

THÔNG RA MỘT KỶ

9(377)

2019

SỐ 48

TỔNG BIÊN TẬP

PGS.TS. LÊ MAI THANH

PHÓ TỔNG BIÊN TẬP

TS. TRẦN VĂN BIÊN

HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP

GS.TSKH. LÊ TRỌNG

PGS.TS. BÙI XUÂN

PGS.TS. PHẠM HỒNG HAI

PGS.TS. TRẦN QUANG HAI

PGS.TS. HÀ THỊ MAI HƯƠNG

PGS.TS. PHẠM HỮU NGHĨ

PGS.TS. NGUYỄN NHƯ PHONG

PGS.TS. LÊ MINH THẮNG

PGS.TS. NGUYỄN TRUNG TÍN

GS.TS. VŨ KHUYNH VINH

PGS.TS. QUANG NGUYỄN VĂN

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

Tel: 024.39713333

Fax: 024.39764534

Email:

tcnnpl@isl.gov.vn

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

In tại Công ty in Thủy lợi

Giá 20.000

NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

MỤC LỤC

LUẬT HIẾN PHÁP, LUẬT HÀNH CHÍNH

❖ ĐINH DŨNG SỸ: Chính phủ trong mối quan hệ phân công, phối hợp và kiểm soát việc thực hiện quyền tư pháp ở Việt Nam 3

❖ NGUYỄN HUY CƯỜNG: Bất cập trong quy định về miễn nhiệm công chứng viên của Luật Công chứng năm 2014 và kiến nghị hoàn thiện 9

❖ NGUYỄN NHẬT KHANH: Biện pháp khắc phục hậu quả trong pháp luật xử phạt vi phạm hành chính về đất đai – Một số bất cập và kiến nghị hoàn thiện 14

❖ NGUYỄN HOÀNG YẾN: Khái niệm người khởi kiện và vấn đề xác định tư cách người khởi kiện trong tố tụng hành chính 22

LUẬT DÂN SỰ

❖ TRẦN VĂN PHÚ: Hoàn thiện chế định về thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam 28

❖ NGUYỄN MINH OANH: Các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng theo Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng châu Âu – Giá trị tham khảo cho Việt Nam 36

❖ VŨ THỊ THANH LINH – ĐOÀN THANH HẢI: Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong hợp đồng giao kết từ xa – Giải pháp “quyền rút lui” của pháp luật châu Âu và kinh nghiệm cho Việt Nam 45

LUẬT KINH TẾ, LUẬT LAO ĐỘNG, LUẬT ĐẤT ĐAI

❖ NGUYỄN TUẤN VŨ: Một số góp ý nhằm hoàn thiện Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp về người đại diện theo pháp luật 56

❖ HÀ THỊ HOA PHƯƠNG: Pháp luật về bảo hiểm thất nghiệp của Thái Lan và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam 64

❖ CHÂU HOÀNG THÂN: Pháp luật về trách nhiệm giải trình và công khai thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện 75

MONTHLY ISSUE

9(377)

2019

48TH YEAR

STATE AND LAW

CONTENTS

EDITOR IN CHIEF LE MAI THANH	<i>CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW</i>	
	❖ DINH DUNG SY: The Government in Delegating power to, Collaborating with and Controlling the Judiciary in Viet Nam	3
DEPUTY EDITOR IN CHIEF TRAN VAN BIEN	❖ NGUYEN HUY CUONG: Shortcomings of Regulations on Relief from Duty of Notaries under the 2014 Notary Law and Proposals for Improvement	9
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	❖ NGUYEN NHAT KHANH: Remedies under the Law on Handling Administrative Land-related Violations – Shortcomings and proposals	14
<i>Office of the Editorial Board: 27 Tran Xuan Soan Ha Noi</i>	❖ NGUYEN HOANG YEN: The Concept and Eligibility of Petitioner in Administrative Procedure	22
<i>Tel: 024.39713333 Fax: 024.39764534 Email: tcnnpl@isl.gov.vn</i>	<i>CIVIL LAW</i>	
	❖ TRAN VANG PHU: Improve Regime on House Ownership Term of Foreign Individuals in Viet Nam	28
	❖ NGUYEN MINH OANH: Remedies for Breach of Contract under the Principles of European Contract Law – Implications for Viet Nam	36
	❖ VO THI THANH LINH – DOAN THANH HAI: Consumer Rights Protection in Distance Contracts – The Right to Withdraw under the European Law and Implications for Viet Nam	45
Licence for Press Activities No. 121/GP-BTTTT dated 22 April 2013	<i>ECONOMIC LAW, LABOR LAW, LAND LAW</i>	
Printed by Water Resources Printing Company	❖ NGUYEN TUAN VU: Comments for Improvement of the Draft Law Amending and Supplementing Articles of the Law on Investment and the Law on Enterprises in Respect of Legal Representative	56
Price: 20.000 VND	❖ HA THI HOA PHUONG: Thailand's Law on Unemployment Insurance and Lessons for Viet Nam	64
	❖ CHAU HOANG THAN: The Law on Accountability and Information Disclosure Responsibility Regarding District-level Master Plan and Plan on Land Use	75

CHÍNH PHỦ TRONG MỐI QUAN HỆ PHÂN CÔNG, PHỐI HỢP VÀ KIỂM SOÁT VIỆC THỰC HIỆN QUYỀN TƯ PHÁP Ở VIỆT NAM

*Đinh Dũng Sỹ**

Tóm tắt: Bài viết phân tích thực trạng mối quan hệ phân công, phối hợp và kiểm soát trong thực thi quyền lực nhà nước giữa Chính phủ với tòa án nhân dân; qua đó, tác giả đề xuất một số giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes the relation between the Government and the People's Court in respect of delegation, collaboration with and control of state powers, thereby the author makes proposals for improvement.

1. Thực trạng mối quan hệ phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực giữa Chính phủ với tòa án nhân dân - cơ quan thực hiện quyền tư pháp

Trong tổ chức thực thi quyền lực nhà nước, Điều 94 Hiến pháp năm 2013 quy định: “Chính phủ là cơ quan hành chính nhà nước cao nhất của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền hành pháp, là cơ quan chấp hành của Quốc hội”. Theo đó, Chính phủ có các nhiệm vụ: Tổ chức thi hành Hiến pháp, pháp luật; xây dựng và trình Quốc hội các chính sách, dự toán ngân sách, dự án luật; thống nhất quản lý nhà nước về kinh tế, văn hóa, xã hội, đối ngoại, quốc phòng, an ninh; thống nhất quản lý nền hành chính quốc gia; bảo vệ quyền và lợi ích của Nhà nước, tổ chức, cá nhân...

Tòa án được phân công thực hiện quyền tư pháp. Theo đó, Hiến pháp quy định: “Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp”. Một nguyên tắc tối thượng trong hoạt động xét xử, thực hiện quyền tư pháp của tòa án đó là: “Thẩm phán, Hội thẩm xét xử độc lập và chỉ tuân

theo pháp luật; nghiêm cấm cơ quan, tổ chức, cá nhân can thiệp vào việc xét xử của Thẩm phán, Hội thẩm”¹. Như vậy, mối quan hệ phân công trong thực thi quyền lực nhà nước được phân định rất rõ ràng, rành mạch: Hành pháp – Chính phủ; tư pháp – tòa án. Tuy nhiên, mối quan hệ phối hợp và kiểm soát trong thực thi quyền tư pháp giữa Chính phủ với tòa án chưa thực sự rõ ràng và hầu như chưa được ghi nhận trong Hiến pháp cũng như trong các đạo luật. Thực tiễn cũng có một số vấn đề về phối hợp thực hiện nhiệm vụ giữa Chính phủ với tòa án, nhưng chưa phải là phối hợp và kiểm soát thực thi quyền lực trong các quy chế phối hợp công tác giữa Chính phủ với tòa án nhân dân.

1.1. Các quy định của Hiến pháp về phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực giữa Chính phủ với tòa án nhân dân

Có thể nói, Hiến pháp năm 2013 ngoài các quy định về phân công thực hiện các quyền hành pháp và tư pháp của Chính phủ và tòa án nhân dân thì các quy định thể hiện cơ chế phối hợp và kiểm soát giữa hai cơ quan này hầu như không đáng kể. Nói chính

* PGS.TS., Văn phòng Chính phủ.

¹ Điều 103 Hiến pháp năm 2013.

xác hơn, trong phân công cũng đã tồn tại yếu tố phối hợp, nhưng kể cả như vậy thì yếu tố kiểm soát việc thực thi quyền lực của hai cơ quan này rất mờ nhạt trong các quy định của Hiến pháp. Chúng ta chỉ có thể tìm thấy một số rất ít quy định về vai trò của Chính phủ trong mối quan hệ phân công và phối hợp ở một số điều khoản sau đây của Hiến pháp:

- Khoản 5 Điều 96 về nhiệm vụ, quyền hạn của Chính phủ có quy định: Chính phủ “thực hiện quản lý về cán bộ, công chức, viên chức và công vụ trong các cơ quan nhà nước”. Điều khoản này quy định thẩm quyền của Chính phủ trong việc thống nhất quản lý các chế độ, chính sách liên quan đến đội ngũ cán bộ, công chức trong toàn bộ máy nhà nước. Mặc dù, ba cơ quan Quốc hội, Chính phủ và tòa án là ba cơ quan độc lập, thực thi ba nhánh quyền lực nhà nước khác nhau, nhưng đều là những cơ quan trong cơ cấu tổ chức bộ máy nhà nước, cùng có một đội ngũ cán bộ, công chức. Và dù đội ngũ những người này có chức danh, chức vụ khác nhau, nhưng về nguyên tắc đều có những quyền và nghĩa vụ cũng như thụ hưởng các chế độ, chính sách chung về công chức, công vụ và chịu sự quản lý thống nhất về chế độ, chính sách của Chính phủ.

Trên cơ sở quy định của Hiến pháp nói trên, Luật Tổ chức Chính phủ cũng như các văn bản quy phạm pháp luật được Chính phủ ban hành sẽ cụ thể hóa các quy định về mọi chế độ liên quan đến công chức, công vụ như: Tuyển dụng, thôi việc, chế độ tiền lương, bảo hiểm xã hội, về tiêu chuẩn ngạch bậc, về đề bạt, bổ nhiệm... cho tất cả các cán bộ, công chức trong tất cả các cơ quan của bộ máy nhà nước và thực hiện quản lý thống nhất. Các cơ quan Quốc hội cũng như tòa án không có thẩm quyền trong việc đặt ra các chế độ, chính sách riêng biệt hay đặc

biệt cho các cán bộ, công chức thuộc hệ thống của mình. Để bảo đảm sự thống nhất và bình đẳng trong chế độ, chính sách đối với đội ngũ những người làm việc tại tất cả các cơ quan trong bộ máy nhà nước, dù làm ở bất cứ cơ quan nào đều có cơ hội bình đẳng để lựa chọn và phát triển. Theo đó, cần phải giao cho một cơ quan xây dựng, ban hành và thực hiện quản lý thống nhất mọi chế độ, chính sách đối với đội ngũ này. Trách nhiệm này được trao cho cơ quan thực hiện quyền hành pháp là một sự phân công hợp lý. Cơ quan lập pháp và tư pháp không có bộ máy và chuyên môn thực hiện nhiệm vụ này.

- Tại khoản 5 Điều 96 cũng quy định: Chính phủ “tổ chức công tác thanh tra, kiểm tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo, phòng, chống quan liêu, tham nhũng trong bộ máy nhà nước”. Quy định này của Hiến pháp cho thấy, Chính phủ cũng có thẩm quyền trong công tác thanh tra, kiểm tra công chức, công vụ, công tác giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng chống tham nhũng đối với cả các cán bộ, công chức trong các cơ quan thuộc khối lập pháp cũng như tư pháp.

- Khoản 6 Điều 96 Hiến pháp quy định: Chính phủ có nhiệm vụ “bảo vệ quyền và lợi ích của Nhà nước và xã hội, quyền con người, quyền công dân; bảo đảm trật tự, an toàn xã hội”. Quy định này thể hiện vai trò, trách nhiệm của Chính phủ giống với khoản 3 Điều 102 Hiến pháp: Tòa án nhân dân có nhiệm vụ bảo vệ quyền con người, quyền công dân, bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân. Các quy định này cho thấy, cả Chính phủ và tòa án nhân dân có cùng các nhiệm vụ nói trên. Tuy nhiên, Chính phủ thực hiện nhiệm vụ nói trên trong phạm vi triển khai thực thi quyền hành pháp, còn tòa án nhân dân thì trong phạm vi thực thi quyền tư

pháp. Chẳng hạn, các cơ quan của Chính phủ như cơ quan an ninh điều tra, cơ quan cảnh sát điều tra của Bộ Công an, một số chức danh của các cơ quan Hải quan, Bộ đội biên phòng, Cảnh sát Biển, Kiểm lâm... có chức năng điều tra, khởi tố vụ án hình sự; tòa án cũng có nhiệm vụ khởi tố vụ án hình sự trong các hoạt động tố tụng. Tuy nhiên, mỗi cơ quan thực hiện các nhiệm vụ và quyền hạn nói trên với một vai trò, vị trí và tính chất khác nhau, thể hiện sự phân công, phối hợp và bổ trợ lẫn nhau giữa Chính phủ với tòa án nhân dân trong thực thi quyền tư pháp.

1.2. Các quy định trong các luật về phân công, phối hợp và kiểm soát quyền lực giữa Chính phủ với tòa án nhân dân

Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 tiếp tục cụ thể hóa một số quy định của Hiến pháp nói trên ở các Điều 23 và 24, cụ thể là: Đề cụ thể hóa khoản 5 Điều 96 Hiến pháp, Điều 23 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 quy định nhiệm vụ và quyền hạn của Chính phủ trong quản lý về tổ chức bộ máy hành chính nhà nước, chế độ công vụ, cán bộ, công chức, viên chức và công tác thi đua, khen thưởng. Trong đó, khoản 4 quy định: Chính phủ “Thống nhất quản lý nhà nước về cán bộ, công chức, viên chức và công vụ trong các cơ quan nhà nước”; khoản 5: “Thống nhất quản lý nhà nước và tổ chức thực hiện chế độ tiền lương, phụ cấp và các chế độ, chính sách khác đối với cán bộ, công chức, viên chức trong các cơ quan nhà nước từ trung ương đến địa phương”; khoản 8: “Thống nhất quản lý nhà nước về công tác thi đua, khen thưởng”. Như vậy, các quy định của Hiến pháp cũng như Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 đều ghi nhận một cách nhất quán thẩm quyền của Chính phủ trong thống nhất quản lý về đội ngũ cán bộ, công chức cũng như các chế độ, chính sách liên

quan đến đội ngũ này trong tất cả các cơ quan nhà nước. Mặt khác, đối tượng là cán bộ, công chức theo quy định của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 có phạm vi rất rộng, bao gồm: Cán bộ là những người được bầu cử, phê chuẩn, bổ nhiệm giữ chức vụ, chức danh theo nhiệm kỳ; công chức là những người được tuyển dụng, bổ nhiệm vào ngạch, chức vụ, chức danh trong cơ quan Đảng, Nhà nước, tổ chức chính trị - xã hội ở trung ương, địa phương, đơn vị thuộc lực lượng vũ trang, bộ máy lãnh đạo, quản lý trong các đơn vị sự nghiệp công lập... trong biên chế và hưởng lương từ ngân sách nhà nước². Như vậy, phạm vi đối tượng là cán bộ, công chức không chỉ có những người làm việc trong các cơ quan của bộ máy nhà nước (Quốc hội, Chính phủ, tòa án, viện kiểm sát, kiểm toán nhà nước) mà bao gồm cả những người làm việc trong các cơ quan của Đảng, tổ chức chính trị - xã hội, đơn vị lực lượng vũ trang, sự nghiệp công lập.

Tuy nhiên, Luật Cán bộ, công chức năm 2008 lại có sự thu hẹp phạm vi vai trò, thẩm quyền của Chính phủ trong các lĩnh vực nói trên. Cụ thể, trong các quy định của Luật Cán bộ, công chức năm 2008 về quản lý đội ngũ cán bộ, công chức có sự phân công, phân cấp cho các cơ quan có thẩm quyền của Đảng, Nhà nước, tổ chức chính trị - xã hội một số thẩm quyền như: Xây dựng kế hoạch, quy hoạch đội ngũ cán bộ, công chức; quy định chức danh và cơ cấu cán bộ; đặc biệt là thẩm quyền quyết định biên chế cán bộ, công chức. Điều 66 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 quy định: Ủy ban Thường vụ Quốc hội quyết định biên chế công chức của Văn phòng Quốc hội, kiểm toán nhà nước, tòa án nhân dân, viện kiểm sát nhân dân; Chủ tịch nước quyết định biên

² Điều 4 Luật Cán bộ, công chức năm 2008.

ché công chức của Văn phòng Chủ tịch nước; cơ quan có thẩm quyền của Đảng quyết định biên chế trong hệ thống cơ quan Đảng, tổ chức chính trị - xã hội. Chính phủ chỉ có thẩm quyền quyết định biên chế của bộ, cơ quan ngang bộ, cơ quan thuộc Chính phủ, cấp tỉnh, đơn vị sự nghiệp công lập.

Rõ ràng, đến Luật Cán bộ, công chức năm 2008, thẩm quyền của Chính phủ về thống nhất quản lý đội ngũ cán bộ, công chức cũng như chế độ, chính sách đối với đội ngũ này đã bị thu hẹp đi rất nhiều, mặc dù nhiệm vụ thống nhất quản lý nhà nước về cán bộ, công chức, công vụ trong cả bộ máy nhà nước đã được hiến định giao cho Chính phủ. Có lẽ, điểm rõ nét nhất trong mối quan hệ kiểm soát quyền lực giữa cơ quan hành pháp đối với các nhánh quyền lực khác chính là Điều 68 Luật Cán bộ, công chức năm 2008 về báo cáo công tác quản lý cán bộ, công chức có quy định: Hàng năm Chính phủ báo cáo Quốc hội về công tác quản lý cán bộ, công chức; các cơ quan tòa án, viện kiểm sát, kiểm toán nhà nước, Văn phòng Quốc hội, Văn phòng Chủ tịch nước, các cơ quan có thẩm quyền của Đảng, tổ chức chính trị - xã hội phải xây dựng báo cáo về quản lý cán bộ, công chức của cơ quan, hệ thống mình gửi Chính phủ để tổng hợp, báo cáo Quốc hội. Tuy vậy, từ quy định này có thể thấy, vai trò của Chính phủ trong quản lý, quy định các tiêu chuẩn, chế độ công chức, công vụ đối với đội ngũ cán bộ, công chức ở khía cạnh kiểm soát quyền lực vẫn còn rất mờ nhạt, khi các thẩm quyền quyết định về chức danh, tiêu chuẩn ngạch bậc, chế độ chính sách đặc thù và đặc biệt là chỉ tiêu biên chế vẫn do các cơ quan có thẩm quyền của Đảng, Chủ tịch nước và Ủy ban Thường vụ Quốc hội quyết định.

Tương tự như vậy, mặc dù Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 về nhiệm vụ và

quyền hạn của Chính phủ đối với công tác thanh tra, kiểm tra, tiếp công dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo, phòng, chống quan liêu, tham nhũng, lãng phí có quy định: Chính phủ “Thống nhất quản lý nhà nước về công tác thanh tra, kiểm tra, tiếp công dân, giải quyết khiếu nại, tố cáo, phòng, chống quan liêu, tham nhũng, lãng phí *trong bộ máy nhà nước*. Chỉ đạo việc thực hiện công tác phòng, chống quan liêu, tham nhũng, lãng phí trong hoạt động *của bộ máy nhà nước* và các hoạt động kinh tế - xã hội”³. Tuy nhiên, Luật Thanh tra năm 2010, Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 lại đặt hoạt động thanh tra cũng như giải quyết khiếu nại, tố cáo, phòng chống tham nhũng trong phạm vi hệ thống hành chính, không vươn tới được hệ thống cơ quan tư pháp cũng như các cơ quan khác.

Một số luật khác như Luật Tổ chức Tòa án nhân dân năm 2014, Luật Tổ chức Cơ quan điều tra hình sự năm 2015, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015... cũng có một số quy định về phân công, phối hợp trong thực thi quyền hành pháp và quyền tư pháp, trong đó nổi bật nhất và rõ ràng nhất là thẩm quyền của Chính phủ trong lĩnh vực quản lý cán bộ, công chức cũng như chế độ tiền lương, thi đua, khen thưởng trong tất cả các cơ quan trong bộ máy nhà nước từ trung ương đến địa phương. Tuy nhiên, không có những quy định thực sự rõ nét cho thấy sự kiểm soát quyền lực một cách rõ ràng, thực chất của cơ quan hành pháp đối với cơ quan tư pháp và cũng có thể nói là đối với cả cơ quan lập pháp.

2. Một số kiến nghị

2.1. Thống nhất thẩm quyền Chính phủ quản lý đội ngũ cán bộ, công chức và

³ Điều 24 Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015.

mở rộng phạm vi thanh tra, kiểm tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo, phòng, chống quan liêu, tham nhũng

Thực tiễn pháp luật về môi quan hệ trong tổ chức thực thi quyền hành pháp và quyền tư pháp nói trên cho thấy, các khía cạnh phân công và phối hợp thực thi quyền lực giữa các cơ quan nhà nước nói chung, giữa Chính phủ với tòa án nhân dân nói riêng về cơ bản đã rõ ràng. Tuy nhiên, trên khía cạnh kiểm soát quyền lực nói chung, kiểm soát quyền lực của cơ quan hành pháp đối với cơ quan tư pháp nói riêng, về cơ bản còn rất mờ nhạt, chưa có một quy định mang tính thể chế nào thực sự có ý nghĩa, cũng như chưa có một thiết chế nào mà thông qua nó, cơ quan hành pháp có thể kiểm soát được quyền lực của cơ quan tư pháp. Bản thân một số quy định hiện hành trong Hiến pháp cũng như trong một số đạo luật nói trên mới dừng lại ở một vài nguyên tắc cơ bản, chưa cụ thể, thậm chí còn rất mơ hồ, như các quy định về thẩm quyền của Chính phủ trong công tác thanh tra, phòng chống tham nhũng trong bộ máy nhà nước; hoặc chưa thực chất, như các quy định về quản lý thống nhất đội ngũ cán bộ, công chức, chế độ công chức, công vụ.

Theo tác giả, cần phải nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung làm rõ hơn nữa, cụ thể hóa hơn nữa các quy định hiện hành trong Hiến pháp và các luật như đã phân tích tại phần trên, trước hết là Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, Luật Cán bộ, công chức năm 2008, Luật Viên chức năm 2010, Luật Thanh tra năm 2010, Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 và các luật về tổ chức và hoạt động của bộ máy nhà nước.

Đối với thẩm quyền của Chính phủ được ghi nhận tại khoản 5 Điều 96 Hiến pháp: *Chính phủ “thực hiện quản lý về cán*

bộ, công chức, viên chức và công vụ trong các cơ quan nhà nước”, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015, đặc biệt là Luật Cán bộ, công chức năm 2008 và Luật Viên chức năm 2010 cần phải cụ thể hóa và nhất quán với quy định trên đây của Hiến pháp, khẳng định thẩm quyền của Chính phủ một cách mạnh mẽ và thực chất trong quản lý thống nhất đội ngũ cán bộ, công chức trong mọi khâu, mọi mặt, từ tuyển dụng, biên chế, chính sách đãi ngộ đến khen thưởng, kỷ luật, thanh tra, kiểm tra, phòng chống tham nhũng đối với công chức, công vụ trong toàn bộ máy nhà nước; tăng cường khả năng giám sát quyền lực từ cơ quan hành pháp đối với các nhánh quyền lực khác, trong đó có cơ quan tư pháp. Theo đó, cần trao toàn bộ, trọn vẹn thẩm quyền cho Chính phủ thống nhất quản lý đội ngũ cán bộ, công chức, các chế độ chính sách về tuyển dụng, về tiền lương, về chỉ tiêu biên chế và mọi chế độ, chính sách khác đối với đội ngũ này. Không nên quy định cho các cơ quan Đảng, tổ chức chính trị - xã hội, Chủ tịch nước, Ủy ban Thường vụ Quốc hội các thẩm quyền quyết định về biên chế, về các chế độ chính sách đặc thù đối với đội ngũ cán bộ, công chức thuộc hệ thống của các cơ quan, tổ chức này như hiện nay.

Về quy định tại khoản 5 Điều 96 của Hiến pháp: Chính phủ *“tổ chức công tác thanh tra, kiểm tra, giải quyết khiếu nại, tố cáo, phòng, chống quan liêu, tham nhũng trong bộ máy nhà nước”*, Luật Thanh tra năm 2010 cũng như Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 cũng cần phải sửa đổi, bổ sung để nhất quán với quy định trên của Hiến pháp. Theo đó, các đạo luật này cần phải mở rộng phạm vi thanh tra công vụ, giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng đối với mọi cán bộ, công chức trong mọi cơ quan thuộc bộ máy nhà

nước như khẳng định của Hiến pháp, không chỉ bó hẹp phạm vi trong hệ thống hành chính như hiện nay. Về vấn đề này, có thể nói là các đạo luật nói trên chưa phản ánh đúng tinh thần của Hiến pháp.

2.2. *Đổi mới cơ chế quản lý về mặt tổ chức đối với đội ngũ thẩm phán*

Ở các nước có nền pháp quyền hiện đại, tòa án được xác định rõ là cơ quan xét xử, thực thi quyền tư pháp; tòa án xét xử theo hai cấp, các cấp của hệ thống tòa án là độc lập, không có sự phụ thuộc về mặt tổ chức. Sự phụ thuộc về mặt tổ chức giữa các tòa án trong hệ thống tòa án, hay trong cùng một tòa án dễ dẫn đến sự lệ thuộc của các thẩm phán đối với các cấp lãnh đạo (được coi như cấp trên) của họ, và điều đó có thể làm méo mó nguyên tắc xét xử độc lập và chỉ tuân theo pháp luật của các thẩm phán. Ở nước ta đã có một giai đoạn tòa án nhân dân được tổ chức độc lập, đúng nghĩa là một cơ quan xét xử, không có sự lệ thuộc lẫn nhau về mặt tổ chức. Cơ quan của Chính phủ - Bộ Tư pháp mới là người quản lý về mặt tổ chức đối với đội ngũ thẩm phán. Tác giả cho rằng, cần phải quay lại cơ chế này, cần bóc tách các vấn đề quản lý tổ chức, con người ra khỏi hệ thống tòa án, giao lại cho cơ quan hành pháp. Làm như vậy không những bảo đảm được nguyên tắc tối thượng trong xét xử là độc lập và chỉ tuân theo pháp luật của các thẩm phán, mà còn góp phần hình thành một cơ chế kiểm soát quyền lực hữu hiệu giữa cơ quan hành pháp với cơ quan tư pháp.

2.3. *Đổi mới cơ bản mô hình tổ chức và hoạt động của viện kiểm sát nhân dân theo hướng thành lập viện công tố thuộc hệ thống hành pháp*

Trước Hiến pháp năm 2013, sự không rõ ràng trong các quy định của pháp luật dẫn đến sự lầm tưởng rằng viện kiểm sát

nhân dân cũng là cơ quan thực hiện quyền tư pháp, là cơ quan tư pháp. Tuy nhiên, với sự khẳng định tại khoản 1 Điều 102 Hiến pháp năm 2013: “Tòa án nhân dân là cơ quan xét xử của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, thực hiện quyền tư pháp” đã xóa tan quan điểm coi viện kiểm sát cũng là cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Tuy vậy, đáng tiếc là việc cải cách của chúng ta trong Hiến pháp 2013 đối với viện kiểm sát chưa hoàn toàn triệt để. Trong khi Hiến pháp khẳng định tòa án là cơ quan thực hiện quyền tư pháp, viện kiểm sát là cơ quan thực hành quyền công tố, nhưng lại vẫn giữ lại chức năng kiểm sát hoạt động tư pháp và vẫn giữ nguyên mô hình tổ chức và hoạt động của viện kiểm sát.

Nghị quyết 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 cũng đã đưa ra định hướng hình thành cơ quan công tố thuộc hệ thống hành pháp. Tuy nhiên, trên thực tế, tư tưởng này đang bị chậm lại. Thậm chí, khi làm Hiến pháp năm 2013, chúng ta cũng không có một bước tiến đáng kể nào về cải cách đối với cơ quan viện kiểm sát, ngoài việc khẳng định viện kiểm sát là cơ quan thực hành quyền công tố và gián tiếp khẳng định nó không phải là cơ quan thực hiện quyền tư pháp. Tác giả cho rằng, để tạo ra một cơ chế kiểm soát quyền lực đầy đủ của cơ quan hành pháp với cơ quan tư pháp thì phải cải cách triệt để mô hình viện kiểm sát, chuyển viện kiểm sát thành cơ quan công tố thuộc Chính phủ như mô hình ở nhiều nước có nhà nước pháp quyền phát triển. Khi cơ quan công tố thuộc hành pháp rồi thì quyền kháng nghị của cơ quan công tố đối với các bản án, quyết định của tòa án chính là công cụ quan trọng nhất trong kiểm soát quyền lực giữa cơ quan hành pháp đối với cơ quan tư pháp.

BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH VỀ MIỄN NHIỆM CÔNG CHỨNG VIÊN CỦA LUẬT CÔNG CHỨNG NĂM 2014 VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Nguyễn Huy Cường*

Tóm tắt: Bài viết phân tích các bất cập của hai trường hợp miễn nhiệm công chứng viên do “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” và “đã bị xử phạt vi phạm hành chính đến lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng mà còn tiếp tục vi phạm”, qua đó đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

Abstract: The article analyzes shortcomings of two circumstances for relieving from duty of notaries regarding “concurrently perform another regular job” and “sanctioned twice for administrative violations in notarial practice but still continue committing violations”, thereby makes proposals for improvement.

1. Bất cập trong quy định về miễn nhiệm công chứng viên

Luật Công chứng năm 2014 quy định 08 trường hợp miễn nhiệm công chứng viên¹, tuy nhiên, thực tiễn áp dụng đã bộc lộ một số bất cập, vướng mắc. Khi bị miễn nhiệm, công chứng viên tùy trường hợp có thể được bổ nhiệm lại hoặc không được bổ nhiệm lại làm công chứng viên². Trong các trường hợp bị miễn nhiệm công chứng viên hiện nay, quy định về các trường hợp: “Kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” và “đã bị xử phạt vi phạm hành chính đến lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng mà còn tiếp tục vi phạm” cần có sự hướng dẫn cụ thể để làm cơ sở thống nhất trong thực hiện.

1.1. Đối với hành vi “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác”

Theo quy định của Luật Công chứng, khi công chứng viên kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác thì sẽ thuộc trường hợp bị

miễn nhiệm. Tuy nhiên, hiện nay, Nghị định số 67/2015/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 110/2013/NĐ-CP về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực hỗ trợ tư pháp, hành chính tư pháp, hôn nhân và gia đình, thi hành án dân sự, phá sản doanh nghiệp, hợp tác xã cũng có quy định: Công chứng viên kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác thì sẽ bị phạt tiền 3.000.000 đồng đến 7.000.000 đồng³. Như vậy, khi phát hiện công chứng viên kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác, ngoài việc bị phạt tiền 3.000.000 đồng đến 7.000.000 đồng, công chứng viên sẽ bị miễn nhiệm.

Vấn đề đặt ra là hành vi như thế nào được xác định là “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác”. Kiêm nhiệm theo cách hiểu thông thường là cùng lúc đảm nhận nhiều công việc khác nhau. Như vậy, công chứng viên kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác là vừa hành nghề công chứng lại vừa làm một công việc khác thường

* ThS., Văn phòng công chứng Công Lý Trà Vinh.

¹ Điều 15 Luật Công chứng năm 2014.

² Điều 16 Luật Công chứng năm 2014.

³ Khoản 11 Điều 1 Nghị định số 67/2015/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 110/2013/NĐ-CP.

xuyên, độc lập với nghề công chứng. Nếu thuộc trường hợp này, công chứng viên sẽ bị miễn nhiệm. Tuy nhiên, thực trạng hiện nay ghi nhận những trường hợp sau đây:

Thứ nhất, Luật Công chứng năm 2014 quy định, công chứng có thành lập Hội công chứng viên tại địa phương cấp tỉnh và Hiệp hội công chứng viên toàn quốc. Hội công chứng và Hiệp hội công chứng viên sẽ bầu một số công chứng viên để đảm nhận chức vụ Chủ tịch Hội, Chủ tịch Hiệp hội, thành viên Ban chấp hành, các Ban chuyên môn⁴. Những công chứng viên này sẽ phải làm các công việc theo quy định tại Điều lệ Hội, Hiệp hội và theo nhiệm kỳ bên cạnh việc hành nghề công chứng của mình.

Như vậy, trong trường hợp này, các công chứng viên được bầu sẽ phải đảm nhận và kiêm nhiệm một công việc thường xuyên khác ngoài hoạt động chuyên môn hành nghề công chứng. Vậy các công chứng viên này có được xác định là “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” để thuộc trường hợp phải bị miễn nhiệm công chứng viên hay không?

Thứ hai, đối với các công chứng viên hiện đang là Trưởng Phòng công chứng đồng thời là Bí thư chi bộ cơ quan, công chứng viên là Bí thư Chi đoàn thanh niên cơ quan thì trong trường hợp này, có coi là “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” để bị miễn nhiệm công chứng viên hay không?

Thứ ba, thực tiễn hiện nay có ghi nhận nhiều trường hợp các công chứng viên ngoài việc thực hiện chuyên môn hoạt động công chứng của mình vẫn đồng thời tham gia giảng dạy tại Học viện Tư pháp (chương trình đào tạo nghề công chứng) và tại các

trường đại học (các môn học thuộc chuyên ngành luật học hoặc hướng dẫn học viên cao học, nghiên cứu sinh). Các công chứng viên này tuy giảng dạy theo chế độ hợp đồng thỉnh giảng, mang tính thời vụ, nhưng nếu thường xuyên tham gia giảng dạy tại cùng một đơn vị sẽ phát sinh tính chất chuyên nghiệp, lâu dài. Vậy trong trường hợp này, công chứng viên tham gia giảng dạy có được xác định là “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” hay không?

Thứ tư, đối với một số công chứng viên có trình độ chuyên môn, uy tín, kinh nghiệm phù hợp với ngành nghề kinh doanh của một số doanh nghiệp, tập đoàn kinh tế lớn và được mời làm cố vấn pháp lý có được xác định là “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” hay không? Quan hệ giữa công chứng viên và doanh nghiệp trong trường hợp này được xác lập trên cơ sở hợp đồng lao động lâu dài hoặc thời vụ. Những công chứng viên này không làm việc toàn thời gian cho các doanh nghiệp mà chỉ nêu ý kiến tư vấn, ý kiến pháp lý có liên quan khi doanh nghiệp có yêu cầu.

Các trường hợp miễn nhiệm do “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác”, công chứng viên sẽ được xem xét bổ nhiệm lại khi lý do miễn nhiệm không còn⁵. Nhưng việc xác định các trường hợp nêu trên có thuộc trường hợp căn cứ “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” hay không là rất cấp thiết để tạo sự thống nhất trong áp dụng.

Các trường hợp trên về bản chất là những công việc đồng thời phải làm, song song với công việc hành nghề công chứng của công chứng viên. Trong đó, việc kiêm nhiệm các chức danh, công việc trong Hội, Hiệp hội công chứng và kiêm nhiệm công

⁴ Điều 25 Nghị định số 29/2015/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Công chứng.

⁵ Khoản 2 Điều 16 Luật Công chứng năm 2014.

việc quản lý về mặt Đảng, đoàn thể (đối với các công chứng viên làm việc tại các Phòng công chứng) rõ ràng là một sự kiêm nhiệm. Đối với việc tham gia giảng dạy hay là tư vấn pháp lý có thể là những công việc ngoài thời gian hành chính (thời gian làm việc của công chứng viên) nhưng vẫn phát sinh tính thường xuyên, chuyên nghiệp.

Thời gian làm việc của các công chứng viên vẫn phải tuân theo quy định của pháp luật về lao động, nghĩa là không quá 08 giờ trong 01 ngày và không quá 48 giờ trong 01 tuần⁶. Tuy nhiên, giữa tổ chức hành nghề công chứng và công chứng viên hoàn toàn có thể thỏa thuận thời gian làm việc của công chứng viên ít hơn⁷, đây là quyền tự do thỏa thuận của người lao động và bên sử dụng lao động được pháp luật thừa nhận. Do đó, công chứng viên hoàn toàn có thời gian để làm thêm những công việc chuyên môn khác như: Tư vấn pháp luật, tham gia giảng dạy, hướng dẫn, nghiên cứu khoa học... Từ những lẽ trên, thiết nghĩ việc sớm có văn bản hướng dẫn các trường hợp thuộc diện “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” sẽ bị miễn nhiệm công chứng viên là cấp bách.

1.2. Đối với hành vi “đã bị xử phạt vi phạm hành chính đến lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng mà còn tiếp tục vi phạm”

Hành vi này thuộc trường hợp bị miễn nhiệm và không được bổ nhiệm lại làm công chứng viên⁸; do đó việc xác định, hướng dẫn cụ thể là rất cần thiết. Tuy nhiên, quy định này hiện nay chưa rõ ràng dẫn đến phát sinh nhiều cách hiểu khác nhau, cụ thể:

Một là, công chứng viên phải bị xử phạt vi phạm chính lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng, sau đó tiếp tục vi phạm, nghĩa là bị xử phạt vi phạm hành chính lần thứ ba thì mới bị miễn nhiệm⁹

Cách hiểu này cho rằng, nếu phân tích theo câu chữ của luật thì quy định này được thể hiện là “đã bị xử phạt đến lần thứ hai” và “tiếp tục vi phạm”. Do đó, nội hàm của quy định phải là đã bị xử phạt vi phạm hành chính hai lần, nếu còn tiếp tục vi phạm, nghĩa là bị xử phạt lần thứ ba thì mới bị miễn nhiệm. Tuy nhiên, theo quan điểm này thì không áp dụng các quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính mà chỉ đơn thuần xác định là bị xử phạt vi phạm hành chính lần thứ ba (tổng số lần) trong hoạt động hành nghề công chứng thì sẽ bị miễn nhiệm làm công chứng viên. Quan điểm này hiện nay nhận được số đông sự đồng thuận của các công chứng viên và cơ quan quản lý nhà nước về công chứng.

Hai là, công chứng viên bị xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động hành nghề công chứng đến lần thứ hai, sau đó tiếp tục vi phạm mà không cần phải bị xử phạt vi phạm hành chính lần thứ ba, thì sẽ thuộc trường hợp bị miễn nhiệm¹⁰

⁹ - Công ty Luật LVN, *Đôi điều về năng lực và đạo đức nghề nghiệp của công chứng viên*, <https://wikiluat.com/2016/03/02/doi-dieu-ve-nang-luc-va-da-o-duc-nghe-nghiep-cua-cong-chung-vien/>, truy cập ngày 19/09/2019.

- Quan điểm thuyết trình và Tài liệu bồi dưỡng kiến thức pháp luật và kỹ năng hành nghề chuyên sâu trong lĩnh vực công chứng, ngày 15/3/2018 tại Tp. Hồ Chí Minh của bà Tạ Thị Tài – Thanh tra Bộ Tư pháp, tr. 49.

- Quan điểm giảng dạy và Giáo trình Kỹ năng hành nghề công chứng tập 1 – Học viện Tư pháp, Nxb. Tư pháp, 2018, tr. 95.

¹⁰ Quan điểm thảo luận, phản biện của một số công chứng viên tham gia chương trình bồi dưỡng kiến thức pháp luật và kỹ năng hành nghề chuyên sâu

⁶ Điều 104 Bộ luật Lao động năm 2012.

⁷ Điều 34 Bộ luật Lao động năm 2012.

⁸ Khoản 3 Điều 16 Luật Công chứng năm 2014.

Quan điểm này cho rằng, từ khi được bổ nhiệm làm công chứng viên, nếu bị xử phạt vi phạm hành chính lần thứ hai (tổng số lần), sau đó tiếp tục bị lập biên bản vi phạm trong hoạt động hành nghề công chứng mà không cần phải bị xử phạt vi phạm hành chính lần thứ ba, thì sẽ bị miễn nhiệm mà không căn cứ vào khoảng thời gian giữa hai lần bị xử phạt. Bởi lẽ các cụm từ của luật đã thể hiện “đã bị xử phạt đến lần thứ hai” và “tiếp tục vi phạm”, do đó, có thể căn cứ biên bản vi phạm sau khi bị xử phạt vi phạm hành chính lần thứ hai để miễn nhiệm công chứng viên mà không cần phải có quyết định xử phạt vi phạm hành chính lần thứ ba. Quan điểm này cũng không áp dụng các quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính để xác định hành vi tái phạm hay thời hạn được xem là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính.

Ba là, việc xử phạt vi phạm hành chính của công chứng viên sẽ được áp dụng theo quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012¹¹

Theo quan điểm này, việc xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động hành nghề công chứng của công chứng viên sẽ được áp dụng theo các quy định của Luật Xử lý vi phạm hành chính. Nghĩa là, nếu công chứng viên đó đã bị xử phạt vi phạm hành chính, trong thời hạn 01 năm kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính mà không tái phạm thì được coi là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính¹².

trong lĩnh vực công chứng, ngày 15/3/2018 tại Tp. Hồ Chí Minh đối với bà Tạ Thị Tài –Thanh tra Bộ Tư pháp.

¹¹ Quan điểm cá nhân của tác giả đối với quy định miễn nhiệm công chứng viên của điểm e khoản 2 Điều 15 Luật Công chứng năm 2014.

¹² Khoản 1 Điều 7 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

Theo quan điểm này, chỉ khi công chứng viên bị xử phạt vi phạm hành chính lần đầu trong hoạt động hành nghề công chứng, nhưng tái phạm trong thời hạn 01 năm kể từ ngày có quyết định xử phạt vi phạm hành chính thì sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính lần hai, sau đó vẫn tiếp tục vi phạm thì mới thuộc đối tượng bị miễn nhiệm. Tuy nhiên, nếu sau thời hạn 01 năm, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính và không tái phạm thì được coi là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính. Cho dù sau đó, công chứng viên có sai phạm và bị xử phạt vi phạm hành chính thì vi phạm đó sẽ được xác định là vi phạm lần đầu.

Như vậy, quy định về trường hợp “đã bị xử phạt vi phạm hành chính đến lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng mà còn tiếp tục vi phạm” áp dụng làm căn cứ miễn nhiệm công chứng viên đang được hiểu theo nhiều cách khác nhau và chưa thống nhất. Theo tác giả, việc xử phạt đối với các hành vi vi phạm hành chính phải theo sự điều chỉnh của văn bản có giá trị cao nhất là Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012. Theo quy định của Luật, các hành vi đã bị xử phạt vi phạm hành chính, nếu trong thời hạn 01 năm, kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính mà không tái phạm thì được coi là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính¹³. Do đó, quy định này cũng phải được áp dụng đối với các công chứng viên vi phạm, nghĩa là nếu đã chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính lần đầu mà không tái phạm trong thời hạn 01 năm thì được coi là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính. Việc áp dụng đúng quy định này của Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 sẽ đảm bảo thực hiện đúng

¹³ Khoản 1 Điều 7 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012.

theo nguyên tắc “Mọi cá nhân đều bình đẳng, không được lấy bất kỳ lý do nào để phân biệt đối xử”¹⁴ của Bộ luật Dân sự năm 2015. Công chứng viên là một công dân, phải được sự bình đẳng như mọi công dân khác trong xã hội. Do đó, tác giả cho rằng, quan điểm thứ ba về trường hợp “đã bị xử phạt vi phạm hành chính đến lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng mà còn tiếp tục vi phạm” để làm căn cứ miễn nhiệm công chứng viên được phân tích nêu trên là hoàn toàn có cơ sở pháp lý, xác thực và cần sự thống nhất trong thực hiện.

2. Một số kiến nghị hoàn thiện

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

Thứ nhất, Chính phủ và Bộ Tư pháp nên nhanh chóng có văn bản hướng dẫn trường hợp nào được xác định là hành vi “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” để bị miễn nhiệm công chứng viên. Theo tác giả, công chứng viên hành nghề công chứng cần có thời gian và sự tập trung cho hoạt động hành nghề. Tuy nhiên, thời gian làm việc của công chứng viên còn chịu sự điều chỉnh của pháp luật về lao động; tức là giữa tổ chức hành nghề công chứng và công chứng viên có quyền thỏa thuận thời gian làm việc ít hơn thời gian làm việc thông thường (ít hơn 8 giờ trong một ngày và ít hơn 48 giờ trong một tuần).

Thiết nghĩ, hành vi “kiêm nhiệm” nên được xác định, áp dụng đối với các công chứng viên được bầu cử, phê chuẩn, bổ nhiệm, tuyển dụng giữ chức vụ, chức danh theo nhiệm kỳ hoặc theo chuyên môn, trong biên chế và hưởng lương từ ngân sách nhà nước theo quy định pháp luật về

cán bộ, công chức thì được xác định là hành vi “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác” và phải bị miễn nhiệm làm công chứng viên. Quy định này phù hợp với nội dung Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Cán bộ, công chức và Luật Viên chức (bản Dự thảo năm 2019). Dự thảo dự kiến không quy định đối tượng lãnh đạo, quản lý trong đơn vị sự nghiệp công lập là công chức. Đối với các công chứng viên nếu đồng thời thực hiện những công việc khác nếu không phải là theo hình thức hợp đồng lao động không xác định thời hạn hoặc xác định thời hạn thì không được tính là “kiêm nhiệm công việc thường xuyên khác”.

Thứ hai, cần có sự nhất quán trong quy định và áp dụng về trường hợp “đã bị xử phạt vi phạm hành chính đến lần thứ hai trong hoạt động hành nghề công chứng mà còn tiếp tục vi phạm”. Chính phủ và Bộ Tư pháp nên có văn bản hướng dẫn quy định này theo hướng: Nếu công chứng viên bị xử phạt vi phạm hành chính và trong thời hạn 01 năm kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính mà không tái phạm thì được coi là chưa bị xử phạt vi phạm hành chính. Nếu sau thời hạn 01 năm mà công chứng viên có sai phạm và bị xử phạt vi phạm hành chính thì vi phạm đó sẽ được xác định là vi phạm lần đầu. Chỉ khi công chứng viên tái phạm trong thời hạn 01 năm kể từ ngày chấp hành xong quyết định xử phạt hành chính lần đầu thì sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính lần thứ hai, sau đó nếu tiếp tục vi phạm thì mới thuộc trường hợp miễn nhiệm công chứng viên. Chỉ khi có sự hướng dẫn thống nhất theo kiến nghị nêu trên mới khắc phục được tình trạng hiểu và vận dụng khác nhau về cùng một quy định pháp luật như hiện nay.

¹⁴ Khoản 1 Điều 3 Bộ luật Dân sự năm 2015.

BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC HẬU QUẢ TRONG PHÁP LUẬT XỬ PHẠT VI PHẠM HÀNH CHÍNH VỀ ĐẤT ĐAI – MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ KIẾN NGHỊ HOÀN THIỆN

Nguyễn Nhật Khanh*

Tóm tắt: Bài viết phân tích một số bất cập trong các quy định pháp luật về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính về đất đai, đồng thời đề xuất giải pháp hoàn thiện.

Abstract: The paper analyzes certain shortcomings of the regulations on remedies in handling administrative land-related violations, and makes proposals for improvement.

1. Khái quát về các biện pháp khắc phục hậu quả được áp dụng trong xử phạt vi phạm hành chính về đất đai

Vi phạm hành chính (VPHC) ngoài việc xâm phạm trật tự quản lý nhà nước còn gây ra những hậu quả nhất định đối với lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức. Do đó, bên cạnh việc áp dụng các hình thức xử phạt để răn đe cá nhân, tổ chức thực hiện VPHC, pháp luật còn áp dụng các biện pháp nhất định nhằm khắc phục hậu quả do VPHC gây ra. Điều này phù hợp với nguyên tắc xử phạt VPHC được quy định tại Điều 3 Luật Xử lý vi phạm hành chính năm 2012 (Luật XLVPHC năm 2012) là “mọi VPHC phải được phát hiện, ngăn chặn kịp thời và phải bị xử lý nghiêm minh, mọi hậu quả do VPHC gây ra phải được khắc phục theo đúng quy định của pháp luật”¹.

Biện pháp khắc phục hậu quả được hiểu là hình thức cưỡng chế do Nhà nước tiến hành, buộc người có hành vi VPHC phải thực hiện những nghĩa vụ pháp lý nhất định nhằm hạn chế hoặc khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra. Biện pháp này có

các đặc điểm cơ bản sau: (i) Là một hình thức cưỡng chế hành chính; (ii) Do chủ thể có thẩm quyền áp dụng; (iii) Được áp dụng nhằm mục đích hạn chế hoặc khôi phục lại tình trạng ban đầu do VPHC gây ra; (iv) Áp dụng theo thủ tục hành chính².

Các quy định pháp luật về xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai hiện nay được quy định tại Nghị định số 102/2014/NĐ-CP ngày 10/11/2014 của Chính phủ. So với các nghị định quy định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực khác, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP không có điều khoản quy định chung về các biện pháp khắc phục hậu quả áp dụng trong hoạt động xử phạt VPHC về đất đai mà quy định việc áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với từng VPHC cụ thể. Qua nghiên cứu toàn bộ nội dung của Nghị định số 102/2014/NĐ-CP, tác giả thống kê các biện pháp khắc phục hậu quả được áp dụng trong hoạt động xử phạt VPHC về đất đai gồm:

- Buộc khôi phục lại tình trạng của đất trước khi vi phạm³;

² Cao Vũ Minh - Nguyễn Nhật Khanh, “Về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt VPHC”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6 (350)/2017, tr. 10-11.

³ Điểm a khoản 4 Điều 6, điểm a khoản 3 Điều 7, điểm a khoản 3 Điều 8, điểm a khoản 3 Điều 9, điểm

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

¹ Điểm a khoản 1 Điều 3 Luật XLVPHC năm 2012.

- Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm⁴;
- Buộc trả lại đất đã lấn, chiếm⁵;
- Buộc trả lại diện tích đất đã nhận chuyển quyền do vi phạm⁶;
- Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của chỉ giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính⁷;
- Buộc phải làm thủ tục đính chính Giấy chứng nhận bị sửa chữa, tẩy xóa, làm sai lệch nội dung⁸;
- Buộc hủy bỏ giấy tờ giả liên quan đến việc sử dụng đất⁹;
- Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm¹⁰.

Từ quy định trên, có thể thấy rằng, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP đã quy định khá rõ ràng các biện pháp khắc phục hậu quả được áp dụng trong xử phạt VPHC về đất đai; từ đó tạo điều kiện thuận lợi cho các chủ thể có thẩm quyền có thêm lựa chọn trong quá trình xử phạt VPHC, nhất là trong bối cảnh các VPHC về đất đai đang diễn biến phức tạp và gây ra những thiệt hại nhất

a khoản 5 Điều 10, điểm b khoản 3 Điều 11 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

⁴ Điểm b khoản 4 Điều 6, điểm b khoản 3 Điều 7, điểm b khoản 3 Điều 8, điểm b khoản 3 Điều 9, khoản 2 Điều 13, khoản 2 Điều 15, điểm a khoản 3 Điều 16, khoản 2 Điều 17, khoản 3 Điều 18, khoản 2 Điều 19, điểm a khoản 2 Điều 20, điểm a khoản 3 Điều 22 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

⁵ Điểm b khoản 5 Điều 10 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

⁶ Khoản 3 Điều 14, điểm b khoản 3 Điều 16, điểm b khoản 2 Điều 20, khoản 4 Điều 21, điểm b khoản 3 Điều 22, khoản 4 Điều 23, khoản 2 Điều 24, khoản 3 Điều 25 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

⁷ Khoản 4 Điều 27 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

⁸ Điểm a khoản 4 Điều 28 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

⁹ Điểm b khoản 4 Điều 28 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

¹⁰ Điểm a khoản 3 Điều 11 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

định. Việc áp dụng các biện pháp này góp phần vào việc khắc phục hậu quả do VPHC về đất đai gây ra, đồng thời duy trì trật tự quản lý nhà nước trong lĩnh vực này. Tuy nhiên, trong quá trình phân tích các quy định của Nghị định số 102/2014/NĐ-CP, tác giả nhận thấy quy định về các biện pháp khắc phục hậu quả trong văn bản này vẫn còn tồn tại những điểm bất cập nhất định. Điều này làm giảm giá trị điều chỉnh của pháp luật cũng như ảnh hưởng đến hiệu quả xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai.

2. Một số bất cập trong các quy định pháp luật về các biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt vi phạm hành chính về đất đai

Thứ nhất, về thẩm quyền áp dụng biện pháp “Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC”

Với bản chất là hoạt động thực thi quyền lực nhà nước, việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả phải do các chủ thể có thẩm quyền thực hiện. Điều này bảo đảm tính hợp pháp của việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả. Tuy nhiên, quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả đối với các VPHC về đất đai trong Nghị định số 102/2014/NĐ-CP vẫn còn những hạn chế nhất định. Cụ thể, theo khoản 1 Điều 38 Luật XLVPHC năm 2012, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã chỉ có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả quy định tại các điểm a, b, c và d khoản 1 Điều 28. Điều này có nghĩa, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã không có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” quy định tại điểm i khoản 1 Điều 28 Luật XLVPHC năm 2012. Thế nhưng, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP lại “cho phép” Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã được quyền áp dụng biện pháp khắc

phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi vi phạm*” đối với các VPHC về đất đai¹¹.

Tương tự, theo khoản 2 Điều 46 Luật XLVPHC năm 2012, thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” chỉ thuộc về Chánh Thanh tra Sở, Trưởng đoàn thanh tra chuyên ngành do Tổng cục trưởng Tổng cục Quản lý đất đai, Giám đốc Sở, Chánh Thanh tra Sở Tài nguyên và Môi trường ra quyết định thanh tra và thành lập Đoàn thanh tra. Luật XLVPHC năm 2012 không quy định cho Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành đang thi hành công vụ có quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả này. Thế nhưng, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP đã tự ý “mở rộng” thẩm quyền cho Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh tra chuyên ngành đang thi hành công vụ được phép áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” đối với các VPHC về đất đai¹². Như vậy, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP đã mâu thuẫn với Luật XLVPHC năm 2012 trong việc quy định thẩm quyền áp dụng biện pháp buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC¹³.

Thứ hai, chưa có quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp “Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của chỉ giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính”

Đối chiếu với quy định về thẩm quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả

của các chức danh được quy định trong Nghị định số 102/2014/NĐ-CP, tác giả nhận thấy sự “thiếu vắng” quy định về thẩm quyền áp dụng đối với biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của chỉ giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính*”. Biện pháp này được áp dụng đối với hành vi di chuyển, làm sai lệch, làm hư hỏng mốc chỉ giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính¹⁴. Cần lưu ý rằng, biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của chỉ giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính*” và biện pháp “*Buộc khôi phục lại tình trạng của đất trước khi vi phạm*” hoàn toàn khác biệt với nhau ở đối tượng tác động. Biện pháp thứ nhất có đối tượng tác động là “*chỉ giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính*”, trong khi đối tượng tác động của biện pháp thứ hai là “*đất*”. Do đó, các chủ thể được Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc khôi phục lại tình trạng của đất trước khi vi phạm*”¹⁵ sẽ không thể áp dụng biện pháp “*Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của chỉ giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính*”. Chính sự thiếu sót trong quy định về thẩm quyền áp dụng đã làm cho biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của chỉ giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính*” không thể được áp dụng trong thực tế vì các chủ thể có thẩm quyền xử phạt sẽ không thể áp dụng biện pháp này.

Thứ ba, quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “Buộc trả lại đất đã lấn, chiếm” chưa đáp ứng

¹¹ Điểm d khoản 1 Điều 31 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

¹² Điểm d khoản 1 Điều 32 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

¹³ Cao Vũ Minh - Nguyễn Nhật Khanh, “*Về biện pháp khắc phục hậu quả trong xử phạt VPHC*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6 (350)/2017.

¹⁴ Điều 27 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

¹⁵ Điểm d khoản 1, điểm đ khoản 2, điểm đ khoản 3 Điều 31; điểm d khoản 1, điểm đ khoản 2, điểm đ khoản 3, điểm đ khoản 4 Điều 32 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

được yêu cầu của thực tiễn xử phạt VPHC về đất đai

Luật XLVPHC năm 2012 quy định: “Xử phạt VPHC là việc người có thẩm quyền xử phạt áp dụng hình thức xử phạt, biện pháp khắc phục hậu quả đối với cá nhân, tổ chức thực hiện hành vi VPHC theo quy định của pháp luật về xử phạt VPHC”¹⁶. Như vậy, khi xử phạt đối với một VPHC cụ thể đòi hỏi người xử phạt phải có thẩm quyền áp dụng đầy đủ các hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả áp dụng đối với VPHC đó. Nếu thiếu một trong hai điều kiện, người đó không có thẩm quyền xử phạt.

Theo Điều 10 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP, người có hành vi lấn, chiếm đất sẽ bị áp dụng 03 khung tiền phạt phụ thuộc vào loại đất bị lấn, chiếm như sau: (i) Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng đối với hành vi lấn, chiếm đất nông nghiệp không phải là đất trồng lúa, đất rừng đặc dụng, đất rừng phòng hộ, đất rừng sản xuất; (ii) Phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng đối với hành vi lấn, chiếm đất trồng lúa, đất rừng đặc dụng, đất rừng phòng hộ, đất rừng sản xuất, đất phi nông nghiệp không phải là đất ở; (iii) Phạt tiền từ 5.000.000 đồng đến 10.000.000 đồng đối với hành vi lấn, chiếm đất ở. Ngoài ra, các hành vi lấn, chiếm đất nêu trên còn bị áp dụng 02 biện pháp khắc phục hậu quả sau: (i) Buộc khôi phục lại tình trạng của đất trước khi vi phạm và (ii) Buộc trả lại đất đã lấn, chiếm.

Đối chiếu với quy định về thẩm quyền xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã¹⁷ nhận thấy, chủ thể này có thể xử phạt tiền đối với hành vi lấn, chiếm đất ở trường hợp thứ

nhất (mức phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng) và trường hợp thứ hai (mức phạt tiền từ 3.000.000 đồng đến 5.000.000 đồng). Tuy nhiên, đối với các biện pháp khắc phục hậu quả, Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã chỉ có quyền áp dụng biện pháp “Buộc khôi phục lại tình trạng của đất trước khi vi phạm” mà không có thẩm quyền áp dụng biện pháp “Buộc trả lại đất đã lấn, chiếm”. Điều này đồng nghĩa với việc Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã phải chuyển vụ việc liên quan đến hành vi lấn, chiếm đất lên cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện để tiến hành xử phạt vì chủ thể này mới có thẩm quyền áp dụng biện pháp “Buộc trả lại đất đã lấn, chiếm”¹⁸. Như vậy, trong trường hợp này, quy định về biện pháp khắc phục hậu quả “Buộc trả lại đất đã lấn, chiếm” đã gián tiếp “vô hiệu hóa” thẩm quyền xử phạt của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã. Trong khi thực tiễn xử phạt VPHC về đất đai cho thấy, việc áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “Buộc trả lại đất đã lấn, chiếm” là hết sức cần thiết, góp phần quan trọng vào công tác đấu tranh, ngăn chặn các hành vi lấn, chiếm đất.

Thứ tư, chưa có hướng dẫn cụ thể thi hành biện pháp khắc phục hậu quả “buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC”

Trong số các biện pháp khắc phục hậu quả áp dụng đối với hoạt động xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai có một biện pháp đáng chú ý là “buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC”. Biện pháp khắc phục hậu quả này được áp dụng đối với VPHC về đất đai có phát sinh số lợi bất hợp pháp, buộc chủ thể vi phạm phải nộp lại các khoản lợi này để sung vào ngân sách nhà nước hoặc hoàn trả cho đối

¹⁶ Khoản 2 Điều 2 Luật XLVPHC năm 2012.

¹⁷ Khoản 1 Điều 31 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

¹⁸ Khoản 2 Điều 31 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

tượng bị chiếm đoạt¹⁹. Tuy nhiên, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP lại không có quy định nào hướng dẫn cụ thể cách tính giá trị “số lợi bất hợp pháp”, gây ra rất nhiều khó khăn cho chủ thể có thẩm quyền khi áp dụng biện pháp này trong thực tế.

Để hướng dẫn cụ thể việc áp dụng biện pháp buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC, Điều 37 Luật XLVPHC năm 2012 quy định cá nhân, tổ chức vi phạm phải nộp lại số lợi bất hợp pháp là tiền, tài sản, giấy tờ và vật có giá có được từ VPHC mà cá nhân, tổ chức đó đã thực hiện để sung vào ngân sách nhà nước hoặc hoàn trả cho đối tượng bị chiếm đoạt; nếu cá nhân, tổ chức VPHC không tự nguyện thực hiện thì bị cưỡng chế thực hiện. Như vậy, Luật XLVPHC năm 2012 đã khoanh vùng số lợi bất hợp pháp có được từ VPHC gồm *tiền, tài sản, giấy tờ và vật có giá*; đồng thời, quy định rõ số lợi bất hợp pháp do cá nhân, tổ chức VPHC nộp lại sẽ được xử lý bằng 2 cách: (i) Sung vào ngân sách nhà nước hoặc (ii) Hoàn trả cho đối tượng bị chiếm đoạt. Tuy nhiên, Luật XLVPHC năm 2012 dừng lại ở việc quy định về các khoản lợi được coi là “số lợi bất hợp pháp” cũng như cách thức nộp lại số lợi bất hợp pháp chứ chưa có hướng dẫn cụ thể về cách tính giá trị “số lợi bất hợp pháp”²⁰.

Nghiên cứu các nghị định của Chính phủ và các văn bản hướng dẫn việc xử phạt VPHC trong từng lĩnh vực có áp dụng biện

pháp khắc phục hậu quả này, tác giả nhận thấy đa số các văn bản đều không có hướng dẫn cách xác định giá trị “số lợi bất hợp pháp”, hiếm hoi chỉ tồn tại một số văn bản có hướng dẫn về vấn đề này²¹.

Trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp, để hướng dẫn cách xác định số lợi bất hợp pháp do thực hiện VPHC theo quy định tại Nghị định số 99/2013/NĐ-CP ngày 29/8/2013 của Chính phủ, Bộ Khoa học và Công nghệ đã ban hành Thông tư số 11/2015/TT-BKHCN ngày 26/6/2015 để quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Nghị định số 99/2013/NĐ-CP trong đó có hướng dẫn cụ thể cách xác định số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC trong lĩnh vực sở hữu công nghiệp.

Để hướng dẫn cách xác định số lợi bất hợp pháp do thực hiện VPHC trong Nghị định số 185/2013/NĐ-CP ngày 15/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng²², Bộ Tài chính đã ban hành Thông tư số 149/2014/TT-BTC ngày 10/10/2014 quy định về số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi VPHC để sung vào ngân sách nhà nước. Thông tư này đã quy định khá rõ ràng về nguyên tắc xác định số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện hành vi VPHC (Điều 3) cũng như các khoản lợi ích được coi là số lợi bất hợp pháp (Điều 4). Điểm tiến bộ đáng chú ý của Thông tư này là đã quy định rất cụ thể, chi tiết cách xác định số lợi bất hợp pháp đối với từng khoản lợi ích nhất định.

¹⁹ Biện pháp này được áp dụng đối với các VPHC về đất đai quy định tại điểm b khoản 4 Điều 6, điểm b khoản 3 Điều 7, điểm b khoản 3 Điều 8, điểm b khoản 3 Điều 9, khoản 2 Điều 13, khoản 2 Điều 15, điểm a khoản 3 Điều 16, khoản 2 Điều 17, khoản 3 Điều 18, khoản 2 Điều 19, điểm a khoản 2 Điều 20, điểm a khoản 3 Điều 22.

²⁰ Nguyễn Nhật Khanh, “*Biện pháp khắc phục hậu quả buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*”, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 07 (119) năm 2018, tr.46, 48.

²¹ Xem Phụ lục số 03 - bản tổng hợp những khó khăn, vướng mắc xuất phát từ quy định của pháp luật về xử lý VPHC kèm theo Báo cáo số 172/BC-BTP ngày 11/7/2016 của Bộ Tư pháp về công tác thi hành pháp luật về xử lý VPHC 06 tháng đầu năm 2016.

²² Nghị định này đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 124/2015/NĐ-CP ngày 19/11/2015 và Nghị định số 141/2018/NĐ-CP ngày 08/10/2018.

Trong lĩnh vực quản lý giá, phí, lệ phí, hóa đơn, Bộ Tài chính cũng đã ban hành Thông tư số 31/2014/TT-BTC ngày 07/3/2014 hướng dẫn xử phạt VPHC trong lĩnh vực quản lý giá tại Nghị định số 109/2013/NĐ-CP²³, trong đó có quy định về cách xác định số tiền thu lợi do VPHC²⁴.

Đề hướng dẫn cách xác định số lợi bất hợp pháp trong Nghị định số 139/2017/NĐ-CP ngày 27/11/2017 của Chính phủ quy định xử phạt VPHC trong hoạt động đầu tư xây dựng; khai thác, chế biến, kinh doanh khoáng sản làm vật liệu xây dựng, sản xuất, kinh doanh vật liệu xây dựng; quản lý công trình hạ tầng kỹ thuật; kinh doanh bất động sản, phát triển nhà ở, quản lý sử dụng nhà và công sở, Bộ Xây dựng đã ban hành Thông tư số 03/2018/TT-BXD ngày 24/4/2018 để quy định về cách xác định số lợi bất hợp pháp mà cá nhân, tổ chức có được do thực hiện hành vi xây dựng sai nội dung giấy phép xây dựng; xây dựng không có giấy phép xây dựng mà theo quy định phải có giấy phép xây dựng; xây dựng sai thiết kế được phê duyệt, sai quy hoạch xây dựng được phê duyệt hoặc thiết kế đô thị được phê duyệt đối với trường hợp được miễn giấy phép xây dựng²⁵.

Như vậy, có thể thấy rằng trong các lĩnh vực nêu trên, do đã có quy định hướng dẫn cụ thể thế nào là “số lợi bất hợp pháp” nên việc áp dụng biện pháp “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” trở nên dễ dàng. Trong khi đó, đối với VPHC trong lĩnh vực đất đai, do chưa có quy định hướng dẫn cụ thể cách xác định “số lợi bất hợp pháp”, việc áp dụng biện

pháp này gặp nhiều khó khăn, gây lúng túng cho người có thẩm quyền xử phạt.

Thứ năm, có sự chòng chéo giữa quy định về biện pháp khắc phục hậu quả với các hình thức xử phạt bổ sung trong xử phạt VPHC về đất đai

Xét về bản chất pháp lý, mục đích của việc pháp luật quy định về các biện pháp khắc phục hậu quả là nhằm khôi phục lại tình trạng ban đầu mà vi phạm đã gây ra, đã làm thay đổi, hoặc khôi phục những quyền, lợi ích hợp pháp bị VPHC xâm hại. Điều này khác với bản chất pháp lý của hình thức xử phạt là làm thiệt hại đến tình trạng ban đầu vốn có của người vi phạm về quyền sở hữu tài sản hay quyền nhân thân²⁶.

Hiện nay, Luật XLVPHC năm 2012 quy định có 03 hình thức xử phạt được áp dụng với tư cách là hình thức xử phạt bổ sung trong xử phạt VPHC gồm: (i) *Tước quyền sử dụng giấy phép, chứng chỉ hành nghề có thời hạn hoặc đình chỉ hoạt động có thời hạn*; (ii) *Tịch thu tang vật VPHC, phương tiện được sử dụng để VPHC*; (iii) *Trục xuất*²⁷. Dựa trên quy định của Luật, khi ban hành các Nghị định để quy định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực, Chính phủ có thể linh hoạt quy định về việc áp dụng các hình thức xử phạt bổ sung cho từng lĩnh vực cụ thể. Đối với lĩnh vực đất đai, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định có 02 hình thức xử phạt bổ sung gồm: “*Tước quyền sử dụng giấy phép từ 06 tháng đến 09 tháng hoặc đình chỉ hoạt động từ 09 tháng đến 12 tháng*” và “*Tịch thu tang vật VPHC, phương tiện được sử dụng để VPHC trong lĩnh vực đất đai*”²⁸. Tuy nhiên, phân tích

²³ Nghị định này đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 49/2016/NĐ-CP ngày 27/5/2016.

²⁴ Khoản 3 Điều 7 Thông tư số 31/2014/TT-BTC.

²⁵ Khoản 3 Điều 6 Thông tư số 03/2018/TT-BXD.

²⁶ Nguyễn Cửu Việt, *Giáo trình Luật Hành chính Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2013, tr. 524.

²⁷ Điều 21 Luật XLVPHC năm 2012.

²⁸ Khoản 2 Điều 4 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

quy định của Nghị định số 102/2014/NĐ-CP, tác giả phát hiện có sự chồng chéo giữa biện pháp khắc phục hậu quả với hình thức xử phạt bổ sung.

Cụ thể, điểm a khoản 3 Điều 11 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định người nào có hành vi “*đưa chất thải, chất độc hại, vật liệu xây dựng hoặc các vật khác lên thửa đất của người khác hoặc thửa đất của mình gây cản trở cho việc sử dụng đất của người khác*”, “*đào bới, xây tường, làm hàng rào gây cản trở hoặc gây thiệt hại cho việc sử dụng đất của người khác*” ngoài việc bị áp dụng các hình thức xử phạt chính còn có thể bị áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*”.

Như vậy, có thể thấy rằng, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP đã tự mâu thuẫn khi quy định “*Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” vừa là hình thức xử phạt bổ sung, vừa là biện pháp khắc phục hậu quả. Theo tác giả, trong trường hợp này, đã có sự nhầm lẫn trong việc soạn thảo bởi “*Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” không có khả năng khôi phục những quyền, lợi ích hợp pháp bị VPHC xâm hại nên không thể áp dụng với tư cách là biện pháp khắc phục hậu quả. Đồng thời, so sánh với quy định về thẩm quyền xử phạt trong lĩnh vực đất đai của các chức danh được quy định tại Chương 3 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP, có thể thấy các chủ thể này sẽ có thẩm quyền áp dụng chế tài “*Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” với tư cách là hình thức xử phạt bổ sung, chứ không phải là biện pháp khắc phục hậu quả²⁹. Do đó, cần xem xét sửa lại điều

²⁹ Điểm c khoản 1, điểm d khoản 2, điểm d khoản 3 Điều 31; điểm c khoản 1, điểm d khoản 2, điểm d

khoản này theo hướng chuyển chế tài “*Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” từ biện pháp khắc phục hậu quả trở về đúng vị trí của nó là hình thức xử phạt bổ sung.

3. Kiến nghị hoàn thiện

Để khắc phục các bất cập trong quy định pháp luật về các biện pháp khắc phục hậu quả áp dụng trong hoạt động xử phạt VPHC về đất đai, tác giả đề xuất một số giải pháp cụ thể như sau:

Thứ nhất, Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định việc xây dựng, ban hành văn bản quy phạm pháp luật phải tuân thủ nguyên tắc: “*Bảo đảm tính hợp hiến, tính hợp pháp và tính thống nhất của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật*”³⁰. Tính thống nhất của hệ thống pháp luật đòi hỏi phải loại bỏ mâu thuẫn, trùng lặp hay chồng chéo ngay trong bản thân hệ thống, trong mỗi ngành luật, mỗi chế định pháp luật và giữa các quy phạm pháp luật với nhau. Nếu hệ thống pháp luật không thống nhất, giữa các quy phạm pháp luật chứa đựng sự bất cập, mâu thuẫn thì hệ thống ấy không thể tạo ra sự điều chỉnh pháp luật một cách toàn diện, đồng bộ và hiệu quả³¹. Do đó, cần bãi bỏ quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*buộc nộp lại số lợi bất hợp pháp có được do thực hiện VPHC*” của Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã và Thanh tra viên, người được giao thực hiện nhiệm vụ thanh

khoản 3, điểm d khoản 4 Điều 32 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP.

³⁰ Khoản 1 Điều 5 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

³¹ Cao Vũ Minh, “*Tính thống nhất của Luật Thanh tra năm 2010 và các văn bản pháp luật khác trong hệ thống pháp luật Việt Nam*”, Kỷ yếu Hội thảo Tổng kết 6 năm thi hành Luật Thanh tra do Thanh tra Bộ Giáo dục và đào tạo, Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh tổ chức tháng 7/2017, tr. 57.

tra chuyên ngành đang thi hành công vụ tại điểm d khoản 1 Điều 31, điểm d khoản 1 Điều 32 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP để bảo đảm sự thống nhất với quy định về thẩm quyền xử phạt của các chức danh này trong Luật XLVPHC năm 2012.

Thứ hai, bổ sung vào Nghị định số 102/2014/NĐ-CP quy định về thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của chi giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính*” cho các chức danh cụ thể vì đây là biện pháp độc lập so với biện pháp “*Buộc khôi phục lại tình trạng của đất trước khi vi phạm*”. Từ đó, các chủ thể có thẩm quyền mới có thể áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc khôi phục lại tình trạng ban đầu của chi giới sử dụng đất, mốc địa giới hành chính*” trong thực tiễn xử phạt; đồng thời bảo đảm việc xử phạt VPHC về đất đai có tính hợp pháp.

Thứ ba, Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP) quy định việc xây dựng các biện pháp khắc phục hậu quả đối với từng hành vi VPHC phải căn cứ vào các yêu cầu sau đây: (i) *Phải gây ra hậu quả hoặc có khả năng thực tế gây ra hậu quả*; (ii) *Đáp ứng yêu cầu khôi phục lại trật tự quản lý hành chính nhà nước do VPHC gây ra*; (iii) *Phải được mô tả rõ ràng, cụ thể để có thể thực hiện được trong thực tiễn và phải bảo đảm tính khả thi*³². Do đó, để đáp ứng yêu cầu của thực tiễn xử phạt và phát huy giá trị của các biện pháp khắc phục hậu quả đối với hoạt động xử phạt VPHC trong lĩnh vực đất đai, thiết nghĩ Luật XLVPHC năm 2012 cần bổ sung vào điểm d khoản 1 Điều 38 cho phép Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp

xã thẩm quyền áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả khác do Chính phủ quy định trong các Nghị định quy định về xử phạt VPHC trong các lĩnh vực ngoài các biện pháp tại các điểm a, b, c và đ khoản 1 Điều 28 của Luật. Trên cơ sở đó, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP nên bổ sung vào điểm d khoản 1 Điều 31 thẩm quyền áp dụng biện pháp khắc phục hậu quả “*Buộc trả lại đất đã lấn, chiếm*” đối với Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp xã.

Thứ tư, Nghị định số 102/2014/NĐ-CP cần bổ sung những quy định hướng dẫn cụ thể để áp dụng các biện pháp khắc phục hậu quả trong từng trường hợp nhất định, đặc biệt là cách xác định “*số lợi bất hợp pháp*” có được do thực hiện VPHC trong lĩnh vực đất đai để tránh tình trạng pháp luật có quy định nhưng không thực hiện được hoặc áp dụng một cách tùy tiện, không thống nhất.

Thứ năm, bãi bỏ quy định về biện pháp khắc phục hậu quả “*Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm*” tại điểm a khoản 3 Điều 11 Nghị định số 102/2014/NĐ-CP vì bản chất của chế tài này là hình thức xử phạt chứ không phải biện pháp khắc phục hậu quả. Theo đó, Chính phủ cần thiết kế lại Điều 11 như sau:

“Điều 11. Gây cản trở cho việc sử dụng đất của người khác

1. [...]

2. [...]

3. *Hình thức xử phạt bổ sung:*

Tịch thu tang vật, phương tiện được sử dụng để thực hiện hành vi vi phạm quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này.

4. *Biện pháp khắc phục hậu quả:*

Buộc khôi phục lại tình trạng của đất trước khi vi phạm đối với hành vi quy định tại khoản 1 và khoản 2 Điều này”.

³² Khoản 3 Điều 2 Nghị định số 81/2013/NĐ-CP (sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 97/2017/NĐ-CP).

KHÁI NIỆM NGƯỜI KHỞI KIỆN VÀ VẤN ĐỀ XÁC ĐỊNH TƯ CÁCH NGƯỜI KHỞI KIỆN TRONG TỔ TỤNG HÀNH CHÍNH

Nguyễn Hoàng Yến*

Tóm tắt: Bài viết phân tích các quy định của pháp luật tố tụng hành chính Việt Nam về khái niệm người khởi kiện, thực tiễn xác định tư cách người khởi kiện trong vụ án hành chính và những hạn chế trong quy định của Luật Tố tụng Hành chính năm 2015 về vấn đề này. Từ đó, đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định pháp luật về người khởi kiện trong tố tụng hành chính.

Abstract: The paper analyzes the provisions of Vietnam's administrative procedure law on the concept of petitioner, the practice of determining eligibility of petitioners, and limitations of the relevant provisions under the 2015 Law on Administrative Procedure, thereby the article makes certain recommendations to improve the legal provisions of petitioners in administrative proceedings.

1. Đặt vấn đề

Người khởi kiện là chủ thể khởi động hoạt động tố tụng, tham gia vào quá trình giải quyết vụ án hành chính để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của chính mình. Trong quan hệ pháp luật tố tụng hành chính, người khởi kiện có các quyền và nghĩa vụ pháp lý riêng biệt. Việc xác định chính xác tư cách người khởi kiện trong vụ án hành chính không chỉ giúp người khởi kiện có thể bảo vệ hữu hiệu quyền và lợi ích hợp pháp khi bị xâm phạm từ hoạt động quản lý nhà nước, mà còn bảo đảm cho hoạt động tố tụng hành chính đạt được hiệu quả. Cùng với quá trình phát triển của pháp luật tố tụng hành chính Việt Nam, khái niệm người khởi kiện đã không ngừng được hoàn thiện theo xu hướng mở rộng khả năng tiếp cận công lý của công dân trước hoạt động quản lý nhà nước. Tuy nhiên, nội hàm khái niệm người khởi kiện theo quy định của Luật Tố tụng Hành chính (TTHC) năm 2015 chưa thật sự

đầy đủ, rõ ràng, dẫn đến việc xác định tư cách người khởi kiện còn một số bất cập trong thực tiễn.

2. Khái niệm người khởi kiện theo quy định của pháp luật tố tụng hành chính Việt Nam

Là một trong những nội dung quan trọng của tố tụng hành chính, ngay từ văn bản pháp lý đầu tiên đánh dấu sự ra đời của ngành luật tố tụng hành chính Việt Nam, khái niệm người khởi kiện đã được quy định cụ thể. Theo khoản 3 Điều 4 Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính năm 1996, “người khởi kiện là cá nhân, cơ quan nhà nước, tổ chức cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm bởi quyết định hành chính hoặc hành vi hành chính của cơ quan nhà nước, của Thủ trưởng, cán bộ, viên chức nhà nước nên đã khởi kiện vụ án hành chính tại Tòa án có thẩm quyền”. Như vậy, một chủ thể được xác định là người khởi kiện khi có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm bởi quyết định hành chính, hành vi hành chính và đã khởi kiện

* ThS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

vụ án hành chính tại tòa án có thẩm quyền. Khái niệm này đã được sửa đổi, bổ sung tại khoản 5 Điều 4 Pháp lệnh của Ủy ban Thường vụ Quốc hội số 10/1998/PL-UBTVQH 10 ngày 25/12/1998 và Pháp lệnh số 29/2006/PL-UBTVQH11 ngày 05/4/2006 sửa đổi, bổ sung một số điều của Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính. Theo đó, “*người khởi kiện là cá nhân, cơ quan, tổ chức cho rằng quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm bởi quyết định hành chính, hành vi hành chính hoặc cán bộ, công chức cho rằng quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm bởi quyết định kỷ luật buộc thôi việc, nên đã khởi kiện vụ án hành chính tại Tòa án có thẩm quyền*”. Có thể nhận thấy, mặc dù Pháp lệnh Thủ tục giải quyết các vụ án hành chính sửa đổi, bổ sung năm 1998 và năm 2006 đã bổ sung người khởi kiện là cán bộ, công chức cho rằng quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm bởi quyết định kỷ luật buộc thôi việc nhưng nội hàm khái niệm người khởi kiện vẫn không thay đổi. Một chủ thể trong quan hệ pháp luật tố tụng hành chính để có thể được xác định là người khởi kiện phải thỏa mãn hai điều kiện: *Thứ nhất*, chủ thể cho rằng quyền, lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm; *Thứ hai*, đã khởi kiện vụ án hành chính tại tòa án có thẩm quyền. Mặc dù pháp luật không có sự giải thích về “quyền và lợi ích bị xâm phạm”, nhưng đây được xem là điều kiện quan trọng để xác định tư cách người khởi kiện trong vụ án hành chính¹.

Ngày 24/11/2010, kỳ họp lần thứ 8 Quốc hội khóa XII đã thông qua Luật TTHC năm 2010. Cùng với rất nhiều nội

dung tiến bộ, Luật TTHC năm 2010 đã quy định khái niệm mới về người khởi kiện. Theo khoản 6 Điều 3, “*người khởi kiện là cá nhân, cơ quan, tổ chức khởi kiện vụ án hành chính đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, việc lập danh sách cử tri bị khởi kiện*”. Như vậy, bên cạnh việc bổ sung các đối tượng khởi kiện vụ án hành chính gồm quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh và việc lập danh sách cử tri, khái niệm người khởi kiện đã có sự thay đổi. Luật TTHC năm 2010 chỉ căn cứ vào tiêu chí thực hiện hành vi khởi kiện để xác định người khởi kiện trong TTHC. Quy định này được Luật TTHC năm 2015 sửa đổi tại khoản 8 Điều 3 với nội dung: “*Người khởi kiện là cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện vụ án hành chính đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh; danh sách cử tri bầu cử đại biểu Quốc hội, danh sách cử tri bầu cử đại biểu Hội đồng nhân dân, danh sách cử tri trung cầu ý dân*”. Từ quy định này, có thể nhận thấy một chủ thể được xác định là người khởi kiện khi có các dấu hiệu sau đây:

Thứ nhất, có thể là cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân. Cơ quan, tổ chức có thể là người khởi kiện bao gồm cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức chính trị - xã hội - nghề nghiệp, tổ chức xã hội, tổ chức xã hội - nghề nghiệp, tổ chức kinh tế, đơn vị sự nghiệp công lập, đơn vị lực lượng vũ trang nhân dân và các tổ chức khác được thành lập và hoạt động theo quy định của pháp luật². Cá nhân được xác

¹ Xem Nguyễn Thị Thủy (2006), “Quyền khởi kiện và vấn đề xác định tư cách người khởi kiện trong vụ án hành chính”, Tạp chí Luật học, (4), tr. 48.

² Xem khoản 11 Điều 3 Luật TTHC năm 2015.

định là người khởi kiện có thể bao gồm công dân Việt Nam, công dân nước ngoài và người không quốc tịch.

Thứ hai, người khởi kiện là chủ thể khởi kiện vụ án hành chính đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh và danh sách cử tri.

Các khiếu kiện hành chính khi được ban hành, thực hiện có thể xâm phạm đến quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân nhất định. Tuy nhiên, chỉ chủ thể nào có hành vi khởi kiện vụ án hành chính mới được xác định là người khởi kiện trong vụ án hành chính. Hành vi này được thể hiện thông qua việc làm đơn khởi kiện yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình.

Như vậy, tương tự Luật TTHC năm 2010, khi đưa ra khái niệm về người khởi kiện Luật TTHC năm 2015 đã không đề cập đến điều kiện về “quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm”. Quy định hiện hành chỉ căn cứ vào hành vi khởi kiện vụ án hành chính đối với quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh, danh sách cử tri làm dấu hiệu xác định người khởi kiện trong vụ án hành chính.

3. Một số vấn đề về xác định tư cách người khởi kiện trong tố tụng hành chính

Theo quy định tại khoản 8 Điều 3 của Luật TTHC năm 2015, người khởi kiện là “*cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện vụ án hành chính*”. Đây là nội dung quan trọng của khái niệm người khởi kiện nhằm phân biệt người khởi kiện với các đương sự khác trong vụ án hành chính. Tuy nhiên, cách hiểu “*cơ quan, tổ chức, cá nhân khởi kiện vụ án hành chính*” là vấn đề cần bàn luận.

Khởi kiện vụ án hành chính là hành vi pháp lý nên phải do chủ thể có năng lực hành vi TTHC đầy đủ thực hiện. Theo khoản 3 và khoản 4 Điều 54 của Luật TTHC năm 2015, “*đương sự là người chưa thành niên, người mất năng lực hành vi dân sự, người bị hạn chế năng lực hành vi dân sự hoặc người có khó khăn trong nhận thức, làm chủ hành vi thực hiện quyền, nghĩa vụ của đương sự trong tố tụng hành chính thông qua người đại diện theo pháp luật. Đương sự là cơ quan, tổ chức thực hiện quyền, nghĩa vụ trong tố tụng hành chính thông qua người đại diện theo pháp luật*”. Do đó, nếu người có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm từ các khiếu kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án³ là cá nhân không có năng lực hành vi tố tụng hành chính đầy đủ hoặc là cơ quan, tổ chức, việc khởi kiện sẽ được thực hiện thông qua người đại diện theo pháp luật⁴. Trong trường hợp này, người khởi kiện sẽ là người có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm hay chủ thể đã trực tiếp khởi kiện ra tòa án? Trên thực tiễn, các tòa án đã có sự vận dụng khác nhau khi xác định tư cách người khởi kiện.

Ví dụ 1: Ngày 20/5/2016, Cục trưởng Cục thuế tỉnh Bình Dương ban hành Quyết định số 2549/QĐ-CT xử phạt vi phạm hành chính đối với Công ty cổ phần S. Công ty cổ phần S đã khiếu nại; ngày 07/7/2016, Cục trưởng Cục thuế tỉnh Bình Dương ra Quyết định số 3993/QĐ-CT bác yêu cầu khiếu nại, giữ nguyên Quyết định 2549/QĐ-CT. Không đồng ý, ông Lin Ching W- Chủ tịch Hội

³ Theo quy định tại Điều 30 Luật TTHC năm 2015 bao gồm: Quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, danh sách cử tri, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh.

⁴ Theo khoản 4, khoản 5 Điều 54 của Luật TTHC năm 2015.

đồng quản trị của Công ty cổ phần S đã khởi kiện ra Tòa án có thẩm quyền yêu cầu hủy Quyết định số 2549/QĐ-CT và Quyết định 3993/QĐ-CT.

Tòa án cấp sơ thẩm và phúc thẩm đều xác định người khởi kiện là Công ty cổ phần S, ông Lin Ching W tham gia tố tụng với tư cách là người đại diện theo pháp luật của công ty S⁵.

Ví dụ 2: Ngày 16/6/2017, Công an thành phố Uông Bí tiến hành lập biên bản và cùng ngày Trưởng Công an thành phố đã ra Quyết định xử phạt vi phạm hành chính số 67/QĐ-XPHC xử phạt Đỗ Văn T về hành vi sử dụng trái phép chất ma túy với hình thức cảnh cáo. Do Đỗ Văn T (sinh ngày 10/4/2000) là người chưa thành niên, ngày 14/9/2017 bà Đinh Thị Việt L (là mẹ ruột của T) đã có đơn khởi kiện yêu cầu Tòa án nhân dân thành phố Uông Bí hủy Quyết định số 67/QĐ-XPHC ngày 16/6/2017 của Trưởng Công an thành phố Uông Bí, tỉnh Quảng Ninh.

Trong vụ án này, Tòa án nhân dân thành phố Uông Bí đã xác định người khởi kiện là bà Đinh Thị Việt L và Đỗ Văn T là người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan⁶.

Ở ví dụ 1, Quyết định số 2549/QĐ-CT và Quyết định 3993/QĐ-CT xâm phạm đến quyền, lợi ích của Công ty cổ phần S, người thực hiện việc khởi kiện vụ án là ông Lin Ching W- Chủ tịch Hội đồng quản trị của Công ty cổ phần S và tòa án xác định người khởi kiện là Công ty cổ phần S. Ngược lại,

ở ví dụ 2, Quyết định số 67/QĐ-XPHC xâm phạm đến quyền, lợi ích của Đỗ Văn T (xử phạt Đỗ Văn T với hình thức cảnh cáo), bà Đinh Thị Việt L là người thực hiện việc khởi kiện ra tòa án và Tòa án nhân dân thành phố Uông Bí lại xác định bà Đinh Thị Việt L là người khởi kiện.

4. Nguyên nhân của những bất cập trong thực tiễn xác định người khởi kiện và kiến nghị hoàn thiện

Sự không thống nhất trong xác định tư cách người khởi kiện xuất phát từ nhiều lý do khác nhau, tuy nhiên, theo tác giả, trên phương diện pháp lý, những hạn chế trong quy định về người khởi kiện tại khoản 8 Điều 3 của Luật TTHC năm 2015 là một trong những nguyên nhân chủ yếu.

Thứ nhất, khái niệm chưa thể hiện đầy đủ dấu hiệu đặc trưng của người khởi kiện trong tố tụng hành chính

Hiện nay, mặc dù Luật TTHC năm 2015 không đề cập đến yếu tố “quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm” trong khái niệm người khởi kiện, nhưng nội dung này vẫn được xem như một điều kiện bắt buộc để khởi kiện vụ án hành chính. Theo quy định tại Điều 5 của Luật TTHC năm 2015 về quyền yêu cầu tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp, “*cơ quan, tổ chức, cá nhân có quyền khởi kiện vụ án hành chính để yêu cầu Tòa án bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của mình theo quy định của Luật này*”. Vì vậy, chủ thể có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm từ các khiếu kiện thuộc thẩm quyền giải quyết của tòa án sẽ có quyền khởi kiện vụ án hành chính ra tòa án. Nếu người khởi kiện không có quyền khởi kiện, tòa án sẽ trả lại đơn khởi kiện⁷.

⁵ Bản án số 365/2018/HC-PT ngày 12/9/2018 về việc khiếu kiện quyết định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực thuế của Tòa án nhân dân cấp cao tại thành phố Hồ Chí Minh.

⁶ Bản án số 01/2018/HC-ST ngày 02-02-2018 về việc khiếu kiện quyết định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực phòng, chống tệ nạn xã hội của Tòa án nhân dân thành phố Uông Bí, tỉnh Quảng Ninh.

⁷ Theo điểm a khoản 1 Điều 123 Luật TTHC năm 2015.

Trong pháp luật TTHC của đa số các quốc gia trên thế giới, dù được ghi nhận một cách trực tiếp hay gián tiếp, quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm đều được xem là một tiêu chí quan trọng để xác định người khởi kiện trong vụ án hành chính. Tại Điều 2 của Luật TTHC Trung Quốc đã khẳng định: “*Công dân, pháp nhân hoặc các tổ chức khác cảm thấy rằng các quyền và lợi ích hợp pháp của họ đã bị xâm phạm bởi một hành vi hành chính của một cơ quan hành chính hoặc nhân viên của nó, có quyền đưa một vụ kiện ra trước tòa án nhân dân theo Luật này*”⁸. Mục 42 của Bộ luật TTHC của Đức quy định: “*Trừ khi pháp luật có quy định khác, hành động sẽ chỉ được chấp nhận nếu nguyên đơn cho rằng các quyền của mình đã bị vi phạm bởi hành vi hành chính hoặc bị từ chối hoặc bỏ qua*”⁹. Điều 12 Luật Tranh chấp Hành chính của Croatia đã đưa ra khái niệm về nguyên đơn trong tranh chấp hành chính như sau: “*Nguyên đơn trong tranh chấp hành chính có thể là một cá nhân, một pháp nhân, một tổ chức, một nhóm người, một bên giải quyết, trong đó cho rằng một quyền hoặc lợi ích cá nhân dựa trên luật pháp đã bị vi phạm trực tiếp bởi một hành vi hành chính*”¹⁰. Ở Pháp, mặc dù không được quy định cụ thể trong Bộ luật Tư pháp Hành chính¹¹, nhưng khái niệm “lợi ích, tư cách

khởi kiện” đã được giải thích rất phong phú trong thực tiễn xét xử của các tòa án. Lợi ích này phải chính đáng và lợi ích của người khởi kiện phải bị xâm hại trực tiếp bởi quyết định bị khiếu kiện, tuy nhiên, tòa án đánh giá điều kiện này một cách tự do¹².

Ở Việt Nam, quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm được nhìn nhận là “điều kiện tiên quyết để khởi đầu cho một vụ kiện nhằm bảo vệ lợi ích chính đáng của các bên”, “đây cũng là căn cứ để tòa án có thể từ chối yêu cầu khởi kiện của một bên vì cho rằng họ không có quyền hay lợi ích (trực tiếp hay gián tiếp) để hành động”¹³. Tài phán hành chính ở Việt Nam ra đời nhằm mục đích bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp cho các cá nhân, cơ quan, tổ chức khi bị xâm phạm từ hoạt động quản lý nhà nước, do đó, tư cách người khởi kiện trong TTHC phải được trao cho những chủ thể có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Theo quy định tại khoản 2 Điều 118 của Luật TTHC năm 2015, khi khởi kiện vụ án hành chính, “*kèm theo đơn khởi kiện phải có tài liệu, chứng cứ chứng minh quyền, lợi ích hợp pháp của người khởi kiện bị xâm phạm. Trường hợp vì lý do khách quan mà người khởi kiện không thể nộp đầy đủ các tài liệu, chứng cứ kèm theo đơn khởi kiện thì họ phải nộp tài liệu, chứng cứ hiện có để chứng minh quyền, lợi ích hợp pháp của người khởi kiện bị xâm phạm*”. Chính vì thế, theo tác giả, ở ví dụ 2, Đỗ Văn T là người có

⁸ Luật TTHC của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa năm 1989 (sửa đổi, bổ sung năm 2014, 2017), <http://cicc.court.gov.cn/html/1/219/199/200/644.htm>, truy cập ngày 15/6/2019.

⁹ Bộ luật TTHC Đức (ban hành ngày 19/3/1991), <https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=292>, truy cập ngày 15/6/2019.

¹⁰ Luật Tranh chấp Hành chính (đăng Công báo số 77/1992), http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=83912&p_country=HRV&p_count=651, truy cập ngày 15/6/2019.

¹¹ Phiên bản ngày 3/10/2013, <https://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads>

[/2014/06/51739-CJA-partie-législative-Copie.pdf](#), truy cập ngày 15/6/2019.

¹² Nhà pháp luật Việt – Pháp (2007), *Pháp luật hành chính của Cộng hòa Pháp*, Nxb. Tư pháp, Hà Nội, tr.612-613.

¹³ Nguyễn Hoàng Anh (2013), “Về “*quyền và lợi ích hợp pháp bị xâm phạm*” trong việc xác định tư cách người khởi kiện hành chính: Quan niệm trên thế giới và ở Việt Nam”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8, tr. 10.

quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm từ Quyết định số 67/QĐ-XPVPHC nên phải được xác định là người khởi kiện. Bà Đinh Thị Việt L tuy đã khởi kiện ra tòa án, nhưng việc khởi kiện này phát sinh do là mẹ của Đỗ Văn T, vì thế sẽ tham gia với tư cách là người đại diện theo pháp luật cho Đỗ Văn T.

Thứ hai, khái niệm chưa có sự phân định giữa tư cách người khởi kiện với chủ thể thực hiện việc khởi kiện

Hiện nay, thuật ngữ “người khởi kiện” được Luật TTHC năm 2015 sử dụng ở hai phạm trù khác nhau: *Một là*, để xác định tư cách của một trong các đương sự trong vụ án hành chính, có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm từ hoạt động quản lý nhà nước và đã khởi kiện ra tòa án; *hai là*, đề cập đến chủ thể đã trực tiếp thực hiện việc khởi kiện ra tòa án, đó có thể là chính người khởi kiện hoặc người đại diện hợp pháp của người khởi kiện. Chẳng hạn, theo quy định tại khoản 5 Điều 117 Luật TTHC năm 2015 về thủ tục khởi kiện, “*cơ quan, tổ chức là người khởi kiện thì người đại diện hợp pháp của cơ quan, tổ chức đó có thể tự mình hoặc nhờ người khác làm hộ đơn khởi kiện vụ án. Tại mục tên, địa chỉ của người khởi kiện phải ghi tên, địa chỉ của cơ quan, tổ chức và họ, tên, chức vụ của người đại diện hợp pháp của cơ quan, tổ chức đó; ở phần cuối đơn, người đại diện hợp pháp của cơ quan, tổ chức phải ký tên và đóng dấu của cơ quan, tổ chức đó*”...

Về vấn đề này, pháp luật tố tụng dân sự đã có sự phân định rất rõ hai khái niệm là “nguyên đơn” và “người khởi kiện”. Nguyên đơn trong vụ án dân sự “*là người khởi kiện, người được cơ quan, tổ chức, cá nhân khác do Bộ luật này quy định khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết vụ án dân sự khi cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của*

người đó bị xâm phạm”¹⁴. Như vậy, tiêu chí quan trọng để xác định nguyên đơn trong vụ án dân sự là khi họ có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm. Nguyên đơn khởi kiện để yêu cầu tòa án giải quyết vụ án dân sự khi cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của họ bị xâm phạm. Trong khi đó, căn cứ theo quy định tại Điều 186 của Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 về quyền khởi kiện vụ án, người khởi kiện trong vụ án dân sự có thể là nguyên đơn hoặc người đại diện hợp pháp thực hiện quyền khởi kiện.

Chính vì thế, theo tác giả, để bảo đảm tính thống nhất trong hệ thống các quy định của pháp luật tố tụng hành chính về người khởi kiện và thực tiễn xác định người khởi kiện, khái niệm người khởi kiện cần phải làm rõ các vấn đề sau đây:

Thứ nhất, thể hiện dấu hiệu đặc trưng của người khởi kiện trong tố tụng hành chính, phải là “*người có quyền, lợi ích hợp pháp bị xâm phạm*”.

Thứ hai, làm rõ yếu tố chủ thể khởi kiện vụ án hành chính đó là người khởi kiện hoặc người đại diện hợp pháp của người khởi kiện.

Với những phân tích, đánh giá trên, theo tác giả, khái niệm người khởi kiện tại khoản 8 Điều 3 của Luật TTHC năm 2015 cần được sửa đổi, bổ sung theo hướng: “*Người khởi kiện là cơ quan, tổ chức, cá nhân tự mình hoặc thông qua người đại diện hợp pháp khởi kiện để yêu cầu Tòa án giải quyết vụ án hành chính khi cho rằng quyền và lợi ích hợp pháp của mình bị xâm phạm từ quyết định hành chính, hành vi hành chính, quyết định kỷ luật buộc thôi việc, danh sách cử tri, quyết định giải quyết khiếu nại về quyết định xử lý vụ việc cạnh tranh*”.

¹⁴ Theo khoản 2 Điều 68 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015.

HOÀN THIỆN CHẾ ĐỊNH VỀ THỜI HẠN SỞ HỮU NHÀ Ở CỦA CÁ NHÂN NƯỚC NGOÀI TẠI VIỆT NAM

*Trần Vang Phú**

Tóm tắt: Luật Nhà ở năm 2014 mở rộng đối tượng và điều kiện đối với cá nhân nước ngoài có thể sở hữu nhà ở tại Việt Nam; tạo được bước đột phá lớn thu hút người nước ngoài đến sinh sống, làm việc tại Việt Nam. Tuy nhiên, việc áp dụng thời hạn sở hữu nhà của cá nhân nước ngoài trong thời gian qua đã bộc lộ hạn chế và phát sinh một số vấn đề mà pháp luật chưa dự liệu được. Bài viết này phân tích những điểm bất cập về thời hạn sở hữu nhà ở tại Việt Nam của cá nhân nước ngoài và kiến nghị hướng hoàn thiện.

Abstract: The 2014 Housing Law has new regulations on conditions for foreign individuals to acquire house ownership in Viet Nam, which have made a major breakthrough to attract foreigners to live and work in Vietnam. However, the practice of house ownership term for foreign individuals has revealed shortcomings and problems that the law had not anticipated. This article analyzes the inadequacies of foreign individuals' house ownership in Viet Nam and makes proposals for improvement.

1. Đặt vấn đề

Sau gần 08 năm triển khai thực hiện Luật Nhà ở năm 2005 và 05 chương trình thí điểm cho tổ chức, cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở tại Việt Nam, vấn đề sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam đã đạt được những thành tựu quan trọng, giải quyết cơ bản được nhu cầu về nhà ở của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam, góp phần thúc đẩy tăng trưởng kinh tế – xã hội của đất nước. Luật Nhà ở năm 2005 và Nghị quyết số 19/2008/NQ-QH12 đã tạo một hành lang pháp lý tương đối hoàn chỉnh để điều chỉnh hầu hết các vấn đề liên quan đến quyền sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đã đạt được vẫn còn nhiều tồn tại, vướng mắc trong quá trình thực thi chế định trên.

Để khắc phục các hạn chế trong Luật Nhà ở năm 2005, Quốc hội đã thông qua Luật Nhà ở năm 2014 vào ngày 08/12/2014

với những quy định mới về quyền sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam. Theo đó, đối với cá nhân nước ngoài, chỉ cần một điều kiện duy nhất là được phép nhập cảnh vào Việt Nam, bỏ điều kiện về thời hạn cư trú từ 01 năm trở lên. Ngoài ra, đối tượng nhà ở mà người nước ngoài được sở hữu hiện nay cũng được mở rộng hơn so với quy định tại Nghị quyết số 19/2008/NQ-QH12¹. Người nước ngoài vẫn chỉ được mua nhà ở thương mại trong dự án, nhưng được mở rộng thêm đối với nhà ở riêng lẻ². Đặc biệt là quy định về số lượng nhà ở mà cá nhân nước ngoài sở hữu, cụ thể cá nhân nước ngoài được phép sở hữu tối đa 30% căn hộ trong một tòa nhà chung cư hoặc tối đa 250 biệt thự/nhà liền kề. Đồng thời, pháp luật cũng cho phép cá nhân nước ngoài được đăng ký sở hữu bất động sản trong

¹ Nguyễn Thị Thanh Xuân, Trần Vang Phú, *Chế định về sở hữu nhà ở của người nước ngoài tại Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 01(377) – 2019, tr. 46.

² Điểm b khoản 2 Điều 159 Luật Nhà ở năm 2014.

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

vòng 50 năm và được gia hạn một lần tối đa không quá 50 năm. Bên cạnh đó, Chính phủ cũng đã ban hành Nghị định số 99/2015/NĐ-CP để quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành Luật Nhà ở năm 2014.

Có thể thấy, những quy định của Luật Nhà ở năm 2014 và Nghị định số 99/2015/NĐ-CP đã giúp giải quyết được các vấn đề vướng mắc của quy định cũ. Tuy nhiên, thực tiễn thi hành thời hạn sở hữu nhà của cá nhân nước ngoài theo Luật Nhà ở năm 2014 đã bộc lộ một số hạn chế, làm giảm tính nghiêm minh của pháp luật và khiến cho mục đích lập pháp chưa thực sự đạt được.

2. Quy định pháp luật hiện hành về thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam

Về đối tượng cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam

Theo quy định tại khoản 3 Điều 7 Luật Nhà ở năm 2014, cá nhân nước ngoài cũng là một trong những đối tượng được sở hữu nhà ở tại Việt Nam. Hiện nay, có hai nhóm đối tượng cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam, được quy định tại Điều 159 Luật Nhà ở năm 2014, bao gồm:

Thứ nhất, cá nhân nước ngoài đầu tư xây dựng nhà ở theo dự án tại Việt Nam

Từ Luật Nhà ở năm 2005 đã cho phép cá nhân nước ngoài đầu tư xây dựng nhà ở theo dự án được sở hữu nhà ở tại Việt Nam, tuy nhiên chỉ dừng lại ở trường hợp đầu tư xây dựng nhà ở để cho thuê. Đến Luật Nhà ở năm 2014, nhóm đối tượng này đã được mở rộng. Theo đó, cá nhân nước ngoài là chủ đầu tư xây dựng nhà ở theo dự án để bán, cho thuê hoặc cho thuê mua đều thuộc đối tượng được phép sở hữu nhà ở tại Việt Nam. Có thể thấy, dù là cá nhân nước ngoài đầu tư xây dựng nhà ở với mục đích gì thì

trước hết phải có đủ điều kiện trở thành chủ đầu tư dự án xây dựng nhà ở tại Việt Nam. Cá nhân nước ngoài phải thành lập doanh nghiệp theo quy định của pháp luật về doanh nghiệp hoặc hợp tác xã theo quy định của pháp luật về hợp tác xã (sau đây gọi chung là doanh nghiệp) và phải có vốn pháp định không thấp hơn 20 tỷ đồng khi đầu tư dự án xây dựng nhà ở tại Việt Nam; trừ trường hợp cá nhân nước ngoài bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua bất động sản quy mô nhỏ, không thường xuyên³ thì không cần phải thành lập doanh nghiệp nhưng phải kê khai nộp thuế theo quy định của pháp luật⁴.

Thứ hai, cá nhân nước ngoài được phép nhập cảnh vào Việt Nam

Theo đó, cá nhân nước ngoài muốn nhập cảnh vào Việt Nam phải đáp ứng các điều kiện nhập cảnh và không thuộc những trường hợp chưa cho nhập theo quy định của pháp luật. Cụ thể, cá nhân nước ngoài phải có hộ chiếu hoặc giấy tờ có giá trị đi lại quốc tế và thị thực. Trường hợp nhập cảnh theo diện đơn phương miễn thị thực thì hộ chiếu phải còn thời hạn sử dụng ít nhất 06 tháng và phải cách thời điểm xuất cảnh Việt Nam lần trước ít nhất 30 ngày. Đồng thời, không thuộc những trường hợp chưa cho nhập cảnh vào Việt Nam⁵.

Bên cạnh việc trao quyền sở hữu nhà ở tại Việt Nam, pháp luật hiện hành cũng cho phép cá nhân nước ngoài được lựa chọn tư cách pháp lý khi tham gia vào mối quan hệ

³ Điều 5 Nghị định số 76/2015/NĐ-CP ngày 10/9/2015 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

⁴ Điều 10 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

⁵ Điều 20, Điều 21 Luật Nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh, cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam năm 2014.

sở hữu này. Cụ thể, “trường hợp cá nhân nước ngoài có giấy tờ xác nhận là gốc Việt Nam thì chỉ được quyền lựa chọn một đối tượng áp dụng là người Việt Nam định cư ở nước ngoài hoặc cá nhân nước ngoài để xác định mối quan hệ sở hữu nhà ở tại Việt Nam”⁶. Chính vì pháp luật nhà ở có sự điều chỉnh khác nhau giữa ba nhóm chủ thể là công dân Việt Nam, người Việt Nam định cư ở nước ngoài⁷ và cá nhân nước ngoài, nên việc xem xét tư cách pháp lý của các chủ thể này trong mối quan hệ sở hữu nhà ở là điều rất cần thiết. Theo đó, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền chỉ cần căn cứ vào giấy tờ xác nhận là gốc Việt Nam mà cá nhân nước ngoài cung cấp khi xác lập quan hệ sở hữu nhà ở, bởi trên thực tế có không ít trường hợp cá nhân nước ngoài chọn mang tư cách này nhập cảnh vào Việt Nam nhưng lại chọn mang tư cách khác khi tham gia vào mối quan hệ sở hữu nhà ở tại Việt Nam.

Với quy định của pháp luật hiện hành, nếu bỏ qua trường hợp người Việt Nam định cư ở nước ngoài là công dân Việt Nam cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài, thì người Việt Nam định cư ở nước ngoài là người gốc Việt Nam cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài hay còn gọi là *người gốc Việt Nam định cư ở nước ngoài*⁸ chỉ khác cá nhân nước

ngoài ở điểm là họ có “gốc Việt Nam” và họ vẫn được xem là cá nhân nước ngoài trừ khi họ làm thủ tục xác nhận là người gốc Việt Nam. Hiện nay, cá nhân nước ngoài nếu có nhu cầu xác nhận là người gốc Việt Nam hoàn toàn có thể thực hiện được ở cả nước ngoài hoặc tại Việt Nam⁹.

Như vậy, theo quy định của pháp luật hiện hành, có hai nhóm đối tượng cá nhân nước ngoài được phép sở hữu nhà ở tại Việt Nam. So với quy định trước đây, các nhóm đối tượng này đã được mở rộng, tạo thêm nhiều cơ hội hơn cho cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam.

Về thời hạn được sở hữu nhà ở tại Việt Nam của cá nhân nước ngoài

Thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài là khoảng thời gian quy định mà chủ sở hữu là cá nhân nước ngoài có quyền sở hữu nhà ở của mình, trong khoảng thời gian này, chủ sở hữu được thực hiện quyền và phải thực hiện nghĩa vụ liên quan theo quy định của pháp luật. Bên cạnh số lượng nhà ở mà cá nhân nước ngoài được phép sở hữu, thời hạn sở hữu nhà ở cũng là một trong những quy định giới hạn quyền sở hữu của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam. Trong khi tổ chức, cá nhân trong nước, người Việt Nam định cư ở nước ngoài được sở hữu nhà ở ổn định lâu dài, không hạn chế số năm; thì cá nhân nước ngoài chỉ được sở hữu nhà ở trong một thời hạn nhất định, thời hạn này được xác định theo từng nhóm đối

⁶ Khoản 3 Điều 5 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở năm 2014.

⁷ Theo khoản 3 Điều 3 Luật Quốc tịch năm 2008 được sửa đổi, bổ sung năm 2014 thì “Người Việt Nam định cư ở nước ngoài là công dân Việt Nam và người gốc Việt Nam cư trú, sinh sống lâu dài ở nước ngoài”.

⁸ Theo khoản 4 Điều 3 Luật Quốc tịch năm 2008 được sửa đổi, bổ sung năm 2014 thì “Người gốc Việt Nam định cư ở nước ngoài là người Việt Nam đã từng có quốc tịch Việt Nam mà khi sinh ra quốc tịch của họ được xác định theo nguyên tắc huyết thống và con, cháu của họ đang cư trú, sinh sống lâu dài tại nước ngoài”.

⁹ Nội dung này được quy định cụ thể tại Thông tư liên tịch số 05/2013/TTLT-BTP-BNG-BCA ngày 31/01/2013 của Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao và Bộ Công an về sửa đổi Điều 13 Thông tư liên tịch số 05/2010/TTLT-BTP-BNG-BCA ngày 01/3/2010 của Bộ Tư pháp, Bộ Ngoại giao và Bộ Công an hướng dẫn thi hành Nghị định số 78/2009/NĐ-CP ngày 22/9/2009 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Quốc tịch Việt Nam.

tượng cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở tại Việt Nam.

Thứ nhất, đối với cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở thông qua đầu tư xây dựng nhà ở theo dự án tại Việt Nam, thời hạn sở hữu nhà ở được xác định theo thời hạn hoạt động của dự án đầu tư, tức dự án đầu tư xây dựng nhà ở có thời hạn bao lâu, chủ đầu tư dự án có quyền sở hữu nhà ở đó bấy lâu. Theo quy định tại Điều 43 Luật Đầu tư năm 2014, thời hạn hoạt động của dự án được chia thành 03 trường hợp: Nếu dự án đầu tư nằm trong khu kinh tế thì thời hạn hoạt động không quá 70 năm; trường hợp dự án đầu tư nằm ngoài khu kinh tế thì thời hạn này không quá 50 năm; ngoài ra nếu dự án đầu tư nằm trên địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khó khăn, đặc biệt khó khăn hoặc dự án có vốn đầu tư lớn nhưng thu hồi vốn chậm thì thời hạn được kéo dài không quá 70 năm.

Thứ hai, đối với cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở thông qua hoạt động mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế nhà ở được sở hữu theo thỏa thuận trong các giao dịch mua, thuê mua, tặng cho, thừa kế nhà ở nhưng tối đa không quá 50 năm, kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận và thời hạn được ghi rõ trong Giấy chứng nhận¹⁰. Thời hạn sở hữu nhà ở sẽ được thể hiện tại trang 2 của Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở (ghi ngày, tháng, năm hết hạn sở hữu)¹¹.

Bên cạnh đó, pháp luật hiện hành cũng đã có những bước tiến mới khi cho phép

nhóm đối tượng này gia hạn thêm thời hạn sở hữu nhà ở theo nhu cầu của mình, việc gia hạn thời hạn sở hữu được thực hiện theo quy định tại Điều 77 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP. Trong trường hợp này, chủ sở hữu được gia hạn một lần thời hạn sở hữu theo yêu cầu đề nghị của mình nhưng tối đa không quá 50 năm, kể từ ngày hết hạn sở hữu nhà ở lần đầu. Trừ trường hợp khi hết hạn sở hữu lần đầu mà cá nhân nước ngoài bị cơ quan có thẩm quyền của Việt Nam quyết định buộc phải xuất cảnh thì không được gia hạn thêm thời hạn sở hữu.

Trước khi hết hạn sở hữu nhà ở theo quy định của pháp luật, chủ sở hữu nhà ở có thể trực tiếp hoặc ủy quyền cho tổ chức, cá nhân khác thực hiện quyền bán, tặng cho nhà ở thuộc sở hữu hợp pháp của mình cho các đối tượng được phép sở hữu nhà ở tại Việt Nam. Nếu quá thời hạn được sở hữu mà chủ sở hữu không thực hiện bán, tặng cho thì nhà ở này sẽ thuộc sở hữu của Nhà nước¹².

Thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài trong trường hợp này được quy định rất rõ ràng và cụ thể. Tuy nhiên, ở một góc độ khác khi cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở, thời hạn sở hữu nhà ở sẽ được xác định theo thời hạn hoạt động của dự án đầu tư. Cụ thể là, tối đa không quá 50 năm hoặc không quá 70 năm tùy vào từng địa bàn có điều kiện kinh tế - xã hội khác nhau¹³. Tương tự, theo quy định tại khoản 3 Điều 126 Luật Đất đai năm 2013, đối với dự án kinh doanh nhà ở để bán hoặc để bán kết hợp với cho thuê, cho thuê mua thì thời hạn giao đất cho chủ đầu tư được xác định theo thời hạn của dự án.

¹⁰ Khoản 3 Điều 7 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở năm 2014.

¹¹ Khoản 2, 3 Điều 7 Thông tư số 23/2014/TT-BTNMT ngày 19/5/2014 của Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định về giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất.

¹² Khoản 3 Điều 8 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở năm 2014.

¹³ Điều 43 Luật Đầu tư năm 2014.

Như vậy, với cách xác định thời hạn sở hữu nhà ở theo thời hạn hoạt động của dự án đầu tư, dù cho cá nhân nước ngoài xác lập quyền sở hữu nhà ở vào thời điểm nào thì thời hạn sở hữu cũng sẽ kết thúc cùng với thời điểm dự án hết hạn hoạt động. Mặc dù người mua nhà ở trước sẽ có thời gian sở hữu nhà ở lâu hơn, nhưng với cách xác định thời hạn này cá nhân nước ngoài sẽ không thể sở hữu nhà ở trong thời hạn là 50 năm như cách xác định thời hạn là “50 năm kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận” theo khoản 3 Điều 7 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP.

Vậy, cách xác định thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài là “không quá 50 năm và được gia hạn một lần không quá 50 năm kể từ ngày được cấp Giấy chứng nhận” nêu trên sẽ được áp dụng cho trường hợp nào, trong khi pháp luật hiện hành chỉ cho phép cá nhân nước ngoài mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế nhà ở thương mại trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở¹⁴. Hay nói cách, nếu pháp luật hiện hành chỉ cho phép cá nhân nước ngoài sở hữu nhà ở thương mại trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở, thì chỉ có thể xác định thời hạn sở hữu này theo thời hạn hoạt động của dự án, chứ không thể căn cứ vào ngày được cấp Giấy chứng nhận như quy định trên. Có thể thấy, nếu căn cứ vào thời hạn hoạt động của dự án thì khả năng cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở trong thời gian 50 năm là rất thấp và việc gia hạn thêm 50 năm là điều không thể. Hiện tại, vấn đề này vẫn đang bị bỏ trống và Bộ Xây dựng vẫn đang căn cứ theo khoản 3 Điều 7 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP để xác định thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài¹⁵.

¹⁴ Điểm b khoản 2 Điều 159 Luật Nhà ở năm 2014.

¹⁵ Cục Quản lý nhà và Thị trường bất động sản, *Quy định về sở hữu nhà ở tại Việt Nam của cá nhân nước*

3. Bất cập về thời hạn sở hữu nhà của cá nhân nước ngoài hiện nay

Hiện nay, cá nhân nước ngoài khi mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế nhà ở thì được sở hữu nhà ở trong thời hạn không quá 50 năm và được gia hạn một lần cũng không quá 50 năm khi sắp hết thời hạn sở hữu lần đầu. Với tổng thời gian sở hữu nhà ở lên đến gần 100 năm, hoàn toàn có thể đáp ứng nhu cầu sinh sống, làm việc của người nước ngoài tại Việt Nam. Đồng thời, việc cho phép gia hạn thời hạn sở hữu nhà ở khi có nhu cầu sẽ làm tăng tính linh hoạt trong quyền sở hữu nhà ở của các đối tượng này. Nếu so sánh với các nước trong khu vực, có thể nói thời hạn sở hữu nhà ở của người nước ngoài tại Việt Nam khá dài, thuộc một trong những nước có thời hạn sở hữu lâu nhất. Chẳng hạn như Singapore và Malaysia đều quy định thời hạn sở hữu nhà ở là 99 năm hay Nhật Bản thì cá nhân nước ngoài có toàn quyền sử dụng khi sở hữu nhà ở, trong khi đó Philippines chỉ cho phép cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở trong thời hạn 75 năm hay Indonesia là 70 năm¹⁶.

Luật Nhà ở năm 2014 đã có nhiều thay đổi trong việc quy định về thời gian sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài, cũng như quy định rõ ràng hơn về cách xác định thời hạn này, tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho công tác quản lý về nhà ở của cá nhân nước ngoài. Tuy nhiên, trên thực tế khi tiến hành xác

ngoài?, <http://www.moc.gov.vn/2/-/faq/zb2O/24/32/432843/14/quy-dinh-ve-so-huu-nha-o-tai-viet-nam-cua-ca-nhan-nuoc-ngoai.html>, truy cập ngày 25/4/2019.

¹⁶ Chính phủ, *Tổng hợp kinh nghiệm nước ngoài về một số vấn đề được quy định trong dự thảo Luật Nhà ở (sửa đổi)*, http://duthaoonline.quochoi.vn/DuThao/Lists/DT_DUTHAO_LUAT/View_Detail.aspx?ItemID=807&TabIndex=2&TaiLieuID=1549, truy cập ngày 27/3/2019.

định thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài lại gặp phải một số vướng mắc sau:

Thứ nhất, pháp luật hiện hành cho phép cá nhân nước ngoài bán hoặc tặng cho nhà ở cho cá nhân nước ngoài thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam. Khi đó, cá nhân nước ngoài là bên mua, bên nhận tặng cho chỉ được sở hữu nhà ở trong thời hạn còn lại; khi hết thời hạn sở hữu còn lại mà chủ sở hữu có nhu cầu gia hạn thì được Nhà nước xem xét, gia hạn theo quy định của pháp luật¹⁷. Vấn đề đặt ra là “thời hạn còn lại” mà cá nhân nước ngoài là bên mua, bên nhận tặng cho nhà ở được phép sở hữu được tính từ khi nào. Ngoài ra, khi pháp luật hiện hành chỉ cho phép cá nhân nước ngoài là bên mua, bên nhận tặng cho sở hữu nhà ở trong thời hạn còn lại liệu có hợp lý và phù hợp với nhu cầu thực tiễn không?

Thứ hai, theo quy định của pháp luật hiện hành, cá nhân nước ngoài hoàn toàn có thể đồng sở hữu nhà ở với tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài thông qua các hoạt động như: Mua, thuê mua, nhận tặng cho, nhận thừa kế nhà ở. Tuy nhiên, hiện tại chưa có quy định cụ thể về thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài trong trường hợp này.

Đối với vấn đề này, Cục Quản lý nhà và Thị trường bất động sản trả lời trên Cổng thông tin điện tử của Bộ Xây dựng như sau: “Pháp luật về nhà ở hiện hành chỉ quy định về việc công nhận quyền sở hữu nhà ở tại Việt Nam của cá nhân nước ngoài hoặc cá nhân nước ngoài kết hôn với công dân Việt

Nam ở trong nước (không có quy định đối với trường hợp cá nhân nước ngoài cùng góp vốn với công dân Việt Nam để mua và sở hữu nhà ở tại Việt Nam). Do vậy, trong trường hợp này các bên có thể thỏa thuận để một trong hai bên đại diện đứng tên trong Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất đối với nhà ở đã mua”¹⁸. Mặc dù, Bộ Xây dựng cũng đã có hướng giải quyết vấn đề này, nhưng vẫn chưa hợp lý và không đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của tất cả các bên. Bởi vì, bên còn lại sẽ rất bị động trong việc thực hiện quyền và bảo vệ lợi ích đáng có của mình, cũng như khả năng phải chịu rủi ro rất cao. Ngoài ra, hướng giải quyết này cũng rất dễ dẫn đến tranh chấp, khi những vấn đề mà các bên không thỏa thuận hoặc không biết để thỏa thuận lại xảy ra trên thực tế.

Qua đó có thể thấy, hướng giải quyết của Bộ Xây dựng không hợp lý và rất khó áp dụng trên thực tế. Đối với trường hợp này, cần có quy định cụ thể về việc cho phép cá nhân nước ngoài đồng sở hữu nhà ở với tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài. Khi đó thời hạn sở hữu của cá nhân nước ngoài có thể được quy định theo một trong hai hướng sau: Hoặc là cho phép cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở ổn định lâu dài (tương tự như trường hợp cá nhân nước ngoài kết hôn với công dân Việt Nam hoặc kết hôn với người Việt Nam định cư ở nước ngoài) hoặc được xác định là không

¹⁷ Điểm b khoản 4 Điều 7 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở năm 2014.

¹⁸ Cục Quản lý nhà và Thị trường bất động sản, *Cần hộ có vốn góp của người nước ngoài, cấp quyền sở hữu thế nào?*, <http://www.moc.gov.vn/2/-/faq/zb2O/16/24/452414/14/can-ho-co-von-gop-cua-nguoi-nuoc-ngoai-cap-quyen-so-huu-the-nao.html>, truy cập ngày 25/4/2019.

quá 50 năm và được gia hạn một lần không quá 50 năm¹⁹.

Thứ ba, cá nhân nước ngoài có thể tặng cho hoặc bán nhà ở thuộc sở hữu hợp pháp của mình cho các đối tượng thuộc diện được sở hữu nhà ở tại Việt Nam trước khi hết hạn sở hữu theo quy định của pháp luật²⁰. Từ quy định trên có thể hiểu, trước khi hết hạn sở hữu nhà ở (sau khi đã gia hạn), cá nhân nước ngoài được phép tặng cho hoặc bán nhà ở này cho tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước; người Việt Nam định cư ở nước ngoài hay tổ chức, cá nhân nước ngoài. Với từng đối tượng là bên mua, bên nhận tặng cho khác nhau, thì thời hạn sở hữu nhà ở sẽ được xác định tương ứng khác nhau. Trong đó, khi tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước trở thành bên mua, bên nhận tặng cho nhà ở trong trường hợp trên sẽ được sở hữu nhà ở ổn định lâu dài²¹.

Từ quy định này có thể phát sinh một tình huống: Ông A là cá nhân nước ngoài, sở hữu 01 căn nhà tại Việt Nam và thời hạn sở hữu căn nhà sắp hết (sau khi đã gia hạn 01 lần), ông A bán căn nhà nêu trên cho bà B là cá nhân trong nước. Khi bà B sở hữu căn nhà đó thì thời hạn sở hữu chuyển thành ổn định lâu dài. Một thời gian sau, bà B lại thực hiện giao dịch chuyển quyền sở hữu căn nhà trên cho ông A. Như vậy, có hai vấn đề được đặt ra: (i) Bà B có được phép bán hoặc tặng cho lại căn nhà trên cho ông A không? Pháp luật hiện hành không cấm

giao dịch này²²; (ii) Nếu công nhận hợp đồng mua bán thứ hai nêu trên thì thời hạn sở hữu căn nhà sẽ được xác định như thế nào? Pháp luật hiện hành chưa điều chỉnh cụ thể vấn đề này.

Mặc dù đã tạo ra khung pháp lý thông thoáng cho người nước ngoài được sở hữu nhà ở tại Việt Nam, nhưng pháp luật hiện hành vẫn còn một số “lỗ hổng” có thể tạo cơ hội cho những cá nhân nước ngoài lách luật để có thể tiếp tục sở hữu nhà ở với thời hạn được tính lại từ đầu khi hết hạn. Qua đó, mục đích của việc ban hành quy định về thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài khó có thể đạt được.

4. Kiến nghị

Để khắc phục những hạn chế trên, cũng như tạo cơ sở pháp lý vững chắc hơn trong quy định về thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài tại Việt Nam, tác giả cho rằng:

Một là, cần tạo ra sự bình đẳng trong quy định về quyền sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài, để mỗi cá nhân nước ngoài dù là người mua, người nhận tặng cho thứ mấy đối với nhà ở thì thời hạn sở hữu nhà ở vẫn là như nhau, đồng thời, hạn chế tình trạng lách luật liên quan đến cách tính thời hạn sở hữu nhà ở.

Hai là, cần bổ sung quy định thời hạn sở hữu nhà trong trường hợp cá nhân nước ngoài đồng sở hữu nhà ở với tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trong nước hoặc người Việt Nam định cư ở nước ngoài. Cụ thể, thời hạn này vẫn được xác định tương tự như đối với trường hợp sở hữu riêng – là không quá 50 năm và được gia hạn một lần cũng không

¹⁹ Nguyễn Thị Thanh Xuân, Trần Vang Phú, *Chế định về sở hữu nhà ở của người nước ngoài tại Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 01(377) – 2019, tr. 51.

²⁰ Điểm d khoản 2 Điều 161 Luật Nhà ở năm 2014.

²¹ Điểm a khoản 4 Điều 7 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở năm 2014.

²² Khoản 2 Điều 76 Nghị định số 99/2015/NĐ-CP ngày 20/10/2015 của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Nhà ở năm 2014.

quá 50 năm, chứ không áp dụng thời hạn sở hữu là ổn định lâu dài. Trường hợp này không giống như trường hợp thời hạn sở hữu nhà của người nước ngoài kết hôn với công dân Việt Nam hay người Việt Nam định cư nước ngoài. Bởi vì, mối quan hệ vợ, chồng được xem là mối quan hệ đặc biệt, vợ, chồng được xem là “người thân thích”²³ theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014. Ngoài ra, theo quy định của pháp luật dân sự, trong chế định sở hữu tài sản, có sự phân biệt rất rõ ràng giữa sở hữu chung vợ, chồng và sở hữu chung thông thường. Chính vì thế, không thể đồng nhất giữa sở hữu chung vợ chồng trong trường hợp cá nhân nước ngoài kết hôn với công dân Việt Nam hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài với sở hữu chung trong trường hợp cá nhân nước ngoài đồng sở hữu nhà ở với công dân Việt Nam hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài, ít nhất là đối với thời hạn sở hữu nhà ở.

Ngoài ra, cá nhân nước ngoài có thể dễ dàng xác lập quyền đồng sở hữu nhà ở với các chủ thể có quyền sở hữu nhà ở ổn định lâu dài, dựa trên mối quan hệ bạn bè hay đôi tác thông thường. Nếu cho phép cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở ổn định lâu dài trong trường hợp này, sẽ khó tránh khỏi việc cá nhân nước ngoài cố tình xác lập quyền sở hữu nhà ở theo cách đồng sở hữu để nhận được sự ưu đãi này từ Nhà nước, gây ảnh hưởng tiêu cực đến thị trường bất động sản.

Ba là, để giải quyết các vướng mắc xuất phát từ quy định cho phép cá nhân nước ngoài được sở hữu nhà ở ổn định lâu dài khi kết hôn với công dân Việt Nam hay người

Việt Nam định cư ở nước ngoài, pháp luật nhà ở hiện hành cần bổ sung những quy định hướng dẫn chi tiết thi hành quy định này, theo những hướng sau:

(i) Đối với trường hợp cá nhân nước ngoài sau khi ly hôn với công dân Việt Nam hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài, thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân này có thể được xác định theo hai trường hợp sau: Nếu sau khi ly hôn, các bên tiến hành phân chia tài sản là nhà ở thuộc sở hữu chung vợ chồng và cá nhân nước ngoài có quyền sở hữu nhà ở này thì thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài sẽ được xác định tương tự với trường hợp cá nhân nước ngoài xác lập quyền sở hữu riêng đối với nhà ở; nếu sau khi ly hôn, cá nhân nước ngoài và công dân Việt Nam hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài vẫn tiếp tục đồng sở hữu nhà ở thì thời hạn sở hữu nhà ở được xác định tương tự với trường hợp đồng sở hữu nhà ở như đã kiến nghị. Như vậy, sau khi ly hôn với công dân Việt Nam hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài, thì cá nhân nước ngoài chỉ được sở hữu nhà ở trong thời hạn 50 năm và được gia hạn một lần không quá 50 năm ở cả hai trường hợp nêu trên.

(ii) Đối với trường hợp cá nhân nước ngoài đồng sở hữu nhà ở với con là công dân Việt Nam hay cá nhân nước ngoài (có giấy xác nhận gốc Việt Nam), thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài này sẽ được xác định là ổn định lâu dài. Như đã phân tích ở trên, thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài khi kết hôn với công dân Việt Nam hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài là ổn định lâu dài, thời hạn sở hữu này được xác định dựa trên mối quan hệ vợ chồng – những người được xem là “người thân thích” theo quy định của Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

(Xem tiếp trang 44)

²³ Theo khoản 19 Điều 3 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014 thì “Người thân thích là người có quan hệ hôn nhân, nuôi dưỡng, người có cùng dòng máu về trực hệ và người có họ trong phạm vi ba đời”.

CÁC BIỆN PHÁP KHẮC PHỤC DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG THEO BỘ NGUYÊN TẮC VỀ LUẬT HỢP ĐỒNG CHÂU ÂU - GIÁ TRỊ THAM KHẢO CHO VIỆT NAM

*Nguyễn Minh Oanh**

Tóm tắt: Bài viết này nghiên cứu về các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng được quy định trong Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng của châu Âu. Trên cơ sở tham khảo quy định của Bộ nguyên tắc đó, bài viết đề xuất một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật dân sự Việt Nam về nội dung này.

Abstract: The article studies remedies for breach of contract provided under the Principles of European Contract Law. On that basis, it makes proposals for improvement of Vietnamese civil law on this matter.

Dẫn nhập

Về mặt pháp lý, khi các bên tiến hành giao kết hợp đồng và hợp đồng phát sinh hiệu lực thì các bên bị ràng buộc bởi hợp đồng và phải thực hiện các thoả thuận trong hợp đồng đó. Tuy nhiên, trên thực tế, không phải lúc nào các bên cũng thiện chí hoặc tự nguyện thực hiện. Vì một lý do khách quan hoặc chủ quan mà một bên có thể chây ì hoặc không tiếp tục thực hiện hợp đồng. Để đảm bảo quyền lợi cho các bên, để điều chỉnh các quan hệ hợp đồng theo định hướng phù hợp, pháp luật về hợp đồng đã quy định các biện pháp xử lý trong những trường hợp này.

Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng của châu Âu (Principle of European Contract Law - PECL)¹ rất chú trọng đặt ra các biện pháp xử lý trong trường hợp một bên không thực hiện đúng nghĩa vụ. Các biện pháp đó có thể là trách nhiệm buộc phải thực hiện nghĩa vụ, bồi thường thiệt hại hoặc các biện pháp khắc phục khác để hạn chế thiệt hại,

rủi ro mà một bên hoặc các bên có thể áp dụng. Các quy định này đã định hướng, tạo khung pháp lý nền tảng, là cơ sở để các quốc gia thành viên nội luật hoá trong hệ thống pháp luật của mình. Trên cơ sở nghiên cứu quy định về các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng của PECL, bài viết này đặt mục tiêu tìm ra những điểm mới, tiến bộ của Bộ nguyên tắc, từ đó gợi mở cho pháp luật Việt Nam.

1. Các biện pháp khắc phục theo Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng của châu Âu

Các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng được hiểu là những cách thức, biện pháp mà một hoặc các bên có thể áp dụng để đảm bảo tốt nhất cho lợi ích của mình khi bên kia không thực hiện đúng nghĩa vụ. Biện pháp khắc phục có thể bao gồm trách nhiệm pháp lý do cơ quan nhà nước có thẩm quyền áp dụng theo yêu cầu của bên bị vi phạm hoặc các biện pháp khác do bên bị vi phạm tự áp dụng để phòng ngừa hoặc hạn chế thấp nhất thiệt hại hoặc để khôi phục lại những lợi ích đã bị mất đi.

Các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng được quy định thành một chế định riêng, độc lập trong PECL tại chương 8 và

* TS., Khoa Pháp luật dân sự, Trường Đại học Luật Hà Nội.

¹ <https://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>, truy cập ngày 2/7/2019.

chương 9 từ Điều 8:101 đến Điều 9:510. Trong đó, chương 8 quy định chung về các biện pháp khắc phục và chương 9 là các biện pháp khắc phục cụ thể do không thực hiện nghĩa vụ.

1.1. Quy định chung về biện pháp khắc phục

Bộ nguyên tắc nhấn mạnh các nguyên tắc, các nội dung khái quát khi áp dụng biện pháp khắc phục bao gồm:

Trường hợp một bên vi phạm nghĩa vụ mà không được miễn trách nhiệm thì bên bị vi phạm có quyền sử dụng bất kỳ biện pháp khắc phục nào²

Đây là quy định chung khẳng định pháp luật trao quyền cho bên bị vi phạm có thể áp dụng và lựa chọn áp dụng biện pháp khắc phục để đảm bảo tốt nhất cho quyền lợi của mình. Do đó, khi một bên có hành vi vi phạm nghĩa vụ, phía bên kia có quyền lựa chọn các biện pháp khắc phục theo mong muốn của mình phù hợp với quy định của luật. Để tạo ra cách hiểu và việc áp dụng thống nhất, Bộ nguyên tắc đã ghi nhận các trường hợp được miễn trách nhiệm tại Điều 8:108. Theo đó, một bên sẽ được miễn trách nhiệm nếu việc không thực hiện được nghĩa vụ là do trở ngại khách quan. Trường hợp này, bên không thực hiện nghĩa vụ được miễn trách nhiệm khi họ chứng minh được trở ngại nằm ngoài tầm kiểm soát, không thể tránh hay vượt qua được và không thể dự đoán được vào thời điểm giao kết hợp đồng. Trường hợp trở ngại chỉ là tạm thời thì việc miễn trách nhiệm chỉ có hiệu lực trong khoảng thời gian tồn tại trở ngại. Bên không thực hiện nghĩa vụ phải thông báo về trở ngại và ảnh hưởng lên khả năng thực hiện nghĩa vụ cho bên kia trong khoảng thời gian hợp lý sau khi biết hoặc phải biết về

trường hợp xảy ra. Bên kia có quyền đòi bồi thường cho bất kỳ thiệt hại nào từ việc không nhận được thông báo đó.

Trường hợp bên bị vi phạm được miễn trách nhiệm thì bên bị vi phạm có quyền áp dụng các biện pháp khắc phục khác không bao gồm buộc phải thực hiện đúng nghĩa vụ và bồi thường thiệt hại³

Như vậy, theo quy định của Bộ nguyên tắc, khi một bên được miễn trách nhiệm do trở ngại khách quan, bên bị vi phạm không được áp dụng 2 loại trách nhiệm là buộc phải thực hiện đúng nghĩa vụ và bồi thường thiệt hại, còn lại các biện pháp khắc phục khác như hoãn thực hiện nghĩa vụ hoặc chấm dứt hợp đồng hoặc giảm giá hoặc phạt vi phạm... thì bên có nghĩa vụ bị vi phạm vẫn có quyền được áp dụng, nếu thoả mãn các điều kiện để áp dụng các biện pháp khắc phục đó.

Ví dụ, trong hợp đồng mua bán: A không thể thực hiện được nghĩa vụ vận chuyển tài sản cho B do thời tiết mưa bão. Như vậy, việc không thể thực hiện được nghĩa vụ do trở ngại khách quan, A không phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại hay tiếp tục thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, trường hợp này, B cũng được quyền áp dụng biện pháp hoãn thực hiện nghĩa vụ trả tiền hoặc biện pháp phạt vi phạm mà các bên đã thoả thuận trong hợp đồng.

Một bên không có quyền áp dụng biện pháp khắc phục trong trường hợp việc vi phạm là do lỗi của bên đó gây ra⁴

Đây là một quy định hợp lý và thống nhất với các quy định khác của PECL, cũng như phù hợp với nguyên tắc thiện chí và công bằng. Khi một bên không thiện chí đối với việc thực hiện nghĩa vụ của bên kia thì

² Đoạn 1 Điều 8: 101 của PECL.

³ Đoạn 2 Điều 8:101 của PECL.

⁴ Đoạn 3 Điều 8:101 của PECL.

không thể được bù đắp thiệt hại cũng như áp dụng các biện pháp làm bất lợi cho bên còn lại. Ví dụ: A đặt B làm gia công 1000 đôi giày thời hạn giao là 30/5/2019. Đến thời hạn, B đã không thực hiện được nghĩa vụ giao hàng như đã thoả thuận. Tuy nhiên, việc giao hàng của B không đúng thời hạn là do A đã giao nguyên vật liệu chậm cho B một tháng. Trong trường hợp này, B không thực hiện được đúng nghĩa vụ là do lỗi của A nên A không được áp dụng bất kỳ biện pháp khắc phục nào đối với B.

Về việc áp dụng đồng thời nhiều biện pháp khắc phục

Theo quy định tại Điều 8:102 của Bộ nguyên tắc, các biện pháp khắc phục không tương thích với nhau có thể được áp dụng đồng thời. Cụ thể, theo nguyên tắc chung của PECL, với một hành vi vi phạm nghĩa vụ, bên bị vi phạm có thể áp dụng đồng thời nhiều biện pháp cùng một lúc, ví dụ như vừa có thể hoãn thực hiện nghĩa vụ, vừa có thể phạt vi phạm và vừa có thể yêu cầu bồi thường thiệt hại...

Ngoài ra, phần quy định chung về các biện pháp khắc phục của Bộ nguyên tắc còn có quy định về miễn trách nhiệm, khái niệm vi phạm nghĩa vụ cơ bản, gia hạn thực hiện nghĩa vụ...

Có thể nói, việc đặt ra các nguyên tắc chung khi áp dụng các biện pháp khắc phục như quy định tại PECL là phù hợp và cần thiết. Các quy định này mang tính khái quát và được áp dụng cho mọi trường hợp không thực hiện đúng nghĩa vụ. Các quy định này sẽ giúp các bên xác định rõ các biện pháp khắc phục được áp dụng và điều kiện áp dụng từng biện pháp trong những trường hợp cụ thể.

1.2. Các biện pháp khắc phục cụ thể

Các biện pháp khắc phục cụ thể được quy định tại chương 9 của Bộ nguyên tắc bao gồm:

Buộc thực hiện đúng nghĩa vụ

Buộc phải thực hiện đúng nghĩa vụ là một loại trách nhiệm pháp lý áp dụng đối với bên vi phạm nghĩa vụ và được hiểu là cơ quan nhà nước có thẩm quyền sẽ cưỡng chế buộc bên vi phạm phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ đã thoả thuận trong hợp đồng. Khi áp dụng biện pháp này, bên bị vi phạm không phải chứng minh có thiệt hại xảy ra. Họ chỉ cần chứng minh chưa nhận được lợi ích mong muốn từ hợp đồng. Buộc phải thực hiện đúng nghĩa vụ có ưu điểm là đảm bảo cho nghĩa vụ do các bên thoả thuận xác lập ban đầu được thực hiện đúng. Do đó, đây là biện pháp đầu tiên được ưu tiên áp dụng và đáp ứng trọn vẹn nhất nguyện vọng của bên bị vi phạm. Đối với biện pháp buộc thực hiện nghĩa vụ, Bộ nguyên tắc phân chia thành hai trường hợp khác nhau như sau:

Thứ nhất, đối với nghĩa vụ tiền tệ, bên có quyền được phép thu hồi khoản tiền khi đến hạn. Trường hợp thu hồi khoản tiền chỉ bị loại trừ khi bên có quyền đã thực hiện một giao dịch hợp lý khác thay thế mà không phải tốn nỗ lực hoặc chi phí đáng kể hoặc việc thực hiện nghĩa vụ là không hợp lý tùy từng hoàn cảnh⁵.

Trường hợp một khoản tiền chậm thanh toán, bên bị vi phạm được hưởng lãi trên khoản tiền đó kể từ thời điểm thanh toán đáo hạn đến thời điểm thanh toán theo mức lãi suất trung bình cho khoản vay ngắn hạn của ngân hàng thương mại với khách hàng tín dụng có độ tín nhiệm cao cho đồng tiền thanh toán theo hợp đồng tại địa điểm thanh toán đáo hạn. Bên bị vi phạm cũng có quyền yêu cầu bồi thường thêm đối với bất kỳ thiệt hại nào có thể được bồi thường⁶.

⁵ Điều 9:101 của PECL.

⁶ Điều 9:508 của PECL.

Thứ hai, đối với nghĩa vụ phi tiền tệ, Bộ nguyên tắc quy định bên bị vi phạm có quyền ưu tiên áp dụng biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ trước quyền yêu cầu thanh toán, bao gồm khắc phục sự thiếu sót của việc thực hiện nghĩa vụ⁷. Tuy nhiên, buộc thực hiện đúng nghĩa vụ không thể được áp dụng nếu:

- *Việc thực hiện đúng nghĩa vụ là bất hợp pháp hoặc bất khả thi*

Quy định này dường như bất hợp lý bởi một nghĩa vụ không hợp pháp thì giao dịch về nguyên tắc sẽ không được công nhận về giá trị và sẽ không phát sinh hiệu lực. Do đó, cũng sẽ không phát sinh quyền và nghĩa vụ giữa các bên và sẽ không phát sinh trách nhiệm buộc phải thực hiện đúng nghĩa vụ. Tuy nhiên, có những trường hợp vào thời điểm xác lập hợp đồng thì nghĩa vụ hoàn toàn hợp pháp nhưng đến thời điểm buộc phải thực hiện nghĩa vụ thì phát sinh ra hoàn cảnh làm cho việc thực hiện nghĩa vụ lại trở nên bất hợp pháp. Ví dụ như các bên thoả thuận hợp đồng chế biến thực phẩm để nhập khẩu từ Đức sang Pháp, tuy nhiên, đến thời hạn giao hàng, do dịch tả lợn châu Phi mà nước Pháp ra lệnh cấm việc nhập khẩu thịt lợn. Trong trường hợp này, dù việc thực hiện nghĩa vụ vẫn có thể được thực hiện thì cũng không thể yêu cầu bên bán tiếp tục thực hiện việc giao hàng. Tuy nhiên, trong trường hợp này, cả pháp luật châu Âu và Việt Nam đều không quy định rõ nếu có thiệt hại xảy ra thì chủ thể nào sẽ phải gánh chịu.

Ngoài ra, trong trường hợp việc tiếp tục thực hiện nghĩa vụ là không khả thi thì bên có nghĩa vụ cũng không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ. Ví dụ như trong hợp đồng mà các bên thoả thuận mua bán một bức tranh của một họa sĩ nổi tiếng, nhưng không

may trước thời điểm giao tranh thì bức tranh đã bị cháy. Trong trường hợp này việc thực hiện nghĩa vụ giao tài sản là không khả thi.

- *Việc thực hiện đúng nghĩa vụ đòi hỏi sự nỗ lực hoặc chi phí bất hợp lý đối với bên mang nghĩa vụ*

Trong nhiều trường hợp nghĩa vụ vẫn có thể được tiếp tục thực hiện nhưng việc thực hiện nghĩa vụ sẽ phải mất nhiều chi phí thì để tránh lãng phí cho xã hội, gây bất lợi cho một bên, đảm bảo sự công bằng và cân bằng lợi ích giữa các bên, Bộ nguyên tắc cũng loại trừ trường hợp việc tiếp tục thực hiện nghĩa vụ. Ví dụ: A là người vận chuyển một số hàng cho B. Do sự cố nên tàu của A bị chìm đắm. Việc trục vớt tàu có thể được tiến hành và số hàng trên vẫn có thể tiếp tục được giao cho B. Tuy nhiên, việc trục vớt tàu phát sinh chi phí cũng như cố gắng rất lớn so với số hàng của B⁸. Trường hợp này A không phải tiếp tục thực hiện nghĩa vụ.

- *Thực hiện nghĩa vụ bao gồm việc cung cấp dịch vụ hoặc công việc mang tính nhân thân hoặc phụ thuộc vào mối quan hệ cá nhân*

Trong trường hợp này, mặc dù nghĩa vụ vẫn có thể được thực hiện, nhưng đó là những nghĩa vụ mang tính chất cá nhân. Theo PGS.TS. Đỗ Văn Đại, việc yêu cầu họ phải thực hiện nghĩa vụ trong một số trường hợp sẽ không mang lại kết quả khi mà họ đã không có ý định thực hiện công việc đó. Ví dụ: 1 gia đình thuê vẽ tranh chân dung bởi một họa sỹ mà người này không chịu thực hiện thì việc tiếp tục phải thực hiện đúng hợp đồng sẽ không có tác dụng. Hoặc trong trường hợp, cam kết của một kiến trúc sư

⁷ Điều 9:102 của PECL.

⁸ PGS.TS. Đỗ Văn Đại, *Các biện pháp xử lý việc không thực hiện đúng hợp đồng trong pháp luật Việt Nam*, Nxb. Chính trị quốc gia, 2013, tr. 63.

nổi tiếng về việc thiết kế nhà thị chính mới mang biểu tượng của một thành phố thế kỷ XXI không thể buộc tiếp tục thực hiện bởi nó có tính độc nhất và công việc này đòi hỏi một số kỹ năng đặc biệt⁹.

Do đó, trong trường hợp này, Bộ nguyên tắc lựa chọn giải pháp loại trừ trách nhiệm buộc phải thực hiện nghĩa vụ giống như quy định tại điểm d Điều 7.2.2 Bộ nguyên tắc Unidroit về hợp đồng thương mại quốc tế, biện pháp buộc tiếp tục thực hiện không được áp dụng khi việc thực hiện mang tính tuyệt đối cá nhân.

- Bên bị vi phạm có thể thu được lợi ích từ việc thực hiện bởi bên khác một cách hợp lý

Quy định này là hợp lý để đảm bảo sự thuận lợi và nhanh chóng trong việc thực hiện nghĩa vụ. Nếu bên có quyền có thể thực hiện các biện pháp khác nhanh chóng hơn thì các biện pháp này được khuyến khích thực hiện. Vấn đề được đặt ra là nếu chi phí cho việc thực hiện nghĩa vụ thay thế bị phát sinh tăng lên thì bên vi phạm có phải thực hiện nghĩa vụ không? Trường hợp này đã được quy định ở Điều 9:506. Theo đó, nếu việc thay thế nghĩa vụ làm phát sinh chi phí và thiệt hại thì bên có nghĩa vụ sẽ phải chịu trách nhiệm đối với phần chi phí tăng thêm cũng như phải chịu trách nhiệm bồi thường đối với những thiệt hại xảy ra.

Như vậy, ngoài những trường hợp ở trên, bên có nghĩa vụ sẽ không buộc phải thực hiện nghĩa vụ nếu có thể được thay thế bằng biện pháp khác phục khác. Về nguyên tắc, bên có nghĩa vụ (mà vi phạm) phải có nghĩa vụ chứng minh họ thuộc vào các trường hợp được loại trừ. Tuy nhiên, Bộ nguyên tắc quy định bên bị vi phạm sẽ mất quyền áp dụng biện pháp buộc thực hiện

đúng nghĩa vụ nếu không áp dụng biện pháp này trong một khoảng thời gian hợp lý sau khi họ biết hoặc phải biết rõ về việc nghĩa vụ không được thực hiện.

Cũng giống như pháp luật Việt Nam và pháp luật của nhiều nước khác trên thế giới, PECL quy định về thời hạn buộc phải thực hiện nghĩa vụ. Tuy nhiên, thời hạn này được luật quy định là một thời hạn hợp lý. Tức là, tùy từng trường hợp khác nhau mà được quy định khác nhau.

Hoãn thực hiện nghĩa vụ

Hoãn thực hiện nghĩa vụ là việc một bên sẽ được phép từ chối thực hiện nghĩa vụ trong một khoảng thời gian đối với những trường hợp được luật quy định. Hoãn thực hiện nghĩa vụ sẽ mang lại sự an toàn cho một bên khi việc tiếp tục thực hiện nghĩa vụ có thể mang lại rủi ro cho họ.

Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng của châu Âu có quy định việc hoãn thực hiện nghĩa vụ ở Điều 9:201. Theo đó, một bên thực hiện nghĩa vụ đồng thời hoặc sau thời điểm thực hiện nghĩa vụ của bên kia có quyền hoãn thực hiện một phần hoặc toàn bộ nghĩa vụ của mình tùy hoàn cảnh hợp lý cho đến khi bên kia cam kết hoặc thực hiện nghĩa vụ của họ.

Tương tự, một bên có quyền từ chối thực hiện nghĩa vụ của mình nếu có căn cứ rõ ràng rằng bên kia sẽ không thực hiện nghĩa vụ khi đến hạn.

Qua quy định này của Bộ nguyên tắc có thể thấy, khi một bên vi phạm nghĩa vụ, bên bị vi phạm có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ với điều kiện sau:

- Nghĩa vụ bị vi phạm là nghĩa vụ trong hợp đồng song vụ, tức là trong trường hợp này cả hai bên cùng có quyền và nghĩa vụ đối với nhau.

⁹ PGS.TS. Đỗ Văn Đại, tldđ, tr.62.

- Nghĩa vụ bị vi phạm là nghĩa vụ được thực hiện đồng thời hoặc thực hiện trước.

- Bên bị vi phạm được hoãn thực hiện nghĩa vụ đến khi bên kia cam kết thực hiện nghĩa vụ của họ.

Chấm dứt hợp đồng

Theo quy định của Bộ nguyên tắc, một bên có quyền chấm dứt hợp đồng khi:

- Bên kia không thực hiện nghĩa vụ cơ bản¹⁰

- Trong trường hợp chậm thực hiện nghĩa vụ mà không phải nghĩa vụ cơ bản, bên bị vi phạm đã thông báo gia hạn hợp lý thì có quyền chấm dứt hợp đồng khi hết thời hạn. Bên bị vi phạm có thể đưa ra trong thông báo rằng nếu bên kia không thực hiện nghĩa vụ trong thời gian gia hạn, hợp đồng sẽ tự động chấm dứt. Nếu thời gian gia hạn quá ngắn, bên bị vi phạm có quyền chấm dứt, hoặc tùy từng trường hợp, hợp đồng sẽ tự động chấm dứt chỉ sau một khoảng thời gian hợp lý kể từ thời điểm ra thông báo.

- Trường hợp thời điểm thực hiện nghĩa vụ chưa diễn ra nhưng nếu có thể dự đoán được việc một bên rõ ràng sẽ không thực hiện nghĩa vụ cơ bản, bên còn lại có quyền chấm dứt hợp đồng. Ví dụ như trong hợp đồng thuê nhà mà trước khi thực hiện nghĩa vụ giao nhà thì ngôi nhà không may bị cháy

toàn bộ. Do đó, nghĩa vụ giao nhà được dự đoán chắc chắn không thể thực hiện được. Chính vì vậy, trong trường hợp này, luật cho phép bên thuê có quyền chấm dứt hợp đồng với lý do là bên cho thuê rõ ràng sẽ không thực hiện được nghĩa vụ cơ bản.

Đặc biệt, Bộ nguyên tắc có quy định trường hợp hợp đồng được thực hiện theo các phần riêng biệt thì bên bị vi phạm có quyền chấm dứt phần hợp đồng bị vi phạm. Bên bị vi phạm chỉ có quyền chấm dứt toàn bộ hợp đồng trong trường hợp việc không thực hiện nghĩa vụ cơ bản đối với toàn bộ hợp đồng¹¹.

Bên đơn phương chấm dứt hợp đồng phải gửi thông báo chấm dứt đến bên kia. Trường hợp họ không đưa ra thông báo trong khoảng thời gian hợp lý sau khi họ biết hoặc phải biết về việc bên kia không thực hiện nghĩa vụ thì bị mất quyền chấm dứt hợp đồng.

Khi hợp đồng bị chấm dứt, cả hai bên được giải phóng khỏi nghĩa vụ và việc tiếp nhận thực hiện nghĩa vụ trong tương lai. Tuy nhiên, các quyền và nghĩa vụ đã phát sinh trước đó vẫn có giá trị cho đến thời điểm chấm dứt hợp đồng. Một bên đã thực hiện nghĩa vụ thì có quyền yêu cầu bên kia thanh toán. Bên đã giao tài sản mà không nhận được thanh toán có quyền yêu cầu bên kia hoàn trả tài sản. Đối với những nghĩa vụ mà một bên thực hiện không thể hoàn lại và không nhận được thanh toán hoặc nghĩa vụ đối ứng nào khác có quyền được hoàn trả giá trị của nghĩa vụ đã thực hiện cho bên kia¹².

Giảm giá

Trong các hợp đồng có đền bù như hợp đồng mua bán, thuê, dịch vụ, gia công... thì

¹⁰ Điều 8:103: Không thực hiện nghĩa vụ cơ bản là không thực hiện nghĩa vụ trong trường hợp:

- Không thực hiện nghĩa vụ trong trường hợp các bên thoả thuận tuân thủ nghiêm ngặt là điều khoản của hợp đồng; hoặc

- Việc không thực hiện nghĩa vụ khiến bên bị vi phạm mất đi những gì họ có quyền chờ đợi từ hợp đồng, trừ trường hợp bên vi phạm không dự đoán và không thể dự đoán trước một cách hợp lý kết quả như vậy; hoặc

- Có lý do không thực hiện nghĩa vụ và khiến bên bị vi phạm có lý do tin rằng họ không thể trông chờ vào việc thực hiện nghĩa vụ trong tương lai của bên kia.

¹¹ Điều 9:302 của PECL.

¹² Điều 9: 305; 9:306; 9:307; 9:308; 9:309 của PECL.

giữa các bên thường thoả thuận một mức giá ấn định cho giá trị của hàng hoá hoặc dịch vụ. Mức giá này phải được các bên tôn trọng và thực hiện. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, bên có nghĩa vụ giao hàng hoá hoặc thực hiện dịch vụ lại không thực hiện đúng hợp đồng. Trong trường hợp này, để cân bằng lợi ích cho các bên, Bộ nguyên tắc quy định: “Trường hợp một bên vi phạm cam kết mà bên kia chấp nhận việc thực hiện nghĩa vụ không phù hợp với hợp đồng có quyền giảm giá”. Mức giảm này tương ứng với giá trị bị giảm của nghĩa vụ được thực hiện tại thời điểm cam kết so với giá trị của cam kết thực hiện nghĩa vụ phù hợp với hợp đồng¹³. Biện pháp giảm giá được áp dụng trong cả trường hợp không thực hiện đúng số lượng, chất lượng hay thời hạn¹⁴.

Nếu bên được quyền giảm giá đã thanh toán vượt quá mức giá giảm thì có quyền được yêu cầu hoàn trả khoản tiền vượt quá từ phía bên kia. Bên bị giảm giá không có quyền yêu cầu bồi thường cho giá trị bị giảm sút nhưng vẫn có quyền yêu cầu bồi thường cho bất kỳ thiệt hại nào khác phải gánh chịu phù hợp với quy định về phần bồi thường của Bộ nguyên tắc¹⁵.

Phạt vi phạm

Một trong những biện pháp được sử dụng nhiều trên thực tế được Bộ Nguyên tắc ghi nhận là phạt vi phạm. Phạt vi phạm được hiểu là việc bên vi phạm nghĩa vụ phải nộp cho bên bị vi phạm một khoản tiền theo cam kết của các bên trong hợp đồng. Điều kiện để áp dụng biện pháp phạt vi phạm cũng không cần có thiệt hại xảy ra. Điều 9:509 Bộ nguyên tắc quy định: Trong

trường hợp hợp đồng quy định một bên không thực hiện nghĩa vụ phải trả một khoản tiền nhất định cho bên bị vi phạm, bên bị vi phạm sẽ nhận được khoản tiền đó bất kể có thiệt hại thực tế hay không. Tuy nhiên, không phụ thuộc vào thoả thuận giữa các bên, khoản tiền này có thể giảm xuống đến một mức hợp lý trong trường hợp nó quá lớn so với tổn thất thực tế do không thực hiện hợp đồng và các hoàn cảnh khác. Theo bình luận của các chuyên gia, quy định này nhằm giúp hạn chế sự lạm quyền¹⁶. Tuy nhiên, bên bị vi phạm không có nghĩa vụ phải chứng minh thiệt hại khi áp dụng biện pháp này nên việc so sánh giá trị thiệt hại với giá trị của khoản tiền phạt cũng là một vấn đề khó khăn cho toà án.

Bồi thường thiệt hại

Bên bị thiệt hại có quyền yêu cầu bồi thường cho thiệt hại phát sinh do bên kia không thực hiện hợp đồng mà không được miễn trách nhiệm. Thiệt hại có thể được bồi thường bao gồm cả thiệt hại vật chất, thiệt hại phi vật chất và thiệt hại sẽ xảy ra trong tương lai¹⁷. Thiệt hại bao gồm cả những tổn thất thực tế đã mất và những lợi ích mà một bên đáng ra được hưởng¹⁸. Như vậy, theo quy định của Bộ nguyên tắc, trách nhiệm bồi thường thiệt hại chỉ đặt ra khi có thiệt hại và lỗi không phải là một điều kiện bắt buộc để phát sinh trách nhiệm¹⁹.

Ngoài ra, để đảm bảo sự công bằng, Điều 9:504 của Bộ nguyên tắc không cho phép bên bị vi phạm có thể viện dẫn biện pháp bồi thường đối với phạm vi thiệt hại gây ra là do lỗi của họ. Hơn nữa, bên không thực hiện nghĩa vụ sẽ không chịu trách nhiệm cho thiệt hại trong phạm vi bên bị vi phạm có thể giảm

¹³ Điều 9:401 của PECL.

¹⁴ Ole Lando And Hugh Beale, *Principle of European Contract Law - Part I and Part II*, Kluwer Law International, 2000, tr. 430.

¹⁵ Điều 9:401 của PECL.

¹⁶ Ole Lando And Hugh Beale, *tlđđ*, tr. 454.

¹⁷ Điều 9:501 của PECL.

¹⁸ Điều 9:502 của PECL.

¹⁹ Ole Lando And Hugh Beale, *tlđđ*, tr. 434.

thiểu bằng việc áp dụng các biện pháp hợp lý. Bên bị thiệt hại có quyền được thu lại các chi phí hợp lý phát sinh trong quá trình nỗ lực giảm thiểu thiệt hại²⁰.

2. Một số kinh nghiệm cho Việt Nam

Qua nghiên cứu các quy định về các biện pháp khắc phục khi vi phạm hợp đồng được quy định trong Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng của châu Âu, tác giả nhận thấy có một số quy định rất tiến bộ và phù hợp mà Việt Nam có thể tham khảo.

Thứ nhất, Bộ nguyên tắc có một chế định riêng quy định về tất cả các biện pháp khắc phục do vi phạm hợp đồng mang tính hệ thống và hoàn chỉnh. Chế định này được thiết kế thành hai phần rất rõ ràng và khoa học là “những quy định chung về các biện pháp khắc phục” và “các biện pháp khắc phục cụ thể”. Trong khi đó, Bộ luật Dân sự Việt Nam năm 2015 mặc dù có ghi nhận về các biện pháp khắc phục này, nhưng nằm rải rác ở các chương, phần khác nhau. Ví dụ như trách nhiệm buộc phải thực hiện nghĩa vụ (Điều 352), hoãn thực hiện nghĩa vụ (Điều 354) và trách nhiệm bồi thường thiệt hại (Điều 360) được quy định trong mục “trách nhiệm dân sự”, phần “nghĩa vụ hợp đồng”; về đơn phương chấm dứt (Điều 428) hoặc huỷ bỏ hợp đồng (Điều 423) được quy định trong tiểu mục “sửa đổi, chấm dứt hợp đồng”; phạt vi phạm (Điều 418) được quy định ở tiểu mục “thực hiện hợp đồng”, cầm giữ tài sản được quy định tại mục “thực hiện nghĩa vụ bảo đảm” và tiểu mục “thực hiện hợp đồng” (từ Điều 346 đến Điều 350 và Điều 412)...

Hơn nữa, Bộ luật Dân sự Việt Nam cũng không có quy định chung về các biện pháp khắc phục dẫn đến khó khăn cho việc áp dụng trên thực tiễn nhất là khi cần áp

dụng biện pháp trong trường hợp cụ thể hoặc có nhiều biện pháp khắc phục được áp dụng đồng thời như hoãn thực hiện nghĩa vụ với phạt vi phạm hoặc cầm giữ tài sản...

Trong trường hợp này, Bộ luật Dân sự Việt Nam có thể định hướng sửa đổi theo hướng khái quát hoá các quy định về các biện pháp khắc phục giống như quy định tại PECL.

Thứ hai, về biện pháp buộc thực hiện đúng nghĩa vụ: Bộ nguyên tắc quy định rất rõ về trách nhiệm buộc phải thực hiện đúng nghĩa vụ với các trường hợp loại trừ như trường hợp trái pháp luật hoặc bất khả thi, trường hợp nghĩa vụ gắn với nhân thân người mang nghĩa vụ hoặc trường hợp việc tiếp tục thực hiện nghĩa vụ cần chi phí hoặc nỗ lực quá lớn... Mặc dù, Bộ luật Dân sự của Việt Nam cũng có quy định về một số nội dung này, nhưng không tập trung mà tản mạn trong nhiều điều luật khác nhau²¹. Tác giả cho rằng, Bộ luật Dân sự Việt Nam cần có quy định khái quát, mang tính nguyên tắc về trách nhiệm buộc phải thực hiện nghĩa vụ, trong đó quy định cụ thể về các trường hợp loại trừ như Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng của châu Âu.

Thứ ba, về hoãn thực hiện hợp đồng: Theo quy định của Bộ luật Dân sự Việt Nam, bên phải thực hiện nghĩa vụ trước có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ: (i) Nếu khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên kia đã bị giảm sút nghiêm trọng đến mức không thể thực hiện như đã cam kết cho đến khi bên kia có khả năng thực hiện được nghĩa vụ

²⁰ Điều 9:502 của PECL.

²¹ Ví dụ như quy định về nghĩa vụ chấm dứt nếu bên mang nghĩa vụ chết hoặc chấm dứt tồn tại trong trường hợp nghĩa vụ phải do chính chủ thể mang nghĩa vụ thực hiện. Hoặc có quy định nghĩa vụ chấm dứt khi đối tượng của nghĩa vụ là vật đặc định không còn (khoản 8, khoản 10 Điều 372 Bộ luật Dân sự năm 2015).

hoặc có biện pháp bảo đảm; (ii) Bên phải thực hiện nghĩa vụ sau có quyền hoãn thực hiện nghĩa vụ đến hạn nếu bên thực hiện nghĩa vụ trước chưa thực hiện nghĩa vụ của mình khi đến hạn. Tuy nhiên, một điều đáng tiếc là không giống như trường hợp (i), Bộ luật không dự liệu thời hạn hoãn đối với trường hợp (ii). Hơn nữa, cả hai trường hợp trên đều không dự liệu hậu quả của việc hoãn sẽ được giải quyết như thế nào nếu cuối cùng phía bên kia vẫn không thực hiện nghĩa vụ. Nội dung này đã được quy định rất hợp lý trong Điều 8:105 của Bộ nguyên tắc về luật hợp đồng của châu Âu. Các nhà lập pháp Việt Nam có thể tham khảo nội dung này.

Thứ tư, về chấm dứt hợp đồng: Bộ nguyên tắc quy định chỉ chấm dứt toàn bộ hợp đồng trong những trường hợp đặc biệt; về nguyên tắc, nếu nghĩa vụ bị vi phạm chỉ là một phần của hợp đồng thì bên bị vi phạm chỉ có quyền đơn phương chấm dứt một phần của hợp đồng. Pháp luật Việt Nam có thể tham khảo quy định này bởi lẽ hợp

đồng được xác lập là để thực hiện. Việc lựa chọn phương án chấm dứt hợp đồng chỉ là bất đắc dĩ. Nếu hợp đồng vẫn có thể được thực hiện dù chỉ là một phần thì pháp luật nên duy trì hiệu lực của phần hợp đồng đó hơn là chấm dứt hợp đồng.

Thứ năm, về biện pháp giảm giá: Bộ luật Dân sự Việt Nam không có quy định nào khái quát về biện pháp này, mà quyền giảm giá được ghi nhận ở nhiều hợp đồng cụ thể khác nhau như trong hợp đồng mua bán (Điều 445), hợp đồng thuê tài sản (Điều 476), hợp đồng thuê khoán (Điều 488), hợp đồng dịch vụ (Điều 519)... Việc liệt kê như vậy sẽ thiếu tính khái quát dẫn đến nhiều trường hợp khi bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ và được bên có quyền đã tạo thuận lợi cho bên đó, nhưng lại không có cơ sở để áp dụng việc giảm giá để hưởng cân bằng về lợi ích. Chính vì vậy, tác giả cho rằng, việc xem xét ghi nhận có một điều khoản chung về việc giảm giá như một biện pháp khắc phục cần được các nhà lập pháp Việt Nam lưu tâm.

(Tiếp theo trang 35 – Hoàn thiện chế định về thời hạn sở hữu...)

Như vậy, từ những cơ sở cùng là “người thân thích” hay người đồng sở hữu nhà ở với cá nhân nước ngoài đều có quyền sở hữu nhà ở ổn định lâu dài, việc cho phép cá nhân nước ngoài đồng sở hữu nhà ở với con là công dân Việt Nam hay cá nhân nước ngoài (có giấy xác nhận gốc Việt Nam) được sở hữu nhà ở trong thời hạn ổn định lâu dài, tương tự với trường hợp cá nhân nước ngoài kết hôn với công dân Việt Nam hay người Việt Nam định cư ở nước ngoài là hoàn toàn hợp lý.

Bốn là, nên đặt ra quy định không cho

phép cá nhân nước ngoài xác lập lại quyền sở hữu đối với nhà ở mà trước đó đã hết thời hạn sở hữu. Chẳng hạn như, thông qua việc bán nhà cho chủ thể được sở hữu nhà ở ổn định lâu dài, sau đó mua hoặc nhận tặng cho chính nhà ở đó từ các chủ thể này. Kiến nghị này được xây dựng trên cơ sở mục đích nhằm ngăn chặn việc cá nhân nước ngoài xác lập lại quyền sở hữu đối với nhà ở mà trước đó đã hết thời hạn sở hữu, giúp hạn chế tình trạng lách luật liên quan đến cách tính thời hạn sở hữu nhà ở của cá nhân nước ngoài.

BẢO VỆ QUYỀN LỢI NGƯỜI TIÊU DÙNG TRONG HỢP ĐỒNG GIAO KẾT TỪ XA – GIẢI PHÁP “QUYỀN RÚT LUI” CỦA PHÁP LUẬT CHÂU ÂU VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

*Võ Thị Thanh Linh**
*Đoàn Thanh Hải***

Tóm tắt: Bài viết này nghiên cứu những thách thức đối với việc bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng trong các hợp đồng giao kết từ xa. Đặc biệt, bài viết tập trung xem xét, phân tích, đánh giá giải pháp quyền rút lui của pháp luật châu Âu nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, từ đó đưa ra một số gợi mở đối với Việt Nam.

Abstract: This article studies the challenges to consumer rights protection in distance contracts. In particular, it focuses on examining, analyzing and assessing the right to withdraw from a distance contract under European law to safeguard consumer rights, thereby draws out implications for Viet Nam.

1. Hợp đồng giao kết từ xa

Tại Việt Nam, định nghĩa hợp đồng giao kết từ xa (HĐGKTX) được đưa ra trong khoản 1 Điều 3 Nghị định số 99/2011/NĐ-CP của Chính phủ quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (NĐ 99): “Hợp đồng giao kết từ xa là hợp đồng được ký kết giữa người tiêu dùng và tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ thông qua phương tiện điện tử hoặc điện thoại”.

Có thể thấy, khoản 1 Điều 3 NĐ 99 đã xác định rằng HĐGKTX là một dạng hợp đồng tiêu dùng. Chế định về HĐGKTX đã thiết lập nên hành lang pháp lý mà trong đó người tiêu dùng (NTD) được bảo vệ quyền lợi mạnh mẽ hơn. Tuy vậy, định nghĩa trên có hạn chế là chỉ tập trung vào yếu tố phương tiện giao kết mà quên đi việc xác

định cách thức các bên đạt tới sự giao kết¹. Theo chúng tôi, mấu chốt của việc xác định một hợp đồng có phải là HĐGKTX hay không phụ thuộc vào sự hiện diện vật lý tại một không gian nhất định của các bên và quá trình NTD thương thảo, ra quyết định². Một hợp đồng chỉ nên được coi là HĐGKTX nếu cho tới trước khi ký kết hợp đồng, các bên không có sự hiện diện vật lý một cách đồng thời tại một địa điểm và cho tới thời điểm ấy, NTD phải chưa từng đến cơ sở sản xuất, kinh doanh của thương nhân. Nói cách khác, NTD phải thương thảo và ra quyết định giao dịch khi chưa từng

¹ Võ Thị Thanh Linh, Đoàn Thanh Hải (2019), *Một số khía cạnh pháp lý của hợp đồng giao kết từ xa bằng phương tiện điện tử - góc nhìn pháp luật châu Âu và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*, Hội thảo quốc tế trách nhiệm dân sự và hợp đồng: Kinh nghiệm của Việt Nam và Liên minh châu Âu – Đại học Huế, tháng 6/2019 – Thừa Thiên Huế, tr. 292 – 294.

² Võ Thị Thanh Linh, Đoàn Thanh Hải (2019), *ltdđ*, tr.292 – 294.

* ThS. NCS., Khoa Luật, Trường Đại học Đà Lạt.

** Khoa Luật, Trường Đại học Kinh tế - Luật.

được quan sát, trải nghiệm sản phẩm hay mặc cả trực tiếp với bên bán.

Như vậy, HÐGKTX là: (i) Hợp đồng giao kết giữa NTD và thương nhân, (ii) Các bên không có sự hiện diện vật lý một cách đồng thời tại một thời điểm, và (iii) Cho tới trước khi giao kết hợp đồng, các bên chỉ sử dụng một hoặc nhiều phương tiện liên lạc từ xa (điện thoại, thiết bị điện tử).

2. Thách thức đối với bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong hợp đồng giao kết từ xa

2.1. Thông tin bất cân xứng

Thông tin bất cân xứng (TTBCX) xuất hiện khi người mua và người bán có các thông tin khác nhau mà một bên không sẵn sàng chia sẻ hoặc cố tình che đậy và bên còn lại khó lòng nắm bắt được các thông tin³. Trong các HÐGKTX, TTBCX trở thành mối đe dọa lớn đối với quyền lợi của NTD. Mọi quyết định của NTD được đưa ra chủ yếu dựa trên các thông tin do các thương nhân cung cấp và thông qua việc so sánh giá giữa các sản phẩm hoặc giữa các thương nhân. Những quyết định như vậy thường chịu rủi ro cao, bởi: *Thứ nhất*, thông tin được cung cấp không phải lúc nào cũng đầy đủ và cũng không thể kỳ vọng thương nhân biết và nêu ra tất cả thông tin. *Thứ hai*, thông tin được đưa ra chỉ mang tính chung chung đối với mặt hàng chứ không phản ánh cụ thể được sản phẩm mà NTD sẽ mua. *Thứ ba*, đôi khi thông tin mà thương nhân gửi đi (bằng chữ hay hình ảnh) có thể không hoàn toàn tương ứng với thực tế hoặc với kỳ vọng của NTD, tức mô tả có thể là sai hoặc các bên chưa có sự thống nhất về ý chí. Ví

dụ, NTD có thể chỉ thấy bìa của một quyển sách khi đặt mua sách qua mạng. *Thứ tư*, trong bối cảnh HÐGKTX, các dự đoán chất lượng theo mức giá không hoàn toàn chính xác, bởi các thương nhân đồng thời cũng cạnh tranh về giá. Mức giá không chỉ được phân biệt bởi yếu tố chất lượng, mà còn bởi cách thức hoạt động và quy mô vốn của thương nhân. Do đó, bất kể NTD có lựa chọn mức giá như thế nào vẫn phải gánh chịu một mức độ rủi ro nhất định⁴.

2.2. Sự bất cân xứng về quyền lực thị trường

Thông thường các thương nhân, đặc biệt là những tập đoàn lớn, thường là bên có quyền lực thị trường hơn NTD. Điều này đã tạo tiền đề hình thành nên các điều kiện giao dịch chung (hợp đồng theo mẫu là một hình thức biểu hiện)⁵. Nhìn chung, các điều kiện giao dịch rất khó để thay đổi, nói cách khác các thương nhân hoàn toàn có thể ép NTD tiến tới chấp thuận những điều kiện được soạn sẵn hoặc từ bỏ việc giao kết hợp đồng. Trên lý thuyết, việc NTD lựa chọn tiến tới hoặc không tiến tới giao kết hợp đồng vẫn thể hiện sự tự do ý chí, thế nhưng, điều này chỉ đúng trong thị trường hoàn hảo. Trong bối cảnh thị trường độc quyền nhóm, đặc biệt là độc quyền nhóm cấu kết, thực tế, NTD dường như không nhìn thấy tinh thần “*tự do khế ước*”⁶. Thông thường, các điều khoản giao dịch chung sẽ mang lại cho các thương nhân những lợi thế nhất định so với NTD⁷. Dù rằng, Nhà nước vẫn

³ Nguyễn Thúy Anh, 2007, *Thông tin bất cân xứng – rủi ro tiềm ẩn*, Tạp chí Tia sáng, <http://tiasang.com.vn/-khoy-nghiep/thong-tin-bat-can-xung-rui-ro-tiem-an-1687>, truy cập ngày 20/7/2019.

⁴ Trong bối cảnh mô tả hàng hóa giống nhau, NTD sẽ cân nhắc yếu tố giá.

⁵ Nguyễn Như Phát (2011), *Một số vấn đề lý luận xung quanh Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng*, Website Cục Quản lý Cạnh tranh và Bảo vệ NTD, <http://www.vca.gov.vn/NewsDetail.aspx?ID=1289&CatelID=80>, truy cập ngày 17/7/2019.

⁶ Nguyễn Như Phát, (2011), t.lđđ.

⁷ Nguyễn Như Phát, (2011), t.lđđ.

có những biện pháp hạn chế sự “độc đoán”⁸, thế nhưng những giải pháp đó chỉ mang tính tối thiểu chứ không thích ứng với từng bối cụ thể.

Trong các HĐGKTX, tất cả các điều khoản, sự sắp đặt đều có thể được quyết định bởi các thương nhân. Những điều khoản và sự sắp đặt đó hoặc có thể quá phức tạp để NTD hiểu cặn kẽ⁹ hoặc quá chu đáo khiến NTD lãng quên cả việc đọc nội dung của hợp đồng¹⁰. Trong những trường hợp như vậy, NTD đã tiến vào quan hệ hợp đồng một cách vô thức¹¹.

2.3. Hạn chế trong cơ chế thực thi bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng

Hạn chế về thiết chế thực thi

Vấn đề “*thiếu thực thi*” (under-enforcement) là một thách thức lớn đối với công tác bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (BVQLNTD) tại hầu hết các quốc gia. Bởi, NTD không phải là chủ thể nắm giữ quyền năng về kinh tế và họ thiếu các công cụ để tự bảo vệ quyền lợi, trong khi lại không có thời gian để theo đuổi những vụ kiện mà lợi ích lại không tương xứng với rủi ro.

Để giải quyết thực trạng này, pháp luật Việt Nam đã đưa ra nhiều giải pháp trong đó có nâng cao vai trò của các thiết chế BVQLNTD (Bộ Công Thương, các Sở

Công Thương, Hiệp hội BVQLNTD)¹². Tuy vậy, chính bản thân các thiết chế cũng gặp nhiều khó khăn xuất phát từ những thiếu hụt về nhân lực và vật lực¹³. Dù rằng các thiết chế BVQLNTD đã có nhiều nỗ lực thể hiện qua việc số vụ khiếu nại và số vụ khiếu nại được giải quyết thành công có sự gia tăng, thế nhưng, các thiết chế này vẫn bị công chúng nhìn nhận là chưa phát huy được vai trò của mình¹⁴. Đây là một thách thức đối với công tác BVQLNTD, nhất là các HĐGKTX trong lĩnh vực thương mại điện tử, khi mà đa số các cửa hàng đều là cửa hàng ảo, còn hàng hóa được phân bổ, lưu giữ ở nhiều kho bãi khác nhau.

Hạn chế về năng lực khoa học, kỹ thuật

Có thể khẳng định, dịch vụ số và nội dung số chính là một đối tượng giao dịch của các HĐGKTX¹⁵. Việc BVQLNTD trong các loại hợp đồng giao dịch này là không hề đơn giản. Các cơ chế truyền thống rất khó để thực thi, khi mà các giao dịch được diễn ra chớp nhoáng và việc khôi phục, khắc phục thiệt hại cho NTD là không dễ dàng. Ví dụ, việc một NTD giao dịch và phải trả phí cho một ứng dụng game. Sau đó, có thể game và thiết bị điện tử không tương thích dẫn tới tình trạng treo máy,

⁸ Ví dụ, thông qua các yêu cầu đăng ký điều khoản giao dịch chung hay vô hiệu hóa những điều khoản giao dịch chung mang tính lạm quyền (Điều 16, 19 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010).

⁹ Reifner, Udo: *Anlegerschutz - Widerruf eines für den Erwerb einer Immobilie geschlossenen Darlehensvertrages*, Verbraucher und Recht 2005 p.263-264.

¹⁰ J.Carbonnier, Luật mềm, “*Xã hội học và một số hệ thống pháp luật không cứng nhắc*”, LGDJ, 10e éd 2001, tr.319; Võ Thị Thanh Linh - Đoàn Thanh Hải (2019), tldd, tr.298.

¹¹ Theo học thuyết pháp luật của hệ thống thông luật, các hợp đồng chứa đựng những bất lợi đáng kể cho một bên như vậy gọi là Unconscionable Contract.

¹² Nguyễn Như Phát (2011), tldd; Nguyễn Trọng Điệp (2011), *Quyền khiếu nại của người tiêu dùng - cần một cơ chế hợp lý*, Tạp chí Khoa học Đại học Quốc gia Hà Nội, Luật học 27, tr. 207-211.

¹³ Phạm Tuyên, *Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng không hiệu quả vì thiếu tiền, ít người*, <https://www.tienphong.vn/kinh-te/bao-ve-quyen-loi-nguoi-tieu-dung-khong-hieu-qua-vi-thieu-tien-it-nguoi-956772.tpo>, truy cập ngày 20/7/2019.

¹⁴ Minh Huệ, *Tăng cường thực thi pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng*, Tạp chí Cộng sản: <http://www.tapchicongsan.org.vn/Home/Viet-nam-tren-duong-doi-moi/2015/36671/Tang-cuong-thuc-thi-phap-luat-bao-ve-quyen-loi-nguoi-tieu.aspx>, truy cập ngày 23/7/2019.

¹⁵ Võ Thị Thanh Linh - Đoàn Thanh Hải (2019), tldd, tr.295-296.

thoát ứng dụng (crash) hoặc ứng dụng đánh cắp thông tin dẫn tới NTD muốn chấm dứt một cách nhanh chóng và hữu hiệu những phiền toái đó. Một trong những giải pháp hiệu quả nhất chính là xóa ứng dụng. Trong trường hợp lỗi từ thương nhân, NTD có thể nhờ đến các thiết chế BVQLNTD để yêu cầu trợ giúp khôi phục tình trạng ban đầu hoặc khắc phục thiệt hại hoặc buộc thương nhân chịu một chế tài (hành chính hoặc hình sự)¹⁶. Dù rằng đã có hành lang pháp lý¹⁷, thế nhưng khả năng trên là không cao bởi điều tra, giám sát trong bối cảnh của các kỹ thuật công nghệ thông tin là rất phức tạp. Bên cạnh đó, các phiền toái của NTD không phải lúc nào cũng xuất phát từ lỗi của thương nhân, mà còn từ các yếu tố ngoại cảnh. Trong trường hợp này, rất khó để chứng minh, ràng buộc trách nhiệm của thương nhân bởi có thể chính thương nhân cũng không biết đến những rủi ro như vậy. Tuy vậy, dù vấn đề thuần túy là do rủi ro, việc để NTD hoàn toàn gánh chịu thiệt hại là không thực sự công bằng.

3. Giải pháp của pháp luật châu Âu – Quyền rút lui

Trong khuôn khổ pháp luật châu Âu¹⁸, BVQLNTD trong các HĐGKTX là một trong những ưu tiên hàng đầu¹⁹. Để giải bài toán này, các nhà làm luật của châu Âu đã chọn “*Quyền rút lui*” như một giải pháp²⁰.

¹⁶ Điều 8, Điều 9 Luật An ninh mạng năm 2018.

¹⁷ Các quy định tại Điều 25, Điều 26 Luật An ninh mạng năm 2018.

¹⁸ Xem “European Law”, <https://www.britannica.com/topic/European-law>, truy cập ngày 18/7/2019.

¹⁹ Xem thêm Valant, J., 2015, *Consumer protection in the EU*, Policy overview, PE 565.904 ISBN 978-92-823-7554-9 doi: 10.2861/575862, p.8-10.

²⁰ Bên cạnh đó, còn có các giải pháp khác như nâng cao yêu cầu về cung cấp thông tin. Xem thêm Bar-Gill, Oren, and Ben-Shahar, O., (2013), “*Regulatory techniques in consumer protection: a critique of*

Quyền rút lui lần đầu xuất hiện trong Chỉ thị 85/577/EC. Đây là một giải pháp chính sách để bảo vệ bên yếu thế (NTD) trong các tình huống mà NTD được dự đoán gặp bất lợi, HĐGKTX là một trong số đó²¹. Do đó, quyền rút lui là một trong những nội dung chủ đạo của Chỉ thị 2011/83/EC về BVQLNTD trong các HĐGKTX²². Một số học giả nhìn nhận quyền rút lui như một đặc điểm của pháp luật hợp đồng tiêu dùng châu Âu hiện đại²³.

Cơ sở lý luận để hình thành quyền rút lui trong các HĐGKTX là những thách thức đối với quyền lợi của NTD như việc NTD không ý thức được khi giao kết hợp đồng²⁴, hay việc hàng hóa không thể được xem xét, đánh giá đầy đủ từ xa²⁵.

3.1. Bản chất quyền rút lui

Quyền rút lui (Right to Withdraw/Withdrawal, Rétractation/Droit de repentir, Widerrufsrecht) là một quyền đa chức năng

European consumer contract law”. Common Market Law Review 50.1; tr.109-125.

²¹ Quyền rút lui có thể xuất hiện trong nhiều bối cảnh ngoài HĐGKTX. Xem thêm: Điều 14.1 Chỉ thị 2008/48/EC, Đoạn 11 Chỉ thị 2008/122/EC, Rott, P., 2006. Harmonising different rights of withdrawal: can german law serve as an example for EC consumer law?. German Law Journal, 7(12), 1109-1136, 1111.

²² Barratt P. (1993), *The EC distance selling directive*, International Company and Commercial Law Review, 4(8), tr. 304–307.

²³ Peter MANKOWSKI Mankowski (2012), “*Right of Withdrawal*”, Jürgen Basedow, Klaus J. HOPT, Reinhard Zimmermann & Andreas Stier, The Max Planck Encyclopedia of European Private Law. Volumen I, Oxford University Press, Oxford, p.1476-1478.

²⁴ Reifner, Udo, tldd, p.263-264.

²⁵ Soraya Amrani Mekki, 2010, *Bảo vệ Người tiêu dùng trong thương mại điện tử*, Hội thảo quốc tế Pháp ngữ khu vực “Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng: Từ hai góc nhìn Á – Âu”, Nhà Pháp luật Việt Pháp.

mang tính phụ trợ và thay thế²⁶, nhằm làm thay đổi địa vị pháp lý (legal position) dựa trên ý chí đơn phương (Unilateral declaration/Gestaltungsrecht)²⁷. Thông thường, việc đơn phương thay đổi địa vị pháp lý (Gestaltungsrecht) trong quan hệ hợp đồng có thể gồm đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng, hủy bỏ hợp đồng, rút khỏi hợp đồng hoặc thay đổi nội dung hợp đồng (rescission, cancellation, avoidance or contract modification/Rücktritt, Kündigung, Anfechtung oder Vertragsänderung). Một số học giả cho rằng, về bản chất quyền rút lui phải thuộc một trong các loại quyền nhằm mục đích giải trừ quan hệ hợp đồng dựa trên ý chí đơn phương²⁸. Tuy vậy, một số học giả khác lại cho rằng quyền rút lui có những đặc điểm riêng và phân biệt với những phương thức giải trừ quan hệ hợp đồng dựa trên ý chí đơn phương khác²⁹. Chúng tôi đồng ý với quan điểm thứ hai, bởi lẽ quyền rút lui không phản chiếu bất kỳ phương thức giải trừ quan hệ hợp đồng nào khác.

Thứ nhất, quyền rút lui có thể giải trừ các quan hệ nghĩa vụ mang tính song vụ (reciprocal legal relationships)³⁰ và đơn vụ (unilateral/one-sided legal relationships)³¹ gồm hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương. Như vậy, NTD có thể rút khỏi các

đề nghị giao kết hợp đồng³², ví dụ, các lệnh mua (purchase order), hay chấp thuận giao kết (acceptance)³³ và các hợp đồng đã có hiệu lực.

Thứ hai, hệ quả pháp lý của quyền rút lui có khác biệt nhất định với những phương thức đơn phương giải trừ quan hệ hợp đồng khác³⁴. Tùy theo tính chất của đối tượng được giải trừ và bối cảnh cụ thể, nghĩa vụ sẽ bị coi là chấm dứt và mất hiệu lực ngay từ đầu (ex tunc) hay từ thời điểm thực hiện quyền rút lui (ex nunc). Với các hành vi pháp lý đơn phương là từ thời điểm thực hiện quyền rút lui³⁵, còn với hợp đồng là ngay từ đầu³⁶. Có thể thấy, quyền rút lui đã tác động vào sự ưng thuận trong giao kết hợp đồng³⁷.

³² Do đó, GS Mekki gọi quyền này là quyền rút lui chấp nhận giao kết hợp đồng. Xem Mekki (2010), tldd, tr.6-9. Một số học giả khác cũng có quan điểm tương tự: Horst Eidenmuller (2011), "Why Withdrawal Rights?", European Review of Contract Law, Volume 7, Issue 1, pp. 9-14.

³³ Trong khung cảnh các HĐGKTX, đề nghị giao kết và chấp nhận đề nghị giao kết đôi khi không có ranh giới rõ ràng. Ví dụ, nên coi việc NTD chọn hàng hóa và bấm mua hàng là đề nghị giao kết hợp đồng hay nên coi việc sau đó, bên bán, thông qua các phần mềm hiển thị lại các thông tin cho NTD xác nhận là đề nghị giao kết hợp đồng, còn việc bấm đồng ý của NTD là chấp nhận đề nghị giao kết HĐ. Về mặt lý luận, đó là trường hợp hợp đồng song trùng. Xem thêm Nguyễn Ngọc Điện, Giáo trình Luật Dân sự tập 2, Nxb. Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh, 2018, tr.39.

³⁴ Hủy bỏ có hệ quả là khôi phục lại trạng thái ban đầu khi chưa có hợp đồng; đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng là hợp đồng mất hiệu lực từ thời điểm đơn phương chấm dứt, các bên không phải trả lại cho nhau những gì đã nhận; vô hiệu chỉ được thực hiện nếu có căn cứ theo luật, trong trường hợp vô hiệu, hợp đồng được xem như chưa từng tồn tại.

³⁵ Ahmet Türk, 2007, Hukuki Yönden Banka Havalesi, Ankara, tr.142.

³⁶ Özel, (1999), tldd, p.93.

³⁷ Mekki (2010), tldd25, tr.6-9.

²⁶ Rona Serozan, (2007) *Sözleşmeden Dönme*, 3rd Ed., İstanbul, tr. 123-124.

²⁷ Hakki, Sözleşmelerde Geri Alma, "The right of Withdrawal in Distance contracts under law on consumer protection numbered 6502", Law & Justice Review, Year:6, Issue:11, December 2015, p.132.

²⁸ Xem thêm Felix R. Ehrat, Der Rücktritt non Vertrag nach Art. 107 abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR., Zurich 1990, 14.

²⁹ Hakki, (2015), tldd, p.132.

³⁰ Çağlar Özel, (1999), Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara, p.89-90.

³¹ Vedat Buz, (2007), *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara, tr.91.

Thứ ba, về mặt lý luận, quyền rút lui có thể được coi là sự rút lại chấp nhận đề nghị giao kết hợp đồng³⁸, do đó, quyền rút lui tác động vào các hành vi diễn ra trước khi giao kết hợp đồng. Như vậy, quyền rút lui có hiệu lực “ưu tiên” áp dụng so với các phương thức giải trừ quan hệ hợp đồng khác³⁹.

Thứ tư, các hợp đồng có chứa đựng quyền rút lui chỉ có hiệu lực đầy đủ một khi thời hạn thực thi quyền đã hết (pending validity/schwebend unwirksam)⁴⁰, hay vốn dĩ hợp đồng đã có hiệu lực đầy đủ nhưng chính việc thực thi quyền rút lui đã làm mất hiệu lực của hợp đồng⁴¹. Trong công cuộc đồng bộ hóa pháp luật về hợp đồng tiêu dùng ở châu Âu, giải pháp của nhà làm luật là theo hướng thứ hai⁴². Điều này được thể hiện ở Chỉ thị 97/7/EC và Chỉ thị 2011/83/EC. Hệ quả trực tiếp của việc này là mặc dù hậu quả pháp lý của việc thực hiện quyền rút lui được xác định ngay từ đầu, thế nhưng việc thực thi quyền rút lui lại được coi là ở thời điểm hiện tại, tức việc thực hiện quyền rút lui có thể xem là một sự kiện pháp lý mới. Đặc điểm này là vô cùng có ý nghĩa

từ góc độ tố tụng⁴³. Tuy nhiên, học thuyết pháp lý và thực tiễn pháp luật ở các quốc gia châu Âu lại chưa có sự thống nhất⁴⁴.

Thứ năm, quyền rút lui là một quyền luật định, mang tính tuyệt đối trong vận dụng. Quyền này có thể được thực hiện mà không cần bất kỳ thỏa thuận trước hay bất kỳ sự chứng minh nào (*ad nutum*), ví dụ chứng minh các khuyết tật, các hành vi vi phạm, lỗi hay thiệt hại⁴⁵. Mọi điều khoản nhằm hạn chế quyền này bị coi là điều khoản lạm dụng⁴⁶. Tuy vậy, không phải mọi HDGKTX đều có thể chứa quyền rút lui. Quyền rút lui tồn tại như một quy định mang tính chính sách và đạo đức⁴⁷ lẽ dĩ nhiên nó sẽ không tồn tại nếu đi ngược lại chính sách và đạo đức. Điều 16 của Chỉ thị 2011/83/EC đã liệt kê hàng loạt ngoại lệ đối với quyền này. Về bản chất, đó là các

³⁸ Mekki (2010), tldd, tr.6-9.

³⁹ Sự ưu tiên này là rõ ràng trong trường hợp hủy bỏ hợp đồng, tuy nhiên, trong trường hợp hợp đồng bị vô hiệu, lý luận này không thực sự quá rõ ràng, bởi lẽ nếu hợp đồng bị vô hiệu, hợp đồng cũng bị xem như chưa từng tồn tại. Nhưng theo chúng tôi, thực ra, hợp đồng bị vô hiệu là do chính bản thân hợp đồng, ví dụ, trái đạo đức, pháp luật, tức vẫn có đề nghị giao kết và sự ưng thuận, chỉ là chúng không được pháp luật thừa nhận. Do đó, một cách hợp lý, khi mà quyền rút lui tác động cả vào sự ưng thuận thì nó đương nhiên sẽ mang tính ưu tiên trong áp dụng so với hợp đồng bị vô hiệu.

⁴⁰ Rott, P., 2006, tldd, p.1114.

⁴¹ Hakki, (2015), tldd, p.134.

⁴² Hans-W. Micklitz & Norbert Reich, (1999). Umsetzung der EG-Fernabsatzrichtlinie, Betriebs-Berater (BB) 2093.

⁴³ Bettina Heiderhoff, (2001), Einflüsse des europäischen Privatrechts zum Schutz des Verbrauchers auf das deutsche Zivilprozessrecht, Zeitschrift Fur Europaisches Privatrecht (Zeup) 276, 285-287; Karsten Schmidt, (2000), Verbraucherschützende Widerrufsrechte als Grundlage der Vollstreckungsgegenklage nach neuem Recht - Zur Bedeutung des neuen § 361a BGB für den prozessualen Rechtsschutz des Schuldners, Juristische Schulung (Jus) 1096.

⁴⁴ Section 355 BGB, Othmar Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 14th Ed., Munich 2011, p. 477-478; Hakki, (2015), tldd, p.134; Article 255 Turkish Code of Obligations (TCO); Mustafa Alper Gümüş, (2012) 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vol. 1., İstanbul, tr.214.

⁴⁵ Reiner Schulze & Jonathan Morgan (2013), “The Right of Withdrawal”, in Gerhard Dannemann & Stefan Vogenauer, The Common European Sales Law in Context, Oxford University Press, Oxford, tr.294.

⁴⁶ Mekki, tldd, tr.7.

⁴⁷ Sánchez Abril, P., Oliva Blázquez, F., & Martínez Evora, J. (2018), *The Right of Withdrawal in Consumer Contracts: a comparative analysis of American and European law*, InDret, 3, 33.

trường hợp không thể rút lui⁴⁸, hoặc có khả năng bị lạm dụng bởi NTD⁴⁹, hoặc tạo ra hay có khả năng cao tạo ra những bất lợi đáng kể cho thương nhân⁵⁰, hoặc trường hợp mà chính NTD đã chấp thuận việc thực thi nghĩa vụ của bên bán và từ bỏ quyền rút lui của mình⁵¹.

3.2. Trách nhiệm thông tin về quyền rút lui

Để NTD có thể thực hiện quyền rút lui, trước hết, NTD phải biết về sự tồn tại của quyền này. Do đó, thương nhân có nghĩa vụ thông tin về quyền rút lui tới NTD⁵². Cách thức và yêu cầu đối với việc cung cấp thông tin liên quan tới quyền rút lui giống với các yêu cầu bắt buộc về cung cấp các thông tin thiết yếu trong HDGKTX được quy định tại Điều 6.(5) Chỉ thị 2011/83/EC. Tuy vậy, hệ quả pháp lý của việc vi phạm nghĩa vụ thông tin về quyền rút lui khác biệt hoàn toàn so với hệ quả pháp lý của việc vi phạm các quy định về thông tin khác bởi quyền rút lui là một quyền mang tính phụ trợ, nên việc quy định rằng hợp đồng sẽ vô hiệu hay bị hủy bỏ nếu vi phạm nghĩa vụ thông tin về quyền rút lui không phù hợp⁵³. Chỉ thị 2011/83/EC đã có một điều khoản riêng biệt cho việc xử lý vấn đề vi phạm thông tin về quyền rút lui tại Điều 10. Theo đó, nếu bên thương nhân không cung cấp thông tin về quyền rút lui thì thời hạn rút lui sẽ kéo dài thêm 12 tháng kể từ ngày hết thời hạn rút lui ban đầu. Trên nguyên tắc thiện chí, cũng như tính toán đến các lợi ích của thương nhân, Chỉ thị cho phép thương nhân có thể

khắc phục những thiếu sót của mình để tránh phải chịu hậu quả pháp lý nặng nề. Cụ thể, trong thời gian 12 tháng, bên bán có quyền cung cấp bổ sung thông tin về quyền rút lui. Khi đó, NTD sẽ chỉ được hưởng thêm thời hạn rút lui là 14 ngày kể từ ngày nhận được thông tin⁵⁴. Thương nhân có trách nhiệm chứng minh về việc đã cung cấp thông tin về quyền rút lui khi có tranh chấp xảy ra⁵⁵.

3.3. Thực hiện quyền rút lui

Để thực hiện quyền rút lui, NTD cần đưa ra một tuyên bố chắc chắn về việc thực hiện quyền của mình trong một thời hạn nhất định (cooling-off period)⁵⁶. Thời hạn này không được quá ngắn làm hạn chế việc thử sản phẩm của NTD và cũng không được quá dài, đi ngược lại các tiền đề về chính sách và đạo đức. Như vậy, có thể xem quyền rút lui như một quyền dùng thử có chuyển giao quyền sở hữu trong các HDGKTX. Trước khi Chỉ thị 2011/83/EC có hiệu lực, thời hạn đưa ra tuyên bố ở các quốc gia châu Âu có sự chênh lệch giữa kéo dài trung bình từ 7 ngày tới 14 ngày. Sự ra đời của Chỉ thị 2011/83/EC đã thống nhất quy định về thời hạn thực hiện quyền rút lui. Theo đó, quyền rút lui có thể được thực hiện trong vòng 14 ngày tính từ (i) Ngày giao kết hợp đồng với hợp đồng dịch vụ, và một số hàng hóa, ví dụ, nội dung số; hoặc (ii) Ngày chuyển giao tình trạng chiếm hữu cho NTD hoặc bên thứ ba do NTD chỉ định mà không phải là bên vận chuyển⁵⁷. Thương

⁴⁸ Article 16.(a),(f) Directive 2011/83/EC.

⁴⁹ Article 16.(b), (g),(i) Directive 2011/83/EC.

⁵⁰ Article 16.(c),(d),(e),(h),(i),(j),(k),(l) Directive 2011/83/EC.

⁵¹ Article 16.(m) Directive 2011/83/EC.

⁵² Article 6.(1).(h) Directive 2011/83/EC.

⁵³ Patricia, Blázquez, và Evora. (2018), tldđ, 3, 33.

⁵⁴ Article 10 Directive 2011/83/EC.

⁵⁵ Article 6.(9) Directive 2011/83/EC.

⁵⁶ Article 11 Directive 2011/83/EC.

⁵⁷ Article 9 Directive 2011/83/EC; có sự phân biệt về cách tính ngày trong những trường hợp khác nhau. Cụ thể, trong trường hợp nhiều hàng hóa được đặt trong một đơn hàng và được giao riêng thì đó là ngày chuyển giao hàng hóa sau cùng; trong trường hợp hàng hóa bao gồm nhiều lô hoặc nhiều mảnh, là ngày

nhân có trách nhiệm phản hồi ngay việc đã nhận được tuyên bố rút lui của NTD⁵⁸. Để giải trừ quan hệ hợp đồng, NTD phải chứng minh việc đã thực hiện quyền rút lui⁵⁹.

3.4. Hệ quả pháp lý của việc thực hiện quyền rút lui

Theo quy định tại các Điều 12, 13, 14 của Chỉ thị 2011/83/EC cũng như thực tiễn tại nhiều quốc gia châu Âu, việc thực thi quyền rút lui sẽ dẫn đến các hệ quả pháp lý gồm: (i) Chấm dứt sự giao kết hợp đồng⁶⁰ và (ii) Chấm dứt nghĩa vụ, các bên trả lại cho nhau những gì đã nhận, thương nhân không chỉ phải hoàn trả khoản tiền thanh toán mà còn phải hoàn trả chi phí giao hàng⁶¹ và bất kỳ chi phí nào khác liên quan tới việc giao kết hợp đồng mà NTD đã phải chi trả. NTD chịu chi phí trả lại hàng hóa, nếu dịch vụ đã được cung cấp một phần thì NTD phải trả tiền tương ứng phần đó. Giải pháp này được xem như là sự phân bổ rủi ro một cách đồng đều cho cả hai bên. Khi NTD thực hiện quyền rút lui, NTD và thương nhân phải nhanh chóng hoàn trả lại cho nhau những gì đã nhận. Việc trả lại hàng hóa không được muộn hơn 14 ngày kể từ ngày NTD tuyên bố thực hiện quyền rút lui. Tuy vậy, thương nhân có quyền hoãn việc hoàn tiền cho tới khi người này nhận lại được sản phẩm hoặc NTD cung cấp bằng chứng cho thương nhân về việc đã trả lại sản phẩm. Đồng thời, theo nguyên tắc về

chuyển giao rủi ro, rủi ro về sản phẩm trong quá trình rút lui thuộc về NTD⁶².

Dù không minh thị về vấn đề đòi bồi thường thiệt hại (BTTH) của NTD, thế nhưng, từ bản chất và các hệ quả pháp lý của việc thực hiện quyền rút lui, có thể suy luận được rằng, NTD không cần thiết và cũng không thể yêu cầu BTTH. Bởi lẽ, NTD không có công cụ để chứng minh cho yêu cầu BTTH. Nếu muốn đòi BTTH, NTD có thể lựa chọn phương thức giải trừ hợp đồng khác. Ở chiều hướng ngược lại, Tòa án Công lý châu Âu cũng đã xác định rằng việc dùng thử và trải nghiệm sản phẩm là phù hợp với tinh thần của quyền rút lui⁶³. Do đó, NTD sẽ không phải BTTH cho việc dùng thử. Tuy nhiên, NTD vẫn phải có trách nhiệm BTTH cho việc giảm sút giá trị của sản phẩm nếu việc xử lý hàng hóa quá mức cần thiết khi trải nghiệm tính chất, đặc điểm hoặc chức năng của sản phẩm⁶⁴ và thương nhân đã cung cấp cho NTD tất cả thông tin liên quan đến quyền rút lui.

Theo nguyên tắc chung của pháp luật hợp đồng, sự giải trừ hiệu lực của hợp đồng chính tất yếu dẫn đến sự chấm dứt hợp đồng phụ⁶⁵. Theo Điều 15. (1) Chỉ thị 2011/83/EC, việc NTD rút lui khỏi hợp đồng chính sẽ dẫn đến việc NTD tự động rút lui khỏi hợp đồng phụ mà không cần bất cứ thao tác thêm nào.

4. Gợi mở đối với Việt Nam

chuyển giao... của lô hoặc mảnh cuối cùng; trong trường hợp hợp đồng giao hàng hóa thường xuyên trong khoảng thời gian xác định, là ngày chuyển giao sản phẩm đầu tiên.

⁵⁸ Article 11 Directive 2011/83/EC.

⁵⁹ Article 11 Directive 2011/83/EC.

⁶⁰ Mekki (2010), tldđ, tr.6-8, European Court of Justice, 22.4.1999, case 423/97 (Travel Vac SL/Anselm Sanchís), 1999 ECR.

⁶¹ Stjue de 15 abril 2010, Case C-511/08 Heinrich Heine (2010) (Bản án).

⁶² Article 20 Directive 2011/83/EC.

⁶³ Tòa Án Công lý châu Âu (ECJ), (2009), Vụ Pia Messner v. Firma Stefan Krüger (C-489/07), (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CA0489>), truy cập ngày 17/7/2019.

⁶⁴ Đoạn 47 Chỉ thị 2011/83/EC.

⁶⁵ Reinhard Zimmermann (2008), El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado, Bosch, Barcelona, p.222.

4.1. Quyền rút lui trong hệ thống pháp luật Việt Nam

Một số học giả Việt Nam cho rằng, quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng tương đương với quyền rút lui thông qua việc dẫn chiếu khoản 3 Điều 17 NĐ 99 trong tương quan so sánh với Điều 5.(1) Chỉ thị 97/7/EC⁶⁶. Tuy nhiên, đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng theo khoản 3 Điều 17 NĐ 99 chỉ có thể áp dụng nếu bên bán cung cấp không đúng, không đầy đủ thông tin quy định tại khoản 1 Điều 17. Quy định này tương thích với khái niệm đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng tại Điều 428 Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015). Như vậy, đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng theo khoản 3 Điều 17 NĐ 99 không phải là quyền rút lui⁶⁷.

Mặt khác, về phương diện thuật ngữ và đối tượng áp dụng, quyền rút lui gần giống với rút lại đề nghị giao kết hợp đồng theo Điều 389 BLDS 2015. Về bản chất, quyền rút lui có thể xem là xuất phát từ việc rút lại đề nghị giao kết hợp đồng. Tuy nhiên, rút lại đề nghị giao kết hợp đồng theo Điều 389 BLDS 2015 là một quy định chung cho tất cả các quan hệ dân sự theo nghĩa rộng, do đó, chưa tính tới mục đích BVQLNTD. Quy định về rút lại đề nghị giao kết hợp đồng theo Điều 389 BLDS 2015 do đó có sự khác biệt so với quyền rút lui.

Quyền rút lui cũng có sự khác biệt rõ nét với thỏa thuận được dùng thử theo Điều 452 BLDS 2015 ở yếu tố quyền sở hữu tài sản đối với sản phẩm cũng như là sự tồn tại

và ràng buộc của hợp đồng mua hàng hóa, dịch vụ.

Một số học giả trong quá trình đề xuất xây dựng Luật BVQLNTD 2010 cũng đã nhận thức về quyền rút lui tại một số quốc gia và sự thiếu vắng quyền này trong khung pháp lý của Việt Nam⁶⁸.

Tóm lại, pháp luật Việt Nam hiện tại vẫn chưa ghi nhận quyền được rút lui khỏi hợp đồng của NTD hay một khái niệm tương đương.

4.2. Những khía cạnh tích cực và tiêu cực của quyền rút lui

4.2.1. Những thách thức đối với xây dựng chế định quyền rút lui

Có ít nhiều lo ngại đối với sự tồn tại của quyền rút lui⁶⁹. Đầu tiên là việc quyền rút lui sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến một trong những “trụ cột” của lý thuyết hợp đồng, nguyên tắc thiện chí thực hiện các cam kết - *pacta sunt servanda*⁷⁰. Tuy nhiên, như PGS. Nguyễn Như Phát đã chỉ ra, pháp luật về BVQLNTD chính là ngoại lệ của pháp luật dân sự truyền thống⁷¹. Việc tạo ra những bất cân bằng là cần thiết để khôi phục lại sự cân bằng do thực tế xã hội đã chứa đựng những bất cân bằng. Triết lý của chế định quyền rút lui là phù hợp với triết lý của pháp luật BVQLNTD⁷².

⁶⁸ Trần Văn Biên (2010), *Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong giao kết hợp đồng điện tử qua Internet*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20, tr.29-33.

⁶⁹ Joachim Gernhuber, (1998), *Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen, Wertpapier-Mitteilungen (WM) 1797*.

⁷⁰ Horst Ehmman & Holger Setschet (2006), “*La reforma del BGN. Modernización del derecho alemán de obligaciones*”, Universidad Externado de Colombia, Colombia, p.174.

⁷¹ Nguyễn Như Phát (2011), t.lđd.

⁷² Christian Twigg-Flesner & Reiner Schulze (2010), “*Protecting national choice: Information and the right of withdrawal*”, in Geraint Howells, Iain Ramsay, Tomas Wilhelmsson & David Kraft (Eds.),

⁶⁶ Lê Hương Giang (2013), *Pháp luật của Liên minh châu Âu về hợp đồng giao kết từ xa trong thương mại và bài học kinh nghiệm cho Việt Nam*, Tạp chí Luật học, số 2, tr. 18 – 21.

⁶⁷ Quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng theo pháp luật Việt Nam có thể được xem là tương đương với khái niệm *resiliation* (Pháp) hay *Kündigungrecht* (Đức). Xem mục 3.

Bên cạnh đó, sự ra đời của quyền rút lui được cho là cần thiết đối với sự phát triển của thị trường trong bối cảnh mới. Trong các cột trụ xây dựng nên pháp luật về BVQLNTD trong HDGKTX, quyền rút lui chính là điểm sáng được khen ngợi từ chính những học giả truyền thống với ánh nhìn nghi ngại⁷³. Điều mà các học giả này lo lắng là, quy định của pháp luật châu Âu đã điều chỉnh vấn đề một cách quá mức, ảnh hưởng đến tự do thỏa thuận giữa các bên⁷⁴ và có thể gây phản tác dụng. Bởi, vốn dĩ, quyền rút lui được coi là một quyền không mất phí, nhưng có thể vì áp dụng quyền rút lui, các thương nhân sẽ tính sẵn chi phí vào giá thành sản phẩm. Việc này sẽ ảnh hưởng tới quyền lợi của những người có hoàn cảnh khó khăn bởi họ mất đi quyền đánh đổi giữa chất lượng và giá thành⁷⁵. Đây là một lo ngại chính đáng, bởi đánh đổi chính là một trong những đặc điểm của kinh tế học. Như vậy, rõ ràng, vấn đề ở đây là phải làm sao để thực hiện quyền này cho phù hợp.

Ngoài ra, hàng hóa bị trả có thể sẽ bị giảm sút giá trị sử dụng, hoặc ngay cả khi giá trị sử dụng chưa bị giảm, giá trị hình ảnh của sản phẩm cũng ít nhiều bị ảnh hưởng và sẽ khó để thương nhân bán lại cho NTD khác⁷⁶. Bên cạnh đó, một khi NTD rút khỏi hợp đồng, thương nhân sẽ gặp khó khăn về mặt khoảng cách để có thể ngay lập tức kiểm tra hàng hóa, nhằm phát hiện những

hao tổn về giá trị và tìm ra lý do cho sự hao tổn đó để ràng buộc trách nhiệm BTTH từ NTD. Thương nhân cũng không có động lực để cử người đi kiểm tra hàng hóa tại địa điểm của NTD do việc này tạo ra chi phí, trong khi thương nhân không thu được một giá trị chắc chắn và đáng kể nào. Tuy nhiên, lo lắng này có phần quá mức bởi, ví dụ theo pháp luật châu Âu, thương nhân chỉ phải hoàn trả lại tiền một khi đã nhận lại sản phẩm hoặc có bằng chứng rằng NTD đã trả lại sản phẩm, với rủi ro của việc trả lại thuộc về NTD. NTD không có nhiều động lực để gian dối⁷⁷ vì một khi rút lui khỏi hợp đồng, NTD không nhận được một giá trị tăng thêm nào. Nếu có tranh chấp sau khi thương nhân nhận lại hàng hóa, thì đây là lúc mà tòa án và các cơ quan công quyền vào cuộc để duy trì lại trật tự xã hội một cách hiệu quả nhất.

4.2.2. Sự cần thiết của chế định quyền rút lui

Lợi ích của quyền rút lui trong việc BVQLNTD là điều không thể phủ nhận. Nó chính là công cụ để Nhà nước giải quyết các bài toán TTBCX, bất cân xứng quyền lực thị trường và độc quyền nhóm⁷⁸. Quyền rút lui còn là công cụ để đảm bảo chính sách pháp luật của Nhà nước. Sẽ không có NTD thông thái nếu NTD không có đủ thông tin để phân tích và đánh đổi. Bên cạnh đó, quyền rút lui là một cơ chế tự thực thi mà

Handbook of Research on International Consumer Law, Edward Elgar Publishing, tr.130-157.

⁷³ Oren và Shahar. (2013), *tlđđ*, tr.119-120.

⁷⁴ Oren và Shahar. (2013), *tlđđ*, tr.119-120.

⁷⁵ Oren và Shahar. (2013), *tlđđ*, tr.119-120.

⁷⁶ Poulter, A. and Henderson, K. and McMenemy, D. (2003), *The distance selling directive: Consumer champion or complete irrelevance?* In: IADIS e-Society 2003 Conference on E-Commerce, ELearning and E-Government, 3/6/2003 – 6/6/2003, Lisbon, Portugal, Mục 2.2.1.

⁷⁷ Ví dụ, việc “trả” lại dịch vụ là rất khó khăn và gần như là không thể thực hiện được. Ngay cả khi rút lui, NTD vẫn phải trả tiền cho phần dịch vụ mà người này đã thụ hưởng. Một NTD duy lý khó có thể nào lại chấp nhận bỏ một khoản tiền tương ứng để nhận lại sự cung ứng không đầy đủ một dịch vụ.

⁷⁸ Pamarina Rekaiti & Roger Van Den Bergh (2000), “Cooling-off periods in the consumer laws of the EC Members States: A Comparative Law and Economics Approach”, *Journal of Consumer Policy*, 23, 4, tr.371-375.

quyền năng và cách thức thi hành do NTD và thương nhân tự định đoạt. Nó giúp nâng cao hiệu quả của công tác BVQLNTD khi NTD Việt Nam còn chưa có đủ can đảm, hoặc cảm thấy phiền khi phải nhờ đến các thiết chế công quyền⁷⁹. Cơ chế tự giải quyết giúp làm giảm gánh nặng cho các thiết chế BVQLNTD, từ đó tiết kiệm chi phí xã hội và nâng cao hiệu quả làm việc của những thiết chế này.

Bên cạnh đó, quyền rút lui còn đóng góp tích cực cho sự phát triển của kinh tế vĩ mô. Các lý thuyết về khoa học hành vi (endowment effect⁸⁰ và cognitive dissonance⁸¹) cho rằng, một khi người ta đã đưa ra quyết định thì sẽ hiếm khi chối bỏ quyết định đó. Đồng thời, con người có xu hướng trân trọng tài sản của mình hơn những thứ khác. Trong khi đó, con người lại thường có xu hướng do dự trước khi đưa ra

quyết định⁸². Học thuyết rủi ro NTD (Consumer risk theory) chứng minh rằng, quyền rút lui có tác dụng làm giảm thiểu đáng kể những lo lắng tiền hợp đồng của NTD⁸³. Như vậy, quyền rút lui đã thúc đẩy NTD tiến tới tham gia vào các HĐGKTX⁸⁴. Trong tương quan giữa quyền rút lui và thỏa thuận dùng thử, quyền rút lui sẽ có tác động kích thích nhiều giao dịch mua bán trao đổi hơn. Trong nền kinh tế hiệu quả (homo oeconomicus), điều này sẽ thúc đẩy sự đổi mới, sự tăng trưởng kinh tế, và tạo ra việc làm⁸⁵. Bên cạnh đó, quyền rút lui cũng không phải là sự đánh đổi mà cái giá phải trả chính là chi phí vượt mức của thương nhân⁸⁶. Thương nhân cũng không nên lo lắng, bởi lẽ nếu quyền rút lui được áp dụng phù hợp, chất lượng cung ứng hàng hóa, dịch vụ sẽ được nâng cao, lòng tin từ NTD sẽ giúp thương nhân ngày càng thịnh đạt. Như vậy, quyền rút lui có ý nghĩa tích cực trong bối cảnh kinh tế, xã hội Việt Nam khi mà tâm lý lo ngại khiến cho các HĐGKTX chưa đóng vai trò lớn trong nền kinh tế⁸⁷.

(Xem tiếp trang 63)

⁷⁹ 40% NTD nói chung chọn im lặng khi có tranh chấp, http://www.moit.gov.vn/CmsView-EcoIT-portlet/html/print_cms.jsp?articleId=11125, truy cập ngày 11/1/2019. Xem thêm http://103.9.0.58/CmsView-EcoIT-portlet/html/print_cms.jsp?articleId=14223, truy cập ngày 16/5/2019. Cũng dễ hiểu nếu NTD ngại phải gọi đến các Sở Công Thương hay Hiệp hội BVQLNTD chỉ để được trợ giúp đổi trả lại những món hàng có giá thành không cao.

⁸⁰ Xem thêm Shmuel I. BECHER & Tal Z. ZARSKY (2011), “Open Doors, Trap Doors, and the Law”, Law and Contemporary Problems, 74, no. 2, tr.63-90.

⁸¹ Xem thêm Charles Lord, Lee Ross & Mark R. Lepper (1979), “Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence”, Journal of personality and social psychology, 37, no. 11, 2098-2109; Paul Rosenferd, John G. Kennedy & Robert A. Giacalone (2001), “Decision Making: A Demonstration of the Postdecision Dissonance Effect”, The Journal of social psychology, 126, no. 5, 663-665; Aaron L. Brownstein, Stephen J. Read & Dan Simon (2004), “Bias at the Racetrack: Effects of Individual Expertise and Task Importance on Predecision Reevaluation of Alternatives”, Personality and Social Psychology Bulletin, 30, no. 7, tr.891-904.

⁸² Xem thêm Becher & Zarsky (2011), tldd; p.63, 77-81.

⁸³ Dirk Van Den Poel & Joseph Leunis (1999), “Consumer Acceptance of the Internet as a Channel of Distribution”, Journal of Business Research, 45, no. 3, tr. 249-256, 249.

⁸⁴ Xem thêm Becher & Zarsky (2011), tldd, tr.64.

⁸⁵ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, COM(2007).

⁸⁶ Ben-Shahar, O., & Posner, E. A. (2011), *The right to withdraw in contract law*, The Journal of Legal Studies, 40(1), tr. 115-120.

⁸⁷ Tỷ lệ mua hàng qua mạng của người Việt Nam năm 2018 là 2,7%, <https://www.brandsvietnam.com/14616-Ti-le-mua-sam-online-cua-nguoi-Viet-tang-gap-3-lan-trong-vong-mot-nam-qua>, truy cập ngày 23/7/2019, trong khi trung bình tại các quốc gia châu Âu, con số này lên tới 70%, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/E-commerce_statistics_for_individuals, truy cập ngày 23/7/2019.

MỘT SỐ GÓP Ý NHẪM HOÀN THIỆN DỰ THẢO LUẬT SỬA ĐỔI, BỔ SUNG MỘT SỐ ĐIỀU CỦA LUẬT ĐẦU TƯ VÀ LUẬT DOANH NGHIỆP VỀ NGƯỜI ĐẠI DIỆN THEO PHÁP LUẬT

Nguyễn Tuấn Vũ*

Tóm tắt: Người đại diện theo pháp luật là người có quyền nhân danh và vì lợi ích của doanh nghiệp xác lập, thực hiện các giao dịch trong phạm vi đại diện, đóng vai trò quan trọng trong cả quan hệ đối nội lẫn đối ngoại của doanh nghiệp. Khác với các Luật Doanh nghiệp trước đó, Luật Doanh nghiệp năm 2014 đã có nhiều cải cách về người đại diện theo pháp luật, tạo hành lang pháp lý an toàn cho hoạt động của doanh nghiệp. Tuy nhiên, sau hơn bốn năm thực thi, các quy định này đã bộc lộ nhiều bất cập và vướng mắc. Trong bối cảnh đó, bài viết nghiên cứu để đề xuất các kiến nghị nhằm hoàn thiện quy định của Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp về người đại diện theo pháp luật.

Abstract: Legal representative of an enterprise is an individual who has the right, on behalf of the enterprise and for its interest, to establish, enforce transactions within the scope of authorization, and plays an important role in internal and external relations of the enterprise. Different from previous versions of the Law on Enterprises (LOE), there are many changes in legal representative under the 2014 LOE, creating a sound regulatory framework for the enterprise's operation. However, after more than 4 years since the 2014 LOE came into force, the law has shown certain shortcomings and inadequacies. In this context, this article studies to make certain proposals for improvement of the regulations under the Draft Law Amending and Supplementing Articles of the Law on Investment and the Law on Enterprises in Respect of Legal Representative.

Mục tiêu cao nhất của Luật Doanh nghiệp (LDN) năm 2014 là nhằm làm cho doanh nghiệp trở thành một công cụ kinh doanh rõ, an toàn và hấp dẫn hơn cho các nhà đầu tư; qua đó tăng cường khả năng thu hút các nguồn lực đầu tư vào hoạt động sản xuất kinh doanh. Vì lẽ đó, các vấn đề quan trọng thuộc phạm vi điều chỉnh của LDN được các nhà lập pháp chú trọng cải cách mạnh mẽ, hướng tới tiệm cận với các yêu cầu của thực tiễn đời sống kinh doanh và đòi hỏi khách quan của nền kinh tế thị

trường. Đặc biệt, cải cách về người đại diện theo pháp luật (NĐDTPL) được xem là bước tiến nổi bật của LDN năm 2014, góp phần mở rộng quyền tự chủ, tự quyết cho doanh nghiệp.

LDN năm 2014 đã có những thành công nhất định trong giải quyết các vấn đề quan trọng về NĐDTPL, tạo thêm phương thức để giúp doanh nghiệp linh hoạt hơn trong điều phối hoạt động kinh doanh, cũng như công tác đối nội lẫn đối ngoại, cụ thể: (i) Quy định rõ địa vị pháp lý, vai trò và bản phận của NĐDTPL của doanh nghiệp; (ii) Trao quyền quyết định về số lượng NĐDTPL cho công ty cổ phần (CP) và công ty trách nhiệm hữu

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

hạn (TNHH); (iii) Quy định cụ thể về điều kiện cư trú và cách thức xử lý khi NĐDTPL xuất cảnh khỏi Việt Nam¹.

Mặc dù vậy, quá trình thực thi LDN năm 2014 đã cho thấy nhiều bất cập và vướng mắc trong quy định về NĐDTPL, đặt ra yêu cầu cần phải sửa đổi, bổ sung để hoàn thiện hơn nữa LDN. Hiện tại, Dự thảo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Đầu tư và Luật Doanh nghiệp (Dự thảo Luật) mới chỉ dừng lại ở việc sửa đổi khoản 2 Điều 13 của LDN năm 2014, mà chưa nhận diện được những vấn đề quan trọng khác cần sửa đổi và bổ sung. Bài viết tập trung phân tích, đánh giá và bình luận các vấn đề tồn tại, từ đó đưa ra một số đề xuất nhằm hoàn thiện quy định của LDN.

1. Về khái niệm người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

Công ty với tư cách là một pháp nhân, một thực thể pháp lý độc lập (a separate legal entity), tự bản thân nó không thể hành động cho chính mình mà chỉ có thể hành động thông qua con người cụ thể. Cũng vì thế, công ty luôn cần có người đại diện trong giao dịch để xác lập và thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình². Các nhà lập pháp Việt Nam đưa ra định nghĩa NĐDTPL trong LDN năm 2014 là thực sự cần thiết, nhằm tạo cơ sở pháp lý để các doanh nghiệp định hình được vị trí của người đại diện trong hoạt động của doanh nghiệp³.

Theo pháp luật dân sự, NĐDTPL của pháp nhân là người đại diện thường xuyên của pháp nhân trong việc *xác lập, thực hiện*

các giao dịch dân sự nhân danh pháp nhân với bên thứ ba⁴. Bên cạnh đó, pháp luật tố tụng cũng xác định người có quyền đại diện theo pháp luật của pháp nhân tham gia tố tụng chính là NĐDTPL⁵. Khác với LDN năm 2005, LDN năm 2014 lần đầu tiên đưa ra định nghĩa NĐDTPL, theo đó: “*Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân đại diện cho doanh nghiệp thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước trọng tài, tòa án và các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật*”. Việc xác định nội hàm NĐDTPL theo định nghĩa này khá rộng. Bên cạnh liệt kê 2 chức năng quan trọng của NĐDTPL là: (i) Đại diện cho doanh nghiệp thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp và (ii) Đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước trọng tài, tòa án; thì LDN năm 2014 còn dự liệu thẩm quyền của NĐDTPL bằng việc dẫn chiếu tới các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật liên quan. Như vậy, các nhà làm luật đã cố gắng bao quát các chức năng của NĐDTPL.

Tuy nhiên, trong khoa học pháp lý và thực tiễn hợp đồng, việc xác lập các giao dịch là hoạt động đương nhiên và thường trực để doanh nghiệp thực hiện mục tiêu kinh doanh, và người có thẩm quyền đại diện đương nhiên để *xác lập* các giao dịch là NĐDTPL. Khi sửa đổi LDN năm 2005,

¹ Xem thêm: Tờ trình số 166/TTr-CP ngày 22/5/2014 của Chính phủ Về Dự án Luật Doanh nghiệp (sửa đổi).

² Bùi Xuân Hải (2007), *Học thuyết về đại diện và mấy vấn đề của pháp luật công ty Việt Nam*, Tạp chí Khoa học pháp lý, số 4(41), tr. 21.

³ Xem: Khoản 1 Điều 13 LDN năm 2014.

⁴ Trường Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh (2018), *Giáo trình Những quy định chung về Luật Dân sự*, Nxb. Hồng Đức, tr. 251; Xem: Điều 134, Điều 137 Bộ luật Dân sự năm 2015.

⁵ Xem: Điều 85 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015, Điều 434 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015.

các nhà lập pháp đặt mục tiêu phải làm rõ được địa vị pháp lý của NĐDTPL, định nghĩa về NĐDTPL đã được xây dựng trong mục tiêu đó. Tuy nhiên, LDN năm 2014 lại không đưa chức năng đại diện doanh nghiệp *xác lập* giao dịch vào định nghĩa. Mặc dù, khoản 1 Điều 13 LDN năm 2014 quy định mở bằng việc dẫn chiếu tới “các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật”, nhưng chức năng đại diện doanh nghiệp để *xác lập* các giao dịch là chức năng quan trọng hàng đầu của NĐDTPL. Tác giả cho rằng, đây là một hạn chế của LDN năm 2014, bởi vì một khi đã định nghĩa về NĐDTPL thì định nghĩa này phải phản ánh đầy đủ nội hàm của đối tượng được định nghĩa. Vì vậy, tác giả đề xuất sửa đổi định nghĩa về NĐDTPL như sau: “Người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân đại diện cho doanh nghiệp trong việc *xác lập*, thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước trọng tài, tòa án và các quyền, nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật”.

2. Về thời điểm xác định tư cách người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp

Thời điểm phát sinh tư cách đại diện của NĐDTPL có ý nghĩa quan trọng trong xác định thẩm quyền đại diện, cũng như giá trị pháp lý của các quan hệ pháp luật giữa doanh nghiệp với bên thứ ba, đặc biệt là trong quan hệ giao dịch, hợp đồng. LDN năm 2014 không quy định trực tiếp về thời điểm phát sinh tư cách của NĐDTPL, cho nên, chỉ có thể xác định một cách gián tiếp như sau:

Thứ nhất, giai đoạn đăng ký doanh nghiệp: Giai đoạn này thời điểm phát sinh tư cách NĐDTPL là thời điểm doanh nghiệp được cấp Giấy chứng nhận đăng ký doanh nghiệp (GCN). GCN là văn bản “khai sinh” ra doanh nghiệp, ghi nhận các thông tin quan trọng về doanh nghiệp, trong đó có thông tin về NĐDTPL. Cho nên, khi doanh nghiệp được Cơ quan đăng ký kinh doanh cấp GCN, đồng thời với việc doanh nghiệp phát sinh tư cách chủ thể kinh doanh độc lập thì người có tên trên GCN cũng phát sinh tư cách đại diện cho chính doanh nghiệp đó.

Thứ hai, giai đoạn sau đăng ký doanh nghiệp: Giai đoạn này có thể nảy sinh trường hợp doanh nghiệp thay đổi NĐDTPL. Đối với trường hợp này, pháp luật doanh nghiệp hiện hành không quy định về thời điểm phát sinh tư cách của người đại diện. Do đó, đối với công ty TNHH và công ty CP, có thể xảy ra những tranh cãi về thời điểm phát sinh tư cách là thời điểm doanh nghiệp hoàn thành thủ tục nội bộ hay là thời điểm doanh nghiệp được cấp lại GCN mới⁶. Trong thực tế, nếu không hiểu thống nhất về vấn đề này, có thể dẫn tới những rủi ro pháp lý cho doanh nghiệp, nhất là khi tranh chấp hợp đồng xảy ra. Nếu công ty *xác lập* các giao dịch tại thời điểm tiến hành các thủ tục nói trên thì thời điểm nào người thay thế mới có quyền đại diện để *xác lập*? Trường hợp công ty chỉ có duy nhất một NĐDTPL thì câu chuyện xác định NĐDTPL càng quan trọng hơn, bảo đảm rằng hợp đồng

⁶ Chẳng hạn, đối với công ty CP, muốn thay thế NĐDTPL thì công ty phải tổ chức cuộc họp Đại hội đồng cổ đông để thông qua nghị quyết sửa đổi điều lệ công ty (trong đó có nội dung thay đổi NĐDTPL). Xem: Điều 43 Nghị định số 78/2015/NĐ-CP của Chính phủ về đăng ký doanh nghiệp.

được xác lập bởi đúng người đại diện và không đối diện với nguy cơ vô hiệu.

Về vấn đề này, Điều 135 của Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015) quy định: Quyền đại diện được xác lập theo ủy quyền giữa người được đại diện và người đại diện *theo điều lệ của pháp nhân*. Điều lệ công ty được xem là luật của chính công ty đó, pháp luật doanh nghiệp trao cho doanh nghiệp và nhà đầu tư quyền tự chủ trong xây dựng các nội dung của điều lệ, miễn là điều lệ không trái với các nguyên tắc và quy định của pháp luật. Cho nên, các công ty có quyền tự do xác định ai là người đại diện cho công ty của mình trên cơ sở điều lệ, thông qua cơ chế ra quyết định của chủ sở hữu hay cơ quan đại diện chủ sở hữu (Hội đồng thành viên đối với công ty TNHH, Đại hội đồng cổ đông đối với công ty CP). Điều này thể hiện sự tôn trọng của Nhà nước đối với quyền tự chủ và tự quyết của doanh nghiệp, phản ánh tư duy lập pháp tiến bộ của pháp luật công ty hiện đại. Còn thủ tục đăng ký NĐDTPL, về bản chất chỉ là một thủ tục hành chính, phục vụ nhu cầu quản lý nhà nước, không phải là cơ sở để xác định ai là NĐDTPL; cũng như xác định tính hợp pháp của các giao dịch phát sinh từ quan hệ đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp.

Cho nên, Dự thảo Luật cần bổ sung quy định về thời điểm phát sinh tư cách của người đại diện theo pháp luật của công ty CP và công ty TNHH trong trường hợp thay đổi NĐDTPL. Về nguyên tắc, quyết định nội bộ của công ty có hiệu lực và giá trị thực thi đối với công ty và người liên quan kể từ thời điểm nó được ban hành hoặc thời điểm được đề cập trong quyết định. Tác giả đề xuất xác định thời điểm phát sinh tư cách NĐDTPL là *thời điểm có hiệu lực của quyết định* do chủ sở hữu công ty đối với công ty TNHH một thành viên; Hội đồng thành viên

đối với công ty TNHH hai thành viên trở lên; Đại hội đồng cổ đông đối với công ty CP ban hành về việc thay đổi điều lệ công ty có nội dung thay đổi người đại diện theo pháp luật⁷. Các vi phạm về thủ tục thay đổi NĐDTPL cần được nhìn nhận là chế tài xử phạt hành chính phát sinh trong mối quan hệ giữa doanh nghiệp với Nhà nước, không ảnh hưởng đến giá trị pháp lý của các giao dịch, hợp đồng của doanh nghiệp với bên thứ ba.

3. Về phân chia thẩm quyền đại diện của người đại diện theo pháp luật

LDN năm 2014 không có quy định khác biệt về NĐDTPL của doanh nghiệp tư nhân (DNTN) và Công ty hợp danh (HD), theo đó chủ sở hữu là NĐDTPL duy nhất của DNTN; tất cả các thành viên HD là NĐDTPL của công ty HD (trừ một số trường hợp). Tuy nhiên, LDN năm 2014 (khoản 2 Điều 13) đã có ghi nhận mới là cho phép công ty TNHH và công ty CP có thể có một hoặc nhiều NĐDTPL. Điều lệ công ty phải quy định cụ thể số lượng, chức danh quản lý và quyền, nghĩa vụ của NĐDTPL. Trên thực tế, quy định về trao quyền tự quyết về số lượng NĐDTPL có thể giải quyết được vô vàn các vướng mắc trong thực tiễn kinh doanh của doanh nghiệp⁸. Mặc dù có nhiều ý kiến cho rằng, việc công ty TNHH và công ty CP có nhiều

⁷ Điều 63 LDN năm 2014 quy định: Trường hợp Điều lệ công ty không có quy định khác, nghị quyết của Hội đồng thành viên có hiệu lực thi hành kể từ ngày được thông qua hoặc từ ngày có hiệu lực được ghi tại nghị quyết đó.

Khoản 1 Điều 148 LDN năm 2014 quy định: Các nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông có hiệu lực kể từ ngày được thông qua hoặc từ thời điểm hiệu lực ghi tại nghị quyết đó.

⁸ Xem thêm: Bùi Đức Giang (2015), *Hành lang pháp lý mới về người đại diện theo pháp luật của Luật Doanh nghiệp 2014*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 6, tr. 19.

người đại diện sẽ làm phức tạp thêm hoạt động của công ty⁹, tác giả cho rằng, LDN năm 2014 đã cho thấy một tư duy lập pháp tiến bộ, tôn trọng quyền tự do kinh doanh, góp phần tạo thêm một phương thức tốt để các doanh nghiệp tăng cường hiệu quả công tác quản trị và điều phối nguồn lực. Đương nhiên, các nhà làm luật đã đưa ra cách thức để doanh nghiệp sử dụng quyền này là điều lệ công ty phải xác định cụ thể số lượng, chức danh quản lý và quyền, nghĩa vụ của từng NĐDTPL. Vì vậy, tự bản thân công ty CP và công ty TNHH phải vận dụng điều lệ của mình để phân chia thẩm quyền đại diện cho từng người, phòng tránh các rắc rối pháp lý không đáng có.

Tuy nhiên, bên cạnh việc trao quyền cho doanh nghiệp, LDN năm 2014 lại chưa có cơ chế để xử lý các trường hợp rắc rối do điều lệ công ty không phân định thẩm quyền hay phân định chưa rõ ràng thẩm quyền của NĐDTPL. Vì vậy, Dự thảo Luật đã đề xuất sửa đổi khoản 2 Điều 13 như sau:

“Công ty trách nhiệm hữu hạn và công ty cổ phần có thể có một hoặc nhiều người đại diện theo pháp luật. Điều lệ công ty quy định cụ thể số lượng, và quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp. *Trường hợp công ty có nhiều hơn một người đại diện theo pháp luật và Điều lệ công ty không có quy định hoặc không có quyết định nào khác về phân chia quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật thì bất kỳ một trong những người đại diện theo pháp luật của công ty sẽ là đại diện đủ thẩm quyền doanh nghiệp theo yêu cầu của tòa án, trọng tài hoặc bên thứ ba*”.

⁹ Xem thêm: <https://tinnhanhchungkhoan.vn/phap-luat/nhieu-nguoi-dai-dien-theo-phap-luat-can-song-van-vuong-155815.html>, truy cập ngày 10/7/2019.

Nội dung bổ sung đặt ra nhiều vấn đề pháp lý cần làm rõ:

Thứ nhất, đối với trường hợp điều lệ quy định không rõ ràng về thẩm quyền, không bao quát hết các phạm vi đại diện của NĐDTPL hoặc xảy ra tình trạng những NĐDTPL xung đột và phủ quyết thẩm quyền của nhau thì sẽ xử lý như thế nào? Chẳng hạn, điều lệ của Tổng công ty cổ phần X quy định công ty có 02 NĐDTPL là Chủ tịch Hội đồng quản trị và Tổng giám đốc. Tuy nhiên, Điều lệ của công ty này chỉ xác định quyền và nghĩa vụ của từng người đại diện dựa trên chức danh quản lý của họ, mà không xác định rõ ràng về phạm vi và thẩm quyền đại diện theo pháp luật¹⁰. Giả sử, 02 NĐDTPL có sự bất đồng trong ý chí xác lập và thực hiện hợp đồng có thể dẫn tới sự lúng túng trong việc ký kết, thực hiện hợp đồng, thậm chí là đánh mất cơ hội kinh doanh của công ty. Tác giả cho rằng, việc không bao quát hết các trường hợp phát sinh quyền đại diện trong điều lệ sẽ có nguy cơ gây ra cản trở trong quyền được tham gia vào các quan hệ pháp luật của doanh nghiệp.

Thứ hai, Dự thảo Luật chưa xác định như thế nào là quyết định khác về phân chia quyền, nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật. Các quyết định khác của doanh nghiệp có thể suy đoán là quyết định nội bộ, nhưng giá trị của nó cần phải xem xét lại, bởi mỗi loại hình doanh nghiệp đều có một cơ cấu tổ chức quản lý nội bộ riêng với các cơ quan, cá nhân có chức năng, quyền hạn nhất định. Mỗi quyết định của cơ quan, cá nhân trong bộ máy tổ chức quản lý có phạm vi giá trị pháp lý khác nhau. Ví dụ, trong công ty CP, quyết định của Đại hội đồng cổ

¹⁰ Xem Điều lệ của Tổng Công ty Cổ phần X tại <http://www.sabeco.com.vn/Data/Sites/1/media/co%20dong/3-quan-tri-cong-ty/2019/2019.%20CHARTER%20-%20VN.pdf>, truy cập ngày 10/07/2019.

đồng sẽ khác với quyết định của Hội đồng quản trị. Mặt khác, khi tham chiếu các quy định của BLDS, căn cứ phát sinh quyền đại diện từ văn bản nội bộ của pháp nhân chỉ là điều lệ. Cho nên, tác giả cho rằng, đề xuất về các quyết định khác trong phân chia quyền, nghĩa vụ của NĐDTPL cần phải xem xét lại, tránh tình trạng làm rối rắm thêm các quy định nội tại của LDN.

Thứ ba, bên thứ ba có quyền yêu cầu, chỉ định NĐDTPL: Nếu trong quan hệ tố tụng hoặc trong các quan hệ pháp luật đặc biệt khác (như trong thủ tục giải quyết phá sản), buộc phải chỉ định NĐDTPL thì tòa án sẽ nhân danh quyền lực nhà nước để chỉ định. Trong những trường hợp này, không phụ thuộc vào điều lệ doanh nghiệp hay ý chí của chủ sở hữu doanh nghiệp, tòa án có quyền chỉ định NĐDTPL để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của doanh nghiệp¹¹. Nhưng bên thứ ba với tư cách là bên có quan hệ giao dịch với doanh nghiệp có quyền chỉ định người đại diện hay không? Chắc chắn đây là một vấn đề pháp lý cần phải xem xét và nghiên cứu kỹ lưỡng trong mối quan hệ với BLDS và các quy định pháp luật liên quan khác.

Khoản 2 Điều 141 BLDS 2015 quy định: “*Trường hợp không xác định được cụ thể phạm vi đại diện theo quy định tại khoản 1 Điều này thì người đại diện theo pháp luật có quyền xác lập, thực hiện mọi giao dịch dân sự vì lợi ích của người được đại diện, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác*”. Quy định này có thể đảm bảo cho quyền tham gia vào các quan hệ pháp luật của doanh nghiệp không bị cản trở bởi điều lệ của pháp nhân. Với những phân tích

ở trên, và theo tinh thần của khoản 2 Điều 141 BLDS 2015, tác giả đề xuất sửa đổi, bổ sung khoản 2 Điều 13 LDN năm 2014 theo hướng như sau: Trường hợp công ty có nhiều hơn một người đại diện theo pháp luật và Điều lệ công ty không có quy định hoặc không xác định được phạm vi đại diện của từng người đại diện theo pháp luật thì bất kỳ người đại diện theo pháp luật nào cũng có quyền đại diện vì lợi ích của công ty, trừ trường hợp pháp luật có quy định khác.

4. Về nghĩa vụ cung cấp thông tin về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp và vấn đề bảo vệ bên thứ ba ngay tình

NĐDTPL có chức năng đại diện doanh nghiệp để tham gia vào các quan hệ pháp luật. Do đó, việc doanh nghiệp cung cấp thông tin chính xác về NĐDTPL cho bên thứ ba là điều kiện tiên đề trong đảm bảo tính hợp pháp của giao dịch, hợp đồng giữa các bên. Hiện nay, pháp luật doanh nghiệp tồn tại nhiều quy định về công bố thông tin của doanh nghiệp (bao gồm cả thông tin về NĐDTPL). Chẳng hạn, LDN năm 2014 có các quy định về nội dung GCN (Điều 29), công bố nội dung đăng ký doanh nghiệp (Điều 33), công khai thông tin đối với công ty CP (Điều 171)... Tuy nhiên, hầu hết các quy định của pháp luật doanh nghiệp chỉ mang tính thủ tục, hình thức và có tính tùy nghi (như công khai điều lệ lên website nếu có), mà chưa có quy định rõ ràng về nghĩa vụ phải cung cấp thông tin về NĐDTPL cho một chủ thể có quan hệ giao dịch với doanh nghiệp. Cách tiếp cận của pháp luật doanh nghiệp hiện nay chịu sự chi phối bởi quyền tự do kinh doanh, hạn chế các rào cản của thủ tục hành chính đối với doanh nghiệp. Cho nên, hầu như các vấn đề liên quan đến thủ tục đăng ký doanh nghiệp đều theo nguyên tắc doanh nghiệp tự chịu trách

¹¹ Vũ Thị Lan Anh (2016), *Quy định mới của Luật Doanh nghiệp năm 2014 về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp*, Tạp chí Luật học, số 4, tr. 8.

nhiệm trước pháp luật về tính hợp pháp, trung thực và chính xác về hồ sơ, thông tin về doanh nghiệp, còn Cơ quan đăng ký kinh doanh chỉ chịu trách nhiệm về tính hợp lệ của hồ sơ đăng ký doanh nghiệp, không chịu trách nhiệm về những vi phạm pháp luật của doanh nghiệp.

Đặc biệt, nếu nguyên nhân xuất phát từ bản thân doanh nghiệp, gây ra khó khăn cho việc xác định NĐDTPL của bên thứ ba, dẫn tới sau khi hợp đồng được xác lập không phải bởi NĐDTPL thật sự thì hợp đồng có bị vô hiệu hay không? Nếu xem xét từ các quy định của pháp luật về hợp đồng thì đây là một rủi ro cho bên thứ ba. Về vấn đề này, các nhà lập pháp Việt Nam có thể tham khảo và học hỏi kinh nghiệm của pháp luật công ty Vương Quốc Anh và Úc. Theo Luật Công ty 2006 (Companies Act 2006) của Vương Quốc Anh (Điều 40), để bảo đảm lợi ích cho bên thứ ba khi giao dịch với công ty một cách ngay tình và thiện chí, các giám đốc của công ty (người đại diện) có quyền nhân danh công ty (hoặc ủy quyền cho người khác nhân danh công ty) để xác lập và thực hiện giao dịch mà không chịu bất cứ giới hạn nào theo các văn bản nội bộ của công ty¹². Bên giao dịch với công ty không có nghĩa vụ phải tìm hiểu việc giới hạn thẩm quyền của người đại diện và được coi là ngay tình trừ khi công ty có thể chứng minh điều ngược lại¹³. Hay theo Luật Công ty 2001 (Corporations Act 2001) của Úc (Điều 128, Điều 129), bên thứ ba có quyền đưa ra các suy đoán (entitlement to make assumptions) về giao dịch với một công ty, cũng như thẩm quyền đương nhiên

(apparent authority) hoặc thẩm quyền mặc định (implied actual authority) của người đại diện công ty đó. Theo đó, khi bên thứ ba có giao dịch ngay tình với một công ty thì giao dịch luôn có hiệu lực với bên thứ ba, kể cả khi người đại diện của công ty đó có hành vi gian lận hoặc hành vi cung cấp các thông tin, tài liệu giả mạo về giao dịch. Tuy nhiên, bên thứ ba không có quyền đưa ra suy đoán nếu vào thời điểm xác lập giao dịch, bên thứ ba biết hoặc nghi ngờ suy đoán của mình là không chính xác¹⁴.

Như vậy, để đảm bảo an toàn cho các giao dịch của doanh nghiệp, cũng như bảo vệ bên thứ ba ngay tình, tác giả đề xuất bổ sung, sửa đổi LDN như sau:

(i) Dự thảo Luật cần bổ sung vào Điều 13 của LDN năm 2014 về nghĩa vụ cung cấp thông tin về NĐDTPL của doanh nghiệp cho bên thứ ba khi xác lập giao dịch, hợp đồng với doanh nghiệp. Các thông tin này bắt buộc phải là các thông tin chính xác về số lượng, chức danh quản lý và quyền, nghĩa vụ của NĐDTPL tại thời điểm xác lập giao dịch. Điều này còn có ý nghĩa hỗ trợ cho việc xử lý hậu quả của giao dịch, hợp đồng do người đại diện xác lập, thực hiện vượt quá phạm vi đại diện hoặc do người không có quyền đại diện xác lập, thực hiện. Bởi vì, giao dịch của doanh nghiệp do người không có quyền đại diện xác lập hoặc vượt quá phạm vi đại diện có thể vẫn làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với doanh nghiệp nếu doanh nghiệp có lỗi dẫn đến việc bên thứ ba không biết hoặc không thể biết về việc người đã xác lập, thực hiện giao dịch với mình không có quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện¹⁵. Nghĩa vụ cung cấp

¹² Xem tại: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents>, truy cập ngày 11/07/2019.

¹³ Tim Sewell, *Companies* vol. 10(1) – Directors and other officers, shareholders, shares and share capital (Lexis Nexis, 2011), para. 76.

¹⁴ Xem tại: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00328>, truy cập ngày 11/07/2019.

¹⁵ Xem khoản 1 Điều 142, khoản 1 Điều 143 BLDS 2015.

thông tin có thể là căn cứ quan trọng trong xác định lỗi nói trên của doanh nghiệp.

(ii) LDN cần bổ sung cơ chế nhằm bảo vệ quyền lợi của bên thứ ba ngay tình trong trường hợp công ty CP và công ty TNHH có nhiều NĐDTPL. Theo BLDS 2015 (khoản 1 Điều 141), người đại diện phải thông báo cho bên thứ ba biết về phạm vi đại diện của mình, nhưng trong trường hợp người đại diện cố tình không thông báo thì không có chế tài để ràng buộc trách nhiệm của doanh nghiệp đối với giao dịch trong trường hợp này. Vì những lý do khách quan mà bên thứ ba không xác định được người có quyền đại diện hay phạm vi đại diện của từng người thì có thể áp dụng tương tự như quy định tại khoản 1 Điều 179 LDN 2014, đó là: “Mọi hạn chế đối với thành viên hợp danh trong

thực hiện công việc kinh doanh hằng ngày của công ty chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi người đó được biết về hạn chế đó”. Cho nên, Dự thảo Luật cần bổ sung quy định về bảo vệ bên thứ ba ngay tình. Các hạn chế của công ty CP và công ty TNHH về phân công thẩm quyền giữa những NĐDTPL chỉ có hiệu lực đối với bên thứ ba khi họ biết được về sự hạn chế đó¹⁶. Đây có thể xem là biện pháp dung hòa giữa 2 vấn đề là trao quyền tự quyết cho doanh nghiệp và bảo vệ quyền lợi chính đáng cho bên thứ ba ngay tình.

¹⁶ Phan Thành Nhân (2018), *Thực trạng quy định của pháp luật về người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp và hướng hoàn thiện*, Tạp chí Tòa án nhân dân, số 7, tr. 33-39.

(Tiếp theo trang 55 – Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng...)

4.3. Giải pháp cân bằng lợi ích các bên

Vấn đề đặt ra là phải tính toán làm sao để quyền rút lui phát huy được vai trò của nó. Có nhiều cách thức khác nhau để đạt được điều này.

Thứ nhất, có thể yêu cầu NTD khi thực hiện quyền rút lui cung cấp hình ảnh về sản phẩm làm căn cứ ban đầu cho việc xác định sự giảm sút giá trị.

Thứ hai, nếu đã xác định được có sự giảm sút về giá trị, nhưng không xác định được chính xác giá trị giảm sút, có thể áp dụng một khoản phí tổn nhỏ cố định lên NTD⁸⁸. Khoản phí phải được ghi nhận trước và áp dụng như nhau đối với mọi trường hợp không xác định được giá trị giảm sút.

NTD chỉ phải chịu khoản phí này nếu người này thừa nhận việc giảm sút giá trị của sản phẩm và thương nhân có đủ điều kiện để đòi BTTH.

Thứ ba, Việt Nam cần áp dụng một thời hạn rút lui hợp lý bởi lẽ, nếu quá ngắn hay quá dài thì quyền rút lui đều kém hiệu quả⁸⁹. Theo chúng tôi, 7 ngày có thể sẽ là một khoản thời gian tương đối hợp lý để thực hiện quyền rút lui.

Thứ tư, có thể quy định theo hướng quyền rút lui là một quyền luật định nhưng các bên có thể thỏa thuận từ bỏ quyền này khi giao kết hợp đồng.

⁸⁸ Xem thêm Ben-Shahar & Posner (2011), tldd, p.120-127.

⁸⁹ Xem thêm Ben-Shahar & Posner (2011), tldd, p.120-127.

PHÁP LUẬT VỀ BẢO HIỂM THẤT NGHIỆP CỦA THÁI LAN VÀ BÀI HỌC KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

*Hà Thị Hoa Phượng**

Tóm tắt: Trên cơ sở phân tích bối cảnh ra đời cũng như những quy định pháp luật hiện hành về bảo hiểm thất nghiệp của Thái Lan, bài viết đánh giá những thành công và hạn chế trong thực thi pháp luật bảo hiểm thất nghiệp tại đất nước này, từ đó rút ra bài học kinh nghiệm cho Việt Nam trong việc hoàn thiện các quy định pháp luật và tổ chức thực hiện.

Abstract: On the basis of analysis of the original context and current provisions of Thailand's Law on unemployment insurance, the article assesses its successes and limitations of the implementation thereof, and proposes certain lessons for Vietnam to improve substantive and implementing provisions.

1. Pháp luật của Thái Lan về bảo hiểm thất nghiệp

Trong khi hiện nay hầu hết các nước trên thế giới, trong đó có Việt Nam, quy định chính sách bảo hiểm thất nghiệp tại một văn bản luật riêng hoặc quy định trong Luật Việc làm như tại Hàn Quốc, Nhật Bản, Canada, Đức, Argentina, Mông Cổ... thì tại Thái Lan, bảo hiểm thất nghiệp vẫn được quy định trong luật chung về an sinh xã hội.

Luật An sinh xã hội Thái Lan (Social Security Act - B.E. 2533 (1990)) ra đời năm 1990 có thể nói là bước tiến lớn trong chính sách an sinh xã hội tại nước này khi đã khắc phục được sự tản mạn và không thống nhất trong các quy định liên quan đến chính sách về an sinh xã hội. Ngay tại thời điểm được ban hành lần đầu năm 1990, Luật An sinh xã hội đã có những điều khoản khung về bảo hiểm thất nghiệp, bao gồm định nghĩa về thất nghiệp, trách nhiệm đóng bảo hiểm thất nghiệp của người lao động, người sử dụng lao động và Nhà nước, đóng bảo hiểm thất nghiệp với người tham gia bảo hiểm

làm việc cho nhiều người sử dụng lao động cùng một lúc, thời hiệu hưởng, các điều kiện để hưởng và các quy định về thu phí bảo hiểm thất nghiệp¹. Tuy nhiên, do bảo hiểm thất nghiệp là một chính sách phức tạp nên sau nhiều năm chuẩn bị kỹ lưỡng, với sự giúp đỡ kỹ thuật của các tổ chức quốc tế như Ngân hàng Thế giới (WB), Tổ chức Lao động quốc tế (ILO), Quỹ Nhi đồng Liên hợp quốc (UNICEF) cũng như các tổ chức phát triển quốc tế của một số quốc gia như Cơ quan Hợp tác quốc tế Nhật Bản (JICA), Tổ chức Hợp tác kỹ thuật Đức (GTZ), Cơ quan Phát triển quốc tế Australia (AUSAID), đầu năm 2004, một Nghị định Hoàng gia mới được ban hành quy định bắt đầu thu bảo hiểm thất nghiệp từ ngày 01/04/2004. Hai tháng sau đó, Bộ Lao động và Phúc lợi xã hội Thái Lan ban hành văn bản quy định tỷ lệ đóng và hướng dẫn chi tiết về đối tượng tham gia, điều kiện hưởng

¹ Thailand Law Forum, *Social Security Act in Thailand - B.E. 2533 (1990)*, <http://www.thailawforum.com/database1/social-security-act.html>, truy cập ngày 06/06/2019.

* ThS., Đại học Luật Hà Nội.

và mức hưởng bảo hiểm thất nghiệp². Các khoản trợ cấp thất nghiệp đầu tiên cũng bắt đầu được chi trả từ ngày 01/07/2004 theo quy định của Nhà nước³. Sự kiện này đưa Thái Lan chính thức trở thành quốc gia đầu tiên tại khu vực Đông Nam Á triển khai chính sách bảo hiểm thất nghiệp bắt buộc trên phạm vi toàn quốc.

Năm 2015, Luật An sinh xã hội được sửa đổi lần thứ 4 (Social Security Act (No.4), B.E. 2542 (2015)) và có hiệu lực vào ngày 20/10/2015. Luật An sinh xã hội 2015 bổ sung trường hợp hưởng trợ cấp thất nghiệp cho người lao động so với luật năm 1999⁴.

Có thể khái quát những nội dung cơ bản về quy định bảo hiểm thất nghiệp tại Thái Lan như sau:

1.1. Đối tượng tham gia bảo hiểm thất nghiệp

Đối tượng tham gia bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan chính là đối tượng tham gia bảo hiểm xã hội bắt buộc. Hiện nay, tất cả các doanh nghiệp có sử dụng người lao động làm công ăn lương trong độ tuổi từ 15 đến 60 tuổi đều phải tham gia bảo hiểm thất nghiệp cho người lao động⁵. Tuy nhiên, có

loại trừ một số trường hợp là nông dân, công chức của các chính phủ nước ngoài làm việc tại Thái Lan, hoặc các tổ chức quốc tế, lao động thời vụ hay làm công việc có tính chất tạm thời khác, công chức và người lao động của các doanh nghiệp nhà nước được hưởng chế độ bảo hiểm từ chương trình khác⁶. Theo thống kê, số lao động thuộc khu vực chính thức ở Thái Lan chiếm khoảng 16,8 triệu người⁷, song số thành viên tham gia vào hệ thống quỹ an sinh xã hội (bao gồm bảo hiểm thất nghiệp) năm 2019 mới đạt khoảng 14 triệu người⁸.

1.2. Đóng phí bảo hiểm thất nghiệp

Security Act (No. 2), B.E. 2537 (1994): “*The employee who has been over fifteen years of age and not more than sixty years of age, shall be insured person*”.

⁶ Section 4 Social Security Act in Thailand , B.E. 2533 (1990), as amended by Section 3 of the Social Security Act (No. 2), B.E. 2537 (1994): “*This Act shall not apply to:*

(1) *Public officials, permanent employees, daily temporary employees and hourly temporary employees of Central Administration, Provincial Administration and Local Administration but excluding monthly temporary employees;*

(2) *Employees of foreign government or international organizations;*

(3) *Employees of employers who have offices in the country and being stationed abroad;*

(4) *teachers or headmasters of private schools under the law on private school;*

(5) *Students, nurse students, undergraduates or interning physicians who are employees of schools, universities or hospitals;*

(6) *Other activities or employees as may be prescribed in the Royal Decree”.*

⁷ Roongkiat Ratanabanchuen (Chulalongkorn Business School), *The Pension System in Thailand*, Nomura Journal Of Asian Capital Markets | Spring 2019 Vol.3/No.2, p.34.

⁸ Penchan Charoensuthipan, *SSO labour official floats e-poll model*, <https://www.bangkokpost.com/thailand/general/1418326/sso-labour-official-floats-e-poll-model>, truy cập ngày 03/9/2019.

² ThS. Nguyễn Thị Diệu Hồng (Vụ Lao động – Việc làm, Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội), *Chính sách bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan*, Tạp chí Lao động và Xã hội, số 318/2007, tr.51-52.

³ ILO, *Comparative review of unemployment and employment insurance experiences in Asia and worldwide*/John Carter, Michel Bédard and Céline Peyron Bista; Promoting and Building Unemployment Insurance and Employment Services in ASEAN, ILO Regional Office for Asia and the Pacific – Bangkok, 2013, p.79.

⁴ ILO, *Social Security Act in Thailand (No.4) - B.E. 2558 (2015)*, https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=100461&p_country=THA&p_count=458, truy cập ngày 06/06/2019.

⁵ Section 33 Social Security Act in Thailand , B.E. 2533 (1990), as amended by Section 9 of the Social

Theo quy định hiện hành của Chính phủ Thái Lan⁹, nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm thất nghiệp của các bên được thực hiện như sau:

Về mức đóng góp bảo hiểm thất nghiệp, người sử dụng lao động và người lao động hàng tháng đóng một mức như nhau cho quỹ bảo hiểm thất nghiệp là 0,5% mức tiền lương tháng đóng bảo hiểm; Nhà nước đóng 0,25% quỹ tiền lương.

Về mức tiền lương tháng đóng bảo hiểm, Chính phủ quy định mức tiền lương tháng làm căn cứ đóng bảo hiểm thất nghiệp trong giới hạn ít nhất từ 1.650 baht (tương đương 1,2 triệu đồng Việt Nam), song tối đa không vượt quá 15.000 baht (tương đương 11,2 triệu đồng Việt Nam).

Với tỷ lệ đóng như trên, mức phí bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan hiện nay ít hơn Việt Nam, đồng thời giới hạn mức lương tháng đóng bảo hiểm tối thiểu và tối đa cũng thấp hơn. Tại Việt Nam, mức phí đóng bảo hiểm thất nghiệp của người lao động và người sử dụng lao động tương ứng là 1% với mỗi đối tượng, ngoài ra ngân sách nhà nước hỗ trợ tối đa 1% để đảm bảo số dư của quỹ. Đồng thời, mức tiền lương tháng làm căn cứ đóng bảo hiểm thất nghiệp tối thiểu và tối đa (của người lao động làm việc theo hợp đồng lao động) được xác định căn cứ vào mức lương tối thiểu vùng mà Chính phủ công bố từng thời kỳ, ví dụ như tại Tp. Hà Nội từ 01/01/2019 tương ứng là 4,18 triệu đồng và 83,6 triệu đồng¹⁰.

1.3. Chế độ bảo hiểm thất nghiệp

⁹ Webster University Thailand, *Social Security Fund*, <http://www.webster.ac.th/humanresources/socialsecurityfund.html>, truy cập ngày 06/06/2019.

¹⁰ Xem thêm Nghị định số 157/2018/NĐ-CP của Chính phủ ngày 16/11/2018 quy định mức lương tối thiểu vùng đối với người lao động làm việc theo hợp đồng lao động.

Người lao động tham gia bảo hiểm khi lâm vào hoàn cảnh thất nghiệp có thể được hưởng các chế độ khác nhau của bảo hiểm thất nghiệp, bao gồm: Trợ cấp thất nghiệp; tư vấn, giới thiệu việc làm và hỗ trợ đào tạo nghề, trong đó đáng kể nhất chính là chế độ về trợ cấp thất nghiệp.

Về điều kiện hưởng trợ cấp thất nghiệp: Người lao động tham gia bảo hiểm thất nghiệp tự bỏ việc hoặc bị cho thôi việc phải đóng bảo hiểm thất nghiệp ít nhất 06 tháng trong khoảng thời gian 15 tháng trước khi chấm dứt công việc; phải đăng ký hưởng trợ cấp thất nghiệp tại Văn phòng dịch vụ việc làm của Nhà nước (trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày chấm dứt công việc); có khả năng làm việc và sẵn sàng làm công việc phù hợp khi được Văn phòng dịch vụ việc làm giới thiệu; không từ chối khoá đào tạo nghề do Văn phòng dịch vụ việc làm giới thiệu; trình diện và thông báo với Văn phòng dịch vụ việc làm về tình trạng tìm kiếm việc làm hàng tháng. Tuy nhiên, Luật An sinh xã hội Thái Lan quy định rất rõ người lao động chỉ được hưởng trợ cấp khi nguyên nhân thất nghiệp không thuộc một trong những trường hợp như: Cố ý gây thiệt hại hoặc vi phạm kỷ luật dẫn đến vô ý gây thiệt hại với mức độ nghiêm trọng cho người sử dụng lao động; phạm tội hình sự với người sử dụng lao động; tự ý nghỉ việc 07 ngày liên tục mà không có lý do chính đáng; phạm tội và bị phạt tù giam theo phán quyết của toà án (trừ một số vi phạm do sơ ý hoặc vi phạm nhỏ). Người lao động nghỉ việc để hưởng lương hưu cũng không được hưởng trợ cấp thất nghiệp¹¹.

¹¹ Section 78 Social Security Act in Thailand , B.E. 2533 (1990): “An employee who is an insured person shall be entitled to unemployment benefits provided that the such employee has paid contributions for a

Trên cơ sở các điều kiện chung nói trên, Luật An sinh xã hội sửa đổi bổ sung năm 2015 bổ sung thêm trường hợp người lao động vẫn có thể được hưởng trợ cấp thất nghiệp nếu người sử dụng lao động dừng hoạt động sản xuất, kinh doanh trong một thời gian tạm thời, ví dụ như do lũ lụt hoặc một sự kiện bất khả kháng với điều kiện ràng buộc là người lao động phải đóng góp cho quỹ bảo hiểm ít nhất 6 tháng trong thời hạn 15 tháng trước khi sự kiện xảy ra¹². Sự

period of not less than six months within a period of fifteen months before becoming unemployment and meets the following conditions:

(1) Being able to work, being ready for suitable job as provided, having no objection to job training and having been registered with the Government Employment Service Office at which his or her presentation is frequently required for not less than once a month;

(2) The unemployment of an insured person is not caused by the termination as the result of malperformance of duty, or intentionally committing a criminal offence against the employer, or intentionally causing damage to the employer, or violating material rules or work regulations or lawful order of the employer, or neglecting duty for seven consecutive days without justifiable reason, or causing serious damage to the employer as the result of negligence or being imprisoned by the final judgement to imprisonment except for an offence committed through negligence or petty offence;

(3) Being entitled to the old-age benefits under chapter 7 of this title”.

¹² Section 38 Social Security Act in Thailand (No.4) - B.E. 2542 (2015): “*The following provision shall be added as section 79/1 in Chapter VIII Unemployment Benefits, Title III Benefits of the Social Security Act, B.E. 2533 (1990):*

“Section 79/1. In the case where an insured person does not work because of a force majeure event or because the employer does not allow work due to a force majeure event causing inability to operate the business as normal, if the insured person has paid contributions for not less than six months within a period of fifteen months before he or she has not carried out his or her work, he or she shall be entitled to unemployment benefits in accordance with

thay đổi này trong Luật An sinh xã hội là kết quả của những hạn chế tồn tại trong quá trình chi trả trợ cấp thất nghiệp tại Thái Lan trước đó. Cụ thể, vì nhiều lý do có tính chất khách quan, như lũ lụt hoặc thiên tai, nhiều công ty phải tạm thời cho người lao động của mình nghỉ việc mà không trả lương, song vẫn đảm bảo công việc cho người lao động khi các điều kiện làm việc được khắc phục. Theo quy định cũ, do quan hệ lao động chưa chấm dứt, người lao động không được hưởng trợ cấp thất nghiệp. Tuy nhiên, nhiều công ty và người lao động đã lách luật bằng cách thoả thuận để người lao động chủ động nghỉ việc, theo đó vẫn được hưởng một phần trợ cấp thất nghiệp nhất định. Điều này dẫn đến tình trạng thiệt thòi và không bình đẳng cho người lao động phải tạm thời nghỉ việc vì lý do bất khả kháng, đồng thời không tạo ra được sự hỗ trợ cần thiết cho thị trường lao động khi doanh nghiệp gặp khó khăn mà không đảm bảo được việc làm thường xuyên cho người lao động.

Về mức hưởng trợ cấp thất nghiệp: Được quy định khác nhau giữa người lao động tự bỏ việc (chủ động thôi việc) và người lao động bị cho thôi việc (thôi việc bị động). Cụ thể, người thất nghiệp do bị buộc thôi việc không do lỗi của họ sẽ được nhận mức trợ cấp hằng tháng bằng 50% mức thu nhập được bảo hiểm, thời gian hưởng không quá 180 ngày (6 tháng) trong một năm. Trường hợp người lao động tự bỏ việc chỉ được hưởng 30% mức thu nhập được bảo hiểm, thời gian được hưởng không quá 90 ngày (3 tháng) trong một năm. Mức thu nhập được bảo hiểm được tính toán căn cứ vào lương của 03 tháng cao nhất trong khoảng thời gian 09 tháng trước khi chấm

the criteria, conditions and rates prescribed in the Ministerial Regulations””.

dứt công việc, tuy nhiên mức trợ cấp thất nghiệp tối đa trong cả hai trường hợp đều bị giới hạn không vượt quá 250 baht/ngày¹³ (khoảng 187 nghìn đồng Việt Nam/ngày). Thời điểm người lao động được chi trả trợ cấp thất nghiệp là từ ngày thứ 08, kể từ ngày người lao động chấm dứt việc làm với người sử dụng lao động cuối cùng¹⁴.

Hiện nay, Thái Lan được xem là một trong các quốc gia có tỷ lệ thất nghiệp thấp nhất khu vực và thế giới, tỷ lệ thất nghiệp tháng 6/2019 chỉ còn 0,9%¹⁵. Đây là yếu tố thuận lợi cho việc triển khai chương trình bảo hiểm thất nghiệp vì số người thất nghiệp hàng năm không cao trong khi đó số thu đóng góp ổn định, giúp quỹ bảo hiểm thất nghiệp tăng trưởng và chưa năm nào bị thâm hụt tài chính. So sánh với Việt Nam và nhiều quốc gia trên thế giới, mức trợ cấp và thời gian hưởng trợ cấp ở Thái Lan được quy định thấp và thời gian hưởng tương đối ngắn. Cụ thể, mức hưởng trợ cấp thất nghiệp ở Thái Lan hiện nay thấp hơn ở Việt Nam 10% (mức trợ cấp thất nghiệp ở Việt Nam là 60% mức bình quân tiền lương tháng đóng bảo hiểm của 6 tháng liền kề trước khi chấm dứt hợp đồng); và thời gian hưởng trợ cấp thất nghiệp tối đa ở Thái Lan so với Việt Nam chỉ bằng một nửa (6 tháng

so với 12 tháng). Tuy nhiên, theo nhận định của các chuyên gia ILO, chính sách này đã tạo nên “*thặng dư Quỹ bảo hiểm thất nghiệp trong nhiều năm*”¹⁶, và góp phần thực hiện mục tiêu đảm bảo tính bền vững của Quỹ Bảo hiểm thất nghiệp tại Thái Lan. Trên thực tế, Nhà nước cũng điều chỉnh chính sách bảo hiểm thất nghiệp trong những giai đoạn nhất định, khi có sự thay đổi của tình hình kinh tế - xã hội. Đơn cử như để ứng phó với cuộc khủng hoảng kinh tế và việc làm năm 2008, Chính phủ Thái Lan đã gia hạn trợ cấp bảo hiểm thất nghiệp từ 180 ngày (6 tháng) lên tới 240 ngày (08 tháng) đối với người lao động bị thôi việc năm 2009. Sự điều chỉnh này đã góp phần cải thiện đời sống khó khăn của người thất nghiệp trong giai đoạn khủng hoảng 2008 – 2009. Thống kê cũng chỉ ra so với số 71,9 nghìn người hưởng trợ cấp thất nghiệp năm 2008 thì trong năm 2009, số người hưởng trợ cấp thất nghiệp ở Thái Lan đã tăng gần gấp đôi, tương ứng với 139,1 nghìn người¹⁷. Tương tự như vậy, sau trận lũ lịch sử năm 2011, người lao động có bảo hiểm bị mất việc làm được trợ cấp đặc biệt, với thời gian hưởng trợ cấp lên tới 06 tháng và ở mức 50% lương tháng, tối đa có thể đến 7.500 baht/tháng¹⁸. Chính phủ thậm chí còn trợ

¹³ Ministerial Regulation specifying principle and rate of compensation benefit in case of unemployment (B.E. 2547), adopted on 30/06/2004, published on: Government Gazette, 2004-06-30, Vol. 12, Special Part 28A, pp.5-6.

¹⁴ Section 79 Social Security Act in Thailand, B.E. 2533 (1990): “An insured person shall be entitled to unemployment benefits on and after the eighth day as from the date of becoming unemployed with the last employer...”

¹⁵ Trading Economics, *Thailand Unemployment Rate*, Available at: <https://tradingeconomics.com/thailand/unemployment-rate>, truy cập ngày 19/07/2019.

¹⁶ ILO, *Nghiên cứu so sánh kinh nghiệm thực hiện bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm việc làm khu vực châu Á và trên thế giới*, John Carter, Michel Bédard, Celine Peyron Bista, Văn phòng ILO khu vực châu Á và Thái Bình Dương, 2013, tr. 154.

¹⁷ ILO, *Nghiên cứu so sánh kinh nghiệm thực hiện bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm việc làm khu vực châu Á và trên thế giới*, John Carter, Michel Bédard, Celine Peyron Bista, Văn phòng ILO khu vực châu Á và Thái Bình Dương, 2013, tr. 154.

¹⁸ ILO, *Nghiên cứu so sánh kinh nghiệm thực hiện bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm việc làm khu vực châu Á và trên thế giới*, John Carter, Michel Bédard, Celine Peyron Bista, Văn phòng ILO khu vực châu Á và Thái Bình Dương, 2013, tr.156 – 158.

cấp cho doanh nghiệp để giữ chân người lao động của họ bằng việc cung cấp một khoản tiền để trả lương đến 2.000 baht/người/tháng trong thời gian tối đa 03 tháng¹⁹. Riêng với người lao động không có bảo hiểm cũng được tạo điều kiện để được làm các công việc xã hội với mức tiền công 150 baht/ngày (trong khoảng thời gian 20 ngày)²⁰.

Mặt khác, pháp luật về bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan có sự phân biệt rất rõ giữa trường hợp người lao động chủ động thôi việc và bị cho thôi việc. Theo đó, ở trường hợp chủ động thôi việc, người lao động chỉ được hưởng một phần của trợ cấp bảo hiểm thất nghiệp. Quy định này được đánh giá là đảm bảo công bằng trong thực thi chính sách bảo hiểm, đảm bảo tính ổn định của quỹ. Trên thực tế, số người thất nghiệp trong năm 2010 là 402,2 nghìn người; chiếm 1,08% dân số trong độ tuổi hoạt động kinh tế (từ 15 tuổi – 60 tuổi)²¹. Số người hưởng trợ cấp thất nghiệp trong tháng 12/2010 là 89,9 nghìn người và trong tháng 12/2011 là 98,1 nghìn người²², hầu hết

người hưởng trợ cấp thất nghiệp đều chủ động thôi việc (khoảng 77,4% trong năm 2011)²³. Tuy nhiên, hiện nay vẫn có nhiều doanh nghiệp ở Thái Lan lên tiếng phản đối việc trả trợ cấp thất nghiệp cho những người chủ động thôi việc vì cho rằng điều này tạo ra gánh nặng gia tăng chi phí cho quỹ bảo hiểm thất nghiệp²⁴.

Bên cạnh những thành tựu đạt được, quá trình thực thi các quy định về chế độ bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan vẫn còn một số hạn chế, bất cập như sau:

Thứ nhất, vẫn còn kẽ hở trong việc xác định điều kiện hưởng trợ cấp thất nghiệp: Có rất nhiều trường hợp người lao động ở Thái Lan chấm dứt công việc ở các công ty sản xuất, kinh doanh theo mùa (ví dụ trong lĩnh vực du lịch), sau đó trở về thực hiện các hoạt động tự làm chủ trong lĩnh vực nông nghiệp. Điều này thậm chí có thể lặp đi lặp lại qua các năm. Trên thực tế, nếu người lao động này đăng ký thất nghiệp và báo cáo tình trạng tìm kiếm việc làm hàng tháng với Văn phòng dịch vụ việc làm thì hoàn toàn có đủ điều kiện để hưởng trợ cấp thất nghiệp và các lợi ích khác, trong khi họ không thực sự có nhu cầu tìm việc. Điều này đặt ra nhu cầu phải có sự kiểm soát chặt chẽ hơn việc người lao động tham gia các hoạt động lao động không chính thức. Theo đó, nếu hoạt động này đem lại thu nhập ở một mức độ nhất định thì cần phải loại trừ

¹⁹ Worawan C, *Case study of the unemployment insurance in Thái Lan* (Bangkok, ILO), 2012, http://courses.itcilo.org/A358127/library/19-10-2015-09-32-27/at_download/AttachmentFile, truy cập ngày 06/06/2019.

²⁰ ILO, *Nghiên cứu so sánh kinh nghiệm thực hiện bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm việc làm khu vực châu Á và trên thế giới*, John Carter, Michel Bédard, Celine Peyron Bista, Văn phòng ILO khu vực châu Á và Thái Bình Dương, 2013, tr. 155.

²¹ ILO, *Nghiên cứu so sánh kinh nghiệm thực hiện bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm việc làm khu vực châu Á và trên thế giới*, John Carter, Michel Bédard, Celine Peyron Bista, Văn phòng ILO khu vực châu Á và Thái Bình Dương, 2013, tr. 155.

²² ILO, *Nghiên cứu so sánh kinh nghiệm thực hiện bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm việc làm khu vực châu Á và trên thế giới*, John Carter, Michel Bédard, Celine Peyron Bista, Văn phòng ILO khu vực châu Á và Thái Bình Dương, 2013, tr. 159.

²³ Worawan C, *Case study of the unemployment insurance in Thái Lan* (Bangkok, ILO), 2012, http://courses.itcilo.org/A358127/library/19-10-2015-09-32-27/at_download/AttachmentFile, truy cập ngày 06/06/2019.

²⁴ Worawan C, *Case study of the unemployment insurance in Thái Lan* (Bangkok, ILO), 2012, http://courses.itcilo.org/A358127/library/19-10-2015-09-32-27/at_download/AttachmentFile, truy cập ngày 06/06/2019.

người lao động ra khỏi các đối tượng thụ hưởng trợ cấp thất nghiệp.

Thứ hai, một điểm đặc biệt khác trong cách tính trợ cấp thất nghiệp ở Thái Lan là việc xác định thời gian hưởng trợ cấp không căn cứ vào thời gian đóng góp bảo hiểm thất nghiệp²⁵. Điều này về mặt lý thuyết có thể có nguy cơ dẫn đến lạm dụng Quỹ bảo hiểm thất nghiệp và không đảm bảo công bằng giữa những người lao động có khoảng thời gian đóng bảo hiểm khác nhau. Ở một khía cạnh khác, việc áp dụng đồng thời trợ cấp thất nghiệp (do cơ quan bảo hiểm trả) và trợ cấp thôi việc (do người sử dụng lao động trả) khi người lao động chấm dứt công việc (mà không phải do hợp đồng lao động hết hạn) có thể dẫn đến làm tăng số lượng các đơn đăng ký thất nghiệp và làm giảm động lực làm việc của người lao động.

Thứ ba, ngoài trợ cấp thất nghiệp, dường như người lao động có vẻ không mặn mà với các chế độ có tính chất hỗ trợ khác của bảo hiểm thất nghiệp như tư vấn, giới thiệu việc làm và hỗ trợ đào tạo. Cụ thể, có khoảng 65% người thụ hưởng trợ cấp thất nghiệp năm 2009 tìm được công việc mới mà không cần sự giúp đỡ từ Văn phòng dịch vụ việc làm, phần lớn họ tìm được công việc qua người thân hoặc bạn bè²⁶. Lý do

đưa ra là bởi vì cơ sở dữ liệu về việc làm không được cập nhật thường xuyên và chưa đáp ứng được nhu cầu của người lao động, nhiều người sử dụng lao động không thông báo về nhu cầu tuyển dụng của mình với Văn phòng dịch vụ việc làm. Mặt khác, với chế độ hỗ trợ đào tạo, trong năm 2010 chỉ có 128 người thất nghiệp tham gia chương trình đào tạo kỹ năng của cơ quan Phát triển kỹ năng nghề tổ chức và có nhiều ý kiến cho rằng chương trình đào tạo không phù hợp với kỹ năng của người lao động hoặc nhu cầu của thị trường, đôi khi lại không đáp ứng đúng lúc người lao động cần²⁷. Tuy nhiên, sau khi có sự phối hợp tích cực giữa cơ quan nhà nước và các đơn vị sử dụng lao động, sự điều chỉnh của các cơ quan liên quan cũng như quy định bổ sung của pháp luật về việc người lao động từ chối việc làm được giới thiệu hoặc từ chối khoá đào tạo nghề có thể bị cắt trợ cấp thì tình hình đã được cải thiện đáng kể.

1.4. Quản lý nhà nước về bảo hiểm thất nghiệp

Chính phủ Thái Lan giao nhiệm vụ cho Văn phòng An sinh xã hội, Cục Việc làm, Cục Phát triển kỹ năng nghề và Vụ Phúc lợi và bảo hộ lao động (đều thuộc Bộ Lao động và Phúc lợi) cùng phối hợp thực hiện chương trình bảo hiểm thất nghiệp trên phạm vi toàn quốc.

Văn phòng An sinh xã hội là cơ quan giúp Chính phủ thực thi Luật An sinh xã hội. Cụ thể, cơ quan này có trách nhiệm thực hiện thu phí bảo hiểm và quản lý dữ liệu thu;

²⁵ Khác với trợ cấp thôi việc mà người sử dụng lao động chi trả cho người lao động theo quy định của Luật Bảo vệ lao động (The Labour Protection Act - B.E. 2541 (1998)), mức trợ cấp được tính căn cứ vào mức lương và thời gian người lao động làm việc tại doanh nghiệp, có các mức 30 ngày - 90 ngày - 180 ngày - 240 ngày - 300 ngày tương ứng với việc người lao động làm từ đủ 120 ngày - 1 năm - 3 năm - 6 năm - 10 năm - trên 10 năm (ILO, *The Labour Protection Act in Thailand* (1998), https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=49727, truy cập ngày 06/06/2019).

²⁶ Nguyễn Thị Diệu Hồng (Vụ Lao động - Việc làm, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội), *Chính sách*

bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan, Tạp chí Lao động và Xã hội, số 318/2007, tr.51-52.

²⁷ Worawan C, *Case study of the unemployment insurance in Thái Lan* (Bangkok, ILO), 2012, http://courses.itcilo.org/A358127/library/19-10-2015-09-32-27/at_download/AttachmentFile, truy cập ngày 06/06/2019.

tiếp nhận đơn xin hưởng chế độ bảo hiểm thất nghiệp; đồng thời ban hành quyết định hưởng trợ cấp bảo hiểm thất nghiệp cho người lao động sau khi đã kiểm tra, đối chiếu quá trình đóng góp, báo cáo đăng ký thất nghiệp, quá trình tìm việc làm của người thất nghiệp; tổ chức chi trả chế độ bảo hiểm thất nghiệp cho người lao động.

Cục Việc làm đặt ra các điều kiện và chính sách hướng dẫn thực hiện bảo hiểm thất nghiệp, như việc đăng ký thất nghiệp và trình diện, xác định việc làm phù hợp cho người thất nghiệp có bảo hiểm. Trên cơ sở đó, các Văn phòng dịch vụ việc làm (cơ quan dưới quyền của Cục Việc làm) chịu trách nhiệm về: Tiếp nhận đăng ký thất nghiệp của các lao động có bảo hiểm; lập hồ sơ đăng ký hưởng trợ cấp; phỏng vấn người thất nghiệp và tư vấn việc làm, giới thiệu việc làm phù hợp với năng lực của người lao động; phối hợp với Vụ Phát triển kỹ năng nghề khi người lao động có nhu cầu đào tạo kỹ năng nghề, sau đó cung cấp và bố trí việc làm cho người lao động đã kết thúc khóa đào tạo nghề của Cục Phát triển kỹ năng nghề.

Cục Phát triển kỹ năng nghề xem xét, xây dựng và triển khai các khóa đào tạo nghề cho người thất nghiệp, thông báo kết quả đào tạo của người thất nghiệp cho các cơ quan liên quan.

Vụ Phúc lợi và Bảo hộ lao động kiểm tra và giải quyết các tranh chấp trong việc chấm dứt hợp đồng lao động giữa người lao động và chủ sử dụng lao động.

Điểm tiến bộ trong quản lý nhà nước về bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan là toàn bộ quá trình quản lý dữ liệu và thông tin của đối tượng đóng và hưởng bảo hiểm thất nghiệp được thực hiện trên hệ thống trực tuyến, mỗi cơ quan đều có trách nhiệm tổ

chức, lưu trữ dữ liệu hồ sơ vào hệ thống trực tuyến để đảm bảo tính thống nhất. Đồng thời, tiền trợ cấp cũng được chuyển trực tiếp vào tài khoản cá nhân của đối tượng bảo hiểm để đảm bảo thuận tiện, dễ dàng cho người thụ hưởng. Một phần kết quả đạt được này là do trong quá trình thiết kế, triển khai chính sách bảo hiểm thất nghiệp, Thái Lan đã nhận được sự hỗ trợ kỹ thuật tích cực từ ILO, WB và chuyên gia Nhật Bản²⁸. Chương trình bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan được các chuyên gia quốc tế đánh giá cao trong việc gắn kết chặt chẽ với chính sách dạy nghề và tạo việc làm trong nước, có đặc điểm tương tự như chương trình bảo hiểm thất nghiệp của Hàn Quốc và Nhật Bản. Tuy nhiên, để tinh giản hệ thống cung cấp dịch vụ bảo hiểm thất nghiệp, có ý kiến đề xuất rằng nên tổ chức một cơ quan chịu trách nhiệm kết hợp ba nhiệm vụ bao gồm dịch vụ bảo hiểm thất nghiệp, dịch vụ việc làm và phát triển kỹ năng nghề cho người thất nghiệp²⁹.

2. Bài học kinh nghiệm cho Việt Nam

Là thành viên ASEAN giống như Việt Nam, với những đặc điểm khá riêng biệt, Thái Lan đã thực hiện nhiều chính sách xã hội có hiệu quả trong việc giải quyết các vấn đề việc làm, trong đó có bảo hiểm thất nghiệp. Trong khu vực, Thái Lan là quốc gia đầu tiên triển khai chính sách bảo hiểm thất nghiệp bắt buộc trên phạm vi toàn quốc. Qua nghiên cứu kinh nghiệm của Thái

²⁸ Nguyễn Thị Diệu Hồng (Vụ Lao động – Việc làm, Bộ Lao động – Thương binh và Xã hội), *Chính sách bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan*, Tạp chí Lao động và Xã hội, số 318/2007, tr.51-52.

²⁹ ILO, *Nghiên cứu so sánh kinh nghiệm thực hiện bảo hiểm thất nghiệp và bảo hiểm việc làm khu vực châu Á và trên thế giới*, John Carter, Michel Bédard, Celine Peyron Bista, Văn phòng ILO khu vực châu Á và Thái Bình Dương, 2013, tr. 154.

Lan về hoạch định và thực thi chính sách bảo hiểm thất nghiệp, có thể rút ra một số gợi mở nhằm hoàn thiện chính sách, pháp luật về bảo hiểm thất nghiệp của Việt Nam trong thời gian tới.

2.1. Về điều kiện hưởng bảo hiểm thất nghiệp

Quy định trong Luật An sinh xã hội của Thái Lan năm 2015 về bổ sung trường hợp hưởng bảo hiểm thất nghiệp là một trong những điểm mới tiến bộ mà Việt Nam cần học hỏi từ Thái Lan. Cụ thể, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần bổ sung thêm trường hợp người lao động có thể được hưởng trợ cấp thất nghiệp nếu người sử dụng lao động dừng hoạt động sản xuất, kinh doanh trong một thời gian tạm thời, ví dụ như do lũ lụt hoặc một sự kiện bất khả kháng.

Mặc dù hiện tại, khoản 3 Điều 98 của Bộ luật Lao động năm 2012 có quy định trách nhiệm của người sử dụng lao động vẫn phải trả lương cho người lao động theo mức thỏa thuận không thấp hơn mức lương tối thiểu vùng trong khoảng thời gian ngừng việc vì lý do khách quan; tuy nhiên, quy định này ít có tính khả thi. Trên thực tế, do trong thời gian này bản thân doanh nghiệp cũng gặp khó khăn dẫn đến phải tạm thời ngừng sản xuất, kinh doanh, họ thường thỏa thuận với người lao động để tạm hoãn hợp đồng lao động, nhằm tránh nghĩa vụ trả lương, thậm chí là cả nghĩa vụ đóng bảo hiểm nếu thời gian ngừng kinh doanh kéo dài.

Như vậy, việc bổ sung quy định về quyền hưởng trợ cấp thất nghiệp của người lao động trong trường hợp người sử dụng lao động tạm ngừng sản xuất, kinh doanh vì lý do khách quan sẽ góp phần bảo đảm quyền lợi của người lao động, hỗ trợ doanh nghiệp và thị trường lao động nói chung khi

doanh nghiệp gặp khó khăn mà không đảm bảo được việc làm thường xuyên cho người lao động.

2.2. Về chế độ hưởng bảo hiểm thất nghiệp

So với Việt Nam, Thái Lan đã đặt ra quy định chi tiết về thụ hưởng trợ cấp thất nghiệp khác nhau giữa trường hợp người lao động chủ động thôi việc với trường hợp người lao động bị người sử dụng lao động cho thôi việc (thôi việc bị động). Theo đó, người lao động chủ động thôi việc chỉ được mức trợ cấp bằng 3/5 trong thời gian tối đa bằng 1/2 so với trường hợp còn lại. Trong khi đó, Việt Nam không quy định khác nhau về thụ hưởng chế độ bảo hiểm thất nghiệp (trong đó có trợ cấp thất nghiệp) giữa hai trường hợp nói trên. Rõ ràng, việc xác định nguyên nhân chấm dứt việc làm của người lao động là cần thiết đối với việc thực hiện chính sách bảo hiểm thất nghiệp. Quy định này ở Thái Lan đã đem lại được những lợi ích nhất định, một mặt đảm bảo tính công bằng của chính sách, mặt khác có thể tiết kiệm được một phần chi trợ cấp thất nghiệp. Tuy nhiên, muốn xác định được nguyên nhân nghỉ việc để giải quyết chế độ bảo hiểm thất nghiệp trước hết phải có bộ tiêu chí cụ thể, chính xác, gắn liền với việc đẩy mạnh công tác quản lý lao động.

Mặt khác, sự điều chỉnh linh hoạt trong chế độ bảo hiểm thất nghiệp khi có các điều kiện khách quan (khủng hoảng kinh tế, thiệt hại từ thiên tai) làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến thị trường lao động cũng là bài học mà Việt Nam cần rút ra từ kinh nghiệm của Thái Lan năm 2008 và 2011. Kinh tế và lao động Việt Nam mang những nét đặc thù nhất định như lĩnh vực nông, lâm nghiệp và thủy sản chiếm tỷ trọng 15% trong cơ cấu

kinh tế³⁰, thu hút vào đó một tỷ lệ tương ứng người tham gia vào lực lượng lao động; những người lao động tự chủ (mặc dù chỉ kinh doanh nhỏ lẻ) cũng chiếm một tỷ lệ khá lớn trong cơ cấu lao động hoặc làm các công việc có hàm lượng kỹ thuật thấp ở khu vực phi chính thức. Điều này dẫn đến mặc dù chất lượng việc làm còn nhiều hạn chế xong tỷ lệ thất nghiệp ở Việt Nam luôn ở mức thấp hơn nhiều so với các nước phát triển³¹. Tuy nhiên, trong tương lai, khi nền kinh tế Việt Nam tiếp tục chuyển dịch cơ cấu sang các ngành công nghiệp và dịch vụ, trong tình hình chung của kinh tế thế giới liên tục biến động, mức độ ảnh hưởng của các cuộc khủng hoảng kinh tế khu vực và thế giới đến thị trường lao động Việt Nam sẽ rất lớn. Như vậy, biến động kinh tế quốc tế cùng với ảnh hưởng nặng nề của biến đổi khí hậu ở một nước có bờ biển dài như Việt Nam³² là nguy cơ dẫn đến những tác động tiêu cực đến thị trường lao động ở Việt Nam mà các nhà hoạch định chính sách cần dự liệu, từ đó có thể đưa ra các điều chỉnh chính sách kịp thời, bao gồm cả chính sách về bảo hiểm thất nghiệp để đảm bảo quyền về việc làm và thu nhập cho người lao động ở nước ta.

Ngoài ra, chúng ta cũng phải rút kinh nghiệm từ khó khăn mà cả Việt Nam và

Thái Lan đều gặp phải trong quá trình thực thi chính sách về bảo hiểm thất nghiệp: Sự tập trung chủ yếu vào bù đắp thu nhập từ khoản trợ cấp thất nghiệp hơn là hỗ trợ người lao động nhanh chóng quay trở lại thị trường lao động; người lao động chưa thật sự mặn mà với các chế độ quan trọng của bảo hiểm thất nghiệp như tư vấn, giới thiệu việc làm và hỗ trợ đào tạo. Theo đó, đối với chế độ tư vấn, giới thiệu việc làm, Việt Nam cần mở rộng mạng lưới với các doanh nghiệp trong kết nối, tăng cường chia sẻ thông tin giữa các trung tâm dịch vụ việc làm về nhu cầu tuyển dụng của doanh nghiệp trong và ngoài địa bàn; nâng cao năng lực cho cán bộ trung tâm dịch vụ việc làm về chuyên môn nghiệp vụ, kỹ năng tư vấn; có thí điểm giao chỉ tiêu và thưởng khuyến khích cho tư vấn viên khi giới thiệu việc làm thành công cho người lao động; đa dạng hóa các kênh thông tin về thị trường lao động và nhu cầu tuyển dụng việc làm, ngành nghề đào tạo: Qua tổng đài nhắn tin, email, fanpage, facebook... Đối với chế độ hỗ trợ đào tạo nghề, cần sửa đổi theo hướng lồng ghép với chế độ hỗ trợ cho người sử dụng lao động để đào tạo, bồi dưỡng, nâng cao trình độ kỹ năng nghề nhằm duy trì việc làm cho người lao động. Cụ thể: Mở rộng đối tượng được hỗ trợ đào tạo nghề cho người lao động đang tham gia bảo hiểm thất nghiệp nhưng có nguy cơ bị thất nghiệp do trình độ, kỹ năng, độ tuổi không đáp ứng yêu cầu công việc...; bổ sung danh mục các ngành nghề được hỗ trợ đào tạo phù hợp với các nhóm đối tượng khác nhau (theo nhóm tuổi, giới tính, trình độ chuyên môn kỹ thuật, vùng miền và nhu cầu thị trường lao động); đổi mới và đa dạng hóa hình thức đào tạo (liên kết đào tạo với các cơ sở đào tạo, doanh nghiệp...); sửa đổi mức hỗ trợ và

³⁰ Tổng cục Thống kê, *Tổng quan kinh tế - xã hội Việt Nam năm 2018*, nguồn: <https://www.gso.gov.vn/default.aspx?tabid=382&idmid=2&ItemID=19041>, truy cập ngày 06/06/2019.

³¹ Mai Đan, *Chất lượng việc làm của Việt Nam còn hạn chế*, Thời báo Tài chính Việt Nam Online, nguồn: <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/xahoi/2018-08-01/chat-luong-viec-lam-cua-viet-nam-con-han-che-60512.aspx>, truy cập ngày 06/06/2019.

³² Minh Quân, *Biến đổi khí hậu đã tác động đến Việt Nam*, Báo Lao động, nguồn: <https://laodong.vn/doi-song-xa-hoi/bien-doi-khi-hau-da-tac-dong-den-viet-nam-nhu-the-nao-515777.ldo>, truy cập ngày 06/06/2019.

thời gian hỗ trợ (trong Quyết định số 77/2014/QĐ-TTg) theo tổng kinh phí hỗ trợ tham gia khóa đào tạo nghề (không quy định tiền hỗ trợ theo tháng và thời gian); tăng mức hỗ trợ phù hợp với thực tế; có biện pháp theo dõi tình trạng việc làm và hiệu quả đào tạo nghề của học viên sau khi tốt nghiệp; hỗ trợ giảm mức đóng bảo hiểm thất nghiệp cho doanh nghiệp gặp khó khăn trong sản xuất, kinh doanh, không đủ khả năng trả lương cho người lao động và đóng các loại bảo hiểm, có nguy cơ phải sa thải người lao động...

2.3. Quản lý nhà nước về bảo hiểm thất nghiệp

Một trong những thành công của chính sách bảo hiểm thất nghiệp ở Thái Lan là do việc hiện đại hóa hệ thống hành chính an sinh xã hội nói chung và bảo hiểm thất nghiệp nói riêng. Có thể nói, Thái Lan là quốc gia thành công trong việc xây dựng hệ thống quản lý nhà nước về bảo hiểm thất nghiệp theo mô hình của các nước phát triển, việc quản lý bảo hiểm thất nghiệp đã được thống nhất trên một cơ sở dữ liệu quốc gia, mọi người dân có thể tra cứu hoặc truy cập để xác định đối tượng và nội dung chế độ thụ hưởng. Hệ thống này cũng cho phép các cơ quan quản lý nói chung và cơ quan quản lý bảo hiểm thất nghiệp nói riêng có thể tra cứu được toàn bộ thông tin cá nhân của người tham gia bảo hiểm qua mã số an sinh xã hội thống nhất và giúp cơ quan trung ương kiểm soát toàn bộ hoạt động chi của địa phương mà không cần phải cử đội ngũ cán bộ giám sát. Những năm qua, Việt Nam đã có nhiều cải cách, song để có thể xây dựng và phát triển một nền hành chính an sinh xã hội hiện đại thì còn nhiều vấn đề cần nỗ lực.

Hiện đại hóa quản lý nhà nước về bảo hiểm thất nghiệp gắn liền với việc nỗ lực ở nhiều mặt như: Hoàn thiện các quy trình tác nghiệp và quản lý thông tin, tăng cường dịch vụ cho khách hàng theo hướng minh bạch và thuận tiện; xây dựng mã định danh thống nhất cho những người tham gia và thụ hưởng liên kết với hệ thống quản lý dân cư. Mục tiêu cuối cùng không chỉ là nhằm tăng cường quản lý và thu phí từ cộng đồng doanh nghiệp đang lớn nhanh về mặt số lượng, mà còn để xây dựng một hệ thống an sinh xã hội chất lượng cao và phát triển môi trường đầu tư, kinh doanh một cách hiệu quả. Để làm được việc này (tương tự như ở Thái Lan những năm trước đây), Việt Nam phải có sự điều phối tốt hơn giữa các cơ quan chính phủ. Việc phân chia công việc hiện tại giữa Bảo hiểm xã hội Việt Nam, Bộ Lao động - Thương binh và Xã hội, Bộ Tài chính còn chồng chéo trong ban hành chính sách cho đến tổ chức thực hiện và điều phối có thể tạo rào cản nhất định cho công tác quản lý nhà nước về bảo hiểm thất nghiệp.

Kết luận

Việc áp dụng chính sách bảo hiểm thất nghiệp ở các quốc gia khác nhau thường có khác biệt nhất định về phương thức và nội dung thực hiện, tùy thuộc vào nhu cầu bức bách của riêng từng nơi trong việc đảm bảo việc làm của người lao động, cũng như khả năng tài chính và năng lực quản lý có thể đáp ứng. Tuy nhiên, việc tìm hiểu và rút ra những bài học kinh nghiệm từ Thái Lan là một quốc gia cùng khu vực với những điều kiện kinh tế - xã hội tương đồng nhất định sẽ đem lại những gợi ý tốt cho Việt Nam để hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thực thi chính sách, pháp luật về bảo hiểm thất nghiệp trong thời gian tới.

PHÁP LUẬT VỀ TRÁCH NHIỆM GIẢI TRÌNH VÀ CÔNG KHAI THÔNG TIN QUY HOẠCH, KẾ HOẠCH SỬ DỤNG ĐẤT CẤP HUYỆN

Châu Hoàng Thân*

Tóm tắt: Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là công cụ quan trọng trong quản lý, sử dụng đất, nhất là cấp huyện, khi các nội dung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất rất cụ thể và tác động trực tiếp đến quyền lợi của người sử dụng đất. Trong phạm vi bài viết, tác giả sẽ phân tích quy định hiện hành và kiến nghị về trách nhiệm quan trọng của cơ quan nhà nước trong giải trình và công khai thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện.

Abstract: Master plan and plan on land use are important tools in governing and using the land, particularly at district level where the relevant information may affect directly rights and interests of land users. In its scope, the article analyzes the current regulations and makes proposals on accountability and information disclosure responsibility of state authorities regarding district-level master plan and plan on land use.

1. Đặt vấn đề

Điều 53 Hiến pháp năm 2013 quy định đất đai thuộc sở hữu toàn dân; nhân dân là chủ sở hữu đất đai, Nhà nước là đại diện chủ sở hữu. Khoản 1 Điều 13 Luật Đất đai năm 2013 quy định quyền cơ bản nhất của đại diện chủ sở hữu đất đai là quyết định quy hoạch sử dụng đất, kế hoạch sử dụng đất. Điều này đặt ra yêu cầu là đại diện chủ sở hữu phải có trách nhiệm giải trình với chủ sở hữu khi quyết định, điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Việc giải trình nội dung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất không chỉ thể hiện sự minh bạch trong quản lý mà còn tạo sự đồng thuận cao trong nhân dân khi triển khai thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Đồng thời, điểm a khoản 3 Điều 199 Luật Đất đai năm 2013 quy định quyền giám sát của công dân đối với việc lập, điều chỉnh, công bố, thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Những quy

định nêu trên cho thấy, trách nhiệm của Nhà nước trong việc giải trình và công khai thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là tiền đề quan trọng đảm bảo hiệu quả của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; tính dân chủ trong quản lý và thực hiện quyền giám sát của công dân. Điều 36 Luật Đất đai năm 2013 sửa đổi, bổ sung bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của 37 Luật có liên quan đến quy hoạch năm 2018 (Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018) quy định hệ thống quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất gồm: (i) Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp quốc gia, (ii) Kế hoạch sử dụng đất cấp tỉnh, (iii) Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện, (iv) Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất quốc phòng, (v) Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất an ninh. Trong phạm vi bài viết, tác giả chỉ tập trung phân tích quy định pháp luật và thực tiễn về giải trình và công khai thông tin của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện; qua đó, đề xuất các giải pháp hoàn thiện vấn đề này.

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

2. Nội dung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện

2.1. Nội dung quy hoạch sử dụng đất cấp huyện

Sự thay đổi ảnh hưởng đáng kể đến nội dung quy hoạch sử dụng đất cấp huyện chính là quy định về thời hạn quy hoạch sử dụng đất. Điều 37 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018 quy định thời hạn quy hoạch sử dụng đất cấp huyện là 10 năm, tầm nhìn từ 20 năm đến 30 năm. Việc quy định tầm nhìn của quy hoạch đảm bảo tính ổn định và dài hạn đồng thời cũng tác động đến nội dung của quy hoạch; thể hiện tính chiến lược, lâu dài. Khoản 2 Điều 40 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018 quy định nội dung quy hoạch sử dụng đất cấp huyện gồm:

Một là, định hướng sử dụng đất 10 năm;

Hai là, xác định các chỉ tiêu sử dụng đất theo loại đất bao gồm chỉ tiêu sử dụng đất do quy hoạch tỉnh phân bổ cho cấp huyện và chỉ tiêu sử dụng đất theo nhu cầu sử dụng đất của cấp huyện và cấp xã;

Ba là, xác định các khu vực sử dụng đất theo chức năng sử dụng đến từng đơn vị hành chính cấp xã;

Bốn là, xác định diện tích các loại đất theo điểm b khoản 2 Điều 40 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018 đến từng đơn vị hành chính cấp xã;

Năm là, lập bản đồ quy hoạch sử dụng đất cấp huyện; đối với khu vực quy hoạch đất trồng lúa, khu vực quy hoạch chuyển mục đích sử dụng đất quy định tại các điểm a, b, c, d và e khoản 1 Điều 57 của Luật Đất đai năm 2013 thì thể hiện chi tiết đến từng đơn vị hành chính cấp xã;

Sáu là, giải pháp thực hiện quy hoạch sử dụng đất.

So với nội dung quy hoạch sử dụng đất cấp huyện được quy định tại khoản 2 Điều 40 Luật Đất đai năm 2013 thì nội dung quy hoạch không có sự thay đổi. Vậy, quy hoạch sử dụng đất cấp huyện có thể hiện được tầm nhìn từ 20 năm đến 30 năm không? Nội dung quy hoạch sử dụng đất cấp huyện cho thấy những thông tin ảnh hưởng trực tiếp đến quá trình sử dụng đất của người sử dụng gồm: (i) Chỉ tiêu sử dụng đất; (ii) Diện tích từng loại đất đến từng khu vực cấp xã; (iii) Khu vực đất trồng lúa phải bảo vệ, khu vực được phép chuyển mục đích sử dụng đất. Các thông tin trên xác định rõ mục đích sử dụng đất đến từng khu vực cấp xã, ảnh hưởng đến việc sử dụng đất và chuyển mục đích sử dụng đất.

2.2. Nội dung kế hoạch sử dụng đất cấp huyện

Nhằm cụ thể hóa chỉ tiêu phân bổ đất đai, phạm vi sử dụng đất và các giải pháp trong quy hoạch sử dụng đất, hàng năm Ủy ban nhân dân cấp huyện triển khai xây dựng kế hoạch sử dụng đất gồm các nội dung sau:

- Phân tích, đánh giá kết quả thực hiện kế hoạch sử dụng đất năm trước;

- Xác định diện tích các loại đất đã được phân bổ trong kế hoạch sử dụng đất cấp tỉnh và diện tích các loại đất theo nhu cầu sử dụng đất của cấp huyện, cấp xã trong năm kế hoạch;

- Xác định vị trí, diện tích đất phải thu hồi để thực hiện công trình, dự án sử dụng đất vào mục đích quy định tại Điều 61 và Điều 62 của Luật Đất đai trong năm kế hoạch đến từng đơn vị hành chính cấp xã. Đối với dự án hạ tầng kỹ thuật, xây dựng, chỉnh trang đô thị, khu dân cư nông thôn, phải đồng thời xác định vị trí, diện tích đất thu hồi trong vùng phụ cận để đấu giá

quyền sử dụng đất thực hiện dự án nhà ở, thương mại, dịch vụ, sản xuất, kinh doanh;

- Xác định diện tích các loại đất cần chuyển mục đích sử dụng phải xin phép quy định tại các điểm a, b, c, d và e khoản 1 Điều 57 của Luật Đất đai trong năm kế hoạch đến từng đơn vị hành chính cấp xã;

- Lập bản đồ kế hoạch sử dụng đất hằng năm của cấp huyện; đối với khu vực quy hoạch chuyển mục đích sử dụng đất quy định tại các điểm a, b, c, d và e khoản 1 Điều 57 của Luật Đất đai thì thể hiện chi tiết đến từng đơn vị hành chính cấp xã;

- Giải pháp thực hiện kế hoạch sử dụng đất.

Như vậy, thông tin về chỉ tiêu sử dụng đất, diện tích, vị trí đất được phép chuyển mục đích sử dụng trong năm sẽ được thể hiện cụ thể trong nội dung kế hoạch sử dụng đất cấp huyện. Bên cạnh đó, vị trí, diện tích đất mà người đang sử dụng rơi vào phạm vi thu hồi đất thực hiện công trình, dự án sử dụng vì mục đích quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng cũng được xác định rõ trong nội dung kế hoạch sử dụng đất hằng năm. Tóm lại, nội dung kế hoạch sử dụng đất hằng năm của cấp huyện sẽ giải quyết hai vấn đề quan trọng của người sử dụng đất trong năm kế hoạch: Một là, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất và hai là, diện tích đất sẽ thu hồi để thực hiện dự án đầu tư.

Với những nội dung rất cụ thể, có thể thấy, việc giải trình nội dung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trong quá trình lập và công khai chính xác các thông tin từ nội dung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất sau khi được phê duyệt là rất quan trọng, ảnh hưởng trực tiếp đến công tác quản lý đất đai và sử dụng đất của người sử dụng, tạo những tác động nhất định đến thị trường bất

động sản. Sự công khai, minh bạch thông tin quy hoạch tác động đến giá đất nói riêng và giá bất động sản nói chung, tạo môi trường giao dịch lành mạnh, tích cực.

Bên cạnh đó, khoản 4 và 5 Điều 6 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 01/2017/NĐ-CP quy định bổ sung về điều chỉnh nội dung kế hoạch sử dụng đất hằng năm cấp huyện như sau: “Trong trường hợp cần thiết mà phải điều chỉnh về quy mô, địa điểm và số lượng dự án, công trình nhưng không làm thay đổi về chỉ tiêu sử dụng đất theo loại đất và khu vực sử dụng đất theo chức năng trong quy hoạch sử dụng đất cấp huyện thì Phòng Tài nguyên và Môi trường tổng hợp nhu cầu sử dụng đất của tổ chức, hộ gia đình, cá nhân trình Ủy ban nhân dân cấp huyện báo cáo Sở Tài nguyên và Môi trường. Sở Tài nguyên và Môi trường trình Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xem xét, chấp thuận cho phép để thực hiện và cập nhật vào kế hoạch sử dụng đất hằng năm cấp huyện của năm tiếp theo. Trường hợp có bổ sung dự án, công trình mà phải thu hồi đất theo quy định tại khoản 3 Điều 62 của Luật Đất đai thì phải được Hội đồng nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương (sau đây gọi là Hội đồng nhân dân cấp tỉnh) thông qua trước khi Ủy ban nhân dân cấp tỉnh xem xét, chấp thuận cho phép để thực hiện và cập nhật vào kế hoạch sử dụng đất hằng năm cấp huyện của năm tiếp theo”. Như vậy, nếu có sự thay đổi về quy mô, địa điểm, số lượng dự án, nhưng không thay đổi về chỉ tiêu sử dụng đất và khu vực sử dụng đất theo chức năng, cơ quan có thẩm quyền sẽ tiến hành cập nhật vào kế hoạch sử dụng đất của năm tiếp theo. Quy định này không đặt ra yêu cầu Nhà nước có trách nhiệm lấy ý kiến, giải trình với nhân dân (đặc biệt là người sử

dụng đất) trong phạm vi có thay đổi về lý do và mục đích của việc thay đổi. Dù tổng chỉ tiêu sử dụng đất và khu vực sử dụng đất theo chức năng không thay đổi, nhưng sự thay đổi về địa điểm, quy mô dự án sẽ ảnh hưởng ít nhiều đến đời sống người dân trong khu vực.

3. Quy định về trách nhiệm giải trình và công khai thông tin của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện

Trong xu hướng phát triển về quản trị nhà nước hiện đại, quản trị tốt là một trong những cơ sở lý thuyết quan trọng trong nghiên cứu hoàn thiện công tác quản lý nhà nước hiện nay. Lý thuyết về quản trị tốt theo Chương trình phát triển Liên hợp quốc (UNDP) gồm các thành tố sau: Sự tham gia của mọi người vào quá trình ra quyết định trên cơ sở quyền tự do ngôn luận và hội họp, thượng tôn pháp luật, minh bạch thông tin, đáp ứng và phục vụ các thể chế; quản trị tốt bảo đảm cơ chế có được sự đồng thuận rộng rãi, bình đẳng, hiệu lực và hiệu quả, trách nhiệm và tầm nhìn chiến lược¹. Như vậy, trách nhiệm giải trình và công khai thông tin là hai trong số các thành tố của quản trị tốt.

Trách nhiệm giải trình được hiểu là khả năng yêu cầu quan chức nhà nước phải chịu trách nhiệm về hành động của mình, gồm hai yếu tố: Khả năng giải đáp và chịu trách nhiệm về hậu quả xảy ra (trách nhiệm giải trình = giải đáp + chịu trách nhiệm)². Như

vậy, trách nhiệm giải trình trong quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện được hiểu là trách nhiệm giải đáp của cơ quan nhà nước với người dân, người sử dụng đất về nội dung của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, được thể hiện thông qua quy định về lấy ý kiến; đồng thời là hậu quả pháp lý về trách nhiệm của chủ thể quản lý khi triển khai thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

“Thông tin là sự sống của nền dân chủ... thông tin chính là công cụ để người dân có thể giám sát hoạt động của Chính phủ và là cơ sở để người dân có thể tranh luận...” – giá trị này đã được khẳng định trong lời nói đầu về các nguyên tắc của Luật Tự do thông tin được Tổ chức Article 19 (một tổ chức phi chính phủ quốc tế chuyên hoạt động thúc đẩy quyền tự do biểu đạt và thông tin trên thế giới) xây dựng năm 1999³. Công khai thông tin là tiền đề quan trọng để đảm bảo các đặc trưng của quản trị tốt. Để có được sự tham gia và đồng thuận của cộng đồng, đảm bảo quyền giám sát của nhân dân và hiệu lực, hiệu quả trong quản lý nhà nước, các thông tin phải được công khai, minh bạch. Theo quy định tại Chương VI Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018 về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, quá trình xây dựng và ban hành quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện trải qua các bước cơ bản sau: Lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; thẩm định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; hoàn chỉnh và phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất; công bố và thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Nội dung về công khai thông tin sẽ được tác giả nghiên cứu ở giai đoạn công bố công khai

¹ UNDP (2006), *Governance for the future: Democracy and Development in the least developed countries*, <http://unohrrls.org/UserFiles/File/Publications/Governancereport.pdf>, tr.35, truy cập ngày 17/7/2018.

² S.Chiaivo-Campo & P.S.A. Sundaram (2003), *Phục vụ và duy trì: Cải thiện hành chính công trong một thế giới cạnh tranh*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, tr.12, 13.

³ Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội (2011), *Tiếp cận thông tin: Pháp luật và thực tiễn trên thế giới và ở Việt Nam*, Nxb. Đại học quốc gia Hà Nội, Hà Nội, tr.39.

quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất sau khi quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã được phê duyệt.

3.1. Trách nhiệm giải trình về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện

Căn cứ Điều 43 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018, cơ quan có trách nhiệm chỉ tổ chức lấy ý kiến đối với quy hoạch sử dụng đất cấp huyện, không quy định việc lấy ý kiến kế hoạch sử dụng đất hằng năm cấp huyện. Điều này có thể lý giải bởi kế hoạch sử dụng đất chỉ là chi tiết nội dung của quy hoạch sử dụng đất theo từng năm. Tuy nhiên, có những nội dung của kế hoạch sử dụng đất hằng năm cấp huyện rất chi tiết, ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi của người sử dụng đất như: Diện tích, vị trí thu hồi đất thực hiện dự án đầu tư theo quy định tại Điều 61, 62 Luật Đất đai; diện tích, vị trí được phép chuyển mục đích sử dụng đất trong năm... Những điều này chưa thể hiện cụ thể trong quy hoạch sử dụng đất cấp huyện. Việc không quy định lấy ý kiến nhân dân khi lập kế hoạch sử dụng đất hằng năm cấp huyện đã ảnh hưởng đến quyền tham gia của người dân trong quá trình triển khai quy hoạch, sự giám sát của người dân và trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước trong quá trình xây dựng kế hoạch sử dụng đất hằng năm.

Khoản 2 Điều 43 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018 quy định Ủy ban nhân dân cấp huyện có trách nhiệm tổ chức lấy ý kiến quy hoạch sử dụng đất cấp huyện. Việc lấy ý kiến được thực hiện bằng hình thức tổ chức hội nghị, lấy ý kiến trực tiếp và công khai thông tin trên trang thông tin điện tử. Ủy ban nhân dân cấp huyện có trách nhiệm xây dựng báo cáo tổng hợp, tiếp thu, giải trình ý kiến đóng góp của nhân dân về 02 nội dung trong số 6 nội dung của quy hoạch sử dụng đất: (i) Chỉ tiêu quy hoạch sử dụng

đất, (ii) Các dự án công trình thực hiện trong thời kỳ quy hoạch sử dụng đất. Trong đó, nội dung lấy ý kiến về các dự án công trình thực hiện sẽ gặp nhiều khó khăn. Bởi, với 06 nội dung trong quy hoạch sử dụng đất cấp huyện, chúng ta chưa thể xác định chính xác diện tích, vị trí, quy mô và mục đích, thời điểm triển khai thực hiện các công trình dự án; điều này chỉ thể hiện rõ trong kế hoạch sử dụng đất hằng năm. Hơn thế nữa, quy hoạch sử dụng đất với thời gian là 10 năm nên rất khó đảm bảo về tính ổn định của các công trình dự án đã lấy ý kiến. Đồng thời, khi đã triển khai lấy ý kiến cho các công trình dự án mà không thực hiện sớm sẽ dẫn đến tâm lý hoang mang, ảnh hưởng tới quyền lợi của người sử dụng đất trong phạm vi dự án và tác động tiêu cực đến thị trường. Thiết nghĩ, đối với quy hoạch sử dụng đất, chúng ta không cần thiết tổ chức lấy ý kiến về công trình dự án mà chỉ cần lấy ý kiến về chỉ tiêu sử dụng đất, phạm vi quy hoạch, chức năng sử dụng đất của từng khu vực; còn công trình dự án cụ thể nên triển khai lấy ý kiến đối với kế hoạch sử dụng đất hằng năm cấp huyện.

Từ nội dung lấy ý kiến nêu trên đặt ra trách nhiệm giải trình của cơ quan nhà nước ở thời điểm này, cụ thể là giải đáp nội dung và thắc mắc của người dân về quy hoạch sử dụng đất. Trách nhiệm này được quy định cụ thể tại điểm đ khoản 2 Điều 43 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018: Ủy ban nhân dân cấp huyện xây dựng báo cáo tổng hợp, tiếp thu và giải trình ý kiến đóng góp của nhân dân. Báo cáo được công khai trên cổng thông tin điện tử của Ủy ban nhân dân cấp huyện⁴. Tuy nhiên, theo quy định tại khoản 5 Điều 4 Thông tư số 29/2014/TT-

⁴ Điểm đ khoản 6 Điều 57 Thông tư số 29/2014/TT-BTNMT ngày ngày 02/6/2014 quy định chi tiết việc lập, điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

BTNMT ngày 02/6/2014 quy định chi tiết việc lập, điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, hồ sơ trình phê duyệt quy hoạch sử dụng đất cấp huyện và kế hoạch sử dụng đất năm đầu không bao gồm báo cáo tổng hợp, tiếp thu, giải trình các ý kiến đóng góp của nhân dân khi lấy ý kiến. Vì vậy, cơ quan có thẩm quyền phê duyệt rất khó xác định mức độ đồng thuận của người dân với quy hoạch, cũng như kết quả thực hiện trách nhiệm giải trình các ý kiến đóng góp của Ủy ban nhân dân cấp huyện.

Bên cạnh đó, Điều 46 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018 quy định về việc điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất thì việc điều chỉnh được thực hiện gồm các bước quy định tại Điều 42, 43, 44 và 48 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018, trong đó có cả nội dung tổ chức lấy ý kiến. Tuy nhiên, việc lấy ý kiến nội dung điều chỉnh và trách nhiệm giải trình về việc điều chỉnh lại không được quy định chi tiết. Điều 59 Thông tư số 29/2014/TT-BTNMT hướng dẫn cụ thể trình tự điều chỉnh quy hoạch sử dụng đất cũng không quy định về nội dung này.

Tóm lại, quy định hiện hành về giải đáp nội dung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện tồn tại một số hạn chế sau: Không quy định về lấy ý kiến đối với kế hoạch sử dụng đất hằng năm; chỉ lấy ý kiến quy hoạch sử dụng đất hai trong số sáu nội dung và rất khó triển khai chi tiết khi lấy ý kiến; báo cáo tổng hợp, tiếp thu và giải trình ý kiến đóng góp không phải bắt buộc có trong hồ sơ khi phê duyệt quy hoạch. Quá trình điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất chưa đề cập đến công tác lấy ý kiến và trách nhiệm giải đáp, làm rõ những vấn đề liên quan như: Nội dung, lý do và ảnh hưởng của việc điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Chất lượng quy hoạch ảnh hưởng rất lớn đến hiệu quả sử dụng đất và quá trình phát triển kinh tế - xã hội của địa phương, đất nước. Lợi ích cục bộ, thiếu thống nhất, tham nhũng về đất đai, tình trạng xin đất giữ chỗ trong công tác quy hoạch sử dụng đất là những sai phạm đã tồn tại ở nước ta và đặt ra vấn đề xem xét trách nhiệm⁵. Trách nhiệm đó là nội dung thứ hai của trách nhiệm giải trình, là khả năng gánh chịu trách nhiệm về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Căn cứ quy định tại Điều 42, 44 và 45 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018: Ủy ban nhân dân cấp huyện tổ chức lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện; Phòng Tài nguyên và Môi trường có trách nhiệm lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện. Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp tỉnh quyết định thành lập Hội đồng thẩm định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh sẽ quyết định phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện. Sau khi phê duyệt, công bố công khai Ủy ban nhân dân cấp huyện có trách nhiệm thực hiện. Như vậy, có hai chủ thể chính ảnh hưởng trực tiếp đến kết quả lập và thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện là: Ủy ban nhân dân cấp huyện (chủ thể tổ chức lập và chịu trách nhiệm thực hiện sau khi phê duyệt) và Ủy ban nhân dân cấp tỉnh (chủ thể phê duyệt). Hằng năm, Ủy ban nhân dân cấp huyện phải báo cáo với Ủy ban nhân dân cấp tỉnh về công tác thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất⁶.

Quy định cụ thể về trách nhiệm khi xảy ra sai phạm trong quy hoạch, kế hoạch sử

⁵ Tuấn Anh, “Bất cập, thiếu sót trong quy hoạch sử dụng đất”, <http://www.nhandan.com.vn/quoituan/item/18902002-.html>, truy cập ngày 26/3/2019.

⁶ Điều 50 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018.

dụng đất tại Điều 207 Luật Đất đai năm 2013: Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn làm trái quy định pháp luật trong thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự. Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 97 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 01/2017/NĐ-CP còn quy định chi tiết các hành vi vi phạm trong hoạt động quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất như: Không tổ chức lập, điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất kịp thời theo quy định, không thực hiện đúng quy định lấy ý kiến nhân dân... Tuy nhiên, Điều 229 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) quy định về tội vi phạm quy định về quản lý đất đai không đề cập đến sai phạm trong quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Đồng thời, trách nhiệm kỷ luật hay trách nhiệm hình sự hiện nay chỉ đề cập đến cá nhân cán bộ, công chức (pháp nhân bị truy cứu trách nhiệm hình sự cũng chỉ là pháp nhân thương mại). Như vậy, có thể nói, trách nhiệm pháp lý chỉ đặt ra đối với hành vi sai phạm của cá nhân cán bộ, công chức khi làm trái với quy hoạch, kế hoạch đã được phê duyệt (như hành vi cho phép chuyển mục đích sử dụng đất, giao đất, thu hồi đất trái quy hoạch sử dụng đất đã phê duyệt). Trách nhiệm trong trường hợp để quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất thiếu khả thi, rơi vào tình trạng “quy hoạch treo”⁷,

⁷ Quy hoạch đã được công bố để triển khai thực hiện, nhưng sau 03 năm từ khi công bố vẫn không triển khai thực hiện, không điều chỉnh, không hủy bỏ. Xem thêm hậu quả của quy hoạch treo và những bất cập trong quy hoạch hiện nay đặt ra vấn đề xem xét trách nhiệm của chủ thể liên quan đến quy hoạch sử dụng đất qua bài trả lời phỏng vấn của PGS.TS. Nguyễn Minh Hòa trên báo Sài Gòn giải phóng tại: <http://www.sggp.org.vn/con-nhieu-bat-cap-trong-cong-tac-quy-hoach-552610.html>, truy cập ngày 28/3/2019.

quy hoạch sử dụng đất kém hiệu quả, quy hoạch thiếu thống nhất, chồng chéo, lãng phí tài nguyên đất đai... là những hậu quả từ chất lượng của quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã phê duyệt vẫn chưa được pháp luật quy định cụ thể. Điểm khó nhất khi xác định trách nhiệm để xử lý vi phạm trong trường hợp này là thẩm quyền tổ chức xây dựng, phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đều là thẩm quyền tập thể; được cá thể hóa.

3.2. Công khai thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện

Công khai thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất góp phần nâng cao tính minh bạch, hạn chế tham nhũng trong quản lý đất đai; tác động tích cực đến thị trường bất động sản. Bên cạnh việc đảm bảo công khai thông tin thì chất lượng của thông tin và phương thức tiếp cận thông tin cũng là vấn đề cần được nâng cao, nhất là khi Luật Tiếp cận thông tin đã có hiệu lực thi hành. Trong phạm vi nội dung này, tác giả sẽ phân tích theo hai hướng tiếp cận thông tin: Một là, thông tin do cơ quan nhà nước buộc phải công bố công khai; hai là, thông tin được cung cấp theo yêu cầu của người dân.

Thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện buộc phải công bố, công khai theo quy định tại Điều 48 Luật Đất đai sửa đổi, bổ sung năm 2018. Cụ thể, sau khi được phê duyệt, Ủy ban nhân dân cấp huyện có trách nhiệm công bố công khai toàn bộ nội dung quy hoạch sử dụng đất cấp huyện tại trụ sở cơ quan, trên cổng thông tin điện tử của Ủy ban nhân dân cấp huyện; công bố công khai toàn bộ nội dung quy hoạch sử dụng đất cấp huyện có liên quan đến xã, phường, thị trấn tại trụ sở Ủy ban nhân dân cấp xã. Việc công bố công khai được thực hiện chậm nhất là 15 ngày

kể từ ngày được cơ quan nhà nước có thẩm quyền phê duyệt và thực hiện trong suốt kỳ quy hoạch, kế hoạch.

Tuy nhiên, toàn bộ nội dung quy hoạch sử dụng đất, kế hoạch sử dụng đất có rất nhiều thông số kỹ thuật trong quản lý đất đai và bản đồ mang tính chuyên môn nên khi công bố công khai, người dân cũng rất khó biết và hiểu hết thông tin; công khai quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất chưa sâu rộng, tính minh bạch trong thực hiện quy hoạch ở một số địa phương chưa cao⁸. Thực tế, người dân cũng gặp nhiều khó khăn trong tiếp cận quy hoạch, tồn tại hiện tượng lầy lý do bí mật để từ chối công bố quy hoạch⁹. Bản đồ và tỉ lệ thu nhỏ của bản đồ công bố công khai hiện nay rất khó để xác định chính xác thông tin từng thửa đất. Đặc biệt, đối với người dân không sinh sống trong khu vực khi xem bản đồ quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất rất khó xác định vị trí khu đất/thửa đất trên bản đồ. Thông qua bản đồ, người dân chỉ có thể biết được mục đích sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Trong khi đó, rất khó xác định các thông tin chi tiết quan trọng khác như: Đất có trong phạm vi thu hồi thực hiện dự án hay không, ranh giới giải phóng mặt bằng thực hiện dự án... Một giải pháp đột phá về công bố thông tin quy hoạch đã được chính quyền thành phố Hồ Chí Minh thực hiện đó là xây dựng cơ sở dữ liệu điện tử về thông tin quy hoạch của cả thành phố để tra cứu dễ dàng tại trang web <http://thongtinquy>

⁸ Trường Giang, “Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất: Thiếu đồng bộ”, <https://baotainguyenmoitruong.vn/tai-nguyen/quy-hoach-ke-hoach-su-dung-dat-thieu-dong-bo-1267258.html>, truy cập ngày 28/3/2019.

⁹ Thành Nam, “Lấy lý do bí mật để không công khai quy hoạch”, <https://www.tienphong.vn/xa-hoi/lay-ly-do-bi-mat-de-khong-cong-khai-quy-hoach-1341458.tpo>, truy cập ngày 25/3/2018.

hoach.hochiminhcity.gov.vn hoặc tải ứng dụng *Thông tin quy hoạch Tp. HCM* trên hệ điều hành Android và iOS để cài vào điện thoại. Sau đó, người dân có thể định vị, xác định vị trí chính xác trên bản đồ để xem thông tin quy hoạch. Đây là một trong những giải pháp tích cực trong trách nhiệm bắt buộc của Nhà nước công khai thông tin, đảm bảo người dân dễ dàng tiếp cận và mức độ chính xác, chi tiết của thông tin.

Thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được cung cấp theo yêu cầu của người dân được quy định tại Điều 9 Thông tư số 34/2014/TT-BTNMT ngày 30/6/2014 quy định về xây dựng, quản lý, khai thác hệ thống thông tin đất đai với hai hình thức khai thác bằng phiếu yêu cầu hoặc văn bản tại cơ quan có thẩm quyền cung cấp dữ liệu đất đai. Căn cứ vào mẫu số 01/PYC ban hành kèm theo Thông tư số 34/2014/TT-BTNMT, các thông tin về thửa đất mà cá nhân, tổ chức có thể yêu cầu cung cấp bao gồm thông tin về quy hoạch sử dụng đất. Thực tiễn cho thấy, thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là một nhân tố rất quan trọng, quyết định việc giao dịch và giá cả đất đai nên các bên trong giao dịch rất cần thông tin chính xác từ cơ quan nhà nước.

Tuy nhiên, các thông tin được cung cấp có đảm bảo chất lượng và thỏa mãn yêu cầu của người dân hay không vẫn là vấn đề bỏ ngỏ. Bởi, chúng ta không quy định cụ thể về mức độ chi tiết của các thông tin cần giải đáp, cũng không ban hành biểu mẫu giải đáp thông tin theo yêu cầu. Bên cạnh đó, Điều 9 Thông tư số 34/2014/TT-BTNMT quy định thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là một trong những thông tin không cần trả phí khi khai thác. Những quy định trên có thể dẫn đến tình trạng cung cấp thông tin chung chung, không chính xác,

không thỏa mãn yêu cầu cung cấp. Vấn đề hiệu lực của thông tin được cung cấp cũng chưa được quy định cụ thể. Một thực trạng về thông tin liên quan đến quy hoạch đất đai hiện nay cần khắc phục đó là dữ liệu về thửa đất ở cấp huyện do Phòng Tài nguyên và Môi trường quản lý, nhưng dữ liệu thông tin quy hoạch xây dựng, cấp phép xây dựng... của thửa đất do Phòng quản lý đô thị/Phòng kinh tế - hạ tầng quản lý. Trong khi đó, thông tin bản đồ quản lý của hai đơn vị này chưa thống nhất nhau, chồng chéo nhau¹⁰.

Tóm lại, thực trạng công khai thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất ở nước ta hiện nay có nhiều chuyển biến tích cực, việc niêm yết công khai các bản đồ quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện được đảm bảo thực hiện ở địa phương. Tuy nhiên, việc người dân biết và hiểu rõ thông tin quy hoạch sử dụng đất đối với thửa đất cụ thể vẫn gặp nhiều khó khăn. Việc yêu cầu cung cấp thông tin quy hoạch qua hình thức phiếu yêu cầu cung cấp thông tin chưa được quy định chi tiết về nội dung cung cấp, chủ thể và thời gian thực hiện cũng như trách nhiệm đối với thông tin đã cung cấp. Thông tin quy hoạch sử dụng đất ở các cơ quan chuyên môn chưa thống nhất, còn chồng chéo là một trong những bất cập ảnh hưởng đến chất lượng thông tin cần được khắc phục.

4. Kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật về trách nhiệm giải trình và công khai thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất

¹⁰ Trang thông tin điện tử Bộ Xây dựng, “Tích hợp hai hệ thống quy hoạch sử dụng đất đô thị trong một hành lang pháp lý”, <http://www xaydung.gov.vn/en/web/guest/trang-chi-tiet/-/tin-chi-tiet/Z2jG/86/455136/tich-hop-hai-he-thong-quy-hoach-su-dung-dat-do-thi-trong-mot-hanh-lang-phap-ly.html>, truy cập ngày 25/3/2019.

Trước những hạn chế trong quy định pháp luật và thực tiễn về trách nhiệm giải trình và công khai thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện, tác giả đề xuất một số giải pháp cụ thể sau:

Thứ nhất, cần bổ sung quy định về lấy ý kiến và giải trình cụ thể nội dung kế hoạch sử dụng đất hàng năm cấp huyện do mức độ chi tiết và sự ảnh hưởng trực tiếp của kế hoạch sử dụng đất hàng năm tác động đến người sử dụng đất. Cần quy định cụ thể trách nhiệm giải đáp thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất và giá trị của ý kiến đóng góp, giải đáp về việc phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Cụ thể, giải đáp không chỉ dừng lại ở việc công bố công khai Báo cáo tổng hợp, tiếp thu, giải trình các ý kiến đóng góp trên trang thông tin điện tử của Ủy ban nhân dân cấp huyện, mà phải gửi đến từng người đóng góp ý kiến. Trường hợp cần thiết phải tổ chức đối thoại với những người không đồng ý với quy hoạch, kế hoạch. Bên cạnh đó, bổ sung quy định thành phần hồ sơ trình thẩm định và phê duyệt phải có bản tổng hợp ý kiến đóng góp và tiếp thu, giải trình về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất có xác nhận của Mặt trận tổ quốc cùng cấp và đại diện người đóng góp ý kiến. Điều này nhằm nâng cao trách nhiệm và chất lượng của các giải đáp, cũng như cơ quan phê duyệt sẽ hiểu được ý kiến, mức độ đồng thuận của nhân dân với quy hoạch, kế hoạch.

Đồng thời, bổ sung quy định chi tiết về nội dung lấy ý kiến và giải đáp các ý kiến liên quan đến điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Cụ thể, Ủy ban nhân dân cấp huyện phải giải trình rõ lý do, nội dung và ảnh hưởng của việc điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã phê duyệt và công bố công khai đến nhân dân. Quy

định cụ thể trách nhiệm giải đáp về việc điều chỉnh quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất không chỉ đảm bảo tính minh bạch của việc điều chỉnh, mà còn góp phần ngăn ngừa lợi ích nhóm, tham nhũng từ việc điều chỉnh.

Thứ hai, hoàn thiện quy định về khả năng chịu trách nhiệm đối với quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đã phê duyệt. Nhà nước với tư cách đại diện chủ sở hữu, thống nhất quản lý đất đai trong phạm vi cả nước và có quyền quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất vì thế cần phải chịu trách nhiệm trước chủ sở hữu – nhân dân về những quyết định của mình. Trách nhiệm giải trình sẽ không phát huy được ý nghĩa trong quản lý nhà nước nếu chỉ đề cập đến trách nhiệm giải đáp, mà không bàn về khả năng gánh chịu hậu quả pháp lý của chủ thể có trách nhiệm giải trình. Việc quy định thẩm quyền quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là thẩm quyền tập thể nhằm có sự phản biện và góc nhìn đa chiều, hạn chế lợi ích nhóm, phát huy sức mạnh tập thể, tránh sự độc đoán chuyên quyền trong phê duyệt quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Tuy nhiên, không thể vì tập thể quyết định mà bỏ qua trách nhiệm cho những sai phạm trong công tác quy hoạch sử dụng đất. Pháp luật cần quy định cá thể hóa trách nhiệm pháp lý đối với các sai phạm trong công tác quy hoạch. Việc quy định cụ thể các sai phạm phải gắn với trách nhiệm pháp lý tương xứng; xóa bỏ tình trạng “trách nhiệm tập thể” làm bình phong cho những quy hoạch treo, quy hoạch gây thiệt hại kinh tế, hiệu quả sử dụng tài nguyên đất.

Thứ ba, công khai thông tin quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cần đảm bảo sự thống nhất, chính xác ở tất cả các đơn vị quản lý có liên quan, cụ thể là ngành Tài nguyên và

Môi trường với ngành Xây dựng. Bên cạnh đó, phương thức và nội dung thông tin được công bố công khai cần được quy định chi tiết; đảm bảo gắn với từng thửa đất và người dân dễ tiếp cận. Nghiên cứu đánh giá và nhân rộng ứng dụng tra cứu thông tin quy hoạch thành phố Hồ Chí Minh đang triển khai. Bên cạnh việc hoàn thiện thông tin quy hoạch sử dụng đất, tác giả cho rằng, cần tích hợp tất cả các thông tin liên quan đến thửa đất chứ không chỉ thông tin về quy hoạch như: Thông tin về quy hoạch xây dựng, giá đất, giao dịch, quyền của người sử dụng... Trong đó, cho phép những thông tin tra cứu miễn phí và những thông tin tra cứu phải trả phí. Bên cạnh đó, Thông tư số 34/2014/TT-BTNMT cần bổ sung quy định chi tiết về mức độ thông tin công khai; cần ban hành biểu mẫu cung cấp thông tin tương thích với phiếu yêu cầu cung cấp dữ liệu đất đai (mẫu số 01/PYC trong Thông tư) nhằm đảm bảo mức độ chi tiết và rõ ràng, chính xác của các thông tin được cung cấp. Đồng thời, bổ sung quy định về thời gian có hiệu lực của thông tin quy hoạch được cung cấp, trách nhiệm của cơ quan, đơn vị cung cấp thông tin khi cung cấp không chính xác và gây thiệt hại cho người sử dụng thông tin đó.

Hoàn thiện cơ sở dữ liệu đất đai và pháp luật về trách nhiệm giải trình, công khai thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất là điều kiện cơ bản để nâng cao chất lượng quản lý, sử dụng đất đai ở nước ta. Thực hiện tốt hai nội dung trên sẽ tạo được sự đồng thuận cao trong cộng đồng khi triển khai thực hiện quy hoạch, nâng cao chất lượng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, phòng chống tham nhũng trong quản lý đất đai và tác động tích cực đến thị trường bất động sản ở nước ta.