

THÔNG RA MỘT KỶ

7(375)

2019

NUM TH 48

TỔNG BIÊN TẬP

PGS.TS. L. MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TS. TR. V. BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. O. T. C.
PGS.TS. B. X. C.
PGS.TS. P. H. H.
PGS.TS. T. H. H.
PGS.TS. H. T. H.
PGS.TS. P. H. N.
PGS.TS. N. N. P.
PGS.TS. L. M. T.
PGS.TS. N. T. T.
GS.TS. V. K. V.
PGS.TS. O. N. C. V. C.

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

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ NGUYỄN MINH TUẤN: Những vấn đề pháp lý còn bỏ ngỏ về giới hạn quyền con người, quyền công dân ở Việt Nam 3

❖ CAO VŨ MINH: Hoàn thiện các quy định pháp luật về hình thức kỷ luật giáng chức đối với công chức 8

LUẬT HÌNH SỰ

❖ NGUYỄN PHƯƠNG THẢO – TRẦN VĂN THƯỢNG: Trách nhiệm hình sự của đồng phạm trong Quốc triều Hình luật 18

LUẬT DÂN SỰ

❖ NGUYỄN VÕ LINH GIANG: Giải thích hợp đồng theo pháp luật Việt Nam và pháp luật Pháp 26

LUẬT KINH TẾ, LUẬT ĐẤT ĐAI

❖ VŨ QUANG – NGUYỄN VĂN LÂM: Một số vấn đề về quyền tiếp cận thông tin của cổ đông trong công ty cổ phần 34

❖ ĐỖ THỊ HẢI YẾN: Một số bất cập trong pháp luật hiện hành về đối tượng hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất 40

TƯ PHÁP QUỐC TẾ

❖ DƯ NGỌC BÍCH: Tiếp cận học thuyết và tiếp cận thực tiễn đối với vấn đề công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài 48

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT NƯỚC NGOÀI

❖ TRƯƠNG THỊ MINH THÙY: Quyền miễn trừ trách nhiệm và quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ ở một số quốc gia trên thế giới và gợi mở cho Việt Nam 56

❖ NGUYỄN VĂN QUÂN – BÙI PHÚ CHÂU: Ứng dụng trí tuệ nhân tạo trong mô hình đánh giá tín nhiệm xã hội (SCS) ở Trung Quốc và tác động đối với quyền con người 74

MONTHLY ISSUE

7(375)

2019

48TH 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

CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW

❖ NGUYEN MINH TUAN: Legal Loopholes in Limitation of Human Rights and Citizen's Rights in Vietnam 3

❖ CAO VU MINH: Improve the Regulations on Demotion as a Disciplinary Action on Civil Servants 8

CRIMINAL LAW

❖ NGUYEN PHUONG THAO – TRAN VAN THUONG: Criminal Responsibility of Accomplices under the *Quoc trieu Hinh luat* 18

CIVIL LAW

❖ NGUYEN VO LINH GIANG: Interpretation of Contract under the Vietnamese and French Laws 26

ECONOMIC LAW, LAND LAW

❖ VU QUANG – NGUYEN VAN LAM: Issues on the Right to Access Information of Shareholders in Joint Stock Companies 34

❖ DO THI HAI YEN: Shortcomings of the Current Laws on Objects of Mortgage of Land Use Right 40

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

❖ DU NGOC BICH: Theoretical and Practical Approaches to Recognition and Enforcement of Foreign Civil Judgments 48

FOREIGN STATE AND LAW

❖ TRUONG THI MINH THUY: Parliamentary Immunity and Inviolability in Foreign Countries and Implications for Viet Nam 56

❖ NGUYEN VAN QUAN – BUI PHU CHAU: The Use of Artificial Intelligence in China's Social Credit System and Its Impacts on Human Rights 74

NHỮNG VẤN ĐỀ PHÁP LÝ CÒN BỎ NGỎ VỀ GIỚI HẠN QUYỀN CON NGƯỜI, QUYỀN CÔNG DÂN Ở VIỆT NAM

Nguyễn Minh Tuấn*

Tóm tắt: *Giới hạn quyền con người, quyền công dân là một vấn đề pháp lý đã được ghi nhận ở khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013. Tuy nhiên, xung quanh vấn đề này còn nhiều vấn đề pháp lý bỏ ngỏ cần phải được tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện.*

Abstract: *Limitation of human rights and citizen's rights is a legal matter recognized in Article 14, Paragraph 2 of the Constitution of 2013. However, there are still a number of legal gaps on this matter in need of further research for improvement.*

Giới hạn quyền hoàn toàn không phải là để vi phạm quyền, mà thực chất là để bảo vệ quyền một cách tốt hơn. Đây là vấn đề đã được ghi nhận trong *Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền* và một số điều ước quốc tế về quyền con người mà bản chất của nó là cho phép các quốc gia thành viên áp đặt một số điều kiện với việc thực hiện/thụ hưởng một số quyền con người nhất định¹. Khoản 2 Điều 29 *Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền* khẳng định, khi thực hiện các quyền và tự do của mình, mọi người chỉ phải chịu những hạn chế do luật định (“determined by law”)², nhằm mục

đích duy nhất là đảm bảo sự công nhận và tôn trọng thích đáng đối với các quyền và tự do của người khác, cũng như đáp ứng những yêu cầu chính đáng về đạo đức, trật tự xã hội và phúc lợi chung trong một xã hội dân chủ.

Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 là một bước tiến trong lịch sử lập hiến Việt Nam khi lần đầu quy định: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*”.

Tuy nhiên, tác giả cho rằng, khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 đang có một số bất cập trong việc triển khai vì thiếu rõ ràng, bỏ ngỏ ở những điểm sau:

Thứ nhất, hiện tại đã có những điều kiện bảo đảm cho việc giới hạn quyền chưa?

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

¹ Xem, “Hỏi đáp về quyền con người”, *Trung tâm nghiên cứu quyền con người và quyền công dân*, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb. Hồng Đức, 2011, tr. 72.

² Thuật ngữ “law” nêu trong các quy định liên quan của *Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền* năm 1948 và hai công ước: Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966; Công ước quốc tế về các quyền kinh tế, xã hội và văn hóa năm 1966 không được giải thích rõ ràng theo cách phân loại ở Việt Nam: đó là các đạo luật do nghị viện của một quốc gia ban hành, hay các văn bản pháp luật do cả nghị viện và các cơ quan nhà nước khác của quốc gia ban hành? Vì vậy, hiện ở Việt Nam có hai cách hiểu về thuật ngữ này. Có quan điểm cho rằng, law chỉ có thể là các đạo luật do Quốc hội ban hành, trong khi quan điểm khác cho rằng, law có thể là bất kỳ văn

bản pháp luật nào được ban hành bởi bộ máy cơ quan nhà nước, không nhất thiết chỉ là các đạo luật của Quốc hội. Trong bài này, tác giả dùng từ “luật” để chỉ “law”, nhưng bỏ ngỏ việc tranh luận về nội hàm của từ này vì chưa tìm thấy giải thích chính thức của các cơ quan nhân quyền Liên hợp quốc.

Xét về phương diện bối cảnh triển khai, thi hành khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 chúng ta thấy rằng, việc giới hạn quyền ở nhiều quốc gia trên thế giới ra đời và phát triển trong bối cảnh xã hội đã có những tiền đề, điều kiện cho việc duy trì, phát triển một xã hội dân chủ. Các học giả phương Tây khuyến nghị việc giới hạn quyền phải làm rõ được 4 câu hỏi sau: *Thứ nhất*, giá trị dân chủ và xã hội công dân ở nơi đó đang ở mức độ nào? *Thứ hai*, các nhóm thiểu số và những đối tượng bị thiệt thòi trong xã hội đã và đang được quan tâm ở mức độ nào? *Thứ ba*, cơ quan lập pháp có thực sự độc lập, mạnh, đại diện cho lợi ích đa dạng của các thành phần dân cư không? *Thứ tư*, cơ quan tư pháp có thực sự độc lập, có được trao quyền giải thích pháp luật, có được phán quyết các hành vi vượt quá mức giới hạn quyền cho phép không?³ Trả lời được 4 câu hỏi này sẽ giúp chúng ta đưa ra được phương án lựa chọn các bước cụ thể để hoàn thiện vấn đề giới hạn quyền ở quốc gia đó. Không những thế, việc giới hạn quyền phải luôn đảm bảo yêu cầu “*cần thiết và hợp lý trong một xã hội dân chủ*”⁴. Tác giả đồng tình với quan điểm cho rằng, các vấn đề như: Thiết lập nền tảng dân chủ, bảo vệ nhóm thiểu số, tăng cường năng lực lập pháp và khả năng đại diện cũng như tư pháp độc lập chính là những điều kiện đảm bảo thiết yếu cho việc giới hạn quyền. Thiếu những điều kiện này việc giới hạn quyền một cách chính đáng cũng thiếu đi cơ sở bền vững để được gây dựng và phát triển.

³ Dawood Ahmed and Elliot Bulmer, *Limitation Clauses*, International IDEA Constitution-Building Primer 11, 2017, p. 16-17.

⁴ Xem các điều 14, 21, 22 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

Chính vì vậy, song song với việc phát triển cơ chế giới hạn quyền cũng cần quan tâm một cách tương xứng đến những điều kiện bảo đảm trên.

Thứ hai, giới hạn bởi “luật” hay “pháp luật”?

Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 này là một điều khoản chung và đặt ra yêu cầu với tất cả các loại quyền trong Hiến pháp hay đây là một điều khoản mang tính nguyên tắc và cho phép những quy định ở Điều 23, 25, 33 là những ngoại lệ đặt ra những giới hạn rộng hơn điều khoản chung này? Những ngôn từ của Chương II Hiến pháp năm 2013 nhìn về hình thức là mâu thuẫn nhau giữa “*giới hạn bởi luật*” (khoản 2 Điều 14) [Với tính chất là điều khoản chung] và giới hạn bởi “*pháp luật*” (các điều như Điều 23, 25, 33) [Với tính chất là các điều khoản riêng]. Với cách quy định như vậy, rất khó xác định ý chí thực sự của những nhà lập hiến là như thế nào. Mục đích của khoản 2 Điều 14 này hướng đến bảo vệ quyền lợi của công dân tốt hơn nếu là “*luật*” chứ không phải là “*pháp luật*”.

Giới hạn bởi luật hay dựa trên quy định của luật cũng là vấn đề được đưa ra để thảo luận nhiều. Với những quốc gia mà hầu hết các dự thảo luật do Chính phủ đệ trình và Chính phủ cũng chính là chủ thể hướng dẫn thi hành, có khả năng lồng ghép lợi ích cục bộ, lại thiếu cơ chế giải trình, cơ chế chịu trách nhiệm thì ở đó quyền lập pháp nguyên thủy sẽ bị lấn át và như vậy chưa thể được coi là mạnh và đại diện đầy đủ cho các thành phần dân cư được.

Thứ ba, “quyền con người, quyền công dân” ở khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 có bao hàm các quyền tuyệt đối hay không?

Quyền con người, quyền công dân mà quy định này nêu ra là bao hàm tất cả các quyền, như vậy không có sự phân biệt quyền tuyệt đối và quyền tương đối. Quy định này có tương thích với Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền không khi trong Tuyên ngôn này không cho phép việc hạn chế các quyền tuyệt đối?

Theo luật nhân quyền quốc tế, phần lớn các quyền con người đều có thể bị giới hạn bằng luật trong những điều kiện nhất định, ngoại trừ một số quyền không bao giờ có thể bị giới hạn mà được gọi là các quyền tuyệt đối (*absolute rights*), ví dụ như: “*Quyền sống; quyền không bị tra tấn, đối xử tàn bạo, vô nhân đạo hay hạ nhục; quyền không bị bắt giữ làm nô lệ hay nô dịch; quyền không bị bỏ tù chỉ vì lý do không hoàn thành nghĩa vụ theo hợp đồng; quyền không bị áp dụng hình phạt tử hình; quyền được công nhận là thể nhân trước pháp luật; quyền tự do tư tưởng, tín ngưỡng và tôn giáo*”⁵. Các nhà lập hiến có chủ định gì không khi không đưa ra sự phân biệt giữa hai loại quyền tuyệt đối và quyền tương đối này? Tác giả cho rằng, thời gian tới nhất thiết phải làm rõ vấn đề này. Để phù hợp với *Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền* thì không thể giới hạn cả những quyền tuyệt đối.

Thứ tư, khi nào thì được tạm đình chỉ quyền?

Khoản 2 Điều 14 cũng như trong toàn bộ bản Hiến pháp năm 2013 đều không đưa

⁵ Các điều 6, 7, 8, 11, 15, 16, 18 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966. Với quyền tự do tư tưởng, tín ngưỡng và tôn giáo, chỉ có khía cạnh tự do suy nghĩ, tín theo tôn giáo, tín ngưỡng là tuyệt đối, còn việc truyền bá tư tưởng, truyền bá hay thực hành tín ngưỡng, tôn giáo vẫn có thể bị hạn chế theo luật nhân quyền quốc tế.

ra quy định nào về vấn đề tạm đình chỉ quyền. Những điều kiện, thủ tục, trình tự về việc tạm đình chỉ quyền này như thế nào nếu thực sự có những vấn đề như chiến tranh hoặc những trường hợp khẩn cấp xâm hại đến an ninh quốc gia? Tác giả cho rằng, vấn đề tạm đình chỉ quyền là vấn đề rất quan trọng trong việc xác lập giới hạn hành vi của công quyền, những giới hạn này cần phải được minh thị những nội dung cơ bản ở ngay trong Hiến pháp. Cụ thể hóa các điều kiện tạm đình chỉ quyền có thể để cho các văn bản dưới Hiến pháp quy định. Chẳng hạn, Ủy ban nhân quyền châu Âu đã đưa ra 4 yêu cầu để xác định thế nào là trường hợp để tạm đình chỉ quyền⁶: *Thứ nhất*, việc xâm hại đến an ninh quốc gia phải hiện hữu và thực tế, không phải là sự tưởng tượng. Nếu không ngăn chặn thì thiệt hại chắc chắn sẽ diễn ra. *Thứ hai*, tác hại của mối hiểm nguy phải liên quan đến cả quốc gia. *Thứ ba*, việc duy trì đời sống như cũ của cộng đồng đang bị đe dọa. *Thứ tư*, mục đích của việc tạm đình chỉ quyền phải nhằm duy trì an toàn, sức khỏe, lợi ích của cộng đồng. Ủy ban châu Âu còn yêu cầu các nước khi đưa ra các biện pháp tạm đình chỉ quyền phải có nghĩa vụ thông báo cho Tổng thư ký về các biện pháp và lý do tạm đình chỉ quyền.

Tác giả cho rằng, trong tương lai, cần phải xác định rõ khi nào thì được phép “tạm đình chỉ quyền” để tương thích hơn với những chuẩn mực của luật pháp quốc tế.

Thứ năm, mức độ quan trọng trong 6 lý do giới hạn quyền tại khoản 2 Điều 14

⁶ Xem: J. Fitzpatrick, *Human Rights in Crisis: The International System for Protecting Rights during States of Emergency*, (Procedural Aspects of International Law Series: V. 19) 1994, p. 70-79.

Hiến pháp năm 2013 như thế nào? Có thứ tự ưu tiên không?

Có 6 lý do hạn chế quyền được đưa ra ở khoản 2 Điều 14 là “lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội và sức khỏe cộng đồng”. Sáu lý do hay sáu trường hợp có thể giới hạn quyền này phải chăng nhà lập hiến đã có chủ định sắp xếp theo thứ bậc mức độ quan trọng các trường hợp giới hạn quyền? Nếu vậy, những nhà lập hiến có xác định được thế nào là quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội và sức khỏe cộng đồng không? Trong quốc phòng có liên quan đến an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội không? Trong trường hợp giới hạn quyền vì lý do sức khỏe cộng đồng thì có liên quan đến trật tự, an toàn xã hội không? Phải chăng nhà lập hiến chỉ nêu ra 6 trường hợp này để lường tính cơ sở hạn chế quyền theo nghĩa rộng nhất? Tác giả cho rằng, thời gian tới cần phải tiếp tục nghiên cứu, làm rõ các tiêu chí đánh giá thế nào là vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội và sức khỏe cộng đồng theo hướng cụ thể hóa đối với từng loại quyền, từng loại trường hợp giới hạn. Đối với những loại quyền chính trị, dân sự thì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội có thể được xem xét để giới hạn. Đối với những loại quyền kinh tế, văn hóa, xã hội thì phải có tiêu chí giới hạn khác, trong đó lý do đạo đức xã hội và sức khỏe cộng đồng có thể được xem như là những lý do chính đáng nhất để quyền này có thể bị giới hạn.

Thay vì đặt ra điều khoản chung chung, có những cách thức khác mà ta có thể tham khảo. Trên thế giới có nhiều cách thức khác nhau, nhưng thông thường tương ứng với

từng loại quyền sẽ có những tiêu chí giới hạn quyền tương ứng. Chẳng hạn, Tòa án nhân quyền châu Âu đã đưa ra quy định việc giới hạn tự do tôn giáo chỉ trong trường hợp vì lý do an toàn công cộng, quyền tự do biểu đạt chỉ có thể bị hạn chế trong trường hợp vì lý do an ninh quốc gia, an toàn công cộng, quyền tự do cá nhân chỉ có thể bị hạn chế bởi lý do an ninh quốc gia, an toàn công cộng và lợi ích kinh tế của cả quốc gia⁷. Như vậy, việc giới hạn quyền này đã xác định rõ được điều kiện nào thì một quyền bị giới hạn và giới hạn vì mục đích gì.

Thứ sáu, khi có tranh chấp về giới hạn quyền thì xử lý như thế nào?

Hiện tại, chúng ta vẫn đang thiếu cơ chế tài phán độc lập để đánh giá việc giới hạn quyền. Vai trò của tòa án trong việc xác định phạm vi, giới hạn của việc hạn chế quyền rất quan trọng. Muốn bảo vệ quyền con người, quyền công dân, cần có cơ quan tài phán độc lập để giám sát, thẩm định các hành vi của chính quyền xâm phạm đến quyền hiến định của cá nhân. Tòa án là thành trì cuối cùng để bảo vệ công lý và phải là cơ quan cuối cùng để đánh giá về việc giới hạn quyền. Mọi khâu khác có thể mắc sai lầm, nhưng tòa án là nơi cuối cùng mà người dân đặt niềm tin ở đó. Tư pháp không mạnh thì không thể bảo vệ được ai. Tư pháp muốn mạnh thì phải được trao quyền giải thích pháp luật, có quyền được phán quyết các hành vi vượt quá mức giới hạn quyền cho phép không.

⁷ Nguyễn Văn Tiếng Anh: “It is legitimate to pursue national security, public safety and economic well-being to the detriment of privacy, but only national security and public safety to the detriment of freedom of expression, and only public safety to the detriment of freedom of religion”.

Việc thiết kế các tiêu chuẩn minh bạch để làm cơ sở thẩm định các hành vi hạn chế quyền là việc làm cần thiết. Việc thiếu cơ chế tài phán hiến pháp đã hạn chế khả năng ngăn ngừa, xử lý những văn bản và quyết định vi phạm các quyền hiến định (vi hiến) của các cơ quan lập pháp, hành pháp và tư pháp. Để đảm bảo sự độc lập của tòa án, ngoài việc cụ thể hóa những điểm mới của Hiến pháp năm 2013, cần nâng cao nhiệm kỳ thẩm phán; bảo đảm ngân sách cho tòa án; thay đổi cơ chế quản lý hành chính tư pháp; đổi mới điều kiện và quy trình bổ nhiệm, tái bổ nhiệm thẩm phán theo hướng minh bạch, chặt chẽ và đảm bảo tính chuyên môn; tổ chức tòa án theo khu vực...

Thứ bảy, khi xử lý tranh chấp giới hạn quyền thì dựa trên những nguyên tắc nào?

Không những thiếu cơ chế tài phán độc lập, mà ngay cả các nguyên tắc giới hạn quyền cũng chưa được xác định rõ ở Hiến pháp năm 2013. Không có nguyên tắc thì không thể xử lý những tranh chấp phát sinh về giới hạn quyền. Để phù hợp với luật nhân quyền quốc tế và phù hợp với bối cảnh hội nhập, tác giả cho rằng, cần phải xác lập những nguyên tắc sau:

1. *Nguyên tắc tôn trọng nhân phẩm của con người:* Nguyên tắc này là nguyên tắc đầu tiên của Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền. Trong mỗi một xã hội tự do được vận hành bởi nguyên tắc pháp quyền, chức năng của cơ quan nhà nước là thiết lập và duy trì các điều kiện để bảo vệ phẩm giá của con người. Chẳng hạn, việc tra tấn hay nhục mạ con người bằng những hành vi bạo lực vô nhân đạo không thể được cho phép, ngay cả khi người đó đang bị tạm giữ, tạm giam.

2. *Nguyên tắc hợp pháp:* Nội dung của nguyên tắc này là mọi người đều tự do cho

đến khi có những giới hạn được đặt ra bởi luật. Việc giới hạn quyền phải được quy định rõ ràng trong luật. Không chỉ vậy, những quy định của luật đặt ra giới hạn đối với việc thực hiện quyền cần phải: (1) Công khai với người dân và có chỉ dẫn thích hợp để mọi người có thể hiểu sự hạn chế luật định đối với các quyền của họ như thế nào; (2) Quy định về giới hạn quyền trong luật phải chính xác, rõ ràng để người dân có thể hiểu rõ và tự điều chỉnh hành vi của họ; (3) Có những biện pháp thích hợp để phòng ngừa việc lạm dụng quy định hạn chế quyền, hoặc việc tùy tiện đặt ra các hạn chế quyền.

3. *Nguyên tắc pháp quyền:* Chỉ được đặt ra một giới hạn quyền nếu điều đó là cần thiết trong một xã hội dân chủ và nhằm mục đích thúc đẩy phúc lợi chung của cộng đồng hoặc để bảo vệ an ninh quốc gia, an toàn của cộng đồng, trật tự công cộng, sức khỏe cộng đồng, đạo đức xã hội; hay để bảo vệ quyền và tự do hợp pháp của người khác.

4. *Nguyên tắc bình đẳng và không có sự phân biệt đối xử:* Nguyên tắc bình đẳng và không phân biệt đối xử là yếu tố quan trọng trong lý thuyết giới hạn quyền, vì nguyên tắc này tránh được việc hành xử tùy tiện, thiên lệch của cơ quan công quyền.

5. *Nguyên tắc tương xứng:* Thể hiện sự phù hợp giữa công cụ, phương tiện, biện pháp được sử dụng để đạt được mục đích hợp pháp phải đảm bảo tính chính đáng, cần thiết, phù hợp và tương xứng. Giải pháp mà công quyền đưa ra phải là giải pháp tối ưu ít giới hạn quyền cơ bản nhất và đã tính toán tất cả những lợi ích đem lại lớn hơn thiệt hại của việc giới hạn quyền. Việc giới hạn quyền phải nhằm theo đuổi những mục đích

(Xem tiếp trang 73)

HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ HÌNH THỨC KỶ LUẬT GIÁNG CHỨC ĐỐI VỚI CÔNG CHỨC

Cao Vũ Minh*

Tóm tắt: Công chức vi phạm Luật Cán bộ, công chức năm 2008 và các quy định khác của pháp luật có liên quan thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm phải chịu một trong những hình thức kỷ luật như: Khiển trách; cảnh cáo; hạ bậc lương; giáng chức; cách chức; buộc thôi việc. Bài viết phân tích một số bất cập, hạn chế trong các quy định về hình thức kỷ luật giáng chức, đồng thời đề xuất phương hướng hoàn thiện.

Abstract: Civil servants who violate the 2008 Law on Cadres and Civil Servants or other laws, given the nature and seriousness of such violation, are subject to one of the following disciplinary forms: Reprimand; Caution; Salary reduction; Demotion; Removal from office; Sack. This article analyzes certain shortcomings and limitations of the provisions on demotion and makes proposals for improvement.

1. Khái quát về hình thức kỷ luật giáng chức

Trong thời kỳ hội nhập, bất kỳ một quốc gia nào cũng cần chú trọng bốn nội dung: *i.* Xây dựng một hệ thống pháp luật tốt, tạo điều kiện thuận lợi cho mọi cá nhân, tổ chức hoạt động có hiệu quả; *ii.* Phát triển cơ sở vật chất hạ tầng; *iii.* Xây dựng nền hành chính có năng lực cạnh tranh; *iv.* Phát triển nguồn nhân lực đáp ứng yêu cầu của sự phát triển¹. Muốn xây dựng một nền công vụ trong sạch, chính quy, hiện đại, có năng lực cạnh tranh thì yếu tố con người mà đặc biệt là cán bộ, công chức đóng vai trò quyết định. Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI đã xác định: “*Nâng cao chất lượng đội ngũ cán bộ, công chức cả về bản lĩnh chính trị, phẩm chất đạo đức, năng lực lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành, quản lý nhà nước. Có chính sách đãi ngộ, động*

viên, khuyến khích cán bộ, công chức hoàn thành nhiệm vụ và có cơ chế loại bỏ, bãi miễn những người không hoàn thành nhiệm vụ, vi phạm kỷ luật, mất uy tín với nhân dân”².

Liên quan đến trách nhiệm kỷ luật của công chức, Luật Cán bộ, công chức năm 2008 quy định sáu hình thức kỷ luật theo thứ tự từ nhẹ đến nặng là: Khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, giáng chức, cách chức, buộc thôi việc. Trong các hình thức kỷ luật nêu trên, giáng chức là hình thức kỷ luật mới được quy định trong Luật Cán bộ, công chức năm 2008. Trước đây, theo Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 (sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2003), sáu hình thức kỷ luật được áp dụng đối với công chức là: Khiển trách, cảnh cáo, hạ bậc lương, hạ ngạch, cách chức, buộc thôi việc.

* TS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

¹ Ngô Thành Can, “*Chất lượng thực hiện công việc của công chức - Vấn đề và giải pháp*”, Tạp chí Quản lý nhà nước, số 137, năm 2007.

² Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XI, Nxb. Chính trị quốc gia, năm 2011, tr. 86.

Như vậy, theo Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 (sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2003) thì không có hình thức kỷ luật *giáng chức*. Thay vào đó, văn bản này quy định về hình thức kỷ luật *hạ ngạch* và xem đây là hình thức kỷ luật nhẹ hơn cách chức³. Khi thay thế Pháp lệnh Cán bộ, công chức năm 1998 (sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2003), Luật Cán bộ, công chức năm 2008 đã bỏ đi hình thức *hạ ngạch* và thay vào vị trí đó là hình thức kỷ luật *giáng chức*. Xoay quanh sự thay đổi này, có nhiều quan điểm khác nhau.

Có quan điểm cho rằng việc giữ lại hình thức *hạ ngạch* là cần thiết và hợp lý, vì nếu công chức vi phạm kỷ luật trong hoạt động công vụ thì cũng đồng nghĩa họ đã không thực hiện tốt chuyên môn, nghiệp vụ của mình. Do đó, cần phải hạ ngạch của họ xuống để tương ứng với thứ bậc về năng lực và trình độ chuyên môn, nghiệp vụ của họ⁴.

Quan điểm khác lại cho rằng “ngạch” thể hiện trình độ chuyên môn, nghiệp vụ, là năng lực đã được công nhận, cũng giống như đã tốt nghiệp một trình độ đào tạo và đã được cấp bằng. Do đó, không thể dùng hình thức kỷ luật hạ ngạch làm giảm đi trình độ chuyên môn của họ. Điều này cũng giống như không thể hạ ngạch chuyên viên xuống ngạch cán sự (tương tự như không thể hạ trình độ đại học xuống trình độ cao đẳng được). Dù có bị kỷ luật bằng hình thức buộc thôi việc thì ngạch chuyên môn của công chức là không thể xóa bỏ⁵.

³ Nguyễn Cảnh Hợp, *Thể chế công vụ*, Nxb. Tư pháp, năm 2011, tr. 276.

⁴ Thanh tra Chính phủ, “*Bổ sung hình thức kỷ luật đối với cán bộ, công chức*”, Tạp chí Tuyên giáo, số 7, năm 2011.

⁵ Nguyễn Cảnh Hợp, *tlđd*, tr. 271.

Tác giả đồng ý với quan điểm thứ hai và cho rằng quy định hình thức kỷ luật *hạ ngạch* với ý nghĩa là hậu quả pháp lý bất lợi đối với người vi phạm pháp luật đã đi ngược với lý luận về trình độ, chuyên môn của công chức. Việc đánh giá năng lực, trình độ, chuyên môn phải dựa trên kiến thức chứ không phải dựa trên hành vi vi phạm. Do đó, việc nhà làm luật bỏ hình thức kỷ luật *hạ ngạch* và thay bằng hình thức kỷ luật *giáng chức* là rất hợp lý.

Theo vị trí sắp xếp trong Luật Cán bộ, công chức năm 2008, có thể hiểu *giáng chức* là hình thức kỷ luật nhẹ hơn *cách chức* bởi *cách chức* là việc công chức lãnh đạo, quản lý không được tiếp tục giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý khi chưa hết nhiệm kỳ hoặc chưa hết thời hạn bổ nhiệm⁶. Trong khi đó, *giáng chức* là việc công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý bị hạ xuống chức vụ thấp hơn⁷. Như vậy, cách chức có tính chất trừng trị nặng hơn so với giáng chức bởi khi bị giáng chức thì công chức vẫn có thể còn chức vụ. Trong khi đó, khi bị cách chức thì công chức hoàn toàn không còn chức vụ.

Hai hình thức kỷ luật *giáng chức* và *cách chức* có sự tương đồng nhau về đối tượng và điều kiện áp dụng. Trước hết, về *đối tượng*, giáng chức và cách chức là hai hình thức kỷ luật được áp dụng riêng đối với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý. Kế tiếp, về *điều kiện*, hình thức kỷ luật *giáng chức* và *cách chức* có thể áp dụng đối với công chức vi phạm ở “*mức độ rất nghiêm trọng*” các quy định pháp luật về

⁶ Khoản 9 Điều 7 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

⁷ Khoản 8 Điều 7 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

phòng, chống tham nhũng; thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; kỷ luật lao động; bình đẳng giới; phòng, chống tệ nạn mại dâm và các quy định khác của pháp luật liên quan đến công chức. Trong trường hợp này, việc áp dụng hình thức kỷ luật *giáng chức* hay *cách chức* tùy thuộc vào thái độ “*thành khẩn kiểm điểm trong quá trình xem xét xử lý kỷ luật*” của công chức. Theo đó, nếu công chức “*thành khẩn kiểm điểm trong quá trình xem xét xử lý kỷ luật*” thì người có thẩm quyền sẽ quyết định áp dụng hình thức kỷ luật *giáng chức*⁸. Ngược lại, nếu công chức không “*thành khẩn kiểm điểm trong quá trình xem xét xử lý kỷ luật*” thì sẽ bị *cách chức*⁹. Tương tự, nếu công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý không hoàn thành nhiệm vụ quản lý, điều hành theo sự phân công mà không có lý do chính đáng, để xảy ra “*hậu quả nghiêm trọng*” thì sẽ bị *giáng chức*¹⁰. Tuy nhiên, nếu hành vi trên bị kết luận là để xảy ra “*hậu quả rất nghiêm trọng*” thì sẽ bị *cách chức*¹¹. Như vậy, có thể cùng hành vi vi phạm nhưng mức độ nghiêm trọng của hành vi, hậu quả xảy ra, thái độ của công chức bị kỷ luật là cơ sở quan trọng để người có thẩm quyền xem xét áp dụng hình thức kỷ luật *giáng chức* hay *cách chức*.

Công chức và hoạt động của họ có ảnh hưởng đến sự thành công hay thất bại của nền công vụ. Do đó, công chức phải gương mẫu, đi đầu trong hoạt động của mình; công

chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý lại càng phải tiên phong và làm gương cho nhân viên dưới quyền. Cũng vì thế mà công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý vi phạm pháp luật phải bị xử lý nghiêm khắc hơn so với công chức khác thực hiện hành vi có cùng tính chất, mức độ vi phạm. Vì vậy, hình thức kỷ luật *giáng chức* và *cách chức* được áp dụng riêng với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý là một lời cảnh báo của Nhà nước theo phương châm “*chức vụ càng cao thì trách nhiệm càng lớn*”.

Khác với *cách chức*, hình thức kỷ luật *giáng chức* chỉ áp dụng đối với đối tượng đặc thù là công chức chứ không áp dụng đối với cán bộ hay viên chức. Nói cách khác, nếu không phải là công chức thì không thể bị áp dụng hình thức kỷ luật *giáng chức*. Do đó, việc xem xét kỹ lưỡng về hình thức kỷ luật đặc thù này không chỉ có ý nghĩa hoàn thiện pháp luật, mà còn có vai trò quan trọng nhằm kiện toàn các hình thức kỷ luật đối với công chức.

2. Bất cập trong các quy định pháp luật về hình thức kỷ luật *giáng chức*

*Thứ nhất, những hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức kỷ luật *giáng chức* được quy định trong pháp luật còn mơ hồ, chứa nhiều tiêu chí định tính, gây khó khăn cho việc xử lý kỷ luật công chức trong thực tế*

Theo Điều 12 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP ngày 17/5/2011 về xử lý kỷ luật đối với công chức, hình thức kỷ luật *giáng chức* được áp dụng đối với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý có một trong các vi phạm pháp luật sau đây:

- *Không hoàn thành nhiệm vụ quản lý, điều hành theo sự phân công mà không có*

⁸ Khoản 2 Điều 12 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP.

⁹ Điểm d khoản 1 Điều 13 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP.

¹⁰ Khoản 1 Điều 12 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP.

¹¹ Điểm b khoản 1 Điều 13 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP.

lý do chính đáng, để xảy ra hậu quả nghiêm trọng;

- *Vi phạm ở mức độ rất nghiêm trọng quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng; thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; bình đẳng giới; phòng, chống tệ nạn mại dâm và các quy định khác của pháp luật liên quan đến công chức nhưng đã thành khẩn kiểm điểm trong quá trình xem xét xử lý kỷ luật;*

- *Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị để xảy ra vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong phạm vi phụ trách mà không có biện pháp ngăn chặn.*

Qua quy định trên, có thể hiểu, hình thức kỷ luật giáng chức được áp dụng đối với công chức có hành vi: ***“Vi phạm ở mức độ rất nghiêm trọng quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng; thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; bình đẳng giới; phòng, chống tệ nạn mại dâm và các quy định khác của pháp luật liên quan đến công chức nhưng đã thành khẩn kiểm điểm trong quá trình xem xét xử lý kỷ luật”***.

Đối chiếu với Điều 10 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP thì cũng những hành vi trên và cũng có tình tiết ***“đã thành khẩn kiểm điểm trong quá trình xem xét xử lý kỷ luật”*** nhưng ở mức độ ***“nghiêm trọng”*** thì chỉ bị cảnh cáo (khoản 8). Như vậy, theo Nghị định số 34/2011/NĐ-CP, mức độ nghiêm trọng của hành vi vi phạm sẽ được sử dụng làm căn cứ quyết định hình thức kỷ luật cảnh cáo hoặc giáng chức. Thế nhưng, Nghị định số 34/2011/NĐ-CP lại không có bất kỳ quy định nào nhằm đưa ra căn cứ xác định đâu là hành vi vi phạm ở mức độ ***nghiêm trọng*** hay ***rất nghiêm trọng***. Vậy khi

gặp trường hợp công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý vi phạm pháp luật về phòng, chống tham nhũng; thực hành tiết kiệm, chống lãng phí; kỷ luật lao động; bình đẳng giới; phòng, chống tệ nạn mại dâm và ***“đã thành khẩn kiểm điểm trong quá trình xem xét xử lý kỷ luật”*** thì Hội đồng kỷ luật sẽ căn cứ vào tiêu chí nào để đề xuất hình thức kỷ luật phù hợp với người có thẩm quyền? Thậm chí, với quy định này, trong nhiều trường hợp, người có thẩm quyền cũng sẽ băn khoăn, lo lắng khi đưa ra quyết định kỷ luật của mình. Chính cách sử dụng các tiêu chí ***“định tính”*** này làm cho việc quyết định hình thức kỷ luật giáng chức đối với công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý gặp nhiều khó khăn, bất cập. Ở khía cạnh tiêu cực, quy định này sẽ dễ bị lợi dụng vào mục đích không chính đáng.

Không chỉ như vậy, tiêu chí ***“định tính”*** lại tiếp tục hiện diện trong các quy định về hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức. Như đã trình bày, công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý không hoàn thành nhiệm vụ quản lý, điều hành theo sự phân công mà không có lý do chính đáng, để xảy ra hậu quả nghiêm trọng sẽ bị giáng chức. Trong khi đó, nếu hành vi trên bị kết luận là ***“để xảy ra hậu quả rất nghiêm trọng”*** thì sẽ bị cách chức. Vấn đề cần nói là tiêu chí ***“để xảy ra hậu quả nghiêm trọng”*** hay ***“để xảy ra hậu quả rất nghiêm trọng”*** hoàn toàn không mang tính định lượng cụ thể, rõ ràng. Việc đưa các tiêu chí định tính làm căn cứ xác định mức độ nặng nhẹ của hành vi vi phạm là không phù hợp với nguyên tắc pháp quyền. Tất nhiên, mọi hành vi vi phạm phải bị xử lý kỷ luật. Tuy nhiên, việc áp dụng hình thức kỷ luật đúng

với tính chất, mức độ của hành vi vi phạm nhằm răn đe, giáo dục quan trọng hơn việc áp dụng mang tính tùy tiện, võ đoán.

Ngoài những hành vi được liệt kê tại Điều 12 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP, Nghị định số 71/2016/NĐ-CP ngày 01/7/2016 về thời hạn, trình tự, thủ tục thi hành án hành chính và xử lý trách nhiệm đối với người không thi hành bản án, quyết định của tòa án còn quy định thêm những vi phạm bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức. Tuy nhiên, Nghị định số 71/2016/NĐ-CP cũng đi vào “vết xe đổ” của Nghị định số 34/2011/NĐ-CP khi dùng tiêu chí “định tính” để xác định hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức kỷ luật này. Cụ thể, hành vi của người đứng đầu cơ quan, tổ chức mà *“thiếu trách nhiệm trong việc chỉ đạo, kiểm tra, đôn đốc thi hành án hành chính để xảy ra hậu quả nghiêm trọng”* sẽ bị khiển trách (khoản 6 Điều 21 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP). Nếu vi phạm này được xác định là *“để xảy ra hậu quả rất nghiêm trọng”* thì sẽ bị cảnh cáo (khoản 5 Điều 22 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP), còn nếu được xác định là *“để xảy ra hậu quả đặc biệt nghiêm trọng”* thì sẽ bị giáng chức (khoản 2 Điều 24 Nghị định số 71/2016/NĐ-CP). Tuy nhiên, cũng giống như Nghị định số 34/2011/NĐ-CP, Nghị định số 71/2016/NĐ-CP cũng không quy định cụ thể thế nào là *để xảy ra hậu quả nghiêm trọng, rất nghiêm trọng hay đặc biệt nghiêm trọng*. Điều này vô hình trung tạo ra thông lệ là người có thẩm quyền xử lý kỷ luật sẽ tự xác định thế nào là *“gây hậu quả nghiêm trọng, rất nghiêm trọng hay đặc biệt nghiêm trọng”*. Công chức vi phạm bị xử lý

kỷ luật như thế nào sẽ phụ thuộc hoàn toàn vào người có thẩm quyền xử lý kỷ luật.

Như vậy, có thể thấy, các quy định về hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức rất mơ hồ và không bảo đảm tính công khai, minh bạch trong văn bản quy phạm pháp luật. Hệ lụy của những quy định tùy nghi này là không bảo đảm yêu cầu xử lý nghiêm minh công chức vi phạm pháp luật.

Thứ hai, quy định về việc áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức có thể dẫn đến nghịch lý trong công tác đấu tranh, phòng chống hành vi vi phạm của nhân viên dưới quyền

Theo quy định pháp luật, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị phải gương mẫu và nghiêm chỉnh chấp hành đường lối, chủ trương, chính sách của Đảng, pháp luật của Nhà nước, phải chịu trách nhiệm về toàn bộ hoạt động của cơ quan, tổ chức, đơn vị được giao lãnh đạo, quản lý¹². Bản thân người đứng đầu vừa phải nghiêm chỉnh tuân thủ pháp luật, vừa phải tích cực phòng ngừa, phát hiện hành vi vi phạm của nhân viên do mình quản lý. Điều này có nghĩa người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị phải chịu trách nhiệm nếu để xảy ra các sai phạm trong phạm vi cơ quan, tổ chức, đơn vị do mình phụ trách.

Đơn cử, Điều 78 Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí năm 2013 quy định người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị tuy

¹² Hoàng Minh Hội, “Trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính trong ban hành văn bản quy phạm pháp luật”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 11, năm 2016.

không trực tiếp vi phạm nhưng để xảy ra lãng phí trong cơ quan, tổ chức, đơn vị; để xảy ra hành vi lãng phí của người do mình trực tiếp quản lý, giao nhiệm vụ thì tùy theo mức độ bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Khi bị xử lý kỷ luật, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị để xảy ra lãng phí có thể bị giáng chức. Trong khi đó, theo Điều 25 Luật Thực hành tiết kiệm, chống lãng phí năm 2013, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị có trách nhiệm kiểm tra, kiểm toán nội bộ hằng năm để kịp thời phát hiện, xử lý các hành vi lãng phí. Như vậy, việc thực hiện các quy định trên dường như là một nghịch lý. Người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị càng tăng cường công tác kiểm tra, thanh tra để phát hiện được nhiều hành vi vi phạm trong nội bộ cơ quan, tổ chức, đơn vị thì người đó lại có “nguy cơ” phải chịu trách nhiệm về việc để xảy ra nhiều hành vi vi phạm trong phạm vi thẩm quyền do mình quản lý. Nghịch lý này có thể dẫn tới tình trạng người đứng đầu nếu không muốn đối diện với nguy cơ bị giáng chức thì phải “ngó lơ” các hành vi vi phạm. Khi có sai phạm mà phải hành xử theo phương châm “dĩ hòa vi quý”, “đóng cửa bảo nhau”, rõ ràng việc xử lý kỷ luật đã không nghiêm minh. Đây có thể là “mảnh đất màu mỡ” dung dưỡng cho các hành vi vi phạm của nhân viên dưới quyền.

Thứ ba, thẩm quyền áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức còn bất cập

Nghị định số 34/2011/NĐ-CP quy định khá chi tiết về thẩm quyền xử lý kỷ luật công chức. Điều này tạo ra sự rõ ràng trong việc xem xét xử lý kỷ luật công chức bởi sai về thẩm quyền có thể dẫn đến việc phải

hủy toàn bộ quyết định kỷ luật công chức¹³. Tuy nhiên, các quy định về thẩm quyền áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức lại phát sinh nhiều bất cập, không đồng bộ với các quy định khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam.

Điều 19, Điều 40 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 quy định Hội đồng nhân dân cấp tỉnh bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm các Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Điều 20 và Điều 41 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 quy định Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh gồm các Ủy viên là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh, Ủy viên phụ trách quân sự, Ủy viên phụ trách công an¹⁴.

Theo Điều 13 Nghị định số 24/2014/NĐ-CP ngày 04/04/2014 về tổ chức các cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh bổ nhiệm người đứng đầu, cấp phó của người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc

¹³ Khoản 7 Điều 23 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP quy định: “*Trường hợp cơ quan, tổ chức, đơn vị có thẩm quyền giải quyết khiếu nại, tố cáo kết luận việc xử lý kỷ luật công chức tiến hành không đúng quy định về áp dụng hình thức kỷ luật, trình tự, thủ tục và thẩm quyền xử lý kỷ luật thì người đứng đầu cơ quan đã ký quyết định kỷ luật phải ra quyết định hủy bỏ quyết định xử lý kỷ luật; đồng thời cơ quan, tổ chức, đơn vị có thẩm quyền xử lý kỷ luật phải tiến hành xem xét xử lý kỷ luật công chức theo đúng quy định tại Nghị định này*”.

¹⁴ Đây là một quy định mới của Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 so với Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003 bởi theo Luật Tổ chức Hội đồng nhân dân và Ủy ban nhân dân năm 2003 thì Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh không nhất thiết là người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh.

Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (bổ nhiệm Giám đốc Sở, Phó Giám đốc Sở). Theo đó, Hội đồng nhân dân cấp tỉnh sẽ bầu ra các Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Sau đó, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh chỉ căn cứ vào danh sách các Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh mà bổ nhiệm thành người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh. Khi người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp tỉnh vi phạm pháp luật thì có thể bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức và người có thẩm quyền xử lý kỷ luật là Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh¹⁵. Giả sử một Giám đốc Sở bị Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xử lý kỷ luật hình thức giáng chức. Khi bị giáng chức thì người này không còn là Giám đốc Sở, vậy người này có còn là Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh hay không?

Tương tự, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 cũng quy định Hội đồng nhân dân cấp huyện bầu, miễn nhiệm, bãi nhiệm các Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp huyện. Trên cơ sở đó, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện căn cứ vào danh sách các Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp huyện mà bổ nhiệm thành người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp huyện (Trưởng phòng). Khi người đứng đầu các cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân cấp huyện bị giáng chức thì thẩm quyền xử lý kỷ luật thuộc về Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện.

Dưới góc độ pháp lý, khi bị giáng chức Giám đốc Sở (hoặc Trưởng phòng), người này cũng không thể là Ủy viên Ủy ban

nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện). Do đó, Hội đồng nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) nhất thiết phải bãi nhiệm tư cách Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) của người này. Như vậy, cơ chế phối hợp giữa Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) với Hội đồng nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) trong việc kỷ luật giáng chức Giám đốc Sở (hoặc Trưởng phòng) và bãi nhiệm tư cách Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) của người này được thể hiện như thế nào? Các quy định pháp luật hiện hành không quy định cụ thể và chắc chắn rằng bất cập này sẽ ảnh hưởng không nhỏ đến việc áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) đối với người đứng đầu cơ quan chuyên môn.

Thứ tư, quy định pháp luật về hình thức kỷ luật giáng chức gây khó khăn trong việc giải quyết hậu quả pháp lý phát sinh

Như đã trình bày, giáng chức là việc công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý bị hạ xuống chức vụ thấp hơn. Đơn cử, một công chức có chức vụ Trưởng phòng Tư pháp huyện X bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức sẽ bị hạ xuống làm Phó trưởng phòng Tư pháp huyện X. Tuy nhiên, khi áp dụng hình thức kỷ luật này vào thực tế lại phát sinh bất cập là cơ quan nhà nước đã được bố trí cấp phó đầy đủ và đúng định mức theo quy định pháp luật thì việc bố trí chức vụ đối với công chức lãnh đạo, quản lý bị giáng chức sẽ được thực hiện như thế nào? Câu hỏi này không hề đơn giản và việc trả lời nó chắc chắn sẽ rất khác nhau trong thực tiễn triển khai thi hành.

¹⁵ Xem thêm Điều 15 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP.

Thứ năm, giải quyết hậu quả của việc áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức oan, sai còn nhiều hạn chế

Khoản 5 Điều 23 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP quy định: “*Công chức bị xử lý kỷ luật bằng hình thức giáng chức, cách chức, buộc thôi việc nhưng sau đó được cơ quan, tổ chức, đơn vị có thẩm quyền hoặc Tòa án kết luận là oan, sai mà vị trí công tác cũ đã bố trí người khác thay thế thì người đứng đầu cơ quan có thẩm quyền có trách nhiệm bố trí vào vị trí công tác, chức vụ lãnh đạo, quản lý phù hợp*”. “*Người đứng đầu cơ quan có thẩm quyền có trách nhiệm bố trí vào vị trí công tác, chức vụ lãnh đạo, quản lý phù hợp*” là một quy định rất nhân văn và là bảo đảm quan trọng cho quyền, lợi ích hợp pháp của công chức bị oan, sai. Tuy nhiên, với quy định sơ sài này, công chức bị oan, sai khó có thể sử dụng làm cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình, đặc biệt là đối với công chức bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức.

Cụ thể, khi công chức bị xử lý kỷ luật bằng hình thức giáng chức được kết luận là oan, sai mà vị trí công tác cũ đã bố trí người khác thay thế thì người đứng đầu cơ quan có thẩm quyền có trách nhiệm bố trí vào chức vụ lãnh đạo, quản lý phù hợp. Vấn đề phát sinh là các chức vụ lãnh đạo, quản lý khác đều đã đầy đủ và đúng định mức theo quy định pháp luật thì giải quyết như thế nào? Câu hỏi này không dễ trả lời bởi vấn đề nằm ở chỗ người đứng đầu cơ quan có thẩm quyền có thực sự muốn bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công chức bị oan, sai hay không? Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, người

đứng đầu cơ quan có thẩm quyền rất “e ngại” trong việc gây ra sự xáo trộn, từ đó gây ảnh hưởng tiêu cực đến hoạt động của cơ quan. Việc “phá vỡ” chỉ tiêu biên chế cũng như “phình to” số lượng người giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý của cơ quan, đơn vị sẽ khó có thể được chấp nhận trong bối cảnh Đảng và Nhà nước ta đang chủ trương tinh giản biên chế và giảm dần số lượng người giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý.

3. Các kiến nghị hoàn thiện

Từ những phân tích ở trên, tác giả đề xuất một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, cần tiến hành rà soát để loại bỏ những tiêu chí định tính trong các hành vi vi phạm bị áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức. Như đã trình bày, những tiêu chí như “*vi phạm ở mức độ rất nghiêm trọng*”, “*để xảy ra hậu quả nghiêm trọng*”, “*gây hậu quả nghiêm trọng*” không rõ ràng, cụ thể và gây khó khăn cho người có thẩm quyền trong việc lựa chọn hình thức kỷ luật phù hợp. Với các quy định mang tính định tính như vậy, pháp luật chẳng những không giúp cho việc điều chỉnh hiệu quả các quan hệ xã hội mà ngược lại còn cho phép các chủ thể có thẩm quyền tạo ra sự tùy tiện trong áp dụng pháp luật. Một văn bản quy phạm pháp luật chứa đựng quá nhiều các tiêu chí định tính vừa thể hiện sự bất lực trong quá trình lập pháp, vừa rất dễ tạo ra sự lạm quyền, tùy tiện, dễ bị lợi dụng trong việc “bao che” hoặc “chèn ép” công chức vi phạm pháp luật.

Thứ hai, hiện nay, việc phân định thẩm quyền và trách nhiệm của cá nhân người đứng đầu với tập thể cơ quan, tổ chức, đơn vị chưa rõ ràng, cụ thể, từ đó gây ra những

lực cản trong việc áp dụng chế tài đối với người đứng đầu¹⁶. Do sự không rõ ràng này mà tình trạng người đứng đầu trốn tránh, đùn đẩy trách nhiệm cho tập thể rất phổ biến¹⁷. Ngược lại, tình trạng quy kết theo kiểu “thà xử lầm hơn bỏ sót”, cứ có sai phạm trong cơ quan, tổ chức, đơn vị thì đương nhiên người đứng đầu phải chịu trách nhiệm toàn bộ vẫn có thể xảy ra¹⁸. Về nguyên tắc, cơ sở thực tế để xử lý kỷ luật công chức là phải có vi phạm pháp luật - những hành vi có lỗi¹⁹; dấu hiệu pháp lý bắt buộc của mọi vi phạm pháp luật²⁰. Do đó, việc xử lý kỷ luật giáng chức người đứng đầu cần phải quán triệt yếu tố lỗi. Nghị định số 34/2011/NĐ-CP quy định áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức chỉ căn cứ vào hai tiêu chí: *i. Để xảy ra hành vi vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong phạm vi phụ trách; ii. Không có biện pháp ngăn chặn* mà không căn cứ vào yếu tố lỗi (có biết hay không biết hành vi vi phạm) là một điều chưa thật sự hợp lý. Vì vậy, để loại bỏ nghịch lý “*tích cực phát hiện hành vi vi phạm lại có “nguy*

ơ” bị kỷ luật giáng chức”, cần sửa đổi khoản 3 Điều 12 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP theo hướng bổ sung yếu tố lỗi của người đứng đầu. Theo đó, người đứng đầu nếu có lỗi để xảy ra vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong phạm vi phụ trách mà không có biện pháp ngăn chặn thì mới gánh chịu trách nhiệm kỷ luật. Ngược lại, nếu người đứng đầu không thể biết mặc dù đã áp dụng mọi hình thức và phương pháp quản lý thì không phải gánh chịu trách nhiệm kỷ luật. Trong trường hợp này, có thể tham khảo các quy định của Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018. Theo Điều 73 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 thì “*người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị sẽ được xem xét loại trừ trách nhiệm kỷ luật trong trường hợp không thể biết hành vi tham nhũng*”. Thiết nghĩ, đây là quy định rất hợp lý cần được kế thừa. Theo tác giả, Nghị định số 34/2011/NĐ-CP có thể sửa đổi theo hướng loại trừ hình thức kỷ luật giáng chức cho người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị nếu người này không thể biết hành vi vi phạm của nhân viên dưới quyền. Như vậy, khoản 3 Điều 12 Nghị định số 34/2011/NĐ-CP sẽ được sửa đổi như sau: “*Hình thức kỷ luật giáng chức được áp dụng đối với người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị để xảy ra vi phạm pháp luật nghiêm trọng trong phạm vi phụ trách mà không có biện pháp ngăn chặn. Trong trường hợp người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị không thể biết những vi phạm pháp luật nghiêm trọng này mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết thì được xem xét loại trừ hình thức kỷ luật giáng chức*”.

Thứ ba, việc áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức Giám đốc Sở (hoặc Trưởng

¹⁶ Trịnh Đức Thảo - Hoàng Minh Hội, “*Ý thức pháp luật trong cơ chế thực hiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay - lý luận và thực tiễn*”, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 2, năm 2016.

¹⁷ Trịnh Đức Thảo, “*Hoàn thiện pháp luật về trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước ở Việt Nam hiện nay*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 17, năm 2010.

¹⁸ Trần Xuân Thung, “*Bàn về quyền hạn và trách nhiệm của người đứng đầu cơ quan hành chính nhà nước*”, Tạp chí Dân chủ và pháp luật, số 17, năm 2015.

¹⁹ Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, năm 2013, tr. 550.

²⁰ Hoàng Thị Kim Quế, *Giáo trình Lý luận chung về nhà nước và pháp luật*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, năm 2015, tr. 393.

phòng) thuộc thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện). Khi bị giáng chức Giám đốc Sở (hoặc Trưởng phòng) thì công chức này cũng không thể là Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện). Trên cơ sở đó, Hội đồng nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) nhất thiết phải bãi nhiệm tư cách Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) của người này. Chính vì vậy, pháp luật cần quy định cụ thể cơ chế phối hợp giữa Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) với Hội đồng nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) trong việc kỷ luật giáng chức Giám đốc Sở (hoặc Trưởng phòng) và bãi nhiệm tư cách Ủy viên Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) của người này. Tất nhiên, với cơ chế Đảng lãnh đạo như nước ta hiện nay thì không thể xảy ra vấn đề xung đột quyền lực, nhưng cơ chế phối hợp vẫn là điều quan trọng cần minh định trong một văn bản luật có hiệu lực pháp lý cao. Do đó, nhằm bảo đảm cơ chế phối hợp này cũng như cụ thể hóa thẩm quyền của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (hoặc cấp huyện) trong việc áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức, pháp luật cần quy định: *“Đối với người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân thì Chủ tịch Ủy ban nhân dân có thẩm quyền xử lý kỷ luật và quyết định hình thức kỷ luật. Trong trường hợp Chủ tịch Ủy ban nhân dân áp dụng hình thức kỷ luật giáng chức (hoặc cách chức) đối với người đứng đầu cơ quan chuyên môn thuộc Ủy ban nhân dân thì Hội đồng nhân dân cùng cấp phải bãi nhiệm tư cách Ủy viên Ủy ban nhân dân của người này”*.

Thứ tư, Nghị quyết số 56/2017/QH14 của Quốc hội ngày 24/11/2017 về tiếp tục cải cách tổ chức bộ máy hành chính nhà nước tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả đã nhận định: *“Quản lý biên chế tại nhiều Bộ, ngành, địa phương chưa nghiêm; cơ cấu công chức chưa hợp lý, số lượng cấp phó ở một số đơn vị vượt quy định, còn mất cân đối về tỷ lệ giữa người giữ chức danh lãnh đạo, quản lý, giữ hàm cấp với công chức tham mưu, giúp việc”*. Do đó, để không “vượt rào” số lượng cấp phó, thiết nghĩ Nghị định số 34/2011/NĐ-CP cần quy định: *“Trong trường hợp công chức giữ chức vụ lãnh đạo, quản lý bị kỷ luật giáng chức không bố trí được chức vụ thấp hơn do đã bố trí đủ số lượng thì không bố trí nữa nhưng người bị kỷ luật vẫn được hưởng phụ cấp của chức vụ lãnh đạo, quản lý sau khi bị giáng chức cho đến hết nhiệm kỳ”*. Bổ sung này tuy nhỏ nhưng lại rất cần thiết nhằm giải quyết bài toán “thừa lãnh đạo, quản lý”. Về kỹ thuật lập pháp, nhà làm luật có thể quy định theo quy trình người có thẩm quyền ra quyết định kỷ luật giáng chức, sau đó ra quyết định bảo lưu phụ cấp chức vụ lãnh đạo đến hết nhiệm kỳ (phụ cấp của chức vụ sau khi bị giáng chức). Tương tự, để bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của công chức bị xử lý kỷ luật bằng hình thức giáng chức được kết luận là oan, sai, người đứng đầu cơ quan có thẩm quyền có trách nhiệm bố trí vào chức vụ lãnh đạo, quản lý phù hợp. Tuy nhiên, trong trường hợp vì lý do khách quan (do đã đủ định mức, số lượng) mà cơ quan không thể bố trí vào chức vụ lãnh đạo, quản lý phù hợp thì *“người đó vẫn sẽ được hưởng phụ cấp chức vụ lãnh đạo, quản lý cho đến hết nhiệm kỳ”*.

TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ CỦA ĐỒNG PHẠM TRONG QUỐC TRIỀU HÌNH LUẬT

*Nguyễn Phương Thảo**
*Trần Văn Thượng***

Tóm tắt: Bài viết phân tích, đánh giá các quy định về trách nhiệm hình sự của chế định đồng phạm trong Quốc triều Hình luật, đồng thời rút ra những bài học kinh nghiệm và kiến nghị hoàn thiện đối với pháp luật hình sự đương đại.

Abstract: The article analyzes and assesses the regulations on criminal responsibility of accomplices under the Quoc trieu Hinh luat, thereby draws lessons and recommendations to improve the present related regulations.

Một tội phạm cụ thể có thể do một hoặc nhiều người thực hiện. Khi tội phạm do nhiều người thực hiện có thể có đồng phạm, cũng có thể do những người thực hiện tội phạm độc lập hoàn toàn với nhau. Nhận thức được tầm quan trọng của chế định đồng phạm, ngay từ rất sớm các nhà lập pháp trong lịch sử nước ta đề cập đến chế định đồng phạm và quy định nó như căn cứ để phân hóa trách nhiệm hình sự (TNHS) và định tội danh cho tội phạm trong Quốc triều Hình luật (Bộ luật Hồng Đức). Đây là bộ luật tiêu biểu nhất và mang đậm dấu ấn dân tộc trong lịch sử lập pháp thời kỳ phong kiến Việt Nam¹. Việc nghiên cứu chế định đồng phạm trong Quốc triều Hình luật không chỉ cho ta thấy bối cảnh tình hình xã hội lúc bấy giờ, mà còn cho chúng ta những bài học về kỹ thuật lập pháp, góp phần xây dựng chế định đồng phạm trong

Luật Hình sự hiện nay. Để dễ so sánh với luật hình sự hiện nay và qua đó thể hiện được giá trị của Quốc triều Hình luật, nhóm tác giả trình bày vấn đề đồng phạm trong Bộ luật này theo cấu trúc của Luật Hình sự hiện đại.

1. Khái niệm và các dấu hiệu về đồng phạm trong Quốc triều Hình luật

Khác với Luật Hình sự hiện hành, Quốc triều Hình luật không đưa ra định nghĩa một cách cụ thể thế nào là đồng phạm và cũng không đưa ra định nghĩa về các loại người đồng phạm. Tuy nhiên, qua hơn 20 điều luật được quy định rải rác trong các chương Danh Lệ, Vi chế, Đạo tặc, Đấu tụng, Trá nguy... chúng ta có thể khái quát quan niệm của các nhà làm luật về đồng phạm trong Quốc triều Hình luật:

Thứ nhất, dấu hiệu về số lượng người phạm tội ở đây là: “Nhiều người”. Ngay ở chương đầu tiên (chương Danh lệ) quy định về các nguyên tắc, chế định đồng phạm được quy định ở các Điều 35, 36 như sau:

Điều 35 quy định: “*Nhiều người cùng phạm một tội, thì lấy người khởi xướng làm*

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

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

¹ Vũ Văn Mẫu, *Cổ luật Việt Nam và tư pháp sử điển giảng* (1975), quyển I – tập I, Sài Gòn, tr.215.

đầu, người a tòng, được giảm một bậc...” hay như Điều 36 cũng quy định “*Nhiều người cùng phạm một tội mà trong đó có người trốn tránh, người bị bắt bị định tội là a tòng. Sau khi bắt được người trốn tránh thì định tội là đứng đầu*”.

Để thỏa mãn việc trở thành đồng phạm, đòi hỏi phải có số lượng nhiều – ít nhất là từ hai người trở lên thực hiện tội phạm. Nếu trong phạm tội đơn lẻ chỉ có một người phạm tội và tính chất nguy hiểm cho xã hội đáng kể thì trường hợp đồng phạm, có từ hai người trở lên thực hiện tội phạm, tính chất nguy hiểm cho xã hội lúc này sẽ trở nên cao hơn và tội phạm có tỷ lệ thành công cũng cao hơn do có sự giúp sức, bàn bạc và tiến hành thực hiện của nhiều người. Chính vì vậy, từ đặc trưng này của đồng phạm, dấu hiệu đầu tiên để xác định có hay không có đồng phạm xảy ra phải là số lượng người nhiều – cụ thể là từ hai người trở lên.

Thứ hai, dấu hiệu về hành vi phạm tội: Những người đồng phạm phải cùng thực hiện một tội phạm. Quay trở lại với Điều 36, dấu hiệu cùng thực hiện một tội phạm được coi như là một dấu hiệu không thể thiếu của đồng phạm. Điều 454 quy định: “*Những kẻ cùng mưu với nhau đi ăn cướp, nhưng khi đi thì lại không đi, người đi lấy được của về chia nhau, mà kẻ đồng mưu ở nhà cũng lấy phần chia, thì cũng xử tội như là có đi ăn cướp; nếu không lấy phần chia thì xử lưu đi châu gàn. Trước kia vẫn từng ăn cướp, mà khi ấy không đi, dù không lấy phần, cũng xử tội ăn cướp*”. Mặc dù kỹ thuật lập pháp ở thời kỳ này còn nhiều hạn chế, các điều luật chủ yếu được xây dựng dựa trên những vụ việc, vụ án cụ thể, nhưng

chính nhờ vậy mà ta khái quát được những dấu hiệu của đồng phạm. Điều 454 quy định “*cùng mưu với nhau*” đi ăn cướp được coi là một dấu hiệu của đồng phạm.

Trong quá trình thực hiện tội phạm có thể tham gia hoàn toàn, hoặc chỉ một phần trong đó cũng được coi là đồng phạm: Có thể tổ chức thực hiện rồi tham gia hoặc không tham gia như quy định ở Điều 454, cũng có thể xúi giục như Điều 539: “*Những kẻ xúi giục cho người ta không biết mà phạm pháp, hay là người biết phép mà cứ xúi giục họ làm trái phép, cũng là để cho người ta phạm pháp, rồi để bắt hay tố cáo, hay là để người khác bắt, hay tố cáo, chủ ý để lấy thưởng, hay vì hiềm khích mà xúi giục để cho người ta phạm tội, thì cùng bị xử tội như người phạm pháp*”.

Thứ ba, dấu hiệu hậu quả chung của đồng phạm. Hậu quả của tội phạm: Theo khoa học Luật Hình sự hiện đại, tính nguy hiểm cho xã hội của tội phạm, về khách quan, là “*gây ra hoặc đe dọa gây ra những thiệt hại đáng kể cho các quan hệ xã hội được luật hình sự bảo vệ*”. Hậu quả chung trong đồng phạm phải là kết quả của sự phối hợp hoạt động của tất cả những người tham gia vào việc thực hiện tội phạm. Hậu quả này xảy ra do hành vi của những người phạm tội gây nên. Ví dụ “*mưu giết người*” mà đã gây ra hậu quả chết người thì nguy hiểm hơn trường hợp làm người khác bị thương như ở các Điều 415; 416; 417... Trong trường hợp cố ý gây thương tích ở Điều 466, mức độ nguy hiểm của hành vi tăng dần theo thương tích của người bị đánh, lần lượt là “*Đánh người gãy răng, sứt tai, mũi, chột một mắt, gãy ngón chân ngón*

tay, giáp xương” thì ít nguy hiểm hơn trường hợp đánh người “gãy 2 răng, 2 ngón tay trở lên”.

Mặt khác, trong nhóm các quy định về đồng phạm, chỉ có hai điều quy định về nguyên tắc là Điều 35 và 36, còn lại chủ yếu là quy định về tội phạm cụ thể. Trong các quy định về tội phạm cụ thể đó, mặc dù ở các điều luật đều có phân hóa về TNHS, phân hóa về hình phạt nhưng đều quy định một hậu quả chung. Ví dụ: Điều 116 quy định về đồng phạm trong việc tiết lộ bí mật quốc gia, Điều 188 quy định đồng phạm về tội đánh bạc. Điều 411, 412 quy định về đồng phạm trong mưu phản, Điều 415, 420 quy định về đồng phạm trong tội giết người, Điều 426 quy định đồng phạm trong tội cướp, Điều 491 đồng phạm trong tội đánh và lăng mạ sứ giả; Điều 469 đồng phạm trong tội đánh người.

Thứ tư, dấu hiệu lỗi: Theo khoa học luật hình sự hiện đại, tính nguy hiểm cho xã hội của tội phạm, về chủ quan, có nghĩa là người phạm tội có lỗi. Trong Quốc triều Hình luật, yếu tố lỗi của người phạm tội cũng đã được xem xét đến. Tuy nhiên, vấn đề này được đặt ra và giải quyết không cụ thể, chi tiết như luật hình sự hiện đại. Lỗi được thừa nhận trong đồng phạm được ghi nhận trong Quốc triều Hình luật chủ yếu dưới dạng lỗi cố ý.

Như vậy, mặc dù trong Quốc triều Hình luật không đưa ra khái niệm thế nào là đồng phạm, tuy nhiên, qua nghiên cứu các quy định về đồng phạm ta thấy để được coi là đồng phạm thì cần các dấu hiệu như sau: Số lượng người phạm tội (từ 2 người trở lên cùng thực hiện tội phạm), cần có dấu hiệu về hành vi phạm tội của các người đồng

phạm - “*cùng thực hiện một tội phạm*”, dấu hiệu hậu quả chung của tội phạm, dấu hiệu mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và hậu quả, dấu hiệu động cơ, mục đích phạm tội, yếu tố lỗi. Đồng phạm trong Quốc triều Hình luật có thể hiểu là việc: *Hai người trở lên cùng cố ý thực hiện tội phạm*. So với Luật Hình sự hiện nay, những dấu hiệu của đồng phạm trong Quốc triều Hình luật khá tương đồng với nhau, chứng tỏ kỹ thuật lập pháp và quan điểm của các nhà làm luật thời Lê sơ đã có những tiến bộ nhất định.

2. Các loại người đồng phạm trong Quốc triều Hình luật

Khác với Luật Hình sự hiện hành quy định các loại người đồng phạm: Người thực hành, người tổ chức, người giúp sức, người xúi giục; Quốc triều Hình luật sử dụng các thuật ngữ sau: Người khởi xướng, *người chủ mưu*, *người thủ phạm*, *người a tòng*, *người xúi giục*, *người dung túng*... Điều 35 Quốc triều Hình luật quy định: “*Nhiều người cùng phạm một tội thì lấy người khởi xướng làm đầu, người a tòng được giảm một bậc*”. Điều 116: “*Người đầu tiên tiết lộ là thủ phạm, người nghe được rồi truyền cho người khác là tòng phạm*” hay Điều 411: “*Những kẻ mưu làm phản, mưu làm việc đại nghịch thì xử tội chém bêu đầu, kẻ tòng phạm và thân đảng biết việc ấy đều phải tội chém*”... Chính vì vậy, mặc dù trong Quốc triều Hình luật ta thấy xuất hiện rất nhiều thuật ngữ chỉ những người đồng phạm, tuy nhiên tổng hợp lại theo những quy định của Luật Hình sự hiện hành ta thấy có các loại người chính:

Người chủ mưu (người cầm đầu, người khởi xướng, người chỉ huy đồng thời thực hiện tội phạm), người xúi giục (là người

kích động, dụ dỗ, thúc đẩy người khác phạm tội), người giúp sức (người dung túng, người giầu giếm). Điều 465 miêu tả về người xúi giục “...xúi người ta đánh, dẫu mình không có mặt lúc đánh nhau, cũng xử cùng một tội”, Điều 539: “Những kẻ xúi giục cho người ta không biết mà phạm pháp, hay là người biết pháp, mà cứ xúi giục họ làm trái phép... thì cùng bị xử tội như người phạm pháp”, Điều 74 miêu tả về người giúp sức, dung túng “Những người bán ruộng đất ở bờ cõi cho người nước ngoài thì bị tội chém... Quan lộ, huyện, trấn cố ý dung túng thì cùng một tội”... Hành vi dung túng được quy định trong Quốc triều Hình luật đều được hiểu là hành vi của quan chức các cấp và hành vi này được quy định ở tương đối nhiều tội phạm khác nhau như các tội ở Điều 54, 56, 74, 76, 101, 176... Đây là một điểm đáng chú ý, thể hiện thái độ nghiêm khắc của nhà Lê trong việc xử lý hành vi sai phạm của quan lại trong bộ máy nhà nước².

Như pháp luật hình sự hiện hành, việc phân loại các đồng phạm xuất phát từ tính nguy hiểm của hành vi phạm tội mà đồng phạm thực hiện không giống nhau. Mỗi người có vai trò khác nhau, cũng như mức độ phạm tội không giống nhau; chính vì thế cần phân loại ra các loại người đồng phạm để giúp cho việc phân hóa TNHS, phân hóa hình phạt được chính xác và công bằng. Điều 469 có quy định “Đồng mưu đánh người bị thương, thì kẻ nào đánh nhiều đòn nặng là thủ phạm, kẻ chủ mưu cũng phải

cùng một tội, còn người tòng phạm thì được giảm tội một bậc”, Điều 415 “Những kẻ mưu giết người...tòng phạm đều bị xử nhẹ hơn tội trên một bậc”.

3. Trách nhiệm hình sự của đồng phạm trong Quốc triều Hình luật

Về nguyên tắc chịu trách nhiệm chung về toàn bộ tội phạm, tất cả những người đồng phạm đều bị xét xử về cùng một tội danh trong cùng một điều luật. Điều 35: “Nhiều người cùng phạm một tội thì lấy người khởi xướng làm đầu, người a tòng được giảm một bậc...”. Những người phạm tội trong đồng phạm đều phải chịu TNHS trong cùng một tội mặc dù căn cứ vào mức độ phạm tội, căn cứ vào tính nguy hiểm của hành vi mà phải chịu hình phạt khác nhau. Điều 426: “Những kẻ ăn cướp thì xử chém; kẻ tòng phạm xử giáo...”. Nguyên tắc những người đồng phạm phải chịu trách nhiệm chung về mọi tội phạm được coi là nguyên tắc cơ bản, xuyên suốt trong bộ luật này. Ví dụ: Điều 116, Điều 188, Điều 411, 412, Điều 415, 420, Điều 426, Điều 491; Điều 469...

Về nguyên tắc chịu trách nhiệm độc lập về việc cùng thực hiện tội phạm, những người đồng phạm không phải chịu trách nhiệm về hành vi vượt quá của người đồng phạm khác và tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ TNHS liên quan đến người đồng phạm nào thì chỉ áp dụng với người đồng phạm đó.

Hành vi vượt quá của người đồng phạm khác là hành vi vượt ra ngoài ý định chung của những người đồng phạm. Những người đồng phạm không phải chịu trách nhiệm về hành vi vượt quá của người đồng phạm khác. Nếu cùng đồng mưu đánh người

² Nguyễn Ngọc Hòa, *Vấn đề tội phạm trong Quốc triều Hình luật*, Quốc triều Hình luật lịch sử hình thành, nội dung và giá trị, (2004), Nxb. Khoa học Xã hội, Hà Nội, tr. 213-214.

– cùng thỏa thuận với nhau về việc cố ý gây thương tích cho người đó, nhưng nếu gây thương tích vượt quá mức độ được bàn bạc, dẫn đến hậu quả chết người thì Luật quy định “đánh đến chết thì xem vết thương nào, kẻ đánh thương tích ấy bị tội...”³. Như vậy, chúng ta có thể thấy, nếu hành vi của những người đồng phạm vượt quá dự kiến, thỏa thuận ban đầu với những người đồng phạm khác mà có tính nguy hiểm cao hơn thì phải chịu trách nhiệm độc lập.

Tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ TNHS liên quan đến người đồng phạm nào thì chỉ áp dụng với người đồng phạm đó. Đó là những tình tiết giảm tội như: Người già, người tàn tật, những người thuộc Bát nghị⁴, họ hàng bà phi của hoàng thái tử⁵...

Về nguyên tắc cá thể hóa TNHS của những người đồng phạm dựa vào sự khác biệt trong vai trò của người đồng phạm, dựa vào các mức độ tham gia của các đồng phạm để xác định TNHS, dựa vào các giai đoạn thực hiện phạm tội, dựa theo chức vụ

để phân hóa TNHS và dựa vào địa vị trong gia đình của người phạm tội.

Đồng phạm là một trường hợp phạm tội đặc biệt trong Luật hình sự: Hai người trở lên cùng thực hiện một tội phạm. Chính sự đặc biệt ở số lượng người, cũng như đặc điểm về mặt chủ quan của tội phạm mà cần phải có sự cá thể hóa trách nhiệm sao cho phù hợp.

Thứ nhất, dựa vào sự khác biệt trong vai trò của người đồng phạm: Có thể có các đường lối khác nhau để xử lý đối với từng loại người phạm tội. Điều 35: “Nhiều người cùng phạm một tội, thì lấy người khởi xướng làm đầu, người a tòng được giảm một bậc”; Điều 469: “Đồng mưu đánh người bị thương, thì kẻ nào đánh nhiều đòn nặng là thủ phạm, kẻ chủ mưu cũng phải cùng một tội, còn kẻ tòng phạm thì được giảm tội một bậc...”. Phân tích nội dung của các điều luật trên cùng các điều luật tương tự như Điều 418; 420; 426... cho thấy, trong vụ phạm tội có người thủ phạm, người chủ mưu và người a tòng thì người a tòng luôn được hưởng hình phạt nhẹ hơn một bậc so với người chủ mưu và thủ phạm. Từ việc phân tích các điều luật trên, ta thấy quan điểm của các nhà làm luật đặt hành vi phạm tội của kẻ chủ mưu lên đầu với mức hình phạt được áp dụng là cao nhất. Điều 411: “Kẻ mưu làm phản, mưu làm việc đại nghịch thì xử tội chém bêu đầu, kẻ tòng phạm và thân đảng biết việc ấy đều phải tội chém... quan sở tại dung túng hay giấu giếm thì xử như kẻ phạm tội”. Trong hệ thống hình phạt tử hình có ba bậc: Thất cổ, chém bậc một; chém bêu đầu bậc hai và lăng trì là bậc ba thì kẻ mưu làm phản (kẻ chủ mưu) sẽ bị chém bêu đầu, những kẻ

³ Điều 469 Quốc triều Hình luật, Viện Sử học, Nxb. Tư pháp, 2013.

⁴ Điều 3 Quốc triều Hình luật quy định: “Tám điều được nghị xét giảm tội: 1. Nghị thân, là họ tôn thất từ hàng dân miếu trở lên; họ hoàng hậu từ hàng phi để tang ty ma, họ hoàng hậu từ tiểu công trở lên. 2. Nghị cố: Là những người cố cựu. 3. Nghị hiền: Là những người có đức hạnh. 4. Nghị năng: Là những người có tài năng lớn. 5. Nghị công: Là những người có công huân lớn. 6. Nghị quý: Là những người có chức sự từ tam phẩm trở lên, những quan viên tân chức hay có tước từ nhị phẩm trở lên. 7. Nghị cần: Là những người cần cù, chăm chỉ. 8. Nghị tân: Là những con cháu các triều trước”.

⁵ Điều 5 Quốc triều Hình luật: “Những họ bà phi của hoàng thái tử từ đại công trở lên mà phạm tử tội, thì cũng phải làm thành bản tâu dâng lên vua xét định, từ tội lưu trở xuống được giảm một bậc, nếu tội thập ác, giết người, gian dâm, trộm cắp trong cung cấm, ăn hối lộ làm trái phép, thì không theo luật này”.

tòng phạm và đồng đảng thì bị chém⁶. So với hình phạt bậc hai của kẻ chủ mưu thì những kẻ tòng phạm và thân đảng sẽ phải chịu mức hình phạt nhẹ hơn một bậc: Chém (Bậc một trong hình phạt tử hình).

Thứ hai, dựa vào các mức độ tham gia của các đồng phạm để xác định TNHS: Nếu như Luật Hình sự hiện đại dựa trên dạng hành vi tham gia phạm tội để xác định vai trò của người phạm tội, qua đó quy định đường lối xử lý khác nhau đối với từng loại người đồng phạm thì trong Quốc triều Hình luật, ngoài căn cứ vào dạng hành vi của người tham gia phạm tội, nhà làm luật còn căn cứ vào mức độ thực hiện tội phạm của họ để xác định vai trò, qua đó quy định TNHS đối với họ. Điều 469 quy định: “*Đồng mưu đánh người bị thương, thì kẻ nào đánh nhiều đòn nặng là thủ phạm, kẻ chủ mưu cũng phải cùng một tội, còn người tòng phạm thì được giảm tội một bậc; đánh đến chết thì xem xét vì thương tích nào, kẻ đánh thương tích ấy nặng tội. Nếu không xem xét được rõ ràng thì kẻ hạ thủ sau cùng xử nặng tội*”. Cách thức xác định này cũng dựa trên nguyên tắc người tham gia vào vụ đồng phạm ở mức độ nhiều hơn thì mức độ TNHS của họ cũng phải cao hơn những người khác, người “*đánh nhiều đòn nặng là thủ phạm*”, và thủ phạm phải chịu hình phạt nặng hơn người a tòng một bậc; hay “*đánh đến chết*” thì xem xét thương tích do ai gây ra để xác định TNHS nặng hơn đối với những người còn lại... Các nhà làm luật cũng dự liệu trường hợp, đồng phạm tội đánh người trong trường hợp không xác

định được mức độ của hành vi phạm tội “*đánh loạn xạ không biết trước sau, nhiều ít thì kẻ chủ mưu tội nặng nhất*” nghĩa là mặc dù hạn chế trong việc xác định mức độ hành vi thì trong đồng phạm thì cũng phải có người chịu trách nhiệm nặng hơn về hành vi phạm tội. Đây chính là một điểm sáng trong việc quy định căn cứ xác định trách nhiệm trong đồng phạm khi các nhà làm luật đã chia mức độ phạm tội thành nhiều loại: Tham gia nhiều hơn chịu trách nhiệm nhiều hơn, trong trường hợp không xác định được mức độ thì kẻ chủ mưu phải chịu trách nhiệm. Việc quy trách nhiệm nặng hơn với người chủ mưu được cho là hợp lý khi mà khoa học điều tra hình sự lúc này còn nhiều hạn chế trong việc xác định mức độ phạm tội vì trong đồng phạm, người chủ mưu có vai trò to lớn trong việc chủ động về mặt tinh thần, vạch ra âm mưu, đường lối, kích động đồng bọn thực hiện. Tuy nhiên, đây cũng là điểm hạn chế do đánh giá tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội chưa thật xác đáng nên việc luật quy định mức độ TNHS của người thủ phạm, người chủ mưu, người xúi giục và người giúp sức phải chịu như nhau là chưa hợp lý, bởi người giúp sức “*có vai trò ít quan trọng hơn so với những người đồng phạm khác*”⁷.

Thứ ba, dựa vào các giai đoạn thực hiện phạm tội để xác định TNHS của người đồng phạm. Điều 412 quy định: “*Những kẻ mưu phản nước theo giặc thì xử chém; nếu đã hành động thì xử tội bêu đầu; kẻ biết*

⁶ Điều 1, Khoản V Quốc triều Hình luật, Viện Sử học, Nxb. Tư pháp, 2013.

⁷ Trần Thị Quang Vinh (chủ biên), Giáo trình Luật Hình sự phần chung, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh, Nxb. Hồng Đức, (2016), tr. 213.

việc ấy thì cũng đồng tội...”. Điều luật trên phân tội mưu phản nước thành hai giai đoạn là ở dạng mưu phản và ở dạng đã hành động. Hay nói cách khác, những kẻ mưu phản nước theo giặc thì xử tội chém, còn nếu tội phạm đã thực hiện việc mưu phản thì xử tội nặng hơn tội chém là chém bêu đầu. Như vậy, căn cứ vào giai đoạn thực hiện tội phạm, Quốc triều Hình luật phân hóa tội phạm theo nguyên tắc tội phạm hoàn thành sẽ chịu trách nhiệm cao hơn so với việc dự mưu bởi tính chất nguy hiểm của tội phạm sẽ khác nhau căn cứ vào việc tội phạm đã và đang được thực hiện đến bước nào. Tuy nhiên, sự phân hóa này đơn giản chỉ là thực hiện và chưa thực hiện tội phạm vì vậy chưa lường hết được các trường hợp và có sự phân loại một cách rạch ròi thành ba giai đoạn: Chuẩn bị phạm tội, phạm tội chưa đạt, tội phạm hoàn thành như Luật hình sự hiện nay.

Thứ tư, dựa vào nhân thân để xác định TNHS: Điều 330 quy định nếu quan đại thần trở xuống mà biến quân dân thành hoành nhân thì sẽ bị xử tội, riêng quan đại thần và tổng quản giữ chức vụ cao trong triều thì xử tội nặng, các quan chức khác xử tội nhẹ hơn. Quy định này xuất phát từ quan điểm, quan lại như phụ mẫu của dân, vì vậy quan lại chức càng to thì càng gần phải gương mẫu, theo đó hình phạt cũng nặng hơn so với các chức quan khác mà phạm tội này. Tuy nhiên, mức độ hình phạt sẽ tăng theo tỷ lệ người tham gia tội phạm, càng nhiều người tham gia thì mức độ chịu trách nhiệm càng cao hơn.

Thứ năm, dựa vào địa vị của người phạm tội trong gia đình để xác định TNHS trong đồng phạm. Bên cạnh cách phân hóa

TNHS trong đồng phạm dựa trên vai trò của người phạm tội và mức độ tham gia thực hiện hành vi phạm tội, Quốc triều Hình luật còn có một quy định về TNHS của người đồng phạm khá độc đáo đó là xác định TNHS dựa trên địa vị của người phạm tội trong gia đình. Điều 35 có quy định “*Nếu tất cả người trong một nhà cùng phạm tội, chỉ bắt tội người tôn trưởng*”. Quy định này có nghĩa, nếu những người đồng phạm là người trong gia đình, họ tộc thì chỉ người “tôn trưởng” phải chịu TNHS, những người khác được miễn TNHS. Đây là sản phẩm của hoàn cảnh xã hội, ảnh hưởng của hệ tư tưởng chính trị - xã hội Nho giáo⁸, đề cao vai trò của “tôn trưởng” khi người trong nhà không bảo ban được nhau, với vai trò của tôn trưởng thì người đó sẽ phải chịu trách nhiệm. Điều này xuất phát từ vị trí rất quan trọng trong gia đình và dòng họ của người tôn trưởng – người thiết lập trật tự, kỷ cương cũng như sự hòa thuận trong gia đình⁹. Đây là quan điểm phân hóa TNHS dựa trên nhân thân của người phạm tội mà không phải dựa trên tính nguy hiểm của hành vi phạm tội. Và đây cũng chính là điểm không công bằng và hạn chế khi xây dựng các quy định về tội phạm và hình phạt trong Quốc triều Hình luật. Ngay cả khi đặc điểm nhân thân có ảnh hưởng lớn đến việc thực hiện tội phạm thì cũng không thể dùng đặc điểm nhân thân để thay thế cho tính

⁸ Lê Thị Sơn, *Những đặc điểm cơ bản của pháp luật hình sự thời nhà Lê trong Quốc triều Hình luật*, Quốc triều Hình luật lịch sử hình thành, nội dung và giá trị, Nxb. Khoa học xã hội, (2004), tr.200.

⁹ Nguyễn Phương Lan, *Giá trị của Quốc triều Hình luật qua các quy định điều chỉnh quan hệ hôn nhân và gia đình*, Quốc triều Hình luật lịch sử hình thành, nội dung và giá trị, Nxb. Khoa học xã hội, (2004), tr.408.

nguy hiểm cho xã hội của hành vi. Chính vì vậy, việc xác định TNHS dựa vào nhân thân của những người đồng phạm là chưa hợp lý.

Như vậy, qua các nguyên tắc xác định TNHS nêu trên cho thấy phần nào chế định đồng phạm và cơ sở xác định TNHS của đồng phạm trong Quốc triều Hình luật. Mặc dù vẫn còn hạn chế do hoàn cảnh lịch sử, tuy nhiên, nó đã thể hiện sự tiến bộ của ông cha ta trong quan điểm và kỹ thuật lập pháp.

3. Kết luận

Như vậy, Quốc triều Hình luật là văn bản quy phạm pháp luật chứa đựng những giá trị quý báu về tư tưởng và kỹ thuật lập pháp. Qua việc nghiên cứu các nội dung quy định về TNHS trong đồng phạm của bộ luật, nhóm tác giả nhận thấy rằng có thể tìm được những giá trị hợp lý để kế thừa có chọn lọc, từ đó, nâng cao chất lượng của hệ thống pháp luật, cụ thể:

Về nội dung, theo tác giả, pháp luật cần có sự ghi nhận về nguyên tắc xác định TNHS trong đồng phạm. Hiện nay, Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) chưa có quy định về nguyên tắc xác định TNHS trong đồng phạm, mặc dù các nguyên tắc: Chịu trách nhiệm chung trong đồng phạm, nguyên tắc chịu trách nhiệm độc lập và nguyên tắc cá thể hóa TNHS trong đồng phạm đã được thừa nhận trong khoa học pháp lý. Chính vì vậy, để việc xác định TNHS trong đồng phạm được chính xác, công bằng thì pháp luật hình sự cần quy định về các nguyên tắc này. Cụ thể:

Thứ nhất, những người đồng phạm phải chịu trách nhiệm chung về tội phạm mình thực hiện. Tội phạm được thực hiện bởi đồng phạm là kết quả chung của mọi hoạt

động của tất cả những người đồng phạm nên họ phải chịu trách nhiệm chung về tội đã phạm.

Thứ hai, nguyên tắc chịu trách nhiệm độc lập về việc cùng thực hiện một tội phạm trong đồng phạm. Một người thực hiện tội phạm chỉ phải chịu trách nhiệm về những gì mà bản thân họ gây ra không phải chịu TNHS về hành vi vượt quá của những người đồng phạm khác. Những tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ TNHS, nhân thân liên quan đến người đồng phạm nào thì chỉ áp dụng riêng với người đó.

Thứ ba, nguyên tắc cá thể hóa TNHS trong đồng phạm. Tùy vào tính chất và mức độ nguy hiểm của tội phạm mà những người đồng phạm sẽ phải chịu trách nhiệm.

Về kỹ thuật lập pháp, Quốc triều Hình luật đã có những quy định ở cả chương Danh lệ (có thể coi như phần chung) và phần các tội phạm cụ thể, nhưng hình thức quy định cũng như về mặt nội dung còn nhiều điểm chưa thống nhất. Chẳng hạn như, trong “phần chung” thì quy định về hai loại người đồng phạm là người thủ phạm và người a tòng nhưng trong các tội phạm cụ thể lại có quy định về người chủ mưu, người dung túng... Bộ luật mặc dù bước đầu đã có sự phân hóa trách nhiệm trong đồng phạm, tuy nhiên chủ yếu tồn tại trong những quy định tội phạm cụ thể mà không có tính khái quát. Đây chính là bài học kinh nghiệm cho quá trình xây dựng và hoàn thiện pháp luật bởi sự không thống nhất trong các quy định của pháp luật, đặc biệt là về các thuật ngữ sẽ dẫn đến sự khó khăn trong quá trình áp dụng và đưa các quy định pháp luật vào thực tiễn.

GIẢI THÍCH HỢP ĐỒNG THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM VÀ PHÁP LUẬT PHÁP

Nguyễn Võ Linh Giang*

Tóm tắt: Bài viết phân tích, so sánh quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật Pháp về giải thích hợp đồng. Từ kết quả so sánh trên, bài viết chỉ ra các thiếu sót trong quy định về giải thích hợp đồng theo Bộ luật Dân sự năm 2015. Đồng thời, bài viết đề xuất các kiến nghị để hoàn thiện những thiếu sót đó.

Abstract: This article analyzes and compares the Vietnamese and French laws on interpretation of contract. Consequently, it demonstrates certain lacunae in the Civil Code of 2015 relating to interpretation of contract. At the same time, it makes proposals to fill these lacunae.

Giải thích hợp đồng là việc tìm kiếm ý chí mà các bên mong muốn đặt ra trong các điều khoản của hợp đồng¹. Có tác giả khác lại cho rằng giải thích là việc xác định ý nghĩa và tầm quan trọng của nghĩa vụ hợp đồng². Tựu trung lại, giải thích hợp đồng là việc xác định ý nghĩa thật sự của các điều khoản trong hợp đồng.

Có hai phương pháp giải thích là giải thích chủ quan và giải thích khách quan. Phương pháp chủ quan giải thích theo ý chí chung của các bên. Do đó, cần phải tìm hiểu ý chí của các bên cũng như cần phải vượt qua giới hạn của ngôn từ trong hợp đồng để tìm được ý chí chung thật sự. Phương pháp khách quan giải thích hướng đến lợi ích của các bên³. Hiện nay, ở Việt Nam và ở Pháp,

các quy định về giải thích hợp đồng không áp dụng một cách tuyệt đối một trong hai phương pháp trên mà áp dụng kết hợp hài hòa hai phương pháp để đạt được hiệu quả trong hoạt động giải thích hợp đồng.

Trong pháp luật Việt Nam hiện nay, quy định về giải thích hợp đồng được tìm thấy tại Điều 404 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS). Quy định tại điều này nhằm giải thích các hợp đồng tự do thương lượng. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 405 quy định về giải thích hợp đồng theo mẫu. Khác với pháp luật Việt Nam, pháp luật Pháp dành hẳn một chương quy định về giải thích hợp đồng. Giải thích hợp đồng được quy định từ Điều 1188 đến 1192 Bộ luật Dân sự Pháp (BLDS Pháp)⁴. Các quy định này bao gồm nguyên tắc giải thích hợp đồng và các trường hợp giải thích cụ thể, giải thích đối với hợp đồng tự do thương lượng và hợp đồng theo mẫu. Ngoài ra, trong Chương điều chỉnh hiệu lực của hợp đồng, BLDS Pháp dành Điều 1194 quy định về sự ràng buộc của hợp đồng theo lẽ công bằng, theo tập quán và theo luật.

* Giảng viên, Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

¹ Philippe Delebecque, Frédéric-Jérôme Pansier, *Droit des obligations - Contrat et quasi-contrat*, Nxb. LexisNexis, Tái bản lần thứ 8, Paris, 2018, tr. 230.

² François Terré, Philippe Simbler, Yves Lequette, François Chénéde, *Les obligations*, Nxb. Dalloz, Tái bản lần thứ 12, Paris, 2018, tr. 682.

³ François Terré, Philippe Simbler, Yves Lequette, François Chénéde, sđd, tr. 684.

⁴ Tổ chức quốc tế Pháp ngữ, Bộ luật Dân sự Pháp, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, 2005.

Quy định này cho phép thẩm phán giải thích hợp đồng một cách sáng tạo hơn.

Khi so sánh về số lượng điều khoản, quy định về giải thích hợp đồng trong pháp luật Việt Nam ít hơn so với pháp luật Pháp. Tuy nhiên, về nội dung quy định thì có nhiều điểm tương đồng. Bên cạnh đó, các quy định cũng có những khác biệt nhất định. Do đó, việc so sánh quy định của hai hệ thống pháp luật theo các tiêu chí giải thích hợp đồng không chỉ nhằm tìm ra điểm giống và điểm khác mà còn nhằm đề xuất kiến nghị hoàn thiện pháp luật Việt Nam.

1. Giải thích theo ý chí chung

Việc giải thích hợp đồng trước hết phải dựa vào ý chí chung của các bên. Đây không chỉ là quy định, mà còn là nguyên tắc khi giải thích hợp đồng. Pháp luật Việt Nam và pháp luật Pháp đều đặt quy định về giải thích hợp đồng này ở vị trí đầu tiên. Thật vậy, BLDS dành khoản 1 Điều 404 quy định nguyên tắc này, khoản 5 nhắc lại nguyên tắc khi ngôn từ mâu thuẫn với ý chí chung. Tương tự, BLDS Pháp quy định nguyên tắc này tại Điều 1188, quy định đầu tiên của chương về giải thích hợp đồng. Về cơ bản, nội dung giải thích theo ý chí chung trong BLDS và BLDS Pháp khá giống nhau, tuy nhiên, mỗi hệ thống pháp luật vẫn có những điểm riêng biệt nhất định.

Khoản 1 Điều 404 khẳng định nguyên tắc giải thích theo ý chí chung khi quy định việc giải thích hợp đồng trong trường hợp hợp đồng có điều khoản không rõ ràng thì không chỉ căn cứ vào ngôn từ mà còn dựa vào ý chí chung của các bên. Quy định cũng nêu rõ ý chí chung này được xác định trong toàn bộ quá trình của hợp đồng từ trước, tại thời điểm xác lập và thực hiện

hợp đồng. Quy định này thể hiện rõ tầm quan trọng của ý chí chung bởi khi giải thích theo ý chí chung của các bên, kết quả giải thích phản ánh sự tự do hợp đồng cũng như mong muốn thật sự của các bên trong quan hệ hợp đồng.

Bên cạnh đó, khoản 5 của điều luật nhắc lại tầm quan trọng của ý chí chung trong giải thích hợp đồng. Theo đó, khoản này quy định việc sử dụng ý chí chung để giải thích hợp đồng khi có mâu thuẫn giữa ngôn từ sử dụng trong hợp đồng với ý chí chung của các bên. Có thể thấy, ý chí chung của các bên là yếu tố ảnh hưởng đến hợp đồng. Đôi khi ngôn từ không thể thể hiện toàn bộ ý chí chung thì việc giải thích hợp đồng theo ý chí chung là cần thiết để tìm ra ý chí còn ẩn sau ngôn từ.

Theo pháp luật Pháp, việc giải thích không chỉ dừng lại ở ngôn từ, mà còn dựa vào ý chí chung được quy định tại Điều 1188 BLDS Pháp như sau:

“Hợp đồng được giải thích theo ý chí chung của các bên thay vì dừng lại ở nghĩa của ngôn từ.”

Khi không thể tìm ra ý chí chung, hợp đồng được giải thích theo cách hiểu của một người bình thường khi ở trong tình huống tương tự”.

Về nguyên tắc, khi một hợp đồng không có nghĩa, có nhiều nghĩa hoặc có sự mâu thuẫn, nhà lập pháp cho phép thẩm phán tìm kiếm ý chí chung của các bên. Điều 1188 công nhận giá trị không thể chối cãi của nguyên tắc này. Quy định này nhằm tìm kiếm sự tự nguyện của các bên khi đặt trong hoàn cảnh nhất định hoặc trong giai đoạn ký kết. Tuy nhiên, trong lĩnh vực hợp đồng, để xác định ý chí chung của các bên, thẩm

phán có thể áp dụng các yếu tố bên ngoài như hành vi của các bên trước và sau khi ký hợp đồng, ví dụ như bắt đầu thực hiện hợp đồng, tài liệu tiền hợp đồng, thư từ trao đổi, những thỏa thuận trước khi ký hợp đồng⁵.

Quy định tại Điều 1188 thể hiện phương pháp giải thích chủ quan, nhằm làm sáng tỏ ý chí chung của các bên hoặc thiết lập một nghĩa mà một người bình thường có thể hiểu. Pháp luật Pháp và pháp luật Việt Nam đều quy định khi giải thích hợp đồng không chỉ dừng lại ở ngôn từ, mà còn phải dựa vào ý chí chung của các bên. Ý chí chung này, theo hai hệ thống pháp luật, đều được thể hiện trong các giai đoạn của hợp đồng bao gồm trước, trong và khi thực hiện hợp đồng.

Tuy nhiên, khác với pháp luật Việt Nam, khoản 2 Điều 1188 dẫn chiếu đến cách hiểu của một người bình thường khi được đặt vào cùng một hoàn cảnh. Quy định này tại khoản 2 Điều 1188 ưu tiên ý chí của các bên hơn là ngôn từ của hợp đồng khi quy định rằng, hợp đồng được giải thích theo nghĩa mà một người bình thường khi ở vào tình huống tương tự có thể hiểu. Tòa án sẽ phải tìm ra ý chí chung của các bên bằng việc giải thích khách quan theo quy định của Điều 1189 đến Điều 1191 và làm thay đổi ý nghĩa của ngôn từ theo quy định tại Điều 1192⁶. Mặt khác, khoản 2 Điều 1188 là một điểm sáng tạo khi quy định về việc giải thích tham khảo đến một người bình thường. Thẩm phán do đó phải sử dụng đến

phương pháp giải thích khách quan khi dẫn chiếu đến cách hiểu của một người bình thường trong cùng một hoàn cảnh⁷.

So với pháp luật Pháp, pháp luật Việt Nam chỉ dừng lại ở việc giải thích theo ý chí của các bên và không có quy định về trường hợp không thể tìm được ý chí chung. Do đó, khi không thể tìm được ý chí chung của các bên, thẩm phán sẽ lúng túng khi giải thích hợp đồng. Có thể thấy, quy định tại khoản 1 và khoản 5 Điều 404 BLDS chỉ thể hiện phương pháp giải thích chủ quan trong khi quy định tại Điều 1188 BLDS Pháp là sự kết hợp của phương pháp giải thích chủ quan tại khoản 1 và phương pháp giải thích khách quan tại khoản 2. Việc kết hợp này sẽ hạn chế được trường hợp thiếu sót như quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay.

Từ những so sánh trên, pháp luật Việt Nam tồn tại những hạn chế nhất định khi chỉ quy định việc giải thích theo ý chí chung mà không dự liệu trường hợp không thể tìm được ý chí chung của các bên nên sẽ gây ra những khó khăn khi áp dụng vào thực tế. Do đó, cần hoàn thiện thiếu sót này để việc giải thích hợp đồng hài hòa cả tính chủ quan lẫn tính khách quan. Quy định tại khoản 1 Điều 404 cần bổ sung trường hợp giải thích khi không thể tìm được ý chí chung của các bên. Trong trường hợp này, thẩm phán có thể giải thích theo cách hiểu của một người bình thường khi ở trong tình huống tương tự với các bên trong hợp đồng.

Bên cạnh phương pháp giải thích theo ý chí chung, hai hệ thống pháp luật còn quy định về trường hợp giải thích khi điều khoản, ngôn từ của hợp đồng khó hiểu hoặc có nhiều nghĩa. Trong trường hợp này, thẩm

⁵ François Terré, Philippe Simbler, Yves Lequette, François Chénéde, sđd, tr. 686.

⁶ Gaël Chantepie, Mathias Latina, *Le nouveau droit des obligations - Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Nxb. Dalloz, Tái bản lần 2, Paris, 2018, tr. 448.

⁷ Gaël Chantepie, Mathias Latina, sđd, tr. 449.

phán sẽ không dựa vào ý chí chung mà thẩm phán áp dụng phương pháp giải thích chủ quan để giải thích hợp đồng.

2. Giải thích khi ngôn từ của hợp đồng khó hiểu hoặc có nhiều nghĩa

BLSD và BLDS Pháp đều quy định về trường hợp giải thích khi điều khoản, ngôn từ của hợp đồng khó hiểu hoặc có nhiều nghĩa. BLDS quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 404, trong khi BLSD Pháp quy định tại Điều 1191, Điều 1192 và Điều 1194. Điều 1191 và Điều 1192 BLSD Pháp nhằm điều chỉnh trường hợp giải thích khi điều khoản, ngôn từ của hợp đồng khó hiểu hoặc có hai nghĩa; còn Điều 1194 tuy không được đặt trong chương về giải thích hợp đồng, nhưng nội dung vẫn có một phần nào đó liên quan đến giải thích hợp đồng. Mặc dù cùng quy định về trường hợp giải thích, nhưng giải pháp của pháp luật Việt Nam và pháp luật Pháp đối với trường hợp điều khoản, ngôn từ của hợp đồng khó hiểu hoặc có nhiều nghĩa không hoàn toàn giống nhau.

Cụ thể, khoản 2 Điều 404 BLDS quy định việc giải thích theo nghĩa phù hợp với mục đích, tính chất của hợp đồng khi điều khoản và ngôn từ có thể hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau. Theo quy định này, ngoài việc giải thích theo ý chí chung, các điều khoản, ngôn từ của hợp đồng còn được giải thích theo mục đích, tính chất của hợp đồng. Có thể thấy, tính ưu tiên mục đích của hợp đồng đã được sử dụng cho các quy định về giải thích hợp đồng khi điều khoản, ngôn từ có thể hiểu theo nhiều nghĩa.

Trường hợp hợp đồng có điều khoản, ngôn từ khó hiểu thì thẩm phán giải thích theo tập quán tại địa điểm giao kết hợp đồng theo quy định tại khoản 3 Điều 404

BLDS. Quy định này dẫn chiếu đến tính ưu tiên của tập quán. Tuy nhiên, luật chỉ quy định sử dụng tập quán tại địa điểm giao kết hợp đồng. Vấn đề sẽ trở nên phức tạp hơn khi hợp đồng được giao kết tại một địa điểm, nhưng lại được thực hiện ở một địa điểm khác.

Khác với pháp luật Việt Nam, giải pháp của pháp luật Pháp hoàn toàn không dựa vào mục đích, tính chất của hợp đồng mà dựa vào nghĩa nào phù hợp nhất. Nội dung này được quy định tại Điều 1191 như sau:

“Khi một điều khoản có thể có hai nghĩa, nghĩa nào có hiệu quả nhiều hơn nghĩa còn lại sẽ được áp dụng để giải thích”.

Điều 1191 thể hiện quy tắc giải thích “hữu hiệu” hoặc “hợp thức”. Quy định này thể hiện việc kết hợp phương pháp giải thích chủ quan và khách quan. Khi ngôn từ của hợp đồng có hai nghĩa thì ý chí chung của các bên sẽ giúp giữ lại nghĩa phù hợp⁸.

Khác với pháp luật Việt Nam, pháp luật Pháp vẫn dựa vào ý chí chung của các bên để tìm ra nghĩa phù hợp khi điều khoản, ngôn từ của hợp đồng có hai nghĩa. Ý chí chung vẫn là nguyên tắc áp dụng xuyên suốt. Pháp luật Việt Nam dựa vào mục đích, tính chất của hợp đồng để giải thích khi điều khoản có nhiều nghĩa. Quy định này có vẻ hợp lý, nhưng thẩm phán sẽ tự mình tìm hiểu tính chất, mục đích của hợp đồng để giải thích khi điều khoản có nhiều nghĩa. Do đó, sẽ dẫn đến trường hợp tính chất, mục đích mà thẩm phán tìm lại mâu thuẫn với ý chí chung của các bên. Và hệ quả là việc

⁸ François Terré, Philippe Simbler, Yves Lequette, François Chénéde, sđd, tr. 689.

giải thích sẽ không thích đáng. Vì vậy, quy định này cần bổ sung ý chí chung của các bên bên cạnh việc giải thích theo tính chất, mục đích của hợp đồng để đảm bảo tính khách quan và tính chủ quan khi giải thích hợp đồng trong trường hợp điều khoản, ngôn từ có nhiều nghĩa.

Bên cạnh Điều 1191, pháp luật Pháp còn quy định về trường hợp không giải thích tại Điều 1192. Theo đó, thẩm phán sẽ không giải thích khi điều khoản đã rõ ràng hoặc chính xác để tránh sự thay đổi ý nghĩa của ngôn từ:

“Không thể giải thích những điều khoản rõ ràng và chính xác nhằm tránh nguy cơ làm thay đổi ý nghĩa của ngôn từ”.

Nội dung của Điều 1192 đã được nêu lên từ những án lệ lâu đời trong pháp luật Pháp. Theo đó, khi ngôn từ của một thỏa thuận là rõ ràng và chính xác thì thẩm phán không được làm thay đổi bản chất của nghĩa vụ phát sinh từ điều khoản đó và sửa đổi những quy định mà điều khoản đó đã thiết lập⁹. Việc thay đổi ý nghĩa của ngôn từ được định nghĩa là việc không công nhận nghĩa rõ ràng và chính xác của một văn bản¹⁰. Yêu cầu thay đổi ý nghĩa của một tài liệu sẽ không được chấp nhận nếu không xác định rõ tài liệu tham khảo làm cơ sở để yêu cầu thay đổi ý nghĩa¹¹. Một điều khoản rõ ràng và chính xác là khi điều khoản đó chỉ có một nghĩa¹².

⁹ Civ. 15/4/1872 Veuve Foucaultd và Coulombe c. Pringault, *GAJC*, Tái bản lần thứ 11, đoạn số 160; *DP* 1872.1.176; *S.* 1872.1.232.

¹⁰ Civ. 06/6/1921: *DP* 1921.1.73, rppport. A. Collin; *S.* 1921.1.192. note Hugueney.

¹¹ Civ. 1^{er}, 16/4/2015, n^o 14-10.257 P: *D.* 2015. 928.

¹² Civ. 12/01/1938: *DH* 1938. 197.

Như vậy, pháp luật Pháp quy định rõ ràng rằng không được giải thích khi điều khoản đã rõ ràng và chính xác. Trong khi đó, pháp luật Việt Nam chỉ quy định một cách gián tiếp thông qua câu từ tại khoản 1 Điều 404 BLDS: “Khi hợp đồng có điều khoản rõ ràng”. Có thể suy ra là khi điều khoản hợp đồng rõ ràng thì không cần phải giải thích. Tuy nhiên, do việc thiếu quy định về nguyên tắc không giải thích khi điều khoản rõ ràng và chính xác, nhà lập pháp đã không định nghĩa thế nào là một điều khoản rõ ràng. Có thể một điều khoản là rõ ràng đối với bên này, nhưng lại không rõ ràng đối với bên còn lại. Trong trường hợp này, thẩm phán sẽ khó có thể xác định được trường hợp nào cần giải thích và trường hợp nào không cần giải thích điều khoản của hợp đồng. Do đó, nguyên tắc này cần được bổ sung vào Điều 404 trước khi quy định về trường hợp giải thích khi hợp đồng có điều khoản, ngôn từ có nhiều nghĩa.

Điều 1194 BLDS Pháp mặc dù không thuộc chương về giải thích hợp đồng, nhưng vẫn được áp dụng một phần nào đó khi thẩm phán giải thích hợp đồng. Điều 1194 quy định như sau:

“Hợp đồng bắt buộc không chỉ đối với những gì đã được thỏa thuận mà còn phải tuân theo các nghĩa vụ theo lẽ công bằng, theo tập quán và theo luật”.

Theo đó, đối với các hợp đồng thông dụng, hợp đồng có tên, luật quy định toàn bộ chế độ pháp lý của các hợp đồng để áp dụng. Các bên có thể loại bỏ, nhưng trong trường hợp hợp đồng không quy định, những quy định này sẽ được áp dụng. Việc thực hiện một số hợp đồng có thể theo một số tập quán nghề nghiệp, đặc biệt là hợp đồng thương mại. Tập quán sẽ được áp

dụng khi các bên không có thỏa thuận. Bên cạnh đó, thẩm phán áp dụng lẽ công bằng hơn là tìm kiếm những gì mà các bên mong muốn. Thẩm phán quy định nghĩa vụ cho các bên dựa trên công lý¹³.

Tương tự pháp luật Việt Nam, thẩm phán Pháp cũng sẽ giải thích hợp đồng theo tập quán. Tuy nhiên, bên cạnh tập quán, thẩm phán còn giải thích dựa trên quy định của luật và lẽ công bằng. Quy định này tương tự quy định về trật tự áp dụng Bộ luật Dân sự, tập quán, áp dụng tương tự pháp luật được quy định tại phần chung của BLDS. Do pháp luật Pháp mở rộng phạm vi giải thích, thẩm phán sẽ giải thích hợp đồng dựa trên nhiều cơ sở hơn so với pháp luật Việt Nam khi chỉ dựa trên tập quán nơi giao kết. Vì vậy, khoản 3 Điều 404 BLDS cần bổ sung trường hợp giải thích theo tập quán tại nơi giao kết hoặc tại nơi thực hiện hợp đồng. Trong trường hợp hợp đồng được thực hiện tại nhiều nơi thì sẽ giải thích theo tập quán tại nơi giao kết.

Hợp đồng không chỉ có một điều khoản mà phải bao gồm nhiều điều khoản. Các điều khoản trong hợp đồng không tồn tại riêng biệt mà tồn tại như một thể thống nhất. Do đó, khi giải thích một điều khoản trong hợp đồng cũng không được giải thích riêng rẽ mà cần phải giải thích trong mối liên hệ với các điều khoản khác và trong mối liên hệ tổng thể của hợp đồng.

3. Giải thích trong mối quan hệ với các điều khoản khác

Pháp luật Việt Nam và pháp luật Pháp đều quy định về việc giải thích các điều khoản hợp đồng trong mối liên hệ với nhau.

¹³ François Terré, Philippe Simbler, Yves Lequette, François Chénéde, sdd, tr. 692.

Nội dung này được quy định tại khoản 4 Điều 404 BLDS và Điều 1189 BLDS Pháp. Khoản 4 Điều 404 BLDS quy định như sau:

“Các điều khoản trong hợp đồng phải được giải thích trong mối liên hệ với nhau, sao cho ý nghĩa của các điều khoản đó phù hợp với toàn bộ nội dung hợp đồng”.

Điều 1189 BLDS Pháp quy định như sau:

“Tất cả những điều khoản của một hợp đồng được giải thích trong mối liên hệ với nhau để cho mỗi điều khoản có nghĩa phù hợp với tính mạch lạc của toàn bộ hợp đồng.

Trong trường hợp theo ý chí chung của các bên có nhiều hợp đồng cùng điều chỉnh một giao dịch thì các hợp đồng này được giải thích như một thể thống nhất”.

Theo quy định tại Điều 1189, khi một điều khoản không rõ nghĩa, thẩm phán có thể suy ra nghĩa của điều khoản đó nhờ việc xem xét trong toàn bộ hợp đồng. Tuy nhiên, một điều khoản có thể rõ nghĩa của riêng điều khoản đó mà không cần đặt trong mối quan hệ với các điều khoản khác¹⁴. Ngoài ra, Điều 1189 còn khẳng định khi giải thích hợp đồng phải dựa trên việc hiểu toàn bộ nội dung của hợp đồng, phải có sự nhượng bộ giữa các điều khoản khác nhau hoặc các hợp đồng khác nhau trong cùng một giao dịch¹⁵ - đây là một điểm sáng tạo của các nhà lập pháp Pháp¹⁶.

¹⁴ Gaël Chantepie, Mathias Latina, sdd, tr. 451.

¹⁵ Gaël Chantepie, Mathias Latina, *La réforme du droit des obligations*, Nxb. Dalloz, Paris, 2017, tr. 425.

¹⁶ Thibault Douville (Chủ biên), *La réforme du Droit des contrats - Commentaire article par article*, Nxb. Gualino, Issy-lé-Moulineaux, 2016, tr. 169-170.

Từ hai quy định trên, có thể thấy, pháp luật Việt Nam và pháp luật Pháp đều quy định các điều khoản trong hợp đồng phải được giải thích trong mối quan hệ thống nhất và phù hợp với toàn bộ hợp đồng. Tuy nhiên, BLDS Pháp quy định về cách giải thích thống nhất của các hợp đồng cùng điều chỉnh một mối quan hệ. Vấn đề này không được đề cập tại BLDS. Nếu so sánh với pháp luật Pháp, pháp luật Việt Nam còn thiếu sót khi chưa quy định về các hợp đồng cùng điều chỉnh một giao dịch. Ví dụ như hợp đồng chính và hợp đồng phụ. Khi hợp đồng phụ có điều khoản không rõ nghĩa thì luật không quy định do đó thẩm phán sẽ gặp khó khăn trong giải thích các điều khoản đó. Do đó, pháp luật Việt Nam cần bổ sung quy định này vào khoản 4 Điều 404 BLDS theo hướng khi có nhiều hợp đồng cùng điều chỉnh một giao dịch thì các hợp đồng này phải được giải thích thống nhất như một hợp đồng.

4. Giải thích theo hướng có lợi cho một bên

Pháp luật Pháp và pháp luật Việt Nam đều quy định về trường hợp giải thích hợp đồng có lợi cho một bên. Cụ thể, khoản 6 Điều 404 BLDS quy định về trường hợp giải thích có lợi cho một bên trong hợp đồng do các bên tự thỏa thuận thương lượng, khoản 2 Điều 405 BLDS quy định về giải thích hợp đồng theo mẫu. Ngược lại, pháp luật Pháp quy định hai trường hợp giải thích hợp đồng tự do thương lượng và hợp đồng theo mẫu trong cùng một điều luật là Điều 1190.

Theo BLDS, tại khoản 6 Điều 404, trường hợp bên soạn thảo đưa vào hợp đồng nội dung gây bất lợi cho bên kia thì khi giải thích hợp đồng phải theo hướng có lợi cho

bên kia. Quy định này áp dụng cho các hợp đồng tự do thương lượng. Thực tế, hợp đồng tự do thương lượng có những nội dung các bên không tự do thương lượng mà tự do chấp nhận nội dung do bên còn lại đưa ra. Hoặc, trong đề nghị giao kết hợp đồng, bên đề nghị có thể đưa ra các điều khoản gây bất lợi cho bên được đề nghị và khi bên được đề nghị chấp nhận thì đề nghị đó trở thành hợp đồng. Do đó, quy định tại khoản 6 nhằm bảo vệ một bên dù chấp nhận hợp đồng nhưng lại không phải là bên soạn thảo và nhằm thiết lập vị thế cân bằng giữa bên soạn thảo và bên chấp nhận các quy định của bên soạn thảo.

Ngược lại với hợp đồng tự do thương lượng là hợp đồng theo mẫu, hợp đồng mà một bên đưa ra những điều khoản theo mẫu để bên kia trả lời. Bên kia không được tự do thỏa thuận nội dung của hợp đồng mà chỉ tự do quyết định có chấp nhận gia nhập vào hợp đồng hay không. Khi hợp đồng theo mẫu có điều khoản không rõ ràng, theo quy định tại khoản 2 Điều 405 BLDS thì điều khoản này phải được giải thích theo hướng có lợi cho bên gia nhập. Bên đưa ra hợp đồng theo mẫu phải chịu bất lợi so với bên gia nhập. Quy định này nhằm hạn chế các điều khoản bất cân xứng trong hợp đồng theo mẫu và trong trường hợp có điều khoản bất cân xứng thì điều khoản phải được giải thích theo hướng bảo vệ bên gia nhập vốn là bên yếu thế trong hợp đồng theo mẫu.

Tương tự pháp luật Việt Nam, pháp luật Pháp cũng quy định giải thích ưu tiên cho một bên trong hợp đồng tự do thương lượng và hợp đồng theo mẫu. Nội dung này được đề cập tại Điều 1190 BLDS Pháp như sau:

“Trong trường hợp nghi ngờ, hợp đồng tự do thỏa thuận được giải thích chống lại

bên có quyền và việc giải thích phải có lợi cho bên có nghĩa vụ và hợp đồng theo mẫu được giải thích chống lại bên đề nghị”.

Đối với hợp đồng thương lượng, trong trường hợp nghi ngờ, việc giải thích phải có lợi cho bên có nghĩa vụ. Bên có nghĩa vụ cam kết, được xem như ở vị thế thấp hơn bên có quyền - bên quy định nghĩa vụ cho bên kia; giải thích có lợi cho bên có nghĩa vụ được xem như là một phương pháp cân bằng lại hợp đồng¹⁷. Đồng thời, trong hợp đồng song vụ, mỗi bên khi thì là bên có quyền, khi thì là bên có nghĩa vụ, việc giải thích có lợi cho bên có nghĩa vụ của nghĩa vụ chứ không phải của hợp đồng¹⁸. Ví dụ, trong hợp đồng mua bán, bên mua có quyền nhận hàng và có nghĩa vụ trả tiền, còn bên bán có nghĩa vụ giao hàng và có quyền nhận tiền. Trong trường hợp này, đối với nghĩa vụ trả tiền thì bên mua là bên có nghĩa vụ còn bên bán là bên có quyền, ngược lại đối với nghĩa vụ giao hàng thì bên mua là bên có quyền và bên bán là bên có nghĩa vụ.

Pháp luật Pháp và pháp luật Việt Nam khi giải thích hợp đồng theo mẫu đều quy định về giải thích chống lại bên đưa ra hợp đồng; còn giải pháp đối với hợp đồng tự do thương lượng thì có khác biệt không lớn. Trong khi pháp luật Việt Nam sẽ giải thích bất lợi cho bên đưa nội dung bất lợi cho bên kia vào hợp đồng, pháp luật Pháp lại giải thích theo hướng có lợi cho bên có nghĩa vụ. Pháp luật Việt Nam không cần biết bên đưa điều khoản bất lợi cho bên kia là bên có quyền hay là bên có nghĩa vụ của hợp đồng, chỉ cần nội dung đó gây bất lợi cho bên còn lại thì bên còn lại sẽ được ưu tiên khi giải

thích nội dung gây bất lợi. Còn pháp luật Pháp thì không quan tâm đến bên nào đưa nội dung đó vào hợp đồng mà quan tâm bên nào là bên có quyền và bên nào là bên có nghĩa vụ.

Tuy nhiên, các khác biệt này không gây ra khó khăn trong việc áp dụng vì theo lẽ thông thường, bên có quyền của một nghĩa vụ sẽ không đưa vào điều khoản nội dung gây bất lợi cho chính mình. Do đó, về cơ bản, pháp luật Việt Nam và pháp luật Pháp đều nhằm đảm bảo cân bằng lại lợi ích của hợp đồng khi quy định trường hợp giải thích có lợi cho một bên nào đó.

5. Kết luận

Tóm lại, theo tác giả, quy định hiện nay của pháp luật Việt Nam về cơ bản đã đáp ứng được nhu cầu giải thích hợp đồng. Hợp đồng theo đó được giải thích theo ý chí chung, theo tính chất, mục đích của hợp đồng, theo tập quán nơi ký kết, theo hướng có lợi cho bên chấp nhận điều khoản của bên kia. Các quy định này thể hiện sự kết hợp giữa phương pháp giải thích chủ quan và phương pháp giải thích khách quan.

Tuy nhiên, khi so sánh với pháp luật Pháp, có thể thấy pháp luật Việt Nam vẫn còn những thiếu sót nhất định. Các thiếu sót này bao gồm phương pháp giải thích khi không thể tìm được ý chí chung của các bên, thiếu quy định trực tiếp về việc không giải thích khi điều khoản đã chính xác, rõ ràng, thiếu sót khi chỉ quy định trường hợp giải thích theo tập quán của nơi ký kết hợp đồng và thiếu sót khi không quy định về trường hợp có nhiều hợp đồng cùng điều chỉnh một giao dịch. Những thiếu sót này cần hoàn thiện để đảm bảo tính khách quan và chủ quan trong giải thích hợp đồng cũng như đảm bảo hiệu quả cho hoạt động giải thích hợp đồng của thẩm phán.

¹⁷ François Terré, Philippe Simbler, Yves Lequette, François Chénéde, sđd, tr. 690.

¹⁸ Thibault Douville (Chủ biên), sđd, tr. 170.

MỘT SỐ VẤN ĐỀ VỀ QUYỀN TIẾP CẬN THÔNG TIN CỦA CỔ ĐÔNG TRONG CÔNG TY CỔ PHẦN

Vũ Quang*
Nguyễn Văn Lâm*

Tóm tắt: Quyền tiếp cận thông tin là một trong các quyền cơ bản và quan trọng của cổ đông trong công ty cổ phần. Theo đó, cổ đông có quyền được đọc, xem, nghe, ghi chép, sao chép, chụp thông tin về hoạt động kinh doanh của công ty để thực hiện việc theo dõi, giám sát với tư cách là chủ sở hữu công ty. Bài viết phân tích những vấn đề lý luận và thực tiễn về quyền tiếp cận thông tin của cổ đông trong công ty cổ phần, qua đó chỉ ra những vấn đề mà pháp luật doanh nghiệp Việt Nam cần hoàn thiện.

Abstract: The right to access information is one of the fundamental and important rights of shareholders in joint stock companies. Accordingly, shareholders have the right to read, view, listen, record, copy, and capture information about the company's business to monitor and supervise as the company owners. The article analyzes theoretical and practical issues on the right to access information of shareholders in joint stock companies, thereby points out issues of Vietnamese enterprise law in need of improvement.

1. Quyền của cổ đông tiếp cận thông tin trong công ty cổ phần

1.1. Khái niệm và đặc điểm quyền tiếp cận thông tin của cổ đông

“Tiếp cận thông tin được hiểu là việc đọc, xem, nghe, ghi chép, sao chép, chụp các thông tin”¹. Quyền tiếp cận thông tin của cổ đông trong công ty cổ phần là quyền của cổ đông được đọc, xem, nghe, ghi chép, sao chép, chụp thông tin về hoạt động kinh doanh, tình hình tài chính và những vấn đề liên quan của công ty cổ phần. Thực hiện quyền này, cổ đông có thể theo dõi, giám sát hoạt động của công ty và những người quản lý công ty. Về nguyên tắc, mọi cổ

đông đều bình đẳng, không bị phân biệt đối xử trong việc tiếp cận các thông tin của công ty.

Cổ đông là chủ sở hữu công ty, là người sở hữu ít nhất một cổ phần của công ty. Cổ đông phải có quyền “biết được những thông tin tối thiểu về tình hình của công ty để kịp thời hành động. Công ty càng mang tính đại chúng thì yêu cầu về mức độ công bố thông tin càng cao”². Thông qua đó, cổ đông có thể biết được các hoạt động của công ty và thực hiện các quyền của mình trong công ty và hành xử có lợi nhất đối với cổ phần mà mình sở hữu.

Công ty và người quản lý công ty có trách nhiệm, nghĩa vụ phải cung cấp thông tin một cách chính xác, đầy đủ, kịp thời,

* TS., Viện Kinh tế và Quản lý – Trường Đại học Bách khoa Hà Nội.

** ThS., Viện Kinh tế và Quản lý – Trường Đại học Bách khoa Hà Nội.

¹ Khoản 3 Điều 2 Luật Tiếp cận thông tin năm 2016.

² Phạm Duy Nghĩa (2015), *Giáo trình Luật Kinh tế*, Nxb. Công an nhân dân, tr. 234.

minh bạch và thuận lợi cho cổ đông. Nếu có hành vi cản trở, hạn chế quyền tiếp cận thông tin của cổ đông so với quy định của pháp luật và điều lệ, thì cổ đông có quyền yêu cầu các cơ quan nhà nước có thẩm quyền bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng của mình.

Quyền tiếp cận thông tin của cổ đông có những đặc điểm cơ bản sau:

Thứ nhất, quyền của cổ đông là cá nhân tiếp cận thông tin nằm trong quyền con người. Quyền tiếp cận thông tin của cổ đông là cá nhân trong công ty cổ phần là một bộ phận của quyền tiếp cận thông tin được Hiến pháp ghi nhận. Quyền này được coi là quyền cơ bản của công dân, theo đó, công dân có quyền được đọc, xem, nghe, ghi chép, sao chép, chụp thông tin cần thiết.

Thứ hai, chủ thể quyền tiếp cận thông tin và chủ thể cung cấp thông tin là cổ đông và những người điều hành công ty. Trong quan hệ tiếp cận thông tin, chủ thể quyền là cổ đông, chủ thể cung cấp thông tin là người quản lý, cơ quan điều hành của công ty.

Bên thực hiện quyền tiếp cận thông tin là cổ đông có thể là cá nhân, tổ chức “sở hữu ít nhất một cổ phần của công ty cổ phần”³. Với địa vị pháp lý là chủ sở hữu của công ty, cổ đông thực hiện quyền tiếp cận thông tin phái sinh từ quyền sở hữu cổ phần của cổ đông. Vì thế, cổ đông có quyền được cung cấp thông tin một cách đầy đủ, chính xác, kịp thời. Đồng thời có quyền yêu cầu cơ quan nhà nước bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình trước các hành vi vi phạm pháp luật về tiếp cận thông tin.

Bên có trách nhiệm cung cấp thông tin là người quản lý hoặc cơ quan điều hành của công ty; trong phạm vi, trách nhiệm của mình có nghĩa vụ cung cấp các thông tin theo quy định của pháp luật đến các cổ đông. Người quản lý công ty có trách nhiệm “*tuân thủ đúng các nghĩa vụ cung cấp thông tin, công khai hóa thông tin*”⁴.

Thứ ba, đối tượng của quyền tiếp cận thông tin của cổ đông là những thông tin, tài liệu của quá trình hoạt động kinh doanh của công ty. Theo đó, cổ đông có quyền đọc, xem, nghe, ghi chép, sao chép, chụp thông tin từ các tài liệu mà công ty tạo lập trong quá trình hoạt động. Đối tượng của quyền tiếp cận thông tin của cổ đông có thể là: Điều lệ công ty, báo cáo tài chính, các biên bản và nghị quyết họp của Đại hội đồng cổ đông (ĐHĐCĐ), Hội đồng quản trị (HĐQT) và các loại văn bản, tài liệu khác.

Thứ tư, cách thức tiếp cận thông tin bao gồm: Tự do tiếp cận thông tin công khai và yêu cầu cung cấp thông tin.

Theo quy định của pháp luật, công ty cổ phần bắt buộc phải công bố công khai các thông tin nhất định để các cổ đông, nhà đầu tư có quyền tự do tiếp cận. Đối với công ty cổ phần đại chúng, việc công khai các thông tin về hoạt động của công ty được đặc biệt coi trọng. Việc công ty không cung cấp hoặc chậm trễ, cản trở cung cấp các thông tin theo quy định bị coi là vi phạm pháp luật và có thể phải chịu trách nhiệm pháp lý.

Bên cạnh đó, cổ đông cũng có quyền yêu cầu công ty cung cấp các thông tin mà cổ đông cần và được pháp luật hay điều lệ quy định. Khi nhận được yêu cầu cung cấp

³ Khoản 2 Điều 1 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

⁴ Khoản 5 Điều 152 Luật Doanh nghiệp năm 2014.

thông tin của cổ đông, người quản lý hoặc cơ quan điều hành của công ty có trách nhiệm, nghĩa vụ cung cấp đúng, đầy đủ và kịp thời.

Có thể nhận thấy rằng, về mặt lý luận, quyền tiếp cận thông tin của cổ đông không phải là quyền tài sản mà chỉ là quyền gắn liền với quyền sở hữu cổ phần của công ty cổ phần. Theo tính chất, quyền tiếp cận thông tin của cổ đông có thể được phân ra thành hai nhóm: *Quyền nghề nghiệp* và *quyền tuyệt đối* của các cổ đông:

“*Quyền nghề nghiệp là quyền cho phép cổ đông xem xét hồ sơ chỉ khi nào họ chứng minh được rằng thông tin mà họ được đệ trình cho xem sẽ không được sử dụng làm tổn hại đến lợi ích của công ty*”⁵. Có nghĩa là, cổ đông muốn tiếp cận được các thông tin của công ty theo yêu cầu thì phải chứng minh mục đích sử dụng thông tin không làm tổn hại đến lợi ích của công ty và các cổ đông khác của công ty. Chẳng hạn, nếu cổ đông dùng thông tin mình tiếp cận được để cung cấp cho đối thủ cạnh tranh về bí mật kinh doanh hoặc những thông tin bất lợi cho công ty.

“*Quyền tuyệt đối của các cổ đông trong việc xem xét hồ sơ là quyền cho phép các cổ đông xem xét tự do, không có hạn chế đối với các loại hồ sơ của công ty, không phụ thuộc vào mục đích sử dụng chúng*”⁶. Quyền tiếp cận thông tin tuyệt đối của cổ

đông thực hiện khi mọi cổ đông có quyền được tiếp cận và trách nhiệm của những người quản lý công ty phải cung cấp đầy đủ và kịp thời. Tuy vậy, trong thực tế, việc cổ đông được tiếp cận thông tin như thế nào, trách nhiệm của công ty ra sao phải được pháp luật và điều lệ công ty quy định.

1.2. Ý nghĩa của quyền tiếp cận thông tin của cổ đông

Việc tìm hiểu những hồ sơ, tài liệu liên quan đến mọi mặt của hoạt động cơ bản của công ty (như tài khoản của các cổ đông, hồ sơ về hoạt động tài chính, biên bản của các cuộc họp ĐHĐCĐ và HĐQT...) có ý nghĩa rất quan trọng đối với các cổ đông. Khi cổ đông có tương đối đầy đủ thông tin về công ty, cổ đông có thể quyết định việc tiếp tục duy trì, tăng, giảm hoặc rút vốn đầu tư của mình tại công ty.

Về nguyên tắc, mọi cổ đông có quyền nhận được mọi thông tin về hoạt động của công ty mà họ quan tâm, bởi họ là chủ sở hữu công ty. Những người quản lý công ty có thể là cổ đông hoặc do chủ sở hữu công ty thuê để thực hiện công việc quản lý. Vì thế, đôi khi những thông tin mà chủ sở hữu yêu cầu được cung cấp lại bị chính những người quản lý gây khó khăn, thậm chí là cản trở, trì hoãn.

Thực hiện quyền tiếp cận thông tin giúp cổ đông nắm bắt kịp thời các thông tin về hoạt động của doanh nghiệp, đặc biệt là tình hình tài chính, kết quả kinh doanh của công ty. Việc tiếp cận các thông tin của công ty còn giúp cổ đông giám sát hiệu quả đối với người quản lý, cổ đông lớn trong điều hành công ty. Bên cạnh đó, quyền tiếp cận thông tin của cổ đông còn là cơ sở pháp lý để cổ đông hoặc nhóm cổ đông có thể khởi kiện

⁵ Viện Kinh tế thế giới – Viện khoa học xã hội Việt Nam (1991), *Công ty cổ phần ở các nước phát triển: Quá trình thành lập, tổ chức quản lý*, Nxb. Khoa học xã hội, tr. 45.

⁶ Viện Kinh tế thế giới – Viện khoa học xã hội Việt Nam (1991), *Công ty cổ phần ở các nước phát triển: Quá trình thành lập, tổ chức quản lý*, Nxb. Khoa học xã hội, tr. 46.

người quản lý trong trường hợp vi phạm nghĩa vụ theo quy định của pháp luật và điều lệ công ty.

Thông thường, những nội dung và phạm vi quyền tiếp cận thông tin của cổ đông được điều chỉnh bởi các quy định của Luật Doanh nghiệp (LDN) và điều lệ của công ty. Vấn đề đặt ra là, sau khi thực hiện quyền được tiếp cận các thông tin của công ty, các cổ đông sử dụng những thông tin đó như thế nào. Nếu cổ đông sử dụng các thông tin nhằm bảo đảm cho các quyền, lợi ích hợp pháp của mình trong công ty, thì đó là yêu cầu hoàn toàn chính đáng. Pháp luật luôn tôn trọng và bảo vệ quyền sở hữu và các quyền phái sinh từ quyền sở hữu của các chủ thể trong xã hội. Cổ đông là người sở hữu cổ phần, họ có quyền thực hiện các quyền của chủ sở hữu và không chủ thể nào có quyền cản trở, hạn chế.

2. Các quy định pháp luật về quyền tiếp cận thông tin của cổ đông trong công ty cổ phần ở Việt Nam

LDN năm 2014 hiện hành đã có những thay đổi cơ bản nhằm tăng cường, mở rộng quyền tiếp cận thông tin về tình hình hoạt động của công ty, đặc biệt là các thông tin về giao dịch có nguy cơ phát sinh tư lợi của những người quản lý hoặc cổ đông lớn của công ty.

Quyền được nắm bắt thông tin về công ty một cách đầy đủ là cơ sở để cổ đông thực hiện các quyền cơ bản khác như quyền biểu quyết tại cuộc họp của ĐHĐCĐ, quyền bầu và miễn nhiệm thành viên HĐQT và cả quyền chuyển nhượng cổ phần. LDN năm 2014 quy định cổ đông được xem xét, tra cứu và trích lục các thông tin trong danh sách cổ đông có quyền biểu quyết và yêu

cầu sửa đổi các thông tin không chính xác, xem xét, tra cứu, trích lục hoặc sao chụp Điều lệ công ty, sổ biên bản ĐHĐCĐ và các nghị quyết của ĐHĐCĐ.

Quyền tiếp cận thông tin của cổ đông trong công ty cổ phần được quy định cụ thể hơn so với thành viên trong công ty trách nhiệm hữu hạn. Cổ đông có quyền xem xét, tra cứu và trích lục những tài liệu sau:

Thứ nhất, cổ đông có quyền kiểm tra, tra cứu, trích lục và sao danh sách cổ đông có quyền dự họp ĐHĐCĐ. Đồng thời, yêu cầu sửa đổi những thông tin sai lệch hoặc bổ sung những thông tin cần thiết về mình trong danh sách cổ đông có quyền dự họp ĐHĐCĐ.

Theo quy định của LDN năm 2014 thì trách nhiệm của “*người quản lý công ty phải cung cấp kịp thời thông tin sổ đăng ký cổ đông, sửa đổi, bổ sung thông tin sai lệch theo yêu cầu của cổ đông. Đồng thời chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại phát sinh do không cung cấp hoặc cung cấp không kịp thời, không chính xác thông tin sổ đăng ký cổ đông theo yêu cầu. Trình tự, thủ tục yêu cầu cung cấp thông tin trong sổ đăng ký cổ đông thực hiện theo quy định tại Điều lệ công ty*”⁷.

Thứ hai, các thông tin trong danh sách cổ đông có quyền biểu quyết của công ty và có quyền yêu cầu sửa đổi các thông tin không chính xác.

Thứ ba, bản điều lệ công ty.

Thứ tư, biên bản họp và các nghị quyết của ĐHĐCĐ. Cổ đông có quyền yêu cầu HĐQT cung cấp các tài liệu Biên bản

⁷ Khoản 3 Điều 137 LDN năm 2014.

hợp và Nghị quyết của ĐHĐCĐ đã được thông qua.

Theo quy định tại LDN năm 2014: “Quyết định của ĐHĐCĐ phải được thông báo đến cổ đông có quyền dự họp ĐHĐCĐ trong thời hạn 15 ngày, kể từ ngày quyết định được thông qua”⁸.

Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sở hữu từ 10% tổng số cổ phần phổ thông trở lên trong thời hạn liên tục ít nhất 06 tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn quy định tại Điều lệ công ty có quyền “xem xét và trích lục sổ biên bản và các nghị quyết của HĐQT, báo cáo tài chính giữa năm và hằng năm theo mẫu của hệ thống kế toán Việt Nam và các báo cáo của Ban kiểm soát”⁹. Điều lệ của công ty cũng có thể quy định các quyền tiếp cận thông tin khác của cổ đông công ty. Phạm vi quyền tiếp cận thông tin của cổ đông phụ thuộc vào tỷ lệ sở hữu và thời gian sở hữu cổ phần của cổ đông đó. Nếu cổ đông sở hữu cổ phần và thời gian sở hữu phù hợp với khoản 2 Điều 114 LDN năm 2014 thì có phạm vi thực hiện quyền tiếp cận thông tin rộng hơn so với cổ đông sở hữu tỷ lệ cổ phần nhỏ hơn. Các cổ đông hoặc nhóm cổ đông nhỏ phải liên kết lại với nhau để đạt tỷ lệ sở hữu từ 10% cổ phần phổ thông hoặc tỷ lệ nhỏ hơn theo điều lệ thì mới có quyền tiếp cận thông tin rộng.

Cổ đông sở hữu cổ phần của công ty liên tục ít nhất 01 năm có quyền tự mình hoặc cùng với luật sư hoặc kế toán và kiểm toán viên có chứng chỉ hành nghề trực tiếp xem xét các báo cáo trong thời gian hợp lý, bao gồm: Báo cáo kết quả kinh doanh của

công ty; Báo cáo tài chính; Báo cáo đánh giá công tác quản lý, điều hành công ty (khoản 4 Điều 170 LDN năm 2014).

3. Những vấn đề đặt ra đối với việc hoàn thiện pháp luật về quyền tiếp cận thông tin của cổ đông trong công ty cổ phần ở Việt Nam

Có thể thấy, LDN năm 2014 quy định về quyền tiếp cận thông tin của cổ đông với mục tiêu nhằm đảm bảo quyền lợi của cổ đông là người đầu tư vốn vào công ty. Tuy nhiên, trên thực tế nhiều trường hợp cổ đông không được đảm bảo thực hiện quyền này nếu không có sự hợp tác từ người quản lý. Vì thế, cần thiết phải có quy chế pháp lý rõ ràng hơn nhằm hạn chế những trường hợp cản trở quyền tiếp cận thông tin của các cổ đông.

Hiện nay, theo quy định của LDN, tùy thuộc vào tỷ lệ và thời gian nắm giữ cổ phần mà cổ đông sẽ có phạm vi tiếp cận thông tin rộng hẹp khác nhau là chưa phù hợp. Đồng thời, pháp luật chưa đưa ra cơ chế rõ ràng để cổ đông có thể thực hiện quyền này trong thực tiễn. Đây cũng là những vấn đề đặt ra để hoàn thiện các quy định pháp luật điều chỉnh về quyền tiếp cận thông tin của cổ đông trong công ty cổ phần, cụ thể:

Một là, LDN năm 2014 hiện hành không có quy định về cơ chế tiếp cận thông tin của cổ đông công ty. Ví dụ: Cổ đông muốn tiếp cận các thông tin cần thiết mà điều lệ công ty hoặc LDN đã quy định thì cần thực hiện những trình tự, thủ tục và hình thức như thế nào; trong thời hạn bao lâu thì những người quản lý công ty có trách nhiệm phải trả lời, cung cấp thông tin theo yêu cầu của cổ đông.

⁸ Khoản 6 Điều 104 LDN năm 2014.

⁹ Khoản 2 Điều 114 LDN năm 2014.

Hai là, LDN chưa có quy định về nghĩa vụ bảo mật của cổ đông sau khi được tiếp cận các thông tin của công ty. Về lý thuyết, “cổ đông không có bất kỳ nghĩa vụ bảo mật nào và cổ đông có thể chia sẻ thông tin với cổ đông khác hay bất kỳ bên thứ ba nào”¹⁰.

Nếu cổ đông sử dụng các thông tin tiếp cận được làm ảnh hưởng xấu, xâm hại đến lợi ích của công ty hoặc của các cổ đông khác, thì vấn đề đó cần được pháp luật dự liệu và quy định. Bởi, song song với việc thực hiện quyền của mình, cổ đông phải thực hiện nghĩa vụ trong việc sử dụng thông tin về công ty.

Ở nhiều nước, pháp luật quy định về vấn đề cổ đông có quyền được thông tin, nhưng cổ đông phải có hành động “*thiện chí và với mục đích chính đáng có quyền xem xét và sao chép sổ biên bản, báo cáo kế toán và danh sách cổ đông của công ty. Mục đích chính đáng là mục đích giúp đỡ cổ đông trong việc quản lý và bảo vệ việc đầu tư của mình*”¹¹.

Ba là, LDN cần thiết quy định về những hành vi bị cấm khi thực hiện quyền tiếp cận thông tin của cổ đông như:

- Người quản lý công ty cố ý cung cấp thông tin sai lệch, không đầy đủ, trì hoãn việc cung cấp thông tin; hủy hoại thông tin; làm giả thông tin.

- Người quản lý công ty cung cấp, sử dụng các thông tin nhằm gây thiệt hại về tài sản, uy tín của công ty.

- Người quản lý công ty cản trở, đe dọa, trù dập cổ đông yêu cầu cung cấp thông tin.

- Cổ đông hoặc nhóm cổ đông sử dụng thông tin của công ty nhằm làm tổn hại đến lợi ích của công ty, hoặc lợi ích của các cổ đông khác, chủ thể khác.

Có thể thấy rằng, cổ đông hoặc người quản lý công ty phải có các quyền và nghĩa vụ gắn liền với hoạt động tiếp cận thông tin. Các quy định trong LDN cần thiết phải đưa ra những chế tài, trách nhiệm pháp lý khi các chủ thể không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nghĩa vụ của họ.

Hiện nay, theo quy định của LDN, chỉ người quản lý công ty phải có nghĩa vụ trong việc cung cấp thông tin công khai đến cổ đông hoặc theo yêu cầu của cổ đông. Trách nhiệm pháp lý của người quản lý cũng được quy định đối với hành vi sử dụng thông tin của công ty để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác. Tuy vậy, chưa có quy định về trường hợp cổ đông công ty sử dụng các thông tin được công ty cung cấp làm ảnh hưởng đến uy tín hoặc lợi ích của công ty và của các cổ đông khác.

Tóm lại, có thể thấy, LDN hiện hành chưa quan tâm thỏa đáng đến quyền tiếp cận thông tin của cổ đông. Vì thế, các vấn đề pháp lý phát sinh trong quá trình thực hiện quyền này chưa được LDN điều chỉnh và quy định cụ thể. Cần thiết phải nhìn nhận quyền tiếp cận thông tin là một quyền cơ bản của cổ đông trong công ty cổ phần. Từ đó, LDN cần đưa ra những quy định nhằm đảm bảo cho các cổ đông thực hiện quyền này một cách thuận lợi và hiệu quả.

¹⁰ Trương Nhật Quang (2016), *Pháp luật về doanh nghiệp: Các vấn đề pháp lý cơ bản*, Nxb. Dân trí, tr. 275.

¹¹ Bùi Ngọc Sơn (2011), *Giáo trình Pháp luật doanh nghiệp*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, tr. 80.

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG PHÁP LUẬT HIỆN HÀNH VỀ ĐỐI TƯỢNG HỢP ĐỒNG THẾ CHẤP QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT

*Đỗ Thị Hải Yến**

Tóm tắt: Bài viết phân tích thực trạng pháp luật Việt Nam về đối tượng hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất, đánh giá những bất cập của pháp luật. Từ đó, bài viết đưa ra một số giải pháp hoàn thiện các quy định pháp luật nhằm ngăn ngừa những tranh chấp liên quan trong quá trình thực hiện hợp đồng này.

Abstract: The article analyzes the actual situation of Viet Nam's laws on objects of mortgage of land use right, and assesses shortcomings thereof. Thereby, it makes concrete proposals to improve the related laws in order to prevent relevant disputes during performance of the contract.

Đặt vấn đề

Pháp luật dân sự qua các thời kỳ khác nhau đều ghi nhận thế chấp tài sản là một trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự. Đó là việc một bên (bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia (bên nhận thế chấp)¹. So với Bộ luật Dân sự năm 2005, nội dung các quy định về thế chấp tài sản trong Bộ luật Dân sự năm 2015 có nhiều sửa đổi, bổ sung theo hướng đề cao nguyên tắc tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm thực hiện các cam kết, thỏa thuận dân sự theo tinh thần và nguyên tắc của Hiến pháp năm 2013². Bộ luật Dân sự năm 2015 đã bãi bỏ một số điều luật không phù hợp, nhằm tạo điều kiện tối đa cho các bên tham gia giao dịch bảo đảm.

Quyền sử dụng đất là một loại quyền tài sản được hiểu tách bạch với quyền sở hữu đất và được sử dụng trong giao dịch bảo đảm dưới hình thức thế chấp thông qua hợp đồng. Toàn bộ những khía cạnh pháp lý cụ thể như xác định tính pháp lý của quyền sử dụng đất được thế chấp, định giá quyền sử dụng đất, những ràng buộc pháp lý và những cam kết của bên thế chấp và bên nhận thế chấp liên quan đến quyền sử dụng đất được thế chấp cũng như những nội dung khác thường được tách thành hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất. Đối tượng hợp đồng thế chấp này rất đặc biệt bởi quyền sử dụng đất là quyền tài sản thuộc tổ chức, hộ gia đình, cá nhân phát sinh trên cơ sở quyết định giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc từ các giao dịch nhận chuyển quyền sử dụng đất. Vậy, việc thế chấp quyền sử dụng đất phải tuân thủ các điều kiện, thủ tục do pháp luật quy định.

1. Một số quy định pháp luật về đối tượng hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất

* NCS., Tòa án nhân dân tối cao.

¹ Nguyễn Ngọc Điện, *Bình luận khoa học về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ trong Luật dân sự Việt Nam*, Nxb. Trẻ, Tp Hồ Chí Minh, 2012, tr. 292.

² Bùi Đức Giang, *Xác lập biện pháp bảo đảm bằng tài sản theo Bộ luật Dân sự 2015*, Tạp chí Ngân hàng, số 18/2016.

Trong quá trình cho vay vốn thông qua hợp đồng tín dụng, các tổ chức tín dụng thường sử dụng biện pháp thế chấp quyền sử dụng đất để bảo đảm khoản cho vay của mình. Giao dịch thế chấp quyền sử dụng đất được coi như một nội dung chủ yếu gắn với hợp đồng tín dụng vay – cho vay giữa các cá nhân, tổ chức. Đối với hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất, việc xác định tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất một cách đầy đủ, chi tiết và chặt chẽ là cần thiết đối với các bên. Bởi lẽ, khác với các tài sản thông thường khác, việc xác định nguồn gốc, chủ sở hữu của quyền sử dụng đất là điều không đơn giản và vấn đề nắm bắt thông tin về bất động sản như vấn đề quy hoạch, giá đất, tình trạng pháp lý còn rất hạn chế. Bên cạnh đó, đối tượng bảo đảm là quyền sử dụng đất – quyền sử dụng loại tài sản không thuộc sở hữu của bên thế chấp mà thuộc sở hữu toàn dân do Nhà nước là đại diện chủ sở hữu, vì vậy sự thỏa thuận giữa các chủ thể luôn bị ràng buộc, kiểm soát, giám sát và chi phối bởi Nhà nước. Hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất được điều chỉnh bởi Bộ luật Dân sự, Luật Đất đai, Luật Nhà ở; cụ thể là các quy định về quyền sử dụng đất và tài sản là nhà ở gắn liền với đất đem đi thế chấp, và bởi các quy định của Luật chuyên ngành khác có liên quan. Pháp luật hiện hành đã mở rộng các đối tượng giao dịch này cũng như hoàn thiện quy trình thủ tục đăng ký giao dịch. Tuy nhiên, vẫn còn những vấn đề cần phải hoàn thiện bởi giao dịch thế chấp quyền sử dụng đất rất phức tạp do đối tượng thế chấp có giá trị lớn và liên quan đến chế độ đất đai như trên đã phân tích.

Bộ luật Dân sự năm 2015 đã tiếp cận theo hướng các loại tài sản được quy định

trong Bộ luật đều có thể là đối tượng của biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, trừ trường hợp pháp luật cấm. Bên cạnh đó, Bộ luật Dân sự quy định các dấu hiệu pháp lý chung đối với tài sản được dùng để bảo đảm nghĩa vụ dân sự, đó là:

Quyền sử dụng đất là tài sản rất đặc biệt nên pháp luật cũng quy định chặt chẽ về đối tượng được đem ra thế chấp này. Điều 325 và Điều 326 Bộ luật Dân sự năm 2015 đã quy định rõ hai trường hợp: Thế chấp quyền sử dụng đất mà không thế chấp tài sản gắn liền với đất (Điều 325), thế chấp tài sản gắn liền với đất mà không thế chấp quyền sử dụng đất (Điều 326) và các quy định về quyền bề mặt (Điều 267, Điều 273), các quy định về quyền hưởng dụng (Điều 257, Điều 266). Quy định như vậy góp phần phân định rạch ròi đối tượng thế chấp là các bất động sản - tài sản gắn liền với đất và quyền sử dụng đất; góp phần bổ sung thêm các quyền tài sản mới có thể trở thành đối tượng thế chấp là quyền bề mặt và quyền hưởng dụng. Ngoài ra, Điều 318 Bộ luật Dân sự năm 2015 bổ sung điều khoản về thế chấp toàn bộ bất động sản, động sản có vật phụ. Theo đó, trường hợp thế chấp toàn bộ bất động sản, động sản có vật phụ thì vật phụ của bất động sản, động sản đó cũng thuộc tài sản thế chấp, trừ trường hợp có thỏa thuận khác; trường hợp thế chấp quyền sử dụng đất mà tài sản gắn liền với đất thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp thì tài sản gắn liền với đất cũng thuộc tài sản thế chấp, trừ trường hợp có thỏa thuận khác. Quy định này hoàn toàn khác với quy định của Bộ luật Dân sự năm 2005: Chỉ khi các bên thỏa thuận thì tài sản gắn liền với đất mới được coi là tài sản thế chấp.

Bộ luật Dân sự năm 2015 lần đầu tiên phân tách những dạng tài sản đó và áp dụng chế độ pháp lý độc lập đối với đối tượng thế chấp là quyền sử dụng đất. Đối với quyền sử dụng đất, để trở thành tài sản bảo đảm trong quan hệ thế chấp, Luật Đất đai năm 2013 quy định khá cụ thể điều kiện của từng loại quyền sử dụng đất được phép thế chấp. Các quy định này giúp cho các chủ thể khi tham gia giao dịch thế chấp quyền sử dụng đất nhận định được rõ phạm vi thế chấp đối với tài sản là bất động sản bao gồm những tài sản gì; đặc biệt, đây chính là công cụ, cơ sở pháp lý hữu hiệu để các cơ quan có thẩm quyền áp dụng trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh liên quan đến quyền sử dụng đất trong hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất.

Điều kiện để quyền sử dụng đất được thế chấp

Khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai quy định quyền sử dụng đất có thể là đối tượng thế chấp khi: Có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất; đất không có tranh chấp; quyền sử dụng đất không bị kê biên để bảo đảm thi hành án trong thời hạn sử dụng đất. Cụ thể:

- *Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất* là chứng thư pháp lý do Nhà nước cấp cho người có quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất. Quy định này nhằm kiểm tra tính hợp pháp của đối tượng giao dịch cũng như tư cách chủ thể có quyền sử dụng đất đưa vào kinh doanh. “Giấy chứng nhận” ở đây được hiểu là Giấy chứng nhận theo mẫu mới (theo quy định của Luật Đất đai năm 2013) và các giấy tờ có giá trị pháp lý tương đương. Như vậy, điều kiện đầu tiên là người sử dụng đất phải có giấy chứng nhận quyền sử dụng đất,

trừ các trường hợp: a. Chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp: Có quyết định giao đất, cho thuê đất (khoản 1 Điều 168 Luật Đất đai); b. Thừa kế quyền sử dụng đất: Đủ điều kiện để cấp Giấy chứng nhận (khoản 1 Điều 168 Luật Đất đai); c. Người nhận thừa kế không được cấp Giấy chứng nhận: Được chuyển nhượng hoặc được tặng cho quyền sử dụng đất thừa kế (khoản 3 Điều 186 Luật Đất đai).

- *Đất không có tranh chấp*: Tại thời điểm thực hiện giao dịch không có ai tranh chấp với người sử dụng đất, không có người nào gửi đơn đến cơ quan có thẩm quyền để yêu cầu giải quyết tranh chấp đất đai. Quy định này nhằm xác định rõ tư cách pháp lý của chủ thể thực hiện quyền và bảo vệ lợi ích hợp pháp thực sự của họ. Đồng thời, giúp bảo vệ quyền lợi của các bên tham gia giao dịch còn lại và tạo điều kiện thuận lợi cho việc giải quyết tranh chấp đất đai. Do đó, trường hợp đất đai đang bị tranh chấp thì phải giải quyết xong tranh chấp, người sử dụng đất mới được thực hiện giao dịch quyền sử dụng đất.

- *Đất không bị kê biên để bảo đảm thi hành án*: Kê biên, xử lý tài sản của người phải thi hành án là một trong những biện pháp cưỡng chế thi hành án (Điều 71 Luật Thi hành án Dân sự năm 2008, sửa đổi, bổ sung năm 2014). Kể từ thời điểm kê biên, người sử dụng đất sẽ không còn quyền định đoạt đối với quyền sử dụng đất của mình. Quy định này nhằm ngăn chặn tẩu tán tài sản để trốn tránh thực hiện nghĩa vụ.

- *Trong thời hạn sử dụng đất*: Chỉ áp dụng đối với trường hợp sử dụng đất có thời hạn. Trường hợp sử dụng đất ổn định lâu dài thì không áp dụng điều kiện này. Quy

định này hợp lý bởi nếu hết thời hạn mà người sử dụng đất không được gia hạn thì quyền sử dụng đất sẽ bị Nhà nước thu hồi, đồng nghĩa với việc quyền sử dụng đất của người sử dụng đất chấm dứt. Khi đó, họ không còn là chủ thể có quyền sử dụng đất để có thể thế chấp quyền sử dụng đất.

Mặc dù những quy định như đã phân tích trên đây thể hiện bước tiến của Bộ luật Dân sự năm 2015 so với Bộ luật Dân sự năm 2005 nhưng trong thực tế, việc xác định tài sản thế chấp không đơn giản, nhất là khi tranh chấp xảy ra liên quan đến đối tượng hợp đồng thế chấp là quyền sử dụng đất.

Ví dụ: Tại Quyết định kháng nghị giám đốc thẩm số 58/2015-KDTM ngày 12/08/2015, Chánh án Tòa án nhân dân tối cao đã kháng nghị đối với Bản án kinh doanh, thương mại phúc thẩm số 38/2014/KDTM-PT ngày 15/5/2014 của Tòa án nhân dân thành phố Hà Nội về “Tranh chấp Hợp đồng tín dụng” giữa nguyên đơn là Ngân hàng thương mại cổ phần Việt Nam T.V với bị đơn là Công ty trách nhiệm hữu hạn P.T.L. Bên thế chấp là Công ty cổ phần T.T - bên thứ ba có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan. Trong quá trình giải quyết tranh chấp, tòa còn giải quyết về một trong các tài sản bảo đảm là quyền sử dụng 88m² đất và quyền sở hữu nhà tại 15A L.H do ông N.Q.T, bà N.T.T góp vốn vào bên thế chấp là Công ty cổ phần T.T.

Quyết định kháng nghị theo hướng đề nghị hủy Bản án kinh doanh, thương mại sơ thẩm và phúc thẩm với việc phân tích và chỉ ra các căn cứ pháp lý mà Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm áp dụng không đúng, không đầy đủ, toàn diện như sau:

Hợp đồng thế chấp thể hiện tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất bao gồm nhà 02

tầng, 04 tầng tại 15A L.H (tài sản được mô tả trong Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất). Biên bản định giá tài sản (cùng ngày ký hợp đồng thế chấp) lại thể hiện tài sản thế chấp là quyền sử dụng đất bao gồm nhà 06 tầng, 01 tầng hầm, 01 tum (nhà 06 tầng, 01 tầng hầm, 01 tum chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu). Quyền sử dụng đất và nhà ở nói trên thuộc sở hữu của vợ, chồng bà N.T.T và ông N.Q.T đem vào góp vốn cho Công ty cổ phần T.T nhưng thực chất việc góp vốn đó không hợp pháp cả về nội dung và hình thức. Cho nên Tòa án cấp sơ thẩm và Tòa án cấp phúc thẩm cho rằng toàn bộ quyền sử dụng đất và nhà bê tông 02, 04 tầng đã được ông N.Q.T và bà N.T.T góp vốn vào Công ty cổ phần T.T là không đủ căn cứ.

Trong vụ án trên, việc xác định quyền sử dụng đất là đối tượng trong hợp đồng thế chấp rất phức tạp. Quyền sử dụng đất được đem đi thế chấp không thuộc sở hữu của bên thế chấp.

Có nhiều trường hợp, tài sản thế chấp cho khoản vay là quyền sử dụng đất của vợ, chồng, nhưng không thế chấp nhà của họ gắn liền với đất, nên khi giải quyết tranh chấp sẽ rất khó khăn và khi thi hành án, không bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của vợ, chồng³.

Trong nhiều trường hợp, các bên chỉ thỏa thuận thế chấp quyền sử dụng đất, không thế chấp tài sản gắn liền với đất, nhưng khi giải quyết vụ án, Tòa án cấp sơ thẩm không xem xét thẩm định tại chỗ để

³ Đoạn 3 phần Nhận định của tòa án tại Quyết định giám đốc thẩm số 11/2017/KDTM-GĐT ngày 22/5/2017 về việc tranh chấp hợp đồng tín dụng của Tòa án nhân dân tối cao.

xác định trên đất có những tài sản nào, của ai và các bên đã thỏa thuận như thế nào để xử lý tài sản thế chấp⁴. Ngay trong quá trình giải quyết tranh chấp, tòa án cũng chưa hẳn đã áp dụng thống nhất và đầy đủ quy định của pháp luật bởi tính chất phức tạp của đối tượng hợp đồng là quyền sử dụng đất. Khi giải quyết vụ án, các tài liệu có tại hồ sơ vụ án không thể hiện tài sản gắn liền với đất là gì, của ai, do những ai quản lý, sử dụng... Một khi tranh chấp xảy ra, nếu tòa án chưa tiến hành xác minh mà đã quyết định quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất là tài sản bảo đảm thì sẽ chưa đủ căn cứ⁵.

Những bất cập này cũng có thể xảy ra bởi sự khác nhau trong Bộ luật Dân sự năm 2005 và Bộ luật Dân sự năm 2015 điều chỉnh hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và nhất là khi Bộ luật Dân sự năm 2005 chưa tách bạch chế định quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền trên đất.

Theo quan điểm của Tòa án nhân dân tối cao về vấn đề này⁶, giao dịch thế chấp trong trường hợp trên cần áp dụng quy định tại các Điều 342, 715, 721 Bộ luật Dân sự năm 2005; các Điều 317, 318, 325, 326 Bộ luật Dân sự năm 2015; mục 4 khoản 19

Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/02/2012 của Chính phủ về việc sửa đổi, bổ sung Nghị định số 163/2006/NĐ-CP, Nghị định số 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 về đăng ký biện pháp bảo đảm; Án lệ số 11/2017/AL để giải quyết đối với tài sản bảo đảm để đảm bảo quyền lợi của các đương sự.

Về phạm vi thế chấp quyền sử dụng đất

Hai bên trong hợp đồng thế chấp nói chung có thể thỏa thuận thế chấp một số quyền sử dụng đất để đảm bảo cho một nghĩa vụ. Các bên có thể thỏa thuận mỗi quyền sử dụng đất đảm bảo thực hiện một phần nghĩa vụ. Trường hợp bên thế chấp không có khả năng thực hiện nghĩa vụ trả nợ mà phải xử lý tài sản thế chấp để thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn thì bên nhận thế chấp có quyền lựa chọn một quyền sử dụng đất cụ thể trong số tài sản thế chấp để xử lý, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận về thứ tự xử lý tài sản thế chấp.

Các bên có thể thỏa thuận thế chấp quyền sử dụng đất bảo đảm nghĩa vụ tương lai cho bên thứ ba; đây là nguyên nhân phát sinh nhiều tranh chấp. Bộ luật Dân sự năm 2015 (khoản 2 Điều 293) đã có quy định cụ thể về nghĩa vụ được bảo đảm trong tương lai rõ ràng hơn so với Bộ luật Dân sự năm 2005. Các bên được lựa chọn như sau:

- Trường hợp bảo đảm nghĩa vụ trong tương lai thì nghĩa vụ phải được hình thành trong thời hạn bảo đảm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác (khoản 3 Điều 293). Các bên có thể lựa chọn thỏa thuận cụ thể về phạm vi thế chấp quyền sử dụng đất nghĩa vụ được bảo đảm hay chỉ mô tả chung về tài sản bảo đảm (mô tả chung cũng phải xác định được).

⁴ Đoạn 5 phần Nhận định của tòa án tại Quyết định giám đốc thẩm số 10/2017/KDTM-GĐT ngày 19/5/2017 về việc tranh chấp hợp đồng tín dụng của Tòa án nhân dân tối cao.

⁵ Đoạn 5 phần Nhận định của tòa án tại Quyết định giám đốc thẩm số 13/2017/KDTM-GĐT ngày 22/5/2017 về việc tranh chấp hợp đồng tín dụng của Tòa án nhân dân tối cao.

⁶ Nguyễn Thúy Hiền, Phó Chánh án Tòa án Nhân dân tối cao (TANDTC), *Những vấn đề rút kinh nghiệm khi giải quyết vụ án liên quan giao dịch bảo đảm*, Bài giảng trực tuyến tháng 12/2018, Cổng thông tin điện tử TANDTC, <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/sttp/home>, truy cập ngày 5/5/2019.

- Trường hợp nghĩa vụ trong tương lai được hình thành, các bên không phải xác lập lại biện pháp bảo đảm đối với nghĩa vụ đó (khoản 2 Điều 294).

2. Giải pháp hoàn thiện quy định pháp luật về đối tượng hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất

Để giải quyết một số vướng mắc phát sinh trong thực tiễn về tài sản gắn liền với đất, theo tác giả, cần cụ thể hóa các quy định của Luật Đất đai ví dụ như: i) Hệ quả do không công nhận quyền sử dụng đất hình thành trong tương lai; ii) Giá trị của quyền sử dụng đất bảo đảm nhiều nghĩa vụ; iii) Mô tả quyền sử dụng đất.

Thứ nhất, hệ quả của việc không công nhận quyền sử dụng đất hình thành trong tương lai

Luật Đất đai chưa công nhận quyền sử dụng đất hình thành trong tương lai nên việc thế chấp quyền sử dụng đất được hình thành trong tương lai còn chưa được điều chỉnh bởi Luật Đất đai. Khoản 2 Điều 1 Nghị định số 11/2012/NĐ-CP ngày 22/2/2012 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định của Chính phủ số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm quy định: “Tài sản hình thành trong tương lai không bao gồm quyền sử dụng đất”. Theo điểm a khoản 1 Điều 188 Luật Đất đai năm 2013, quyền sử dụng đất phải được cấp giấy chứng nhận thì mới trở thành đối tượng của các giao dịch. Do đó, đối với các dự án được Nhà nước giao đất, cho thuê đất mà chưa có giấy chứng nhận (do thủ tục cấp giấy chứng nhận mất nhiều thời gian), các tổ chức tín dụng cũng không thể nhận làm tài sản bảo đảm vì hợp đồng thế chấp không

công chứng và đăng kí được⁷.

Như vậy, theo pháp luật hiện hành, tồn tại tài sản gắn liền với đất (trong đó có nhà ở hình thành trong tương lai nhưng không có quyền sử dụng đất hình thành trong tương lai). Trong khi đó, đối với dự án đầu tư gắn liền với quyền sử dụng đất thì quyền sử dụng đất, dự án, công trình trên đất là một tổng thể thống nhất. Thế chấp tổng thể các tài sản là quyền sử dụng đất, dự án, nhà ở, công trình gắn liền với đất là nhu cầu thực tế. Vậy nên, theo tác giả, cần bổ sung quy định: Quyền sử dụng đất cũng được coi là loại tài sản hình thành trong tương lai. Đây không những là quy định giúp gỡ rối cho tổ chức tín dụng (bên nhận thế chấp), chủ đầu tư (người sử dụng đất) mà còn có ý nghĩa đối với cả cơ quan quản lý nhà nước đối với giao dịch thế chấp quyền sử dụng đất gắn liền với dự án, nhà ở, công trình trên đất hình thành trong tương lai.

Khi mua biệt thự, nhà liền kề, bên mua sẽ được sở hữu biệt thự, nhà và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất riêng. Còn khi mua căn hộ chung cư, bên mua chỉ được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu căn hộ và quyền sử dụng đất chung. Việc không công nhận quyền sử dụng đất hình thành trong tương lai là đối tượng hợp đồng thế chấp đã làm phát sinh những vấn đề sau khi chủ đầu tư bán biệt thự, căn hộ liền kề:

Một là, đối tượng của hợp đồng chỉ ghi là nhà ở hình thành trong tương lai mà không ghi quyền sử dụng đất (do chủ đầu tư vẫn đang đứng tên trên giấy chứng nhận

⁷ Đỗ Văn Đại (chủ biên), “Giao dịch và giải quyết tranh chấp giao dịch về quyền sử dụng đất” (sách chuyên khảo), Nxb. Lao động, (2012), tr. 262.

quyền sử dụng đất và giấy đỏ chưa được tách sổ cho từng biệt thự, nhà liền kề), trong khi giá mua bao gồm cả giá trị của quyền sử dụng đất và giá trị xây dựng nhà. Trên thực tế, các bên thường mô tả đối tượng mua bán là căn hộ, nhà ở liền kề mà không mô tả bao gồm quyền sử dụng đất. Nếu chủ đầu tư giữ chữ tín, người mua sẽ được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và sở hữu nhà liền kề, biệt thự sau khi thanh toán đủ tiền. Nếu tranh chấp hợp đồng mua bán thì chủ đầu tư sẽ căn cứ vào đối tượng để chối bỏ trách nhiệm của mình.

Hai là, có khả năng sau khi bán cho khách hàng thì chủ đầu tư lại thế chấp quyền sử dụng đất của toàn bộ dự án cho ngân hàng để vay tiền. Vậy nên, các ngân hàng nhận thế chấp cần kiểm tra dự án thế chấp đã được bán cho khách hàng chưa và ngay cả các cơ quan quản lý, đăng ký đất đai cũng cần phải từ chối đăng ký cho những quan hệ thế chấp này.

Căn cứ Bộ luật Dân sự năm 2015, quyền sử dụng đất được nhìn nhận là một loại quyền tài sản (Điều 115) và căn cứ định nghĩa về tài sản hình thành trong tương lai như Nghị định số 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 của Chính phủ về giao dịch bảo đảm thì quyền sử dụng đất cũng có thể là tài sản hình thành trong tương lai thông qua giao dịch hợp pháp. Thủ tục cấp giấy chứng nhận đối với quyền sử dụng đất cũng giống như thủ tục đăng ký quyền sở hữu đối với những tài sản khác.

Vì vậy, pháp luật liên quan cần có những quy định sửa đổi, bổ sung về loại tài sản hình thành trong tương lai tương tự như điểm b khoản 2 Điều 108 Bộ luật Dân sự năm 2015 “Tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời

điểm xác lập giao dịch” để phát huy tối đa giá trị của quyền sử dụng đất và thúc đẩy các hoạt động tín dụng thông qua thế chấp quyền sử dụng đất.

Thứ hai, trường hợp giá trị quyền sử dụng đất bảo đảm được nhiều nghĩa vụ

Bộ luật Dân sự năm 2015 và pháp luật về giao dịch bảo đảm cho phép các bên dùng một tài sản để bảo đảm nhiều nghĩa vụ. Khoản 1 Điều 296 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Một tài sản có thể được dùng để bảo đảm thực hiện nhiều nghĩa vụ, nếu có giá trị tại thời điểm xác lập giao dịch bảo đảm lớn hơn tổng giá trị các nghĩa vụ được bảo đảm, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác”. Vậy hiểu “pháp luật quy định khác” như thế nào? Ngoài ra, một khi đã đề cập đến giá trị quyền sử dụng đất thế chấp lớn hay nhỏ hơn nghĩa vụ được bảo đảm thì phải xác định được giá trị của quyền sử dụng đất đó. Dù pháp luật có quy định hay không thì các tổ chức tín dụng cũng sẽ tạm định giá quyền sử dụng đất trước khi chấp nhận cho vay. Nhưng nếu pháp luật đã minh định về giá so sánh giữa quyền sử dụng đất thế chấp với tổng giá trị các nghĩa vụ, thì hệ quả của nó là người ta phải định giá quyền sử dụng đất được thế chấp đó. Điều này phát sinh nhiều hệ lụy: Công chứng viên bắt buộc các bên phải xác định giá trị quyền sử dụng đất thế chấp trong hợp đồng. Nếu các bên không ghi rõ thì công chứng viên không đồng ý công chứng hợp đồng thế chấp đó. Bộ Tư pháp cũng đã có Công văn số 2506/BTP-ĐKGDBĐ ngày 31/7/2009 của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm trả lời vướng mắc trong lĩnh vực công chứng, chứng thực và đăng ký giao dịch bảo đảm, trong đó giải thích tại Mục 2 “Về việc ghi giá trị tài sản

bảo đảm trong hợp đồng bảo đảm” như sau: “Ngoài trường hợp thế chấp nhà ở, việc Công chứng viên yêu cầu trong hợp đồng bảo đảm phải có điều khoản về giá trị của tài sản bảo đảm là không đúng với quy định của pháp luật”. Tuy nhiên, trên thực tế vẫn có sự áp dụng khác nhau tại nhiều phòng/văn phòng công chứng⁸.

Thực tế cũng có nhiều loại tài sản không thể định giá được chính xác, chẳng hạn như tài sản hình thành trong tương lai, quyền sử dụng đất... Nhiều trường hợp cố tình nâng giá của tài sản để vay được nhiều hơn giá trị thực của quyền sử dụng đất thế chấp rồi sau đó tìm cách giải thế, phá sản, tái cơ cấu lại tổ chức..., né tránh việc trả nợ. Vậy nên quy định cứng nhắc như vậy cần phải xem xét lại.

Thứ ba, yêu cầu các bên mô tả chung tài sản bảo đảm là quyền sử dụng đất

Khoản 2 Điều 295 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Tài sản bảo đảm có thể được mô tả chung, nhưng phải xác định được”.

Như vậy, các bên có thể mô tả chung về quyền sử dụng đất được thế chấp và quy định này phù hợp với thực tiễn xác lập, thực hiện giao dịch bảo đảm. Tuy nhiên, việc mô tả chung về tài sản bảo đảm cần phải có giới hạn; đặc biệt khi liên quan đến tài sản hình thành trong tương lai gắn với quyền sử dụng đất. Trong nhiều trường hợp, khi giao kết giao dịch bảo đảm, các bên mô tả tài sản quá chung chung, không rõ ràng, dẫn đến việc không xác định được tài sản thế chấp

gây nên những tranh chấp phát sinh cũng như khó khăn cho quá trình xử lý. Nhiều trường hợp lợi dụng việc mô tả chung về tài sản để che giấu tình trạng pháp lý thực sự của tài sản. Thực tế đã nảy sinh một số vụ án phức tạp liên quan đến tài sản là quyền sử dụng đất có giá trị lớn. Ví dụ như: Vụ án “Tranh chấp hợp đồng tín dụng” giữa VPBank với Ông Trần Văn T. Trong đó, ngân hàng và ông T có ký kết hợp đồng tín dụng với tài sản bảo đảm là ba quyền sử dụng đất và nhà ở tại phường Liễu Giai, quận Ba Đình; phường Dịch Vọng, quận Cầu Giấy; phường Phan Chu Trinh, quận Hoàn Kiếm. Định giá tài sản lần lượt là 5 tỷ đồng, 5 tỷ đồng, 30 tỷ đồng, bảo đảm cho khoản vay 35 tỷ đồng. Đến hạn thanh toán, ông T không trả nợ; ngân hàng khởi kiện ra tòa án. Qua nhiều cấp xét xử, bản án đó có hiệu lực pháp luật, nhưng khi xử lý tài sản bảo đảm để thanh toán thì cơ quan thi hành án lúng túng trong việc xử lý tài sản thế chấp bởi thiếu cụ thể.

Quy định này cần có hướng dẫn cụ thể trong trường hợp nào và đối với loại tài sản nào thì các chủ thể có thể mô tả chung về tài sản bảo đảm. Nguyên tắc chung là đối tượng của hợp đồng, đặc biệt là quyền sử dụng đất đem thế chấp phải được xác định cụ thể.

Kết luận

Mặc dù các bên trong hợp đồng thế chấp có thể thỏa thuận về tài sản được thế chấp, nhưng khi tài sản này là quyền sử dụng đất – một loại quyền tài sản đặc thù nên cần sự can thiệp từ phía Nhà nước bằng những quy định chặt chẽ, minh định và rõ ràng nhằm thúc đẩy các giao dịch tư phát triển trên nền tảng đất đai, tài nguyên thuộc sở hữu toàn dân.

⁸ Nguyễn Xuân Viễn, *Vướng khi công chứng hợp đồng bảo đảm*, Báo Người Đại biểu nhân dân, trích dẫn từ: <http://www.nguoidaibieu.com.vn/Trangchu/VN/tabid/66/CatID/7/ContentID/96593/Default>, truy cập ngày 5/5/2019.

TIẾP CẬN HỌC THUYẾT VÀ TIẾP CẬN THỰC TIỄN ĐỐI VỚI VẤN ĐỀ CÔNG NHẬN, THI HÀNH BẢN ÁN DÂN SỰ CỦA TÒA ÁN NƯỚC NGOÀI

*Dư Ngọc Bích**

Tóm tắt: Bài viết trình bày những học thuyết được các học giả phân tích và được tòa án các nước vận dụng trong việc công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài cùng với những lý giải mang tính thực tiễn về vấn đề này. Từ đó có thể làm cơ sở cho việc mở rộng khả năng công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài tại Việt Nam, kể cả đối với bản án của quốc gia không có điều ước quốc tế với Việt Nam về vấn đề này.

Abstract: The article presents the doctrines that have been explained by scholars and applied by courts for recognition and enforcement of foreign civil judgments along with relevant practical explanations. Thereby, it establishes the foundation to raise the possibility for recognition and enforcement of foreign civil judgments from a country in absence of a treaty with Viet Nam on this matter.

1. Các học thuyết về công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài

Tồn tại nhiều quan điểm giải thích cho việc công nhận, thi hành bản án của tòa án nước ngoài. Xuất phát điểm là từ nguyên tắc chủ quyền lãnh thổ, trong đó bản án của tòa án (cơ quan tư pháp quốc gia) chỉ có hiệu lực trong phạm vi lãnh thổ quốc gia đó¹. Vì vậy, về mặt lý thuyết, cần có những lý giải tại sao bản án dân sự của tòa án một nước lại có thể được công nhận, thi hành tại một nước khác.

1.1. Học thuyết “thân thiện” (comity)

Học thuyết “thân thiện” đầu tiên được phát triển bởi các học giả Hà Lan vào thế kỷ XVII². Ý tưởng của Ulrik Huber được vận dụng vào vấn đề công nhận, thi hành bản án tòa án nước ngoài là: Luật của một quốc gia chỉ giới hạn trong lãnh thổ của quốc gia đó và ràng buộc bất kỳ ai hiện diện trong phạm vi lãnh thổ của nó. Vì vậy, việc thực thi một bản án bên ngoài lãnh thổ của tòa án đã ban hành nó không dựa trên thẩm quyền vốn có của tòa án đó mà dựa trên sự thân thiện khi chủ quyền, luật lệ của nước ngoài và công dân của họ không bị tổn hại³. “Thân thiện”

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

¹ Xem Friedrich K. Juenger, “Recognition of Money Judgments in Civil and Commercial Matters”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 36, 1988, (sau đây viết tắt là Friedrich K. Juenger (1988)), tr. 6.

² Bao gồm Paulus Voet (1619-1667), Johannes Voet, Paulus Merula (1558-1607), Ulrik Huber (1636-1694), xem Norel Rosner, “Cross-border Recognition and Enforcement of Foreign Money Judgments in Civil and Commercial Matters”, Groningen University 2004, tr. 9-10; Friedrich K. Juenger “Choice of Law Multistate Justice” Martinus Nijhoff Publishers, 1993 (sau đây viết tắt là Friedrich K. Juenger (1993)), tr. 19-21.

³ Xem Bradford A. Caffrey, “International Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of

theo quan điểm của Huber muốn nói đến sự ưng thuận ngầm của các quốc gia cho sự thuận tiện trong giao thương và thực tiễn đời sống quốc tế nói chung⁴. Ở Anh, học thuyết “*thân thiện*” được sử dụng như “*Luật của các quốc gia*” (Law of Nations) bởi tòa án đối với những vụ công nhận và thi hành bản án tòa án nước ngoài đầu tiên ở nước này⁵. Tòa án tối cao Hoa Kỳ định nghĩa thuật ngữ “*thân thiện*” trong việc công nhận, thi hành bản án nước ngoài như sau: Thân thiện, trong nghĩa pháp lý, không phải là vấn đề nghĩa vụ tuyệt đối, cũng không chỉ là sự lịch sự và thiện chí. Nó là sự công nhận của một quốc gia, cho phép thực thi quyền lập pháp, hành pháp hay tư pháp của một quốc gia khác trong phạm vi lãnh thổ của nó, có xem xét thích đáng đến nghĩa vụ quốc tế và sự thuận tiện, đến quyền công dân của quốc gia đó hoặc của những người khác dưới sự bảo vệ pháp luật của quốc gia đó⁶.

Foreign Judgments in the LAWASIA Region: A Comparative Study of the Law of Eleven Asian Countries Inter-se and with the E.E.C Countries” 1985, tr. 45; Hessel E. Yntema, “*The History Bases of Private International Law*”, the American Journal of Comparative Law, Vol. 2, 1953 (sau đây viết tắt là Hessel E. Yntema (1953)), tr. 306-307; Friedrich K Juenger (1993), tr. 20-21.

⁴ Xem Hessel E. Yntema (1953), tr. 306-307; Friedrich K Juenger (1993), tr. 20-21.

⁵ Xem Dicey and Morris, “*The conflict of laws*”, third edition, 2000, Sweet & Maxwell, tr. 469; Cheshire and North’s, “*Private International law*”, Butterworths, 13th edition, 1999, tr. 405.

⁶ *Hilton V. Guyot* 159 US 113 (1895) at 163 được trích dẫn bởi Hu Zhenjie “Chinese Perspectives on International Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Contract Matters: A Comparative Study of the Relevant Provisions of Chinese, Swiss and US law, of the European Convention and of other International Treaties”, Schulthess Polygraphischer Verlag Zurich 1999, tr. 272.

Học thuyết “*thân thiện*” bị chỉ trích là khó hiểu và lòng vòng, giao động giữa sự lịch sự và pháp luật quốc tế⁷. Vì vậy, “*thân thiện*” được cho là không mang tính “*luật*” mà nên được xem như chính sách nội bộ của quốc gia được yêu cầu công nhận, thi hành bản án tòa án nước ngoài⁸. Thực tế, học thuyết “*thân thiện*” đã được thay thế bằng học thuyết nghĩa vụ ở các nước theo thông luật như: Anh, Úc⁹.

1.2. Nguyên tắc có đi có lại (Reciprocity)

Nguyên tắc “*có đi có lại*” được phát triển từ học thuyết “*thân thiện*”. Vì “*thân thiện*” nghĩa là một quốc gia công nhận và thi hành phán quyết của một quốc gia khác nhằm thúc đẩy mối quan tâm lẫn nhau giữa các quốc gia có chủ quyền, do đó, những ảnh hưởng đến chủ quyền quốc gia có thể được biện minh bằng việc nó là cái giá phải trả nhằm thuyết phục tòa án nước ngoài công nhận hiệu lực ngoài lãnh thổ đối với

Nguyên văn: “*Comity, in the legal sense, is neither a matter of absolute obligation, on the one hand, nor a mere courtesy and good will on the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its law*”.

⁷ Xem Dicey and Morris, tr. 5; Arthur T. Von Mehren & Donal T. Trautman “*Recognition of Foreign Adjudications: A Survey and A Suggested Approach*”, Harvard Law Review, June, 1968, tr. 1603.

⁸ Xem H.L.Ho, “*Policies Underlying the Enforcement of Foreign Commercial Judgments*”, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 46, tr. 451; Bradford A. Caffrey, tr. 47-49.

⁹ Xem Dicey and Morris, tr. 469, P.E. Nygh, Martin Davies “*Conflict of laws in Australia*”, Seventh edition, 2002, Lexis Butterworths, tr. 169.

các bản án của tòa án mình¹⁰. Vì vậy, bằng việc đòi hỏi có đi có lại, tòa án và những nhà lập pháp có thể trả đũa những quốc gia quá khắt khe trong việc công nhận bản án nước ngoài¹¹. Về thực chất, lý do đằng sau học thuyết “có đi có lại” là lợi ích của chính quốc gia đó (self-interest)¹². Nghĩa là, quốc gia A công nhận và thi hành phán quyết của quốc gia B bởi vì quốc gia A ngại rằng, nếu không làm thế, quốc gia B sẽ trả đũa bằng cách không công nhận, thi hành bản án của quốc gia A. Vì vậy, “có đi có lại” được hiểu như là một công cụ hữu hiệu để bảo đảm lợi ích của chính quốc gia đó¹³ và việc bảo vệ lợi ích của công dân ở nước ngoài có thể được tăng cường¹⁴. Hơn nữa, có đi có lại cũng có thể được biện minh bằng Luật quốc tế, ở đó đòi hỏi sự đối xử công bằng giữa bản án của tòa án công nhận và bản án của tòa án ban đầu ban hành¹⁵. Nguyên tắc có đi có lại, vì vậy, đáp ứng cả hai mặt: Lợi ích của chính quốc gia và Luật quốc tế. Nó cũng rõ ràng, cụ thể hơn học thuyết “thân thiện”. Trong thực tiễn, nguyên tắc có đi có lại được quy định trong luật về công nhận và thi hành bản án tòa án nước ngoài của

nhiều quốc gia và thực sự là nền tảng của các điều ước quốc tế về công nhận, thi hành bản án¹⁶.

Ngoài việc có đi có lại được ngầm định trong các điều ước quốc tế, một nghiên cứu khảo sát đã cho thấy, tòa án và nhà lập pháp của các quốc gia sử dụng yêu cầu có đi có lại trong luật quốc gia theo nhiều cách và không có sự thống nhất về ý nghĩa¹⁷. Theo đó, có đi có lại có thể được áp dụng cho tất cả bản án nước ngoài, hay chỉ cho bản án về tiền tệ (money judgments); nó có thể được dùng để trả đũa lại các bản án của quốc gia đã không công nhận bản án của tòa án của một quốc gia khác, hay để trả đũa lại những nguyên đơn có quốc tịch của chính những quốc gia đã từ chối công nhận đó. Nó có thể được áp dụng như điều kiện tiên quyết để công nhận, hay nó có thể đóng vai trò trong việc thi hành. Nó có thể được thiết lập về mặt thực tế công nhận - thể hiện một số đảm bảo rằng quốc gia đó có thể công nhận bản án nước ngoài, hay được thiết lập bởi những quyết định mang tính ràng buộc hoặc những xác nhận được ký bởi một cơ quan có thẩm quyền... Tuy nhiên, cho dù đó là cách thức gì, hạn chế lớn nhất của nguyên tắc có đi có lại là sự bất công cho đương sự¹⁸. Bằng

¹⁰ Xem Friedrich K. Juenger (1988), tr.7-8.

¹¹ Xem Friedrich K. Juenger (1988), tr. 7-8.

¹² Xem H.L.Ho, tr. 453-454; Arthur Lenhoff, “Reciprocity and the Law of Foreign Judgments: A Historical – Critical Analysis”, Louisiana Law Review, Vol. 16, 1955-1956, tr. 477; Lợi ích của chính quốc gia (Self-interest) đã thúc đẩy yêu cầu có đi có lại nhất là từ thế kỷ XIX với chủ nghĩa bảo hộ và chủ nghĩa quốc gia, xem Arthur Lenhoff, tr. 477-482.

¹³ Nó được cho rằng, điều này đặc biệt quan trọng khi những quốc gia mà hệ thống pháp luật không tạo được niềm tin cho những quốc gia tiên bộ khác. Xem Hu Zhenjie, tr. 276.

¹⁴ Xem Bradford A. Caffrey, tr. 50.

¹⁵ Xem Bradford A. Caffrey, tr. 50.

¹⁶ Khoản 3 Điều 343 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2004 của Việt Nam ghi nhận áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong việc xem xét công nhận, thi hành bản án, quyết định dân sự của tòa án nước ngoài chưa có điều ước với Việt Nam và điểm b khoản 1 Điều 423 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 cũng lập lại nguyên tắc này. Xem thêm Dư Ngọc Bích, “Nguyên tắc có đi có lại có phải là giải pháp”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 8/2004.

¹⁷ Xem Friedrich K Juenger (1988), tr. 31-32.

¹⁸ Xem Friedrich K Juenger (1988), tr. 32-33; Arthur Lenhoff, tr. 482-483; William G. Southard, “The Reciprocity Rule and Enforcement of Foreign Judgments”, Columbia Journal of Transnational law

cách khẳng khẳng yêu cầu có đi có lại, quốc gia được yêu cầu công nhận chuyển sự chú ý từ vấn đề chính là bản án nước ngoài có công minh và công bằng cho đương sự hay không sang việc tìm kiếm thái độ của quốc gia đã ban hành bản án đó. Nếu không đáp ứng, bản án nước ngoài đó sẽ bị từ chối công nhận, thi hành và bên thắng kiện sẽ bị buộc phải khởi kiện lại. Vì vậy, quốc gia được yêu cầu công nhận đã trừng phạt đương sự, mà đôi khi là công dân của chính quốc gia đó. Mặt khác, nếu bản án nước ngoài được công nhận và thi hành trên cơ sở điều kiện có đi có lại, lẽ công bằng và công minh cho đương sự có thể không được bảo đảm nếu những vấn đề này không được quan tâm bởi quốc gia được yêu cầu công nhận. Ở những quốc gia theo thông luật như Anh, Úc, công nhận và thi hành không đòi hỏi phải có đi có lại từ quốc gia ban hành bản án đó¹⁹. Trong các vụ việc công nhận thi hành bản án nước ngoài ở Hà Lan, về mặt thực tế, không có yêu cầu có đi có lại²⁰.

1.3. Học thuyết “quyền được trao” (Vested rights)

Học thuyết “quyền được trao” cũng dựa trên nguyên tắc luật nước ngoài hay một bản án nước ngoài không thể được thi hành trực tiếp trên lãnh thổ của một quốc

gia; tuy nhiên, quyền được thừa nhận trong lãnh thổ của một nước khác sẽ giữ nguyên hiệu lực của bản án đó²¹. Nói cách khác, thẩm phán có nghĩa vụ bảo vệ quyền đã đạt được từ luật nước ngoài hay bản án nước ngoài. Việc công nhận, thi hành bản án ở ngoài lãnh thổ đã ban hành nó chỉ là việc thực thi quyền có được từ bản án đó chứ không phải là thực thi chính luật nước ngoài (bản án nước ngoài)²². Tuy nhiên, không phải tất cả “quyền được trao” bởi luật nước ngoài (thông qua bản án) được bảo vệ. Ví dụ, khi có hai “quyền được trao” không tương thích nhau cho hai người mà mỗi người có “quyền được trao” ở những quốc gia khác nhau, khi đó “quyền được trao” nào sẽ được thi hành? Hay trong những vụ việc liên quan đến nhiều quốc gia như trong các vụ về trách nhiệm ngoài hợp đồng có tính quốc tế (international tort case), luật của quốc gia nào và “quyền được trao” nào sẽ được thi hành²³. Vì vậy, học thuyết “quyền được trao” sớm mất đi ý nghĩa của nó.

1.4. Học thuyết nghĩa vụ (Obligation)

Học thuyết nghĩa vụ đã được sử dụng để lý giải cho việc tại sao một bản án nước ngoài về nghĩa vụ của một chủ thể (judgment in personam) được thi hành ở nước Anh từ giữa thế kỷ XIX²⁴. Học thuyết này cho rằng, phán quyết của một tòa án có thẩm quyền đối với bị đơn ấn định một nghĩa vụ cho bị đơn phải trả số tiền phán

16, 1977, tr. 355-356; Gilbert D. Kennedy “Recognition of Judgments in Personam: the Meaning of Reciprocity”, the Canada Bar Review, Vol. 35, 1957, tr. 131.

¹⁹ Thông luật áp dụng học thuyết nghĩa vụ, xem Dicey and Morris, tr. 469; P.E. Nygh, Martin Davies “Conflict of laws in Australia”, Seventh edition, 2002, Lexis Butterworths, tr. 169.

²⁰ Xem Norel Rosner, “Cross-border recognition and enforcement of foreign money judgments in civil and commercial matters”, Ulrik Huber Institute for private international law, 2004, tr. 5-54.

²¹ Xem P.E.Nygh (1995), tr. 21.

²² Xem Cheshire and North’s Private International Law, thirteenth edition, 1999, tr. 20.

²³ Xem Bradford A. Caffrey, tr. 56.

²⁴ Xem Dicey and Morris, tr. 469-470; Cheshire and North’s, tr. 405-406.

quyết đã tuyên, và tòa án ở quốc gia này (Anh) bị ràng buộc phải thi hành²⁵. Học thuyết này giải thích lý do bị đơn bị ấn định nghĩa vụ là do có một sự thỏa thuận ngầm²⁶. Theo đó, bằng việc tham gia vào quá trình xét xử ở tòa án nước ngoài, các bên đã ngầm thỏa thuận sẽ bị ràng buộc bởi phán quyết của tòa án nước ngoài đó²⁷, hay bằng việc hiện diện ở nước ngoài, đương sự đã ngầm đồng ý với quyền và nghĩa vụ phát sinh từ luật của nơi đó thông qua việc xét xử của tòa án nơi đó²⁸.

Học thuyết nghĩa vụ hiện nay được sử dụng như nền tảng cho việc thi hành bản án nước ngoài bởi nhiều quốc gia theo thông luật như Anh, Úc, Canada, Singapore... Tuy nhiên, học thuyết này bị chỉ trích là mơ hồ²⁹. Hơn nữa, nó được xem là thuần túy lý thuyết khi nó không có ý nghĩa thực tiễn trong việc chỉ ra những phán quyết nước ngoài nào đã tạo ra nghĩa vụ³⁰. Nói cách khác, học thuyết nghĩa vụ có thể đóng vai trò một học thuyết trong việc giải thích tại sao phán quyết nước ngoài được công nhận, thi hành nhưng không thể giải thích phán

quyết nước ngoài nào nên được công nhận, thi hành³¹; và vì vậy, nó không giúp ích cho việc đưa ra một sự hướng dẫn³². Tất cả những hạn chế này của học thuyết nghĩa vụ đã làm cho nó không thỏa đáng, sai lạc và quá đơn giản³³.

Lý do những giải thích mang tính lý thuyết này thất bại trong việc đưa ra những lý giải cho việc công nhận, thi hành bản án dân sự nước ngoài là vì trong lĩnh vực này chứa đựng “hỗn hợp những giá trị và quan ngại” và một học thuyết đơn lẻ không thể giải thích tất cả các khía cạnh của nó³⁴. Lĩnh vực công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài phức tạp là do bản án dân sự của tòa án nước ngoài có tính hai mặt: Mặt công và mặt tư. Một mặt, bản án là phán quyết của cơ quan công quyền nên nó mang tính chất công, mặt khác nó là kết quả giải quyết quyền lợi giữa các bên đương sự, vì vậy nó mang tính chất tư³⁵. Khi một quốc gia quyết định có nên công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài hay không, quốc gia đó thường quan tâm đến tất cả các vấn đề trên. Về mặt công, các quốc gia sẽ xem xét đến những quan hệ chính trị, thương mại giữa hai quốc gia, bảo vệ những chuẩn mực đạo đức, trật tự công cộng của quốc gia mình. Về mặt tư, các quốc gia sẽ đặt ra vấn đề bảo vệ lợi ích hợp pháp của đương sự đã đạt được từ kết quả giải quyết

²⁵ *Schibsby v Westenholz* (1870) LR 6 QB 155, 159 được trích dẫn bởi Dicey and Morris, tr.469-470; Cheshire and North's, tr. 405.

²⁶ Xem Dicey and Morris, tr. 469-470; Cheshire and North's, tr. 405-406; H.L.Ho, tr. 445.

²⁷ Xem Cheshire and North's, trang 405-406; H.L.Ho, tr. 445.

²⁸ *Adams v Cape Industries Plc* [1990] Ch.433, 555, được trích dẫn bởi Dicey and Morris, tr. 470.

²⁹ Xem H.L.Ho, tr. 445, ông chỉ ra rằng trong nhiều trường hợp (ví dụ như khi bị đơn chỉ hiện diện trong thời gian ngắn ở quốc gia có tòa án đó) bị đơn không thể bị cho rằng đã ngầm đồng ý với quyền tài phán của tòa án nước đó. Hơn nữa giả định “ngầm đồng ý” không phù hợp với thực tiễn những bản án vắng mặt bị đơn (default judgment) vẫn được cho thi hành.

³⁰ Xem Dicey and Morris, tr. 470.

³¹ Xem Cheshire and North's, tr. 406.

³² Xem Arthur T. Von Mehren & Donal T. Trautman, tr. 1603.

³³ Xem H.L.Ho, tr. 443.

³⁴ Xem H.L.Ho, tr. 444; Arthur T. Von Mehren & Donal T. Trautman, tr. 1603-1604.

³⁵ Xem Yntema, “*The enforcement of foreign judgements in Anglo-American law*”, (1935) 33 Mich.L.R. 1129-1142.

của tòa án nước ngoài, đồng thời cũng bảo vệ đương sự khỏi những xét xử không công bằng của tòa án nước ngoài. Để có thể hiểu rõ hơn tại sao bản án nước ngoài nên được công nhận, thi hành, chúng ta cần xem xét ở góc độ thực tiễn các lợi ích nào có liên quan đến việc công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài.

2. Tiếp cận thực tiễn: Nên hay không nên công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài

2.1. Những lợi ích có được từ việc công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài

Thứ nhất, công nhận và thi hành bản án của tòa án nước ngoài rõ ràng sẽ mang lại lợi ích cho bên thắng kiện vì quyền lợi của bên đó đạt được từ kết quả xét xử ở tòa án nước ngoài được bảo vệ. Sẽ không công bằng nếu buộc bên thắng kiện phải theo đuổi quá trình xét xử vụ kiện một lần nữa và lần này có thể gây nhiều khó khăn cho bên đó như quá trình thu thập lại chứng cứ, yêu cầu nhân chứng từ nước ngoài...

Thứ hai, công nhận và thi hành bản án của tòa án nước ngoài sẽ tạo ra môi trường pháp lý ổn định, dự đoán được, và điều này sẽ mang lại lợi ích cho thương mại quốc tế³⁶. Thực tế sự tăng trưởng thương mại quốc tế sẽ dẫn đến tranh chấp mang tính quốc tế gia tăng. Những gì nhà kinh doanh quan tâm là làm sao bảo vệ họ khỏi những đối tác ngoan cố tránh né việc thực hiện nghĩa vụ đã được tòa án một quốc gia tuyên trong một bản án, hay cố gây rắc rối bằng việc khởi kiện lại vụ việc tại một tòa án ở

một quốc gia khác. Nói cách khác, những nhà kinh doanh quốc tế mong muốn sự an toàn và dự đoán được cho các giao dịch quốc tế của họ. Công nhận và thi hành bản án của tòa án nước ngoài sẽ tạo nên sự ổn định và dự đoán được mà họ mong muốn, do đó sẽ củng cố sự tự tin của họ trong công việc kinh doanh. Thực tế, những đòi hỏi về môi trường pháp lý ổn định và dự đoán được đã là lý do cho việc thay đổi hoặc thúc đẩy việc thay đổi pháp luật về công nhận, thi hành bản án của tòa án nước ngoài tại những quốc gia có quan điểm thông thoáng đối với bản án của tòa án nước ngoài, ví dụ như Hà Lan³⁷, Úc³⁸, và việc khởi xướng dự án về bản án nước ngoài của hội nghị Hague năm 1992³⁹. Các quốc gia có thể nhận thức rằng nếu họ muốn là một phần của cộng đồng quốc tế và thúc đẩy thương mại quốc tế họ phải đáp ứng mong muốn này. Nếu là quốc gia của bên thắng kiện, việc công nhận, thi hành bản án tòa án nước ngoài rõ ràng sẽ mang lại lợi ích cho công dân, pháp nhân của quốc gia đó. Nếu là quốc gia của bên thua kiện, sự cởi mở trong việc công nhận, thi hành bản án tòa án nước ngoài sẽ tạo nên sự tự tin cho các đối tác đầu tư, kinh doanh với công dân, pháp nhân quốc gia đó.

³⁷ Xem Norel Rosner, tr. 406-407.

³⁸ Xem bản trình bày của Bộ trưởng Bộ tư pháp Úc trong bài phát biểu tại vòng tranh luận thứ hai của dự thảo Luật về bản án nước ngoài 1991 (the Attorney-General in the second reading speech for promulgating of the Australian Foreign Judgment Act 1991) tại chương 3, phần 3.3, được trích dẫn bởi Du Ngọc Bích, "Recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters: a proposal for Vietnam", Ulrik Huber Institute for Private International Law, 2006, tr. 197.

³⁹ Xem "The judgments project" tại: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/judgments>, truy cập ngày 12/06/2019.

³⁶ Xem Bradford A. Caffrey; tr. 6, 48-49, 55, 58; H.L.Ho, tr. 457-459; Norel Rosner, tr. 403.

Trong điều kiện của Việt Nam, lý do này càng mang tính thuyết phục khi Việt Nam đang trong quá trình xây dựng, sửa đổi môi trường pháp lý để thu hút đầu tư và giao thương với đối tác nước ngoài.

Thứ ba, công nhận và thi hành bản án tòa án nước ngoài sẽ tiết kiệm nguồn lực tư pháp cho quốc gia được yêu cầu công nhận và giảm chi phí cho các bên đương sự⁴⁰. Nếu bản án tòa án nước ngoài không được công nhận và thi hành, tranh chấp lại phải xét xử lại. Điều này không những gây tổn chi phí, công sức cho hệ thống tư pháp của quốc gia đó và cho các bên đương sự, mà còn trì hoãn việc giải quyết tranh chấp giữa các bên đương sự đó.

Thứ tư, công nhận, thi hành bản án tòa án nước ngoài sẽ tạo cơ hội cho bản án của tòa án nước công nhận được công nhận, thi hành ở nước ngoài⁴¹. Điều này đặc biệt có hiệu quả với những nước áp dụng nguyên tắc có đi có lại trong việc công nhận, thi hành bản án của tòa án nước ngoài. Việt Nam là một nước đang phát triển. Nếu bản án của tòa án Việt Nam được công nhận, thi hành ở nước ngoài sẽ đem lại ý nghĩa lớn đối với hệ thống tư pháp của Việt Nam. Điều này sẽ tăng cường uy tín của hệ thống tư pháp Việt Nam ở cấp độ quốc tế.

Thứ năm, công nhận và thi hành bản án tòa án nước ngoài sẽ giúp tăng cường hợp tác tư pháp quốc tế⁴². Thông qua việc công nhận, thi hành bản án nước ngoài, các quốc gia có thể tránh được tình trạng luật của quốc gia A chỉ dẫn đến quyền tài phán của

quốc gia B, nhưng sau đó quốc gia A lại từ chối công nhận, thi hành bản án của tòa án quốc gia B; hay tòa án quốc gia A cũng thụ lý cùng một vụ việc và ra một phán quyết trái ngược với phán quyết của tòa án quốc gia B.

2.2. Những lợi ích khi không công nhận, thi hành bản án của tòa án nước ngoài

Thứ nhất, công nhận và thi hành bản án của tòa án nước ngoài mà không có điều ước quốc tế, sẽ đi ngược với chủ quyền quốc gia của nước được yêu cầu công nhận, vì theo nguyên tắc chủ quyền quốc gia bản án của tòa án nước ngoài chỉ có hiệu lực trong phạm vi quốc gia ban hành bản án đó. Tuy nhiên, về thực chất, công nhận, thi hành bản án nước ngoài hoàn toàn không làm tổn hại chủ quyền quốc gia của nước được yêu cầu công nhận vì đây là vấn đề về quyền lựa chọn của chính quốc gia đó chứ không phải là vấn đề áp đặt bên ngoài hay là vấn đề nghĩa vụ quốc tế⁴³. Nói cách khác, “quốc gia chọn thi hành bản án nước ngoài theo trình tự, hình thức và những tiêu chí mà quốc gia đó lựa chọn thì không mâu thuẫn với chủ quyền quốc gia đó”⁴⁴.

Thứ hai, công nhận và thi hành bản án tòa án nước ngoài có thể sẽ không công bằng cho bên bị thua kiện nếu bên đó là nạn nhân của thủ tục tố tụng bất công ở tòa án nước ngoài⁴⁵. Thủ tục tố tụng bất công có

⁴⁰ Xem H.L.Ho, tr. 460-461; Norel Rosner, tr. 402, 406.

⁴¹ Xem H.L.Ho, tr. 458; Norel Rosner, tr. 403.

⁴² Xem Norel Rosner, tr. 402-403.

⁴³ Xem H.L.Ho, tr. 449.

⁴⁴ Xem H.L.Ho, tr. 449: “That a State chooses to enforce a foreign judgment in accordance with the processes, forms and criteria which it has set out for itself is not incompatible with its sovereignty”.

⁴⁵ Xem H.L.Ho, tr. 461-462; Norel Rosner, tr. 403-404.

thể kể đến như việc tòa án nước ngoài áp dụng quyền tài phán rộng (exorbitan jurisdiction) khi thụ lý vụ việc, hoặc những vấn đề liên quan đến việc tổng đạt, hoặc quyền được trình bày (right to be heard) của đương sự, gian lận trong tố tụng của đương sự (đưa chứng cứ giả mạo, khai man, cố tình lấp liếm chứng cứ). Nói cách khác, liên quan đến vấn đề thực thi công lý, quốc gia được yêu cầu công nhận quan tâm đến vấn đề công bằng trong tố tụng của tòa án nước ngoài.

Thứ ba, công nhận và thi hành bản án tòa án nước ngoài có thể dẫn đến việc vi phạm những nguyên tắc cơ bản của hệ thống pháp luật của quốc gia được yêu cầu công nhận, hay nói cách khác, vi phạm trật tự công (public policy) của quốc gia được yêu cầu công nhận⁴⁶. Do sự khác biệt trong luật quốc gia của từng nước, đặc biệt là luật áp dụng để giải quyết vụ việc cụ thể đó, hậu quả của bản án nước ngoài đó có thể vi phạm những nguyên tắc pháp lý cơ bản trong xã hội mà quốc gia được yêu cầu công nhận có nghĩa vụ phải bảo vệ.

So với việc tiếp cận ở góc độ các học thuyết, cách tiếp cận ở góc độ thực tiễn lý giải các lợi ích có liên quan dễ hiểu và dễ thuyết phục hơn, đồng thời cũng giúp định hướng cho việc xây dựng chính sách, pháp luật của quốc gia đối với vấn đề công nhận, thi hành bản án tòa án nước ngoài.

3. Kết luận

Bản án dân sự của tòa án nước ngoài bao gồm cả “mặt công” (phán quyết của cơ quan công quyền) và “mặt tư” (giải quyết

quyền lợi của các bên đương sự). Khi xem xét việc công nhận, thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài, các quốc gia luôn cân nhắc đến hai mặt này. Các học thuyết ra đời nhằm lý giải cho việc một quốc gia công nhận và thi hành bản án của tòa án của một nước khác. Tuy nhiên, các học thuyết đều thể hiện mặt hạn chế của nó. Tiếp cận vấn đề theo hướng thực tiễn phân tích lợi và hại từ việc công nhận thi hành bản án dân sự của tòa án nước ngoài sẽ dễ hiểu và giúp ích cho việc định hướng xây dựng chính sách, pháp luật của quốc gia hơn. Qua phân tích những lợi ích có liên quan trong việc công nhận, thi hành bản án tòa án nước ngoài, Việt Nam nên mở rộng khả năng công nhận, thi hành bản án của tòa án nước ngoài kể cả đối với bản án của tòa án của quốc gia chưa có điều ước với Việt Nam về việc công nhận, thi hành bản án, mà không giới hạn bằng việc áp dụng nguyên tắc có đi có lại như quy định tại điểm b khoản 1 Điều 423 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015. Khi làm như thế, Việt Nam sẽ đạt được nhiều lợi ích quan trọng không chỉ cho các bên đương sự mà cho chính Việt Nam nhìn ở góc độ lâu dài. Mặt khác, một số vấn đề cần phải được kiểm soát để bảo vệ quyền lợi của đương sự đối với thủ tục tố tụng tại tòa án nước ngoài như: Vấn đề quyền tài phán của tòa án nước ngoài, những vấn đề liên quan đến việc tổng đạt, quyền được trình bày (right to be heard) của đương sự, gian lận trong tố tụng của đương sự (đưa chứng cứ giả mạo, khai man, cố tình lấp liếm chứng cứ) hay vấn đề bảo vệ trật tự công cộng của Việt Nam, để có thể đạt được lợi ích tốt nhất từ việc công nhận, thi hành bản án của tòa án nước ngoài.

⁴⁶ Xem H.L.Ho, tr. 461-462; Norel Rosner, tr. 404-405.

QUYỀN MIỄN TRỪ TRÁCH NHIỆM VÀ QUYỀN BẤT KHẢ XÂM PHẠM CỦA NGHỊ SĨ Ở MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

*Trương Thị Minh Thùy**

Tóm tắt: Bài viết phân tích những khía cạnh về quyền miễn trừ trách nhiệm và quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ ở một số quốc gia trên thế giới, như: Khái niệm, đặc điểm, mức độ bảo vệ và sự bãi bỏ các quyền này. Đồng thời, bài viết cũng phân tích một số quy định bất cập của Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 về quyền miễn trừ của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam, để từ đó đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện quy định về nhóm quyền này.

Abstract: The article analyzes certain issues on parliamentary immunity and inviolability in foreign countries, such as: concepts, characteristics, protection degree, and forfeiture of the rights. In addition, the article also analyzes certain shortcomings of the legal provisions under the 2013 Constitution and the 2014 Law on Organization of the National Assembly in terms of immunity of Viet Nam's National Assembly deputies. On that basis, the article makes concrete recommendations for improvement.

Trên thế giới hiện nay, có hai hệ thống quyền miễn trừ dành cho nghị sĩ: Một là, hệ thống quyền miễn trừ theo mô hình Westminster; hai là, hệ thống quyền miễn trừ theo mô hình Pháp. Theo đó, trong hệ thống quyền miễn trừ theo mô hình Westminster, các nghị sĩ chỉ được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm (parliamentary non - accountability). Những quốc gia theo mô hình này thường không áp dụng quyền bất khả xâm phạm (parliamentary inviolability) cho nghị sĩ. Còn trong hệ thống quyền miễn trừ theo mô hình Pháp, các nghị sĩ được hưởng cả quyền miễn trừ trách nhiệm và quyền bất khả xâm phạm¹.

1. Quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ

1.1. Khái niệm quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ

Quyền miễn trừ trách nhiệm được hiểu một cách đơn giản là việc các nghị sĩ không phải chịu trách nhiệm pháp lý về những câu hỏi, kiến nghị, sự lựa chọn biểu quyết hay các phát biểu của mình về tất cả các vấn đề được đặt ra tại Nghị viện². Quyền này cho phép các nghị sĩ “nói những gì họ cảm thấy (tự do ngôn luận) và thảo luận về những gì

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

¹ UNDP (2006), *Parliamentary Immunity*, Background Paper prepared by the Inter-Parliamentary Union, UNDP Initiative on

Parliaments, Crisis Prevention and Recovery In association with the Inter-Parliamentary Union, tr. 3.

² Bryan A. Ganer (Editor in Chief), *Black's Law Dictionary*, 7th Edition (West Group Publishing, St. Paul, 1999), tr. 1215. Dẫn theo Hoàng Minh Hiếu (2011), “Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 7, tr. 9.

họ muốn (tự do tranh luận)”³. Trong một số tài liệu, quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ còn được gọi là đặc quyền tự do ngôn luận (the privilege of freedom of speech) hoặc đặc quyền của nghị sĩ (parliamentary privilege).

Ở hầu hết các quốc gia trên thế giới, quyền này được quy định cụ thể trong Hiến pháp (Hoa Kỳ⁴, Pháp⁵, Đức⁶, Hàn Quốc⁷...), đạo luật của Nghị viện

(Singapore⁸, Úc⁹, New Zealand¹⁰...) nhưng cũng có thể không được quy định rõ ràng (Anh, Canada)¹¹. Tuy nhiên, dù được quy định trong văn bản nào thì mục đích cơ bản của việc ghi nhận quyền này tại các quốc gia là đảm bảo cho các nghị sĩ được tự do thể hiện chính kiến của mình, chỉ trích Chính phủ, điều tra và tố cáo sự lạm quyền mà không lo sợ sự “trả thù” của nhánh hành pháp hoặc các quan chức quyền lực khác¹².

1.2. Đặc điểm quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ

Đặc điểm quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ là câu trả lời cho bốn vấn đề: Bảo vệ cho ai (ratione personae)?, khi nào bắt đầu và kết thúc bảo vệ (ratione temporis)?, chỉ bảo vệ trong phạm vi của

³ UNDP (2006), *Parliamentary Immunity*, Background Paper prepared by the Inter-Parliamentary Union, UNDP Initiative on Parliaments, Crisis Prevention and Recovery In association with the Inter-Parliamentary Union, tr. 3.

⁴ Khoản 6 Điều I Hiến pháp Hoa Kỳ quy định: “*They shall in all Cases, except Treason, Felony and Breach of the Peace, be privileged from Arrest during their Attendance at the Session of their respective Houses, and in going to and returning from the same; and for any Speech or Debate in either House, they shall not be questioned in any other Place*”, <https://www.archives.gov/founding-docs/constitution-transcript>, truy cập ngày 30/06/2019.

⁵ Điều 26 Hiến pháp Pháp quy định: “*No Member of Parliament shall be prosecuted, investigated, arrested, detained or tried in respect of opinions expressed or votes cast in the performance of his official duties*”, https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/anglais/constitution_anglais_oct2009.pdf, truy cập ngày 30/06/2019.

⁶ Khoản 1 Điều 46 Luật cơ bản của Đức (Hiến pháp Đức) quy định: “*At no time may a Member be subjected to court proceedings or disciplinary action or otherwise called to account outside the Bundestag for a vote cast or a remark made by him in the Bundestag or in any of its committees. This provision shall not apply to defamatory insults*”, <https://www.bundesregierung.de/breg-en/chancellor/basic-law-470510>, truy cập ngày 30/06/2019.

⁷ Điều 45 Hiến pháp Hàn Quốc quy định: “*No member of the National Assembly shall be held responsible outside the National Assembly for opinions officially expressed or votes cast in the Assembly*”,

<http://www.moleg.go.kr/english/korLawEng?pstSeq=54794>, truy cập ngày 30/06/2019.

⁸ Các vấn đề liên quan đến quyền miễn trừ của nghị sĩ ở quốc gia này được quy định cụ thể trong đạo luật *Parliament (Privileges, Immunities And Powers) Act 1962, revised edition 2000 (Đạo luật của Quốc hội (đặc quyền, miễn trừ và quyền hạn) năm 1962, sửa đổi năm 2000)*, <https://sso.agc.gov.sg/Act/PPIPA1962>, truy cập ngày 30/06/2019.

⁹ Các vấn đề liên quan đến quyền miễn trừ của nghị sĩ ở quốc gia này được quy định cụ thể trong đạo luật *Parliamentary Privileges Act 1987 (Luật về đặc quyền Nghị viện năm 1987)*, <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00951>, truy cập ngày 30/06/2019.

¹⁰ Các vấn đề liên quan đến quyền miễn trừ của nghị sĩ ở quốc gia này được quy định cụ thể trong đạo luật *Parliamentary Privilege Act 2014 (Luật về đặc quyền Nghị viện năm 2014)*, <http://www.legislation.govt.nz/act/public/2014/0058/latest/whole.html>, truy cập ngày 30/06/2019.

¹¹ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 103.

¹² UNDP (2006), *Parliamentary Immunity*, Background Paper prepared by the Inter-Parliamentary Union, UNDP Initiative on Parliaments, Crisis Prevention and Recovery In association with the Inter-Parliamentary Union, tr. 2.

Nghị viện hay còn rộng hơn nữa (*ratione loci*)?, và những hành vi nào được bảo vệ bởi quyền miễn trừ trách nhiệm (*ratione materiae*)?¹³.

1.2.1. *Bảo vệ cho ai (Ratione personae)?*

Phần lớn các quốc gia trên thế giới đều quy định rằng, quyền miễn trừ trách nhiệm chỉ được áp dụng cho các nghị sĩ. Tuy nhiên, ở một số quốc gia, quyền này còn được mở rộng cho những đối tượng khác. Đó có thể là người giữ chức vụ quan trọng trong bộ máy nhà nước trung ương (Bộ trưởng, nguyên thủ quốc gia) hoặc những người có liên quan đến hoạt động của Nghị viện (người tham gia các cuộc tranh luận tại Nghị viện, các quan chức của Nghị viện, các trợ lý của nghị sĩ...). Ví dụ, quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ cũng được áp dụng cho các Bộ trưởng ở Bỉ¹⁴; Tổng thống Rumani¹⁵; Bộ trưởng, Quốc vụ khanh và những người tham gia các cuộc tranh luận tại Nghị viện ở Hà Lan¹⁶.

1.2.2. *Khi nào bắt đầu và kết thúc bảo vệ (Ratione temporis)?*

Thời điểm bắt đầu quyền miễn trừ trách nhiệm được nhiều quốc gia trên thế giới (Bỉ, Chile, Đan Mạch, Ai Cập, Estonia, Phần Lan, Gabon, Hy Lạp, Hungary, Ý, Kuwait,

Mali, Ba Lan, Romania, Slovenia, Thái Lan, Cộng hòa Séc, Thụy Điển) quy định là thời điểm nghị sĩ trúng cử với điều kiện cuộc bầu cử sau đó không bị tuyên bố là không hợp lệ¹⁷. Tuy nhiên, một số quốc gia khác quy định thời điểm này muộn hơn. Chẳng hạn: Sau khi cuộc bầu cử các nghị sĩ được xác nhận (Mali, Liên bang Nga) hoặc lễ tuyên thệ (Argentina, Áo, Bangladesh, Chile, Síp, Hungary, Ấn Độ, Malaysia, Mông Cổ, Mozambique, Namibia, Hà Lan, Philippines, Hàn Quốc, Sri Lanka, Thụy Sĩ, Uruguay)¹⁸.

Thời điểm kết thúc quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ được hầu hết các quốc gia quy định là một trong hai thời điểm sau: Nghị viện hết nhiệm kỳ hoặc giải tán¹⁹.

1.2.3. *Chỉ bảo vệ trong phạm vi của Nghị viện hay còn rộng hơn nữa (Ratione loci)?*

Đa số quốc gia đều cho rằng, căn cứ để hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ là lời nói, hành động có liên quan đến việc thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện mà không phải là địa điểm phát biểu. Chẳng hạn, Hiến pháp Áo (Điều 57)²⁰, Hiến pháp

¹³ Marc Van Der Hulst (2000), *The Parliamentary Mandate*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, tr. 67.

¹⁴ Xem Điều 101 Hiến pháp Bỉ, <http://www.partylaw.leidenuniv.nl/party-law/4c8b5e51-c490-454c-8582-16387287acdc.pdf>, truy cập ngày 25/06/2019.

¹⁵ Xem Điều 84 Hiến pháp Rumani, <http://www.cdep.ro/pls/dic/site.page?id=371>, truy cập ngày 25/06/2019.

¹⁶ Xem Điều 71 Hiến pháp Hà Lan, <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>, truy cập ngày 25/06/2019.

¹⁷ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 105.

¹⁸ Marc Van Der Hulst (2000), *The Parliamentary Mandate*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, tr. 68.

¹⁹ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 105.

²⁰ http://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20_FULL_%20Constitution.pdf, truy cập ngày 26/06/2019.

Bỉ (Điều 58)²¹, Hiến pháp Colombia (Điều 185)²², Hiến pháp Thổ Nhĩ Kỳ (Điều 83)²³ đều quy định các thành viên được hưởng quyền miễn trừ (hoặc không bị truy tố hay là đối tượng của bất kỳ cuộc điều tra nào) liên quan đến các ý kiến bày tỏ hoặc các phiếu bầu của họ trong khi thực hiện nhiệm vụ/chức năng của họ/Nghị viện/hoặc trong quá trình hoạt động của Nghị viện. Lý giải điều này, nhiều quan điểm cho rằng, pháp luật chỉ quan tâm đến việc phát biểu của nghị sĩ có liên quan, cần thiết cho việc “thực thi nhiệm vụ của Nghị viện” không? Nếu câu trả lời là “có” thì nghị sĩ được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm và ngược lại. Do đó, dù những phát biểu của nghị sĩ trong Nghị viện thường được bảo vệ, nhưng nếu phát biểu này không liên quan và không cần thiết cho việc “thực thi nhiệm vụ của Nghị viện” thì nghị sĩ không được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm. Mặt khác, nghị sĩ được hưởng quyền này nếu phát biểu ngoài Nghị viện, nhưng nội dung phát biểu có liên quan đến việc “thực thi nhiệm vụ của Nghị viện”. Đơn cử là trường hợp nghị sĩ lập lại bên ngoài Nghị viện những phát biểu trong Nghị viện²⁴.

Bên cạnh đó, một số quốc gia lại giới hạn quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ trong một không gian nhất định. Ví dụ, ở Anh giới hạn trong phạm vi tòa nhà Nghị

viện; Malaysia, Bangladesh giới hạn trong phòng họp toàn thể của Nghị viện hoặc các phiên họp của Ủy ban. Do đó, những hoạt động như tiếp xúc cử tri hoặc thay mặt cử tri gửi các khiếu nại đến các cơ quan nhà nước được thực hiện bên ngoài Nghị viện, Ủy ban đều không thuộc phạm vi hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm ở những quốc gia này²⁵.

1.2.4. Những hành vi nào được bảo vệ bởi quyền miễn trừ trách nhiệm (Ratione materiae)?

Tùy vào quy định của pháp luật mỗi quốc gia mà nghị sĩ có thể được quyền miễn trừ trách nhiệm bảo vệ đối với những hành vi khác nhau. Chẳng hạn, ở Áo, nghị sĩ được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm đối với việc bỏ phiếu và các phát biểu bằng lời nói hoặc văn bản trong quá trình thực hiện chức năng của họ. Tuy nhiên, đối với các phát biểu, nghị sĩ vẫn có thể phải chịu trách nhiệm trước Hội đồng quốc gia²⁶. Ở Chile, nghị sĩ được hưởng quyền bất khả xâm phạm đối với các ý kiến của họ cũng như khi họ thực hiện trách nhiệm bỏ phiếu trong các phiên họp của Nghị viện hoặc trong các ủy ban²⁷. Ở Colombia, nghị sĩ được hưởng quyền miễn trừ đối với các ý kiến và các phiếu bầu của họ khi thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện, mà không ảnh hưởng đến

²¹ <http://www.partylaw.leidenuniv.nl/party-law/4c8b5e51-c490-454c-8582-16387287acdc.pdf>, truy cập ngày 25/06/2019.

²² https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf, truy cập ngày 26/06/2019.

²³ <http://hrlibrary.umn.edu/research/constitution-turkey.html>, truy cập ngày 27/06/2018.

²⁴ Nội dung này sẽ được phân tích rõ hơn trong phần sau.

²⁵ Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 7, tr. 10.

²⁶ Xem Điều 57 Hiến pháp Áo, http://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20FULL_%20Constitution.pdf, truy cập ngày 26/06/2019.

²⁷ Xem Điều 61 Hiến pháp Chile, <http://hrlibrary.umn.edu/research/chile.html>, truy cập ngày 26/06/2019.

các quy tắc kỷ luật trong các luật lệ tương ứng²⁸. Hay ở Anh, Điều 9 đạo luật về quyền quy định: “*Quyền tự do ngôn luận và tranh luận hoặc việc thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện, không thể bị luận tội hoặc thẩm vấn tại bất kỳ tòa án hoặc nơi nào khác ngoài Nghị viện*”. Nội hàm của “việc thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện” đã được Erskine May giải thích theo hướng: Một cá nhân nghị sĩ thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện thường là bằng lời nói, nhưng cũng bao gồm những hoạt động khác như bỏ phiếu, trình bày kiến nghị hoặc báo cáo từ Ủy ban; các viên chức của Hạ viện thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện thông qua mệnh lệnh chung hoặc cụ thể; người khác (strangers) cũng có thể thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện bằng việc gửi bằng chứng hoặc trình bày đề xuất trước Ủy ban²⁹.

Như vậy, hầu hết quốc gia đều thừa nhận quyền miễn trừ trách nhiệm bảo vệ nghị sĩ đối với phát biểu và việc bỏ phiếu của họ. Tuy nhiên, đối với một số hành vi khác của nghị sĩ như: Hoạt động của nhóm chính trị (activities of political groups), tranh luận trên truyền hình hoặc đài phát thanh (participation in televised or radio debates), trả lời phỏng vấn (interviews), phát biểu trong các cuộc họp chính trị (political meetings), một số quốc gia bảo vệ họ bởi quyền miễn trừ trách nhiệm, nhưng một số quốc gia lại không cho phép³⁰.

²⁸ Điều 185 Hiến pháp Colombia, https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf, truy cập ngày 26/06/2019.

²⁹ Erskine May on Parliamentary Privileges (1976), “*The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*”, 19 Ed, Butterworth, tr. 77.

³⁰ Xem thêm Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments*

Một vấn đề được đặt ra là, việc lặp lại nội dung phát biểu của nghị sĩ trong Nghị viện có được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm hay không. Ở hầu hết các quốc gia, một nghị sĩ không chịu trách nhiệm về các phát biểu hoặc việc bỏ phiếu được ghi trong các ấn phẩm chính thức của Nghị viện (biên bản và các hồ sơ về phiên họp được soạn thảo bởi các cơ quan của Quốc hội)³¹. Tuy nhiên, nếu họ phát biểu trên báo chí hay các ấn phẩm không chính thức của Nghị viện thì lại là một câu chuyện khác. Đơn cử, ở Thái Lan, nếu một nghị sĩ lặp lại những phát biểu trong phiên họp của Quốc hội (phát qua đài phát thanh hoặc truyền hình hoặc bất kỳ phương tiện nào khác) bên ngoài khu vực của Quốc hội thì nghị sĩ sẽ không được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm nếu hành vi đó cấu thành tội hình sự hoặc một hành động sai trái chống lại bất kỳ người nào khác không phải là Bộ trưởng hoặc thành viên của Viện đó³². Nhưng nếu người truyền tin là người khác thì điều này lại được cho phép ở hầu hết các quốc gia với điều kiện việc sao chép, lặp lại phải chính xác và được thực hiện với “thiện chí” (như ở Bangladesh³³, Thái Lan³⁴, Áo³⁵).

Constitutional and Parliamentary Information, ASGP, no. 175, tr. 108 - 110.

³¹ Marc Van Der Hulst (2000), *The Parliamentary Mandate*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, tr. 69.

³² Xem Điều 124 Hiến pháp Thái Lan, [http://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-05/CONSTITUTION+OF+THE+KINGDOM+OF+THAILAND+\(B.E.+2560+\(2017\)\).pdf](http://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-05/CONSTITUTION+OF+THE+KINGDOM+OF+THAILAND+(B.E.+2560+(2017)).pdf), truy cập ngày 27/06/2019.

³³ Xem Điều 78 Hiến pháp Bangladesh, <http://hrlibrary.umn.edu/research/bangladesh.html>, truy cập ngày 27/06/2019.

³⁴ Xem Điều 124 Hiến pháp Thái Lan, [http://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-05/CONSTITUTION+OF+THE+KINGDOM+OF+THAILAND+\(B.E.+2560+\(2017\)\).pdf](http://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-05/CONSTITUTION+OF+THE+KINGDOM+OF+THAILAND+(B.E.+2560+(2017)).pdf)

Bên cạnh việc quy định các hành vi được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ, pháp luật một số nước còn xác định rõ những phát biểu, hành vi nào không được hưởng quyền này. Cụ thể như: Hành vi vu khống và xúc phạm (slander and insult) ở Belarus³⁶; xúc phạm danh dự (defamatory insults) ở Đức³⁷; phản quốc, trọng tội hoặc vi phạm hòa bình (treason, felony or breach of the peace) ở Ireland³⁸... sẽ không được hưởng quyền này. Thậm chí, ở Vương quốc Anh, nghị sĩ có thể bị truy tố theo Đạo luật Bí mật chính thức khi tiết lộ bí mật nhà nước cho dù họ đang thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện³⁹.

1.3. Mức độ bảo vệ của quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ

Pháp luật các quốc gia có sự quy định khác nhau về mức độ bảo vệ của quyền miễn trừ trách nhiệm đối với nghị sĩ. Sau đây là một số ví dụ cụ thể:

- Ở Bỉ, nghị sĩ không bị truy tố hoặc bị điều tra về những phát biểu và phiếu bầu của họ khi thực hiện nhiệm vụ⁴⁰.

- Ở Áo, thành viên của Hội đồng quốc gia không chịu trách nhiệm về các phiếu bầu trong việc thực hiện chức năng của họ và chỉ chịu trách nhiệm trước Hội đồng quốc gia về những phát biểu bằng lời nói hoặc bằng văn bản trong quá trình thực hiện chức năng của mình⁴¹.

- Ở Philippines, các nghị sĩ ở quốc gia này không chịu bất cứ trách nhiệm nào cũng như không bị thẩm vấn về những phát biểu hoặc tranh luận của họ trong Nghị viện hoặc Ủy ban⁴².

- Ở Thái Lan, các nghị sĩ sẽ không phải chịu bất kỳ trách nhiệm nào, kể cả không thể bị khởi kiện với những phát biểu cũng như việc bỏ phiếu của họ tại phiên họp của Quốc hội⁴³.

- Ở Bangladesh, nghị sĩ không chịu trách nhiệm pháp lý về những vụ kiện tại bất kỳ tòa án nào liên quan đến những phát biểu hoặc phiếu bầu đã đưa ra trong Nghị

D+(B.E.+2560+(2017)).pdf, truy cập ngày 27/06/2019.

³⁵ Xem Điều 33 Hiến pháp Áo, http://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20_FULLL_%20Constitution.pdf, truy cập ngày 26/06/2019.

³⁶ Xem Điều 102 Hiến pháp Belarus, <http://www.house.gov.by/en/section-ivthe-president-parliamentgovernment-the-courts-en/>, truy cập ngày 02/7/2019.

³⁷ Xem Điều 146 Hiến pháp Đức, <http://hrlibrary.umn.edu/research/germany-constitution.html>, truy cập ngày 02/7/2019.

³⁸ Xem khoản 13 Điều 15 Hiến pháp Ireland, <http://hrlibrary.umn.edu/research/ireland-constitution.html>, truy cập ngày 02/7/2019.

³⁹ *Parliamentary Privilege - First Report*, <https://publications.parliament.uk/pa/jt199899/jtselect/jtpriv/43/4302.htm>, truy cập ngày 12/04/2019.

⁴⁰ Xem Điều 58 Hiến pháp Bỉ, <http://www.partylaw.leidenuniv.nl/party-law/4c8b5e51-c490-454c-8582-16387287acdc.pdf>, truy cập ngày 25/06/2019.

⁴¹ Xem Điều 57 Hiến pháp Áo, http://constitutionnet.org/sites/default/files/Austria%20_FULLL_%20Constitution.pdf, truy cập ngày 26/06/2019.

⁴² Xem Điều 11 Hiến pháp Philippines, http://hrlibrary.umn.edu/research/Philippines/legal_structure.html, truy cập ngày 27/06/2019.

⁴³ Xem Điều 124 Hiến pháp Thái Lan, [http://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-05/CONSTITUTION+OF+THE+KINGDOM+OF+THAILAND+\(B.E.+2560+\(2017\)\).pdf](http://constitutionnet.org/sites/default/files/2017-05/CONSTITUTION+OF+THE+KINGDOM+OF+THAILAND+(B.E.+2560+(2017)).pdf), truy cập ngày 27/06/2019.

viện⁴⁴. Từ quy định này có thể thấy, quyền miễn trừ trách nhiệm bảo vệ nghị sĩ Bangladesh khỏi mọi trách nhiệm pháp lý trước tòa án. Tuy nhiên, việc nghị sĩ có chịu trách nhiệm trước những cơ quan khác hay không (trong đó có Nghị viện) thì Hiến pháp không đề cập đến.

1.4. Sự hạn chế đối với quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị sĩ

Mặc dù quyền miễn trừ trách nhiệm tạo điều kiện rất tốt để các nghị sĩ tự do bày tỏ chính kiến của mình nhưng ở một góc độ nào đó, khả năng các nghị sĩ lạm dụng quyền này vẫn có thể xảy ra. Để giải quyết vấn đề này, Nghị viện các quốc gia trên thế giới đã có những cách thức xử lý cụ thể. Một trong những cách thức được nhắc đến là khuyến khích các nghị sĩ tự kiểm chế. Theo đó, Chủ tọa kỳ họp sẽ kêu gọi các nghị sĩ không lạm dụng đặc quyền của họ do những thiệt hại có thể xảy ra⁴⁵.

Bên cạnh đó, một số quốc gia còn quy định rõ nghị sĩ chỉ được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm khi đảm bảo các quy tắc kỷ luật hiện hành. Quy tắc này có thể được quy định trong nội quy của Nghị viện hoặc trong pháp luật. Đơn cử như Colombia, Điều 185 Hiến pháp quốc gia này quy định: “*Các thành viên của Nghị viện được hưởng quyền miễn trừ đối với các ý kiến của họ và các phiếu bầu mà họ đưa ra trong khi thực hiện nhiệm vụ của Nghị viện, mà không ảnh*

hưởng đến các quy tắc kỷ luật được quy định trong các luật lệ tương ứng”⁴⁶.

Ngoài ra, pháp luật một số quốc gia cũng quy định những biện pháp kỷ luật mà nghị sĩ có thể phải gánh chịu nếu như phát biểu không đúng đắn. Những biện pháp đó có thể là: Nhắc nhở phải theo đúng nội quy; phê bình; không thanh toán tiền thù lao cho nghị sĩ; đình chỉ tạm thời việc thực hiện nhiệm vụ hoặc thậm chí là trục xuất⁴⁷. Nội dung này thường được quy định trong Hiến pháp, các lệnh hoặc quy tắc ứng xử hiện hành để đảm bảo hoạt động Nghị viện được tiến hành một cách có trật tự.

Hơn thế nữa, để tránh tình trạng lạm dụng quyền miễn trừ trách nhiệm, pháp luật một số quốc gia cũng quy định về việc bãi bỏ quyền này. Theo đó, quyền miễn trừ trách nhiệm có thể bị bãi bỏ bởi những chủ thể sau: Nghị viện (Belarus, Croatia, Hungary, Mali, Mông Cổ, Mozambique, Namibia, Uruguay...); Chủ tịch Hạ viện: Zambia; nghị sĩ tự quyết định từ bỏ quyền miễn trừ trách nhiệm của mình: Hungary (nghị sĩ chỉ có thể tự từ bỏ quyền này đối với các vi phạm nhỏ), Canada, Guinea⁴⁸.

⁴⁴ Xem Điều 78 Hiến pháp Bangladesh, <http://hrlibrary.umn.edu/research/bangladesh.html>, truy cập ngày 27/06/2019.

⁴⁵ UNDP (2006), *Parliamentary Immunity*, Background Paper prepared by the Inter-Parliamentary Union, UNDP Initiative on Parliaments, Crisis Prevention and Recovery In association with the Inter-Parliamentary Union, tr. 22.

⁴⁶ Điều 185 Hiến pháp Colombia: “*Members of Congress enjoy immunity for their opinions and the votes that they cast in the exercise of their office, without prejudice to the disciplinary rules included in the respective by-laws*”, https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf, truy cập ngày 26/06/2019.

⁴⁷ UNDP (2006), *Parliamentary Immunity*, Background Paper prepared by the Inter-Parliamentary Union, UNDP Initiative on Parliaments, Crisis Prevention and Recovery In association with the Inter-Parliamentary Union, tr. 11.

⁴⁸ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 114.

Tuy nhiên, một số quốc gia lại quan niệm rằng, quyền miễn trừ trách nhiệm phải là sự bảo vệ vĩnh viễn và tuyệt đối cho các nghị sĩ. Vì vậy, họ đưa ra những quy định rất nghiêm ngặt về việc bãi bỏ quyền miễn trừ trách nhiệm, thậm chí không cho phép việc bãi bỏ quyền này (chẳng hạn như Thổ Nhĩ Kỳ), dù là việc bãi bỏ xuất phát từ Nghị viện hay chính nghị sĩ⁴⁹.

2. Quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ

2.1. Khái niệm quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ

Quyền bất khả xâm phạm được hiểu là sự bảo vệ nghị sĩ khỏi các thủ tục tố tụng dân sự hoặc hình sự đối với các hành vi được thực hiện bên ngoài chức năng của Nghị viện⁵⁰. Về nguyên tắc, nghị sĩ có thể không bị tước quyền tự do nếu không có sự cho phép của Nghị viện. Tùy thuộc vào pháp luật của từng quốc gia, họ có thể không bị truy tố, hoặc việc truy tố phải bị tạm dừng hoặc đình chỉ theo yêu cầu của Nghị viện⁵¹.

Quyền bất khả xâm phạm có vai trò quan trọng trong việc đảm bảo tính độc lập của Nghị viện bằng cách ngăn chặn mọi khả năng tiến hành tố tụng hình sự/dân sự có động cơ chính trị và do đó bảo vệ phe đối

lập khỏi áp lực hoặc lạm dụng từ phía đa số⁵². Hơn nữa, việc đưa ra các thủ tục tố tụng chống lại các nghị sĩ có thể ảnh hưởng đến chính chức năng của Nghị viện và phá vỡ công việc của Nghị viện⁵³.

Tương tự như quyền miễn trừ trách nhiệm, ở hầu hết các quốc gia trên thế giới, quyền bất khả xâm phạm được quy định trong Hiến pháp, các đạo luật hoặc trong các án lệ⁵⁴.

2.2. Đặc điểm của quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ

Tương tự như quyền miễn trừ trách nhiệm, đặc điểm của quyền bất khả xâm phạm cũng là câu trả lời cho bốn vấn đề: Bảo vệ cho ai (*ratione personae*)?, khi nào bắt đầu và kết thúc bảo vệ (*ratione temporis*)?, chỉ bảo vệ trong phạm vi của Nghị viện hay còn rộng hơn nữa (*ratione loci*)?, và những hành vi nào được bảo vệ bởi quyền này (*ratione materiae*)?

2.2.1. Bảo vệ cho ai (*Ratione personae*)?

Ở hầu hết các quốc gia trên thế giới, quyền bất khả xâm phạm được áp dụng cho nghị sĩ. Tuy nhiên, một số quốc gia cũng mở rộng quyền này cho những người không phải là nghị sĩ. Úc, Ấn Độ, Kenya, New Zealand, Zambia áp dụng quyền này cho cả những người làm chứng trước Ủy ban Nghị viện hoặc Nghị viện. Còn ở các quốc gia

⁴⁹ Serkan Yolcu (2011), *Parliamentary Inviolability v. Right to a Fair Trial: A Constitutional Analysis of the Case of Kart v. Turkey*, Article in SSRN Electronic Journal, 8/2011, tr. 4.

⁵⁰ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 116.

⁵¹ Sascha Hardt (2013), *Parliamentary Immunity A Comprehensive Study of the Systems of Parliamentary Immunity of the United Kingdom, France, and the Netherlands in a European Context*, Dissertation, Maastricht University, tr. 6.

⁵² European Court of Human Rights Grand Chamber Judgment of 3 December 2009, *Kart v. Turkey*, Application No. 8917/05.

⁵³ European Court of Human Rights (2018), *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, tr. 17.

⁵⁴ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 117.

khác, quyền bất khả xâm phạm được áp dụng cho cả những người mang chức vụ khác như nguyên thủ quốc gia (Bỉ, Romania), Thủ tướng (Thụy Sĩ), các Bộ trưởng (Bỉ) và các thẩm phán (Slovenia, Thụy Sĩ)⁵⁵.

2.2.2. Khi nào bắt đầu và kết thúc bảo vệ (*Ratione temporis*)?

Có hai thời điểm xác định một nghị sĩ được hưởng quyền bất khả xâm phạm, là ngày bầu cử hoặc ngày tuyên thệ. Ví dụ, ở Argentina, nghị sĩ được hưởng quyền này kể từ ngày bầu cử⁵⁶. Hay ở Chile, nghị sĩ được hưởng quyền này từ ngày bầu cử hoặc ngày tuyên thệ⁵⁷. Điều đó có nghĩa là, trước thời điểm bầu cử hoặc tuyên thệ, quyền bất khả xâm phạm sẽ không được áp dụng. Tuy nhiên, cũng có một vài trường hợp ngoại lệ. Chẳng hạn, Hiến pháp Thổ Nhĩ Kỳ quy định tại Điều 83 như sau: “*Một nghị sĩ bị cáo buộc đã phạm tội trước hoặc sau bầu cử sẽ không bị giam giữ, thẩm vấn, bắt giữ hoặc xét xử trừ khi Nghị viện quyết định khác*”⁵⁸. Như vậy, ở quốc gia này, thời điểm áp dụng quyền bất khả xâm phạm được áp dụng đối với cả những hành vi phạm tội mà nghị sĩ thực hiện trước khi trúng cử. Nhưng cũng cần lưu ý rằng, vẫn có hai ngoại lệ: Một là, không áp dụng trong trường hợp nghị sĩ bị bắt quả tang với tội danh có hình phạt nặng;

hai là, điều này không áp dụng trong trường hợp lạm dụng các quyền và tự do cơ bản khi đã có một cuộc điều tra được bắt đầu trước cuộc bầu cử (Điều 14 Hiến pháp Thổ Nhĩ Kỳ⁵⁹). Tuy nhiên, trong những tình huống như vậy, cơ quan có thẩm quyền ngay lập tức phải trực tiếp thông báo cho Nghị viện Thổ Nhĩ Kỳ về vụ việc này.

Việc xác định khi nào nghị sĩ được hưởng quyền bất khả xâm phạm cũng liên quan đến kỳ họp Nghị viện. Theo đó, ở một số nước, nghị sĩ chỉ được hưởng quyền này khi Nghị viện đang họp, tức là trong thời gian Nghị viện không họp, họ sẽ không được hưởng quyền bất khả xâm phạm (Philippines, Hàn Quốc, Thụy Sĩ, Thái Lan). Tuy nhiên, ở hầu hết quốc gia, quyền bất khả xâm phạm có thể được kéo dài trong một khoảng thời gian trước hoặc sau phiên họp ví dụ như ở Na Uy (Điều 66 Hiến pháp)⁶⁰, Úc (Điều 14 Luật về đặc quyền Nghị viện năm 1987)⁶¹.

⁵⁹ Điều 14 Hiến pháp Thổ Nhĩ Kỳ:

“*None of the rights and freedoms embodied in the Constitution shall be exercised in the form of activities aiming to violate the indivisible integrity of the State with its territory and nation, and to endanger the existence of the democratic and secular order of the Republic based on human rights.*

No provision of this Constitution shall be interpreted in a manner that enables the State or individuals to destroy the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution or to stage an activity with the aim of restricting them more extensively than stated in the Constitution.

The sanctions to be applied against those who perpetrate activities contrary to these provisions shall be determined by law”, <http://hrlibrary.umn.edu/research/constitution-turkey.html>, truy cập ngày 27/06/2018.

⁶⁰ <https://www.stortinget.no/globalassets/pdf/english/constitutionenglish.pdf>, truy cập ngày 30/06/2018.

⁶¹ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C00951>, truy cập ngày 30/06/2019.

⁵⁵ Marc Van Der Hulst (2000), *The Parliamentary Mandate*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, tr. 82.

⁵⁶ Xem Điều 69 Hiến pháp Argentina, <http://hrlibrary.umn.edu/research/argentina-constitution.html>, truy cập ngày 27/06/2018.

⁵⁷ Xem Điều 61 Hiến pháp Chile, <http://hrlibrary.umn.edu/research/chile.html>, truy cập ngày 26/06/2019.

⁵⁸ <http://hrlibrary.umn.edu/research/constitution-turkey.html>, truy cập ngày 27/06/2018.

2.2.3. *Chỉ bảo vệ trong phạm vi tại Nghị viện hay còn rộng hơn nữa (Ratione loci)?*

Địa điểm mà nghị sĩ thực hiện hành vi vi phạm không liên quan đến việc áp dụng quyền bất khả xâm phạm. Tuy nhiên, ở một số quốc gia (Ireland, Na Uy, Zambia), câu hỏi về địa điểm đóng vai trò quan trọng trong phạm vi đặc quyền. Theo đó, quyền này sẽ bảo vệ nghị sĩ không bị bắt giữ trên đường đến Nghị viện hoặc từ Nghị viện về⁶².

2.2.4. *Những hành vi nào được bảo vệ bởi quyền này (Ratione materiae)?*

Ở một số quốc gia (Bỉ, Pháp, Ý, Tây Ban Nha, Uruguay, Chile, Phần Lan, Estonia, Croatia, Malaysia, Mozambique, Cộng hòa Séc, Đức), tính chất hoặc mức độ nghiêm trọng của hành vi vi phạm không là cơ sở của việc áp dụng quyền bất khả xâm phạm. Tuy nhiên, ở một số quốc gia khác, điều này là ngược lại. Chẳng hạn, tội phản quốc và một số tội phạm nghiêm trọng khác ở Belarus không được áp dụng quyền bất khả xâm phạm⁶³. Ngoài ra, một số quốc gia cũng dựa trên thời hạn phạt tù đối với tội phạm để xác định nghị sĩ có được hưởng quyền bất khả xâm phạm hay không. Ví dụ, các nghị sĩ ở Philippines không được bảo vệ khi họ thực hiện các tội phạm có hình phạt tù hơn sáu năm⁶⁴. Bên cạnh đó, một số quốc gia khác lại quy định theo hướng: Quyền

bất khả xâm phạm nên áp dụng trong các trường hợp nghiêm trọng và không áp dụng cho các vi phạm nhỏ bởi thủ tục tố tụng trong các vụ án đặc biệt nghiêm trọng mới có khả năng ảnh hưởng đến việc thực thi nhiệm vụ của Nghị viện. Chẳng hạn, các hành vi tranh chấp dân sự (tố tụng dân sự) ở Đan Mạch, Gabon, Mali, Mozambique, Bồ Đào Nha, Slovenia, Hàn Quốc, các vi phạm nhỏ ở Mali, Bồ Đào Nha không được bảo vệ bởi quyền bất khả xâm phạm⁶⁵.

Ở hầu hết các quốc gia, nghị sĩ không được hưởng quyền bất khả xâm phạm trong trường hợp phạm tội quả tang (flagrante delicto)⁶⁶. Tuy nhiên, một số quốc gia còn căn cứ vào tính chất và mức nghiêm trọng của hành vi vi phạm để xác định nghị sĩ phạm tội quả tang có được hưởng quyền bất khả xâm phạm không. Ví dụ, ở Estonia, Hy Lạp, trong trường hợp phạm tội quả tang, quyền bất khả xâm phạm không thể bảo vệ nghị sĩ thực hiện tội phạm nghiêm trọng. Các nước khác cũng căn cứ vào hình phạt để xác định vấn đề này. Chẳng hạn, ở Bồ Đào Nha, một nghị sĩ phạm tội quả tang chỉ mất quyền bất khả xâm phạm khi tội danh có hình phạt ít nhất ba năm tù. Tương tự như vậy, pháp luật Phần Lan quy định là ít nhất sáu tháng tù, Philippines là ít nhất sáu năm tù. Tuy nhiên, có những quốc gia mặc dù cho phép việc bắt giữ nghị sĩ khi họ phạm tội quả tang nhưng việc giam giữ nghị

⁶² Marc Van Der Hulst (2000), *The Parliamentary Mandate*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, tr. 124.

⁶³ Xem Điều 102 Hiến pháp Belarus, <http://hrlibrary.umn.edu/research/belarus-constitution.html>, truy cập ngày 28/6/2019.

⁶⁴ Xem Điều 11 Hiến pháp Philippines, http://hrlibrary.umn.edu/research/Philippines/legal_structur e.html, truy cập ngày 27/06/2019.

⁶⁵ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 120.

⁶⁶ Ở một số quốc gia, khái niệm về phạm tội quả tang được giải thích rộng rãi hơn. Ví dụ, ở Đức, các nghị sĩ không thể được hưởng quyền bất khả xâm phạm nếu họ bị bắt vào ngày sau khi hành vi vi phạm được thực hiện.

sĩ đó buộc phải có sự đồng ý của Nghị viện. Điều này có thể tìm thấy ở pháp luật của Hungary, Cộng hòa Séc.

2.3. Mức độ bảo vệ của quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ

Có ba xu hướng chính đối với việc áp dụng quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ:

- Xu hướng thứ nhất, nghị sĩ chỉ được hưởng quyền miễn trừ trách nhiệm, không được hưởng quyền bất khả xâm phạm (Grenada, Malaysia, Namibia, Hà Lan, Na Uy, Suriname).

- Xu hướng thứ hai, nghị sĩ chỉ được hưởng quyền bất khả xâm phạm đối với tố tụng dân sự, không áp dụng đối với tố tụng hình sự (Vương quốc Anh, Úc, Nam Phi).

- Xu hướng thứ ba, quyền bất khả xâm phạm được áp dụng đối với tố tụng hình sự. Trong xu hướng này, các quốc gia có hai phương pháp để bảo vệ nghị sĩ. Một là, để đảm bảo các nghị sĩ có thể tham gia hoạt động của Nghị viện, pháp luật nghiêm cấm việc bắt giữ nghị sĩ khi họ đang trên đường đến hoặc về từ Nghị viện hoặc trong khu vực của Nghị viện, ví dụ như ở Na Uy và Ireland. Hai là, mở rộng sự bảo vệ nghị sĩ bằng cách đưa ra một quy trình đặc biệt mà vẫn tránh gây ấn tượng rằng có một đặc quyền lớn dành cho nghị sĩ. Chẳng hạn, ở Colombia, thủ tục này có hình thức là một đặc quyền tư pháp. Tức là nghị sĩ được xét xử bởi một tòa án cao hơn so với tòa án thường có thẩm quyền trong những trường hợp như vậy⁶⁷. Tuy nhiên, thủ tục thông

thường là cấm tất cả các trường hợp bắt giữ hoặc truy tố nghị sĩ mà không có sự cho phép rõ ràng của Nghị viện. Ngoài ba xu hướng chính trên, một số ít quốc gia quy định quyền bất khả xâm phạm được áp dụng cho tất cả các thủ tục tố tụng, cho dù là hình sự, dân sự hay kỷ luật (ví dụ: Guinea, Hungary)⁶⁸.

Một vấn đề được đặt ra là liệu rằng nghị sĩ được hưởng quyền này chỉ đối với việc bắt giữ (arrest) hay đối với cả việc triệu tập ra trước tòa (summons before a court) và thậm chí là án tù (committal)? Ở hầu hết các quốc gia, “mức độ bảo vệ tối thiểu” của quyền bất khả xâm phạm là bảo vệ chống lại việc bắt giữ, trừ trường hợp phạm tội quả tang. Tuy nhiên, cách hiểu thế nào là “bắt giữ” có sự khác nhau đáng kể giữa các quốc gia. Theo đó, ở Đức, “bắt giữ” được hiểu là tất cả các biện pháp hạn chế tự do, như lệnh bắt giữ nghị phạm ngay trước tòa án (warrant to bring the suspect immediately before court), lệnh không đi khỏi nơi cư trú (compulsory residence order), giam giữ (civil imprisonment) hoặc các biện pháp thay thế phạt tù như quản thúc tại gia (house arrest) hoặc bất kỳ giới hạn nào trong việc di chuyển. Còn ở Bỉ, “bắt giữ” chỉ được hiểu là “bắt giữ tư pháp”, bao gồm sự bắt giữ do quyết định của tòa án và tạm giam. Do đó, thuật ngữ này không bao gồm việc bắt giữ được thực hiện bởi lệnh bắt giữ ngay lập tức trước khi có lệnh của Thẩm phán tòa sơ thẩm, cũng không bao gồm bắt giữ hành chính nơi cảnh sát có thể tiến hành thực hiện các nhiệm vụ phòng ngừa vi phạm

⁶⁷ Ví dụ: Điều 186 Hiến pháp Colombia quy định Tòa án công lý tối cao là cơ quan duy nhất có quyền ra lệnh tạm giam nghị sĩ khi họ phạm tội, https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf, truy cập ngày 02/7/2019.

⁶⁸ Marc Van Der Hulst (2000), *The Parliamentary Mandate*, Inter-Parliamentary Union, Geneva, tr. 80.

pháp luật. Hay ở Phần Lan, thuật ngữ này bao gồm hành vi bắt giữ, giam giữ và cấm đi lại. Ngoài ra, một số quốc gia quan niệm “bắt giữ” là việc giam giữ như một hình phạt. Trong khi đó, ở một số quốc gia, một nghị sĩ chỉ có thể chịu án tù hoặc bị triệu tập ra trước tòa án khi có sự cho phép của Nghị viện. Nhưng điều này chỉ áp dụng trong các vụ án hình sự (Đức, Áo, Bỉ, Croatia, Ai Cập, Gabon, Ba Lan, Romania, Uruguay). Còn ở Ba Lan, quyền bất khả xâm phạm liên quan đến tất cả các giai đoạn tố tụng hình sự, bao gồm các hoạt động chuẩn bị xét xử (như điều tra nghi phạm, triệu tập, giam giữ hoặc đưa ra lệnh khám xét), các giai đoạn của thủ tục tố tụng tư pháp và biện pháp thi hành án (thi hành hình phạt)⁶⁹. Hay ở Thổ Nhĩ Kỳ, quyền bất khả xâm phạm áp dụng với cả hoạt động giam giữ, thẩm vấn, bắt giữ, xét xử và cả thi hành án. Điều 83 Hiến pháp Thổ Nhĩ Kỳ quy định: “*Việc thi hành bản án hình sự đối với một nghị sĩ trước hoặc sau cuộc bầu cử sẽ bị đình chỉ cho đến khi ông ta không còn là nghị sĩ*”⁷⁰.

2.4. Bãi bỏ quyền bất khả xâm phạm của nghị sĩ

Hầu hết các quốc gia đều quy định về việc bãi bỏ quyền bất khả xâm phạm. Theo đó, ở những quốc gia này, thẩm quyền bãi bỏ quyền bất khả xâm phạm được trao cho Nghị viện⁷¹. Tuy nhiên, vẫn tồn tại những

trường hợp ngoại lệ. Chẳng hạn, tại Chile, Nghị viện (Congreso nacional) không có thẩm quyền bãi bỏ quyền miễn trừ. Việc cho phép truy tố hoặc bắt giữ một nghị sĩ được đưa ra bởi một cơ quan tư pháp có tên là Tòa án Alzada. Hay ở Cộng hòa Síp, Hiến pháp quy định rằng các thủ tục tố tụng, bắt giữ hoặc giam giữ phải được Tòa án tối cao cho phép⁷².

Pháp luật hầu hết quốc gia (ngoại trừ Ba Lan và Thụy Sĩ) không cho phép nghị sĩ tự mình từ bỏ quyền bất khả xâm phạm. Ví dụ, ở Pháp, các quy định về quyền miễn trừ nói chung và quyền bất khả xâm phạm nói riêng, theo truyền thống là vấn đề của chính sách công và các nghị sĩ không thể từ bỏ nó. Hay theo Hiến pháp Thổ Nhĩ Kỳ, chỉ duy nhất Nghị viện có quyền bãi bỏ quyền bất khả xâm phạm, nghị sĩ không được tự mình từ bỏ quyền này. Vì quốc gia này cho rằng, mặc dù quyền bất khả xâm phạm dành cho cá nhân nghị sĩ, nhưng thực chất là dành cho Nghị viện, nhằm đảm bảo sự hoạt động thông suốt của Nghị viện⁷³, đồng thời đây cũng là vấn đề thuộc về chính sách công⁷⁴.

Về chủ thể yêu cầu bãi bỏ quyền bất khả xâm phạm, pháp luật các quốc gia có sự quy định khá đa dạng. Cụ thể, quyền yêu cầu bãi bỏ này có thể thuộc về một số chủ

Gabon) hoặc thậm chí bởi Chủ tịch Hạ viện (Zambia).

⁷² Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 127.

⁷³ European Court of Human Rights Grand Chamber Judgment of 3 December 2009, *Kart v. Turkey*, Application No. 8917/05.

⁷⁴ Serkan Yolcu (2011), *Parliamentary Inviolability v. Right to a Fair Trial: A Constitutional Analysis of the Case of Kart v. Turkey*, Article in SSRN Electronic Journal, 8/2011, tr. 5.

⁶⁹ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 125.

⁷⁰ <http://hrlibrary.umn.edu/research/constitution-turkey.html>, truy cập ngày 27/06/2018.

⁷¹ Tuy nhiên, trong một số trường hợp, thẩm quyền này không được quyết định bởi tập thể Nghị viện, mà được quyết định bởi Cục của Nghị viện (Pháp,

thể sau: Công tố viên (Pháp, Gabon, Mali, Ba Lan, Liên bang Nga); tòa án có thẩm quyền (Uruguay, Thụy Sĩ); Tòa án Tối cao (Tây Ban Nha); một hoặc một số nghị sĩ (Burkina Faso); Bộ trưởng Bộ Tư pháp (Burkina Faso, Romania); Nghị viện (Đan Mạch, Áo, Thái Lan); văn phòng của công tố viên, tòa án, một chủ nợ liên quan đến vụ việc... (Đức)⁷⁵.

3. Quyền miễn trừ của đại biểu Quốc hội ở Việt Nam và một số gợi ý

Hiện nay, quyền miễn trừ của đại biểu Quốc hội được quy định tại Điều 81 Hiến pháp năm 2013: “*Không được bắt, giam giữ, khởi tố đại biểu Quốc hội nếu không có sự đồng ý của Quốc hội hoặc trong thời gian Quốc hội không họp không có sự đồng ý của Ủy ban Thường vụ Quốc hội; trong trường hợp đại biểu Quốc hội phạm tội quá tang mà bị tạm giữ thì cơ quan tạm giữ phải lập tức báo cáo để Quốc hội hoặc Ủy ban Thường vụ Quốc hội xem xét, quyết định*”. Quy định này được cụ thể hóa tại Điều 37 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 với tên gọi “Quyền miễn trừ của đại biểu Quốc hội”⁷⁶.

Từ những quy định trên, nổi lên một số khía cạnh về quyền miễn trừ của đại biểu Quốc hội ở nước ta hiện nay như sau:

3.1. Về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội

Có thể thấy, Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 chỉ quy định về quyền bất khả xâm phạm của đại

biểu Quốc hội, không đề cập đến quyền miễn trừ trách nhiệm. Trong các bản Hiến pháp Việt Nam, Hiến pháp năm 1946 là Hiến pháp duy nhất quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của nghị viên. Điều 40 Hiến pháp năm 1946 quy định: “*Nghị viên không bị truy tố vì lời nói hay biểu quyết trong Nghị viện*”. Như vậy, quyền miễn trừ trách nhiệm trong Hiến pháp năm 1946 không chỉ bảo vệ nghị viên khỏi việc truy tố. Đối tượng được bảo vệ còn là lời nói và biểu quyết trong Nghị viện. Quy định này của Hiến pháp năm 1946 được đánh giá là “*hết sức tiến bộ và phù hợp với thông lệ hoạt động của Nghị viện các nước trên thế giới*”⁷⁷. Tuy nhiên, các bản Hiến pháp sau đó, kể cả Hiến pháp hiện hành đều không kế thừa quy định trên. Điều này dẫn đến thực trạng là, một số đại biểu Quốc hội đã bị yêu cầu “giải trình” hoặc yêu cầu “chấn chỉnh” trong phát biểu sau khi đặt những câu hỏi chất vấn “nhạy cảm” hay có những phát biểu “đụng chạm” đến các bộ, ngành, doanh nghiệp⁷⁸. Có thể thấy rõ vấn đề qua một số ví dụ, cụ thể như sau:

Thứ nhất, đại biểu Quốc hội Lê Văn Công (tỉnh Thanh Hóa) chất vấn Thủ tướng^{79,80,81}.

⁷⁷ Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 7, tr. 12.

⁷⁸ Trương Thị Minh Thùy (2018), *Kiểm soát của lập pháp đối với hành pháp ở Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ, Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh, tr. 54.

⁷⁹ Văn phòng Quốc hội, *Buổi sáng ngày 19/11/2009: Quốc hội tiếp tục nghe chất vấn và trả lời chất vấn của đại biểu Quốc hội*, <http://quochoi.vn/hoatdongcuaquochoi/cackyhophquochoi/quochoikhoaXII/kyhophthusau/Pages/tra-loi-chat-van.aspx?ItemID=22395>, truy cập ngày 24/4/2019.

⁷⁵ Robert Myttenaere (1998), *The immunities of members of Parliaments Constitutional and Parliamentary Information*, ASGP, no. 175, tr. 128.

⁷⁶ Xem Điều 37 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

Thứ hai, đại biểu Quốc hội Phạm Khánh Phong Lan đã có phát biểu liên quan đến chất lượng thuốc và cấp phép lưu hành thuốc, đấu thầu thuốc vào bệnh viện vào tháng 9 năm 2014, tại phiên họp toàn thể lần 9 của Ủy ban về các vấn đề xã hội của Quốc hội (diễn ra từ ngày 25 đến ngày 26/9/2014)^{82,83}.

Thứ ba, đại biểu Quốc hội Nguyễn Sỹ Cương (tỉnh Ninh Thuận) đã chất vấn Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường về việc chậm trễ, tiêu cực và những nhiễu trong cấp sổ đỏ tại các dự án chung cư ở Hà Nội tại phiên chất vấn của Ủy ban Thường vụ Quốc hội vào sáng ngày 29/9/2014^{84,85}.

⁸⁰ Duy Hưng, *Đại biểu Quốc hội Hà Giang chất vấn lại ông Lê Văn Cường*, Lao động, số 276, ngày 04/12/2009. Dẫn từ: Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 7, tr. 14.

⁸¹ Bạch Long, *Nghĩ về dũng khí của đại biểu*, <http://www.daibieunhandan.vn/default.aspx?tabid=76&NewsId=377181>, truy cập ngày 24/04/2019.

⁸² Lê Nguyễn, *Bộ Y tế đề nghị đại biểu Quốc hội giải trình?*, <https://www.tienphong.vn/xa-hoi/bo-y-te-de-nghi-dai-bieu-quoc-hoi-giai-trinh-769475.tpo>, truy cập ngày 24/04/2019.

⁸³ Xem thêm một số ý kiến không đồng ý về việc yêu cầu giải trình này tại: Duy Tính, *Bà Phong Lan đã thực thi quyền đại biểu Quốc hội*, <https://plo.vn/thoisu/ba-phong-lan-da-thuc-thi-quyen-dai-bieu-quoc-hoi-502278.html>, truy cập ngày 24/04/2019; *Ngẫm chuyện Đại biểu Quốc hội phải... giải trình*, <http://www.doisongphapluat.com/xa-hoi/ngam-chuyen-dai-bieu-quoc-hoi-phai-giai-trinh-a63158.html>, truy cập ngày 06/08/2017.

⁸⁴ Vân Ly, *Bộ trưởng Bộ TN-MT: Vẫn còn những nhiễu trong cấp sổ đỏ*, <https://www.thesaigon-times.vn/120650/Bo-truong-Bo-TN-MT-van-con-nhung-nhieu-trong-cap-so-do.html>, truy cập ngày 24/04/2019.

⁸⁵ Công ty Hapulico khẳng định không có tiêu cực, <http://beta.kinhtedothi.vn/cong-ty-hapulico-khang-dinh-khong-co-tieu-cuc-188777.html>, truy cập ngày 24/04/2019.

Thông qua những vụ việc trên có thể thấy, việc Hiến pháp và pháp luật hiện hành chưa quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội sẽ ảnh hưởng lớn đến tâm lý cũng như sự tự do trong các phát biểu, chất vấn của đại biểu Quốc hội. Vì thế, về mặt thực tế, việc bổ sung các quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội trong Hiến pháp và những văn bản pháp luật liên quan là hết sức cần thiết. Hơn nữa, về mặt lý luận, việc bổ sung này không chỉ mang tính cá nhân, bảo đảm quyền lợi của các đại biểu Quốc hội, mà còn là cơ chế bảo đảm lợi ích chung của nhân dân và Quốc hội; bảo đảm hiệu quả hoạt động của Quốc hội; phù hợp với thông lệ hoạt động của cơ quan lập pháp hầu hết các nước trên thế giới, phù hợp với mục tiêu xây dựng Quốc hội nước ta theo hướng chuyên nghiệp hiện đại⁸⁶. Theo đó, thiết nghĩ trong thời gian tới, các nhà lập hiến, lập pháp cần nghiên cứu và làm rõ những vấn đề cơ bản sau để xây dựng các quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội:

Một là, thời điểm bắt đầu và kết thúc quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội. Đối với thời điểm bắt đầu quyền miễn trừ trách nhiệm, như đã phân tích, các quốc gia trên thế giới có những quy định khác nhau. Đó có thể là thời điểm nghị sĩ trúng cử hoặc nghị sĩ được xác nhận sau khi cuộc bầu cử hay lễ tuyên thệ. Tuy nhiên, theo quan điểm của tác giả, thời điểm bắt đầu quyền miễn trừ trách nhiệm nên là thời điểm tư cách đại biểu Quốc hội được chính

⁸⁶ Hoàng Minh Hiếu (2011), “*Bổ sung quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 7, tr. 13.

thức xác nhận. Vậy vấn đề đặt ra là, theo quy định của pháp luật bầu cử hiện hành, thời điểm này có phải là lúc kết quả bầu cử và danh sách người trúng cử được công bố? Theo Điều 88 Luật Bầu cử đại biểu Quốc hội và đại biểu Hội đồng nhân dân năm 2015, “*Căn cứ vào kết quả tổng kết bầu cử đại biểu Quốc hội, kết quả giải quyết khiếu nại, tố cáo liên quan đến người trúng cử đại biểu Quốc hội, Hội đồng bầu cử quốc gia tiến hành xác nhận tư cách của người trúng cử đại biểu Quốc hội, cấp giấy chứng nhận đại biểu Quốc hội khóa mới cho người trúng cử và báo cáo Quốc hội khóa mới về kết quả xác nhận tư cách đại biểu Quốc hội tại kỳ họp đầu tiên*”. Như vậy, trường hợp Hội đồng bầu cử quốc gia phát hiện người trúng cử không đủ tiêu chuẩn của đại biểu Quốc hội thì Hội đồng bầu cử quốc gia vẫn có quyền biểu quyết đề ban hành nghị quyết không xác nhận tư cách đại biểu Quốc hội đối với người đó. Nói cách khác, một ứng cử viên có tên trong danh sách những người trúng cử đại biểu Quốc hội được công bố bởi Hội đồng bầu cử quốc gia vẫn chưa đương nhiên trở thành đại biểu Quốc hội chính thức^{87,88}. Như vậy, thiết nghĩ, thời điểm bắt đầu quyền miễn trừ trách nhiệm nên được quy định là thời điểm Hội đồng

bầu cử quốc gia ra nghị quyết công nhận tư cách và cấp giấy chứng nhận đại biểu Quốc hội cho người trúng cử.

Đối với thời điểm kết thúc quyền miễn trừ trách nhiệm, Việt Nam nên kế thừa kinh nghiệm của pháp luật các nước theo hướng: Đây là thời điểm Quốc hội hết nhiệm kỳ. Theo khoản 1 Điều 2 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, nhiệm kỳ của mỗi khóa Quốc hội là 05 năm, kể từ ngày khai mạc kỳ họp thứ nhất của Quốc hội khóa đó đến ngày khai mạc kỳ họp thứ nhất của Quốc hội khóa sau. Tuy nhiên, khoản 3 Điều này cũng quy định: “*Trong trường hợp đặc biệt, nếu được ít nhất hai phần ba tổng số đại biểu Quốc hội biểu quyết tán thành thì Quốc hội quyết định rút ngắn hoặc kéo dài nhiệm kỳ của mình theo đề nghị của Ủy ban Thường vụ Quốc hội. Việc kéo dài nhiệm kỳ của một khóa Quốc hội không được quá 12 tháng, trừ trường hợp có chiến tranh*”. Ngoài thời điểm Quốc hội hết nhiệm kỳ, theo tác giả, thời điểm kết thúc quyền miễn trừ trách nhiệm của đại biểu Quốc hội cũng nên được quy định là thời điểm chấm dứt tư cách đại biểu Quốc hội: Khi đại biểu Quốc hội xin thôi làm nhiệm vụ và được chấp thuận (Điều 38 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014); đại biểu Quốc hội đương nhiên mất quyền đại biểu vì bị kết tội bởi bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của tòa án (Điều 39 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014); đại biểu Quốc hội bị bãi nhiệm (Điều 40 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014). Trong các trường hợp này, những lời nói hay hành vi của họ đã không còn được thực hiện với tư cách đại biểu Quốc hội và do đó, mục đích của quyền miễn trừ trách nhiệm đã không còn đạt được.

⁸⁷ Trương Thị Minh Thùy (2018), “*Vấn đề xác lập và chấm dứt tư cách đại biểu Quốc hội – Bất cập và kiến nghị hoàn thiện*”, Tạp chí Luật học, số 9, tr. 68.

⁸⁸ Lê Kiên, Ông Trịnh Xuân Thanh không được xác nhận tư cách ĐBQH, <https://tuoitre.vn/ong-trinh-xuan-thanh-khong-duoc-xac-nhan-tu-cach-dbqh-1137319.htm>, truy cập ngày 09/7/2018. Lê Kiên, Bà Nguyệt Hương không đủ tư cách ĐBQH vì có hai quốc tịch, <https://tuoitre.vn/ba-nguyen-thi-nguyet-huong-co-hai-quoc-tich-1138549.htm>, truy cập ngày 09/7/2018.

Hai là, những hành vi của đại biểu Quốc hội được bảo vệ bởi quyền miễn trừ trách nhiệm. Khi quy định về vấn đề này, cần kế thừa kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới. Theo đó, phát biểu và việc bỏ phiếu của đại biểu Quốc hội thuộc phạm vi được bảo vệ bởi quyền này. Theo quan điểm của tác giả, trong giai đoạn đầu, quy định về quyền miễn trừ trách nhiệm, phạm vi áp dụng quyền này nên được giới hạn theo hướng, những phát biểu và việc bỏ phiếu trên phải nằm trong tiến trình hoạt động của Quốc hội. Còn những phát biểu khác, chẳng hạn trả lời phỏng vấn, tranh luận trên các đài phát thanh, truyền hình... cần có thêm thời gian nghiên cứu và lộ trình áp dụng thích hợp.

Ba là, mức độ bảo vệ của quyền miễn trừ trách nhiệm. Như đã phân tích, có nhiều mức độ bảo vệ của quyền miễn trừ trách nhiệm đối với đại biểu Quốc hội. Có thể chỉ là sự bảo vệ khỏi hoạt động truy tố, điều tra, xét xử hoặc bảo vệ trước những cơ quan, tổ chức, cá nhân khác, ngoại trừ Quốc hội hoặc thậm chí là bảo vệ tuyệt đối khi đại biểu Quốc hội không phải chịu bất kỳ trách nhiệm gì về những phát biểu, biểu quyết của mình. Theo quan điểm của tác giả, nên quy định theo hướng: Đại biểu Quốc hội không chịu trách nhiệm trước bất kỳ ai, trừ Quốc hội và cử tri, về những phát biểu và việc bỏ phiếu trong quá trình thực hiện nhiệm vụ của mình.

Bốn là, những biện pháp để hạn chế trường hợp đại biểu Quốc hội phát biểu không chính xác hoặc làm ảnh hưởng đến danh dự, uy tín của cơ quan, tổ chức, cá nhân khác. Mặc dù, mục đích của quyền miễn trừ trách nhiệm là giúp đại biểu Quốc

hội yên tâm thực hiện nhiệm vụ của mình, nhưng cũng không thể loại trừ trường hợp đại biểu Quốc hội chưa nắm rõ thông tin về vấn đề hoặc cố ý lạm dụng quyền này để làm ảnh hưởng đến danh dự, uy tín của chủ thể khác. Vì vậy, để hạn chế tình trạng trên, theo kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới, khi bắt đầu các buổi làm việc của Quốc hội, Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Ủy ban của Quốc hội, Chủ tọa nên nhắc nhở các thành viên thận trọng trong cách nói và lựa chọn từ ngữ cũng như không lạm dụng đặc quyền. Bên cạnh đó, pháp luật cũng cần quy định về những chế tài mà đại biểu Quốc hội có thể phải gánh chịu khi lạm dụng quyền này, chẳng hạn như: Bị mời ra khỏi phòng họp hoặc thậm chí là bị tước quyền miễn trừ trách nhiệm nếu vi phạm nhiều lần.

3.2. Về quyền bất khả xâm phạm của đại biểu Quốc hội

Có thể thấy, Điều 81 Hiến pháp năm 2013 và Điều 37 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 ghi nhận khá đầy đủ về quyền bất khả xâm phạm của đại biểu Quốc hội. Mặc dù các quy định trên không nêu rõ thời điểm bắt đầu và kết thúc quyền này, nhưng có thể hiểu rằng, chỉ những ai là đại biểu Quốc hội mới được hưởng quyền bất khả xâm phạm. Tức là, thời điểm bắt đầu quyền này là khi Hội đồng bầu cử quốc gia ra nghị quyết công nhận tư cách và cấp giấy chứng nhận đại biểu Quốc hội cho người trúng cử. Thời điểm kết thúc quyền là khi đại biểu Quốc hội hết nhiệm kỳ hoặc chấm dứt tư cách đại biểu (như bị bãi nhiệm, xin thôi làm nhiệm vụ đại biểu, bị kết tội bởi bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật của tòa án)⁸⁹.

⁸⁹ Xem Điều 38, 39, 40 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014.

Theo Hiến pháp năm 2013, quyền bất khả xâm phạm bảo vệ đại biểu Quốc hội khỏi việc bắt, giam giữ, khởi tố. Theo Điều 37 Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014, quyền này bảo vệ đại biểu Quốc hội khỏi những hoạt động sau: (i) Bắt, giam, giữ, khởi tố, khám xét nơi ở và nơi làm việc; (ii) Bãi nhiệm, cách chức, buộc thôi việc, sa thải bởi cơ quan, tổ chức, đơn vị nơi đại biểu công tác. Tuy nhiên, các quy định trên vẫn chưa thống nhất với nhau cũng như với các luật chuyên ngành khác. Cụ thể như sau: *Thứ nhất*, Hiến pháp năm 2013 sử dụng thuật ngữ “giam giữ” nhưng Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 lại sử dụng thuật ngữ “giam”, “giữ”. Trong khi đó, Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 chỉ đề cập đến các biện pháp ngăn chặn sau: *Giữ người trong trường hợp khẩn cấp, bắt, tạm giữ, tạm giam*, bảo lãnh, đặt tiền để bảo đảm, cấm đi khỏi nơi cư trú, tạm hoãn xuất cảnh. Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 cũng chỉ quy định về việc “tạm giữ người theo thủ tục hành chính”. Hai văn bản này đều không có quy định nào đề cập đến biện pháp “giam giữ” hoặc “giam”, “giữ”. *Thứ hai*, Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 sử dụng thuật ngữ “khám xét nơi ở”. Nhưng Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 chỉ quy định về “khám xét chỗ ở” và không có điều khoản nào về “khám xét nơi ở”. Cần lưu ý rằng, theo Hiến pháp năm 2013, “chỗ ở” và “nơi ở” được sử dụng như hai thuật ngữ khác nhau. Theo đó, khoản 1 Điều 22 Hiến pháp năm 2013 quy định quyền có *nơi ở* hợp pháp là quyền công dân, tức là chỉ dành riêng cho người Việt Nam. Khoản 2 Điều này quy định quyền bất khả xâm phạm về *chỗ ở* là quyền con người, tức là quyền này dành cho cả

công dân Việt Nam, người nước ngoài và người không quốc tịch. Tóm lại, mặc dù những thuật ngữ trên có thể gần giống nhau hoặc thuật ngữ này là “cách gọi vắn tắt” của thuật ngữ kia, nhưng thiết nghĩ, việc sử dụng thuật ngữ trong các văn bản pháp luật nên có sự thống nhất. Điều này một mặt sẽ đảm bảo sự chuẩn xác, thống nhất trong hoạt động lập pháp, mặt khác sẽ tạo điều kiện thuận lợi hơn cho các cơ quan có thẩm quyền cũng như người dân trong việc nghiên cứu, áp dụng các quy định pháp luật.

Bên cạnh đó, căn cứ những quy định trên, không được bắt đại biểu Quốc hội nếu không có sự đồng ý của Quốc hội hoặc không có sự đồng ý của Ủy ban Thường vụ Quốc hội trong thời gian Quốc hội không họp. Khi nghiên cứu vấn đề này, tác giả nhận thấy khoản 2 Điều 109 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 quy định: “*Các trường hợp bắt người gồm bắt người bị giữ trong trường hợp khẩn cấp, bắt người phạm tội quả tang, bắt người đang bị truy nã, bắt bị can, bị cáo để tạm giam, bắt người bị yêu cầu dẫn độ*”. Theo quy định này, trường hợp đại biểu Quốc hội phạm tội quả tang, việc bắt đại biểu vẫn phải có sự đồng ý của Quốc hội hoặc Ủy ban Thường vụ Quốc hội (trong thời gian Quốc hội không họp). Trong khi đó, như đã phân tích, hầu hết các quốc gia đều không cho phép đại biểu Quốc hội hưởng quyền bất khả xâm phạm trong trường hợp phạm tội quả tang. Hơn nữa, theo Điều 111 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015, đối với người phạm tội quả tang, bất kỳ người nào cũng có quyền bắt và giải ngay người đó đến cơ quan Công an, Viện kiểm sát hoặc Ủy ban nhân dân nơi gần nhất. Vậy vấn đề đặt ra là, nếu một người

dân bình thường phát hiện một người phạm tội quả tang thì liệu rằng, người dân có biết được người đó là đại biểu Quốc hội và việc bắt đại biểu Quốc hội phải có sự đồng ý của Quốc hội/Ủy ban Thường vụ Quốc hội không? Vì thế, quy định trên có thể phần nào “khả thi” đối với cơ quan nhà nước, nhưng đối với người dân bắt người trong trường hợp phạm tội quả tang thì rất khó thực hiện trên thực tế. Không những thế, ở một góc độ nhất định, quy định này còn khó đảm bảo tính kịp thời trong tình huống bắt người phạm tội quả tang. Vì vậy, để khắc phục những bất cập trên, thiết nghĩ, Hiến pháp năm 2013 và Luật Tổ chức Quốc hội năm 2014 nên sửa đổi theo hướng loại trừ

trường hợp bắt đại biểu Quốc hội phạm tội quả tang.

Bên cạnh những phân tích và kiến nghị về quyền miễn trừ trách nhiệm và quyền bất khả xâm phạm như trên, thiết nghĩ, sau khi những vấn đề này đã được ghi nhận trong Hiến pháp và Luật Tổ chức Quốc hội thì Quốc hội cũng cần tiếp tục nghiên cứu để ban hành một đạo luật về quyền miễn trừ của đại biểu Quốc hội. Đạo luật này sẽ cụ thể hóa các quy định mang tính định hướng của Hiến pháp và hình thành cơ sở quan trọng trong việc đảm bảo tính độc lập, tự do của đại biểu Quốc hội, từ đó nâng cao hiệu quả hoạt động của đại biểu Quốc hội nói riêng và tập thể Quốc hội nói chung.

(Tiếp theo trang 7 – Những vấn đề pháp lý...)

hợp pháp/chính đáng (*legitimate objective*); biện pháp hạn chế phải hợp lý (*reasonable*), cần thiết (*necessary*) và phù hợp (*proportion*).

6. *Nguyên tắc cấm lạm dụng quyền lực nhà nước*: Việc giới hạn quyền phải đảm bảo lý do chính đáng để đạt được mục đích hợp pháp. Giới hạn đặt ra không được trái với bản chất của các quyền bị giới hạn. Yêu cầu này nhằm bảo đảm những giới hạn đặt ra không làm tổn hại đến khả năng của các cá nhân có liên quan trong việc hưởng thụ các quyền đó. Quyền lực trong một nhà nước dân chủ nên được hiểu theo hai hướng: Từ trên xuống dưới để ngăn chặn

tình trạng hỗn loạn và từ dưới lên để thể hiện ý chí nhân dân một cách dân chủ.

Tóm lại, trong một nhà nước pháp quyền, cơ chế giới hạn quyền con người, quyền công dân cần phải được coi trọng để bảo vệ quyền một cách tốt nhất; đồng thời ngăn chặn những biểu hiện vi phạm quyền con người, quyền công dân trên thực tế. Giới hạn quyền nếu được xác lập một cách đầy đủ sẽ tạo lập được hành lang pháp lý, ngăn chặn được cả hai thái cực là việc giới hạn quá mức làm mất bản chất của quyền trong Hiến pháp hoặc buông lỏng một cách thái quá, thiếu kiểm soát gây nguy hại cho xã hội.

ỨNG DỤNG TRÍ TUỆ NHÂN TẠO TRONG MÔ HÌNH ĐÁNH GIÁ TÍN NHIỆM XÃ HỘI (SCS) Ở TRUNG QUỐC VÀ TÁC ĐỘNG ĐỐI VỚI QUYỀN CON NGƯỜI

Nguyễn Văn Quân*
Bùi Phú Châu**

Tóm tắt: Trí tuệ nhân tạo được sử dụng ngày càng phổ biến trong quản lý nhà nước như một công cụ nâng cao hiệu quả, hiệu lực quản lý. Tuy nhiên, việc ứng dụng trí tuệ nhân tạo trong quản lý cũng có thể tạo ra những nguy cơ và thách thức đối với quyền con người. Bài viết phân tích một số tác động của trí tuệ nhân tạo đối với quyền con người ở Trung Quốc, thông qua mô hình đánh giá tín nhiệm xã hội.

Abstract: Artificial intelligence is increasingly used in state management as a tool to maximize management effectiveness and efficiency. However, the use of artificial intelligence in management may also pose risks and challenges to human rights. The article analyzes the impacts of artificial intelligence on human rights in China through social credit system.

1. Khái quát về hệ thống “tín nhiệm xã hội” của Trung Quốc

Khái niệm “Hệ thống tín nhiệm xã hội” (社会信用体系¹) hay thường được phương Tây gọi là “SCS - Social Credit System” của Trung Quốc được nhắc đến chính thức lần đầu tiên trong Đề cương xây dựng hệ thống Tín nhiệm xã hội giai đoạn 2014-2020 do Quốc vụ viện Trung Quốc ban hành ngày 14/06/2014².

* TS., Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội.
Bài viết kế thừa và bổ sung nội dung của tham luận tại Hội thảo “Trí tuệ nhân tạo và những vấn đề đặt ra đối với pháp luật và quyền con người” do Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội tổ chức ngày 28/5/2019.

** ThS., Công ty luật Bizlink Lawyers & Consultants.

¹ Xem: http://www.xinhuanet.com/2018-06/04/c_1122931164.htm?fbclid=IwAR2-80O7ygrtcTqjesDAzR7tjVi_KzIIjCLGBtytkGT1fDgX0p84nYumP2s, truy cập ngày 25/4/2019.

² Quốc vụ viện Trung Quốc, Đề cương xây dựng hệ thống Tín nhiệm xã hội giai đoạn năm 2014-2020 (社会信用体系建设规划纲要), 2014. Xem:

Về lý thuyết, trong văn bản này Chính phủ Trung Quốc định nghĩa SCS là một bộ phận quan trọng của hệ thống kinh tế thị trường xã hội chủ nghĩa và hệ thống quản lý xã hội Trung Quốc. Nền tảng của SCS gồm hai yếu tố cơ bản: (i) Cơ sở hạ tầng để chấm điểm tín nhiệm đối với các thành viên, và (ii) Hệ thống mạng lưới hoàn chỉnh chứa đựng hồ sơ tín nhiệm của tất cả các thành viên trong xã hội. Mục đích của SCS là cải thiện hệ thống kinh tế thị trường xã hội chủ nghĩa, cải tiến và đổi mới trong quản trị xã hội, tạo ra môi trường sống tích cực, nâng cao năng lực cạnh tranh chung của quốc gia, thúc đẩy phát triển xã hội và cải thiện nền văn minh.

Cụ thể, hệ thống này đặt ra cơ chế khen thưởng và trừng phạt để khuyến khích sự tín nhiệm và hạn chế sự không tín

http://www.gov.cn/zhengce/content/2014-06/27/content_8913.htm, truy cập ngày 20/3/2019.

nhiệm, nhằm đạt được kết quả là nâng cao mức độ tín nhiệm và nhận thức về tín nhiệm trong xã hội.

Mục tiêu đặt ra là đến năm 2020 về cơ bản xây dựng được một hệ thống pháp luật, quy định và tiêu chuẩn cơ bản về tín nhiệm xã hội, xây dựng được hệ thống điều tra, đánh giá tín nhiệm đối với toàn xã hội trên nền tảng chia sẻ thông tin, hoàn thành hệ thống quản lý và giám sát tín nhiệm, có hệ thống thị trường dịch vụ tín nhiệm tương đối hoàn chỉnh và phát huy đầy đủ các cơ chế khuyến khích tín nhiệm và trừng phạt sự thiếu tín nhiệm.

Tuy nhiên, dự án về một hệ thống tín nhiệm xã hội của Trung Quốc được cho là đã có ý tưởng và được thí điểm từng bước từ trước văn bản này rất lâu, có thể là năm 2003³, bắt đầu từ hệ thống tín dụng của tập đoàn Alibaba – tập đoàn công nghệ lớn nhất Trung Quốc. Năm 2007, Quốc vụ viện Trung Quốc ra Thông báo về Hệ thống hội nghị liên bộ để xây dựng hệ thống tín nhiệm xã hội bao gồm 15 cơ quan nhà nước trong các lĩnh vực về thương mại, thuế và ngân hàng⁴. Danh sách các cơ quan tham gia xây dựng hệ thống SCS đến năm 2012 đã tăng lên thành 35, trong đó không chỉ bao gồm lĩnh vực tài chính mà bao trùm lên tất cả các

lĩnh vực như y tế, giáo dục, nông nghiệp⁵... Ngoài ra, một vài nghiên cứu cho rằng, SCS đã được thí điểm tại một đơn vị cấp tỉnh ở phía bắc Thượng Hải từ năm 2010⁶. Tuy nhiên, từ đó đến nay, ngoài những nội dung khái quát và hoàn toàn mang tính lý luận như trong Đề cương xây dựng hệ thống Tín nhiệm xã hội giai đoạn năm 2014-2020, hầu như không có bất kỳ một tuyên bố chính thức nào của Chính phủ Trung Quốc mô tả cụ thể về cách thức thu thập thông tin, nguồn dữ liệu hay cách hoạt động của toàn bộ hệ thống SCS.

Vì vậy, các nghiên cứu, phân tích cũng như những nỗ lực để hiểu về hệ thống này từ bên ngoài Trung Quốc phần lớn dựa trên những hệ quả rõ ràng khi áp dụng hệ thống này lên người dân, mà chủ yếu là căn cứ bị hạ điểm tín nhiệm và hình phạt của nó đối với những công dân bị Chính phủ Trung Quốc đánh giá là có điểm tín nhiệm thấp.

Một vài ví dụ cụ thể: Cuối năm 2013, Tòa án tối cao Trung Quốc đã công bố trên trang web chính thức của mình tên và thông tin của hơn 31 ngàn người được cho là chưa hoặc chậm hoàn thành nghĩa vụ trả nợ trong các giao dịch dân sự. Cùng với việc công bố thông tin cá nhân, những người bị liệt vào danh sách trên đã bị từ chối khi đặt phòng

³ Du Liqun, *Xem xét việc xây dựng hệ thống tín nhiệm xã hội của Trung Quốc từ góc độ xây dựng liêm chính của Alibaba*, Trường Kinh tế, Đại học Bắc Kinh, 2014. Xem: <http://www.aliresearch.com/blog/article/detail/id/19744.html>, truy cập ngày 20/4/2019.

⁴ Quốc vụ viện Trung Quốc, *Thông báo về Hệ thống hội nghị liên bộ để xây dựng hệ thống tín nhiệm xã hội*, 2007. Xem: http://www.gov.cn/gongbao/content/2007/content_632090.htm, truy cập ngày 20/4/2019.

⁵ Xem danh sách này: http://www.gov.cn/zwgk/2012-07/25/content_2191732.htm, truy cập ngày 20/4/2019.

⁶ Audrey Murrell, *Pushing the Ethical Boundaries of Big Data: A Look at China's Social Credit Scoring System*, University of Pittsburgh College of Business Administration, đăng trên Tạp chí Forbes ngày 31/07/2018. Xem: <https://www.forbes.com/sites/audreymurrell/2018/07/31/pushing-the-ethical-boundaries-of-big-data-a-look-at-chinas-social-credit-scoring-system/#4ac3f4325e56>, truy cập ngày 20/4/2019.

tại các khách sạn từ 3 sao trở lên, không cho phép đặt vé máy bay, vé tàu cao tốc, bị tính phí cao hơn khi đặt xe⁷. Đến thời điểm ngày 21/04/2019, khi truy cập vào địa chỉ trang web <http://zxgk.court.gov.cn/> của Tòa án tối cao Trung Quốc có thể thấy danh sách của 13 triệu trường hợp công dân được nêu tên, 25,5 triệu lượt đặt vé máy bay, 5,7 triệu lượt đặt vé tàu hỏa bị từ chối⁸.

Năm 2015, Ngân hàng nhân dân Trung Quốc thông báo về việc cấp phép cho tám công ty lớn thử nghiệm xây dựng và vận hành hệ thống tín dụng⁹. Nổi bật trong số đó là Sesame Credit của Tập đoàn Alibaba, hay Tencent với ứng dụng WeChat. Dữ liệu từ ít nhất 400 triệu người dùng của tất cả các nền tảng mua sắm trực tuyến, thanh toán trực tuyến của Alibaba hay 850 triệu người dùng WeChat sẽ là cơ sở để đánh giá điểm tín dụng của các cá nhân tham gia. Hệ thống này theo đó đã thu thập thông tin mua sắm và thanh toán của người dùng, đưa ra một hệ thống điểm tín dụng riêng và sử dụng các biện pháp khen thưởng mang tính thương mại như ưu tiên đặt phòng khách sạn, ưu tiên sử dụng thử các sản phẩm dựa trên các mức điểm tín dụng của người dùng.

Năm 2018, đánh dấu bước đầu tiên hệ thống SCS được đưa vào áp dụng trên thực

tế. Theo báo cáo thường niên của Trung tâm Thông tin tín dụng công dân quốc gia (NPCIC)¹⁰, đã có 17,5 triệu lượt mua vé máy bay và 5,5 triệu lượt mua vé tàu bị từ chối trong năm 2018. Trong số đó, Bắc Kinh được cho là đã công khai kế hoạch thu thập dữ liệu để đến năm 2020 có thể chấm điểm tín nhiệm xã hội được toàn bộ 22 triệu dân của thành phố này và có hơn 10 thành phố khác cũng đang có kế hoạch tương tự¹¹. Để thực hiện được kế hoạch nói trên, chính quyền Trung Quốc được cho là đã lắp đặt 200 triệu camera giám sát mà theo báo chí phương Tây gọi là kế hoạch “Không còn góc khuất”¹². Trong đó, mỗi người sẽ được theo dõi 24/24, từng bước chân, hành động, từng món hàng cho vào giỏ sẽ được theo dõi và đánh giá để chấm điểm tín nhiệm của cá nhân theo thời gian thực.

Như vậy, từ những biểu hiện và thông tin nói trên, có thể hiểu rằng hệ thống tín nhiệm xã hội mà Chính phủ Trung Quốc có kế hoạch xây dựng đang được cấu thành từ nhiều hệ thống đánh giá tín nhiệm công dân khác nhau, có sự chia sẻ thông tin giữa các

⁷ Tara Francis Chan, *Debtors in China are placed on a blacklist that prohibits them from flying, buying train tickets, and staying at luxury hotels*, Business insider. Xem: <https://www.businessinsider.com/chinas-tax-blacklist-shames-debtors-2017-12?r=UK>, truy cập ngày 20/4/2019.

⁸ Xem trang website chính thức của Tòa án nhân dân tối cao Trung Quốc: <http://zxgk.court.gov.cn/>, truy cập ngày 20/4/2019.

⁹ Thông báo của Ngân hàng trung ương Trung Quốc về hệ thống thông tin tín nhiệm cá nhân. Xem: http://www.gov.cn/xinwen/2015-01/05/content_2800381.htm, truy cập ngày 20/4/2019.

¹⁰ Lily Kuo, *China bans 23m from buying travel tickets as part of 'social credit' system*, The guardian. Xem: <https://www.theguardian.com/world/2019/mar/01/china-bans-23m-discredited-citizens-from-buying-travel-tickets-social-credit-system>, truy cập ngày 20/4/2019.

¹¹ Claire Che, David Ramli, and Dandan Li, *Beijing to Judge Every Resident Based on Behavior by End of 2020*. Xem: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-11-21/beijing-to-judge-every-resident-based-on-behavior-by-end-of-2020>, truy cập ngày 20/3/2019.

¹² Matthew Carney, *Leave no dark corner*. Xem: <https://www.abc.net.au/news/2018-09-18/china-social-credit-a-model-citizen-in-a-digital-dictatorship/10200278>, truy cập ngày 20/4/2019.

hệ thống này¹³, và không loại trừ khả năng lớn là trong tương lai sẽ được tổ chức thành một hệ thống tín nhiệm công dân duy nhất nằm dưới sự quản lý của Nhà nước như đã nêu tại Đề cương xây dựng hệ thống Tín nhiệm xã hội giai đoạn năm 2014-2020. Cụ thể, đang tồn tại ít nhất các hệ thống chấm điểm tín nhiệm công dân sau: Danh sách đen của Tòa án tối cao; Xếp hạng tín dụng cá nhân của Ngân hàng Trung ương Trung Quốc; Hệ thống tín nhiệm của các công ty như Alibaba, Tencent; Danh sách đen về khách du lịch của Bộ Văn hóa và Du lịch và Danh sách đen của Ủy ban Cải cách và Phát triển quốc gia¹⁴.

Về hình thức chế tài, không ai biết sẽ có bao nhiêu hình thức chế tài đối với công dân có điểm tín nhiệm thấp đã được Chính phủ Trung Quốc lên kế hoạch để đưa ra trong tương lai. Tuy nhiên, ngày 25/09/2016, Tân Hoa xã đã đăng toàn văn: “Ý kiến về việc đẩy nhanh việc giám sát tín nhiệm công dân, cảnh báo và cơ chế kỷ luật đối với những người có tín nhiệm thấp” của Văn phòng Trung ương Đảng Cộng sản Trung Quốc¹⁵. Theo đó, có thể hiểu các hình thức chế tài tiêu biểu đối với người có tín nhiệm

thấp được nêu ra bao gồm các nhóm chính sau: (i) Hạn chế doanh nghiệp tham gia vào các lĩnh vực, các ngành kinh tế cụ thể; (ii) Hạn chế doanh nghiệp hưởng trợ cấp, hỗ trợ của Chính phủ; (iii) Hạn chế cá nhân giữ các chức vụ cụ thể tại cơ quan nhà nước, tổ chức tín dụng; (iv) Hạn chế cá nhân làm việc trong các ngành nghề cụ thể như dược phẩm, thực phẩm; (v) Hạn chế việc được trao các giải thưởng đối với cá nhân, đơn vị, hãng luật, ngân hàng; (vi) Hạn chế cá nhân tham gia một số giao dịch trên thị trường như giao dịch bất động sản, hoặc tài nguyên thiên nhiên; (vii) Hạn chế tiêu dùng bao gồm sử dụng máy bay, tàu hỏa, khách sạn, du lịch, cải tạo nhà ở; (viii) Hạn chế xuất cảnh.

Như vậy, về bản chất, hệ thống Tín nhiệm xã hội – SCS của Trung Quốc là một hệ thống được xây dựng để thu thập toàn bộ thông tin về tất cả các khía cạnh, bao gồm nhưng không giới hạn ở: Hoạt động sinh hoạt, đi lại, mua sắm, thanh toán, giải trí, kết bạn, biểu lộ ý chí trên mạng xã hội của mỗi cá nhân; trên cơ sở đó để đánh giá, cho điểm mọi hành vi của mỗi cá nhân, làm cơ sở để đưa ra các hình thức khuyến khích các hành vi được xem là tốt, và hạn chế những hành vi bị cho là xấu theo tiêu chuẩn mà hệ thống này đặt ra.

2. Vai trò của trí tuệ nhân tạo (AI) trong hệ thống SCS

Ngày 08/07/2017, Quốc vụ viện Trung Quốc đã ban hành Thông báo về Kế hoạch phát triển trí tuệ nhân tạo thế hệ mới tầm nhìn đến năm 2030¹⁶. Trong đó, công nghệ

¹³ “Ý kiến về việc đẩy nhanh việc giám sát tín nhiệm công dân, cảnh báo và cơ chế kỷ luật đối với những người có tín nhiệm thấp” của Văn phòng Trung ương Đảng Cộng sản Trung Quốc.

¹⁴ Dandan Li and Yinan Zhao, *This Is How Chinese Citizens Are Watched and Rated*. Xem: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-04-09/the-list-of-ways-china-keeps-tabs-on-citizens-is-getting-longer>, truy cập ngày 20/4/2019.

¹⁵ Văn phòng trung ương Đảng cộng sản Trung Quốc, “Ý kiến về việc đẩy nhanh việc giám sát tín nhiệm công dân, cảnh báo và cơ chế kỷ luật đối với những người có tín nhiệm thấp”.

Xem: http://www.xinhuanet.com/politics/2016-09/25/c_1119620719.htm, truy cập ngày 20/4/2019.

¹⁶ Quốc vụ viện Trung Quốc, *Thông báo về Kế hoạch phát triển trí tuệ nhân tạo thế hệ mới tầm nhìn đến năm 2030*. Xem: <http://www.gov.cn/zhengce/>

trí tuệ nhân tạo (AI) đã được xác định là công cụ giúp cải thiện đáng kể khả năng và mức độ quản trị xã hội Trung Quốc. Thật vậy, với tham vọng xây dựng một hệ thống có khả năng thu thập, quản lý thông tin, đánh giá hành vi của toàn bộ 1,3 tỷ dân, hệ thống SCS không thể không dựa vào, hay nói cách khác là buộc phải hình thành dựa trên việc ứng dụng các thành tựu của công nghệ trí tuệ nhân tạo (AI).

Có rất nhiều định nghĩa về AI, trong đó đối với mỗi công ty công nghệ, cách ứng dụng AI khác nhau có thể đưa đến những định nghĩa khác nhau. Ví dụ, Intel, công ty hàng đầu về trí tuệ nhân tạo đưa ra 6 cách định nghĩa về AI¹⁷, ngoài ra Amazon, Apple, DeepMind, Google, IBM và Microsoft mỗi công ty đều có cách định nghĩa của riêng mình. Tuy nhiên, đơn giản và bao quát nhất, AI có thể được hiểu theo định nghĩa của từ điển Oxford là: *Một chương trình máy tính có những phẩm chất và hoạt động giống như trí tuệ của con người, ví dụ như khả năng hiểu ngôn ngữ, nhận diện hình ảnh và học tập từ những trải nghiệm*¹⁸.

Cụ thể, để hiểu rõ AI là gì, cần thông qua các vai trò, nhiệm vụ của AI trong hệ thống SCS bao gồm:

Nhận dạng khuôn mặt: Đây là công nghệ cơ bản và quan trọng nhất trong hệ thống SCS. Dựa trên các hình ảnh thu thập

được từ các camera CCTV, AI có nhiệm vụ so sánh với cơ sở dữ liệu của 1,3 tỷ dân, tính toán để biết được người đang được theo dõi là ai, phân biệt được từng người trong đám đông và ngay lập tức liên kết với cơ sở dữ liệu về cá nhân này. Đây là công việc mà không một ai hay một cơ chế dựa trên năng lực của con người nào có thể làm được. Một ví dụ, khi những người nằm trong danh sách đen đi qua một số giao lộ nhất định ở Bắc Kinh, AI sẽ ngay lập tức nhận diện khuôn mặt để phát hiện ra người đó trong đám đông, đồng thời ngay lập tức chiếu ảnh và số ID của người này để cảnh báo lên màn hình lớn¹⁹...

Phân tích, theo dõi hành vi: Sau khi nhận diện được cá nhân, nhiệm vụ tiếp theo của AI là điều khiển các camera, micro hay bất kỳ phương tiện nào khác để theo dõi và phát hiện hành vi. Hành vi đó có thể là việc mua một loại hàng hóa tại siêu thị mà nhờ sự phát triển của công nghệ, AI có thể nhận biết được qua hình ảnh chính xác đây là loại hàng hóa nào, hay hành vi bóp còi quá to và quá nhiều cũng là một loại hành vi mà AI có thể ra lệnh cho các micro thu thập được. Ngoài ra, các hành vi trên mạng internet cũng có thể được AI nhận biết, đánh giá và thu thập. Có thể kể đến ở đây, công ty China's SenseTime, startup về AI có giá trị nhất thế giới, hiện đang cung cấp cho Chính phủ Trung Quốc các giải pháp để giám sát, trong đó AI có thể xem video, đọc và nghe ngôn ngữ để loại bỏ các video hay văn bản

content/2017-07/20/content_5211996.htm, truy cập ngày 20/3/2019.

¹⁷ Một số định nghĩa khác nhau về trí tuệ nhân tạo. Xem: <https://newsroom.intel.com/news/many-ways-define-artificial-intelligence/#gs.7czxx1>, truy cập ngày 20/3/2019.

¹⁸ Xem: <https://dictionary.cambridge.org/fr/dictionnaire/anglais/artificial-intelligence>, truy cập ngày 20/3/2019.

¹⁹ Charlie Campbell, *How China Is Using "Social Credit Scores" to Reward and Punish Its Citizens*. Xem: <http://time.com/collection/davos-2019/5502592/china-social-credit-score/>, truy cập ngày 20/3/2019.

có nội dung khiêu dân hoặc đi ngược với chính sách của Chính phủ Trung Quốc²⁰.

Chăm điểm công dân: Dựa trên toàn bộ dữ liệu mà hệ thống thu thập được, so sánh với tất cả các hành vi đã được định danh là tốt hay xấu, đối với mỗi hành vi AI có nhiệm vụ đánh giá và chăm điểm cho mỗi công dân. Hiện tại, không ai biết các thuật toán đang được Chính phủ Trung Quốc sử dụng để chăm điểm công dân là như thế nào. Tuy nhiên, khối lượng dữ liệu khổng lồ của 1,3 tỷ công dân với hệ thống đa dạng các hành vi của con người thì việc ứng dụng trí tuệ nhân tạo để đạt được mục đích trên là điều không thể tránh khỏi.

Như vậy, với những vai trò cơ bản của AI như đã nêu ở trên, có thể nói rằng, từ thực tiễn xây dựng hệ thống SCS của Trung Quốc, nếu không có công nghệ AI thì sẽ không bao giờ có thể xây dựng và duy trì hoạt động của một hệ thống theo dõi và chăm điểm công dân như hệ thống SCS.

3. Tác động tới các quyền con người của hệ thống tín nhiệm xã hội

3.1. Hệ thống tín nhiệm xã hội nhìn từ bản chất của nhà nước

Có thể nhận thấy, tính chất đặc trưng nhất của hệ thống SCS là sự áp đặt sức mạnh nhà nước lên mỗi cá nhân.

Trong nghiên cứu của mình²¹, Rogier Creemers cho rằng, sự ra đời của hệ thống

SCS trước tiên xuất phát từ sự thiếu hiệu quả trong hệ thống pháp luật. Nổi bật lên trong đó là tình trạng khó khăn trong thi hành án dân sự, không hiệu quả trong bảo vệ quyền sở hữu trí tuệ, bảo vệ môi trường và đảm bảo an toàn thực phẩm. Giới lãnh đạo Trung Quốc thừa nhận thực tế này, đồng thời xác định nhiệm vụ cải thiện tình trạng tuân thủ pháp luật là một trong những nội dung cơ bản được nêu tại Hội nghị Trung ương 4 năm 2014²².

Ngoài ra, có nhiều biểu hiện cho thấy, sự phát triển nhanh chóng của kinh tế Trung Quốc không đi kèm với những tiến bộ trong hành vi ứng xử, ý thức tự giác, và tôn trọng những giá trị văn hóa trong đời sống xã hội của người dân. Tiêu biểu là những hành vi thể hiện ý thức kém của khách du lịch Trung Quốc được ghi nhận trên khắp thế giới, hay ứng xử vô cảm trong xã hội mà ngay chính người Trung Quốc cũng cảm thấy không thể chấp nhận được.

Trong bối cảnh đó, sự phát triển mạnh mẽ của công nghệ, cộng với sự thiếu vắng những cơ chế hữu hiệu bảo vệ quyền con người, đã tạo cơ hội cho giới lãnh đạo Trung Quốc nghĩ đến ý tưởng của một hệ thống theo dõi và kiểm soát toàn diện công dân, nhằm đạt được nhanh nhất mục tiêu cải

²⁰ Meng Jing, *World's most valuable AI start-up SenseTime eyes move into online censorship*, South China Morning Post.

Xem: <https://www.scmp.com/tech/start-ups/article/2143324/worlds-most-valuable-ai-start-eyes-move-online-censorship>, truy cập ngày 20/3/2019.

²¹ Rogier Creemers, *China's Social Credit System: An Evolving Practice of Control*, Leiden University - Van Vollenhoven Institute, 2018. Xem: [https://](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3175792)

papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3175792, truy cập ngày 20/4/2019.

²² CCP Central Committee, *Guanyu quanmian tuijin yifa zhiguo ruogan zhongda wenti de jue ding [Decision concerning Some Major Questions in Comprehensively Moving Governing the Country According to the Law Forward.]* 28 October 2014. Xem: <https://chinacopyrightandmedia.wordpress.com/2014/10/28/ccp-central-committee-decision-concerning-some-major-questions-in-comprehensively-moving-governing-the-country-according-to-the-law-forward/>, truy cập ngày 20/5/2019.

thiện sự tuân thủ pháp luật cũng như xây dựng một xã hội văn minh và tiến bộ hơn. Hay nói cách khác, có thể nhìn nhận sự ra đời của SCS là hệ quả của một hệ thống pháp luật không hiệu quả, một hệ thống giáo dục không đạt được mục tiêu xây dựng nên con người văn minh, trong một xã hội mà quyền con người chưa được coi trọng đúng mức. Rogier Creemers coi SCS đơn giản là một cơ chế cung cấp phần thưởng hoặc hình phạt trả lời tương ứng cho các hành động của cá nhân, không chỉ dựa trên tính hợp pháp của hành vi, mà còn dựa trên đạo đức trong hành động của họ, bao gồm các hành vi kinh tế, xã hội và chính trị²³.

Có ba vấn đề cơ bản đặt ra đối với cách thức hoạt động của hệ thống SCS, đó là:

(i) Chính quyền có quyền theo dõi và ghi lại tất cả các hoạt động sinh hoạt của người dân hay không?

(ii) Chính quyền có quyền đánh giá khía cạnh đạo đức của tất cả các hành vi kinh tế, xã hội và chính trị của người dân theo những tiêu chuẩn do mình đặt ra hay không?

(iii) Chính quyền có quyền áp dụng chế tài đối với người dân bằng các hình thức không hề được quy định trong pháp luật hay không?

Câu trả lời cho cả ba vấn đề trên đều là không. Ngay cả chính trong Hiến pháp của mình, Trung Quốc cũng đưa “sự tôn nghiêm và thống nhất của pháp luật xã hội chủ nghĩa” thành một trong những nguyên tắc cơ bản. Theo đó, “tất cả các cơ quan nhà nước, các lực lượng vũ trang, tất cả các đảng chính trị, các tổ chức công quyền và

tất cả các doanh nghiệp và tổ chức phải tuân theo Hiến pháp và các luật khác. Mọi hành vi vi phạm Hiến pháp hoặc các luật khác đều bị truy cứu”²⁴.

Cụ thể hơn, đối với mỗi cá nhân, hoạt động của hệ thống SCS, đặc biệt là việc triển khai các hình thức chế tài bao gồm hạn chế quyền đi lại, sinh hoạt, học tập hay công bố thông tin cá nhân ở khắp mọi nơi đã xâm phạm các quyền cơ bản của công dân được quy định trong Hiến pháp Trung Quốc²⁵, bao gồm quyền tự do chính trị (Điều 35), quyền tự do thân thể (Điều 37), quyền được tôn trọng và bảo vệ danh dự (Điều 38), quyền bất khả xâm phạm nơi ở (Điều 39)...

Như vậy, nếu xem Nhà nước là chế định được nhân dân trao quyền và thông qua Hiến pháp, pháp luật giới hạn quyền lực, không để Nhà nước vượt quá quyền hạn, xâm phạm vào những quyền con người cơ bản thì hoạt động của hệ thống SCS dường như đã đi ngược lại với bản chất đó của Nhà nước. Rõ ràng, SCS đã đưa nhân dân từ vị trí trao cho Nhà nước quyền quản lý xã hội và bảo vệ quyền công dân thành vị trí bị Nhà nước theo dõi, quản lý về mọi mặt. Hơn nữa, các quyền con người cơ bản như đi lại, học tập, tự do chính trị đáng ra phải được Nhà nước bảo vệ lại trở thành phần thưởng cho những người mà Nhà nước đánh giá là có tín nhiệm cao và có thể bị Nhà nước tước bỏ khi bị đánh giá là tín nhiệm thấp.

²⁴ Điều 5 Hiến pháp Trung Quốc (bản tiếng Anh): http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm, truy cập ngày 04/6/2019.

²⁵ Hiến pháp Trung Quốc (bản tiếng Anh): http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Constitution/2007-11/15/content_1372963.htm, truy cập ngày 04/6/2019.

²³ Rogier Creemers, *China's Social Credit System: An Evolving Practice of Control*, t.lđđ.

Hay nói cách khác, hoạt động của hệ thống SCS sẽ hình thành nên một định chế xã hội mới. Khi một chế định xã hội như thế có thể tồn tại, việc dùng AI hay bất kỳ một công cụ nào để chấm điểm cho con người hoàn toàn có thể bị nghi ngờ về tính minh bạch và chính xác. Như chính Yoshua Bengio, cha đẻ của AI đã nhận xét về việc ứng dụng AI trong hệ thống SCS rằng: “*Công nghệ ngày càng hiện đại, ngoài những ảnh hưởng khác, nó có thể sẽ dẫn tới nguy cơ tập trung quyền lực và sự giàu có về một phía. Điều đó là không công bằng cho cả xã hội và mọi người*”²⁶. Nhìn rộng ra, nguy cơ về một xã hội nơi người giàu có điểm tín nhiệm cao, người nghèo có điểm tín nhiệm thấp, một thị trường mua bán điểm tín nhiệm ra đời hay việc tất cả các hành vi tốt được thực hiện, không xuất phát từ bản chất của con người mà chỉ bởi mong muốn cải thiện điểm số tín nhiệm của cá nhân.

Nói tóm lại, theo chúng tôi, hoạt động của hệ thống SCS là đi ngược lại bản chất, vai trò, chức năng của Nhà nước, và thông qua đó, xâm phạm những giá trị quyền con người cơ bản của công dân. Do đó, cần cần nhắc về các lý do biện minh cho sự tồn tại và hoạt động của một hệ thống như hệ thống SCS.

3.2. Xâm phạm quyền riêng tư nhìn từ hệ thống tín nhiệm xã hội và một số viễn cảnh

²⁶ Jeremy Kahn, *Deep Learning ‘Godfather’ Bengio Worries About China’s Use of AI*, Bloomberg. Xem: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-02-02/deep-learning-godfather-bengio-worries-about-china-s-use-of-ai>, truy cập ngày 20/5/2019.

Chưa nói đến những biểu hiện xâm phạm quyền con người rõ ràng khi AI chấm điểm và đưa ra những chế tài như cấm đi lại, hạn chế thực thi các quyền sống cơ bản... đang xảy ra ở Trung Quốc, việc sử dụng ứng dụng AI để thu thập và phân tích thông tin cá nhân đang từng phút xâm phạm quyền riêng tư. Đây là một thực tế đang xảy ra ở nhiều quốc gia. Có thể kể đến những thông tin về việc Trung Quốc đã xuất khẩu công nghệ theo dõi bằng AI ra khắp nơi trên thế giới. Cụ thể như: Công nghệ nhận diện khuôn mặt được bán cho Bolivia, Ecuador, Peru²⁷; 110.000 camera theo dõi kèm nhận diện khuôn mặt được bán cho Singapore²⁸; hay tổng cộng có 54 quốc gia trên toàn thế giới đã nhận được công nghệ này của Trung Quốc²⁹.

Và không chỉ là các quốc gia theo dõi công dân của mình, tất cả các công ty công nghệ hay các nền tảng mạng xã hội lớn nhất hiện nay (như Google, Facebook, Apple, Twitter) đều xem AI là công cụ quan trọng nhất để thu thập, phân tích thông tin người dùng để sử dụng, trao đổi như một thứ hàng hóa có thể thu lợi nhuận. Thậm chí, Facebook còn được cho là thu thập được tất

²⁷ Charles Rollet, *Ecuador’s All-Seeing Eye Is Made in China*, Foreign Policy. Xem: <https://foreignpolicy.com/2018/08/09/ecuadors-all-seeing-eye-is-made-in-china/>, truy cập ngày 20/3/2019.

²⁸ Ty Joplin, *China’s Newest Global Export? Policing Dissidents*, Al Bawaba. Xem: <https://www.albawaba.com/news/china%E2%80%99s-newest-global-export-policing-dissidents-1139230>, truy cập ngày 20/3/2019.

²⁹ Steven Feldstein, *How artificial intelligence systems could threaten democracy*, The Conversation. Xem: <https://theconversation.com/how-artificial-intelligence-systems-could-threaten-democracy-109698>, truy cập ngày 20/3/2019.

cả các thông tin của những người không phải là người dùng Facebook³⁰.

Trong bối cảnh đó, “Quyền riêng tư – Right to Privacy” dù đã được quy định chung tại Điều 12 Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền (UDHR) và Điều 17 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị, nhưng sẽ là không đủ để đáp ứng yêu cầu bảo vệ quyền này trước sức phát triển mạnh mẽ của công nghệ.

Thực tế đó dẫn đến việc Đại hội đồng Liên hợp quốc đã phải thông qua Nghị quyết số 68/176 vào tháng 12/2013 về Quyền riêng tư trong thời đại công nghệ³¹. Văn kiện này cảnh báo: “*Sự phát triển nhanh chóng của công nghệ đã tạo điều kiện cho mọi người trên thế giới được sử dụng các ứng dụng công nghệ thông tin và truyền thông mới, tuy nhiên, nó cũng đồng thời nâng cao khả năng của Chính phủ, các công ty và cá nhân trong việc giám sát, đánh cắp và thu thập dữ liệu cá nhân. Điều này đã vi phạm hoặc lạm dụng các quyền con người, đặc biệt là quyền riêng tư, như được nêu trong Điều 12 của Tuyên ngôn quốc tế về quyền con người và Điều 17 của Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị*”. Quyền riêng tư theo đó được hiểu là: “*Không ai phải chịu sự can thiệp tùy tiện hoặc bất hợp pháp vào sự riêng tư, gia đình, nơi cư trú, thư từ của mình và quyền được pháp luật bảo vệ trước các hành vi đó. Việc thực hiện quyền riêng tư là yếu tố cơ bản để thực hiện quyền tự do ngôn*

luận và bảo vệ ý kiến mà không bị can thiệp, và là một trong những nền tảng của một xã hội dân chủ”. Tiếp theo đó, quyền riêng tư trong thời đại công nghệ đã là một nội dung báo cáo của Cao ủy Liên hợp quốc về nhân quyền cũng như các cuộc thảo luận toàn thể tại Liên hợp quốc.

Có thể thấy rằng, quyền riêng tư trong thời đại công nghệ đã trở thành một nội dung quan trọng và cấp thiết đối với việc thực thi quyền con người trên phạm vi toàn cầu. Tuy nhiên, như trong phần tổng kết, Báo cáo của Cao ủy Liên hợp quốc về nhân quyền số 27/37, ngày 30/06/2014³² đã nêu, thực tiễn ở nhiều quốc gia đã thể hiện sự thiếu vắng của luật pháp và/hoặc các cơ chế thực thi đầy đủ trên bình diện quốc gia, các cơ chế bảo vệ thì yếu kém và cơ chế giám sát thì không hiệu quả, tất cả những điều này đã góp phần vào tình trạng thiếu trách nhiệm đối với sự can thiệp bất hợp pháp vào quyền riêng tư³³.

Quyền riêng tư trong thời đại công nghệ bao gồm các khía cạnh sau³⁴:

(i) Quyền riêng tư trong hoạt động liên lạc, giao tiếp: Là quyền riêng tư đối với email, điện thoại, nội dung trên mạng xã hội...

³⁰ Xem: <https://www.recode.net/2018/4/20/17254312/facebook-shadow-profiles-data-collection-non-users-mark-zuckerberg>, truy cập ngày 20/3/2019.

³¹ Xem: <https://undocs.org/A/RES/68/167>, truy cập ngày 20/3/2019.

³² UN Human Rights Council, *The right to privacy in the digital age: Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. Xem: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/DigitalAge/A-HRC-27-37_en.doc, truy cập ngày 20/3/2019.

³³ Paragrap 47, Báo cáo của Cao ủy Liên hợp quốc về nhân quyền số 27/37, ngày 30/06/2014.

³⁴ Terence Craig and Mary E. Ludloff, *Privacy and Big Data*, Published by O'Reilly Media, Inc., 1005 Gravenstein Highway North, Sebastopol, CA 95472, 2011, tr. 14, 15.

(ii) Quyền riêng tư trong hoạt động sống: Bao gồm tất cả các hành vi sống, mua bán, đi lại, tìm kiếm thông tin...

(iii) Quyền riêng tư đối với nhân thân: Bao gồm hình ảnh, thông tin cá nhân, thông tin về bạn bè, người thân...

Từ những phân tích trên cho thấy, rõ ràng hệ thống SCS cũng như các hệ thống theo dõi công dân trên khắp thế giới, hay các hệ thống thu thập thông tin người dùng của các công ty công nghệ hay nền tảng mạng xã hội, dù với mục đích gì cũng đã là sự xâm phạm đối với các quyền riêng tư của cá nhân. Hậu quả tất yếu của việc xâm phạm quyền riêng tư sẽ là một môi trường sống mà quyền tự do ngôn luận và các nền tảng khác của xã hội dân chủ không thể được bảo đảm. Sử dụng hệ thống SCS để đánh giá tín nhiệm của công dân và qua đó hạn chế, thậm chí tước đoạt một số quyền và tự do cơ bản của các cá nhân, về bản chất, là việc **giới hạn quyền con người** một cách tùy tiện.

3.3. Hệ thống tín nhiệm xã hội và các nguyên tắc giới hạn quyền con người

Trong xã hội dân chủ, nền tảng của tự do được thiết lập trên ý tưởng rằng, không quyền nào có thể được coi là tuyệt đối. Đòi hỏi của đời sống xã hội, và đặc biệt là những yêu cầu về trật tự công cộng, dẫn đến những hạn chế về việc thực hiện các quyền cơ bản là cần thiết, là bảo đảm cho các quyền này. Học giả Pierre Bon cho rằng, trật tự công cộng “đảm nhận một chức năng cụ thể là chỉ giới hạn các quyền tự do khi điều này mang tính bắt buộc và chỉ giới hạn quyền một cách tương xứng với điều mà việc bảo vệ quyền khác đòi hỏi”³⁵.

³⁵ Pierre BON, *La police municipale*, Thèse dactylographiée, Bordeaux I, 1975, tr. 226.

Giới hạn quyền (limitation of rights) theo ghi nhận trong UDHR và những điều ước quốc tế về quyền con người là sự cho phép các quốc gia thành viên đưa ra một số điều kiện thực hiện/thụ hưởng một số quyền con người nhất định. Cụ thể, khoản 2 Điều 29 UDHR qui định: “*Mỗi người trong khi thực hiện các quyền và tự do cho cá nhân chỉ phải chịu những hạn chế do luật định nhằm mục đích duy nhất là bảo đảm việc thừa nhận và sự tôn trọng đối với các quyền và tự do của những người khác và phù hợp với những đòi hỏi chính đáng về đạo đức, trật tự công cộng và sự phồn vinh chung trong một xã hội dân chủ*”³⁶.

Theo luật nhân quyền quốc tế và pháp luật của nhiều quốc gia, bất cứ biện pháp nào mà cơ quan công quyền dự định áp dụng nhằm hạn chế bất cứ quyền con người nào đều cần phải tuân thủ các điều kiện sau đây nhằm bảo đảm rằng việc hạn chế như vậy là phù hợp³⁷:

Thứ nhất, việc giới hạn quyền phải được qui định rõ ràng trong luật. Ngoài ra, những qui định của luật đặt ra giới hạn đối với việc thực hiện quyền cần phải: 1) Công khai với người dân và có chỉ dẫn thích hợp để mọi người có thể hiểu sự hạn chế luật định đối với các quyền của họ; 2) Qui định về giới hạn quyền trong luật phải rõ ràng, chính xác để người dân có thể hiểu rõ và tự điều chỉnh hành vi của họ; 3) Có những biện pháp thích hợp để phòng ngừa việc lạm

³⁶ Bản dịch của Trung tâm nghiên cứu quyền con người, Học viện Chính trị quốc gia Hồ Chí Minh.

³⁷ Nguyễn Hoàng Anh (Chủ biên), *Pháp luật về quyền tự do lập hội, hội hợp hoà bình trên thế giới và của Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, 2015, tr.27.

dụng qui định giới hạn quyền, hoặc tùy tiện đặt ra các giới hạn mới³⁸.

Thứ hai, giới hạn đặt ra không được trái với bản chất của các quyền bị giới hạn. Yêu cầu này nhằm bảo đảm những giới hạn đặt ra không làm tổn hại đến khả năng của các cá nhân có liên quan trong việc thụ hưởng quyền đó. Việc giới hạn quyền phải nhằm những mục đích chính đáng/hợp pháp (legitimate objective); biện pháp hạn chế phải hợp lý (reasonable), cần thiết (necessary) và tương xứng (proportion). Nghĩa là mọi giới hạn quyền đều phải: 1) Thật sự cần thiết để đạt được một mục tiêu hợp pháp, chính đáng; 2) Biện pháp áp dụng chỉ nhằm thực hiện mục tiêu hợp pháp, chính đáng đó; 3) Các biện pháp hạn chế không được nghiêm khắc hơn mức độ cần thiết để đạt được mục đích của việc giới hạn quyền.

Thứ ba, chỉ được đặt ra một giới hạn quyền nếu điều đó là cần thiết trong một xã hội dân chủ và nhằm mục đích thúc đẩy phúc lợi chung của cộng đồng hoặc để bảo vệ an ninh quốc gia, an toàn của cộng đồng, trật tự công cộng, sức khỏe cộng đồng, đạo đức xã hội hoặc quyền và tự do của người khác³⁹.

Thứ tư, nhằm hạn chế sự tùy tiện của công quyền trong hạn chế quyền, tự do của công dân, cần phải có một cơ chế hữu hiệu để người dân bảo vệ quyền của mình trong trường hợp bị Nhà nước hạn chế, cấm cản

một cách tùy tiện. Cơ chế đó chính là toà án. Bởi vì, từ lâu toà án được xem là chốt chặn trong bảo vệ quyền con người. Trong đó, toà án hành chính có vai trò quan trọng trong kiểm soát các biện pháp hạn chế quyền con người mà công quyền sử dụng, đánh giá biện pháp hạn chế quyền do chính quyền đưa ra có thực vì lợi ích bảo đảm trật tự công cộng. Trên thực tế, các hành vi hạn chế quyền, tự do cơ bản là do cơ quan hành chính tiến hành, thông qua một quyết định hành chính. Toà án hành chính được xem như “người gác đền”, bảo đảm cho việc hạn chế quyền con người tuân thủ đúng các nguyên tắc pháp luật liên quan.

4. Kết luận

Thông qua việc nghiên cứu cách thức hoạt động, bản chất của hệ thống SCS cũng như vai trò của AI trong hệ thống này có thể chỉ ra rằng, trí tuệ nhân tạo mặc dù là một thành tựu quan trọng của khoa học và công nghệ, nhưng việc áp dụng nó để xây dựng hệ thống theo dõi, thu thập thông tin và chấm điểm công dân như hệ thống SCS tại Trung Quốc đã đi ngược lại với bản chất vốn có của Nhà nước. Đồng thời, tạo ra nguy cơ về một xã hội mà ở đó các quyền con người không được xem như những giá trị tự nhiên và cơ bản, không được tôn trọng và không có cơ chế để bảo đảm thực thi.

Ngoài ra, việc ứng dụng trí tuệ nhân tạo trong việc thu thập thông tin cá nhân của nhiều quốc gia cũng như các hãng công nghệ, các nền tảng mạng xã hội đang từng giờ từng phút xâm phạm đến quyền riêng tư của mỗi cá nhân, từ đó nguy cơ tạo ra một xã hội mà quyền tự do ngôn luận và các nền tảng khác của xã hội dân chủ không được bảo đảm.

³⁸ Nguyễn Minh Tuấn (Chủ biên), *Giới hạn chính đáng đối với các quyền con người, quyền công dân trong pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam*, Nxb. Hồng Đức, 2015, tr.31.

³⁹ Nguyễn Minh Tuấn (Chủ biên), *Giới hạn chính đáng đối với các quyền con người, quyền công dân trong pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam*, sđd, tr.32.