

THÔNG RA MỘT KỶ

5(373)

2019

SỐ 48

**TỔNG BIÊN TẬP**

PGS.TS. LÊ MAI THANH

**PHÓ TỔNG BIÊN TẬP**

TS. TRẦN VĂN BIÊN

**HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP**

GS.TSKH. ĐÀO TRẦN

PGS.TS. BÙI XUÂN

PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI

PGS.TS. TRẦN QUANG HAI

PGS.TS. HÀ THOẠI HIỀN

PGS.TS. PHẠM HỮU NGHĨ

PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHONG

PGS.TS. LÊ MINH THẮNG

PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN

GS.TS. VŨ KHUẨN VINH

PGS.TS. QUANG NGUYỄN

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

*Tel: 024.39713333*

*Fax: 024.39764534*

*Email:  
tcnnpl@isl.gov.vn*

**Giấy phép hoả hoạn  
bộ chỉ số 121/GP-  
BTTTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy lợi

**Giá 20.000**

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

## MỤC LỤC

### *LY LUẬN NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT*

❖ TRỊNH THỰC HIỆN: Án lệ Việt Nam: Một biến thể của văn bản quy phạm pháp luật? 3

❖ TRẦN VANG PHÚ – VÕ NGUYỄN NAM TRUNG: Xây dựng nguyên tắc xác định tính mâu thuẫn giữa các văn bản quy phạm pháp luật 15

### *LUẬT HIẾN PHÁP*

❖ ĐINH THANH PHƯƠNG: Chế độ làm việc và trách nhiệm của Chính phủ - Một số kiến nghị sửa đổi 22

### *LUẬT HÌNH SỰ*

❖ NGUYỄN VĂN HƯƠNG: 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 30

### *LUẬT DÂN SỰ, LUẬT KINH TẾ*

❖ PHAN VŨ: Hợp đồng thông minh và một số vấn đề pháp lý đặt ra 39

❖ NGUYỄN VINH HƯNG: Pháp luật về công ty hợp vốn đơn giản tại một số quốc gia – So sánh với Việt Nam 49

❖ TRẦN LINH HUÂN: Những điểm mới trong các quy định của Luật Cạnh tranh năm 2018 về kiểm soát tập trung kinh tế 58

### *LUẬT ĐẤT ĐAI, LUẬT MÔI TRƯỜNG*

❖ CHÂU HOÀNG THÂN: 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 69

❖ NGUYỄN THANH HUYỀN – VŨ QUANG: Một số vấn đề pháp lý về chi trả dịch vụ môi trường rừng ở Việt Nam 78

MONTHLY ISSUE

5(373)

2019

48<sup>TH</sup> YEAR

**EDITOR IN CHIEF**

LE MAI THANH

**DEPUTY EDITOR IN CHIEF**

TRAN VAN BIEN

**EDITORIAL BOARD**

DAO TRI UC

BUI XUAN DUC

PHAM HONG HAI

TRAN DINH HAO

HA THI MAI HIEN

PHAM HUU NGHI

NGUYEN NHU PHAT

LE MINH THONG

NGUYEN TRUNG TIN

VO KHANH VINH

DINH NGOC VUONG

**Office of the Editorial Board:**

**27 Tran Xuan Soan  
Ha Noi**

*Tel: 024.39713333*

*Fax: 024.39764534*

*Email:*

*tcnnpl@isl.gov.vn*

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

Printed by Water Resources  
Printing Company

**Price: 20.000 VND**

# STATE AND LAW

## CONTENTS

### *THEORY OF STATE AND LAW*

❖ TRINH THUC HIEN: Vietnamese case law: A variation of legal documents? 3

❖ TRAN VANG PHU – VO NGUYEN NAM TRUNG: Develop the principles to determine conflicts between legal documents 15

### *CONSTITUTIONAL LAW*

❖ DINH THANH PHUONG: The working regime and responsibility of the Government – Some proposals for amendment 22

### *CRIMINAL LAW*

❖ NGUYEN VAN HUONG: New issues and shortcomings of the Criminal Code 2015 (amended and supplemented in 2017) on offences against regulations on information technology and telecommunications network 30

### *CIVIL LAW, ECONOMIC LAW*

❖ PHAN VU: Smart contracts and some legal issues 39

❖ NGUYEN VINH HUNG: Law on limited partnership in some countries – A comparative look with Vietnam 49

❖ TRAN LINH HUAN: New issues in the provisions of the Competition Law of 2018 on economic concentration control 58

### *LAND LAW, ENVIRONMENTAL LAW*

❖ CHAU HOANG THAN: Dispute settlement on land prices to calculate compensation when the State acquires land for the purpose of national defense, security, socio - economic development for national and public interests 69

❖ NGUYEN THANH HUYEN – VU QUANG: Legal issues on payment for forest environmental services in Vietnam 78

# ÁN LỆ VIỆT NAM: MỘT BIẾN THỂ CỦA VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT?

*Trịnh Thục Hiền\**

**Tóm tắt:** *Án lệ Việt Nam được chính thức công nhận là nguồn luật bằng Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP. Bài viết nghiên cứu so sánh với án lệ ở Pháp và ở Anh để tìm ra những đặc điểm của án lệ Việt Nam. Nghiên cứu cho thấy, án lệ Việt Nam gần như là một biến thể của văn bản quy phạm pháp luật do thể thức hình thành được tiêu chuẩn hoá nằm ngoài hoạt động xét xử. Từ đó, tác giả kiến nghị án lệ Việt Nam cần bỏ đi phần “Khái quát nội dung án lệ”; khuyến khích tư duy pháp lý độc lập, trong đó, tòa án dùng các phương pháp suy luận khác ngoài diễn dịch để tự mình đánh giá, tiếp thu hay quyết định hiệu lực ràng buộc của các bản án trước đó. Có như vậy mới phát huy được thế mạnh của án lệ là nguồn luật thích ứng nhanh và sát với thực tế trong tương quan với văn bản quy phạm pháp luật.*

**Abstract:** *Vietnamese case law has been officially recognized as a source of law through Resolution No. 03/2015/NQ-HĐTP. This research article makes comparison with French and England case law to find out the characteristics of Vietnamese case law. Research shows that Vietnamese case law is somewhat a variation of legal documents for its creations was standardized outside of trial activity. Hence, the author proposes to remove the “Overview of the content of case law”; encourages independent legal thinking, with courts using various methods of deduction other than interpretation for self- evaluation, absorb or decide legal binding of previous cases. Only then the strength of case law, which is a source of law that can quickly adapt and close to reality, can be at its full potential in relation to other legal documents.*

## 1. Dẫn nhập

Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về quy trình lựa chọn, công bố và áp dụng án lệ (Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP) chính thức thừa nhận và chỉ ra cách thức để một bản án có thể được áp dụng trong hoạt động xét xử. Sự hình thành, thay thế hoặc huỷ bỏ án lệ ở Việt Nam xét về mặt hình thức phải tuân thủ theo các thủ tục ngoài tư pháp. Về nội dung, đáng chú ý có phần “Khái quát nội dung án lệ” là đoạn được viết lại từ nội

dung bản án gốc bằng ngôn ngữ khái quát, tách khỏi các tình tiết cụ thể của vụ việc, từ đó mở ra khả năng áp dụng cho các tranh chấp tiếp theo. Án lệ Việt Nam có hiệu lực bắt buộc mà bề ngoài như tiếp nhận từ truyền thống thông luật nhưng mặt khác làm cho án lệ có tính chất gần giống với quy phạm pháp luật. Từ những hiện tượng trên cho thấy, phải chăng án lệ Việt Nam là biến thể của văn bản quy phạm pháp luật?

Bài viết này so sánh án lệ Việt Nam với án lệ Pháp và Anh, hai nền tư pháp tiêu biểu của truyền thống dân luật và thông luật, nhấn mạnh vào yếu tố tiếp nhận hay cấy ghép pháp luật (*legal transplant*) cùng với

---

\* TS., Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

sự ảnh hưởng của văn hoá pháp lý đối với tiếp nhận pháp luật nước ngoài. Tiếp nhận pháp luật được hiểu là “sự dịch chuyển của quy tắc pháp lý hoặc hệ thống các quy tắc pháp lý từ quốc gia này sang một quốc gia khác”<sup>1</sup>. Các yếu tố văn hoá – xã hội pháp lý ở quốc gia tiếp nhận có thể sẽ cản trở hoặc làm biến đổi đáng kể quy tắc pháp lý được tiếp nhận<sup>2</sup>. Từ góc độ của tiếp nhận pháp luật, bài viết làm rõ án lệ hiểu theo các nền tư pháp kể trên được biến đổi thế nào để được tiếp nhận vào hệ thống pháp luật Việt Nam hiện đại, vai trò của án lệ có bị thay đổi trong quá trình đó hay không, và hệ thống pháp luật cũng như văn hoá pháp lý ở Việt Nam cần phải thích ứng thế nào để đáp ứng sự tồn tại và phát triển của án lệ. Qua các phân tích về thể thức hình thành, sự tạo lập quy tắc chung và hiệu lực của án lệ, bài viết đưa ra lập luận: Án lệ Việt Nam về lý thuyết không quá khác biệt

với văn bản quy phạm pháp luật, không phát huy được tính thích ứng kịp thời của loại nguồn luật này đối với sự biến đổi nhanh chóng của đời sống xã hội như ở các nền tư pháp được so sánh.

## 2. Thể thức để bản án trở thành án lệ

Quy tắc xử sự có nguồn từ án lệ phát sinh qua việc toà án giải quyết những tranh chấp cụ thể. Đây là điểm cơ bản đầu tiên để phân biệt án lệ với văn bản quy phạm pháp luật vốn được tạo ra từ hoạt động lập pháp, lập quy. Án lệ Việt Nam cũng dựa vào bản án, quyết định đã có hiệu lực của toà án để hình thành. Tuy vậy, điểm độc đáo ở đây là vai trò có tính quyết định của Hội đồng Thẩm phán Toà án nhân dân tối cao (Hội đồng Thẩm phán)<sup>3</sup>. Nhìn chung, một bản án phải trải qua nhiều bước với sự tham gia của nhiều cơ quan khác nhau từ rà soát để phát hiện bản án đủ tiêu chuẩn làm án lệ<sup>4</sup>, lấy ý kiến qua hoạt động đăng bản án được đề xuất trên Tạp chí Toà án Nhân dân, Cổng thông tin điện tử của Toà án nhân dân tối cao<sup>5</sup>, được tư vấn bởi Hội đồng tư vấn án lệ<sup>6</sup>, đến thông qua và công bố; trong đó Hội đồng Thẩm phán là cơ quan có quyền thông qua án lệ<sup>7</sup>. Tất cả các bước trên đều nằm ngoài hoạt động xét xử. Đối chiếu với quy trình xây dựng, ban hành nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán theo

<sup>1</sup> Watson A, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (tái bản lần thứ hai), University of Georgia Press, năm 1993, tr. 21.

<sup>2</sup> Văn hoá pháp lý được định nghĩa là “cách thức cụ thể trong đó các giá trị, hành vi và khái niệm được kết hợp lại trong hoạt động của các cơ quan pháp luật và trong giải thích pháp luật”, bao gồm các yếu tố: Khái niệm về luật, thuyết về nguồn của luật, phương pháp luận, thuyết về lập luận, thuyết về tính hợp pháp của luật và hệ tư tưởng. Xem thêm Van Hoecke M và Warrington M, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law* International and Comparative Law Quarterly, quyển 47, năm 1998; xem thêm các bài viết về tiếp nhận pháp luật của Watson A, đã dẫn ở chú thích 1; Legrand P, *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, quyển 4, năm 1997; Öricü E, *Law as Transposition*, International and Comparative Law Quarterly, quyển 51, năm 2002; Teubner G, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, Modern Law Review quyển 61, năm 1998.

<sup>3</sup> Xem thêm Nguyễn Ngọc Điện, *Tiêu chí nhận dạng và đề xuất xây dựng án lệ*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20(408), năm 2017, tr. 9.

<sup>4</sup> Điều 3 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP. Xem thêm tiêu chí lựa chọn án lệ tại Điều 2 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>5</sup> Điều 4 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>6</sup> Điều 5 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>7</sup> Điều 6 và 7 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, các bước tương tự cũng được tiến hành như lấy ý kiến qua Cổng thông tin điện tử, tư vấn bởi hội đồng tư vấn, tổ chức phiên họp của Hội đồng thẩm phán để thảo luận và thông qua<sup>8</sup>.

Một thủ tục tương đối nghiêm ngặt và chính quy như vậy để bản án trở thành án lệ gần như không xuất hiện ở một số nền tư pháp. Về cơ bản, án lệ được tạo lập qua hoạt động xét xử. Tại Pháp, toà án có thể tham khảo và đi theo hướng lập luận, giải pháp của bản án trước để giải quyết vụ việc của mình. Sự lặp đi lặp lại một đường lối trong hàng loạt các bản án tiếp theo cùng giải quyết các vụ việc tương tự đảm bảo tính nhất quán trong xét xử và cũng là con đường hình thành án lệ<sup>9</sup>. Tuy vậy, một phán quyết đơn lẻ cũng báo hiệu sự hình thành án lệ nếu đó là phán quyết đảo ngược án lệ đã tạo lập trước đó (*revirement de jurisprudence*), hoặc toà án nêu rõ ràng và minh thị nguyên tắc làm cơ sở để giải quyết vụ án, chứa đựng khả năng áp dụng chung cho các vụ việc tương tự (*arrêt de principe*)<sup>10</sup>. Ví dụ như trong một bản án của Toà phá án đặt ra phép thử cho tư cách pháp nhân của tổ chức, được viết bằng ngôn ngữ

khái quát: “Trong khi thể nhân không phải là sáng tạo của luật; về nguyên tắc, bất cứ hội nhóm có khả năng biểu thị ý chí tập thể để bảo vệ quyền lợi hợp pháp cũng xứng đáng và trên hết phải được công nhận và bảo vệ về pháp lý”<sup>11</sup>. Cách thức hình thành án lệ ở Pháp cho thấy vai trò quan trọng của Toà phá án (*Cour de cassation*), toà án có thẩm quyền cao nhất, khi một số lượng lớn các án lệ là từ phán quyết của Toà phá án. Tuân theo đường hướng của Toà phá án được coi là sự thuận tiện để có giải pháp hợp lý, mặt khác, tránh việc bản án bị đảo ngược khi được phúc thẩm<sup>12</sup>. Tuy vậy, tuyệt nhiên không có sự công bố hay công nhận chính thức một bản án trở thành án lệ cũng như điều kiện, thủ tục về sự công bố hay công nhận.

Tại Anh, một bản án đơn lẻ đủ khả năng để trở thành nguồn luật<sup>13</sup>. Nói cách khác, một bản án có thể trở thành cơ sở pháp lý hoặc hỗ trợ cho phán quyết của bản án sau khi toà án bị thuyết phục và cho rằng mình bị ràng buộc bởi bản án đó như một tiền lệ (*precedent*). Không có bất kì một thủ tục hay tuyên bố nào để một bản án trở thành tiền lệ, mà chính nội dung bản án đó tự nó có hiệu lực ràng buộc trừ khi bị đảo ngược (*reversed*) khi phúc thẩm, hoặc bị bác bỏ (*overruled*) khi toà cấp trên xét xử một vụ việc khác.

<sup>8</sup> Điều 105 Luật Ban hành quy phạm pháp luật năm 2015.

<sup>9</sup> Barry Nicholas, *The French law of contract* (tái bản lần thứ hai), Oxford University Press, năm 2005, tr. 16; Eva Steiner, *French law: A comparative approach* (tái bản lần thứ hai), Oxford University Press, năm 2018, tr. 74-5; John Bell, Sophie Boyron, và Simon Whittaker, *Principles of French law*, Oxford University Press, năm 2008, tr. 28; Cross và Harris, *Precedent in English Law* (tái bản lần thứ tư), Clarendon Press năm 2004, tr. 11.

<sup>10</sup> Eva Steiner, *French law: A comparative approach* (tái bản lần thứ hai), Oxford University Press, năm 2018, tr. 75.

<sup>11</sup> “Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés”. Xem Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 28 janvier 1954, 54-07.081.

<sup>12</sup> Eva Steiner, *lđđđ*, tr. 72.

<sup>13</sup> Cross và Harris, *Precedent in English Law* (tái bản lần thứ tư), Clarendon Press, năm 2004, tr. 5.

Nhìn chung, án lệ Việt Nam có sự khác biệt đáng kể với án lệ ở Anh và Pháp trong thể thức hình thành. Án lệ Việt Nam được tạo ra và công nhận bằng ý chí của cơ quan có thẩm quyền xét xử cao nhất là Hội đồng Thẩm phán, thay vì bằng chính hoạt động xét xử của các toà án khi giải quyết các vụ việc tương tự.

### 3. Sự tạo lập quy tắc xử sự chung trong án lệ

Phần “Khái quát nội dung án lệ” trong án lệ Việt Nam được diễn giải như một quy tắc xử sự chung. Từ án lệ số 07/2017/AL, phần này được chia ra thành “Tình huống pháp lý” và “Giải pháp pháp lý”. Đúng như tiêu đề đặt ra, các tình tiết của vụ việc và phán quyết trong bản án được viết lại theo hướng tổng quát để giải pháp đạt được không chỉ có giá trị trong phạm vi vụ việc đề cập trong bản án, mà có thể áp dụng đến các vụ việc có tình tiết rơi vào phạm vi của “tình huống pháp lý”. Trong chừng mực nào đó, phần “Khái quát nội dung án lệ” phản chiếu hình ảnh của một quy phạm pháp luật với các bộ phận giả định và quy định.

Công việc rút tĩa một quy tắc chung từ giải pháp cụ thể trong bản án là kỹ năng cơ bản của toà án ở các nước có truyền thống thông luật, trong đó lối suy luận quy nạp được sử dụng chủ yếu. Người sử dụng suy luận quy nạp chủ đích phát triển mức độ khái quát của quy tắc trên cơ sở giải pháp cụ thể trong bản án trước đó sao cho nó có thể bao gồm tình huống mà mình cần giải quyết. Lấy ví dụ từ Án lệ 04/2016/AL về cách thức phát triển một quy tắc chung từ một vụ việc cụ thể. Các sự kiện của tranh chấp có thể được tóm tắt như sau: Vợ chồng bà Tý, ông Tiến mua hai căn nhà cấp bốn từ

vợ chồng ông Lực, bà Phấn, nhưng chỉ có ông Lực ký hợp đồng và biên nhận nhận tiền mua nhà. Bà Tý, ông Tiến đã thanh toán hết tiền nhà, nhận nhà đất và sửa chữa nhà cho con cháu đến ở. Ông Lực, bà Phấn sinh sống trên phần đất liền kề, đã từng mượn nhà và trả lại bà Tý, ông Tiến trong thời gian xây dựng nhà của mình. Ông Lực, bà Phấn cũng đã chia vàng cho các con sau khi bán nhà. Hội đồng Thẩm phán kết luận rằng không có căn cứ để cho rằng bà Phấn không biết về việc chuyển nhượng.

Một quy tắc hẹp nhất từ phán quyết trên là: *Nếu chỉ có người chồng ký tên trên hợp đồng để chuyển nhượng nhà đất là tài sản chung của vợ chồng, người vợ tuy không nhận tiền nhưng lại sử dụng tiền bán nhà đất, biết người mua đã nhận và quản lý nhà đất đó mà không phản đối thì người vợ được coi là đã đồng ý với việc chuyển nhượng.* Quy tắc như vậy vẫn bám sát vào những sự kiện cụ thể trong bản án ở mức độ nhất định nên phạm vi áp dụng cho các phán quyết tương lai rất hạn chế, chẳng hạn như liệu nó có thể áp dụng cho trường hợp chỉ người vợ ký tên trên hợp đồng.

Chúng ta có thể xây dựng một quy tắc rộng hơn: *Nếu chỉ một người đồng sở hữu giao kết hợp đồng mua bán nhà đất để chuyển nhượng toàn bộ nhà đất là tài sản chung, các đồng sở hữu còn lại tuy không tham gia giao kết hợp đồng nhưng biết về việc chuyển nhượng mà không phản đối thì những người này được coi là đồng ý với việc chuyển nhượng.* Quy tắc này áp dụng được cho trường hợp người vợ ký tên trên hợp đồng, hoặc trường hợp nhà đất được sở hữu bởi nhiều người không phải là vợ chồng. Ngoài ra, các tình tiết như người

đồng sở hữu không giao kết hợp đồng sử dụng tiền, ở nhờ nhà đã chuyển nhượng, hoặc ở liền kề với nhà nhận chuyển nhượng, thấy người mua sửa chữa, tôn tạo nhà đất mà không phản đối được quy về sự kiện pháp lý “biết mà không phản đối”. Chẳng hạn như trường hợp gửi tặng quà mừng tân gia hoặc tham dự tiệc tân gia của người mua cũng có thể coi là phù hợp với “biết nhưng không phản đối”, chứ không nhất thiết bị giới hạn trong các hành vi cụ thể mà bản án đưa ra.

Phần “Khái quát nội dung án lệ” của Án lệ 04/2016/AL đưa ra quy tắc như sau: “Trường hợp nhà đất là tài sản chung của vợ chồng mà chỉ có một người đứng tên ký hợp đồng chuyển nhượng nhà đất đó cho người khác, người còn lại không ký tên trong hợp đồng; nếu có đủ căn cứ bên chuyển nhượng đã nhận đủ số tiền theo thỏa thuận, người không ký tên trong hợp đồng biết và cùng sử dụng tiền chuyển nhượng nhà đất; bên nhận chuyển nhượng đã nhận và quản lý, sử dụng nhà đất đó công khai; người không ký tên trong hợp đồng biết mà không có ý kiến phản đối gì thì phải xác định là người đó đồng ý với việc chuyển nhượng nhà đất”. Quy tắc này dù đã đạt được độ khái quát nhưng phạm vi áp dụng tương đối hẹp vì điều kiện để xác định người còn lại đồng ý với việc chuyển nhượng lệ thuộc vào tình tiết của vụ việc. Theo đó, giả sử như người nhận chuyển nhượng chỉ mới trả một phần tiền, dù cho người không ký tên trong hợp đồng đã sử dụng phần tiền đó cũng không đủ cơ sở để kết luận là người này đồng ý. Xét trên góc độ hợp đồng mua bán nói chung được giao kết không dựa trên điều kiện trả hết tiền mua, thì đặt điều kiện người

chuyển nhượng phải trả hết tiền là không hợp lý.

Sự tồn tại của phần “Khái quát nội dung án lệ” là một thách thức cho bất cứ toà án nào muốn áp dụng án lệ cho vụ việc của mình vì công việc tư duy, lập luận đã được (bị) Hội đồng Thẩm phán giới hạn trong phạm vi của phần này. Các toà án bị ràng buộc không phải từ giải pháp hợp lý của chính bản án được chọn mà phải tuân theo một quy tắc chung được soạn sẵn. Áp dụng như vậy không khác mấy so với quy phạm pháp luật. Nếu chúng ta chỉ coi “Khái quát nội dung án lệ” là gợi ý và “Nội dung án lệ” là phần trích đoạn nguyên văn được lọc ra từ bản án gốc, có tính ràng buộc cao hơn thì phần sau có thể thiếu đi những tình tiết quan trọng. Án lệ 04/2016/AL là một trường hợp như vậy khi phần bản án được chọn không có tình tiết ông Ngự và bà Phấn là vợ chồng và cùng sở hữu nhà đất chuyển nhượng cho ông Tiến, bà Tý.

Phân tích Án lệ 04/2016/AL ở trên là ví dụ cho khả năng tạo lập nhiều quy tắc chung từ một bản án thay vì chỉ có một quy tắc như trong “Khái quát nội dung án lệ”. Cần nhấn mạnh rằng các khả năng đưa ra thường phải gắn liền với một vụ việc cần giải quyết, và án lệ gợi ý một đường lối, giải pháp hợp lý để toà án tiếp theo bằng phương pháp suy luận xây dựng cho mình một quy tắc giải quyết tranh chấp hợp logic. “Khái quát nội dung án lệ” đưa ra một quy tắc tổng quát từ bản án, nhưng lại dựa trên nền tảng giả thiết chứ không xuất phát từ nhu cầu giải quyết tranh chấp thực tế.

Chúng ta hiểu rằng, toà án Việt Nam chưa có thói quen đưa ra các lập luận có tính tổng quát cho vụ việc đang giải quyết.

Trong khi đó, các thẩm phán ở Pháp, nhất là tại cấp Tòa phá án, ý thức việc xây dựng các quy tắc chung khi luật viết chưa rõ ràng hoặc có lỗ hổng, khuyến khích các tòa án tiếp theo áp dụng và sẵn sàng đón nhận sự phê bình từ những người thực hành hoặc giới nghiên cứu luật<sup>14</sup>. Cần phải nói thêm việc đưa ra quy tắc tổng quát trong bản án bị giới hạn bởi Điều 5 Bộ luật Dân sự Pháp cấm thẩm phán đưa ra các tuyên bố chung và có tính điều chỉnh về vụ kiện đang giải quyết<sup>15</sup>. Dù câu chữ của điều luật này có vẻ nghiêm ngặt, nhưng Điều 5 thường được hiểu là không cấm thẩm phán đưa ra các quy tắc chung, miễn là thẩm phán không tạo lập quy tắc đó như một nhà lập pháp, nghĩa là tạo ra quy tắc xử sự áp dụng trong tương lai mà không có bất cứ liên hệ nào đến tình tiết của vụ kiện đang giải quyết<sup>16</sup>. Tương tự, trong luật Anh chỉ phần *ratio decidendi* của tiền lệ mới có tính ràng buộc<sup>17</sup>. *Ratio decidendi* hiểu đơn giản nhất là nguyên tắc mà thẩm phán rút ra từ luật để đi đến phán quyết, là phần liên quan trực tiếp đến các sự kiện của vụ việc<sup>18</sup>.

Các thẩm phán ở Anh càng không ngại dựa trên các nguyên tắc pháp lý và các

phương pháp suy luận để đưa ra các quy tắc có tính tổng quát. Như trong bản án *Re Bond Worth*, thẩm phán Slade ở cấp sơ thẩm đã viết: “*Theo phán đoán của tôi, bất cứ hợp đồng nào, với cách thức bảo đảm cho việc trả nợ, mà tạo ra một quyền lợi đối với tài sản, quyền lợi đó bị tiêu biến hoặc huỷ bỏ khi khoản nợ được thanh toán, hoặc tài sản đó được dùng để trả nợ, nhất thiết phải được coi là tạo ra một bảo đảm thanh toán bằng chuyển quyền sở hữu hoặc một thế chấp...*”<sup>19</sup>. Tòa án Anh không bị giới hạn bởi pháp luật thành văn hay phương pháp suy luận diễn dịch. Họ được tự do sử dụng mọi phương pháp suy luận miễn là đi đến được kết luận có tính logic<sup>20</sup>. Trong bản án họ thường phân tích và bình luận hàng loạt các tiền lệ để hỗ trợ cho lập luận của mình hoặc để cho thấy một quy tắc pháp lý được áp dụng cụ thể như thế nào trong các bản án<sup>21</sup>.

Bình luận bản án và suy luận quy nạp là phương pháp không mấy quen thuộc đối với các thẩm phán Việt Nam. Mặt khác, trong các bản án ở Việt Nam, cho dù ở cấp xét xử cao nhất, cũng hiếm thấy việc đưa ra những quy tắc tổng quát có chủ ý, ví dụ như để hướng dẫn việc áp dụng thống nhất pháp

---

<sup>14</sup> John Bell, Sophie Boyron, và Simon Whittaker, *Principles of French law*, Oxford University Press, năm 2008, tr. 27-8.

<sup>15</sup> “Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.” – Điều 5 Bộ luật Dân sự Pháp.

<sup>16</sup> Eva Steiner, tldd, tr. 69.

<sup>17</sup> Carleton Kemp Alien, *Law in the Making*, Clarendon Press, năm 1964, tr. 259.

<sup>18</sup> Đã dẫn ở trên. *Ratio decidendi* được phân biệt với *obiter dicta*, cũng là phần lập luận hoặc nguyên tắc pháp lý trong bản án nhưng không liên quan đến tình tiết của bản án, do đó không ràng buộc (Xem thêm Carleton Kemp Alien, tldd, tr. 259-268; Cross và Harris, tldd, tr. 39-96).

---

<sup>19</sup> “In my judgment, any contract which, by way of security for the payment of a debt, confers an interest in property defeasible or destructible upon payment of such debt, or appropriates such property for the discharge of the debt, must necessarily be regarded as creating a mortgage or charge...”, *In Re Bond Worth Ltd.* [1980] Ch 228, tr. 248.

<sup>20</sup> Carleton Kemp Alien, tldd, tr. 287.

<sup>21</sup> Carleton Kemp Alien, tldd, tr. 290; Cross và Harris, tldd, tr. 14-5; Barry Nicholas, *The French law of contract* (tái bản lần thứ hai), Oxford University Press, năm 2005, tr. 17.

luật và khởi đầu cho việc hình thành án lệ như các thẩm phán ở Toà phá án của Pháp.

Nhìn chung, “Khái quát nội dung án lệ” trong chừng mực nào đó tạo ra sự thuận tiện để nhanh chóng đưa án lệ vào hoạt động xét xử. Thế nhưng, phần này bó buộc tư duy và suy luận pháp lý của toà án khi áp dụng án lệ vì các giải pháp pháp lý, cho dù mang tính khuyến nghị, cũng đóng khung trong một quy tắc đã khái quát sẵn. Ở góc độ này, án lệ Việt Nam không khác mấy quy phạm pháp luật.

Xét trên bình diện văn hoá pháp lý, chúng ta có sự tương đồng hơn với các nước thuộc hệ thống dân luật ở điểm toà án và các thẩm phán không được coi là người sáng tạo pháp luật. Cho dù trong bản án ở Việt Nam đa số thiếu vắng các quy tắc tổng quát, Chánh án, Hội đồng Thẩm phán Toà án nhân dân tối cao cũng đã và đang thường xuyên hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật thông qua các công cụ truyền thống như ban hành nghị quyết hoặc các báo cáo tổng kết xét xử hàng năm<sup>22</sup>. Các bản án giám đốc thẩm ở cấp cao nhất ít nhiều cũng đã được toà án cấp dưới tham khảo. Và hiện tại, phần “Khái quát nội dung án lệ” cũng đưa ra các quy tắc chung từ một vụ việc cụ thể. Điều này cho thấy xây dựng quy tắc tổng quát dựa trên hoạt động giải thích và áp dụng pháp luật vào một tranh chấp cụ thể hoàn toàn có thể thực hiện được, trước hết ở cấp xét xử cao nhất. Khả năng này cần thêm quy định về giới hạn của quy tắc chung rút

ra từ án lệ để tránh sự tùy tiện và làm rõ về thứ bậc hiệu lực.

#### 4. Hiệu lực của án lệ

Án lệ Việt Nam có hiệu lực ràng buộc sau 45 ngày kể từ ngày được công bố đối với các toà án khi giải quyết các vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau<sup>23</sup>. Nếu không áp dụng án lệ thì phải có phân tích, lập luận nêu rõ lý do<sup>24</sup>. Như vậy, quy định của án lệ Việt Nam đòi hỏi phải nêu rõ lý do khi không áp dụng án lệ.

Một điểm đáng lưu ý là Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP không quy định về tính thứ bậc của các án lệ hình thành từ các cấp toà án khác nhau. Trong số các án lệ đã công bố, ngoài các án lệ từ quyết định giám đốc thẩm của Hội đồng Thẩm phán, còn có quyết định giám đốc thẩm của Toà dân sự Toà án nhân dân tối cao, bản án phúc thẩm của Toà án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh<sup>25</sup>. Không rõ toà án cấp trên có bị ràng buộc bởi án lệ phát sinh từ bản án của toà án cấp dưới hay không. Hay sự thông qua của Hội đồng Thẩm phán và quyết định công bố của Chánh án Toà án nhân dân tối cao làm cho án lệ có thứ bậc hiệu lực pháp lý đặc biệt và thống nhất, chỉ sau Luật, Nghị quyết của Quốc hội, Pháp lệnh, Nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội, và Nghị định của Chính phủ, bởi quy định án lệ đương nhiên bị huỷ bỏ khi có sự thay thế của các

<sup>22</sup> Gần đây, Toà án nhân dân tối cao có Công văn số 64/TANDTC-PC ngày 3/4/2019 “thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc về hình sự, dân sự và tố tụng hành chính” có tính chất hướng dẫn áp dụng thống nhất pháp luật.

<sup>23</sup> Khoản 1, 2 Điều 8 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>24</sup> Khoản 2 Điều 8 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>25</sup> Ví dụ như Án lệ số 14/2017/AL có nguồn từ Quyết định giám đốc thẩm số 02/2011/DS-GDT ngày 17-01-2011 của Toà Dân sự Toà án nhân dân tối cao, Án lệ số 22/2018/AL có nguồn từ Bản án dân sự phúc thẩm số 313/2016/DS-PT ngày 16-3-2016 của Toà án nhân dân Thành phố Hồ Chí Minh.

văn bản quy phạm pháp luật kể trên<sup>26</sup>. Cũng từ đây đặt ra câu hỏi liệu án lệ có hiệu lực cao hơn các văn bản quy phạm pháp luật khác, kể cả Nghị quyết của Hội đồng Thẩm phán.

Áp dụng án lệ thường đòi hỏi xác định các tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau giữa án lệ và vụ việc đang giải quyết. Bản chất của việc thừa nhận án lệ trong hoạt động xét xử là để đảm bảo các vụ án giống nhau phải được phán quyết giống nhau. Nguyên tắc *stare decisis* trong thông luật và đường lối nhất quán trong dân luật là các biểu hiện cho bản chất này<sup>27</sup>. Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP cũng có tuyên bố tương tự: “Bảo đảm những vụ việc có tình tiết, sự kiện pháp lý giống nhau phải được giải quyết như nhau”<sup>28</sup>. Tiếp tục lấy ví dụ từ Án lệ 04/2016/AL, giả sử trong một vụ việc khác, người chuyển nhượng sau khi bán nhà đất đã chuyển đi nơi khác, nhưng cả hai vợ chồng đều đến dự và gửi quà mừng ngày tân gia của người nhận chuyển nhượng, sau khi người này đã nhận nhà đất, tôn tạo và sửa chữa xong. Hai sự kiện này giống nhau khi cùng cho thấy người vợ biết về việc chuyển nhượng, nhưng không phản đối. Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP hướng dẫn toà án áp dụng án lệ phải viện dẫn, phân tích tính chất, tình tiết vụ việc được nêu trong án lệ và tính chất, tình tiết vụ việc đang giải quyết<sup>29</sup>, mặc dù trên thực tế đã có sự tồn tại của phần “Khái quát nội dung án lệ”, là kết quả của phân tích quy nạp. Tình trạng này

đặt ra câu hỏi liệu toà án có thể đi chệch hướng như ví dụ ở trên. Hoặc khi áp dụng ngay quy tắc chung từ phần “Khái quát nội dung án lệ” toà án có phải phân tích vụ việc của án lệ. Nếu làm như vậy, thách thức của toà án áp dụng án lệ là tìm cách giải cho một bài toán đã có đáp số, nhưng khác với toán học, công việc này trong hoạt động xét xử không mấy ý nghĩa.

Tuy nhiên, để có lý do không áp dụng án lệ, việc phân tích các tình tiết của vụ việc trong án lệ có tầm quan trọng nhất định. Đây cũng chính là một kỹ thuật mà toà án thông luật phải tuân thủ nếu muốn tránh sự ràng buộc của một tiền lệ - gọi là phân biệt (*distinguish*). Kỹ thuật phân biệt cũng cho thấy hiệu lực ràng buộc của tiền lệ ở Anh cũng chỉ có ý nghĩa tương đối. Ràng buộc không hẳn là sự áp đặt từ bên trên mà bởi chính thẩm phán giải quyết vụ việc bị thuyết phục và thấy mình phải tuân theo lý lẽ đặt ra ở tiền lệ<sup>30</sup>. Tiền lệ *Romalpa* là một ví dụ điển hình của nền tư pháp Anh<sup>31</sup>. Tiền lệ này có tính đột phá vì lần đầu tiên luật Anh công nhận hiệu lực của điều khoản bảo lưu quyền sở hữu đối với khoản tiền thu được do bán lại hàng hoá khi người mua vẫn chưa trả hết tiền hàng gốc. Toà phúc thẩm đã thiết lập quan hệ uỷ thác (*fiduciary relationship*) giữa người bán và người mua đối với tiền hàng khi hàng hoá bán lại. Điều khoản bảo lưu quyền sở hữu trong *Romalpa* được soạn gồm hai phần: Phần đầu quy định về bảo lưu quyền sở hữu đối với hàng hoá cho đến khi toàn bộ tiền hàng và các khoản nợ khác được thanh toán hết; phần sau mở

---

<sup>26</sup> Khoản 2 Điều 8 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>27</sup> Carleton Kemp Alien, tldd, tr. 290; Cross và Harris, tldd, tr. 100-1; John Bell, Sophie Boyron, và Simon Whittaker, tldd, tr. 28.

<sup>28</sup> Khoản 2 Điều 8 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>29</sup> Đã dẫn ở trên.

---

<sup>30</sup> Carleton Kemp Alien, tldd, tr. 290.

<sup>31</sup> *Aluminium Industrie Vaassen B.V. v. Romalpa Aluminium Ltd.* [1976] 1 WLR 676.

rộng bảo lưu quyền sở hữu đối với sản phẩm sản xuất từ hàng hoá, nhưng không quy định bảo lưu quyền sở hữu đối với khoản thu được từ bán lại hàng hoá (*proceeds*)<sup>32</sup>. Các toà án sau đó đều tìm cách tránh áp dụng tiền lệ *Romalpa* vào các tranh chấp khi nguyên đơn đòi thiết lập quan hệ uỷ thác đối với tiền hàng hoặc khoản phải thu để có quyền ưu tiên hơn đối với các chủ nợ có bảo đảm của người mua, mà tài sản bảo đảm là nợ phải thu (*book debts*). Một số vụ được phân biệt với *Romalpa* dựa trên cơ sở điều khoản bảo lưu quyền sở hữu được soạn đơn giản chỉ có bảo lưu quyền sở hữu đối với hàng hoá<sup>33</sup>. Một số vụ được phân biệt với *Romalpa* do có soạn điều khoản bảo lưu quyền sở hữu đối với khoản thu được từ bán lại hàng hoá, bất chấp điều khoản đó được soạn minh thị xác lập quan hệ uỷ thác giữa người bán và người mua đối với khoản thu được<sup>34</sup>. Các toà án đó kết luận rằng điều khoản mở rộng bảo lưu quyền sở hữu đến khoản thu từ bán lại hàng hoá có nội dung thiết lập quan hệ thế chấp (*charge*) đối với nợ phải thu, từ đó không công nhận hiệu lực đối kháng của thế chấp này do thiếu đăng ký bảo đảm<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Đã dẫn ở trên, tr. 685-6.

<sup>33</sup> *Hendy Lennox (Industrial Engines) Ltd. v. Grahame Puttick Ltd.* [1984] 1 WLR; *Re Andrabell* [1984] BCLC 522.

<sup>34</sup> *Tatung (UK) Ltd. v. Galex Telesure Ltd.* (1989) 5 BCC 325; *Re Weldtech Equipment Ltd.* [1991] BCC 16.

<sup>35</sup> *E Pfeiffer Weinkellerei-Weineinkauf GmbH & Co v. Arbuthnot Factors Ltd.* [1988] 1 WLR 150, tr. 160-1; *Tatung (UK) Ltd. v. Galex Telesure Ltd.* (1989) 5 BCC 325, tr. 333; *Compaq Computer Ltd. v. Abercorn Group Ltd & Ors* [1991] BCC 484, tr. 496; *Re Weldtech Equipment Ltd* [1991] BCC 16, tr. 17.

Quay trở lại với án lệ Việt Nam và quy định nêu rõ lý do khi không áp dụng án lệ, toà án Việt Nam không có thói quen phân tích chi tiết các tình tiết cũng như quy tắc pháp lý trong các suy luận của mình như toà án Anh. Nếu cho rằng việc áp dụng án lệ cần phải bàn luận tình tiết, sự kiện của vụ việc trong án lệ và vụ việc đang giải quyết thì đây sẽ là một bước chuyển quan trọng trong cách viết bản án; nhưng mặt khác, đối với các vụ việc không áp dụng án lệ, cách viết tương tự lại không được yêu cầu, ít ra là đối với tình tiết, sự kiện của vụ việc đang diễn ra. Nếu áp dụng án lệ là áp dụng phần “Khái quát nội dung án lệ” là đủ, cũng tương tự như áp dụng một quy phạm pháp luật, thì việc yêu cầu phải nêu rõ lý do nếu từ chối áp dụng án lệ sẽ tạo ra gánh nặng cho toà án, vì không quy định tương tự khi không áp dụng một quy phạm pháp luật nào đó. Trong cả hai trường hợp nêu trên cho thấy sự thiếu thống nhất trong áp dụng pháp luật, ít ra là trong hoạt động xét xử.

Ở một mức độ nhất định, cách viết bản án của toà án Việt Nam khá tương đồng với cách viết bản án ở Pháp, do bị ảnh hưởng và chi phối của truyền thống dân luật. Phương pháp suy luận diễn dịch là phương thức chủ yếu để đi đến phán quyết. Theo đó, một quy tắc chung có tính tổng quát (thường có nguồn từ văn bản quy phạm pháp luật) sẽ được diễn giải để trùng khớp vào tình tiết của vụ việc, từ đó đi đến kết luận<sup>36</sup>. Cho dù án lệ, đặc biệt là của Toà phá án, được coi là

<sup>36</sup> Jean Louis Goutal, *Characteristics in Judicial Style in France, Britain and the U.S.A.*, *The American Journal of Comparative Law*, quyển 24, năm 1976, tr. 45.

nguồn luật trên thực tế<sup>37</sup>, bản án của Pháp không có phân tích và viện dẫn đích xác một án lệ cụ thể nào<sup>38</sup>. Án lệ được vận dụng thông qua việc các toà án diễn giải lại công thức đã được tạo lập trong án lệ, một quy tắc chung hay một lập luận<sup>39</sup>. Tuy nhiên, không thể nói phương pháp quy nạp không được sử dụng trong hoạt động xét xử ở Pháp. Thẩm phán Pháp không phân tích án lệ trong bản án, nhưng hồ sơ lưu cho thấy họ sử dụng và trích dẫn rất nhiều các bản án trước, cho thấy họ có ý thức tìm hiểu sự phát triển của pháp luật qua các án lệ<sup>40</sup>. Vì vậy, một giải pháp được lặp đi lặp lại trong các bản án được thể hiện ra bên ngoài như kết quả của hoạt động tư duy dựa trên các nguyên tắc chung của luật, nhưng chứa đựng bên trong là kết quả của phân tích án lệ. Cách thức áp dụng án lệ của toà án Pháp khác với việc dùng tam đoạn luận của phương pháp diễn dịch thường gặp khi áp dụng quy phạm pháp luật.

Cần phải nhấn mạnh là án lệ của Pháp không có hiệu lực bắt buộc<sup>41</sup>, và học thuyết về sự ràng buộc của tiền lệ không có ý nghĩa gì với nền tư pháp này. Mặc dù vậy, án lệ vẫn tồn tại, và trong một số lĩnh vực, án lệ là nguồn chủ yếu, như quan hệ bồi

thường thiệt hại ngoài hợp đồng<sup>42</sup>. Án lệ Pháp vận hành lệ thuộc nhiều vào hệ thống thứ bậc của toà án, trong đó Toà phá án có vai trò đảm bảo pháp luật được giải thích thống nhất trong xét xử thông qua quyền huỷ án đối với những bản án không tuân theo đường lối giải thích chung<sup>43</sup>. Thứ bậc của các cấp toà án quyết định sự thuyết phục hay ràng buộc của án lệ, và lẽ dĩ nhiên án lệ của Toà phá án có sức nặng nhất. Ngoài ra, yếu tố tâm lý - xã hội cũng đóng vai trò quan trọng. Toà án cấp dưới thường tìm đến lý lẽ và giải pháp của toà cấp trên do sự thuận tiện trong việc tìm ra đáp án cho vụ việc của mình khi luật viết không rõ ràng, lạc hậu hoặc có lỗ hổng, và cũng để tránh bản án của mình bị đảo ngược khi được xem xét ở toà án cấp trên<sup>44</sup>.

Khi nào án lệ bị huỷ bỏ cũng là một yếu tố làm rõ hiệu lực của án lệ. Theo Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP, khi luật thành văn (Luật, Nghị quyết của Quốc hội, Pháp lệnh, Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Nghị định của Chính phủ) được ban hành làm cho án lệ không còn phù hợp thì án lệ đương nhiên bị huỷ bỏ<sup>45</sup>. Ngoài ra, án lệ chỉ bị huỷ bỏ khi có một quyết định công bố sau khi tuân thủ một quy trình tương đối chặt chẽ tương đương với quy trình công nhận án lệ đã phân tích, và lý do của việc huỷ bỏ là sự chuyển biến của tình hình<sup>46</sup>. Điểm đáng lưu ý ở đây là việc huỷ bỏ có thể được khởi xướng từ hoạt động xét

<sup>37</sup> Barry Nicholas, *The French law of contract* (tái bản lần thứ hai), Oxford University Press, năm 2005, tr. 14.

<sup>38</sup> Eva Steiner, tldd, tr. 69-70; Barry Nicholas, tldd, tr. 15.

<sup>39</sup> Eva Steiner, tldd, tr. 69.

<sup>40</sup> John Bell, Sophie Boyron, và Simon Whittaker, tldd, tại tr. 31.

<sup>41</sup> Nguyễn Ngọc Điện, *Quyền và nghĩa vụ giải thích luật của toà án từ góc nhìn luật so sánh và trong bối cảnh áp dụng Bộ luật Dân sự 2015*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 12 (364), năm 2018, tr. 9.

<sup>42</sup> John Bell, Sophie Boyron, và Simon Whittaker, tldd, tr. 28.

<sup>43</sup> Eva Steiner, tldd, tr. 71-2.

<sup>44</sup> Eva Steiner, tldd, tr. 72; Barry Nicholas, tldd, tr. 15.

<sup>45</sup> Khoản 1 Điều 9 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>46</sup> Khoản 2 Điều 9 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

xử. Toà án có thể từ chối áp dụng án lệ khi nhận định án lệ không còn phù hợp với tình hình mới mà không cần nêu lý do trong bản án, nhưng phải đồng thời kiến nghị để huỷ bỏ án lệ<sup>47</sup>.

Không tính đến sự thay thế đương nhiên án lệ bằng luật thành văn do nguyên tắc về quyền làm luật của cơ quan lập pháp, sự khác biệt trong hình thành án lệ phần nào dẫn đến sự khác biệt trong huỷ bỏ án lệ nếu so sánh với các nền tư pháp nước ngoài đã được phân tích ở trên. Ở những nước này, án lệ được tạo ra trong hoạt động xét xử thì cũng chấm dứt hiệu lực trong hoạt động xét xử. Tại Anh, toà án phúc thẩm có thể đảo ngược bản án của toà án sơ thẩm. Năm ngoài thủ tục xem xét lại bản án của toà cấp dưới, toà cấp trên khi giải quyết một vụ án khác cũng có thể huỷ bỏ tiền lệ tạo ra từ bản án của toà cấp dưới. Một tiền lệ cũng mất đi sự thuyết phục hay tính ràng buộc cho dù nó không bị đảo ngược hay huỷ bỏ khi các toà án tiếp theo sử dụng kỹ thuật phân biệt để tránh áp dụng tiền lệ đó cho vụ việc của mình; và một tiền lệ “xấu” cũng thường phải gánh chịu sự phê bình từ phía các nhà chuyên môn hay giới nghiên cứu<sup>48</sup>. Vụ kiện *Romalpa* là một ví dụ về một tiền lệ không thoả đáng khi đưa thuyết uỷ thác vào quan hệ thương mại mà không tính đến tính minh bạch của một giao dịch ảnh hưởng đến người thứ ba.

Trong khi đó, toà án Pháp không bị ràng buộc bởi nguyên tắc tiền lệ nên bản án không viện dẫn trực tiếp án lệ; đồng thời, khi không áp dụng án lệ cũng không cần

phải nêu rõ lý do<sup>49</sup>. Mặc dù toà án cấp dưới có xu hướng tham khảo và áp dụng đường lối giải quyết của toà án cấp trên, các án lệ không hợp lý vẫn bị từ chối áp dụng và điều này được hậu thuẫn bởi nguyên tắc không ràng buộc. Việc toà cấp dưới không áp dụng một án lệ làm yếu đi độ thuyết phục và sức nặng của án lệ đó, thậm chí dẫn đến việc toà cấp trên huỷ bỏ chính án lệ mình tạo ra. Ví dụ như trong vụ kiện *Desmares v. Epoux Charles* (1982), D. 1982, 449, Toà Pháp án phán quyết cho nạn nhân tai nạn giao thông mà không tính đến khả năng có thể giảm tiền bồi thường do người này có sơ suất góp phần vào việc gây ra tai nạn cho chính mình. Quyết định này không nhận được sự ủng hộ của toà cấp dưới dẫn đến việc Toà Pháp án phải xem xét lại, trong đó được nhắc đến nhiều nhất là vụ *Mettetal v. Waeterinckx* (1987), D. 1988, 32, đã khôi phục lại đường lối cũ<sup>50</sup>.

Hiệu lực ràng buộc của án lệ khác nhau giữa truyền thống thông luật và dân luật, cụ thể là ở Anh và ở Pháp, do tính chất và vai trò của án lệ ở các nền tư pháp này khác nhau, và nhìn chung do sự khác biệt về văn hoá pháp lý. Luật Anh phần nhiều dựa trên luật án lệ, hay nói cách khác, luật án lệ là nguồn chính của luật, đặc biệt là trong luật tư<sup>51</sup>. Do vậy, hiệu lực bắt buộc của tiền lệ khi toà án giải quyết vụ việc tương tự có ý nghĩa đặc biệt trong việc bảo đảm thi hành pháp luật. Tại Pháp, án lệ có phải là nguồn của luật hay không vẫn còn nhiều tranh cãi, dù trên thực tế, án lệ được tạo lập và đóng

<sup>47</sup> Khoản 4 Điều 8 Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP.

<sup>48</sup> Carleton Kemp Alien, tldd, tr. 296.

<sup>49</sup> Eva Steiner, tldd, tr. 70.

<sup>50</sup> Eva Steiner, tldd, tr. 74.

<sup>51</sup> Cross và Harris, tldd, tr. 3; Carleton Kemp Alien, tldd, tr. 310-11.

vai trò quan trọng trong hệ thống pháp luật nước này<sup>52</sup>. Điểm chung của hai nền tư pháp này là các thẩm phán ở Anh và Pháp đều bằng tư duy pháp lý quyết định sự ràng buộc của tiền lệ (ở Anh) và tuân theo đường lối của án lệ (ở Pháp). Sự khác biệt giữa luật án lệ và luật thành văn hoặc tương tự đó là luật án lệ có khả năng thích ứng với sự chuyển biến của đời sống ngay lập tức khi một vụ việc được đưa ra toà án. Trong khi đó, luật tạo ra từ hoạt động lập pháp chỉ có thể áp dụng cho các tranh chấp tương lai sau khi trải qua các quy trình nghiêm ngặt để ban hành và có hiệu lực.

Tại Việt Nam, bằng Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP quy định về hiệu lực bắt buộc, án lệ chính thức là nguồn luật. Ở điểm này, về mặt lý thuyết, án lệ Việt Nam tương đối rời xa truyền thống dân luật. Trên thực tế, vẫn cần có thời gian để quan sát án lệ sẽ vận hành thế nào trong hệ thống pháp luật Việt Nam hiện tại. Án lệ vốn dĩ là yếu tố xa lạ và mới được du nhập. Dưới góc độ thực tiễn, hiệu lực bắt buộc có ý nghĩa quan trọng để thúc đẩy nhanh sự hoà nhập của yếu tố mới vào hệ thống pháp luật.

Tuy nhiên, sự tồn tại của một quy tắc chung sẵn có ở phần “Khái quát nội dung án lệ” cộng với hiệu lực bắt buộc của án lệ ngăn trở tư duy pháp lý của toà án trong hoạt động xét xử, bó buộc họ vào một khuôn khổ định sẵn, từ đó loại bỏ đi tính thích ứng của án lệ đối với sự thay đổi của đời sống xã hội. Ngoài ra, cách thức đưa án lệ vào bản án như thế nào để vẫn bảo đảm thể hiện tính thứ bậc của án lệ cũng là vấn đề phải phân định rõ ràng. Thiếu vắng các

quy định về tính thứ bậc của án lệ có thể ảnh hưởng đến hiệu lực và tính ràng buộc án lệ và khiến án lệ không khác gì một biến thể của văn bản quy phạm pháp luật.

### **5. Kết luận và các đề xuất**

Sự cần thiết phải có án lệ trong hệ thống pháp luật Việt Nam có lẽ không gặp nhiều bàn cãi vì những điểm mạnh của án lệ trong việc bảo đảm pháp luật được áp dụng thống nhất trong hoạt động xét xử. Bài viết đã chỉ ra phần nào đặc điểm của án lệ Việt Nam, đó là sự pha trộn các yếu tố nổi trội trong các hệ thống pháp luật khác nhau về án lệ trên nền tảng văn hoá pháp lý nội địa. Yếu tố thông luật có vẻ chiếm ưu thế do án lệ Việt Nam có hiệu lực ràng buộc và khả năng du nhập kỹ thuật phân biệt từ truyền thống thông luật. Yếu tố dân luật trong chừng mực nào đó thể hiện qua sự tồn tại của quy tắc có tính tổng quát trong phần “Khái quát nội dung án lệ”. Yếu tố riêng biệt phải kể đến là một quy trình chính quy tạo lập án lệ, dường như ẩn chứa và hỗ trợ cho mục đích chọn lọc và kiểm soát đối với nguồn luật mới này. Học tập và tiếp nhận pháp luật nước ngoài, làm cho pháp luật tiếp nhận thích ứng với hệ thống pháp luật hiện tại là hiện tượng phổ biến không đáng phê phán. Tuy nhiên, trong trường hợp án lệ, pháp luật Việt Nam đang phải đương đầu với một câu hỏi lớn kể cả về lý thuyết và thực tiễn: Sau tất cả, án lệ Việt Nam có thật sự phân biệt với văn bản quy phạm pháp luật?

Tổng kết lại, sự khác biệt giữa án lệ Việt Nam và văn bản quy phạm pháp luật không nhiều cho dù án lệ phát sinh từ những vụ việc cụ thể được giải quyết tại toà án. Án

*(Xem tiếp trang 21)*

---

<sup>52</sup> Eva Steiner, tldd, tr. 64.

# XÂY DỰNG NGUYÊN TẮC XÁC ĐỊNH TÍNH MÂU THUẤN GIỮA CÁC VĂN BẢN QUY PHẠM PHÁP LUẬT

*Trần Vang Phú\**  
*Võ Nguyễn Nam Trung\*\**

**Tóm tắt:** *Do các ngành, các lĩnh vực luôn có sự giao thoa với nhau và cùng một vấn đề có thể cùng lúc được điều chỉnh bởi các văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, vì vậy, việc xác định quy định tại các văn bản quy phạm pháp luật khác nhau có mâu thuẫn hay không là một vấn đề cần thiết trên cả phương diện lý luận và thực tiễn. Bài viết đề xuất các nguyên tắc để xác định một văn bản nào đó có trái với quy định của văn bản cấp trên hoặc cùng cấp hay không.*

**Abstract:** *As legal and social relations are always interlined and an issue can be governed by different legal documents at the same time; thus, it is necessary to determine whether different legal documents are in conflict with one another. This article proposes principles to determine whether or not a certain legal document is consistent or inconsistent with the regulations of a legal document of higher or equal level.*

## 1. Đặt vấn đề

Trong quá trình nghiên cứu và áp dụng các quy định pháp luật, không khó để tìm thấy một nội dung nào đó đang được đồng thời điều chỉnh bởi nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Đôi khi các văn bản có liên quan đó đang cùng giải quyết vấn đề ở những góc độ khác nhau hoặc làm rõ thêm “ý đồ của nhà làm luật”, nhưng cũng không khó để tìm những quy định được xem là “mâu thuẫn” giữa hai hay nhiều văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan hoặc nhiều cơ quan ban hành. Khi xảy ra những tình huống trên, khoản 2 Điều 156 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 (Luật BHVBQPPL năm 2015) quy định: “Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng văn bản có

hiệu lực pháp lý cao hơn” và khoản 3 Điều 156 của Luật này đồng thời quy định: “Trong trường hợp các văn bản quy phạm pháp luật do cùng một cơ quan ban hành có quy định khác nhau về cùng một vấn đề thì áp dụng quy định của văn bản quy phạm pháp luật ban hành sau”. Từ hai nguyên tắc trên, có thể rút ra một số kết luận về nguyên tắc chọn luật áp dụng theo thứ tự như sau: (i) Nếu có từ hai văn bản quy phạm pháp luật trở lên cùng điều chỉnh một vấn đề, *nhưng mâu thuẫn*, thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn; (ii) Nếu có từ hai văn bản quy phạm pháp luật trở lên cùng điều chỉnh một vấn đề, cùng hiệu lực pháp lý và *cùng một cơ quan ban hành* thì văn bản nào ban hành sau, văn bản đó sẽ được áp dụng<sup>1</sup>. Tuy nhiên, để có thể áp dụng

\*, \*\* Giảng viên, Khoa Luật – Trường Đại học Cần Thơ.

<sup>1</sup> Trần Vang Phú, *Vấn đề lựa chọn và áp dụng pháp luật tại Việt Nam – Bất cập và kiến nghị*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5(361)/2018, tr.12.

được nguyên tắc lựa chọn nêu trên, vấn đề đầu tiên cần giải quyết là hai hay nhiều văn bản đang xét đến có mâu thuẫn hay không. Bởi vì nếu các văn bản này không mâu thuẫn mà chỉ là đang giải quyết các vấn đề phát sinh ở những góc độ khác nhau, nguyên tắc chọn quy phạm áp dụng của Luật BHVBQPPL năm 2015 sẽ không được áp dụng. Hiện nay, các quy định pháp luật chưa xác định một văn bản như thế nào được xem là trái với văn bản cấp trên hoặc cùng cấp. Vì vậy, cần xây dựng nguyên tắc để xác định một văn bản cụ thể nào đó là có “mâu thuẫn” hay không với văn bản cấp trên hay cùng cấp (do chính cơ quan đó ban hành hoặc do một cơ quan cùng cấp ban hành), qua đó làm căn cứ để lựa chọn văn bản được áp dụng.

Qua nghiên cứu, chúng tôi đề xuất xây dựng bốn nguyên tắc để lần lượt xác định một văn bản quy phạm pháp luật xem có mâu thuẫn với văn bản quy phạm pháp luật khác hay không như sau:

(i) Xem xét từ ngữ được sử dụng giữa các văn bản có tương đồng, đồng nghĩa với nhau hay không. Nếu kết quả sau khi áp dụng nguyên tắc này là các văn bản có ngữ nghĩa khác nhau, thì tiếp tục áp dụng nguyên tắc thứ hai.

(ii) Xác định nội hàm và phạm vi áp dụng của từng văn bản có tương thích với nhau hay không. Khi đã xác định từ ngữ được sử dụng là khác nhau, việc tiếp theo là xác định phạm vi điều chỉnh (nội hàm) của những từ ngữ, quy định đó như thế nào. Nếu kết quả là phạm vi điều chỉnh của văn bản đang xem xét mở rộng hoặc thu hẹp hơn so với văn bản cần đối chiếu, thì áp dụng tiếp nguyên tắc thứ ba.

(iii) Xác định kết quả khi áp dụng vào giải quyết cùng một vấn đề cụ thể của các văn bản có giống nhau hay không. Nếu việc áp dụng các văn bản dẫn đến kết quả khác nhau thì xem xét đến nguyên tắc thứ tư.

(iv) Đánh giá sự hợp lý của các văn bản xem có mâu thuẫn hay đang hướng dẫn, bổ khuyết cho nhau.

## **2. Thứ tự áp dụng nguyên tắc xác định mâu thuẫn giữa các văn bản quy phạm pháp luật**

Khi một quy định nào đó chưa xác định rõ nội hàm cũng như phạm vi áp dụng, cần phải có sự giải thích để giúp người áp dụng, người được áp dụng và cả người nghiên cứu hiểu được chính xác ý nghĩa cũng như trường hợp áp dụng của quy định đó.

Để lựa chọn được quy định phù hợp nhằm giải quyết một vấn đề cụ thể đang đặt ra và đang được điều chỉnh bởi nhiều văn bản, trước hết phải xác định các văn bản có thực sự là “cùng điều chỉnh” hay đang hướng đến những vấn đề khác nhau. Như đã đề cập, thứ tự áp dụng các nguyên tắc để xác định xem một văn bản có “mâu thuẫn” với một văn bản khác hay không thực hiện như sau:

***Nguyên tắc thứ nhất: Xem xét từ ngữ được sử dụng giữa các văn bản có tương đồng, đồng nghĩa với nhau hay không***

Nguyên tắc này được xây dựng và đưa ra là nguyên tắc đầu tiên và quan trọng nhất. Bởi lẽ, nếu các văn bản đang xem xét sử dụng các thuật ngữ, ngữ pháp giống nhau thì có thể dễ dàng xác định rằng các văn bản này đang có phạm vi điều chỉnh hay phần “giả định” là giống nhau. Tuy nhiên, nếu về mặt từ ngữ mà các văn bản sử dụng khác nhau, khi đó cần xác định những thuật ngữ,

từ hoặc cụm từ được sử dụng khác nhau nhưng có sự tương đồng, đồng nghĩa với nhau hay không. Nếu từ ngữ và ngữ nghĩa là khác nhau, vậy các văn bản này đang điều chỉnh các nội dung khác nhau, và khi đó, ta cần xem xét nguyên tắc thứ hai tiếp theo.

Ví dụ, cùng là hoạt động ban hành văn bản quy phạm pháp luật, tại khoản 1 Điều 70 Hiến pháp năm 2013 sử dụng từ “*làm*” khi quy định về nhiệm vụ và quyền hạn của Quốc hội: “*Làm* Hiến pháp và sửa đổi Hiến pháp; *làm* luật và sửa đổi luật”; và dùng từ “*ra*” để quy định về chức năng và nhiệm vụ của Ủy ban thường vụ Quốc hội: “*Ra* pháp lệnh về những vấn đề được Quốc hội giao; giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh”<sup>2</sup>, nhưng các Điều 1, 2 và 3 Luật BHVBQPPL năm 2015 sử dụng thuật ngữ “*ban hành*”. Mặc dù hai văn bản trên sử dụng từ khác nhau, nhưng trong trường hợp này ngữ nghĩa lại không trái nhau và có thể kết luận Luật BHVBQPPL năm 2015 không trái với Hiến pháp năm 2013. Một ví dụ khác, Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017 sử dụng thuật ngữ “*quản lý hành chính*”, nhưng các văn bản luật khác như Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (sửa đổi, bổ sung năm 2014, 2017), Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đều sử dụng thuật ngữ “*quản lý nhà nước*”. Tuy từ ngữ được sử dụng khác nhau, nhưng nội hàm của hai thuật ngữ này là giống nhau, nên đối tượng chịu sự tác động trong quá trình “*quản lý hành chính*” hay “*quản lý nhà nước*” là giống nhau.

Tuy nhiên, một vấn đề quan trọng cần xem xét chính là căn cứ vào đâu để xác định

ngĩa của từ, cụm từ. Đối với vấn đề này, thiết nghĩ cần xét ở hai góc độ: (i) Dựa vào Từ điển tiếng Việt, vào ngữ pháp hoặc sự giải thích ý nghĩa của chính cơ quan ban hành hoặc cơ quan có thẩm quyền về từ, cụm từ đó; (ii) Dựa vào bối cảnh văn bản được ban hành và đặt nó trong mối quan hệ với tổng thể toàn văn bản.

Ở cách tiếp cận thứ nhất, dựa vào Từ điển tiếng Việt nhưng Việt Nam hiện nay chưa có một quyển từ điển nào được xem là chuẩn mực, chính thống và có giá trị pháp lý, có chăng chỉ thể hiện quan điểm của tác giả, nhóm tác giả và chủ yếu mang tính chất tham khảo. Ngoài ra, trong trường hợp cơ quan ban hành hoặc cơ quan có thẩm quyền giải thích chưa thực hiện việc giải thích thì khó kết luận rằng ý nghĩa của từ, cụm từ trong văn bản đang xem xét hiểu thế nào đúng với “*ý đồ người soạn thảo*”.

Liên quan đến cách tiếp cận thứ hai là dựa vào bối cảnh ban hành văn bản, đây là vấn đề dẫn đến nhiều sự tranh luận trong giới nghiên cứu pháp luật và cả những người làm công tác thực tiễn, rằng: Liệu một văn bản, một quy định pháp luật nên được xem là “*sống*” hay là “*chết*”. Nghĩa là, văn bản “*chết*” là văn bản khi được ban hành mang ý nghĩa gốc ra sao thì phải hiểu và áp dụng đúng nghĩa nguyên thủy của nó và không được suy diễn để đặt vào bối cảnh hiện tại. Ngược lại, văn bản “*sống*” là văn bản cho phép cơ quan áp dụng pháp luật được giải thích, suy luận khoa học để áp dụng vào tình huống hiện tại mà những người soạn luật trước đây chưa dự liệu được<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Khoản 2 Điều 74 Hiến pháp năm 2013.

<sup>3</sup> Đại diện nổi tiếng trên thế giới của hai trường phái này là Thẩm phán Tòa tối cao Liên bang Hoa Kỳ

Như vậy, để giải quyết những khó khăn phát sinh trong quá trình áp dụng nguyên tắc thứ nhất, người áp dụng trước hết nên căn cứ vào các Từ điển tiếng Việt đã được thẩm định, chấp nhận và sử dụng phổ biến hiện nay để tham chiếu, đồng thời xem xét đến bối cảnh và mục đích ban hành của văn bản. Chúng tôi cho rằng, việc xem xét văn bản “sống” sẽ phù hợp hơn với sự vận động và phát triển của xã hội. Bởi lẽ, các quan hệ xã hội luôn thay đổi, mà pháp luật lại bất động, do đó, việc cho phép giải thích các quy định pháp luật theo hướng phù hợp với sự phát triển của xã hội sẽ phù hợp hơn. Tuy nhiên, để pháp luật có sự chuẩn mực của ngôn ngữ và hạn chế sự tùy tiện trong việc giải thích thì cần xây dựng một bộ quy tắc để các chủ thể có liên quan phải dựa vào đó thực hiện hoạt động giải thích của mình<sup>4</sup>.

***Nguyên tắc thứ hai: Xác định nội hàm và phạm vi áp dụng của từng văn bản có tương thích với nhau hay không***

Nếu đã xác định hình thức ban đầu về từ ngữ giữa các văn bản là khác nhau, tiếp theo cần xem xét nội hàm và phạm vi áp dụng của các văn bản này có chồng lấn nhau hoặc văn bản do cơ quan cấp dưới ban hành có “mở rộng” hay “thu hẹp” phạm vi áp dụng so với văn bản đang cần

đổi chiếu hay không. Khi đó cần chia ra hai trường hợp:

*Trường hợp thứ nhất: Hai văn bản đang xem xét không cùng hiệu lực pháp lý*

Đối với tình huống này, cần thực hiện việc xem xét xem việc mở rộng hay thu hẹp phạm vi áp dụng của văn bản thấp hơn có trái với văn bản cấp trên hay không. Trường hợp văn bản cấp dưới mở rộng phạm vi áp dụng so với quy định của văn bản cấp trên có thể kết luận ngay rằng việc quy định như vậy là trái với văn bản cấp trên. Trường hợp văn bản cấp dưới thu hẹp phạm vi áp dụng, để xác định có trái văn bản cấp trên hay không, cần xem xét từng trường hợp cụ thể. Đơn cử như khoản 5 Điều 103 Luật Xây dựng năm 2014 quy định: “Trường hợp cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép xây dựng không thu hồi giấy phép xây dựng đã cấp không đúng quy định thì Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trực tiếp quyết định thu hồi giấy phép xây dựng”. Tuy nhiên, cùng điều chỉnh về thẩm quyền thu hồi giấy phép xây dựng, khoản 4 Điều 17 Thông tư số 15/2016/TT-BXD ngày 20/6/2016 của Bộ Xây dựng hướng dẫn về cấp giấy phép xây dựng lại quy định: “Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định thu hồi giấy phép xây dựng do cấp dưới cấp không đúng quy định”. Theo quy định tại khoản 1 Điều 103 Luật Xây dựng năm 2014, có ba cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép xây dựng là Bộ Xây dựng, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và Ủy ban nhân dân cấp huyện. Như vậy, “cơ quan có thẩm quyền cấp giấy phép xây dựng” được nêu tại khoản 5 Điều 103 Luật Xây dựng năm 2014 sẽ được hiểu là trong trường hợp các cơ quan nêu trên không thu hồi giấy phép xây dựng do mình cấp không đúng

Antonin Scalia (luật là “chết” - originalist) và Stephen G. Breyer (với quan điểm luật “sống” - living Constitution. Xem thêm: *Justices Scalia and Breyer Talk About Interpreting the Constitution*, <https://www.annenbergpublicpolicycenter.org/justice-s-scalia-and-breyer-discuss-interpreting-the-constitution/>, truy cập ngày 14/01/2019; *Justices Get Candid About The Constitution*, <https://www.npr.org/2011/10/09/141188564/a-matter-of-interpretation-justices-open-up>, truy cập ngày 14/01/2019.

<sup>4</sup> Trần Vang Phú, *Vấn đề lựa chọn và áp dụng pháp luật tại Việt Nam – Bất cập và kiến nghị*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5(361)/2018, tr.17.

quy định, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh sẽ có thẩm quyền thu hồi, bao gồm cả giấy phép do Bộ Xây dựng cấp không đúng quy định. Tuy nhiên, Thông tư số 15/2016/TT-BXD lại quy định Ủy ban nhân dân cấp tỉnh trực tiếp thu hồi giấy phép xây dựng do cấp dưới cấp không đúng quy định. Như vậy, quy định này đã thu hẹp phạm vi áp dụng và bỏ sót hai trường hợp giấy phép do Bộ Xây dựng và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh cấp, gây khó khăn trong việc xác định cơ quan nào có thẩm quyền thu hồi. Như vậy, trong tình huống này, có thể kết luận khoản 4 Điều 17 Thông tư số 15/2016/TT-BXD là trái với khoản 5 Điều 103 Luật Xây dựng năm 2014.

*Trường hợp thứ hai: Hai văn bản đang xem xét có cùng giá trị pháp lý (có thể do cùng hoặc khác cơ quan ban hành)*

Nếu các văn bản có phạm vi áp dụng giống nhau, nhưng quy định cụ thể khác nhau, có thể kết luận rằng các văn bản đó đang trái nhau. Ví dụ, theo quy định tại điểm a khoản 1 Điều 5 Thông tư số 48/2012/TT-BTC ngày 16/3/2012 của Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn việc xác định giá khởi điểm và chế độ tài chính trong hoạt động đấu giá quyền sử dụng đất để giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất (được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư số 02/2015/TT-BTC ngày 5/1/2015) thì *thẩm quyền quyết định giá khởi điểm* được xác định như sau: *Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất để giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất*. Theo quy định tại khoản 3 Điều 5 Thông tư này, *Sở Tài chính* sẽ có trách nhiệm xác

định giá khởi điểm trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định.

Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 9 Thông tư liên tịch số 14/2015/TTLT-BTNMT-BTP ngày 04/4/2015 của Bộ Tài nguyên và Môi trường và Bộ Tư pháp quy định việc tổ chức thực hiện đấu giá quyền sử dụng đất để giao đất có thu tiền sử dụng đất hoặc cho thuê đất thì: “Căn cứ quyết định đấu giá quyền sử dụng đất, *Sở Tài nguyên và Môi trường* tổ chức thực hiện việc xác định giá khởi điểm của thửa đất đấu giá (gồm giá đất, hạ tầng kỹ thuật, tài sản gắn liền với đất nếu có) theo quy định của pháp luật và trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh phê duyệt... Căn cứ hồ sơ trình của Sở Tài nguyên và Môi trường, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh thực hiện phê duyệt giá khởi điểm của thửa đất đấu giá”<sup>5</sup>.

Như vậy, việc quy định về cơ quan có trách nhiệm xác định giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất giữa hai Thông tư nêu trên là khác nhau.

***Nguyên tắc thứ ba: Xác định kết quả khi áp dụng vào giải quyết cùng một vấn đề cụ thể của các văn bản có giống nhau hay không***

Trong trường hợp các văn bản sử dụng những thuật ngữ khác nhau để điều chỉnh cùng một vấn đề, nhưng lại có cùng một kết quả giải quyết, có thể kết luận các văn bản trên không trái nhau<sup>6</sup>, mà do quan

<sup>5</sup> Trần Thụy Quốc Thái, Trần Vang Phú, *Vấn đề xác định giá khởi điểm trong đấu giá quyền sử dụng đất*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 08 (336)/Kỳ 2 – tháng 4/2017, tr. 42-45.

<sup>6</sup> Nguyễn Minh Đức, *Cơ chế giải quyết mâu thuẫn giữa các văn bản pháp luật - nhìn từ một quy định*, <http://tks.edu.vn/thong-tin-khoa-hoc/chi-tiet/120/170>, truy cập ngày 09/4/2019.

điểm và cách thức xử lý vấn đề ở mỗi cơ quan, bộ ngành là khác nhau nhưng vẫn tuân thủ các quy định pháp luật có liên quan, không gây bất bình đẳng giữa các đối tượng được áp dụng.

Trường hợp có sự khác biệt về cơ quan có chức năng xác định giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất giữa Thông tư liên tịch số 14/2015/TTLT-BTNMT-BTP và Thông tư số 48/2012/TT-BTC có thể hiểu ở một góc độ khác. Theo đó, nếu Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xét thấy điều kiện phù hợp với tình hình ở địa phương hoặc giao cho Sở Tài nguyên và Môi trường hoặc giao cho Sở Tài chính thực hiện việc xác định giá khởi điểm đấu giá quyền sử dụng đất, thiết nghĩ vẫn phù hợp, miễn sao các cơ quan này áp dụng đúng các phương pháp xác định giá đất đã được quy định và thực hiện một cách khách quan, khoa học.

***Nguyên tắc thứ tư: Đánh giá sự hợp lý của các văn bản xem có mâu thuẫn hay đang hướng dẫn, bổ khuyết cho nhau***

Nếu xem xét việc sử dụng thuật ngữ, nội hàm và phạm vi áp dụng đưa đến kết quả khác nhau, khi đó cần xem xét đến nguyên tắc tính hợp lý của quy định. Theo đó, nếu văn bản cấp dưới mở rộng phạm vi áp dụng hơn so với văn bản cấp trên, nhưng vẫn đảm bảo tuân thủ các quy định pháp luật có liên quan, không tùy tiện và người được áp dụng được đối xử bình đẳng, đúng với mức độ của hành vi đã thực hiện, thì việc “mở rộng” này được xem là “bổ khuyết” chứ không xem là “mâu thuẫn” với văn bản cấp trên. Cụ thể:

Điều 39 Luật Thanh tra năm 2010 quy định kết luận thanh tra bắt buộc phải “Công bố tại cuộc họp với thành phần bao gồm

người ra quyết định thanh tra, Đoàn thanh tra, đối tượng thanh tra, cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan hoặc tổ chức họp báo”<sup>7</sup>; và thực hiện thêm một trong ba hình thức<sup>8</sup>: (i) Thông báo trên phương tiện thông tin đại chúng; (ii) Đưa lên trang thông tin điện tử của cơ quan thanh tra nhà nước, cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành hoặc cơ quan quản lý nhà nước cùng cấp; và (iii) Niêm yết tại trụ sở làm việc của cơ quan, tổ chức là đối tượng thanh tra.

Cùng quy định về vấn đề này, Điều 46 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP ngày 22/9/2011 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Thanh tra quy định, ngoài việc công khai kết luận thanh tra theo điểm a khoản 3 Điều 46 Nghị định này (giống với quy định của Luật Thanh tra), người ra kết luận thanh tra lựa chọn ít nhất một trong ba hình thức công bố như quy định tại khoản 2 Điều 39 Luật Thanh tra năm 2012 nhưng bổ sung thêm quy định<sup>9</sup>: (i) Thông báo trên phương tiện thông tin đại chúng gồm báo nói, báo hình, báo viết, báo điện tử. Thời gian thông báo trên báo nói, báo điện tử ít nhất là 02 lần; trên báo hình ít nhất 02 lần phát sóng; trên báo viết ít nhất 01 số phát hành; (ii) Thông báo trên Trang thông tin điện tử của cơ quan thanh tra nhà nước, cơ quan được giao thực hiện chức năng thanh tra chuyên ngành hoặc cơ quan quản lý nhà nước cùng cấp ít nhất là 05 ngày liên tục; (iii) Thời gian niêm yết tại trụ sở làm việc của cơ quan, tổ chức là đối tượng thanh tra ít nhất

<sup>7</sup> Điểm a khoản 2 Điều 39 Luật Thanh tra năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2014, 2017).

<sup>8</sup> Điểm b, c và d khoản 2 Điều 39 Luật Thanh tra năm 2010 (sửa đổi, bổ sung năm 2014, 2017).

<sup>9</sup> Khoản 3 Điều 46 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP.

là 05 ngày. Việc niêm yết kết luận thanh tra tại trụ sở làm việc của cơ quan, tổ chức là đối tượng thanh tra do đối tượng thanh tra thực hiện. Thời gian niêm yết ít nhất là 15 ngày liên tục.

Như vậy, mặc dù Điều 46 Nghị định số 86/2011/NĐ-CP có sự mở rộng trong quy định về công khai kết luận thanh tra, nhưng quy định này lại giúp tăng sự khách quan, minh bạch và quyền giám sát của nhân dân. Do đó, việc mở rộng ở đây là hợp lý chứ không trái với Điều 39 Luật Thanh tra năm 2010.

*Tóm lại*, để việc lựa chọn và áp dụng văn bản pháp luật nói chung, văn bản quy

phạm pháp luật nói riêng được phù hợp, đảm bảo được sự khách quan, bình đẳng trong việc áp dụng pháp luật, việc xem xét các văn bản có liên quan để chọn ra văn bản phù hợp nhất là việc làm cần thiết. Trong trường hợp có nhiều văn bản cùng điều chỉnh một vấn đề, chỉ có thể áp dụng quy định tại Điều 156 Luật BHVBQPPL năm 2015 khi các văn bản đó được xem là “mâu thuẫn”, từ đó, việc xây dựng nguyên tắc để xác định một văn bản quy phạm pháp luật như thế nào được xem là trái với văn bản quy phạm pháp luật khác là một yêu cầu khách quan từ lý luận cũng như thực tiễn.

---

*(Tiếp theo trang 14 – Án lệ Việt Nam...)*

lệ Việt Nam có quy trình hình thành, và trong một chừng mực nào đó cả quy trình kết thúc, nằm ngoài hoạt động xét xử và khá tương đồng với quy trình ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Sự tồn tại của quy tắc tổng quát trong phần “Khái quát nội dung án lệ” phản chiếu hình ảnh của quy phạm pháp luật, làm cho hoạt động áp dụng án lệ dự báo sẽ vẫn cứng nhắc, thiếu tính thích ứng với sự chuyển biến của đời sống xã hội, mặt khác khuyến khích sử dụng lối suy luận diễn dịch truyền thống của văn bản quy phạm pháp luật. Hiệu lực bắt buộc càng củng cố tính quy phạm pháp luật của án lệ.

Tất nhiên, cần xem xét án lệ là một yếu tố du nhập, rất cần các biện pháp đủ mạnh để có thể áp dụng nhanh nhất vào hoạt động xét xử, đồng thời tôn trọng văn hoá pháp lý

trong nước. Ở góc độ này, sự tồn tại của một văn bản quy phạm pháp luật như Nghị quyết 03/2015/NQ-HĐTP để định hình án lệ là cần thiết, và Hội đồng Thẩm phán với thẩm quyền cao nhất phải có vai trò tiên phong trong việc chọn lọc bản án trong giai đoạn đầu, nhưng phải bỏ phần “Khái quát nội dung án lệ” khi công bố án lệ.

Hơn nữa, phải thừa nhận tư duy pháp lý độc lập đóng vai trò cốt lõi. Khả năng sử dụng các phương pháp lập luận, cụ thể là phương pháp dùng tiền lệ nói riêng và quy nạp nói chung phải được tiếp nhận ở mức độ nhất định. Chấp nhận khả năng án lệ áp dụng trong hoạt động xét xử, nghĩa là chấp nhận trao cho toà án quyền được đánh giá và tiếp thu hoặc quyết định ràng buộc mình vào các bản án trước đó.

# CHẾ ĐỘ LÀM VIỆC VÀ TRÁCH NHIỆM CỦA CHÍNH PHỦ - MỘT SỐ KIẾN NGHỊ SỬA ĐỔI

*Đinh Thanh Phương\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích các quy định của Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 về chế độ làm việc và trách nhiệm của Chính phủ trong việc thực hiện nhiệm vụ và quyền hạn của mình; chỉ ra các bất cập có liên quan đến hình thức, phương án biểu quyết; sự thiếu rõ ràng của quy định “biểu quyết ngang nhau”; cũng như sự thiếu sót về trách nhiệm pháp lý tập thể và cá nhân của Chính phủ và thành viên Chính phủ. Cuối cùng, bài viết đề xuất một số kiến nghị sửa đổi Luật nhằm khắc phục những hạn chế này.

**Abstract:** This article analyses the working regime and legal responsibility of the Government in the Law on Organization of the Government 2015; identifies the issues related to the Government’s vote methods, vote choices; the ambiguity of the provision of tie vote as well as the lack of the Government collective and individual responsibility. From there, the article proposes some solutions to amend the Law in order to resolve these issues.

## 1. Đặt vấn đề

Chính phủ, theo Điều 94 Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013<sup>1</sup>, đã được nâng tầm về mặt quyền hạn khi được xác định một cách chính thức là cơ quan thực hiện quyền hành pháp<sup>2</sup>. Để thực hiện quyền lực này, đòi hỏi Chính phủ phải được tổ chức một cách phù hợp, trong đó, chế độ làm việc của Chính phủ phải được xây dựng một cách rõ ràng, chặt chẽ và hiệu quả. Bên cạnh đó, như khẳng định của nguyên Chủ tịch Quốc hội Nguyễn Sinh Hùng cùng rất nhiều các đại biểu Quốc hội khác<sup>3</sup>, “quyền hạn phải đi liền với trách

nhiệm”, khi Chính phủ có thêm quyền hạn mới thì tất yếu trách nhiệm cũng phải được quy định một cách tương xứng.

Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 ra đời đã kịp thời ghi nhận các yêu cầu được nêu trên. Tuy nhiên, việc truyền tải của Luật là chưa thật sự trọn vẹn. Điều này được thể hiện rất rõ qua một số điều khoản thiếu sót, mập mờ về chế độ làm việc của Chính phủ; liên quan đến việc biểu quyết; sự bất hợp lý và không đầy đủ về trách nhiệm tập thể, trách nhiệm cá nhân của các thành viên Chính phủ. Tất cả những bất cập này cần thiết phải được sửa đổi, bổ sung để giúp Chính phủ hoạt động hiệu quả hơn, xứng đáng với vị trí là cơ quan hành chính nhà

\* ThS., Khoa Luật, Trường đại học Cần Thơ.

<sup>1</sup> Trong bài viết được gọi tắt là Hiến pháp năm 2013.

<sup>2</sup> Điều 94 Hiến pháp năm 2013.

<sup>3</sup> Xem Ngọc Thành, *Chủ tịch Quốc hội: “Quyền hạn phải đi liền với trách nhiệm”*, Báo điện tử VOV, 2015, <https://vov.vn/chinh-tri/quoc-hoi/chu-tich-quoc-hoi-quyen-han-phai-di-lien-trach-nhiem-395535.vov>, truy cập ngày 15/3/2019; Việt Nga, *Quyền lực phải gắn liền với trách nhiệm*, Báo điện tử Hà Nội mới, 2014, <http://hanoimoi.com.vn/Tin-tuc/Chinh-tri/723655/quyen-luc-phai-gan-lien-voi-trach-nhiem>,

[baohinhphu.vn/Ky-hop-thu-9-Quoc-hoi-khoa-XIII/Quyen-han-di-lien-voi-trach-nhiem/228350.vgp](http://baohinhphu.vn/Ky-hop-thu-9-Quoc-hoi-khoa-XIII/Quyen-han-di-lien-voi-trach-nhiem/228350.vgp), truy cập ngày 15/3/2019.

nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam.

## 2. Chế độ làm việc và trách nhiệm của Chính phủ theo Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015

### 2.1. Chế độ làm việc của Chính phủ

Theo Giáo sư, tiến sĩ Phạm Hồng Thái thì “*Chế độ làm việc của Chính phủ thực chất là hình thức, phương thức làm việc của Chính phủ, là sự biểu hiện các cách thức thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ, biểu hiện mối tương quan trách nhiệm giữa Chính phủ với Thủ tướng – người đứng đầu Chính phủ và với các thành viên của Chính phủ trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ*”<sup>4</sup>. Trên cơ sở quan điểm này, rõ ràng chế độ làm việc của Chính phủ sẽ phải được xây dựng dựa trên mô hình tổ chức của Chính phủ. Mô hình tổ chức khác nhau thì tất yếu hình thức, phương thức làm việc của Chính phủ, mối tương quan trách nhiệm giữa người đứng đầu Chính phủ và các thành viên còn lại trong Chính phủ cũng sẽ khác nhau, tức là chế độ làm việc sẽ khác nhau.

Trên phạm vi toàn thế giới có hai mô hình tổ chức Chính phủ tiêu biểu là mô hình một người và mô hình nhiều người. Việc lựa chọn mô hình tổ chức Chính phủ phụ thuộc rất lớn vào hình thức chính thể của mỗi quốc gia. Ở các nước theo chính thể cộng hòa tổng thống và quân chủ tuyệt đối, quân chủ nhị nguyên, Chính phủ chủ yếu được coi là tập hợp các cố vấn cho người đứng đầu Nhà nước với thẩm quyền xuất

phát từ thẩm quyền của người đứng đầu Nhà nước, mà không tạo thành một tập thể toàn vẹn<sup>5</sup>. Mô hình Chính phủ này được gọi là Chính phủ một người, ví dụ như Chính phủ của Hoa Kỳ. Còn ở các nước theo chính thể nghị viện, Chính phủ là thiết chế tập thể thực hiện quyền hành pháp, chịu trách nhiệm trước nghị viện về đường hướng chính sách đã đề ra<sup>6</sup>. Đây là Chính phủ theo mô hình nhiều người như trường hợp của Anh, Đức...

Đối với Việt Nam, Nhà nước ta mang đặc trưng của chính thể cộng hòa đại nghị<sup>7</sup>, vì vậy Chính phủ được tổ chức theo mô hình nhiều người. Theo đó, “*Chính phủ gồm Thủ tướng Chính phủ, các Phó Thủ tướng Chính phủ, các Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ*”<sup>8</sup>. Chính vì vậy, tại khoản 1 Điều 95 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Chính phủ làm việc theo chế độ tập thể, quyết định theo đa số*”.

Dựa vào nội dung hiến định trên, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Điều 43 đã cụ thể hóa chế độ làm việc của Chính phủ và từng thành viên của Chính phủ, bao gồm các nội dung sau:

**Về nguyên tắc thực hiện**, “*chế độ làm việc của Chính phủ và từng thành viên*

<sup>5</sup> Lê Anh, *Mô hình Chính phủ trong Hiến pháp - Khái niệm Chính phủ*, Báo điện tử Đại biểu Nhân dân, 2012, <http://www.daibieunhandan.vn/default.aspx?tabid=77&NewsId=248797>, truy cập ngày 7/3/2019.

<sup>6</sup> Lê Anh, *Mô hình Chính phủ trong Hiến pháp - Khái niệm Chính phủ*, Báo điện tử Đại biểu Nhân dân, 2012, <http://www.daibieunhandan.vn/default.aspx?tabid=77&NewsId=248797>, truy cập ngày 7/3/2019.

<sup>7</sup> Về các dấu hiệu của chính thể cộng hòa đại nghị, xem Nguyễn Đăng Dung và Đặng Minh Tuấn (đồng chủ biên), *Giáo trình Luật hiến pháp Việt Nam*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội, 2013, tr. 186.

<sup>8</sup> Khoản 1 Điều 95 Hiến pháp năm 2013.

<sup>4</sup> Phạm Hồng Thái, *Chính phủ*, trong Nguyễn Đăng Dung, Trịnh Quốc Toàn và Đặng Minh Tuấn (đồng chủ biên), *Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2016, tr. 284 – 285.

Chính phủ được thực hiện kết hợp giữa quyền hạn, trách nhiệm của tập thể Chính phủ với quyền hạn, trách nhiệm cá nhân của Thủ tướng Chính phủ và cá nhân từng thành viên Chính phủ”. Sự kết hợp này có thể khẳng định là sự thể hiện rất rõ nét tinh thần của nguyên tắc tập trung dân chủ trong tổ chức và hoạt động của Nhà nước ta theo quy định của Hiến pháp.

**Về hình thức**, Chính phủ làm việc dưới hình thức tập thể, nghĩa là các vấn đề thuộc thẩm quyền của Chính phủ đều phải được thảo luận tập thể. Theo đó, tất cả các thành viên Chính phủ đều có quyền đưa ra ý kiến, quan điểm của mình và tham gia quyết định các công việc thuộc trách nhiệm và quyền hạn của Chính phủ. Hình thức đưa ra ý kiến của từng thành viên Chính phủ có thể là trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua văn bản. Cụ thể, Điều 44 Luật Tổ chức Chính phủ đã nêu ra hai hình thức hoạt động tương ứng của tập thể Chính phủ là phiên họp (thường kỳ hoặc bất thường) và lấy ý kiến thành viên Chính phủ bằng văn bản theo quyết định của Thủ tướng.

**Về cơ chế quyết định của Chính phủ**, theo quy định tại khoản 3 Điều 46 Luật Tổ chức Chính phủ, đây là cơ chế “*biểu quyết theo đa số*”. Nghĩa là, tất cả các quyết định của Chính phủ đều phải dựa trên sự tán thành của đa số (quá nửa tổng số) thành viên Chính phủ. Cơ chế này tương đồng với cơ chế biểu quyết của một số cơ quan nhà nước khác như Quốc hội: “Luật, nghị quyết của Quốc hội phải được quá nửa tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành”<sup>9</sup>. hay Hội đồng nhân dân: “Nghị quyết của Hội đồng nhân dân được thông qua khi có quá

nửa tổng số đại biểu Hội đồng nhân dân biểu quyết tán thành”<sup>10</sup>. Điểm giống nhau theo cơ chế biểu quyết này là chỉ quan tâm đến tỉ lệ đa số tán thành, chứ không quan tâm đến phần thiểu số còn lại. Phần thiểu số này là không tán thành, không biểu quyết hay không tham dự phiên họp đều không quan trọng.

Tuy nhiên, bên cạnh quy định mang tính chất nguyên tắc trên về cơ chế quyết định theo đa số, Luật Tổ chức Chính phủ đặt ra trường hợp khác biệt, mang tính chất ngoại lệ về sự cân bằng trong biểu quyết là: “[...] Trong trường hợp biểu quyết ngang nhau thì thực hiện theo ý kiến mà Thủ tướng Chính phủ đã biểu quyết”<sup>11</sup>. Nội dung này được giải thích rõ hơn trong Quy chế hoạt động của Chính phủ, cụ thể: “Khi biểu quyết tại phiên họp Chính phủ cũng như khi sử dụng phiếu lấy ý kiến thành viên Chính phủ, nếu số phiếu đồng ý và không đồng ý bằng nhau thì quyết định theo ý kiến mà Thủ tướng Chính phủ đã biểu quyết”<sup>12</sup>. Có thể khẳng định đây không chỉ là sự khác biệt về cơ chế biểu quyết, mà còn là sự khác biệt về chế độ làm việc giữa Chính phủ với Quốc hội, Hội đồng nhân dân. Chế độ làm việc của Chính phủ được thực hiện trên nguyên tắc kết hợp giữa vai trò của tập thể Chính phủ với vai trò của Thủ tướng Chính phủ; do đó, khi tập thể không thể quyết định thì sẽ quyết định theo ý kiến của người đứng đầu.

## 2.2. Trách nhiệm của Chính phủ

<sup>10</sup> Khoản 3 Điều 91 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015.

<sup>11</sup> Khoản 3 Điều 46 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

<sup>12</sup> Khoản 3 Điều 3 Quy chế hoạt động của Chính phủ được ban hành kèm theo Nghị định số 138/2016/NĐ-CP ngày 01/10/2016 của Chính phủ.

<sup>9</sup> Khoản 1 Điều 85 Hiến pháp năm 2013.

Trách nhiệm hay trách nhiệm pháp lý của chủ thể trong các quan hệ pháp luật, dưới góc nhìn lý luận, theo quan điểm của hầu hết các nhà khoa học bao gồm nghĩa tích cực và tiêu cực<sup>13</sup>. Theo nghĩa tích cực, “trách nhiệm được hiểu là nghĩa vụ”<sup>14</sup>, hoặc “được hiểu là bổn phận, nghĩa vụ, thái độ tích cực và vai trò của cá nhân, cơ quan, tổ chức trong việc thực hiện pháp luật”<sup>15</sup>. Ở chiều hướng ngược lại, trách nhiệm theo nghĩa tiêu cực “là sự phản ứng, lên án của Nhà nước [...] đối với những chủ thể vi phạm pháp luật”<sup>16</sup>; do đó, các chủ thể này phải “gánh chịu những hậu quả bất lợi về vật chất hoặc tinh thần [...] do cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc cá nhân có thẩm quyền đã áp dụng biện pháp chế tài có tính chất trừng phạt”<sup>17</sup>. Trong hai nghĩa trên, theo ý kiến của Phó giáo sư, tiến sĩ Nguyễn Văn Động thì trách nhiệm pháp lý chỉ nên được hiểu theo nghĩa tiêu cực, còn trách nhiệm tích cực, trong các văn bản quy phạm pháp luật nên thay thế bằng khái niệm “nghĩa vụ”<sup>18</sup> hoặc nhiệm vụ.

<sup>13</sup> Dẫn theo Nguyễn Văn Quân, *Góp phần nhận thức lại trách nhiệm pháp lý dưới góc độ lý luận*, Tạp chí Khoa học Đại học quốc gia Hà Nội: Luật học, Tập 34, số 1 (2018), tr. 1, 2.

<sup>14</sup> Nguyễn Minh Đoan, *Giáo trình lý luận về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 434.

<sup>15</sup> Nguyễn Văn Động, *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2014, tr. 405.

<sup>16</sup> Nguyễn Minh Đoan, *Giáo trình lý luận về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 434.

<sup>17</sup> Nguyễn Văn Động, *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2014, tr. 405, 406.

<sup>18</sup> Nguyễn Văn Động, *Giáo trình lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2014, tr. 406.

Tán thành với quan điểm trên, trong phần này của bài viết, tác giả chỉ xin trình bày trách nhiệm của Chính phủ theo nghĩa tiêu cực. Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 quy định, trong hoạt động của mình, Chính phủ và các thành viên Chính phủ phải chịu trách nhiệm cụ thể như sau:

- Chính phủ chịu trách nhiệm trước Quốc hội về việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn của mình; về kết quả, hiệu lực, hiệu quả quản lý, điều hành của bộ máy hành chính nhà nước; về các chủ trương, chính sách do mình đề xuất với cơ quan nhà nước có thẩm quyền<sup>19</sup>.

- Thủ tướng Chính phủ là người đứng đầu Chính phủ<sup>20</sup>, chịu trách nhiệm trước Quốc hội về hoạt động của Chính phủ và hệ thống hành chính nhà nước từ trung ương đến địa phương; về các quyết định và kết quả thực hiện các quyết định của mình trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn được giao<sup>21</sup>.

- Phó Thủ tướng Chính phủ giúp Thủ tướng Chính phủ làm nhiệm vụ theo sự phân công của Thủ tướng Chính phủ và chịu trách nhiệm trước Thủ tướng Chính phủ về nhiệm vụ được phân công<sup>22</sup>.

- Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ chịu trách nhiệm cá nhân trước Thủ tướng Chính phủ, Chính phủ và Quốc hội về ngành, lĩnh vực được phân công; về kết quả, hiệu lực, hiệu quả hoạt động của bộ, cơ quan ngang bộ; về các quyết định và kết quả thực hiện các quyết định của mình

<sup>19</sup> Khoản 1 Điều 27 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

<sup>20</sup> Khoản 2 Điều 4 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

<sup>21</sup> Khoản 1 Điều 29 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

<sup>22</sup> Khoản 1 Điều 31 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn được giao; cùng các thành viên khác của Chính phủ chịu trách nhiệm tập thể về hoạt động của Chính phủ<sup>23</sup>.

Như vậy, căn cứ vào các nội dung trên, có hai loại trách nhiệm mà các thành viên Chính phủ có thể phải gánh chịu là trách nhiệm cá nhân và trách nhiệm tập thể. Theo đó, Thủ tướng (bao gồm cả Phó thủ tướng) phải chịu trách nhiệm cá nhân trước Quốc hội; Phó thủ tướng chịu trách nhiệm cá nhân trước Thủ tướng; Bộ trưởng, Thủ trưởng cơ quan ngang bộ chịu trách nhiệm cá nhân trước Thủ tướng Chính phủ, Chính phủ và Quốc hội; tất cả các thành viên Chính phủ phải chịu trách nhiệm tập thể về hoạt động của Chính phủ trước Quốc hội.

### **3. Một số bất cập trong quy định của Luật Tổ chức Chính phủ về chế độ làm việc của Chính phủ và kiến nghị hoàn thiện**

#### **3.1. Thiếu quy định về hình thức và phương án biểu quyết**

Như đã trình bày, trên cơ sở “*chế độ làm việc tập thể và quyết định theo đa số*”, mọi công việc thuộc trách nhiệm và quyền hạn của Chính phủ đều phải được quyết định thông qua biểu quyết, chứ không thể là bất kỳ một cơ chế nào khác. Do đó, để tìm ra được ý chí chính xác của tập thể Chính phủ, biểu quyết cần phải được quy định một cách rõ ràng, chặt chẽ và đầy đủ nhất. Tuy nhiên, hiện nay, Luật Tổ chức Chính phủ và Quy chế hoạt động của Chính phủ đều chưa làm rõ được về cả hình thức và phương án biểu quyết của Chính phủ.

*Đối với hình thức biểu quyết*, ở đây không đề cập đến hình thức biểu quyết được phân loại như trong Nội quy kỳ họp Quốc hội như giơ tay hay sử dụng hệ thống biểu quyết điện tử<sup>24</sup>, mà chỉ tập trung vào loại hình biểu quyết có bảo mật và không bảo mật. Trong cả hai hình thức hoạt động là phiên họp và lấy ý kiến bằng văn bản của Chính phủ, các quy định hiện hành không chỉ rõ việc quyết nghị của Chính phủ sẽ thực hiện dưới hình thức bỏ phiếu kín hay công khai. Luật Tổ chức Chính phủ không quy định vấn đề này; trong khi Luật Tổ chức Chính quyền địa phương năm 2015, một văn bản luật được ban hành cùng thời điểm, lại quy định rõ ràng, phiên họp của Ủy ban nhân dân - một cơ quan trong hệ thống hành chính nhà nước như Chính phủ - đã xác định rất rõ về số lượng và hình thức biểu quyết gồm biểu quyết công khai và bỏ phiếu kín<sup>25</sup>. Phải chăng, các nhà làm luật cho rằng biểu quyết tất cả các nội dung liên quan đến thẩm quyền của Chính phủ đều phải công khai, không có nội dung nào phải bảo mật trong nội bộ Chính phủ nên không cần thiết phải quy định? Lí giải này là không phù hợp với các quy định về nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ, bao gồm rất nhiều vấn đề cần thảo luận và quyết nghị, trong đó có cả những vấn đề hết sức nhạy cảm như về cơ cấu tổ chức của Chính phủ, về kiểm điểm công tác chỉ đạo điều hành của Chính phủ, Thủ tướng Chính

<sup>23</sup> Khoản 1 Điều 37 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

<sup>24</sup> Khoản 1 Điều 18 Nội quy kỳ họp Quốc hội được ban hành kèm theo Nghị quyết số 102/2015/QH13 ngày 24/11/2015 của Quốc hội.

<sup>25</sup> Khoản 2 Điều 117 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015.

phủ<sup>26</sup>. Sẽ rất khó cho các thành viên Chính phủ có được sự khách quan và công tâm nếu những nội dung biểu quyết này không được bảo mật.

Về phương án biểu quyết, hay nói rộng hơn là quyền được lựa chọn các phương án biểu quyết của thành viên Chính phủ, Luật Tổ chức Chính phủ cũng không đề cập. Tuy nhiên, Quy chế hoạt động có quy định rằng “*Khi biểu quyết [...], nếu số phiếu đồng ý và không đồng ý bằng nhau thì quyết định theo ý kiến mà Thủ tướng Chính phủ đã biểu quyết*”. Vậy, suy ra có hai phương án biểu quyết là đồng ý và không đồng ý. Tuy nhiên, đây cũng chỉ là suy luận từ một quy định về “*Cách thức giải quyết công việc của Chính phủ*” trong Quy chế hoạt động chứ không phải một quy phạm của Luật. Có hai câu hỏi được đặt ra liên quan đến việc biểu quyết của Chính phủ. Thứ nhất, có còn phương án nào khác hay không? Nếu có thì đó là gì? Nếu không thì cần thiết phải có một quy định để giới hạn. Thứ hai, liệu thành viên Chính phủ có quyền lựa chọn không biểu quyết - một quyền tương đồng của thành viên Ủy ban nhân dân được ghi nhận trong Luật Tổ chức Chính quyền địa phương<sup>27</sup> hay không? Cần phải làm rõ rằng, **không tham gia biểu quyết** là không tham gia quyết định các vấn đề thuộc thẩm quyền Chính phủ như quy định tại khoản 1 Điều 33 Luật Tổ chức

Chính phủ. Rõ ràng, phương án lựa chọn này của thành viên Chính phủ cũng cần phải được bổ sung vào Luật.

### 3.2. Trường hợp “biểu quyết ngang nhau”

Với nguyên tắc thực hiện chế độ làm việc của Chính phủ là dựa trên sự kết hợp giữa tập thể và cá nhân, có sự đề cao vai trò của người đứng đầu, Luật Tổ chức Chính phủ đã đặt ra giải pháp cho trường hợp “biểu quyết ngang nhau” thì “quyết định theo ý kiến mà Thủ tướng Chính phủ đã biểu quyết”<sup>28</sup>. Có thể khẳng định đây là một giải pháp cần thiết để đảm bảo thực hiện chức năng hành pháp của Chính phủ cũng như đề cao vai trò người đứng đầu hệ thống hành chính nhà nước của Thủ tướng. Tuy nhiên, quy định “biểu quyết ngang nhau” lại chưa được giải thích rõ? Mặc dù, Quy chế hoạt động của Chính phủ đã làm rõ hơn, đó là “số phiếu đồng ý và không đồng ý bằng nhau”<sup>29</sup>, nhưng nếu đặt quy định này vào các trường hợp khác nhau thì sẽ có kết quả khác nhau. Cụ thể:

**Trường hợp thứ nhất**, số ý kiến đồng ý bằng số không đồng ý và tổng số biểu quyết chính là toàn bộ thành viên Chính phủ. Nghĩa là, trong trường hợp này, tổng số thành viên Chính phủ phải là số chẵn. Với trường hợp này, quyết định của Chính phủ được dựa trên ý kiến của cá nhân Thủ tướng; ngoài ý nghĩa đã nói ở trên, kết quả

<sup>26</sup> Khoản 4, 5 Điều 4 Quy chế hoạt động của Chính phủ được ban hành kèm theo Nghị định số 138/2016/NĐ-CP ngày 01/10/2016 của Chính phủ.

<sup>27</sup> Khoản 1 Điều 117 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 quy định: “*Ủy ban nhân dân quyết định các vấn đề tại phiên họp bằng hình thức biểu quyết. Thành viên Ủy ban nhân dân có quyền biểu quyết tán thành, không tán thành hoặc không biểu quyết*”.

<sup>28</sup> Đây là sự khác biệt so với hai cơ quan làm việc theo chế độ hội nghị là Quốc hội và Hội đồng nhân dân, trong trường hợp biểu quyết ngang nhau thì các quyết nghị sẽ không được thông qua.

<sup>29</sup> Thực ra về mặt câu chữ, quy định này của Quy chế cũng có vấn đề khi sử dụng từ “số phiếu”. Nếu Chính phủ biểu quyết bằng hình thức “giơ tay” thì sẽ không có phiếu. Do đó, từ “số phiếu” nên được thay thế bằng từ “số ý kiến” thì sẽ chính xác hơn.

biểu quyết là quyết định của tập thể không phải dựa trên ý kiến của thiểu số.

**Trường hợp thứ hai**, số ý kiến đồng ý bằng số ý kiến không đồng ý và tổng của hai số này nhỏ hơn tổng số thành viên Chính phủ. Có thể hiểu, ở đây, ngoài các thành viên Chính phủ chọn phương án đồng ý hoặc không đồng ý, tất yếu đã có một tỉ lệ nhất định chọn thực hiện quyền không biểu quyết hoặc vắng hợp<sup>30</sup> (trong trường hợp quyết nghị tại phiên họp). Ví dụ, tổng số thành viên Chính phủ theo nhiệm kỳ của Quốc hội XIV là 27 người<sup>31</sup>, kết quả biểu quyết tại một phiên họp như sau: 13 ý kiến đồng ý (gồm luôn ý kiến của Thủ tướng), 13 ý kiến không đồng ý và có một người vắng hợp. Vậy, trong trường hợp này, vấn đề biểu quyết có được thông qua hay không? Nếu căn cứ vào kết quả này, số ý kiến đồng ý và không đồng ý bằng nhau và Thủ tướng chọn phương án đồng ý, để trả lời là “có” thì hết sức vô lý. Bởi vì như vậy, quyết định của một tập thể lại được dựa trên ý kiến của thiểu số (13/27). Sự vô lý này sẽ càng được thể hiện rõ hơn nếu số thành viên Chính phủ vắng hợp hoặc không biểu quyết tăng lên là ba hoặc năm người.

Từ các phân tích trên, có thể hiểu, với quy định “trong trường hợp biểu quyết ngang nhau”, Luật Tổ chức Chính phủ đang

<sup>30</sup> Như quy định tại Điều 45 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015: “Thủ tướng Chính phủ có thể cho phép thành viên Chính phủ vắng mặt và được cử cấp phó tham dự phiên họp của Chính phủ. [...] Người tham dự phiên họp của Chính phủ không phải là thành viên Chính phủ có quyền phát biểu ý kiến nhưng không có quyền biểu quyết”.

<sup>31</sup> Công thông tin điện tử Chính phủ nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, *Chính phủ nhiệm kỳ Quốc hội khóa XIV*, <http://www.chinhphu.vn/portal/page/portal/chinhphu/thanhvienchinhphuquacacchoiky?governmentId=3036>, truy cập ngày 14/3/2019.

hướng đến trường hợp đầu tiên. Mục đích của quy định này là nhằm đưa ra một giải pháp tối ưu nhất cho tình huống không tìm ra được sự đồng thuận của đa số thành viên Chính phủ khi quyết định một vấn đề.

### 3.3. Kiến nghị hoàn thiện quy định về chế độ làm việc của Chính phủ

Để khắc phục các bất cập trên, nhằm hướng đến sự công khai, minh bạch, góp phần tăng cường hơn nữa hiệu lực và hiệu quả các quyết nghị của Chính phủ, tác giả kiến nghị Quốc hội bổ sung hai hình thức biểu quyết *công khai* và *bỏ phiếu kín*; cùng với ba phương án lựa chọn khi biểu quyết là *tán thành*, *không tán thành* hoặc *không biểu quyết* vào Luật. Bên cạnh đó, khoản 3 Điều 46 cũng cần phải được thay đổi cách diễn đạt để truyền tải chính xác ý chí của Quốc hội về trường hợp *biểu quyết ngang nhau* của Chính phủ. Tất cả các nội dung sửa đổi và bổ sung này cần phải được tập hợp một điều luật độc lập ghi nhận sau các quy định về phiên họp của Chính phủ. Cụ thể như sau:

#### **Điều... Biểu quyết tại phiên họp của Chính phủ**

1. Chính phủ quyết định các vấn đề tại phiên họp bằng hình thức biểu quyết. Thành viên Chính phủ có quyền biểu quyết tán thành, không tán thành hoặc không biểu quyết.

2. Chính phủ quyết định áp dụng một trong các hình thức biểu quyết sau đây:

- a) Biểu quyết công khai;
- b) Bỏ phiếu kín.

3. Quyết định của Chính phủ phải được quá nửa tổng số thành viên Chính phủ biểu quyết tán thành. Trường hợp tất cả thành viên Chính phủ cùng tham gia biểu quyết và

*kết quả biểu quyết ngang nhau thì thực hiện theo ý kiến mà Thủ tướng Chính phủ đã biểu quyết.*

#### **4. Bất cập và kiến nghị hoàn thiện quy định về trách nhiệm của Chính phủ**

Tính chịu trách nhiệm của Nhà nước nói chung và từng cơ quan nhà nước nói riêng là một yêu cầu cơ bản của nhà nước pháp quyền. Bởi vì, trong nhà nước pháp quyền, mọi chủ thể đều phải bình đẳng trước pháp luật<sup>32</sup>. Bình đẳng cả về quyền và trách nhiệm. Theo đó, công dân có trách nhiệm thì các cơ quan nhà nước cũng phải có trách nhiệm và phải chịu trách nhiệm về hoạt động của mình trước pháp luật. Tuy nhiên, các quy định về trách nhiệm của Chính phủ hiện nay trong Luật Tổ chức Chính phủ chưa thực sự rõ ràng, hợp lý và cần phải có sự thay đổi.

Như đã trình bày ở phần trước, theo quy định hiện nay, mỗi thành viên Chính phủ vừa phải chịu trách nhiệm cá nhân về kết quả hoạt động của mình, vừa phải cùng với các thành viên khác chịu trách nhiệm tập thể cho hiệu quả làm việc của Chính phủ. Cả hai loại trách nhiệm này đều có vấn đề cần phải làm rõ.

**Đối với trách nhiệm tập thể** thì không rõ là Chính phủ phải chịu trách nhiệm gì với Quốc hội? Trong tất cả các trách nhiệm có liên quan đến Chính phủ được ghi nhận trong pháp luật thực định đều là trách nhiệm

cá nhân, từ bãi nhiệm, cách chức đến chất vấn và bỏ phiếu tín nhiệm. Hiện nay, chúng ta vẫn còn thiếu một cơ chế chịu trách nhiệm tập thể của Chính phủ đối với Quốc hội. Theo Phó giáo sư, tiến sĩ Nguyễn Cửu Việt, cơ chế này thể hiện một trong những yêu cầu của nhà nước pháp quyền là tính hợp pháp trong hành pháp, đó là cơ chế về bất tín nhiệm Chính phủ<sup>33</sup>. Do đó, cần thiết phải nghiên cứu để bổ sung cơ chế trách nhiệm này vào Hiến pháp và cả Luật Tổ chức Chính phủ.

**Đối với trách nhiệm cá nhân**, hiện nay có sự bất hợp lý trong quy định về vấn đề này. Thông qua các nội dung của Luật về trách nhiệm cá nhân của từng thành viên Chính phủ thì không thể xác định được mô hình Chính phủ của nước ta là mô hình tập thể hay một người. Nếu xem xét dưới góc độ trách nhiệm của Bộ trưởng và Thủ trưởng cơ quan ngang bộ, có thể khẳng định đây là Chính phủ theo mô hình tập thể vì những người đứng đầu các cơ quan chuyên môn của Chính phủ vừa phải chịu trách nhiệm trước Thủ tướng - điều này hợp lý, vừa phải chịu trách nhiệm trước tập thể Chính phủ. Tuy nhiên, nếu góc nhìn được đặt từ trách nhiệm của Thủ tướng thì hình như đây là mô hình Chính phủ một người với vai trò cao nhất của Thủ tướng và Thủ

*(Xem tiếp trang 38)*

<sup>32</sup> Nguyễn Như Phát, *Thực tiễn và nhu cầu xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay*, trong Tài liệu Hội thảo khoa học toàn quốc “Đánh giá 10 năm (2001 – 2010) xây dựng Nhà nước pháp quyền và những luận cứ khoa học cho việc tiếp tục xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam giai đoạn 2011 – 2020”, Cơ quan chủ trì: Viện Nhà nước và Pháp luật, Tp. Hồ Chí Minh, 2011, tr. 10.

<sup>33</sup> Nguyễn Cửu Việt, *Bản chất và đặc trưng của Nhà nước pháp quyền Xã hội chủ nghĩa Việt Nam: Những vấn đề lý luận và thực tiễn cơ bản*, trong Tài liệu Hội thảo khoa học toàn quốc “Đánh giá 10 năm (2001 – 2010) xây dựng Nhà nước pháp quyền và những luận cứ khoa học cho việc tiếp tục xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam giai đoạn 2011 – 2020”, Cơ quan chủ trì: Viện Nhà nước và Pháp luật, Tp. Hồ Chí Minh, 2011, tr. 39.

# 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\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, đánh giá các điểm mới cũng như một số hạn chế, bất cập trong các quy định 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. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật để đáp ứng yêu cầu phòng ngừa và đấu tranh với các tội phạm này trong thực tiễn.

**Abstract:** This article analyses and assesses some new issues as well as some shortcomings in the regulations of the Criminal Code 2015 (amended and supplemented in 2017) on offences against regulations on information technology and telecommunications network. Thereby, the authors proposes solutions to amend the law to meet the requirements for the prevention and fighting of these crimes in practice.

Công nghệ thông tin, mạng viễn thông là tập hợp của phương pháp, quy trình, kỹ năng và các công cụ như máy tính, mạng máy tính, mạng viễn thông, thiết bị điện tử để biến đổi nguồn lực thành sản phẩm. Ngày nay, công nghệ thông tin được xem là một lĩnh vực công nghệ cao (được ưu tiên đầu tư phát triển)<sup>1</sup> góp phần quan trọng giải quyết nhiều vấn đề của cuộc sống, tạo ra các sản phẩm và dịch vụ có chất lượng, tính năng vượt trội, giá trị gia tăng cao, nhưng đồng thời nó cũng có thể là đối tượng được người phạm tội sử dụng làm phương tiện thực hiện tội phạm, gây thiệt hại cho Nhà nước, tổ chức, cá nhân ở trong và ngoài nước.

Trong những năm gần đây, trên thế giới cũng như ở Việt Nam, tội phạm sử dụng công nghệ thông tin, mạng viễn thông diễn

biến rất phức tạp, tính chất mức độ của hành vi phạm tội ngày càng nguy hiểm, gây ra nhiều hậu quả nghiêm trọng đối với các hoạt động kinh tế - xã hội, an ninh, quốc phòng của các quốc gia. Điều này đòi hỏi những hành vi vi phạm trong sử dụng công nghệ thông tin, mạng viễn thông phải được ngăn chặn và xử lý nghiêm minh trước pháp luật. Để có cơ sở pháp lý cho việc xử lý vi phạm trong lĩnh vực sử dụng công nghệ thông tin, mạng viễn thông, những hành vi vi phạm trong lĩnh vực này phải được quy định cụ thể trong các luật chuyên ngành<sup>2</sup> và Bộ luật Hình sự (BLHS). Trong BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) (sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015), các tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông được quy định thành mục riêng

\* PGS.TS., Trường Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> Xem: Điều 5 Luật Công nghệ cao năm 2008.

<sup>2</sup> Đó là các hành vi bị cấm tại Điều 12 Luật Công nghệ thông tin năm 2006 và Điều 12 Luật Viễn thông năm 2009.

(Mục 2 Chương XXI) với 09 điều luật quy định về 09 tội danh khác nhau<sup>3</sup>.

**1. Điểm mới trong các quy định về tội phạm trong lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông của Bộ luật Hình sự năm 2015**

Các hành vi phạm tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông (trên thế giới cũng như ở Việt Nam) trong những năm gần đây thường được thực hiện dưới các hình thức như:

- Xâm nhập bất hợp pháp vào cơ sở dữ liệu, lấy cắp thông tin cá nhân, thông tin thẻ tín dụng, phá hoại, sửa đổi, lấy cắp dữ liệu;

- Làm tắc nghẽn đường truyền, làm cho máy tính hoặc hệ thống máy tính (bị tấn công) không hoạt động được;

- Phát tán virus máy tính, phần mềm gián điệp để phá hoại dữ liệu, lấy cắp dữ liệu, thông tin cá nhân, thông tin thẻ tín dụng;

- Lừa đảo qua các hình thức thương mại điện tử như: Lừa đảo qua quảng cáo, bán hàng trực tuyến; các sản phẩm ảo (sản phẩm ngoại tệ, vàng, huy động vốn tín dụng...) để chiếm đoạt tài sản của người khác;

- Sử dụng thông tin về tài khoản, thẻ ngân hàng, làm giả thẻ ngân hàng rút tiền,

thanh toán dịch vụ, chiếm đoạt tài sản của người khác;

- Gây nhiễu có hại, cản trở hoạt động bình thường của hệ thống thông tin vô tuyến điện, các thiết bị điện tử...

Để phòng ngừa và đấu tranh chống các tội phạm trong lĩnh vực công nghệ thông tin, BLHS năm 1999 đã dành 03 điều luật quy định 03 tội danh thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin<sup>4</sup>. Tuy nhiên, các hành vi phạm tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin trong những năm gần đây có diễn biến rất phức tạp, tính nguy hiểm ngày càng cao, có nhiều hành vi phạm tội mới xuất hiện. Vì vậy, Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS ngày 19/6/2009 đã sửa đổi 03 điều luật về các tội thuộc lĩnh vực này và bổ sung hai điều luật mới, nâng tổng số các tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin trong BLHS năm 1999 lên thành năm tội<sup>5</sup>.

Trong BLHS năm 2015, các tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông được quy định thành mục riêng

<sup>3</sup> BLHS năm 2015 khi mới ban hành có 10 điều luật quy định 10 tội danh trong lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông, nhưng Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS ngày 20/6/2017 đã loại bỏ 01 tội danh trong nhóm này là tội cung cấp dịch vụ trái phép trên mạng máy tính, mạng viễn thông (Điều 292). Việc đánh giá tính thống nhất giữa quy định của BLHS với Luật Công nghệ thông tin có thể xem thêm: Nguyễn Văn Hương, “Tính thống nhất giữa Bộ luật Hình sự năm 2015 với Luật Công nghệ thông tin và một số đề xuất”, Tạp chí Luật học, số 4/2017, tr.25-35.

<sup>4</sup> Đó là các tội: *Tội tạo ra và lan truyền, phát tán các chương trình vi rút tin học (Điều 224); Tội vi phạm các quy định về vận hành, khai thác và sử dụng mạng máy tính điện tử (Điều 225) và Tội sử dụng trái phép thông tin trên mạng và trong máy tính (Điều 226).*

<sup>5</sup> Các tội đó bao gồm: *Tội phát tán vi rút, chương trình tin học có tính năng gây hại cho hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, mạng Internet, thiết bị số (Điều 224); Tội cản trở hoặc gây rối loạn hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, mạng Internet, thiết bị số (Điều 225); Tội đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin trên mạng máy tính, mạng viễn thông, mạng Internet (Điều 226); Tội truy cập bất hợp pháp vào mạng máy tính, mạng viễn thông, mạng Internet hoặc thiết bị số của người khác (Điều 226a); Tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, mạng Internet hoặc thiết bị số thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản (Điều 226b).*

(Mục 2 Chương XXI) với chín điều luật về chín tội danh cụ thể<sup>6</sup>.

Nghiên cứu, so sánh các tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông trong BLHS năm 2015 với các tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông trong BLHS năm 1999, chúng ta có thể rút ra nhận xét sau:

**Thứ nhất**, cùng với việc quy định các tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, BLHS năm 2015 đã lần đầu tiên bổ sung 02 điều luật quy định 02 tội liên quan đến hoạt động của lĩnh vực mạng viễn thông. Đó là Tội sử dụng trái phép tần số vô tuyến điện dành riêng cho mục đích cấp cứu, an toàn, tìm kiếm, cứu hộ, cứu nạn, quốc phòng, an ninh (Điều 293) và Tội cố ý gây nhiễu có hại (Điều 294). Điều này xuất phát từ thực tiễn có nhiều hành vi vi phạm với tính nguy hiểm cao thuộc lĩnh vực mạng viễn thông. Các hành vi này trong thực tế đã

gây thiệt hại nghiêm trọng cho các hoạt động kinh tế, xã hội, an ninh, quốc phòng<sup>7</sup>.

BLHS năm 2015 cũng bổ sung những tội danh mới (BLHS năm 1999 chưa quy định):

- Tội sản xuất, mua bán, trao đổi hoặc tặng cho công cụ, thiết bị, phần mềm để sử dụng vào mục đích trái pháp luật (Điều 285). Quy định mới này xuất phát từ thực tiễn những năm gần đây có nhiều hành vi vi phạm với tính nguy hiểm cao như mua bán, trao đổi các thiết bị, phần mềm cũng như việc sử dụng các thiết bị, phần mềm này vào mục đích trái pháp luật gây thiệt hại cho các hoạt động kinh tế, xã hội của các tổ chức, cá nhân<sup>8</sup>.

- Tội thu thập, tàng trữ, trao đổi, mua bán, công khai hóa trái phép thông tin về tài khoản ngân hàng (Điều 291). Việc quy định hành vi này là tội phạm là rất cần thiết nhằm bảo vệ bí mật thông tin khách hàng theo các quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015, Luật Ngân hàng nhà nước Việt Nam năm 2010, Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010, Luật Công nghệ thông tin năm 2006...<sup>9</sup>. Mặt khác, hành vi phạm tội thu thập, tàng trữ, trao đổi, mua bán, công khai hóa trái

<sup>6</sup> Trong BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017), các tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông gồm 09 điều luật về 09 tội danh, trong đó có 07 tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin và 02 tội thuộc lĩnh vực mạng viễn thông. Cụ thể là: *Tội sản xuất, mua bán, trao đổi hoặc tặng cho công cụ, thiết bị, phần mềm để sử dụng vào mục đích trái pháp luật (Điều 285); Tội phát tán chương trình tin học gây hại cho hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử (Điều 286); Tội can thiệp hoặc gây rối loạn hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử (Điều 287); Tội đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin mạng máy tính, mạng viễn thông (Điều 288); Tội xâm nhập trái phép vào mạng máy tính, mạng viễn thông hoặc phương tiện điện tử của người khác (Điều 289); Tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản (Điều 290); Tội thu thập, tàng trữ, trao đổi, mua bán, công khai hóa trái phép thông tin về tài khoản ngân hàng (Điều 291); Tội sử dụng trái phép tần số vô tuyến điện dành riêng cho mục đích cấp cứu, an toàn, tìm kiếm, cứu hộ, cứu nạn, quốc phòng, an ninh (Điều 293); Tội cố ý gây nhiễu có hại (Điều 294).*

<sup>7</sup> Xem: Sỹ Lực, “Sóng lạ làm gián đoạn điều hành bay ở Tân Sơn Nhất”, tại địa chỉ: <https://www.tienphong.vn/xa-hoi/song-la-lam-gian-doan-dieu-hanh-bay-o-tan-son-nhat-873026.tpo>, truy cập ngày 15/4/2019.

<sup>8</sup> Xem: Minh Quyên, “Nóng việc sử dụng thiết bị kích sóng trái phép gây nhiễu mạng di động”, tại địa chỉ: <https://ictnews.vn/vien-thong/nong-viec-su-dung-thiet-bi-kich-song-trai-phep-gay-nhieu-mang-di-dong-133643.ict>, truy cập ngày 15/4/2019.

<sup>9</sup> Xem thêm: Nguyễn Thị Kim Thoa (2017), “Một số vấn đề pháp lý về đảm bảo bí mật thông tin khách hàng trong hoạt động ngân hàng”, Tạp chí ngân hàng, số 8/2017, tại địa chỉ: [https://www.sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/rm/apph/tcnh/tcnh\\_chitiet?](https://www.sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/rm/apph/tcnh/tcnh_chitiet?), truy cập ngày 15/4/2019.

phép thông tin về tài khoản ngân hàng có thể dẫn đến việc bị kẻ xấu sử dụng để chiếm đoạt tài sản, phá hoại, cản trở, gây thiệt hại nghiêm trọng các hoạt động sản xuất, kinh doanh của các tổ chức, cá nhân. Việc quy định tội danh này trong BLHS là rất cần thiết để bảo vệ lợi ích của khách hàng cũng như hoạt động kinh tế - xã hội của đất nước.

- Tội sử dụng trái phép tần số vô tuyến điện dành riêng cho mục đích cấp cứu, an toàn, tìm kiếm, cứu hộ, cứu nạn, quốc phòng, an ninh (Điều 293). Hành vi sử dụng trái phép tần số vô tuyến điện dành riêng cho mục đích cấp cứu, an toàn, tìm kiếm, cứu hộ, cứu nạn, quốc phòng, an ninh là một trong những hành vi bị cấm tại Điều 9 Luật Tần số vô tuyến điện năm 2009. Việc sử dụng trái phép tần số vô tuyến điện trong trường hợp này có thể dẫn đến việc gây nhiều hại, qua đó, gây cản trở, ảnh hưởng nghiêm trọng đối với hoạt động cấp cứu, tìm kiếm, cứu hộ, cứu nạn và an toàn thông tin trong các hoạt động quốc phòng, an ninh của các cơ quan, tổ chức có thẩm quyền. Việc quy định hành vi sử dụng trái phép tần số vô tuyến điện dành riêng cho mục đích cấp cứu, an toàn, tìm kiếm, cứu hộ, cứu nạn, quốc phòng, an ninh là tội phạm rất cần thiết nhằm răn đe, phòng ngừa và tạo cơ sở pháp lý cho việc xử lý nghiêm minh hành vi phạm tội bảo vệ lợi ích nhà nước, tổ chức và cá nhân.

- Tội cố ý gây nhiễu có hại (Điều 294). Trong những năm gần đây, việc sử dụng các thiết bị điện tử gây nhiễu có hại xảy ra khá nhiều làm cản trở, ảnh hưởng nghiêm trọng đến hoạt động quốc phòng và an ninh, kinh

tế - xã hội, của các cơ quan, tổ chức<sup>10</sup>. Hành vi phạm tội này có thể xuất phát từ những động cơ, mục đích khác nhau như vụ lợi, trả thù... xong nó có chung bản chất là gây tác hại, làm cản trở hoạt động bình thường của các cơ quan, tổ chức, cá nhân hoặc đe dọa nghiêm trọng đến an toàn xã hội. Vì vậy, cần bổ sung, quy định hành vi cố ý gây nhiễu có hại là tội phạm trong BLHS với hình phạt cao nhất đến 05 năm tù. Điều đó nhằm răn đe, xử lý nghiêm minh hành vi phạm tội, bảo đảm an toàn cho hoạt động của hệ thống thông tin vô tuyến điện tử nói riêng và an toàn xã hội nói chung.

**Thứ hai**, BLHS năm 2015 sửa đổi, bổ sung tội cản trở hoặc gây rối loạn hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử (Điều 287).

Tội cản trở hoặc gây rối loạn hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử lần đầu được quy định trong BLHS năm 1999 với tên gọi: *“Tội vi phạm các quy định về vận hành, khai thác và sử dụng mạng máy tính điện tử”* tại Điều 225<sup>11</sup>. Trong Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS ngày 19/6/2009, tội danh này được đổi thành *“Tội cản trở hoặc gây rối loạn hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, mạng Internet, thiết bị*

<sup>10</sup> Xem: Đình Anh, *“Thiết bị phá sóng gây nhiễu hệ thống thông tin điện lực Củ Chi”*, tại địa chỉ: <http://cunghoclaptoptrinh.com/NewsDetail.aspx?newsid=14585>, truy cập ngày 15/4/2019; Minh Quyên, *“Nông việc sử dụng thiết bị kích sóng trái phép gây nhiễu mạng di động”*, tại địa chỉ: <https://ictnews.vn/vien-thong/nong-viec-su-dung-thiet-bi-kich-song-trai-phiep-gay-nhieu-mang-di-dong-133643.ict>, truy cập ngày 15/4/2019.

<sup>11</sup> Xem thêm: Điều 225 BLHS năm 1999.

số”<sup>12</sup>, đồng thời, nội dung điều luật được sửa đổi theo hướng mô tả làm rõ hơn các dấu hiệu cấu thành tội phạm. Tuy nhiên, sự mô tả dấu hiệu của tội phạm cũng như tên gọi của tội này chưa thật rõ và chuẩn xác. Vì vậy, trong BLHS năm 2015, tội này tiếp tục được quy định, nhưng tội danh và nội dung mô tả dấu hiệu pháp lý của tội phạm được nhà làm luật sửa đổi, bổ sung để phản ánh rõ hơn bản chất, đặc điểm của hành vi phạm tội<sup>13</sup>. Điều này giúp cho việc áp dụng luật được đúng, chính xác trong thực tiễn.

**Thứ ba**, cùng với việc bổ sung tội danh mới; sửa đổi, bổ sung tội danh cũng như nội dung quy định về tội phạm cụ thể, BLHS năm 2015 còn sửa đổi, bổ sung dấu hiệu định khung hình phạt, mức hình phạt, loại hình phạt đối với nhiều tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông. Cụ thể là:

- BLHS năm 2015 thay dấu hiệu “*gây hậu quả nghiêm trọng*”, “*gây hậu quả rất nghiêm trọng*”, “*gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng*” trong cấu thành tội phạm cơ bản, cấu thành tội phạm tăng nặng (tại khoản 1, khoản 2, khoản 3 Điều 224, 225, 226, 226a, 226b BLHS năm 1999, sửa đổi, bổ sung năm 2009) thành các dấu hiệu cụ thể như: Gây thiệt hại (về tài sản); gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội hoặc quan hệ đối ngoại của Việt Nam; làm tê liệt, gián đoạn, ngưng trệ hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử; làm đình trệ hoạt động của cơ quan, tổ chức...<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Xem thêm: Điều 225 BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

<sup>13</sup> Xem thêm: Điều 287 BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

<sup>14</sup> Xem: Khoản 1, khoản 2, khoản 3 Điều 286, 287, 288, 289, 290 BLHS năm 2015.

- BLHS năm 2015 nâng mức hình phạt thấp nhất, nhưng giảm mức hình phạt cao nhất trong cấu thành tội phạm cơ bản của Tội cản trở hoặc gây rối loạn hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử (khoản 1 Điều 287): “*...bị phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm*”; trước đó tại khoản 1 Điều 225 BLHS năm 1999, hình phạt của tội này được quy định: “*...phạt tiền từ hai mươi triệu đồng đến hai trăm triệu đồng hoặc phạt tù từ một năm đến năm năm*”. Điều này thể hiện nhà làm luật có sự nhận thức, đánh giá khách quan về tính nguy hiểm của tội này so với các tội khác trong nhóm tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông cũng như các tội khác trong BLHS.

- BLHS năm 2015 quy định giảm mức hình phạt cao nhất (tù chung thân) thành hình phạt tù 20 năm đối với Tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản (khoản 4 Điều 290). Điều này cũng thể hiện nhà làm luật có sự nhận thức, đánh giá khách quan về tính nguy hiểm của tội này với các tội khác trong nhóm tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông so với các tội xâm phạm sở hữu trong BLHS.

- BLHS năm 2015 quy định nâng mức hình phạt thấp nhất “*tù từ 05 năm...*” lên mức phạt “*tù từ 07 năm...*” tại khoản 3 Điều 286, 287 BLHS.

- BLHS năm 2015 bổ sung quy định hình phạt tiền là hình phạt chính (300 triệu đồng đến 1 tỷ đồng) để tòa án lựa chọn áp dụng đối với người phạm tội (khoản 2 Điều 289).

- BLHS năm 2015 quy định nâng mức phạt tiền từ 05 triệu đồng đến 50 triệu đồng lên mức phạt từ 20 triệu đồng đến 100 triệu đồng (khoản 5 Điều 290).

Những quy định mới (nêu trên) của BLHS năm 2015 cho thấy, Nhà nước Việt Nam đã có sự quan tâm rất lớn đối với việc phòng ngừa và đấu tranh chống các tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông. Đồng thời, những quy định mới này còn thể hiện việc nhà làm luật Việt Nam đã có nhận thức, đánh giá khách quan, đầy đủ về tính chất, mức độ nguy hiểm của các tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông so với các tội khác trong BLHS. Những quy định mới này chắc chắn sẽ góp phần có hiệu quả vào việc phòng ngừa và đấu tranh chống các tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông (nói riêng) và tội phạm nói chung ở Việt Nam trong thời gian tới.

## **2. Một số bất cập trong các quy định về tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông của Bộ luật Hình sự năm 2015**

Ngoài những điểm mới (đã trình bày ở trên), quy định về các tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông trong BLHS Việt Nam cũng còn những hạn chế, bất cập. Điều này đòi hỏi cần tiếp tục hoàn thiện pháp luật hoặc cơ quan có thẩm quyền cần có những hướng dẫn, giải thích cụ thể để bảo đảm áp dụng hiệu quả các quy định của BLHS trên thực tế. Cụ thể là:

**Một là**, hành vi nguy hiểm, gây thiệt hại cho xã hội đến mức bị coi là tội phạm trong lĩnh vực công nghệ thông tin hiện nay không chỉ do các cá nhân thực hiện, mà trong nhiều trường hợp, hành vi đó có thể

được thực hiện bởi các tổ chức, doanh nghiệp. Trong thực tế, có nhiều trường hợp người kinh doanh, bán hàng qua mạng sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản, quảng cáo gian dối... gây thiệt hại lớn cho xã hội. Mặt khác, việc thực hiện tội phạm của người phạm tội (trong nhiều trường hợp) không phải để thỏa mãn nhu cầu cá nhân của họ mà là theo yêu cầu của pháp nhân hoặc được pháp nhân cho phép và vì lợi ích của pháp nhân. Thậm chí, pháp nhân chủ trương, cho phép thực hiện các hành vi trái pháp luật, cung cấp dịch vụ trái phép thông qua hoạt động của mạng máy tính, mạng viễn thông như sàn giao dịch thương mại điện tử, kinh doanh đa cấp, trò chơi điện tử... Trường hợp này, nếu chỉ xử lý hành vi phạm tội đối với cá nhân mà không truy cứu trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thì không hợp lý. Vì vậy, để có thể xử lý triệt để, hiệu quả đối với những hành vi phạm tội thì việc quy định trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại đối với những tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông là rất cần thiết<sup>15</sup>. Theo đó, BLHS năm 2015 (trong lần sửa đổi, bổ sung tiếp theo) cần mở rộng phạm vi chịu trách nhiệm hình sự của pháp nhân thương mại đối với một số tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin như: Tội sản xuất, mua bán, trao đổi hoặc tặng cho công

<sup>15</sup> BLHS 2015 đã dành chương riêng: Chương XI - Những quy định đối với pháp nhân phạm tội. Theo đó, pháp nhân phạm tội có thể phải chịu trách nhiệm hình sự về rất nhiều tội khác nhau, nhưng trong số 33 tội danh pháp nhân có thể phải chịu trách nhiệm hình sự (Điều 76), thì không có tội nào trong nhóm tội phạm thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin, mạng viễn thông.

cụ, thiết bị, phần mềm để sử dụng vào mục đích trái pháp luật (Điều 285)...

**Hai là**, việc sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản (có dấu hiệu đặc thù là sử dụng công nghệ thông tin, phương tiện điện tử), nhưng thực chất đây là hành vi phạm tội có tính chất chiếm đoạt tài sản. Vì vậy, Tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản cần được chuyển về Chương XVI BLHS năm 2015 (Các tội xâm phạm sở hữu). Việc quy định tội này trong chương các tội xâm phạm sở hữu sẽ giúp cho việc nhận thức và áp dụng luật được dễ dàng, thuận tiện; việc cân nhắc đánh giá mức độ nguy hiểm của hành vi làm căn cứ cho việc quyết định hình phạt đối với người phạm tội cũng bảo đảm khách quan và chính xác hơn. Điều này cũng được thể hiện qua kinh nghiệm lập pháp hình sự của một số nước như Đức, Trung Quốc, Thụy Điển<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> Trong BLHS Cộng hoà Liên bang Đức, tại **Chương thứ hai mươi hai - Lừa đảo và bội tín** có điều luật riêng quy định *tội lừa đảo máy tính* (Điều 263a) với nội dung “*người nào với chủ định kiếm cho mình hoặc cho một người thứ ba một mối lợi tài sản trái pháp luật, gây thiệt hại tài sản của một người khác bằng việc họ tác động vào kết quả của một quá trình xử lý số liệu qua việc thực hiện không đúng hoặc không đầy đủ, qua việc sử dụng không được phép dữ liệu hoặc qua tác động không được phép khác vào quá trình thì bị xử phạt với hình phạt tự do đến năm năm hoặc với hình phạt tiền*” (Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Bộ luật Hình sự Cộng hoà Liên bang Đức* (Bản dịch), Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2011).

Trong BLHS của Công hoà nhân dân Trung Hoa tại Điều 287 quy định: “*Người nào sử dụng máy tính thực hiện hành vi lừa đảo tiền tệ, trộm cắp, tham ô, lạm dụng công quỹ, đánh cắp bí mật quốc gia hoặc phạm tội khác, thì bị xử phạt theo những quy định có liên quan của Bộ luật này*” (tức là người phạm tội sẽ bị xử phạt về tội lừa đảo chiếm đoạt tài

Mặt khác, các cơ quan có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn áp dụng đối với Tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản (Điều 290) để việc nhận thức và áp dụng BLHS được đúng, thống nhất, tránh tình trạng hành vi sử dụng thẻ tín dụng giả<sup>17</sup> để rút tiền, mua hàng, thanh toán dịch vụ đáng lẽ phải bị xử lý về *Tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản* (Điều 290) thì lại bị khởi tố, truy tố, xét xử về “*Tội lưu hành giấy tờ có giá giả*” (Điều 208 BLHS năm 2015)<sup>18</sup>.

**Ba là**, sự mô tả của một số điều luật quy định về các tội thuộc lĩnh vực công nghệ thông tin trong BLHS năm 2015 chưa làm rõ ranh giới của hành vi phạm tội với hành vi vi phạm (bị xử phạt hành chính). Ví dụ, Tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn

sản, tội trộm cắp tài sản, tội tham ô tài sản...) (Xem thêm: Đinh Bích Hà dịch và giới thiệu, *Bộ luật Hình sự của Cộng hoà nhân dân Trung Hoa*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2007).

Trong BLHS Thụy Điển không có điều luật riêng quy định hành vi sử dụng công nghệ thông tin chiếm đoạt tài sản. Tuy nhiên tại đoạn hai Điều 1 **Chương 9 - Tội lừa đảo và các tội gian dối khác** có quy định: “*Người nào đưa thông tin sai sự thật hoặc không đầy đủ, thay đổi nội dung của chương trình hoặc bản ghi hoặc bằng thủ đoạn khác tác động một cách bất hợp pháp đến kết quả xử lý dữ liệu tự động hoặc bất kỳ quy trình tự động nào khác nhằm mang lại lợi ích cho người phạm tội và gây thiệt hại cho người khác thì cũng bị kết án về tội lừa đảo.* (Luật 1986: 123)” (Xem thêm: Trường Đại học Luật Hà Nội, *Bộ luật Hình sự Thụy Điển* (Bản dịch), Nxb. Công an nhân dân, Hà Nội, 2010).

<sup>17</sup> Theo quy định của pháp luật, thẻ tín dụng không phải là giấy tờ có giá.

<sup>18</sup> Xem: Hải Duyên, “*Đại gia mua hàng hiệu bằng thẻ tín dụng giả*”, tại địa chỉ: <http://vnexpress.net/tin-tuc/phap-luat/dai-gia-mua-hang-hieu-ba-ng-the--ti-n-du-ng-gia-2716299.html>, truy cập ngày 15/4/2019.

thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản (Điều 290) được nhà làm luật quy định dưới dạng cấu thành tội phạm hình thức, trong đó chỉ mô tả các hành vi phạm tội kèm theo dấu hiệu “*để chiếm đoạt tài sản*” hoặc “*nhằm chiếm đoạt tài sản*” mà không mô tả dấu hiệu trị giá tài sản bị chiếm đoạt. Như vậy, việc thể hiện một trong các hành vi được quy định tại khoản 1 Điều 290 thì đã cấu thành tội phạm và người thực hiện hành vi có thể bị xử lý hình sự. Trong khi đó, Điều 74 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP của Chính phủ ngày 13/11/2013 (*quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, công nghệ thông tin và tần số vô tuyến điện*) quy định xử phạt hành chính đối với hành vi *vi phạm quy định về sử dụng mạng nhằm chiếm đoạt tài sản*<sup>19</sup> cũng mô tả những hành vi “*tương tự*” Điều 290 BLHS năm 2015<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Điều 74 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định:

“1. *Phạt tiền từ 30.000.000 đồng đến 50.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây:*

a) *Trộm cắp, sử dụng trái phép thông tin về tài khoản, thẻ ngân hàng của tổ chức, cá nhân để chiếm đoạt, gây thiệt hại tài sản;*

b) *Lừa đảo qua các phương tiện giao tiếp trực tuyến trên mạng Internet, mạng viễn thông nhằm chiếm đoạt tài sản của tổ chức, cá nhân.*

2. *Phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 70.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây:*

a) *Truy cập bất hợp pháp vào tài khoản của tổ chức, cá nhân nhằm chiếm đoạt tài sản;*

b) *Thiết lập hệ thống, cung cấp dịch vụ chuyển cuộc gọi quốc tế thành cuộc gọi trong nước phục vụ cho mục đích lừa đảo, chiếm đoạt tài sản.*

3. *Phạt tiền từ 100.000.000 đồng đến 140.000.000 đồng đối với hành vi lừa đảo trong thương mại điện tử, kinh doanh tiền tệ, huy động vốn tín dụng, mua bán và thanh toán cổ phiếu qua mạng nhằm chiếm đoạt tài sản của tổ chức, cá nhân...”*

<sup>20</sup> Quy định tại Điều 289 BLHS năm 2015 với Điều 73 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP cũng có sự không rõ ràng tương tự.

Như vậy, khi thực hiện các hành vi này, trường hợp nào thì bị xử lý hình sự, trường hợp nào thì bị xử phạt hành chính? Điều này dễ dẫn đến sự tùy tiện trong thực tiễn. Do đặc điểm đặc biệt cũng như tính chất nghiêm trọng của hành vi và yêu cầu phòng chống tội phạm mà tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản được quy định dưới dạng cấu thành tội phạm hình thức. Điều này là cần thiết nhưng để tránh sự tùy tiện trong xử lý hình sự hoặc chỉ xử phạt hành chính thì cần hủy bỏ Điều 74 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP của Chính phủ hoặc có văn bản hướng dẫn áp dụng cụ thể đối với các hành vi phạm tội để việc áp dụng BLHS được thống nhất và hiệu quả trong thực tiễn.

**Bốn là**, việc sử dụng thuật ngữ liên quan đến tội phạm sử dụng công nghệ thông tin trong BLHS năm 2015 chưa thống nhất. Ví dụ, trong dấu hiệu định khung hình phạt tăng nặng (khoản 2) của Tội làm nhục người khác (Điều 155), Tội vu khống (Điều 156), BLHS sử dụng cụm từ “*sử dụng mạng máy tính hoặc mạng viễn thông, phương tiện điện tử để phạm tội*”; trong khi đó, dấu hiệu định khung hình phạt tăng nặng (khoản 2) của Tội đánh bạc (Điều 321) và Tội truyền bá văn hoá phẩm đồi trụy (Điều 326), lại sử dụng cụm từ “*sử dụng mạng internet, mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử để phạm tội*”. Quy định này cần được sửa đổi để việc nhận thức và áp dụng luật được thống nhất. Khái niệm “*mạng internet*” và “*mạng máy tính*” là khác nhau. Tuy nhiên, xu hướng chung hiện nay thường sử dụng cụm từ “*mạng máy tính*” thay cho mạng internet và mạng cục bộ, mạng nội bộ khác. Hơn nữa, các điều luật từ Điều 286 đến Điều 290 BLHS năm

2015 chỉ sử dụng cụm từ “*mạng máy tính*” mà không nói đến “*mạng internet*”. Vì vậy, tác giả đề nghị bỏ cụm từ “*sử dụng mạng internet, mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử để phạm tội*” thay vào đó là thống nhất sử dụng cụm từ “*sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử để phạm tội*” làm dấu hiệu định khung hình phạt tăng nặng tại khoản 2 Điều 321 và Điều 326 BLHS năm 2015.

**Năm là,** Điều 293 BLHS năm 2015 quy định Tội sử dụng trái phép tần số vô tuyến điện dành riêng cho mục đích cấp cứu, an toàn, tìm kiếm, cứu hộ, cứu nạn, quốc phòng, an ninh. Để tránh việc cơ quan, tổ chức, cá nhân không biết mà “sử dụng sai” dẫn đến vi phạm điều cấm của Luật Viễn thông đồng thời có căn cứ xử lý nghiêm minh người “cố tình” phạm tội thì cơ quan

có thẩm quyền đặc biệt là Bộ Thông tin và Truyền thông cần có văn bản quy định hoặc hướng dẫn cụ thể về những tần số dùng riêng cho các hoạt động nói trên. Tuy nhiên, hiện nay mới chỉ có Thông tư số 19/2013/TT- BTTTT, ngày 02/12/2013 của Bộ Thông tin và Truyền thông quy định về *tần số cấp cứu, an toàn, tìm kiếm, cứu nạn trên biển và hàng không dân dụng* mà chưa có văn bản nào quy định về tần số cho *quốc phòng, an ninh*. Vì vậy, Bộ Thông tin và Truyền thông, Bộ Quốc phòng, Bộ Công an cần có văn bản quy định cụ thể hoặc giới hạn dải tần số mà các cơ quan, tổ chức, cá nhân không được phép sử dụng để tránh vi phạm đồng thời làm căn cứ xử lý người (cố tình) vi phạm, sử dụng trái phép các tần số này.

---

**(Tiếp theo trang 29 – Chế độ làm việc và trách nhiệm...)**

tướng không phải chịu trách nhiệm trước tập thể Chính phủ. Điều này khá mâu thuẫn với các quy định còn lại trong Luật Tổ chức Chính phủ, khi mà các quy định khác có liên quan đều thể hiện Chính phủ là một tập thể. Điều này được thể hiện rõ nhất qua *chế độ làm việc tập thể và quyết định theo đa số* của Chính phủ. Với sự khẳng định đó, việc không quy định trách nhiệm cá nhân của Thủ tướng và Phó Thủ tướng trước tập thể Chính phủ là điều bất hợp lý.

### **5. Kết Luận**

Chế độ làm việc, có thể khẳng định, là một trong những yếu tố cực kỳ quan trọng

giúp Chính phủ hoàn thành các nhiệm vụ được Hiến pháp phân giao. Cùng với đó, các trách nhiệm được đặt ra là một trong những đảm bảo cần thiết đối với Chính phủ trong việc thực hiện quyền lực một cách đúng đắn. Tuy nhiên, các quy định về hai nội dung này trong Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 rõ ràng là có những hạn chế nhất định. Điều này đã ít nhiều ảnh hưởng đến hiệu quả hoạt động của Chính phủ. Chính vì vậy, Luật Tổ chức Chính phủ cần thiết phải được sửa đổi, bổ sung để hoàn thiện hai chế độ này, góp phần giúp Chính phủ thực hiện tốt nhất quyền lực hành pháp.

# HỢP ĐỒNG THÔNG MINH VÀ MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ ĐẶT RA

Phan Vũ\*

**Tóm tắt:** Cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư với sự ra đời và phát triển của các công nghệ lõi như trí tuệ nhân tạo (artificial intelligence), internet vạn vật (Internet of things), dữ liệu lớn (big data), công nghệ chuỗi khối (blockchain)... đang tác động sâu sắc và hứa hẹn sẽ làm thay đổi một cách căn bản nhiều phương diện của đời sống con người. Khoa học pháp lý cũng đang từng bước thích nghi với những tác động đó cùng sự ra đời của những khái niệm, thuật ngữ mới. Một trong số đó là khái niệm “hợp đồng thông minh” (smart contract). Bài viết tập trung nghiên cứu lịch sử ra đời của hợp đồng thông minh, sự phục hưng của khái niệm này gắn liền với công nghệ chuỗi khối, những vấn đề pháp lý đặt ra đối với hợp đồng thông minh trong giai đoạn hiện nay, hướng tới xây dựng khung pháp lý cho sự tồn tại và phát triển hợp đồng thông minh ở Việt Nam.

**Abstract:** The fourth industrial revolution with the birth and development of technologies such as artificial intelligence, internet of things, big data, blockchain... is impacting deeply and will fundamentally change many aspects of the human life. Legal science is also gradually adapt to these impacts with the introduction of new terms and concepts. One of which is the concept of “smart contract”. This article focus on the history of smart contract, its relations with blockchain, the legal issues arising from smart contract in the current period, and proposes building a legal framework for the existence and development of smart contract in Vietnam.

## 1. Sự ra đời và hình thái sơ khai của hợp đồng thông minh

Khái niệm hợp đồng thông minh được thai nghén từ những năm 90 của thế kỷ trước, lần đầu tiên được phân tích một cách có hệ thống trong nghiên cứu của Nick Szabo<sup>1</sup>. Szabo đã công bố nghiên cứu của mình xoay quanh khái niệm mới này vào năm 1997 – hơn một thập kỷ trước khi đồng tiền ảo đầu tiên được “ấn hành”. Ông cho rằng, hợp đồng thông minh nếu hiểu theo nghĩa rộng thì có thể được ứng dụng từ

khâu tìm kiếm khách hàng, đàm phán, giao kết, thực hiện hợp đồng đến giải quyết tranh chấp, trong khi với nghĩa hẹp thì chỉ xoay quanh việc thực hiện hợp đồng. Nghiên cứu của Szabo chỉ đi vào phân tích hợp đồng thông minh theo nghĩa hẹp. Theo đó, ý tưởng cơ bản nhất của ông về một hợp đồng thông minh là việc bao hàm nhiều điều khoản của một hợp đồng truyền thống trong phần cứng (hay bộ phận vật lý của hệ thống máy tính) và phần mềm (hay ứng dụng), sao cho sự vi phạm hợp đồng trở nên quá tốn kém cho bên vi phạm<sup>2</sup>. Nói cách khác, sự vi

\* Trường Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> Nick Szabo là một nhà khoa học máy tính, học giả pháp lý và nhà mật mã học người Mỹ. Ông được biết đến với những nghiên cứu về hợp đồng điện tử và tiền kỹ thuật số.

<sup>2</sup> Nick Szabo, “Formalizing and Securing Relationships on Public Networks”, First Monday, Volume 2, Number 9 - 1 September 1997. Nguồn:

phạm hợp đồng phải đem lại ít lợi ích cho bên vi phạm hơn so với việc thực hiện đúng theo các điều khoản của hợp đồng. Đây cũng là một vấn đề then chốt, là nền tảng cơ bản cho sự phục hưng của hợp đồng thông minh trong những năm gần đây, với sự ra đời của công nghệ chuỗi khối sẽ được trình bày ở mục 2 của bài viết này.

Cách hiểu sơ khai về một hợp đồng thông minh được Szabo minh họa bằng cách thức hoạt động của một chiếc máy bán hàng tự động, dựa trên hai đảm bảo: (i) Người có nhu cầu mua có thể xác lập các giao dịch với cỗ máy mà không cần có sự can thiệp của người khác, trong khi (ii) Bản thân thiết kế của cỗ máy, cũng như mặt hàng được bán bảo đảm rằng giá trị của mặt hàng có thể bị lấy trộm hoàn toàn không tương xứng với nỗ lực bỏ ra để lấy nó. Cụ thể, máy bán hàng tự động thường được thiết kế một cách kiên cố, trong đó những mặt hàng được bán thường có giá trị không cao (như thuốc lá, nước ngọt...), nên triệt tiêu được động lực của chủ thể có ý định “vi phạm” loại hợp đồng được thiết lập bằng hành vi này. Tuy nhiên, mô hình này dường như chỉ đem lại hiệu quả cho những giao dịch đơn giản và có giá trị thấp. Với những hợp đồng giá trị lớn, lợi ích có thể đạt được khi vi phạm sẽ cao hơn. Bên cạnh đó, hợp đồng càng phức tạp thì sẽ càng có nhiều khe hở cho vi phạm, mà thiệt hại xảy ra chưa chắc đã có thể nhận diện được một cách rõ ràng để hiệu chỉnh lại cán cân “lợi ích đạt được – công sức bỏ ra” như đã trình bày.

Từ ví dụ kể trên, Szabo đề xuất, hợp

đồng thông minh cần phải đáp ứng được hai tiêu chí: (i) Áp dụng được với mọi giao dịch, bất kể giá trị nào; và (ii) Có thể thực hiện hợp đồng một cách chủ động, linh hoạt, đồng thời cho phép sự kiểm tra, giám sát khi cần thiết<sup>3</sup>. Như vậy, cốt lõi của hợp đồng thông minh trong thời kỳ này là sự tự động hóa trong quá trình thực hiện hợp đồng, trong khi vẫn giữ được tính mềm dẻo vốn có trong các hợp đồng dân sự truyền thống.

Hợp đồng thông minh cũng được kỳ vọng sẽ giải quyết được những mâu thuẫn giữa vấn đề bảo đảm quyền sở hữu và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Ví dụ, hiện nay, một số dòng điện thoại thông minh có chức năng bảo mật thông tin và chống trộm. Khi bị mất cắp, chủ sở hữu chiếc điện thoại đó có thể yêu cầu khóa máy từ một thiết bị thứ ba để kẻ trộm không thể sử dụng hay bán lại chiếc điện thoại đó; đồng thời, chủ sở hữu sẽ có thông tin về vị trí của chiếc điện thoại bị mất cắp thông qua dịch vụ định vị được kích hoạt trong máy<sup>4</sup>. Đây là một tính năng quan trọng để bảo đảm quyền sở hữu của người chủ chiếc điện thoại. Tuy nhiên, một vấn đề được đặt ra là: Sẽ giải quyết như thế nào khi chiếc điện thoại đó là đối tượng của một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự (ví dụ như cầm cố), và chủ sở hữu chiếc điện thoại lạm dụng tính năng chống trộm này để ngăn cản sự chuyển dịch quyền sở hữu chiếc điện thoại khi người này không thực hiện nghĩa vụ dân sự? Mối quan hệ giữa vấn đề bảo đảm quyền sở

<sup>3</sup> Nick Szabo, *ibid.*

<sup>4</sup> iCloud: Lock and track your device using Lost Mode in Find My iPhone. Nguồn: [https://support.apple.com/kb/PH2700?locale=en\\_US](https://support.apple.com/kb/PH2700?locale=en_US), truy cập ngày 16/02/2019.

hữu và bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự do đó trở thành mối quan tâm hàng đầu trong thời đại số hóa ngày nay. Trong nghiên cứu của mình, Szabo đã ví dụ về cơ chế hoạt động thô của một hợp đồng thông minh có thể giải quyết được một cách cơ bản câu hỏi này, bao gồm ba thành tố:

*Thứ nhất*, một hệ thống bảo mật chỉ cho phép chủ sở hữu tiếp cận tài sản. Công nghệ hiện nay đã giải quyết được yêu cầu này với hệ thống bảo mật ứng dụng công nghệ sinh trắc học (*biometric*) đã được ứng dụng rộng rãi trên nhiều thiết bị điện tử.

*Thứ hai*, một cửa hậu (*backdoor*) dành cho chủ nợ để tiếp cận tài sản, mặc định ở chế độ “đóng”.

*Thứ ba*, hệ thống được lập trình để có thể “mở” cánh cửa hậu cho chủ nợ khi chủ sở hữu tài sản không trả được nợ trong khoảng thời gian đã cam kết. Ngược lại, nếu chủ sở hữu tài sản hoàn thành nghĩa vụ thanh toán thì cửa hậu sẽ được đóng lại vĩnh viễn, tức là hoàn trả lại trạng thái ban đầu cho tài sản khi các bên đã hoàn thành nghĩa vụ đối với nhau.

Như vậy, hình thái sơ khai của hợp đồng thông minh có thể được khái quát thông qua ba đặc điểm: (i) Có thể được ứng dụng từ trước khi giao kết hợp đồng đến giải quyết tranh chấp về hợp đồng; (ii) Tự động thực hiện hợp đồng một cách chủ động và linh hoạt; (iii) Khả năng bảo mật cao. Cũng cần phải chú ý rằng, mặc dù Nick Szabo có gợi ý một số mô hình triển khai, nhưng công nghệ thời đó chưa đáp ứng được những yêu cầu được đặt ra cho một hợp đồng thông minh hoàn chỉnh, nên khái niệm hợp đồng thông minh chưa có sự phát triển và không có nhiều ý nghĩa về mặt thực tiễn.

## 2. Công nghệ chuỗi khối và sự phục hưng của hợp đồng thông minh

Công nghệ chuỗi khối (*blockchain*) là một trong những thành quả của công nghệ sổ cái phân tán (DLT), được phát minh bởi Satoshi Nakamoto vào năm 2008 nhằm phục vụ mục đích kiểm soát giao dịch cho đồng bitcoin<sup>5</sup>. Chuỗi khối có thể được định nghĩa là một cơ sở dữ liệu chứa đựng các sổ cái phân tán sử dụng cơ chế đồng thuận phi tập trung nhằm duy trì cấu trúc dữ liệu liên tục mở rộng<sup>6</sup>. Đây là công nghệ có độ phức tạp cao nên bài viết sẽ không đề cập đến cách thức hoạt động của công nghệ chuỗi khối, mà chỉ tập trung vào những lợi ích công nghệ này đem lại, tính liên quan và tầm quan trọng của nó đối với sự phát triển của hợp đồng thông minh trong thời đại mới.

Sức hấp dẫn của công nghệ chuỗi khối tập trung vào ba đặc điểm:

*Thứ nhất*, tính phi tập trung. Đặc thù của công nghệ chuỗi khối là thông tin, dữ liệu được lưu trữ theo phương thức này thay vì chịu sự kiểm soát của một chủ thể nhất định nào đó sẽ được quản lý bởi tất cả mọi người tham gia hệ thống, đảm bảo được tính chính xác, minh bạch<sup>7</sup>.

*Thứ hai*, tính ngang hàng. Các dữ liệu được ghi vào chuỗi khối thông qua các cơ

<sup>5</sup> Bitcoin là một loại tiền mã hóa được phát minh bởi Satoshi Nakamoto. Đặc tính của bitcoin là tính phi tập trung; giao dịch bằng bitcoin không cần thông qua một tổ chức tài chính trung gian nào.

<sup>6</sup> University of Malaya, “*Malaysian Blockchain Regulatory Report*”, tháng 5/2018, tr.9.

<sup>7</sup> H. Natarajan, S. Krause and H. Gradstein, “*Distributed Ledger Technology (DLT) and blockchain*”, 2017, FinTech Note, No. 1. Washington, D.C. Nguồn: <http://documents.worldbank.org/curated/en/177911513714062215/pdf/122140-WP-PUBLIC-DistributedLedger-Technology-and-Blockchain-Fintech-Notes.pdf>, tr.5-9.

ché đồng thuận giữa tất cả mọi người, trong khi giảm thiểu sự tham gia của các cơ chế, các khâu trung gian<sup>8</sup>.

*Thứ ba*, tính bất biến. Một khi thông tin được thêm vào cấu trúc dữ liệu hiện có, nó không thể bị thay đổi hay xóa bỏ, trừ khi có được sự đồng thuận của đa số các thành viên tham gia hệ thống.

Như vậy, có thể thấy sự ra đời của công nghệ chuỗi khối đã giải quyết được một cách căn bản bài toán đặt ra từ năm 1997 của Nick Szabo mang tên hợp đồng thông minh. Công nghệ chuỗi khối đã loại bỏ được hàng loạt những rào cản mà lý thuyết về hợp đồng thông minh đã đặt ra như: Loại bỏ được các thủ tục trung gian, giảm thiểu sự tham gia của các bên trung gian hay ngăn cản sự gian lận trong thanh toán. Cụ thể:

Đầu tiên, công nghệ chuỗi khối hỗ trợ hoạt động kiểm soát giao dịch; thậm chí, thông qua công nghệ này, các bên tham gia hợp đồng thông minh có thể không cần đến hoạt động kiểm soát đó. Kiểm soát giao dịch được hiểu là những quy trình, thủ tục để đảm bảo tính trung thực của các giao dịch, và có thể xác minh được. Một trong những hình thức sơ khai nhất của hoạt động kiểm soát giao dịch là vé vào cửa. Các rạp hát từ thời Hy Lạp cổ đại<sup>9</sup> đã có sự tách bạch giữa khu bán vé và cửa soát vé, thay vì cho phép người đến xem trả tiền và vào cửa.

Đó chính là hình thái sơ khai của cơ chế trung gian nhằm kiểm soát giao dịch. Giả dụ, nếu một người không bỏ tiền mua vé mà vẫn được qua cổng, bằng cách so sánh lượng vé bán ra, số cuống vé với số tiền bán vé thu được, người ta có thể biết lỗi thuộc về người bán vé, người soát vé hay chỉ người mua vé. Mặt khác, sự chia sẻ nghĩa vụ (*segregation of duties*) như ví dụ vừa nêu cũng làm giảm thiểu khả năng thông đồng nhằm mục đích trục lợi của các chủ thể thực hiện hợp đồng. Từ đó, suy rộng ra, có thể nhận thấy nghĩa vụ càng được phân tán thì cơ chế trung gian càng đáng tin cậy<sup>10</sup>. Tuy nhiên, số lượng nghĩa vụ được chia sẻ, số lượng cơ chế trung gian tỉ lệ thuận với thời gian và chi phí giao dịch. Cơ chế trung gian phức tạp có thể làm cho việc khoanh vùng lỗi và quy trách nhiệm được chính xác hơn, giao dịch có thể đảm bảo hơn, nhưng đồng thời chi phí cũng tốn kém hơn, tiêu tốn nhiều thời gian hơn. Hợp đồng thông minh giải quyết được vấn đề này bằng cách loại bỏ hay giảm thiểu sự tham gia xác nhận giao dịch thông qua các trung gian mà thực hiện kết nối, xử lý trực tiếp giữa các bên liên quan (*peer-to-peer*). Do đó, thỏa mãn được yêu cầu về tính chính xác, kịp thời của giao dịch, đồng thời đảm bảo được tính trung thực, minh bạch và giảm được đáng kể thời gian, chi phí giao dịch so với việc xử lý qua các hệ thống tập trung truyền thống<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> Đào Hoàng Thanh, “Blockchain – xu thế và cơ hội bút phá: Mở cửa và kiểm soát thông qua ICO và sàn giao dịch”, Tham luận tại Tọa đàm “Các vấn đề pháp lý liên quan đến tiền ảo” tổ chức tại Bộ Tư pháp, Hà Nội, ngày 12/6/2018.

<sup>9</sup> The Old Vic, “A Brief History of Ticketing”, ngày 3/01/2018. Nguồn: <https://www.oldvictheatre.com/news/2018/01/a-brief-history-of-ticketing>, truy cập ngày 19/2/2019.

---

<sup>10</sup> Nick Szabo, tldd.

<sup>11</sup> Theo Báo cáo của Bộ Tư pháp về việc rà soát, đánh giá toàn diện thực trạng pháp luật, thực tiễn về tài sản ảo, tiền ảo ở Việt Nam và quốc tế; nhận diện, đề xuất các định hướng hoàn thiện, ngày 29/10/2018, tr.17.

Ngoài những ứng dụng trong các hợp đồng thông minh đối với hoạt động kiểm soát giao dịch, công nghệ chuỗi khối còn làm giảm thiểu các rủi ro trong thanh toán và bảo mật dữ liệu. Công nghệ chuỗi khối hoạt động trên nguyên tắc đồng thuận phi tập trung, được quản lý bởi tập thể các thành viên tham gia vào chuỗi, nên mỗi giao dịch đều được sao chép và chia sẻ giữa các thành viên. Điều này đặc biệt có ý nghĩa trong các trường hợp rủi ro như có tin tặc (*hacker*) đột nhập vào hệ thống nhằm thay đổi dữ liệu, hay khi do lỗi của hệ thống mà thông tin bị sai lệch. Khi đó, chuỗi khối sẽ tiến hành so sánh dữ liệu giữa các bản sao trên toàn chuỗi và tự động bỏ qua những dữ liệu không trùng khớp với đa số các bản sao trong chuỗi. Đây là đặc tính đột phá của công nghệ này. Để có thể thay đổi dữ liệu đã được ghi trong chuỗi, hacker phải kiểm soát đa số hàm lượng khai thác của mạng, để từ đó có thể đảo ngược các giao dịch (gây ra hiện tượng tiêu tiền hai lần – *double spending*) hay ngăn cản các giao dịch mới. Tuy nhiên, để đạt được điều này cũng giống như việc ăn trộm từ một chiếc máy bán hàng tự động: Cán cân lợi ích đạt được – công sức bỏ ra sẽ nghiêng về phía công sức bỏ ra. Lượng tài nguyên tốn kém để kiểm soát một chuỗi khối sẽ lớn hơn rất nhiều so với lợi ích đạt được từ một cuộc đột nhập thành công<sup>12</sup>, do đó, những cuộc tấn công dạng này rất hiếm khi xảy ra. Từ đó, hợp đồng thông minh sẽ phòng tránh được các

<sup>12</sup> Saravanan Vijayakumaran, “*The Security of the Bitcoin Protocol*”, Zebpay, May 2018. Nguồn: <https://blog.zebpay.com/releasing-our-white-paper-on-bitcoin-security-a25f13396ca0>, truy cập ngày 19/2/2019.

rủi ro về dữ liệu thường thấy ở các hợp đồng điện tử thông dụng.

Khá tương đồng với mô hình được Szabo đề xuất từ những năm 90 của thế kỷ trước cho rằng, hợp đồng thông minh là “*một giao thức giao dịch được vi tính hóa nhằm thực hiện các điều khoản của một hợp đồng*”<sup>13</sup>, hợp đồng thông minh trong bối cảnh hiện đại được định nghĩa một cách khái quát hơn là “*chương trình được lập trình bởi người dùng nhằm xác định các quy tắc trong giao dịch*”<sup>14</sup>, được thực hiện bởi các mạng ngang hàng<sup>15</sup>. Tựu trung lại, trong giai đoạn hiện nay, hợp đồng thông minh có thể được hiểu là một chương trình máy tính, được lập trình để thực hiện một, một số điều khoản, hay toàn bộ một hợp đồng. Điều này đồng nghĩa với việc đằng sau mỗi hợp đồng thông minh có thể là sự tồn tại của một hợp đồng nguyên bản được thể hiện dưới những hình thức nhất định, nhưng cũng có thể là một thỏa thuận ngầm giữa các bên giao kết, không thể hiện ra bên ngoài. Ứng dụng rộng rãi nhất của hợp đồng thông minh hiện nay là trong lĩnh vực thanh toán.

Một vấn đề đặt ra là: Một số hình thức giao kết và thực hiện hợp đồng qua mạng hiện nay (ví dụ: Mua vé máy bay trực tuyến) có được coi là hợp đồng thông minh hay không? Câu trả lời là không. Mặc dù hai hoạt động này có thể có những điểm

<sup>13</sup> Tapscott, Don; Tapscott, Alex (May 2016). “*The Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin is Changing Money, Business, and the World*”, tr. 72, 83, 101, 127. ISBN 978-0670069972.

<sup>14</sup> Kevin Delmolino et. al., “*Step by Step towards Creating a Safe Smart Contract: Lessons and Insights from a Cryptocurrency Lab*”, International Conference on Financial Cryptography and Data Security (Berlin, Heidelberg: Springer, 2016), tr.79.

<sup>15</sup> University of Malaya, tidd, tr.17.

trương đồng về hình thức (trao đổi thông tin giữa các máy tính) và kết quả (đều thực hiện được hợp đồng), nhưng nội hàm của hợp đồng thông minh khác với thanh toán qua mạng – ứng dụng phái sinh của công nghệ trao đổi dữ liệu điện tử (Electronic Data Interchange - EDI). Bất cứ một hình thức giao kết hợp đồng trực tuyến nào cũng chỉ dừng lại ở việc trao đổi dữ liệu điện tử - việc chuyển giao thông tin từ máy tính điện tử này sang máy tính điện tử khác bằng phương tiện điện tử<sup>16</sup>, mà chưa tận dụng được những thế mạnh của những thuật toán hay giao thức lập trình để tăng tính bảo mật và làm cho các quan hệ kinh doanh trở nên “thông minh” hơn<sup>17</sup>. Trong khi đó, hợp đồng thông minh được dùng để chỉ những hợp đồng được xác lập trên cơ sở ứng dụng các thành tựu của công nghệ chuỗi khối, tận dụng được những thế mạnh công nghệ này mang lại mà các hợp đồng điện tử phổ biến hiện nay chưa thực hiện được. Như vậy, nếu áp dụng hợp đồng thông minh trong mua bán vé máy bay, chúng ta có thể bỏ qua công đoạn in hóa đơn, chứng từ, do thông tin về giao dịch sẽ được cập nhật trên mọi mạng ngang hàng của hệ thống; từ đó tiết kiệm được thời gian và tài nguyên máy tính trong khi vẫn đảm bảo tính chính xác, minh bạch. Bên cạnh đó, với thuộc tính bất biến của các thông tin trong công nghệ chuỗi khối, hợp đồng thông minh còn giúp phòng ngừa vi phạm hợp đồng, cung cấp chứng cứ đầy đủ, chính xác, tin cậy khi giải quyết

---

<sup>16</sup> Kantor; James H. Burrows, “*Electronic Data Interchange (EDI)*”, National Institute of Standards and Technology, 29/4/1996. Nguồn: <https://web.archive.org/web/20080511043940/https://www.itl.nist.gov/fipspubs/fip161-2.htm>, truy cập ngày 18/2/2018.

<sup>17</sup> Nick Szabo, tldd.

tranh chấp hợp đồng.

### 3. Một số vấn đề pháp lý đặt ra đối với hợp đồng thông minh

Hợp đồng là một trong những chế định pháp luật ra đời sớm nhất. Trải qua nhiều biến động suốt chiều dài lịch sử nhân loại, để bắt kịp với sự phát triển của cơ sở hạ tầng xã hội, với những tiến bộ của khoa học, kỹ thuật, chế định hợp đồng có sự biến chuyển cả về hình thức, nội dung và phương thức xác lập, thực hiện, phương thức đảm bảo thực hiện nghĩa vụ. Với mỗi sự ra đời hình thái mới của hợp đồng là những thay đổi trong cách nhìn nhận về quan hệ hợp đồng dưới góc độ là một bộ phận quan trọng cấu thành nên quan hệ pháp luật dân sự. Từ những hình thái sơ khai trong giao dịch hàng đổi hàng, việc xuất hiện đồng tiền với tính chất là phương tiện thanh toán, đến những cam kết được thể hiện bằng văn bản và cuối thế kỷ XX<sup>18</sup> là sự xuất hiện của hợp đồng điện tử. Trong tương lai, hợp đồng thông minh - bước phát triển tiếp theo của hợp đồng điện tử sẽ dần trở nên phổ biến hơn. Và cũng giống như cách mà hợp đồng điện tử đã đem đến những thách thức trong việc hoàn thiện lại các chế định hợp đồng vốn đã được xây dựng xung quanh hợp đồng truyền thống, hợp đồng thông minh cũng đặt ra nhiều vấn đề pháp lý, đòi hỏi phải được nhận diện và xem xét một cách đầy đủ, sâu sắc.

Trước tiên, cần phải khẳng định, hợp đồng thông minh mang bản chất của hợp đồng truyền thống: Sự thỏa thuận, thống nhất của các bên trên cơ sở tự do ý chí của

---

<sup>18</sup> Dấu ấn của giai đoạn chuyển tiếp này là Luật mẫu của UNCITRAL về thương mại điện tử (*UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce*) năm 1996.

mỗi bên. Bởi vậy, nền tảng xác lập, thực hiện các hợp đồng thông minh vẫn dựa trên các nguyên tắc cơ bản của giao kết, thực hiện hợp đồng. Một báo cáo của Thượng viện Hoa Kỳ năm 2018 đã nêu: “*Mặc dù hợp đồng thông minh có vẻ là mới, nhưng khái niệm này vẫn bắt nguồn từ luật hợp đồng cơ bản. Thông thường, hệ thống tư pháp giải quyết các tranh chấp về hợp đồng và buộc thực thi các điều khoản của hợp đồng, nhưng việc sử dụng các hình thức tài phán khác, đặc biệt là trong những giao dịch quốc tế, cũng là điều bình thường. Tương tự, đối với các hợp đồng thông minh, chương trình sẽ thực thi hợp đồng đã được lập trình*”<sup>19</sup>. Như vậy, về cơ bản, hợp đồng thông minh vẫn có thể được coi là một hình thái của hợp đồng như cách hiểu thông thường. Tuy nhiên, hợp đồng thông minh có một số điểm khác biệt với hợp đồng truyền thống đã được ghi nhận trong các hệ thống pháp luật, đặc biệt là trong các quy phạm pháp luật dân sự Việt Nam, cụ thể như sau:

*Thứ nhất*, như đã đề cập, hợp đồng thông minh mang bản chất của hợp đồng nói chung, đó là sự thỏa thuận, thống nhất ý chí của các bên giao kết. Nhưng toàn bộ việc xác lập, thực hiện hợp đồng thông minh hoàn toàn dựa trên công nghệ chuỗi khối, do máy tính thực hiện. Như vậy, ý chí của các bên giao kết hợp đồng (cá nhân, pháp nhân) được thể hiện như thế nào trong toàn bộ quá trình này? Thời điểm nào hợp đồng được coi là đã ký kết; địa điểm ký kết

hợp đồng được xác định như thế nào trong không gian mạng?

*Thứ hai*, thay đổi “điều khoản” của hợp đồng thông minh (mà thực chất là những dòng lệnh đã được lập trình) về lý thuyết là không khả thi một khi đã được ghi vào chuỗi khối. Đây là thế mạnh của hợp đồng thông minh trong việc bảo mật dữ liệu và bảo đảm thực hiện hợp đồng, nhưng đồng thời cũng là yếu điểm so với các loại hợp đồng khác. Tính bất biến của hợp đồng thông minh ảnh hưởng đến hàng loạt quyền của các bên tham gia giao kết được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự Việt Nam, như quyền sửa đổi hợp đồng (Điều 421), quyền chấm dứt hợp đồng theo thỏa thuận của các bên (khoản 2 Điều 422), quyền hủy bỏ hợp đồng (từ Điều 423 đến Điều 426), quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng (Điều 427). Thực tiễn cho thấy các hợp đồng thông minh vẫn có thể được “sửa đổi”, thông qua các thủ thuật lập trình. Trên thực tế, việc cập nhật một hợp đồng thông minh đòi hỏi phải tạo lập một hợp đồng thông minh mới làm trung gian, sau đó dẫn chiếu từ hợp đồng gốc để từ đó chương trình sẽ bỏ qua hợp đồng gốc. Nói cách khác, chúng ta vẫn cần phải “soạn” một hợp đồng mới, trong khi vô hiệu hóa hợp đồng cũ. Điều này cũng tương tự với việc hai bên thỏa thuận chấm dứt hợp đồng, sau đó giao kết một hợp đồng mới. Tuy nhiên, cách này được khuyến cáo là tiềm tàng rủi ro về an ninh<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> US Senate Joint Economic Committee, “*One blockchain at a time*”, March 2018, tr.210. Nguồn: [https://www.jec.senate.gov/public/\\_cache/files/aaac3a69-e9fb-45b6-be9f-b1fd96dd738b/chapter-9-buildin-g-a-secure-future-one-blockchain-at-a-time.pdf](https://www.jec.senate.gov/public/_cache/files/aaac3a69-e9fb-45b6-be9f-b1fd96dd738b/chapter-9-buildin-g-a-secure-future-one-blockchain-at-a-time.pdf), truy cập ngày 19/2/2019.

<sup>20</sup> Merunas Grincalaitis, “*Can a Smart Contract be upgraded/modified? Is CPU mining even worth the Ether? The Top questions answered here...*”, Medium, Feb 7, 2018. Nguồn: <https://medium.com/ethereum-developers/can-a-smart-contract-be-upgraded-modified-1393e9b507a>, truy cập ngày 20/2/2019.

*Thứ ba*, hợp đồng thông minh được công khai trên toàn bộ chuỗi khối. Một khi dữ liệu của hợp đồng thông minh được ghi vào chuỗi, bản sao của hợp đồng đó sẽ được chia sẻ cho toàn bộ các thành viên của hệ thống. Đồng thời, tình trạng thực hiện hợp đồng thông minh đó, bao gồm cả thông tin giao dịch cũng sẽ được công khai. Do đó, đặc tính này của hợp đồng thông minh làm mất đi ý nghĩa của việc đặt ra điều khoản bảo mật thông tin để đòi lấy sự minh bạch tuyệt đối trong giao kết và thực hiện hợp đồng. Tuy nhiên, cần phải lưu ý rằng giao dịch trên hệ thống chuỗi khối được thực hiện giữa các ví điện tử, nên sự công khai thông tin giao dịch trên hệ thống không đồng nghĩa với việc công khai thông tin cá nhân của chủ ví. Mặc dù vậy, đối với những chủ thể kinh doanh dựa trên nền tảng những công nghệ mới mang tính đột phá (ví dụ như: Facebook, Google, Uber...) thì việc giữ bí mật về công nghệ, bí mật về giao dịch lại là vấn đề then chốt đối với hoạt động kinh doanh của họ. Hiện nay đã có một hệ thống bảo mật thông tin chuỗi khối đang được hoàn thiện, hứa hẹn sẽ đem lại sự riêng tư cho các giao dịch được thực hiện trên hệ thống chuỗi khối<sup>21</sup>.

*Thứ tư*, chương trình có toàn quyền quyết định tất cả các vấn đề trong phạm vi thực hiện hợp đồng thông minh đã được lập trình. Nói cách khác, luật tối cao trong quá trình thực hiện hợp đồng thông minh là các dòng mã máy tính, không phụ thuộc vào các bên giao kết. Đây là hệ quả của tính tự động hóa cao của công nghệ chuỗi khối. Với công nghệ hiện nay, chúng ta chưa thể làm cho

các phương tiện kỹ thuật số hiểu được những khái niệm mang tính chất cảm tính thường thấy trong các hợp đồng truyền thống như “nguyên tắc thiện chí” (*good faith*), “thích hợp về mặt thương mại” (*commercially reasonable*), hay “sự kiện bất khả kháng” (*force majeure*) – những khái niệm mang tính chất linh hoạt để tùy vào tính chất của giao dịch và hoàn cảnh thực tế, các bên giao kết có thể giải thích hợp đồng một cách có lợi nhất cho cả hai bên, thậm chí tiến hành đàm phán lại để tránh xảy ra tranh chấp. Việc đưa những điều khoản kể trên vào trong hợp đồng thông minh là vô cùng khó khăn, thậm chí là không thể<sup>22</sup>, trong khi đó lại là những thiết chế quan trọng, phổ biến, đã tồn tại lâu đời và đảm bảo tính ổn định của quan hệ hợp đồng. Điều này cũng giải thích được tại sao hợp đồng thông minh hiện nay thường chưa được thực hiện với tư cách một hợp đồng đầy đủ, mà mới chỉ dừng lại ứng dụng ở một số điều khoản nhất định như thanh toán, trong khi những điều khoản còn lại tiếp tục được thực hiện một cách thủ công.

*Thứ năm*, một số đặc thù của hợp đồng thông minh gây ra những khó khăn nhất định trong việc giải quyết tranh chấp. Đối với những tranh chấp về hợp đồng dân sự, hàng loạt vấn đề nảy sinh xung quanh bản chất của hợp đồng thông minh. Đơn cử một số vấn đề sau:

- Một là, về thẩm quyền của tòa án. Hợp đồng thông minh phải có nội dung như thế nào thì mới trở thành một hợp đồng dân sự mà từ đó thẩm quyền giải quyết tranh chấp

<sup>21</sup> Xem thêm: <https://enigma.co/>, truy cập ngày 20/2/2019.

<sup>22</sup> US Chamber of Digital Commerce, Smart Contracts Alliance, “*Smart Contracts: Is the Law Ready?*”, September 2018, tr. 27.

mới thuộc về tòa án? Câu hỏi này bắt nguồn từ thực tế là nhiều hợp đồng thông minh hiện nay chỉ thực hiện điều khoản thanh toán của một hợp đồng truyền thống đã được giao kết trước đó, nhưng cũng có hợp đồng thông minh được thực hiện toàn bộ (thường là những hợp đồng đơn giản) mà bản thân hợp đồng đó không được thể hiện bằng bất cứ hình thức nào khác ngoài các giao thức lập trình. Thậm chí, có quan điểm cho rằng, hợp đồng thông minh không thể được coi là một hợp đồng<sup>23</sup>. Như vậy, cần phải xác định rõ trong trường hợp nào thì hợp đồng thông minh mới được coi là một hợp đồng theo định nghĩa của khoa học pháp lý và được điều chỉnh bởi pháp luật về hợp đồng, để từ đó, chúng ta mới có thể giải quyết được vấn đề thẩm quyền giải quyết tranh chấp của cơ quan tố tụng đối với hợp đồng thông minh.

- Hai là, việc xác định danh tính của bị đơn có thể gặp nhiều khó khăn, do khả năng bảo mật thông tin cá nhân của hợp đồng thông minh không cho phép định danh chính xác chủ thể thực hiện giao dịch.

- Ba là, về khả năng áp dụng một số biện pháp khẩn cấp tạm thời. Do hợp đồng thông minh được thực hiện một cách hoàn toàn tự động, đối tượng của giao dịch cũng không hiện hữu vật lý, nên việc tòa án áp dụng một số biện pháp khẩn cấp tạm thời là không hoặc khó khả thi, như biện pháp kê biên tài sản, biện pháp cấm chuyển dịch quyền về tài sản đối với tài sản đang tranh

chấp, hay biện pháp cấm hoặc buộc thực hiện hành vi nhất định (khoản 6, 7, 12 Điều 114 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015).

- Bốn là, việc ra phán quyết và thi hành các phán quyết của tòa án sẽ là thách thức lớn, do đồng tiền thanh toán chủ yếu hiện nay của hợp đồng thông minh là tiền mã hóa (*cryptocurrency*). Giao dịch sử dụng công nghệ chuỗi khối không thể đảo nghịch, và do chuỗi khối không được quản lý một cách tập trung, không có thiết chế nào quản lý tiền mã hóa và giao dịch sử dụng tiền mã hóa nên tòa án cũng không thể buộc một bên phải thanh toán một số lượng tiền mã hóa cho bên kia. Trong khi đó, tòa án cũng khó có thể quy đổi tiền mã hóa thành tiền pháp định để thi hành bản án, quyết định của mình, do pháp luật quốc gia không thừa nhận tiền mã hóa, hoặc đơn giản hơn là do giá trị của tiền mã hóa không được ổn định, có thể biến động rất lớn trong thời gian ngắn<sup>24</sup>, nên việc quy đổi của tòa án có thể ảnh hưởng rất lớn đến quyền lợi của các đương sự. Từ đó, thông qua phương thức nào để thi hành án trong trường hợp các bên phải “*khôi phục lại tình trạng ban đầu, hoàn trả cho nhau những gì đã nhận*” khi giao dịch dân sự vô hiệu (khoản 2 Điều 131 Bộ luật Dân sự năm 2015), hay trong trường hợp “*buộc người có hành vi xâm phạm quyền phải trả lại tài sản*” (khoản 2 Điều 164 Bộ luật Dân sự năm 2015)? Đây cũng là một vấn đề có thể gặp phải khi giải quyết tranh chấp về hợp đồng thông minh.

#### 4. Kết luận và một số kiến nghị

Hợp đồng thông minh là một trong những ứng dụng quan trọng của công nghệ

<sup>23</sup> David B. Black, “Blockchain Smart Contracts Aren't Smart And Aren't Contracts”, Forbes, 4/2/2019. Nguồn: <https://www.forbes.com/sites/davidblack/2019/02/04/blockchain-smart-contracts-arent-smart-and-arent-contracts/>, truy cập ngày 02/4/2019.

<sup>24</sup> IMF, “Global Financial Stability Report: A Bumpy Road Ahead”, tháng 4/2018, tr.21-22.

chuỗi khối – một công nghệ được coi là cốt lõi của cuộc cách mạng công nghiệp lần thứ tư. Công nghệ chuỗi khối đã mang lại những lợi thế to lớn qua phương thức giao dịch mới so với những hợp đồng truyền thống. Hợp đồng thông minh cho thấy tiềm năng phát triển vượt bậc của công nghệ số, thể hiện sự phù hợp giữa nền tảng công nghệ mới tiên tiến với đòi hỏi chính đáng của con người. Hợp đồng thông minh ra đời, suy cho cùng là sự phản ánh nhu cầu thay đổi của các chủ thể giao dịch trong thời đại ngày nay, với xu hướng tìm kiếm những phương thức giao dịch nhanh chóng, chính xác, tiết kiệm, đảm bảo minh bạch, nhưng đồng thời vẫn phải đáp ứng được yêu cầu bảo mật thông tin cá nhân.

Để có thể khai thác được những lợi thế to lớn của công nghệ chuỗi khối trong lĩnh vực hợp đồng cần lưu ý một số vấn đề sau:

*Thứ nhất*, cần khẳng định rằng, hợp đồng thông minh không phải là loại hợp đồng mới mà chỉ là hợp đồng được giao kết bằng phương thức đặc biệt sử dụng công nghệ chuỗi khối. Do tính chất đặc biệt này, cần có những nghiên cứu toàn diện, sâu sắc các khía cạnh pháp lý của hợp đồng thông minh nhằm nhận diện chính xác bản chất của phương thức giao dịch qua hợp đồng thông minh, những đặc thù của hợp đồng thông minh so với phương thức giao dịch truyền thống; mối quan hệ và tác động của phương thức giao dịch bằng hợp đồng thông minh với phương thức truyền thống; đánh giá những lợi thế và hạn chế của hợp đồng thông minh; khả năng ứng dụng hợp đồng thông minh trong đời sống kinh tế - xã hội...

*Thứ hai*, cần đặt ra mục tiêu xây dựng khung pháp lý cho hợp đồng thông minh

hình thành, phát triển trong tương lai; phát huy những lợi thế to lớn của hợp đồng thông minh, đồng thời giảm thiểu và kiểm soát hiệu quả những mặt trái phát sinh từ hợp đồng này. Thực tiễn cho thấy những nước phát triển trên thế giới cũng chỉ mới đang ở giai đoạn nghiên cứu về khả năng kiểm soát hợp đồng thông minh chứ chưa được luật hóa<sup>25</sup>. Hiện nay, cơ sở pháp lý gần gũi nhất với bản chất của hợp đồng thông minh vẫn là Luật về giao dịch điện tử được nhiều nước ban hành<sup>26</sup>. Trong pháp luật quốc tế có Công ước của Liên hợp quốc về sử dụng các phương tiện điện tử trong hợp đồng quốc tế năm 2005. Mặc dù quy định rất cụ thể về giao dịch điện tử, nhưng như đã đề cập, giao dịch điện tử có sự khác nhau căn bản với hợp đồng thông minh. Như vậy, ở nước ngoài, quan hệ hợp đồng thông minh đến nay vẫn chịu sự điều chỉnh của các quy định về hợp đồng trong pháp luật dân sự hoặc luật hợp đồng.

Vì thế, khi nghiên cứu xây dựng, hoàn thiện khung pháp luật cho việc ứng dụng công nghệ chuỗi khối và triển khai hợp đồng thông minh trong thực tế, người viết cho rằng, giai đoạn trước mắt có lẽ chưa cần

*(Xem tiếp trang 77)*

<sup>25</sup> Jelena Madir, Ammar Al-Saleh, “Smart Contracts, Blockchain and Crowdfunding: How the Law Is Getting to Grips with Technology”, Law in Transition Journal 2018, tr.25. Nguồn: <https://www.ebrd.com/documents/comms-and-bis/law-in-transition-2018-smart-contracts.pdf>, truy cập ngày 22/4/2019.

<sup>26</sup> Úc ban hành Luật Giao dịch điện tử năm 1999; Trung Quốc ban hành năm 2018, Việt Nam ban hành năm 2005, Singapore lần đầu ban hành năm 1998, sửa đổi năm 2010; Hoa Kỳ có Luật Giao dịch điện tử thống nhất Hoa Kỳ được 47 bang và District of Columbia, US. Virgin Islands thông qua; Myanmar có Luật Thương mại điện tử năm 2004, sửa đổi 2014.

# PHÁP LUẬT VỀ CÔNG TY HỢP VỐN ĐƠN GIẢN TẠI MỘT SỐ QUỐC GIA - SO SÁNH VỚI VIỆT NAM

*Nguyễn Vinh Hưng\**

**Tóm tắt:** Bài viết nghiên cứu các vấn đề pháp lý của công ty hợp vốn đơn giản tại một số quốc gia và so sánh với quy định tại Việt Nam hiện nay. Từ đó, bài viết chỉ ra những hạn chế, bất cập trong các quy định pháp luật và đề xuất một số kiến nghị.

**Abstract:** The article studies the legal issues of limited partnership in some countries in comparisons with the current regulations in Vietnam. Thereby, it identifies the limitations and shortcomings in the regulations and proposes some recommendations.

## **Đặt vấn đề**

Trong lịch sử các loại hình công ty, cùng với công ty hợp danh, công ty hợp vốn đơn giản (hay còn được gọi là công ty hợp danh hữu hạn) là một trong những loại hình công ty xuất hiện rất sớm. Thông thường, công ty hợp vốn đơn giản được quan niệm là công ty “thuộc hình thức của công ty đối nhân”<sup>1</sup>. Về mặt lịch sử, nghiên cứu cho thấy, công ty hợp vốn đơn giản có nguồn gốc từ các quốc gia châu Âu. Theo đó, “vào khoảng thế kỷ thứ XIII, ở các thành phố lớn của một số nước châu Âu có điều kiện địa lý thuận lợi cho việc giao lưu buôn bán, đã xuất hiện các công ty thương mại đối nhân đầu tiên”<sup>2</sup>.

Còn tại Việt Nam, công ty hợp vốn đơn giản đã từng xuất hiện từ thời kỳ Pháp thuộc và kéo dài cho đến khi chế độ Việt Nam

Cộng hòa chấm dứt tại miền Nam<sup>3</sup>. Sau đó, bắt đầu từ Luật Doanh nghiệp năm 1999, cùng với sự xuất hiện trở lại của công ty hợp danh, các dấu vết của công ty hợp vốn đơn giản đã manh nha hiện diện theo. Bởi lẽ, khi phân tích các đặc điểm pháp lý của công ty hợp danh, nhiều nghiên cứu khẳng định rằng, “công ty này bị gắn với một hình thức công ty khác là công ty hợp vốn đơn giản để cùng được gọi là công ty hợp danh”<sup>4</sup>. Tình trạng này kéo dài đến Luật Doanh nghiệp năm 2005 và cả Luật Doanh nghiệp năm 2014 hiện nay<sup>5</sup>. Khi so sánh các quy định về công ty hợp vốn đơn giản trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 với pháp luật của một số quốc gia, có thể thấy sự khác biệt rất lớn. Vì thế, thực tiễn hoạt động kinh doanh hiện nay cho thấy, “công

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

<sup>1</sup> Nguyễn Vinh Hưng (2016), *Cơ cấu tổ chức, quản trị điều hành và cơ chế đại diện của công ty hợp vốn đơn giản theo pháp luật một số quốc gia*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, kỳ 1 tháng 4/2016, tr. 58.

<sup>2</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Giáo trình Luật Thương mại, tập I*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 112.

<sup>3</sup> Nguyễn Vinh Hưng (2015), *Xây dựng chế định pháp luật về công ty hợp vốn đơn giản tại Việt Nam*, Luận án Tiến sĩ luật học, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 71 - 72.

<sup>4</sup> Ngô Huy Cường, *Khái niệm công ty hợp danh tại Luật Doanh nghiệp năm 2005*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 11(148), tháng 06/2009.

<sup>5</sup> Tham khảo quy định tại các Điều 95 của Luật Doanh nghiệp năm 1999, Điều 130 của Luật Doanh nghiệp năm 2005 và Điều 172 của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

ty hợp danh hầu như không phát triển mấy ở Việt Nam”<sup>6</sup>.

### 1. Công ty hợp vốn đơn giản tại một số quốc gia trên thế giới và Việt Nam

Công ty hợp vốn đơn giản tại Việt Nam hiện nay có sự khác biệt rất lớn so với một số quốc gia trên thế giới. Sự khác biệt này được thể hiện dưới các khía cạnh cơ bản như:

**Thứ nhất**, về khái niệm của công ty hợp vốn đơn giản

Nghiên cứu cho thấy, hệ thống luật công ty châu Âu lục địa chịu ảnh hưởng rất lớn từ pháp luật của Đức, Pháp và pháp luật của hai quốc gia này từ lâu vẫn thường được xem là điển hình, khuôn mẫu để các quốc gia khác học hỏi và áp dụng theo. Sở dĩ như vậy là vì “Đức là một trong những nước xuất hiện công ty sớm”<sup>7</sup>; còn với Cộng hòa Pháp, “những hình thức công ty của Pháp gần như là đã tập hợp tất cả những đặc điểm của cách tổ chức công ty của nền kinh tế hàng hóa ở nhiều nước trên thế giới”<sup>8</sup>. Trong đó, tại Đức, công ty hợp vốn đơn giản được quan niệm: “Về cơ bản giống công ty hợp danh với điểm khác căn bản là: Chỉ cần ít nhất có một thành viên chịu trách nhiệm vô hạn (thành viên nhận vốn), còn những thành viên khác chịu trách nhiệm hữu hạn (thành viên góp vốn)”<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Minh Ngọc và Ngọc Hà (2011), *Luật Kinh tế*, Nxb. Lao động, tr. 224.

<sup>7</sup> Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), sđd, tr. 113.

<sup>8</sup> Maurice Cozian và Alian Viandier (1990), *Tổ chức công ty, dịch từ nguyên bản tiếng Pháp “Droit des sociétés: Litec. 1988*, Viện khoa học pháp lý - Bộ Tư pháp, tr. 3.

<sup>9</sup> Friedrich Kuebler và Juergen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng hòa Liên bang Đức*, Nxb. Pháp lý, tr. 31.

Theo các tác giả Pháp, “loại hội thương mại này xuất phát từ đời Trung cổ và thịnh hành nhất ở các tỉnh miền Ý đại lợi do sự thúc đẩy của những nhu cầu thương mại hàng hải tại các nơi này. Cũng tại Pháp, từ thế kỷ XVII, đã có Dụ năm 1673 quy định hội hợp tư đơn thường (công ty hợp vốn đơn giản)”<sup>10</sup>. Hiện nay, pháp luật Pháp định nghĩa về công ty hợp vốn đơn giản như sau: “Công ty hợp vốn đơn giản có hai loại thành viên khác nhau: Thành viên nhận vốn là loại hình thành viên giống như thành viên hợp danh của công ty hợp danh, nên các quy tắc liên quan đến thành viên này được áp dụng tương tự. Thành viên xuất vốn (thành viên góp vốn), thành viên này không phải đem hết tài sản của cá nhân ra để chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty, họ chỉ chịu trách nhiệm đến hết giá trị phần vốn góp của mình”<sup>11</sup>.

Tại các quốc gia theo truyền thống thông luật như Vương quốc Anh: “Hợp danh hữu hạn (công ty hợp vốn đơn giản) phải bao gồm một hoặc nhiều người được gọi là thành viên hợp danh, người phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ của công ty và một hoặc nhiều người được gọi là thành viên góp vốn, người có trách nhiệm tại thời điểm tham gia vào hợp danh đóng góp một khoản tiền vốn hoặc tài sản... và không phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ của công ty cao hơn số tiền đóng góp”<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Lê Tài Triển, Nguyễn Vượng Thọ và Nguyễn Tân (1973), *Luật Thương mại Việt Nam dẫn giải*, Nxb. Sài Gòn Kim lai ấn quán, Quyển II, tr. 799.

<sup>11</sup> Francis Lemeunier (1993), *Nguyên lý và thực hành Luật Thương mại và Luật Kinh doanh*, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 196.

<sup>12</sup> Berr (2009), *The legislative reform (Limited partnerships) order 2009 explanatory document*,

Ở Hoa Kỳ, “hợp danh hữu hạn được phát triển ở Hoa Kỳ từ những năm đầu 1980”<sup>13</sup>. Hiện nay, hợp danh hữu hạn được quy định trong “Luật Hợp danh hữu hạn thống nhất (Uniform Limited Partnership Act - ULPA) được soạn thảo năm 1976 và được sửa đổi, bổ sung và công bố vào năm 1985”<sup>14</sup>. Trong đó, “hợp danh hữu hạn bao gồm hai hoặc nhiều người, trong đó phải có ít nhất một thành viên hợp danh và một thành viên góp vốn. Trong khi thành viên hợp danh có nghĩa vụ cá nhân không giới hạn, nghĩa vụ của thành viên góp vốn giới hạn trong số tiền đầu tư của mình trong công ty”<sup>15</sup>.

Hoặc ở Liên bang Nga, Bộ luật Dân sự dành 05 điều luật (từ Điều 82 - Điều 86) để quy định về công ty hợp vốn đơn giản. Theo đó, “công ty hợp vốn đơn giản là công ty mà ở đó bên cạnh các thành viên thực hiện hoạt động kinh doanh nhân danh công ty và chịu trách nhiệm đối với các nghĩa vụ của công ty bằng tài sản của mình (thành viên hợp danh) còn có một hoặc một số thành viên khác gọi là thành viên góp vốn là những thành viên chỉ chịu trách nhiệm đối với các nghĩa vụ công ty trong phạm vi phần vốn góp của mình và không thực hiện hoạt động kinh doanh”<sup>16</sup>.

---

Department for business Enterprise & Regulatory Reform, pp. 25.

<sup>13</sup> Ủy ban Kinh tế của Quốc hội (2016), *Thế chế pháp luật kinh tế một số quốc gia trên thế giới*, Nxb. Tài chính, tr. 127.

<sup>14</sup> Phạm Duy Nghĩa (chủ biên 2001), *Tìm hiểu pháp luật Hoa Kỳ trong điều kiện Việt Nam hội nhập kinh tế khu vực và thế giới*, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 152.

<sup>15</sup> QuickMBA (2013), *Limited Partnership*, nguồn: <http://www.quickmba.com/law/partnership/limited/>, truy cập ngày 27/3/2019.

<sup>16</sup> Ủy ban Kinh tế của Quốc hội (2016), sđd, tr. 464.

Tại Việt Nam, Luật Doanh nghiệp năm 1999, Luật Doanh nghiệp năm 2005 và cả Luật Doanh nghiệp năm 2014 không đưa ra khái niệm chính thức về công ty hợp vốn đơn giản. Tuy nhiên, nếu căn cứ vào sự có mặt của thành viên góp vốn trong công ty hợp danh, có thể thấy rằng, đây chính là công ty hợp vốn đơn giản. Bởi lẽ, dấu hiệu phân biệt đơn giản nhất và cũng rõ ràng nhất giữa hai công ty này chính là công ty hợp danh chỉ có duy nhất một loại thành viên là thành viên hợp danh. Còn công ty hợp vốn đơn giản luôn tồn tại cả hai loại thành viên: Thành viên nhận vốn (hoặc có thể gọi là thành viên hợp danh) và thành viên góp vốn. Như vậy, có thể khẳng định, ngay từ khái niệm, pháp luật Việt Nam hiện nay chưa quy định rõ ràng, chính xác về hình thức pháp lý của công ty hợp vốn đơn giản và công ty hợp danh.

**Thứ hai**, vấn đề *tư cách pháp nhân* của công ty hợp vốn đơn giản

Tại Cộng hòa Pháp, công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản luôn được xác định “đều là loại hình công ty đối nhân”<sup>17</sup>. Ở Pháp, trong các công ty trách nhiệm vô hạn, theo Luật Dân sự, trừ những công ty có điều lệ đặc biệt, nhóm các công ty trách nhiệm vô hạn có đăng ký và có tư cách pháp nhân gồm 3 loại sau: Công ty dân sự; công ty hợp danh; công ty hợp tư đơn giản (công ty cấp vốn đơn giản)<sup>18</sup>. Như vậy, không chỉ công ty hợp danh mà công ty hợp vốn đơn giản tại Pháp cũng được pháp luật quy định tư cách pháp nhân. Đây là điểm rất tiến bộ

---

<sup>17</sup> Francis Lemeunier (1993), *Nguyên lý và thực hành Luật Thương mại và Luật Kinh doanh*, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 195.

<sup>18</sup> Maurice Cozian, Alian Viandier (1990), sđd, tr. 163.

của pháp luật quốc gia này, bởi lẽ, một số quốc gia hiện vẫn quy định các công ty này không có tư cách pháp nhân.

Theo các tác giả Friedrich Kuebler và Juergen Simon thì “pháp luật công ty ở Cộng hòa Liên bang Đức không thừa nhận công ty hợp danh là pháp nhân. Vì theo pháp luật, người là chủ nợ của công ty hợp danh, khi nó thực hiện các hoạt động kinh doanh cũng chính là chủ nợ trực tiếp của thành viên hợp danh. Tuy nhiên, hiện nay, công ty hợp danh tại Đức được quy định tồn tại dưới nhiều loại khác nhau: Công ty hợp danh, công ty hợp vốn đơn giản, công ty hợp vốn đơn giản trên cổ phần. Các loại công ty này đều được công nhận là có tư cách pháp nhân hạn chế”<sup>19</sup>.

Còn tại Thụy Điển, theo Carl Hemstrom có “ba loại hình của công ty hợp danh đó là: Công ty hợp danh đơn giản (*simple partnership*), công ty hợp danh thương mại (*trading partnership*) và công ty hợp danh hữu hạn (*limited partnership*)”<sup>20</sup>. Trong đó, “đối với công ty hợp danh thương mại, pháp luật Thụy Điển quy định cho công ty có tư cách pháp nhân. Tuy nhiên, chỉ khi công ty này đã được đăng ký thì nó mới có tư cách pháp nhân. Trong trường hợp sau khi công ty hợp danh thương mại đã đăng ký, công ty đó có các quyền và nghĩa vụ và nó có thể tham gia với tư cách nguyên đơn hoặc bị đơn trước toà án và cũng có thể tham gia với tư cách một chủ thể độc lập trước các cơ quan công quyền khác. Đối với công ty hợp danh hữu hạn, Luật Hợp danh Thụy Điển

yêu cầu một công ty hợp danh hữu hạn phải là một công ty hợp danh thương mại. Công ty hợp danh hữu hạn chỉ được chính thức thành lập khi nó đã được đăng ký trong sổ đăng ký thương mại”<sup>21</sup>. Như vậy, có thể coi công ty hợp danh hữu hạn là một dạng phái sinh của công ty hợp danh thương mại. Đồng thời, cả hai công ty này đều phải đăng ký để có được tư cách pháp nhân.

Còn với quy định của pháp luật Việt Nam, khi mới xuất hiện trong Luật Doanh nghiệp năm 1999, công ty hợp danh không có tư cách pháp nhân<sup>22</sup>. Tuy vậy, Điều 1 Hiệp định khung về khu vực đầu tư ASEAN (AIA) năm 1998 mà Việt Nam là một thành viên lại xem các công ty hợp danh là pháp nhân<sup>23</sup>. Sau đó, kể từ Luật Doanh nghiệp năm 2005 đã chính thức quy định tư cách pháp nhân cho công ty hợp danh và cho đến nay, quy định này hiện vẫn tiếp tục được giữ nguyên trong Luật Doanh nghiệp năm 2014<sup>24</sup>. Tuy nhiên, nếu căn cứ quy định tại Bộ luật Dân sự năm 2015, một tổ chức chỉ được công nhận là pháp nhân khi có đủ bốn điều kiện: Được thành lập theo quy định của Bộ luật Dân sự hoặc luật khác có liên quan; có cơ cấu tổ chức theo quy định tại Điều 83 của Bộ luật Dân sự; có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình; nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập<sup>25</sup>. Khi đối chiếu quy định này với công ty hợp danh, có thể thấy rằng, trách nhiệm tài sản của công ty hợp danh luôn

<sup>19</sup> Friedrich Kuebler và Juergen Simon (1992), sdd, tr. 51 - 95.

<sup>20</sup> Carl Hemstrom (1995), *Corporations and Partnership in Sweden*, Fritez, pp. 19.

<sup>21</sup> Carl Hemstrom (1995), sdd, pp. 30.

<sup>22</sup> Điều 95 Luật Doanh nghiệp năm 1999.

<sup>23</sup> Điều 1 Hiệp định khung về khu vực đầu tư ASEAN (1998).

<sup>24</sup> Khoản 2 Điều 172 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

<sup>25</sup> Điều 74 Bộ luật Dân sự năm 2015.

gắn liền với các thành viên hợp danh. Nói cách khác, đối với loại hình công ty đối nhân như công ty hợp danh, các “thành viên hợp danh là những người giữ vai trò bảo lãnh liên đới cho mọi hoạt động của công ty này”<sup>26</sup>. Hay có thể thấy rằng, giữa các thành viên hợp danh và công ty hợp danh không có sự độc lập, tách bạch về mặt tài sản. Vì thế, nếu căn cứ tiêu chuẩn pháp nhân của Bộ luật Dân sự năm 2015, công ty hợp danh không đủ điều kiện để được công nhận là pháp nhân. Qua đó, cho thấy, các quy định trong hệ thống pháp luật tại Việt Nam hiện nay còn tồn tại mâu thuẫn, bất cập và vẫn chưa có sự thống nhất, chặt chẽ. Hơn nữa, Luật Doanh nghiệp và Bộ luật Dân sự đều là các đạo luật rất quan trọng và nếu xét về thời gian xây dựng và ban hành lại khá sát nhau thì càng có thể nhận thấy kỹ thuật xây dựng văn bản pháp luật của Việt Nam hiện nay cần phải có sự tiếp tục hoàn thiện.

**Thứ ba**, quy định về các loại hình thành viên của công ty hợp vốn đơn giản

Australia và New Zealand đều quy định: “Các thành viên hợp danh hữu hạn được chia thành hai loại: Các thành viên hợp danh là những người cùng có quyền và nghĩa vụ pháp lý như là các thành viên của một hợp danh thông thường và các thành viên góp vốn (những người góp vốn cho hợp danh và chia sẻ lợi nhuận sẽ không có quyền tham gia quản lý cũng như không

phải chịu bất kỳ trách nhiệm về các nghĩa vụ vượt ra ngoài số vốn góp của họ)”<sup>27</sup>.

Điểm khác biệt giữa pháp luật của các quốc gia châu Âu đó là, công ty hợp vốn đơn giản luôn có hai loại hình thành viên khác nhau: Thành viên nhận vốn và thành viên góp vốn. Trong đó, pháp luật tại Đức quy định công ty hợp vốn đơn giản có ít nhất một thành viên nhận vốn và một thành viên góp vốn<sup>28</sup>. Tương tự, tại Pháp, thành viên nhận vốn có thể chỉ cần một người, còn lại là các thành viên góp vốn<sup>29</sup>.

Theo quy định tại khoản 1 Điều 172 của Luật Doanh nghiệp năm 2014, công ty hợp vốn đơn giản tại Việt Nam phải có ít nhất hai thành viên hợp danh và có thêm thành viên góp vốn. Sở dĩ Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định công ty hợp vốn đơn giản luôn phải có ít nhất hai thành viên hợp danh trở lên chính là do đang vướng vào quy định của loại hình công ty hợp danh. Bởi lẽ, theo tinh thần chung, pháp luật của hầu hết các quốc gia đều quy định công ty hợp danh bắt buộc phải có ít nhất hai thành viên hợp danh. Hơn nữa, quy định có ít nhất hai thành viên hợp danh còn nhằm phân biệt rõ ràng công ty hợp danh (*general partnership*) với hình thức khởi thù thương mại đầu tiên là thương nhân đơn lẻ (*sole trader* hay *sole proprietorship* - thành phần kinh doanh cổ xưa nhất và cũng là chủ thể kinh doanh đơn giản nhất)<sup>30</sup>. Như

<sup>26</sup> Nguyễn Vinh Hưng (2016), *Các nguyên tắc của công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp năm 2014*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 5/2016, tr. 23.

<sup>27</sup> Higgins, Fletcher (1991), *The Law of Partnership in Australia and New Zealand*, sixth edition, The law book company limited, p. 72.

<sup>28</sup> Friedrich Fubler, Jurgen Simon (1992), sđd, tr. 54.

<sup>29</sup> Maurice Cozian, Alian Viandier (1990), sđd, tr. 189.

<sup>30</sup> Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật Thương mại phần chung và thương nhân*, Nxb. Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 119.

vậy, có thể thấy rằng, công ty hợp vốn đơn giản tại Việt Nam hiện nay đang bị gộp chung với công ty hợp danh để trở thành một loại hình công ty hoàn toàn khác so với pháp luật của các quốc gia trên thế giới. Bởi, nếu khẳng định đây là công ty hợp danh thì công ty này còn có thêm loại hình thành viên góp vốn - loại hình thành viên chỉ có trong công ty hợp vốn đơn giản. Còn nếu khẳng định là công ty hợp vốn đơn giản thì quy định phải có từ hai thành viên hợp danh trở lên lại là quy định thường chỉ có trong công ty hợp danh.

**Thứ tư**, về đối tượng thành viên của công ty hợp vốn đơn giản

Quy định tương đồng giữa pháp luật của Việt Nam với pháp luật tại một số quốc gia như Đức, Pháp đó là cho phép cá nhân hoặc tổ chức (pháp nhân) đều có thể tham gia công ty hợp vốn đơn giản dưới tư cách thành viên góp vốn. Tuy nhiên, với quy định về đối tượng được phép trở thành thành viên hợp danh, quy định tại Việt Nam lại có sự khác biệt rõ ràng so với các quốc gia châu Âu. Theo đó, điểm b khoản 1 Điều 172 của Luật Doanh nghiệp năm 2014 quy định: “Thành viên hợp danh phải là cá nhân”. Sở dĩ pháp luật của Việt Nam “không cho pháp nhân được phép trở thành thành viên hợp danh, bởi vì, các pháp nhân thường có cơ chế chịu trách nhiệm hữu hạn về mặt tài sản. Điều này sẽ phá vỡ trật tự chung của tính chất thành viên hợp danh luôn chịu trách nhiệm vô hạn về tài sản”<sup>31</sup>. Tuy nhiên, khi nghiên cứu pháp luật tại

Pháp, người ta cho rằng: “Các pháp nhân cũng vẫn sử dụng loại công ty đối nhân này và như vậy là không hiếm trường hợp hai hoặc nhiều công ty cùng nhau thành lập một công ty hợp danh. Trách nhiệm không hạn định cũng thay đổi tùy theo việc hội viên là pháp nhân hay thể nhân, trường hợp hội viên là pháp nhân thì trách nhiệm vô hạn này vẫn bị giới hạn bởi trách nhiệm hữu hạn của công ty đã tham gia vào công việc làm ăn của công ty trách nhiệm vô hạn như là một hội viên (ví dụ một công ty trách nhiệm hữu hạn là hội viên của một công ty hợp danh)”<sup>32</sup>. Còn nếu tiếp tục mở rộng hơn phạm vi nghiên cứu để tìm hiểu thì ngay tại một số quốc gia có nền pháp luật tiên tiến hàng đầu thế giới như Hoa Kỳ, “thành viên hợp danh có thể là một công ty”<sup>33</sup>. Trên thực tế, tại Việt Nam, đã từng có quan điểm đề nghị xem xét lại vấn đề tư cách thành viên của thành viên hợp danh và “việc mở rộng thành viên hợp danh là pháp nhân”<sup>34</sup>. Vì thế, có thể nhận định, quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 hiện nay đã góp phần tạo nên sự kém hấp dẫn của loại hình công ty hợp danh cũng như công ty hợp vốn đơn giản tại Việt Nam.

**Thứ năm**, vấn đề cơ chế chịu trách nhiệm của từng loại hình thành viên trong công ty hợp vốn đơn giản

Pháp luật Hoa Kỳ quy định “các thành viên góp vốn không phải liên đới và không

<sup>31</sup> Nguyễn Vinh Hưng (2013), *Công ty hợp danh theo Luật Doanh nghiệp năm 2005 - Một số bất cập và kiến nghị*, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 07, tr. 35 - 40.

<sup>32</sup> Maurice Cozian, Alian Viandier, sđd, tr. 165.

<sup>33</sup> Marianne M. Jennings (2006), *Business its legal, Ethical, and global environment*, seventh edition, Thomson West, tr. 853.

<sup>34</sup> Đỗ Văn Đại (2005), *Cần quy định hợp lý về công ty hợp danh*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 06/2005. tr. 52 - 55.

chịu trách nhiệm vô hạn về các khoản nợ của công ty”<sup>35</sup>.

Tại Pháp, “thành viên nhận vốn là loại hình thành viên giống như thành viên hợp danh của công ty liên danh (công ty hợp danh) nên các quy tắc liên quan đến thành viên này được áp dụng tương tự. Đối với thành viên xuất vốn (thành viên góp vốn), thành viên này không phải đem hết tài sản của cá nhân ra để chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty, họ chỉ chịu trách nhiệm đến hết giá trị phần vốn góp của mình”<sup>36</sup>. Theo pháp luật của Đức, thành viên nhận vốn phải chịu trách nhiệm vô hạn, còn những thành viên góp vốn không chịu trách nhiệm và họ bị cấm quản lý công ty<sup>37</sup>. Nói cách khác, pháp luật tại Đức quy định rất rõ ràng: “Ít nhất một thành viên hợp danh chịu trách nhiệm vô hạn bằng toàn bộ tài sản của mình đối với nghĩa vụ của công ty. Thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ trong phần vốn của mình”<sup>38</sup>.

Căn cứ các quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014: “Thành viên hợp danh được xác định chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty”<sup>39</sup>; còn “thành viên góp vốn chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty trong phạm vi số vốn đã góp vào công ty”<sup>40</sup>. Từ đó, có thể nhận thấy, giữa pháp

luật Việt Nam với pháp luật của các quốc gia trên đã có sự tương đồng về vấn đề này.

**Thứ sáu, quản trị điều hành và cơ chế đại diện** trong công ty hợp vốn đơn giản

Nghiên cứu cho thấy, “việc quản trị điều hành của công ty hợp vốn đơn giản được tiến hành dựa trên cơ sở những người quản lý bao giờ cũng được chỉ định trong số thành viên nhận vốn. Còn các thành viên xuất vốn không thể trở thành người quản lý. Điều này có nghĩa, thành viên nhận vốn sẽ chịu mọi trách nhiệm liên quan đến việc quản trị điều hành và đại diện cho công ty hợp vốn đơn giản”<sup>41</sup>.

Pháp luật Hoa Kỳ quy định thành viên góp vốn “không được tham gia quản lý công ty và không được đại diện cho công ty trong các giao dịch pháp lý”<sup>42</sup>.

Còn theo các tác giả Maurice Cozian và Alian Viandier, “công ty hợp vốn đơn giản là một công ty có hai loại hội viên không bình đẳng với nhau, người ta phân biệt giữa hội viên xuất vốn và hội viên quản trị (quản lý và sử dụng vốn). Các hội viên quản trị (có khi chỉ có một hội viên quản trị) có trách nhiệm và nghĩa vụ giống như hội viên ở công ty hợp danh. Việc họ có quyền được ưu tiên hơn là hoàn toàn đúng vì họ có trách nhiệm lớn hơn: Hội viên quản trị liên đới chịu trách nhiệm về hoạt động của công ty, mọi quy định đối với hội viên công ty hợp danh cũng đều có giá trị đối với hội viên quản trị ở công ty hợp vốn đơn giản”<sup>43</sup>.

<sup>35</sup> Phạm Duy Nghĩa (chủ biên 2001), sđd, tr. 152.

<sup>36</sup> Francis Lemeunier (1993), sđd, tr. 196.

<sup>37</sup> Friedrich Kuebler và Juergen Simon (1992), sđd, tr. 31.

<sup>38</sup> Ủy ban Kinh tế của Quốc hội (2016), sđd, tr. 275.

<sup>39</sup> Điểm b khoản 1 Điều 172 của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

<sup>40</sup> Điểm c khoản 1 Điều 172 của Luật Doanh nghiệp năm 2014.

<sup>41</sup> Nguyễn Vinh Hưng (2016), *Các loại hình của công ty hợp danh tại một số quốc gia châu Âu*, Tạp chí Nghiên cứu châu Âu, số 09, tr. 36.

<sup>42</sup> Phạm Duy Nghĩa (chủ biên 2001), sđd, tr. 152.

<sup>43</sup> Maurice Cozian, Alian Viandier (1990), sđd, tr. 189.

Pháp luật Đức quy định, “trong quan hệ nội bộ, các thành viên có toàn quyền thỏa thuận, ví dụ ngay cả thành viên góp vốn cũng có quyền tham gia quản lý. Tuy nhiên, về đối ngoại, chỉ thành viên nhận vốn mới có quyền đại diện. Nếu thành viên góp vốn đứng ra thay mặt công ty thì sẽ mất quyền chịu trách nhiệm hữu hạn”<sup>44</sup>. Từ đó cho thấy, việc quản trị điều hành và đại diện cho công ty hợp vốn đơn giản phải được giao cho các thành viên nhận vốn. Các thành viên góp vốn chỉ được phép tham gia vào các công việc trong nội bộ của công ty và thành viên này không được đại diện cho công ty trong bất kỳ trường hợp nào.

Hay tại Hàn Quốc, “công ty hợp danh hữu hạn là công ty hợp danh có 02 loại thành viên: Thành viên chịu trách nhiệm hữu hạn và thành viên chịu trách nhiệm vô hạn. Thành viên chịu trách nhiệm hữu hạn không được quyền cung cấp các dịch vụ nhân danh công ty. Thành viên chịu trách nhiệm vô hạn có trách nhiệm và bổn phận quản lý công việc chung của công ty”<sup>45</sup>.

Căn cứ quy định của Luật Doanh nghiệp năm 2014, thành viên hợp danh có toàn quyền quyết định mọi vấn đề của công ty cũng như có quyền đại diện cho công ty giao dịch với bên thứ ba<sup>46</sup>. Bởi lẽ, thành viên hợp danh luôn được xác định là những người giữ vai trò chủ chốt quyết định của công ty. Mặt khác, sự hình thành, tồn tại và phát triển của công ty thường gắn bó chặt chẽ với thành viên hợp danh và các thành

viên này còn phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn đối với mọi nghĩa vụ tài chính của công ty. Vì thế, quyền hạn của thành viên hợp danh thường rất lớn. Ngược lại, do vai trò của thành viên góp vốn chỉ là thứ yếu trong công ty hợp vốn đơn giản và chỉ phải chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi số vốn đóng góp, do đó, quyền hạn của thành viên góp vốn phải hạn chế hơn so với thành viên hợp danh. Cụ thể, thành viên góp vốn chỉ có các quyền hạn cơ bản như tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng thành viên về việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn... và các nội dung khác có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ. Đồng thời, thành viên góp vốn không có quyền được tham gia quản lý công ty và không được tiến hành công việc kinh doanh nhân danh công ty<sup>47</sup>.

## 2. Kiến nghị

Qua nghiên cứu các quy định về công ty hợp vốn đơn giản theo pháp luật tại một số quốc gia trên thế giới và so sánh với quy định trong Luật Doanh nghiệp năm 2014 của Việt Nam, có thể thấy sự khác biệt rất lớn. Bởi lẽ, hầu hết các quốc gia đều xác định rõ ràng hình thức pháp lý của từng loại hình công ty đối nhân như công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản. Đồng thời, trong hệ thống pháp luật tại các quốc gia thường quy định cả hai loại hình công ty này nhằm mục đích tạo thuận lợi cho các nhà đầu tư khi quyết định lựa chọn theo hình thức công ty nào và còn là cơ sở để trong quá trình hoạt động các công ty này có thể thuận tiện, dễ dàng thay đổi hình thức pháp lý sang nhau. Từ đó, tác giả cho

<sup>44</sup> Friedrich Kuebler và Juergen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng hòa Liên bang Đức*, sđd, tr. 35.

<sup>45</sup> Ủy ban Kinh tế của Quốc hội (2016), sđd, tr. 379.

<sup>46</sup> Điều 176 và Điều 179 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

<sup>47</sup> Điều 182 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

rằng, để loại hình công ty hợp vốn đơn giản có thể phát triển mạnh mẽ tại môi trường thương mại của Việt Nam trong giai đoạn hội nhập quốc tế, cần xem xét các giải pháp sau:

Nghiên cứu cho thấy, pháp luật các quốc gia luôn quy định rất chặt chẽ, đầy đủ, rõ ràng về công ty hợp vốn đơn giản và công ty hợp danh, góp phần tạo nên môi trường pháp lý an toàn, hiệu quả cho hoạt động kinh doanh của công ty hợp vốn đơn giản và bảo vệ các nhà đầu tư cũng như khách hàng khi giao dịch với công ty này. Tuy nhiên, như đã nói, kể từ Luật Doanh nghiệp năm 1999 cho đến Luật Doanh nghiệp năm 2005 và cả Luật Doanh nghiệp năm 2014 hiện nay vẫn chưa quy định rõ ràng giữa công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản. Có lẽ, khi bắt đầu quy định loại hình công ty hợp danh trong Luật Doanh nghiệp năm 1999, nhà làm luật tại Việt Nam dự tính muốn tạo thêm thuận lợi cho công ty này khi cho phép công ty có thêm sự tham gia của cả loại hình thành viên góp vốn và vì thế cho rằng, không cần phải quy định thêm công ty hợp vốn đơn giản. Hay nói cách khác, pháp luật Việt Nam dự định đơn giản hóa quy định về các loại hình công ty đối nhân nên đã quy định gộp cả hai loại hình công ty là công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản trong một hình thức của công ty hợp danh. Tuy nhiên, điều này lại làm cho hình thức pháp lý của công ty hợp danh trở nên không rõ ràng dẫn đến việc công ty hợp danh và cả công ty hợp vốn đơn giản rất khó phát triển tại Việt Nam.

Từ đó, theo tác giả, việc khắc phục, sửa chữa những hạn chế, bất cập của công ty

hợp danh hiện nay cũng chính là cơ sở để xác định rõ ranh giới của loại hình công ty hợp vốn đơn giản. Vì thế, cần thiết sửa đổi điểm a khoản 1 Điều 172 của Luật Doanh nghiệp năm 2014 theo hướng: “Công ty hợp danh là doanh nghiệp, trong đó phải có ít nhất 02 thành viên hợp danh là cá nhân liên đới và chịu trách nhiệm vô hạn về mọi nghĩa vụ tài chính của công ty”. Đối với tất cả các quy định về thành viên góp vốn trong chế định pháp luật công ty hợp danh hiện nay cần phải loại bỏ để chuyển chúng sang chế định pháp luật của công ty hợp vốn đơn giản. Đồng thời, cần nhanh chóng bổ sung chế định pháp luật của công ty hợp vốn đơn giản trong Luật Doanh nghiệp. Mặt khác, để phân biệt rõ ràng giữa công ty hợp vốn đơn giản với công ty hợp danh cần quy định theo hướng: “Công ty hợp vốn đơn giản là doanh nghiệp, trong đó phải có ít nhất 01 thành viên nhận vốn là cá nhân chịu trách nhiệm vô hạn, liên đới đối với các nghĩa vụ tài chính của công ty và ít nhất 01 thành viên góp vốn chịu trách nhiệm hữu hạn trong phạm vi số vốn góp”. Về cách dùng từ trong các chế định của công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản, theo tác giả, nên dùng tên gọi “thành viên nhận vốn” trong công ty hợp vốn đơn giản để phân biệt với “thành viên hợp danh” của công ty hợp danh. Mặc dù, về bản chất, hai loại thành viên của hai công ty này giống nhau. Thế nhưng, việc sử dụng tên gọi khác nhau phần nào phản ánh sự khác biệt giữa hai công ty này. Có như vậy, loại hình công ty hợp vốn đơn giản mới được xác định rõ ràng, tránh việc phải núp bóng dưới hình thức công ty hợp danh.

# NHỮNG ĐIỂM MỚI TRONG CÁC QUY ĐỊNH CỦA LUẬT CẠNH TRANH NĂM 2018 VỀ KIỂM SOÁT TẬP TRUNG KINH TẾ

*Trần Linh Huân\**

**Tóm tắt:** Bài viết tập trung phân tích, đánh giá, bình luận một số điểm mới mang tính đột phá trong quy định về kiểm soát tập trung kinh tế theo Luật Cạnh tranh năm 2018 trên cơ sở đối chiếu với những điểm hạn chế, bất cập trong Luật Cạnh tranh năm 2004. Qua đó, nhấn mạnh tầm quan trọng của việc thay đổi này trong việc bảo vệ quyền lợi của doanh nghiệp và thúc đẩy sự phát triển kinh tế thị trường tại Việt Nam.

**Abstract:** The article focuses on analyzing, evaluating and commenting on some breakthroughs in the regulation of economic concentration control according to the Competition Law of 2018 on the basis of comparison with the limitations and inadequacies in the Competition Law of 2004. Thereby, it emphasizes on the importance of this change in protecting the rights of enterprises and promoting the development of the market economy in Vietnam.

Luật Cạnh tranh (LCT) năm 2018 được Quốc hội Khóa XIV, kỳ họp thứ 5 thông qua ngày 12/6/2018, sẽ chính thức có hiệu lực từ ngày 01/07/2019, so với LCT năm 2004, đã thể hiện sự kết hợp chặt chẽ giữa tư duy kinh tế và tư duy pháp lý, trong đó nhấn mạnh yêu cầu tăng cường hiệu quả thực thi. LCT mới với nhiều điểm tiến bộ nhất là những nội dung quy định về tập trung kinh tế (TTKT) có tác động hạn chế cạnh tranh đến thị trường Việt Nam.\* Trong số nhiều nội dung sửa đổi, bổ sung, LCT năm 2018 đã đổi mới cách tiếp cận, kiểm soát các hành vi TTKT theo hướng áp dụng nhiều hơn các phương pháp về phân tích kinh tế phù hợp với xu hướng của thế giới, góp phần hướng đến xây dựng một môi trường kinh doanh lành mạnh, bền vững. Ở nội dung TTKT, sự đổi mới, tiến

bộ được thể hiện qua các quy định về việc tách TTKT ra khỏi hành vi hạn chế cạnh tranh, các quy định về hình thức TTKT, trường hợp TTKT bị cấm, thủ tục xem xét TTKT, đánh giá tác động của việc TTKT, quyết định TTKT, và các hành vi vi phạm quy định về TTKT.

## **1. Tách biệt tập trung kinh tế ra khỏi hành vi hạn chế cạnh tranh**

Khác với quy định của LCT 2004, LCT năm 2018 đã tách TTKT ra khỏi hành vi hạn chế cạnh tranh. Nếu LCT năm 2004 quy định phạm vi điều chỉnh bao gồm hành vi hạn chế cạnh tranh và cạnh tranh không lành mạnh, trong đó hành vi hạn chế cạnh tranh bao gồm cả TTKT, thì Điều 1 LCT năm 2018 quy định phạm vi điều chỉnh của Luật bao gồm: “Hành vi hạn chế cạnh tranh, TTKT gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh đến thị trường Việt Nam; hành vi cạnh tranh không

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

*lành mạnh... ”. Như vậy, LCT năm 2018 đã bỏ hành vi TTKT ra khỏi khái niệm hành vi hạn chế cạnh tranh<sup>1</sup>. Điều này là phù hợp, bởi việc coi TTKT như một trong những hành vi hạn chế cạnh tranh theo LCT năm 2004 sẽ dẫn đến những điểm bất cập sau:*

*Một là, về bản chất, hoạt động TTKT là việc tích tụ sức mạnh thị trường để hình thành nên chủ thể kinh tế có hiệu quả hoạt động cao hơn. Xét dưới góc độ thay đổi tổ chức doanh nghiệp, hành vi TTKT được coi là quyền của doanh nghiệp, doanh nghiệp được quyết định về cơ cấu, tổ chức hoạt động của mình. Quyền này của doanh nghiệp được thừa nhận rộng rãi và đã được quy định trong Bộ luật Dân sự, Luật Doanh nghiệp và các luật chuyên ngành. Cần phân biệt rõ hành vi TTKT trong thay đổi tổ chức doanh nghiệp và TTKT như là một hành vi hạn chế cạnh tranh. Do đó, việc nhận thức TTKT là hành vi hạn chế cạnh tranh đã trực tiếp tác động đến quyền của doanh nghiệp đã được pháp luật bảo vệ.*

*Hai là, không phải mọi hành vi TTKT đều dẫn tới hậu quả hạn chế cạnh tranh, do đó việc quy định hành vi hạn chế cạnh tranh gồm cả TTKT là không hợp lý. Về bản chất, việc giới hạn quyền TTKT của các doanh nghiệp là căn cứ vào hậu quả do hành vi TTKT gây ra, theo đó TTKT có thể gây ra hạn chế cạnh tranh đáng kể khi đạt đến một mức độ tập trung nhất định. Khi đó, TTKT sẽ cản trở sự gia nhập thị trường của các chủ thể mới và/hoặc ảnh hưởng đến lợi ích công cộng khi làm thay đổi cấu trúc cạnh*

*tranh trên thị trường<sup>2</sup>. Tuy nhiên, khả năng TTKT gây ra tác động này chỉ dừng lại ở mức “có thể”, vì vậy không thể quy chụp tất cả hành vi TTKT đều sẽ dẫn đến hậu quả hạn chế cạnh tranh.*

*Vì vậy, với các lý do nêu trên, việc tách nội dung quy định về TTKT ra khỏi các nội dung quy định về hành vi hạn chế cạnh tranh như trong LCT năm 2018 là cần thiết và hợp lý.*

## **2. Về hình thức tập trung kinh tế**

*Các hình thức TTKT được quy định tại Điều 29 LCT năm 2018. Điều 29 là một điều luật mới được xây dựng trên cơ sở tổng hợp nội dung quy định tại Điều 16 và 17 LCT năm 2004 quy định về các hình thức và nội hàm của từng hình thức TTKT. Theo LCT năm 2018, TTKT bao gồm các hình thức như: (i) Sáp nhập doanh nghiệp, (ii) Hợp nhất doanh nghiệp, (iii) Mua lại doanh nghiệp, (iv) Liên doanh giữa các doanh nghiệp và (v) Các hình thức TTKT khác theo quy định của pháp luật. So với Luật cũ, LCT năm 2018 đã có sự thay đổi trong quy định về cách xác định nội hàm của hoạt động sáp nhập doanh nghiệp và hợp nhất doanh nghiệp. Theo LCT năm 2018, hoạt động sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp được xác định không chỉ dừng lại ở việc chấm dứt sự tồn tại của doanh nghiệp, mà còn xác định ở yếu tố chấm dứt hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Việc đưa yếu tố “chấm dứt hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp” để xác định hành vi TTKT dưới hình thức sáp nhập hoặc hợp nhất*

<sup>1</sup> Khoản 2 Điều 3 LCT năm 2018.

<sup>2</sup> Trần Thị Thu Phương (2014), “*Một số vấn đề về kiểm soát tập trung kinh tế của pháp luật Việt Nam và kinh nghiệm chung từ một số quốc gia*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 4(312), tr. 47.

doanh nghiệp là điểm mới so với LCT cũ. Điều này thể hiện sự tiến bộ lớn trong tư duy pháp lý, góp phần bao quát được các dạng khác nhau của hình thức TTKT xảy ra trên thực tế. Từ đó, giúp các chủ thể liên quan có thể dễ dàng xác định cụ thể, chính xác được các hành vi TTKT dưới hình thức sáp nhập hoặc hợp nhất doanh nghiệp. Việc chấm dứt hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp là một trong những dấu hiệu quan trọng để nhận biết hình thức TTKT. Vì vậy, đây là sự bổ sung cần thiết để xác định hình thức TTKT dưới dạng sáp nhập và hợp nhất doanh nghiệp. Bên cạnh đó, LCT năm 2018 cũng đã quy định sửa đổi về vấn đề mua lại doanh nghiệp: *“Mua lại doanh nghiệp là việc một doanh nghiệp trực tiếp hoặc gián tiếp mua toàn bộ hoặc một phần vốn góp, tài sản của doanh nghiệp khác đủ để kiểm soát, chi phối doanh nghiệp hoặc một ngành nghề của doanh nghiệp bị mua lại”*<sup>3</sup>. Như vậy, LCT năm 2018 đã quy định cụ thể, rõ ràng về hành vi TTKT dưới hình thức mua lại doanh nghiệp. Nếu như trong LCT năm 2004 chỉ quy định một cách chung chung về hình thức mua lại doanh nghiệp thì trong LCT năm 2018 đã xác định rõ hình thức mua lại là “trực tiếp hoặc gián tiếp”. Việc bổ sung thêm cụm từ “trực tiếp hoặc gián tiếp” tạo cơ sở pháp lý vững chắc giúp xác định rõ các hình thức mua lại doanh nghiệp. Bởi, nếu quy định chung chung như trong LCT cũ sẽ gây khó khăn cho việc xác định hành vi TTKT dưới hình thức mua lại doanh nghiệp. Trên thực tế, có khá nhiều doanh nghiệp lách luật bằng cách tiến hành thành lập công ty con để tránh hoạt động kiểm

soát TTKT của cơ quan cạnh tranh khi doanh nghiệp mới chưa có ngành nghề kinh doanh trùng lặp và chưa có thị phần trên thị trường. Ngoài ra, LCT năm 2018 bổ sung đối tượng mua lại không chỉ là tài sản, mà còn có thể là cổ phần của doanh nghiệp. Đây là sự bổ sung cần thiết để các chủ thể có thể căn cứ vào đó xác định các hành vi TTKT dưới hình thức mua lại doanh nghiệp được chính xác, minh thị, dễ dàng. Bên cạnh đó, liên doanh giữa các doanh nghiệp cũng là một trong các hình thức TTKT. Ngoài ra, bên cạnh các hình thức TTKT nêu trên, LCT năm 2018 cũng thừa nhận các hình thức TTKT khác theo quy định pháp luật. Quy định này nhằm mở rộng phạm vi điều chỉnh của pháp luật, mang tính dự liệu những hình thức TTKT mới sẽ xuất hiện trong tương lai, tránh bỏ sót những trường hợp có thể phát sinh nhằm duy trì thị trường cạnh tranh lành mạnh.

### 3. Về tập trung kinh tế bị cấm

Vấn đề TTKT bị cấm được quy định tại Điều 30 LCT năm 2018; sửa đổi cách tiếp cận về trường hợp TTKT bị cấm theo quy định tại Điều 18 LCT năm 2004. LCT năm 2004 quy định cấm TTKT nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT chiếm trên 50% trên thị trường liên quan, trừ trường hợp doanh nghiệp sau thực hiện TTKT vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật. Quy định này đã tạo ra sự bất cập vì không ngăn ngừa được mọi hành vi TTKT gây tác động tiêu cực tới cạnh tranh trên thị trường, bởi thực tế có những trường hợp thị phần kết hợp dưới 50% nhưng vẫn có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh. Ngược lại, điều này còn

<sup>3</sup> Khoản 4 Điều 29 LCT năm 2018.

có thể ngăn cản những hoạt động TTKT có lợi cho thị trường và làm hạn chế quyền tự do kinh doanh của doanh nghiệp khi TTKT có thị phần kết hợp trên 50%, nhưng không có tác động tiêu cực tới thị trường. Để khắc phục vấn đề này, Điều 30 LCT năm 2018 quy định: “Doanh nghiệp thực hiện TTKT gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam”. Như vậy, LCT năm 2018 đã thừa nhận TTKT là quyền tự nhiên của doanh nghiệp. Theo đó, LCT năm 2018 không quy định cấm TTKT một cách máy móc dựa trên mức thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT như quy định tại LCT năm 2004. Ngược lại, LCT năm 2018 chỉ quy định cấm doanh nghiệp thực hiện TTKT khi tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường. Theo LCT năm 2018, tiêu chí để xác định trường hợp TTKT bị cấm dựa trên bản chất gây tác động hoặc có thể gây tác động hạn chế cạnh tranh của giao dịch TTKT. Chỉ những giao dịch TTKT gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể mà không có biện pháp khắc phục mới bị cấm. Cơ quan cạnh tranh quốc gia xem xét, đánh giá việc TTKT dựa trên những tiêu chí cụ thể được quy định tại Điều 36 và Điều 37 LCT năm 2018. Tóm lại, LCT mới đã thay đổi căn bản về tư duy lập pháp, theo đó LCT năm 2018 đã thừa nhận TTKT là quyền tự nhiên của doanh nghiệp; góp phần nâng cao hiệu quả trong hoạt động kinh doanh. Đây là sự thay đổi căn bản cách tiếp cận cần thiết để hoàn thiện các quy định kiểm soát TTKT.

#### 4. Về thủ tục xem xét tập trung kinh tế

##### 4.1. Thông báo tập trung kinh tế

Thông báo TTKT là thủ tục nhằm giúp cho cơ quan có thẩm quyền kiểm soát được những trường hợp có khả năng làm hạn chế cạnh tranh trên thị trường. Theo quy định của LCT năm 2004, nếu các doanh nghiệp TTKT có thị phần kết hợp từ 30% đến 50% trên thị trường liên quan thì đại diện hợp pháp của các doanh nghiệp đó phải thông báo cho cơ quan quản lý cạnh tranh trước khi tiến hành TTKT. Trường hợp thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT thấp hơn 30% trên thị trường liên quan hoặc trường hợp doanh nghiệp sau khi thực hiện TTKT vẫn thuộc loại doanh nghiệp nhỏ và vừa theo quy định của pháp luật thì không phải thông báo. Đối với các doanh nghiệp tham gia TTKT được hưởng miễn trừ thì được nộp hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ thay cho thông báo việc TTKT<sup>4</sup>. Tuy nhiên, theo quy định tại Điều 33 LCT năm 2018, các doanh nghiệp tham gia TTKT phải nộp hồ sơ thông báo TTKT đến Ủy ban Cạnh tranh quốc gia trước khi tiến hành TTKT nếu thuộc ngưỡng thông báo TTKT. Theo đó, ngưỡng thông báo TTKT được xác định căn cứ vào một trong các tiêu chí như: Tổng tài sản trên thị trường Việt Nam, tổng doanh thu trên thị trường Việt Nam, thị phần kết hợp trên thị trường liên quan của doanh nghiệp tham gia TTKT và giá trị giao dịch của TTKT. Đây là điểm mới nổi bật của LCT năm 2018 so với Luật cũ khi bổ sung tiêu chí để xác định ngưỡng thông báo TTKT. Ngoài tiêu

<sup>4</sup> Xem Điều 20 LCT năm 2004.

chí đó như LCT năm 2004, LCT năm 2018 còn căn cứ vào các tiêu chí khác như tổng tài sản, tổng doanh thu và giá trị giao dịch để xác định ngưỡng thông báo TTKT. Theo tác giả, sự thay đổi này là phù hợp bởi những lý do sau:

*Một là*, nếu chỉ căn cứ vào thị phần (tức điều chỉnh TTKT theo chiều ngang) sẽ bỏ sót các hành vi TTKT theo chiều dọc và hỗn hợp. Hoạt động TTKT có thể được diễn ra dưới nhiều hình thức đa dạng, đó có thể là hành vi TTKT giữa các doanh nghiệp trên cùng một thị trường liên quan (theo chiều ngang); có thể là giữa các doanh nghiệp ở cấp độ khác nhau của chuỗi sản phẩm (theo chiều dọc); và cũng có thể giữa các doanh nghiệp không sản xuất những sản phẩm cạnh tranh, cũng không có mối quan hệ mua bán thực sự tiềm năng (hỗn hợp). Như vậy, với cách xác định của LCT năm 2004 sẽ không thể kiểm soát được hành vi TTKT của các doanh nghiệp không trên cùng một thị trường liên quan, vì thế việc bổ sung một số tiêu chí trong LCT năm 2018 là phù hợp với thông lệ quốc tế. Cụ thể, với tiêu chí tổng tài sản và tổng doanh thu có thể giúp cho doanh nghiệp và cơ quan có thẩm quyền có cơ sở đầy đủ hơn để đánh giá nguy cơ hạn chế cạnh tranh của hành vi TTKT. Bên cạnh đó, giá trị giao dịch cũng là một tiêu chí quan trọng, bởi lẽ, TTKT được thể hiện khá rõ thông qua tổng giá trị giao dịch bằng những con số cụ thể<sup>5</sup>.

*Hai là*, việc quy định ngưỡng theo thị phần như LCT năm 2004 thể hiện sự cứng

nhắc; vừa cấm những hành vi vượt ngưỡng không cần thiết, vừa bỏ sót những hành vi tuy chưa vượt ngưỡng nhưng lại có khả năng gây hạn chế cạnh tranh trên thực tế. Có trường hợp TTKT tuy vượt ngưỡng nhưng không tạo ra tác động hạn chế cạnh tranh đáng kể trên thị trường; ngược lại, có nhiều trường hợp tuy không vượt ngưỡng nhưng lại có thể gây ra tác động hạn chế cạnh tranh. Đối với một số thị trường, chỉ cần mức thị phần 10%-20% đã đủ mang lại cho doanh nghiệp một sức mạnh tuyệt đối trên thị trường, đặc biệt đối với các thị trường phân tán và có sự chênh lệch đáng kể trong thị phần giữa doanh nghiệp hoặc nhóm doanh nghiệp đứng đầu trên thị trường với các doanh nghiệp đứng sau<sup>6</sup>.

*Ba là*, nếu chỉ dựa vào thị phần để đánh giá tác động của TTKT đến tương lai của thị trường cạnh tranh sẽ đồng nghĩa với việc đặt thị trường trong trạng thái tĩnh<sup>7</sup>. Tại thời điểm đánh giá TTKT, hậu quả hạn chế cạnh tranh vẫn chưa xảy ra, vì thế, nếu chỉ xét đến yếu tố thị phần ở thời điểm xem xét sẽ không thể hiện được bản chất của đánh giá TTKT.

Xuất phát từ những lý do trên, có ý kiến cho rằng nên bỏ tiêu chí thị phần trong việc xác định ngưỡng thông báo TTKT, nhưng LCT năm 2018 vẫn giữ tiêu chí này. Tuy vậy, trong số các tiêu chí xác định ngưỡng thông báo TTKT, thị phần được xếp ở vị trí cuối cùng. Điều này cho thấy, pháp luật cạnh tranh không còn coi tiêu chí này là quan trọng nhất mà chỉ là một trong các tiêu chí để xác định ngưỡng thông báo TTKT.

---

<sup>5</sup> Hà Ngọc Anh (2018), “*Pháp luật kiểm soát tập trung kinh tế ở Việt Nam*”, Luận án tiến sĩ Luật học, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, tr. 121.

<sup>6</sup> Trần Thị Thu Phương (2014), tldđ, tr. 49.

<sup>7</sup> Trần Thị Thu Phương (2014), tldđ, tr. 48.

Có thể khẳng định, những tiêu chí để xác định ngưỡng thông báo TTKT được quy định tại khoản 2 Điều 33 LCT năm 2018 là những tiêu chí mang tính định lượng rõ ràng để các doanh nghiệp dễ dàng tiếp cận và hiểu rõ các quy định pháp luật về kiểm soát TTKT.

#### **4.2. Hồ sơ thông báo tập trung kinh tế**

Hồ sơ thông báo TTKT được quy định chi tiết tại khoản 1 Điều 34 LCT năm 2018, so với LCT năm 2004 đã có những điểm bổ sung nhằm hoàn thiện chất lượng của hồ sơ. Về cơ bản, thành phần hồ sơ thông báo TTKT giống quy định của Luật cũ, tuy nhiên theo LCT năm 2018, thành phần hồ sơ thông báo TTKT còn phải bổ sung thêm dự thảo nội dung thỏa thuận tập trung kinh tế hoặc dự thảo hợp đồng, biên bản ghi nhớ việc tập trung kinh tế giữa các doanh nghiệp; phương án khắc phục khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh của việc TTKT; báo cáo đánh giá tác động tích cực của việc TTKT và các biện pháp tăng cường tác động tích cực của việc TTKT. Riêng đối với báo cáo tài chính của từng doanh nghiệp tham gia TTKT, LCT năm 2018 đã bổ sung thêm trường hợp của doanh nghiệp mới thành lập. Việc bổ sung thêm các thành phần hồ sơ so với Luật cũ là phù hợp và cần thiết, điều này không chỉ góp phần quy định chặt chẽ hơn nội dung của hồ sơ thông báo TTKT, mà còn tạo điều kiện thuận lợi trong việc cung cấp những thông tin dữ liệu cần thiết để phục vụ cho cơ quan có thẩm quyền trong việc xem xét, đánh giá hồ sơ để từ đó đưa ra kết luận đúng đắn.

#### **4.3. Tiếp nhận hồ sơ thông báo tập trung kinh tế**

LCT năm 2018 có sự thay đổi cơ bản về cơ quan có trách nhiệm tiếp nhận hồ sơ thông báo TTKT, cụ thể tại khoản 1 Điều 35, trách nhiệm này thuộc về Ủy ban Cạnh tranh quốc gia<sup>8</sup> (trực thuộc Bộ Công Thương) thay cho cơ quan quản lý cạnh tranh (Cục Quản lý cạnh tranh) như LCT năm 2004. Hiện tại, Việt Nam có hai cơ quan thực thi LCT là: Cục Quản lý Cạnh tranh và Hội đồng Cạnh tranh. Ủy ban Cạnh tranh quốc gia chính là kết quả của việc sáp nhập của hai cơ quan này. Vấn đề thành lập Ủy ban Cạnh tranh quốc gia đã xuất hiện những ý kiến khác nhau về tính độc lập cũng như quyền hạn của cơ quan này. Quan điểm phản đối cho rằng, việc để Ủy ban Cạnh tranh quốc gia thuộc Bộ Công Thương sẽ làm phình thêm bộ máy nhà nước và không đảm bảo tính độc lập trong xử lý các vụ việc cạnh tranh, dễ dẫn đến tình trạng “vừa đá bóng, vừa thổi còi”. Ủy ban Cạnh tranh quốc gia ngoài nhiệm vụ tham mưu giúp Bộ trưởng Công Thương thực hiện chức năng quản lý nhà nước về cạnh tranh thì còn được giao nhiều nhiệm vụ khác như tiến hành tố tụng cạnh tranh; kiểm soát TTKT; quyết định việc miễn trừ đối với thỏa thuận hạn chế cạnh tranh bị cấm; giải quyết khiếu nại đối với các quyết định liên quan đến vụ việc cạnh tranh... Việc giao quá nhiều quyền như vậy cho Ủy ban Cạnh tranh quốc gia dễ tạo ra sự lạm quyền và có nguy cơ xảy ra tham nhũng về chính sách. Từ đó, luồng ý kiến phản đối đã đưa ra kiến nghị nên cơ cấu Ủy ban Cạnh tranh quốc gia trực thuộc Chính phủ thay vì Bộ

<sup>8</sup> Ủy ban Cạnh tranh quốc gia là cơ quan thuộc Bộ Công Thương gồm Chủ tịch, các Phó chủ tịch và các thành viên.

Công Thương. Ngược lại, cũng có nhiều quan điểm khác cho rằng, việc sáp nhập Cục Quản lý cạnh tranh với Hội đồng Cạnh tranh thành một cơ quan trực thuộc Bộ Công Thương là phù hợp. Bởi khi đó, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia được tăng cường năng lực thực thi, hơn nữa Ủy ban Cạnh tranh quốc gia không thể lạm dụng quyền hạn được giao vì mọi quyết định của cơ quan này đều có thể bị doanh nghiệp, người tiêu dùng khởi kiện ra tòa án dân sự nếu cho rằng quyết định của cơ quan quản lý cạnh tranh gây thiệt hại cho doanh nghiệp, cho người tiêu dùng<sup>9</sup>. Riêng trong lĩnh vực TTKT, theo tác giả, việc giao cho Ủy ban Cạnh tranh quốc gia tiếp nhận hồ sơ thông báo TTKT vẫn là phù hợp. Tuy đại diện cộng đồng doanh nghiệp cũng bày tỏ lo ngại việc doanh nghiệp phải nộp hồ sơ thông báo cho Ủy ban Cạnh tranh quốc gia trước khi tiến hành TTKT là hình thức giấy phép con trá hình, gây khó khăn cho doanh nghiệp<sup>10</sup>, nhưng pháp luật cạnh tranh cũng đã quy định về việc khởi kiện đối với cơ quan cạnh tranh nên khó có thể xảy ra tình trạng này.

Về thời hạn tiếp nhận hồ sơ thông báo TTKT, LCT năm 2018 cũng có những quy định cụ thể, rõ ràng hơn so với LCT năm 2004. Điều 22 LCT năm 2004 chỉ quy định chung chung về thời hạn bảy ngày làm việc kể từ ngày tiếp nhận hồ sơ thông báo, cơ

quan quản lý cạnh tranh có trách nhiệm thông báo cho doanh nghiệp về tính hợp lệ, đầy đủ của hồ sơ nhưng không quy định thời hạn cho doanh nghiệp sửa đổi, bổ sung. Khắc phục hạn chế này, khoản 2 Điều 35 LCT năm 2018 quy định, doanh nghiệp được sửa đổi, bổ sung hồ sơ trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày được thông báo. Bên cạnh đó, LCT năm 2018 còn bổ sung một trường hợp mà pháp luật cạnh tranh trước đó không đề cập: Khi kết thúc thời hạn mà bên được yêu cầu không sửa đổi, bổ sung hồ sơ hoặc sửa đổi, bổ sung không đầy đủ theo yêu cầu thì cơ quan tiếp nhận hồ sơ trả lại hồ sơ thông báo TTKT.

Như vậy có thể thấy, LCT năm 2018 đã quy định chặt chẽ hơn về thời hạn tiếp nhận hồ sơ TTKT, tạo cơ sở pháp lý vững chắc để doanh nghiệp dễ dàng theo dõi tiến độ tiếp nhận, xử lý hồ sơ thông báo TTKT và các cơ quan có thẩm quyền thực hiện nhiệm vụ của mình được khoa học, nhanh chóng, hiệu quả.

#### **4.4. Thẩm định việc tập trung kinh tế**

Quy định về việc thẩm định TTKT có thể được coi là một trong những điểm nổi bật của việc hoàn thiện pháp luật cạnh tranh về kiểm soát TTKT. Theo đó, TTKT có thể phải trải qua hai vòng thẩm định bao gồm: Thẩm định sơ bộ và thẩm định chính thức thay vì một vòng như trước đó.

Đối với thẩm định sơ bộ, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia phải thẩm định các nội dung được quy định chi tiết trong khoản 1 Điều 36 LCT năm 2018. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày tiếp nhận hồ sơ thông báo TTKT đầy đủ, hợp lệ, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia phải ra thông báo kết quả thẩm

<sup>9</sup> Mạnh Bôn, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia thuộc Bộ Công Thương có lo vừa đá bóng, vừa thổi còi, <https://baodautu.vn/uy-ban-can-h-tranh-quoc-gia-thuo-c-bo-cong-thuong-co-lo-vua-da-bong-vua-thoi-coi-d-84427.html>, truy cập ngày 27/12/2018.

<sup>10</sup> Thu Hà, Không có chuyện Ủy ban Cạnh tranh quốc gia vừa đá bóng vừa thổi còi, <https://congthuong.vn/khong-co-chuyen-uy-ban-can-h-tranh-quoc-gia-vua-da-bong-vua-thoi-coi-102394.html>, truy cập ngày 27/12/2018.

định sơ bộ việc TTKT về một trong các nội dung: TTKT được thực hiện; hoặc TTKT phải thẩm định chính thức. Nếu hết thời hạn nêu trên mà Ủy ban Cạnh tranh quốc gia vẫn chưa ra thông báo thì có nghĩa là TTKT đó được thực hiện. Nếu theo LCT năm 2004, thời hạn trả lời của cơ quan quản lý cạnh tranh là 45 ngày và được gia hạn không quá hai lần (mỗi lần không quá 30 ngày) trong trường hợp có nhiều tình tiết phức tạp, thì LCT năm 2018 lại rút ngắn thời hạn còn 30 ngày và bổ sung thêm vòng thẩm định thứ hai. Việc thay đổi này một mặt nhằm xây dựng một quy trình thẩm định TTKT chặt chẽ, mặt khác hạn chế được tình trạng thẩm định kéo dài không cần thiết và không hiệu quả.

Đối với thẩm định chính thức, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia thẩm định chính thức TTKT trong thời hạn 90 ngày kể từ ngày ra thông báo kết quả thẩm định sơ bộ và được gia hạn không quá 60 ngày đối với vụ việc phức tạp<sup>11</sup>. Có thể thấy, LCT năm 2018 tỏ ra khá thận trọng trong việc thẩm định chính thức TTKT khi quy định thời hạn thẩm định tối đa là 150 ngày để có thời gian thẩm định kỹ càng, tránh bỏ sót trường hợp TTKT có nguy cơ gây ra hạn chế cạnh tranh. Nội dung thẩm định chính thức TTKT được quy định tại khoản 2 Điều 37 LCT năm 2018 bao gồm: (i) Đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của việc TTKT và các biện pháp khắc phục tác động hạn chế cạnh tranh. Việc đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của việc TTKT được thực hiện dựa

trên các yếu tố quy định tại Điều 31 LCT năm 2018. Đây là cơ sở để cơ quan có thẩm quyền đánh giá một cách chính xác, khách quan tác động của việc TTKT. (ii) Đánh giá tác động tích cực của việc TTKT và các biện pháp tăng cường tác động tích cực của việc TTKT. Bên cạnh đánh giá tác động hoặc khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể của việc TTKT cũng cần phải đánh giá tác động tích cực của hoạt động này. Theo đó, các căn cứ dùng để đánh giá tác động tích cực của việc TTKT được quy định cụ thể tại Điều 32 LCT năm 2018, cụ thể: Tác động tích cực đến việc phát triển của ngành, lĩnh vực và khoa học, công nghệ theo chiến lược, quy hoạch của Nhà nước; tác động tích cực đến việc phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa; tăng cường sức cạnh tranh của doanh nghiệp Việt Nam trên thị trường quốc tế. Đáng chú ý, theo LCT năm 2004, yếu tố về phát triển của ngành, lĩnh vực và khoa học là một trong những căn cứ để xem xét miễn trừ đối với TTKT bị cấm thì căn cứ LCT năm 2018, đây chỉ là một trong các yếu tố để đánh giá tác động tích cực mà thôi. (iii) Đánh giá tổng hợp khả năng tác động hạn chế cạnh tranh và khả năng tác động tích cực của TTKT để làm cơ sở xem xét, quyết định về việc TTKT. Không phải cứ trường hợp TTKT nào có khả năng gây hạn chế cạnh tranh cũng sẽ bị cấm, mà cần phải cân nhắc đến khả năng tác động hạn chế cạnh tranh cũng như khả năng tác động tích cực của TTKT, từ đó đánh giá xem mặt nào chiếm ưu thế để đưa ra quyết định phù hợp. Nếu việc TTKT mang lại nhiều tác động tích cực hơn hẳn so với những tác động hạn chế cạnh tranh mà nó gây ra thì hoạt động

<sup>11</sup> Khoản 1 Điều 37 LCT năm 2018.

TTKT đó sẽ có khả năng được thực hiện và ngược lại.

Như vậy, với cách quy định rút ngắn thời hạn thẩm định sơ bộ, LCT năm 2018 đã tạo điều kiện cho các trường hợp TTKT không gây tác động đáng kể đến cạnh tranh trên thị trường diễn ra nhanh hơn, đảm bảo doanh nghiệp thực hiện quyền hợp pháp của mình. Trong khi đó, việc quy định thời hạn thẩm định chính thức dài hơn tạo điều kiện cho cơ quan có thẩm quyền đánh giá được những tác động của hành vi TTKT; từ đó đưa ra được quyết định chính xác nhằm bảo vệ cạnh tranh trên thị trường. Chính sự kết hợp của hai hình thức thẩm định này đã giúp cho hoạt động kiểm soát TTKT được thực hiện một cách hiệu quả, có cơ sở pháp lý rõ ràng.

Bên cạnh đó, LCT năm 2018 cũng quy định về trách nhiệm của cơ quan, tổ chức, cá nhân có liên quan trong việc cung cấp đầy đủ, chính xác và kịp thời các thông tin, tài liệu theo yêu cầu của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia trong quá trình thẩm định TTKT<sup>12</sup>. Hơn nữa, trong quá trình thẩm định TTKT, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia có quyền yêu cầu doanh nghiệp bổ sung thông tin, tài liệu nhưng không quá hai lần theo quy định<sup>13</sup>. Đồng thời, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia còn có quyền thực hiện tham vấn theo quy định tại Điều 39 LCT năm 2018. Đây là một quy định hoàn toàn mới, theo đó, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia có quyền tham vấn cơ quan quản lý ngành, lĩnh vực mà các doanh nghiệp tham gia TTKT đang hoạt động; có quyền tiến hành tham vấn ý kiến của các

doanh nghiệp, tổ chức và cá nhân khác có liên quan.

### 5. Về quyết định tập trung kinh tế

Quyết định về việc TTKT được quy định tại Điều 41 LCT năm 2018. Sau thời hạn thẩm định chính thức việc TTKT, căn cứ vào nội dung thẩm định chính thức, Ủy ban Cạnh tranh quốc gia có trách nhiệm ra quyết định việc TTKT đã thẩm định thuộc một trong các trường hợp sau: (i) TTKT được thực hiện; (ii) TTKT có điều kiện quy định tại Điều 42 của LCT năm 2018; (iii) TTKT thuộc trường hợp bị cấm. Trong đó, TTKT có điều kiện là quy định hoàn toàn mới của LCT năm 2018. So với LCT năm 2004, các quyết định về việc TTKT được quy định trong LCT năm 2018 đã có sự điều chỉnh, thay đổi nhất định theo xu hướng chặt chẽ, tiến bộ hơn. Vấn đề này được thể hiện như sau:

*Thứ nhất*, TTKT được tự do thực hiện

Căn cứ vào LCT năm 2018, doanh nghiệp được quyền tự do TTKT nếu không vượt ngưỡng thông báo quy định tại Điều 33 và không thuộc trường hợp bị cấm theo quy định tại Điều 30. Như vậy, so với LCT năm 2004, LCT năm 2018 quy định chặt chẽ hơn về quyền tự do TTKT của doanh nghiệp, vừa đảm bảo quyền hợp pháp của doanh nghiệp được Hiến pháp bảo vệ, vừa bảo vệ được thị trường cạnh tranh trong nước.

*Thứ hai*, TTKT có điều kiện

Đây là nội dung mới được quy định tại Điều 42 LCT năm 2018 về các điều kiện doanh nghiệp tham gia TTKT phải thực hiện nhằm ngăn ngừa khả năng gây ra hạn chế cạnh tranh trên thị trường. Theo đó,

<sup>12</sup> Xem thêm Điều 40 LCT năm 2018.

<sup>13</sup> Xem thêm Điều 38 LCT năm 2018.

TTKT chỉ được thực hiện khi đáp ứng được một hoặc một số quy định của pháp luật cạnh tranh, bao gồm: Chia, tách, bán lại một phần vốn góp, tài sản của doanh nghiệp tham gia TTKT; kiểm soát nội dung liên quan đến giá mua, giá bán hàng hóa, dịch vụ hoặc các điều kiện giao dịch khác trong hợp đồng của doanh nghiệp hình thành sau TTKT; biện pháp khác nhằm khắc phục khả năng tác động hạn chế cạnh tranh trên thị trường và biện pháp khác nhằm tăng cường tác động tích cực của TTKT. Như vậy, sau khi có kết luận của cơ quan có thẩm quyền cho phép thực hiện TTKT kèm theo một hoặc một số điều kiện nói trên thì các doanh nghiệp phải đáp ứng những điều kiện đó trước khi thực hiện TTKT. Đây có thể coi là một trường hợp đặc biệt của TTKT phải thông báo.

*Thứ ba, TTKT bị cấm*

LCT năm 2004 quy định cấm TTKT nếu thị phần kết hợp của các doanh nghiệp tham gia TTKT chiếm trên 50% thị trường liên quan, kèm theo đó là những trường hợp ngoại lệ được miễn trừ<sup>14</sup>. Trong khi đó, LCT năm 2018 lại quy định một cách khái quát: *TTKT bị cấm khi doanh nghiệp thực hiện TTKT gây tác động hoặc có khả năng gây tác động hạn chế cạnh tranh một cách đáng kể trên thị trường Việt Nam*<sup>15</sup>. Ở đây, Luật không còn cấm TTKT một cách máy móc dựa vào thị phần là hợp lý vì nếu chỉ dựa vào tiêu chí này thì không đánh giá được đầy đủ, chính xác tác động của hoạt động TTKT đến cạnh tranh trên thị trường. Thêm nữa, việc chỉ dựa vào tiêu chí này còn

gây khó khăn cho doanh nghiệp trong việc xác định hành vi TTKT của mình có bị cấm hay không. Trên thực tế, việc biết được doanh thu của đối thủ cạnh tranh để xác định thị phần là rất khó. Như vậy, với cách quy định tại Điều 30 của LCT năm 2018 đã bao quát toàn bộ hành vi TTKT có khả năng ảnh hưởng xấu đến cạnh tranh trên thị trường, nâng cao khả năng tác động của pháp luật. Tuy nhiên, việc quy định một cách chung chung như trên tuy sẽ dự liệu được các trường hợp mới phát sinh trong tương lai, nhưng lại gặp phải khó khăn khi áp dụng. Cụ thể, cụm từ “một cách đáng kể” mang tính định tính, khó xác định được trường hợp nào là đáng kể, trường hợp nào là chưa đáng kể. Vì vậy, cần phải quy định rõ hơn về vấn đề này.

Ngoài ra, có thể thấy LCT năm 2018 đã bỏ quy định về miễn trừ đối với TTKT bị cấm ở LCT năm 2004. Theo LCT năm 2004, TTKT bị cấm vẫn có thể được xem xét miễn trừ trong hai trường hợp: (i) Một hoặc nhiều bên tham gia TTKT đang trong nguy cơ bị giải thể hoặc lâm vào tình trạng phá sản; (ii) Việc TTKT có tác dụng mở rộng xuất khẩu hoặc góp phần phát triển kinh tế - xã hội, tiến bộ kỹ thuật, công nghệ. Việc LCT năm 2018 bỏ quy định về việc cho hưởng miễn trừ và thủ tục thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ đối với TTKT bị cấm như quy định trong LCT năm 2004 là phù hợp. Bởi, LCT năm 2018 đặt ra cách thức kiểm soát TTKT theo hướng không cấm mặc nhiên đối với TTKT có thị phần kết hợp trên 50% trên thị trường liên quan. Việc xem xét cho phép hay không cho phép TTKT được thực hiện dựa trên các tiêu chí đánh giá cụ thể trong

<sup>14</sup> Điều 18, 19 LCT năm 2004.

<sup>15</sup> Điều 30 LCT năm 2018.

quá trình Cơ quan Cạnh tranh quốc gia tiến hành thẩm định sơ bộ và thẩm định chính thức việc TTKT. Các tiêu chí về việc cho hưởng miễn trừ là những TTKT có tác động tích cực đã được xem xét trong quá trình thẩm định TTKT. Do đó, không cần thiết quy định việc cho hưởng miễn trừ và thủ tục thẩm định hồ sơ đề nghị hưởng miễn trừ đối với TTKT bị cấm như quy định tại LCT năm 2004. Như vậy, có thể thấy rằng việc bỏ đi ngoại lệ cấm TTKT nêu trên là hợp lý và đã thể hiện sự triệt để trong bảo vệ cạnh tranh trên thị trường.

#### **6. Các hành vi vi phạm quy định về tập trung kinh tế**

Các hành vi vi phạm quy định về TTKT được quy định tại Điều 44 LCT năm 2018. Đây là một quy định hoàn toàn mới so với LCT năm 2004. Các hành vi được xem là hành vi vi phạm quy định về TTKT được quy định trong LCT năm 2018 bao gồm: (i) Doanh nghiệp không thông báo TTKT theo quy định; (ii) Doanh nghiệp thực hiện TTKT khi chưa có thông báo kết quả thẩm định sơ bộ của Ủy ban Cạnh tranh quốc gia quy định tại khoản 2 Điều 36, trừ trường hợp quy định tại khoản 3 Điều 36 của Luật này; (iii) Doanh nghiệp thuộc trường hợp phải thẩm định chính thức việc TTKT mà thực hiện TTKT khi Ủy ban Cạnh tranh quốc gia chưa ra quyết định quy định tại Điều 41 của Luật này; (iv) Doanh nghiệp không thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ điều kiện được thể hiện trong quyết định về TTKT quy định tại điểm b khoản 1 Điều 41 của Luật này; (v) Doanh nghiệp thực hiện TTKT trong trường hợp quy định tại điểm c khoản 1 Điều 41 của Luật này; (vi)

Doanh nghiệp thực hiện TTKT bị cấm quy định tại Điều 30 của Luật này. Các căn cứ trên đã tạo cơ sở pháp lý vững chắc để cơ quan cạnh tranh quốc gia tiến hành điều tra, giải quyết và xử lý vi phạm đối với các đối tượng vi phạm quy định về TTKT theo quy định tại Chương VIII - Tổ tụng cạnh tranh và Chương IX - Xử lý vi phạm pháp luật về cạnh tranh. Quy định này thể hiện một sự tiến bộ lớn trong vấn đề tạo lập cơ sở pháp lý để xác định các hành vi vi phạm quy định về TTKT. Bởi nếu không có quy định rõ ràng sẽ dẫn đến tình trạng khó khăn trong xác định một hành vi nào đó có vi phạm quy định về TTKT hay không; điều này dẫn đến hệ quả là sẽ bỏ lọt những hành vi vi phạm quy định về TTKT, từ đó không đảm bảo môi trường cạnh tranh lành mạnh và gây ảnh hưởng đến quyền lợi của người tiêu dùng. Vì vậy, với việc LCT năm 2018 quy định các hành vi vi phạm quy định về TTKT là phù hợp, quan trọng và cần thiết.

#### **Kết luận**

Tóm lại, LCT năm 2018 đã có nhiều đổi mới, sửa đổi, bổ sung trong quy định về TTKT. LCT năm 2018 đã tách biệt TTKT ra khỏi hành vi hạn chế cạnh tranh; điều chỉnh quy định về hình thức TTKT, TTKT bị cấm, thủ tục xem xét TTKT; bổ sung các quy định về quyết định TTKT và các hành vi vi phạm về TTKT. Sự thay đổi, điều chỉnh, bổ sung nêu trên là quan trọng, phù hợp và cần thiết, góp phần duy trì thị trường cạnh tranh lành mạnh, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể tham gia vào thị trường cạnh tranh, triệt tiêu được các hành vi TTKT không lành mạnh.

# 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\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích những bất cập, hạn chế trong các quy định về giải quyết tranh chấp giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất theo hai phương thức khiếu nại và khiếu kiện hành chính.

**Abstract:** This article analyses the limitations and shortcomings in the regulations on dispute settlement on land prices to calculate compensation when the State acquires land, through two methods: Complaint and administrative complaint.

## 1. Giá đất tính tiền bồi thường và 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

### 1.1. Giá đất tính tiền bồi thường

Theo quy định tại khoản 2 Điều 74 và điểm đ khoản 4 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013, giá đất tính tiền bồi thường là giá đất cụ thể do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi đất. Hiện nay, pháp luật đất đai vẫn chưa quy định khái niệm về giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất. Căn cứ vào bản chất, thẩm quyền và quy trình quyết định giá đất cụ thể, tác giả cho rằng, giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất là giá trị bằng tiền của quyền sử dụng đất trên một đơn vị diện tích ( $m^2$ ) theo từng loại đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định tại thời điểm thu hồi đất trên cơ sở giá đất phổ biến trên thị trường, nguyên tắc và phương pháp định giá đất; giá

đất cụ thể được áp dụng tính tiền bồi thường cho từng dự án cụ thể.

So với quy định về giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất giai đoạn trước Luật Đất đai năm 2003 thì quy định hiện hành có sự khác biệt rõ rệt, theo hướng đảm bảo bồi thường tương xứng với giá đất phổ biến trên thị trường cho người có đất thu hồi. Cụ thể, Điều 6 Nghị định số 90-CP ngày 17/8/1994 quy định giá đất đền bù là giá đất cùng hạng hoặc cùng loại của đất bị thu hồi; do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ban hành theo khung giá đất do Chính phủ ban hành. Trên tinh thần giá đất tính tiền bồi thường sát với giá thị trường, Điều 8 Nghị định 22/1998/NĐ-CP ngày 24/4/1998 thay thế quy định tại Điều 6 Nghị định 90-CP quy định giá đất được đền bù thiệt hại do Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định cho từng dự án theo đề nghị của Sở Tài chính – Vật giá, có sự tham gia của các ngành liên quan.

Thời kỳ Luật Đất đai năm 2003, Điều 9 Nghị định 197/2004/NĐ-CP được sửa đổi tại Nghị định 17/2006/NĐ-CP ngày

\* ThS., Bộ môn Luật Hành chính, Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

27/01/2006 quy định giá đất tính bồi thường là giá đất theo mục đích đang sử dụng đã được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định và công bố; trường hợp tại thời điểm có quyết định thu hồi đất mà giá này chưa sát với giá trên thị trường trong điều kiện bình thường thì Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương quyết định giá đất cụ thể cho phù hợp. Tuy nhiên, giá đất này bị khống chế bởi khung giá đất do Chính phủ ban hành theo quy định tại Điều 15 Nghị định số 188/2004/NĐ-CP; giai đoạn này giá đất tính tiền bồi thường vẫn chưa được quyết định theo giá thị trường. Khắc phục thực trạng này, Điều 11 Nghị định số 69/2009/NĐ-CP quy định giá đất tính tiền bồi thường là giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định (công bố vào ngày 01 tháng 01 hàng năm) tại thời điểm thu hồi đất, khi giá này chưa sát với thị trường trong điều kiện bình thường thì Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xác định lại giá đất cụ thể cho phù hợp; giá xác định lại này không bị giới hạn bởi khung giá đất của Chính phủ ban hành. Như vậy, quy định về giá đất tính tiền bồi thường từ thời kỳ Luật Đất đai năm 2003 về trước đều từ giá đất trong Bảng giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quy định và chỉ có sự thay đổi trong quy định về điều chỉnh, xác định lại đơn giá đất tính tiền bồi thường.

Luật Đất đai năm 2013 đã thể hiện sự khác biệt khi thực hiện xác định giá đất cụ thể tại thời điểm thu hồi đất để tính tiền bồi thường trong từng dự án. Đồng thời, việc tư vấn xác định giá đất thông qua tổ chức tư vấn định giá độc lập cũng được áp dụng phổ biến hơn nhằm đảm bảo tính khách quan trong xác định giá đất bồi thường.

Mặc dù quy định về giá đất tính tiền bồi thường đã có những thay đổi tích cực qua các thời kỳ, nhưng đây vẫn là nguyên nhân chủ yếu phát sinh khiếu nại trong lĩnh vực đất đai. Gần đây nhất, trong Báo cáo tổng kết 04 năm thi hành Luật Khiếu nại năm 2011 của Thanh tra Chính phủ, nguyên nhân chủ yếu phát sinh khiếu nại trong đất đai là: Giá đất tính tiền bồi thường còn thấp hơn nhiều so với giá thực tế, so với trước khi Luật Đất đai năm 2013 có hiệu lực thi hành thì tỉ lệ khiếu nại về thu hồi đất giảm nhưng lại tăng khiếu nại về giá đất tính tiền bồi thường<sup>1</sup>. Tác giả cho rằng, tình hình phức tạp của giá đất tính tiền bồi thường hiện nay xuất phát từ những bất cập sau:

*Một là*, pháp luật chưa quy định cụ thể về thời điểm quyết định giá đất tính tiền bồi thường<sup>2</sup>. Khoản 2 Điều 74 Luật Đất đai năm 2013 quy định, giá đất tính tiền bồi thường sẽ được quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi đất nhưng chưa quy định thời điểm quyết định thu hồi đất là thời điểm nào? Việc thẩm định giá đất tiến hành ở những thời điểm khác nhau sẽ có kết quả khác nhau. Bên cạnh đó, trình tự, thủ tục thu hồi đất quy định tại Điều 69 Luật Đất đai hiện nay cũng không quy định rõ việc khảo sát, thu thập thông tin giá đất làm cơ sở xác định giá đất tính tiền bồi thường. Điều này ảnh hưởng rất lớn đến tính chính xác và mức độ phù hợp thị trường của giá đất được quyết định cuối cùng vì thời điểm thu thập thông tin thị trường và tiến hành thẩm định giá đất

---

<sup>1</sup> Báo cáo số 3537/BC-TTTP ngày 30/12/2016 của Thanh tra Chính phủ về tổng kết 04 năm thi hành Luật Khiếu nại, Luật Tố cáo.

<sup>2</sup> Phan Trung Hiền, Châu Hoàng Thân, Trần Vang Phủ (2017), *Giáo trình pháp luật về quy hoạch và giải phóng mặt bằng*, Nxb. Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, tr.251.

sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến kết quả thẩm định giá.

*Hai là*, sự tham gia của tổ chức tư vấn xác định giá đất chưa được thường xuyên, phụ thuộc vào lựa chọn của cơ quan quản lý đất đai. Theo khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Trong quá trình thực hiện, cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh *được thuê* tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất để tư vấn xác định giá đất cụ thể”. Quy định như vậy nên cơ quan quản lý đất đai có quyền không thuê và tự mình tiến hành thẩm định giá. Bên cạnh đó, chứng thư định giá do tổ chức tư vấn xác định giá đất cung cấp chỉ là căn cứ để Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xem xét trong quá trình quyết định giá đất cụ thể<sup>3</sup>. Hạn chế nêu trên đã ảnh hưởng đến sự tham gia của tổ chức tư vấn xác định giá đất.

*Ba là*, trong quy trình quyết định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường, giai đoạn quan trọng là thẩm định phương án giá đất cụ thể. Tuy nhiên, những bất cập trong quy định và thực tiễn thẩm định phương án giá đất đã ảnh hưởng đến giá đất cụ thể tính tiền bồi thường<sup>4</sup>.

*Bốn là*, các thông tin trong quá trình xây dựng và quyết định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất chưa được công khai, minh bạch. Theo quy định pháp luật đất đai hiện hành, giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất được quyết định bởi Ủy ban nhân dân cấp

tỉnh – sự quyết định mang tính hành chính, không thỏa thuận với người có đất thu hồi. Trong bối cảnh đó, người có đất thu hồi cũng không biết được căn cứ tính giá bồi thường giá đất của Nhà nước, tạo tâm lý bất đồng về giá đất tính tiền bồi thường, phát sinh khiếu nại, khiếu kiện phức tạp<sup>5</sup>.

Bên cạnh những bất cập trong quy định pháp luật về giá đất tính tiền bồi thường, việc chưa hoàn chỉnh cơ sở dữ liệu giá đất thị trường và thực trạng khai man giá giao dịch trong các hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất<sup>6</sup> cũng ảnh hưởng lớn đến giá đất tính tiền bồi thường. Bởi, khi chưa có cơ sở dữ liệu giá đất thị trường hoàn chỉnh thì rất khó để đảm bảo nguyên tắc trong định giá đất là “phù hợp với giá đất phổ biến trên thị trường”<sup>7</sup>. Bên cạnh đó, thực trạng khai man giá đất trong hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất sẽ khiến thông tin thu thập được không đúng với giá giao dịch thực tế nên giá đất cụ thể khi quyết định sẽ không thể phù hợp với thị trường.

### **1.2. Tranh chấp về giá đất tính tiền bồi thường**

Qua phân tích trên, tác giả nhận thấy có hai dạng tranh chấp phổ biến là:

*Thứ nhất*, người có đất thu hồi không đồng ý kết quả áp giá đất tính tiền bồi thường (tranh chấp về áp giá đất tính tiền

<sup>3</sup> Khoản 3 Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 quy định: “Căn cứ kết quả tư vấn xác định giá đất, cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh trình Hội đồng thẩm định giá đất xem xét trước khi trình Ủy ban nhân dân cùng cấp quyết định”.

<sup>4</sup> Châu Hoàng Thân (2018), “*Thực trạng pháp luật về thẩm định phương án giá đất cụ thể*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 5 (361), tr.51-57.

<sup>5</sup> Châu Hoàng Thân (2018), “*Công khai thông tin trong xác định giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 9 (365), tr. 56-63.

<sup>6</sup> Kim Phụng (2018), “*Báo động: Khai man giá mua bán nhà, đất*”, Báo Pháp luật thành phố Hồ Chí Minh ngày 30/7/2018, <https://plo.vn/thoi-su/bao-dong-khai-man-gia-mua-ban-nha-dat-784855.html>, truy cập ngày 14/02/2019.

<sup>7</sup> Điểm c khoản 1 Điều 112 Luật Đất đai năm 2013.

bồi thường)<sup>8</sup>. Ở dạng tranh chấp này, người có đất thu hồi đồng tình với giá đất cụ thể làm căn cứ tính tiền bồi thường, nhưng họ không đồng ý về cách thức áp giá, cụ thể như: Áp giá không đúng mục đích sử dụng đất, áp giá đất không đúng vị trí đất, áp giá không đúng đơn giá đã phê duyệt. Về bản chất, có thể nói đây là tranh chấp về việc áp dụng giá đất chứ không phải là sự bất đồng về giá đất cụ thể tính tiền bồi thường. Khi giải quyết dạng tranh chấp này chủ yếu là phân tích các căn cứ để áp giá tìm ra nguyên nhân giải quyết vụ việc.

*Thứ hai, người có đất thu hồi không đồng tình giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất (tranh chấp đơn giá đất tính tiền bồi thường).* Tranh chấp này chiếm tỷ lệ chủ yếu trong các khiếu nại, khiếu kiện về giá đất tính tiền bồi thường, cụ thể, người có đất thu hồi cho rằng giá đất tính tiền bồi thường do Nhà nước quyết định quá thấp so với giá đất trên thị trường. Trong tranh chấp này, người có đất thu hồi muốn Nhà nước quyết định một mức giá bồi thường khác phù hợp với thị trường và cao hơn giá trước đó.

Theo quy định pháp luật hiện hành, các tranh chấp về giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất được giải quyết theo quy định của pháp luật khiếu nại và tố tụng hành chính vì đây là tranh chấp hành chính. Căn cứ quy định của pháp luật khiếu nại và tố tụng hành chính, tác giả sẽ tập trung phân tích thẩm quyền giải quyết tranh chấp về giá đất tính tiền bồi thường, chỉ ra sự khác biệt giữa giải quyết khiếu nại và

khiếu kiện, bắt cập trong pháp luật hiện hành về vấn đề này.

## **2. Đối tượng và thẩm quyền 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**

### **2.1. Đối tượng khiếu nại, khiếu kiện trong tranh chấp về giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất**

Căn cứ theo quy định về trình tự thu hồi đất, bồi thường, hỗ trợ tái định cư tại Điều 69 Luật Đất đai năm 2013 và trình tự xác định giá đất cụ thể từ Điều 16 đến Điều 18 Nghị định số 44/2014/NĐ-CP, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh sẽ ban hành Quyết định phê duyệt giá đất cụ thể làm căn cứ tính tiền bồi thường về đất cho từng dự án cụ thể. Căn cứ vào quyết định đó, tổ chức làm nhiệm vụ bồi thường giải phóng mặt bằng sẽ lập Phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư và trình Ủy ban nhân dân cấp huyện hoặc cấp tỉnh (theo thẩm quyền thu hồi đất) ban hành Quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư làm căn cứ chi trả tiền bồi thường, hỗ trợ cho từng người có đất thu hồi trong dự án. Như vậy, liên quan trực tiếp đến giá đất tính tiền bồi thường trong quá trình thu hồi đất có hai quyết định là: *Quyết định phê duyệt giá đất cụ thể tính tiền bồi thường (Quyết định phê duyệt giá đất)* và *Quyết định phê duyệt phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư (Quyết định phê duyệt phương án)*. Theo quy định về trình tự thu hồi đất tại Điều 69 Luật Đất đai năm 2013, trong hai quyết định trên, Quyết định phê duyệt phương án bắt buộc phải công bố công khai, niêm yết và gửi đến từng người có đất thu hồi; người có đất thu hồi biết được cụ thể đơn giá bồi thường và mức bồi thường là thông qua

<sup>8</sup> Áp giá đất tính tiền bồi thường có thể hiểu là việc cơ quan có thẩm quyền xem xét tính pháp lý và đặc điểm của từng thửa đất cụ thể để lựa chọn đơn giá đất thích hợp trong các giá đất cụ thể đã được phê duyệt, làm căn cứ tính tiền bồi thường về đất.

Quyết định phê duyệt phương án – quyết định này tác động trực tiếp đến quyền lợi của người có đất thu hồi. Vậy, khi người có đất thu hồi không đồng tình về giá đất tính tiền bồi thường thì có quyền khiếu nại, khiếu kiện quyết định nào? Về lý thuyết, khi phát sinh *tranh chấp về áp giá đất tính tiền bồi thường* thì đối tượng khiếu nại, khiếu kiện sẽ là *Quyết định phê duyệt phương án*. Vì khi đó, yêu cầu của đương sự chủ yếu là xem xét lại việc áp dụng đơn giá đã phê duyệt đối với thửa đất/khu đất mà Nhà nước thu hồi. Đối với *tranh chấp đơn giá đất tính tiền bồi thường* là việc người có đất thu hồi không đồng ý với mức giá đất bồi thường, muốn thay đổi đơn giá bồi thường cao hơn thì đối tượng khiếu nại, khiếu kiện là *Quyết định phê duyệt giá đất*.

Tuy nhiên, thực tiễn giải quyết hiện nay không thụ lý giải quyết đối với Quyết định phê duyệt giá đất vì quyết định này mang tính chất nội bộ<sup>9</sup> chỉ đạo cấp trên với cấp dưới<sup>10</sup>. Theo quan điểm này, Quyết định phê duyệt giá đất là sự chỉ đạo của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh về đơn giá đất cho cấp dưới làm căn cứ áp giá đất tính tiền bồi

thường từng trường hợp và quyết định cũng không nêu cụ thể chủ thể áp dụng nên không xác định người có quyền khiếu nại, khiếu kiện.

Trước thực trạng pháp luật nêu trên, khi không đồng ý về giá đất tính tiền bồi thường (về kết quả áp giá hoặc cả về đơn giá thấp), người có đất thu hồi chỉ có thể khiếu nại, khiếu kiện Quyết định phê duyệt phương án. Như vậy, đối tượng khiếu nại, khiếu kiện về giá đất tính tiền bồi thường đã bị giới hạn, tạo ra những hạn chế trong quá trình giải quyết tranh chấp. Những hạn chế này sẽ được tác giả phân tích cụ thể trong nội dung phần tiếp theo của bài viết.

## **2.2. Thẩm quyền giải quyết tranh chấp giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất thông qua giải quyết khiếu nại Quyết định phê duyệt phương án**

Điều 69 Luật Đất đai năm 2013 quy định Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền thu hồi đất sẽ ban hành Quyết định phê duyệt phương án và căn cứ Điều 66 Luật Đất đai năm 2013, Ủy ban nhân dân cấp có thẩm quyền thu hồi đất là Ủy ban nhân dân cấp huyện và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Theo quy định trình tự khiếu nại ở Điều 7 Luật Khiếu nại năm 2011 thì: “Khiếu nại lần đầu đến người đã ra quyết định hành chính hoặc cơ quan có người có hành vi hành chính... khiếu nại lần hai đến Thủ trưởng cấp trên trực tiếp của người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu”. Đối với Quyết định phê duyệt phương án có hai tình huống: Một là, trường hợp Ủy ban nhân dân cấp huyện ban hành Quyết định phê duyệt phương án thì người có đất thu hồi sẽ khiếu nại lần đầu đến Ủy ban nhân dân cấp huyện và khiếu nại lần hai đến Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Hai là, nếu Ủy ban nhân

<sup>9</sup> Khoản 6 Điều 3 Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015 quy định: Quyết định hành chính, hành vi hành chính mang tính nội bộ của cơ quan, tổ chức là những quyết định, hành vi chỉ đạo, điều hành việc triển khai thực hiện nhiệm vụ, kế hoạch công tác; quản lý, tổ chức cán bộ, kinh phí, tài sản được giao; kiểm tra, thanh tra việc thực hiện nhiệm vụ, công vụ, chính sách, pháp luật đối với cán bộ, công chức, viên chức, người lao động và các đơn vị thuộc thẩm quyền quản lý của cơ quan, tổ chức. Căn cứ khoản 1 Điều 30 Luật Tổ tụng Hành chính năm 2015 và khoản 1 Điều 11 Luật Khiếu nại năm 2011 thì quyết định hành chính mang tính nội bộ sẽ không được thụ lý giải quyết khiếu kiện, khiếu nại hành chính.

<sup>10</sup> Hải Dương, “Tôi kiện quyết định phê duyệt đơn giá đất”, <https://plo.vn/plo/toi-kien-quyet-dinh-phe-duyet-don-gia-dat-511855.html>, truy cập ngày 5/2/2019.

dân cấp tỉnh ban hành Quyết định phê duyệt phương án thì người có đất thu hồi khiếu nại lần đầu đến Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và khiếu nại lần hai đến Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường.

Như vậy, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai trong hai trường hợp trên cụ thể là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh và Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường. Tuy nhiên, luật không quy định cụ thể người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu trong hai trường hợp trên là ai khi khiếu nại đến Ủy ban nhân dân cấp huyện hoặc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Theo khoản 1 Điều 18 và khoản 1 Điều 21 Luật Khiếu nại năm 2011, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện và cấp tỉnh đều có thẩm quyền là: “Giải quyết khiếu nại lần đầu đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính của mình”; bao gồm cả quyết định của cá nhân Chủ tịch Ủy ban nhân dân và tập thể Ủy ban nhân dân cấp đó ban hành<sup>11</sup>. Do đó, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu đối với Quyết định phê duyệt phương án là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện hoặc Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

Thẩm quyền giải quyết nội dung vụ việc khiếu nại của người giải quyết khiếu nại lần đầu được quy định tại điểm h khoản 2 Điều 31 Luật Khiếu nại năm 2011 như sau: “Giữ nguyên, sửa đổi, bổ sung hoặc hủy bỏ một phần hay toàn bộ quyết định hành chính, chấm dứt hành vi hành chính bị khiếu nại; giải quyết các vấn đề cụ thể trong nội dung khiếu nại”. Theo đó, người giải quyết khiếu nại lần đầu được quyền sửa đổi,

bổ sung, hủy bỏ một phần hoặc hủy bỏ toàn bộ Quyết định phê duyệt phương án. Điều này không thật sự hợp lý khi quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu (quyết định cá biệt) của Chủ tịch Ủy ban nhân dân có quyền hủy bỏ Quyết định phê duyệt phương án (quyết định cá biệt) của tập thể Ủy ban nhân dân cùng cấp đã ban hành; cá nhân trong tập thể lại có quyền vô hiệu hóa thẩm quyền của tập thể. Bên cạnh đó, khi giải quyết khiếu nại đối với Quyết định phê duyệt phương án, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện hoặc cấp tỉnh sẽ không có thẩm quyền xem xét tính hợp pháp của giá đất cụ thể đã được phê duyệt trong Quyết định phê duyệt giá đất trước đó vì đây là một quyết định hành chính khác (không là đối tượng khiếu nại) và thẩm quyền ban hành thuộc về Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Vì vậy, khi người có đất thu hồi không đồng tình và muốn thay đổi đơn giá đất phù hợp hơn thông qua việc khiếu nại Quyết định phê duyệt phương án thì người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần đầu sẽ không có thẩm quyền thay đổi, hủy bỏ giá đất cụ thể tính tiền bồi thường; không giải quyết được bản chất của vụ việc. Người giải quyết khiếu nại lần đầu chỉ có thể thay đổi kết quả áp giá bồi thường nếu có sai phạm trong quá trình áp giá đất khi lập Phương án bồi thường, hỗ trợ, tái định cư.

Thẩm quyền của người giải quyết khiếu nại lần hai là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh hoặc Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định tại điểm h khoản 2 Điều 40 Luật Khiếu nại năm 2011: “Kết luận nội dung khiếu nại là đúng, đúng một phần hoặc sai toàn bộ. Trường hợp khiếu nại là đúng hoặc đúng một phần thì yêu cầu người có quyết định hành chính, hành vi hành chính bị khiếu nại sửa đổi, hủy bỏ một phần hay

<sup>11</sup> Châu Hoàng Thân (2018), “*Bắt cập và hướng hoàn thiện quy định của Luật khiếu nại năm 2011*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 11 (367), tr.39.

toàn bộ quyết định hành chính, chấm dứt hành vi hành chính bị khiếu nại. Trường hợp kết luận nội dung khiếu nại là sai toàn bộ thì yêu cầu người khiếu nại, người có quyền, nghĩa vụ liên quan thực hiện nghiêm chỉnh quyết định hành chính, hành vi hành chính”. Như vậy, nếu người giải quyết khiếu nại lần hai kết luận nội dung khiếu nại là đúng hoặc đúng một phần thì yêu cầu người có quyết định hành chính (trường hợp này là Ủy ban nhân dân cấp huyện hoặc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh) xem xét lại Quyết định phê duyệt phương án của mình ban hành. Điều này cho thấy, việc xem xét lại không đặt ra đối với giá đất cụ thể là đơn giá tính tiền bồi thường đất trong Quyết định phê duyệt giá đất; chỉ xem xét lại nội dung của Quyết định phê duyệt phương án: Quá trình áp giá tính tiền bồi thường. Vì thế, người có thẩm quyền giải quyết khiếu nại lần hai cũng không có thẩm quyền thay đổi giá đất cụ thể đã được phê duyệt làm đơn giá tính tiền bồi thường.

Qua quy định về thẩm quyền giải quyết khiếu nại của người giải quyết khiếu nại lần đầu (Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh) và người giải quyết khiếu nại lần hai (Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường) trong giải quyết tranh chấp giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất thông qua việc giải quyết khiếu nại Quyết định phê duyệt phương án có thể kết luận: Việc giải quyết khiếu nại không xử lý bản chất vụ việc mà chỉ xem xét lại quá trình áp giá đất tính tiền bồi thường, không xem xét tính hợp pháp, hợp lý của đơn giá đã được phê duyệt. Quyết định giải quyết khiếu nại lần đầu và lần hai không được quyền sửa đổi hoặc hủy bỏ giá đất cụ thể là đơn giá tính tiền bồi

thường đã được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh phê duyệt. Người giải quyết khiếu nại chỉ được quyền sửa đổi hoặc hủy bỏ giá đất tính tiền bồi thường trong Quyết định phê duyệt phương án nếu việc áp giá đất sai quy định.

Bên cạnh đó, căn cứ quy định tại Điều 114 Luật Đất đai năm 2013 và Nghị định số 44/2014/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 01/2017/NĐ-CP về thẩm quyền quyết định giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất thì chỉ có Ủy ban nhân dân cấp tỉnh được quyền quyết định phê duyệt, điều chỉnh giá đất cụ thể. Trong giới hạn về đối tượng khiếu nại và thẩm quyền giải quyết khiếu nại hiện nay, Ủy ban nhân dân cấp tỉnh chỉ có thể thông qua tình hình khiếu nại và giải quyết khiếu nại liên quan đến giá đất tính tiền bồi thường để cân nhắc ban hành Quyết định điều chỉnh giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất cho phù hợp với thị trường. Điều này cho thấy không thể bằng một quyết định giải quyết khiếu nại mà thay đổi đơn giá đất tính tiền bồi thường.

### ***2.3. Thẩm quyền của tòa án giải quyết tranh chấp giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất thông qua giải quyết khiếu kiện Quyết định phê duyệt phương án***

Tương tự như đối tượng khiếu nại, hiện nay, khi không đồng ý về giá đất tính tiền bồi thường, người có đất thu hồi chỉ có quyền khởi kiện Quyết định phê duyệt phương án. Căn cứ Điều 30, 32 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 thì tòa án nhân dân cấp tỉnh có thẩm quyền xét xử sơ thẩm vụ án này. Khi khiếu kiện, người khởi kiện cung cấp chứng cứ để chứng minh giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi

đất là không theo nguyên tắc phù hợp giá đất phổ biến trên thị trường. Cụ thể, họ có thể cung cấp chứng thư định giá đất của các tổ chức định giá độc lập. Vấn đề đặt ra là khi đó tòa án có quyền áp dụng Điều 91 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 để định giá quyền sử dụng đất hay không; căn cứ vào giá đất nào để giải quyết yêu cầu của người khởi kiện. Theo hướng dẫn tại điểm 13 Mục I Giải đáp số 02/GĐ-TANDTC ngày 19/9/2016: “Trường hợp khiếu kiện quyết định hành chính trong lĩnh vực quản lý đất đai về bồi thường, hỗ trợ, tái định cư khi Nhà nước thu hồi đất mà có yêu cầu tòa án xem xét về giá bồi thường thì **tòa án căn cứ vào quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, mục đích thu hồi đất, giá đất cụ thể của loại đất thu hồi do cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định tại thời điểm quyết định thu hồi đất để giải quyết vụ án mà không được tiến hành định giá** giá trị quyền sử dụng đất”. Như vậy, căn cứ để tòa án giải quyết yêu cầu về giá đất là dựa vào giá đất cụ thể trong Quyết định phê duyệt giá đất của Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Đồng nghĩa, tòa án chỉ dừng lại ở việc xét xử tính hợp pháp của việc áp giá mà không được quyền xem xét tính hợp pháp, hợp lý của đơn giá đất đã được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh phê duyệt. Hướng dẫn tại Giải đáp số 02/GĐ-TANDTC có được xem là trái tinh thần quy định tại Điều 91 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 về quyền định giá tài sản của tòa án không, vì đương sự có quyền yêu cầu tòa án định giá tài sản hoặc trường hợp không thỏa thuận được giá tài sản cũng như không thỏa thuận được tổ chức thẩm định giá tài sản. Quy định về định giá tài sản này cũng không giới hạn quyền định giá đối với quyền sử dụng đất.

Tóm lại, căn cứ theo quy định hiện hành, tòa án sẽ không tiến hành định giá giá trị quyền sử dụng đất để giải quyết yêu cầu xem xét tính hợp pháp của giá đất cụ thể đã được Ủy ban nhân dân cấp tỉnh phê duyệt làm căn cứ tính tiền bồi thường về đất mà chỉ xem xét lại việc áp giá tính tiền bồi thường. Như vậy, tòa án cũng không thể giải quyết yêu cầu xem xét tính hợp pháp và thay đổi đơn giá của giá đất tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất thông qua xét xử vụ án hành chính về Quyết định phê duyệt phương án.

### 3. Kiến nghị

Theo pháp luật hiện hành, khi người có đất thu hồi không đồng ý với giá đất cụ thể tính tiền bồi thường, bất đồng đó chỉ được xem xét qua việc giải quyết khiếu nại, khiếu kiện Quyết định phê duyệt phương án với bản chất chỉ xem xét tính hợp pháp của việc áp giá đất tính tiền bồi thường. Giá đất cụ thể làm căn cứ tính tiền bồi thường về đất trong Quyết định phê duyệt giá đất do Ủy ban nhân dân cấp tỉnh ban hành hiện vẫn không là đối tượng của khiếu nại, khiếu kiện hành chính. Dù biết vấn đề quan trọng nhất đó là cơ chế xây dựng giá đất tính tiền bồi thường phù hợp giá đất trên thị trường và quyền lợi thỏa đáng hợp pháp đối với người có đất thu hồi, nhưng trước thực trạng quy định về quy trình và thẩm quyền quyết định giá đất tính tiền bồi thường hiện nay, việc hoàn thiện cơ chế giải quyết tranh chấp giá đất cũng rất cần thiết. Tuy nhiên, việc có nên mở rộng đối tượng khiếu nại, khiếu kiện đối với Quyết định phê duyệt giá đất hay không cần được nghiên cứu và đánh giá thận trọng. Bởi lẽ, việc hủy bỏ, thay đổi đơn giá đất tính tiền bồi thường trong Quyết định này sẽ ảnh hưởng đến cả những người

không khiếu nại, khiếu kiện vì đây là đơn giá áp dụng chung trong dự án và ảnh hưởng đến tiến độ giải phóng mặt bằng của dự án. Bên cạnh đó, cần cân nhắc giải pháp thay vì mở rộng đối tượng khiếu nại, khiếu kiện thì có thể mở rộng thẩm quyền của người giải quyết khiếu nại đối với Quyết định phê duyệt phương án. Cụ thể, trong quá trình giải quyết khiếu nại về Quyết định phê duyệt phương án mà người khiếu nại yêu cầu xem xét lại đơn giá đất tính tiền bồi thường thì áp dụng điểm b khoản 1 Điều 115 Luật Đất đai năm 2013 để tiến hành áp dụng tư vấn xác định giá đất làm căn cứ điều chỉnh đơn giá tính tiền bồi thường. Trong tố tụng hành chính, cần mở rộng thẩm quyền của tòa án xem xét tính hợp

pháp của giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất. Nên có quy định hướng dẫn Điều 91 Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 trong trường hợp tranh chấp về giá đất cụ thể tính tiền bồi thường khi Nhà nước thu hồi đất, tòa án được quyền thành lập Hội đồng thẩm định để đánh giá lại giá đất cụ thể đã được phê duyệt có đảm bảo quy định pháp luật về thẩm định giá đất không. Trường hợp kết luận giá đất cụ thể vi phạm quy định về thẩm định giá đất, tòa án sẽ hủy bỏ giá đất cụ thể trong Quyết định phê duyệt phương án và yêu cầu cơ quan có thẩm quyền quyết định lại đơn giá đất tính tiền bồi thường và ngược lại sẽ bác yêu cầu khởi kiện, giữ nguyên Quyết định phê duyệt phương án.

*(Tiếp theo trang 48 – Hợp đồng thông minh...)*

ban hành một văn bản quy phạm pháp luật quy định riêng về hợp đồng thông minh, mà cần tiến hành rà soát tổng thể các quy định pháp luật liên quan đến hợp đồng và giải quyết tranh chấp hợp đồng trong Bộ luật Dân sự, Bộ luật Tố tụng Dân sự, Luật Giao dịch điện tử, Luật Thương mại, Luật Trọng tài thương mại và nhiều văn bản pháp luật chuyên ngành khác; từ đó có hướng hoàn thiện hoặc ban hành mới các quy định cho phù hợp. Việc xây dựng, hoàn thiện khung pháp luật cho việc ứng dụng hợp đồng thông minh cần tiếp cận theo hướng dựa trên bản chất của hợp đồng truyền thống để phát triển các quy định hiện có, đồng thời bổ sung một số quy định mới có thể phản ánh được các đặc thù và đáp ứng được các yêu cầu riêng của hợp đồng thông minh. Trong đó, cần đặc biệt lưu ý các vấn đề liên quan đến hình thức hợp đồng; đề nghị giao

kết hợp đồng, chấp nhận giao kết hợp đồng; địa điểm, thời điểm giao kết hợp đồng; các điều kiện hợp đồng có hiệu lực và các trường hợp hợp đồng vô hiệu; các quy định liên quan đến thực hiện hợp đồng, nhất là các vấn đề liên quan đến thanh toán; các quy định về chứng cứ số, giá trị pháp lý của chứng cứ số...

*Thứ ba*, do công nghệ chuỗi khối và hợp đồng thông minh là những vấn đề rất mới, hết sức phức tạp cả ở khía cạnh công nghệ lẫn khía cạnh pháp lý nên cần chuẩn bị kỹ lưỡng về hạ tầng kỹ thuật, công nghệ và kiến thức, kỹ năng để nâng cao năng lực sử dụng, quản lý hợp đồng thông minh cho các tổ chức, cá nhân có liên quan; bảo đảm được quyền, lợi ích chính đáng của cả các bên tham gia giao kết cũng như bên thứ ba trong quá trình giao kết, thực hiện hợp đồng.

# MỘT SỐ VẤN ĐỀ PHÁP LÝ VỀ CHI TRẢ DỊCH VỤ MÔI TRƯỜNG RỪNG Ở VIỆT NAM

Nguyễn Thanh Huyền\*  
Vũ Quang\*

**Tóm tắt:** Bài viết nghiên cứu các quy định pháp luật hiện hành về chi trả dịch vụ môi trường rừng từ các loại dịch vụ môi trường rừng được cung cấp; về các chủ thể sử dụng và chủ thể cung cấp dịch vụ cũng như quyền và nghĩa vụ của các bên; mức giá chi trả, hình thức chi trả cho dịch vụ môi trường rừng và chế tài xử lý khi các chủ thể vi phạm việc chi trả dịch vụ môi trường rừng. Trên cơ sở đó, tác giả đề xuất một vài khuyến nghị hoàn thiện pháp luật về chi trả dịch vụ môi trường rừng như: Xác định rõ các chủ thể hưởng lợi từ dịch vụ môi trường rừng; hoàn thiện cơ chế kiểm tra, giám sát việc chi trả dịch vụ môi trường rừng và hoàn thiện chế tài xử lý khi các bên không thực hiện đúng việc cung cấp và chi trả dịch vụ môi trường rừng.

**Abstract:** This article studies the current legal regulations on payment for forest environmental services from the variety of forest environmental services provided; about the users and service providers as well as the rights and obligations of each parties; payment rates, form of payment for forest environmental services and sanctions for the violation of payment for forest environmental services. Thereby, the author proposes some recommendations to amend the law on payment for forest environmental services such as: Identify the beneficiaries from these services; refine the mechanism of checking and supervising payment for forest services and the sanctions for parties that cannot properly provide and pay for forest environmental services.

## 1. Dịch vụ môi trường rừng và chi trả dịch vụ môi trường rừng

Rừng là một hệ sinh thái bao gồm các loài thực vật rừng, động vật rừng, nấm, vi sinh vật, đất rừng và các yếu tố môi trường khác, trong đó thành phần chính là một hoặc một số loài cây thân gỗ, tre, nứa, cây họ cau có chiều cao được xác định theo hệ thực vật trên núi đất, núi đá, đất ngập nước, đất cát hoặc hệ thực vật đặc trưng khác; diện tích liên vùng từ 0,3 ha trở lên; độ tàn che từ 0,1 trở lên<sup>1</sup>.

Ngày nay, các quốc gia đều công nhận lợi ích kinh tế của rừng đã vượt xa giá trị của các sản phẩm hữu hình do rừng mang lại cho đời sống con người và cho sự phát triển bền vững kinh tế, xã hội. Một trong những giá trị đó chính là “dịch vụ môi trường” của rừng.

Trước đây, dịch vụ môi trường nói chung và dịch vụ môi trường rừng nói riêng được xem như “hàng hóa công cộng”, mọi chủ thể đều được hưởng lợi mà không phải trả tiền do dịch vụ này đem lại. Tuy nhiên, diện tích rừng bị suy giảm nhanh chóng do khai thác lợi ích “trực tiếp” từ rừng đã góp phần làm tăng các thảm họa tự nhiên, gây ảnh hưởng lớn đến đời sống và sản xuất. Ước tính một phần năm dân số thế giới bị

\* TS., Bộ môn Luật Kinh doanh, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội.

\*\* TS., Viện Kinh tế và Quản lý - Trường đại học Bách khoa Hà Nội.

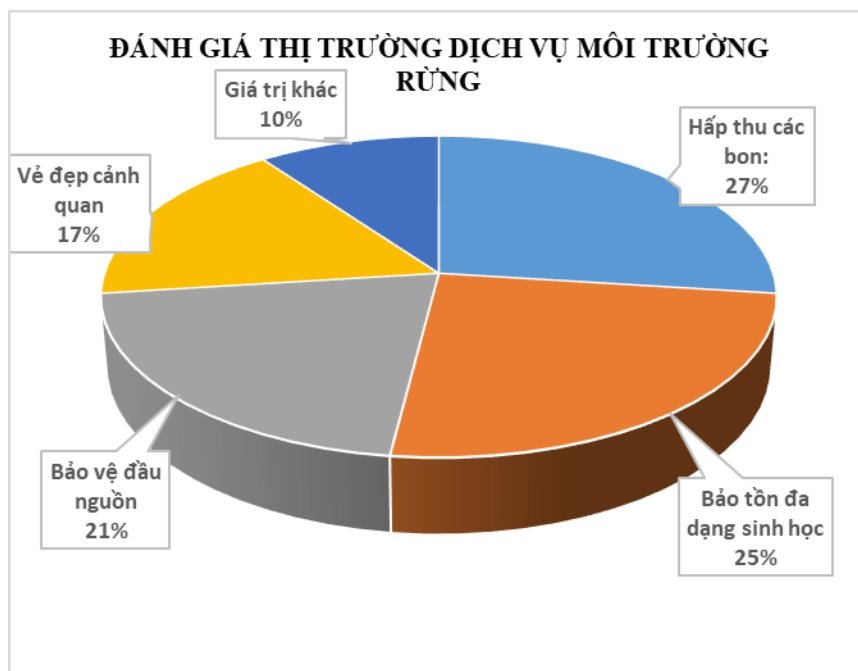
<sup>1</sup> Khoản 3 Điều 2 Luật Lâm nghiệp năm 2017.

thiếu nước sạch để uống và một nửa dân số thế giới thiếu nước cho các nhu cầu vệ sinh<sup>2</sup>. Chính vì vậy, cộng đồng quốc tế và các quốc gia bắt đầu quan tâm tới việc nghiên cứu chi trả dịch vụ môi trường (Payment for Ecosystem Services - PES) và chi trả dịch vụ môi trường rừng (Payments for Forest Environmental Services - PFES) để thúc đẩy sự phát triển bền vững.

Vậy “dịch vụ môi trường” là gì? Hiện nay, trên thế giới chưa có một khái niệm thống nhất về dịch vụ môi trường. Tuy vậy, hiểu một cách đơn giản thì *dịch vụ môi trường là khả năng mà “thiên nhiên” cung cấp cuộc sống chất lượng và sự thoải mái cho con người khi chúng ta được sống trong*

*môi trường không khí trong lành, dễ tiếp cận nước sạch, đất màu mỡ, đa dạng sinh học rừng và thực phẩm bổ dưỡng phong phú...*<sup>3</sup>, trong đó, dịch vụ môi trường rừng là bộ phận quan trọng bậc nhất của dịch vụ môi trường.

Trên phạm vi toàn cầu, thị trường dịch vụ môi trường rừng đã được đánh giá. Theo đó, rừng cung cấp các dịch vụ môi trường gồm: Bảo tồn đa dạng sinh học, hấp thụ các bon, bảo vệ đầu nguồn, vẻ đẹp cảnh quan... Theo kết quả nghiên cứu thì cơ cấu giá trị cho các loại dịch vụ môi trường rừng được xác định như sau:



Nguồn: Natasha Landell-Mills and Ina T. Porras (2002), “Silver bullets or fools’ gold: A global review of markets for forest environmental services and their impacts on the poor”, *International Institute for Environment and Development (iied)*, Russell Press, Nottingham, UK, P. 4.

<sup>2</sup> Vũ Tấn Phương, “Giá trị môi trường và dịch vụ môi trường rừng”, Tạp chí Nông nghiệp và phát triển nông thôn, số 15-2006, tr. 7-11, <http://www.mekonginfo.org/assets/midocs/0002538-environment-values-of-forest-environment-goods-and-services.pdf>.

<sup>3</sup> Henry Phillippe Ibanes de Novion, “Environmental services”, [https://pib.socioambiental.org/en/Environmental\\_services](https://pib.socioambiental.org/en/Environmental_services).

*Chi trả dịch vụ môi trường rừng là việc các chủ thể sử dụng dịch vụ trả tiền cho những người giúp duy trì hoặc cung cấp các dịch vụ môi trường (bên cung cấp dịch vụ). Đây là một cách tiếp cận tương đối mới dưới góc độ kinh tế và để thiết lập thị trường thực sự cho các dịch vụ môi trường<sup>4</sup>.*

*\* Nguyên tắc chi trả dịch vụ môi trường rừng*

Nguyên tắc tự nguyện - các bên liên quan tham gia vào các thỏa thuận về chi trả dịch vụ môi trường rừng trên cơ sở tự nguyện. Tuy nhiên, trong thực tế, người sử dụng dịch vụ môi trường có thể bị pháp luật bắt buộc phải trả tiền<sup>5</sup>.

Nguyên tắc người thụ hưởng trả tiền: Người thụ hưởng các dịch vụ môi trường (cá nhân, cộng đồng và doanh nghiệp hoặc Chính phủ thay mặt cho các bên khác nhau) thanh toán cho các dịch vụ đó.

Nguyên tắc thanh toán trực tiếp: Thanh toán trực tiếp cho các nhà cung cấp dịch vụ môi trường (trên thực tế, thường thông qua một trung gian hoặc bên môi giới).

Đảm bảo tính lâu dài, ổn định trong việc chi trả trên cơ sở được cung cấp dịch vụ môi trường rừng<sup>6</sup>.

*\* Ý nghĩa của việc chi trả dịch vụ môi trường rừng*

Việc xây dựng và thực hiện chính sách chi trả dịch vụ môi trường rừng làm nổi bật giá trị, ý nghĩa của rừng đối với đời sống,

giúp hỗ trợ sinh kế bền vững cho người trồng rừng, cung cấp dịch vụ môi trường rừng, cũng như xây dựng năng lực quản lý rừng. Bên cạnh đó, chúng ta có thể huy động được mọi nguồn lực vào việc bảo vệ và phát triển rừng.

Tại Việt Nam, Luật Đa dạng sinh học năm 2008 quy định: “Tổ chức, cá nhân sử dụng dịch vụ môi trường liên quan đến đa dạng sinh học có trách nhiệm trả tiền cho tổ chức, cá nhân cung cấp dịch vụ”<sup>7</sup>. Đây là cơ sở pháp lý quan trọng để xây dựng cơ chế chi trả dịch vụ môi trường rừng.

Thuật ngữ “dịch vụ môi trường rừng” lần đầu tiên được giải thích trong Quyết định số 380/2008/QĐ-TTg ngày 10/4/2008 của Thủ tướng Chính phủ về chính sách thí điểm chi trả dịch vụ môi trường rừng, sau đó được quy định tại Nghị định số 99/2010/NĐ-CP ngày 24/9/2010 của Chính phủ về chính sách chi trả dịch vụ môi trường rừng. Hiện nay, những nội dung của Nghị định này đã được “luật hóa” vào Luật Lâm nghiệp năm 2017, theo đó, thuật ngữ “*Dịch vụ môi trường rừng*” được giải thích là *hoạt động cung ứng các giá trị sử dụng của môi trường rừng*<sup>8</sup>. Các chủ thể hưởng lợi từ dịch vụ môi trường rừng sẽ phải chi trả tiền cho dịch vụ này. Đây là nguồn tài chính vững chắc và ổn định để bảo vệ và phát triển rừng trong nền kinh tế thị trường.

## **2. Thực trạng pháp luật về chi trả dịch vụ môi trường rừng**

*Thứ nhất, dịch vụ môi trường rừng được cung cấp cho các chủ thể gồm năm loại<sup>9</sup> sau:*

<sup>4</sup> Forest Trends, Katoomba Group and UNEP, “Payments for Ecosystem Services Getting Started: A Primer”, 2008, [https://rmpportal.net/library/...2008/forest-trends/...KatoombaForestTrends\\_2008.../file](https://rmpportal.net/library/...2008/forest-trends/...KatoombaForestTrends_2008.../file).

<sup>5</sup> FAO, “Payments for forest environmental services in sub-Saharan Africa, 2016”, p. 5, <http://www.fao.org/3/a-i5578e.pdf>.

<sup>6</sup> FAO, “Payments for forest environmental services in sub-Saharan Africa, 2016”, p. 6, <http://www.fao.org/3/a-i5578e.pdf>.

<sup>7</sup> Điều 74 Luật Đa dạng sinh học năm 2008.

<sup>8</sup> Khoản 23 Điều 2 Luật Lâm nghiệp năm 2017.

<sup>9</sup> Điều 61 Luật Lâm nghiệp năm 2017.

- Bảo vệ đất, hạn chế xói mòn và bồi lắng lòng hồ, lòng sông, lòng suối.

- Điều tiết, duy trì nguồn nước cho sản xuất và đời sống xã hội.

- Hấp thụ và lưu giữ các-bon của rừng; giảm phát thải khí nhà kính từ hạn chế mất rừng và suy thoái rừng, quản lý rừng bền vững, tăng trưởng xanh.

- Bảo vệ, duy trì vẻ đẹp cảnh quan tự nhiên, bảo tồn đa dạng sinh học hệ sinh thái rừng cho kinh doanh dịch vụ du lịch.

- Cung ứng bãi đẻ, nguồn thức ăn, con giống tự nhiên, nguồn nước từ rừng và các yếu tố từ môi trường, hệ sinh thái rừng để nuôi trồng thủy sản.

Việc xác định rõ các dịch vụ môi trường rừng là cơ sở để xác định các chủ thể cung cấp dịch vụ môi trường rừng, cũng như các chủ thể hưởng lợi trực tiếp từ dịch vụ môi trường rừng mang lại.

Hiện nay, dịch vụ môi trường rừng: Hấp thụ và lưu giữ các-bon của rừng; giảm phát thải khí nhà kính từ hạn chế mất rừng và suy thoái rừng, quản lý rừng bền vững, tăng trưởng xanh mới đang ở giai đoạn áp dụng thử nghiệm tại hai tỉnh Quảng Nam và Thừa Thiên Huế.

*Thứ hai, xác định chủ thể cung cấp dịch vụ môi trường rừng và chủ thể trực tiếp thụ hưởng các dịch vụ môi trường rừng*

Chủ thể cung cấp dịch vụ môi trường rừng được chi trả tiền dịch vụ môi trường rừng, bao gồm:

1) Chủ rừng<sup>10</sup>;

2) Tổ chức, hộ gia đình, cá nhân, cộng đồng dân cư có hợp đồng nhận khoán bảo vệ và phát triển rừng với chủ rừng là tổ chức do Nhà nước thành lập;

3) Ủy ban nhân dân cấp xã và tổ chức khác được Nhà nước giao trách nhiệm quản lý rừng theo quy định của pháp luật<sup>11</sup>.

Các chủ thể này có quyền nhận tiền chi trả, kiểm tra, giám sát việc thực hiện chi trả dịch vụ môi trường rừng, đồng thời có nghĩa vụ bảo đảm bảo vệ và phát triển theo quy hoạch, kế hoạch đã được phê duyệt diện tích cung ứng dịch vụ môi trường rừng.

Chủ thể trực tiếp thụ hưởng những giá trị các dịch vụ môi trường rừng là những đối tượng phải chi trả tiền dịch vụ môi trường rừng, đó là:

1) Cơ sở sản xuất thủy điện phải chi trả tiền dịch vụ về bảo vệ đất, hạn chế xói mòn và bồi lắng lòng hồ, lòng sông, lòng suối, điều tiết và duy trì nguồn nước cho sản xuất thủy điện.

2) Cơ sở sản xuất và cung ứng nước sạch phải chi trả tiền dịch vụ về điều tiết và duy trì nguồn nước cho sản xuất nước sạch.

3) Cơ sở sản xuất công nghiệp phải chi trả tiền dịch vụ về điều tiết và duy trì nguồn nước cho sản xuất công nghiệp.

4) Tổ chức, cá nhân kinh doanh dịch vụ du lịch sinh thái, nghỉ dưỡng, giải trí phải chi trả tiền dịch vụ về bảo vệ, duy trì vẻ đẹp cảnh quan tự nhiên, bảo tồn đa dạng sinh học hệ sinh thái rừng.

5) Tổ chức, cá nhân hoạt động sản xuất, kinh doanh gây phát thải khí nhà kính

<sup>10</sup> Theo Điều 8 Luật Lâm nghiệp 2017, chủ rừng gồm: 1) Ban quản lý rừng đặc dụng, ban quản lý rừng phòng hộ; 2) Tổ chức kinh tế bao gồm doanh nghiệp, hợp tác xã, liên hiệp hợp tác xã và tổ chức kinh tế khác được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật, trừ trường hợp quy định tại khoản 7 Điều này; 3) Đơn vị thuộc lực lượng vũ

trang nhân dân được giao rừng (sau đây gọi là đơn vị vũ trang); 4) Tổ chức khoa học và công nghệ, đào tạo, giáo dục nghề nghiệp về lâm nghiệp; 5) Hộ gia đình, cá nhân trong nước; 6) Cộng đồng dân cư; 7) Doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài được Nhà nước cho thuê đất để trồng rừng sản xuất.

<sup>11</sup> Khoản 1 Điều 63 Luật Lâm nghiệp năm 2017.

lớn phải chi trả tiền dịch vụ về hấp thụ và lưu giữ các-bon của rừng.

6) Cơ sở nuôi trồng thủy sản phải chi trả tiền dịch vụ cung ứng bãi đẻ, nguồn thức ăn, con giống tự nhiên, nguồn nước và các yếu tố từ môi trường, hệ sinh thái rừng cho nuôi trồng thủy sản và các đối tượng khác theo quy định của pháp luật<sup>12</sup>.

Các chủ thể chi trả tiền dịch vụ môi trường rừng có nghĩa vụ chi trả tiền sử dụng dịch vụ môi trường rừng và có quyền được biết về kết quả bảo vệ rừng, chất lượng, trạng thái rừng ở khu vực cung cấp dịch vụ, kiểm tra, giám sát kết quả bảo vệ rừng.

*Thứ ba, xác định mức chi trả dịch vụ môi trường rừng*

Đối với cơ sở sản xuất thủy điện: Mức chi trả tiền dịch vụ môi trường rừng là 36 đồng/kwh điện thương phẩm<sup>13</sup>. Đối với cơ sở sản xuất và cung ứng nước sạch: Mức chi trả tiền dịch vụ môi trường rừng áp dụng là 52 đồng/m<sup>3</sup> nước thương phẩm<sup>14</sup>. Đối với cơ sở sản xuất công nghiệp có sử dụng nước từ nguồn nước: Mức chi trả tiền dịch vụ môi trường rừng là 50 đồng/m<sup>3</sup><sup>15</sup>. Khi giá bán lẻ điện, nước bình quân biến động tăng hoặc giảm 20%, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn trình Chính phủ quyết định điều chỉnh mức chi trả dịch vụ môi trường rừng tương ứng<sup>16</sup>.

Đối với các tổ chức, cá nhân kinh doanh dịch vụ du lịch sinh thái, nghỉ dưỡng, giải trí và các doanh nghiệp nuôi trồng thủy sản hoặc doanh nghiệp liên kết với các hộ gia

đình, cá nhân nuôi trồng thủy sản: Mức chi trả tiền dịch vụ môi trường rừng tối thiểu bằng 1% trên tổng doanh thu thực hiện trong kỳ<sup>17</sup>.

*Thứ tư, về hình thức chi trả dịch vụ môi trường rừng*

Hình thức trả tiền trực tiếp: Các bên trực tiếp giao kết hợp đồng theo đó, bên sử dụng dịch vụ môi trường rừng trả tiền trực tiếp cho bên cung ứng dịch vụ môi trường rừng theo đơn giá ít nhất bằng đơn giá do Nhà nước quy định.

Hình thức trả tiền gián tiếp: Bên sử dụng dịch vụ môi trường rừng trả tiền cho bên cung ứng dịch vụ môi trường rừng ủy thác qua Quỹ Bảo vệ và phát triển rừng. Hình thức trả tiền này được áp dụng trong trường hợp bên cung ứng dịch vụ môi trường rừng và bên sử dụng dịch vụ môi trường rừng không thỏa thuận được hợp đồng chi trả dịch vụ môi trường rừng theo hình thức chi trả trực tiếp.

*Thứ năm, xác định chế tài xử lý*

Hiện nay, chế tài xử lý chủ yếu áp dụng đối với chủ thể sử dụng dịch vụ môi trường rừng là chế tài hành chính. Theo đó, người sử dụng dịch vụ môi trường rừng không ký hợp đồng chi trả tiền sử dụng dịch vụ môi trường rừng/không kê khai tiền phải chi trả dịch vụ môi trường rừng trong trường hợp chi trả gián tiếp/không chi trả hoặc chi trả không đầy đủ tiền sử dụng dịch vụ thì bị xử phạt vi phạm hành chính và buộc khắc phục hậu quả<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Khoản 2 Điều 63 Luật Lâm nghiệp năm 2017.

<sup>13</sup> Khoản 1 Điều 59 Nghị định số 156/2018/NĐ-CP của Chính phủ ngày 16/11/2018 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Lâm nghiệp (Gọi tắt là Nghị định 156/2018/NĐ-CP).

<sup>14</sup> Khoản 2 Điều 59 Nghị định 156/2018/NĐ-CP.

<sup>15</sup> Khoản 3 Điều 59 Nghị định 156/2018/NĐ-CP.

<sup>16</sup> Khoản 6 Điều 59 Nghị định 156/2018/NĐ-CP.

<sup>17</sup> Khoản 4, 5 Điều 59 Nghị định 156/2018/NĐ-CP.

<sup>18</sup> Khoản 7 Điều 3 Nghị định số 41/2017/NĐ-CP của Chính phủ ngày 05/04/2017, sửa đổi, bổ sung một số điều của các nghị định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thủy sản; lĩnh vực thú y, giống vật nuôi, thức ăn chăn nuôi; quản lý rừng, phát triển rừng, bảo vệ rừng và quản lý lâm sản (gọi tắt: Khoản 7 Điều 3 Nghị định 41/2017/NĐ-CP).

Đối với người cung cấp dịch vụ môi trường rừng thì chỉ xử phạt vi phạm hành chính và buộc khắc phục hậu quả đối với chủ rừng là tổ chức được Nhà nước giao rừng không chi trả hoặc chi trả không đầy đủ, đúng hạn tiền thu từ dịch vụ môi trường rừng cho người nhận khoán bảo vệ rừng theo hợp đồng ký kết giữa chủ rừng và người nhận khoán bảo vệ rừng<sup>19</sup>.

### 3. Một số khuyến nghị hoàn thiện pháp luật về chi trả dịch vụ môi trường rừng ở Việt Nam

Luật Lâm nghiệp năm 2017 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã xây dựng khá đầy đủ các dịch vụ môi trường rừng, với năm loại dịch vụ đã trình bày trong mục 2. Đây là cơ sở quan trọng để xác định các chủ thể được hưởng các giá trị từ dịch vụ môi trường rừng và phải chi trả một khoản tiền cho các chủ thể đã cung cấp dịch vụ môi trường rừng. Tuy nhiên, để các quy định về dịch vụ môi trường rừng được thực thi một cách có hiệu quả thì các quy định pháp luật về vấn đề này cần cụ thể và chi tiết hơn, đặc biệt là cần làm rõ các quy định sau đây:

- *Quy định rõ các chủ thể hưởng lợi từ dịch vụ môi trường rừng*

Theo quy định, có 06 nhóm chủ thể phải chi trả dịch vụ môi trường rừng, đó là: Cơ sở sản xuất thủy điện; cơ sở sản xuất và cung ứng nước sạch; cơ sở sản xuất công nghiệp có sử dụng nước từ nguồn nước phục vụ cho sản xuất công nghiệp; tổ chức, cá nhân kinh doanh dịch vụ du lịch sinh thái, nghỉ dưỡng, giải trí; tổ chức, cá nhân hoạt động sản xuất, kinh doanh gây phát thải khí nhà kính lớn; cơ sở nuôi trồng thủy sản.

Trong những năm qua, khi thực hiện việc chi trả dịch vụ môi trường rừng thì thu từ cơ sở sản xuất thủy điện là chủ yếu, chiếm tới 97,04%, thu từ cơ sở sản xuất cung cấp nước sạch, chiếm 2,73%, còn lại là thu từ dịch vụ du lịch chiếm 0,23%<sup>20</sup>. Tuy nhiên, thực chất số tiền chi trả dịch vụ môi trường rừng được chuyển cho người sử dụng dịch vụ cuối cùng là “người dân và các đối tượng sử dụng điện và nước” vì số tiền này được hạch toán trong giá bán điện và nước<sup>21</sup>. Điều đó có nghĩa, về bản chất các chủ thể chi trả tiền dịch vụ môi trường rừng đang “thu hộ” người cung cấp dịch vụ môi trường rừng mà thôi.

Đối với hai loại dịch vụ môi trường rừng là hoạt động sản xuất, kinh doanh gây phát thải khí nhà kính lớn và nuôi trồng thủy sản chưa được thực thi vì còn nhiều quy định chưa được hướng dẫn cụ thể như cách tính phí chi trả dịch vụ môi trường rừng.

Với quy định “tổ chức, cá nhân hoạt động sản xuất, kinh doanh gây phát thải khí nhà kính lớn” phải chi trả dịch vụ môi trường rừng là hoàn toàn đúng đắn. Tuy nhiên, quy định pháp luật cần hướng dẫn cụ thể tổ chức, cá nhân hoạt động kinh doanh gây phát thải khí nhà kính như thế nào là “lớn” và cần chỉ rõ cụ thể là các chủ thể nào. Ví dụ: Lĩnh vực năng lượng (đốt cháy nhiên liệu hóa thạch, hoạt động giao thông vận tải); công nghiệp, nông nghiệp, chất thải...

Vì vậy, để đảm bảo công bằng giữa các chủ thể hưởng lợi ích từ dịch vụ môi trường

<sup>19</sup> Khoản 7 Điều 3 Nghị định 41/2017/NĐ-CP.

<sup>20</sup> Phạm Hữu Lương, “Chi trả dịch vụ môi trường rừng ở Việt Nam, thực trạng và chính sách” Tạp chí Khoa học công nghệ lâm nghiệp, số 01/2018, tr. 198-202.

<sup>21</sup> Khoản 4 Điều 62 Luật Lâm nghiệp năm 2017.

rừng cũng như tăng giá trị chi trả cho các chủ thể cung cấp dịch vụ môi trường rừng, Nhà nước cần sớm quy định giá thành chi trả cho dịch vụ môi trường rừng đối với tổ chức, cá nhân hoạt động sản xuất, kinh doanh gây phát thải khí nhà kính “lớn”.

Nếu thu được tiền dịch vụ môi trường rừng từ hoạt động sản xuất, kinh doanh gây phát thải khí nhà kính lớn sẽ tạo nguồn thu quan trọng vì theo số liệu thống kê hiện nay, chỉ riêng đối với ngành điện thì sản lượng của nhiệt điện than là lớn nhất với khoảng 41% tiếp đó là thủy điện chiếm khoảng 39%, tuabin khí khoảng 19% và các nguồn khác khoảng 2%<sup>22</sup>, trong khi đó, việc chi trả dịch vụ môi trường rừng đối với các nhà máy nhiệt điện chưa được thực hiện.

#### *Về quyền và nghĩa vụ các bên*

Hiện nay, Luật Lâm nghiệp năm 2017 và văn bản hướng dẫn thi hành có quy định về quyền và nghĩa vụ của bên sử dụng và bên cung ứng dịch vụ môi trường rừng theo đó, bên cung ứng có quyền yêu cầu bên sử dụng chi trả tiền sử dụng dịch vụ môi trường rừng<sup>23</sup> và có nghĩa vụ bảo đảm bảo vệ và phát triển theo quy hoạch, kế hoạch quản lý diện tích cung ứng dịch vụ môi trường rừng đối với từng loại rừng do cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt<sup>24</sup>. Tuy nhiên, chế tài xử lý đối với việc bên cung ứng không đảm bảo diện tích cung ứng dịch vụ môi trường rừng chưa được đặt ra.

Đối với bên sử dụng dịch vụ môi trường rừng thì có quyền được biết về diện tích,

chất lượng và trạng thái rừng, việc bảo vệ và phát triển rừng ở khu vực có cung ứng dịch vụ môi trường rừng. Đây gần như là một quyền “đương nhiên” của bên sử dụng dịch vụ. Quyền được đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền xem xét việc điều chỉnh tiền chi trả dịch vụ môi trường rừng trong trường hợp bên cung ứng dịch vụ môi trường rừng không bảo đảm đúng diện tích rừng hoặc làm suy giảm chất lượng, trạng thái rừng mà bên sử dụng dịch vụ đã chi trả số tiền tương ứng. Quyền này chỉ mang tính chất “tượng trưng” vì bên sử dụng dịch vụ chỉ được quyền “đề nghị” chứ không được quyền “điều chỉnh” số tiền chi trả dịch vụ khi dịch vụ cung cấp kém chất lượng. Nên chăng, cần để cho các bên “thỏa thuận” cụ thể các quyền và nghĩa vụ của mình trong hợp đồng cung cấp dịch vụ.

- *Về chế tài xử lý khi các bên không thực hiện đúng việc cung cấp và chi trả dịch vụ môi trường rừng*

Để đảm bảo công bằng giữa bên cung cấp dịch vụ và bên sử dụng dịch vụ môi trường rừng, Nhà nước cần có quy định cụ thể về việc bồi thường thiệt hại và xử phạt vi phạm hành chính đối với cả bên cung cấp và bên sử dụng dịch vụ môi trường rừng vì hiện nay, Nghị định số 41/2017/NĐ-CP ngày 05/04/2017, sửa đổi, bổ sung một số điều của các nghị định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thủy sản; lĩnh vực thú y, giống vật nuôi, thức ăn chăn nuôi; quản lý rừng, phát triển rừng, bảo vệ rừng và quản lý lâm sản quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực dịch vụ môi trường rừng mới chỉ quy định xử phạt đối với hành vi vi phạm của “người sử dụng dịch vụ môi trường rừng” mà chưa có quy định xử phạt đối với “người cung cấp dịch vụ môi trường rừng”.

<sup>22</sup> Lê Việt, “Cung ứng điện năm 2019: Nhiều thách thức”, <https://www.evn.com.vn/d6/news/Cung-ung-dien-nam-2019-Nhieu-thach-thuc-6-12-22666.aspx>, truy cập ngày 15/2/2019.

<sup>23</sup> Điểm a khoản 1 Điều 65 Luật Lâm nghiệp năm 2017.

<sup>24</sup> Khoản 2 Điều 65 Luật Lâm nghiệp năm 2017.