, để thuyết phục hội đồng trọng tài về cách diễn giải và áp dụng pháp luật Việt Nam thì trước hết, quy định pháp luật đó phải đủ rõ ràng, dễ tiếp cận và có sự tương thích với pháp luật quốc tế. Việc chứng minh thiệt hại cũng đòi hỏi sự phối hợp của các cơ quan nhà nước có liên quan, trong đó vai trò chủ đạo là cơ quan cấp phép, quản lý đầu tư và cơ quan điều tra.

Cuối cùng, để vận dụng hiệu quả quyền phản tố trong ISDS, không thể bỏ qua việc nghiên cứu các án lệ liên quan. Những án lệ đã phân tích cho thấy quan điểm trọng tài về quyền phản tố của Nhà nước có những điểm chưa thống nhất. Do đó, cập nhật phán quyết trọng tài liên quan tới yêu cầu phản tố là cần thiết để nắm bắt được xu thế phát triển trong ISDS, xây dựng định hướng và chiến lược phù hợp trong quá trình giải quyết từng tranh chấp cụ thể.

⁵¹ Ví dụ xem Điều 8 BIT Việt Nam – Ba Lan, Điều 14 BIT Việt Nam – Nhật Bản, Điều 9 BIT Việt Nam – Argentina.