

THÔNG RA MỘT KỶ

12(380)

2019

NUM TH 48

TỔNG BIÊN TẬP

TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. ĐÀO TRẦN C
PGS.TS. BÙI XUÂN C
PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI
PGS.TS. TRẦN QUANG H
PGS.TS. HÀ THOẠI HIỀN
PGS.TS. PHẠM HỮU NGHĨ
PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PH
PGS.TS. LÊ MINH THẮNG
PGS.TS. NGUYỄN TRUNG T
GS.TS. VŨ KHUYNH VINH
PGS.TS. QUANG NGOC V

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

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

*Email:
tcnnpl@isl.gov.vn*

**Giấy phép ho
bố ch
BTTTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LÝ LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

❖ VŨ THANH HÀ: Sự thay đổi của hệ thống pháp luật trong thời đại toàn cầu hóa 3

❖ TĂNG THANH PHƯƠNG – HUỖNH THỊ SINH HIỀN: Áp dụng quy định tương tự pháp luật để giải thích pháp luật dân sự - Bài học kinh nghiệm từ Pháp 12

❖ CAO VIỆT THẮNG: Một số ý kiến về nguồn luật ở Việt Nam hiện nay 21

LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ

❖ VŨ MINH KỶ - NGUYỄN PHƯƠNG ANH: Nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm và thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm 29

LUẬT DÂN SỰ, LUẬT TỐ TỤNG DÂN SỰ

❖ PHAN THÀNH NHÂN: Người thừa kế theo pháp luật trong Bộ luật Dân sự năm 2015 39

❖ PHAN HOÀI NAM: Thẩm quyền của tòa án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài khi bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam 47

LUẬT ĐẤT ĐAI, LUẬT AN SINH XÃ HỘI

❖ NGUYỄN THỊ THANH XUÂN: Hoàn thiện quy định về cho thuê đất trong Luật Đất đai năm 2013 55

❖ NGUYỄN THỊ LÊ HUYỀN – PHAN THỊ HỒNG: Một số ý kiến về chế độ bảo hiểm xã hội trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo 61

LUẬT QUỐC TẾ

❖ PHẠM HỒNG HẠNH: Vấn đề thăm dò, khai thác tài nguyên tại khu vực thềm lục địa mở rộng khi chưa có kiến nghị của Ủy ban ranh giới ngoài và một số lưu ý đối với Việt Nam 66

❖ HOÀNG THỊ NGỌC ANH: Quy định về nghiên cứu khoa học biển theo Công ước Luật Biển năm 1982 và một số thực tiễn liên quan 73

TỔNG MỤC LỤC NĂM 2019 85

MONTHLY ISSUE

12(380)

2019

48TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

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

THEORY OF STATE AND LAW

❖ VU THANH HA: The Change of Legal System in the Wake of Globalization Era 3

❖ TANG THANH PHUONG – HUYNH THI SINH HIEN: The Application of Analogy of Law to Interpret Civil Law: Lessons from France 12

❖ CAO VIET THANG: A Commentary on Current Sources of Law in Viet Nam 21

CRIMINAL PROCEDURE LAW

❖ VO MINH KY – NGUYEN PHUONG ANH: The Principle on Prohibition of Double Jeopardy and Procedures for Cassation and Case-Reopening 29

CIVIL LAW, CIVIL PROCEDURE LAW

❖ PHAN THANH NHAN: The Heir at Law under the 2015 Civil Code 39

❖ PHAN HOAI NAM: The Jurisdiction of Vietnamese Courts over Civil Cases with Foreign Elements Where Defendant's Properties Reside in Viet Nam 47

LAND LAW, SOCIAL SECURITY LAW

❖ NGUYEN THI THANH XUAN: Improving the Law on Land Lease under the 2013 Land Law 55

❖ NGUYEN THI LE HUYEN – PHAN THI HONG: A Commentary on Social Insurance Regime in Cases of Surrogacy for the Humanitarian Purpose 61

INTERNATIONAL LAW

❖ PHAM HONG HANH: Issues on Exploration for and Exploitation of Natural Resources on Extended Continental Shelf without Recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf and Remarks for Viet Nam 66

❖ HOANG THI NGOC ANH: Provisions on Marine Scientific Research under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea and Related Practices 73

GENERAL INDEX OF 2019 85

SỰ THAY ĐỔI CỦA HỆ THỐNG PHÁP LUẬT TRONG THỜI ĐẠI TOÀN CẦU HÓA

Vũ Thanh Hà*

Tóm tắt: *Quá trình toàn cầu hoá đã và đang diễn ra, tác động đến mọi mặt đời sống xã hội tại mỗi quốc gia và được đặc trưng bởi những sự liên kết và tương tác toàn cầu. Điều chỉnh các quan hệ toàn cầu ấy là một không gian pháp luật có tính toàn cầu, bao gồm các quy chuẩn pháp luật ở hai cấp độ: Xuyên quốc gia và trên quốc gia. Không gian pháp luật ấy nằm ngoài lãnh thổ quốc gia, phi biên giới và cùng với pháp luật của quốc gia trở thành những quy chuẩn pháp lý chung cùng tham gia vào việc điều chỉnh hành vi của con người. Bài viết này bàn luận về sự thay đổi của hệ thống pháp luật trong thời đại toàn cầu hoá.*

Abstract: *Globalization has affected every aspect of social life in every country, with characteristics of global interconnection and interaction. Governing such global relations requires a legal environment of globality, including two-pronged legal norms: Transnational and supranational. The borderless legal environment beyond any national territory, together with national laws, become general legal norms so as to regulate human behaviors. The article discusses such a change of legal system in globalization era.*

1. Toàn cầu hóa và sự thay đổi phạm vi quốc gia của pháp luật

1.1. Các lý thuyết về ranh giới quốc gia của pháp luật

Vào nửa sau của thế kỷ XX, trên phạm vi toàn thế giới đã diễn ra quá trình chuyển hóa mô hình phát triển xã hội từ thời kỳ công nghiệp sang thời kỳ hậu công nghiệp và phát triển kiến tạo. Theo đó, vai trò chủ đạo tác động đến mọi sự phát triển và mọi sự thay đổi thuộc về các quá trình liên kết ở tầm quốc tế.

Toàn cầu hóa càng ngày càng làm nổi bật vai trò kết nối của các quốc gia có chủ quyền, bởi quản trị toàn cầu đòi hỏi sự hợp tác có hiệu quả của các quốc gia vốn đã trở nên phụ thuộc lẫn nhau hơn bao giờ hết. Sự liên kết ở mức độ toàn cầu không thể không ảnh hưởng đến giới hạn của chủ quyền pháp lý của từng quốc gia riêng rẽ.

Khi nói về phạm vi quốc gia của pháp luật, không thể không trở lại với hai lý thuyết kinh điển về phạm vi quốc gia của pháp luật, đó là lý thuyết về *tính nhà nước của pháp luật* và *lý thuyết chủ quyền của quốc gia về pháp luật*.

Trong lịch sử các học thuyết pháp lý, học thuyết về pháp luật thực chứng chiếm một vị trí quan trọng, theo đó, sự ra đời và tồn tại của pháp luật được gắn liền với chủ quyền của một quốc gia. Có những cách diễn đạt khác nhau về chủ quyền lập pháp của quốc gia. Theo đó, pháp luật khi thì được coi là “ý chỉ của đáng minh quân”, khi thì được hiểu là biểu hiện của ý chí chung trên cơ sở một khế ước xã hội¹, hoặc “là ý chí của giai cấp thống trị được đưa lên thành pháp luật” như cách nói của các nhà kinh

* ThS., Cục Quản lý xuất nhập cảnh.

¹ Harrist, *Legal Philosophies*, Dublin, 1997, tr.31.

điển của chủ nghĩa Mác². Từ đó, những yếu tố gắn với chủ quyền của Nhà nước như tính tối thượng của pháp luật, tính bắt buộc chung, tính hình thức pháp lý và thủ tục chặt chẽ, tính hệ thống và tính thống nhất; các yêu cầu về pháp chế, về tuân thủ tinh thần và lời văn của pháp luật cũng đã được xác định. Lịch sử tư tưởng pháp lý cũng như các thiết chế nhà nước trên thế giới đã luôn chứng minh về sự gắn kết giữa pháp luật của một quốc gia với chủ quyền của quốc gia đó, sự khác nhau chỉ là phạm vi các chủ thể đại diện cho chủ quyền đó. Pháp luật luôn được coi là của quốc gia, dù được đề cập đến ở khía cạnh hoạt động lập pháp, hay khi được áp dụng trong hoạt động hành pháp và khi được “kiến tạo” bởi tòa án.

Hans Kelsen (1881 – 1973), nhà luật học người Áo, người sáng lập thuyết thực chứng pháp lý với tên gọi “*Lý thuyết thuần túy về pháp luật*” (“*Pure Theory of Law*”) coi “cưỡng chế” là yếu tố cốt lõi của pháp luật trong khi cưỡng chế là đặc quyền pháp lý chỉ thuộc về Nhà nước, mà Nhà nước là phạm trù được đặt trong những phạm vi lãnh thổ nhất định. Theo Kelsen, chỉ có thể hiểu về pháp luật thông qua Nhà nước và Nhà nước chính là trật tự pháp luật của một quốc gia có chủ quyền, là tiền đề để nhận thức về pháp luật³. Có thể nói rằng, chủ nghĩa thực chứng pháp luật đã đặt “chủ quyền quốc gia” vào trung tâm của nhận thức về pháp luật.

Sau Kelsen, các xu hướng mới trong học thuyết thực chứng pháp lý đã mở rộng đáng kể khuôn khổ nội hàm Nhà nước, thông qua việc xác định vị trí Nhà nước

trong xã hội và sự liên hệ của Nhà nước với các thiết chế xã hội. Các học thuyết và chính sách phát triển ra đời trong thế kỷ XX như *Nhà nước phúc lợi chung*, *Nhà nước toàn dân*, *Nhà nước pháp quyền* đều có chung định hướng thay đổi cách nhìn về Nhà nước. Mặc dù vậy, chúng vẫn tiếp tục nhìn nhận vai trò chủ yếu và chức năng cơ bản của Nhà nước về lập pháp, hành pháp và tư pháp. Theo đó, pháp luật vẫn gắn kết với Nhà nước, tuy nhiên, trên nền tảng nhân văn, gắn với đạo đức và các yếu tố văn hóa⁴, coi Nhà nước đóng vai trò kết nối các giá trị xã hội và “đưa chúng lên thành luật” là dấu hiệu của sự xích lại gần nhau và tiếp nhận lẫn nhau giữa các quan điểm thực chứng pháp lý và pháp luật tự nhiên⁵. Trong thời đại ngày nay, Hiến pháp của nhiều quốc gia đã hiến định các quyền của con người, coi đó là những quyền tự nhiên, không thể xâm phạm hay tước đoạt; nhưng vẫn nhấn mạnh rằng, *việc tôn trọng, bảo đảm và bảo vệ các quyền đó là trách nhiệm của Nhà nước*.

Jean Bodin, nhà luật học và triết học người Pháp (1530 -1596) là người đầu tiên đưa ra khái niệm chủ quyền quốc gia với tính cách là quyền lực độc tôn của Nhà nước. Theo ông, chủ quyền quốc gia chỉ có một, là quyền lực tuyệt đối không chia sẻ, trong đó trước hết là quyền hoạch định chính sách và pháp luật, mọi quyền khác phái sinh từ quyền lập pháp đó. Trong tác phẩm nổi tiếng “*Sáu cuốn sách về Nhà nước*” (“*Les six livres de la République*”), xuất bản

² C.Mac, Ph. Angghen, Toàn tập, Tập 1, Nxb. Sự thật, Hà Nội, 1980, tr.262-263.

³ Kelsen H., *Pure Theory of Law*, M. Knight, trans, Berkeleef: University of California Press, 1967, tr.440 – 452.

⁴ Hart A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, Essays in Jurisprudence and Philosophy, L, 1983, tr.260 – 263.

⁵ Troller A., *The Law and Order. An Introduction to Thinking about the Nature of Law*, L. 1969. P.9-17; George R (ed) *Natural Law Theory*, L. 1992, tr. 6-27.

năm 1576⁶, Jean Bodin đã đưa ra luận thuyết chủ đạo của ông về nguyên tắc này⁷.

Quan điểm về chủ quyền quốc gia do Jean Bodin khởi xướng ngay sau đó đã được kế thừa và phát triển trong lý thuyết của Thomas Hobbes (1588 – 1679), nhà triết học duy vật người Anh, một trong những người sáng lập lý thuyết về khế ước xã hội và chủ quyền quốc gia. Thomas Hobbes đã coi chủ quyền quốc gia như là sản phẩm của khế ước xã hội và vì vậy, chủ quyền đó là không giới hạn, là tuyệt đối, kể cả khi nhà cầm quyền vi phạm khế ước. Tiếp đó, Jean Jacques Rousseau (1712 – 1778), nhà tư tưởng triết học người Pháp là người đã đưa ra khái niệm “*chủ quyền nhân dân*”. Nếu như ở thời cổ đại và trung đại khái niệm chủ quyền được sử dụng để hợp pháp hóa sự cai trị, thì giờ đây Rousseau đã chuyển hóa khái niệm đó thành phạm trù hiện thị ý chí chung (*Volonte generale*) với tính cách là sự thống trị tối cao về mặt chính trị của ý chí nhân dân, phản ánh sự bình đẳng về chính trị và pháp lý của mọi người với tư cách là chủ thể của chủ quyền tuyệt đối trên nền tảng khế ước xã hội. Tư tưởng đó về chủ quyền nhân dân đã trở thành nền tảng cho các tư tưởng lập hiến của cách mạng tư sản ở Hoa Kỳ và ở Pháp vào cuối thế kỉ XVIII.

Về mặt thực tiễn lịch sử, bước đi đầu tiên nhằm hiện thực hóa chủ quyền quốc gia chính là *Hiệp ước Westphalia năm 1648*.

“*Chủ quyền về lãnh thổ*” (*territorial right*) hoặc “*quyền lãnh thổ*” (*territorial sovereignty*) là những thuật ngữ nói về mức độ các quyền của các vùng lãnh thổ thuộc đế quốc La Mã trong phạm vi từng vùng đó,

lần đầu tiên được sử dụng và ghi nhận trong Hiệp ước Westphalia⁸.

Nhiều thế kỷ sau khi Hiệp ước Westphalia ra đời, người ta vẫn coi Hiệp ước này là khuôn thước đầu tiên và nền tảng nhất cho vấn đề thừa nhận chủ quyền lãnh thổ quốc gia. Trong đó, nội dung cốt lõi nhất của phạm trù này là: *Chủ quyền lãnh thổ được hiểu là một cách tổ chức quyền lực theo đó một quốc gia có chủ quyền toàn vẹn trong phạm vi lãnh thổ của mình, độc lập trong chính sách đối, đối ngoại và bình đẳng về mặt pháp lý với các quốc gia khác*. Vì vậy, nói đến chủ quyền lãnh thổ của một quốc gia là nói đến một phạm trù có khởi nguồn từ Hiệp ước Westphalia năm 1648 và đó cũng chính là tên gọi kinh điển: “*Quan điểm Westphalia về chủ quyền lãnh thổ*”. Quan điểm đó đã trở thành nguyên tắc hòn đá tảng của luật pháp quốc tế hiện đại và của toàn bộ hệ thống các quan hệ chính trị quốc tế ngày nay⁹. Và với Hiệp ước Westphalia năm 1648, lần đầu tiên, những tư tưởng về chủ quyền quốc gia từ địa hạt quan điểm đã trở thành hiện thực trong quan hệ quốc tế. Trên cơ sở đó, Hiến chương Liên hợp quốc và các văn kiện pháp lý quốc tế khác đã chính thức ghi nhận các điều khoản về sự bình đẳng của các quốc gia có chủ quyền và quyền tự quyết của các dân tộc. Chủ quyền quốc gia trong các văn kiện đó vừa là yếu tố chính trị, vừa là yếu tố pháp lý. Ở khía cạnh chính trị, như nhiều nhà nghiên cứu đã xác nhận, chủ quyền quốc gia đồng nghĩa với quyền tự chủ đối nội thông qua việc hiến định các thẩm

⁶ Jean Bodin, *The Six Books of a Commonwealth*, ed. By K.D.McRae, Cambridge MA: Harvard University Press, 1962.

⁷ Laski H.J., *Studies of the Problem of Sovereignty*, L. 1968, tr. 4-5.

⁸ Oslander, Andreas, *Sovereignty, International relations, and the Westphalian myth*, International Organization 55.02 (2001), tr.251-287.

⁹ Teschke Berno, *Theorising the Westphalian system of States: International Relation from absolutism to capitalism*, European Journal of International Relation. 8.1(2002), tr.5-48.

quyền trong mối quan hệ giữa chính quyền và công dân trong việc kiểm soát hành vi cá nhân, hoạt động của các thiết chế nhà nước và xã hội.

1.2. Sự thay đổi phạm vi chủ quyền của quốc gia về pháp luật trong bối cảnh toàn cầu hóa

Toàn cầu hóa, khu vực hóa là quá trình phụ thuộc lẫn nhau giữa các quốc gia, dân tộc, khu vực và lĩnh vực. Sự phát triển của thương mại, thị trường, của truyền thông, du lịch... ở một quốc gia hay khu vực đều có khả năng tác động toàn cầu, cho dù đó là mặt phải hay mặt trái, tích cực hay tiêu cực. Mặt khác, các giá trị và hiện tượng mà quá trình toàn cầu hóa mang lại đang hiện hữu ở từng quốc gia, vùng lãnh thổ. Chính vì lẽ đó, toàn cầu hóa đã làm mờ đi ranh giới giữa toàn cầu và quốc gia về mặt địa lý. Điều này thể hiện rõ hơn trong các giá trị phi vật chất, tài sản trí tuệ (các phát minh, sáng chế, tiềm lực công nghệ, quy trình sản xuất, kinh nghiệm quản trị, kinh doanh, bí quyết sản xuất...). Biên giới quốc gia của các giá trị và tài sản đó là hết sức tương đối nếu không nói là khó chốt giữ trong phạm vi quốc gia, mặc dù tất cả chúng đều có “quốc tịch” hay “chỉ dẫn địa lý” và được bảo hộ bởi pháp luật của quốc gia, nhưng tính dễ di chuyển của các giá trị và tài sản đó đã làm cho ranh giới quốc gia và lãnh thổ không còn có ý nghĩa đối với chúng. Mối tương tác “toàn cầu” – “quốc gia” này giữa các hiện tượng và quá trình toàn cầu về thương mại, về đầu tư, về truyền thông, về văn hóa và lối sống... là cơ sở thực tế cho sự tương tác pháp luật.

Trong các quan hệ toàn cầu, trong nhiều trường hợp, Nhà nước chấp nhận các yêu cầu có khả năng đụng chạm đến chủ quyền quốc gia không phải là sự tự hạn chế chủ quyền mà ngược lại, là sự mở rộng phạm vi

của chủ quyền. Theo đó, trong những trường hợp và lĩnh vực có sự tác động của toàn cầu hóa, quốc gia có chủ quyền tự nguyện chuyển những thẩm quyền tự thân sang phạm vi giải quyết của tổ chức quốc tế mà mình là một thành viên. Bằng cách đó, phạm vi thẩm quyền của Nhà nước không chỉ nằm trong khuôn khổ của quốc gia mà mở rộng ra cả các tổ chức quốc tế để cùng giải quyết¹⁰.

Trong bối cảnh toàn cầu hóa, vấn đề chủ quyền lãnh thổ vẫn là vấn đề trung tâm, nhưng phương thức điều chỉnh bằng pháp luật cần phải thay đổi theo hướng phù hợp hơn với tính toàn cầu của vấn đề. Một trong những phương thức đó là điều chỉnh dựa trên yếu tố *lợi ích chính đáng của quốc gia*. Theo đó, một quốc gia có thể điều chỉnh vấn đề tuy nằm ngoài lãnh thổ quốc gia, nhưng trực tiếp liên quan đến lợi ích cốt lõi của quốc gia mình *thông qua các cơ chế hợp tác quốc tế, công nhận lẫn nhau* về bằng cấp, chứng chỉ, chứng thực, kể cả công nhận phán quyết của tòa án, trọng tài nước ngoài; bằng những giải pháp tài chính hoặc thương mại...

Toàn cầu hóa đã đặt ra những thay đổi khách quan về chất đối với hệ thống pháp luật bởi trong mỗi quy phạm, chế định của nó, tính quốc gia dân tộc và tính quốc tế trong nhiều trường hợp nằm ở dạng “hai trong một” – vừa có tính quốc gia, vừa mang tính “bên ngoài quốc gia”. Bởi, chính các vấn đề thuộc đối tượng điều chỉnh của nó mang trong mình tính hai mặt đó do toàn cầu hóa tạo ra.

Tuy nhiên, sự chuyển đổi ra ngoài ranh giới quốc gia của một hệ thống pháp luật không phải là sự chuyển đổi tức thì trong

¹⁰ R. Keohane and J. Nye, *Power and Interdependence*, 4th edn (Upper Saddle River, NJ, Pearson, 2011).

mọi trường hợp mà được thông qua các tác nhân chủ yếu như: Những nỗ lực của cộng đồng quốc tế, của các quốc gia và sự xuất hiện những chủ thể mới trong quan hệ quốc tế do toàn cầu hóa tạo ra, sự xuất hiện các định chế “xuyên quốc gia”, các cấu trúc “trên quốc gia” mà kết quả là *sự ra đời một không gian pháp lý toàn cầu*.

2. Sự ra đời của các cấu trúc “xuyên quốc gia”, “trên quốc gia” và sự hình thành pháp luật “bên ngoài quốc gia”

2.1. Các cấu trúc “xuyên quốc gia” và sự hình thành “pháp luật xuyên quốc gia”

Những thập niên cuối thế kỷ XX, đầu thế kỷ XXI đã cho thấy một sơ đồ vận hành của các quá trình toàn cầu hóa với hai vector chính, được giới nghiên cứu gọi là *vector trực tiếp* và *vector gián tiếp*¹¹. Ở vector trực tiếp, một quá trình hình thành và các cấu trúc quản trị toàn cầu nhằm bảo đảm vận hành các vấn đề nảy sinh trong phạm vi toàn cầu, trước hết là các vấn đề kinh tế, tài chính, thương mại, đầu tư quốc tế. Các cấu trúc đó là những định chế mang tính chất *xuyên quốc gia (transnational)* nhằm nhất thể hóa (*universalize*) chế độ pháp lý trong phạm vi toàn thế giới. Đó là các định chế như Quỹ tiền tệ quốc tế (IMF), Ngân hàng thế giới (WB), Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), Phòng Thương mại quốc tế (ICC) và các định chế xuyên quốc gia khác.

Ở vector gián tiếp, toàn cầu hóa được tiếp diễn và bổ sung bởi một quá trình liên kết khu vực. Ban đầu đó là quá trình mang tính châu lục, chẳng hạn như Liên minh châu Âu (*European Union – EU*), Hiệp hội hợp tác khu vực Nam Á (*South Asian*

Association for Regional Cooperation – SAARC), Hiệp hội các quốc gia Đông Nam Á (*Association of Southeast Asian Nations – ASEAN*)... Về sau, quá trình liên kết này đã vượt ra phạm vi liên châu lục như Diễn đàn hợp tác kinh tế châu Á – Thái Bình Dương (*Asian Pacific Economic Cooperation – APEC*), Hiệp định đôi tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (*Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership - CPTPP*)... Khi các quốc gia tham gia vào các cấu trúc liên kết khu vực, vấn đề chủ quyền của quốc gia đối với việc hoạch định chính sách, ban hành và thực thi pháp luật đã được đặt ra. Đây là vấn đề được gọi là *sự chuyển hóa chủ quyền (Sovereignty Shift)* trong thời đại liên kết toàn cầu và khu vực. Các nhà nghiên cứu vấn đề này, xuất phát từ trường hợp của EU đã cho rằng, mô thức và các nguyên tắc Westphalia về chủ quyền quốc gia đã không còn là khuôn thức đáp ứng đầy đủ các yêu cầu của liên kết quốc tế hiện nay. Bởi theo đó, biên giới lãnh thổ - biểu trưng cho mọi loại quan hệ và thẩm quyền - đã được chuyển hóa một cách linh hoạt và mềm dẻo, không theo một hệ thống phẳng mà đã trở thành một hệ thống của các môi liên kết mạng lưới. Tuy nhiên, hệ thống mạng lưới ấy không phải là một siêu quốc gia, không thay thế được quốc gia. Theo các nhà nghiên cứu phương Tây, với các mô hình liên kết này chủ quyền quốc gia đã có những lĩnh vực “hướng thượng”, hình thành nên cái gọi là *chủ quyền trên quốc gia (subnational sovereignty)* tồn tại song song với chủ quyền quốc gia¹².

¹¹ Held, A McGrew, D Goldblatt and J Perra ton, *Global Transformations: Politics, Economics, and Culture*, (Palo Alto, Stanford University Press 1999, tr. 14-28.

¹² Rokkan S., *Dimension of State Formation and Nation – Building: A Possible Paradigm for Research on Variations within Europe* – in Tilly Ch.(ed), *The Formation of Nation States in Western Europe*, Princenton: Princenton University Press,

Như vậy, với hai vector của nó, toàn cầu hóa đã dẫn đến sự xuất hiện và ảnh hưởng ngày càng lớn của hai loại pháp luật là *pháp luật xuyên quốc gia* và *pháp luật trên quốc gia*.

Một trong những hiện tượng pháp luật hình thành trong quá trình toàn cầu hóa là việc ra đời và được áp dụng một cách rộng rãi các quy tắc chung cho các bên tham gia những quan hệ không nằm trong khuôn khổ một quốc gia và không chỉ các quốc gia mà thậm chí là các thể nhân và pháp nhân của quốc gia đều phải lấy làm căn cứ. Ví dụ, bộ quy tắc thương mại quốc tế (*International Commercial Terms - “Incoterms”*) dùng trong các giao dịch thương mại quốc tế. Bộ quy tắc này được đưa ra lần đầu tiên vào năm 1936 và được thường xuyên bổ sung trong những thời gian khác nhau. Cho đến nay, bộ *Incoterms 2010* là bộ hiện hành và từ năm 2016, Phòng Thương mại quốc tế (ICC) đang tiến hành biên soạn bộ *Incoterms 2020*¹³.

Một ví dụ khác về những quy tắc pháp lý toàn cầu xuyên quốc gia là bộ *Các nguyên tắc Hợp đồng thương mại quốc tế (PICC)* do Viện quốc tế về nhất thể hóa pháp luật tư (UNIDROIT) ban hành. Bên cạnh đó, còn có thể kể đến Luật mẫu của UNIDROIT về tiếp cận thông tin về nhượng quyền kinh doanh (*Model Franchise Disclosure Law*) năm 2002, Luật mẫu của UNIDROIT về thuê tài

sản (*Model Law on Leasing*) năm 2008¹⁴. Ngoài các bộ luật mẫu hoặc bộ các nguyên tắc hợp đồng thương mại quốc tế, UNIDROIT còn ban hành nhiều tài liệu khác có giá trị áp dụng phổ biến chung, nhất là trong thực tiễn xét xử của trọng tài, chẳng hạn như quy tắc thống nhất về tín dụng thư và về hối phiếu...

Những ví dụ trên đây đều không thuộc một bộ phận nào của Luật quốc tế vì chúng không phải là văn bản ký kết giữa các quốc gia hoặc tổ chức quốc tế hay khu vực - chủ thể của Luật quốc tế. Theo lý thuyết về chủ quyền lập pháp như đã phân tích ở trên, đây cũng không phải là một cấu trúc của luật quốc gia bởi chúng không do một cơ quan có thẩm quyền nào của quốc gia ban hành. Thế nhưng, trong trường hợp hợp đồng bị vi phạm bởi một trong các bên, các cơ quan tài phán lại lấy những điều khoản này làm căn cứ, kể cả tòa án của một quốc gia. Điều đó có thể hiểu rằng, các quy tắc loại này là một kiểu khắc phục lỗ hổng pháp luật cho cả Luật quốc tế và pháp luật quốc gia, được các bên trong quan hệ luật tư cũng như các cơ quan tài phán vận dụng, xuất phát từ tính mở của hệ thống pháp luật từng quốc gia cũng như của Tư pháp quốc tế. *Pháp luật của quốc gia, một khi quốc gia đó đã tham gia vào các quan hệ thương mại quốc tế, đều mặc nhiên thừa nhận giá trị của các quy chuẩn có tính ràng buộc của những quy tắc này như là nguồn pháp luật của chính mình.*

Khái niệm *pháp luật xuyên quốc gia* lần đầu tiên xuất hiện trên diễn đàn pháp lý vào khoảng giữa thế kỷ XX do Giáo sư Philip Jessup thuộc trường đại học Yale (Mỹ) dùng để nói về một kiểu pháp luật mà ảnh hưởng

1985; Coporaso J. Jupille J., *Sovereignty and Territoriality in the European Union: Transforming the UK Institutional Order*, Restructing Territoriality: Europe and US compared, Cambridge University Press 2004, tr.300.

¹³ Mayer, Ray August (2013), *International Business Law: Text, Cases, and Readings* (6th ed., International ed.), Harlow (etc.): Pearson. ISBN0273768611.

¹⁴ Vogenauer S. and Kleinheisterkamp J., *Commentary on the UNIDROIT principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP, 2nd edn, 2015, tr.245.

vượt ra ngoài phạm vi một quốc gia¹⁵. Ngày nay, không chỉ bằng con đường thừa nhận và áp dụng trực tiếp các quy tắc như quy tắc của ICC và UNIDROIT, các quốc gia còn có thể nội luật hóa các quy định đó vào trong pháp luật dân sự và pháp luật thương mại của mình, tạo thành một mảng pháp luật mà về lý thuyết vừa không nằm trong phạm vi luật quốc gia và cũng không thuộc Luật quốc tế. Những luật lệ không biên giới như vậy có rất nhiều loại và thường được biểu thị theo các lĩnh vực thương mại toàn cầu, chẳng hạn như *lex financiaria* - các quy tắc về lĩnh vực tài chính, *lex investionis* - các quy tắc về lĩnh vực đầu tư; hoặc là những bộ quy tắc ngành nghề như Bộ quy tắc SWIFT (Hiệp hội viễn thông tài chính liên ngân hàng toàn thế giới - Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications) - hệ thống liên ngân hàng quốc tế chuyển và nhận thông tin về các thanh khoản, hỗ trợ các tổ chức tài chính trên toàn thế giới chuyển và nhận thông tin về các giao dịch ngân hàng theo một hình thức an toàn, tin cậy và được chuẩn hóa. Lĩnh vực luật tư thực sự đã trở thành lĩnh vực kết nối toàn cầu dưới tác động của quá trình toàn cầu hóa. Vì vậy, đây cũng là lĩnh vực của những quy tắc có tính xuyên quốc gia xét cả trên bình diện lập pháp và cả trong lĩnh vực áp dụng pháp luật¹⁶.

2.2. Các cấu trúc “trên quốc gia” và sự hình thành “pháp luật trên quốc gia”

Trong trường hợp tham gia định chế liên quốc gia, mỗi quốc gia thành viên tự nguyện cam kết thực hiện những quy tắc và đòi hỏi có tính pháp lý của định chế liên kết

đó. Chẳng hạn, trong nhiều trường hợp, IMF hoàn toàn có quyền đưa ra những quyết định mang tính bắt buộc đối với quốc gia thành viên kể cả khi quốc gia đó không chấp nhận hoặc không hài lòng với quyết định này. Trong trường hợp là thành viên của một liên minh, liên kết khu vực, Hiến chương, Điều lệ... của liên minh đó được hiểu như là một bản khế ước giữa các quốc gia thành viên và theo đó, các quốc gia này tự nguyện chuyển một phần các quyền hạn, thậm chí quyền vốn thuộc chủ quyền quốc gia của mình sang cho liên minh. Chủ quyền của một quốc gia bao gồm quyền gia nhập và quyền rút ra khỏi liên minh, liên kết¹⁷. Brexit tại nước Anh chính là một ví dụ về trường hợp đó.

Liên kết kinh tế là một quá trình tất yếu của toàn cầu hóa và khu vực hóa dựa trên hai hình thức quan hệ pháp lý là quan hệ hợp tác (*cooperation*) và quan hệ chi phối – phục tùng (*subordination*). Nếu như hình thức hợp tác về kinh tế, chính trị, văn hóa, khoa học, công nghệ... không đụng chạm đến vấn đề chủ quyền quốc gia thì quan hệ chi phối – phục tùng đòi hỏi một sự tự hạn chế nhất định chủ quyền quốc gia khi một quốc gia là thành viên của tổ chức liên minh, liên kết và các quốc gia thành viên thừa nhận, phục tùng ý chí chung của liên minh đó.

Trong số các liên kết khu vực được nêu trên, Liên minh châu Âu được coi là thực thể “trên quốc gia” điển hình vượt ra khỏi phạm vi khái niệm về một tổ chức quốc tế

¹⁵ Philip Jessup, *Transnational Law*, New Haven CT: Yale University Press, 1956.

¹⁶ Calliess G. and Zumbansen P., *Rough Consensus and Running Code - A Theory of Transnational Private Law*, Oxford, Hart 2010, p.139.

¹⁷ Mc Guire Ch.R., *The Constitution of the European Union: Content, Prospects*, Tulsa Journal of Comparative and International Law, 2005, No. 12, tr. 307-355; Puder A.G., *Constitutionalizing Government in the European Union: Europe's New Institutional Quarter under the Treaty Establishing a Constitution for Europe*, Colombia Journal of European Law, 2004, No.11, tr. 77-78.

thông thường. Bởi về mặt tổ chức, Liên minh này có đầy đủ các cơ quan lãnh đạo và quản lý tối cao với toàn quyền đưa ra các quyết sách của Liên minh, các văn bản pháp lý của những cơ quan này có giá trị thực hiện trực tiếp đối với các quốc gia thành viên, *có hiệu lực bắt buộc đối với mọi thể nhân và pháp nhân thuộc các quốc gia thành viên*. Điều đó cũng có nghĩa là mọi cá nhân và tổ chức thuộc các quốc gia thành viên Liên minh đều có những quyền, những nghĩa vụ pháp lý theo quy định của pháp luật Liên minh và được Tòa án của Liên minh bảo vệ trong trường hợp các quyền bị xâm phạm. Đó chính là yếu tố “trên quốc gia” của pháp luật Liên minh châu Âu đối với từng quốc gia thành viên. Liên minh Châu Âu tuân thủ một nguyên tắc về tính trội của các quy định pháp luật của Liên minh so với các quy định pháp luật của các quốc gia thành viên, khi các quy định này cùng loại và điều chỉnh cùng một vấn đề, hoặc khi có sự khác nhau hoặc xung đột giữa hai loại quy định pháp lý đó, thậm chí là kể cả trong trường hợp văn bản của quốc gia thành viên được ban hành sau thời gian mà văn bản của EU được ban hành. Càng ngày, các quy định có tính “trên quốc gia” của Liên minh châu Âu càng mở rộng về số lượng và phạm vi ảnh hưởng và tác động, tạo thành một không gian pháp lý với tên gọi là *luật của Liên minh châu Âu (EU Law)*.

Nếu như pháp luật EU là một thứ pháp luật “trên quốc gia” có thể gọi là “cứng”, ở những mô hình liên kết khu vực khác như mô hình Bắc Mỹ, mô hình Liên minh Á - Âu... tính “trên quốc gia” không thực sự rõ nét. Chẳng hạn, trong Hiệp định thương mại tự do Bắc Mỹ, cơ sở pháp lý của liên kết kinh tế khu vực này lấy trụ cột là nền kinh tế Mỹ mà không hình thành bất kỳ một định chế “trên quốc gia” nào. Nền tảng pháp luật

chung của khối là Thông luật, các án lệ của tòa án và tập quán; trong đó có các nguyên tắc và quy phạm pháp luật quốc tế thông dụng mà từng quốc gia thành viên tiếp nhận theo từng trường hợp cụ thể.

Khác với “pháp luật xuyên quốc gia”, khi mà các bên trong những quan hệ quốc tế với nhau như các công ty đa quốc gia, các ngân hàng xuyên quốc gia *tự mình* xác lập ra những quy tắc ứng xử với tính cách là những “*luật chơi chung*” nằm ngoài phạm vi điều chỉnh của luật quốc gia cũng như Luật quốc tế; “pháp luật trên quốc gia” luôn luôn là sản phẩm của một sự liên kết có chủ đích của các quốc gia theo khu vực lãnh thổ và thể hiện rõ nét tính kết nối giữa chủ quyền quốc gia với thẩm quyền của liên minh cũng như thẩm quyền của các thiết chế quản lý của nó. Trong đó, các yếu tố như “tự hạn chế chủ quyền”, “chuyển giao thẩm quyền pháp lý” của quốc gia thành viên cho liên minh, “tính bắt buộc” của pháp luật liên minh và “tính hiệu lực trực tiếp” của pháp luật liên minh là những đặc điểm quan trọng nhất của thứ pháp luật được gọi là pháp luật trên quốc gia.

Điểm chung của pháp luật “xuyên quốc gia” và pháp luật “trên quốc gia” là điều chỉnh những quan hệ không thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật trong nước cũng như của Luật quốc tế. Tuy nhiên, trong trường hợp pháp luật trên quốc gia, những gì được xác lập là sản phẩm của một thứ thẩm quyền có nguồn gốc từ chủ quyền quốc gia, nhưng đã được “chuyển lên” một thực thể pháp lý có tính chất nhóm các quốc gia và được chuyển hóa vào ý chí của thực thể đó. Chủ thể các quan hệ được điều chỉnh bởi các quy tắc của “luật trên quốc gia” bao gồm các chủ thể luật tư (thể nhân và pháp nhân) và chủ thể luật công (các Nhà nước, các tổ chức quốc tế). Đặc trưng được mang

tên “trên quốc gia” thể hiện ở thẩm quyền của các thiết chế trên quốc gia này ban hành ra những quy tắc pháp lý có hiệu lực bắt buộc chung không chỉ đối với các quốc gia thành viên, mà còn đối với công dân của các nước thành viên đó¹⁸. Yếu tố mang tính đặc trưng “trên quốc gia” có tính điển hình nhất là hiệu lực trực tiếp của các quy tắc pháp lý của tổ chức liên kết khu vực đối với Nhà nước thành viên và đối với mọi công dân trong Nhà nước đó. Trong trường hợp này, những văn bản và quy phạm pháp luật của các thiết chế “trên quốc gia” luôn luôn có hiệu lực cao hơn văn bản và quy phạm pháp luật trong nước. Tuy nhiên, chỉ những thực thể có cấu trúc pháp lý về tổ chức chặt chẽ như một siêu quốc gia khi mà mọi quyết định pháp lý, trước hết là pháp luật, được các thiết chế quyền lực của tổ chức liên kết này ban hành theo nguyên tắc đa số mà không theo nguyên tắc đồng thuận như trường hợp ASEAN hiện nay mới có đặc điểm này.

Có thể thấy rằng, pháp luật của các tổ chức liên kết khu vực có vai trò giống như vai trò của pháp luật quốc tế trong quá trình hợp tác giữa các quốc gia, nhưng nằm ở vị trí “dưới quốc tế” và “trên quốc gia”; có tác dụng cập nhật các quá trình toàn cầu hóa và hội nhập một cách có hiệu quả hơn so với những giá trị và quy tắc mà Luật quốc tế mang lại cho những lợi ích vi mô. Điều đó được lý giải bởi sự “gần hơn” của những quy tắc pháp lý này với những cộng đồng đa dạng, với các tập quán, truyền thống và văn hóa của họ, hiệu quả hơn và sát đúng hơn với nhu cầu quản trị, kiểm soát quyền lực và kiểm soát việc sử dụng các nguồn lực... từ phía người dân.

Kết luận

Toàn cầu hóa pháp luật có những đặc điểm chính sau đây:

Trong quá trình toàn cầu hóa, hệ thống pháp luật của các quốc gia đã được đặt vào quỹ đạo với mức độ hội nhập và quốc tế hóa cao hơn khi chưa chịu sự tác động và đòi hỏi của toàn cầu hóa. Nói khác đi, toàn cầu hóa đặt ra những đòi hỏi về nâng cao năng lực hội nhập của một hệ thống pháp luật.

Trong quá trình toàn cầu hóa có sự dung nạp và kết hợp hài hòa giữa các “yếu tố nội tại” và “các yếu tố ngoại lai” trong các cấu trúc của hệ thống pháp luật. Trong đó, các yếu tố nội tại thích nghi và phù hợp hơn với các yếu tố ngoại lai và ngược lại, các yếu tố ngoại lai thâm nhập sâu hơn vào bên trong các cấu trúc của pháp luật quốc gia và trở thành những bộ phận không tách rời của toàn bộ cấu trúc pháp luật đó. Nói khác đi, đây là quá trình song hành gồm: a) Quốc gia hóa các yếu tố của pháp luật quốc tế cũng như pháp luật nước ngoài và b) Quốc tế hóa bản thân hệ thống pháp luật quốc gia.

Như vậy, trong thời đại ngày nay, dưới ảnh hưởng và để đáp ứng yêu cầu và thách thức của toàn cầu hóa, một không gian pháp luật toàn cầu đã và đang hình thành. Theo đó, có thể thấy rõ hai bộ phận hợp thành của không gian pháp luật đó, hình thành một cấu trúc pháp luật được khoa học pháp lý xác nhận bằng một khái niệm mới là *pháp luật ngoài phạm vi quốc gia (Law beyond the State)*¹⁹ gồm pháp luật xuyên quốc gia, pháp luật trên quốc gia nhằm điều chỉnh một cách nhất quán những vấn đề trong phạm vi toàn cầu liên quan đến mọi quốc gia.

¹⁸ Servais J., *Universal Labour Standarts and National Culture*, *Cooperative Labour Law and Policy Journal*, 2014, N1, tr. 53.

¹⁹ Ralf Michaels, *Globalization and Law: Law Beyond the State*, in Reza Banakar & Max Travers, eds., *Law and Social Theory*, 2013, p.289.

ÁP DỤNG QUY ĐỊNH TƯƠNG TỰ PHÁP LUẬT ĐỂ GIẢI THÍCH PHÁP LUẬT DÂN SỰ - BÀI HỌC KINH NGHIỆM TỪ PHÁP

*Tăng Thanh Phương**
*Huỳnh Thị Sinh Hiền***

Tóm tắt: Bài viết bàn luận về khái niệm “giải thích pháp luật” và “áp dụng quy định tương tự pháp luật” nhằm làm rõ mối quan hệ giữa chúng, cũng như làm rõ cơ sở pháp lý về áp dụng quy định tương tự pháp luật ở Việt Nam. Trên cơ sở đó, bài viết giới thiệu về mối quan hệ giữa giải thích pháp luật và áp dụng quy định tương tự pháp luật ở Pháp, đồng thời giới thiệu một số kỹ thuật suy luận tương tự trong giải thích pháp luật ở quốc gia này.

Abstract: The article discusses the concepts of “legal interpretation” and “application of analogy of law” for clarification of their relation and of legal basis for analogical application of the law in Viet Nam. On that basis, the article introduces the relationship between legal interpretation and analogical application of the law, and analogical reasoning techniques to interpret the law in France.

1. Đặt vấn đề

Pháp luật Việt Nam không ghi nhận chính thức thẩm quyền giải thích pháp luật của thẩm phán¹. Tuy nhiên, trong quá trình xét xử, để giải quyết từng vụ việc, thẩm phán phải làm rõ tinh thần, nội dung của điều, khoản, điểm trong văn bản quy phạm pháp luật (VBQPPL) để có nhận thức, thực hiện, áp dụng đúng, thống nhất pháp luật. Đây chính là nội dung của hoạt động giải thích pháp luật². Luật thành văn thường rất khái quát, nhưng vẫn không thể dự liệu trước tất cả các vụ việc xảy ra trên thực tế, đặc biệt trong lĩnh vực dân sự muôn màu

muôn vẻ. Nhằm bù đắp các lỗ hổng pháp luật, thẩm phán các nước Civil law thường dùng các kỹ thuật suy luận tương tự để giải thích pháp luật. Ở Việt Nam, nguyên tắc áp dụng quy định tương tự pháp luật được chính thức ghi nhận trong Bộ luật Dân sự năm 1995, sau đó được kế thừa trong Bộ luật Dân sự năm 2005 và năm 2015. Mặc dù các nguyên tắc áp dụng quy định tương tự pháp luật xuất hiện từ lâu, nhưng các kỹ thuật suy luận để áp dụng nguyên tắc này chưa được lưu ý đúng mức trong khoa học pháp lý Việt Nam.

2. Khái quát về giải thích pháp luật, áp dụng quy định tương tự pháp luật và phân biệt áp dụng quy định tương tự pháp luật với áp dụng tương tự pháp luật

2.1. Giải thích pháp luật

Có thể nói, hiện nay, giới khoa học pháp lý chưa có một định nghĩa thống nhất về giải thích pháp luật cả trong nước và trên

*** ThS., Giảng viên Khoa Luật - Trường Đại học Cần Thơ.

¹ Thẩm quyền giải thích luật chính thức thuộc về Ủy ban Thường vụ Quốc hội: Xem khoản 2 Điều 74 Hiến pháp năm 2013 và khoản 3 Điều 3 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

² Xem khoản 3 Điều 3 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

thể giới. Mặc dù vậy, với đặc tính vốn có của VBQPPL như tính bao quát, tính dự liệu để điều chỉnh từ xa các quan hệ xã hội, ít nhất cũng có sự đồng ý rằng, VBQPPL là hình thức pháp luật thu hút hoạt động giải thích pháp luật nhiều nhất. Tuy nhiên, hoạt động bù đắp các lỗ hổng pháp lý trong luật thành văn có phải là giải thích pháp luật hay không vẫn chưa có sự đồng thuận.

Theo GS.TS. Lê Hồng Hạnh, với cách hiểu giải thích pháp luật là đi tìm mục đích đích thực của nhà lập pháp thì lấp lỗ hổng pháp luật không phải là giải thích pháp luật vì nó vượt ra ngoài phạm vi của hoạt động này³. Cách tiếp cận này cho rằng, giải thích pháp luật là quá trình khám phá ý định lập pháp được truyền tải trong văn bản hay mong muốn của nhà làm luật đối với văn bản lúc ban hành⁴. Đồng quan điểm trên, GS.TS. Hoàng Thị Kim Quế cho rằng, trong quá trình giải thích, người giải thích không được đặt thêm các quy định mới hay bổ sung các quy định pháp luật mà công việc của họ chỉ là làm rõ ý nghĩa nội dung của quy định để chúng được hiểu đúng và thống nhất⁵. Quan điểm này cũng được thể hiện rõ trong nguyên tắc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh quy định tại khoản 2 Điều 158 Luật Ban hành VBQPPL năm 2015:

“Việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh phải bảo đảm các nguyên tắc sau đây:

a) Đúng với tinh thần, mục đích, yêu cầu, quan điểm chỉ đạo ban hành Hiến pháp, luật, pháp lệnh;

b) Phù hợp với nội dung, ngôn ngữ của Hiến pháp, luật, pháp lệnh;

c) Không được sửa đổi, bổ sung hoặc đặt ra quy định mới”.

Tiếp cận khái niệm giải thích pháp luật ở một góc độ khác, theo giáo sư Bennion, tất cả các cuộc giao tiếp bằng ngôn ngữ đều để lại khoảng trống nhất định cho việc hiểu ngầm và việc làm rõ khoảng trống đó là gì phải là công việc của nhà giải thích⁶. Trong khi đó, cũng với quan niệm tương tự về vai trò lấp lỗ hổng pháp luật của người giải thích, nhưng Dworkin cho rằng pháp luật không có lỗ hổng vì pháp luật ngoài những quy tắc còn có các nguyên tắc. Vì vậy, khi gặp trường hợp luật không có quy tắc điều chỉnh trực tiếp, người giải thích pháp luật tiến hành tìm kiếm, giải thích và áp dụng các nguyên tắc chung nhằm giải quyết vụ việc cụ thể⁷.

Cách tiếp cận giải thích pháp luật bao gồm áp dụng quy định tương tự pháp luật cũng diễn ra ở Việt Nam. Trong bài viết của mình, tác giả Võ Trí Hào đã cho rằng, quyền giải thích pháp luật của tòa án nước ta đã được pháp luật thừa nhận bằng cách viện dẫn sự thừa nhận tập quán pháp và thừa nhận nguyên tắc áp dụng quy định tương tự của pháp luật trong Bộ luật Dân sự năm 1995⁸. Thêm vào đó, khi Bộ luật Tố

³ Lê Hồng Hạnh, *Khả năng thực hiện việc trao thẩm quyền giải thích Hiến pháp cho Tòa án ở Việt Nam*, Văn phòng Quốc hội, Nxb. Lao động, Hà Nội, năm 2012, tr.365.

⁴ Miranda Oshige McGowan, *Against Interpretation*, San Diego Law Rev. 42 (711), 2005, p.716.

⁵ Hoàng Thị Kim Quế, *Một số vấn đề về giải thích pháp luật, quan niệm và vai trò, ý nghĩa trong thực tiễn*, Kỷ yếu hội thảo quốc tế về giải thích pháp luật, tháng 2/2008, tr.29.

⁶ Francis Bennion, *Understanding Common law legislation, Drafting and interpretation*, Oxford University Press, New York, 2001, p.40.

⁷ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp* (Phạm Kiêu Tùng dịch), Nxb. Tri thức, Hà Nội, năm 2018, tr.83-86.

⁸ Võ Trí Hào, *Vai trò giải thích pháp luật của Tòa án*, <https://sites.google.com/site/ahdandthelaw/luat-hinh/bai/vai-tro-giai-thich-phap-luat-cua-toa-an>, truy cập ngày 18/6/2019.

tụng Dân sự năm 2015 quy định tòa án không được phép từ chối thụ lý vụ việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng⁹, có ý kiến cho rằng, quy định trên làm tăng thẩm quyền giải thích pháp luật của tòa án và thẩm phán¹⁰.

2.2. Áp dụng quy định tương tự pháp luật

Nguyên tắc “áp dụng quy định tương tự pháp luật” đã có từ lâu trong pháp luật các nước thuộc hệ thống pháp luật Civil law hay pháp luật các nước chịu ảnh hưởng từ hệ thống này. Đến nay, trong lĩnh vực Luật dân sự, nguyên tắc này được ghi nhận dưới dạng luật thành văn (như Ý¹¹, Cộng hòa Liên bang Nga¹², Ukraine¹³, Armenia¹⁴) hoặc được thừa nhận và áp dụng trong thực tiễn giải thích pháp luật ở các nước châu Âu khác như ở Pháp, Đức¹⁵.

⁹ Khoản 2 Điều 4 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

¹⁰ Hoàng Thư, *Tăng thẩm quyền giải thích cho tòa án?* <http://baophapluat.vn/tu-phap/tang-tham-quyen-giai-thich-cho-toa-an-175064.html>, truy cập ngày 15/5/2018.

¹¹ Pháp luật Ý thừa nhận hai trường hợp, áp dụng quy định tương tự pháp luật (analogia legis) và áp dụng tương tự pháp luật (analogia iuris). Tuy nhiên, pháp luật Ý không cho phép thẩm phán áp dụng quy định tương tự trong lĩnh vực hình sự cũng như đối với các luật được ban hành vì mục đích đặc biệt.

¹² Xem khoản 1 Điều 6 Bộ luật Dân sự Cộng hòa Liên bang Nga năm 1994 (sửa đổi, bổ sung từ năm 1996 đến năm 2011), <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=12785>, truy cập ngày 28/5/2018.

¹³ Xem khoản 1 Điều 8 Bộ luật Dân sự Ukraine năm 2003 (sửa đổi, bổ sung từ năm 2003 đến năm 2012), <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15>, truy cập ngày 28/5/2018.

¹⁴ Xem khoản 1 Điều 9 Bộ luật Dân sự Cộng hòa Armenia năm 1998 www.parliament.am/law_docs/050504HO239eng.doc?lang=eng, truy cập ngày 20/6/2019.

¹⁵ Xem Catherine Puigelier, *Le raisonnement d'autorité en droit privé*, www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/353.pdf, truy cập ngày 20/5/2018.

Xét về mặt nguồn gốc, sự xuất hiện của nguyên tắc áp dụng quy định tương tự trong luật Việt Nam hiện đại chịu ảnh hưởng từ Liên Xô¹⁶. Nguyên tắc áp dụng quy định tương tự pháp luật ở Việt Nam được chính thức ghi nhận tại Điều 14 Bộ luật Dân sự năm 1995, sau đó là Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2005. Hiện nay, nguyên tắc này được ghi nhận ở khoản 1 Điều 6 Bộ luật Dân sự năm 2015 với nội dung: “*Trường hợp phát sinh quan hệ thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật dân sự mà các bên không có thỏa thuận, pháp luật không có quy định và không có tập quán được áp dụng thì áp dụng quy định của pháp luật điều chỉnh quan hệ dân sự tương tự*”. Như vậy, nguyên tắc áp dụng quy định tương tự pháp luật có thể được vận dụng để giải quyết các quan hệ dân sự, bao gồm cả quan hệ dân sự theo nghĩa mở rộng (như quan hệ hôn nhân và gia đình, quan hệ kinh doanh, thương mại và lao động) trong trường hợp không có quy định của luật điều chỉnh.

Nguyên tắc “áp dụng quy định tương tự pháp luật” được thừa nhận trong lĩnh vực luật dân sự là nhằm để phòng ngừa các lỗ hổng pháp luật. Xã hội phát triển không ngừng, nhà làm luật không thể dự liệu hết tất cả các quan hệ dân sự phát sinh, vì thế có trường hợp có quan hệ dân sự xuất hiện mà

¹⁶ Ví dụ, Điều 15 Bộ luật Hình sự Liên Xô năm 1926 cho phép áp dụng tương tự pháp luật để xem xét một hành vi nguy hiểm cho xã hội chưa được ghi nhận trong luật là tội phạm nếu hành vi đó về bản chất tương tự như một tội phạm có trong luật. Mãi đến năm 1958, khi Bộ các nguyên tắc về Luật hình sự của Liên Xô được ban hành, việc áp dụng tương tự pháp luật trong lĩnh vực hình sự mới được loại bỏ. Trong lĩnh vực dân sự, nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật vẫn tiếp tục được ghi nhận ở Điều 12 Bộ các nguyên tắc cơ bản về tố tụng dân sự Liên Xô năm 1961 (xem F.J.M. Feldbrugge, G.P. Van Den Berg, William B. Simons, *Encyclopedia of Soviet Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p.46-48).

không có quy phạm pháp luật điều chỉnh. Nếu các bên trong quan hệ đó phát sinh tranh chấp thì sẽ giải quyết như thế nào? Đó chính là lý do tại sao nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật được cần đến. Điều kiện để áp dụng quy định tương tự pháp luật theo Bộ luật Dân sự năm 2015 bao gồm:

- Quan hệ dân sự phát sinh không có quy phạm pháp luật điều chỉnh;
- Các bên trong quan hệ dân sự đó không có thỏa thuận;
- Quan hệ dân sự đó không có tập quán điều chỉnh (hoặc có tập quán nhưng tập quán đó không phù hợp với nguyên tắc chung của pháp luật dân sự);
- Tồn tại một hoặc một số quy phạm pháp luật điều chỉnh cho một hoặc một số quan hệ dân sự có tính chất tương tự.

Ví dụ, trong giai đoạn đầu những năm 90, khi chưa có quy định pháp luật điều chỉnh giao dịch về hối, nhưng có rất nhiều tranh chấp về hối phát sinh, Tòa án nhân dân tối cao và Viện kiểm sát nhân dân tối cao đã quyết định dùng các quy định về hợp đồng vay để điều chỉnh giao dịch về hối. Thông tư liên ngành số 04/TTLN ngày 8/8/1992 của Tòa án nhân dân tối cao và Viện kiểm sát nhân dân tối cao “Hướng dẫn giải quyết các tranh chấp về nợ hối” quy định: “Khi có tranh chấp về nợ hối thì tòa án cần coi đó là một loại tranh chấp về vay, nợ và phải thụ lý, giải quyết các tranh chấp về nợ hối”.

Tóm lại, “*áp dụng quy định tương tự pháp luật*” là trường hợp giải quyết một quan hệ pháp luật dân sự không có quy định pháp luật điều chỉnh bằng việc vận dụng một hoặc một số quy phạm pháp luật dân sự điều chỉnh một hoặc một số quan hệ pháp luật dân sự có tính tương tự.

2.3. Phân biệt “áp dụng quy định tương tự pháp luật” và “áp dụng tương tự pháp luật”

Pháp luật Ý có sự phân biệt giữa hai trường hợp, áp dụng quy định tương tự pháp luật (*analogia legis*) và áp dụng tương tự pháp luật (*analogia iuris*). Điều 12 Các quy định chung về pháp luật (*Disposizionisulla legge in generale*) quy định:

Trong áp dụng pháp luật, phải đồng thời chú ý nghĩa của từng từ và toàn thể văn bản nói chung cũng như ý định lập pháp. Nếu vụ việc không thể giải quyết trên cơ sở của quy định cụ thể, cần quan tâm đến những quy định điều chỉnh vấn đề tương tự hoặc vụ việc tương tự, nếu giải pháp cho vụ việc vẫn còn mơ hồ thì dựa trên các nguyên tắc của trật tự pháp luật để giải quyết.

Như vậy, có hai loại áp dụng tương tự được chỉ ra ở điều luật trên, loại thứ nhất bằng cách áp dụng các quy định điều chỉnh các vụ việc hoặc vấn đề tương tự gọi là *áp dụng quy định tương tự pháp luật*, loại thứ hai chỉ diễn ra khi không thể tìm thấy quy định tương tự thì tiến hành áp dụng nguyên tắc chung của trật tự pháp luật gọi là *áp dụng tương tự pháp luật*. Thêm vào đó, pháp luật Ý không cho phép áp dụng quy định tương tự trong lĩnh vực hình sự hoặc các văn bản được ban hành vì mục đích đặc biệt¹⁷.

Bộ luật Dân sự Cộng hòa Liên bang Nga năm 1994 cũng phân biệt khá rõ giữa áp dụng quy định tương tự pháp luật (*analogy of the statute*) và áp dụng tương tự pháp luật (*analogy of the law*). Theo khoản 1 Điều 6 Bộ luật Dân sự Nga, việc áp dụng quy định tương tự pháp luật xảy ra trong trường hợp phát sinh một quan hệ pháp luật

¹⁷ D Neil Mac Cormick and Robert S Summers, *Interpreting statutes a comparative study*, Routledge Taylor & Francis Group, London and New York, 1990, tr.219- 220.

dân sự mới mà luật không có quy định điều chỉnh, nhưng có quy định pháp luật điều chỉnh cho một quan hệ dân sự có tính chất tương tự thì sẽ dùng quy định này để giải quyết quan hệ pháp luật dân sự phát sinh đó (với điều kiện là các bên trong quan hệ không có thỏa thuận và không có tập quán điều chỉnh).

Như thế, nguyên tắc áp dụng quy định tương tự pháp luật trong Bộ luật Dân sự Nga có nội dung giống như nguyên tắc được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự năm 2015. Trong trường hợp quan hệ dân sự mới không tìm thấy quy định tương tự pháp luật để áp dụng thì theo khoản 2 Điều 6 của Bộ luật Dân sự Nga, sẽ áp dụng *các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, các yêu cầu của lương tri, lý lẽ và sự công bằng để giải quyết*. Đây là nguyên tắc “áp dụng tương tự pháp luật”. Như vậy, ở Việt Nam, nếu nguyên tắc “áp dụng quy định tương tự pháp luật” được thừa nhận chính thức từ Bộ luật Dân sự năm 1995 và được Bộ luật Dân sự năm 2005 kế thừa thì nguyên tắc “áp dụng tương tự pháp luật” mới được đưa vào Bộ luật Dân sự năm 2015 với nội dung: “*Trường hợp không thể áp dụng tương tự pháp luật theo khoản 1 Điều này thì áp dụng các nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự quy định tại Điều 3 của Bộ luật này..., lẽ công bằng*”¹⁸. Tuy nhiên, cả hai Bộ luật Dân sự năm 2015 và Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 đều định danh biện pháp “**áp dụng quy định tương tự pháp luật**” là “**áp dụng tương tự pháp luật**” và không định danh tên gọi khác cho biện pháp áp dụng nguyên tắc cơ bản của pháp luật

¹⁸ Xem khoản 2 Điều 6 Bộ luật Dân sự năm 2015; tuy nhiên, chỉ có thể coi áp dụng nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự và lẽ công bằng là nội dung của áp dụng tương tự pháp luật; áp dụng án lệ không thuộc về áp dụng tương tự pháp luật.

dân sự và lẽ công bằng. Trong khuôn khổ bài viết này, để dễ phân biệt và để mô tả chính xác hơn, thuật ngữ “áp dụng quy định tương tự pháp luật” và “áp dụng tương tự pháp luật” được sử dụng theo khái niệm mà chúng tôi đã phân tích.

Căn cứ hay điều kiện để áp dụng tương tự pháp luật (nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, lẽ công bằng) bao gồm:

- Quan hệ dân sự phát sinh không có quy phạm pháp luật điều chỉnh;
- Các bên trong quan hệ dân sự đó không có thỏa thuận;
- Quan hệ dân sự đó không có tập quán điều chỉnh (hoặc có tập quán nhưng tập quán đó không phù hợp với nguyên tắc chung của pháp luật dân sự);
- Không tồn tại quy phạm pháp luật điều chỉnh cho quan hệ dân sự có tính chất tương tự.

Ví dụ, trong giải quyết các tranh chấp về chuyển nhượng quyền sử dụng đất mà người Việt Nam định cư ở nước ngoài nhờ người trong nước đứng tên nhận chuyển nhượng, để bảo vệ quyền lợi của người trả tiền chuyển nhượng đồng thời với quyền lợi của người đứng tên nhận chuyển nhượng và quản lý đất sau đó, Tòa án nhân dân tối cao có lẽ đã căn cứ vào những nguyên tắc cơ bản của Luật dân sự và lẽ công bằng để đưa ra án lệ số 02/2016/AL với nội dung:

Trường hợp người Việt Nam định cư ở nước ngoài đã bỏ tiền ra để nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất và nhờ người ở trong nước đứng tên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất hộ mình, khi giải quyết tranh chấp thì Tòa án phải xem xét và tính công sức bảo quản, giữ gìn, tôn tạo làm tăng giá trị quyền sử dụng đất cho người đứng tên hộ; trường hợp không xác định được chính xác công sức của người đó thì cần xác định người thực chất trả tiền để

nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất và người đứng tên nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất hộ có công sức ngang nhau để chia phần giá trị chênh lệch tăng thêm so với tiền gốc nhận chuyển nhượng quyền sử dụng đất ban đầu.

Có thể nói, việc bổ sung thêm nguyên tắc “áp dụng tương tự pháp luật” (áp dụng nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, lẽ công bằng) ở khoản 2 Điều 6 Bộ luật Dân sự năm 2015 tỏ ra cần thiết khi chính Bộ luật này đưa vào một nguyên tắc mới liên quan đến bảo vệ quyền dân sự của cá nhân, pháp nhân: “Tòa án không được từ chối giải quyết vụ, việc dân sự vì lý do chưa có điều luật để áp dụng”¹⁹.

3. Mối quan hệ giữa giải thích pháp luật và áp dụng quy định tương tự pháp luật ở Pháp

Trong cuộc cách mạng Pháp, chế độ nghị viện cũ (parliament) khác hoàn toàn so với lập pháp hiện đại ngày nay. Lúc bấy giờ, có một vài nghị viện trong nước hoạt động như Tòa án phúc thẩm tối cao. Các tòa án này cực kỳ quyền lực; có quyền nghĩ ra luật để áp dụng và có quyền tuyên bố phủ quyết đối với các văn bản pháp luật của nhà vua; thẩm phán thực hiện quyền lập pháp thật sự và đây (judge-made law) lại là nguồn luật chính yếu²⁰. Điều này mâu thuẫn với khái niệm về tự do, dân chủ vì pháp luật phải xuất phát từ ý chí của nhân dân, từ đó người dân tuân theo luật thành văn xuất phát từ ý chí của chính mình. Chính vì vậy, một trong những nội dung chính của cuộc cách mạng tư sản Pháp năm 1789 là giới hạn vai trò của tòa án để chức năng tư pháp

được hiểu theo nghĩa hẹp nhất, nhằm bảo vệ quyền lập pháp và hành pháp tránh sự can thiệp của tư pháp²¹. Các nhà cách mạng Pháp cho rằng, để mong muốn này thành hiện thực thì lập pháp chỉ cần làm cho pháp luật trở nên đơn giản, rõ ràng và dễ hiểu để việc áp dụng pháp luật của các thẩm phán chỉ đơn thuần là việc thực hiện một tam đoạn luận với tiền đề là luật thành văn, ghép các quy định của luật thành văn với sự kiện xảy ra sẽ thu được kết luận. Thiết kế này được tóm tắt bởi câu nói của Montesquieu: “thẩm phán là cái miệng của luật pháp” nghĩa là thẩm phán không được sửa đổi, bổ sung quy định của pháp luật²².

Sau cuộc cách mạng, nhánh tư pháp của Pháp không được phép liên quan đến hoạt động lập pháp. Theo đó, thẩm phán Pháp bị cấm tạo ra các quy tắc chung của pháp luật. Điều 5 Bộ luật Dân sự Pháp quy định cấm thẩm phán giải quyết các vụ việc bằng cách tạo ra các quy định mang tính điều chỉnh chung. Tuy nhiên, Điều 4 của Luật này quy định: “Thẩm phán từ chối phán quyết dựa trên lý do luật im lặng, mơ hồ, hoặc không đầy đủ thì có thể bị kết tội trì hoãn công lý”. Trên thực tế, có lẽ để dung hòa trong việc thực hiện hai quy định dường như mâu thuẫn trên, các thẩm phán pháp thường bù đắp các lỗ hổng pháp luật thông qua hoạt động giải thích pháp luật bằng cách sử dụng các kỹ thuật áp dụng tương tự pháp luật. Hơn nữa, với tinh thần của Điều 5 Bộ luật Dân sự Pháp, các thẩm phán không được phép chính thức tạo ra án lệ. Nhưng trên thực tế, qua quá trình triển khai Điều 4,

¹⁹ Xem Điều 14 Bộ luật Dân sự năm 2015.

²⁰ Yasutomo Morigiwa, *Michel Stolleis and Jean – Louis Halparin, Interpretation of law in the age of enlightenment, from the rule of King to the rule of law*, Springer, 2011, p. 140.

²¹ Neil MacCormick and Robert S. Summers, sdd, tr. 203.

²² Alain Girardet, *La realite de l'indépendance judiciaire*, https://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/10-05-2007/10-05-2007_girardet.pdf, truy cập ngày 10/5/2019.

thẩm phán thường xuyên liên hệ sự kiện xảy ra để cập nhật luật, bổ sung sự thiếu hụt và do đó, án lệ vẫn tồn tại ở quốc gia này.

Một thực tế khác đối với hoạt động giải thích pháp luật ở Pháp là thẩm phán không bị bắt buộc để trình bày lý do phán quyết trong các bản án. Kết quả là bản án ở Pháp ngắn gọn hơn nhiều so với bản án Mỹ hay Đức²³. Điều quan trọng là trong các bản án luôn có sự cố gắng của các thẩm phán để chứng tỏ rằng, kết quả giải thích dựa trên câu chữ của quy định thành văn cũng như thẩm phán không công khai thừa nhận nghĩa tìm được thì khác với ý định của nhà làm luật²⁴.

Mặc dù Bộ luật Dân sự Pháp không quy định bất kỳ quy tắc chung nào cho hoạt động giải thích pháp luật thành văn, nhưng các nhà bình luận chỉ ra ít nhất 2 phương pháp cơ bản được các tòa án Pháp sử dụng, đó là phương pháp logic và mục đích luận (logical interpretation and teleological approach)²⁵. Hai cách tiếp cận này đều có liên quan đến việc lấp các lỗ hổng pháp lý bằng cách áp dụng các quy định tương tự pháp luật và áp dụng tương tự pháp luật.

4. Vận dụng kỹ thuật áp dụng quy định tương tự pháp luật để giải thích pháp luật - bài học kinh nghiệm từ Pháp

Ở Pháp, cùng với sự ra đời của Bộ luật Dân sự Napoléon năm 1804 và sự hình thành của phương pháp phân tích chú giải²⁶ từ đầu thế kỷ XIX, việc áp dụng quy định tương tự pháp luật đã được dùng để giải

quyết một số tình huống pháp lý mà luật không có quy định điều chỉnh nhưng lại có sẵn quy định điều chỉnh cho tình huống pháp lý tương tự. Các luật gia của Pháp theo trường phái phương pháp chú giải²⁷ cho rằng, việc phân tích và giải thích luật phải căn cứ vào văn bản luật. Ngay cả trong trường hợp luật có thiếu sót thì vẫn phải dựa vào chính văn bản để tìm hiểu ý nghĩa của luật. Chính vì thế, khi cần giải quyết các tình huống mà luật không điều chỉnh thì vẫn phải căn cứ vào quy định pháp luật có sẵn áp dụng cho tình huống tương tự. Để việc vận dụng tương tự pháp luật hợp lý và có tính thuyết phục, trường phái này chú trọng đến việc vận dụng các kỹ thuật suy luận logic như kỹ thuật suy luận tương tự (le raisonnement a pari), kỹ thuật suy luận tất nhiên (le raisonnement a fortiori), kỹ thuật suy luận quy nạp - diễn dịch (les raisonnements inductif et déductif). Mặc dù sau đó, xuất hiện nhiều trường phái phân tích, giải thích luật khác như trường phái phương pháp nghiên cứu khoa học tự do²⁸, hay trường phái giải thích lịch sử hoặc tiến hóa²⁹ thì các kỹ thuật suy luận logic vẫn tiếp tục được vận dụng³⁰. Ở Việt Nam, nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật đã được thừa nhận từ lâu, nhưng các kỹ thuật suy luận logic để vận dụng nguyên tắc này có vẻ chưa nhận được nhiều sự quan tâm đúng mức, chỉ có rất ít công trình nghiên cứu giới thiệu về các kỹ thuật suy luận này³¹. Sau

²³ Một nghiên cứu so sánh ba phán quyết của tòa án trong cùng chủ đề thì ở Pháp khoảng 300 từ, Đức 2.000 từ và Mỹ là 8.000 từ.

²⁴ Neil MacCormick and Robert S. Summers, sđd, tr. 191.

²⁵ Gerard Carney, *Comparative Approaches to Statutory Interpretation in Civil Law and Common Law Jurisdictions*, *Statute Law Review*, 2015, Vol. 36, No. 1, p.51 - 52.

²⁶ La méthode exégétique.

²⁷ L'école de l'exégèse.

²⁸ L'école de la libre recherche scientifique.

²⁹ L'école de l'interprétation historique ou évolutive.

³⁰ Charlotte Lemieux, *Element d'interprétation en droit civil*, https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_24/24-2-lemieux.pdf, truy cập ngày 20/4/2019.

³¹ Công trình nghiên cứu có giới thiệu về các kỹ thuật suy luận này là quyển “*Một số vấn đề lý luận về các phương pháp phân tích luật viết*” của

đây là các kỹ thuật suy luận logic được đề xuất để áp dụng tương tự pháp luật:

Kỹ thuật suy luận tương tự (*le raisonnement a pari*). Đây là kỹ thuật suy luận được áp dụng để giải quyết cho một tình huống mà luật không dự kiến, bằng cách vận dụng một quy định điều chỉnh quan hệ tương tự. Bằng cách này, phạm vi áp dụng một điều luật được mở rộng cho các trường hợp tương tự với trường hợp được ghi nhận ở phần giả định của điều luật. Sự tương tự có thể là về chủ thể hoặc về tính chất hoặc cả hai. Ví dụ thứ nhất, luật cho phép bên nhận cầm cố có quyền sử dụng tài sản cầm cố nếu có thỏa thuận với bên cầm cố (xem khoản 3 Điều 314 Bộ luật Dân sự năm 2015, lưu ý đây chỉ là một trường hợp ngoại lệ). Tuy nhiên, luật không đề cập đến việc bên nhận cầm cố có phải chịu trách nhiệm đối với hao mòn tự nhiên của tài sản cầm cố hay không. Nếu xác định giao dịch cầm cố mà trong đó bên cầm cố thỏa thuận cho bên nhận cầm cố quyền sử dụng tài sản cầm cố là một giao dịch có tính chất tương tự với hợp đồng mượn tài sản vì đều thỏa thuận về việc chủ sở hữu giao cho người khác sử dụng tài sản, có thể vận dụng quy định: “*Bên mượn tài sản không phải chịu trách nhiệm về những hao mòn tự nhiên của tài sản mượn*” (khoản 3 Điều 497 Bộ luật Dân sự năm 2015).

Kỹ thuật suy luận tất nhiên (*le raisonnement a fortiori*)³². Đây cũng là kỹ thuật suy luận bằng cách sử dụng một điều luật hiện có để giải quyết cho một trường hợp mà luật không dự kiến, nhưng có tính

chất tương tự bằng việc xác định lợi ích cần được bảo vệ cho trường hợp đang xem xét thì tương đương hoặc lớn hơn lợi ích mà điều luật hiện có đang bảo vệ. Ví dụ, khi đề cập đến nguồn nguy hiểm cao độ, khoản 1 Điều 601 Bộ luật Dân sự năm 2015 chỉ quy định theo cách liệt kê: *Nguồn nguy hiểm cao độ bao gồm phương tiện giao thông vận tải cơ giới, hệ thống tải điện, nhà máy công nghiệp đang hoạt động, vũ khí, chất nổ, chất cháy, chất độc, chất phóng xạ, thú dữ và các nguồn nguy hiểm cao độ khác do pháp luật quy định*. Nếu theo quy định này, các nguồn nguy hiểm cao độ khác cũng phải được luật quy định trong một số văn bản nào đó. Trong thực tiễn, cần trục tháp (là loại cần trục có cần lắp với phần đỉnh tháp cố định hay di chuyển) sử dụng trong các công trình xây dựng là loại tài sản phải được kiểm soát, quản lý chặt chẽ, vận hành theo quy trình an toàn lao động nếu không sẽ gây ra nguy hiểm cho người và tài sản ở khu vực có loại cần trục này vận hành. Tuy nhiên, không có quy định cụ thể nào xác nhận đây là nguồn nguy hiểm cao độ. Nếu phương tiện giao thông vận tải cơ giới được xem là nguồn nguy hiểm cao độ, khả năng gây thiệt hại của cần trục tháp khi có tai nạn do cần trục tháp gây ra trong thực tế có nhiều khả năng là lớn hơn so với các phương tiện giao thông vận tải cơ giới. Vì thế, nếu thừa nhận luật quy định những tài sản được xem là nguồn nguy hiểm cao độ là những tài sản cần phải có sự kiểm soát chặt chẽ để phòng ngừa khả năng gây thiệt hại cho người khác; qua đó, nhằm để xác định trách nhiệm của chủ sở hữu, người chiếm hữu nguồn nguy hiểm cao độ trong việc quản lý, vận hành các tài sản này và để quy trách nhiệm bồi thường thiệt hại cho người sở hữu, chiếm hữu nguồn nguy hiểm cao độ cả trong trường hợp không có lỗi; nên xem cần trục tháp là nguồn nguy hiểm cao độ

PGS.TS. Nguyễn Ngọc Điện, Nxb. Tư pháp, năm 2006.

³² Còn gọi là “Phương pháp suy lý mạnh”, xem Nguyễn Ngọc Điện, *Một số vấn đề lý luận về các phương pháp phân tích luật viết*, Nxb. Tư pháp, 2006, tr.101-102.

nhằm bảo vệ lợi ích chính đáng tương tự cho người bị thiệt hại³³.

Kỹ thuật quy nạp - diễn dịch (*les raisonnements inductif et déductif*). Kỹ thuật này áp dụng để giải quyết cho một tình huống mà luật không dự kiến, bằng cách vận dụng ít nhất từ hai quy phạm pháp luật trở lên điều chỉnh quan hệ tương tự. Bằng kỹ thuật quy nạp, giải pháp nguyên tắc được suy luận ra trên cơ sở phát hiện những đặc điểm chung của các giải pháp chi tiết đã có trong luật. Sau đó, áp dụng kỹ thuật diễn dịch đối với giải pháp nguyên tắc vừa tìm được để tạo ra giải pháp có tính hệ quả cho trường hợp cần giải quyết. Trong ví dụ thứ nhất nêu trên, nếu áp dụng kỹ thuật quy nạp đối với cả hai quy phạm pháp luật: “*Bên mượn tài sản không phải chịu trách nhiệm về những hao mòn tự nhiên của tài sản mượn*” (xem khoản 3 Điều 497 Bộ luật Dân sự năm 2015) và “*Bên thuê không chịu trách nhiệm*

về những hao mòn tự nhiên do sử dụng tài sản thuê” (xem khoản 1 Điều 479 Bộ luật Dân sự năm 2015) thì sẽ tạo ra được giải pháp tổng quát “*Bên có quyền sử dụng tài sản theo thỏa thuận với chủ sở hữu không phải chịu trách nhiệm về hao mòn tự nhiên của tài sản trong thời hạn sử dụng*”. Sau đó áp dụng kỹ thuật diễn dịch đối với giải pháp tổng quát này cho trường hợp bên nhận cầm cố có quyền sử dụng tài sản cầm cố theo thỏa thuận với bên cầm cố sẽ được giải pháp “*Bên nhận cầm cố có quyền sử dụng tài sản cầm cố theo thỏa thuận với bên cầm cố không phải chịu trách nhiệm về hao mòn tự nhiên của tài sản trong thời hạn cầm cố*”.

5. Kết luận

Ở nước ta, thẩm quyền giải thích Hiến pháp, luật và pháp lệnh được Hiến pháp chính thức ghi nhận thuộc về Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Tuy nhiên, không có bất kỳ quy định nào trong hệ thống pháp luật cho rằng, thẩm phán hay tòa án không được quyền giải thích pháp luật, một hoạt động được cho là hiển nhiên không thể thiếu để tòa án thực hiện chức năng xét xử. Hiến pháp năm 2013 quy định Tòa án nhân dân tối cao có nghĩa vụ “*bảo đảm áp dụng thống nhất pháp luật trong xét xử*”³⁴. Quy định này được ngầm giải thích và ghi nhận trong Điều 22 Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014 rằng, Hội đồng thẩm phán tòa án nhân dân tối cao có quyền tạo lập án lệ và án lệ chính thức ra đời như là sản phẩm của hoạt động giải thích pháp luật của tòa án³⁵. Như đã chứng tỏ trong bài viết, đã

(Xem tiếp trang 28)

³³ Cụ thể, Thông tư số 05/2012/TT-BLĐTBXH ban hành quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về an toàn lao động đối với thiết bị nâng; Thông tư số 29/2016/TT-BXD ban hành quy trình kiểm định kỹ thuật an toàn đối với cần trục tháp, máy vận thăng và sàn treo nâng người sử dụng trong thi công xây dựng; Quyết định số 73/2011/QĐ-UBND của Ủy ban nhân dân thành phố Hồ Chí Minh quy định về sử dụng cần trục tháp tại các công trường xây dựng trên địa bàn thành phố Hồ Chí Minh cho thấy, cần trục tháp phải có hồ sơ thiết kế lắp dựng cần trục tháp (móng, giằng, neo...) đảm bảo về an toàn; sau khi lắp dựng, phải có phiếu kiểm định có hiệu lực do đơn vị có chức năng thực hiện kiểm định; khi chuyển cần trục tháp sang vị trí mới hoặc thay đổi cơ cấu nâng, hạ, phải được kiểm định lại; công nhân vận hành cần trục, phụ cầu phải được đào tạo phù hợp với loại cần trục thao tác, đã được huấn luyện kỹ thuật an toàn; phải có biện pháp bảo đảm an toàn cho người, công trình trong vùng nguy hiểm vật rơi ngoài phạm vi công trường xây dựng; khi di chuyển phải báo cho chính quyền địa phương để phối hợp thực hiện các công tác đảm bảo an toàn như ngăn đường giao thông, di dời tạm thời người trong các công trình trong vùng nguy hiểm, tổ chức rào chắn, đặt biển báo, làm mái che bảo vệ trong suốt thời gian vận hành.

³⁴ Khoản 3 Điều 104 Hiến pháp năm 2013.

³⁵ Theo khoản 1 Điều 2 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thì án lệ được lựa chọn phải chứa đựng lập luận để làm rõ quy định của pháp luật còn có cách hiểu khác nhau.

MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ NGUỒN LUẬT Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

Cao Việt Thăng*

Tóm tắt: Ở Việt Nam, cũng như ở các nước trên thế giới, vấn đề nguồn luật luôn được giới luật học quan tâm. Tùy theo cách tiếp cận mà các tác giả đưa ra các quan điểm khác nhau về nguồn luật. Trong bài viết này, tác giả đề cập ba nội dung: 1. Quan điểm của các trường phái pháp lý về nguồn luật; 2. Các ý kiến về nguồn luật ở Việt Nam; 3. Gợi mở hướng tiếp cận về nguồn luật ở Việt Nam hiện nay.

Abstract: In Viet Nam and other countries in the world, sources of law have always received scholarly attention. Given each approach, scholars offer different viewpoints on sources of law. In this article, the author makes mention of three issues: 1. Legal schools of thought on sources of law; 2. Opinions on sources of law in Viet Nam; 3. Implications for an approach on Viet Nam's sources of law.

1. Quan niệm của các trường phái pháp lý về nguồn luật

Hiểu một cách chung nhất, nguồn luật là: *Các hình thức thể hiện của quy phạm pháp luật*¹. Theo đó, nguồn luật là nơi phát sinh hoặc nơi cung cấp, thể hiện của pháp luật, quy phạm pháp luật. Trong lịch sử pháp luật của loài người, có các loại nguồn: Tập quán pháp, tiền lệ pháp, văn bản quy phạm. Ở các nước xã hội chủ nghĩa và nhiều nước trên thế giới, văn bản quy phạm là hình thức pháp luật cơ bản và phổ biến nhất. Đó là, các luật, pháp lệnh, nghị định, quyết định...². Đây là nhận thức trước đây về nguồn luật ở Việt Nam. Hiện nay, cùng với các nhận thức đa dạng trên thế giới về nguồn luật, ở nước ta cũng đang xuất hiện xu hướng mở rộng nguồn luật trên cơ sở tổng kết thực tiễn để hình thành các quan điểm mới về nguồn luật. Xu hướng này đang được một số nhà nghiên cứu luật học

ủng hộ. Tuy nhiên, khi nhìn từ phương diện lịch sử, các quan điểm này vẫn là sự kế thừa tư tưởng của các trường phái pháp lý trên thế giới.

Cụ thể chúng ta thấy, trong khoa học pháp lý cận đại và hiện đại, có hai trường phái pháp lý lớn, chi phối hầu hết các tư tưởng về nguồn luật, pháp luật. Đó là trường phái *pháp luật tự nhiên* và trường phái *thực chứng về pháp lý*. Sự ra đời của hai trường phái pháp lý này đã tạo ra sự đa dạng trong nhận thức về nguồn luật và pháp luật, đồng thời dẫn hướng cho các nghiên cứu về nguồn luật, pháp luật trong lịch sử pháp lý cận, hiện đại. Ngoài hai trường phái chính, cũng có những quan điểm mang tính trung dung, nhưng ở các mức độ khác nhau. Tuy vậy, các quan điểm này vẫn mang màu sắc tư tưởng của một trong hai trường phái nói trên.

Tư tưởng của trường phái pháp luật tự nhiên, được phản ánh qua quan điểm của các nhà tư tưởng tiêu biểu như: Hobbes, Montesquieu, John Locke...³. Giai đoạn

* Th.S., Viện Nhà nước và Pháp luật.

¹ Hội đồng Quốc gia chỉ đạo biên soạn Từ điển Bách khoa Việt Nam, Từ điển Bách khoa Việt Nam, tập 3, Nxb. Bách khoa Hà Nội, năm 2003, tr.149.

² Hội đồng Quốc gia chỉ đạo biên soạn Từ điển Bách khoa Việt Nam, Từ điển Bách khoa Việt Nam, tập 3, Nxb. Bách khoa Hà Nội, năm 2003, tr.149.

³ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiềm Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.23.

thịnh trị nhất của trường phái pháp luật tự nhiên là từ thế kỷ XVII – XVIII ở châu Âu⁴. Điểm quan trọng nhất trong tư tưởng của các nhà pháp luật tự nhiên là việc coi luật pháp của con người chỉ là một bộ phận trong số các luật trong tự nhiên. *Luật pháp bao gồm một loạt những định đề được rút ra từ tự nhiên qua một quá trình suy luận*⁵. Vì vậy, pháp luật của con người là một bộ phận của pháp luật tự nhiên và được rút ra từ tự nhiên. Một số quan điểm tiêu biểu cho nhận định này có thể kể đến, như quan điểm: *Luật đích thực là lý lẽ phù hợp với tự nhiên, nó được áp dụng chung cho mọi người, bất biến và vĩnh cửu*⁶; hoặc quan điểm: *“Luật theo nghĩa rộng nhất, là những quan hệ tất yếu từ trong bản chất của sự vật. Với nghĩa này thì mọi vật đều có luật của nó”*⁷; hay quan điểm cho rằng, trong tự nhiên luật của con người chỉ là một phần trong số các luật, ở đó có bốn loại luật: *Luật vĩnh cửu (lý lẽ thiêng liêng duy chỉ Thượng Đế nhận biết), luật tự nhiên (việc tham dự của luật vĩnh cửu nơi những sinh vật duy lý, có thể được phát hiện bằng lý trí), luật thiêng liêng (được trình bày trong kinh, sách tôn giáo), và luật của con người (được hỗ trợ bởi lý trí và được đề ra vì lợi ích chung)*⁸. Nhìn chung, các quan điểm của trường phái này thừa nhận pháp luật của con người chỉ là một phần trong số luật pháp

của tự nhiên hoặc được rút ra từ tự nhiên chứ không phải hoàn toàn là của con người.

Tư tưởng của các nhà thực chứng về pháp lý, mặc dù cũng được hình thành từ khá sớm vào khoảng cuối thế kỷ XVIII đầu thế kỷ XIX, nhưng nó thực sự thịnh hành vào những năm 50 của thế kỷ XX⁹ với các đại diện tiêu biểu như: Jeremy Bentham, John Austin, H. L. A. Hart, Hans Kelsen, Joseph Raz...¹⁰. Điểm quan trọng nhất trong tư tưởng của các nhà thực chứng về pháp lý là việc *họ phủ nhận mối liên hệ với luật tự nhiên*¹¹ và cho rằng: *Pháp luật chỉ có thể do con người ban hành ra chứ không phải do tự nhiên hay được tạo ra bởi một chủ thể vô hình nào khác. Lập luận về quan điểm này, họ cho rằng, bằng cách có thể tiến hành xác minh khách quan sẽ hoàn toàn xác định được nguồn gốc của pháp luật do chủ thể nào ban hành. Có thể kể đến những quan điểm như: Chỉ duy nhất tồn tại một thứ pháp luật đó là pháp luật thực định và hoạt động của luật gia chỉ có thể dựa trên thứ luật thực định duy nhất này*¹²; *luật pháp chỉ có một mục đích là độc quyền hóa về quyền lực*¹³; *luật pháp là nguồn quyền lực tối hậu. Như vậy, hệ thống pháp lý là một trong những quy tắc hoàn hảo về quyền lực*¹⁴...

⁴ Nguyễn Văn Quân, *Bàn về triết học pháp luật trong mối tương quan với lý luận chung về pháp luật*, Tạp chí khoa học Đại học quốc gia Hà Nội, Tập 31, số 3 (2015), tr.56.

⁵ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.43.

⁶ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.18.

⁷ Montesquieu, *Tinh thần pháp luật*, Nxb. Giáo dục, Hà Nội, 1996, tr.39.

⁸ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.19.

⁹ Nguyễn Văn Quân, *Bàn về triết học pháp luật trong mối tương quan với lý luận chung về pháp luật*, Tạp chí khoa học Đại học quốc gia Hà Nội, Tập 31, số 3 (2015), tr.63.

¹⁰ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.56.

¹¹ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.43.

¹² Nguyễn Văn Quân, *Bàn về triết học pháp luật trong mối tương quan với lý luận chung về pháp luật*, Tạp chí khoa học Đại học quốc gia Hà Nội, Tập 31, số 3 (2015), tr.64.

¹³ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.67.

¹⁴ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.76.

Thậm chí, một số trường hợp các học giả còn phân biệt: *Luật được đặt ra bởi những người là cấp trên về chính trị, hoặc đang mưu cầu quyền hành về luật pháp (Luật Hiến pháp) và luật được đặt ra bởi những người không phải là cấp trên về chính trị hoặc không mưu cầu quyền hành về luật pháp (luật thời trang)*¹⁵. Họ cho rằng, *những luật được ghi chép bởi những người không phải cấp trên về chính trị hoặc không mưu cầu quyền hành về luật pháp thì chỉ là “đạo đức học thực chứng”*. *Chỉ có luật thực chứng hay thực định mới là đối tượng đích thực của luật học*¹⁶. Nhìn chung, đối với các nhà thực chứng pháp lý, ngay từ ban đầu họ đã xác lập cơ sở lý thuyết của trường phái chính từ việc lựa chọn thuật ngữ, nghĩa là: *Thuật ngữ “thuyết thực chứng” bắt nguồn từ tiếng La tinh (positum)*. Trong đó, ý nghĩa của từ này bao hàm nội dung: *Nói về luật pháp như nó được đề ra hoặc ấn định*¹⁷. Vì vậy, tư tưởng cốt lõi của các nhà thực chứng pháp lý về pháp luật là: *Hiệu lực của bất cứ luật nào cũng có thể được truy ra từ một nguồn gốc có thể xác minh một cách khách quan*¹⁸. Qua quá trình xác minh đó, chủ thể duy nhất được xác định không phải là ai khác mà đều là những con người cụ thể chứ không phải là những chủ thể tự nhiên, vô hình.

Từ những phân tích trên đây, có thể rút ra điểm khác nhau căn bản về tư tưởng của trường phái pháp luật tự nhiên với tư tưởng của trường phái thực chứng về pháp

lý là: Đối với các nhà pháp luật tự nhiên thì pháp luật của con người chỉ là một bộ phận trong số các luật của tự nhiên, phù hợp với tự nhiên, nó được rút ra từ tự nhiên; đối với các nhà thực chứng về pháp lý thì tuyệt đối hóa pháp luật của con người khi cho rằng chỉ tồn tại duy nhất một thứ pháp luật là pháp luật do con người tạo ra và nó hoàn toàn không có mối liên hệ với luật của tự nhiên.

Quan điểm trung dung, ngoài hai quan điểm trên còn có những quan điểm trung dung, mặc dù không thừa nhận cả trường phái pháp luật tự nhiên cũng như thực chứng về pháp lý, nhưng những quan điểm này vẫn chưa thể vượt ra ngoài được cách tiếp cận của hai trường phái pháp lý trên. Có thể kể đến quan điểm *luật pháp như là sự diễn giải* của Ronald Dworkin¹⁹. Theo đó, ông cho rằng, *trên thế giới có cả luật của Thượng Đế và luật của con người nhưng: Chỉ có luật thực chứng hay thực định mới là đối tượng đích thực của luật học*²⁰. Rõ ràng quan điểm này đã thừa nhận ngoài pháp luật của con người còn có luật của Thượng Đế (thừa nhận pháp luật tự nhiên), nhưng lại cho rằng luật của con người mới là đối tượng đích thực của luật học (thừa nhận thực chứng về pháp lý). Theo Ronald Dworkin, *luật pháp là một hệ thống không có kẽ hở*²¹. Vì vậy, trong một vụ án khó, quan tòa dựa vào những nguyên tắc, bao gồm quan niệm của chính ông về việc diễn giải tốt nhất về hệ thống của những thể chế chính trị và những phán

¹⁵ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.50.

¹⁶ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.50.

¹⁷ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.44.

¹⁸ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.44.

¹⁹ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.81.

²⁰ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.50.

²¹ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.83.

quyết của cộng đồng²². Kết quả ông cho rằng, chỉ có thể có một đáp án đúng cho mỗi vấn đề pháp lý; quan tòa có nhiệm vụ phải tìm ra nó²³. Đối với những vụ án khó mà pháp luật chưa quy định thì quan tòa sẽ vận dụng sự thận trọng của mình và phán xử nhưng: *Quan tòa không đặt ra luật, mà chỉ diễn giải những điều vốn đã là thành phần của những tài liệu pháp lý*²⁴. Với những lập luận đó, Ronald Dworkin cho rằng, trong những trường hợp pháp luật chưa quy định thì vẫn có thể tìm kiếm các giải pháp pháp lý bằng sự diễn giải tinh thần của luật nhưng: *Không cần thiết phải vượt ra bên ngoài pháp luật và do đó cho phép những phán đoán chủ quan xen vào.*

Quan điểm của các nhà tư tưởng Mác xít, qua việc nghiên cứu so sánh giữa quan điểm của các nhà tư tưởng Mác xít với các trường phái pháp lý trong lịch sử, chúng ta thấy có sự tương đồng rất lớn với tư tưởng của các nhà thực chứng về pháp lý. Điển hình là nhận định về pháp luật tư sản trong *Tuyên ngôn Đảng Cộng sản* khi cho rằng: *Pháp luật của các ông chẳng qua cũng chỉ là ý chí của giai cấp các ông được đề lên thành luật, mà nội dung ý chí đó là do điều kiện sinh hoạt vật chất của giai cấp các ông quyết định.* Quan điểm này cho thấy có sự gần gũi với các quan điểm: *Luật pháp chỉ có một mục đích là độc quyền hóa về quyền lực*²⁵, *luật pháp là nguồn quyền lực tối*

*hậu*²⁶ của các nhà thực chứng về pháp lý. Ngoài ra, sự gần gũi này còn thể hiện ở việc các nhà tư tưởng Mác xít cũng luôn chủ trương pháp luật là sản phẩm của ý chí con người chứ không phải xuất phát từ tự nhiên hay từ một thế lực vô hình. Chính vì vậy, nếu tham chiếu từ phương diện các trường phái pháp lý, rõ ràng quan điểm của các nhà tư tưởng Mác xít rất gần gũi với tư tưởng của các nhà thực chứng pháp lý.

Sự gần gũi này càng được làm sáng tỏ hơn khi chúng ta tiếp cận với các quan điểm về nguồn luật của các nhà khoa học pháp lý Xô Viết trước đây. Liên Xô chính là nơi hình thành nên chủ nghĩa xã hội hiện thực và cũng là nơi sản sinh ra các nhà khoa học pháp lý tiêu biểu của chủ nghĩa xã hội trước đây. Theo quan điểm của X. X. Alekseev (C. C. Алексеев), nguồn luật: “là những phương thức chính thức của Nhà nước nhằm xác lập các quy phạm pháp luật và thể hiện tính pháp lý bắt buộc chung của các quy phạm pháp luật”²⁷. L.V. Nadarov (Л. В. Назаров) cho rằng, nguồn luật là: “Hình thức của pháp luật là những phương thức (cách thức) chuyển ý chí của giai cấp thống trị lên thành luật”²⁸. Còn Gustav Radbruch lại cho rằng: “Mệnh lệnh cũng là luật và ở nơi nào có quyền lực thì ở đó tồn tại pháp luật”²⁹. Đối với học giả X. X. Alekseev (C. C. Алексеев) thì nguồn

²² Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.87.

²³ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.87.

²⁴ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.83.

²⁵ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.67.

²⁶ Raymond Wacks, *Triết học luật pháp*, Phạm Kiều Tùng dịch, Nxb. Tri thức, 2011, tr.76.

²⁷ Nguyễn Văn Động, *Tìm hiểu vấn đề nguồn của pháp luật trong khoa học pháp lý Liên Xô trước đây và Nga hiện nay*, Tạp chí Luật học, số 1/2008, tr.61.

²⁸ Nguyễn Văn Động, *Tìm hiểu vấn đề nguồn của pháp luật trong khoa học pháp lý Liên Xô trước đây và Nga hiện nay*, Tạp chí Luật học, số 1/2008, tr.61 – 62.

²⁹ Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, 2. Aufl., 2003, S. 209.

của pháp luật: “Là những phương thức chính thức của Nhà nước nhằm xác lập các quy phạm pháp luật và thể hiện tính pháp lí bắt buộc chung của các quy phạm pháp luật”³⁰. A. X. Miskevich (A. C. Мицкевич) lập luận: “Khi nói về các nguồn của pháp luật theo nghĩa pháp lí thì không nên coi đó là hoạt động sáng tạo quy phạm pháp luật của nhà nước mà chính là những hình thức khác nhau của sự ghi nhận các kết quả của hoạt động ấy, là các văn bản sáng tạo pháp luật. Khái niệm nguồn của pháp luật được hiểu theo nghĩa pháp lí như vậy, về thực chất, được xem như là những hình thức chính thức khác nhau của sự thể hiện các quy phạm pháp luật”³¹. Qua những quan điểm trên, có thể thấy quan điểm về nguồn luật, pháp luật của các nhà tư tưởng Mác xít được xem là có sự kế thừa các tư tưởng của các nhà thực chứng về pháp lý.

2. Các ý kiến về nguồn luật ở Việt Nam

Đối với khoa học pháp lý nước ta, trước tiên phải khẳng định, kể từ khi giành được độc lập vào năm 1945, nhất là từ những năm 60 của thế kỷ XX đến nay, các tư tưởng về Nhà nước và pháp luật ở Việt Nam chủ yếu được xây dựng trên nền tảng tư tưởng của chủ nghĩa Mác-Lê Nin và tiếp thu các quan điểm pháp lý của các học giả Xô Viết. Những quan điểm này như đã phân tích, là sự kế thừa các quan điểm của các nhà thực chứng pháp lý. Do đó, nó không thừa nhận quan điểm của các nhà pháp luật

tự nhiên. Tuy nhiên, thời gian gần đây, ở nước ta, với sự thay đổi, phát triển của các điều kiện kinh tế - xã hội và hội nhập quốc tế đã làm xuất hiện một số ý kiến mới về nguồn luật. Các quan điểm này đem đến cách tiếp cận rộng hơn và đã phần nào thể hiện hơi hướng của trường phái pháp luật tự nhiên. Với sự xuất hiện các ý kiến mới về nguồn luật hiện nay đã làm cho khoa học pháp lý nước ta có được những cách tiếp cận đa dạng hơn về vấn đề này. Tuy nhiên, chúng cũng đem đến những tranh luận trong việc xác định những luận cứ khoa học nhằm bảo vệ những quan điểm mới đó.

Ý kiến về tiếp cận nguồn luật theo phạm vi hẹp ở nước ta

Thực tế hiện nay, trong các giáo trình chính thống đang được giảng dạy ở Việt Nam, người ta đang thừa nhận cách tiếp cận nguồn luật theo nghĩa hẹp gắn với các hình thức pháp luật. Nghĩa là, các hình thức biểu hiện ra bên ngoài của pháp luật. Theo cách nhận thức này, nguồn luật thường được định danh là các hình thức thể hiện của pháp luật (văn bản quy phạm pháp luật, án lệ, tập quán pháp...). Một vấn đề cần lưu ý đó là việc xác định vai trò của quyền lực (quyền lực nhà nước) đối với nguồn luật. Ở đây, quyền lực nhà nước được thể hiện với tư cách là chủ thể quyết định trong việc thừa nhận những hình thức pháp lý nào trở thành nguồn luật. Vì theo quan niệm hẹp về nguồn luật, không phải tất cả các hình thức pháp lý đều có thể được coi là nguồn luật, mà ở đây chỉ những hình thức pháp lý nào mà Nhà nước thừa nhận mới có thể trở thành nguồn luật. Có thể viện dẫn một số ý kiến tiêu biểu cho nhận định này: “*Nguồn luật là hình thức có giá trị pháp lý chứa đựng những nguyên tắc và quy phạm pháp luật hiện*

³⁰ Nguyễn Văn Động, *Tìm hiểu vấn đề nguồn của pháp luật trong khoa học pháp lý Liên Xô trước đây và Nga hiện nay*, Tạp chí Luật học, số 1/2008, tr.61.

³¹ Nguyễn Văn Động, *Tìm hiểu vấn đề nguồn của pháp luật trong khoa học pháp lý Liên Xô trước đây và Nga hiện nay*, Tạp chí Luật học, số 1/2008, tr.61.

hành”³²; “nguồn pháp luật là những hình thức chính thức thể hiện các quy tắc bắt buộc chung được Nhà nước thừa nhận có giá trị pháp luật để áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc trong thực tiễn pháp luật”³³; nguồn của pháp luật là hình thức bên ngoài của pháp luật, gồm tập quán pháp, tiền lệ pháp và các văn bản quy phạm pháp luật³⁴; nguồn của pháp luật gồm cả: Các văn bản pháp luật (kể cả các văn bản quy phạm), các hiệp ước quốc tế, các hợp đồng (khế ước), luật tục, án lệ, những quy định của luật tôn giáo (chẳng hạn Luật Hồi giáo), các học thuyết khoa học pháp lý³⁵ ... Những ý kiến trên được coi là những ý kiến tiếp cận nguồn luật theo nghĩa hẹp vì chủ trương định danh nguồn luật là những hình thức pháp luật. Hoặc, trong một số trường hợp, mặc dù không định danh nó là những hình thức pháp luật thì người ta tiến hành liệt kê các hình thức pháp lý đang được thừa nhận.

Tham chiếu các ý kiến này với các quan điểm của các nhà tư tưởng Mác xít cũng như quan điểm của các nhà khoa học pháp lý Xô Viết trước kia chúng ta nhận thấy có sự tương đồng trong một số vấn đề như: Chỉ thừa nhận duy nhất các nguồn luật do

con người tạo ra (các hình thức pháp lý cụ thể) mà không thừa nhận pháp luật tự nhiên (không phải do con người tạo ra); về vai trò quyết định của quyền lực nhà nước (đứng đầu là giai cấp thống trị) ở chỗ thừa nhận hoặc không thừa nhận các hình thức pháp lý nào trở thành nguồn luật; cuối cùng là tính cụ thể (xác định) của các nguồn luật, nghĩa là, nguồn luật cần phải được thể hiện dưới một hình thức pháp lý cụ thể. Những ý kiến theo quan điểm hẹp trên đây có ưu điểm là: Đem lại sự thuận lợi trong việc xác định các nguồn luật khi chúng ta có thể dễ dàng tham chiếu tới các hình thức pháp lý hiện hành. Các quan điểm này được nhiều học giả ở nước ta ủng hộ trong suốt một thời gian dài và vẫn còn được thừa nhận cho tới tận ngày nay.

Các ý kiến tiếp cận nguồn luật theo phạm vi rộng ở nước ta

Trái với các ý kiến theo quan điểm hẹp về nguồn luật, trong thời gian gần đây khoa học pháp lý nước ta đã có một số ý kiến tiếp cận về nguồn luật rộng hơn so với trước kia. Với những cách tiếp cận này, nhận thức về nguồn luật đã có xu hướng thoát ly ra khỏi phạm vi của các hình thức pháp luật thực định. Đây cũng chính là điểm khác biệt lớn nhất giữa quan điểm tiếp cận nguồn luật theo phạm vi rộng và quan điểm tiếp cận nguồn luật theo phạm vi hẹp.

Một số cách tiếp cận nguồn luật theo nghĩa rộng có thể kể đến như: “Nguồn của pháp luật là tất cả các căn cứ được các chủ thể có thẩm quyền sử dụng làm cơ sở để xây dựng, ban hành, giải thích pháp luật cũng như để áp dụng vào việc giải quyết các vụ việc pháp lý xảy ra trong thực tế”³⁶. Theo ý

³² Nguyễn Văn Luật, *Lý luận chung về Nhà nước và pháp luật*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 180.

³³ Hoàng Thị Kim Quế, *Nguồn pháp luật và nguyên tắc áp dụng nguồn pháp luật trong nhà nước pháp quyền*, Hội thảo khoa học: Những vấn đề đặt ra và giải pháp thực hiện nguyên tắc pháp quyền ở Việt Nam trong thời gian tới, Viện Nhà nước và Pháp luật, ngày 15/8/2018.

³⁴ Từ điển tiếng Việt, tập thể tác giả, Hoàng Phê chủ biên, Trung tâm Từ điển ngôn ngữ học, Hà Nội, 1992, tr. 269 – 273.

³⁵ Đào Trí Úc, *Những vấn đề lý luận cơ bản về pháp luật*, Nxb. Khoa học xã hội, Hà Nội, 1993, tr. 54.

³⁶ Nguyễn Thị Hồi, *Về khái niệm nguồn của pháp luật*, Tạp chí Luật học, số 2/2008.

kiến này, nguồn luật bao gồm rất nhiều nội dung như: Các tư tưởng, học thuyết pháp lý, đường lối, chính sách của Đảng...³⁷. Hay các ý kiến: “Nguồn luật là tất cả các căn cứ được sử dụng làm cơ sở để xây dựng, giải thích, thực hiện và áp dụng pháp luật”³⁸; *nguồn pháp luật là những cơ sở được sử dụng trong xây dựng, ban hành pháp luật, cơ sở hình thành nên nội dung pháp luật*³⁹... Các ý kiến trên đã đưa đến cách tiếp cận rộng rãi hơn về nguồn luật. Nghĩa là nguồn luật không chỉ bao gồm các hình thức pháp lý cụ thể mà có thể là *tất cả các căn cứ* hoặc là *những cơ sở* được Nhà nước thừa nhận. Với cách định danh này, rõ ràng nguồn luật đã vượt ra ngoài phạm vi của các hình thức pháp luật mà các căn cứ đó có thể là: Các điều kiện thực tiễn, các chính sách, ý chí giai cấp, quan điểm cá nhân...

Việc xuất hiện những quan niệm rộng về nguồn luật như vậy cho thấy, những hơi hướng của trường phái pháp luật tự nhiên đang được các nhà khoa học pháp lý nước ta tiếp cận. Tuy nhiên, xét về mặt bản chất, các ý tưởng này vẫn chưa thoát hẳn ra khỏi quan điểm của các nhà thực chứng pháp lý, cũng như quan điểm của các nhà lý luận Mác xít khi vẫn thừa nhận tính chủ quan của các nguồn luật. Nghĩa là họ vẫn chủ trương nguồn luật do Nhà nước thừa nhận.

³⁷ Nguyễn Thị Hồi, *Về khái niệm nguồn của pháp luật*, Tạp chí Luật học, số 2/2008.

³⁸ Nguyễn Minh Đoan, Nguyễn Minh Đức; *Tạo lập nguồn pháp luật đáp ứng yêu cầu xây dựng nhà nước pháp quyền và hội nhập quốc tế*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 23 (255), 2013, tr 3 – 15.

³⁹ Hoàng Thị Kim Quế, *Nguồn pháp luật và nguyên tắc áp dụng nguồn pháp luật trong nhà nước pháp quyền*, Hội thảo khoa học: Những vấn đề đặt ra và giải pháp thực hiện nguyên tắc pháp quyền ở Việt Nam trong thời gian tới. Viện Nhà nước và Pháp luật, ngày 15/8/2018, tr.3.

Một vấn đề cần lưu ý là, việc đưa ra các quan niệm mới về nguồn luật theo hướng mở rộng như trên đã làm cho khoa học pháp lý rất khó định danh được các loại nguồn luật. Bởi nếu như hiện nay, theo nhận thức hẹp chúng ta dễ dàng chỉ ra những hình thức pháp lý nào đang được thừa nhận thì với quan điểm rộng này nó không chỉ dừng ở những hình thức pháp lý cụ thể mà còn bao gồm rất nhiều *căn cứ* và *cơ sở* để hình thành nên pháp luật nên rất khó có thể định danh chính xác được các loại nguồn luật.

Việc đưa ra các quan niệm rộng về nguồn luật như trên mặc dù chưa được thừa nhận chính thức trong các giáo trình giảng dạy mà mới được công bố trên những tạp chí chuyên ngành luật, nhưng cũng cho thấy đây là một trong những hướng tiếp cận mới về nguồn luật ở nước ta hiện nay. Với hướng tiếp cận này trong thời gian tới có thể sẽ tạo ra những tranh luận về khoa học, thể hiện một xu hướng mới trong nghiên cứu về nguồn luật.

3. Gợi mở hướng tiếp cận về nguồn luật ở Việt Nam hiện nay

Hiện nay, đứng trên tư duy mở về hệ thống pháp luật và nguồn luật thì cũng cần ủng hộ cách tiếp cận rộng hơn về nguồn luật. Tuy nhiên, các quan điểm truyền thống về nguồn luật vẫn cần được thừa nhận với các luận điểm như sau:

Thứ nhất, thực tế cho thấy bất cứ đối tượng nghiên cứu nào nếu được khái quát một cách đơn giản, dễ hiểu sẽ khiến cho chúng ta dễ tiếp cận hơn khi tiến hành nghiên cứu. Việc đưa ra các khái niệm phức tạp hơn sẽ khiến cho chính các nhà khoa học có thể bị lẫn lộn, còn người làm thực tiễn khó có thể nhận thức chính xác về nội hàm nguồn luật trong các hoạt động của mình.

Thứ hai, việc các nhà khoa học nước ta đều thừa nhận vai trò của con người (thông qua Nhà nước, chủ thể có thẩm quyền) đối với nguồn luật cho thấy, quan điểm Mác xít về nguồn luật, về pháp luật vẫn còn nguyên giá trị. Tuy nhiên, với yêu cầu của một Nhà nước dân chủ thì việc quá nhấn mạnh về *pháp luật là ý chí của giai cấp thống trị được đề lên thành luật* cần phải được khắc phục và phải chú ý tới về thứ hai *ý chí đó là do điều kiện sinh hoạt vật chất quyết định*. Đây là yếu tố mà trước đây đã bị làm mờ đi khá nhiều khi chúng ta quá đề cao tính giai cấp của pháp luật. Vì vậy, việc làm mới khái niệm bằng cách hoàn thiện nhận thức về nguồn luật, pháp luật trong điều kiện mới là điều cần thiết. Nghĩa là, ngoài việc chúng ta xác định nguồn luật là sản phẩm của ý chí con người thì các điều kiện xã hội là một phần không thể thiếu trong việc định danh nó.

Thứ ba, đối với các tư tưởng mới về nguồn luật ở nước ta hiện nay, có thể thấy những ý tưởng này đã gợi mở cho chúng ta

thêm những hướng tiếp cận hơn đa dạng về nguồn luật. Các tiếp cận này khiến cho khoa học pháp lý có thêm những định hướng nghiên cứu. Tuy nhiên, có thể thấy các tiếp cận trên chưa thể thoát hẳn ra khỏi quan điểm của các nhà thực chứng về pháp lý để tiếp cận tới quan điểm của các nhà pháp luật tự nhiên. Chính vì vậy, tại thời điểm này chúng ta không nhất thiết phải thay đổi các nhận thức truyền thống về nguồn luật trong khi chúng ta chưa có những cơ sở khoa học bứt phá đối với đối tượng nghiên cứu này.

Từ những phân tích lý thuyết, có tính đến tình hình thực tiễn gần đây như trình bày trên đây có thể đưa ra cách hiểu về nguồn luật như sau: *Nguồn luật là những phương thức chính thức nhằm xác lập quy phạm hoặc thể hiện tính pháp lý bắt buộc của nhà nước*.

Trong bối cảnh hiện nay, chúng ta cần có tư duy mở về hệ thống pháp luật, về nguồn luật. Đây là chủ đề cần được giới luật học Việt Nam tiếp tục quan tâm, trao đổi, làm rõ.

(Tiếp theo trang 20 – Áp dụng quy định tương tự...)

có án lệ ra đời trên cơ sở của áp dụng tương tự pháp luật. Trong khi nguyên tắc áp dụng quy định tương tự pháp luật đã được thừa nhận từ rất lâu và nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật cũng đã được thừa nhận trong Bộ luật Dân sự năm 2015, nhưng việc vận dụng các nguyên tắc này để giải quyết vụ việc dân sự hiện chưa được quan tâm đúng mức; nhất là trong bối cảnh các phương pháp giải thích pháp luật của tòa án chưa được thừa nhận rộng rãi. Thẩm phán Việt Nam cần được trang bị các phương pháp, kỹ

thuật suy luận, bao gồm các kỹ thuật áp dụng quy định tương tự pháp luật, áp dụng tương tự pháp luật nhằm tạo cơ hội hình thành và phát triển án lệ theo đường hướng giải thích pháp luật đã định, cũng như nâng cao khả năng áp dụng đúng đắn các quy tắc án lệ cho các vụ việc có tính chất tương tự xảy ra sau đó. Muốn đạt được điều này, việc học hỏi kinh nghiệm về giải thích luật từ các hệ thống pháp luật nước ngoài luôn là vấn đề cần được quan tâm.

NGUYÊN TẮC KHÔNG AI BỊ KẾT ÁN HAI LẦN VÌ MỘT TỘI PHẠM VÀ THỦ TỤC GIÁM ĐỐC THẨM, TÁI THẨM

Võ Minh Kỳ*
Nguyễn Phương Anh**

Tóm tắt: Nhằm cụ thể hóa nguyên tắc không ai bị kết án hai lần về một tội phạm tại Điều 31 Hiến pháp năm 2013, Điều 14 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã quy định: “Không được khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử đối với người mà hành vi của họ đã có bản án của tòa án đã có hiệu lực pháp luật, trừ trường hợp họ thực hiện hành vi nguy hiểm khác cho xã hội mà Bộ luật Hình sự quy định là tội phạm”. Trong bài viết này, trên cơ sở tham khảo pháp luật quốc tế, một số quốc gia và phân tích các quy định hiện hành của Bộ luật Tố tụng Hình sự Việt Nam, các tác giả đánh giá mối quan hệ giữa thủ tục giám đốc thẩm và tái thẩm với nguyên tắc không ai bị kết án hai lần về một tội phạm.

Abstract: In order to institutionalize the constitutional principle recognized in Clause 3, Article 31 of the 2013 Constitution stating that ‘No one shall be tried twice for the same offense’ or “ne bis in idem”, Article 14 of the 2015 Criminal Procedure Code provided: “A person is not charged, investigated, prosecuted or tried on an act, for which a Court’s effective conviction has been passed, unless that person commits another act jeopardizing the society and deemed criminal by the Criminal Code”. In this article, based on reference to international law, national laws, and analysis of the current provisions of the Criminal Procedure Code, the authors assessed the relationship of the criminal procedure regulations on cassation and case-reopening with the principle ‘ne bis in idem’.

1. Pháp luật quốc tế và pháp luật một số quốc gia về nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm

Trên thế giới, nguyên tắc “không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm” có tên gọi là “rule against double jeopardy” hay “ne bis in idem”. Đây là nguyên tắc tố tụng hình sự được thừa nhận và bảo vệ trong phạm vi pháp luật quốc tế cũng như pháp luật của nhiều nước.

Trên bình diện pháp luật quốc tế, Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR) ghi nhận: “Không ai bị đưa ra xét xử hoặc bị trừng phạt lần thứ hai về cùng một tội phạm mà người đó đã bị kết án hoặc đã được tuyên trắng án phù hợp với pháp luật và thủ tục tố tụng hình sự của mỗi nước”¹. Tại Bình luận chung số 32, năm 2007, Hội đồng nhân quyền ghi nhận: “Quy định này nghiêm cấm việc đưa một cá nhân,

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

** ThS., Vụ Pháp luật hình sự và hành chính, Bộ Tư pháp.

¹ Nguyên văn: “No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country”, paragraph 7, Article 14, International Covenant on Civil and Political Rights 1966.

khi đã bị tuyên là có tội hoặc vô tội đối với một tội phạm cụ thể, ra xét xử lại tại cùng một tòa án hoặc ra trước một tòa án khác để xét xử lại đối với hành vi đó”. Tuy nhiên, bình luận cũng nêu rõ ngoại lệ của quy định này với việc khẳng định, quy định không điều chỉnh việc Tòa án cấp cao hơn hủy bỏ **bản án kết tội** và yêu cầu xét xử lại (retrial); hoặc tiến hành tiếp tục tố tụng (resumption) nếu phát hiện ra chứng cứ/tình tiết mới².

Tại châu Âu, Công ước châu Âu về quyền con người (ECHR) cũng quy định về nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm tại Điều 4 Nghị định thư thứ 7. Theo đó, không ai bị đưa ra xét xử hoặc bị trừng phạt lại một lần nữa trong tố tụng hình sự dưới quyền tài phán của cùng một quốc gia cho cùng một hành vi phạm tội mà người đó đã được tuyên vô tội hoặc có tội. Tuy nhiên, nguyên tắc này có ngoại lệ được ghi nhận tại khoản 2 Điều 4 là: Không ngăn cản việc mở lại vụ án (reopening) theo pháp luật hình sự trong trường hợp có chứng cứ mới hoặc tình tiết mới được phát hiện, hoặc có một khiếm khuyết nghiêm trọng trong tố tụng trước đó, có thể ảnh hưởng đến kết quả vụ việc³.

Có thể thấy, cả ICCPR và ECHR đều quy định các ngoại lệ của nguyên tắc này khi có chứng cứ, tình tiết mới xuất hiện hoặc khi có khiếm khuyết nghiêm trọng trong tố tụng thì có thể mở lại vụ án (resumption/reopening). Tuy nhiên, ở đây cần phân biệt giữa hai khái niệm *resumption/reopening* và *retrial*. Nếu

resumption/reopening nghĩa là cho phép một tòa án cấp cao hơn xem xét lại vụ án sau bản án ban đầu đã có hiệu lực, và tòa án cấp cao hơn này phải ban hành phán quyết có tội hay vô tội ngay trong phiên xét xử của mình; còn *retrial* có nghĩa là bắt đầu lại toàn bộ tiến trình điều tra, truy tố, xét xử. Như vậy, có ba trường hợp cần phân biệt: (1) Việc mở lại vụ án được xem là ngoại lệ có thể chấp nhận đối với bất kỳ bản án kết tội hay vô tội; (2) Việc xét xử lại trong trường hợp có lợi cho bị cáo, nghĩa là hủy bản án kết tội và yêu cầu xét xử lại, thì vẫn được chấp nhận; và (3) Việc xét xử lại trong trường hợp bất lợi cho bị cáo, là hủy bản án vô tội và yêu cầu xét xử lại, thì không được chấp nhận⁴.

Tại Hoa Kỳ, nguyên tắc này được ghi nhận như là một quyền cơ bản tại Tu chính án thứ 5. Theo đó, không một ai bị kết án hai lần về cùng một tội để gây nguy hại đến tính mạng và thân thể⁵. Tòa án tối cao Hoa Kỳ khẳng định nguyên tắc này nhằm: (1) Bảo vệ bị cáo chống lại nhiều quyết định truy tố đối với cùng một hành vi vi phạm, (2) Bảo vệ bị cáo chống lại quyết định truy tố thứ hai đối với cùng một hành vi vi phạm sau khi đã kết án, và (3) Bảo vệ cá nhân chống lại quyết định truy tố thứ hai cho cùng một hành vi vi phạm sau khi đã được tuyên vô tội⁶. Tại Hoa Kỳ, nguyên tắc này

² UN Human Rights Committee, *General Comment No. 32*, 23 August 2007, paragraph 54-57.

³ Article 4, Protocol 7, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950.

⁴ Xem thêm Sakia Hufnagel, and Johannes Irebs, “*Double Jeopardy: A Principle in Jeopardy*”, ANU College of Law Research Paper No. 09-28, Vol. 20, No. 3, July 2008, p.6-7.

⁵ Nguyên văn: “Nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb”.

⁶ *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711, 717 (1969).

được áp dụng khá nghiêm khắc, kể cả trong trường hợp tuyên vô tội bị cáo một cách sai lầm (acquitted in error), việc tiến hành mở phiên tòa thứ hai để xét xử hành vi của bị cáo cũng không được phép⁷.

Theo quan điểm của một luật gia người Anh, nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm nhằm để⁸:

(1) Đảm bảo tính chung thẩm của phán quyết. Bởi lẽ, nếu sau một phán quyết có hiệu lực pháp luật của tòa án mà cơ quan công tố lại có thể tiếp tục việc truy tố ra tòa án để tiếp tục xét xử lại lần thứ hai về cùng hành vi đó thì giá trị pháp lý của phán quyết đầu tiên sẽ bị suy giảm.

(2) Giảm thiểu sự phiền hà do quá trình tố tụng gây ra. Có thể thấy, quá trình tố tụng điều tra, truy tố, xét xử luôn gây ra sự khó khăn hoặc phiền hà cho các cá nhân tham gia tố tụng, cả người bị buộc tội và bị hại. Vì lẽ đó, lặp đi lặp lại việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với một hành vi đã bị tuyên vô tội sẽ dẫn đến đau khổ, phiền hà kéo dài cho người tham gia tố tụng.

(3) Giảm khả năng kết án oan sai người vô tội. Nếu cho phép cơ quan công tố tiếp tục truy tố một hành vi đã bị tuyên vô tội nhiều khả năng sẽ dẫn đến những kết quả án oan vào những lần xét xử sau.

(4) Bảo vệ quyền lực của bồi thẩm đoàn trong việc tuyên vô tội. Tại các nước theo hệ thống thông luật, việc xác định sự thật vụ án (matter of fact), nghĩa là phán xét có tội hay vô tội, được giao cho một bồi thẩm đoàn gồm các thành viên không chuyên được lựa chọn ngẫu nhiên, và được lựa chọn bởi hai bên buộc tội và gỡ tội, từ danh sách cử tri tại địa phương. Bồi thẩm đoàn được cho là một thể chế phù hợp để mang đến công lý. Cần phải nói lại, thể chế bồi thẩm đoàn là một thể chế đặc thù trong hệ thống tố tụng tranh tụng, và trong quan niệm của hệ thống tố tụng tranh tụng, công lý chỉ đạt được khi hai bên (buộc tội và gỡ tội) bình đẳng với nhau trong tố tụng⁹. Có nghĩa là, trong mối liên hệ với bồi thẩm đoàn, sự bình đẳng chẳng những thể hiện ở khía cạnh thu thập, trình bày chứng cứ mà còn ở khía cạnh lựa chọn người phán xử vụ án của riêng họ. Mặt khác, tính chất đại diện cộng đồng của bồi thẩm đoàn còn giúp bị cáo thấy được việc xét xử một cách công bằng bởi một thể chế bao gồm những người từ nhóm, giới, hoặc tầng lớp của họ¹⁰. Từ đó, khả năng thực thi công lý trong vụ án sẽ được đảm bảo hơn. Mặt khác, về khía cạnh chính trị, bồi thẩm đoàn được cho là một hiện thân của chủ quyền nhân dân trong việc thực thi quyền lực tư pháp. Theo đó, bởi tính chất đại diện cộng đồng, mỗi bồi thẩm đoàn được xem như là một hiện thân ở

⁷ Evans v. Michigan, 568 U.S. 313 (2013).

⁸ David S. Rudstein, "Retrying the Acquitted in England – Part I: The Exception to the Rule Against Double Jeopardy for New and Compelling Evidence; and David S. Rudstein", 8 San Diego International Law Journal, 2007, p.403-418; and David S. Rudstein, "Retrying the Acquitted in England – Part II: The Exception to the Rule Against Double Jeopardy for Tainted Acquittals", 9 San Diego International Law Journal, 2008, p.240-256.

⁹ Hans F.M. Crombag, *Adversarial or Inquisitorial: Do we have a choice?*, in Perter J. van Koppen & Steven D. Penrod (ed.), *Adversarial versus Inquisitorial Justice: Psychological Perspectives on Criminal Justice Systems*, New York: Kluwer Academic/Plenum Publisher, 2003, p.23-24.

¹⁰ Valerie P. Hans and Neil Vidmar, *Judging the Jury*, Massachusetts: Perseus Books, 1986, p.50-51.

mức độ thấp của nghị viện¹¹. Sự phán quyết của bồi thẩm đoàn đối với các bị cáo bị truy tố bởi cơ quan công quyền cũng đồng thời là sự phán quyết của một thể chế đại diện nhân dân về tính hợp pháp của các luật được dùng làm căn cứ truy tố. Nếu một luật liên tiếp bị các bồi thẩm đoàn từ chối áp dụng để kết tội các bị cáo ở nhiều phiên tòa khác nhau, có nghĩa là luật đó không được cộng đồng chấp nhận và đã bị vô hiệu hóa một phần trên thực tế. Việc tuyên trắng án một bị cáo mà không xem xét đến các luật và chứng cứ được gọi là “jury nullification”¹². Nếu phán quyết của bồi thẩm đoàn về việc tuyên vô tội lại bị xem xét và hủy bỏ bởi một phán quyết thứ hai thì quyền lực xét xử của bồi thẩm đoàn sẽ trở nên vô nghĩa trên thực tế, từ đó khó đảm bảo các chức năng tư pháp và chính trị của thể chế này¹³.

(5) Thúc đẩy sự hiệu quả của quá trình điều tra, truy tố. Do chỉ được tiến hành truy cứu trách nhiệm hình sự một lần đối với một hành vi phạm tội nên sẽ buộc các cơ quan điều tra, cơ quan công tố phải gia tăng

tính hiệu quả trong việc thực thi nhiệm vụ của mình.

(6) Bảo tồn nguồn lực của cơ quan truy tố và cơ quan tư pháp. Việc các cơ quan điều tra, cơ quan công tố, và cơ quan xét xử tiến hành xử lý nhiều lần một hành vi tội phạm là gây lãng phí nguồn lực không cần thiết.

(7) Ngăn chặn sự quấy rối bị cáo từ cơ quan tố tụng. Việc một cá nhân bị các cơ quan tố tụng đặt vào quy trình tố tụng hình sự, bằng cách này hay cách khác, đều gây ra những phiền hà cho cá nhân đó trong cuộc sống xã hội và đời sống riêng tư cá nhân. Chính vì vậy, việc nghiêm cấm cơ quan tố tụng tiến hành xử lý lần thứ hai đối với cùng một hành vi phạm tội nhằm tránh nguy cơ quấy rối cá nhân từ phía cơ quan tư pháp một cách không cần thiết.

(8) Duy trì sự tin tưởng của cộng đồng đối với hệ thống pháp luật. Có thể thấy, việc một hệ thống tư pháp hình sự luôn tìm kiếm cơ hội thứ hai sau khi thất bại trong việc buộc tội một cá nhân trước tòa án sẽ khiến sự tin tưởng của cộng đồng đối với tính hiệu quả của hệ thống đó suy giảm, đồng thời cũng khiến cho giá trị phán quyết của tòa án bị suy giảm trong suy nghĩ của cộng đồng chính trị.

Nguyên tắc này hiện được hiểu và áp dụng theo hai xu hướng khác nhau. Xu hướng thứ nhất (*in concreto*), được theo đuổi bởi các quốc gia theo hệ thống dân luật (civil law) như Pháp, Đức. Xu hướng này nhấn mạnh đến tính nhận dạng của hành vi (identity of conduct), theo đó ngăn chặn quyết định truy tố lần thứ hai nếu quyết định thứ hai này dựa trên các sự

¹¹ P. Devlin, *Trial by Jury*, London: Stevens & Sons Ltd., 1956, p.164.

¹² Tòa án tối cao Hoa Kỳ cũng nhiều lần bày tỏ sự ủng hộ đối với hành động “jury nullification” của bồi thẩm đoàn. Trong án lệ *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145, (1968), Tòa án tối cao đã viết: “*Quyền được xét xử bởi bồi thẩm đoàn được trao cho bị cáo để ngăn chặn sự áp bức của chính quyền*”; tại án lệ *Taylor v. Louisiana*, 419 U.S. 522, (1975), Tòa tối cao khẳng định mục đích của bồi thẩm đoàn là để “*chống lại sự thực hiện quyền lực độc đoán*”.

¹³ Xem thêm Võ Minh Kỳ và Nguyễn Phương Anh, “*Thẩm phán không chuyên trong phiên tòa hình sự: Mô hình của Hoa Kỳ, Nhật Bản và kinh nghiệm cho Việt Nam*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6 (362), 2018, tr. 30-38.

kiện, chứng cứ đã được sử dụng làm cơ sở cho phán quyết đầu tiên, kể cả khi quyết định truy tố thứ hai được thực hiện đối với tội danh khác.

Xu hướng thứ hai (*in abstracto*), được áp dụng tại các quốc gia theo hệ thống thông luật (common law) như Anh, Hoa Kỳ, Canada, Úc. Xu hướng này nhấn mạnh đến tính nhận dạng của tội phạm (identity of offence). Có nghĩa là, nếu một hành vi thực tế có thể cùng lúc cấu thành hai tội phạm khác nhau, và nếu hai tội phạm này yêu cầu những yếu tố cấu thành khác nhau thì bản án thứ nhất tuyên kết tội hoặc vô tội không làm ảnh hưởng đến việc cơ quan công tố sử dụng những chứng cứ, sự kiện đã được sử dụng trong bản án đầu tiên để làm cơ sở cho quyết định truy tố thứ hai đối với tội danh thứ hai. Ví dụ, một người khi đã bị truy tố và xét xử về hành vi hành hung thông thường (common assault), bản án kết tội hành vi hành hung này không ảnh hưởng đến việc cơ quan công tố tiếp tục sử dụng các sự kiện, chứng cứ đã sử dụng trong bản án đầu tiên để thực hiện quyết định truy tố thứ hai cho tội danh tấn công làm tổn hại cơ thể trầm trọng (assault occasioning grievous bodily harm)¹⁴.

Có thể nói, nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm là một nguyên tắc mang giá trị phổ quát toàn cầu trong tố tụng hình sự, được pháp luật quốc tế và nhiều quốc gia thừa nhận và bảo vệ theo nhiều mức độ khác nhau.

2. Pháp luật Việt Nam về nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm

Mặc dù không trực tiếp quy định về nguyên tắc không ai bị kết án hai lần về một tội phạm, nhưng một trong 7 căn cứ không được khởi tố vụ án hình sự quy định tại Điều 107 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003 là “*Người mà hành vi phạm tội của họ đã có bản án có hiệu lực pháp luật*” (khoản 4). Quy tắc này cũng đã một phần giới hạn việc xét xử hoặc kết án hai lần về cùng một tội phạm đối với một người. Tuy nhiên, phải tới Hiến pháp năm 2013 thì nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm mới lần đầu tiên được thể chế hóa, trở thành nguyên tắc hiến định.

Hiến pháp năm 2013 đã bổ sung rất nhiều chế định mới liên quan đến quyền con người, quyền công dân, trong số đó có chế định tại Điều 31 về những nguyên tắc áp dụng trong lĩnh vực hình sự, tố tụng hình sự nhằm bảo vệ con người trước các hoạt động tố tụng hình sự mà các cơ quan tiến hành tố tụng thực hiện khi có tội phạm xảy ra.

Khoản 3 Điều 31 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm*”. Cụ thể hóa nguyên tắc này, Điều 14 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (sau đây gọi là BLTTHS 2015) quy định: “*Không được khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử đối với người mà hành vi của họ đã có bản án của tòa án đã có hiệu lực pháp luật, trừ trường hợp họ thực hiện hành vi nguy hiểm khác cho xã hội mà Bộ luật Hình sự quy định là tội phạm*”. Đồng thời, khoản 4 Điều 157 BLTTHS 2015 đã quy định không được khởi tố vụ án hình sự đối với “*Người mà hành vi phạm tội của họ đã có bản án hoặc quyết định đình chỉ vụ án có hiệu lực pháp luật*”.

¹⁴ Gerard Conway, “*Ne bis in Idem in International Law*”, *International Criminal Law Review*, Vol. 3, No. 3, 2003, p. 227.

Quy định mới này của BLTTHS 2015 không chỉ kế thừa mặt tích cực của BLTTHS 2003, cụ thể hóa nội dung của Hiến pháp năm 2013, mà còn trở thành một trong những nguyên tắc cơ bản, quan trọng của pháp luật tố tụng hình sự, bảo đảm thực hiện chính sách pháp luật hình sự của Nhà nước ta là: Một hành vi nguy hiểm cho xã hội chỉ có thể bị xử lý một lần, bảo vệ quyền con người, quyền công dân. BLTTHS 2015 quy định nguyên tắc này góp phần tích cực trong việc phòng chống oan sai, hạn chế việc cơ quan tiến hành tố tụng quy kết người không phạm tội.

Nhằm bảo vệ một người mà hành vi của họ đã bị kết tội bằng một bản án có hiệu lực pháp luật, quy định này cấm các cơ quan tiến hành tố tụng, cụ thể là cơ quan điều tra, cơ quan có thẩm quyền điều tra, viện kiểm sát thực hiện việc khởi tố, áp dụng các biện pháp điều tra đối với họ với tư cách là bị can, cấm viện kiểm sát quyết định truy tố họ ra trước tòa án để xét xử; cấm tòa án tuyên bố họ phạm tội khi hành vi gây nguy hiểm cho xã hội của họ đã bị kết tội bằng một bản án có hiệu lực pháp luật.

Theo quy định của pháp luật tố tụng hình sự hiện hành, bản án có hiệu lực pháp luật bao gồm:

Đối với bản án, quyết định hình sự sơ thẩm: Trong trường hợp bản án, quyết định sơ thẩm của tòa án không bị kháng cáo, kháng nghị thì bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật kể từ ngày hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị (Điều 343 BLTTHS 2015). Theo quy định của Điều 333 và 337 BLTTHS, thời hạn kháng cáo đối với bản án sơ thẩm là 15 ngày kể từ ngày tuyên án, đối với quyết định sơ thẩm là 07 ngày kể từ

ngày người có quyền kháng cáo nhận được quyết định. Thời hạn kháng nghị của viện kiểm sát cùng cấp đối với bản án của tòa án cấp sơ thẩm là 15 ngày, của viện kiểm sát cấp trên trực tiếp là 30 ngày kể từ ngày tòa án tuyên án. Thời hạn kháng nghị của viện kiểm sát cùng cấp đối với quyết định của tòa án cấp sơ thẩm là 07 ngày, của viện kiểm sát cấp trên trực tiếp là 15 ngày kể từ ngày tòa án ra quyết định.

Đối với bản án hình sự phúc thẩm, quyết định giám đốc thẩm và quyết định tái thẩm, hiệu lực của bản án, quyết định được bắt đầu kể từ ngày tuyên án hoặc ngày ra quyết định (Điều 355, 395, 403 BLTTHS 2015). Bên cạnh đó, BLTTHS 2015 cũng quy định một số trường hợp mà bản án, quyết định được thi hành ngay, đó là trường hợp bị cáo đang bị tạm giam mà tòa án cấp sơ thẩm quyết định đình chỉ vụ án, tuyên bị cáo không có tội, miễn trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt cho bị cáo, hình phạt không phải là hình phạt tù hoặc phạt tù nhưng cho hưởng án treo hoặc khi thời hạn phạt tù bằng hoặc ngắn hơn thời hạn đã tạm giam thì bản án hoặc quyết định của tòa án được thi hành ngay, mặc dù vẫn có thể bị kháng cáo, kháng nghị¹⁵.

Như vậy, có thể hiểu, bản án của tòa án có hiệu lực pháp luật bao gồm: (i) Bản án sơ thẩm sau khi hết thời hạn kháng cáo, kháng nghị và (ii) Bản án phúc thẩm. Thủ tục giám đốc thẩm và tái thẩm được coi là thủ tục xét lại bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật.

3. Giám đốc thẩm và tái thẩm: Mỗi liên hệ với nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm

¹⁵ Điều 363 BLTTHS 2015.

Theo quy định của BLTTHS 2015, thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm đều là thủ tục xét lại các bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật trên cơ sở kháng nghị của người có thẩm quyền. Điểm khác biệt cơ bản giữa hai thủ tục này là việc kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm dựa trên những căn cứ kháng nghị khác nhau. Sự khác nhau giữa thủ tục giám đốc thẩm và thủ tục tái thẩm chủ yếu là ở căn cứ để kháng nghị, nếu căn cứ làm phát sinh thủ tục giám đốc thẩm là “vi phạm nghiêm trọng trong việc xử lý vụ án”, thì căn cứ làm phát sinh thủ tục tái thẩm là “tình tiết mới được phát hiện có thể làm thay đổi cơ bản nội dung của bản án, quyết định”¹⁶.

Giám đốc thẩm là xét lại bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì phát hiện có vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án¹⁷. Mục đích giám đốc thẩm là kiểm tra lại tính có căn cứ, tính hợp pháp của bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị, khắc phục những vi phạm pháp luật bị kháng nghị, khắc phục những vi phạm pháp luật trong quá trình giải quyết vụ án dẫn đến việc ra bản án, quyết định thiếu chính xác, không phản ánh đúng sự thực khách quan hoặc việc ra bản án, quyết định không đúng với quy định pháp luật, nhằm đảm bảo việc xử lý vụ án đúng người, đúng tội, đúng pháp luật¹⁸. Theo đó, căn cứ kháng nghị giám đốc thẩm bao gồm: (1) Kết luận trong bản án, quyết

định của tòa án không phù hợp với những tình tiết khách quan của vụ án; (2) Có vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng trong điều tra, truy tố, xét xử dẫn đến sai lầm nghiêm trọng trong việc giải quyết vụ án; (3) Có sai lầm nghiêm trọng trong việc áp dụng pháp luật¹⁹.

Tái thẩm là xét lại bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật nhưng bị kháng nghị vì phát hiện có tình tiết mới có thể làm thay đổi cơ bản nội dung của bản án, quyết định mà tòa án không biết được khi ra bản án, quyết định đó. Như vậy, căn cứ kháng nghị tái thẩm bao gồm: (1) Có căn cứ chứng minh lời khai của người làm chứng, kết luận giám định, kết luận định giá tài sản, lời dịch của người phiên dịch, bản dịch thuật có những điểm quan trọng không đúng sự thật; (2) Có tình tiết mà điều tra viên, kiểm sát viên, thẩm phán, hội thẩm do không biết được mà kết luận không đúng làm cho bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật không đúng sự thật khách quan của vụ án; (3) Vật chứng, biên bản về hoạt động điều tra, truy tố, xét xử, biên bản hoạt động tố tụng khác hoặc những chứng cứ, tài liệu, đồ vật khác trong vụ án bị giả mạo hoặc không đúng sự thật; (4) Những tình tiết khác làm cho bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật không đúng sự thật khách quan của vụ án²⁰.

Cả hai Hội đồng giám đốc thẩm và Hội đồng tái thẩm đều có thẩm quyền hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để điều tra lại hoặc xét xử lại²¹. Như vậy, nếu đối chiếu với quy định tại Điều 14 của

¹⁶ Nguyễn Ngọc Anh và Phan Trung Hoài, *Bình luận khoa học Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, 2019, tr.762-763.

¹⁷ Điều 370 BLTTHS 2015.

¹⁸ Nguyễn Ngọc Anh và Phan Trung Hoài, t.lđđ, tr.731.

¹⁹ Điều 371 BLTTHS 2015.

²⁰ Điều 397 và Điều 398 BLTTHS 2015.

²¹ Điều 388 và Điều 402 BLTTHS 2015.

BLTTHS 2015 về nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm, theo đó “không được khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử đối với người mà hành vi của họ đã có bản án của tòa án đã có hiệu lực pháp luật”, có thể thấy thẩm quyền này của thủ tục giám đốc thẩm và tái thẩm là những ngoại lệ của nguyên tắc. Bởi lẽ, quyết định giám đốc thẩm và tái thẩm có thể hủy bản án đã có hiệu lực pháp luật để tiến hành điều tra, xét xử lại.

Vấn đề cần xem xét ở đây là liệu các ngoại lệ này có phù hợp với tinh thần và mục đích của nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm hay không; hay các ngoại lệ này đã xâm phạm đến giá trị cốt lõi của nguyên tắc này.

Trước hết, xét đến thủ tục tái thẩm, có thể thấy các căn cứ hủy bản án để điều tra, xét xử lại trong thủ tục này có liên quan đến việc *phát hiện tình tiết, chứng cứ mới* làm thay đổi bản chất vụ án, khiến cho bản án đã được tuyên không phù hợp với sự thật khách quan của vụ án. Từ việc xem xét nguyên tắc *ne bis in idem* trong phạm vi luật quốc tế, cũng như pháp luật các quốc gia khác, có thể thấy các hệ thống pháp luật này đều thừa nhận ngoại lệ đối với việc mở lại một quy trình tố tụng mới trong trường hợp phát hiện ra chứng cứ mới (*new evidence*). Việc mở lại vụ án khi có chứng cứ mới là xu hướng áp dụng trong hệ thống các nước dân luật. Ngay cả tại các nước thông luật, việc mở lại vụ án khi có chứng cứ mới vẫn được áp dụng trong nhiều trường hợp²².

²² Tại Úc, Đạo luật sửa đổi Bộ luật Hình sự 2007 (Criminal Code (Double Jeopardy) Amendment Act 2007) của bang Queensland quy định về việc mở lại thủ tục tố tụng nếu phát hiện chứng cứ mới. Xem

Việc mở lại vụ án trong trường hợp này tuy là một xung đột với nguyên tắc *rule against double jeopardy*, nhưng điều này là cần thiết nhằm tránh trường hợp người bị buộc tội khai báo gian dối hoặc cung cấp tài liệu sai sự thật, hoặc có hành vi làm sai lệch vụ án bằng cách mua chuộc người làm chứng. Đặc biệt, tại các nước theo hệ thống dân luật thường theo mô hình tố tụng thẩm vấn, giá trị “sự thật vụ án” thường được xem là giá trị quan trọng nhất của quá trình giải quyết vụ án hình sự²³. Chính vì vậy, trong những trường hợp phát hiện chứng cứ mới làm thay đổi sự thật vụ án đã được phát hiện trong bản án, vấn đề xung đột giữa hai giá trị “không ai bị xét xử hai lần về một tội phạm” và “sự thật vụ án” thì giá trị sau luôn được ưu tiên hơn giá trị trước.

Việt Nam, về cơ bản cũng là một nước theo hệ thống dân luật và tố tụng thẩm vấn. Do đó, thủ tục tái thẩm về cơ bản là có thể được chấp nhận nếu xét về giá trị “tìm kiếm sự thật vụ án” của hệ thống tư pháp hình sự Việt Nam, cũng như phù hợp với thông lệ quốc tế.

thêm tại: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/asmade/act-2007-049>.

Tại Anh, ở Đạo luật Tư pháp Hình sự 2003 (Criminal Justice Act 2003), từ Điều 75 đến Điều 84 về thủ tục mở lại phiên tòa (*retrial*) quy định cơ quan công tố có thể gửi đơn cho tòa phúc thẩm xem xét mở lại phiên tòa nếu phát hiện ra chứng cứ mới chống lại người đã được tuyên vô tội, nếu việc mở ra một thủ tục tố tụng mới nhằm bảo vệ lợi ích xã hội, và nếu việc bắt đầu phiên tòa mới không vi phạm Điều 31 và Điều 34 của Hiệp ước Liên minh châu Âu (Treaty of European Union). Xem thêm tại: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/contents>.

²³ Các học giả thường đánh giá rằng, mô hình tố tụng thẩm vấn được xây dựng dựa trên “*truth theory*” (tạm dịch: Thuyết sự thật), còn tố tụng tranh tụng lại dựa trên “*fight theory*” (tạm dịch: Thuyết chiến đấu). Xem thêm John H. Langbein, *Comparative Criminal Procedure: Germany*, West Group, 1977, p.58.

Xét đến thủ tục giám đốc thẩm, có thể thấy các căn cứ cho việc hủy bản án để điều tra, xét xử lại trong thủ tục này có liên quan đến *sai lầm của cơ quan tiến hành tố tụng* trong việc áp dụng pháp luật, hoặc trong việc nhận định chứng cứ của vụ án làm cho bản án đã được tuyên không đúng pháp luật hoặc không phù hợp với sự thật khách quan của vụ án. Trong thủ tục này, sai lầm đến từ các cơ quan tiến hành tố tụng, nhưng việc hủy vụ án để điều tra, xét xử lại đã ảnh hưởng đến quyền cơ bản của cá nhân khi lần thứ hai đặt họ vào tình trạng bị buộc tội, lần thứ hai phải rơi vào vòng xoáy tố tụng mà nguyên nhân không xuất phát từ họ. Quan trọng hơn, sự xâm phạm này trở nên nghiêm trọng nếu trong thủ tục tố tụng ban đầu mà cá nhân đó được tòa án phán quyết vô tội, phán quyết tội nhẹ hoặc mức án nhẹ hơn hành vi mà họ đã thực hiện.

Ở đây, sự khác biệt giữa thủ tục tái thẩm và giám đốc thẩm là ở chỗ, sự thật khách quan được khám phá trong bản án đã có hiệu lực và sự thật khách quan trong phiên tái thẩm là khác nhau bởi phiên tái thẩm khám phá được thêm tình tiết chứng cứ mới; còn sự thật khách quan được khám phá trong bản án đã có hiệu lực và sự thật khách quan được ghi nhận trong phiên giám đốc thẩm là như nhau nhưng việc áp dụng pháp luật hoặc nhận định tình tiết, chứng cứ, hành vi phạm tội giữa phiên giám đốc thẩm và phiên tòa đã ra bản án có hiệu lực lại có sự khác biệt.

Như vậy, nếu xét đến giá trị “sự thật vụ án” trong hệ thống tư pháp hình sự Việt Nam, có thể thấy rằng, trong thủ tục giám đốc thẩm, sự thật vụ án không thay đổi, chỉ có việc áp dụng pháp luật và nhận định

chứng cứ là có sự khác biệt giữa phiên tòa đã ban hành bản án có hiệu lực và phiên giám đốc thẩm. Do đó, ở đây không có sự xung đột giữa hai giá trị “không ai bị xét xử hai lần về một tội phạm” và “sự thật vụ án”, nên không thể viện dẫn giá trị sau để làm cơ sở cho sự xâm phạm nguyên tắc “không ai bị xét xử hai lần về một tội phạm”.

Mặt khác, nếu việc hủy án để điều tra, xét xử lại là bởi việc nhận định chứng cứ và áp dụng pháp luật của bản án đã có hiệu lực sai lầm gây bất lợi cho tình trạng của người bị buộc tội như kết án oan, kết án tội nặng hơn hoặc tuyên án phạt nặng hơn với hành vi của họ đã gây ra, thì việc hủy án để điều tra, xét xử lại là nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Giữa hai giá trị lợi ích “không bị xét xử hai lần về cùng một tội phạm” và nhận được tình trạng có lợi hơn trong tố tụng hình sự thì có thể thấy, giá trị sau mang lại lợi ích nhiều hơn cho người bị buộc tội. Do đó, việc một lần nữa đặt họ vào tình trạng bị điều tra, truy tố, và xét xử là có thể chấp nhận. Suy cho cùng, nguyên tắc này được đặt ra là nhằm bảo vệ quyền và lợi ích của người bị buộc tội.

Ngược lại, trong trường hợp nếu việc hủy án để điều tra, xét xử lại là bởi việc nhận định chứng cứ và áp dụng pháp luật của bản án đã có hiệu lực sai lầm có lợi cho tình trạng của người bị buộc tội như tuyên vô tội, kết án tội nhẹ hơn hoặc tuyên án phạt nhẹ hơn với hành vi của họ đã gây ra thì việc hủy án để điều tra, xét xử lại sẽ xâm phạm nghiêm trọng đến quyền lợi của những cá nhân này. Việc sử dụng sai lầm của cơ quan tiến hành tố tụng trong việc áp dụng pháp luật và nhận định chứng cứ để làm cơ sở cho việc đặt các cá nhân vào tình

trạng bị buộc tội lần thứ hai là không hợp lý, xâm phạm nghiêm trọng đến nguyên tắc “không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm”.

Như vậy, có thể đi đến kết luận rằng, thẩm quyền hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để điều tra lại hoặc xét xử lại các thủ tục tái thẩm, giám đốc thẩm là các ngoại lệ đối với nguyên tắc “không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm”. Tuy nhiên, nếu thủ tục tái thẩm là ngoại lệ có thể chấp nhận được bởi sự đề cao giá trị “sự thật vụ án”, thì thủ tục giám đốc thẩm là ngoại lệ không có cơ sở vững chắc cho việc điều tra, xét xử lại người bị buộc tội trong trường hợp gây bất lợi cho tình trạng của họ.

4. Kiến nghị

Từ các phân tích trên, chúng tôi cho rằng, cần thiết phải sửa đổi, bổ sung quy định về thủ tục giám đốc thẩm theo hướng chỉ có thể hủy bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật để điều tra lại, xét xử lại trong trường hợp bản án đã có hiệu lực có sai lầm gây bất lợi cho tình trạng của người bị buộc tội như kết án oan, kết án tội nặng hơn hoặc tuyên án phạt nặng hơn với hành vi của họ đã gây ra. Còn các trường hợp khác thì tuyệt đối không cho phép hủy bản án, quyết định để thực hiện lại quy trình tố tụng khác nhằm tránh xâm phạm nguyên tắc “không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm”.

Nếu bản án, quyết định của tòa án có sai sót do lỗi của cơ quan tiến hành tố tụng, chỉ cơ quan tiến hành tố tụng mới phải chịu trách nhiệm trước pháp luật. Trong trường hợp bản án đã có hiệu lực có sai lầm, nhưng không gây bất lợi cho tình trạng của người bị buộc tội như kết án oan, kết án tội nặng hơn hoặc tuyên án phạt nặng hơn với

hành vi của họ đã gây ra, Hội đồng giám đốc thẩm có thể sửa bản án theo quy định của khoản 5 Điều 388 BLTTHS 2015. Tức là, cơ quan tiến hành tố tụng không thể đưa một người ra điều tra, truy tố, xét xử lại trong trường hợp bản án, quyết định của tòa án đã có hiệu lực pháp luật. Việc quy định như vậy cũng một phần tăng cường trách nhiệm của tòa án khi đưa ra bản án, quyết định.

Như vậy, Điều 388 BLTTHS 2015 về thẩm quyền của Hội đồng giám đốc thẩm nên được sửa đổi như sau²⁴:

Điều 388. Thẩm quyền của Hội đồng giám đốc thẩm

1. Không chấp nhận kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị.
2. Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và giữ nguyên bản án, quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp sơ thẩm hoặc tòa án cấp phúc thẩm bị hủy, sửa không đúng pháp luật.
3. Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để điều tra lại hoặc xét xử lại *trong trường hợp bản án, quyết định đó dẫn đến gây bất lợi cho tình trạng của người bị buộc tội.*
4. Hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và đình chỉ vụ án.
5. Sửa bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật.
6. Đình chỉ xét xử giám đốc thẩm.

²⁴ Phần in nghiêng thể hiện phần sửa đổi, bổ sung theo ý kiến của các tác giả.

NGƯỜI THỪA KẾ THEO PHÁP LUẬT TRONG BỘ LUẬT DÂN SỰ NĂM 2015

*Phan Thành Nhân**

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá một số quy định về người thừa kế theo pháp luật trong Bộ luật Dân sự năm 2015 và thực tiễn áp dụng, từ đó, tác giả đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật về vấn đề này.

Abstract: The article analyzes and assesses a number of regulations on heir at law under the 2015 Civil Code and their practical application, thereby, the author makes proposals for improvement of the law in this respect.

Dẫn nhập

Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015 được đánh giá là có nhiều tiến bộ và có nhiều nội dung mới được luật hóa, từng bước đáp ứng yêu cầu của xã hội, trong đó có chế định thừa kế. Tuy nhiên, qua một thời gian đi vào cuộc sống đã cho thấy, vẫn còn một số vướng mắc, bất cập; từ đó dẫn đến có nhiều quan điểm khác nhau, việc áp dụng trên thực tế cũng không thống nhất. Chẳng hạn như: Quy định về quyền thừa kế thế vị của cháu và chất hay của con nuôi; quan hệ thừa kế giữa con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi và cha đẻ, mẹ đẻ hay giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế vẫn còn chưa phù hợp về mặt lý luận lẫn thực tiễn.

1. Về quyền thừa kế thế vị của cháu và chất

Theo quy định tại Điều 652 BLDS năm 2015: “Trường hợp con của người để lại di sản chết trước hoặc cùng một thời điểm với người để lại di sản thì cháu được hưởng phần di sản mà *cha hoặc mẹ của cháu được hưởng nếu còn sống*; nếu cháu cũng chết trước hoặc cùng một thời điểm với người để lại di sản thì chất được hưởng phần di sản

mà *cha hoặc mẹ của chất* được hưởng nếu còn sống”.

Với quy định trên, nếu hiểu theo câu chữ của điều luật, khi cha hoặc mẹ của cháu hoặc chất không được quyền hưởng di sản của ông, bà hoặc cụ do có một trong các hành vi được nêu tại khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015¹ sẽ kéo theo cháu hoặc chất cũng không thể được thay thế vị trí của cha mẹ để hưởng di sản của ông, bà hoặc cụ².

¹ Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015 quy định những trường hợp không được quyền hưởng di sản, đó là:

- Người bị kết án về hành vi cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe hoặc về hành vi ngược đãi nghiêm trọng, hành hạ người để lại di sản, xâm phạm nghiêm trọng danh dự, nhân phẩm của người đó;
- Người vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ nuôi dưỡng người để lại di sản;
- Người bị kết án về hành vi cố ý xâm phạm tính mạng người thừa kế khác nhằm hưởng một phần hoặc toàn bộ phần di sản mà người thừa kế đó có quyền hưởng;
- Người có hành vi lừa dối, cưỡng ép hoặc ngăn cản người để lại di sản trong việc lập di chúc; giả mạo di chúc, sửa chữa di chúc, huỷ di chúc, che giấu di chúc nhằm hưởng một phần hoặc toàn bộ di sản trái với ý chí của người để lại di sản.

² Có quan điểm cho rằng “dù đã được xóa án tích cũng không được quyền hưởng di sản của người chết” (Xem: Hoàng Thế Liên, Nguyễn Đức Giao - Đồng chủ biên (2001), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tập 3, tr. 31.)

* ThS., Tòa án nhân dân tỉnh Đồng Tháp.

Theo giải đáp tại tiểu mục 4 Mục II Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 03/4/2019 của Tòa án nhân dân tối cao: Thừa kế thế vị được hiểu là hưởng thay và đối tượng hưởng thay đã được quy định rõ là “*phần di sản của cha hoặc mẹ của cháu được hưởng nếu còn sống*”. Trường hợp một người đã không được quyền hưởng di sản theo quy định tại khoản 1 Điều 621 của BLDS năm 2015, như bị kết án về hành vi ngược đãi nghiêm trọng người cha thì họ sẽ không được hưởng di sản của người cha. Do vậy, nếu họ còn sống khi cha chết, họ cũng không được hưởng di sản thừa kế nên không có “*phần được hưởng nếu còn sống*” để cho người khác hưởng thế vị. Như vậy, cha mẹ của cháu hoặc chất phải là người được quyền hưởng di sản thì cháu hoặc chất mới được hưởng thế vị thay cha, mẹ khi cha, mẹ chết trước hoặc chết cùng thời điểm với người để lại di sản.

Dưới góc độ nghiên cứu khoa học, vẫn còn nhiều tác giả có quan điểm không thống nhất với cách lý giải nêu trên³, với lý do nhằm bảo vệ quyền hưởng di sản của cháu và chất khi: (1) Bản thân họ không bị tòa án tước quyền hưởng di sản, (2) Không bị người để lại di sản truất quyền hưởng di sản và (3) Họ có năng lực pháp luật để thừa hưởng di sản hoặc (4) Trường hợp cháu và chất chưa

thành niên hoặc đã thành niên mà không có khả năng lao động. Do vậy, theo tác giả, pháp luật cũng nên cho họ được hưởng thừa kế thế vị, mặc dù cha mẹ của họ trước khi chết ở trong các trường hợp được quy định tại khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015.

Trường hợp cha hoặc mẹ của cháu hoặc chất có một trong các hành vi vi phạm được nêu tại khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015 thì cháu hoặc chất là người không có lỗi và cũng không phải chịu trách nhiệm đối với hành vi do cha, mẹ của họ gây ra. Mặt khác, trách nhiệm hình sự chỉ được áp dụng đối với những người có hành vi phạm tội, tức là “chỉ người nào phạm một tội đã được Bộ luật Hình sự quy định mới phải chịu trách nhiệm hình sự”⁴. Do vậy, các cháu hoặc chất của người để lại di sản không có nghĩa vụ gánh chịu những hành vi độc lập của cha mẹ gây ra trong quan hệ cụ thể này. Ngoài ra, về phương diện lý luận và thực tiễn, không có quyền hưởng di sản là một chế tài được áp dụng đối với riêng người có lỗi⁵. Vì vậy, quyền thừa kế thế vị của cháu hoặc chất không thể bị pháp luật tước bỏ khi mà giữa cha, mẹ và các con hoàn toàn chịu trách nhiệm hình sự với tư cách cá nhân và hành vi của họ lại hoàn toàn độc lập với nhau. Cho nên, nếu chỉ hiểu một cách máy móc là cha hoặc mẹ của cháu khi còn sống không có quyền hưởng di sản, thì cháu cũng không có quyền hưởng thừa kế thế vị nếu cha, mẹ của cháu chết trước hoặc chết cùng với ông, bà là điều hết sức bất công, đã sa vào tình trạng “quýt làm, cam chịu”, không phù hợp với xu hướng chung của pháp luật

Đây cũng là quy định tại tiểu mục a Mục 2 Nghị quyết số 02/HĐTP ngày 19/10/1990 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của Pháp lệnh thừa kế.

³ (1) Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ - Đồng chủ biên (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr. 1014.

(2) Phùng Trung Tập (2008), *Luật thừa kế Việt Nam*, Nxb. Hà Nội, Hà Nội, tr. 275.

(3) Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tập 2, tr. 312.

⁴ Khoản 1 Điều 2 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

⁵ Nguyễn Ngọc Điện (1999), *Một số suy nghĩ về thừa kế trong Luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ, Tp. Hồ Chí Minh, tr. 59.

hiện đại và trái với truyền thống, tập quán, quan niệm về thừa kế trong nhân dân⁶.

Có thể thấy, pháp luật hiện hành nước ta cũng quy định giống với BLDS Pháp năm 1804: Phần của người không được hưởng di sản chuyển sang cho các đồng thừa kế; con, cháu của người này không được hưởng phần di sản mà người không được quyền hưởng di sản đáng ra được hưởng. Hiện nay, pháp luật của Pháp đã có sự thay đổi về vấn đề này. Từ năm 2001, pháp luật của Pháp đã theo hướng, trong trường hợp một người thừa kế không được hưởng di sản do có những hành vi vi phạm nghiêm trọng đối với người để lại di sản, thì con của người không được hưởng di sản sẽ thế vào vị trí của người này, tức thực hiện các quyền của người thừa kế không được hưởng di sản. Tuy nhiên, phần của người không được hưởng di sản chỉ được chuyển sang cho các đồng thừa kế nếu người không được hưởng di sản không có con (Điều 729-1)⁷. Đây là hướng phát triển pháp luật tương đối thuyết phục và được ghi nhận trong pháp luật của một số nước trên thế giới như: Acentina⁸, Áo⁹, Canada¹⁰, Braxin¹¹, Thụy Điển¹², Nhật

Bản¹³. Ở Việt Nam, trước đây, theo quy định của Bộ dân luật Bắc Kỳ năm 1931 (Điều 315) và Bộ dân luật Trung Kỳ năm 1936 (Điều 307), cha mẹ còn sống nhưng bị tước quyền hưởng di sản (không còn là người thừa kế), con cháu vẫn được quyền hưởng¹⁴. Hay Điều 505 Bộ dân luật Việt Nam cộng hòa năm 1972 quy định: “*Người bất xứng hay bị truất quyền được coi như không bao giờ là thừa kế. Tuy nhiên, phần di sản mà đáng lẽ ra người ấy được hưởng sẽ truyền cho con cháu dẫu rằng người quá cố còn thừa kế khác ngang hàng với người bất xứng hay người bị truất quyền, trừ khi chính các con cháu này cũng bất xứng hay bị truất quyền*”.

⁶ Phùng Trung Tập (2008), *Luật thừa kế Việt Nam*, Nxb. Hà Nội, Hà Nội, tr. 275.

⁷ Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tập 2, tr. 311.

⁸ Theo pháp luật Acentina, con của người bị xác định là không được quyền hưởng di sản có thể thế vị cha mẹ của họ (Xem: Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tập 2, tr. 312).

⁹ Theo pháp luật Áo, trong khuôn khổ thừa kế theo pháp luật, con của người bị tước quyền thừa kế được thừa kế thế vị cho dù người bị tước quyền còn sống sau thời điểm mở thừa kế (Xem: Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tập 2, tr. 312).

¹⁰ Ở Canada, trước khi có sửa đổi pháp luật về thừa kế, con của người bị tước quyền hưởng di sản không được thừa kế thế vị bất kể người bị tước quyền chết trước hay chết sau người để lại di sản. Tuy nhiên, Bộ luật Dân sự mới đã cho phép một cách minh thị khả năng thế vị trong những trường hợp này (Xem: Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tập 2, tr. 312).

¹¹ Theo pháp luật Braxin, con của người thừa kế (không được hưởng di sản) thừa kế như trường hợp người thừa kế (bị tước quyền) chết trước thời điểm mở thừa kế (Xem: Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tập 2, tr. 312).

¹² Ở Thụy Điển, người bị tước quyền hưởng di sản bị coi là chết trước người để lại di sản nên thừa kế thế vị được áp dụng (Xem: Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tập 2, tr. 312).

¹³ Điều 887 Bộ luật Dân sự Nhật Bản (Xem: Nguyễn Văn Cừ, Trần Thị Huệ (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, tr. 1014).

¹⁴ Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tập 2, tr. 311 - 312.

Do vậy, thiết nghĩ để đảm bảo quyền, lợi ích của các cháu, chất của người để lại di sản, đặc biệt là trường hợp cháu và chất là người chưa thành niên hoặc đã thành niên nhưng không có khả năng lao động. BLDS cần quy định bổ sung trường hợp cháu và chất vẫn được hưởng thừa kế thế vị trong trường hợp cha hoặc mẹ của cháu và chất khi còn sống đã bị kết án về một trong các hành vi theo quy định tại khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015. Mặt khác, để bảo vệ quyền được hưởng di sản của cháu và chất khi bản thân họ không bị tòa án tước quyền và cũng không bị người để lại di sản truất quyền hưởng di sản, nhưng do họ không có khả năng lao động để tự nuôi sống bản thân mình, pháp luật cũng nên cho họ hưởng thừa kế thế vị thay cho cha mẹ họ bị truất hoặc bị tước quyền khi còn sống nhưng chết trước người để lại di sản để cháu được thừa kế di sản của ông bà, chất được hưởng di sản của các cụ (tương tự như quy định tại Điều 644 BLDS năm 2015 về trường hợp những người thừa kế không phụ thuộc vào nội dung di chúc), trừ trường hợp khi chính cháu, chất của họ cũng có một trong các hành vi vi phạm được nêu tại khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015.

2. Về quan hệ thừa kế giữa con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi và cha đẻ, mẹ đẻ

Vấn đề thừa kế thế vị liên quan đến con nuôi được quy định tại Điều 653 BLDS năm 2015: “Con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi được thừa kế di sản của nhau và còn được thừa kế di sản theo quy định tại Điều 651 và Điều 652 của Bộ luật này”. Quy định này vẫn còn khá chung chung dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau như: (1) Khi người con đẻ của người để lại di sản chết trước hoặc cùng một thời điểm với người để lại di sản, thì người con nuôi của người con đẻ của người để lại di sản có được hưởng thừa kế

thế vị hay không? (2) Khi con nuôi của người để lại di sản chết trước hoặc cùng một thời điểm với người để lại di sản, thì con đẻ của người con nuôi đó có được hưởng thừa kế thế vị không? (3) Người con nuôi của người để lại di sản chết trước hoặc cùng một thời điểm với người để lại di sản, thì con nuôi của người con nuôi đó có được hưởng thừa kế thế vị không? Có quan điểm cho rằng¹⁵, trường hợp (3) không được thừa kế thế vị, trường hợp (2) được thừa kế thế vị, còn trường hợp (1) chỉ được thừa kế thế vị nếu người để lại di sản coi như cháu ruột.

Tham khảo quy định tại tiểu mục đ Mục 4 Nghị quyết số 02/HĐTP ngày 19/10/1990 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của Pháp lệnh Thừa kế năm 1990 (Nghị quyết 02/HĐTP)¹⁶: “Con nuôi không đương nhiên trở thành cháu của cha, mẹ của người nuôi dưỡng và cũng không đương nhiên trở thành anh, chị, em của con đẻ của người nuôi. Do đó, con nuôi không phải là người thừa kế theo pháp luật của cha, mẹ và con đẻ của người nuôi”. Và tại tiểu mục a Mục 6 Nghị quyết 02/HĐTP quy định: “Về phía gia đình cha nuôi, mẹ nuôi: Con nuôi chỉ có quan hệ thừa kế với cha nuôi, mẹ nuôi mà không có quan hệ thừa kế với cha, mẹ và con đẻ của người nuôi. Trong trường hợp người có con nuôi kết hôn với người khác thì người con nuôi không đương nhiên trở thành con nuôi của người khác đó cho nên họ không phải là người thừa kế của nhau

¹⁵ Phạm Văn Tuyết, Lê Kim Giang (2017), *Pháp luật về thừa kế và thực tiễn giải quyết tranh chấp*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 328 - 329.

¹⁶ Tác giả dùng từ “tham khảo”, bởi vì theo quy định tại khoản 4 Điều 154 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, khi: “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”.

theo pháp luật”. Tại tiểu mục b Mục 5 Nghị quyết số 02/HĐTP quy định: “Trong trường hợp con nuôi chết trước cha nuôi, mẹ nuôi, thì con của người nuôi (tức là cháu của cha nuôi, mẹ nuôi) được hưởng phần di sản mà đáng lẽ cha, mẹ của chết được hưởng nếu cha, mẹ của chết còn sống vào thời điểm mở thừa kế”. Theo đó, trường hợp (2) được hưởng thừa kế thế vị, còn trường hợp (1) và (3) không được hưởng thừa kế thế vị (do con nuôi không phải là người thừa kế theo pháp luật của cha, mẹ và con đẻ của người nuôi).

Quy định trên còn cho thấy, nội dung chỉ thể hiện về quan hệ thừa kế giữa “con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi” mà không có nội dung nào quy định liên quan đến trường hợp của “cha đẻ, mẹ đẻ”. Tuy nhiên, tiêu đề của điều luật lại thể hiện là “Quan hệ thừa kế giữa con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi và cha đẻ, mẹ đẻ”. Như vậy, có thể thấy giữa tiêu đề và nội dung của điều luật đã không có sự thống nhất với nhau.

Từ những phân tích ở trên, tác giả kiến nghị:

Thứ nhất, về trường hợp thừa kế thế vị có yếu tố con nuôi: Có quan điểm cho rằng, “con nuôi của con đẻ không được thừa kế thế vị”¹⁷ và “chỉ có con đẻ thay thế vị trí của

cha, mẹ đẻ”¹⁸. Kể từ khi BLDS năm 1995 ra đời, đến BLDS năm 2005 và nay là BLDS năm 2015, vẫn chưa có văn bản hướng dẫn về trường hợp thừa kế thế vị có yếu tố con nuôi, nên Nghị quyết 02/HĐTP vẫn còn mang tính chất tham khảo. Đến nay, Nghị quyết 02/HĐTP đã ra đời gần 30 năm, do đó không phù hợp với xu thế chung của pháp luật hiện đại - hướng đến bảo vệ tốt hơn quyền lợi của người dân.

Tác giả cho rằng, quan điểm trên về mặt lý luận chưa thực sự được thuyết phục, khi vận dụng phương pháp phân tích câu chữ (biện luận dựa vào nguyên tắc áp dụng tương tự pháp luật và nguyên tắc suy lý mạnh)¹⁹ để tìm ra ý chí của người làm luật. Cụ thể: Theo quy định tại Điều 652 BLDS năm 2015 thì: “... cháu được hưởng phần di sản mà cha hoặc mẹ của cháu được hưởng nếu còn sống...”. Quy định này chỉ đề cập đến “cha hoặc mẹ” của cháu chứ không có sự phân biệt là “cha đẻ hoặc mẹ đẻ với cha nuôi hoặc mẹ nuôi”, cho nên chúng ta có thể suy luận cả hai trường hợp này đều thuộc diện thừa kế thế vị. Sự suy luận này được củng cố thêm bởi quy định tại Điều 653 BLDS năm 2015, đó là: “Con nuôi và cha nuôi, mẹ nuôi được thừa kế di sản của nhau và còn được thừa kế di sản theo quy định tại Điều 651 (thừa kế theo pháp luật) và Điều 652 (thừa kế thế vị) của Bộ luật này”. Hơn nữa, khi bàn đến “cháu”, nếu các nhà làm luật muốn giới hạn cháu được hưởng di sản như quy định tại điểm b và điểm c khoản 1 Điều 651 BLDS năm 2015 về hàng thừa kế

¹⁷ (1) Hoàng Thế Liên, Nguyễn Đức Giao - Đồng chủ biên (2001), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tập 3, tr. 115.

(2) Nguyễn Minh Tuấn - Chủ biên (2016), *Bình luận khoa học Bộ luật Dân sự của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2015*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 960 - 961.

Các tác giả trên cho rằng, con nuôi của con đẻ không thể mặc nhiên là cháu của người chết vì quan hệ gia đình xuất phát từ các quan hệ hôn nhân, huyết thống hoặc nuôi dưỡng. Tuy nhiên, quan hệ giữa con nuôi với cha đẻ của bố nuôi không có một trong các mối quan hệ trên, vì vậy người con nuôi không thể là người thừa kế của những người khác trong gia đình cha, mẹ nuôi. Ngược lại, con đẻ của người con nuôi

sẽ là cháu gọi người chết là ông hoặc bà, vì vậy họ có quyền thừa kế của nhau.

¹⁸ Phạm Văn Tuyết, Lê Kim Giang (2017), *Pháp luật về thừa kế và thực tiễn giải quyết tranh chấp*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr. 323.

¹⁹ Xem thêm: Nguyễn Ngọc Điện (2019), *Phương pháp phân tích luật viết*, Nxb. Chính trị quốc gia - Sự thật, Hà Nội, tr. 77 - 141.

thứ hai và thứ ba, thì các nhà làm luật sẽ nêu rõ là “cháu ruột”. Tuy nhiên, khi quy định về thừa kế thế vị các nhà làm luật chỉ đề cập đến “cháu” mà không đề cập đến “cháu ruột”, chúng ta có thể hiểu rằng các nhà làm luật đã không giới hạn trường hợp thừa kế thế vị chỉ được áp dụng cho cháu ruột như quy định về hàng thừa kế thứ hai và thứ ba. Đồng thời, trên cơ sở nguyên tắc bình đẳng được thừa nhận như một nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam, khi: *“Mọi cá nhân, pháp nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử; được pháp luật bảo hộ như nhau về các quyền nhân thân và tài sản”*²⁰ và đó cũng như một nguyên tắc của pháp luật thừa kế, khi: *“Mọi cá nhân đều bình đẳng về quyền để lại tài sản của mình cho người khác và quyền hưởng di sản theo di chúc hoặc theo pháp luật”*²¹. Cho nên, chúng ta có thể khẳng định thừa kế thế vị bao gồm cả trường hợp con (con đẻ hay con nuôi) của con đẻ và con (con đẻ hay con nuôi) của con nuôi của người để lại di sản và thực tiễn xét xử²² cũng đã theo hướng cháu nuôi cũng được hưởng thừa kế thế vị.

Thứ hai, cần phải chỉnh sửa lại tiêu đề tại Điều 653 BLDS năm 2015 cho phù hợp và thống nhất với nội dung của điều luật hoặc chỉnh sửa phần nội dung của điều luật lại cho thống nhất với tiêu đề.

3. Về quan hệ thừa kế giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế

Theo quy định tại Điều 654 BLDS năm 2015 thì: *“Con riêng và bố dượng, mẹ kế nếu có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con thì được thừa kế di sản*

của nhau và còn được thừa kế di sản theo quy định tại Điều 652 và Điều 653 của Bộ luật này”. Theo đó, để được hưởng quyền thừa kế di sản giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế thì pháp luật quy định họ phải có quan hệ chăm sóc nhau như cha con, mẹ con. Tuy nhiên, trên thực tế khi áp dụng quy định này để giải quyết các trường hợp cụ thể thì có nhiều cách hiểu khác nhau dẫn đến việc áp dụng pháp luật không thống nhất về nội dung như thế nào được hiểu là *“chăm sóc như cha con, mẹ con”* và dựa vào tiêu chí nào để đánh giá là có sự chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con thì pháp luật cũng chưa đề cập đến. Chẳng hạn như: (1) Thời gian chăm sóc, nuôi dưỡng nhau giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế là bao lâu sẽ được coi là chăm sóc như cha con, mẹ con; (2) Hành vi chăm sóc sẽ được thể hiện từ hai bên hay chỉ từ một bên (người được thừa kế) và (3) Nếu như một bên chỉ thể hiện hành vi chăm sóc, nuôi dưỡng, nhưng về tình cảm giữa họ đối với nhau không như cha con, mẹ con thì họ có được thừa kế theo pháp luật của nhau không? Ngoài ra, việc xác định hàng thừa kế sau khi đã xác định được quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng như cha con, mẹ con thì con riêng, bố dượng, mẹ kế sẽ thuộc hàng thừa kế thứ mấy nếu đối chiếu với quy định tại khoản 1 Điều 651 BLDS năm 2015 về người thừa kế theo pháp luật.

Có quan điểm còn cho rằng, nên bỏ quy định về thừa kế thế vị của con riêng, vì giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế với lý do là giữa họ không có mối quan hệ huyết thống và cũng không có mối quan hệ pháp lý nào ràng buộc, nếu có ràng buộc đi chăng nữa thì đó cũng chỉ là sự ràng buộc về mặt đạo đức xã hội. Có thể lý giải cho cơ sở của quan điểm này là xuất phát từ sự so sánh với trường hợp người con dâu không được

²⁰ Khoản 1 Điều 3 BLDS năm 2015.

²¹ Điều 610 BLDS năm 2015.

²² Xem thêm Bản án số 294/2006/DSPT ngày 22/12/2006 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

hưởng thừa kế đối với phần di sản của cha mẹ chồng, vì giữa họ không có mối quan hệ huyết thống, nhưng do phong tục tập quán của người Việt và trên thực tế phần lớn người con dâu cũng là người trực tiếp chăm sóc, nuôi dưỡng cha mẹ chồng. Chính vì vậy, theo tác giả, quan điểm trên cho rằng việc quy định con riêng được hưởng thừa kế thế vị thay bố dượng, mẹ kế là không thuyết phục và cần phải được xóa bỏ.

Dưới góc độ kỹ thuật lập pháp, Điều 654 BLDS năm 2015 còn cho thấy việc dẫn chiếu đến Điều 652 và Điều 653 làm cho người đọc có sự hiểu nhầm là thiếu Điều 651 về người thừa kế theo pháp luật, nhưng ở Điều 653 đã có dẫn chiếu đến Điều 651; đồng thời còn thể hiện sự trùng lặp khi Điều 653 đã có dẫn chiếu đến Điều 652 nhưng Điều 654 lại tiếp tục dẫn chiếu đến Điều 652. Lẽ ra, các nhà làm luật chỉ cần dẫn chiếu trực tiếp đến Điều 651 và Điều 652 sẽ hợp lý và chính xác hơn.

Quan hệ thừa kế giữa con riêng và cha dượng, mẹ kế phát sinh dựa trên cơ sở nuôi dưỡng, chăm sóc nhau như cha con, mẹ con. Tuy nhiên, để hiểu như thế nào là “chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con” thì hiện nay vẫn chưa có văn bản nào hướng dẫn một cách cụ thể. Do đó, để áp dụng chế định “quan hệ thừa kế giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế”, chúng ta cần phải chứng minh sự tồn tại “quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con” giữa cha dượng và con riêng của vợ, mẹ kế và con riêng của chồng²³. Ngoài ra, chúng ta còn có thể hiểu, con riêng và cha dượng, mẹ kế chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con khi giữa họ thể hiện những hành vi được quy định tại các điều 69, 70, 71 và 72

của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014. Theo đó, cha dượng, mẹ kế có nghĩa vụ và quyền cùng yêu thương, trông nom, nuôi dưỡng, chăm sóc, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của con riêng, chăm lo cho việc học tập và giáo dục con phát triển lành mạnh về thể chất, trí tuệ, đạo đức... cha, mẹ không được phân biệt đối xử giữa các con, không ngược đãi, hành hạ, xúc phạm con...; con riêng có bổn phận yêu quý, kính trọng, hiếu thảo với cha dượng, mẹ kế, có quyền và nghĩa vụ nuôi dưỡng, chăm sóc cha mẹ, không được ngược đãi, hành hạ, xúc phạm cha mẹ... Nói cách khác, pháp luật cần ghi nhận các tiêu chí để đánh giá việc chăm sóc, nuôi dưỡng nhau giữa con riêng và cha dượng, mẹ kế tương tự như quyền và nghĩa vụ của con đẻ với cha, mẹ đẻ. Đồng thời, cũng cần quy định rằng việc chăm sóc lẫn nhau giữa con riêng và cha dượng, mẹ kế không nhất thiết phải dựa trên cơ sở cùng sống chung với nhau dưới một mái nhà. Bởi trên thực tế, có rất nhiều trường hợp người con ở xa (như đi làm xa hoặc có vợ chồng xa) nhưng vẫn luôn quan tâm, thể hiện được tình cảm yêu thương lẫn nhau và có những hành động giúp đỡ cha dượng, mẹ kế bằng cách gửi tiền cũng như các vật chất khác²⁴. Do đó, việc xác định thế nào là chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha, mẹ con, theo tác giả, không nên chỉ phụ thuộc vào nơi cư trú của các thành viên trong gia đình và quan điểm của tác giả cũng phù hợp với quan điểm của Tòa án nhân dân tối cao gần đây khi có văn bản giải đáp cho các tòa án địa phương. Cụ thể: Theo giải đáp tại tiểu mục 8 Mục III Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019 của Tòa án nhân dân tối cao: Trường hợp con riêng và bố dượng, mẹ

²³ Xem thêm: Bản án số 232/2005/DSPT ngày 31/10/2005 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

²⁴ Xem thêm: Bản án số 232/2005/DSPT ngày 31/10/2005 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội.

kế không sống chung, nhưng vẫn đi lại thăm nom và chi trả tiền để người khác nuôi dưỡng, chăm sóc người kia (ví dụ: Trả chi phí nuôi dưỡng, chăm sóc cho trại trẻ mồ côi, trại dưỡng lão) thì có được coi là có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con để được hưởng thừa kế di sản của nhau theo quy định tại Điều 654 của BLDS hay không? Theo đó, việc xác định có quan hệ nuôi dưỡng, chăm sóc nhau trên thực tế như cha con, mẹ con cần căn cứ vào các quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình về quyền và nghĩa vụ của cha, mẹ, con. Trong đó, phải đánh giá một cách toàn diện các yếu tố như: Bố dượng, mẹ kế hàng tháng có trả tiền nuôi dưỡng, chăm sóc, chăm lo đến việc học tập, giáo dục con, thương yêu con... hoặc nếu bố dượng, mẹ kế không đủ điều kiện sinh sống ở mức độ trung bình ở địa phương thì con riêng đã chu cấp tiền nuôi dưỡng, chăm sóc hàng tháng... Đồng thời, mức độ quan hệ nuôi dưỡng, chăm sóc nhau trên thực tế như cha con, mẹ con phải đảm bảo được cuộc sống của họ. Do vậy, con riêng, bố dượng, mẹ kế chỉ cần có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau trên thực tế như cha, mẹ con thì được thừa kế di sản của nhau, không bắt buộc những người này phải sống chung. Tuy nhiên, giải đáp của Tòa án nhân dân tối cao vẫn chưa nêu ra những tiêu chí cụ thể để đánh giá việc chăm sóc, nuôi dưỡng nhau giữa con riêng và cha dượng, mẹ kế. Như vậy, việc giải quyết các vụ việc tương tự vẫn còn phụ thuộc vào một phần ở niềm tin nội tâm của Thẩm phán - người cầm cân nảy mực.

Vì vậy, trong thời gian tới, Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao cần sớm ban hành nghị quyết hướng dẫn thi hành Điều 654 BLDS năm 2015 về trường hợp thế nào là “chăm sóc như cha con, mẹ

con” (có tiêu chí cụ thể hơn) để đảm bảo về tính pháp lý và việc “con riêng và bố dượng, mẹ kế nếu có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con” nếu được hưởng di sản của nhau thì sẽ được xác định là hàng thừa kế nào trong các hàng thừa kế được quy định tại khoản 1 Điều 651 BLDS năm 2015. Theo tác giả, cần thừa nhận theo hướng để con riêng, bố dượng, mẹ kế nếu có quyền thừa kế của nhau thì sẽ được thừa kế ở hàng thứ nhất như thực tiễn xét xử²⁵ trong thời gian vừa qua là hợp lý và thuyết phục²⁶.

Kết luận

Các quy định về thừa kế theo pháp luật nói chung và người thừa kế theo pháp luật nói riêng thời gian qua đã phần nào phát huy được hiệu quả điều chỉnh trên thực tế. Tuy nhiên, qua phân tích đã cho thấy vẫn còn một số hạn chế nhất định, chưa phù hợp về mặt lý luận cũng như xu thế chung của pháp luật hiện đại. Chính vì vậy, tác giả cho rằng, trong tương lai BLDS năm 2015 cần sửa đổi để quy định về người thừa kế theo pháp luật được hoàn thiện và phù hợp hơn, nhưng trước hết cần sớm ban hành văn bản hướng dẫn để tránh trường hợp có nhiều cách hiểu khác nhau, không những gây khó khăn trong quá trình giải quyết trên thực tiễn, mà còn ảnh hưởng đến quyền thừa kế thế vị của cháu (chất) và con nuôi; quan hệ thừa kế giữa con nuôi và cha mẹ nuôi và cha mẹ đẻ, giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế.

²⁵ Xem thêm: Quyết định Giám đốc thẩm số 195/2013/DS-GĐT ngày 23/4/2013 của Tòa Dân sự - Tòa án nhân dân tối cao; Bản án số 01/2014/DS-ST ngày 15/01/2014 của Tòa án nhân dân Quận 2, Thành phố Hồ Chí Minh; Bản án số 658/2010/DS-PT ngày 17/6/2010 của Tòa án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

²⁶ Đỗ Văn Đại (2016), *Luật thừa kế Việt Nam, Bản án và bình luận bản án (tái bản lần thứ 4)*, Nxb. Hồng Đức - Hội luật gia Việt Nam, Hà Nội, tr. 269.

THẨM QUYỀN CỦA TOÀ ÁN VIỆT NAM ĐỐI VỚI CÁC VỤ VIỆC DÂN SỰ CÓ YẾU TỐ NƯỚC NGOÀI KHI BỊ ĐƠN CÓ TÀI SẢN TRÊN LÃNH THỔ VIỆT NAM

*Phan Hoài Nam**

Tóm tắt: Vấn đề xác định đúng thẩm quyền của toà án quốc gia đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài vô cùng quan trọng. Bởi lẽ, việc quy định thẩm quyền quá rộng hoặc quá hẹp đều gây ra những hệ quả xấu cho quá trình thực thi chủ quyền trong sự cân bằng với việc đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên. Căn cứ xác định thẩm quyền cho toà án Việt Nam dựa vào dấu hiệu nơi có tài sản của bị đơn trên lãnh thổ Việt Nam lần đầu tiên được ghi nhận trong Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 liệu rằng có đảm bảo được sự cân bằng này hay không? Bài viết sẽ làm rõ vấn đề này trong tương quan so sánh với kinh nghiệm lập pháp của Liên minh châu Âu (EU) và một số nước.

Abstract: Determining jurisdiction of national courts for the settlement of civil cases involving foreign elements is extremely important. Either overly broad or overly narrow jurisdiction may incur negative consequences on the balance between the exercise of sovereignty and the protection of rights and legitimate interests of the related parties. Whether the legal ground – defendant’s properties residing in Vietnam – for the jurisdiction of Viet Nam’s Courts recognized for the first time under the 2015 Civil Procedure Code can still maintain this balance? The following article will elucidate this issue in relation to the legislative experience of the EU and some countries.

1. Đặt vấn đề

Thẩm quyền của toà án quốc gia đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài có thể phát sinh dựa trên nhiều căn cứ khác nhau. Thứ tự ưu tiên trong việc áp dụng các căn cứ này thông thường do pháp luật từng nước quy định. Nhìn chung, pháp luật Việt Nam cũng như các quốc gia thường chia căn cứ xác định thẩm quyền thành 2 nhóm: Thẩm quyền chung và thẩm quyền riêng biệt¹. Trong đó, các căn cứ được sử dụng để

xác định thẩm quyền chung cho toà án của quốc gia phải đảm bảo được sự kết nối “đủ mạnh” giữa yếu tố lãnh thổ mà toà án có thẩm quyền và các bên tranh chấp. Việc xác định tính “đủ mạnh” của sự kết nối có thể dựa trên ba yếu tố là: Sự thuận lợi của toà án và các cơ quan tiến hành tố tụng trong việc thụ lý giải quyết vụ việc, sự thuận tiện cho các bên khi tham gia tố tụng và khả năng thực thi của phán quyết. Đối với các

“trùng lặp” thẩm quyền thì việc xác định thẩm quyền giải quyết phụ thuộc vào việc nộp đơn của đương sự và các mối liên hệ của vụ việc đối với lãnh thổ hay luật áp dụng cho vụ việc đó. Trong khi đó, thẩm quyền riêng biệt của toà án quốc gia lại là thẩm quyền đối với các tranh chấp chỉ thuộc về toà án của quốc gia đó. Trong trường hợp nếu việc khởi kiện được tiến hành tại toà án nước ngoài thì các phán quyết được tuyên bởi toà án nước ngoài đó sẽ không được công nhận và cho thi hành tại quốc gia đó.

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

¹ Xem Điều 469, 470 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 của Việt Nam; Điều 4 và Điều 24 Nghị định Brussels I Recast của EU. Dưới góc độ của Tư pháp quốc tế, thẩm quyền chung của toà án quốc gia này có thể mang tính “trùng lặp” với thẩm quyền của toà án một quốc gia khác khi tiến hành giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Trường hợp có sự

căn cứ xác định thẩm quyền riêng biệt, tính kết nối phải “mạnh mẽ” hơn so với yêu cầu về tính kết nối của các căn cứ xác định thẩm quyền chung vì nó gắn với yêu cầu bảo vệ lợi ích quốc gia, trật tự công cộng và các lợi ích cần thiết của công dân và pháp nhân của mỗi quốc gia cụ thể².

Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 (BLTTDS 2015) lần đầu tiên sử dụng dấu hiệu nơi bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam để làm căn cứ xác định thẩm quyền chung cho toà án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Vậy liệu rằng, căn cứ này có đảm bảo được những yêu cầu nhất định về tính kết nối với yếu tố lãnh thổ Việt Nam cũng như sự cân bằng giữa ba yếu tố như vừa đề cập ở trên. Nội dung bài viết sẽ tập trung vào việc giải quyết vấn đề này trong tương quan so sánh với pháp luật Liên minh châu Âu và một số nước, từ đó đưa ra được những kiến nghị và giải pháp nhằm thực thi một cách có hiệu quả quy định mới này trong BLTTDS 2015.

2. Pháp luật Việt Nam về xác định thẩm quyền của toà án đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài dựa trên căn cứ bị đơn có tài sản tại Việt Nam

Theo quy định của pháp luật Việt Nam, thẩm quyền của toà án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài được xác định theo quy định về thẩm quyền chung tại Điều 469 và thẩm quyền riêng biệt được quy định tại Điều 470 BLTTDS 2015. Trong đó, căn cứ vào dấu hiệu *bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam* được nhà làm luật quy định tại điểm c, khoản 1 Điều 469

BLTTDS 2015, như là căn cứ để xác định thẩm quyền chung của toà án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Cụ thể, nội dung điều khoản này quy định: Toà án Việt Nam sẽ có thẩm quyền đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài nếu có căn cứ cho rằng bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam.

Pháp luật Việt Nam trước đây, cụ thể tại điểm a khoản 1 Điều 411 BLTTDS 2004 (sửa đổi, bổ sung 2011) đã từng sử dụng căn cứ nơi có tài sản để xác định thẩm quyền cho toà án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Tuy nhiên, quy định này chỉ áp dụng với trường hợp đặc biệt khi tài sản là bất động sản và với vấn đề đặc thù là vụ án dân sự có liên quan đến quyền đối với bất động sản trên lãnh thổ Việt Nam. Nội dung quy định này cũng tiếp tục được kế thừa trong BLTTDS 2015, cụ thể tại điểm a khoản 1 Điều 470.

Như vậy, có thể nhận thấy, quy định dựa trên căn cứ nơi có tài sản để xác định thẩm quyền chung của toà án Việt Nam là quy định mới, lần đầu tiên được nhà làm luật đưa vào BLTTDS 2015. Quy định này được cho là nhằm hướng đến việc mở rộng thẩm quyền cho toà án đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài. Thông qua quy định này, quyền lựa chọn nơi khởi kiện cho nguyên đơn được mở rộng hơn. Theo đó, chỉ cần dấu hiệu bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam xuất hiện đã làm cho yếu tố kết nối với lãnh thổ Việt Nam được đảm bảo. Điều đó dẫn đến tính hợp lý trong việc xác lập thẩm quyền cho toà án Việt Nam trên cơ sở thực thi quyền tài phán của Nhà nước Việt Nam đối với một vụ việc dựa trên nguyên tắc chủ quyền quốc gia.

Cũng cần lưu ý rằng, cách thức quy định của BLTTDS 2015 có sự khác biệt so

² Nguyễn Hồng Nam, *Thẩm quyền của toà án Việt Nam giải quyết các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài*, Luận án tiến sĩ, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, 2016, tr.84.

với BLTTDS 2004 (sửa đổi, bổ sung 2011). Theo đó, các căn cứ xác định thẩm quyền của toà án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài được áp dụng chung cho cả chủ thể Việt Nam và chủ thể nước ngoài. Như vậy, quy định này có thể rơi vào một trong hai trường hợp:

Trường hợp thứ nhất, bị đơn là chủ thể Việt Nam có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam. Với trường hợp này, vụ việc hoàn toàn có thể được nguyên đơn đưa ra toà án Việt Nam giải quyết như tinh thần quy định tại điểm a khoản 1 Điều 40 BLTTDS 2015. Theo đó, nguyên đơn có quyền lựa chọn nơi khởi kiện là toà án nơi bị đơn có tài sản nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở hoặc nơi bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở cuối cùng.

Trường hợp thứ hai, bị đơn là chủ thể nước ngoài có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam. Với trường hợp này, quy định mới trong BLTTDS 2015 nhằm hướng đến khả năng thực thi của phán quyết với sự bảo đảm về tài sản của bị đơn đang hiện hữu ở Việt Nam. Điều này sẽ bảo đảm việc thực thi quyền cho nguyên đơn nếu bị đơn phải gánh chịu nghĩa vụ về tài sản theo phán quyết của toà án Việt Nam. Đồng thời, tính hiệu lực của phán quyết và hiệu quả hoạt động xét xử của toà án Việt Nam cũng được bảo đảm hơn so với việc bị đơn không có tài sản tại Việt Nam để đảm bảo nghĩa vụ thi hành án. Điều này có thể dẫn đến việc nguyên đơn phải tốn thêm thời gian và chi phí yêu cầu toà án nước ngoài có liên quan công nhận và cho thi hành phán quyết của toà án Việt Nam để bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của mình. Ngoài ra, trong chừng mực nào đó, căn cứ này cũng bảo đảm được sự thuận tiện nhất định với bị đơn khi tham gia vào hoạt động tố tụng nơi có

sự gắn kết nhất định giữa bị đơn và lãnh thổ Việt Nam - nơi bị đơn có tài sản.

Tuy nhiên, trong trường hợp này liệu rằng có sự hợp lý nếu giá trị tài sản của bị đơn là rất nhỏ và không đủ để bảo đảm nghĩa vụ tài sản cho bị đơn, hoặc tài sản của bị đơn không có bất kỳ sự liên hệ nào với tranh chấp lẫn yếu tố lãnh thổ Việt Nam. Ví dụ, trong trường hợp vụ việc bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng giữa hai pháp nhân nước ngoài, trong đó có một pháp nhân có văn phòng đại diện tại Việt Nam. Vụ việc này không liên quan đến hoạt động của văn phòng đại diện nên không xác lập thẩm quyền cho toà án Việt Nam như quy định tại điểm b khoản 1 Điều 469 BLTTDS 2015, cũng không rơi vào các trường hợp xác lập thẩm quyền theo căn cứ tại điểm d và đ của điều khoản này. Như vậy, đặt ra trường hợp, một pháp nhân nước ngoài có văn phòng đại diện với một số ít tài sản như bàn, ghế, tủ hồ sơ... tại Việt Nam thì vẫn có thể xác lập quyền khởi kiện một pháp nhân nước ngoài khác để yêu cầu toà án Việt Nam giải quyết.

Cũng có quan điểm cho rằng, căn cứ này được đặt ra để tăng thẩm quyền lựa chọn cho nguyên đơn. Trong trường hợp nguyên đơn xác định giá trị tài sản không ngang bằng với giá trị tranh chấp thì nguyên đơn có quyền lựa chọn một nơi khác để tiến hành khởi kiện. Không một ai “mù quáng” lựa chọn nơi bảo vệ quyền lợi cho mình khi không có tính khả thi. Tuy nhiên, cũng có những trường hợp, nguyên đơn vì những lý do khác nhau như ngại chi phí, ngại đi lại, hoặc không hiểu biết pháp luật để bảo vệ quyền và lợi ích của mình hoặc thậm chí vì mục đích hạ uy tín của đối tác... mà họ vẫn khởi kiện tại toà án Việt Nam, là nơi bị đơn có tài sản.

Với quy định tại điểm c khoản 1 Điều 469 BLTTDS 2015, toà án Việt Nam buộc phải tiến hành thụ lý vì có cơ sở pháp lý cụ thể. Hơn nữa, Việt Nam lại không thừa nhận học thuyết *forum non conveniens*³ như các nước Common law nên không thể từ chối thụ lý vì lý do toà án không “thuận tiện” để xét xử. Khi tiến hành thụ lý để giải quyết, rõ ràng sẽ gây khó khăn rất lớn cho toà án trong quá trình xét xử bởi tài sản của bị đơn không có bất kỳ mối liên hệ nào đối với tranh chấp. Do đó, có thể xuất hiện hàng loạt các vấn đề cần thực hiện, điển hình như việc tương trợ tư pháp với các quốc gia có liên quan và điều này có thể gây tốn kém về thời gian và chi phí. Hơn nữa, nếu phán quyết được ban hành và có hiệu lực thực thi, mà giá trị của tài sản trên lãnh thổ Việt Nam quá nhỏ thì khả năng để toà án nước ngoài công nhận phán quyết của toà án Việt Nam là khá thấp. Điều này xuất phát từ việc hoạt động công nhận và cho thi hành phán quyết của toà án nước ngoài trên lãnh thổ của các quốc gia đa phần dựa vào nguyên tắc có đi có lại, trừ trường hợp giữa các quốc gia có điều ước quốc tế quy định về vấn đề này.

3. Pháp luật Liên minh châu Âu và một số nước về xác định thẩm quyền của toà án quốc gia đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài dựa trên căn cứ nơi có tài sản của bị đơn

³ Học thuyết *forum non conveniens* cho phép một toà án không có nghĩa vụ phải thực thi thẩm quyền của mình đối với vụ việc mà toà án đó cho rằng có một toà án khác thuận lợi hơn cho việc thụ lý và xét xử. Tức là, toà án có quyền từ chối thụ lý và giải quyết đối với một tranh chấp mà mình có thẩm quyền nếu như việc thụ lý đó gây ra sự bất tiện hoặc khó khăn trong việc giải quyết. Nguồn: Ronald A. Brand & Scott R. Jablonski, *Forum non Conveniens: History, Global Practice, and Future Under the Hague Convention on Choice of Court Agreements*, Oxford University Press, Inc, 2007, tr.37.

Nghiên cứu pháp luật Liên minh châu Âu (EU) và một số quốc gia cho thấy, tiêu chí nơi có tài sản rất ít được sử dụng. Tiêu chí này chỉ được sử dụng trong những trường hợp hết sức đặc biệt liên quan đến bất động sản⁴ như cách quy định tại điểm a khoản 1 Điều 470 BLTTDS 2015 của Việt Nam hoặc vấn đề định danh tài sản hoặc áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời⁵.

Trước đây, trong Dự thảo Nghị định Brussels I Recast⁶, Ủy ban châu Âu cũng đã từng đề xuất một nguyên tắc phụ (ngoài nguyên tắc “nơi cư trú của bị đơn”) nhằm xác định thẩm quyền dựa trên căn cứ nơi có tài sản của bị đơn ngoài EU, trong đó giá trị tài sản phải tương đương với giá trị tranh chấp và tranh chấp đó phải có sự kết nối cụ thể với yếu tố lãnh thổ nơi toà án thụ lý⁷. Tuy nhiên, đề xuất này đã bị bác bỏ vì quan điểm của EU là muốn tạo ra một nguyên tắc mang tính nhất thể chung cho toàn EU, hơn nữa việc chấp nhận nguyên tắc này có thể tạo nên khoảng trống tư pháp khá lớn cho các thẩm phán trong việc giải thích luật⁸. Đây là quy định được các đại biểu Đức đề xuất và bị bác bỏ cùng với các đề xuất về việc sử dụng quy tắc xác định thẩm quyền dựa trên căn cứ quốc tịch của Pháp và quy

⁴ Xem khoản 1 Điều 24 Nghị định Brussels I Recast.

⁵ Xem Điều 10 Bộ luật Tư pháp quốc tế 2004 của Vương quốc Bỉ. Nguồn: <https://socioedip.files.wordpress.com/2013/12/belgica-the-code-of-private-international-law-2004.pdf>, truy cập ngày 14/9/2019.

⁶ Nghị định số 1215/2012 của Liên minh châu Âu về thẩm quyền và công nhận, cho thi hành phán quyết về các vấn đề dân sự và thương mại thay thế cho Nghị định số 44/2001 (Nghị định Brussels I 2000).

⁷ Xem Điều 25 của Dự thảo Nghị định Brussels I Recast tại: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/com_2010_748_en.pdf, truy cập ngày 10/9/2019.

⁸ Andrew Dickinson & Eva Lein (ed.), *The Brussels I Regulation Recast*, Oxford University Press, 2016, tr.120-121.

tắc về sự hiện diện của Anh⁹. Nguyên nhân các đề xuất này bị bác bỏ chính là do “sự kết nối rất yếu” giữa yếu tố lãnh thổ của toà án có thẩm quyền với tranh chấp. Đối với các căn cứ này, trong đó có căn cứ dựa vào nơi có tài sản của bị đơn, EU cho rằng, chúng đã xác lập thẩm quyền “quá mức”¹⁰ cho toà án của các quốc gia thành viên. Chính vì điều này, hiện nay, trong nội dung của Nghị định Brussels I Recast, không tìm thấy quy định về việc xác định thẩm quyền của toà án các quốc gia thành viên đối với các vụ việc dân sự, thương mại có yếu tố nước ngoài dựa trên căn cứ nơi có tài sản của bị đơn.

Cũng cần lưu ý rằng, mặc dù Đức là quốc gia còn sử dụng căn cứ nơi có tài sản của bị đơn để xác định thẩm quyền cho toà án; tuy nhiên, căn cứ này chỉ được sử dụng với điều kiện nhằm đảm bảo sự cân bằng giữa 03 yếu tố: Sự thuận lợi của các bên khi tham gia tố tụng, sự thuận lợi của toà án trong việc thụ lý giải quyết vụ việc và khả năng thực thi phán quyết. Cụ thể, theo Điều 23 BLTTDS năm 2005 của Đức – ZPO 2005¹¹, trong trường hợp bên nước ngoài không cư trú tại Đức thì thẩm quyền của toà án Đức sẽ được xác định dựa trên tiêu chí nơi có tài sản của bị đơn. Mặc dù pháp luật Đức không quy định cụ thể về giá trị tài sản, nhưng thực tiễn xét xử của toà án Đức cho thấy tài sản đó phải có giá trị tối thiểu đủ để đảm bảo thi hành án thì toà án mới được quyền thụ lý. Điều này xuất phát từ quan điểm đề cao khả năng thực thi của phán quyết bằng việc bị đơn

phải có tài sản tối thiểu tại nước nơi toà án có thẩm quyền giải quyết để nhằm đảm bảo khả năng thi hành án¹².

Về vấn đề có cần thiết phải quy định giá trị tài sản của bị đơn ngang bằng với giá trị của tranh chấp cũng có nhiều quan điểm khác nhau. Trong Quyết định ngày 02/7/1991, Toà án Công lý Liên bang Đức (the German Federal Court of Justice) đã không trả lời cho câu hỏi này mặc dù các bên có đề cập đến. Tuy nhiên, trong Quyết định ngày 29/10/1998, Toà án Khu vực Cấp cao (the Higher Regional Court ở Celle) đã có ý kiến cụ thể về vấn đề này. Theo đó, toà án sẽ có quyền từ chối thẩm quyền theo căn cứ xác định thẩm quyền được quy định tại Điều 23 của BLTTDS 2005 – ZPO 2005 nếu giá trị của tài sản thấp và không đảm bảo được khả năng thực thi nghĩa vụ về tài sản của bị đơn theo phán quyết dự kiến của toà án. Quan điểm này sau đó cũng nhận được sự đồng thuận từ Toà án Khu vực Cấp cao ở Hamburg¹³.

Ngoài ra, mặc dù không có bất kỳ một yêu cầu nào về việc phải có sự kết nối giữa tài sản với tranh chấp trong các quy định pháp luật, nhưng trong thực tế, một số phán quyết mang tính tiền lệ của toà án Đức lại yêu cầu cần phải có một sự kết nối cụ thể với yếu tố lãnh thổ của Đức¹⁴.

¹² Phan Hoài Nam và Nguyễn Lê Hoài, “*Thẩm quyền của Toà án Đức trong việc giải quyết các vụ việc dân sự, thương mại có yếu tố nước ngoài và những nội dung có thể tham khảo*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 06, 2017, tr.57.

¹³ Michael Molitoris & Amelie Abt (2005), “*Comparative study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes in the EU National Report for Germany*”, tr.6. Nguồn: http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_german_y_en.pdf, truy cập ngày 26/8/2019.

¹⁴ Michael Molitoris & Amelie Abt (2005), tldd, tr.6-7.

⁹ Andrew Dickinson & Eva Lein (ed.), tldd, tr.122.

¹⁰ Tiếng Anh là “exorbitant jurisdiction”.

¹¹ Nguồn: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p0075, truy cập ngày 14/9/2019.

Đối với Trung Quốc, theo Điều 265 Luật Tố tụng Dân sự năm 2017¹⁵, việc xác định thẩm quyền của tòa án Trung Quốc đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài có thể dựa trên căn cứ bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Trung Quốc nếu bị đơn không cư trú trên lãnh thổ Trung Quốc. Căn cứ này được đặt trong sự tùy nghi lựa chọn của nguyên đơn bên cạnh nhiều căn cứ khác như nơi thực hiện hợp đồng tại Trung Quốc, nơi hợp đồng được ký hoặc được thực hiện trong phạm vi lãnh thổ Trung Quốc, hoặc đối tượng của quan hệ phát sinh trong phạm vi lãnh thổ Trung Quốc hoặc bị đơn có văn phòng đại diện, chi nhánh hoặc đại diện kinh doanh trong lãnh thổ Trung Quốc. Cũng cần lưu ý rằng, tài sản trên lãnh thổ của Trung Quốc phải là tài sản có giá trị ngang bằng với trách nhiệm tài sản của bị đơn¹⁶ trong vụ việc theo sự giả định của tòa án. Như vậy, có thể hiểu rằng, dấu hiệu nơi có tài sản trên lãnh thổ của Trung Quốc chưa đủ cơ sở để đảm bảo tính kết nối đủ mạnh và sự phù hợp cho khả năng thực thi phán quyết, đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp cho nguyên đơn (theo giả định) để từ đó thiết lập thẩm quyền cho tòa án Trung Quốc đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài.

Đối với các quốc gia theo truyền thống

¹⁵ Nguồn: <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/644.html>, truy cập ngày 14/9/2019.

¹⁶ Distainable property is property that is seized to satisfy a debt. Blacks Law Dictionary (14th ed. 2014) defines the term “distrain” as “to force (a person, usually a tenant), by the seizure and detention of personal property, to perform an obligation (such as paying overdue rent)”, and as “to seize (goods) by distress, a legal remedy entitling the rightful owner to recover property wrongfully taken”. Nguồn: <https://www.flsenate.gov/Session/Bill/2018/1400/Analyses/2018s01400.ri.PDF>, truy cập ngày 14/9/2019.

Common law như Hoa Kỳ, cùng với tiêu chí nơi cư trú của bị đơn, tiêu chí nơi có tài sản cũng chỉ được sử dụng như là một trong các tiêu chí nhằm xác định tính kết nối của tranh chấp với yếu tố lãnh thổ quốc gia có tòa án thụ lý dựa trên nguyên tắc thẩm quyền đối nhân (*in personam jurisdiction*). Thực tế trước đây cho thấy, có sự cân bằng trong việc xác định tính kết nối giữa dấu hiệu nơi hiện diện của bị đơn và dấu hiệu nơi có tài sản của bị đơn với yếu tố lãnh thổ của tòa án có thẩm quyền. Nội dung này được Tòa án tối cao Hoa Kỳ chính thức đưa ra lần đầu tiên trong vụ *Pennoyer v. Neff* vào năm 1878¹⁷. Nội dung vụ việc như sau:

Nguyên đơn - Mitchell khởi kiện bị đơn - Neff để đòi khoản nợ tại Tòa án Oregon, nơi Neff có bất động sản nhưng không phải là cư dân tại đó. Neff nhận được thông báo khởi kiện của Mitchell trên báo nhưng ông ta đã chống lại, không tham gia phiên tòa, hậu quả là ông ta nhận được phán quyết xử vắng mặt. Đất của Neff được tổ chức bán đấu giá và được bán cho Pennoyer để đảm bảo thi hành án. Sau đó, Neff đã khởi kiện ra Tòa án Oregon để lấy lại tài sản với lý do Tòa án Oregon không có thẩm quyền xét xử dựa trên nguyên tắc in personam jurisdiction. Vụ việc sau đó được chuyển lên Tòa án tối cao Liên bang và được tòa án này tuyên bố khẳng định của Neff là đúng, do tại thời điểm khởi kiện, Neff không cư trú tại Oregon và việc sở hữu tài sản tại Oregon diễn ra sau thời điểm khởi kiện của Mitchell.

Như vậy, theo Tòa án tối cao Liên bang, không một tòa án nào có thể có thẩm quyền

¹⁷ Án lệ: *Pennoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 (1878). Nguồn: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/95/714/case.html>, truy cập ngày 11/9/2019.

để xét xử đối với một cá nhân không phải là công dân của tiểu bang trừ khi người đó được tổng đạt trực tiếp khi hiện diện tại tiểu bang đó (*in personam jurisdiction*) hoặc người đó có tài sản tại đó và tài sản bị kê biên phải có trước khi vụ kiện bắt đầu (tiêu chí *quasi in rem jurisdiction*)¹⁸.

Tuy nhiên, thẩm quyền theo tiêu chí *quasi in rem jurisdiction* hiện nay đã “lỗi thời”. Hầu như các tòa án tiểu bang chỉ quan tâm đến tiêu chí *in personam jurisdiction* hơn là dựa vào *quasi in rem jurisdiction*. Điều này thể hiện rõ trong án lệ *International Shoe Co. v. Washington* 326 U.S. 310 (1945)¹⁹, Tòa án tối cao Liên bang tuyên bố rằng, tòa án của một bang có thể áp dụng thẩm quyền theo nguyên tắc *in personam jurisdiction*, tức là bị đơn phải có mối liên hệ ở mức độ tối thiểu nhất định với tòa án có thẩm quyền của tiểu bang đó dựa trên dấu hiệu về sự hiện diện của bị đơn, tài sản tranh chấp chứ không chỉ đơn thuần là tài sản của bị đơn. Cụ thể hơn, Tòa án tối cao Liên bang kết luận rằng, thẩm quyền của tòa án trong vụ việc này lại dựa trên nguyên tắc *in personam jurisdiction* là không phù hợp vì nó thiếu những liên hệ tối thiểu giữa bang có tòa án đã thụ lý và bị đơn theo hướng bất lợi cho bị đơn nên bị xem là vô hiệu theo quy trình *Due Process*²⁰ của Tu

chính án số 14²¹. Do đó, phán quyết được xem là vô hiệu đối với bang có thẩm quyền và không có giá trị thực thi ở các bang khác.

Tóm lại, nghiên cứu pháp luật EU và một số nước cho thấy, dấu hiệu nơi có tài sản của bị đơn hiện nay ít khi được sử dụng như là căn cứ độc lập để xác định thẩm quyền cho tòa án quốc gia. Bởi lẽ, xu hướng tự do cư trú và tự do sở hữu cùng việc thừa nhận một cách rộng rãi quyền sở hữu của chủ thể nước ngoài ở các quốc gia khiến cho vấn đề một cá nhân, pháp nhân nước ngoài có tài sản ở nhiều quốc gia khác nhau ngày càng trở nên phổ biến. Sự kết nối mang tính hợp lý và khả năng đảm bảo sự thực thi của phán quyết khiến cho EU và các nước nghiên cứu đều thiên về hướng quy định: Một là, không thừa nhận dấu hiệu này như là căn cứ để xác định thẩm quyền vì mức độ kết nối với yếu tố lãnh thổ quốc gia có tòa án xác lập thẩm quyền không đủ mạnh; hai là, nếu có sử dụng thì phải kèm

pháp luật hay là đúng quy trình?”, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học, Tập 30, số 1, tr.56; The Requirements of Due Process, nguồn: <http://law.justia.com/constitution/us/amendment-14/36-procedural-due-process-civil.html>, truy cập ngày 11/9/2019.

²¹ Tất cả những người sinh ra trên lãnh thổ Hoa Kỳ hoặc được nhập quốc tịch Hoa Kỳ và thuộc thẩm quyền tài phán ở đó, đều là công dân của Hoa Kỳ và của bang mà họ sinh sống. Không một bang nào được ban hành hoặc thực thi bất cứ đạo luật nào nhằm hạn chế đặc quyền hoặc quyền bất khả xâm phạm của công dân Hoa Kỳ. Cũng không một bang nào có thể tước đoạt sinh mệnh, tự do hoặc tài sản của một cá nhân mà không theo một quy trình do luật định. Cũng không thể phủ nhận quyền được pháp luật bảo vệ một cách bình đẳng của một cá nhân trong phạm vi thẩm quyền tài phán của bang đó. Nguồn: http://m.danluat.thuvienphapluat.vn/lst-file.ashx?__key=00.00.31.06.03/Hi_BF1E_n-ph_E1_00_p-H_E31E_p-ch_E71E_ng-qu_D11E_c-Hoa-K_F31E_-v_E000_-ch_FA00_-th_ED00_ch.doc, truy cập ngày 14/9/2019.

¹⁸ Nguyên bản tiếng Anh: “No. A court may enter a judgment against a non-resident only if the party 1) Is personally served with process while within the state, or 2) Has property within the state, and that property is attached before litigation begins (i.e. quasi in rem jurisdiction)”. Nguồn: <http://www.lawnix.com/cases/pennoyer-neff.html>, truy cập ngày 01/9/2019.

¹⁹ Nguồn: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/310/case.html>, truy cập ngày 13/9/2019.

²⁰ Là thủ tục để kiểm tra tính hợp hiến và hợp pháp của tiến trình tố tụng. Xem thêm: Nguyễn Đăng Dung (2014), “Nhà nước pháp quyền là tinh thần

theo quy định về giá trị tài sản ngang bằng với giá trị tranh chấp hoặc thậm chí quy định cả về một sự kết nối tối thiểu với lãnh thổ của quốc gia có toà án thụ lý giải quyết vụ việc.

4. Một số gợi mở

Qua nghiên cứu thực trạng của pháp luật Việt Nam và so sánh với pháp luật EU và một số quốc gia như Hoa Kỳ, Trung Quốc, tác giả cho rằng, quy định tại điểm c khoản 1 Điều 469 không hợp lý. Bởi lẽ, tiêu chí tài sản của bị đơn có trên lãnh thổ Việt Nam đôi khi chỉ đáp ứng được một phần về khả năng thực thi phán quyết của toà án (khi giá trị của tài sản là khá nhỏ so với nghĩa vụ phải thực thi theo phán quyết) mà bỏ qua hai yếu tố quan trọng là: Tiến trình tố tụng được toà án thực hiện có thuận tiện hay không và các bên trong tranh chấp có được sự thuận lợi để tham gia tố tụng hay không.

Trên thực tế, có thể có những trường hợp, theo đó, tranh chấp giữa các bên trong vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài lại không liên quan đến tài sản của bị đơn có trên lãnh thổ Việt Nam, nhưng toà án Việt Nam lại có thẩm quyền giải quyết tranh chấp. Điều này gây ra khó khăn cho toà án Việt Nam trong việc giải quyết tranh chấp vì có thể hợp đồng được ký hoặc thực hiện ở nước ngoài hoặc trong quá trình giải quyết tranh chấp, có thể dẫn đến sự thay đổi địa vị tố tụng giữa nguyên đơn và bị đơn, khi đó, mục đích dùng tài sản của bị đơn có trên lãnh thổ Việt Nam để đảm bảo việc thực thi nghĩa vụ theo phán quyết của toà án sẽ không còn.

Hơn nữa, trong bối cảnh hiện nay, khi vấn đề cư trú và sự thay đổi nơi cư trú tương đối dễ dàng giữa các nước và việc một cá nhân, pháp nhân có tài sản ở nhiều nơi khác nhau là vấn đề mang tính phổ biến,

có thể làm cho quy định về thẩm quyền của toà án Việt Nam phát sinh dựa trên căn cứ nơi có tài sản của bị đơn không thể được thực thi trên thực tế. Nguyên đơn Việt Nam khởi kiện bị đơn nước ngoài có tài sản tại Việt Nam, nhưng toà án hoặc thậm chí là nguyên đơn lại không thể xác định được nơi cư trú cụ thể của bị đơn, hoặc giá trị tài sản có tại Việt Nam quá nhỏ so với giá trị tranh chấp nên có thể bị đơn không quan tâm đến vụ kiện và không tham gia tố tụng tại toà án Việt Nam... Mặc dù, việc xác định khả năng khởi kiện tại đâu, việc khởi kiện đó có thể thực thi được quyền của mình hay không... thuộc về sự lựa chọn của nguyên đơn Việt Nam, nhưng có thể, nguyên đơn Việt Nam lại phó mặc cho toà án Việt Nam trong việc bảo vệ quyền lợi của mình. Với những lý do đó, quy định về căn cứ xác định thẩm quyền dựa trên cơ sở tài sản của bị đơn trên lãnh thổ Việt Nam có thể không thực thi được trên thực tế.

Từ những phân tích ở trên, tác giả cho rằng, không nên sử dụng duy nhất tiêu chí “*bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam*” làm căn cứ xác định thẩm quyền của toà án Việt Nam, mà cần bổ sung thêm tiêu chí về giá trị tài sản phải ngang bằng với giá trị tranh chấp tương tự như cách quy định tại Điều 265 Luật Tố tụng Dân sự năm 2017 của Trung Quốc và thực tiễn toà án của Đức. Ngoài ra, tài sản đó cũng cần có sự kết nối tối thiểu với tranh chấp và với yếu tố lãnh thổ Việt Nam, ví dụ như hàng hoá là đối tượng của hợp đồng có thời gian quá cảnh tại Việt Nam hoặc hoạt động thanh toán được thực hiện qua ngân hàng tại Việt Nam... Lưu ý rằng, sự kết nối này chưa “*mạnh*” đến mức có sự chặt chẽ như những

(Xem tiếp trang 60)

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ CHO THUÊ ĐẤT TRONG LUẬT ĐẤT ĐAI NĂM 2013

*Nguyễn Thị Thanh Xuân**

Tóm tắt: Bài viết trình bày và phân tích một số bất cập trong các quy định về cho thuê đất giữa Nhà nước với người sử dụng đất của Luật Đất đai năm 2013, từ đó, đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật.

Abstract: The article presents and analyzes a number of shortcomings of regulations on land lease between the State and land users under the 2013 Land Law, thereby, it makes proposals for improvement of the related law.

Sau hơn 05 năm triển khai thi hành, Luật Đất đai năm 2013 đã bộc lộ những hạn chế, vướng mắc trong quản lý và sử dụng đất đai, trong đó có quy định về cho thuê đất. Nghị quyết số 78/2019/NQ-QH ngày 11/6/2019 của Quốc hội đã xác định sửa đổi, bổ sung Luật Đất đai năm 2013 là một trong các nội dung của Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh năm 2020.

1. Về khái niệm cho thuê đất

Khoản 8 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013 định nghĩa: “Nhà nước cho thuê quyền sử dụng đất (sau đây gọi là Nhà nước cho thuê đất) là việc Nhà nước quyết định trao quyền sử dụng đất cho đối tượng có nhu cầu sử dụng đất thông qua hợp đồng cho thuê quyền sử dụng đất”. Giải thích thuật ngữ như hiện nay không những không nêu được bản chất hoạt động cho thuê đất của Ủy ban nhân dân (UBND), mà còn gây nhầm lẫn giữa hoạt động cho thuê đất của cơ quan quản lý đất đai (chủ thể quản lý) với hoạt động cho thuê quyền sử dụng đất của chủ thể sử dụng.

Thứ nhất, khoản 8 Điều 3 đã khẳng định cho thuê đất và cho thuê quyền sử dụng đất là cùng một hoạt động; trong khi bản chất hai hoạt động này hoàn toàn khác nhau.

Thuê quyền sử dụng đất là giao dịch giữa người sử dụng đất, được điều chỉnh bởi Bộ luật Dân sự và Luật Kinh doanh bất động sản. Hợp đồng được thiết lập trong trường hợp này có tên gọi là hợp đồng thuê quyền sử dụng đất.

Thuê đất được quy định từ pháp luật đất đai trước đây, là quan hệ giữa cơ quan quản lý đất đai với người sử dụng đất. Hợp đồng thuê đất được ký giữa cơ quan tài nguyên môi trường với người sử dụng đất. Đơn giá thuê đất được luật quy định sẵn, thời hạn thuê và phương thức trả tiền thì người đi thuê chỉ được đề nghị trong giới hạn luật định. Đây là hợp đồng mà bên thuê gần như bị hạn chế sự thỏa thuận. Tất cả các điều khoản còn lại trong Luật Đất đai và văn bản hướng dẫn thi hành đều gọi hoạt động thuê này là thuê đất, hợp đồng thuê đất, quyết định cho thuê đất, không gọi là thuê quyền sử dụng đất. Chỉ duy nhất định nghĩa tại khoản 8 Điều 3 Luật Đất đai gọi thuê đất của Nhà nước là thuê quyền sử dụng đất.

* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

Thứ hai, định nghĩa này nhằm phân biệt hoạt động cho thuê đất với hoạt động giao đất tại khoản 7 Điều 3 Luật Đất đai năm 2013. Cả hai hoạt động này đều do UBND cấp tỉnh và cấp huyện thực hiện. Cho thuê đất được giải thích là việc Nhà nước xác lập quyền sử dụng đất cho người sử dụng *thông qua hợp đồng*, hoàn toàn không đề cập đến quyết định cho thuê đất của UBND. Theo thủ tục cho thuê đất từ Thông tư số 30/2014/TT-BTNMT quy định về hồ sơ giao đất, cho thuê đất, chuyển mục đích sử dụng đất, thu hồi đất của Bộ Tài nguyên và Môi trường thì UBND phải ra quyết định cho thuê, sau đó cơ quan tài nguyên và môi trường mới ký hợp đồng thuê đất được. Bởi tất cả các nội dung trong hợp đồng thuê đất như loại đất, diện tích, số thửa, số tờ bản đồ, thời gian sử dụng, phương thức trả tiền thuê đều căn cứ vào quyết định cho thuê đất. Do vậy, định nghĩa về thuê đất như hiện nay có nguy cơ làm hiểu sai bản chất hoạt động cho thuê đất khi so sánh với giao đất. Một bên được định nghĩa là Nhà nước trao quyền sử dụng đất thông qua hợp đồng, một bên được định nghĩa là trao quyền bằng quyết định hành chính, trong khi cả hai thủ tục thuê và giao đất đều phải có quyết định của UBND. Quyết định này làm phát sinh quyền sử dụng đất của bên đi thuê và thời hạn sử dụng đất cũng được tính từ ngày có quyết định cho thuê đất của UBND (khoản 8 Điều 126 Luật Đất đai năm 2013).

2. Về đối tượng được Nhà nước cho thuê đất

Đối tượng được Nhà nước cho thuê đất được quy định tại Điều 56 Luật Đất đai năm 2013. Nghiên cứu quy định này cho thấy, trường hợp tổ chức nước ngoài có chức

năng ngoại giao được thuê đất để xây dựng trụ sở làm việc (điểm g khoản 1 Điều 56) có sự bất cập. Theo quy định về chủ thể tổ chức nước ngoài có chức năng ngoại giao (khoản 5 Điều 5), chỉ cơ quan đại diện của Chính phủ nước ngoài, của tổ chức Liên hợp quốc, liên chính phủ mới là chủ thể được thuê đất, không có tổ chức phi chính phủ. Tuy nhiên, theo Phụ lục 01 Thông tư 27/2018/TT-BTNMT của Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định về thông kê, kiểm kê đất đai và lập bản đồ hiện trạng sử dụng đất, giải thích về đất xây dựng cơ sở ngoại giao bao gồm cả đất xây dựng trụ sở của tổ chức phi chính phủ có chức năng ngoại giao. Quy định tại thông tư này hoàn toàn phù hợp với thực trạng hoạt động ngoại giao hiện nay, nhưng không phù hợp với luật.

3. Về thủ tục cho thuê đất

Thủ tục cho thuê đất của UBND hiện nay được quy định tại Thông tư số 30/2014/TT-BTNMT. Theo quy định hiện hành, UBND cấp tỉnh, huyện phải ra quyết định cho thuê đất, sau đó cơ quan tài nguyên và môi trường giúp việc cho chính UBND cấp ra quyết định sẽ ký hợp đồng thuê đất với người đi thuê. Trên cơ sở hợp đồng thuê đất, cơ quan quản lý đất đai sẽ thực hiện đo đạc bàn giao đất trên thực địa. Bên thuê đất thực hiện nghĩa vụ nộp tài chính và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất.

Thực tiễn hoạt động cho thuê đất ở một số địa phương, tình trạng cơ quan tài nguyên môi trường không ký hợp đồng thuê đất với doanh nghiệp dù đã bàn giao đất trên thực địa, đồng thời cũng không lập phiếu chuyển thông tin địa chính để tính tiền thuê đất của doanh nghiệp xảy ra khá nhiều. Vì

dụ, Sở Tài nguyên và Môi trường tỉnh Hải Dương đã không ký hợp đồng thuê đất với Công ty Đại An (chủ đầu tư hạ tầng Khu công nghiệp Đại An) dù đã bàn giao đất trên thực địa và doanh nghiệp đã đầu tư hoàn chỉnh hạ tầng. Tổng diện tích đất thuê không ký hợp đồng và không nộp tiền thuê đất của Công ty Đại An là 274,56 ha (87,56 ha khu công nghiệp Đại An và 187 ha Khu công nghiệp Đại An mở rộng). Thậm chí, doanh nghiệp đã ký hợp đồng cho thuê lại đất cho các doanh nghiệp mà cơ quan có thẩm quyền vẫn chưa xác định nghĩa vụ tài chính cho doanh nghiệp¹. Hoặc như trường hợp dự án DHC-MARINA Bến du thuyền Đà Nẵng và Câu lạc bộ thể thao dưới nước chậm ký hợp đồng thuê đất, đến khi dự án hoàn thành đưa vào sử dụng mới ký hợp đồng thuê đất².

4. Về nghĩa vụ tài chính nộp tiền thuê đất

Khi được Nhà nước cho thuê đất, bên thuê sẽ phát sinh nghĩa vụ nộp tiền thuê đất. Tiền thuê đất có 02 hình thức trả là trả hàng năm và trả tiền một lần cho toàn bộ thời gian thuê. Quy định về nghĩa vụ nộp tiền thuê đất hiện nay vẫn còn một số bất cập sau:

Thứ nhất, về thời điểm phát sinh nghĩa vụ

Dựa vào căn cứ làm phát sinh quyền sử dụng đất, thời điểm phát sinh nghĩa vụ nộp

tiền thuê đất của người thuê đất là thời điểm quyết định cho thuê đất có hiệu lực (khoản 3 Điều 18 Thông tư số 156/2013/TT-BTC của Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Quản lý thuế; Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Quản lý thuế và Nghị định số 83/2013/NĐ-CP ngày 22/7/2013 của Chính phủ). Tuy nhiên, trong thủ tục cho thuê đất, sau khi có quyết định cho thuê đất của UBND, cơ quan tài nguyên và môi trường phải ký hợp đồng thuê đất với bên thuê (Thông tư số 30/2014/TT-BTNMT). Trong hợp đồng có điều khoản về nghĩa vụ của bên thuê phải nộp tiền thuê đất, đồng thời có điều khoản về hiệu lực hợp đồng. Về mặt nguyên tắc, chỉ khi hợp đồng có hiệu lực thì mới phát sinh nghĩa vụ trả tiền thuê của bên thuê. Như vậy, bản thân quy định của pháp luật đang không nhất quán trong cách xác định thời điểm phát sinh nghĩa vụ trả tiền thuê đất khi được Nhà nước cho thuê đất. Như trình bày ở trên, thực tiễn rất nhiều địa phương chậm ký hợp đồng thuê đất với các doanh nghiệp thuê đất. Hệ quả kéo theo là việc chậm xác định nghĩa vụ nộp tiền thuê đất. Nguyên nhân là hiện nay pháp luật không quy định thời hạn ký hợp đồng thuê đất kể từ ngày có quyết định cho thuê, cũng như chế tài đối với trường hợp chậm ký hợp đồng. Vì thế, thời điểm phát sinh nghĩa vụ nộp tiền thuê đất nếu căn cứ theo hợp đồng thuê sẽ chậm, có nguy cơ gây thất thu ngân sách.

Thứ hai, về cách xác định tiền thuê đất

Tiền thuê đất có hai cách trả là trả hàng năm và trả tiền một lần cho toàn bộ thời gian thuê. Nếu thuê đất thông qua phương thức đấu giá thì giá trúng đấu giá sẽ là giá dùng để tính tiền thuê đất. Nếu thuê không

¹ Thông báo số 2081/TB-TTCTP ngày 20/7/2015 của Thanh tra Chính phủ Thông báo Kết luận thanh tra công tác quản lý đầu tư xây dựng của UBND tỉnh Hải Dương (thời kỳ 2002-2012).

² Thông báo số 354/TB-TTCTP ngày 18/3/2019 của Thanh tra Chính phủ Thông báo Kết luận thanh tra việc chuyển đổi nhà, đất công có vị trí đặc địa sang mục đích khác trên địa bàn Tp. Đà Nẵng.

thông qua đầu giá thì đơn giá thuê được quy định gồm đơn giá thuê đất hàng năm và đơn giá thuê đất trả tiền một lần.

Đơn giá thuê đất hàng năm được xác định bằng tỉ lệ phần trăm nhân với giá đất tính thu tiền thuê đất. Hiện nay, quy định về thời gian ổn định đơn giá thuê đất hàng năm là 05 năm (Điều 15 Nghị định số 46/2014/NĐ-CP) là không phù hợp với bản chất tiền thuê đất hàng năm. Các Luật Đất đai trước đây (năm 1993, năm 2003) quy định đơn giá thuê đất hàng năm xác định theo giá đất từng năm tài chính. Quy định thời gian ổn định đơn giá là 05 năm như hiện nay giống cách tính tiền thuê đất trả trước nhiều năm của Luật Đất đai năm 1993. Theo đó, đơn giá thuê cho cả giai đoạn trả trước được xác định theo giá đất tại thời điểm nộp tiền thuê. Ví dụ nếu nộp trước 05 năm tiền thuê thì đơn giá được xác định tại thời điểm nộp, nhưng là nộp trước tiền thuê của nhiều năm. Hiện nay, đơn giá thuê đất được xác định ở thời điểm đến hạn thực hiện nghĩa vụ, tiền thuê thì nộp từng năm, nhưng đơn giá lại được sử dụng cho 05 năm liên tiếp là không phù hợp với phương thức trả tiền hàng năm, gây thất thu. Khi hết thời hạn ổn định đơn giá, cơ quan thuế phải điều chỉnh đơn giá thuê đất hàng năm cho chu kỳ ổn định tiếp theo; đồng nghĩa với đơn giá thuê đất hàng năm lại tiếp tục được xác định theo giá đất của năm đầu chu kỳ ổn định.

Thứ ba, về quy định miễn tiền thuê đất

Các trường hợp được miễn tiền thuê đất được quy định tại Điều 19 Nghị định số 46/2014/NĐ-CP. Dù vậy, quy định vẫn còn những điểm không rõ, dẫn đến áp dụng trên thực tế không thống nhất. Ví dụ, trường hợp

miễn tiền thuê đất tại điểm i khoản 1 Điều 19 Nghị định số 46/2014/NĐ-CP đối với “đất xây dựng công trình cấp nước” không quy định rõ miễn tiền thuê đất đối với diện tích đất làm trụ sở văn phòng của công ty cấp thoát nước. Trên thực tế, Tổng cục thuế từng trường hợp đã hướng dẫn miễn tiền thuê hoặc không được miễn tiền thuê khác nhau. Cụ thể như tại Công văn số 3982/TCT-CS ngày 09/11/2012 hướng dẫn Cục Thuế Tp. Hải Phòng thì diện tích đất nêu trên được miễn tiền thuê đất, nhưng hướng dẫn Cục thuế Tp. Hồ Chí Minh tại Công văn số 4991/TCT-CS ngày 11/12/2018 thì lại không được miễn tiền thuê đất. Việc hướng dẫn không thống nhất dẫn đến sự không bình đẳng trong xác định nghĩa vụ tài chính của người sử dụng đất³. Theo đó, có những diện tích đất không được liệt kê trong nhóm miễn tiền thuê đất, nhưng các cục thuế căn cứ hướng dẫn của Tổng cục Thuế đã ban hành quyết định miễn tiền thuê đất, làm thất thu ngân sách.

Thứ tư, về thực hiện nghĩa vụ nộp tiền thuê đất

Theo quy định tại Thông tư số 77/2014/TT-BTC của Bộ Tài chính hướng dẫn một số điều của Nghị định số 46/2014/NĐ-CP của Chính phủ quy định về thu tiền thuê đất, thuê mặt nước, thời điểm đến hạn thực hiện nghĩa vụ nộp tiền thuê đất một lần là trong vòng 30 ngày kể từ ngày ký quyết định thông báo nộp tiền thuê đất của cơ quan thuế. Trường hợp nộp tiền thuê hàng năm thì thời điểm đến hạn là có

³ Báo cáo số 133/BC-KTNN ngày 09/5/2019 của Kiểm toán Nhà nước Tổng hợp kết quả kiểm toán việc quản lý và sử dụng đất trong và sau khi cổ phần hóa doanh nghiệp nhà nước giai đoạn 2011-2017.

định, không phụ thuộc vào thời điểm ra thông báo nộp tiền (kỳ một trước 31/5, kỳ hai trước ngày 30/10 hằng năm). Bất cập hiện nay dẫn đến thất thu tiền thuê đất chính là pháp luật không quy định thời điểm phê duyệt đơn giá đất của UBND, từ đó dẫn tới không xác định được thời điểm phải lập phiếu chuyển thông tin địa chính là bao nhiêu ngày kể từ ngày có quyết định cho thuê đất. Theo quy định tại Thông tư số 36/2014/TT-BTNMT của Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định chi tiết phương pháp định giá đất; xây dựng, điều chỉnh bảng giá đất; định giá đất cụ thể và tư vấn xác định giá đất, Sở Tài nguyên và Môi trường phải xây dựng kế hoạch định giá đất cụ thể trước ngày 30/6 hàng năm. Quy định hiện nay chỉ quy định rõ thời hạn cho giai đoạn thẩm định phương án giá của Hội đồng thẩm định giá đất (Thông tư liên tịch số 87/2016/TTLT-BTC-BTNMT của Bộ Tài chính và Bộ Tài nguyên và Môi trường hướng dẫn việc thẩm định dự thảo bảng giá đất của Hội đồng thẩm định bảng giá đất, thẩm định phương án giá đất của Hội đồng thẩm định giá đất) còn giai đoạn lập dự thảo phương án giá thì không quy định rõ thời hạn. Thời điểm phê duyệt giá đất cụ thể của chủ thể có thẩm quyền quyết định giá đất cũng không được pháp luật quy định. Theo thủ tục nộp tiền thuê đất, phải có quyết định phê duyệt giá đất thì cơ quan thuế mới ra thông báo đơn giá cho thuê, cơ quan tài nguyên và môi trường mới ký hợp đồng thuê, từ đó mới có thông tin chuyển văn phòng đăng ký đất đai lập phiếu chuyển thông tin địa chính. Thực tiễn thực hiện pháp luật cho thấy, tình trạng chậm xác định nghĩa vụ nộp tiền thuê đất xảy ra ở rất nhiều

địa phương. Đơn cử trường hợp UBND huyện Hưng Hà, tỉnh Thái Bình cho bà Hoàng Thị Phương (địa chỉ tại phường Thanh Trường, Tp. Điện Biên, tỉnh Điện Biên) thuê tổng diện tích đất là 30,9 ha (10 ha thuê năm 2012, 20,9 ha thuê năm 2013) tại Khu bãi bồi thuộc địa phận xã Đức Tiến, huyện Hưng Hà để làm bãi chế biến khai thác vật liệu xây dựng và thực hiện dự án xây dựng trang trại, trồng cây, chăn nuôi gia súc, gia cầm và nuôi trồng thủy sản, thời hạn thuê đất 40 năm (đến năm 2053). Khu đất này đã được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số BG142200 ngày 30/10/2013, nhưng đến thời điểm hiện tại là năm 2019 vẫn chưa xác định nghĩa vụ nộp tiền thuê đất cho người sử dụng đất⁴.

Như vậy, hiện nay, tồn tại khoảng trống pháp luật về thời hạn phê duyệt giá đất cụ thể và trách nhiệm của cơ quan chuyên môn trong việc chậm xác định nghĩa vụ tài chính. Vấn đề này liên quan mật thiết đến thời điểm đến hạn thực hiện nghĩa vụ nộp tiền thuê đất của người sử dụng đất gây ra ảnh hưởng không tích cực.

5. Kiến nghị hoàn thiện quy định về cho thuê đất theo Luật Đất đai năm 2013

Để hoàn thiện pháp luật về thuê đất theo Luật Đất đai năm 2013, tác giả xin đề xuất một số giải pháp sau:

Thứ nhất, sửa đổi khái niệm cho thuê đất tại khoản 8 Điều 3 Luật Đất đai hiện

⁴ Thông báo số 1650/TB-TTCT ngày 19/9/2019 của Thanh tra Chính phủ Thông báo Kết luận thanh tra về thanh tra trách nhiệm của Chủ tịch UBND tỉnh Thái Bình trong việc thực hiện pháp luật về thanh tra, tiếp công dân, khiếu nại, tố cáo và phòng chống tham nhũng (thời kỳ từ 2011-2016) và đất đai, môi trường (thời kỳ từ năm 2006-2016).

hành, theo đó cho thuê đất là việc cơ quan nhà nước có thẩm quyền trao quyền sử dụng đất cho người sử dụng bằng quyết định cho thuê đất.

Thứ hai, sửa đổi, bổ sung đối tượng được Nhà nước cho thuê đất tại Điều 56 Luật Đất đai hiện hành. Theo đó, cần ghi nhận thêm trường hợp thuê đất của tổ chức phi chính phủ có hoạt động ngoại giao.

Thứ ba, sửa đổi thủ tục cho thuê đất theo hướng bỏ hợp đồng thuê đất. Hợp đồng thuê đất trong thủ tục thuê không đóng vai trò quyết định chuyển giao đất mà chỉ lập lại thông tin từ quyết định cho thuê. Để có thể thống nhất thời điểm phát sinh nghĩa vụ nộp tiền thuê đất, cần sửa đổi thủ tục cho thuê đất theo hướng bỏ hợp đồng thuê đất. Bên cạnh đó, bổ sung quyền chấm dứt việc

thuê đất của bên thuê vào mẫu quyết định cho thuê đất hiện nay (Phụ lục Thông tư số 30/2014/TT-BTNMT).

Thứ tư, quy định đơn giá thuê đất trả tiền hàng năm không thông qua đấu giá theo hướng xác định theo từng năm tài chính. Quy định về cách xác định tiền thuê đất hàng năm hiện nay không phù hợp với tên gọi của phương thức trả tiền hàng năm và gây thất thu ngân sách nhà nước. Để bảo đảm tiền thuê trả hàng năm được xác định đúng với giá trị quyền sử dụng đất thuê của năm sử dụng đất, nên quy định cách xác định đơn giá thuê đất không thông qua đấu giá được xác định theo từng năm tài chính, bỏ quy định về thời gian ổn định đơn giá đất.

(Tiếp theo trang 54 – Thẩm quyền của tòa án Việt Nam...)

sự kết nối khác để được sử dụng làm căn cứ độc lập cho việc xác định thẩm quyền chung của tòa án Việt Nam. Việc quy định này sẽ bảo đảm sự cân bằng giữa việc thực thi chủ quyền quốc gia, quyền lựa chọn của nguyên đơn và khả năng thực thi phán quyết. Thậm chí việc sửa đổi này còn đảm bảo cho sự thuận tiện của bị đơn khi tham gia vào hoạt động tố tụng tại Việt Nam vì có khả năng một tranh chấp thực sự xảy ra tại nơi bị đơn cư trú ở nước ngoài, nhưng vì sự thuận tiện cho nguyên đơn nên bị đơn có thể phải tham gia vào hoạt động tố tụng tại Việt Nam chỉ vì bị đơn có tài sản tại Việt Nam. Do đó, nhằm

đảm bảo sự cân bằng giữa việc bảo vệ lợi ích cho nguyên đơn, bị đơn và thực thi quyền tài phán của Việt Nam, tác giả cho rằng cần thiết phải bổ sung các nội dung trên vào điểm c khoản 1 Điều 469 BLTTDS 2015.

Tuy nhiên, do BLTTDS 2015 vừa được triển khai thực thi, nên trước mắt Hội đồng Thẩm phán Tòa án Nhân dân tối cao cần có hướng dẫn cụ thể hoặc hình thành án lệ về xác định giá trị tài sản của bị đơn trong tương quan với giá trị tranh chấp của vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài nhằm đảm bảo khả năng thực thi phán quyết như cách làm trong thực tiễn tố tụng tại tòa án Đức.

MỘT SỐ Ý KIẾN VỀ CHẾ ĐỘ BẢO HIỂM XÃ HỘI TRONG TRƯỜNG HỢP MANG THAI HỘ VÌ MỤC ĐÍCH NHÂN ĐẠO

Nguyễn Thị Lê Huyền*
Phan Thị Hồng**

Tóm tắt: Bài viết nghiên cứu về các quy định của chế độ bảo hiểm xã hội đối với trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo. Trên cơ sở đó, phân tích những điểm bất cập, hạn chế và đề xuất giải pháp hoàn thiện pháp luật nhằm hướng tới việc đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan trong chế độ đầy tính nhân văn này.

Abstract: The article studies provisions of social insurance regime in cases of surrogacy for the humanitarian purpose. On that basis, it analyzes shortcomings, limitations and then makes proposals to improve the law with a view to ensure legal rights and interests of the related parties in light of such a humanitarian regime.

1. Dẫn nhập

Luật Bảo hiểm xã hội (BHXH) năm 2014, có hiệu lực từ ngày 1/1/2016 đã và đang phát huy tốt vai trò điều chỉnh về các chính sách an sinh xã hội, là công cụ đặc lực và hiệu quả trong thực hiện chức năng xã hội của Nhà nước ta. Theo quy định của Luật, BHXH là sự bảo đảm thay thế hoặc bù đắp một phần thu nhập của người lao động khi họ bị giảm hoặc mất thu nhập do ốm đau, thai sản, tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp, hết tuổi lao động hoặc chết, trên cơ sở đóng vào quỹ bảo hiểm xã hội¹. Một trong những nội dung đáng lưu ý của Luật BHXH năm 2014 là việc lần đầu tiên ghi nhận và bổ sung quy định chế độ thai sản cũng như các quyền lợi chính đáng khác của các chủ thể trong quan hệ pháp luật về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo² cho phù hợp với quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014. Những quy định này đã

góp phần quan trọng tạo hành lang pháp lý đồng bộ điều chỉnh vấn đề mang thai hộ - một chế độ còn rất mới mẻ tại Việt Nam. Theo đó, các quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan được quan tâm chú ý nhằm hướng tới sự đảm bảo một cách tốt nhất trên cơ sở dung hòa tối đa các lợi ích của cá nhân, gia đình và xã hội.

Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được, các quy định về chế độ BHXH đối với các chủ thể liên quan đến quan hệ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo vẫn còn bộc lộ một số hạn chế, bất cập gây ảnh hưởng không nhỏ đến quyền và lợi ích hợp pháp của các cá nhân trong quan hệ pháp luật đầy tính nhân đạo này.

2. Một số bất cập, hạn chế về chế độ bảo hiểm xã hội đối với các chủ thể trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo và giải pháp hoàn thiện

Một là, khoản 1 Điều 31 Luật BHXH năm 2014 về điều kiện hưởng chế độ thai sản quy định: “Người lao động được hưởng chế độ thai sản khi thuộc một trong

*,** ThS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế.
¹ Xem khoản 1 Điều 3 Luật BHXH năm 2014.
² Xem Điều 31, 35 Luật BHXH năm 2014.

các trường hợp sau đây: a) Lao động nữ mang thai; b) Lao động nữ sinh con; c) Lao động nữ mang thai hộ và người mẹ nhờ mang thai hộ; d) Người lao động nhận nuôi con nuôi dưới 06 tháng tuổi; đ) Lao động nữ đặt vòng tránh thai, người lao động thực hiện biện pháp triệt sản; e) Lao động nam đang đóng bảo hiểm xã hội có vợ sinh con". Với quy định này, như đã đề cập ở trên, pháp luật Việt Nam hiện hành lần đầu tiên ghi nhận về quyền được hưởng chế độ thai sản của lao động nữ khi tham gia thực hiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo. Điều này là vô cùng có ý nghĩa, thể hiện tính nhân văn sâu sắc và bao quát của pháp luật nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan. Tuy nhiên, xét về mặt nội dung theo quy định tại khoản 1 Điều 31 có thể nhận thấy, nội hàm về đối tượng đủ điều kiện hưởng chế độ thai sản là chưa phù hợp và chưa đảm bảo tính logic. Theo đó, tại điểm a quy định đối tượng đủ điều kiện hưởng chế độ thai sản là "lao động nữ mang thai". Bên cạnh đó, điểm c quy định "lao động nữ mang thai hộ và người mẹ nhờ mang thai hộ". Quy định về đối tượng trong điều khoản trên có sự trùng lặp về chủ thể. Bởi lẽ, bản thân người "lao động nữ mang thai hộ" được điều chỉnh tại điểm c cũng chính là "lao động nữ đang mang thai"; khi thực hiện kỹ thuật mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, phôi thai được tạo ra từ noãn và tinh trùng của cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ sẽ được cấy vào cơ thể của người phụ nữ mang thai hộ; sau khi phôi thai được cấy vào cơ thể người phụ nữ này, bản thân họ sẽ là người phụ nữ đang mang thai. Cho nên, người phụ nữ đang mang thai dù "hộ" hay "không hộ" thì khi họ đã mang thai cũng đều gắn liền với sự

nuôi dưỡng và quá trình phát triển của thai nhi. Đồng thời khi sinh con thì bản thân họ cũng là "lao động nữ sinh con" theo quy định tại điểm b Điều này. Vì vậy, ngay cả về mặt thực tế hay pháp lý thì bản thân người phụ nữ mang thai hộ cũng chính là đối tượng đủ điều kiện hưởng chế độ thai sản theo điểm a và b khoản 1 Điều 31. Do đó, xét về mặt nội hàm việc quy định thêm trường hợp "lao động nữ mang thai hộ" tại điểm c sẽ trở nên thừa và không đảm bảo tính logic của điều luật. Trên cơ sở đó, chúng tôi đề xuất rằng, điểm c khoản 1 Điều 31 chỉ nên quy định về đối tượng đủ điều kiện hưởng chế độ thai sản là "lao động nữ nhờ mang thai hộ" thay vì quy định "lao động nữ mang thai hộ và người mẹ nhờ mang thai hộ" như hiện nay.

Hai là, cũng theo quy định tại Điều 31 Luật BHXH năm 2014, đối tượng được hưởng chế độ thai sản còn bao gồm "Lao động nam đang đóng bảo hiểm xã hội có vợ sinh con". Điều này có nghĩa là chỉ người chồng của người mang thai hộ mới được hưởng chế độ thai sản. Theo đó, khoản 2 Điều 34 Luật BHXH năm 2014 quy định nếu vợ sinh con, họ được "nghỉ việc hưởng chế độ thai sản như sau: a) 05 ngày làm việc; b) 07 ngày làm việc khi vợ sinh con phải phẫu thuật, sinh con dưới 32 tuần tuổi; c) Trường hợp vợ sinh đôi thì được nghỉ 10 ngày làm việc, từ sinh ba trở lên thì cứ thêm mỗi con được nghỉ thêm 03 ngày làm việc; d) Trường hợp vợ sinh đôi trở lên mà phải phẫu thuật thì được nghỉ 14 ngày làm việc. Thời gian nghỉ việc hưởng chế độ thai sản quy định tại khoản này được tính trong khoảng thời gian 30 ngày đầu kể từ ngày vợ sinh con".

Quy định như trên nhằm đảm bảo rằng, người chồng của người mang thai hộ có thể thực hiện các quyền, nghĩa vụ của mình như chăm sóc vợ và con khi người vợ sinh nở. Điều này là hoàn toàn hợp lý. Tuy nhiên, Luật BHXH năm 2014 không đề cập đến nam giới đang đóng BHXH là người chồng trong cặp vợ chồng vô sinh nhờ mang thai hộ có được hưởng chế độ thai sản không, nếu ngay sau khi sinh con, người mang thai hộ chuyển giao con cho cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ chăm sóc, nuôi dưỡng. Theo quy định tại khoản 2 Điều 35 Luật BHXH năm 2014, trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, người mẹ nhờ mang thai hộ được hưởng chế độ thai sản từ thời điểm nhận con đến khi con đủ 6 tháng tuổi³. Thiết nghĩ, việc thực hiện quyền làm cha, làm mẹ là quyền bình đẳng của các cá nhân. Sau khi nhận con, không chỉ có người vợ mà bản thân người chồng cũng cần phải thực hiện trách nhiệm chăm sóc con – điều này vừa là quyền vừa là nghĩa vụ của các chủ thể có liên quan. Dưới góc độ của pháp luật bình đẳng giới, việc người chồng trong cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ không được hưởng chế độ thai sản (nghỉ việc theo số ngày quy định tại khoản 2 Điều 34 Luật BHXH năm 2014) là chưa phù hợp. Do đó, theo quan điểm của chúng tôi, pháp luật cần ghi nhận quyền hưởng chế độ thai sản của lao động nam nhờ mang thai hộ. Điều này vừa tạo điều kiện cho người lao động nam tham gia vào việc chăm sóc vợ, con; đồng thời vừa đảm bảo việc thực hiện thiên chức

của người chồng, người cha, phù hợp với tính chất nhân đạo như Luật đã điều chỉnh. Do đó, chúng tôi đề xuất, khoản 1 Điều 31 Luật BHXH năm 2014 nên bổ sung thêm trường hợp đủ điều kiện hưởng chế độ thai sản là “lao động nam đang đóng bảo hiểm xã hội nhờ mang thai hộ”.

Ba là, việc hưởng chế độ khi con ốm đau theo quy định tại Điều 27 Luật BHXH năm 2014 được xác định như sau: “1) Thời gian hưởng chế độ khi con ốm đau trong một năm cho mỗi con được tính theo số ngày chăm sóc con tối đa là 20 ngày làm việc nếu con dưới 03 tuổi; tối đa là 15 ngày làm việc nếu con từ đủ 03 tuổi đến dưới 07 tuổi; 2) Trường hợp cả cha và mẹ cùng tham gia bảo hiểm xã hội thì thời gian hưởng chế độ khi con ốm đau của mỗi người cha hoặc người mẹ theo quy định tại khoản 1 Điều này”. Với quy định này, có thể nhận thấy rằng, việc áp dụng quy định của pháp luật để giải quyết chế độ trong trường hợp con ốm đau của người lao động chỉ thực hiện khi bản thân họ được xác định là cha, mẹ của đứa trẻ được sinh ra. Tuy nhiên, đối với trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo, nguyên tắc xác định quan hệ cha, mẹ, con không giống như những trường hợp thông thường khác. Bởi lẽ, đây là trường hợp sinh con mang tính đặc thù. Theo đó người trực tiếp sinh ra đứa trẻ lại không được xác định là mẹ hợp pháp, mà cha mẹ hợp pháp của đứa trẻ được xác định là cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ ngay từ thời điểm trẻ được sinh ra⁴. Tuy nhiên,

³ Khoản 2 Điều 35 quy định về chế độ thai sản của lao động nữ mang thai hộ và người mẹ nhờ mang thai hộ: “Người mẹ nhờ mang thai hộ được hưởng chế độ thai sản từ thời điểm nhận con cho đến khi con đủ 06 tháng tuổi”.

⁴ Điều 94 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định về việc xác định cha, mẹ trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo như sau: “Con sinh ra trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích

thực tế có thể xảy ra khả năng sau khi người mang thai hộ sinh con, cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ không hoặc chậm nhận con vì các lý do như cặp vợ chồng này đã ly hôn trong thời gian người mang thai hộ mang thai, trẻ sinh ra bị tật nguyền... Bên mang thai hộ đã khởi kiện yêu cầu cặp vợ chồng nhờ mang thai hộ nhận con, nhưng quá trình khởi kiện kéo dài. Như vậy, khoảng thời gian này cặp vợ chồng mang thai hộ vẫn phải thực hiện nghĩa vụ chăm sóc và nuôi dưỡng đứa trẻ được sinh, mặc dù về mặt pháp lý đứa trẻ này không phải là con mình. Giả sử trong thời gian đó, đứa trẻ ốm đau, bệnh tật cần chăm sóc đặc biệt, có xác nhận của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền⁵ thì cặp vợ chồng mang thai hộ có được nghỉ chế độ ốm đau để chăm sóc trẻ hay không? Rõ ràng, về mặt pháp lý, lúc này bản thân cặp vợ chồng mang thai hộ không phải là cha, mẹ của đứa trẻ được sinh ra, do đó, không có cơ sở để áp dụng Điều 27 Luật BHXH năm 2014 như đã phân tích trên. Theo chúng tôi, điều này là không hợp lý và chưa đảm bảo tính nhân văn vốn có của chế độ mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

Để giải quyết triệt để vấn đề này, theo quan điểm của chúng tôi, việc xác định tư cách chủ thể trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo là hết sức cần thiết. Theo đó, khoản 1 Điều 97 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 nên điều chỉnh là: “*Người phụ nữ mang thai hộ và người*

nhân đạo là con chung của vợ chồng nhờ mang thai hộ kể từ thời điểm con được sinh ra”.

⁵ Điều 25 Luật BHXH năm 2014 quy định về điều kiện hưởng chế độ ốm đau như sau: “*Phải nghỉ việc để chăm sóc con dưới 07 tuổi bị ốm đau và có xác nhận của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh có thẩm quyền*”.

chồng của người này là cha mẹ hợp pháp của đứa trẻ từ lúc mang thai cho đến lúc chuyển giao đứa trẻ cho bên nhờ mang thai hộ” thay vì quy định “*con sinh ra trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo là con chung của vợ chồng nhờ mang thai hộ kể từ thời điểm con được sinh ra*” như hiện nay. Điều này trước hết nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp cho trẻ em được sinh ra từ mang thai hộ - đối tượng không thể tự bảo vệ mình, sau đó là đảm bảo quyền lợi chính đáng của người đang nuôi dưỡng trẻ. Có như vậy, chế độ về mang thai hộ vì mục đích nhân đạo trong Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 cũng như chế độ về chế độ ốm đau trong Luật BHXH năm 2014 mới đảm bảo được ý nghĩa thực sự của nó.

Bốn là, về chế độ tử tuất. Điểm a khoản 2 Điều 67 Luật BHXH năm 2014 quy định thân nhân của người lao động quy định khoản 1 Điều 67⁶ được hưởng trợ cấp tuất hàng tháng bao gồm: “*Con chưa đủ 18 tuổi; con từ đủ 18 tuổi trở lên nếu bị suy giảm khả năng lao động từ 81% trở lên; con được sinh khi người bố chết mà người mẹ đang mang thai*”. Quy định về đối tượng thân nhân được hưởng chế độ tử tuất nói trên chưa thực sự đảm bảo tính logic. Bởi lẽ, con được sinh ra khi người bố chết mà người mẹ đang mang thai và còn sống sau thời điểm bố chết thì theo quy định tại Điều 88 Luật

⁶ Khoản 1 Điều 67 Luật BHXH năm 2014 quy định: “1. Những người quy định tại khoản 1 và khoản 3 Điều 66 của Luật này thuộc một trong các trường hợp sau đây khi chết thì thân nhân được hưởng tiền tuất hàng tháng:

- a) Đã đóng bảo hiểm xã hội đủ 15 năm trở lên nhưng chưa hưởng bảo hiểm xã hội một lần;
- b) Đang hưởng lương hưu;
- c) Chết do tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp;
- d) Đang hưởng trợ cấp tai nạn lao động, bệnh nghề nghiệp hàng tháng với mức suy giảm khả năng lao động từ 61 % trở lên”.

Hôn nhân và gia đình năm 2014, đứa trẻ này vẫn được xác định là con chung của vợ chồng vì là con “do người vợ có thai trong thời kì hôn nhân”⁷. Do vậy, nếu trẻ được xác định là con hợp pháp của người bố đã mất khi mẹ đang mang thai thì sau khi cháu được sinh ra cháu vẫn thuộc đối tượng được hưởng trợ cấp tuất nếu cháu “chưa đủ 18 tuổi hoặc từ đủ 18 tuổi trở lên nếu bị suy giảm khả năng lao động từ 81% trở lên”. Như vậy, quy định về trường hợp “con được sinh khi người bố chết mà người mẹ đang mang thai” sẽ trở nên không cần thiết.

Mặt khác, quy định nói trên cũng dễ dẫn đến sự nhầm lẫn đối với việc hưởng chế độ tử tuất của đứa trẻ được sinh ra từ kỹ thuật mang thai hộ vì mục đích nhân đạo. Bởi lẽ, không giống như những trường hợp sinh con thông thường khác, đứa trẻ được sinh ra từ kỹ thuật mang thai hộ vì mục đích nhân đạo không phải là đứa trẻ được sinh từ người mẹ hợp pháp của trẻ mà bởi người phụ nữ mang thai hộ. Người phụ nữ mang thai không được xác định là mẹ hợp pháp của trẻ ngay kể từ thời điểm trẻ được sinh ra⁸. Vậy nếu áp dụng quy định tại điểm a khoản 2 Điều 67 nói trên, trong trường hợp người phụ nữ mang thai hộ đang mang thai mà người chồng trong cặp vợ chồng nhờ

mang thai chết (bỏ hợp pháp của trẻ) thì sau đó trẻ sinh ra có được hưởng chế độ tử tuất của bố không vì người bố chết nhưng người mẹ của trẻ lại “đang không mang thai”. Theo cách hiểu này có nghĩa là đứa trẻ được sinh ra từ kỹ thuật mang thai hộ vì mục đích nhân đạo sẽ không được xác định là đối tượng hưởng chế độ tử tuất theo quy định của pháp luật. Điều này vô hình trung sẽ làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền và lợi ích hợp pháp của trẻ. Do đó, theo quan điểm của chúng tôi, quy định này cần được điều chỉnh lại theo hướng bỏ trường hợp “con được sinh khi người bố chết mà người mẹ đang mang thai” tại điểm a khoản 2 Điều 67 Luật BHXH năm 2014 để vừa đảm bảo tính logic của điều luật vừa bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của trẻ em được sinh ra từ kỹ thuật mang thai hộ vì mục đích nhân đạo.

3. Kết luận

Với những kết quả đã đạt được trong thời gian qua, các quy định liên quan đến mang thai hộ vì mục đích nhân đạo và bảo hiểm xã hội ở Việt Nam đã đóng vai trò tích cực trong việc phát huy những giá trị nhân văn của dân tộc. Tuy nhiên, do đặc thù của một quan hệ pháp luật mới, một số vấn đề về chế độ bảo hiểm xã hội đối với các chủ thể liên quan đến việc thực hiện mang thai hộ vì mục đích nhân đạo vẫn còn bộc lộ những hạn chế nhất định. Do đó, việc xem xét điều chỉnh chế định pháp lý này trong mối liên hệ với các văn bản quy phạm pháp luật liên quan, trong đó có Luật BHXH năm 2014 là điều vô cùng cần thiết. Có như vậy, hệ thống pháp luật mới thực sự đảm bảo tính đồng bộ, thống nhất và hướng tới việc bảo vệ toàn diện, công bằng quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan.

⁷ Điều 88 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 quy định về việc xác định cha, mẹ như sau:

“1. Con sinh ra trong thời kỳ hôn nhân hoặc do người vợ có thai trong thời kỳ hôn nhân là con chung của vợ chồng.

Con được sinh ra trong thời hạn 300 ngày kể từ thời điểm chấm dứt hôn nhân được coi là con do người vợ có thai trong thời kỳ hôn nhân.

Con sinh ra trước ngày đăng ký kết hôn và được cha mẹ thừa nhận là con chung của vợ chồng”.

⁸ Xem Điều 94 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014: “Con sinh ra trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo là con chung của vợ chồng nhờ mang thai hộ kể từ thời điểm con được sinh ra”.

VẤN ĐỀ THĂM DÒ, KHAI THÁC TÀI NGUYÊN TẠI KHU VỰC THỀM LỤC ĐỊA MỞ RỘNG KHI CHƯA CÓ KIẾN NGHỊ CỦA ỦY BAN RANH GIỚI NGOÀI VÀ MỘT SỐ LƯU Ý ĐỐI VỚI VIỆT NAM

*Phạm Hồng Hạnh**

Tóm tắt: Theo quy định tại Điều 76 Công ước Luật Biển năm 1982, quốc gia ven biển có thể tuyên bố mở rộng thềm lục địa ra ngoài 200 hải lý tính từ đường cơ sở của mình. Tuy nhiên, ranh giới ngoài thềm lục địa phải được xác định phù hợp với những kiến nghị của Ủy ban ranh giới ngoài thềm lục địa thì mới được công nhận có giá trị pháp lý ràng buộc. Như vậy, trong thời gian chờ đợi Ủy ban ranh giới ngoài thềm lục địa đưa ra kiến nghị với quốc gia ven biển, quốc gia có được tiến hành những hoạt động thăm dò, khai thác tài nguyên tại khu vực thềm lục địa mở rộng mà mình đã xác định trong báo cáo hay không? Nội dung bài viết nhằm đưa ra những ý kiến liên quan đến vấn đề này, đồng thời, đưa ra một số lưu ý đối với Việt Nam về khu vực thềm lục địa mở rộng.

Abstract: According to Article 76 of the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, a coastal state may claim to extend the continental shelf beyond 200 nautical miles from its baseline. However, only the outer limits of the shelf established in accordance with the recommendations of the Commission on the Limits of the Continental Shelf shall become final and binding. Thus, while awaiting recommendations by the Commission on the Limits of the Continental Shelf, whether the coastal state can explore and exploit natural resources on the extended continental shelf? This article aims to shed light on this issue, thereby, draw attention of Vietnam to the extended continental shelf.

1. Quy định của Công ước Luật Biển năm 1982 về mở rộng ranh giới ngoài thềm lục địa

Theo quy định tại Điều 76 Công ước Luật Biển năm 1982 (UNCLOS), thềm lục địa của một quốc gia ven biển (QGVB) bao gồm đáy biển và lòng đất dưới đáy biển bên ngoài lãnh hải, toàn bộ phần kéo dài tự nhiên lãnh thổ đất liền của quốc gia đó cho đến bờ ngoài rìa lục địa, hoặc đến cách đường cơ sở dùng để tính chiều rộng lãnh

hải (gọi tắt là đường cơ sở) 200 hải lý, khi bờ ngoài rìa lục địa của quốc gia đó ở khoảng cách gần hơn; trong trường hợp, bờ ngoài rìa lục địa cách đường cơ sở một khoảng cách lớn hơn 200 hải lý thì thềm lục địa của QGVB được mở rộng tối đa đến cách đường cơ sở một khoảng cách không quá 350 hải lý hoặc cách đường đẳng sâu 2500 mét không quá 100 hải lý.

Với quy định này, Công ước cho phép QGVB, căn cứ vào dạng địa hình tự nhiên của đáy biển quốc gia, được phép mở rộng thềm lục địa ra ngoài 200 hải lý tính từ đường cơ sở đến một ranh giới ngoài do

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

chính UNCLOS ấn định, hoặc cách đường cơ sở không quá 350 hải lý, hoặc cách đường đẳng sâu 2500 mét không quá 100 hải lý. Để xác định ranh giới ngoài trong trường hợp thêm lục địa mở rộng, quốc gia có thể lựa chọn sử dụng một trong hai hoặc kết hợp cả hai phương pháp trên cơ sở tuân thủ những yêu cầu đặt ra đối từng phương pháp do Công ước quy định, bao gồm:

- Phương pháp “chân dốc lục địa”, là đường nối những điểm cố định ở cách chân dốc lục địa nhiều nhất là 60 hải lý (đoạn ii điểm a khoản 4 Điều 76);

- Phương pháp “bề dày trầm tích”, là đường nối những điểm cố định tận cùng mà bề dày lớp đá trầm tích ít nhất cũng bằng 1 % khoảng cách từ điểm được xét cho tới chân dốc lục địa (đoạn i điểm a khoản 4 Điều 76).

Tuyên bố mở rộng thêm lục địa pháp lý của quốc gia chỉ có giá trị pháp lý ràng buộc khi thỏa mãn những điều kiện sau:

Thứ nhất, quốc gia đã thực hiện thủ tục thông báo về việc mở rộng thêm lục địa và xác định ranh giới ngoài thêm lục địa mở rộng trong thời hạn được Công ước quy định. Theo quy định tại Điều 4 Phụ lục II, thời hạn để trình hồ sơ về ranh giới ngoài thêm lục địa là 10 năm kể từ ngày Công ước có hiệu lực với các quốc gia thành viên (Phụ lục II, Điều 4 UNCLOS). Tuy nhiên, phiên họp lần thứ 11 của các quốc gia thành viên Công ước đã quyết định kéo dài thời hạn nộp báo cáo, theo đó, đối với các quốc gia thành viên mà Công ước phát sinh hiệu lực trước ngày 13/5/1999 thì thời hạn 10 năm sẽ được tính từ ngày 13/5/1999¹, tức là thời

hạn cuối cùng để nộp báo cáo trong trường hợp này là ngày 13/5/2009. Tới thời hạn này, các quốc gia phải thực hiện một trong các lựa chọn:

+ *Một là*, trình hồ sơ cuối cùng về ranh giới ngoài thêm lục địa mở rộng ngoài 200 hải lý tính từ đường cơ sở cho Ủy ban ranh giới ngoài thêm lục địa (CLCS). Một quốc gia có thể trình toàn bộ hồ sơ hay một phần. Quốc gia có thể trình một hoặc nhiều phần hồ sơ thay cho toàn bộ hồ sơ với cả vùng biển. Hai hay nhiều quốc gia có thể trình chung một hồ sơ theo Mục 4 Phụ lục I Quy định thủ tục của CLCS.

+ *Hai là*, trình Tổng thư ký các thông tin ban đầu về ranh giới ngoài thêm lục địa mở rộng ở ngoài 200 hải lý và bản mô tả tình hình chuẩn bị và ngày dự kiến trình hồ sơ cuối cùng cho CLCS theo các yêu cầu tại Điều 76 của Công ước và Quy định thủ tục và hướng dẫn khoa học, kỹ thuật của CLCS².

Nếu quốc gia nào không tiến hành bất kỳ hành động nào nói trên sẽ được coi là từ bỏ và không có yêu cầu đối với việc mở rộng thêm lục địa ra ngoài 200 hải lý tính từ đường cơ sở của họ.

Thứ hai, ranh giới ngoài thêm lục địa do QGVN xác định phù hợp với những kiến nghị của CLCS. CLCS sẽ thành lập các tiểu ban trực tiếp xem xét hồ sơ mà quốc gia đã đệ trình, từ đó, đưa ra những kiến nghị đối

the United Nations Convention on the Law of the Sea, <https://undocs.org/pdf?symbol=en/SPLOS/72>, truy cập ngày 1/9/2019.

² Xem: Decision [of the eighteenth Meeting of States Parties] regarding the workload of the Commission on the Limits of the Continental Shelf and the ability of States, particularly developing States, to fulfil the requirements of article 4 of Annex II to the Convention, as well as the decision contained in SPLOS/72, paragraph (a), <https://undocs.org/pdf?symbol=en/SPLOS/183>, truy cập ngày 1/9/2019.

¹ Xem: Decision regarding the date of commencement of the ten-year period for making submissions to the Commission on the Limits of the Continental Shelf set out in article 4 of Annex II to

với từng quốc gia. Trong kiến nghị của mình, CLCS sẽ đối chiếu ranh giới ngoài thềm lục địa mở rộng do QGVB xác định với những quy định tại Điều 76 UNCLOS cũng như những quy định trong Bản hướng dẫn và Bộ quy tắc để giải thích, áp dụng Điều 76 do chính CLCS ban hành. Nếu không đồng ý với các kiến nghị của Ủy ban, QGVB có thể đệ trình lên Ủy ban đơn yêu cầu xem xét lại hoặc một đệ trình mới trong thời hạn hợp lý (Điều 8 Phụ lục III UNCLOS). Theo quy định tại khoản 8 Điều 76 UNCLOS, các ranh giới ngoài do QGVB xác định trên cơ sở kiến nghị của CLCS sẽ có giá trị ràng buộc. Ngược lại, những ranh giới ngoài được QGVB xác định không trên cơ sở những kiến nghị do CLCS đưa ra sẽ không được công nhận. Điều này có nghĩa là, nếu ranh giới ngoài do QGVB xác định không được CLCS thừa nhận phù hợp với quy định tại Điều 76 và quốc gia không điều chỉnh ranh giới ngoài theo những kiến nghị mà CLCS đưa ra thì tuyên bố mở rộng thềm lục địa của quốc gia sẽ không có giá trị pháp lý. Trong trường hợp này, QGVB sẽ chỉ có thềm lục địa rộng tối đa 200 hải lý tính từ đường cơ sở.

2. Vấn đề thăm dò, khai thác tài nguyên tại thềm lục địa mở rộng khi chưa có kiến nghị của Ủy ban ranh giới ngoài thềm lục địa

Theo quy định tại Điều 77 UNCLOS, QGVB có quyền chủ quyền trong thăm dò, khai thác tài nguyên tại thềm lục địa. Trong phạm vi thềm lục địa rộng tối đa 200 hải lý tính từ đường cơ sở, quyền này của QGVB không có gì phải tranh cãi. Trong trường hợp thềm lục địa mở rộng được xác định trên cơ sở những kiến nghị của CLCS, QGVB sẽ có đầy đủ quyền chủ quyền trong việc thăm dò, khai thác tài nguyên tại khu

vực thềm lục địa mở rộng đó như trong phạm vi thềm lục địa rộng 200 hải lý tính từ đường cơ sở. Vậy trong thời gian chờ đợi CLCS đưa ra kiến nghị, QGVB có được thực hiện các hoạt động thăm dò, khai thác tại khu vực thềm lục địa mở rộng mà quốc gia đã xác định hay không?

Về mặt pháp lý, cả UNCLOS cũng như các Quy tắc của CLCS không có bất kỳ quy định hay hướng dẫn nào về việc “thăm dò, khai thác tài nguyên tại thềm lục địa mở rộng khi chưa có kiến nghị của CLCS”. Do đó, vấn đề này có thể được hiểu theo một trong hai cách:

Một là, QGVB chỉ được tiến hành thăm dò, khai thác tại thềm lục địa mở rộng sau khi đã có kiến nghị của CLCS xác nhận ranh giới ngoài mà QGVB đã xác định phù hợp với các tiêu chuẩn tại Điều 76 hoặc QGVB đã điều chỉnh lại ranh giới ngoài phù hợp với những kiến nghị mà CLCS đưa ra và được CLCS xác nhận đáp ứng các tiêu chuẩn theo Điều 76;

Hai là, do QGVB có quyền đương nhiên với thềm lục địa theo khoản 3 Điều 77, nên QGVB đương nhiên có quyền thăm dò, khai thác tại khu vực thềm lục địa mở rộng mà không cần xem xét đến kiến nghị của CLCS.

Nói cách khác, các QGVB sẽ có hai lựa chọn:

Một là, không tiến hành các hoạt động thăm dò, khai thác tại khu vực nằm ngoài đường ranh giới 200 hải lý cho đến khi có khuyến nghị cuối cùng của CLCS;

Hai là, vẫn tiến hành những hoạt động thăm dò, khai thác như trong khu vực thềm lục địa rộng 200 hải lý mà không cần chờ đợi khuyến nghị cuối cùng của CLCS.

Xét về khía cạnh kinh tế, lựa chọn thứ hai có nhiều ưu điểm hơn. Tính đến ngày

16/8/2019, đã có 84 hồ sơ xác định ranh giới ngoài thềm lục địa được đệ trình lên CLCS, nhưng cơ quan này mới chỉ đưa ra kiến nghị đối với 32 trường hợp. Thời gian để CLCS đưa ra kiến nghị đối với một hồ sơ xác định ranh giới ngoài thềm lục địa nhanh nhất là khoảng 3 - 4 năm, có trường hợp lên đến 10 năm như trường hợp của Na Uy. Đặc biệt, trong trường hợp có tranh chấp tại khu vực thềm lục địa mở rộng thì CLCS sẽ không thành lập tiểu ban xem xét hồ sơ do quốc gia đệ trình. Do đó, thời gian QGVB phải chờ đợi để có kiến nghị cuối cùng của cơ quan này sẽ rất khó xác định là bao lâu³. Vì vậy, việc thăm dò, khai thác tài nguyên tại khu vực nằm ngoài ranh giới 200 hải lý mà không cần chờ đợi kiến nghị của CLCS vừa giúp quốc gia thu được lợi ích kinh tế, vừa có thể đáp ứng nhu cầu năng lượng của quốc gia trong trường hợp nguồn tài nguyên dầu mỏ trong phạm vi 200 hải lý bị suy giảm.

Tuy nhiên, lựa chọn này mang tính rủi ro pháp lý rất cao. Nếu kiến nghị của CLCS xác nhận ranh giới ngoài mà QGVB đã xác định phù hợp với những tiêu chuẩn tại Điều 76 thì hành vi thăm dò, khai thác của QGVB là phù hợp với các quyền chủ quyền được UNCLOS ghi nhận. Ngược lại, nếu kiến nghị của CLCS kết luận việc xác định ranh giới ngoài thềm lục địa không đáp ứng được các tiêu chuẩn tại Điều 76 thì hành vi thăm dò, khai thác của QGVB sẽ vi phạm quy định của UNCLOS. Bởi lẽ, trong trường hợp thềm lục địa mở rộng không được công nhận, khu vực bên ngoài thềm lục địa 200 hải lý vẫn thuộc phạm vi Vùng – di sản chung của nhân loại và mọi hành vi

thăm dò, khai thác tại đó phải được sự chấp thuận của Cơ quan quyền lực Vùng.

Trong một nghiên cứu của Robin Churchill, ông đã đưa ra một gợi ý rằng, các quốc gia muốn tiến hành hoạt động khai thác khoáng sản ở thềm lục địa mở rộng khi chưa có khuyến nghị của CLCS cần phải *chắc chắn ở mức độ đáng kể*⁴ là mình đã áp dụng đúng Điều 76 và xác định chính xác vị trí của ranh giới ngoài để được CLCS chấp thuận. Tuy nhiên, đây vẫn là một gợi ý có nhiều rủi ro, bởi việc xác định chính xác ranh giới ngoài để phù hợp với Điều 76 UNCLOS đòi hỏi tính kỹ thuật rất cao. Nói cách khác, việc QGVB tiến hành thăm dò, khai thác tại khu vực ngoài 200 hải lý khi chưa có kiến nghị cuối cùng của CLCS có hợp pháp hay không vẫn phụ thuộc chủ yếu vào quyết định của cơ quan này.

Theo quan điểm cá nhân tác giả, không nên thừa nhận quyền tự do tiến hành thăm dò, khai thác tại khu vực thềm lục địa mở rộng của QGVB khi CLCS chưa đưa ra kiến nghị cuối cùng như trong phạm vi thềm lục địa rộng tối đa 200 hải lý tính từ đường cơ sở. Bởi, tại thềm lục địa trong phạm vi tối đa 200 hải lý, QGVB không cần phải tuân thủ bất kỳ điều kiện gì, thậm chí không cần thực hiện bất kỳ hành vi tuyên bố hay chiếm hữu nào vẫn đương nhiên được các chủ thể

⁴ Trong vụ tranh chấp phân định thềm lục địa Bangladesh – Myanmar, mặc dù chưa có khuyến nghị từ CLCS về xác định ranh giới ngoài thềm lục địa mở rộng, nhưng toà vẫn tiến hành phân định thềm lục địa mở rộng. Toà cho rằng, không có “*sự không chắc chắn đáng kể*” nào về sự tồn tại của thềm lục địa mở rộng của hai nước, do đó không cần chờ khuyến nghị của CLCS mà có thể tiến hành phân định ngay. Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal, https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/published/C16-J-14_mar_12.pdf, truy cập ngày 1/5/2018.

³ Xem: https://www.un.org/Depts/los/clcs_new/commission_submissions.htm, truy cập ngày 28/9/2019.

khác của Luật quốc tế công nhận về sự tồn tại của khu vực thềm lục địa đó cùng các quyền mà Công ước quy định cho QGVB. Ngược lại, thềm lục địa mở rộng của QGVB chỉ được công nhận khi thỏa mãn những điều kiện do UNCLOS đặt ra, đặc biệt là điều kiện liên quan đến xác định ranh giới ngoài tại Điều 76. Nói cách khác, mặc dù khoản 3 Điều 77 UNCLOS quy định các quyền của QGVB với thềm lục địa là đương nhiên, nhưng điều này không loại bỏ nghĩa vụ chứng minh rằng các quyền của QGVB đối với thềm lục địa ngoài 200 hải lý là tồn tại trên cơ sở đối chiếu với những tiêu chuẩn mà UNCLOS ghi nhận⁵. Với những lợi ích kinh tế to lớn mà tài nguyên của thềm lục địa mang lại, đặc biệt là khoáng sản, cộng thêm một thực tế là tại nhiều quốc gia, nguồn tài nguyên trong phạm vi thềm lục địa 200 hải lý đã bắt đầu cạn kiệt, việc mở rộng thềm lục địa ra ngoài 200 hải lý sẽ mang lại cho QGVB nhiều lợi ích cả về kinh tế cũng như chính trị, an ninh. Do đó, nếu không đặt ra những điều kiện để thềm lục địa mở rộng được công nhận, các QGVB sẽ có xu hướng tuyên bố mở rộng thềm lục địa của mình ra ngoài 200 hải lý một cách tùy tiện. Hệ quả của điều này là phạm vi của Vùng - di sản chung của nhân loại, vùng biển nơi thực hiện các hoạt động vì lợi ích chung của loài người theo quy định của Công ước sẽ bị thu hẹp⁶. Vì vậy,

⁵ Xem: G.Eiriksson (2004), “*The Case of disagreement between a Coastal State and the Commission on the Limits of the Continental Shelf*”, in M.H. Nordquist et al (eds), *Legal and Scientific Aspects of Continental Shelf Limits*, Leiden, Martinus Nijhoff Publisher, pp.251-263.

Bjorn Kunoy (2012), “*The terms of Reference of the CLCS: A Creeping Legal Mandate*”, *Leiden Journal of International Law*, Vol.25 (1), pp.109-130.

⁶ Xem: Phạm Hồng Hạnh (2015), “*Nguyên tắc công bằng trong quy chế pháp lý của các vùng biển theo*

những điều kiện mà UNCLOS quy định về thềm lục địa mở rộng nhằm đảm bảo sự công bằng, tránh việc QGVB tùy tiện mở rộng thái quá thềm lục địa ra ngoài 200 hải lý, ảnh hưởng đến lợi ích chung của cộng đồng quốc tế; và CLCS là cơ quan được trao quyền xem xét các tuyên bố mở rộng thềm lục địa của QGVB có thỏa mãn những điều kiện đó hay không thông qua những kiến nghị được gửi đến cho từng quốc gia. Nói cách khác, CLCS chính là cơ quan đảm bảo cho những mục đích mà quy định của UNCLOS đặt ra với thềm lục địa mở rộng được tôn trọng và bảo vệ trên thực tiễn.

Tuy nhiên, như đã nói ở trên, thời gian để CLCS xem xét và đưa ra kiến nghị khoảng 3- 4 năm, thậm chí là không thể xác định nếu khu vực thềm lục địa mở rộng mà QGVB tuyên bố xác lập có tranh chấp. Như vậy, để tạo điều kiện cho QGVB có thể thăm dò, khai thác tại khu vực thềm lục địa ngoài 200 hải lý mà QGVB tuyên bố xác lập, từ đó giải quyết những yêu cầu kinh tế của mình mà vẫn không ảnh hưởng đến lợi ích chung của cộng đồng quốc tế, theo tác giả có thể cho phép QGVB được thăm dò, khai thác tại khu vực thềm lục địa mở rộng trong thời gian chờ CLCS đưa ra kiến nghị cuối cùng, nhưng kèm theo những điều kiện nhất định. Theo đó, có thể quy định theo hướng:

Một là, trong thời gian chờ CLCS đưa ra kiến nghị cuối cùng, QGVB có thể thăm dò, khai thác tại khu vực thềm lục địa ngoài 200 hải lý mà QGVB đã xác định, tuy nhiên, nếu kiến nghị cuối cùng của CLCS xác nhận rằng ranh giới ngoài thềm lục địa do QGVB xác định không đáp ứng được những tiêu chuẩn tại Điều 76 UNCLOS, lợi nhuận mà QGVB đã thu được trong thời

quy định của Công ước Luật Biển năm 1982”, *Tạp chí Luật học*, số 3 (178), tr.3-11.

gian khai thác tại khu vực thềm lục địa ngoài 200 hải lý sẽ được chuyển cho Cơ quan quyền lực Vùng để cơ quan này phân chia công bằng, trên cơ sở không phân biệt đối xử cho các thành viên của UNCLOS (Điều 140, Điều 160); đồng thời, hoạt động thăm dò, khai thác từ sau thời điểm có kiến nghị cuối cùng của CLCS sẽ tuân theo những quy định của UNCLOS, Thỏa thuận năm 1994 về thực hiện Phần XI điều chỉnh quy chế pháp lý của Vùng – di sản chung của nhân loại.

Hai là, trong khi tiến hành những hoạt động thăm dò, khai thác tại khu vực thềm lục địa ngoài 200 hải lý khi chưa có kiến nghị cuối cùng của CLCS, QGVN phải tuân thủ đầy đủ những nghĩa vụ có liên quan, đặc biệt nghĩa vụ về bảo vệ, gìn giữ môi trường biển, nhưng có thể tạm thời chưa phải thực hiện nghĩa vụ đóng góp bằng tiền hoặc hiện vật như quy định tại Điều 82. Nếu sau khi CLCS đưa ra kiến nghị cuối cùng, khu vực thềm lục địa mở rộng mà QGVN đã xác định được công nhận thì sẽ tiến hành truy thu nghĩa vụ đóng góp như quy định tại Điều 82.

Ba là, có thể thiết lập một cơ chế quản lý tạm thời hoạt động của QGVN tại khu vực thềm lục địa mở rộng khi chưa có kiến nghị cuối cùng của CLCS thông qua hoạt động của một tiểu ban do CLCS thành lập, trong đó, thành phần có sự tham gia của một số thành viên đến từ Cơ quan quyền lực Vùng. Các hoạt động thăm dò, khai thác của QGVN bắt buộc phải tham vấn với tiểu ban; lợi nhuận thu được trong quá trình khai thác phải được thông báo cho tiểu ban, đồng thời, tiểu ban có quyền đưa ra kiến nghị trong trường hợp các hoạt động của QGVN có nguy cơ gây ô nhiễm môi trường hoặc làm cạn kiệt tài nguyên hoặc gây tổn hại

đến các nguồn tài nguyên khác. Khi đã có kết luận cuối cùng của CLCS, tiểu ban sẽ chấm dứt hoạt động của mình.

3. Vấn đề đặt ra đối với Việt Nam

Căn cứ vào các quy định của Công ước, các hướng dẫn của CLCS và phù hợp với điều kiện tự nhiên cụ thể của vùng biển cũng như yêu cầu về chính trị, pháp lý, Việt Nam có thềm lục địa mở rộng ngoài 200 hải lý được phân thành ba khu vực là khu vực phía Bắc, khu vực giữa và khu vực phía Nam (Báo cáo chung với Malaysia), trong đó khu vực phía Bắc dựa trên cơ sở sự kéo dài của thềm lục địa Việt Nam về phía Đông, khu vực giữa và phía Nam là sự trải dài tự nhiên của thềm lục địa Đông Nam Việt Nam⁷.

Ngày 6/5/2009, Phái đoàn thường trực của Việt Nam tại Liên hợp quốc đã phối hợp với Phái đoàn thường trực của Malaysia nộp Báo cáo chung Việt Nam - Malaysia và ngày 7/5/2009, Phái đoàn Việt Nam đã nộp tiếp Báo cáo riêng khu vực phía Bắc. Tuy nhiên, hiện nay, CLCS đã ra quyết định hoãn việc xem xét cả hai báo cáo của Việt Nam⁸.

Trong thời gian chờ đợi CLCS đưa ra kiến nghị, liệu Việt Nam có nên tiến hành hoạt động thăm dò, khai thác dầu khí tại khu

⁷ Xem: Báo cáo quốc gia xác định ranh giới ngoài thềm lục địa Việt Nam trình Ủy ban ranh giới ngoài thềm lục địa của Liên hợp quốc, tr.2; http://nghiencuubiendong.vn/download/doc_download/217-bao-cao-quc-gia-xac-nh-ranh-gii-ngoai-thm-lc-a-ca-vit-nam-trinh-u-ban-ranh-gii-ngoai-thm-lc-a-ca-lien-hp-quc, truy cập ngày 7/9/2017.

⁸ Xem: The Commission on the Limits of the Continental Shelf (2009), CLCS/64 -Statement by the Chairman of the Commission on the Limits of the Continental Shelf on the progress of work in the Commission, para.92; <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N09/536/21/PDF/N0953621.pdf?OpenElement>, truy cập ngày 1/7/2019.

vực thêm lục địa mở rộng như trong báo cáo đã đệ trình hay không?

Theo quan điểm của tác giả, Việt Nam không nên tiến hành những hoạt động này khi chưa có kiến nghị của CLCS. Ngoài sự rủi ro về pháp lý như đã phân tích ở trên, việc thăm dò, khai thác tại khu vực thêm lục địa ngoài 200 hải lý sẽ khiến tình hình tranh chấp càng trở nên căng thẳng, ảnh hưởng xấu đến quan hệ giữa Việt Nam với các nước trong khu vực. Sau khi Việt Nam trình 2 báo cáo xác định ranh giới ngoài thêm lục địa mở rộng, ngày 7/5/2009, Phái đoàn đại diện của Trung Quốc tại Liên hợp quốc đã gửi công hàm tới Tổng thư ký Liên hợp quốc yêu cầu CLCS không xem xét báo cáo chung Việt Nam - Malaysia và sau đó là báo cáo riêng của Việt Nam với lý do các báo cáo này đã làm tổn hại chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán đối với các vùng nước và các đảo nằm trong đường đứt khúc 9 đoạn (bản đồ kèm theo Công hàm)⁹. Trong khi đó, Công hàm của Philippines đưa ra ngày 4/8/2009 cho rằng, Báo cáo chung Việt Nam - Malaysia đã đưa yêu sách lên vùng có tranh chấp vì nó chồng lấn lên các vùng thuộc Philippines nên Philippines cũng yêu cầu CLCS ngừng việc xem xét các báo cáo trên cho đến khi các bên có sự thảo luận và giải quyết tranh chấp giữa họ¹⁰. Các đệ trình phản đối của Trung Quốc cũng như Philippines đối với hai báo cáo của Việt Nam càng minh chứng cho thấy sự phức tạp trên Biển Đông. Do đó, những hoạt động thăm dò, khai thác tại khu vực này sẽ càng làm phức tạp thêm tình trạng tranh chấp

⁹ Xem: http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/vnm_re_chn_2009re_vnm.pdf, truy cập ngày 1/7/2019.

¹⁰ Xem: http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/vnm37_09/clcs_37_2009_los_phl.pdf, truy cập ngày 1/7/2019

giữa các bên. Bên cạnh đó, xét về khía cạnh kinh tế, việc khai thác tại khu vực thêm lục địa ngoài khu vực 200 hải lý, ngay cả khi đã có kiến nghị cuối cùng của CLCS, cũng chưa chắc có thể mang lại hiệu quả kinh tế thực sự. Bởi lẽ đến nay, chưa có số liệu nào xác định được chính xác trữ lượng dầu khí trên toàn bộ khu vực Biển Đông. Trong một báo cáo năm 2013, Cơ quan Quản lý thông tin năng lượng Mỹ (EIA) ước tính Biển Đông nắm giữ trữ lượng xác minh và trữ lượng khả năng khoảng 11 tỉ thùng dầu và 190.000 tỉ foot khối (5.340 tỉ m³) khí tự nhiên, trữ lượng xác minh tương ứng xác suất 90% khai thác được, còn trữ lượng khả năng tương ứng xác suất 50% khai thác được. Trong khi đó, hãng tư vấn năng lượng Wood Mackenzie (Anh) ước tính Biển Đông chỉ có trữ lượng xác minh của dầu khí ở mức tương đương 2,5 tỉ thùng dầu, chưa tính toán đến các nguồn tài nguyên hydrocarbon tiềm năng ở các khu vực khác trên Biển Đông chưa thể khai thác hoặc chỉ mới khai thác hạn chế hoặc do chưa đủ điều kiện và trình độ công nghệ¹¹. Mặt khác, để khai thác ở các vùng biển xa bờ, nước sâu đến trên 1.000m, đòi hỏi vốn đầu tư lớn, nhân lực có trình độ kỹ thuật và công nghệ cao, điều mà Tập đoàn dầu khí quốc gia Việt Nam hiện chưa thể đáp ứng¹². Hơn nữa, việc thăm dò, khai thác tại vùng biển

(Xem tiếp trang 84)

¹¹ Xem: Khánh Lan (2019), *Nguồn lợi dầu khí hàng ngàn tỉ đô la ở biển Đông*, <https://viettimes.vn/nguon-loi-dau-khi-hang-ngan-ti-do-la-o-bien-dong-361875.html>, truy cập ngày 29/9/2019.

¹² Xem: Ngô Thường San (2019), *Xây dựng ngành Dầu khí Việt Nam đông bộ, hoàn chỉnh: Tâm nhìn chiến lược của Chủ tịch Hồ Chí Minh*, <http://pvn.vn/chuyen-muc/Tap-doan/Xay-dung-nganh-Dau-khi-Viet-Nam-dong-bo-hoan-chinh-Tam-nhin-chien-luoc-cua-Chu-tich-Ho-Chi-Minh/9dde3c37-42f4-433f-b3a1-d8d977a75e24>, truy cập ngày 29/9/2019.

QUY ĐỊNH VỀ NGHIÊN CỨU KHOA HỌC BIỂN THEO CÔNG ƯỚC LUẬT BIỂN NĂM 1982 VÀ MỘT SỐ THỰC TIỄN LIÊN QUAN

*Hoàng Thị Ngọc Anh**

Tóm tắt: Bài viết cung cấp góc nhìn tổng quan về các quy định liên quan tới nghiên cứu khoa học biển tại các vùng biển khác nhau theo quy định của Công ước Luật Biển năm 1982, đồng thời đề cập tới một số thực tiễn trong triển khai các quy định này. Thực tiễn sẽ được đề cập trực tiếp đó là: (i) Tính hợp pháp của hoạt động nghiên cứu thủy văn trong vùng đặc quyền kinh tế, và (ii) Hợp tác quốc tế trong nghiên cứu khoa học biển, trong đó có các quy định của pháp luật và thực tiễn của Việt Nam.

Abstract: This article provides an overview of provisions relating to marine scientific research in different maritime zones provided under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, as well as mentioning practical issues in implementing the provisions thereof. The two mentioned practical issues are: (i) The legality of Hydrographic Survey in Exclusive Economic Zone and (ii) International Cooperation in Marine Scientific Research, including the related law and practices of Vietnam.

Đặt vấn đề

Hiện nay, nhân loại mới chỉ khám phá được khoảng 20%¹ toàn bộ đại dương trên thế giới. Nghiên cứu khoa học biển chính là chiếc chìa khóa để con người có thể tìm hiểu những bí mật của đại dương, phục vụ cho lợi ích của nhân loại. Bên cạnh đó, nghiên cứu khoa học biển là cơ sở để các quốc gia có thể xây dựng chính sách, pháp luật quản trị đại dương. Nghiên cứu khoa học biển đồng thời là công cụ quan trọng hỗ trợ các quốc gia trong công cuộc xóa đói, giảm nghèo, đảm bảo an ninh lương thực, hỗ trợ phát triển các hoạt động kinh tế, bảo tồn tài nguyên thiên nhiên, dự đoán và

phòng tránh thiên tai. Chính vì những lý do này, các vấn đề liên quan đến nghiên cứu khoa học biển trở thành một trong những yếu tố quan trọng trong Công ước Luật Biển năm 1982 (UNCLOS 1982) mà Việt Nam là thành viên.

1. Quy định về nghiên cứu khoa học biển theo UNCLOS 1982

1.1. Các vấn đề chung về nghiên cứu khoa học biển

Các quy định về nghiên cứu khoa học biển được quy định tại Phần XIII của UNCLOS 1982.

Về định nghĩa nghiên cứu khoa học biển, UNCLOS 1982 đề cập vấn đề nghiên cứu khoa học biển trong nhiều điều khoản, nhưng không đưa ra định nghĩa nghiên cứu khoa học biển. Trên thực tế, trong quá trình đàm phán UNCLOS 1982, đã có nhiều đề xuất được đưa ra nhằm định nghĩa hoạt

* Viện Biển Đông, Học viện Ngoại giao.

“Bài viết thể hiện quan điểm riêng của tác giả”.

¹ National Ocean Service, U.S Department of Commerce, *How much of the ocean have we explored?*, <https://oceanservice.noaa.gov/facts/exploration.html>, truy cập ngày 3/1/2018.

động nghiên cứu khoa học biển², nhưng cuối cùng, không có đề xuất nào được thông qua.

Việc mập mờ về khái niệm dẫn đến phát sinh các tranh cãi pháp lý về tính hợp pháp của các hoạt động nghiên cứu khoa học biển và các hoạt động tương tự được quy định trong UNCLOS 1982 như hoạt động đo đạc thủy văn (sẽ được phân tích trong phần *Tính hợp pháp của hoạt động khảo sát thủy văn trong Vùng đặc quyền kinh tế - EEZ*).

Không chỉ thiếu đi một định nghĩa rõ ràng về nghiên cứu khoa học biển trong quy định của UNCLOS 1982 mà trên thực tế cũng chưa có giải thích của các cơ quan tài phán quốc tế về khái niệm này. Năm 2014, Úc đã kiện Nhật Bản lên Tòa án Công lý quốc tế (ICJ) về tính hợp pháp của chương trình khai thác cá voi mang tên JARPA II của Nhật Bản và đề nghị Tòa xem xét liệu chương trình này có tuân thủ với Điều VIII, Công ước quốc tế về điều chỉnh các hoạt động săn bắt cá voi (ICWR) hay không³. Trên thực tế, năm 1982, Ủy ban đánh bắt cá voi (IWC), thành lập theo Công ước ICWR đã đưa ra quyết định tạm ngừng các hoạt động đánh bắt cá voi nhằm mục đích thương mại⁴. Vấn đề là, theo Điều VIII

ICWR, các quốc gia vẫn được cấp phép cho các hoạt động săn bắt cá voi vì mục đích nghiên cứu khoa học. Do vậy, câu hỏi quan trọng đặt ra cho Tòa ICJ đó là liệu các hoạt động đánh bắt cá voi của Nhật Bản trong vụ việc này có nhằm mục đích khoa học, tuân thủ theo Điều VIII ICWR hay không? Tòa đã tránh không giải thích khái niệm nghiên cứu khoa học biển mà đi vào tiếp cận liệu cách Nhật Bản thực hiện đánh bắt cá voi có phù hợp với mục đích khoa học của chương trình JARPA II hay không. Tòa đưa ra phán quyết cuối cùng kết luận rằng, cách thức Nhật Bản đánh bắt cá voi trên diện rộng với số lượng lớn không tuân thủ mục tiêu nghiên cứu khoa học của chương trình JARPA II. Nhật Bản đã phải ngừng chương trình này và thay thế bằng một chương trình có phạm vi nhỏ hơn là NewRep-A.

Về phân loại nghiên cứu khoa học biển, có hai loại nghiên cứu khoa học biển là nghiên cứu cơ bản (fundamental/pure research) và nghiên cứu ứng dụng (applied research/resource-oriented research⁵). Cách thức phân loại như vậy có nguồn gốc từ Công ước Geneva năm 1958 về thêm lục địa. Trước 1950, nghiên cứu khoa học biển không được điều chỉnh bởi bất cứ điều ước quốc tế nào. Tập quán quốc tế là nguồn chính của luật trong lĩnh vực này⁶. Việc gia tăng nghiên cứu khoa học tại các đại dương và việc phát triển công nghệ sau chiến tranh thế giới thứ hai, cùng với các ứng dụng vào

² Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, the United Nations, 2010, *Marine Scientific Research: A revised guide to the implementation of the relevant provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/publicationtexts/msr_guide%202010_final.pdf, truy cập ngày 4/7/2019.

³ *Whaling case* (Australia v. Japan), ICJ, 2014.

⁴ International Whaling Commission, *Commercial Whaling*, <https://iwc.int/commercial>, truy cập ngày 1/5/2019.

Tham khảo: Trần Hữu Duy Minh, *Nhật Bản rút khỏi Công ước về Đánh bắt cá voi (IWC)*, <https://iuscogens-vie.org/2019/03/03/nhat-ban-ca-voi/>, truy cập ngày 1/5/2019.

⁵ Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Express, 2012, tr. 337.

⁶ *Marine Scientific Research*, tđđđ.

việc thăm dò, khai thác tài nguyên đã thúc đẩy cộng đồng quốc tế phát triển và pháp điển hóa khung pháp lý cho nghiên cứu khoa học biển. Nghiên cứu khoa học biển lần đầu tiên được đề cập trong Hội nghị của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1958. Trong bốn công ước Geneva năm 1958, Công ước về Thềm lục địa đã quy định cụ thể nghiên cứu khoa học biển tại khoản 8 Điều 5:

“Cần phải có sự chấp thuận của các quốc gia ven biển đối với bất cứ nghiên cứu khoa học biển nào liên quan và được thực hiện tại khu vực thềm lục địa. Tuy nhiên, các quốc gia không được rút lại sự chấp thuận của mình nếu như yêu cầu nghiên cứu khoa học biển được đệ trình bởi một tổ chức có đủ năng lực (a qualified institution) với mục đích nhằm nghiên cứu khoa học cơ bản/thuần túy (pure research) về cấu trúc vật lý hoặc sinh học của thềm lục địa”.

Trong UNCLOS 1982, Điều 246(3) và Điều 246(5)(a) có thể được sử dụng làm căn cứ để phân loại nghiên cứu khoa học biển cơ bản và nghiên cứu khoa học biển ứng dụng⁷. Cụ thể, theo Điều 246(3), các quốc gia ven biển, trong hoàn cảnh thông thường, đảm bảo cấp phép cho các nghiên cứu khoa học biển được thực hiện với “mục đích hòa bình và nhằm nâng cao kiến thức khoa học về môi trường biển vì lợi ích của nhân loại”. Trong khi đó, Điều 246(5)(a) quy định, các quốc gia ven biển có thể tùy ý không cấp phép các nghiên cứu khoa học biển liên quan đến “thăm dò và khai thác tài

nguyên thiên nhiên”. Từ điều khoản này, có thể kết luận, nghiên cứu khoa học biển cơ bản là nghiên cứu được thực hiện với “mục đích hòa bình và nhằm nâng cao kiến thức khoa học về môi trường biển vì lợi ích của nhân loại”. Nghiên cứu khoa học ứng dụng được coi là nhằm mục đích “trực tiếp tác động tới việc thăm dò và khai thác tài nguyên thiên nhiên”.

Có thể nhận thấy, Công ước năm 1958 về Thềm lục địa và UNCLOS 1982 không nêu định nghĩa chính xác về tính chất và sự khác biệt giữa hai loại nghiên cứu khoa học biển cơ bản và ứng dụng. Nhìn lại lịch sử soạn thảo UNCLOS 1982, trong Hội thảo Luật Biển lần thứ ba, phân loại nghiên cứu khoa học biển cơ bản hay nghiên cứu khoa học biển ứng dụng cũng là một trong những vấn đề gây tranh cãi⁸. Đặt trong bối cảnh khó khăn của việc phân loại giữa nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu ứng dụng (đặc biệt bởi vì sự chồng chéo giữa 2 lĩnh vực, khi nghiên cứu khoa học cơ bản thường là cơ sở cho các quyết định thực tiễn tiếp theo, và để định hướng các nghiên cứu ứng dụng nhằm mục đích thương mại), việc UNCLOS 1982 không thiết lập hai quy chế pháp lý riêng biệt trong Công ước dành cho hai loại nghiên cứu khoa học này là điều hợp lý⁹.

Về chủ thể thực hiện nghiên cứu khoa học biển, Điều 238 - điều khoản mở đầu phần XIII - UNCLOS 1982 quy định tất cả các quốc gia, dù vị trí địa lý ở đâu và các tổ chức quốc tế có thẩm quyền đều có thể thực hiện các nghiên cứu khoa học biển

⁷ Paul Gragl, *Marine Scientific Research*, The IMLI Manual on International Maritime Law: Volume I: The Law of the Sea biên tập bởi David Attard, Malgosia Fitzmaurice, Norman A. Martinez Gutierrez, Oxford University Press, 2014, tr. 417.

⁸ *Marine Scientific Research*, tldđ, đoạn 4, Mục 3, tr. 3, https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/publicationtexts/msr_guide%202010_final.pdf, truy cập ngày 30/12/2018.

⁹ Paul Gragl, tldđ, tr. 402.

phù hợp với các quyền và nghĩa vụ của các quốc gia khác được quy định trong Công ước. Như vậy, từ điều khoản này, có thể thấy có 2 nhóm chủ thể có thể thực hiện nghiên cứu khoa học biển đó là các quốc gia (dù quốc gia có biển hay không có biển) và các tổ chức quốc tế có thẩm quyền trong lĩnh vực nghiên cứu khoa học biển. Trên thực tế, có nhiều tổ chức quốc tế có thẩm quyền thực hiện nghiên cứu khoa học biển, như: Hội đồng quốc tế về thăm dò biển (ICES), Ủy ban hải dương học liên chính phủ UNESCO (IOC).

Về các điều kiện để thực hiện nghiên cứu khoa học biển, nghiên cứu khoa học biển phải được thực hiện vì mục đích hòa bình, bằng các biện pháp khoa học phù hợp, không dẫn đến việc cản trở các hoạt động sử dụng biển hợp pháp phù hợp với công ước khác¹⁰. Một điểm đáng chú ý đó là nghiên cứu khoa học biển không tạo ra cơ sở pháp lý cho bất cứ yêu sách nào về một phần của môi trường biển hay các tài nguyên thuộc môi trường biển đó¹¹.

1.2. Quy định cụ thể về nghiên cứu khoa học biển tại các vùng biển

Nghiên cứu khoa học biển được điều chỉnh bởi các quy định khác nhau của UNCLOS phụ thuộc vào quy chế pháp lý của vùng biển nơi tiến hành hoạt động nghiên cứu. Dưới đây là phân tích cụ thể về nghiên cứu khoa học biển ở từng vùng biển:

1.2.1. Nghiên cứu khoa học biển tại vùng biển thuộc quyền tài phán của các quốc gia

Nội thủy và lãnh hải

Nội thủy và lãnh hải thuộc chủ quyền của quốc gia ven biển¹². Do vậy, các quốc gia ven biển có đặc quyền để điều chỉnh các nghiên cứu khoa học biển trong các khu vực kể trên. Trên cơ sở đó, Điều 245 UNCLOS 1982 quy định: Các quốc gia ven biển, khi thực hiện chủ quyền của mình, có đặc quyền điều chỉnh, chỉ đạo và thực hiện các nghiên cứu khoa học trong lãnh hải. Các nghiên cứu khoa học biển ở vùng biển này chỉ được thực hiện với sự chấp thuận theo những điều kiện được đưa ra bởi các quốc gia ven biển.

Vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa

Tại EEZ và thềm lục địa, các nghiên cứu khoa học biển phải được thực hiện với sự *chấp thuận* của các quốc gia ven biển¹³. Tuy nhiên, các quốc gia ven biển phải đảm bảo, “*trong các hoàn cảnh thông thường*” (in normal circumstances), chấp thuận cho các dự án nghiên cứu khoa học biển với mục đích hòa bình và nhằm tăng cường kiến thức khoa học về môi trường biển vì lợi ích của nhân loại¹⁴. Khái niệm hoàn cảnh thông thường ở đây mà Công ước muốn đề cập có thể được suy diễn từ chính khoản 3 và khoản 4 Điều 246¹⁵. Theo đó, hoàn cảnh thông thường là hoàn cảnh: (i) Không dẫn đến việc ngăn cấm cấp phép phi lý đối với các nghiên cứu khoa học biển vì mục đích hòa bình và nhằm tăng cường kiến thức khoa học về môi trường biển vì lợi ích của nhân loại (các quốc gia ven biển phải ban hành các quy định và thủ tục để đảm bảo việc cấp phép như vậy) và (ii) Việc thiếu đi quan hệ ngoại giao giữa quốc gia ven biển

¹² Điều 2 (1) và Điều 2 (2) UNCLOS 1982.

¹³ Điều 246 UNCLOS 1982.

¹⁴ Điều 246 UNCLOS 1982.

¹⁵ Paul Gragl, tldđ, tr. 417.

¹⁰ Điều 240 UNCLOS 1982.

¹¹ Điều 241 UNCLOS 1982.

và quốc gia thực hiện nghiên cứu khoa học biển sẽ không phải là lý do dẫn đến việc không tồn tại hoàn cảnh thông thường.

Nếu một dự án nghiên cứu khoa học biển được thực hiện bởi một tổ chức quốc tế mà quốc gia ven biển là thành viên, sự chấp thuận sẽ được coi là mặc nhiên nếu như quốc gia ven biển đó không thể hiện sự phản đối trong thời hạn bốn tháng kể từ khi nhận được thông báo về dự án nghiên cứu khoa học biển đó theo Điều 247 UNCLOS 1982. Do vậy, đồng thời, nếu quốc gia ven biển không phản hồi đối với các nghiên cứu khoa học biển trong thời hạn bốn tháng kể từ khi nhận được các thông tin cần thiết về dự án nghiên cứu khoa học biển quy định tại Điều 248 thì coi như quốc gia đã chấp thuận với dự án nghiên cứu khoa học biển đó (Điều 252).

Trong *hoàn cảnh thông thường*, các quốc gia ven biển có nghĩa vụ cấp phép cho các hoạt động nghiên cứu khoa học biển. Tuy nhiên, trong một số trường hợp sau đây quốc gia ven biển có thể rút sự chấp thuận cho hoạt động nghiên cứu khoa học biển ở EEZ và thêm lục địa (khoản 5 Điều 246):

- Nếu dự án ảnh hưởng trực tiếp đến việc thăm dò và khai thác các tài nguyên sinh vật và phi sinh vật;

- Nếu dự án dự kiến có việc khoan trong thêm lục địa, sử dụng chất nổ hay đưa chất độc hại vào môi trường biển;

- Nếu dự án dự kiến việc xây dựng, khai thác hay sử dụng các đảo nhân tạo, thiết bị và công trình nhân tạo nêu ở các Điều 60 và 80;

- Nếu những thông tin được thông báo về tính chất và mục tiêu của dự án theo Điều 248 không đúng hoặc nếu quốc gia

hay tổ chức quốc tế có thẩm quyền, tác giả của dự án không làm tròn những nghĩa vụ đã cam kết với quốc gia hữu quan trong một dự án nghiên cứu trước đây.

Tuy nhiên, khoản 5 không áp dụng với thêm lục địa mở rộng (khoản 6 Điều 246).

Theo khoản 1 Điều 249, các quốc gia khác và các tổ chức quốc tế phải tuân thủ các nghĩa vụ khi thực hiện các nghiên cứu khoa học biển với sự chấp thuận của các quốc gia ven biển ở EEZ và thêm lục địa như sau:

- Đảm bảo quyền lợi của các quốc gia ven biển tham dự vào các nghiên cứu khoa học biển;

- Cung cấp kết quả và kết luận liên quan đến dự án nghiên cứu khoa học biển đó cho các quốc gia ven biển;

- Cho phép quốc gia ven biển tiếp cận với tất cả các dữ liệu và mẫu vật từ dự án nghiên cứu khoa học biển;

- Cung cấp cho quốc gia ven biển các đánh giá về dữ liệu, mẫu vật và kết quả nghiên cứu;

- Đảm bảo kết quả nghiên cứu được công khai với cộng đồng quốc tế.

Các điều kiện nêu trên là yếu tố cần thiết để cân bằng lợi ích giữa các quốc gia ven biển và lợi ích của các cộng đồng nghiên cứu khoa học biển quốc tế. Đồng thời, ở một mức độ nhất định, các điều kiện đó góp phần tăng cường hợp tác quốc tế với việc đảm bảo sự tham dự của các quốc gia ven biển và công khai các kết quả nghiên cứu¹⁶.

¹⁶ Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Express, 2012, tr. 421.

1.2.2. Nghiên cứu khoa học biển trong các vùng biển nằm ngoài quyền tài phán của quốc gia

Biển Cả

Tại Biển Cả, tất cả các quốc gia đều được hưởng quyền tự do nghiên cứu khoa học biển¹⁷. Tuy nhiên, các quốc gia và các tổ chức quốc tế có thẩm quyền có nghĩa vụ trao đổi thông tin dữ liệu từ các nghiên cứu khoa học biển đó¹⁸. Khoản 2 Điều 119 của UNCLOS 1982 quy định rằng, các thông tin nghiên cứu khoa học biển sẵn có liên quan đến bảo tồn nguồn cá phải được đóng góp và trao đổi cho các tổ chức quốc tế có thẩm quyền. Các thông tin nghiên cứu khoa học bao gồm dữ liệu sinh học, tập quán di cư của các loài sinh vật liên quan.

Vùng

Tại Vùng, tất cả các quốc gia (dù vị trí địa lý ở đâu), và các tổ chức quốc tế có thẩm quyền có quyền thực hiện các nghiên cứu khoa học biển phù hợp với Phần XIII UNCLOS 1982¹⁹. Các nghiên cứu khoa học biển tại Vùng phải được thực hiện phù hợp với mục đích hòa bình và lợi ích của toàn thể nhân loại, tuân thủ khoản 1 Điều 143 UNCLOS 1982. Khoản 3 Điều 143 yêu cầu các quốc gia thành viên thúc đẩy hợp tác quốc tế trong lĩnh vực nghiên cứu khoa học biển bằng việc: (1) Tham gia vào các chương trình hợp tác quốc tế và khuyến khích các hợp tác quốc tế trong nghiên cứu khoa học biển do nhân viên của các nước hoặc do nhân viên của Cơ quan quyền lực đầy đại dương thực hiện; (2) Đảm bảo các

chương trình được triển khai bởi Cơ quan quyền lực đầy đại dương hoặc các tổ chức quốc tế thích hợp với lợi ích của các quốc gia đang phát triển và các quốc gia kém phát triển.

2. Một số vấn đề đặt ra trong nghiên cứu khoa học biển

2.1. Tính hợp pháp của hoạt động khảo sát thủy văn trong vùng đặc quyền kinh tế

Hiện nay, tính hợp pháp của hoạt động khảo sát thủy văn của các quốc gia khác trong EEZ khi không có sự cho phép của quốc gia ven biển đang là một vấn đề gây tranh cãi.

Sự thiếu thống nhất trong quy định của UNCLOS 1982 chính là nguyên nhân gây ra các tranh cãi này. Cụ thể, trong phần II về Lãnh hải và Vùng tiếp giáp lãnh hải của UNCLOS 1982 có đề cập tới cả hai hoạt động “nghiên cứu khoa học biển” và “khảo sát thủy văn”. Theo Điều 21 (g), các quốc gia ven biển có thể viện dẫn các luật và quy định liên quan đến việc đi qua không gây hại trong lãnh hải của mình liên quan đến vấn đề nghiên cứu khoa học biển và khảo sát thủy văn. Tuy nhiên, trong Điều 56, liên quan tới quyền tài phán của các quốc gia ven biển đối với EEZ, UNCLOS 1982 lại không đề cập tới hoạt động khảo sát thủy văn, mà chỉ đề cập tới hoạt động nghiên cứu khoa học biển. Nguyên nhân của sự thiếu thống nhất trong quy định này có thể là do các điều khoản liên quan đến nghiên cứu khoa học biển được đàm phán và soạn thảo bởi nhiều Ủy ban khác nhau. Trong quá trình soạn thảo UNCLOS 1982, có nhiều Ủy ban chịu trách nhiệm soạn thảo các điều khoản liên quan đến nghiên cứu

¹⁷ Điều 87(1)(f), UNCLOS 1982.

¹⁸ Điều 119(2) UNCLOS 1982.

¹⁹ Điều 256 UNCLOS 1982.

khoa học biển²⁰. Cụ thể, Ủy ban số 3 được chỉ định tập trung vào các vấn đề nghiên cứu khoa học biển, bảo vệ môi trường biển, phát triển và chuyển giao công nghệ. Hai ủy ban khác (Ủy ban số 1 và Ủy ban số 2) thực hiện một số đàm phán khác về nghiên cứu khoa học biển trong quyền hạn và chức năng của mình. Ủy ban số 1 chịu trách nhiệm về khai thác ở đáy biển, Vùng. Ủy ban số 2 về lãnh hải, quyền qua lại vô hại và một số vấn đề khác.

Trong EEZ, UNCLOS 1982 không có quy định cụ thể về hoạt động khảo sát thủy văn, mà chỉ có quy định quyền tài phán của quốc gia ven biển đối với hoạt động nghiên cứu khoa học biển²¹. Câu hỏi đặt ra rằng liệu hoạt động khảo sát thủy văn có thuộc vào hoạt động nghiên cứu khoa học biển hay không? Hay hoạt động đo đạc thủy văn là một hoạt động riêng rẽ so với hoạt động nghiên cứu khoa học biển? Nếu khảo sát thủy văn thuộc hoạt động nghiên cứu khoa học biển thì hoạt động này sẽ thuộc phạm vi quyền tài phán của quốc gia ven biển. Tuy nhiên, nếu không phải, việc không đề cập tới hoạt động này trong phạm vi quyền của các quốc gia ven biển làm nảy sinh vấn đề liệu hoạt động này có được tự do thực hiện bởi các quốc gia khác hay không, đặc biệt khi hoạt động khảo sát thủy văn thường được thực hiện bởi các tàu hải quân.

Khảo sát thủy văn là việc thu thập thông tin về các khu vực ven biển hoặc các

vùng biển nông nhằm mục đích thiết lập các bản đồ hàng hải hoặc các sản phẩm tương tự nhằm mục đích bảo đảm an toàn hàng hải. Hoạt động khảo sát thủy văn có thể bao gồm việc đo độ sâu của nước, cấu trúc và bản chất của đáy biển, hướng và lực của dòng chảy, độ cao và thời gian của thủy triều, các mối nguy hiểm đối với hàng hải²². Trên thực tế, việc hình thành các bản đồ từ hoạt động thủy văn có thể đóng góp vào việc thúc đẩy hoạt động đánh bắt cá, thăm dò và khai thác các tài nguyên thiên nhiên. Các bản đồ này có thể được sử dụng để điều chỉnh các vấn đề ô nhiễm môi trường biển... Trước năm 1990, rất khó khăn khi thực hiện các khảo sát thủy văn nếu không có sự đồng ý của các quốc gia ven biển. Tuy nhiên, sau khi có Hệ thống định vị toàn cầu Navstar Global Positioning System (GPS) vào năm 1994, các khảo sát thủy văn có thể thực hiện được mà không cần nhờ đến các cơ sở hạ tầng ở trên bờ gần các khu vực tiến hành nghiên cứu thủy văn²³. Do vậy, dễ hiểu khi các hoạt động khảo sát thủy văn trong EEZ lại thành một vấn đề gây tranh cãi trong những thập kỷ gần đây, khi các quốc gia ven biển rất khó có thể nhận biết được hoạt động này trong vùng biển của quốc gia mình. Khác nhau trong quan điểm của các quốc gia đã dẫn đến nhiều vụ đụng độ EEZ, trong đó phải kể đến vụ các tàu và máy bay Trung Quốc ngăn chặn các tàu chiến của Mỹ (Bowditch, Impeccable, Victorious) khi các tàu này đang tiến hành

²⁰ *Marine Scientific Research: A revised guide to the implementation of the relevant provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, tr. 3, https://www.un.org/Depts/los/doalos_publications/publicationtexts/msr_guide%202010_final.pdf, truy cập ngày 30/12/2018.

²¹ Điều 56 UNCLOS 1982.

²² The Commander's Handbook On The Law Of Naval Operations, http://www.jag.navy.mil/documents/NWP_1-14M_Commanders_Handbook.pdf, truy cập ngày 3/12/2018.

²³ Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Express, 2012, tr. 344.

các khảo sát thủy văn tại EEZ của Trung Quốc lần lượt vào tháng 3/2001, 9/2002, 3/2009 và 5/2009.

Lập trường của Mỹ và Anh về vấn đề này đó là các khảo sát thủy văn và quân sự được thực hiện tự do trong EEZ mà không cần đến sự cho phép của các quốc gia ven biển²⁴. Bởi việc sử dụng biển vào mục đích hòa bình liên quan đến quyền tự do hàng hải và hàng không theo Điều 58 của UNCLOS 1982.

Trái lại, một vài quốc gia ven biển giữ quan điểm các hoạt động quân sự và khảo sát thủy văn tại EEZ phải được sự chấp thuận của các quốc gia ven biển. Trung Quốc là một trong những quốc gia đi đầu trong việc ủng hộ quan điểm này²⁵.

2.2. Quy định về hợp tác quốc tế trong nghiên cứu khoa học biển

Với sự rộng lớn của đại dương trong khi nguồn nhân lực và vật lực hạn hẹp, các quốc gia có xu thế hợp tác nhau trong lĩnh vực nghiên cứu khoa học biển. Mục 2 phần XIII UNCLOS 1982 quy định về các hoạt động hợp tác quốc tế trong nghiên cứu khoa học biển. Khoản 1 Điều 242 quy định nghĩa vụ của các quốc gia và các tổ chức quốc tế hợp tác trong lĩnh vực nghiên cứu khoa học biển. Cụ thể, Điều 243 quy định các quốc gia và các tổ chức quốc tế có thẩm quyền hợp tác để “tạo những điều kiện thuận lợi thực hiện nghiên cứu khoa học biển về môi

trường biển và tổng hợp nỗ lực của các nhà khoa học để nghiên cứu bản chất của các hiện tượng và quá trình xảy ra trong môi trường biển và mối quan hệ giữa các hiện tượng này”.

Tầm quan trọng của hợp tác nghiên cứu khoa học biển được nhấn mạnh tại Điều 255 UNCLOS 1982 khi yêu cầu các quốc gia ven biển thông qua các quy định và các thủ tục phù hợp để thúc đẩy nghiên cứu khoa học biển. Điều 244 quy định các quyền và nghĩa vụ để công bố và phổ biến thông tin có kết quả từ nghiên cứu khoa học biển. Điều 202 UNCLOS 1982 liệt kê một loại nghĩa vụ liên quan đến các hỗ trợ về khoa học và kỹ thuật cho các quốc gia đang phát triển. Các hỗ trợ này bao gồm: (i) Đào tạo cán bộ kỹ thuật và khoa học; (ii) Tạo điều kiện tham gia vào các chương trình hợp tác quốc tế; (iii) Cung cấp các trang thiết bị và các phương tiện kỹ thuật cần thiết; (iv) Tăng cường năng lực sản xuất các trang thiết bị; (v) Đưa ra lời khuyên và hỗ trợ triển khai nghiên cứu, điều hành, đào tạo và các chương trình khác.

3. Việt Nam và hợp tác nghiên cứu khoa học biển tại Biển Đông

3.1. Quy định của Việt Nam về nghiên cứu khoa học biển

Là thành viên UNCLOS 1982, Việt Nam tuân thủ những quy định của Công ước thông qua việc ban hành những điều luật cụ thể về nghiên cứu khoa học biển, đặc biệt là trong lĩnh vực hợp tác nghiên cứu khoa học biển.

Trước khi Việt Nam trở thành viên của UNCLOS 1982, từ năm 1991, Hội đồng Bộ trưởng đã ban hành Nghị định số 242/HĐBT quy định về việc các bên nước

²⁴ Sam Bateman, *Hydrographic Surveying in Exclusive Economic Zones: Jurisdictional Issues*, <https://journals.lib.unb.ca/index.php/ihr/article/view/20645>, truy cập ngày 3/12/2018.

²⁵ Sam Bateman, *Hydrographic Surveying in Exclusive Economic Zones: Jurisdictional Issues*, <https://journals.lib.unb.ca/index.php/ihr/article/view/20645>, truy cập ngày 3/12/2018.

ngoài và phương tiện nước ngoài vào nghiên cứu khoa học ở các vùng biển nước Cộng hoà Xã hội chủ nghĩa Việt Nam, góp phần tạo điều kiện cho các hoạt động nghiên cứu khoa học biển của nước ngoài tại Việt Nam²⁶.

Việt Nam đã ban hành Luật Biển năm 2012²⁷, Luật Khoa học và công nghệ 2013²⁸, Luật Tài nguyên môi trường biển và hải đảo năm 2015²⁹, trong đó, đều có các quy định cụ thể liên quan đến hoạt động nghiên cứu khoa học biển. Năm 2016, Nghị định số 242/HĐBT chính thức hết hiệu lực và được thay thế bằng Nghị định số 41/2016/NĐ-CP quy định chi tiết việc cấp phép cho tổ chức, cá nhân nước ngoài tiến hành nghiên cứu khoa học trong vùng biển Việt Nam, phù hợp với Hiến pháp, Luật Biển Việt Nam, Luật Tài nguyên môi trường biển và hải đảo, UNCLOS 1982, các điều ước quốc tế và các quy định pháp luật khác có liên quan.

Về khái niệm nghiên cứu khoa học biển:

Tương tự UNCLOS 1982, Luật Biển Việt Nam năm 2012 không định nghĩa cụ thể về nghiên cứu khoa học biển nhưng xác định nghiên cứu khoa học với “mục

đích hòa bình” và thực hiện phù hợp với pháp luật Việt Nam và pháp luật quốc tế (Điều 36).

Luật Tài nguyên môi trường biển và hải đảo năm 2015 cũng không nêu định nghĩa nghiên cứu khoa học biển, nhưng có nhắc đến khái niệm nghiên cứu khoa học về tài nguyên, môi trường biển và hải đảo³⁰, đồng thời Luật này dẫn chiếu đến việc hoạt động nghiên cứu khoa học về tài nguyên, môi trường biển và hải đảo phải phù hợp với pháp luật về khoa học công nghệ³¹.

Liên quan tới pháp luật về khoa học và công nghệ của Việt Nam, khái niệm nghiên cứu khoa học nói chung được định nghĩa cụ thể trong Luật Khoa học và công nghệ Việt Nam năm 2013. Theo đó, nghiên cứu khoa học là hoạt động khám phá, phát hiện, tìm hiểu bản chất, quy luật của sự vật, hiện tượng tự nhiên, xã hội và tư duy; sáng tạo tạo giải pháp nhằm ứng dụng vào thực tiễn³². Luật này phân chia cụ thể hai loại nghiên cứu khoa học là: (i) Nghiên cứu cơ bản và (ii) Nghiên cứu ứng dụng. Như vậy, nếu xét nghiên cứu khoa học biển nằm trong phạm vi nghiên cứu khoa học nói chung thì theo pháp luật Việt Nam, nghiên cứu khoa học biển có hai loại là nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu ứng dụng.

Nghị định số 41/2016/NĐ-CP quy định chi tiết việc cấp phép cho tổ chức, cá nhân nước ngoài tiến hành nghiên cứu khoa học trong vùng biển Việt Nam cũng không có định nghĩa nghiên cứu khoa học biển.

²⁶ Nghị định số 242/HĐBT “Quy định về việc các bên nước ngoài và phương tiện nước ngoài vào nghiên cứu khoa học ở các vùng biển nước Cộng hoà Xã hội chủ nghĩa Việt Nam”, http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban?class_id=1&_page=9&mode=detail&document_id=1504, truy cập ngày 30/12/2018.

²⁷ Tham khảo Điều 36 Nghiên cứu khoa học biển.

²⁸ Tham khảo khoản 4, 5, 6 Điều 3 Giải thích từ ngữ, về nghiên cứu khoa học, nghiên cứu ứng dụng, nghiên cứu cơ bản.

²⁹ Tham khảo Điều 19, 20 về vấn đề cấp phép và quyền và nghĩa vụ của các tổ chức và cá nhân nước ngoài thực hiện nghiên cứu khoa học biển tại vùng biển của Việt Nam.

³⁰ Khoản 2 Điều 4 Luật Tài nguyên môi trường biển và hải đảo năm 2015.

³¹ Khoản 1 Điều 17 Luật Tài nguyên môi trường biển và hải đảo năm 2015.

³² Khoản 4 Điều 3 Luật Khoa học và Công nghệ năm 2013.

Tuy nhiên, Nghị định số 242/HĐBT trước đây đã đề cập đến “nghiên cứu khoa học biển” tại Điều 2 như sau³³:

“Việc nghiên cứu khoa học biển nói trong quy định này bao gồm: Các hoạt động nghiên cứu khoa học biển trong phạm vi vùng nước bên trên đáy biển và trong lòng đất dưới đáy biển cũng như vùng trời của các vùng biển thuộc chủ quyền, quyền tài phán của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam nhằm điều tra, thăm dò, nghiên cứu tài nguyên, các điều kiện tự nhiên, môi trường biển và các hoạt động khác nhằm mục tiêu dân dụng và phục vụ mục đích hòa bình”.

Như vậy, Nghị định số 242/HĐBT đã liệt kê một danh sách mở các hoạt động nghiên cứu khoa học biển và giới hạn các hoạt động này phải đảm bảo: (i) Mục tiêu dân dụng và (ii) Phục vụ mục đích hòa bình.

Như vậy, mặc dù các văn bản luật liên quan không định nghĩa hoặc liệt kê cụ thể các hoạt động thuộc phạm vi nghiên cứu khoa học biển nhưng nghiên cứu khoa học biển phải vì mục đích hòa bình, phù hợp với luật pháp quốc tế và pháp luật Việt Nam

Tóm lại, dù không có định nghĩa cụ thể, nhưng có thể kết luận rằng, theo pháp luật Việt Nam, nghiên cứu khoa học biển là một loại hình nghiên cứu khoa học, gồm nghiên cứu cơ bản và nghiên cứu ứng dụng vì mục tiêu hòa bình, tuân thủ pháp luật quốc tế nói chung và pháp luật Việt Nam nói riêng.

Về tính hợp pháp của các hoạt động khảo sát/đo đạc thủy văn:

Cách tiếp cận Luật Biển Việt Nam năm 2012 về nghiên cứu khoa học biển và hoạt

động đo đạc thủy văn tương tự như UNCLOS 1982. Luật Biển dành một điều khoản riêng (Điều 36) quy định về nghiên cứu khoa học biển; hoạt động đo đạc thủy văn không được điều chỉnh riêng mà gắn với nghiên cứu khoa học biển tại điểm g khoản 1 Điều 24³⁴.

Về hợp tác nghiên cứu khoa học biển:

Nghị định số 41/2016/NĐ-CP, tổ chức, cá nhân nước ngoài tiến hành nghiên cứu khoa học trong nội thủy lãnh hải Việt Nam và vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam phải được sự *cho phép* và *chấp thuận* của cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam. Việc *cho phép* tổ chức, cá nhân nước ngoài tiến hành nghiên cứu khoa học trong nội thủy, lãnh hải Việt Nam và việc *chấp thuận* cho tổ chức, cá nhân nước ngoài tiến hành nghiên cứu khoa học trong vùng đặc quyền kinh tế và thềm lục địa Việt Nam được thể hiện bằng quyết định cấp phép nghiên cứu khoa học. Theo Chương trình phát triển khoa học cơ bản trong lĩnh vực Hóa học, Khoa học sự sống, Khoa học trái đất và Khoa học biển giai đoạn 2017-2025 được Thủ tướng phê duyệt ngày 25/4/2017, Nghiên cứu khoa học biển đã trở thành lĩnh vực ưu tiên quan trọng trong chính sách phát triển của Việt Nam. Việt Nam sẽ ưu tiên xây dựng đội ngũ nhà khoa học có trình độ cao theo chuẩn quốc tế³⁵.

³⁴ Điều 24: Nghĩa vụ khi thực hiện quyền đi qua không gây hại, Luật Biển Việt Nam năm 2012.

³⁵ Quyết định số 562/QĐ-TTg của Thủ tướng Chính phủ về việc Phê duyệt Chương trình phát triển khoa học cơ bản trong lĩnh vực Hóa học, Khoa học sự sống, Khoa học trái đất và Khoa học biển giai đoạn 2017 - 2025, http://vanban.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/hethongvanban?class_id=2&_page=1&mode=detail&document_id=189540, truy cập ngày 3/12/2018.

³³ Điều 2 Nghị định số 242/HĐBT.

3.2. Thực tiễn hợp tác của Việt Nam về nghiên cứu khoa học biển tại Biển Đông

Biển Đông là một biển nửa kín. Theo ước tính, Biển Đông có ảnh hưởng trực tiếp tới cuộc sống của khoảng 300 triệu dân các nước ven biển³⁶. Có lợi thế về mặt địa lý là vậy, tuy nhiên, do thiếu nguồn lực, mà các hoạt động nghiên cứu khoa học biển của Việt Nam tại Biển Đông còn chưa đáp ứng được nhu cầu phát triển³⁷.

Không chỉ phục vụ cho mục đích phát triển kinh tế, việc hợp tác nghiên cứu khoa học giữa các quốc gia ở Biển Đông đóng vai trò quan trọng trong việc tăng cường lòng tin, là cơ sở giải quyết các mâu thuẫn liên quan đến tranh chấp biển giữa các quốc gia³⁸. Hay nói cách khác, các hợp tác nói chung và hợp tác nghiên cứu khoa học biển nói riêng tại Biển Đông, trong đó có hợp tác về nghiên cứu khoa học biển có thể trở thành chất keo gắn kết các quốc gia trong khu vực, thay đổi tư duy khi nhắc đến Biển Đông là nhắc đến một khu vực có yêu sách tranh chấp dai dẳng kéo dài. Từ quan điểm đó, năm 1994, Việt Nam đã cùng với Philippines đưa ra sáng kiến về

Chương trình khảo sát, nghiên cứu khoa học biển chung ở Biển Đông (JOMSRE-SCS)³⁹. Từ năm 1994 đến năm 2007, bốn hoạt động JOMSRE (JOMSRE I đến IV) đã hoàn thành⁴⁰.

JOMSRE-SCS giữa Philippines-Việt Nam được dự trù là một biện pháp xây dựng lòng tin song phương ở Biển Đông theo thoả thuận giữa nguyên Tổng thống Philippines Fidel V. Ramos và Chủ tịch nước Lê Đức Anh. Philippines và Việt Nam đồng ý mở rộng JOMSRE bao gồm các nhà khoa học từ các nước khác. Năm 2007, trong cuộc họp lần thứ 4 của Nhóm công tác thường trực chung về các mối quan tâm hàng hải và đại dương giữa Philippines-Việt Nam (JPWG-MOC), hai nước đồng ý kết thúc chương trình.

Trong tương lai, Việt Nam nên thúc đẩy nhiều hơn các hợp tác nghiên cứu khoa học biển với các quốc gia ở Biển Đông như mô hình JOMSRE vì những lý do như sau: (i) Thông qua hợp tác thúc đẩy lòng tin giữa các quốc gia; (ii) Thông qua những thông tin, tri thức thu được từ các hợp tác nghiên cứu khoa học biển đóng góp vào quá trình phát triển kinh tế - xã hội; (iii) Hợp tác với chuyên gia nước ngoài sẽ góp phần tăng cường năng lực của đội ngũ cán bộ khoa học biển Việt Nam.

³⁶ TS. Trần Nam Tiến, *Vị trí địa lý và tiềm năng Biển Đông*, <https://tuoitre.vn/vi-tri-dia-ly-va-tiem-nang-bien-dong-508420.htm>, truy cập ngày 3/12/2018.

³⁷ Tham khảo thêm Bích Ngọc, *Lỗ hổng nghiên cứu Biển Đông ở Việt Nam*, <https://vnexpress.net/tin-tuc/khoa-hoc/trong-nuoc/lo-hong-nghien-cuu-bien-dong-o-viet-nam-3759933.html>, truy cập ngày 2/7/2019.

³⁸ Tham khảo thêm: Henry S. Bensurto, Tổng thư ký, Ủy ban các vấn đề Biển và Hải dương (CMOAS), Bộ Ngoại giao Philippines, *Hợp tác ở Biển Đông: Đánh giá về hợp tác giữa Philippines và Việt Nam trong các vấn đề biển và đại dương*, <http://nghien-cuubiendong.vn/toa-dam-hoi-thao/hoi-thao-quoc-te-ve-bien-dong-lan-2-ho-chi-minh-112010/1197-hop-tac-bien-dong-giua-phi-viet>, truy cập ngày 3/12/2018.

³⁹ *Joint Oceanographic and Marine Scientific Research Expedition in the South China Sea (jomsre-scs)*, <https://www.balikalangay.com/jomsre-scs.html>, truy cập ngày 3/12/2018.

⁴⁰ I A Satywan, *The Diplomacy of Scientific research in the South China Sea: The Case of Joint to Oceanographic marine scientific research expedition between Vietnam and the Philippines*, <https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1755-1315/129/1/012024>, truy cập ngày 3/12/2018.

Kết luận

Nhận thấy tầm quan trọng của nghiên cứu khoa học biển, các quốc gia trong quá trình soạn thảo UNCLOS 1982 đã lồng ghép nhiều quy định nhằm mục tiêu tạo ra khung pháp lý thống nhất cho các hoạt động nghiên cứu khoa học biển giữa các quốc gia thành viên. Những quy định này đồng thời phản ánh mục tiêu cân bằng lợi ích của các quốc gia ven biển và các quốc gia khác trong lĩnh vực nghiên cứu khoa học biển. Tuy nhiên, UNCLOS 1982 vẫn chưa giải quyết được những vấn đề gây ra tranh cãi khi một số định nghĩa, khái niệm liên quan đến nghiên cứu khoa học biển chưa được quy định một cách cụ thể.

Khám phá đại dương không thể chỉ phụ thuộc đơn lẻ vào từng quốc gia, mà cần sự hợp tác giữa nhiều quốc gia trên thế giới. Phù hợp với quy định của Luật biển quốc tế, bao gồm UNCLOS 1982, các quốc gia,

trong đó có Việt Nam cần tiếp tục thúc đẩy hợp tác trong lĩnh vực nghiên cứu khoa học biển nói riêng và hợp tác biển nói chung. Các hợp tác này không chỉ là cơ hội để mỗi quốc gia có được những dữ liệu quý giá cho việc phát triển kinh tế - xã hội, ngăn ngừa thiên tai..., mà còn là cơ hội xây dựng lòng tin, là công cụ chính trị, ngoại giao để thúc đẩy quan hệ cùng có lợi giữa các quốc gia. Quan điểm này là phù hợp và được thể hiện rõ trong Chiến lược Kinh tế biển Việt Nam đến năm 2020 với sự chủ động tăng cường và mở rộng quan hệ đối ngoại, hợp tác quốc tế về biển: Thúc đẩy các hoạt động hợp tác quốc tế về quản lý... trước mắt ưu tiên các lĩnh vực về quản lý tài nguyên, bảo vệ môi trường, *nghiên cứu khoa học biển; đẩy mạnh tham gia nghiên cứu khoa học, khảo sát, thăm dò, khai thác tài nguyên tại các vùng biển quốc tế.*

(Tiếp theo trang 72 – Vấn đề thăm dò, khai thác...)

đang phức tạp do những yêu sách từ một số quốc gia khác trong khu vực sẽ khiến hoạt động này tiềm ẩn rất nhiều rủi ro.

Việc chưa có những quy định chính thức điều chỉnh vấn đề thăm dò, khai thác nói riêng và quy chế pháp lý của thềm lục địa mở rộng nói chung khi chưa có những kết luận cuối cùng của CLCS sẽ dẫn đến những cách hiểu khác nhau của các quốc gia và nguy hiểm hơn, có thể khiến tình trạng của khu vực thềm lục địa mở rộng mà QGVB đã tuyên bố xác lập càng trở nên phức tạp khi có nhiều quốc gia cùng đưa ra tuyên bố phản đối việc xác lập ranh giới

ngoài thềm lục địa của QGVB. Thực tiễn này đặt ra yêu cầu cần tiếp tục hoàn thiện khuôn khổ pháp lý quốc tế về luật biển nói chung cũng như khuôn khổ pháp lý điều chỉnh hoạt động thăm dò, khai thác khoáng sản biển nói riêng. Trước mắt, cần thiết phải tăng cường hiệu quả trong hoạt động của Ủy ban ranh giới ngoài thềm lục địa trong việc xem xét các báo cáo của QGVB để quá trình này diễn ra một cách nhanh chóng hơn, qua đó, tạo cơ sở cho QGVB có thể thực hiện các hoạt động thăm dò, khai thác tài nguyên tại khu vực biển này một cách hợp pháp.

TỔNG MỤC LỤC NĂM 2019

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
I	<i>Lý luận Nhà nước và pháp luật</i>			
1.	Cách tiếp cận, phương pháp nghiên cứu thực trạng xây dựng và thi hành pháp luật về dân tộc thiểu số, miền núi	LÊ HỒNG HẠNH	4	3
2.	Án lệ Việt Nam: Một biến thể của văn bản quy phạm pháp luật?	TRỊNH THỰC HIỆN	5	3
3.	Xây dựng nguyên tắc xác định tính mâu thuẫn giữa các văn bản quy phạm pháp luật	TRẦN VANG PHÙ VÕ NGUYỄN NAM TRUNG	5	15
4.	Đảm bảo tính minh bạch của pháp luật về giải thích pháp luật thành văn	HUỖNH THỊ SINH HIỀN	8	3
5.	Mối quan hệ giữa luật tục và pháp luật ở Việt Nam hiện nay	TRƯƠNG VĨNH KHANG	11	67
6.	Sự thay đổi của hệ thống pháp luật trong thời đại toàn cầu hóa	VŨ THANH HÀ	12	3
7.	Áp dụng quy định tương tự pháp luật để giải thích pháp luật dân sự - Bài học kinh nghiệm từ Pháp	TẶNG THANH PHƯƠNG HUỖNH THỊ SINH HIỀN	12	12
8.	Một số ý kiến về nguồn luật ở Việt Nam hiện nay	CAO VIỆT THẮNG	12	21
II	<i>Luật Hiến pháp</i>			
9.	Giám sát tư pháp đối với quyền hành pháp ở Pháp và một số kinh nghiệm cho Việt Nam	LÊ THỊ THU THẢO	4	18
10.	Chế độ làm việc và trách nhiệm của Chính phủ - Một số kiến nghị sửa đổi	ĐÌNH THANH PHƯƠNG	5	22
11.	Dân chủ đại diện và cơ chế pháp lý thực hiện dân chủ đại diện	NGUYỄN THỊ VIỆT HƯƠNG	6	3
12.	Những vấn đề pháp lý còn bỏ ngỏ về giới hạn quyền con người, quyền công dân ở Việt Nam	NGUYỄN MINH TUẤN	7	3
13.	Một số vấn đề cần bổ sung vào nội dung sửa đổi Luật Tổ chức Chính phủ	VÕ NGUYỄN NAM TRUNG	8	11
14.	Chính phủ trong mối quan hệ phân công, phối hợp và kiểm soát việc thực hiện quyền tư pháp ở Việt Nam	ĐÌNH DŨNG SỸ	9	3
15.	Quan hệ giữa thực hiện nguyên tắc pháp quyền và nguyên tắc dân chủ ở Việt Nam hiện nay	NGUYỄN THỊ VIỆT HƯƠNG	11	3

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
16.	Tổ quyền trong mối quan hệ giữa Nhà nước và công dân ở Việt Nam hiện nay	PHAN THANH HÀ	11	13
III	Luật Hành chính			
17.	Những nội dung cần sửa đổi trong Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012	CAO VŨ MINH	1	3
18.	Xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế - Một số bất cập và kiến nghị hoàn thiện	NGUYỄN NHẬT KHANH	2	3
19.	Rút tố cáo theo Luật Tố cáo năm 2018 và một số nội dung cần hướng dẫn	VÕ TẤN ĐÀO	3	3
20.	Hoàn thiện các quy định của pháp luật về xử lý vi phạm trong thi hành án hành chính	LÊ VIỆT SƠN	4	35
21.	Hoàn thiện các quy định pháp luật về hình thức kỷ luật giáng chức đối với công chức	CAO VŨ MINH	7	8
22.	Bất cập trong quy định về miễn nhiệm công chứng viên của Luật Công chứng năm 2014 và kiến nghị hoàn thiện	NGUYỄN HUY CƯỜNG	9	9
23.	Biện pháp khắc phục hậu quả trong pháp luật xử phạt vi phạm hành chính về đất đai – Một số bất cập và kiến nghị hoàn thiện	NGUYỄN NHẬT KHANH	9	14
24.	Khái niệm người khởi kiện và vấn đề xác định tư cách người khởi kiện trong tố tụng hành chính	NGUYỄN HOÀNG YẾN	9	22
IV	Luật Hình sự			
25.	Một số vấn đề về biện pháp giám sát, giáo dục đối với người dưới 18 tuổi phạm tội được miễn trách nhiệm hình sự theo Bộ luật Hình sự năm 2015	NGUYỄN QUÝ KHUYẾN	1	13
26.	Hoàn thiện quy định về tội cung cấp tài liệu sai sự thật hoặc khai báo gian dối	VÕ MINH KỶ NGUYỄN PHƯƠNG ANH	1	22
27.	Điểm mới và một số bất cập của Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) về các tội phạm trong lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông	NGUYỄN VĂN HƯƠNG	5	30
28.	Trách nhiệm hình sự của đồng phạm trong Quốc triều Hình luật	NGUYỄN PHƯƠNG THẢO TRẦN VĂN THƯỢNG	7	18
V	Luật Tố tụng Hình sự			
29.	Thỏa thuận hợp tác trong tố tụng hình sự Nhật Bản	NGUYỄN HẢI YẾN	1	30
30.	Thực trạng pháp luật về khởi tố vụ án hình sự theo yêu cầu của bị hại và hướng hoàn thiện	PHAN THÀNH NHÂN	4	44

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
31.	Xử lý chuyển hướng đối với pháp nhân phạm tội thông qua thỏa thuận tạm đình chỉ truy tố	NGUYỄN HẢI YẾN	4	54
32.	Hoàn thiện các quy định của pháp luật tố tụng hình sự Việt Nam về biện pháp bắt người	NGÔ VĂN VINH	8	44
33.	Hoàn thiện quy định về ghi âm và ghi hình khi lấy lời khai trong tố tụng hình sự	VÔ MINH KỶ	8	48
34.	Nguyên tắc không ai bị kết án hai lần vì một tội phạm và thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm	VÔ MINH KỶ NGUYỄN PHƯƠNG ANH	12	29
VI	<i>Luật Dân sự</i>			
35.	Hoàn thiện quy định về bảo lưu quyền sở hữu trong Bộ luật Dân sự năm 2015	NGUYỄN VĂN HỢI GIÁP MINH TÂM	2	12
36.	Thực trạng pháp luật về hoạt động của Văn phòng công chứng và kiến nghị hoàn thiện	NGUYỄN HUY CƯỜNG	2	18
37.	Nhận diện hoàn cảnh thay đổi cơ bản theo Bộ luật Dân sự Đức và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam	ĐÀM THI DIỄM HẠNH LÊ THI KIM OANH	3	9
38.	Một số vấn đề pháp lý về hợp đồng ủy quyền xác lập, thực hiện giao dịch bất động sản	TRẦN LINH HUÂN	3	16
39.	Hợp đồng thông minh và một số vấn đề pháp lý đặt ra	PHAN VŨ	5	39
40.	Giải thích hợp đồng theo pháp luật Việt Nam và pháp luật Pháp	NGUYỄN VÔ LINH GIANG	7	26
41.	Bàn về chế định bảo lưu quyền sở hữu	TRỊNH THỰC HIỆN	8	19
42.	Hoàn thiện chế định về thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam	TRẦN VANG PHŨ	9	28
43.	Các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng theo Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng châu Âu – Giá trị tham khảo cho Việt Nam	NGUYỄN MINH OANH	9	36
44.	Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong hợp đồng giao kết từ xa – Giải pháp “quyền rút lui” của pháp luật châu Âu và kinh nghiệm cho Việt Nam	VÔ THỊ THANH LINH ĐOÀN THANH HẢI	9	45
45.	Quyền thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý thu hồi nợ của tổ chức tín dụng	CHU THỊ THANH AN	11	25
46.	Người thừa kế theo pháp luật trong Bộ luật Dân sự năm 2015	PHAN THÀNH NHÂN	12	39

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
VII	Luật Tố tụng Dân sự			
47.	Thẩm quyền của tòa án Việt Nam đối với các vụ việc dân sự có yếu tố nước ngoài khi bị đơn có tài sản trên lãnh thổ Việt Nam	PHAN HOÀI NAM	12	47
VIII	Luật Sở hữu trí tuệ			
48.	Một số bất cập giữa pháp luật sở hữu trí tuệ và pháp luật cạnh tranh về vấn đề xử lý hành vi cạnh tranh không lành mạnh trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp ở Việt Nam	TRẦN CHÍ THÀNH	1	36
49.	Quyền của tác giả bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm theo pháp luật Việt Nam	NGUYỄN THỊ LÂM NGHI	10	3
50.	Pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với thuốc y học cổ truyền	LÊ THỊ BÍCH THÙY	11	31
IX	Luật Kinh tế			
51.	Pháp luật về hợp đồng trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm: Bất cập và giải pháp hoàn thiện	NGÔ THU TRANG	1	44
52.	Hoàn thiện pháp luật về chủ thể mua bán nợ tại Việt Nam hiện nay	ĐẶNG MINH PHƯƠNG	1	58
53.	Những bất cập trong pháp luật quảng cáo thương mại trên mạng internet và kiến nghị hoàn thiện	VÕ THỊ THANH LINH	1	67
54.	Trách nhiệm kiểm tra hàng hóa của bên mua theo Công ước Viên năm 1980	NGUYỄN CHÍ THẮNG	1	75
55.	Xác định doanh nghiệp được hưởng khoan hồng theo Luật Cạnh tranh năm 2018	NGUYỄN THỊ PHƯƠNG HÀ	2	25
56.	Xác định hành vi cạnh tranh không lành mạnh liên quan đến tên miền	NGUYỄN THỊ ANH THƠ	2	35
57.	Một số bất cập liên quan đến trách nhiệm của thương nhân trong quảng cáo thương mại	NGUYỄN VÕ LINH GIANG	4	60
58.	Pháp luật về công ty hợp vốn đơn giản tại một số quốc gia – So sánh với Việt Nam	NGUYỄN VINH HÙNG	5	49
59.	Những điểm mới trong các quy định của Luật Cạnh tranh năm 2018 về kiểm soát tập trung kinh tế	TRẦN LINH HUÂN	5	58
60.	Luật Cạnh tranh năm 2018 và việc khắc phục những bất cập của Luật Cạnh tranh năm 2004 liên quan đến kiểm soát hạn chế cạnh tranh	NGUYỄN NHƯ PHÁT	6	32

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
61.	Một số bất cập của pháp luật về quản lý vốn nhà nước đầu tư tại doanh nghiệp sau cổ phần hóa và kiến nghị hoàn thiện	NGUYỄN HUY CƯỜNG	6	41
62.	Bất cập trong các quy định của pháp luật kinh doanh bảo hiểm về việc thay đổi chủ thể, bên thụ hưởng trong hợp đồng bảo hiểm nhân thọ	NGUYỄN THỊ THÚY	6	49
63.	Một số vấn đề về quyền tiếp cận thông tin của cổ đông trong công ty cổ phần	VŨ QUANG NGUYỄN VĂN LÂM	7	34
64.	Một số mô hình thủ tục xử lý phá sản nước ngoài trên thế giới – Sự lựa chọn nào cho Việt Nam?	NGUYỄN ĐỨC VIỆT	8	30
65.	Một số góp ý nhằm hoàn thiện Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp về người đại diện theo pháp luật	NGUYỄN TUẤN VŨ	9	56
66.	Quy định của Luật Đầu tư về ký quỹ đối với dự án đầu tư kinh doanh bất động sản	NGÔ GIA HOÀNG TRƯƠNG VĂN QUYỀN	11	45
67.	Trách nhiệm thu hồi hàng hóa có khuyết tật theo Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010	PHẠM THỊ HẠNH	11	53
X	<i>Luật Tài chính</i>			
68.	Bất cập trong quy định pháp luật về căn cứ tính thuế bảo vệ môi trường ở Việt Nam và một số giải pháp hoàn thiện	NGUYỄN THỊ HUỆ	10	18
XI	<i>Luật Ngân hàng</i>			
69.	Thực trạng pháp luật về mô hình hệ thống tổ chức tín dụng là hợp tác xã	ĐỖ MẠNH PHƯƠNG	4	66
XII	<i>Luật Đất đai</i>			
70.	Giao đất xây dựng nhà ở thương mại – Một số bất cập về căn cứ giao đất, điều kiện giao đất	LÊ HỒNG HẠNH	3	29
71.	Giải quyết tranh chấp về giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng	CHÂU HOÀNG THÂN	5	69
72.	Một số bất cập trong pháp luật hiện hành về đối tượng hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất	ĐỖ THỊ HẢI YẾN	7	40
73.	Pháp luật về trách nhiệm giải trình và công khai thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện	CHÂU HOÀNG THÂN	9	75

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
74.	Hoàn thiện quy định về cho thuê đất trong Luật Đất đai năm 2013	NGUYỄN THỊ THANH XUÂN	12	55
XIII	Luật Môi trường			
75.	Một số vấn đề pháp lý về chi trả dịch vụ môi trường rừng ở Việt Nam	NGUYỄN THANH HUYỀN VŨ QUANG	5	78
XIV	Luật Lao động			
76.	Thực trạng quy định của Bộ luật Lao động năm 2012 về đình công và một số kiến nghị sửa đổi	NGUYỄN QUANG THÀNH	3	21
77.	Pháp luật về bảo hiểm thất nghiệp của Thái Lan và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam	HÀ THỊ HOA PHƯƠNG	9	64
78.	Giao kết, thực hiện thỏa thuận bảo mật thông tin và không cạnh tranh theo pháp luật Việt Nam	NGUYỄN THÙY DUNG	10	27
XV	Luật An sinh xã hội			
79.	Một số ý kiến về chế độ bảo hiểm xã hội trong trường hợp mang thai hộ vì mục đích nhân đạo	NGUYỄN THỊ LÊ HUYỀN PHAN THỊ HỒNG	12	61
XVI	Luật Quốc tế			
80.	Quy định về thủ tục giải quyết tranh chấp bắt buộc dẫn đến các quyết định bắt buộc của Công ước Luật Biển năm 1982 và khả năng áp dụng của Việt Nam	NGÔ HỮU PHƯỚC	3	38
81.	25 năm thực thi Công ước Luật Biển năm 1982	NGUYỄN HỒNG THAO	8	65
82.	Thực thi các điều ước quốc tế trong kiểm soát ô nhiễm môi trường biển ở Việt Nam	LÊ MAI THANH	8	73
83.	Pháp luật quốc tế về quyền được xét xử công bằng trong lĩnh vực hình sự	NGUYỄN TIỀN ĐỨC	10	47
84.	Công ước chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm và các đề xuất hoàn thiện pháp luật về tư pháp hình sự của Việt Nam	LÊ XUÂN LỤC	10	61

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
85.	Nghĩa vụ bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển tại các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia trong luật pháp quốc tế	TRẦN THỊ NGỌC SƯƠNG	10	68
86.	Vấn đề thăm dò, khai thác tài nguyên tại khu vực thềm lục địa mở rộng khi chưa có kiến nghị của Ủy ban ranh giới ngoài và một số lưu ý đối với Việt Nam	PHẠM HỒNG HẠNH	12	66
87.	Quy định về nghiên cứu khoa học biển theo Công ước Luật Biển năm 1982 và một số thực tiễn liên quan	HOÀNG THỊ NGỌC ANH	12	73
XVII	<i>Tư pháp quốc tế</i>			
88.	Tiếp cận học thuyết và tiếp cận thực tiễn đối với vấn đề công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài	DƯ NGỌC BÍCH	7	48
XVIII	<i>Luật Thương mại quốc tế</i>			
89.	Vấn đề nhân quyền trong các Hiệp định thương mại tự do thế hệ mới	NGÔ QUỐC CHIẾN	2	47
90.	Mối quan hệ giữa quyền khắc phục sai sót của bên bán và quyền tuyên bố hủy bỏ hợp đồng của bên mua theo Công ước Viên về hợp đồng mua bán quốc tế hàng hóa	PHẠM THỊ HIỀN NGUYỄN TRƯỜNG AN	2	63
91.	Hiệp định Đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương và một số vấn đề về đầu tư cần chú ý khi thực hiện	HOÀNG PHƯỚC HIỆP	3	52
92.	Phá sản quốc tế - Một số vấn đề lý luận và nhu cầu hoàn thiện pháp luật Việt Nam	NGUYỄN ĐỨC VIỆT	3	64
93.	Bàn về cơ chế giải quyết tranh chấp giữa nhà đầu tư và Nhà nước trong khuôn khổ Hiệp định EVFTA và CPTPP	TRẦN VIỆT DŨNG	4	77
94.	Phán quyết trọng tài thiếu căn cứ - Một trong những cơ sở để hủy phán quyết trọng tài đầu tư	NGÔ QUỐC CHIẾN	6	58
95.	Thực tiễn sử dụng thủ tục trọng tài theo Điều 22.6 Thỏa thuận về Giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới và khuyến nghị đối với Việt Nam	NGUYỄN NGỌC HÀ NGUYỄN HỮU HOÀNG PHÚC	10	37
XIX	<i>Quyền con người</i>			
96.	Sự cần thiết ghi nhận quan hệ sống chung cùng giới trong pháp luật Việt Nam	TRƯƠNG HỒNG QUANG	6	12
97.	Điều kiện đối với người yêu cầu chuyển đổi giới tính	BÙI THỊ MỪNG	6	24

TT	Tên bài	Tác giả	Số	Tr.
98.	Quyền được chết – Kinh nghiệm quốc tế và gợi mở cho Việt Nam	NGUYỄN HẢI YẾN	8	56
99.	Bảo vệ dữ liệu cá nhân khi tham gia mạng xã hội	NGUYỄN LINH GIANG	11	59
XX	<i>Nhà nước và pháp luật nước ngoài</i>			
100.	Thẩm quyền ban hành văn bản quy phạm pháp luật của Bộ trưởng Vương quốc Anh	DƯƠNG HỒNG THỊ PHI PHI	2	75
101.	Người làm chứng là chuyên gia trong tố tụng: Mô hình của Hoa Kỳ và kinh nghiệm cho Việt Nam	VÕ MINH KỶ VÕ HỒNG PHƯỢNG	3	77
102.	Các vấn đề cơ bản về án lệ ở các nước thuộc hệ thống thông luật	NGUYỄN BÁ BÌNH	6	69
103.	Pháp luật của bang New South Wales, Australia về bồi thường khi nhà nước thu hồi đất và một số gợi mở cho Việt Nam	NGUYỄN QUANG TUYẾN ĐỖ TRẦN HÀ LINH	6	79
104.	Quyền miễn trừ trách nhiệm và quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ ở một số quốc gia trên thế giới và gợi mở cho Việt Nam	TRƯƠNG THỊ MINH THÙY	7	56
105.	Ứng dụng trí tuệ nhân tạo trong mô hình đánh giá tín nhiệm xã hội (SCS) ở Trung Quốc và tác động đối với quyền con người	NGUYỄN VĂN QUÂN BÙI PHÚ CHÂU	7	74
106.	Quy định về hình phạt trong Bộ luật Hình sự Nhật Bản	TRẦN TUẤN MINH NGUYỄN LÊ DÂN	11	73
XXI	<i>Thông tin</i>			
107.	Lễ công bố và trao Quyết định bổ nhiệm Tổng biên tập Tạp chí Nhà nước và Pháp luật	PHẠM XÔ VIỆT	11	82