



ISSN 1859-3631

Nghề Luật

Legal Professions Review

TẠP CHÍ KHOA HỌC CỦA HỌC VIỆN TƯ PHÁP

**KỶ NIỆM 76 NĂM THÀNH LẬP
NGÀNH TƯ PHÁP VIỆT NAM
28/8/1945 - 28/8/2021**



- **MỘT SỐ TIÊU CHÍ CẦN THIẾT CHO VIỆC XÂY DỰNG CƠ QUAN PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG Ở VIỆT NAM**
- **MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN THỪA KẾ THẾ VỊ LIÊN QUAN ĐẾN HOẠT ĐỘNG CÔNG CHỨNG**
- **ĐỊNH HƯỚNG ĐÀO TẠO NGHỀ CÔNG CHỨNG CHẤT LƯỢNG CAO TẠI HỌC VIỆN TƯ PHÁP**

**SỐ 08
NĂM 2021**

Tổng biên tập

NGUYỄN XUÂN THU

Phó Tổng biên tập

NGUYỄN THANH PHÚ

NGUYỄN MINH HẰNG

Thư ký Tòa soạn

ĐỖ THỊ THU HẰNG

Hội đồng cố vấn

GS.TSKH. LÊ CẨM

GS.TS. TRẦN NGỌC ĐƯỜNG

PGS.TS. PHẠM HỒNG HẢI

GS.TS. HOÀNG THẾ LIÊN

GS.TS. NGUYỄN THỊ MƠ

TS. KHUẤT VĂN AN

PGS.TS. PHẠM HỮU NGHỊ

TS. ĐẶNG QUANG PHƯƠNG

TS. NGUYỄN VĂN QUYÊN

GS.TS. LÊ MINH TÂM

GS.TS. NGUYỄN XUÂN YÊM

Ban biên tập

NGUYỄN XUÂN THU

LÊ MAI ANH

NGUYỄN THANH PHÚ

NGUYỄN MINH HẰNG

TRẦN THANH PHƯƠNG

ĐỖ THỊ THU HẰNG

LÊ THU HẰNG

TRẦN MINH TIẾN

ĐỒNG THỊ KIM THOA

PHẠM THỊ THÚY HỒNG

NGUYỄN THỊ VĂN ANH

NGÔ THỊ NGỌC VĂN

Trụ sở Tòa soạn

Số 9 Đường Trần Vỹ

Mai Dịch, Cầu Giấy, Hà Nội

Tel: (84.024) 7 566 129 (128-118)

Fax: (84. 024) 8361267

Email: ngheluathvtp@gmail.com

Chế bản tại

Công ty TNHH một thành viên

In Quân đội 1

Giấy phép xuất bản số 1114/GP-BVHTT

Ngày 22 tháng 6 năm 2012

In tại Cty TNHH một thành viên In Quân đội 1

MỤC LỤC

Trang

CẢI CÁCH TƯ PHÁP

- Một số tiêu chí cần thiết cho việc xây dựng cơ quan phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam 3

Nguyễn Thị Thương Huyền

NGHIÊN CỨU TRAO ĐỔI

- Một số bất cập trong quy định về quyền thừa kế thế vị liên quan đến hoạt động công chứng 10

Hoàng Thị Hải Yến

Hồ Thị Bảo Ngọc

- Bảo đảm pháp lý thúc đẩy sự phát triển kinh tế tư nhân ở nước ta hiện nay 16

Lê Vương Long

- Vấn đề kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư trong thực tiễn giải quyết tranh chấp bằng trọng tài đầu tư quốc tế 24

Nguyễn Thị Anh Thơ

- Pháp luật về tổ chức hoà giải thương mại theo quy định tại Nghị định số 22/2017/NĐ-CP của Chính phủ - Thực trạng và hướng hoàn thiện 30

Vũ Huy Hoàng

Ngô Thị Thu Huyền

- Giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế bằng phương thức hoà giải thương mại tại Việt Nam 36

Nguyễn Mai Linh

- Hoàn thiện pháp luật sở hữu trí tuệ liên quan đến hành vi sao chép và trích dẫn tác phẩm tại các cơ sở giáo dục đại học hiện nay 42

Vũ Thị Hồng Yến

- Kiểm soát hàng hoá giả mạo về sở hữu trí tuệ trong thông quan hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu ở Việt Nam 48

Hứa Thị Hồng

Nguyễn Thị Ngọc Bích

- Giải pháp nâng cao hiệu quả công tác khám nghiệm hiện trường trong vụ án trộm cắp tài sản và bài học kinh nghiệm 54

Bùi Trung Thành

- Xoá án tích đối với người dưới 18 tuổi phạm tội – Một số bất cập và hướng hoàn thiện 59

Nguyễn Văn Tùng

Đỗ Lương Thiện

- Xét xử lưu động vụ án hình sự 64

Cao Thị Ngọc Hà

Tống Thị Thanh Thanh

- Nâng cao hiệu quả phòng, chống tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai 69

Phạm Thị Hồng Nhung

- Hoạt động của kiểm sát viên tại phiên toà xét xử sơ thẩm vụ án hình sự 74

Đặng Văn Thục

ĐÀO TẠO BỒI DƯỠNG

- Đào tạo, bồi dưỡng kiến thức, kỹ năng marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư – Nhu cầu cấp thiết tại Việt Nam 79

Nguyễn Thị Minh Huệ

- Định hướng đào tạo nghề công chứng chất lượng cao tại Học viện Tư pháp 85

Trần Minh Tiến

JUDICIAL ACADEMY

Legal Professions Review

Vol 8
2021

Editor in Chief

NGUYEN XUAN THU

Deputy Editor in chief

NGUYEN THANH PHU
NGUYEN MINH HANG

Sub Editor

DO THI THU HANG

Advisory Board

LE CAM, Prof. Sc. PhD.
TRAN NGOC DUONG, Prof. PhD.
PHAM HONG HAI, Assoc.Prof.PhD
HOANG THE LIEN, Prof. PhD
NGUYEN THI MO, Prof. PhD.
KHUAT VAN NGA, PhD.
PHAM HUU NGHI, Assoc.Prof.PhD
DANG QUANG PHUONG, PhD.
NGUYEN VAN QUYEN, PhD.
LE MINH TAM, Prof. PhD.
NGUYEN XUAN YEM, Prof. PhD.

Editorial Board

NGUYEN XUAN THU
LE MAI ANH
NGUYEN THANH PHU
NGUYEN MINH HANG
TRAN THANH PHUONG
DO THI THU HANG
LE THU HANG
TRAN MINH TIEN
DONG THI KIM THOA
PHAM THI THUY HONG
NGUYEN THI VAN ANH
NGO THI NGOC VAN

Headquarters

9 Tran Vy
Mai Dich - Cau Giay - Ha Noi
Tel: (84.024) 7 566 129 (128-118)
Fax: (84. 024) 8361267
Email: ngheluathvtp@gmail.com

Mock-up

Army Print No1 one Member
Limited Liability company

Publication license no.1114/GP-BVHTT
Dated June 22 2012

Army Print No1 one Member
Limited Liability company

TABLE OF CONTENTS

LEGAL REFORM

Page

- Some criteria necessary for developing agency of corruption prevention in Vietnam 3

Nguyen Thi Thuong Huyen

RESEARCH AND DISCUSSION

- Some shortcomings in regulations on inheritance by substitution related to notarial activity 10

*Hoang Thi Hai Yen
Ho Thi Bao Ngoc*

- Legal security to boost private economic development in our country recently. 16

Le Vuong Long

- Legitimate expectations of investors in settling disputes by international investment arbitration 24

Nguyen Thi Anh Tho

- Legal regulations on commercial mediation under the Decree No. 22/2017/NĐ-CP of the Government-Situation and recommendations for finalization 30

*Vu Huy Hoang
Ngo Thi Thu Huyen*

- Settling disputes of international construction contracts via commercial mediation in Vietnam 36

Nguyen Mai Linh

- Finalizing laws of intellectual property rights related to copying citations from works at universities recently. 42

Vu Thi Hong Yen

- Controlling Intellectual property counterfeit goods in customs clearance of imported and exported goods in Vietnam 48

*Hua Thi Hong
Nguyen Thi Ngoc Bich*

- Solutions to enhance efficiency of scene examination in theft cases and experiences 54

Bui Trung Thanh

- Expungement of conviction for juvenile offenders-Shortcomings and recommendations for finalization 59

*Nguyen Van Tung
Do Luong Thien*

- Mobile court hearing of criminal cases 64

*Cao Thi Ngoc Ha
Tong Thi Thanh Thanh*

- Enhancing efficiency of preventing crimes of violating legal regulations on land management 69

Pham Thi Hong Nhung

- Prosecutors' activities at the first-instance trial of criminal cases 74

Dang Van Thuc

TRAINING AND RETRAINING

- Training, retraining knowledge, skills of marketing for lawyers and law-practicing organizations-Urgent demand in Vietnam 79

Nguyen Thi Minh Hue

- Orientation of training notaries with high quality at Judicial Academy 85

Tran Minh Tien

MỘT SỐ TIÊU CHÍ CẦN THIẾT CHO VIỆC XÂY DỰNG CƠ QUAN PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG Ở VIỆT NAM

Nguyễn Thị Thương Huyền¹

Tóm tắt: Công tác phòng, chống tham nhũng (PCTN) ở Việt Nam trong thời gian qua đã đạt được một số kết quả nhất định. Tuy nhiên, kết quả đạt được vẫn chưa đáp ứng được yêu cầu của toàn Đảng, toàn dân. Để công tác PCTN đạt hiệu quả cao, Việt Nam cần nghiên cứu và học tập mô hình các cơ quan phòng, chống tham nhũng của các nước trên thế giới. Những nội dung Việt Nam cần chú trọng để xây dựng mô hình cơ quan PCTN hiệu quả, đó là: Cơ quan PCTN cần có vị trí độc lập, bộ máy tổ chức gọn nhẹ, linh hoạt; được trang bị những điều kiện, phương tiện làm việc thuận lợi để kịp thời phát hiện và xử lý tham nhũng; đội ngũ cán bộ, công chức trực tiếp tham gia công tác phòng, chống tham nhũng phải là những người có phẩm chất đạo đức tốt, liêm chính, có năng lực, trình độ, bản lĩnh...

Từ khóa: Cơ quan phòng chống tham nhũng, độc lập, cơ sở vật chất, con người.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: The anti-corruption in Vietnam over the past years has achieved certain results. However, the achieved results have not yet met requirements of the entire Party and the people. To have an effective anti-corruption, Vietnam needs to study and learn model of anti-corruption from other countries in the world. The contents that Vietnam needs to focus to build an effective anti-corruption include: The anti-corruption agency needs to have an independent position, a compact and flexible organizational structure, being equipped with favorable working conditions and means to promptly detect and handle corruption; the contingent of cadres and civil servants directly participating in the anti-corruption work must have good moral qualities, integrity, capacity, qualifications and bravery...

Keywords: Anti-corruption agency, independence, infrastructure, human.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

Đảng và Nhà nước ta xác định PCTN là nhiệm vụ của toàn bộ hệ thống chính trị. Thời gian qua, một loạt các vụ án tham nhũng đã được đưa ra xét xử như: Vụ án Đinh La Thăng và đồng phạm; Vụ án Trịnh Xuân Thanh và đồng phạm; Vụ án Phan Văn Vĩnh (nguyên Trung tướng, Tổng cục trưởng Tổng cục Cảnh sát), Nguyễn Thanh Hóa (nguyên Thiếu tướng, Cục trưởng

Cục Cảnh sát phòng chống tội phạm công nghệ cao), Nguyễn Văn Dương và đồng phạm²... Công tác đấu tranh phòng, chống tham nhũng đã có những kết quả đáng ghi nhận. Tuy nhiên, đây vẫn chỉ là những con số khiêm tốn.

Quá trình tổng kết việc thực hiện công tác PCTN cho thấy tổ chức và hoạt động của các cơ quan PCTN còn nhiều khó khăn vướng mắc: Các

¹ Thạc sỹ, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

² Vụ án Đinh La Thăng và đồng phạm phạm tội “Có ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng” và “Tham ô tài sản” xảy ra tại Tập đoàn Dầu khí Việt Nam (PVN); Vụ án Trịnh Xuân Thanh và đồng phạm phạm tội “Có ý làm trái quy định của Nhà nước về quản lý kinh tế gây hậu quả nghiêm trọng” và “Tham ô tài sản” xảy ra tại Tổng Công ty Cổ phần Xây lắp dầu khí Việt Nam – PVC và Công ty Cổ phần Bất động sản Điện lực dầu khí Việt Nam – PVP Land; Vụ án Phan Văn Vĩnh (nguyên Trung tướng, Tổng cục trưởng Tổng cục Cảnh sát), Nguyễn Thanh Hóa (nguyên Thiếu tướng, Cục trưởng Cục Cảnh sát phòng chống tội phạm công nghệ cao), Nguyễn Văn Dương và đồng phạm phạm tội “Sử dụng mạng Internet thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản”, “Tổ chức đánh bạc”, “Đánh bạc”, “Mua bán trái phép hóa đơn”, “Rửa tiền”, “Đưa hối lộ” và “Lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ” xảy ra tại tỉnh Phú Thọ và một số địa phương.



cơ quan có chức năng PCTN chưa được kiện toàn; việc phối hợp giữa các cơ quan có chức năng PCTN chưa hiệu quả; năng lực thực thi pháp luật của cán bộ, công chức (CBCC) trong công tác PCTN còn nhiều hạn chế; cơ sở vật chất còn nhiều khó khăn, phương tiện kỹ thuật nghiệp vụ chưa được trang bị đầy đủ...

Theo khuyến nghị của Liên hợp quốc, để công tác PCTN đạt hiệu quả, cơ quan chống tham nhũng phải đáp ứng các tiêu chí được quy định tại Điều 6, Điều 36 Công ước chống tham nhũng năm 2003³, cụ thể: Các cơ quan có chức năng chống tham nhũng phải có tính chất độc lập. Các cơ quan này phải có những quyền hạn nhất định, được áp dụng các biện pháp mạnh mẽ, độc lập trong hoạt động và được bảo vệ tốt (tiêu chí về thiết chế), bộ máy tổ chức phải gọn nhẹ, linh hoạt, có thể tiến hành các chiến dịch chống tham nhũng trên quy mô rộng lớn, được trang bị những điều kiện, phương tiện làm việc thuận lợi để kịp thời phát hiện và xử lý tham nhũng (tiêu chí về cơ sở hạ tầng); cán bộ, công chức trực tiếp tham gia công tác PCTN phải là những người có phẩm chất đạo đức tốt, liêm chính, có năng lực, trình độ, bản lĩnh trung thành với Tổ quốc (tiêu chí về con người).

1. Tiêu chí về thiết chế

1.1. Mô hình các cơ quan phòng chống tham nhũng trên thế giới

Hiện nay, PCTN là nhiệm vụ được quan tâm đặc biệt bởi hầu hết các quốc gia trên thế giới. Mô hình tổ chức của các cơ quan PCTN trên thế giới được chia làm bốn loại, gồm:

Mô hình thứ nhất: Cơ quan chống tham nhũng độc lập được thành lập từ Trung ương đến địa phương với quyền hạn rộng lớn, hệ thống pháp luật PCTN đồng bộ, chặt chẽ. Mô hình này được áp dụng chủ yếu tại các nước đang phát triển như: Malaysia, Singapore, Indonesia...;

Mô hình thứ hai: Cơ quan có chức năng chống tham nhũng thuộc các cơ quan bảo vệ pháp luật, với các quy định pháp luật khá đầy đủ và chặt chẽ (Cục điều tra tham nhũng của Bộ Tư

pháp Đài Loan, Cục chống tham nhũng của cơ quan Giám sát hành chính Ai Cập...);

Mô hình thứ ba: Cơ quan thanh tra, giám sát, trao thêm các quyền hạn đặc biệt để chống tham nhũng như Ban thanh tra và Kiểm toán Hàn Quốc, Bộ giám sát hành chính Trung Quốc...;

Mô hình thứ tư: Không thành lập cơ quan chuyên trách hoặc cơ quan có thẩm quyền riêng mà coi chống tham nhũng là một trong những nhiệm vụ đấu tranh chống các loại tội phạm khác và trách nhiệm thuộc các cơ quan bảo vệ pháp luật, không xây dựng hệ thống pháp luật riêng để điều chỉnh vấn đề này. Mô hình này được áp dụng chủ yếu ở các nước phát triển – nơi có bộ máy nhà nước và hệ thống pháp luật khá hoàn chỉnh như: Đức, Pháp, Đan Mạch, Hà Lan...

Xem xét các mô hình trên thực tế, chúng ta có thể thấy rằng, ở các nước có cơ quan chống tham nhũng chuyên trách, công tác PCTN đạt hiệu quả cao. Hồng Kông và Singapore là những trường hợp điển hình.

Ủy ban chống tham nhũng độc lập của Hồng Kông được thành lập năm 1974 với nhiệm vụ, quyền hạn rất lớn; có đội ngũ nhân viên trung thành, tinh nhuệ, có bản lĩnh, được trả lương cao. Cơ quan này được đánh giá là một trong những cơ quan chống tham nhũng hiệu quả cao. Sau hai mươi năm, cơ quan này đã làm thay đổi bộ mặt của Hồng Kông.

Cục điều tra chống tham nhũng CPIB của Singapore cũng là cơ quan chuyên trách, độc lập, cơ quan này trực thuộc Thủ tướng và được toàn quyền hành động chống lại bất cứ trường hợp tham nhũng bất kể ở cấp nào, vị trí, đảng phái nào, màu da, dân tộc nào. Từ đó, hoạt động chống tham nhũng được tiến hành trên một nền tảng pháp lý hiệu lực và một bộ máy trừng trị hiệu quả⁴. Qua ba mươi năm hoạt động đã chiếm được lòng tin và sự ủng hộ mạnh mẽ của công chúng trong cuộc đấu tranh chống tham nhũng ở nước này. Từ một đất nước đầy rẫy tham nhũng, ngày nay khu vực công của Singapore là một trong những khu vực trong

³ Kể từ ngày 19/8/2009, Việt Nam chính thức trở thành thành viên của Công ước chống tham nhũng năm 2003.

⁴ Phan Xuân Sơn, Phạm Thế Lực (2008), *Nhận diện tham nhũng và các giải pháp phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 191.

sạch và hiệu quả nhất trên thế giới, gần như không còn tham nhũng lớn⁵.

Tuy nhiên, trước khi có mô hình PCTN độc lập, hoạt động hiệu quả như hiện nay, các nước này cũng đã trải qua thời gian “quá độ”. Trước đây, các nước này cũng xây dựng các cơ quan PCTN trong lực lượng cảnh sát, Bộ Tư pháp, Văn phòng Thủ tướng hoặc từ một cơ quan chức năng. Nhưng qua hoạt động, các tổ chức này đã gặp rất nhiều trở ngại, nhất là khi điều tra, khởi tố những người tham nhũng có chức vụ, quyền hạn. Do đó, cơ quan độc lập chống tham nhũng được ra đời nhằm hạn chế những khó khăn và trở ngại này⁶.

Với vị trí độc lập, các cơ quan PCTN mới có thể tự chủ trong mọi việc, mới có thể phát huy vai trò tích cực trong việc phát hiện và xử lý các hành vi tham nhũng. Hiện nay, do tính chất phức tạp và mức độ nghiêm trọng của tình hình tham nhũng, ngay cả nhiều nước theo mô hình thứ tư – là những nước phát triển, cũng đang có xu hướng thành lập các ủy ban hoặc cơ quan chống tham nhũng để độc lập tiến hành xem xét, điều tra hoặc tư vấn cho các cơ quan chức năng phát hiện, ngăn chặn và xử lý kịp thời các hành vi tham nhũng.

1.2. Các cơ quan có chức năng phòng chống tham nhũng ở Việt Nam hiện nay

Hiện nay, số lượng các cơ quan có chức năng PCTN ở Việt Nam tương đối nhiều. Chức năng PCTN được trao cho các cơ quan thuộc thanh tra Chính phủ và các cơ quan thanh tra nhà nước có chức năng PCTN, Kiểm toán nhà nước, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an, Ủy ban kiểm tra Đảng, Ban chỉ đạo Trung ương về PCTN và Ban Nội chính Trung ương. Cụ thể như sau:

Cơ quan thanh tra: Là cơ quan của Chính phủ, Bộ, Sở, Ủy ban nhân dân các cấp. Cơ quan này phòng ngừa (phát hiện, kiến nghị khắc phục những sơ hở trong cơ chế quản lý, chính sách, pháp luật), phát hiện, ngăn chặn hành vi tham nhũng, kiến nghị xử lý hành vi tham nhũng, tài sản tham nhũng thông qua công tác thanh tra,

giải quyết khiếu nại, tố cáo.

Kiểm toán nhà nước: Theo quy định của Luật kiểm toán năm 2005, Kiểm toán nhà nước là cơ quan chuyên môn về lĩnh vực kiểm tra tài chính nhà nước do Quốc hội thành lập, hoạt động độc lập và chỉ tuân theo pháp luật. Tổng Kiểm toán nhà nước do Quốc hội bầu, miễn nhiệm và bãi nhiệm theo đề nghị của Ủy ban thường vụ Quốc hội với nhiệm kỳ 5 năm theo nhiệm kỳ Quốc hội. Kiểm toán nhà nước được tổ chức và quản lý tập trung thống nhất gồm bộ máy điều hành, Kiểm toán nhà nước chuyên ngành, Kiểm toán nhà nước khu vực và các đơn vị sự nghiệp. Kiểm toán nhà nước có 3 chức năng là kiểm toán báo cáo tài chính, kiểm toán tuân thủ, kiểm toán hoạt động đối với cơ quan, tổ chức quản lý, sử dụng ngân sách, tiền và tài sản nhà nước.

Cơ quan điều tra: Cơ quan điều tra trong Công an nhân dân gồm Cục Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng, kinh tế, buôn lậu (gọi tắt là Cục Cảnh sát kinh tế) thuộc Bộ Công an, Phòng Cảnh sát kinh tế thuộc Công an cấp tỉnh, Đội Cảnh sát kinh tế thuộc Công an cấp huyện chịu trách nhiệm tiến hành điều tra, thu thập chứng cứ phạm tội, chuẩn bị cho việc truy tố các vụ án về tham nhũng (C48) được thành lập theo Quyết định số 01/2007/QĐ-BCA (X13) của Bộ trưởng Bộ Công an, có trách nhiệm chỉ đạo, hướng dẫn lực lượng Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng trong cả nước tiến hành các biện pháp phòng ngừa, phát hiện, điều tra, xử lý các loại tội phạm về tham nhũng; trực tiếp điều tra các vụ án tham nhũng thuộc thẩm quyền, tiếp nhận, tham gia điều tra tố tụng những vụ án tham nhũng theo thẩm quyền, được sử dụng các biện pháp nghiệp vụ đặc biệt nhằm làm tốt công tác phòng ngừa và điều tra tội phạm tham nhũng; tổ chức truy tìm, truy nã, truy bắt người phạm tội tham nhũng, kiểm tra, đôn đốc, theo dõi kết quả thực hiện việc truy nã, truy tìm theo quy định...

Ngày 24/4/2015, C48 được sáp nhập với Cục Cảnh sát điều tra tội phạm về trật tự quản

⁵ Ngân hàng Thế giới (2002), *Kiểm chế tham nhũng hướng tới một mô hình xây dựng sự trong sạch quốc gia*, Sách tham khảo, Nxb. Chính trị Quốc gia, Hà Nội.

⁶ Ban Nội chính Trung ương Đảng Cộng sản Việt Nam (2005), *Kinh nghiệm phòng, chống tham nhũng của một số nước trên thế giới*, Nxb. Chính trị Quốc gia, tr. 33-34.



lý kinh tế và chức vụ thành Cục Cảnh sát điều tra tội phạm về kinh tế và tham nhũng (C46). Các nhiệm vụ, quyền hạn trước đây của C48 được nhập vào C46 theo Quyết định số 1736/QĐ-BCA ngày 07/4/2015 của Bộ trưởng Bộ Công an. Cục này hướng dẫn lực lượng Cảnh sát điều tra tội phạm về kinh tế và tham nhũng trong cả nước tiến hành các biện pháp phát hiện, điều tra, xử lý các loại tội phạm về kinh tế và tham nhũng. Hiện nay, Cục Cảnh sát phòng, chống tội phạm về buôn lậu (C74) sáp nhập với Cục Cảnh sát điều tra tội phạm về kinh tế và tham nhũng (C46) thành Cục Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng, kinh tế, buôn lậu (C03) theo Nghị định số 01/NĐ-CP ban hành ngày 06/8/2018 của Chính phủ quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Công an.

Ngoài ra, hệ thống cơ quan điều tra trong quân đội nhân dân và của Viện Kiểm sát nhân dân tối cao cũng được giao nhiệm vụ tiến hành điều tra các vụ án hình sự về tội phạm, trong đó có tội phạm tham nhũng theo thẩm quyền, chủ yếu là trong phạm vi hoạt động của ngành đó.

Vụ thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án tham nhũng, Viện Kiểm sát nhân dân tối cao (VKSNDTC): VKSNDTC đã thành lập đơn vị chuyên trách là Vụ Thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án tham nhũng (Vụ 1B) (Quyết định số 121/QĐ-VKSTC-V9, ngày 26/9/2006). Cơ quan, đơn vị này là độc lập hoàn toàn, không bị chi phối bởi các cơ quan hành pháp, tư pháp. Theo Nghị quyết số 951/NQ-UBTVQH13 ngày 28/5/2015 của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Vụ này đã được đổi tên thành Vụ Thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án tham nhũng, chức vụ (viết tắt là V5).

Tại các Viện kiểm sát nhân dân cấp tỉnh đều thành lập riêng phòng chức năng hoặc lồng ghép chức năng này vào phòng chức năng nhất định. Ở cấp huyện, công tác này được giao cho một số kiểm sát viên. Bên cạnh Vụ 5, Viện kiểm sát nhân dân tối cao còn thành lập Vụ Thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án xâm phạm hoạt động tư pháp, tham nhũng, chức vụ xảy ra trong hoạt động tư pháp (Vụ 6) theo Quyết định số 442/QĐ-VKSTC-V15 ngày 01/7/2015. Vụ có

chức năng thực hành quyền công tố và kiểm sát điều tra án tham nhũng xảy ra riêng trong hoạt động tư pháp.

Tòa hình sự Tòa án nhân dân cấp cao, các Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Tòa án nhân dân cấp huyện tiến hành xét xử các tội phạm về tham nhũng.

Ngoài ra, Ban chỉ đạo Trung ương về PCTN ban đầu trực thuộc Chính phủ cũng là một công cụ để triển khai thực hiện chính sách PCTN, với kỳ vọng thúc đẩy sự phối hợp và giải quyết kịp thời những vướng mắc trong thực hiện chính sách. Tuy nhiên, sau một thời gian hoạt động không mấy hiệu quả và thiếu khách quan, năm 2013, Đảng Cộng sản Việt Nam đã tiếp quản vai trò của Ban chỉ đạo Trung ương về PCTN từ Chính phủ để giảm bớt sự can thiệp từ phía Chính phủ vào công tác này.

Như vậy, ở Việt Nam không tồn tại một cơ quan chống tham nhũng độc lập, tích hợp những thẩm quyền đặc biệt về phát hiện, điều tra, truy tố hành vi tham nhũng mà cùng lúc tồn tại nhiều cơ quan khác nhau, mỗi cơ quan có những chức năng riêng trong PCTN. Có thể thấy sự tồn tại cùng lúc nhiều cơ quan có chức năng chuyên trách trong PCTN đòi hỏi sự phối hợp rất chặt chẽ với nhau. Các vụ việc có dấu hiệu tội phạm tham nhũng được cơ quan thanh tra và Kiểm toán nhà nước phát hiện được xem xét chuyển sang cơ quan cảnh sát điều tra xem xét, tiếp tục điều tra, khởi tố vụ án. Viện kiểm sát truy tố vụ án tham nhũng ra trước Tòa. Quá trình điều tra của cơ quan cảnh sát và xét xử của Tòa án đều đặt dưới sự giám sát của Viện Kiểm sát nhân dân. Quá trình này các cơ quan đều có trách nhiệm thông báo, phối hợp với nhau để cung cấp, thu thập thông tin, tài liệu, giải quyết vụ việc, vụ án tham nhũng. Việc phối hợp được thực hiện theo nhiều văn bản như: Thông tư liên tịch số 02/2012/TTLT-VKSTC-TTTP-BCA-BQP quy định về phối hợp giữa cơ quan thanh tra, cơ quan điều tra và VKSND trong việc phát hiện, điều tra, xử lý các vụ việc có dấu hiệu tội phạm do Cơ quan thanh tra kiến nghị khởi tố; Thông tư liên tịch số 12/2011/TTLT-TTTP-VKSNDTC-TANDTC-KTNN-BQP-BCA quy định việc trao đổi, quản lý và sử dụng thông tin dữ liệu về PCTN.

1.3. Xây dựng cơ quan phòng, chống tham nhũng phù hợp với Việt Nam trên cơ sở học tập kinh nghiệm của nước ngoài

Nhìn vào số vụ án tham nhũng được đưa ra xét xử trong thời gian qua, có thể nói rằng việc có nhiều cơ quan cùng có chức năng PCTN đã không thật sự đem lại hiệu quả cao như mong đợi. Vì sao có nhiều cơ quan có chức năng PCTN nhưng công tác PCTN không hiệu quả? Đó là vì:

- Quy định pháp luật về chức năng PCTN của từng cơ quan chưa rõ ràng, khiến cho cùng một vụ việc, rất nhiều cơ quan có chức năng PCTN đều có thẩm quyền giải quyết, nên vô hình chung các cơ quan này có thể nảy ra tâm lý “đùn đẩy, lẫn tránh trách nhiệm”.

- Các cơ quan này không được trao quyền độc lập để quyết định mọi việc trong công tác PCTN. Điều này khiến cho các cơ quan dễ dàng rơi vào thế “bị động”, không thể tự mình quyết định mọi việc.

- Các quy định pháp luật về sự phối hợp giữa các cơ quan này mới chỉ mang tính chỉ đạo chung chung, thiếu cụ thể. Điều này khiến cho các cơ quan hoạt động có sự chòng chéo, lẫn lộn. Việc phối hợp không rõ ràng, khiến cho công tác PCTN không đem lại hiệu quả cao.

Vậy cần phải có những điều chỉnh như thế nào để các cơ quan này hoạt động hiệu quả trong công tác PCTN? Việc điều chỉnh mô hình cơ quan PCTN ở các nước tùy thuộc vào điều kiện chính trị, kinh tế, xã hội của mỗi quốc gia. Chính vì vậy, Việt Nam cần nghiên cứu các điều kiện, hoàn cảnh cụ thể của đất nước để xây dựng một mô hình phù hợp. Nghị quyết Trung ương số 04/NQ-TW ngày 21/8/2006 của Ban chấp hành Trung ương Đảng đã nhấn mạnh: *“Nghiên cứu tổ chức các cơ quan phòng, chống tham nhũng theo hướng bảo đảm sự độc lập cần thiết với các cơ quan quản lý nhà nước theo lãnh thổ và chịu sự chỉ đạo tập trung thống nhất của Trung ương”*.

Ngoài ra, theo Điều 6, Điều 36 Công ước Liên Hợp Quốc về phòng, chống tham nhũng, quốc gia thành viên phải thành lập cơ quan chuyên trách chống tham nhũng nhằm thực hiện các chính sách, hành động chống tham nhũng và hợp tác quốc tế về phòng chống tham nhũng. Theo Khoản 13 Điều 46 Công ước, nhằm bảo

đảm tương trợ pháp lý đạt hiệu quả cao nhất, Công ước quy định quốc gia thành viên phải chỉ định một cơ quan Trung ương có trách nhiệm và quyền hạn tiếp nhận các yêu cầu tương trợ pháp lý liên quan đến điều tra, truy tố, xét xử và thi hành án đối với tội phạm tham nhũng, thực hiện hoặc chuyển chúng đến các cơ quan chức năng khác. Quốc gia thành viên phải thông báo cho Tổng thư ký Liên hợp quốc về “cơ quan Trung ương được chỉ định cho mục đích này vào thời điểm phê chuẩn, chấp nhận, phê duyệt hoặc gia nhập Công ước”. Đây là một nghĩa vụ bắt buộc đối với mọi quốc gia thành viên.

Như vậy, cơ quan PCTN độc lập là điều cần thiết. Chúng ta cần quan tâm đến các vấn đề:

- Phải có các chế định pháp lý mạnh mẽ trang bị cho các cơ quan chức năng, trao quyền hạn lớn để độc lập trong điều tra, xử lý tham nhũng, nhằm chống lại mọi sự can thiệp trái pháp luật trong quá trình xem xét, xử lý vụ việc tham nhũng, bởi đây là những hoạt động đấu tranh trực diện với tham nhũng nên dễ gặp sự chống đối quyết liệt của kẻ vi phạm.

- Kiện toàn các cơ quan, đơn vị chuyên trách về chống tham nhũng: cần quy định rõ ràng chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan nhà nước có chức năng PCTN, tránh sự chưa rõ ràng, chòng chéo, thiếu cơ chế phối hợp hữu hiệu, tránh tình trạng cùng một vụ việc có nhiều cơ quan có quyền giải quyết nhưng thiếu một cơ quan chịu trách nhiệm.

Việc nâng cao tính độc lập của các cơ quan có chức năng PCTN chính là tiêu chí quan trọng nhất, nhằm đem lại hiệu quả tích cực trong công tác PCTN. Trong bối cảnh hiện nay, chừng nào tính độc lập chưa được đảm bảo thì hiệu quả PCTN chưa thể cao. Đây chính là kinh nghiệm của các nước đi trước và cũng là khuyến nghị theo Công ước, đã được Đảng lãnh hội trong Nghị quyết Trung ương số 04/NQ-TW ngày 21/8/2006.

2. Các tiêu chí về cơ sở vật chất, tài chính, con người

Để cơ quan có chức năng PCTN có điều kiện hoạt động tốt, đòi hỏi các cơ quan này phải được trang bị cơ sở vật chất đầy đủ, hiện đại; nguồn tài chính đầy đủ; đội ngũ cán bộ, công chức có



năng lực, trình độ chuyên môn cao, có phẩm chất đạo đức công vụ tốt. Hiện nay, ở Việt Nam, Đảng và Nhà nước rất chú trọng đến các vấn đề này: Trang bị cơ sở vật chất ngày càng đầy đủ, hiện đại hơn; có chế độ cải cách chế độ tiền lương cho cán bộ, công chức; có các quy tắc ứng xử nhằm bảo đảm sự liêm chính của đảng viên, cán bộ, công chức... Một loạt những cải cách này thể hiện rất rõ sự quyết tâm cao của Đảng và Nhà nước trong công tác phòng, chống tham nhũng. Tuy nhiên, những sự cải cách này vẫn chưa thực sự đạt được hiệu quả cao như mong muốn. Vì vậy trong thời gian tới cần thực hiện các giải pháp sau đây:

Thứ nhất, cần trang bị cơ sở vật chất đầy đủ, hiện đại cho cơ quan phòng, chống tham nhũng.

Hiện nay, việc phát hiện và xử lý hành vi tham nhũng thường gặp khó khăn vì: Hành vi tham nhũng thường do những người có chức vụ, quyền hạn lợi dụng để tham nhũng; việc thực hiện các hành vi tham nhũng diễn ra ngày càng tinh vi, phức tạp với quy mô rộng lớn. Vì vậy, để công tác đấu tranh PCTN có hiệu quả thì một yêu cầu thiết thực đặt ra là cần phải trang bị điều kiện, phương tiện làm việc tối tân, hiện đại để những người tham gia công tác PCTN có thể hoàn thành tốt nhiệm vụ.

Trước hết, cần trang bị đầy đủ những cơ sở vật chất cần thiết tối thiểu như trụ sở làm việc, máy tính, máy điện thoại, máy ảnh, máy ghi âm... Sau đó, cần phải trang bị hệ thống máy móc hiện đại, mang tính chất nghiệp vụ để sử dụng cho công tác PCTN: máy móc phục vụ hoạt động giám định...

Việc trang bị đầy đủ cơ sở vật chất sẽ đảm bảo đủ điều kiện làm việc cho các cơ quan chuyên trách về phòng, chống tham nhũng, để hoàn thành các nhiệm vụ được giao.

Thứ hai, có chế độ lương xứng đáng cho đội ngũ cán bộ, công chức thực thi công tác phòng, chống tham nhũng.

Cùng với việc trang bị các điều kiện, phương tiện làm việc phục vụ thiết thực cho công tác PCTN, Nhà nước cần có chế độ lương xứng đáng cho đội ngũ cán bộ, công chức thực thi công tác PCTN, phù hợp với công việc đảm nhận, cũng như chi trả cho các chế độ, chính sách đãi ngộ thỏa đáng đối với đội ngũ cán bộ thi hành công tác PCTN.

Những người làm công tác PCTN là những người phát hiện và xử lý các hành vi tham nhũng, đảm bảo trật tự, an toàn xã hội, xây dựng lòng tin đối với nhân dân về một nhà nước thực sự “của dân, do dân, vì dân”. Đây là một công việc có tính chất đặc biệt, nên nếu người làm công tác PCTN lại có hành vi tham nhũng, thì mục đích phòng, chống tham nhũng “bị sụp đổ”. Vậy, để những người làm công tác PCTN có thể yên tâm làm việc, trước mắt, cần có một cơ chế tiền lương, tiền thưởng và đãi ngộ vật chất, tinh thần đối với CBCC thực thi công tác PCTN. Mục đích của giải pháp này là bảo đảm cho tất cả các CBCC “Không cần tham nhũng, không phải tham nhũng” mà vẫn đủ sống. Giải pháp này hoàn toàn khả thi nếu chúng ta tiết kiệm chi phí hành chính, khắc phục thất thoát trong xây dựng cơ bản...

Cải cách chế độ tiền lương trong quá trình đấu tranh chống tham nhũng là một trong những việc làm được các nước Châu Á đặc biệt quan tâm như Singapore, Hàn Quốc... Những nước này đã xây dựng và cải tổ chế độ tiền lương cũng như chính sách đãi ngộ thỏa đáng đối với công chức. Ông Lý Quang Diệu, người lãnh đạo công cuộc chống tham nhũng ở Singapore thành công, đã có quan niệm và thực hiện đúng phương châm là chống tham nhũng “phải đi cùng với thị trường”, CBCC phải đủ sống bằng lương, đồng lương chi trả cho CBCC phải tương đương mức sống của xã hội để họ toàn tâm, toàn ý với công việc, “không để ai cần phải tham nhũng”⁷. Bởi vậy, cải cách chế độ tiền lương bảo đảm cho công

⁷ Ở Singapore, Chính phủ luôn đảm bảo rằng tiền lương phải tương xứng với chức vụ và trách nhiệm của công chức. Để công chức luôn phải cân nhắc và giữ gìn phẩm hạnh, ngoài việc thực hiện một chính sách lương bổng thu hút vào khu vực công, Chính phủ Singapore còn bắt buộc công chức để lại một khoản vào quỹ (từ 5% đến 40% lương) gọi là vốn tích lũy chung, công chức sẽ bị tịch thu khoản tiền ký quỹ này nếu phạm tội tham nhũng. Vì vậy, nhân viên công vụ nói chung không dám phạm tội tham nhũng vì sợ mất khoản tiền này, nhất là nhân viên công vụ lâu năm, khoản tích lũy chung là rất lớn nên càng không dám mạo hiểm.

chức đủ sống bằng lương là giải pháp chủ động để xây dựng đạo đức công vụ lành mạnh, góp phần ngăn chặn, phòng ngừa tham nhũng. Cùng với điều chỉnh, cải cách chế độ tiền lương cần có các chế độ, chính sách tôn vinh, khuyến khích sự tận tâm thực hiện công vụ, khen thưởng thích đáng về vật chất và tinh thần cho CBCC làm việc tốt, tận tụy và trong sạch.

Thứ ba, cần xây dựng và phát triển đội ngũ cán bộ, công chức thực hiện công tác phòng, chống tham nhũng cần có năng lực, trình độ chuyên môn cao, có phẩm chất đạo đức công vụ tốt.

Công tác PCTN là một công việc khó và nhạy cảm. Để công tác PCTN đạt hiệu quả cao, đòi hỏi CBCC làm công tác PCTN phải đáp ứng các tiêu chí về năng lực, trình độ, đạo đức.

Người làm công tác PCTN ngoài yêu cầu có nền tảng kiến thức cơ bản, cần không ngừng học tập, trau dồi kiến thức. Việc nâng cao kiến thức ở bất kỳ công việc nào cũng là cần thiết, đặc biệt đối với người làm công tác PCTN, vì: đối tượng tham nhũng thường là những người có chuyên môn, trình độ trong lĩnh vực của họ, họ nắm bắt được mọi kẽ hở của luật pháp, mọi thủ thuật của công việc để tiến hành tham nhũng; ngày nay, công nghệ, kỹ thuật ngày càng hiện đại, các hành vi tham nhũng ngày càng tinh vi với quy mô lớn ở mọi ngành, mọi lĩnh vực.

Về đạo đức của CBCC, một số nước ban hành luật hoặc Bộ quy tắc về đạo đức của công chức như Pháp, Đức, Thụy Điển, Estonia, Hàn Quốc, Malaysia... Ở Việt Nam, các quy định về đạo đức công vụ đã được quy định tại các văn bản pháp luật như: Luật cán bộ, công chức năm 2008; Luật phòng, chống tham nhũng năm 2018; Luật thực hành tiết kiệm, chống lãng phí năm 2013... Ngoài ra, nhằm xây dựng một nền văn hóa “phi tham nhũng” ngay trong mỗi cơ quan

có chức năng PCTN, Điều 57 Luật phòng, chống tham nhũng năm 2018 đã đưa ra quy định về Kiểm tra hoạt động chống tham nhũng trong Cơ quan thanh tra, Kiểm toán nhà nước, Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát nhân dân, Tòa án nhân dân⁸. Để có nền đạo đức công vụ tốt, tất cả công chức cần phải tuân thủ những quy định cơ bản như: thực thi trách nhiệm công bằng, nghiêm minh; không được lợi dụng vị trí công tác hoặc khai thác thông tin để vụ lợi; cấm mua chuộc vì công việc cá nhân; không được sử dụng tài sản công để phục vụ các mục đích cá nhân; không được nhận tiền hoặc hiện vật với giá trị vượt quá các mức quy định; không được tham gia vào các cuộc vui chơi, giải trí xa xỉ; nghiêm cấm hối lộ và các hình thức lạm dụng công quyền khác... tăng cường tính công tâm và thanh liêm trong lĩnh vực hành chính công; sự tham gia của công chức vào các hoạt động kinh tế và chính trị như một phần trong một loạt các biện pháp nhằm ngăn chặn các tình huống xung đột lợi ích. Đây là những biện pháp mà Pháp và những nước Tây Âu, Bắc Âu đã áp dụng để xây dựng nền công vụ mẫu mực về tính trong sạch và thái độ phục vụ của công chức⁹.

Công tác PCTN vốn là một công việc hết sức khó khăn, phức tạp và đầy nhạy cảm. Để công tác PCTN đạt được kết quả tốt, Việt Nam cần quan tâm sâu sắc đến các tiêu chí PCTN theo khuyến nghị của Liên hiệp quốc được quy định tại Điều 6, Điều 36 Công ước phòng, chống tham nhũng. Việc trao quyền độc lập cho các cơ quan này, trang bị các cơ sở vật chất cần thiết với đội ngũ CBCC có phẩm chất đạo đức tốt, liêm chính, có năng lực, trình độ, sẽ giúp các cơ quan PCTN hoạt động hiệu quả, đáp ứng mong đợi của Đảng và Nhà nước, đem lại lòng tin cho nhân dân về một Nhà nước “của dân, do dân, vì dân”./.

⁸ Điều 57 Luật phòng, chống tham nhũng năm 2018 quy định: “Cán bộ, công chức, viên chức và người có chức vụ, quyền hạn khác của Cơ quan thanh tra, Kiểm toán nhà nước, Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát nhân dân, Tòa án nhân dân có hành vi vi phạm pháp luật trong hoạt động chống tham nhũng thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự; nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường, bồi hoàn theo quy định của pháp luật”.

⁹ Phan Xuân Sơn, Phạm Thế Lực (2008), *Nhận diện tham nhũng và các giải pháp phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam hiện nay*, Nxb. Chính trị quốc gia, tr. 186.



MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN THỪA KẾ THẾ VỊ LIÊN QUAN ĐẾN HOẠT ĐỘNG CÔNG CHỨNG

Hoàng Thị Hải Yến¹

Hồ Thị Bảo Ngọc²

Tóm tắt: Thừa kế thế vị là quyền thừa kế phát sinh khi thỏa mãn các điều kiện theo quy định của pháp luật dân sự. Tuy nhiên, pháp luật dân sự hiện hành vẫn còn nhiều bất cập trong việc chứng minh điều kiện hưởng thừa kế thế vị khi áp dụng vào thực tiễn, đặc biệt là thực tiễn hoạt động công chứng. Bài viết dưới đây khái quát quy định chung của pháp luật Việt Nam liên quan đến xác định điều kiện phát sinh quyền thừa kế thế vị, đưa ra một số bất cập trong việc chứng minh quyền thừa kế thế vị trong thực tiễn hoạt động công chứng và kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật.

Từ khóa: Di sản, huyết thống, thừa kế thế vị.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Inheritance by substitution is inheritance right arising when the conditions prescribed by civil law are satisfied. However, the current civil law still has many shortcomings in proving conditions for inheritance by substitution when applied in practice, especially in the practice of notarization. The following article summarizes the general provisions of Vietnamese law related to determining conditions for arising the right to inherit by substitution, outlines some shortcomings in proving the right to inherit by substitution in notarial activities. The article also makes recommendations to improve legal provisions.

Keywords: Heritage, bloodline, inheritance.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Quy định về thừa kế thế vị trong pháp luật Việt Nam

Thừa kế là sự chuyển giao quyền sở hữu tài sản của người đã chết sang cho người còn sống dựa trên hai nguyên tắc: thừa kế theo di chúc và thừa kế theo quy định của pháp luật. Để đủ điều kiện hưởng di sản do người chết để lại, người thừa kế là cá nhân phải còn sống vào thời điểm mở thừa kế hoặc sinh ra và còn sống sau thời điểm mở thừa kế nhưng đã thành thai trước khi người để lại di sản chết³. Như vậy, người thừa kế không còn sống vào thời điểm mở thừa kế, họ đương nhiên không được quyền thừa kế. Tuy nhiên, pháp luật dân sự đã xây dựng thêm một điều khoản ngoại lệ nhằm đề cao ý nghĩa của quan hệ huyết thống trong gia đình, gọi là quyền thừa kế thế vị. Quyền thừa kế thế vị được quy định từ thời điểm áp dụng Thông tư số

81/TANDTC ngày 24/7/1981 hướng dẫn giải quyết các tranh chấp về thừa kế (TT số 81/TANDTC): “Người con nào (kể cả con nuôi) chết trước người để thừa kế, thì các con của người đó (tức là các cháu của người để thừa kế) sẽ hưởng phần thừa kế của bố hoặc mẹ mình (thừa kế thế vị)”⁴. Tuy nhiên, TT số 81/TANDTC chỉ áp dụng quyền thừa kế thế vị đến đời cháu (kể cả cháu nuôi) của người để lại di sản, đồng thời chỉ áp dụng khi con (kể cả con nuôi) của người để lại di sản chết trước người để lại di sản. Từ khi ban hành Pháp lệnh thừa kế năm 1990 ngày 10/9/1990 cho đến khi áp dụng Bộ luật dân sự (BLDS) năm 1995, quyền thừa kế thế vị bắt đầu được áp dụng đến đời chắt của người để lại di sản, nhưng vẫn duy trì quy định điều kiện áp dụng thừa kế thế vị giống như TT số 81/TANDTC⁵. Tuy nhiên, từ BLDS năm 2005 có

¹ Tiến sỹ, Trường Khoa Luật dân sự, Trường Đại học Luật, Đại học Huế.

² Thạc sỹ, Giảng viên Cơ sở tại Thành phố Hồ Chí Minh, Học viện Tư pháp.

³ Điều 613 BLDS năm 2015.

⁴ Khoản 1 Mục A chương III Thông tư số 81/TANDTC ngày 24/7/1981.

⁵ Điều 26 Pháp lệnh thừa kế năm 1990, Điều 680 BLDS năm 1995.

hiệu lực cho đến nay, điều kiện hưởng thừa kế thế vị đã thay đổi. Theo quy định tại Điều 677 BLDS năm 2005 và Điều 652 BLDS năm 2015, quyền thừa kế thế vị phát sinh nếu có sự kiện người con hoặc người cháu “chết trước hoặc cùng một thời điểm” với người để lại di sản thừa kế, cụ thể: “*Trường hợp con của người để lại di sản chết trước hoặc cùng một thời điểm với người để lại di sản thì cháu được hưởng phần di sản mà cha hoặc mẹ của cháu được hưởng nếu còn sống; nếu cháu cũng chết trước hoặc cùng thời điểm với người để lại di sản thì cháu được hưởng phần di sản mà cha hoặc mẹ của cháu được hưởng nếu còn sống*”. Từ định nghĩa của BLDS năm 2015, quyền thừa kế thế vị được áp dụng khi thỏa mãn ba điều kiện sau:

Thứ nhất, con hoặc cháu của người để lại di sản phải chết trước hoặc cùng thời điểm với người để lại di sản.

Theo quy định tại Điều 621 BLDS năm 2015, quyền thừa kế thế vị phát sinh khi thỏa mãn nguyên tắc đầu tiên là sự kiện “*chết trước*”. Con của người để lại di sản chết trước người để lại di sản thì cháu được quyền thế vị. Nếu cháu người để lại di sản cũng chết trước người để lại di sản thì cháu được quyền thừa kế thế vị. Trong y học, chết là sự chấm dứt của mọi hoạt động sống như hô hấp trao đổi chất sự phân chia các tế bào đều được chấm dứt vĩnh viễn. Chết thường được chia làm hai loại: chết lâm sàng mà các phương pháp khám lâm sàng cho phép xác định là chết (tim ngừng đập, ngừng thở, mất tri giác...); chết thật, khi các mô không còn hoạt động được nữa và bắt đầu phân hủy⁶. Khi có sự kiện chết, quyền thừa kế thế vị thỏa mãn một trong những điều kiện phát sinh, thì người có quyền thừa kế thế vị có quyền liên hệ với các tổ chức hành nghề công chứng để yêu cầu công chứng các văn bản xác lập quyền thừa kế. Tuy nhiên, trong hoạt động công chứng, người yêu cầu công chứng phải cung cấp được các giấy tờ có tính xác thực và

tính hợp pháp để chứng minh yêu cầu công chứng của mình. Ở góc độ pháp lý, cá nhân chết phải được khai tử theo quy định của pháp luật về hộ tịch⁷. Theo quy định của Luật hộ tịch năm 2014, cơ quan đăng ký hộ tịch xác nhận vào sổ hộ tịch sự kiện khai tử theo trình tự thủ tục quy định⁸. Sau khi đăng ký khai tử, người đi đăng ký khai tử được cấp “*trích lục khai tử*”, có đầy đủ các thông tin: Họ, chữ đệm, tên, năm sinh của người chết; số định danh cá nhân của người chết (nếu có); nơi chết; nguyên nhân chết; giờ, ngày, tháng, năm chết theo dương lịch; quốc tịch nếu người chết là người nước ngoài⁹... Như vậy, trong hoạt động công chứng, công chứng viên phải căn cứ vào “*trích lục khai tử*” để đối chiếu, xác định sự kiện chết trước của con hoặc cháu của người để lại di sản.

Thứ hai, con hoặc cháu người để lại di sản phải “*được hưởng phần di sản nếu còn sống*”.

Thừa kế thế vị là thay vào vị trí của người chết trước để hưởng. Do đó, thừa kế thế vị phát sinh nếu bản thân người con hoặc người cháu đã chết trước đủ điều kiện để hưởng di sản từ người để lại di sản nếu còn sống. Căn cứ theo quy định của BLDS năm 2015, người thừa kế vi phạm một trong những trường hợp được quy định tại Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015, họ không được quyền thừa kế (tức quyền thừa kế). Như vậy, con hoặc cháu của người để lại di sản khi còn sống đã vi phạm Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015 thì cháu, chắt của người để lại di sản không được quyền thừa kế thế vị. Trong thực tiễn xét xử, vi phạm Điều 621 BLDS năm 2015 dẫn đến mất quyền thừa kế thế vị đã được hướng dẫn tại Phiếu chuyển số 64/TANDTC-PC ngày 03/4/2019 về việc thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vấn đề vướng mắc về hình sự, dân sự và tố tụng hành chính: “*Trường hợp một người đã không được quyền hưởng di sản theo Khoản 1 Điều 621 của Bộ luật dân sự, như bị kết án về hành vi ngược đãi nghiêm trọng*

⁶ https://vi.wikipedia.org/wiki/Ch%E1%BA%BF#cite_note-1, truy cập ngày 08/6/2021.

⁷ Điều 30 BLDS năm 2015.

⁸ Mục 7 Chương II, Mục 7 Chương III Luật hộ tịch năm 2014.

⁹ Điều 4 Nghị định số 123/2015/NĐ-CP ngày 15/11/2015 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật hộ tịch (NĐ số 123/2015/NĐ-CP); Điều 34 Thông tư số 04/2020/TT-BTP ngày 28/5/2020 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật hộ tịch và Nghị định số 123/2015/NĐ-CP ngày 15/11/2015 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp ban hành Luật hộ tịch.



người cha thì họ sẽ không được hưởng di sản của người cha. Do vậy, nếu họ còn sống khi cha chết thì họ cũng không được hưởng di sản thừa kế nên không có “phần được hưởng nếu còn sống” để cho người khác hưởng thế vị”.

Trong thực tiễn hoạt động công chứng, những người thừa kế phải chứng minh có hành vi vi phạm Khoản 1 Điều 621 của người chết trước, dẫn đến không còn phát sinh quyền thừa kế thế vị. Căn cứ điểm a, điểm c Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015, hành vi vi phạm được xác định bằng bản án có hiệu lực của Tòa án. Tuy nhiên, hành vi vi phạm quy định tại điểm b, điểm d Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015, nhà làm luật lại chưa có tiêu chí xác định cụ thể. Tuy nhiên, căn cứ vào nội dung hành vi, tác giả cho rằng, chỉ có Tòa án mới đủ thẩm quyền xác định hành vi vi phạm. Bởi lẽ, Tòa án là cơ quan tài phán có thẩm quyền trong việc đánh giá và kết luận “hành vi vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ nuôi dưỡng người để lại di sản” trên cơ sở xem xét các chứng cứ chứng minh. Đối với trường hợp lừa dối, cưỡng ép, đe dọa người để lại di chúc..., di chúc sẽ vô hiệu. Tòa án, cơ quan có thẩm quyền tuyên bố giao dịch dân sự vô hiệu thông qua bản án, quyết định có hiệu lực. Như vậy, trong mọi trường hợp quy định tại Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015, công chứng viên phải căn cứ vào bản án, quyết định có hiệu lực của Tòa án để xác định người không được quyền hưởng di sản. Trong thực tiễn, những người thừa kế vẫn có hành vi không khách quan, không trung thực, che giấu thông tin về bản án đã có hiệu lực. Vì thế, đối với việc xác định người thừa kế có thuộc trường hợp không được hưởng di sản hay không, công chứng viên cần kiểm tra thêm mục “nguyên nhân chết” thể hiện trên “trích lục khai tử” của người để lại di sản. Nếu có dấu hiệu nghi ngờ, công chứng viên có quyền yêu cầu làm rõ, xác minh theo đề nghị của người yêu cầu công chứng.

Thứ ba, thừa kế thế vị chỉ được áp dụng cho quan hệ giữa người để lại di sản – con – cháu – chất theo chiều dọc, không áp dụng theo chiều ngược lại.

Theo quy định tại Điều 652 BLDS, thừa kế thế vị chỉ phát sinh giữa những người có quan hệ huyết thống gồm: người để lại di sản – con – cháu – chất. Thừa kế thế vị chỉ áp dụng theo chiều cháu thế vào vị trí con của người để lại di sản để hưởng phần mà người con nếu còn sống được hưởng; nếu cháu cũng chết trước thì cháu được thay cháu thế vào vị trí của người con nếu còn sống được hưởng, không áp dụng chiều ngược lại. Như vậy, trong hoạt động công chứng, công chứng viên phải kiểm tra các giấy tờ chứng minh quan hệ giữa người để lại di sản với con - cháu – chất, thông qua giấy khai sinh được cấp đúng quy định của pháp luật hộ tịch. Về vấn đề này, có quan điểm cho rằng, những người có quyền thừa kế phải có quan hệ huyết thống trực hệ (chỉ có con để thay thế vị trí của cha, mẹ đẻ). Trong trường hợp A nhận nuôi B, B nhận nuôi C thì thế vị không được đặt ra trong mọi trường hợp. Vì con nuôi của một người không đương nhiên trở thành cháu nuôi của người khác¹⁰. Tuy nhiên, quan điểm trên dường như không phù hợp với các quy định khác có liên quan. Cụ thể, theo Điều 24 Luật nuôi con nuôi năm 2010 “*Kể từ ngày giao nhận con nuôi, giữa cha mẹ nuôi và con nuôi có đầy đủ các quyền, nghĩa vụ của cha mẹ và con; giữa con nuôi và các thành viên khác của gia đình cha mẹ nuôi cũng có các quyền, nghĩa vụ đối với nhau theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, pháp luật dân sự và các quy định khác của pháp luật có liên quan*”. Từ đó, BLDS năm 2015 cũng đã quy định cụ thể quyền thừa kế thế vị của con nuôi đối với cha mẹ nuôi. Bên cạnh đó, theo Điều 654 BLDS năm 2015, con riêng cũng được quyền thừa kế thế vị từ bố dượng, mẹ kế nếu có quan hệ chăm sóc nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con. Như vậy, những người có quyền thừa kế thế vị của nhau không bắt buộc phải có quan hệ huyết thống trực hệ.

Thừa kế thế vị là quan hệ mang tính thay thế vị trí thừa kế nếu các chủ thể thỏa mãn điều kiện luật định. Trong thừa kế thế vị, cháu hoặc chất người để lại di sản có quyền thay vào vị trí con của người để lại di sản nếu người con còn sống được hưởng. Tuy nhiên, bên cạnh thừa kế thế vị,

¹⁰ Nguyễn Văn Cừ - Trần Văn Tuyết (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015 của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân, tr.1011 - 1012.

pháp luật dân sự còn có quy định về nguyên tắc thừa kế theo hàng. Căn cứ Điều 651 BLDS năm 2015, con đẻ, con nuôi thuộc hàng thừa kế thứ nhất. Những người ở hàng thừa kế sau được hưởng thừa kế nếu không còn ai ở hàng thừa kế trước do chết, không có quyền hưởng di sản, bị truất quyền hưởng di sản hoặc từ chối nhận di sản. Xuất phát từ vấn đề này, trong hoạt động công chứng, có quan điểm cho rằng khi không còn ai ở hàng thừa kế thứ nhất, thừa kế thế vị không thể phát sinh, cháu người để lại di sản được thừa kế theo hàng hai. Quan điểm này có thể mô phỏng qua ví dụ sau:

Ông Nguyễn Văn A có em ruột là bà Nguyễn Thị B, vợ là Trần Thị C, con ruột là Nguyễn Văn X và Nguyễn Văn Y. Nguyễn Văn X có một người con là Nguyễn Văn XI. Năm 2006, vợ ông A là bà C qua đời. Năm 2013, con ông A là Nguyễn Văn X qua đời. Năm 2015, Nguyễn Văn Y chết. Năm 2020, ông Nguyễn Văn A chết. Như vậy, tại thời điểm mở thừa kế, hàng thừa kế thứ nhất của ông A là vợ (bà C) và hai con đều không còn ai. Căn cứ Khoản 3 Điều 651 BLDS năm 2015, do hàng thừa kế thứ nhất của ông A không còn, cháu của ông A là Nguyễn Văn XI trở thành người thừa kế thuộc hàng thừa kế thứ hai, không áp dụng thừa kế thế vị.

Như vậy, theo quan điểm trên, quyền thừa kế theo hàng có thứ tự áp dụng ưu tiên so với quyền thừa kế thế vị. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, nguyên tắc áp dụng trên là không phù hợp, làm mất đi ý nghĩa của thừa kế thế vị. Xét về mặt kết cấu điều luật, thừa kế theo hàng quy định tại Điều 651, độc lập với quyền thừa kế thế vị được quy định tại Điều 652 BLDS năm 2015. Vì lẽ đó, trong trường hợp phát sinh quyền thừa kế giữa con nuôi và cha mẹ nuôi, nhà làm luật cũng đã xác định quyền thừa kế riêng biệt giữa thừa kế theo hàng và thừa kế thế vị¹¹. Ngoài ra, như đã phân tích, quyền thừa kế thế vị có nguyên tắc áp dụng riêng, mang ý nghĩa kế thừa giữa những người có quan hệ huyết thống, không thể áp dụng phụ thuộc vào hàng thừa kế quy định tại Điều 652 BLDS năm 2015. Quan điểm của tác giả

cũng thống nhất với quan điểm của một tác giả khác khi phân tích ở góc độ thực tiễn xét xử: *“Trong thực tế còn có thể xảy ra trường hợp tất cả những người con của người để lại di sản đều chết trước (không còn ai thuộc hàng thừa kế thứ nhất) nhưng con của người con chết trước vẫn còn sống vào thời điểm mở thừa kế. Trong trường hợp này, con của người con (tức cháu của người để lại di sản) được hưởng di sản với tư cách là người thừa kế thế vị”*¹².

2. Một số bất cập liên quan đến thừa kế thế vị trong thực tiễn hoạt động công chứng và kiến nghị hoàn thiện quy định pháp luật

Quyền thừa kế thế vị đã được ghi nhận từ rất sớm trong pháp luật dân sự, được duy trì qua quá trình xây dựng và hoàn thiện chế định thừa kế. Tuy nhiên, thực tiễn đa dạng và phức tạp dẫn đến nhiều nguyên tắc trong quy định về thừa kế thế vị trở nên khó áp dụng, đặc biệt trong thực tiễn hoạt động công chứng, điều đó được thể hiện ở các vấn đề sau:

Thứ nhất, bất cập trong quy định của pháp luật dân sự về việc xác định giấy tờ chứng minh sự kiện chết.

Quan hệ thừa kế nói chung và thừa kế thế vị nói riêng đều phát sinh trên sự kiện người để lại thừa kế đã chết. Sau thời điểm mở thừa kế, người thừa kế có quyền liên hệ với tổ chức hành nghề công chứng để yêu cầu công chứng một số văn bản liên quan đến quyền thừa kế của mình. Theo quy định tại Khoản 1 Điều 40 Luật công chứng năm 2014, người yêu cầu công chứng phải cung cấp hồ sơ yêu cầu công chứng, trong đó có *“Bản sao giấy tờ khác có liên quan đến hợp đồng, giao dịch mà pháp luật quy định phải có”*, đảm bảo xác thực và được cấp hợp pháp. Từ quy định của BLDS năm 2015 về thời điểm mở thừa kế, hồ sơ yêu cầu công chứng phải có giấy tờ chứng minh sự kiện chết của người để lại di sản và người con hoặc người cháu chết trước người để lại di sản. Theo quy định của pháp luật hộ tịch, người chết phải được cấp “trích lục khai tử” theo biểu mẫu đúng quy định tại mỗi thời kỳ. Tuy nhiên, trong thực tiễn, người thừa kế thường xuyên không

¹¹ Điều 653 BLDS năm 2015.

¹² Đỗ Văn Đại, *Luật thừa kế Việt Nam - Bản án và bình luận bản án*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tập 2, tr.300.



cung cấp được giấy khai tử hoặc giấy chứng tử theo đúng quy định của pháp luật hộ tịch tại thời điểm chết. Xuất phát từ tình hình chiến tranh, tình trạng cư trú, người chết vào thời điểm còn nhỏ tuổi..., người thừa kế thường không đăng ký khai tử cho người chết. Trong thực tiễn, người thừa kế thường xuất trình tại Tổ chức hành nghề công chứng một số giấy tờ sau để chứng minh có sự kiện chết: Giấy báo tử do Thủ trưởng cơ sở y tế cấp; Giấy xác nhận việc thi hành án tử hình do Chủ tịch Hội đồng thi hành án tử hình cấp; Bản án, quyết định có hiệu lực của Tòa án tuyên bố một người chết; Bảng liệt sĩ, bằng tổ quốc ghi công đối với liệt sĩ; Thẻ mộ; Sổ hộ khẩu ghi “xóa chết”; Tờ khai gia đình xác nhận có sự kiện chết...

Theo quy định của pháp luật hộ tịch, những giấy tờ trên là căn cứ để cơ quan hộ tịch cấp giấy khai tử. Như vậy, dẫn chiếu lại quy định của Luật công chứng năm 2014, những giấy tờ trên dường như không đảm bảo yếu tố hợp pháp trong việc Nhà nước xác nhận sự kiện chết của một cá nhân. Trong trường hợp này, công chứng viên có thể hướng dẫn người yêu cầu công chứng thực hiện đăng ký khai tử. Tuy nhiên, thủ tục đăng ký khai tử sẽ gặp khó khăn, xuất phát từ thẩm quyền đăng ký. Theo quy định, Ủy ban nhân dân (UBND) cấp xã nơi cư trú cuối cùng của người chết có thẩm quyền cấp giấy khai tử. Trường hợp không xác định được nơi cư trú cuối cùng, UBND cấp xã nơi người đó chết hoặc nơi phát hiện thi thể của người chết có thẩm quyền đăng ký khai tử¹³. Trong trường hợp đăng ký lại khai tử, UBND cấp xã nơi đã đăng ký khai tử trước đây thực hiện đăng ký lại khai tử¹⁴. Trong khi đó, đơn vị hành chính thường xuyên có tình trạng thay đổi dẫn đến khó xác định UBND cấp xã có thẩm quyền. Ngoài ra, người đăng ký khai tử còn thường gặp khó khăn trong việc không cung cấp được giấy tờ chứng minh sự kiện chết theo quy định của pháp luật hộ tịch để tiến hành đăng ký khai tử. Trên thực tế, công chứng viên thường xuyên gặp tình huống sự kiện chết đã xảy ra từ rất lâu, chết từ nhỏ, chết trong chiến tranh... và gia đình không cung cấp

được giấy khai tử, chỉ cung cấp được một số loại giấy tờ như tờ khai gia đình, lý lịch Đảng, thẻ mộ, bằng Tổ quốc ghi công... Khi phát sinh những sự kiện trên, người yêu cầu công chứng khá khó khăn trong việc thực hiện đăng ký hoặc đăng ký lại khai tử theo quy định của pháp luật hộ tịch.

Tham chiếu quy định của Luật công chứng năm 2014, khi yêu cầu công chứng văn bản từ chối nhận di sản, người thừa kế phải cung cấp “giấy chứng tử hoặc giấy tờ khác chứng minh người để lại di sản đã chết”. Tuy nhiên, quy định trên chưa được quy định trong thủ tục công chứng văn bản khai nhận di sản, văn bản thỏa thuận phân chia di sản. Ngoài ra, theo quy định tại Nghị định số 82/2020/NĐ-CP ngày 15/7/2020 quy định 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 (NĐ số 82/2020/NĐ-CP), việc công chứng văn bản khai nhận di sản, văn bản thỏa thuận phân chia di sản khi không có giấy chứng tử hoặc giấy tờ khác chứng minh người để lại di sản đã chết hoặc người thừa kế đã chết (nếu có), việc công chứng của công chứng viên sẽ bị xử phạt vi phạm hành chính theo quy định¹⁵. Có thể thấy, Luật công chứng năm 2014 và NĐ số 82/2020/NĐ-CP đều có quy định mở theo hướng có thể sử dụng giấy tờ khác chứng minh sự kiện chết ngoài giấy chứng tử. Vì lẽ đó, để tạo thuận tiện cho người yêu cầu công chứng trong việc chứng minh sự kiện chết, tác giả cho rằng pháp luật công chứng cần thống nhất quy định người thừa kế có thể cung cấp “giấy chứng tử hoặc giấy tờ khác chứng minh người để lại di sản đã chết” khi có yêu cầu công chứng các văn bản về thừa kế, bao gồm cả chứng minh điều kiện phát sinh quyền thừa kế thế vị. Để đảm bảo tính xác thực thông tin, giấy tờ khác chứng minh sự kiện chết cần phải thỏa mãn các tiêu chí gồm: phải có đầy đủ thông tin về người chết, do cơ quan có thẩm quyền xác nhận để chứng minh có sự kiện chết.

Thứ hai, bất cập trong việc nhận diện điều kiện thừa kế thế vị của con riêng đối với bố dượng, mẹ kế.

¹³ Điều 32 Luật hộ tịch năm 2014.

¹⁴ Điều 25 Nghị định số 123/2015/NĐ-CP.

¹⁵ Điều d Khoản 3 Điều 13 Nghị định số 82/2020/NĐ-CP.

Quyền thừa kế giữa con riêng và bố dượng, mẹ kế được quy định từ Thông tư số 81/TANDTC ngày 24/7/1981 hướng dẫn giải quyết các tranh chấp về thừa kế, sau đó tiếp tục được ghi nhận tại Pháp lệnh thừa kế năm 1990, BLDS năm 1995, BLDS năm 2005 và BLDS năm 2015. Theo quy định tại Điều 654 BLDS năm 2015, con riêng và bố dượng, mẹ kế nếu có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con thì được thừa kế di sản của nhau và còn được thừa kế thế vị. Như vậy, tiêu chí “có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng nhau như cha con, mẹ con” là điều kiện phát sinh quyền thừa kế thế vị của con riêng đối với bố dượng, mẹ kế. Tuy nhiên, pháp luật dân sự hiện hành chưa có quy định hướng dẫn việc chứng minh có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng. Trong thực tiễn, có quan điểm cho rằng, quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng giữa con riêng với bố dượng, mẹ kế phải diễn ra hai chiều: “*Thuật ngữ “chăm sóc, nuôi dưỡng nhau” có thể được hiểu là người mẹ kế (hay cha dượng) phải “chăm sóc, nuôi dưỡng” con riêng của chồng (hay vợ), đồng thời con riêng của chồng (hay vợ) cũng phải “chăm sóc, nuôi dưỡng” người mẹ kế (hay cha dượng. Nói cách khác, với cách hiểu này thì cần có sự “có đi có lại” giữa hai thế hệ*”¹⁶. Tuy nhiên, tác giả cho rằng cách hiểu trên không phù hợp về mặt thực tiễn. Chăm sóc, nuôi dưỡng một người là vấn đề xuất phát chính từ yếu tố đạo đức, tình cảm gia đình. Ở góc độ kinh tế, khả năng chăm sóc, nuôi dưỡng người khác phụ thuộc rất nhiều vào năng lực của mỗi cá nhân. Trong trường hợp người con riêng từng được bố dượng, mẹ kế chăm sóc, nuôi dưỡng nhưng không có hoặc chưa có năng lực để chăm sóc, nuôi dưỡng lại bố dượng, mẹ kế (con riêng chưa thành niên, con riêng bị mất hoặc khó khăn trong nhận thức và làm chủ hành vi...), việc áp dụng nguyên tắc “có đi có lại” không phù hợp với giá trị của quyền thừa kế trong trường hợp được đặt ra.

Quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng giữa con riêng với bố dượng, mẹ kế có giá trị chứng minh cao nhất trong khi có sự thừa nhận từ hai phía. Tuy nhiên, trong trường hợp bố dượng, mẹ kế đã chết,

quyền và nghĩa vụ chứng minh thuộc về con riêng. Khi phát sinh thêm thừa kế thế vị đối với con riêng, tỉ lệ phần di sản được hưởng của những đồng thừa kế khác sẽ bị ảnh hưởng. Để bảo vệ nguyên tắc bình đẳng trong quan hệ thừa kế, BLDS năm 2015 đề cao thỏa thuận của những người thừa kế thông qua việc ghi nhận quyền của họ như: giải thích nội dung di chúc¹⁷; cử người quản lý di sản; thỏa thuận phân chia di sản... Xuất phát từ nguyên tắc của công chứng là chứng nhận sự tự thỏa thuận của các bên, văn bản công chứng cũng phải đảm bảo ghi nhận sự tự do, tự nguyện, không tranh chấp. Vì thế, công chứng viên cũng cần tôn trọng sự tự thỏa thuận của những đồng thừa kế trong việc thừa nhận quyền thừa kế của con riêng từng có quan hệ chăm sóc, nuôi dưỡng với bố dượng, mẹ kế. Do đó, tác giả cho rằng, pháp luật công chứng cần cho phép công chứng viên áp dụng nguyên tắc trên thông qua thủ tục họp mặt những người thừa kế, ghi nhận cụ thể bằng “*Biên bản họp mặt những người thừa kế*”¹⁸, qua đó xác định quyền thừa kế thế vị của con riêng đối với bố dượng, mẹ kế.

Thứ ba, bất cập liên quan đến xác định quyền thừa kế thế vị trong trường hợp có hành vi vi phạm Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015.

Theo quy định của pháp luật dân sự, thừa kế thế vị phát sinh cho cháu hoặc chất người để lại di sản nếu người con hoặc cháu còn sống đủ điều kiện được hưởng. Trong trường hợp người con hoặc cháu khi còn sống đã vi phạm quy định tại Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015, cháu hoặc chất không được quyền thừa kế thế vị. Tuy nhiên, người được quyền thừa kế thế vị vi phạm quy định tại Khoản 1 Điều 621 BLDS thì quyền thừa kế thế vị có còn phát sinh không, BLDS năm 2015 quy định vẫn còn chưa cụ thể. Minh chứng cho vấn đề này, tác giả đưa ra ba trường hợp sau:

Ông Nguyễn Văn A (chết năm 2019), có con là Nguyễn Văn B (chết năm 2016). Nguyễn Văn B có con là Nguyễn Văn C.

Trường hợp 1: Năm 2014, ông Nguyễn Văn B bị kết án về tội cố ý gây thương tích cho ông Nguyễn Văn A.

Trường hợp 2: Năm 2015, ông Nguyễn Văn C bị kết án về tội cố ý gây thương tích cho ông Nguyễn Văn B... (Xem tiếp trang 47)

¹⁶ Đỗ Văn Đại (2016), *Luật Việt Nam – Bản án và bình luận bản án*, Nxb. Hồng Đức – Hội Luật gia Việt Nam, tr.263.

¹⁷ Điều 648 BLDS năm 2015.

¹⁸ Điều 656 BLDS năm 2015.



BẢO ĐẢM PHÁP LÝ THỨC ĐẨY SỰ PHÁT TRIỂN KINH TẾ TƯ NHÂN Ở NƯỚC TA HIỆN NAY

Lê Vương Long¹

Tóm tắt: Kinh tế tư nhân là một bộ phận không thể thiếu được và tách rời khỏi nền kinh tế quốc gia qua mọi giai đoạn phát triển. Theo quy định tại Điều 51 Hiến pháp năm 2013: “Nền kinh tế Việt Nam là nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa với nhiều hình thức sở hữu, nhiều thành phần kinh tế; kinh tế nhà nước giữ vai trò chủ đạo. Các thành phần kinh tế đều là bộ phận cấu thành quan trọng của nền kinh tế quốc dân. Các chủ thể thuộc các thành phần kinh tế bình đẳng, hợp tác và cạnh tranh theo pháp luật”. Trong những năm đổi mới, nền tảng kinh tế nước ta đã từng bước khởi sắc với diện mạo, bước đi đúng đắn trong quá trình hội nhập sâu rộng và sự ổn định về tăng trưởng. Mặc dù vậy, trên thực tế vẫn còn nhiều bất cập, hạn chế từ tư duy lý luận, nhận thức và thực hiện pháp luật làm cản trở sự kỳ vọng đối với sự phát triển của nền kinh tế Việt Nam. Bài viết góp phần kiến giải một số khía cạnh về bảo đảm pháp lý thúc đẩy sự phát triển lĩnh vực kinh tế tư nhân ở Việt Nam.

Từ khóa: Kinh tế tư nhân, bảo đảm pháp lý, thành phần kinh tế.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Private economy, through all development stages, is considered as an indispensable and integral component of the national economy. As prescribed at Article 51 of the Constitution in 2013 “Vietnam economy is a socialist-oriented market economy with different types of ownership, different components with the state economic sector’s key role. Economic components are important components of the national economy”. Economic entities are equal, cooperating and competing under legal regulations. In renovation years, the economic foundation of our country has gradually thrived with proper steps in deeper international integration and development stability. However, there have been shortcomings and limitations from argumentation, awareness and legal enforcement, hindering expectation for development of Vietnam’s economy. The article clarifies some aspects on legal security to develop private economy in Vietnam.

Keywords: Private sector, legal security, economic component.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Kết quả và vai trò đóng góp của kinh tế tư nhân đối với nền kinh tế Việt Nam trong thời gian qua

Bức tranh tổng thể mô hình kinh tế được liệt kê hàng năm trong cuốn Sách trắng Doanh nghiệp Việt Nam², theo đó, tính đến cuối năm 2018, cả nước có 714.755 doanh nghiệp đang hoạt động, tăng 9,2% so với cùng kỳ năm trước. Trong đó có 26 địa phương có số doanh nghiệp đang hoạt động tăng cao hơn bình quân cả nước là Bình Dương, Bắc Giang, Sóc Trăng, Bắc

Ninh. Các tỉnh Hà Giang, Bắc Kạn, An Giang, Cà Mau thuộc 37 địa phương có số doanh nghiệp đang hoạt động tăng thấp hơn mức bình quân cả nước. Tính bình quân, cứ 1.000 dân trong độ tuổi lao động thì có 14,7 doanh nghiệp. Khu vực nhà nước có 2.486 doanh nghiệp đang hoạt động có kết quả sản xuất kinh doanh, khu vực ngoài nhà nước có 541.753 doanh nghiệp, khu vực FDI có vốn, chiếm 53% tổng vốn, khu vực doanh nghiệp nhà nước thu hút 9,5 triệu tỉ đồng, chiếm 28,8%, khu vực doanh nghiệp FDI

¹ Phó Giáo sư, Tiến sỹ, Trường Đại học Nam Cần Thơ.

² Bộ Kế hoạch và đầu tư: *Sách trắng Doanh nghiệp Việt Nam*, công bố ngày 10/7/2019.

thu hút khoảng 6 triệu tỉ đồng, chiếm 18,1%. Thực tiễn chuyển dịch cơ cấu của các loại hình doanh nghiệp ngoài nhà nước được tổng kết trong Sách trắng doanh nghiệp năm 2019 cho thấy: Tỷ lệ đóng góp đối với các chỉ tiêu cơ bản của khu vực doanh nghiệp ngoài nhà nước (bình quân năm 2011-2015 và năm 2016-2017) như sau: Số doanh nghiệp đang hoạt động chiếm 96,5% và 96,7%; số lao động 60,4% và 60,9%; nguồn vốn 49,5% và 53,3%; doanh thu 52,6% và 56,4%. Dĩ nhiên, số liệu ở đây là của các công ty, doanh nghiệp tư nhân và không có mặt kinh tế cá thể cá thể, hộ gia đình. Nhìn chung, thực tiễn mô hình kinh tế tư nhân trong sự vận động phát triển của nền kinh tế, xã hội ở nước ta giai đoạn vừa qua đã khẳng định tầm quan trọng, vai trò của nó trên các phương diện:

- Khẳng định được vị thế một thành phần, bộ phận kinh tế không thể thiếu được hoặc bị xem nhẹ trong từng lĩnh vực phát triển của nền kinh tế nói chung của nước nhà. Đặc biệt, kinh tế tư nhân tạo ra tính liên kết cung ứng chuỗi sản xuất công nghiệp phụ trợ theo ngành nghề, vùng miền; thu hút chuyển giao, điều hòa bình ổn vốn đầu tư; mô hình quản trị doanh nghiệp hiện đại; nâng cao chất lượng công trình, hàng hóa, sản phẩm.

- Góp phần quan trọng giải quyết về bài toán thiếu hụt nhân lực lao động chất lượng cao, tình trạng thiếu hụt việc làm tăng tỷ lệ thất nghiệp nhất là trong chuyển dịch lao động 4.0 và đặc biệt là sự ảnh hưởng trầm trọng của dịch bệnh Covid-19. Theo đó, nhóm lao động của thành phần kinh tế tư nhân bị ảnh hưởng nhiều nhất. Theo báo cáo mới nhất của ILO công bố tháng 7/2019³ cho thấy Việt Nam có đến 70% lao động trong các ngành nghề sản xuất có nguy cơ cao mất việc dưới tác động của những đột phá về công nghệ của công nghiệp 4.0, trong đó có đến 86% lao động trong các ngành dệt may và giày dép có nguy cơ cao mất việc. Tỷ lệ này sẽ chuyển thành con số rất lớn vì dệt may và giày dép là các ngành đang tạo việc làm cho nhiều

lao động (khoảng gần 2,3 triệu người, trong đó khoảng 78% là lao động nữ làm việc trong ngành dệt may; giày dép - 0,98 triệu người, trong đó có khoảng 74% là lao động nữ làm việc trong ngành giày dép; lao động trong hai ngành chiếm 6,2% tổng lực lượng lao động và 13,7% việc làm phi nông nghiệp). Trong số đó có nhiều lao động ít kỹ năng (tương ứng là 17% và 26% lao động dệt may và giày dép chỉ có trình độ tiểu học) và một tỷ lệ đáng kể không còn trẻ, từ 36 tuổi trở lên: 35,84% đối với dệt may và 25,37% đối với giày dép⁴.

- Nhanh chóng tiếp cận công nghệ sản xuất, giải pháp tiến bộ khoa học kỹ thuật hiện đại và các yêu cầu thích ứng với các đối tác của nước ngoài.

- Tạo doanh thu lớn cho chính doanh nghiệp, tập đoàn đồng nghĩa với việc đóng góp vào nguồn ngân sách tạo tiềm lực của quốc gia bảo đảm giải quyết những vấn đề thực tiễn về kinh tế, xã hội, an ninh quốc phòng và đối ngoại.

2. Những hạn chế, tồn tại của pháp luật điều chỉnh về lĩnh vực kinh tế tư nhân

Nhìn lại thời gian qua, bộ mặt nền kinh tế nước ta đã có nhiều biến chuyển với kết quả tích cực đáng ghi nhận như số lượng doanh nghiệp tăng, quy mô đóng góp cho GDP khá cao, góp phần giải quyết các vấn đề an sinh xã hội như lao động, việc làm, thất nghiệp có hiệu quả. Tuy vậy, vẫn còn đó nhiều nội dung đưa ra chưa thực hiện được như mong muốn như môi trường. Riêng lĩnh vực kinh tế tư nhân mặc dù đã đóng góp tới 40% GDP nhưng chỉ có trên 700.000 doanh nghiệp thuộc khu vực này chính thức đóng góp vền vền 10% cho GDP, còn lại hơn 30% GDP là thuộc về hơn 5 triệu hộ kinh doanh đang hoạt động (trong đó có 2 triệu hộ kinh doanh có đăng ký). Sự phát triển các mô hình kinh tế tư nhân không đồng đều, thiếu đồng bộ cả về lĩnh vực kinh doanh, tính kết nối hạ tầng cơ sở về các mặt. Biểu hiện rõ nét là phần lớn các doanh nghiệp kinh doanh bất động sản đã đầu tư số vốn lớn làm

³ ILO, 2019, *ASEAN in transformation: How Technology is Changing Jobs and Enterprises*.

⁴ Tính toán trên cơ sở số liệu của Điều tra lao động và việc làm.



thị trường đất đai, nhà ở sốt ảo khó thu hồi vốn. Đặc biệt các đô thị cao tầng mọc lên thiếu kết nối đồng bộ hệ thống dịch vụ cung ứng như giao thông, siêu thị, trường học, bệnh viện, khu vui chơi giải trí.

Theo mục tiêu, định hướng được đưa ra trong Nghị quyết số 35/NQ-CP năm 2016 của Chính phủ, đến năm 2020, xây dựng doanh nghiệp Việt Nam có năng lực cạnh tranh, phát triển bền vững, cả nước có ít nhất 1 triệu doanh nghiệp hoạt động, trong đó có các doanh nghiệp có quy mô lớn, nguồn lực mạnh. Khu vực tư nhân Việt Nam đóng góp khoảng 48 - 49% GDP, khoảng 49% tổng vốn đầu tư toàn xã hội. Năng suất các nhân tố tổng hợp (TFP) đóng góp khoảng 30 - 35% GDP. Năng suất lao động xã hội tăng khoảng 5%/năm. Hàng năm, có khoảng 30 - 35% doanh nghiệp Việt Nam có hoạt động đổi mới sáng tạo. Tuy nhiên, Nghị quyết số 10/NQ-TW cũng đã chỉ ra những nguyên nhân cơ bản của những hạn chế của pháp luật trong điều chỉnh lĩnh vực kinh tế tư nhân thời gian qua ở nước ta, đó là:

- Hệ thống pháp luật, các cơ chế, chính sách khuyến khích kinh tế tư nhân phát triển còn nhiều bất cập, thiếu đồng bộ.

- Kinh tế tư nhân chưa đáp ứng được vai trò là một động lực quan trọng của nền kinh tế. Tốc độ tăng trưởng của kinh tế tư nhân có xu hướng giảm trong những năm gần đây. Kinh tế tư nhân có quy mô nhỏ, chủ yếu vẫn là kinh tế hộ kinh doanh; trình độ công nghệ, trình độ quản trị, năng lực tài chính, chất lượng sản phẩm và sức cạnh tranh thấp; cơ cấu ngành nghề còn bất hợp lý, thiếu liên kết với nhau và với các thành phần kinh tế khác; năng lực hội nhập kinh tế quốc tế còn hạn chế, chưa đáp ứng yêu cầu của các chuỗi giá trị sản xuất khu vực và toàn cầu. Nhiều doanh nghiệp tư nhân ngừng hoạt động, giải thể và phá sản.

- Vi phạm pháp luật và cạnh tranh không lành mạnh trong kinh tế tư nhân còn khá phổ biến. Tình trạng sản xuất, kinh doanh gây ô nhiễm môi trường, không bảo đảm vệ sinh, an toàn thực phẩm; gian lận thương mại... diễn ra nghiêm trọng, phức tạp. Nhiều doanh nghiệp của tư nhân

không bảo đảm lợi ích của người lao động, nợ bảo hiểm xã hội, báo cáo tài chính không trung thực, nợ quá hạn ngân hàng, trốn thuế và nợ thuế kéo dài. Xuất hiện những quan hệ không lành mạnh giữa các doanh nghiệp của tư nhân và cơ quan quản lý nhà nước, can thiệp vào quá trình xây dựng, thực thi chính sách để có đặc quyền, đặc lợi, hình thành “lợi ích nhóm”, gây hậu quả xấu về kinh tế - xã hội, làm suy giảm lòng tin của nhân dân.

- Nhiều quy định của pháp luật về kinh tế tư nhân chưa được thực hiện nghiêm. Môi trường đầu tư kinh doanh, khởi nghiệp còn nhiều hạn chế, tiềm ẩn rủi ro cao và thiếu tính minh bạch. Quyền tự do kinh doanh và quyền tài sản, tiếp cận các cơ hội kinh doanh, nguồn lực xã hội chưa thực sự bình đẳng giữa kinh tế tư nhân và các thành phần kinh tế khác; chi phí trung gian, không chính thức còn nhiều. Mới đây, theo yêu cầu rà soát của Ủy ban Thường vụ Quốc hội, Quyết định số 209/QĐ-TTg ngày 07/02/2020, Quyết định số 236/QĐ-TTg ngày 12/02/2020 của Thủ tướng Chính phủ tập trung chủ yếu vào kết quả phát hiện và phương án xử lý các quy định pháp luật có nội dung mâu thuẫn, chồng chéo, bất cập, không phù hợp thực tiễn, gây khó khăn, kìm hãm sự phát triển. Theo đánh giá của Chính phủ, hệ thống pháp luật vẫn còn chồng chéo, phức tạp với số lượng lớn văn bản dưới luật, nhất là văn bản của các bộ, cơ quan ngang bộ. Một số quy định còn chồng chéo, mâu thuẫn; tính khả thi, tính dự báo chưa cao, ảnh hưởng đến tính ổn định của hệ thống pháp luật.

- Thủ tục hành chính còn rườm rà, phức tạp; tình trạng nhũng nhiễu, gây phiền hà, thiếu trách nhiệm, lạm dụng chức quyền, gây khó khăn cho doanh nghiệp vẫn còn khá phổ biến. Phân công, phân cấp, phối hợp giữa các bộ, ban, ngành, địa phương còn tình trạng bất hợp lý, thiếu chặt chẽ. Một nội dung công việc có nhiều chủ thể tham gia nhưng chế độ trách nhiệm không rõ ràng ví dụ, việc quản lý an toàn thực phẩm, dược phẩm.

- Thể chế về phát triển doanh nghiệp, doanh nhân còn nhiều bất cập. Công tác phổ biến, quán triệt và tuyên truyền chủ trương của Đảng, chính

sách, pháp luật của Nhà nước về phát triển kinh tế tư nhân chưa được thực hiện thường xuyên, đầy đủ, sâu rộng.

- Hiệu lực, hiệu quả quản lý của Nhà nước còn nhiều hạn chế. Việc thực hiện chủ trương của Đảng, chính sách, pháp luật của Nhà nước về phát triển kinh tế tư nhân hiệu quả chưa cao, chưa nghiêm. Kết cấu hạ tầng kinh tế - xã hội chưa đáp ứng yêu cầu phát triển kinh tế tư nhân, nhất là hạ tầng giao thông và nguồn nhân lực.

- Vai trò lãnh đạo của các tổ chức Đảng đối với sự phát triển của khu vực kinh tế tư nhân còn bất cập; hoạt động của Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, các tổ chức chính trị - xã hội, xã hội - nghề nghiệp, các hiệp hội ngành nghề chưa thực sự hiệu quả, chậm đổi mới theo yêu cầu thực tiễn; chưa làm tốt vai trò đại diện, bảo vệ quyền lợi hợp pháp, chính đáng của doanh nghiệp, người lao động và người sử dụng lao động.

- Xuất phát điểm phát triển và năng lực nội tại của kinh tế tư nhân còn thấp. Đội ngũ doanh nhân mới hình thành và đang trong quá trình phát triển, hạn chế về năng lực quản trị kinh doanh và văn hoá doanh nghiệp, đạo đức doanh nhân.

3. Một số giải pháp thiết thực nhằm thúc đẩy phát triển kinh tế tư nhân hiện nay ở nước ta hiện nay

Nghị quyết Đại hội XII của Đảng đã xác định: *“Hoàn thiện cơ chế chính sách để tạo thuận lợi phát triển mạnh kinh tế tư nhân ở hầu hết các ngành và lĩnh vực kinh tế, trở thành một động lực quan trọng của nền kinh tế. Hoàn thiện chính sách hỗ trợ phát triển doanh nghiệp nhỏ và vừa, doanh nghiệp khởi nghiệp. Khuyến khích hình thành các tập đoàn kinh tế tư nhân đa sở hữu và tư nhân góp vốn vào các tập đoàn kinh tế nhà nước, kinh tế tư nhân là một động lực quan trọng của nền kinh tế”*. Diễn đàn kinh tế tư nhân Việt Nam được tổ chức ngày 02/5/2019 với chủ đề Phát triển kinh tế tư nhân Việt Nam trở thành một động lực quan trọng của nền kinh tế thị trường định hướng xã hội chủ nghĩa theo Nghị

quyết số 10-NQ/TW của Hội nghị Trung ương 5 khoá XII và Nghị quyết số 98-NQ/CP của Chính phủ cũng đã nêu lên nhiều nội dung định hướng và giải pháp đồng bộ, tích cực⁵. Có thể nói, việc ban hành Nghị quyết số 10/NQ-TW về phát triển lĩnh vực kinh tế tư nhân ở nước ta cần được tiếp cận, nhận thức, kiến giải dưới các góc độ khác nhau. Mục đích là nhanh chóng đề kinh tế tư nhân tiếp tục đóng góp vai trò của nó cùng với doanh nghiệp nhà nước, doanh nghiệp FDI trong tăng trưởng bền vững. Nhà nước cần đóng vai trò kiến tạo cho ba khâu đột phá chiến lược gồm: phát triển kết cấu hạ tầng đồng bộ; xây dựng thể chế, cải cách hành chính và phát triển nguồn nhân lực. Thời cơ, thách thức rất lớn đặt ra cụ thể cho Việt Nam bước vào sân chơi trong hội nhập thực thi các thỏa thuận CPTPP, EVFTA đã đến đòi hỏi Chính phủ, các ngành, địa phương và mọi chủ thể cần nắm bắt cơ hội để thực thi có uy tín, hiệu quả. Theo Bộ Công Thương, EVFTA dự kiến sẽ tác động tích cực đến lao động, việc làm và an sinh xã hội, giúp tăng thêm 146.000 việc làm/năm, tập trung vào những ngành sử dụng lao động có tốc độ xuất khẩu cao sang thị trường EU, trong đó có nhiều ngành nghề chủ trọng của kinh tế tư nhân. Mức tăng thêm việc làm trong một số ngành dự kiến: Dệt may tăng 71.300 (năm 2025) và 72.600 (năm 2030), mức tăng tương ứng so với năm 2018 là 1,2%, 2,3% và 2,4%; ngành da giày có tốc độ tăng việc làm là 4,3% và 3,8% vào các năm 2025 và 2030. Một số ngành khác cũng có số lượng việc làm tăng cao là vận tải hàng không (1,5% vào năm 2025), vận tải thủy (0,9% vào năm 2025). Theo khảng định của đại sứ EU tại Việt Nam, mối quan hệ kinh tế ngày càng phát triển mạnh mẽ giữa Việt Nam và EU, thương mại song phương năm 2019 đạt 54,6 tỷ USD và EU hiện là nhà đầu tư lớn thứ 5 tại Việt Nam với tổng giá trị 24,67 tỷ USD trong hơn 2.200 dự án⁶.

Cần nhận thấy, lĩnh vực pháp luật điều chỉnh kinh tế tư nhân khá đa dạng và liên quan đến với nhau gồm pháp luật: dân sự, lao động, doanh

⁵ Xem thêm tài liệu của Diễn đàn Kinh tế tư nhân Việt Nam được tổ chức ngày 02/5/2019 tại Hà Nội.

⁶ Báo Chính phủ điện tử VGP new ngày 25/9/2020.



ngành, công ty, thương mại, đầu tư, chứng khoán, sở hữu trí tuệ, pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng... đã được quy định trong Chương 2 và Điều 57... của Hiến pháp năm 2013 và nhiều luật chuyên ngành. Điều này đòi hỏi việc hoàn thiện pháp luật kinh tế tư nhân phải được đặt trong tổng thể các lĩnh vực có liên quan và tương quan với pháp luật điều chỉnh lĩnh vực kinh tế công, quyền lực công mới có tác dụng và hiệu lực trên thực tế. Theo đó, cơ chế pháp lý thiết yếu đối với quá trình phát triển kinh tế tư nhân ở nước ta hiện nay cần vận hành trên nguyên tắc có tính nền tảng xuyên suốt là:

- Phải bảo đảm quyền sở hữu tài sản hợp pháp và quyền tự do kinh doanh của người dân và doanh nghiệp theo quy định của pháp luật. Doanh nghiệp có quyền tự do kinh doanh trong những ngành, nghề mà pháp luật không cấm.

- Xác định vai trò kiến tạo của Nhà nước, lấy doanh nghiệp là đối tượng phục vụ, tạo thuận lợi cho doanh nghiệp đầu tư, kinh doanh và phát triển để xây dựng, ban hành và tổ chức thực hiện những quy định của pháp luật liên quan đến doanh nghiệp.

- Bảo đảm sự ổn định, nhất quán, dự báo của chính sách; ổn định kinh tế vĩ mô, cải thiện môi trường kinh doanh theo hướng thuận lợi, an toàn và thân thiện.

- Nhanh chóng tạo lập môi trường kinh doanh, nắm bắt cơ hội chuyển dịch cơ cấu kinh tế thế giới (đặc biệt quá trình dịch chuyển mô hình kinh doanh toàn cầu của các tập đoàn kinh tế đa quốc gia sau Covid-19) và thích ứng kịp thời điều kiện theo quy định của các hiệp định song và đa phương đã ký, chẳng hạn như VEFTA. Thực tiễn đã, đang đặt ra yêu cầu đòi hỏi đổi mới khuynh hướng điều chỉnh và quá trình định chế pháp luật ở nước ta hiện nay trên các góc độ:

Thứ nhất, về tư duy nhận thức cần nhanh chóng xóa bỏ mọi rào cản, định kiến tạo mọi điều kiện thuận lợi để phát triển kinh tế tư nhân. Có thể khẳng định, trong hơn ba thập kỷ đổi mới theo hướng kinh tế thị trường ở nước ta đã có những chính sách, giải pháp quan trọng đem lại

những kết quả đáng trân trọng đối với kinh tế tư nhân. Mặc dù vậy, ít nhiều thành phần kinh tế này vẫn bị “ghê lạnh” hay bị xem thường bên cạnh “ông lớn” kinh tế nhà nước. Ở đây, nguyên nhân sâu xa bắt nguồn từ kinh điển học thuyết Mác khi coi chế độ tư hữu là nguyên nhân của mọi nguyên nhân tạo ra sự khác biệt xã hội. Do đó, cách mạng Xã hội chủ nghĩa cần xóa bỏ tư hữu, thiết lập chế độ công hữu để xây dựng nền kinh tế mới dựa trên chế độ sở hữu này. Về nguyên lý, điều đó hoàn toàn không sai nhưng biện pháp thực thi chúng ta hơi nóng vội khi xóa bỏ kinh tế tư nhân trong nền kinh tế kế hoạch tập trung hoặc thực thi cải tạo triệt để về công thương nghiệp sau năm 1975 ở miền Nam. Mặc dù vậy, việc chuyển đổi sang kinh tế thị trường cũng đã từng bước hạn chế được hệ lụy thực tế của sự nóng vội đó. Tuy nhiên, ít nhiều lỗi mòn tư duy cũ vẫn là rào cản của sự khác biệt, thiếu bình đẳng giữa kinh tế tư nhân với kinh tế nhà nước trên thực tế ở các phương diện như tiếp cận vốn; sự cạnh tranh thiếu lành mạnh trong đầu tư; nguồn cung ứng, đào tạo nhân lực; hợp tác quốc tế về kỹ thuật và chuyển giao công nghệ...

Thứ hai, nhanh chóng hoàn thiện khung pháp luật về kinh tế tư nhân bảo đảm sự ổn định phát triển cho mô hình kinh doanh nhỏ lẻ như doanh nghiệp tư nhân, hộ kinh doanh cá thể. Hiện nay ở nước ta, lĩnh vực kinh doanh này đang cần một sự điều chỉnh pháp luật cụ thể, rõ ràng bởi nhóm chủ thể đó không thuộc đối tượng điều chỉnh của Luật doanh nghiệp càng không phải có tư cách pháp nhân như công ty hay tập đoàn kinh tế. Gần đây khi trao đổi vấn đề này nhiều ý kiến của các nhà quản lý kinh tế đều cho rằng cần có một luật riêng điều chỉnh hoạt động kinh doanh của nhóm chủ thể này bên cạnh luật doanh nghiệp. Với thực tế đó, theo chúng tôi cần sớm thực thi các biện pháp của Chính phủ đã đưa ra với một động thái tích cực gồm:

- Nhanh chóng xác lập chính sách pháp luật mang tính đặc thù để hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa, doanh nghiệp khởi nghiệp, doanh nghiệp đổi mới sáng tạo có tiềm năng tăng trưởng phát triển. Đặc biệt, việc định chế pháp luật phải

hướng tới thực chất nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước, đơn giản hóa khâu tiền kiểm, tăng cường hậu kiểm gắn với điều kiện, quy định cụ thể và thanh tra, kiểm tra, giám sát. Các chính sách pháp luật, xây dựng văn bản pháp luật phải bảo đảm các quy định về điều kiện kinh doanh phải rõ ràng, minh bạch, dễ thực hiện, ngăn chặn, loại bỏ các loại giấy phép con, phí, phụ phí bất hợp lý. Bảo đảm chế độ trách nhiệm pháp lý trong thực thi công vụ phải hướng tới mỗi nhiệm vụ có một đầu mối và người chịu trách nhiệm cụ thể. Trước hết các bộ ngành cần nhận diện một cách đầy đủ đặc tính, yêu cầu của chính mình để từng bước tháo gỡ những điểm nghẽn, nút thắt cơ chế phục vụ dòng chảy kinh tế nói chung và cho kinh tế tư nhân nói riêng. Hiện tại, Chính phủ đã phê duyệt rất nhiều các chương trình chiến lược phát triển kinh tế xã hội cho từng lĩnh vực, cấp độ có tầm nhìn đến năm 2030, đó là cơ sở cho các chủ thể quản lý chuyên ngành bám sát triển khai thực hiện trong thập niên tới. Quản lý nhà nước cần đơn giản hóa khâu tiền kiểm, tăng cường hậu kiểm gắn với điều kiện, quy định cụ thể và thanh tra, kiểm tra, giám sát bảo đảm tính ngăn chặn, phát hiện và xử lý vi phạm đồng thời hỗ trợ, hướng dẫn doanh nghiệp tuân thủ các quy định của pháp luật. Về thực tiễn áp dụng pháp luật cần hạn chế việc hình sự hóa quan hệ kinh tế, dân sự, xử lý theo khuynh hướng tận thu tài sản vi phạm, tránh tình trạng tẩu tán, thất thoát tài sản, đề cao tính giáo dục, răn đe, phòng ngừa kết hợp với trừng phạt nếu có gian lận, chống đối thiếu trung thực. Theo Nghị quyết Chính phủ dành riêng cho Chuyên đề về xây dựng pháp luật đã chỉ rõ: *“Thể chế pháp luật cần thể hiện sâu sắc tinh thần đổi mới; các bộ, cơ quan ngang bộ phải coi việc rà soát, hoàn thiện hệ thống pháp luật thuộc ngành, lĩnh vực được phân công là nhiệm vụ trọng tâm, thường xuyên; kịp thời phát hiện và xử lý các quy định trái pháp luật, không còn phù hợp với tình hình phát triển kinh tế xã hội”*⁷.

- Nhanh chóng thực tế hóa nội dung Hiệp định EVFTA đối với các ngành kinh tế đối

ngoại, bảo đảm cơ hội cho các loại hình doanh nghiệp, thành phần kinh tế tìm thị trường xuất khẩu. Trước mắt, theo nhiệm vụ chủ yếu tập trung năm nhóm chính: Công tác tuyên truyền, phổ biến thông tin về Hiệp định EVFTA và thị trường của các nước EU; công tác xây dựng pháp luật, thể chế; nâng cao năng lực cạnh tranh và phát triển nguồn nhân lực; chủ trương và chính sách đối với tổ chức công đoàn và các tổ chức của người lao động tại cơ sở doanh nghiệp; và chính sách an sinh xã hội, bảo vệ môi trường, cạnh tranh lành mạnh, chia sẻ và liên kết hợp tác đổi mới sáng tạo.

- Cải cách thủ tục hành chính đối với quản lý nhà nước về mô hình kinh tế tư nhân và trong nội bộ hoạt động của từng loại hình kinh tế tư nhân: Phương thức quản lý kinh tế nói chung, kinh tế tư nhân ở nước ta lâu nay còn thiếu tính kết nối, manh mún, nhỏ lẻ. Do đó cần tin học hóa phương thức quản lý nhà nước đối với kinh tế tư nhân và quản lý sản xuất, marketing, hợp đồng... từ các loại hình doanh nghiệp. Việc giải quyết thủ tục hành chính được cải thiện và dịch vụ công qua triển khai cơ chế một cửa, một cửa liên thông nhận được nhiều phản hồi tích cực. Đặc biệt, Cổng dịch vụ công quốc gia sau hơn 6 tháng đi vào hoạt động, đến nay đã tích hợp, cung cấp 725 dịch vụ công trực tuyến (tăng 90 lần so với thời điểm khai trương và 4,5 lần so với 3 tháng trước). Tổng chi phí xã hội tiết kiệm được khi thực hiện dịch vụ công trực tuyến khoảng 6.490 tỷ đồng/năm, trong đó, riêng Cổng dịch vụ công quốc gia đóng góp 3.036 tỷ đồng/năm⁸.

Tiếp tục thực hiện cải cách thể chế, cải thiện môi trường kinh doanh và nâng cao năng lực cạnh tranh theo tinh thần nội dung Nghị quyết số 68/NQ-CP của Chính phủ về đơn giản hóa quy định liên quan đến hoạt động kinh doanh và nâng cao năng lực cạnh tranh theo nội dung Nghị quyết số 68/NQ-CP về Chương trình cắt giảm, đơn giản hóa quy định liên quan đến hoạt động kinh doanh giai đoạn 2020-2025. Đây là bước đi của Chính phủ nhằm thúc đẩy cải cách các quy

⁷ Nghị quyết của Chính phủ, phiên họp ngày 19/3/2019.

⁸ Theo Báo Vietnamnet.vn ngày 30/6/2020 bài về Hội nghị cải cách thủ tục hành chính.



định, tổ chức thực hiện các quy định liên quan đến hoạt động kinh doanh với quan điểm lấy doanh nghiệp, người dân làm trung tâm, tạo động lực phát triển kinh tế - xã hội của đất nước. Thực tiễn cho thấy, từ kinh nghiệm cải cách của khối OECD và từ thực tiễn của nước ta cho thấy có nhiều dư địa cho tăng trưởng cần phải nhanh chóng thực thi kịp thời và đúng hướng. Cải cách thể chế không chỉ dừng lại ở việc thống kê, rà soát, đánh giá, tính chi phí tuân thủ, đề xuất phương án cắt giảm, đơn giản hóa đối với tất cả các quy định kinh doanh (gồm quy định thủ tục hành chính, yêu cầu, điều kiện về kinh doanh, chế độ báo cáo, tiêu chuẩn, quy chuẩn về kiểm tra chuyên ngành đối với hàng hóa xuất nhập khẩu). Quan trọng hơn, đó phải là khâu tổ chức thực hiện trên thực tế có hiệu quả bằng thước đo hài lòng của doanh nghiệp, chủ thể là đối tác nước ngoài và người dân.

Thứ ba, quy hoạch phát triển các loại hình kinh tế tư nhân, tạo các động lực thúc đẩy sự cạnh tranh lành mạnh, phát triển đồng bộ và bền vững trong nền kinh tế nước nhà. Theo đó, cần sớm hoàn thiện quy định pháp luật đảm bảo cho các nhóm chủ thể này một hành lang pháp lý cần thiết đủ để bình đẳng, cạnh tranh với nhóm chủ thể kinh tế công. Đồng thời, hạn chế sự phân tán ngành nghề, tư duy bó hẹp về quy mô đầu tư sản xuất, cung ứng hoặc kiểu “làm ăn xỏ, ngán ngày” thiếu chiều sâu và trách nhiệm xã hội. Cụ thể:

- *Đối với các công ty, tập đoàn kinh tế tư nhân*: Đây là đầu tàu của kinh tế tư nhân thời gian qua đã thực sự khẳng định được vị trí, vai trò trong sự phát triển kinh tế của cả nước. Nhiều tập đoàn kinh tế có doanh thu lớn, khả năng đi đầu về ứng dụng công nghệ, đủ sức cạnh tranh song phẳng với doanh nghiệp trong khu vực và thế giới như Vietjet Air, VinFast, Tập đoàn TH, FPT... Tuy nhiên, cần hình thành nhiều tập đoàn, công ty thành chuỗi đơn vị sản xuất, cung ứng có uy tín về thiết bị phụ trợ cho các tập đoàn kinh tế lớn trong và ngoài nước. Điều này có lợi cho môi trường lao động việc làm chất lượng cao, chiếm lĩnh thị trường cung cấp thiết bị chuyên

ngành, đa ngành, mở rộng hợp tác đầu tư quy mô sản xuất thiết bị đồng bộ và đặc biệt tăng tiềm lực kinh tế quốc gia và năng lực cạnh tranh khu vực, thế giới. Bên cạnh đó, Nhà nước cũng cần có những quy định kiểm soát hoạt động kinh doanh gắn với chế độ trách nhiệm xã hội của từng loại hình công ty.

- *Đối với mô hình doanh nghiệp tư nhân*: Trong những năm qua mô hình doanh nghiệp tư nhân được mở rộng và thúc đẩy sự phát triển đa dạng, đóng góp nhiều giá trị, lợi ích, lao động xã hội trên nhiều lĩnh vực. Không ít doanh nghiệp tư nhân đã bạo dạn đầu tư vốn, công nghệ, quản trị doanh nghiệp tạo ra những sản phẩm có sức cạnh tranh trên thị trường nội địa và xuất khẩu. Tuy nhiên, doanh nghiệp tư nhân dường như thể hiện tính nhỏ lẻ, phân tán, không có tư cách pháp nhân nên khả năng cạnh tranh thương trường thấp do hạn chế về vốn, năng lực công nghệ, chất lượng sản phẩm và quảng bá thương hiệu.

- *Đối với kinh tế cá thể, hộ gia đình, tổ hợp tác và hợp tác xã*: Đây là nhóm chủ thể kinh doanh không đủ điều kiện vật lực để cạnh tranh ở môi trường kinh doanh lớn. Mặc dù vậy, các chủ thể kinh doanh ở đây đóng góp cho tiêu dùng thực tế ở các địa bàn dân cư rất kịp thời và phù hợp với nhiều nhu cầu nhỏ lẻ của các đối tượng. Điều này đòi hỏi Nhà nước cần tạo lập môi trường thuận lợi để nhóm chủ thể này nhanh chóng giảm dần sản xuất manh mún, nhỏ lẻ, tự phát, thiếu định hướng sản xuất hàng hóa. Đồng thời với quá trình đó là tạo lập sự ổn định, khuyến khích từng bước liên kết đầu tư gọi vốn, kỹ thuật, hình thành chuỗi mặt hàng đặc thù cung ứng theo nhu cầu thực tế cho các đối tượng. Việc tạo lập các làng nghề, khu công nghiệp cho hộ kinh doanh cá thể, doanh nghiệp tư nhân ở các địa bàn trong cả nước đã đem lại sự hứng khởi làm ăn ở các vùng miền. Theo đó, quản lý nhà nước phải hướng tới tạo thuận lợi về điều kiện như mặt bằng, thời điểm, thời gian, phương thức cho người dân kinh doanh để tăng thêm thu nhập cho cá nhân, gia đình và xã hội. Kinh nghiệm ở các nước phát triển như Singapore, hoặc một số nước ở Châu Âu cũng tạo cho nhóm chủ thể này

có nguồn thu từ kinh tế vỉa hè, chợ đêm, chợ vào các ngày nghỉ, bán hàng trên xe di động...

Đối với hoạt động kinh doanh, buôn bán của cá nhân hiện nay bằng phương thức kinh doanh online khá phổ biến và việc xác lập hợp đồng điện tử nhanh chóng, thực hiện hợp đồng kịp thời. Phương thức kinh doanh này không chỉ đem lại kết quả tăng nguồn thu cho các cá nhân kinh doanh mà có thể giúp cho những người khác làm thêm ngoài giờ hoặc nhàn rỗi. Vấn đề cơ bản là quản lý nhà nước trên thực tế chưa theo kịp để bảo đảm tính minh bạch, hợp pháp đối với phương thức kinh doanh này. Chẳng hạn, việc vận chuyển hàng theo hợp đồng trực tiếp thông qua các shipper khó kiểm soát liệu có đúng hợp đồng hai bên thỏa thuận không, có hàng cấm đưa vào không. Đặc biệt, với việc quảng bá hàng hóa kinh doanh điện tử bùng nổ qua mạng xã hội như Zalo, Facebook, Messenger... có sức marketing thật sự nhanh nhạy, hiệu quả nhưng việc quản lý, kiểm soát chất lượng hàng hóa lại khó khăn nhất là thu thuế vì các đương sự có thể đối phó dễ dàng bằng thủ pháp công nghệ. Ở đây, về pháp lý có các bên tham gia gồm: bên sản xuất hàng (hoặc không sản xuất nhưng có kho hàng) và bên ký hợp đồng mua hàng, bên vận chuyển hàng. Thực tế cho thấy, trừ những đơn hàng lớn có cơ sở để tính thuế còn các hợp đồng đơn lẻ hoặc số lượng ít hầu như không thu được thuế.

- Riêng với kinh tế hộ gia đình có quy mô rất nhỏ lẻ, manh mún chủ yếu đáp ứng nhu cầu gia đình và thực tế thiếu tính đồng bộ. Mô hình kinh tế thị trường với sự thừa nhận nền tảng sở hữu tư nhân, tư bản thì kinh tế cá thể, hộ gia đình cần được ghi nhận về mặt pháp lý và phát triển trên thực tế. Mới đây, quy định của Bộ Tài nguyên và Môi trường về việc ghi tên các thành viên hộ gia đình vào giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đã “chết yểu” ngay khi chưa có hiệu lực thi hành.

- Thúc đẩy việc hình thành kinh tế tổ hợp tác, hợp tác xã đây là mô hình đã sớm được phát triển ở cả lĩnh vực công, nông nghiệp. Tuy nhiên, trong nền kinh tế thị trường các thực thể

kinh tế này không hoàn toàn phụ thuộc Nhà nước như trước về nguồn vốn, phương thức kinh doanh và quy mô tổ chức nhưng đã đem lại hiệu quả và sự đóng góp nhất định cho sự phát triển ở địa phương. Nhà nước cần khuyến khích, tạo điều kiện cho sự hình thành liên minh các hợp tác xã, làng nghề sản xuất, cung ứng chuỗi sản phẩm có thể mạnh ở các vùng, miền khác nhau. Theo đó, cần mở rộng khả năng tiếp cận nguồn vốn, tích hợp công nghệ sản xuất tiên tiến, bảo vệ môi trường và hạn chế tính thiếu ổn định, nhỏ lẻ của thiết chế kinh tế này. Bảo đảm quyền bình đẳng cho các loại hình doanh nghiệp, không phân biệt loại hình, thành phần kinh tế trong cơ hội tiếp cận các nguồn lực như: vốn, tài nguyên, đất đai... và đầu tư kinh doanh, có chính sách đặc thù để hỗ trợ doanh nghiệp nhỏ và vừa, doanh nghiệp khởi nghiệp, doanh nghiệp đổi mới sáng tạo và có tiềm năng tăng trưởng cao phát triển.

Thế giới trong cơn dịch bệnh Covid-19 đã ảnh hưởng trầm trọng và lâu dài đến đầu tư, thương mại toàn cầu trong đó có nước ta. Để bảo đảm được quy mô tăng trưởng dương (trên 2%) thiết nghĩ, đây là thời cơ để Chính phủ kiến tạo chính sách vĩ mô đột phá cho các Bộ ngành và địa phương và doanh nghiệp triển khai điều kiện đón cơ hội dịch chuyển quy mô sản xuất của các tập đoàn, công ty đa quốc gia (hậu Covid-19) và nhanh chóng nắm bắt cơ hội thực thi Hiệp định EVFTA. Nhà nước cần bảo đảm sự nhất quán thúc đẩy kinh doanh thương mại, dự báo của chính sách sát thực, bảo đảm ổn định kinh tế vĩ mô, cải thiện môi trường kinh doanh theo hướng thuận lợi, an toàn và thân thiện. Tuy nhiên, cũng cần nắm bắt chính sách bảo hộ mậu dịch, thực thi các biện pháp phòng vệ thương mại của một số nước có nền kinh tế khác để ứng phó phù hợp, kịp thời cho dòng chảy thương mại thuận lợi. Bên cạnh đó, việc nước ta thực thi một nền kinh tế mở, hội nhập cũng cần nghiên cứu cả những biện pháp phòng vệ thương mại của chính mình để áp dụng biện pháp đáp trả tương xứng khi cần thiết./



VẤN ĐỀ KỶ VỌNG CHÍNH ĐÁNG CỦA NHÀ ĐẦU TƯ TRONG THỰC TIỄN GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP BẰNG TRỌNG TÀI ĐẦU TƯ QUỐC TẾ

Nguyễn Thị Anh Thơ¹

Tóm tắt: Vấn đề bảo vệ kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư đã luôn được các xác định là yếu tố nền tảng trong nguyên tắc đối xử công bằng và thoả đáng (Fair and Equitable Treatment – FET). Vì vậy, câu hỏi đặt ra là tiêu chuẩn FET có hay không bao gồm việc bảo vệ các kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư. Bài viết đi sâu phân tích vấn đề pháp lý này, trên cơ sở đó, liên hệ thực tiễn pháp luật đầu tư quốc tế của Việt Nam và đưa ra một số kiến nghị về những điểm cần lưu ý trong quá trình thực thi.

Từ khoá: Kỳ vọng chính đáng, đầu tư, nước tiếp nhận đầu tư, trọng tài.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Protecting investors' legitimate expectations has always been identified as the cornerstone of the Fair and Equitable Treatment (FET) principle. Therefore, the question raised is whether, and to what extent, the FET standard will include the protection of investors' legitimate expectations. This paper will deeply analyze this legal issue and from that basis, the article provides comments on the practice of Vietnam's international investment law and gives some recommendations on implementation.

Keywords: Legitimate expectation, investment, host country, arbitration.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Quan điểm về kỳ vọng chính đáng trong thực tiễn giải quyết tranh chấp của trọng tài đầu tư quốc tế

1.1. Cách tiếp cận theo hướng bảo vệ kỳ vọng của nhà đầu tư

Khái niệm kỳ vọng chính đáng đã được sử dụng trong các quyết định trọng tài áp dụng điều khoản đối xử công bằng và thoả đáng (Fair and Equitable Treatment – FET). Khái niệm này đã được áp dụng riêng hoặc song song với các khái niệm liên quan khác như “sự ổn định của quy định pháp luật”, tập trung vào khuôn khổ pháp lý đảm bảo hoạt động kinh doanh ổn định. Các tuyên bố cổ điển về tiêu chuẩn kỳ vọng chính đáng một cách giản đơn được nhận diện trong phán quyết trọng tài Vụ *Tecmed kiện Mexico*. Hội đồng trọng tài theo cách tiếp cận này yêu cầu các cơ quan có thẩm quyền của nước sở tại phải hành

động nhất quán, không mơ hồ và minh bạch, đảm bảo nhà đầu tư biết trước các chính sách và thông lệ quản lý và hành chính mà họ sẽ phải tuân theo. Cách tiếp cận này thực sự đòi hỏi khắt khe đối với nước tiếp nhận đầu tư và gần như không thể đạt được. Như Douglas đã lưu ý, “*tiêu chuẩn mà Hội đồng trọng tài đề ra trong vụ Tecmed thực ra không phải là một tiêu chuẩn nào cả; mà đúng hơn là quy chế công hoàn hảo trong một thế giới hoàn hảo, nơi mà tất cả các quốc gia đều phải khao khát nhưng rất ít (nếu có) sẽ đạt được*”².

Một số vụ kiện sau đó cơ quan tài phán đã áp dụng theo cách tiếp cận này. Vì vậy, trong vụ *CMS kiện Argentina*³ và vụ *Enron kiện Argentina*⁴, các hội đồng trọng tài cho rằng tiêu chuẩn FET bao gồm yêu cầu về một “khuôn khổ ổn định cho đầu tư”. Để đưa ra kết luận này, cả hai Tòa án dựa trên phần mở đầu của Hiệp định

¹ Thạc sỹ, Phó Trường Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

² Douglas Z (2006), Nothing if not critical for investment treaty arbitration: Occidental, Eureko and Methanex, Arbitration International, tr.28.

³ CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8.

⁴ Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3.

đầu tư song phương Argentina-Hoa Kỳ, trong đó nói rõ ràng rằng “đổi xử công bằng và thoả đáng trong đầu tư là mong muốn để duy trì một khuôn khổ ổn định cho đầu tư”⁵. Về thực tế, hội đồng trọng tài cho rằng các biện pháp khẩn cấp mà Argentina thực hiện sau cuộc khủng hoảng Peso năm 2000 - 2002 là vi phạm tiêu chuẩn FET, vì họ đã loại bỏ chế độ bảo đảm thuế quan mà ban đầu đã khuyến khích nhà đầu tư đầu tư, do đó phá hoại bất kỳ sự ổn định nào về khuôn khổ pháp lý cho đầu tư⁶. Đáng chú ý, hội đồng trọng tài đã bác bỏ lý do hành vi của Argentina là không liên quan đến việc xác định xem có vi phạm xảy ra hay không: “Ngay cả khi giả định rằng bị đơn đã được hướng dẫn bởi những ý định tốt nhất, mà hội đồng trọng tài không có lý do để nghi ngờ, ở đây có sự vi phạm khách quan tiêu chuẩn FET”⁷.

Trong những trường hợp này, các hội đồng trọng tài đã cho rằng bất kỳ thay đổi bất lợi nào trong hoạt động kinh doanh hoặc khuôn khổ pháp lý của nước sở tại có thể dẫn đến vi phạm tiêu chuẩn FET trong đó các kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư về khả năng dự đoán và ổn định. Cách tiếp cận này là không hợp lý, vì có khả năng ngăn cản quốc gia chủ nhà đưa ra bất kỳ thay đổi pháp lý hợp pháp nào, chưa nói đến việc thực hiện một cuộc cải cách quy định có thể được yêu cầu. Cách tiếp cận này bỏ qua yêu cầu thực tế rằng các nhà đầu tư nên hiểu rõ các quy định sẽ thay đổi theo thời gian như một khía cạnh hoạt động bình thường của các quy trình pháp lý và chính sách tại nền kinh tế mà họ đang tiến hành đầu tư. Những cân nhắc kiểu này đã khiến một số hội đồng trọng tài yêu cầu các yếu tố đủ điều kiện hơn nữa đối với khái niệm kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư.

1.2. Cách tiếp cận theo hướng phân định phạm vi kỳ vọng của nhà đầu tư, đảm bảo sự cân bằng lợi ích giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư

Để tránh việc đưa ra quá nhiều tiêu chuẩn FET bằng cách tham chiếu đến các kỳ vọng hợp pháp, một số phán quyết đã tìm cách xác định các yếu tố phân định phạm vi của các kỳ vọng đó. Đây dường như là một cách tiếp cận hợp lý hơn, vì những kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư phải dựa trên thực tế, kinh nghiệm và bối cảnh. Trong vụ *Duke Energy kiện Ecuador*⁸, hội đồng trọng tài nhấn mạnh sự cần thiết phải xem xét tất cả các tình huống⁹.

Phán quyết này đã phân định trường hợp mà một nhà đầu tư có thể mong đợi một cách hợp pháp từ các cơ quan có thẩm quyền của nước sở tại. Đồng thời, quan điểm của cơ quan tài phán đó là phải xem xét chặt chẽ mối liên hệ nhân quả giữa khoản đầu tư và một lời hứa cụ thể của nước tiếp nhận đầu tư đối với nhà đầu tư. Từ tuyên bố của hội đồng trọng tài trong vụ *Duke Energy kiện Ecuador* và các trường hợp khác¹⁰, có thể xác định một số yếu tố định tính chính để xác định kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư: (a) Các kỳ vọng hợp pháp chỉ có thể nảy sinh từ các đại diện cụ thể hoặc cam kết cụ thể của một quốc gia đã thực hiện với nhà đầu tư mà quốc gia đó đã dựa vào đó; (b) Nhà đầu tư phải nhận thức được môi trường pháp lý chung ở nước sở tại; (c) Kỳ vọng của nhà đầu tư phải được cân bằng với các hoạt động quản lý hợp pháp của nước sở tại.

- *Tính đại diện cụ thể.*

Sự cần thiết phải có các đại diện cụ thể đã được nhấn mạnh trong vụ *Methanex kiện Hoa*

⁵ CMS v. Argentina, Award of 12 May 2005, đoạn 274; Enron v. Argentina, Award of 22 May 2007, đoạn 259–260.

⁶ Enron v. Argentina, Award of 22 May 2007, đoạn 264–268.

⁷ Enron v. Argentina, Award of 22 May 2007, đoạn 268; Enron v. Argentina, Decision on the Application for Annulment, 30 July 2010, đoạn 298–316.

⁸ Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19.

⁹ Duke Energy v. Ecuador, ICSID Case No. ARB/04/19, Award, August 18, 2008, đoạn 340.

¹⁰ See, for instance, Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, đoạn 261.



Kỳ, một tranh chấp NAFTA¹¹, trong đó nguyên đơn, một nhà sản xuất metanol ở Canada, đã phản đối luật pháp của California cấm sản xuất xăng có chứa phụ gia gốc metanol vì lý do môi trường. Nhà đầu tư đã tuyên bố đây là hành vi vi phạm nghĩa vụ FET của NAFTA, cho rằng lệnh cấm là vô lý, phá hủy thị trường của họ và phân biệt đối xử có lợi cho ngành sản xuất methanol nội địa của Hoa Kỳ. Khi bác bỏ tuyên bố này, trọng tài đặc biệt coi trọng thực tế là Methanex không được Hoa Kỳ đưa ra bất kỳ tuyên bố nào mà họ có thể dựa vào đó một cách hợp lý để kết luận rằng những thay đổi quy định như vậy sẽ không xảy ra¹².

Các quyết định trọng tài gợi ý rằng nhà đầu tư có thể đạt được những kỳ vọng hợp pháp từ (a) Các cam kết cụ thể được đề cập đến với cá nhân mình, ví dụ, dưới dạng điều khoản ổn định, hoặc (b) Các quy tắc không được đề cập cụ thể đến một nhà đầu tư nhưng được thực hiện với mục đích cụ thể là thu hút đầu tư nước ngoài và nhà đầu tư nước ngoài dựa vào đó để thực hiện đầu tư của mình¹³.

Trong một số trường hợp liên quan đến mối quan hệ hợp đồng giữa nhà đầu tư và quốc gia chủ nhà, nguyên đơn đưa ra lập luận rằng họ có kỳ vọng chính đáng để được quốc gia đó thực hiện hợp đồng và do đó, bất kỳ hành vi vi phạm hợp đồng nào của quốc gia cũng có thể vi phạm nghĩa vụ FET. Các hội đồng trọng tài đã không đồng ý và phân biệt các kỳ vọng hợp pháp theo luật quốc tế với các quyền theo hợp đồng. Trong vụ kiện *Parkerings kiện Lithuania*, Tòa án tuyên bố rằng “Không phải mọi hy vọng đều là một kỳ vọng theo luật quốc tế [...] Hợp đồng liên quan

đến những kỳ vọng nội tại của mỗi bên không tương xứng với kỳ vọng như được hiểu trong luật quốc tế”¹⁴.

- *Môi trường pháp lý chung ở nước sở tại.*

Trong vụ *Methanex kiện Hoa Kỳ*, đã thảo luận ở trên, trọng tài nhấn mạnh sự cần thiết của nhà đầu tư phải có nhận thức chung về môi trường pháp lý mà mình đang hoạt động như một điều kiện để áp dụng học thuyết kỳ vọng hợp pháp¹⁵. Trong vụ *Genin kiện Estonia*, Tòa án đã phát hiện ra rằng không có vi phạm nào đối với FET có tính đến thực tế là các bên tranh chấp đã cố ý chọn đầu tư vào: “... một quốc gia độc lập đang phục hồi”¹⁶.

Một số hội đồng trọng tài đã coi tính minh bạch và sự tham gia là một phần trong kỳ vọng hợp pháp của nhà đầu tư¹⁷. Bản thân sự minh bạch không phải là dấu chấm hết; mà là một phương tiện để đạt được quản trị tốt hơn và tránh hành vi độc đoán và phân biệt đối xử. Mặc dù sự minh bạch trong cách ứng xử và tham vấn với nhà đầu tư là một thông lệ tốt, nhưng không phải tất cả các quốc gia đều có sẵn khuôn khổ pháp lý và thể chế để cho phép sự tham gia và minh bạch đầy đủ. Rất ít quốc gia có thể tuyên bố hoàn toàn minh bạch trong quá trình thực hiện và ra quyết định theo quy định của họ. Một cách tiếp cận thiếu linh hoạt và không thực tế đối với những vấn đề này sẽ chuyển rủi ro hoạt động trong môi trường nước đang phát triển từ nhà đầu tư sang nước tiếp nhận đầu tư.

- *Cân bằng kỳ vọng của nhà đầu tư so với mục đích của nước tiếp nhận đầu tư.*

Một số phán quyết đã nhấn mạnh sự cần thiết phải cân bằng kỳ vọng của nhà đầu tư so với các

¹¹ Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, (NAFTA), Final Award, 3 August 2005.

¹² Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, (NAFTA), Final Award, at Part IV, Chapter D, tr. 5, đoạn 7.

¹³ See Glamis Gold, Ltd. v. United States, UNCITRAL (NAFTA), Award, 8 June 2009, đoạn 627.

¹⁴ Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, đoạn 344.

¹⁵ See Methanex v. United States, Final Award, 3 August 2005, Part IV, Chapter D, đoạn 10.

¹⁶ Genin v. Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award, 25 June 2001, đoạn 348.

¹⁷ Relevant case law is reviewed in Newcombe and Paradell, 2009, tr. 291–294; as well as in Salacuse, 2010, tr. 237 - 238.

mục tiêu pháp lý hợp pháp của nước tiếp nhận đầu tư. Các Hội đồng trọng tài gợi ý rằng nghĩa vụ FET không ngăn cản các nước tiếp nhận đầu tư hành động vì lợi ích công cộng ngay cả khi những hành vi đó ảnh hưởng xấu đến các khoản đầu tư. Đây là một tiêu chuẩn quan trọng đối với phương pháp tiếp cận kỳ vọng hợp pháp.

Nền tảng cho cách tiếp cận này đã được khởi nguồn từ vụ *Saluka kiện Cộng hòa Séc*¹⁸. Trong quá trình ra quyết định này, Hội đồng trọng tài đã phân tích quá trình cân bằng liên quan đến một khiếu nại dựa trên sự vi phạm các kỳ vọng chính đáng: “Để xác định xem liệu sự kỳ vọng của nhà đầu tư nước ngoài có chính đáng và hợp lý hay không, quyền hợp pháp của nước tiếp nhận đầu tư sau đó trong việc điều chỉnh các vấn đề trong nước vì lợi ích công đồng cũng phải được xem xét”.

Trong vụ kiện *Parkerings-Compagniet kiện Lithuania*, Hội đồng trọng tài cho rằng mỗi quốc gia có quyền thực hiện quyền lập pháp có chủ quyền của mình - một cách hợp lý và công bằng - và rằng nhà đầu tư phải lường trước một sự thay đổi hoàn cảnh có thể xảy ra, và do đó cấu trúc khoản đầu tư của mình để thích ứng với môi trường pháp lý mới, đặc biệt là của một quốc gia đang trong quá trình chuyển đổi. Hội đồng trọng tài đã bác bỏ khiếu nại vi phạm FET, kết luận rằng Cộng hòa Lithuania đã không đưa ra bất kỳ lời hứa rõ ràng hay ẩn ý nào rằng khuôn khổ pháp lý của khoản đầu tư sẽ không thay đổi¹⁹.

Trong Vụ *Continental Casualty kiện Argentina*, Hội đồng trọng tài đặc biệt lưu ý rằng sự ổn định của khung pháp lý cho các khoản đầu tư, được đề cập trong phần mở đầu của BIT hiện hành, không phải là nghĩa vụ pháp lý đối với các Bên ký kết và rằng “điều đó sẽ là vô lương tâm đối với một quốc gia hứa không thay đổi luật pháp của mình khi thời gian và nhu cầu thay đổi”²⁰.

Trong vụ *Vivendi kiện Argentina II*, Hội đồng trọng tài đã chấp nhận rằng một chính phủ mới được bầu có quan điểm chính sách khác với chính phủ tiền nhiệm của nó có quyền đi ngược lại. Tuy nhiên, Hội đồng trọng tài đề nghị rằng sự thay đổi này nên đi kèm với một cuộc thương lượng lại minh bạch và không ép buộc đối với hợp đồng đang được đề cập, và không thông qua những lời đe dọa hủy bỏ dựa trên những cáo buộc không chính đáng²¹.

Tóm lại, việc tham chiếu tới các phán quyết của các Hội đồng trọng tài đối trong các vụ kiện khác nhau về kỳ vọng chính đáng để đi tới kết luận về việc nước tiếp nhận đầu tư có vi phạm đối xử công bằng và bình đẳng không thể được áp dụng tách biệt khỏi bối cảnh pháp lý, kinh tế, xã hội và chính trị thực tế. Bên cạnh đó, cơ quan tài phán cũng cần xem xét đến sự cân bằng cần thiết giữa kỳ vọng của nhà đầu tư và chức năng của các nước tiếp nhận đầu tư cách là chủ thể giám hộ lợi ích công cộng. Điều này đặc biệt quan trọng ở các nước đang phát triển. Khái niệm công bằng và đối xử bình đẳng sẽ cần phải tính đến, không chỉ lợi ích của các nhà đầu tư, mà cả lợi ích của nước tiếp nhận đầu tư.

Những kỳ vọng nào có thể được coi là hợp pháp và được bảo vệ bởi tiêu chuẩn FET cũng sẽ được xem xét một cách dè dặt hơn. Đặc biệt, các nhà đầu tư phải lường trước và chấp nhận rằng môi trường quản lý và lập pháp có thể thay đổi theo thời gian. Tuy nhiên, theo tiêu chuẩn FET, các nhà đầu tư có thể mong đợi rằng những thay đổi như vậy sẽ được thực hiện một cách thiện chí và không lạm dụng; các lập luận về lợi ích công sẽ không được sử dụng để nguy trang cho các biện pháp độc đoán và phân biệt đối xử. Quyền lực của các quốc gia trong việc điều chỉnh mà không bồi thường cho các nhà đầu tư nước ngoài cũng sẽ bị hạn chế khi quốc gia đưa ra các đảm

¹⁸ Saluka v. Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006.

¹⁹ Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, paras. 334–338.

²⁰ Continental Casualty v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 5 September 2008, đoạn 258.

²¹ Kinneer, 2008, p. 225, referring to Vivendi v. Argentina II, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, đoạn 7.4.31.



bảo cụ thể với nhà đầu tư về việc tuân thủ các khía cạnh nhất định về điều kiện kinh doanh hoặc pháp lý. Tương tự như vậy, các quy định chung được đưa ra đặc biệt để thu hút các khoản đầu tư nước ngoài và nhà đầu tư dựa vào đó có thể khiến một quốc gia phải chịu trách nhiệm nếu sau đó quyết định thay đổi hoặc rút bỏ các quy định đó.

2. Bảo đảm đầu tư theo các hiệp định về đầu tư của Việt Nam

Tiêu chí sự kỳ vọng chính đáng vẫn tiếp tục là tâm điểm khi xác định tiêu chuẩn FET. Ngày nay, khái niệm sự kỳ vọng chính đáng là một phần của tiêu chuẩn FET trong các BITs và nên được giải thích trong giới hạn của Hiệp định. Các Hiệp định đầu tư quốc tế (IIAs) có những cách tiếp cận khác biệt đối với tiêu chuẩn FET, bao gồm: (i) Không quy định về nghĩa vụ đối xử FET; (ii) Quy định về FET không dẫn chiếu tới luật quốc tế hay bất kỳ tiêu chuẩn bổ sung; (iii) Quy định về FET phù hợp với luật quốc tế; (iv) Quy định về FET với nội dung bổ sung (từ chối tiếp cận công lý, các biện pháp không hợp lý/phân biệt đối xử, vi phạm các nghĩa vụ trong các hiệp ước khác)²².

Theo thống kê của UNCTAD, đến nay Việt Nam đã ký kết 67 Hiệp định khuyến khích và bảo hộ đầu tư với các quốc gia và vùng lãnh thổ khác²³, và 26 hiệp định song phương và đa phương có chương đầu tư. Trong các hiệp định này, nguyên tắc công bằng và thoả đáng được đề cập không hoàn toàn giống nhau về mặt nội dung. Phần lớn các cam kết có hiệu lực của Việt Nam chỉ đề cập một cách chung chung, dưới dạng một cam kết đơn giản rằng sẽ trao cho khoản đầu tư của nhà đầu tư sự đối xử “công bằng và thoả đáng” trong lãnh thổ của nước đó, mà không đề cập đến tiêu chuẩn hay những giới hạn nội dung²⁴.

Tuy nhiên, theo xu hướng hiện nay, khi ký các IIAs có nguyên tắc đối xử công bằng và thoả đáng, Việt Nam đã bổ sung các nội dung cụ thể vào điều khoản như trong Hiệp định Bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên minh Châu Âu (gọi tắt là Hiệp định EVIPA), Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiên bộ xuyên Thái Bình Dương (gọi tắt là Hiệp định CPTPP). Đây cũng là cách mà các bên ký kết áp dụng để làm rõ nội dung của nghĩa vụ đối xử công bằng và thoả đáng, làm cho việc thực thi điều khoản này trở nên dễ dự đoán hơn.

Tóm lại, việc quy định rõ hơn điều khoản công bằng và thoả đáng trong các hiệp định nêu trên đã thể hiện rõ mục tiêu giới hạn nghĩa vụ bảo hộ FET của các bên ký kết. Theo đó, các bên ký kết muốn giới hạn sự mở rộng quá mức nội hàm của công bằng và thoả đáng, giúp Việt Nam cũng như các bên ký kết khác giảm thiểu rủi ro bị kiện theo các điều khoản này khi theo đuổi các chính sách nhằm bảo vệ các mục tiêu của quốc gia.

3. Một số kiến nghị đối với Việt Nam

Chính phủ Việt Nam cần lưu ý một số vấn đề sau trong quá trình ban hành, thực thi chính sách để tránh vi phạm nguyên tắc về FET như sau:

Thứ nhất, cần lưu ý về cách tiếp cận và giải thích các tiêu chuẩn FET của các hội đồng trọng tài trong các vụ kiện, để hiểu rõ hơn về nội dung và phạm vi áp dụng, tạo thuận lợi cho việc đàm phán, thực thi hiệp định cũng như chủ động ứng phó với các tranh chấp mà Chính phủ Việt Nam có thể phải đối mặt.

Thứ hai, trong quy định của pháp luật Việt Nam về bảo hộ đầu tư kinh doanh chỉ giới hạn trường hợp văn bản pháp luật mới có thay đổi về những ưu đãi cho nhà đầu tư. Vậy những ưu đãi này được hiểu theo hướng như thế nào, phạm vi, đối tượng áp dụng ra sao thì Luật đầu tư năm 2020 cũng không quy định rõ. Vì vậy, khi cơ

²² United Nations Conference on Trade and Development, Fair and Equitable Treatment, https://unctad.org/en/Docs/unctadaddiaeia2011d5_en.pdf, truy cập ngày 11/3/2021.

²³ <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/229/viet-nam>, truy cập ngày 11/3/2021.

²⁴ Ví dụ: BIT Việt Nam - Úc 1991, Việt Nam - Campuchia 2005, Việt Nam - Cộng hòa Séc 1996... Xem thêm: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/229/viet-nam>, truy cập ngày 11/3/2021.

quan có thẩm quyền ban hành văn bản pháp luật mới, cần xem xét cụ thể những ưu đãi trong các Giấy phép đầu tư, Giấy phép kinh doanh, Giấy chứng nhận ưu đãi đầu tư, Giấy chứng nhận đầu tư, Giấy chứng nhận đăng ký đầu tư, văn bản quyết định chủ trương đầu tư hoặc văn bản khác của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Thông thường, những ưu đãi có thể tồn tại dưới hình thức ưu đãi về thuế, miễn hoặc giảm tiền thuê đất trong khoảng thời gian nhất định, hoặc các hình thức ưu đãi khác trong giấy phép đầu tư²⁵. Vì vậy, Chính phủ Việt Nam có thể thay đổi quy định đối với một dự án, ví dụ như áp mức thuế mới, trong đó vẫn duy trì “ưu đãi” mà không vi phạm nghĩa vụ FET, nếu thuế không được ghi nhận trong giấy phép đầu tư hoặc các văn bản khác.

Thứ ba, trong trường hợp giấy phép hết thời hạn, nhà đầu tư có được cấp lại giấy phép đó hay không, hoặc việc thay đổi giấy phép có được xem như là trường hợp văn bản pháp luật thay đổi hay không. Theo tác giả, việc thay đổi giấy phép đầu tư đồng nghĩa với việc cơ quan có thẩm quyền ban hành một quyết định hành chính. Vì vậy, việc thay đổi giấy phép đầu tư dường như không thể được xem như pháp luật thay đổi. Quy định trong Luật đầu tư nước ngoài của Việt Nam năm 1992 tiếp cận theo hướng rộng hơn Luật đầu tư năm 2020 khi quy định về vấn đề “văn bản pháp luật mới hoặc chính sách thay đổi”²⁶. Việc thu hẹp phạm vi như trong Luật đầu tư năm 2020 đã hạn chế nghĩa vụ của Chính phủ Việt Nam về vấn đề bảo hộ hoạt động đầu tư kinh doanh.

Thứ tư, cách tiếp cận trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới bao gồm các chương đầu tư như Hiệp định hợp tác toàn diện Châu Á - Thái Bình Dương (CPTPP) hay Hiệp định về bảo hộ đầu tư giữa Việt Nam và Liên

minh châu Âu (EVIPA) đều theo hướng cân bằng lợi ích giữa lợi ích chính đáng của nhà đầu tư và nhu cầu bảo vệ lợi ích công cộng chính đáng của quốc gia tiếp nhận đầu tư, vì vậy, trong trường hợp nêu có tranh chấp phát sinh, hội đồng trọng tài đầu tư sẽ khó có thể có cách tiếp cận theo hướng có lợi cho nhà đầu tư. Tuy nhiên, khi ban hành các chính sách hay thay đổi pháp luật, Việt Nam cần lưu ý những tiêu chuẩn liên quan tới lợi ích công cộng, tránh phân biệt đối xử.

Thứ năm, trong trường hợp Chính phủ Việt Nam ký hợp đồng với nhà đầu tư nước ngoài, cần phân biệt các kỳ vọng hợp pháp theo luật quốc tế với các quyền theo hợp đồng. Có thể tham khảo phán quyết của trọng tài trong vụ *Parkerings vs. Lithuania*²⁷; hoặc phán quyết của trọng tài trong vụ *Hamester vs. Ghana* kết luận rằng “không đủ để một nguyên đơn viện dẫn các quyền theo hợp đồng bị cáo buộc vi phạm để duy trì khiếu nại do vi phạm tiêu chuẩn FET”²⁸. Cách tiếp cận ngược lại sẽ khiến tất cả các hợp đồng giữa nhà đầu tư và nước tiếp nhận đầu tư sự bảo vệ của nguyên tắc FET, và tiêu chuẩn này sẽ tạo thành một điều khoản bao trùm (umbrella clause) được tiếp cận theo hướng mở rộng nghĩa vụ của nước tiếp nhận đầu tư.

Thứ sáu, quyền ban hành luật vì lợi ích công của nước tiếp nhận đầu tư nên được tôn trọng, ngay cả khi có những thay đổi ảnh hưởng tiêu cực đến nhà đầu tư nước ngoài. Việt Nam có thể tham khảo phán quyết của trọng tài trong vụ *Joseph C. Lemire vs. Ukraine*²⁹. Ngoại lệ liên quan tới lợi ích công cộng sẽ giúp giải thoát nghĩa vụ cho chính phủ nước tiếp nhận đầu tư, theo đó chính phủ sẽ không bị coi là vi phạm kỳ vọng chính đáng của nhà đầu tư và vi phạm tiêu chuẩn FET, miễn là Chính phủ thực hiện một cách trung thực, thiện chí./.

²⁵ Hop Dang, *Legal Issues in Vietnam's FDI Protections under Domestic Law, Bilateral Investment Treaties and Sovereign Guarantees*, in Vivienne Bath, Luke Nottage ed, *Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia*, tr. 231.

²⁶ Điều 11, Luật đầu tư nước ngoài năm 1992.

²⁷ *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award, 11 September 2007, para 344.

²⁸ *Hamester v. Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para 337.

²⁹ 8 See also *Joseph C. Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 21 January 2010.



PHÁP LUẬT VỀ TỔ CHỨC HÒA GIẢI THƯƠNG MẠI THEO QUY ĐỊNH TẠI NGHỊ ĐỊNH SỐ 22/2017/NĐ-CP CỦA CHÍNH PHỦ - THỰC TRẠNG VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Vũ Huy Hoàng¹
Ngô Thị Thu Huyền²

Tóm tắt: Nghị định số 22/2017/NĐ-CP của Chính phủ về hòa giải thương mại được ban hành ngày 24/02/2017 (NĐ số 22/2017/NĐ-CP) đã tạo hành lang pháp lý cho hoạt động hòa giải thương mại tại Việt Nam. Các quy định của Nghị định này đã khẳng định vị trí, vai trò quan trọng của tổ chức hòa giải thương mại trong giải quyết tranh chấp thương mại bằng con đường hòa giải. Thông qua việc nghiên cứu, phân tích các quy định về tổ chức hòa giải thương mại trong NĐ số 22/2017/NĐ-CP, bài viết chỉ ra những bất cập trong quy định của pháp luật hiện hành và định hướng khắc phục những bất cập đó.

Từ khóa: Hòa giải thương mại, tổ chức hòa giải thương mại, trọng tài thương mại.
Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: The Decree No.22/2017/ND-CP of the Government (“the Decree No.22/2017/ND-CP”) on commercial mediation issued on 24/2/2017 has created a legal corridor for Commercial mediation activities in Vietnam. The provisions of this Decree have affirmed the important position and role of commercial mediation organizations in settling commercial disputes via mediation. Through study and analysis of regulations on commercial mediation organizations in the Decree 22/2017/ND-CP, the article points out shortcomings in the current legal regulations and orientations to overcome those inadequacies.

Keywords: Commercial mediation, commercial mediation Organization, commercial Arbitration.
Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Quy định pháp luật về tổ chức hòa giải thương mại theo Nghị định số 22/2017/NĐ-CP về hòa giải thương mại

1.1. Tổ chức được tiến hành hoạt động hòa giải thương mại

Trước khi NĐ số 22/2017/NĐ-CP ra đời, ở Việt Nam, hòa giải đã được pháp luật quy định thành một nguyên tắc và được các nhà kinh doanh ghi nhận là một phương thức giải quyết tranh chấp. Tuy nhiên, phạm vi sử dụng cũng như hiệu quả đạt được của phương thức này còn rất khiêm tốn. Một trong những lý do dẫn đến tình trạng này là bởi các quy định về hòa giải thương mại ngoài Tòa án chưa đầy đủ, đồng bộ và chưa được phổ biến rộng rãi; pháp luật Việt Nam còn thiếu sự nghiên cứu một cách có hệ thống để làm rõ các vấn đề lý thuyết

về hòa giải, đưa ra các mô hình hòa giải có hiệu quả.

Việc ban hành NĐ số 22/2017/NĐ-CP về hòa giải thương mại đã thể chế hóa Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách ngành tư pháp đến năm 2020, trong đó nhấn mạnh “khuyến khích việc giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài; Tòa án hỗ trợ bằng quyết định công nhận việc giải quyết đó”. Các quy định của NĐ số 22/2017/NĐ-CP góp phần nâng cao hiệu quả của việc sử dụng hòa giải để giải quyết các tranh chấp thương mại, khi đã có những quy định cụ thể về hòa giải viên thương mại, trình tự thủ tục hòa giải, cũng như những quy định hết sức chi tiết về tổ chức hòa giải thương mại.

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Cơ sở tại Thành phố Hồ Chí Minh, Học viện Tư pháp.

² Giảng viên Cơ sở tại Thành phố Hồ Chí Minh, Học viện Tư pháp.

Theo quy định tại Điều 3 NĐ số 22/2017/NĐ-CP, hòa giải thương mại là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại do các bên thoả thuận và được hòa giải viên thương mại làm trung gian hòa giải hỗ trợ giải quyết tranh chấp theo quy định của Nghị định này. Hiện nay pháp luật quy định hai hình thức hòa giải là:

Hòa giải thương mại vụ việc là hình thức giải quyết tranh chấp do hòa giải viên thương mại vụ việc được các bên lựa chọn tiến hành theo quy định của NĐ số 22/2017/NĐ-CP và thoả thuận của các bên.

Hòa giải thương mại quy chế là hình thức giải quyết tranh chấp tại một tổ chức hòa giải thương mại theo quy định của NĐ số 22/2017/NĐ-CP và Quy tắc hòa giải của tổ chức đó.

Như vậy, một trong hai hình thức hòa giải được pháp luật cho phép là thông qua một tổ chức hòa giải thương mại. Tuy nhiên, không phải bất cứ tổ chức nào cũng được phép thực hiện hoạt động hòa giải. Theo quy định tại Điều 18 NĐ số 22/2017/NĐ-CP, tổ chức được tiến hành hoạt động hòa giải thương mại bao gồm: Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập và hoạt động theo quy định của Nghị định này và Trung tâm trọng tài được thành lập và hoạt động theo pháp luật về trọng tài thương mại thực hiện hoạt động hòa giải thương mại.

Việc thành lập các Trung tâm hòa giải thương mại chuyên nghiệp tại Việt Nam là điều cần thiết để đảm bảo chất lượng của hoạt động hòa giải, phù hợp với xu thế chung của các nước trong khu vực và trên thế giới. Hiện nay, ngay trong khu vực Châu Á, hoạt động hòa giải thương mại đã diễn ra khá sôi động với sự xuất hiện và phát triển mạnh mẽ của nhiều Trung tâm hòa giải như Trung tâm hòa giải Bắc Kinh (Trung Quốc), Trung tâm hòa giải Delhi (Ấn Độ), Trung tâm hòa giải Hồng Kông, Trung tâm hòa giải Indonesia, Trung tâm hòa giải Singapore, Trung tâm hòa giải Thái Lan...

Cùng với việc thành lập mới các Trung tâm hòa giải thương mại, việc pháp luật cho phép các tổ chức trọng tài thương mại cung cấp dịch vụ hòa giải là hết sức phù hợp. Về mặt quy định pháp luật, kể từ khi ra đời cách đây hơn 10 năm, Luật trọng tài thương mại (Luật TTTM) năm 2010 đã ghi nhận hòa giải là một bước trong quá

trình Trọng tài giải quyết tranh chấp thương mại. Theo đó, Hội đồng trọng tài chỉ tiến hành hòa giải khi các bên thống nhất sẽ thoả thuận với nhau để giải quyết tranh chấp, đồng thời yêu cầu Hội đồng trọng tài là đơn vị hòa giải căn cứ theo quy định tại Điều 9 và Điều 58 Luật TTTM năm 2010. Và khi các bên thoả thuận được với nhau về việc giải quyết trong vụ tranh chấp thì Hội đồng trọng tài lập biên bản hoà giải thành có chữ ký của các bên và xác nhận của các trọng tài viên. Hội đồng trọng tài ra quyết định công nhận sự thoả thuận của các bên, quyết định này là chung thẩm và có giá trị như phán quyết trọng tài. Luật TTTM năm 2010 quy định khá linh hoạt chứ không cứng nhắc về nguyên tắc, trình tự, thủ tục và mô hình hòa giải do trọng tài tiến hành. Ngoài ra, tiêu chuẩn trọng tài viên theo Luật TTTM năm 2010 cũng có nhiều nét tương đồng với tiêu chuẩn hòa giải viên theo NĐ số 22/2017/NĐ-CP.

Về mặt thực tiễn, trong bối cảnh hoạt động hoà giải vẫn còn khá mới mẻ ở Việt Nam thì nguồn lực và kinh nghiệm sẵn có từ các Trung tâm trọng tài sẽ giúp phương thức hoà giải thương mại tiếp cận nhanh hơn với khách hàng. Việc cho phép Trung tâm trọng tài thương mại cung cấp cả dịch vụ hòa giải cũng sẽ tận dụng, khai thác được cơ sở vật chất và đội ngũ nhân sự hiện có; mở rộng loại hình dịch vụ và tạo nguồn thu cho các Trung tâm trọng tài này mà không phát sinh thêm các vấn đề về thủ tục hành chính, cấp phép. Ví dụ như Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) cũng đã xây dựng và ban hành Quy tắc hòa giải từ năm 2007; quy tắc này áp dụng cho việc hoà giải tranh chấp phát sinh từ hoặc liên quan tới quan hệ pháp lý trong hoạt động thương mại, khi các bên quyết định tiến hành hoà giải tranh chấp thông qua VIAC.

Ngoài hoạt động của các Trung tâm hòa giải, Trung tâm trọng tài trong nước, NĐ số 22/2017/NĐ-CP cũng cho phép sự hiện diện và hoạt động với những hình thức nhất định của tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài tại Việt Nam. Theo đó, tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài được thành lập và hoạt động hợp pháp tại nước ngoài, tôn trọng Hiến pháp và pháp luật của nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam thì được phép hoạt động tại Việt Nam theo quy định của NĐ số 22/2017/NĐ-CP. Tổ chức hòa giải



thương mại nước ngoài hoạt động tại Việt Nam dưới các hình thức: Chi nhánh của tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài (sau đây gọi là chi nhánh) và Văn phòng đại diện của tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài (sau đây gọi là văn phòng đại diện).

1.2. Thành lập, đăng ký hoạt động tổ chức hòa giải thương mại

Về bản chất, tổ chức cung cấp dịch vụ hòa giải có nhiều nét tương đồng với một doanh nghiệp cung ứng dịch vụ; do đó, các vấn đề liên quan đến thủ tục thành lập, đăng ký hoạt động được quy định và thực hiện có nhiều nét tương đồng với pháp luật doanh nghiệp. Theo quy định tại Điều 19 NĐ số 22/2017/NĐ-CP thì Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập theo quy định của Nghị định này, có tư cách pháp nhân, có con dấu và tài khoản riêng. Trung tâm hòa giải thương mại hoạt động không vì mục đích lợi nhuận. Trung tâm hòa giải thương mại được lập chi nhánh, văn phòng đại diện ở trong nước và nước ngoài. Cơ cấu tổ chức của Trung tâm hòa giải thương mại do điều lệ của Trung tâm quy định; chủ tịch Trung tâm hòa giải thương mại là hòa giải viên thương mại.

Công dân Việt Nam có đủ tiêu chuẩn hòa giải viên thương mại quy định tại Khoản 1 Điều 7 NĐ số 22/2017/NĐ-CP muốn thành lập Trung tâm hòa giải thương mại gửi 01 bộ hồ sơ đến Bộ Tư pháp. Hồ sơ bao gồm: Giấy đề nghị thành lập Trung tâm hòa giải thương mại theo mẫu do Bộ Tư pháp ban hành; danh sách sáng lập viên; giấy tờ chứng minh sáng lập viên đủ tiêu chuẩn hòa giải viên thương mại quy định tại Khoản 1 Điều 7 Nghị định này; dự thảo Quy tắc hòa giải của Trung tâm.

Trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày quyết định cấp Giấy phép thành lập của Trung tâm hòa giải thương mại có hiệu lực, Trung tâm gửi hồ sơ đăng ký hoạt động đến Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi Trung tâm đặt trụ

sở. Hết thời hạn này, nếu Trung tâm hòa giải thương mại không đăng ký hoạt động thì Giấy phép thành lập không còn giá trị, trừ trường hợp có lý do chính đáng. Trung tâm hòa giải thương mại được hoạt động kể từ ngày được cấp Giấy đăng ký hoạt động.

Với Trung tâm trọng tài đã được cấp Giấy phép thành lập và đăng ký hoạt động theo quy định của pháp luật trọng tài thương mại muốn thực hiện hoạt động hòa giải thương mại thì gửi 01 bộ hồ sơ đến Bộ Tư pháp. Hồ sơ bao gồm: Giấy đề nghị bổ sung hoạt động hòa giải thương mại theo mẫu do Bộ Tư pháp ban hành và dự thảo Quy tắc hòa giải của Trung tâm. Trung tâm trọng tài thực hiện đăng ký thay đổi nội dung Giấy đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi Trung tâm đăng ký hoạt động.

2. Thực trạng pháp luật về tổ chức hòa giải thương mại và hướng hoàn thiện

Tính đến đầu năm 2021, đã có một số Trung tâm hòa giải thương mại được thành lập trên cả nước, trong đó Hà Nội có 8 Trung tâm hòa giải thương mại³, Thành phố Hồ Chí Minh có 4 Trung tâm hòa giải thương mại⁴ và Thừa Thiên Huế có 1 Trung tâm hòa giải thương mại⁵. Cùng với đó, một số Trung tâm trọng tài cũng đã đăng ký bổ sung hoạt động hòa giải thương mại, điển hình như Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) đã ra mắt Trung tâm hòa giải Việt Nam (VMC). Trong 4 năm qua, hòa giải thương mại bắt đầu được nhiều doanh nghiệp lựa chọn, nhiều vụ tranh chấp có giá trị lớn đã được giải quyết thông qua hòa giải. Riêng Trung tâm hòa giải Việt Nam (VMC), thuộc Trung tâm trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC) đã nhận 7 đơn yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại, với tổng trị giá tranh chấp hơn 1.000 tỷ đồng. Các vụ việc tranh chấp tập trung trong lĩnh vực xây dựng (trên 900 tỷ đồng), hàng hải và sở hữu trí tuệ⁶.

³ Nguồn: <http://sotuphap.hanoi.gov.vn/Portalview/trangchitiet.aspx?portalid=1&idmenu=226&idtin=1358>

⁴ Nguồn: https://sotuphap.hochiminhcity.gov.vn/en/phong-to-chuc/-/asset_publisher/8ow5lbyycWKx/content/danh-sach-hoa-giai-vien-thuong-mai-vu-viec-to-chuc-hoa-giai-thuong-mai-tren-dia-ban-thanh-pho-ho-chi-minh?101_INSTANCE_8ow5lbyycWKx_enableXemTheoNgay=true.

⁵ Nguồn: <https://stp.thuathienhue.gov.vn/?gd=12&cn=118&tc=5980>.

⁶ Nguồn: <https://www.sggp.org.vn/de-hoa-giai-thuong-mai-phat-huy-loi-the-680100.html>

Mặc dù đạt được những kết quả nhất định, có thể thấy pháp luật về tổ chức hòa giải thương mại tại Việt Nam vẫn còn những bất cập cần phải khắc phục:

Thứ nhất, về chủ thể được phép thành lập Trung tâm hòa giải thương mại.

Hiện nay, ngoài các Trung tâm trọng tài được phép đăng ký thêm hoạt động hòa giải thương mại, NĐ số 22/2017/NĐ-CP quy định công dân Việt Nam có đủ tiêu chuẩn hòa giải viên thương mại quy định tại Khoản 1 Điều 7 Nghị định này muốn thành lập Trung tâm hòa giải thương mại gửi 01 bộ hồ sơ đến Bộ Tư pháp. Theo quan điểm của tác giả, pháp luật Việt Nam nên mở rộng thêm các chủ thể được phép thành lập Trung tâm hòa giải thương mại; ghi nhận sáng lập viên của Trung tâm hòa giải có thể là một số tổ chức nhất định, như Liên đoàn luật sư Việt Nam hay các cơ sở nghiên cứu, đào tạo luật. Đây là những tổ chức có nguồn nhân lực dồi dào, chuyên môn cao trong lĩnh vực pháp luật, sẽ giúp hoạt động hòa giải thương mại ở Việt Nam được phát triển hơn.

Có thể lấy ví dụ như ở Singapore, Trung tâm hòa giải Singapore (SMC) trực thuộc Học viện pháp luật Singapore, tập trung giải quyết các tranh chấp thương mại. Kể từ khi ra mắt vào ngày 16/8/1997, SMC đã hòa giải hơn 4.900 vụ việc trị giá hơn 10 tỷ đô la. Khoảng 70% các vụ việc được giải quyết thành công, và 90% trong số đó được giải quyết trong vòng một ngày, chứng minh tính hiệu quả của hòa giải. Tranh chấp về xây dựng chiếm khoảng 40% số vụ việc SMC giải quyết. Các loại tranh chấp khác bao gồm bất đồng về ngân hàng, hợp đồng, công ty, việc làm, công nghệ thông tin, bảo hiểm, quan hệ đối tác, vận chuyển và thuê nhà⁷.

Thứ hai, về tên gọi của tổ chức hòa giải thương mại.

Khoản 1, Điều 20 NĐ số 22/2017/NĐ-CP quy định tên gọi của tổ chức hòa giải thương mại phải có cụm từ “*Trung tâm hòa giải thương mại*”. Tác giả cho rằng, quy định tên gọi của tổ chức hòa giải phải có cụm từ “*thương mại*” có phần gò bó và không cần thiết; tác giả không thấy được mục đích cụ thể của việc này. Ngay như trong Luật TTTM năm 2010, một văn bản có nhiều nội dung

tương đồng với NĐ số 22/2017/NĐ-CP, không hề có quy định nào về tên tổ chức trọng tài phải có cụm từ “*thương mại*”. Một tổ chức trọng tài rất lớn là Trung tâm trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) cũng không hề có chữ “*thương mại*” trong tên gọi của họ. Tham khảo thực tiễn thế giới cũng cho thấy nhiều tổ chức hòa giải ở các quốc gia khác không phải lúc nào cũng có cụm từ “*thương mại*” trong tên gọi của mình; ví dụ như “Trung tâm hòa giải Singapore” (SMC), “Trung tâm hòa giải quốc tế Singapore” (SIMC) “Trung tâm hòa giải Hồng Kông” (HKMC)...

Ngoài ra, Khoản 3 Điều 34 NĐ số 22/2017/NĐ-CP có quy định tên chi nhánh/văn phòng đại diện của tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài phải bao gồm cụm từ “Chi nhánh”/ “Văn phòng đại diện” và tên của tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài; và tên chi nhánh, văn phòng đại diện của tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài phải đảm bảo phù hợp với quy định tại Khoản 1 Điều 20 Nghị định này. Như vậy, nếu tổ chức hòa giải nước ngoài không có chữ “*thương mại*” trong tên gọi, khi hoạt động ở Việt Nam thì tên gọi của họ sẽ được giải quyết như thế nào. Theo quan điểm của tác giả, pháp luật nên bỏ quy định tên gọi tổ chức hòa giải thương mại phải có cụm từ “*thương mại*” trong tên gọi của mình.

Thứ ba, về số lượng sáng lập viên khi thành lập Trung tâm hòa giải thương mại.

Hiện nay, NĐ số 22/2017/NĐ-CP không hề quy định một Trung tâm hòa giải thương mại khi thành lập thì cần có tối thiểu bao nhiêu sáng lập viên. Điều đó dẫn tới cách hiểu, một Trung tâm hòa giải thương mại khi thành lập chỉ cần một hòa giải viên duy nhất, đồng thời là Chủ tịch Trung tâm. Theo quan điểm của tác giả, nên bổ sung quy định về số lượng sáng lập viên tối thiểu cần có khi thành lập Trung tâm hòa giải thương mại là năm người đủ điều kiện là hòa giải viên (tương tự quy định của Luật TTTM năm 2010). Điều này sẽ giúp cho hoạt động của Trung tâm hòa giải thương mại sau khi thành lập được thuận lợi hơn, bởi không phải vụ việc nào cũng chỉ có một hòa giải viên tham gia giải quyết; có nhiều trường hợp, các bên tranh chấp muốn một hội

⁷ Nguồn: <https://www.mediation.com.sg/about-us/about-smc/>.



đồng hòa giải có ba hoặc năm hòa giải viên tham gia giải quyết vụ việc của họ.

Thứ tư, về điều lệ của Trung tâm hòa giải thương mại.

Khoản 4, Điều 19 NĐ số 22/2017/NĐ-CP quy định cơ cấu tổ chức của Trung tâm hòa giải thương mại do điều lệ Trung tâm quy định. Tuy nhiên, cả NĐ số 22/2017/NĐ-CP cũng như Thông tư số 02/2018/TT-BTP của Bộ Tư pháp ban hành và hướng dẫn một số biểu mẫu về tổ chức và hoạt động hòa giải thương mại đều không có nội dung nào đề cập đến việc Trung tâm hòa giải thương mại có bắt buộc phải xây dựng điều lệ không, nếu bắt buộc thì phải xây dựng vào thời điểm nào và cần có những nội dung gì trong điều lệ này.

Theo quan điểm tác giả, pháp luật cần quy định chi tiết hơn về vấn đề điều lệ của Trung tâm hòa giải thương mại. Cụ thể, cần bổ sung thêm dự thảo điều lệ vào danh mục các tài liệu mà chủ thể cần gửi đến Bộ Tư pháp khi nộp hồ sơ đề nghị thành lập Trung tâm hòa giải thương mại (Điều 21 NĐ số 22/2017/NĐ-CP). Ngoài ra, cũng cần quy định cụ thể những nội dung cơ bản cần có trong dự thảo điều lệ này, ví dụ như: tên của Trung tâm hòa giải thương mại; trụ sở chính; lĩnh vực hoạt động; thời gian hoạt động; cơ cấu tổ chức, cơ chế quản trị, tổ chức lại, giải thể Trung tâm hòa giải thương mại; người đại diện theo pháp luật của Trung tâm hòa giải thương mại, quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật; tên Chủ tịch Trung tâm hòa giải thương mại và danh sách các sáng lập viên; phương thức thay đổi Chủ tịch và sáng lập viên của Trung tâm hòa giải thương mại; điều kiện kết nạp, khai trừ hòa giải viên; quyền và nghĩa vụ của hòa giải viên; chế độ lưu trữ hồ sơ, tài liệu; thể thức thông qua điều lệ; thể thức công bố Quy tắc tổ tụng của Trung tâm hòa giải;...

Thứ năm, về thủ tục đăng ký hoạt động hòa giải thương mại.

Khoản 1 Điều 22 NĐ số 22/2017/NĐ-CP quy định trong thời hạn 30 ngày, kể từ ngày quyết định cấp giấy phép thành lập của Trung tâm hòa giải thương mại có hiệu lực, Trung tâm hòa giải thương mại gửi hồ sơ đăng ký hoạt động đến Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi Trung tâm đặt trụ sở. Hết thời hạn này, nếu Trung tâm hòa giải thương mại không đăng ký

hoạt động thì Giấy phép thành lập không còn giá trị, trừ trường hợp có lý do chính đáng.

NĐ số 22/2017/NĐ-CP cũng quy định Trung tâm trọng tài được bổ sung hoạt động hòa giải thương mại phải thực hiện đăng ký thay đổi nội dung Giấy đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi Trung tâm đăng ký hoạt động. Tuy nhiên, Nghị định này lại không hề quy định thời hạn cụ thể bao nhiêu ngày Trung tâm trọng tài phải đăng ký thay đổi nội dung giấy đăng ký hoạt động, và tất nhiên, không hề có chế tài được quy định cho hành vi không đăng ký thay đổi. Câu chuyện tiếp nối là, nếu một Trung tâm trọng tài không đăng ký thay đổi nội dung Giấy đăng ký hoạt động như vậy, thì những thỏa thuận hòa giải thành được thực hiện tại Trung tâm trọng tài này có giá trị pháp lý hay không, đó là câu hỏi không dễ trả lời. Tác giả cho rằng, pháp luật cần bổ sung quy định “*Trung tâm trọng tài được bổ sung hoạt động hòa giải thương mại phải thực hiện đăng ký thay đổi nội dung Giấy đăng ký hoạt động tại Sở Tư pháp tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương nơi Trung tâm đăng ký hoạt động trong thời hạn 30 ngày*”, tương tự như quy định với Trung tâm hòa giải thương mại tại Khoản 1 Điều 22 NĐ số 22/2017/NĐ-CP.

Thứ sáu, về nghĩa vụ của Trung tâm hòa giải thương mại.

Điểm c, Khoản 2 Điều 24 NĐ số 22/2017/NĐ-CP quy định một trong các nghĩa vụ của Trung tâm hòa giải thương mại là: “*Ban hành quy tắc đạo đức và ứng xử của hòa giải viên thương mại*”. Việc tổ chức hòa giải có thể ban hành quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của hòa giải viên là điều hợp lý. Tuy nhiên, Nghị định lại không hề quy định đối với các hòa giải viên độc lập thì hoạt động dựa trên quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp nào. Tác giả cho rằng, các cơ quan có thẩm quyền nên ban hành bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp bắt buộc, áp dụng chung cho tất cả hòa giải viên. Các tổ chức hòa giải thương mại có thể sử dụng bộ quy tắc đạo đức chung này, và cũng có thể ban hành quy tắc đạo đức riêng dành cho hòa giải viên thuộc trung tâm mình với những điều kiện và tiêu chuẩn cao hơn.

Thứ bảy, về mối quan hệ giữa hòa giải thương mại và các phương thức giải quyết tranh chấp khác.

Thực tế hiện nay cho thấy, rất nhiều điều khoản giải quyết tranh chấp có nội dung các bên sẽ giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại trước khi đưa vụ việc ra Tòa án hoặc trọng tài thương mại. Vấn đề đặt ra ở đây, nếu đã có thỏa thuận như vậy nhưng một trong các bên lại không thông qua bước hòa giải mà khởi kiện thẳng đến Tòa án, trọng tài thì Tòa án, Trọng tài có thụ lý vụ việc để giải quyết hay không; vấn đề này chưa được làm rõ trong các quy định pháp luật hiện hành.

Khi tham khảo Luật TTTM năm 2010, tác giả nhận thấy Điều 6 có quy định: *“Trong trường hợp các bên tranh chấp đã có thỏa thuận trọng tài mà một bên khởi kiện tại Tòa án thì Tòa án phải từ chối thụ lý, trừ trường hợp thỏa thuận trọng tài vô hiệu hoặc thỏa thuận trọng tài không thể thực hiện được”*. Tương tự như Luật TTTM, pháp luật hòa giải thương mại nên quy định nội dung sau: *“Nếu các bên đã có thỏa thuận hòa giải và cam kết không khởi kiện ra Tòa án hoặc trọng tài trong một thời hạn hợp lý thì Hội đồng trọng tài và Tòa án phải thừa nhận hiệu lực của thỏa thuận đó và từ chối thụ lý vụ việc cho đến hết thời hạn cam kết”*. Đây là một nội dung vô cùng quan trọng, bởi việc quy định mối quan hệ giữa hòa giải với Trọng tài, hòa giải với Tòa án sẽ tạo điều kiện thực hiện các điều khoản này một cách dễ dàng và thuận lợi hơn. Điều này cũng góp phần nâng cao vị thế của các Trung tâm hòa giải thương mại, làm các bên tranh chấp tôn trọng thỏa thuận hòa giải do chính mình lập ra.

Thứ tám, về vai trò của nhà nước, pháp luật trong sự phát triển của các Trung tâm hòa giải thương mại tại Việt Nam.

Pháp luật hiện hành chưa cho thấy vai trò thúc đẩy sự phát triển của hoà giải thương mại thông qua các quy định khuyến khích mô hình này. Trên cơ sở nhận thức về lợi ích của phương thức giải quyết tranh chấp bằng hòa giải, thông qua pháp luật cũng như các giải pháp khác, Nhà nước cần có một chính sách nhất quán về việc khuyến khích các bên giải quyết tranh chấp của họ bằng con đường hòa giải thương mại. Ví dụ như trong lĩnh vực lao động hay đất đai, có thể quy định một số tranh chấp bắt buộc phải thông qua hòa giải trước khi giải quyết tranh chấp tại Tòa án.

Nhà nước cũng cần hỗ trợ xúc tiến hình thành một mạng lưới các Trung tâm hòa giải thương mại; đào tạo và bồi dưỡng đội ngũ hòa giải viên; xây dựng bộ quy tắc về hòa giải. Cần nghiên cứu, tham khảo những bộ quy tắc hòa giải hiện đại và được áp dụng rộng rãi trong thực tiễn giải quyết tranh chấp thương mại như Bộ Quy tắc hòa giải của UNCITRAL được Đại hội đồng Liên hiệp quốc giới thiệu tháng 12/1980. Ngoài ra, năm 2002, UNCITRAL xuất bản Luật mẫu về Hòa giải thương mại quốc tế. Giống như Luật mẫu của UNCITRAL về Trọng tài thương mại quốc tế, Luật này được dùng như một bản hướng dẫn và khuyến cáo cho các quốc gia muốn ban hành pháp luật về hòa giải.

Hoà giải thương mại là một phương thức giải quyết tranh chấp rất phổ biến trên thế giới, nhưng vẫn còn khá mới mẻ ở Việt Nam. NĐ số 22/2017/NĐ-CP mới là văn bản pháp luật hoàn chỉnh đầu tiên quy định một cách tương đối đầy đủ các vấn đề pháp lý liên quan đến hoạt động hoà giải thương mại. Mặc dù vậy, có thể thấy các quy định của Nghị định này vẫn còn những tồn tại, vướng mắc, bất cập nhất định. Hoàn thiện pháp luật về hòa giải thương mại nói chung, hoàn thiện pháp luật về tổ chức hòa giải thương mại nói riêng là yêu cầu cần được đặt ra từ thực tiễn hiện nay, để góp phần tạo nên hành lang pháp lý an toàn và thuận lợi cho các chủ thể kinh doanh trong giải quyết các tranh chấp thương mại phát sinh bằng phương thức hòa giải./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. <http://sotuphap.hanoi.gov.vn/Portalview/trangchitiet.aspx?portalid=1&idmenu=226&idtin=1358>.
2. https://sotuphap.hochiminhcity.gov.vn/en/phong-to-chuc/-/asset_publisher/8ow5lbyycWKx/content/danh-sach-hoa-giai-vien-thuong-mai-vu-viec-to-chuc-hoa-giai-thuong-mai-tren-dia-ban-thanh-pho-ho-chi-minh?101_INSTANCE_8ow5lbyycWKx_enableXemTheoNgay=true.
3. <https://stp.thuathienhue.gov.vn/?gd=12&cn=118&tc=5980>.
4. <https://www.sggp.org.vn/de-hoa-giai-thuong-mai-phat-huy-loi-the-680100.html>.
5. <https://www.mediation.com.sg/about-us/about-smc/>.



GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP HỢP ĐỒNG XÂY DỰNG QUỐC TẾ BẰNG PHƯƠNG THỨC HÒA GIẢI THƯỜNG MẠI TẠI VIỆT NAM

Nguyễn Mai Linh¹

Tóm tắt: Trong lĩnh vực thương mại quốc tế nói chung, phương thức hòa giải thường được các bên tranh chấp đưa vào điều khoản giải quyết tranh chấp như một phương thức mang tính khuyến khích các bên sử dụng trước khi mang tranh chấp ra trọng tài quốc tế. Tuy nhiên, trong giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế, sử dụng phương thức hòa giải mang lại hiệu quả cao hơn so với phương thức trọng tài bởi vì đây là một phương thức giải quyết tranh chấp không tranh tụng, chi phí tiết kiệm, thủ tục đơn giản và kết quả của quá trình hòa giải được công nhận bởi thủ tục trong nước và quốc tế. Bài viết sẽ làm rõ bản chất của hợp đồng xây dựng quốc tế và giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải tại Việt Nam.

Từ khóa: Hòa giải, Công ước Singapore năm 2019, hợp đồng xây dựng quốc tế.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Generally, mediation is a method of dispute resolution in dispute settlement terms recommended to be used by parties before bringing the dispute to international arbitration. However, in settlement of disputes on international construction contract, using mediation is more effective than arbitration because it is a non-litigation, cost savings, simple procedure and the outcome of the mediation process recognized by domestic and international procedure. The article will clarify the nature of international construction contracts and resolve disputes by mediation in Vietnam.

Keywords: Mediation, Singapore Convention in 2019, international construction contract.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

Đối với tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế, việc giải quyết tranh chấp bởi trọng tài hay Tòa án chưa hẳn là phương án tối ưu bởi gặp nhiều khó khăn về chi phí theo đuổi vụ kiện quá lớn và thời gian giải quyết tranh chấp kéo dài. Một thực tế cho thấy dù có tranh chấp xảy ra thì dự án hay công trình xây dựng sẽ không dừng lại khi càng kéo dài thời gian thì sẽ càng tạo ra nhiều vấn đề phát sinh tranh chấp vì thế điều quan trọng nhất trong ngành xây dựng quốc tế là hướng đến giải quyết tranh chấp chủ động². Trong số các phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế, phương thức hòa giải là phương thức phù hợp với đặc thù của loại tranh chấp này. Do đó, trong khuôn khổ bài viết này, tác giả làm rõ 2 nội dung chính: (i) Tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế; (ii) Giải quyết

tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế bằng phương thức hòa giải và đánh giá khả năng gia nhập Công ước Singapore về hòa giải năm 2019 của Việt Nam.

1. Tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế

Có nhiều nguyên nhân dẫn đến tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế nhưng về bản chất là do sự phức tạp của loại hợp đồng này. Cụ thể:

Thứ nhất, sự tham gia của nhiều bên trong hợp đồng xây dựng quốc tế có năng lực khác nhau và lợi ích khác nhau làm tăng thêm sự phức tạp của tranh chấp xây dựng. Hợp đồng xây dựng quốc tế điển hình thường có sự tham gia của hai chủ thể chính là chủ đầu tư và nhà thầu, bên cạnh đó còn có sự tham gia của các bên khác như ban quản lý dự án, nhà thầu phụ,

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Khoa Pháp luật Thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

² Global Construction Disputes Report 2019, <https://www.arcadis.com/en/united-states/our-perspectives/2019/global-construction-disputes-report-2019/>, truy cập ngày 18/02/2021.

nhà tư vấn (kỹ sư, kiến trúc sư), nhà tài trợ, ngân hàng, công ty bảo hiểm và các chuyên gia chuyên ngành trong các lĩnh vực khác nhau của xây dựng. Đặc biệt các hợp đồng xây dựng quốc tế thường có sự tham gia của nhiều chủ thể có quốc tịch khác nhau với nhiều ý tưởng khác nhau để vận hành các dự án xây dựng, từ đó có thể dẫn đến sự khác biệt trong văn hóa làm việc, nền tảng pháp lý, tập quán thương mại khác nhau... khiến cho các bên gặp khó khăn trong việc trao đổi, triển khai dự án xây dựng theo đúng tiến trình³.

Thứ hai, việc các bên trong hợp đồng chưa hiểu và lựa chọn đúng mẫu hợp đồng xây dựng quốc tế phù hợp vào hoàn cảnh có thể làm phát sinh tranh chấp trong quá trình kiểm soát và quản lý những rủi ro trong thực hiện hợp đồng xây dựng quốc tế. Theo Báo cáo Tranh chấp xây dựng toàn cầu “Global Construction Disputes” năm 2019 của Arcadis, các nguyên nhân phổ biến nhất của tranh chấp là do các bên không hiểu hoặc không tuân thủ các nghĩa vụ hợp đồng của mình, sai sót hoặc thiếu sót trong tài liệu hợp đồng và vấn đề quản lý hợp đồng còn hạn chế⁴. Để có thể kiểm soát và quản lý những rủi ro trong quá trình thực hiện hợp đồng xây dựng quốc tế thì một trong các bước quan trọng mà các bên thường sử dụng đó là sử dụng các mẫu hợp đồng xây dựng quốc tế phù hợp. Mẫu hợp đồng xây dựng quốc tế được các bên lựa chọn nhiều nhất đó là mẫu điều kiện Hợp đồng FIDIC⁵ được ban hành bởi

Hiệp hội Quốc tế các kỹ sư tư vấn và mẫu hợp đồng ICE của Hiệp hội kỹ sư xây dựng Anh (Institution of Civil Engineers), gần đây là Mẫu hợp đồng NEC⁶ (New Engineering Contract - Hợp đồng kỹ thuật mới). Khi đàm phán hợp đồng các bên sẽ dựa trên các mẫu hợp đồng xây dựng quốc tế có sẵn để thảo luận và sau đó có thể thay đổi, bổ sung một số điều khoản cho phù hợp với dự án xây dựng của mình và khả năng của các chủ thể trong hợp đồng và phù hợp với pháp luật của nơi có dự án xây dựng. Tuy nhiên, việc quản lý rủi ro trong hợp đồng bằng cách sử dụng các mẫu hợp đồng xây dựng quốc tế cũng cần phải xem xét đến hoàn cảnh cụ thể của dự án và pháp luật quốc gia nơi diễn ra dự án xây dựng. Sự khác biệt này cũng có thể là nguyên nhân dẫn đến tranh chấp nếu như ngay từ giai đoạn đàm phán hợp đồng, các bên không hiểu rõ về các điều kiện chung và riêng trong hợp đồng⁷.

Thứ ba, tranh chấp từ hợp đồng xây dựng ngày càng tăng về số lượng và giá trị.

Mặc dù không có một số liệu mang tính thống kê trên toàn thế giới về sự gia tăng về số lượng tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế, nhưng dựa trên số liệu có sẵn của các trung tâm trọng tài thì tranh chấp từ hợp đồng xây dựng ngày càng tăng. Phòng Thương mại Quốc tế (International Chamber of Commerce - ICC) thống kê chung về tranh chấp được tiến hành thông qua ICC tăng nhanh qua các năm từ 2014 có 791⁸ vụ tranh chấp và các năm tăng

³ <https://imimmediation.org/2016/10/17/an-introduction-to-construction-disputes/>, truy cập ngày 18/02/2021.

⁴ Global Construction Disputes Report 2019, <https://www.arcadis.com/en/united-states/our-perspectives/2019/global-construction-disputes-report-2019/>, truy cập ngày 18/02/2021.

⁵ Hiệp hội các Kỹ sư Tư vấn (Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils - FIDIC) là một tổ chức xã hội nghề nghiệp của tất cả các kỹ sư tư vấn trên toàn thế giới, được thành lập năm 1913, có trụ sở chính tại Thụy Sĩ, <http://fidic.org/about-us>, truy cập ngày 18/02/2021.

⁶ <https://www.neccontract.com/>, truy cập ngày 18/02/2021.

⁷ Mẫu hợp đồng FIDIC đưa ra 2 loại điều kiện là Điều kiện chung (General Conditions) và Điều kiện cụ thể (Special Conditions), trong đó điều kiện chung là điều kiện khung cơ bản của hợp đồng quy định về các yếu tố quyền và nghĩa vụ của các bên, các vấn đề về bảo mật, an toàn lao động, luật áp dụng, giải quyết tranh chấp, miễn trách nhiệm... còn điều kiện riêng điều kiện phù hợp với từng dự án cụ thể, hay nói cách khác điều kiện riêng là sự hài hoà của các điều kiện chung của hợp đồng FIDIC với luật pháp hiện hành điều chỉnh dự án xây dựng và đặc thù của dự án xây dựng.

⁸ Angus N. McFadden; Gregory K. Smith, *Issues and Solutions in International Construction Contracting*, Construction Lawyer 36, no. 4 (Fall 2016): 7. tr.8.



đều, đến năm 2019 lên tới 869⁹ vụ tranh chấp mới được đăng ký giải quyết tại ICC theo trọng tài thương mại quốc tế. Tính đến cuối năm 2019, trọng tài ICC đang quản lý 1.694 vụ tranh chấp đang chờ xử lý. Ngoài ra, tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế được giải quyết tại trung tâm giải quyết tranh chấp thay thế quốc tế (the ICC International Centre for ADR) cũng tăng lên từ 30 vụ tranh chấp trong năm 2017¹⁰ và 35 vụ tranh chấp trong năm 2019 theo Quy tắc hòa giải ICC¹¹. Trong các tranh chấp đã được đưa ra tại ICC thì tranh chấp phát sinh từ hợp đồng xây dựng quốc tế như các dự án xây dựng và cơ khí, năng lượng, viễn thông... chiếm 20% tổng số các vụ tranh chấp và giá trị tranh chấp cũng ngày càng tăng¹². Giá trị tranh chấp bằng phương thức hòa giải theo Quy tắc hòa giải ICC từ năm 2017 dao động từ 50.000 USD đến 500 triệu USD¹³ và năm 2019 giá trị tranh chấp dao động từ 326.000 USD đến 216 triệu USD¹⁴. Tại Việt Nam, lĩnh vực tranh chấp được giải quyết tại Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC) từ giai đoạn 1993 đến 31/5/2020 thì lĩnh vực xây dựng tăng lên tới 14% tổng số các lĩnh vực tranh chấp với tổng giá trị tranh chấp là 18,000 tỷ đồng, trị giá

trung bình tranh chấp xây dựng là 90 tỷ đồng và trị giá tranh chấp lớn nhất là 6,000 tỷ đồng¹⁵.

Như vậy, với những đặc thù riêng biệt như vậy của tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế, đòi hỏi các bên phải hiểu được những ưu và nhược điểm của mỗi phương thức và dựa trên hoàn cảnh thực tiễn tại quốc gia giải quyết tranh chấp để lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp nhất.

2. Giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế bằng phương thức hòa giải và đánh giá khả năng gia nhập Công ước Singapore về hòa giải năm 2019 của Việt Nam

Để giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế đạt hiệu quả thì một trong những hành động thiết yếu là lựa chọn phương thức giải quyết tranh chấp phù hợp. Theo quy định của Luật xây dựng năm 2020, các bên được sử dụng các phương thức giải quyết tranh chấp như thương lượng, hòa giải, trọng tài và Tòa án¹⁶. Ngoài ra, Nghị định số 37/2015/NĐ-CP ngày 22/4/2015 của Chính phủ về quy định chi tiết về Hợp đồng xây dựng (Nghị định số 37/2015/NĐ-CP) có quy định về phương thức giải quyết tranh chấp thông qua Ban xử lý

⁹ 2019 ICC Dispute Resolution Statistics, https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2019iccdrsstatistics-august2020.pdf?m=8/7/2020%2011:19:05%20AM&_cldee=bWFpbGluaG5ndXllbjExMEBnbWFpbC5jb20%3d&recipientid=contact-a960f3899517eb11a813000d3abaad31-24adae9938974bae9d043f19ad0a3dd3&esid=a7d04574-06bf-484d-8cfc-3d95399f333a, truy cập ngày 20/02/2021.

¹⁰ 2017 ICC Dispute Resolution Statistics, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>, truy cập ngày 20/02/2021.

¹¹ 2019 ICC Dispute Resolution Statistics, https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2019iccdrsstatistics-august2020.pdf?m=8/7/2020%2011:19:05%20AM&_cldee=bWFpbGluaG5ndXllbjExMEBnbWFpbC5jb20%3d&recipientid=contact-a960f3899517eb11a813000d3abaad31-24adae9938974bae9d043f19ad0a3dd3&esid=a7d04574-06bf-484d-8cfc-3d95399f333a, truy cập ngày 20/02/2021.

¹² Như trên.

¹³ 2017 ICC Dispute Resolution Statistics, <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>, truy cập ngày 20/02/2021.

¹⁴ 2019 ICC Dispute Resolution Statistics, https://file-eu.clickdimensions.com/iccwboorg-avxnt/files/2019iccdrsstatistics-august2020.pdf?m=8/7/2020%2011:19:05%20AM&_cldee=bWFpbGluaG5ndXllbjExMEBnbWFpbC5jb20%3d&recipientid=contact-a960f3899517eb11a813000d3abaad31-24adae9938974bae9d043f19ad0a3dd3&esid=a7d04574-06bf-484d-8cfc-3d95399f333a, truy cập ngày 20/02/2021.

¹⁵ Phan Trọng Đạt, *Thực tiễn giải quyết tranh chấp xây dựng tại Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC)*, Kỷ yếu Hội thảo Phòng ngừa rủi ro và giải quyết tranh chấp xây dựng bằng trọng tài, ngày 16/6/2020.

¹⁶ Điều 146 Luật xây dựng năm 2020.

tranh chấp (Dispute Adjudication Board - DAB)¹⁷. Mỗi phương thức giải quyết tranh chấp đều có những hạn chế nhất định tại môi trường pháp lý ở Việt Nam. Hòa giải là một trong các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế có thể giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế một cách hiệu quả nhất so với những phương thức khác. Mặc dù, hòa giải không phải là phương thức giải quyết tranh chấp được các bên sử dụng nhiều nhất và đầu tiên khi phát sinh tranh chấp nhưng phương thức này lại mang lại hiệu quả cao và đáp ứng được cả các vấn đề về chi phí, thủ tục hòa giải và kết quả của quá trình hòa giải thành đều được công nhận cả trong nước và quốc tế.

Thứ nhất, hòa giải là một phương thức giải quyết tranh chấp không tranh tụng.

Phương thức hòa giải là một trong các phương thức giải quyết tranh chấp thay thế (Alternative dispute resolution - ADR) khi có sự tham gia của một bên thứ ba trung lập. Vai trò của hòa giải viên ở hầu hết các pháp luật quốc gia và thủ tục hòa giải của các trung tâm hòa giải thương mại quốc tế¹⁸ công nhận là hòa giải viên không phải là người ra quyết định giải quyết tranh chấp, không đóng vai trò xét xử mà chỉ là người hỗ trợ hai bên đưa ra được quyết định cuối cùng. Các mục tiêu chính của hòa giải viên là tạo điều kiện cho các bên giao tiếp, thu hẹp các vấn đề đang tranh chấp và giúp các bên phát triển các giải pháp mà các bên đang thảo luận và có thể cung cấp một giải pháp nếu các bên không đạt được giải pháp thống nhất¹⁹. Vai trò của hòa giải viên là một phần của quá trình thương lượng và có sự biến chuyển phù

hợp với nhu cầu và mong muốn của các bên tranh chấp và bằng cách này, sự xung đột của các bên được chuyển đổi thành sự hài hòa về mặt lợi ích, từ đó hai bên đều có thể đạt được mục tiêu của mình trong tiến trình hòa giải²⁰. Do đó, sử dụng phương thức hòa giải trong giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế có thể tạo ra kết quả hai bên đều thắng “win – win solution”. Thủ tục giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thường khá đơn giản và không phải chịu sự ràng buộc vào những quy định pháp luật cứng nhắc hay căn cứ pháp lý cụ thể, mà chủ yếu phụ thuộc vào sự thiện chí của hai bên tranh chấp và kỹ năng của hòa giải viên, vì thế dễ dàng đạt được thỏa thuận. Ngoài ra, trong tiến trình giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế, thời gian và chi phí là hai yếu tố quan trọng nhất, do đó, bằng cách sử dụng hòa giải, các bên có thể nhanh chóng khôi phục lại công việc mà không làm mất thời gian và nguồn lực.

Thứ hai, khi giá trị tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế càng cao thì sự lựa chọn phương thức hòa giải là phù hợp nhất.

Để so sánh về chi phí tố tụng trọng tài, hòa giải và Tòa án thì chi phí tố tụng bằng hòa giải sẽ thấp hơn hai thủ tục còn lại. Căn cứ vào phí giải quyết tranh chấp bằng hòa giải tại ICC có chi phí trung bình là 23.000 USD năm 2017 và phí đăng ký giải quyết tranh chấp là 3000 USD²¹, trong khi đó phí đăng ký giải quyết tranh chấp bằng trọng tài ICC là 5000 USD và chi phí hành chính không vượt quá 150,000 USD²². Tại Việt Nam, Trung tâm trọng tài Quốc tế Việt Nam và Trung tâm Hòa giải Việt

¹⁷ Điều 45 Nghị định số 37/2015/NĐ-CP về quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng.

¹⁸ Quy tắc hòa giải của Ủy Ban Liên hiệp quốc tế Luật thương mại quốc tế (UNCITRAL) năm 2018, https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation, Quy tắc hòa giải của Phòng thương mại quốc tế ICC 2014 <<https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>>.

¹⁹ Julie Barker, International Mediation – A better Alternative for the Resolution of Commercial Dispute: Guidelines for U.S Negotior Involved in an International Commercial Mediation with Mexicans, Loyola of Los Angeles International and comparative Law journal, Vol 19, number 1, 1996, tr. 10-11.

²⁰ Miruna Constantinescu; Monica Simona Corchis, Are Mediation Clauses Binding and Mandatory, 7 Juridical Trib. 53 (2017), tr. 55.

²¹ <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/costs-payment/>, truy cập ngày 22/01/2021.

²² <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/costs-and-payments/>, truy cập ngày 22/01/2021.



Nam tính phí trọng tài và hòa giải dựa trên giá trị tranh chấp, giá trị tranh chấp càng cao thì phí trọng tài và hòa giải càng nhiều. Phí trọng tài gấp ba lần phí hòa giải khi cùng một mức trị giá vụ tranh chấp và phí trọng tài chiếm 7,2 giá trị tranh chấp và phí hòa giải chiếm 2,6% giá trị tranh chấp²³. Trong khi đó, án phí giải quyết tranh chấp tại Tòa án Việt Nam mức cao nhất là 4 tỷ thì án phí là 112 triệu và 0.1% của phần giá trị tài sản tranh chấp vượt 4 tỷ, tỉ lệ là 2,8% giá trị tranh chấp²⁴. Như vậy mức phí của hòa giải là thấp nhất so với Tòa án và trọng tài.

Tranh chấp hợp đồng xây dựng thường có giá trị tranh chấp cao hơn so với những tranh chấp hợp đồng thương mại khác. Theo thống kê trong Báo cáo tranh chấp xây dựng toàn cầu “Global Construction Disputes” năm 2019 của Arcadis, giá trị tranh chấp cao nhất năm 2018 là 2 tỷ USD và mức trung bình giá trị tranh chấp xây dựng trên toàn cầu là 33 triệu USD²⁵ và sẽ ngày càng tăng theo hàng năm. Với giá trị tranh chấp ngày càng tăng và mức phí giải quyết tranh chấp khác nhau theo các phương thức, thì các bên lựa chọn phương thức hòa giải có thể tiết kiệm được chi phí nhất và đảm bảo được lợi ích của cả hai bên tranh chấp.

Thứ ba, kết quả của quá trình hòa giải được công nhận bởi thủ tục trong nước và quốc tế.

Kết quả hòa giải thành ngoài Tòa án đã được nhiều quốc gia công nhận tại thủ tục tòa án trong nước. Tại Việt Nam, Nghị định số 22/2017/NĐ-CP ngày 24/02/2017 của Chính phủ quy định về hòa giải thương mại quy định

về việc công nhận và cho thi hành kết quả hoà giải thành được xem xét công nhận theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự²⁶. Theo đó, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 quy định Tòa án có nghĩa vụ tổ chức phiên họp công nhận hoà giải thành ngoài Tòa án²⁷. Quyết định công nhận hoặc không công nhận kết quả hòa giải thành ngoài Tòa án có hiệu lực thi hành ngay, không bị kháng cáo, kháng nghị theo thủ tục phúc thẩm²⁸. Tuy nhiên, quyết định công nhận này có thể bị kháng nghị theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Kết quả hòa giải ngoài tòa án được tòa án ra quyết định công nhận sẽ được cơ quan thi hành án dân sự thi hành theo pháp luật về thi hành án dân sự²⁹.

Ở cấp độ quốc tế, sự ra đời của Công ước của Liên hợp quốc về Thỏa thuận giải quyết tranh chấp thông qua hòa giải (*United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (the “Singapore Convention on Mediation”)*) do UNCITRAL ban hành năm 2019 là một bước tiến trong lĩnh vực hoà giải thương mại. Công ước Singapore năm 2019 đã được 46 quốc gia, bao gồm cả Trung Quốc và Hoa Kỳ tham gia ký kết vào ngày 07/08/2019. Ngày 12/9/2020, có 6 quốc gia phê chuẩn bao gồm: Singapore, Fiji, Qatar, Ả Rập Saudi, Belarus và Ecuador đã đánh dấu hiệu lực của Công ước Singapore về Hòa giải³⁰. Theo UNCITRAL, sự ra đời của Công ước bao gồm việc nó sẽ mang lại sự chắc chắn cho khuôn khổ quốc tế về hòa giải và tạo điều kiện thúc đẩy hòa giải như một

²³ Đối với những tranh chấp từ 500 tỷ đồng thì phí trọng tài là 3,6 tỷ + 0.30% số tiền vượt quá 500 tỷ, còn phí hòa giải là 1,3 tỷ + 0,1% số tiền vượt quá 500 tỷ. Xem thêm: <https://www.vmc.org.vn/bieu-phi>, <https://www.viac.vn/bieu-phi>, truy cập ngày 22/01/2021.

²⁴ Nghị quyết số 326/2016/BTVQH14 Quy định về mức thu, miễn, giảm, thu, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí tòa án.

²⁵ Global Construction Disputes Report 2019, <https://www.arcadis.com/en/united-states/ourperspectives/2019/global-construction-disputes-report-2019/>, truy cập ngày 22/01/2021.

²⁶ Điều 16 Nghị định số 22/2017/NĐ-CP về Hòa giải thương mại.

²⁷ Điều 416 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

²⁸ Khoản 8 Điều 419 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

²⁹ Khoản 9 Điều 419 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

³⁰ Annex B, Singapore Convention on Mediation.

phương thức thay thế và hiệu quả để giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế³¹. Công ước sẽ giúp cho việc giải quyết quốc tế phát sinh từ hòa giải dễ thực thi hơn, giống như Công ước New York đã đưa ra các phán quyết từ trọng tài quốc tế dễ thi hành hơn. Công ước sẽ cho phép các bên nộp đơn trực tiếp lên các Tòa án ở một quốc gia là thành viên của Công ước để thực thi các thỏa thuận giải quyết từ hòa giải theo cách tương tự như việc thực thi phán quyết trọng tài theo Công ước New York. Công ước Singapore được áp dụng với kết quả hoà giải thành khi nó được lập bằng văn bản, kết quả từ một cuộc hoà giải, và thỏa thuận này do hai hoặc nhiều bên có trụ sở thương mại ở các quốc gia khác nhau là các quốc gia có gia nhập hoặc phê chuẩn Công ước Singapore³².

Trước khi có sự ra đời của Công ước Singapore năm 2019, thông thường nếu một bên không thực thi quyết định hoà giải thành thì các bên có thể sẽ tiếp tục đưa tranh chấp ra giải quyết theo thủ tục Tòa án trong một khu vực tài phán cụ thể hoặc tố tụng trọng tài. Khi đó, bên tìm kiếm sự thực thi sẽ cần phải bắt đầu các thủ tục tố tụng của Tòa án hoặc trọng tài và như vậy kết quả giải quyết tranh chấp thông qua hoà giải không được thực thi, đây cũng chính là lý do mà phương thức hoà giải bị cản trở và phát triển chậm hơn so với phương thức trọng tài. Với những tranh chấp thương mại quốc tế hoặc trong tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế thì sự thiếu hiệu quả và hài hoà trong khuôn khổ việc thực thi xuyên biên giới các thỏa thuận hoà giải được coi là một thách thức đối với việc sử dụng phương thức hoà giải³³. Như vậy, sự ra đời của Công ước Singapore đã đánh dấu sự thành công trong tương lai của phương thức

hoà giải trong giải quyết tranh chấp hợp đồng xây dựng quốc tế.

Hiện nay, Việt Nam chưa là thành viên của Công ước Singapore nên thủ tục công nhận và cho thi hành quyết định hoà giải thành xuyên biên giới không thể tiến hành tại Toà án Việt Nam, cũng như các quyết định hoà giải thành tại Việt Nam cũng không được công nhận tại các quốc gia khác. Trong tương lai việc gia nhập Công ước Singapore của Việt Nam cũng cần phải xem xét bởi những ưu điểm của Công ước này.

Đánh giá về khả năng gia nhập Công ước Singapore về hoà giải năm 2019 của Việt Nam, tác giả cho rằng trong tương lai, Việt Nam sẽ gia nhập công ước này. Với xu thế phát triển thương mại quốc tế hiện đại và khả năng hội nhập của Việt Nam thì việc gia nhập Công ước Singapore là phù hợp với xu thế chung. Để gia nhập được Công ước Singapore này cũng cần có thời gian để sửa đổi, bổ sung pháp luật trong nước bằng việc xây dựng một chương riêng để điều chỉnh vấn đề công nhận và cho thi hành quyết định hoà giải thành ở nước ngoài tại Việt Nam. Việc sửa đổi, bổ sung pháp luật Việt Nam có thể được thực hiện tương tự như các quy định trong Phần thứ 7 của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 về công nhận và cho thi hành quyết định của trọng tài nước ngoài tại Việt Nam theo Công ước New York năm 1958. Việc đào tạo nguồn nhân lực tại Việt Nam để tiến hành thủ tục công nhận và cho thi hành kết quả hoà giải thành của các cá nhân tổ chức nước ngoài thì tác giả cho rằng đây không phải là khó khăn để cản trở việc gia nhập Công ước Singapore tại Việt Nam. Bởi lẽ, chủ thể thực hiện hoạt động này cũng chính là đội ngũ thẩm phán, kiểm sát viên đang thực hiện thủ tục công nhận và cho thi hành quyết định trọng tài nước ngoài./.

³¹ Zafar Iqbal Kalanauri, The Singapore Mediation Convention, 2019, https://www.academia.edu/40289206/The_Singapore_Mediation_Convention, truy cập ngày 23/01/2021.

³² Điều 1 Công ước Singapore về Hòa giải 2019, https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/singapore_convention_eng.pdf.

³³ Annex B: Factsheet on Singapore Convention on Mediation, <https://www.singaporeconvention.org/media/AnnexBSCMFactsheet.pdf>, truy cập ngày 23/02/2021.



HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ LIÊN QUAN ĐẾN HÀNH VI SAO CHÉP VÀ TRÍCH DẪN TÁC PHẨM TẠI CÁC CƠ SỞ GIÁO DỤC ĐẠI HỌC HIỆN NAY¹

Vũ Thị Hồng Yến²

Tóm tắt: Tại các cơ sở giáo dục đại học, các hoạt động như biên soạn và xuất bản giáo trình; quản lý và khai thác các nguồn tài liệu như sách chuyên khảo, tạp chí, luận văn, luận án... của giảng viên và học viên trong trường cũng như hoạt động phục vụ bạn đọc của thư viện, số hóa các tài liệu, thực hiện liên kết “thư viện mở” với các trường đại học khác, hoạt động chống lại nạn sao chép và sử dụng tài liệu không trích dẫn nguồn tham khảo... luôn cần có sự điều chỉnh của pháp luật bảo vệ bản quyền tác phẩm. Trong phạm vi bài viết này, tác giả tập trung vào phân tích các hành vi sao chép và trích dẫn tác phẩm tại các cơ sở giáo dục đại học và đề xuất các giải pháp hoàn thiện pháp luật.

Từ khóa: Sao chép, trích dẫn, quyền tác giả, hợp lý, cơ sở giáo dục đại học.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: At universities, activities such as compiling and publishing textbooks; managing and exploiting materials of universities' lecturers and students such as monographs, magazines, theses, dissertations... as well as activities serving readers performed by libraries such as digitalizing materials, collaborating with other university libraries, activities to prevent copying and using materials without provision of reference sources must be regulated to protect author rights. In this article, the author focuses on analyzing acts of copying and citing works at universities and proposes solutions for finalization.

Keywords: Copy, cite, author rights, proper, universities.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Quyền sao chép tác phẩm trong các cơ sở đào tạo đại học

Quyền sao chép tác phẩm là một trong các quyền tài sản độc quyền thuộc quyền tác giả, do chủ sở hữu thực hiện hoặc cho phép người khác thực hiện việc tạo ra bản sao tác phẩm bằng bất kỳ phương tiện hay hình thức nào, bao gồm cả việc tạo ra bản sao dưới hình thức điện tử. Đây là độc quyền của chủ sở hữu quyền tác giả. Do đó, trừ trường hợp ngoại lệ do pháp luật quy định thì mọi hình thức sao chép tác phẩm phải có sự đồng ý cho phép của chủ sở hữu quyền tác giả. Thông thường phần lớn việc sao chép những tác phẩm đã được công bố, xuất bản mới được đưa ra bản

luận và có căn cứ để xác định có hành vi xâm phạm quyền tác giả hay không; còn việc sao chép những tác phẩm chưa được công bố, xuất bản lại ít khi được tác giả của tác phẩm bị sao chép bất hợp pháp lên tiếng. Theo quy định của Luật sở hữu trí tuệ (Luật SHTT) thì quyền tác giả được bảo hộ khi tác phẩm được thể hiện dưới một hình thức nhất định, ngay cả khi tác phẩm chưa được công bố. Tại các cơ sở giáo dục đại học hiện nay, việc các tác phẩm chưa được công bố như các luận văn thạc sĩ, luận án tiến sĩ khi chưa được thực hiện bảo vệ chính thức tại các hội đồng là các trường hợp dễ bị người khác sao chép. Do vậy, trước khi tác phẩm được công bố chính thức

¹ Bài viết trong khuôn khổ của Đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở: “Thực hiện pháp luật về quyền tác giả trong trường Đại học Sài Gòn – Thực trạng và giải pháp” theo Hợp đồng nghiên cứu khoa học số 979/HĐ-ĐHSG, ngày 09 tháng 7 năm 2020.

² Phó Giáo sư, Tiến sĩ, Trưởng khoa Luật, Trường Đại học Sài Gòn.

thì cần có cơ chế để bảo vệ bản quyền cho nghiên cứu sinh. Bởi theo quy định thì luận án của nghiên cứu sinh được gửi cho các thành viên hội đồng bằng file cứng hoặc gửi file mềm dưới dạng PDF, nhưng khả năng nội dung luận án bị ăn cắp vẫn có khả năng xảy ra nếu không có quy định cụ thể riêng biệt cho trường hợp này. Việc các sinh viên tự sao chép như mượn giáo trình, tài liệu khác tự đi photocopy để phục vụ cho hoạt động học tập của mình với số lượng 01 bản tương như là hợp pháp vì đáp ứng được quy định tại điểm a Khoản 1 Điều 25 Luật SHTT năm 2005 nhưng thực tế vẫn là hành vi xâm phạm quyền tác giả vì hành vi này còn đồng thời phải thoả mãn thêm điều kiện “*không được làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường tác phẩm, không gây phương hại đến các quyền của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả; phải thông tin về tên tác giả và nguồn gốc, xuất xứ của tác phẩm*” (Khoản 2 Điều 25 Luật SHTT 2005 – được sửa đổi, bổ sung năm 2009) và không thuộc các trường hợp ngoại lệ luật định³. Do đó, việc các sinh viên tự sao chép các tác phẩm trên với số lượng lớn, tại cùng một thời điểm, địa điểm, thì tất nhiên sẽ ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm. Bởi lẽ, theo quy định, đối với các tài liệu tham khảo bắt buộc được ghi trong đề cương chi tiết môn học, thì sinh viên bắt buộc phải có; nên việc sinh viên của một khóa học sao chép loại tài liệu này là tất yếu, với số lượng là hầu hết sinh viên của khóa học đó. Có thể nói, người học tại các trường đại học cần nhận thức được việc tự đi sao chép, photocopy giáo trình là loại tài liệu tham khảo bắt buộc trong các đề cương môn học không được coi là hành vi sao chép hợp pháp.

Một vấn đề đặt ra là: hành vi tự sao chép của sinh viên đối với bài giảng của giảng viên hoặc cho các bạn khác sao chép các bài giảng này có phải là hành vi xâm phạm quyền tác giả không?

Nếu đối chiếu với trường hợp ngoại lệ do Luật SHTT quy định đối với quyền sao chép thì có thể thấy, đây là hành vi sao chép để phục vụ cho hoạt động học tập, không phải vì mục đích thương mại. Nghiên cứu được hiểu là quá trình tìm kiếm các nguồn thông tin để đưa ra các ý tưởng trong một tác phẩm mới của người nghiên cứu. Trong học tập thì cũng có nghiên cứu, nhưng nghiên cứu để hiểu bài học, để làm bài thi, thì nghiên cứu lại là yếu tố thuộc về học tập, chứ không phải là hoạt động nghiên cứu khoa học có tính độc lập như tinh thần của điểm a Khoản 1 Điều 25 Luật SHTT năm 2005 quy định. Tương tự, giảng viên sao chép tác phẩm của người khác một bản cũng chỉ được dùng trong hoạt động để tạo ra bài giảng, để chuyển tải, truyền đạt kiến thức đến người học mà thôi, chứ không phải tạo ra một tác phẩm mới. Tuy nhiên hành vi này chỉ hợp pháp khi nó không làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm. Để làm rõ được vấn đề này thì cần phải xác định rõ: tác phẩm (bài giảng) đó phải đang được đưa vào khai thác thương mại và việc sao chép này sẽ ảnh hưởng xấu (đôi tác thương mại sẽ khiếu nại giảng viên vì bài giảng đã được đặt hàng trong khuôn khổ một hợp đồng giảng dạy hoặc khiến cho số lượng tiêu thụ ấn phẩm của bài giảng trên thị trường bị giảm sút...) đến quá trình khai thác đó. Đối với tác phẩm là giáo trình, sách tham khảo, sách chuyên khảo... tức là, đã được xuất bản và đang được phân phối qua các kênh thương mại để tiêu thụ, thì đó là các tác phẩm đang được đưa vào khai thác thương mại.

2. Quyền trích dẫn tác phẩm trong các cơ sở đào tạo đại học

Theo từ điển và từ ngữ Việt Nam thì trích dẫn là “*rút từ tác phẩm khác một câu hay một đoạn để làm sáng tỏ lý luận của mình*”⁴; hoặc có tác giả định nghĩa: “*trích dẫn là việc sử*

³ Ngoại lệ của quyền sao chép: (i) Tự sao chép một bản nhằm mục đích nghiên cứu khoa học, giảng dạy của cá nhân; (ii) Sao chép tác phẩm để lưu trữ trong thư viện với mục đích nghiên cứu. Quy định này không áp dụng đối với tác phẩm kiến trúc, tác phẩm tạo hình, chương trình máy tính.

⁴ Nguyễn Lâm (2006), *Từ điển và từ ngữ Việt Nam*, Nxb. Tổng hợp Thành phố Hồ Chí Minh, tr. 1906.



dụng một tác phẩm (không đăng kê) của người khác để nêu bật ý tác giả”⁵. Có thể nói, các định nghĩa này vẫn mang tính bao quát chung mà không nêu cụ thể phạm vi, giới hạn của việc trích dẫn hợp pháp. Một số nội dung sau đây cần được làm sáng tỏ liên quan đến hành vi trích dẫn tác phẩm:

Một là, cần có sự giải thích về tính “hợp lý” của hành vi trích dẫn tác phẩm được quy định tại điểm b, Khoản 1, Điều 25 Luật SHTT. Dựa trên nguyên tắc chung bảo vệ quyền tác giả thì hành vi trích dẫn tác phẩm của người khác được coi là hợp lý nếu thoả mãn 3 điều kiện như sau:

(i) Việc sao chép, trích dẫn phải hướng đến mục đích minh chứng hay bình luận cho tác phẩm của mình. Khi trình bày quan điểm cá nhân của mình, tác giả lấy thông tin từ các tác phẩm khác như là những nguồn tin phụ, là chứng cứ để làm sáng tỏ cho quan điểm của tác giả; hoặc các thông tin được trích dẫn chỉ là nguồn tư liệu để tác giả đưa ra những quan điểm bình luận (có thể ủng hộ hoặc phản đối). Do đó, nếu thông tin trích dẫn mà không phải để chứng minh hay không có những bình luận của tác giả hoặc hàm ý các thông tin được trích dẫn xem như là quan điểm chính của tác giả thì không phải là sự trích dẫn “hợp lý”;

(ii) Việc trích dẫn, sao chép các thông tin không được làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm được sao chép, trích dẫn. Nếu tác giả trích dẫn, sao chép toàn bộ tác phẩm hoặc phần cơ bản tác phẩm của người khác để tạo nên tác phẩm của mình thì vô hình chung đã “triệt tiêu” tác phẩm được trích dẫn, sao chép. Bởi lẽ, người đọc sẽ không cần phải tìm đọc tác phẩm được trích dẫn, sao chép nữa vì nó đã có

sẵn trong tác phẩm này rồi. Hậu quả là ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm bị sao chép, trích dẫn;

(iii) Tỷ lệ phần trăm của phần sao chép, trích dẫn so với dung lượng của tác phẩm được tạo thành cần phải được cân nhắc để bảo đảm hàm lượng khoa học và tính sáng tạo của tác giả tác phẩm đó. Nếu số trang của tác phẩm được sao chép, trích dẫn quá nhiều⁶ sẽ khiến cho sự sáng tạo của tác giả trong tác phẩm đó gần như không có.

Hai là, cần xác định rõ điều kiện của hành vi trích dẫn tác phẩm để giảng dạy trong nhà trường: (i) Không làm sai ý tác giả và (ii) Không nhằm mục đích thương mại. Trường hợp giảng viên sử dụng tác phẩm của người khác, thiết kế thành bài giảng của mình và dùng nó để giảng trong các chương trình có tính thương mại thì phải trả thù lao cho chủ sở hữu quyền tác giả⁷.

Ba là, đối với môi trường của các trường đại học cần phải có các giải pháp để giải quyết xung đột giữa lợi ích của chủ sở hữu quyền tác giả với nhu cầu nghiên cứu học tập của số đông sinh viên. Luật SHTT quy định cho phép hành vi sao chép một bản để nghiên cứu trên nguyên tắc không làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm⁸. Chúng tôi muốn nhấn mạnh về tính đặc thù của hành vi sao chép trong môi trường đại học ở những điểm như sau:

(i) Loại tác phẩm được sao chép là sách chuyên khảo, giáo trình, hướng dẫn môn học... gắn với nội dung của các môn học trong chương trình đào tạo⁹;

⁵ Lê Nét (2006), *Quyền Sở hữu trí tuệ*, Đại học quốc gia, tr. 72.

⁶ Theo án lệ của Toà án ở một số nước thì tỷ lệ sao chép không được quá 8% dung lượng của tác phẩm.

⁷ Giảng dạy nhằm mục đích thương mại được hiểu là các bài giảng này nằm ngoài chương trình đào tạo chung của nhà trường và có những hợp đồng giảng dạy của giảng viên với các cơ sở khác có thu tiền.

⁸ Xem điểm a, Khoản 1 Điều 25 Luật SHTT và Khoản 2 Điều 25 Luật SHTT: “2. Tổ chức, cá nhân sử dụng tác phẩm quy định tại Khoản 1 Điều này không được làm ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường tác phẩm, không gây phương hại đến các quyền của tác giả, chủ sở hữu quyền tác giả; phải thông tin về tên tác giả và nguồn gốc, xuất xứ của tác phẩm”.

⁹ Các môn học ở các trường đại học hiện nay được thực hiện theo tín chỉ, theo đó mỗi môn đều có đề cương môn học. Trong đề cương môn học này có phần tài liệu môn học bắt buộc (tên các giáo trình, sách chuyên khảo, sách hướng dẫn môn học...) mà sinh viên buộc phải có để học.

(ii) Địa điểm sao chép là nơi thực hiện hoạt động giảng dạy (có thể ở trong trường hoặc ngoài trường theo các chương trình liên kết đào tạo);

(iii) Đối tượng sao chép là người học¹⁰. Đây là những tài liệu phục vụ cho việc đào tạo, giảng dạy nên nhu cầu đọc buộc người học phải có và số lượng bản sao sẽ luôn luôn là bằng hoặc xấp xỉ với số lượng người học tại thời điểm đó – điều này tất yếu ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm và phương hại đến lợi ích của chủ sở hữu quyền tác giả xét cả về phương diện vật chất và tinh thần. Vì vậy, trong khi chờ các chế tài cụ thể của pháp luật thì nhà trường nên chọn biện pháp thích hợp nhất là quy định về trách nhiệm kỷ luật với người học theo quy chế mà nhà trường tự xây dựng¹¹.

3. Kiến nghị hoàn thiện pháp luật sở hữu trí tuệ về hành vi sao chép, trích dẫn tác phẩm tại các cơ sở đào tạo đại học

Luật SHTT năm 2005 và được sửa đổi, bổ sung năm 2009 đã có những quy định cụ thể về quyền trích dẫn, sao chép tác phẩm như đã phân tích ở phần 1 của bài viết này; tuy nhiên qua phân tích thực trạng thực hiện và áp dụng các quy định này tạo các cơ sở giáo dục đại học đã bộc lộ nhiều bất cập. Do đó, để có thể phát huy được sức mạnh điều chỉnh của pháp luật sở hữu trí tuệ đối với hoạt động sao chép, trích dẫn tác phẩm này, chúng tôi đề xuất một số giải pháp như sau:

Thứ nhất, trên cơ sở các quy định về quyền sao chép nói chung thì pháp luật sở hữu trí tuệ cần bổ sung quy định về quyền sao chép tác phẩm tại các cơ sở giáo dục đại học. Bởi vì, tại các cơ sở giáo dục đại học hoạt động này diễn ra thường xuyên, phổ biến nhất với số lượng lớn nhất để phục vụ cho mục đích nghiên cứu và đào tạo. Cho nên việc quy định tại Khoản 2 Điều 25 Văn bản hợp nhất số 07/VBHN-VPQH ngày

25/6/2019 Luật SHTT cần bổ sung quy định về thể nào là “không ảnh hưởng đến việc khai thác bình thường của tác phẩm”.

Chúng ta có thể tham khảo thêm một số loại trừ đối với sử dụng tài liệu để giảng dạy đối với giảng viên tại trường: Luật quyền tác giả có một sự miễn trừ đặc biệt áp dụng cho việc giảng dạy trực tiếp. Đây là tình huống giảng viên có mặt thực tế trong lớp học hoặc nơi tương tự để giảng dạy và đang sử dụng tài liệu trong bối cảnh một buổi học rời rạc. Để xác định được hành vi có thuộc điều khoản loại trừ hay không, cần xem xét bốn yếu tố¹²:

- Mục đích và đặc điểm của việc sử dụng: Bao gồm cả việc sử dụng đó có tính chất thương mại hay cho mục đích giáo dục phi lợi nhuận hay không. Các mục đích sử dụng phi thương mại và giáo dục được cho phép, không dùng cho các mục đích thương mại. Các cách sử dụng chuyển đổi (ví dụ: giảng viên đính kèm các phần của tác phẩm có bản quyền trong một bản trình bày cho một lớp học) được cho phép.

- Tính chất công việc: Nhìn chung, các tác phẩm đã xuất bản được ưa chuộng hơn các tác phẩm chưa được xuất bản.

- Số lượng và tính chất của phần được sử dụng liên quan đến toàn bộ tác phẩm: Việc sử dụng có nhiều khả năng được coi là hợp lý đối với số lượng nhỏ, trong đó phần được sử dụng không quan trọng đối với toàn bộ tác phẩm và khi số lượng phù hợp với mục đích giáo dục đã định.

- Hiệu quả của việc sử dụng đối với thị trường tiềm năng hoặc giá trị của tác phẩm: Các yếu tố ủng hộ việc sử dụng hợp pháp là sử dụng các bản sao được mua hoặc mua một cách hợp pháp của các tác phẩm gốc, một số lượng nhỏ các bản sao được thực hiện, không có sản phẩm tương tự nào được tiếp thị bởi chủ bản quyền và

¹⁰ Tối thiểu mỗi lớp được mở khoảng 50 sinh viên trở lên.

¹¹ Kinh nghiệm của Trường Đại học Luật Thành phố Hồ Chí Minh xử lý đối với hành vi sao chép giáo trình của sinh viên, xem thêm <https://plo.vn/ban-doc/photo-giao-trinh-hoc-xu-sao-cho-vua-682413.html>.

¹² <https://guides.lib.umich.edu/c.php?g=283105&p=6687646>, truy cập ngày 05/7/2021.



thiếu cơ chế cấp phép. Các yếu tố chống lại việc sử dụng hợp lý là việc sử dụng nhiều lần trong thời gian dài và làm cho các tài liệu được phổ biến rộng rãi như trên webstie.

Thứ hai, Luật SHTT cũng cần bổ sung các quy định về làm rõ tính hợp lý trong việc trích dẫn tác phẩm trong điểm b, Khoản 1, Điều 25 của Luật SHTT. Ngoài mục đích của việc trích dẫn tác phẩm của người khác để bình luận, minh họa cho ý tưởng trong tác phẩm của mình thì theo chúng tôi, việc trích dẫn chỉ được coi là hợp pháp khi đáp ứng được các yêu cầu sau đây:

(i) Xét từ khía cạnh của tác phẩm được trích dẫn: Việc người khác trích dẫn tác phẩm của mình trong tác phẩm của họ thì người trích dẫn chỉ được trích dẫn 01 phần tác phẩm và đó cũng không phải là phần cơ bản của tác phẩm chứ không được trích dẫn toàn bộ tác phẩm của mình hoặc phần cơ bản tác phẩm của mình. Bởi nếu không thì người đọc chỉ cần đọc tác phẩm của người khác là đã đọc được tác phẩm của mình rồi; vậy nên điều này dẫn đến khả năng triệt tiêu việc khai thác tác phẩm được trích dẫn.

(ii) Xét từ khía cạnh của tác phẩm mới mà có sự trích dẫn tác phẩm của người khác: theo chúng tôi, phải có quy định cụ thể về tỷ lệ của những tác phẩm được trích dẫn xét trên tổng dung lượng của tác phẩm được tạo thành. Trong công tác đào tạo sau đại học của các trường đại học ở Việt Nam hiện nay đa số đều chọn tỷ lệ các luận văn, luận án được sao chép là không vượt quá 30 % (xem nội dung được trình bày ở phần 2 của bài viết này), có ít trường chọn tỷ lệ không quá 50%. Theo quan điểm của chúng tôi, tỷ lệ này cần được quy định có tính hướng dẫn khung (quy định tỷ lệ được trích dẫn so với dung lượng của luận văn, luận án) ở mức cao nhất, sau đó tùy các trường đại học sẽ vận dụng tỷ lệ trong khung đó cho phù hợp với mục tiêu về chất lượng và chiến lược đào tạo của trường mình. bản pháp luật của người viết để khỏi bị tính là có vượt quá tỷ lệ trích dẫn được phép.

Thứ ba, cần bổ sung quy định về một số cụm từ liên quan đến hành vi khai thác quyền tác giả,

như cụm từ “mục đích thương mại” tại điểm d Khoản 1 Điều 25 Luật SHTT 2005.

Việc xác định thế nào là “mục đích thương mại” còn mơ hồ vì có thể sao chép hoặc sao chụp (photocopy) bán lại để thu lợi nhuận trực tiếp (bán giá thấp hơn giá bìa thì người sao chụp lẫn người sử dụng đều có lợi. Về lợi nhuận, có thể thu lợi nhuận gián tiếp như cơ sở kinh doanh trong lĩnh vực giáo dục đã thu toàn bộ tiền của người học, có nghĩa vụ phải cung cấp tài liệu cho người học nhưng không thực hiện nghĩa vụ trả tiền quyền tác giả hoặc tài liệu xuất mà sao chụp sách cho người học hoặc đánh máy lại in để sao chép cho người sử dụng nhằm giảm chi phí. Trường hợp này cũng được xác định là có mục đích lợi nhuận mang tính chất gián tiếp.

Trong thực tế, nhiều trường hợp sao chụp bán cho người học thấp hơn giá in trên bìa hoặc phát miễn phí cho người học là xâm phạm quyền tác giả, có mục đích thương mại (trực tiếp hoặc gián tiếp). Quy định của Luật SHTT và Nghị định hướng dẫn “tự sao chép” nghĩa là người cần nghiên cứu, giảng dạy sao chép một bản phục vụ cho chính mình.

Để thiết lập cơ sở vững chắc nhất cho việc sử dụng hợp lý, hãy xem xét và áp dụng bốn yếu tố dọc theo dòng đề xuất này. Tài liệu nhấn mạnh và đánh giá 4 tiêu chí như trên với các lưu ý như :

(i) **Mục đích sử dụng**: Tài liệu chỉ nên được sử dụng trong lớp với mục đích phục vụ nhu cầu của các chương trình giáo dục cụ thể. Sinh viên không phải trả một khoản phí cụ thể hoặc trực tiếp cho các tài liệu.

(ii) **Tính chất công việc**: Chỉ những phần công việc có liên quan đến mục tiêu giáo dục của khóa học mới được sử dụng trong lớp học. Luật sử dụng hợp pháp áp dụng hẹp hơn đối với các tác phẩm có tính sáng tạo cao. Do đó, tránh các đoạn trích đáng kể từ tiểu thuyết, truyện ngắn, thơ, hình ảnh nghệ thuật hiện đại và các tài liệu khác.

Người hướng dẫn không được phân phát bản sao của các tài liệu “có thể tiêu thụ được” như các biểu mẫu kiểm tra và các trang sách bài tập

được sử dụng và mua lại.

(iii) *Khối lượng công việc*: Tài liệu được sử dụng trong lớp học nói chung sẽ được giới hạn trong các tác phẩm ngắn gọn hoặc các đoạn trích ngắn từ các tác phẩm dài hơn. Ví dụ: một chương từ một cuốn sách, một bài báo riêng lẻ từ một tạp chí và các bài báo riêng lẻ. Khối lượng công việc được sử dụng nên liên quan trực tiếp đến các mục tiêu giáo dục của khóa học.

(iv) *Ảnh hưởng của việc sử dụng trên thị trường đối với bản gốc*: Người hướng dẫn nên xem xét liệu việc sao chép có gây hại cho thị trường hoặc việc bán tài liệu có bản quyền hay không. Các tài liệu được sử dụng trong lớp phải bao gồm trích dẫn nguồn xuất bản ban đầu và hình thức thông báo bản quyền.

Sao chép và trích dẫn tác phẩm là hoạt động diễn ra phổ biến, thường xuyên và không thể thiếu được trong hoạt động nghiên

cứu và đào tạo của các cơ sở giáo dục đại học. Việc nhận thức đúng đắn về ranh giới giữa những hành vi sao chép hợp pháp và hành vi vi phạm là hết sức cần thiết để bảo đảm môi trường học tập lành mạnh, nâng cao ý thức bảo vệ quyền tác giả cho cả giảng viên và người học./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. <https://guides.lib.umich.edu/c.php?g=283105&p=6687646>, truy cập ngày 05/7/2021.
2. Trần Quang Trung, Trích dẫn hợp lý tác phẩm - thực tiễn trong nghiên cứu, giảng dạy và học tập ở bậc đại học, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 14/2020, tr.40.
3. <https://plo.vn/ban-doc/photo-giao-trinh-hoc-xu-sao-cho-vua-682413.html>, truy cập ngày 4/7/2021.
4. Lê Nét (2006), *Quyền sở hữu trí tuệ*, Đại học Quốc gia, tr.72.

MỘT SỐ BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH VỀ QUYỀN THỪA KẾ THẾ VỊ LIÊN QUAN ĐẾN HOẠT ĐỘNG CÔNG CHỨNG

(Tiếp theo trang 15)

Trường hợp 3: Năm 2018, Nguyễn Văn C bị kết án về tội cố ý gây thương tích cho ông Nguyễn Văn A.

Xem xét ba điều kiện phát sinh quyền thừa kế thế vị, người con hoặc người cháu nếu còn sống không được quyền hưởng di sản do vi phạm Khoản 1 Điều 621 BLDS, cháu hoặc chất người để lại di sản không được quyền thừa kế thế vị. Như vậy, điều kiện “được hưởng” chỉ áp dụng với người đã chết trước trong giả thiết họ còn sống, không đề cập đến người đang được phát sinh quyền thừa kế thế vị. Ngoài ra, Điều 652 BLDS năm 2015 cũng không đặt ra một trường hợp ngoại lệ “trừ trường hợp luật có quy định khác” để dẫn chiếu đến quy định tại Điều 621 BLDS năm 2015. Có thể nói, quy định về thừa kế thế vị vẫn còn bỏ sót các trường hợp người thừa kế thế vị không được quyền thừa kế khi bản thân họ có những hành vi vi phạm pháp luật, vi phạm đạo đức xã hội.

Thừa kế thế vị là chế định được cụ thể hóa

trong các văn bản pháp luật, xây dựng trên nền tảng đạo đức xã hội và quan hệ huyết thống. Trong gia đình, con cái có nghĩa vụ yêu quý, kính trọng, biết ơn, hiếu thảo, phụng dưỡng cha mẹ, giữ gìn danh dự, truyền thống tốt đẹp của gia đình. Cháu có nghĩa vụ kính trọng, chăm sóc, phụng dưỡng ông bà nội, ông bà ngoại; trường hợp ông bà nội, ông bà ngoại không có con để nuôi dưỡng mình thì cháu đã thành niên có nghĩa vụ nuôi dưỡng. Khi con, cháu có hành vi cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, ngược đãi, vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ nuôi dưỡng... đối với ông bà, cha mẹ, hành vi đó không những vi phạm quy định pháp luật mà còn trái đạo đức xã hội, không xứng đáng được nhận di sản (ở cả góc độ “quyền hưởng di sản”) mà ông bà, cha mẹ để lại. Vì thế, từ ví dụ trên, tác giả cho rằng, nhà làm luật cần áp dụng quy định tại Khoản 1 Điều 621 BLDS năm 2015 cho cả ba trường hợp, loại bỏ quyền thừa kế thế vị của người có hành vi vi phạm./.



KIỂM SOÁT HÀNG HOÁ GIẢ MẠO VỀ SỞ HỮU TRÍ TUỆ TRONG THÔNG QUAN HÀNG HOÁ XUẤT KHẨU, NHẬP KHẨU Ở VIỆT NAM

Hứa Thị Hồng¹
Nguyễn Thị Ngọc Bích²

Tóm tắt: Kiểm soát hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu (XNK) là hoạt động đặc thù của cơ quan hải quan tại các cửa khẩu và khu vực biên giới. Việc kiểm soát hàng hóa giả mạo về sở hữu trí tuệ bởi hải quan được thực hiện trên cơ sở yêu cầu của các chủ thể quyền, thông qua các hoạt động, quy trình nghiệp vụ cả trong quy trình và ngoài quy trình thông quan hàng hóa nhằm ngăn chặn và xử lý kịp thời hành vi XNK hàng hoá giả mạo sở hữu trí tuệ tại biên giới. Bài viết đề cập đến một số đặc điểm, nội dung và phương thức kiểm soát hàng hóa giả mạo sở hữu trí tuệ của hải quan Việt Nam.

Từ khoá: Kiểm soát hàng hóa, giả mạo sở hữu trí tuệ, hải quan, thông quan, biện pháp kiểm soát biên giới.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Controlling import and export goods is typical activity of Customs authority at borders and border gates. Controlling Intellectual property counterfeit goods is carried out by Customs authority based on the right holder's requirement via activities, procedures under and out of customs clearance procedure in order to promptly prevent and handle the acts of importing and exporting Intellectual property counterfeit goods at borders. The article mentions some features, contents and methods of controlling Intellectual property counterfeit goods of Vietnam customs.

Keywords: Control goods, Intellectual property counterfeit goods, Customs, customs clearance, method of control borders.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

Quyền sở hữu trí tuệ (SHTT) là tài sản trí tuệ của chủ thể quyền được xác lập và bảo hộ theo quy định của pháp luật. Theo đó, các chủ thể quyền có quyền độc quyền khai thác các lợi ích kinh tế từ việc sử dụng các đối tượng SHTT, cho phép người khác sử dụng (chuyển giao quyền sử dụng) hoặc chuyển nhượng quyền sở hữu. Hoạt động sản xuất, buôn bán, vận chuyển hay xuất nhập khẩu hàng hoá chứa các đối tượng SHTT, cụ thể là hàng hoá mang nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý giả mạo hoặc hàng hoá sao chép lậu gây thiệt hại cho các chủ thể quyền, là hành vi vi phạm pháp luật và có thể bị xử lý theo các biện pháp hình sự, dân sự và hành chính. Hải quan là một trong những cơ quan nhà nước có thẩm quyền, xử lý hành vi giả mạo SHTT. Hoạt động kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK là biện pháp xử lý xâm phạm quyền SHTT mang tính đặc thù của hải quan, giữ vai trò quan trọng trong việc xử lý hàng hoá giả mạo về SHTT tại biên giới.

1. Hàng hoá giả mạo về sở hữu trí tuệ

Hàng hoá giả mạo về SHTT là hàng hoá xâm phạm quyền SHTT ở mức cao nhất, đối với các đối tượng quyền SHTT như: nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả. Theo quy định pháp luật Việt Nam, hàng hoá giả mạo về SHTT bao gồm hàng hóa giả mạo nhãn hiệu và giả mạo chỉ dẫn địa lý (gọi chung là hàng hóa giả mạo nhãn hiệu) và hàng hóa sao chép lại; trong đó, hàng hóa giả mạo nhãn hiệu là hàng hóa, bao bì của hàng hóa có gắn nhãn hiệu, dấu hiệu trùng hoặc khó phân biệt với nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý đang được bảo hộ dùng cho chính mặt hàng đó mà không được phép của chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc của tổ chức quản lý chỉ dẫn địa lý; hàng hóa sao chép lại là bản sao được sản xuất mà không được phép của chủ thể quyền tác giả hoặc quyền liên quan³. Quy định này của Luật SHTT hoàn toàn phù hợp và tương thích với pháp luật quốc tế, chẳng hạn Hiệp định thương mại chống hàng giả (Anti-Counterfeiting Trade Agreement -

¹ Thạc sỹ, Chi cục Hải quan cửa khẩu Hữu Nghị, Cục Hải quan tỉnh Lạng Sơn.

² Tiến sỹ, Luật sư, Công ty Luật ADVACAS.

³ Điều 213 Luật SHTT năm 2005, được sửa đổi bổ sung năm 2009.

ACTA)⁴, Hiệp định về các biện pháp ngăn chặn nhập khẩu hàng giả (Agreement on measures to discourage the importation of counterfeit goods)⁵, Hiệp định về các khía cạnh thương mại liên quan đến SHTT (Agreement on trade-related aspects of IPR – TRIPS)⁶.

Hàng hoá giả mạo về SHTT là hàng hoá có những đặc điểm, hình thức thể hiện giống hệt với hàng hoá do chính các chủ thể quyền SHTT sản xuất hoặc đưa ra thị trường. Xét về đặc tính gây thiệt hại, hàng hoá giả mạo về SHTT được sản xuất một cách trái phép thường không đảm bảo chất lượng và không đáp ứng được yêu cầu của nhà sản xuất chính hãng. Do đó, các hàng hóa này tiềm ẩn nguy cơ gây thiệt hại và có khả năng gây thiệt hại cao nhất về an toàn, sức khoẻ và kinh tế cho người tiêu dùng, xâm phạm đến quyền khai thác và sử dụng hợp pháp các đối tượng quyền SHTT của chủ sở hữu quyền. Tại Việt Nam, các hành vi xuất nhập khẩu, lưu hành hàng hóa giả mạo SHTT có thể bị xử lý theo các biện pháp hành chính, dân sự và hình sự, trong đó việc kiểm soát hàng hóa giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hóa xuất nhập khẩu thuộc thẩm quyền của hải quan.

2. Kiểm soát việc xuất nhập khẩu hàng hoá giả mạo về sở hữu trí tuệ

Dưới khía cạnh pháp luật hải quan, “kiểm soát”, cụ thể là kiểm soát hải quan⁷, thường được hiểu là hoạt động nghiệp vụ của hải quan thông qua thực hiện các biện pháp như: tuần tra, điều tra, xác minh hoặc các biện pháp nghiệp vụ khác để phòng, chống buôn lậu, vận chuyển trái phép hàng hoá qua biên giới và hành vi khác vi phạm pháp luật về hải quan. Hoạt động này chủ yếu do lực lượng kiểm soát chống buôn lậu của hải quan thực hiện song song với quá trình thông quan hàng hóa XNK và không bao gồm hoạt động kiểm tra, giám sát hàng hoá XNK trước, trong và sau thông quan. Tuy nhiên, nếu chỉ tiếp cận hoạt động kiểm soát theo nghĩa này sẽ không đánh giá

được toàn bộ quá trình kiểm soát hàng hoá xuất nhập khẩu nói chung và hàng hoá XNK giả mạo về SHTT nói riêng của hải quan.

Tiếp cận dưới góc độ pháp luật SHTT, kiểm soát hàng hóa xuất khẩu, nhập khẩu liên quan đến SHTT⁸ là một biện pháp hỗ trợ hải quan xử lý các hành vi xâm phạm quyền SHTT theo yêu cầu của chủ thể quyền SHTT. Do đó, việc kiểm soát hàng hoá XNK liên quan đến SHTT nên được hiểu “là biện pháp do chủ thể quyền SHTT và hải quan thực hiện đối với hàng hoá XNK nhằm phát hiện, xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT”⁹ tại biên giới. Việc kiểm soát hàng hoá giả về SHTT là một biện pháp có phạm vi rộng hơn một hoạt động nghiệp vụ của hải quan. Để áp dụng biện pháp này, hải quan không chỉ thực hiện các hoạt động nghiệp vụ, mà còn thực hiện các hoạt động cần thiết khác theo chức năng, nhiệm vụ và vai trò của mình trong thông quan hàng hóa XNK để kiểm soát hàng hoá XNK giả mạo SHTT tại biên giới như: xử lý vi phạm, phối hợp với các cơ quan chức năng liên quan và chủ thể quyền,... Việc kiểm soát hàng hoá XNK xâm phạm quyền SHTT không phải là một biện pháp bảo vệ quyền SHTT độc lập, mà thực chất là biện pháp mang tính hỗ trợ để hải quan xử lý các hành vi xâm phạm quyền SHTT bằng biện pháp hành chính.

Như vậy, kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK là biện pháp xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT do hải quan thực hiện trong quá trình làm thủ tục hải quan cho hàng hoá XNK để phát hiện, ngăn chặn hàng hoá giả mạo về SHTT và xử lý các hành vi xâm phạm quyền SHTT.

Hải quan kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT thông qua hoạt động kiểm tra, giám sát để phát hiện hàng hóa có dấu hiệu xâm phạm quyền SHTT và tạm dừng làm thủ tục hải quan đối với hàng hóa bị nghi ngờ xâm phạm quyền SHTT. Hai hoạt động này tương đối độc lập với nhau nhưng

⁴ Điều 5 Hiệp định ACTA đưa ra hai khái niệm về “hàng hóa giả mạo nhãn hiệu” và “hàng hóa sao chép lậu”; www.mofa.go.jp/policy/economy/i_property/pdfs/acta1105_en.pdf.

⁵ Điều 1 Hiệp định về các biện pháp ngăn chặn nhập khẩu hàng giả quy định về “hàng hóa giả nhãn hiệu” <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/L5399/5382.pdf>.

⁶ Điều 52 Hiệp định TRIPS quy định về hàng hóa giả mạo nhãn hiệu và hàng hóa xâm phạm quyền tác giả; https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf.

⁷ Điều 4 Luật hải quan năm 2014.

⁸ Điều 199 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009.

⁹ Phí Đình Mạnh (2014), *Thực thi quyền SHTT bằng biện pháp kiểm soát hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu tại Cục hải quan tỉnh Lào Cai – Thực trạng và giải pháp*, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Trường Đại học Luật Hà Nội, tr. 7.



có mối quan hệ biện chứng. Hoạt động kiểm tra, giám sát hàng hóa XNK giúp hải quan phát hiện hàng hóa có dấu hiệu giả mạo về SHTT và thông báo cho chủ thể quyền đề nghị tạm dừng làm thủ tục hải quan. Mặt khác, quyết định tạm dừng làm thủ tục hải quan cho hàng hoá nghi ngờ giả mạo về SHTT là hệ quả của hoạt động kiểm tra, giám sát đối với hàng hoá XNK trước đó. Hai hoạt động này có thể áp dụng đồng thời hoặc độc lập với nhau. Chủ thể quyền SHTT có thể chỉ yêu cầu kiểm tra, giám sát hàng hoá XNK mà không yêu cầu tạm dừng làm thủ tục hải quan khi được hải quan thông báo hàng hóa nghi ngờ giả mạo về SHTT. Hoặc trước đó, chủ thể quyền không có đơn yêu cầu hải quan kiểm soát về SHTT, nhưng khi có thông tin về một lô hàng cụ thể nghi ngờ giả mạo về SHTT thì họ có quyền yêu cầu hải quan tạm dừng làm thủ tục hải quan để xác minh và xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT để bảo vệ quyền tài sản hợp pháp của mình.

Dưới góc độ pháp lý, kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK có một số đặc trưng cơ bản sau:

Về không gian địa lý, hải quan kiểm soát hàng XNK, phương tiện vận tải xuất nhập cảnh và xử lý vi phạm pháp luật đối với hàng hóa giả mạo SHTT tại các khu vực cửa khẩu thuộc phạm vi địa bàn hoạt động hải quan¹⁰. Trong địa bàn hoạt động, hải quan giữ vai trò và chịu trách nhiệm chính thực hiện các biện pháp kiểm soát đối với hàng hoá giả mạo về SHTT. Ngoài địa bàn hoạt động, hải quan cùng với các cơ quan chức năng liên quan thực hiện với vai trò là cơ quan phối hợp, đảm bảo tuân thủ các quy định về thẩm quyền, chức năng nhiệm vụ được giao.

Về loại hình XNK, hoạt động kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong quá trình làm thủ tục hải quan được áp dụng đối với mọi loại hình XNK bao gồm: XNK thương mại (nhập kinh doanh tiêu dùng, tạm nhập – tái xuất, tạm xuất – tái nhập, chuyên cửa khẩu, sản xuất xuất khẩu) và XNK phi thương mại.

Về đối tượng, hoạt động kiểm soát liên quan đến hàng hóa giả mạo SHTT trong thông quan tập trung chủ yếu vào hai đối tượng: (1) Tất cả hàng hoá XNK, trừ hàng hóa viện trợ nhân đạo, tài sản di chuyển, hàng hóa được hưởng quyền ưu đãi, miễn trừ ngoại giao, hành lý, quà biếu, quà tặng trong tiêu chuẩn miễn thuế và hàng hóa quá cảnh¹¹; (2) các tổ chức, cá nhân có hoạt động XNK hàng hoá qua lại biên giới, cửa khẩu thuộc địa bàn hoạt động hải quan. Thông qua việc kiểm soát các đối tượng này, hải quan thu thập thông tin liên quan đến hàng hoá giả mạo SHTT khi làm thủ tục hải quan cho hàng hoá XNK, phân tích và đánh giá để xác định các đối tượng trọng điểm là có rủi ro cao thực hiện các hoạt động xâm phạm quyền SHTT và xác định các mặt hàng trọng điểm có nguy cơ bị làm giả để chủ động ngăn chặn và xử lý vi phạm.

•3. Kiểm soát hàng hoá giả mạo sở hữu trí tuệ trong thông quan

Hoạt động kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT của hải quan trong thông quan gắn liền với quá trình làm thủ tục hải quan cho hàng hoá XNK. Vì vậy, nội dung kiểm soát liên quan trực tiếp đến hàng hoá XNK, nội dung khai báo của người khai hải quan và phương tiện vận chuyển hàng hoá XNK thông qua các hoạt động kiểm tra hải quan¹² và giám sát hải quan¹³.

Kiểm tra hải quan thực hiện thông qua việc kiểm tra thông tin trên tờ khai hải quan với các chứng từ, tài liệu trong hồ sơ hải quan để xác định tính xác thực trong việc khai báo hàng hoá XNK và kiểm tra thực tế hàng hoá để thu thập thông tin về tên hàng, nhãn hiệu, xuất xứ, trị giá, quy cách phẩm chất, thông số kỹ thuật, thành phần cấu tạo, model, mã ký hiệu, đặc tính, công dụng¹⁴. Đồng thời, kiểm tra thực tế hàng hoá để xác định nguồn gốc, xuất xứ, số lượng, chủng loại, nhà sản xuất ra hàng hoá. Thông qua đó, hải quan nắm được thông tin về tổ chức, cá nhân XNK để đánh giá rủi ro và phát hiện hàng hoá XNK có dấu hiệu giả mạo về SHTT.

¹⁰ Nghị định số 01/2015/NĐ-CP ngày 02/01/2015 của Chính phủ quy định chi tiết phạm vi địa bàn hoạt động hải quan; trách nhiệm phối hợp trong phòng, chống buôn lậu, vận chuyển trái phép hàng hóa qua biên giới.

¹¹ Điều 73 Luật hải quan năm 2014.

¹² Điều 4.12 Luật hải quan năm 2013.

¹³ Điều 4.5 Luật hải quan năm 2014.

¹⁴ Điều 12 Thông tư số 13/2020/TT- BTC ngày 06/3/2020 của Bộ Tài chính sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 13/2015/TT- BTC ngày 30/01/2015 quy định về kiểm tra, giám sát, tạm dừng làm thủ tục hải quan đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu có yêu cầu bảo vệ quyền SHTT; kiểm soát hàng giả và hàng hoá xâm phạm quyền SHTT.

Hoạt động giám sát hải quan là việc giám sát thực tế đối với hàng hoá XNK đảm bảo nguyên trạng từ khi vận chuyển từ nước ngoài vào lãnh thổ Việt Nam cho đến khi hàng hoá thực hiện xong thủ tục hải quan. Trong quá trình thông quan, hàng hoá XNK được giám sát khi được bảo quản, lưu giữ, xếp dỡ, sang tải và vận chuyển để tránh hàng hoá bị hư hỏng hoặc thất lạc. Trường hợp, hải quan phát hiện hàng hoá XNK có dấu hiệu giả mạo về SHTT thì áp dụng các biện pháp ngăn chặn để không bị bỏ lọt hàng hoá vi phạm và làm căn cứ xử lý vi phạm.

Hải quan kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT bằng nhiều phương thức khác nhau thông qua thực hiện nhiệm vụ và vai trò của mình trong kiểm tra, giám sát hàng hoá XNK. Trong quá trình thông quan, các biện pháp kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT được thực hiện theo hai phương thức: (1) Kiểm soát trong dây chuyền nghiệp vụ thông quan, cụ thể là tại bộ phận làm thủ tục hải quan của Chi cục hải quan và (2) Kiểm soát ngoài dây chuyền nghiệp vụ thông quan, cụ thể là tại bộ phận kiểm soát chống buôn lậu thuộc Chi cục hải quan nơi hàng hoá làm thủ tục, Đội Kiểm soát hải quan thuộc Cục hải quan tỉnh, thành phố hoặc các Đội Kiểm soát chống buôn lậu thuộc Cục Điều tra chống buôn lậu – Tổng cục Hải quan.

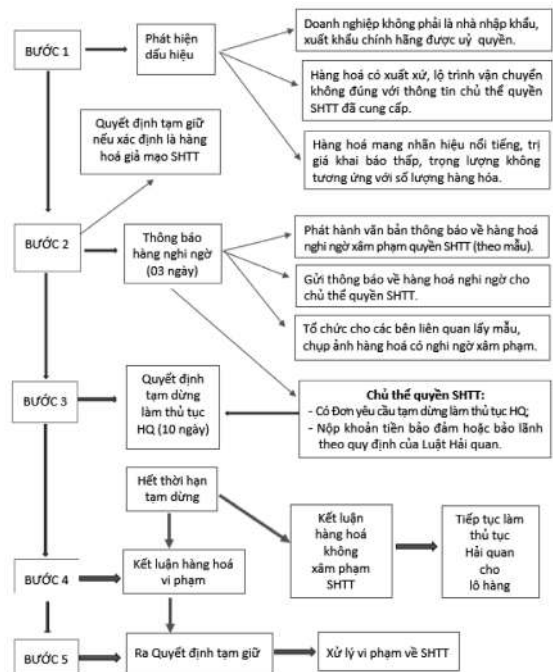
Thứ nhất, kiểm soát trong dây chuyền nghiệp vụ thông quan.

Khi kiểm tra thông tin khai báo của doanh nghiệp với thông tin đăng ký kiểm soát về SHTT do chủ thể quyền cung cấp và kết quả kiểm tra thực tế hàng hoá XNK, nếu xác định hàng hoá có nghi ngờ giả mạo về SHTT, Chi cục hải quan tạm thời tạm dừng làm thủ tục hải quan trong 03 ngày làm việc và thông báo bằng văn bản cho chủ thể quyền biết để thực hiện quyền yêu cầu tạm dừng làm thủ tục hải quan đối với hàng hoá có nghi vấn. Hết thời hạn 03 ngày kể từ ngày ra thông báo, chủ thể quyền không yêu cầu tạm dừng làm thủ tục hải quan Chi cục hải quan tiếp tục làm thủ tục thông quan cho lô hàng.

Trong thời gian chờ phản hồi từ chủ thể quyền, Chi cục hải quan lấy mẫu hoặc chụp ảnh về hàng hoá, áp dụng biện pháp đảm bảo xử lý vi phạm hành chính nếu có căn cứ chính xác khẳng định hàng hoá giả mạo về SHTT. Trường hợp

chủ thể quyền yêu cầu tạm dừng làm thủ tục hải quan và nộp khoản tiền đảm bảo (20% trị giá lô hàng bị nghi ngờ hoặc 20 triệu đồng nếu không xác định được trị giá lô hàng trong thời hạn hoặc chứng từ bảo lãnh), Chi cục hải quan ra quyết định tạm dừng trong thời hạn 10 ngày làm việc kể từ ngày ra quyết định, thời hạn tạm dừng có thể kéo dài nhưng không quá 20 ngày làm việc. Hết thời hạn tạm dừng làm thủ tục hải quan, nếu kết quả xác minh (về nguồn gốc, xuất xứ hàng hoá, giám định về SHTT, xác nhận hàng hoá giả mạo về SHTT của chủ thể quyền) xác định hàng hoá giả mạo SHTT thì hải quan tạm giữ hàng hoá vi phạm và xử phạt vi phạm theo thủ tục hành chính. Nếu kết quả xác minh vụ việc xác định hàng hoá không phải là hàng hoá giả mạo SHTT, hải quan tiếp tục làm thủ tục thông quan cho lô hàng.

Các bước kiểm soát trong dây chuyền nghiệp vụ thông quan được tác giả tổng hợp và khái quát lại sơ đồ dưới đây:



Sơ đồ: Kiểm soát trong dây chuyền nghiệp vụ thông quan

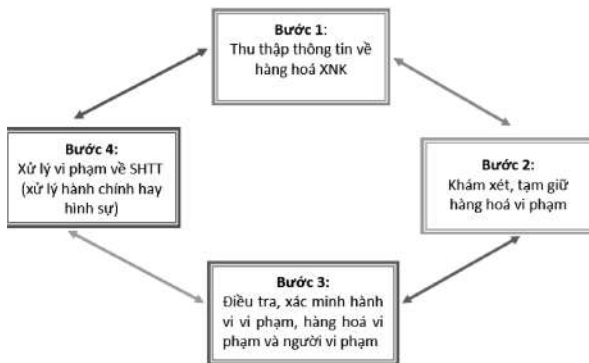
Thứ hai, kiểm soát ngoài dây chuyền nghiệp vụ thông quan.



Kết quả thu thập thông tin từ các tuyến (đường bộ, đường biển và đường hàng không), các địa bàn trọng điểm có rủi ro cao về xâm phạm quyền SHTT và dữ liệu đăng ký kiểm soát biên giới về SHTT do chủ thể quyền cung cấp là cơ sở để đơn vị kiểm soát chống buôn lậu hải quan phân tích, đánh giá phát hiện các dấu hiệu của hàng hoá giả mạo về SHTT.

Khi phát hiện hàng hoá có dấu hiệu giả mạo về SHTT, đơn vị kiểm soát chống buôn lậu sẽ quyết định khám xét hoặc phối hợp với Chi cục hải quan nơi làm thủ tục hoặc Chi cục hải quan nơi lưu giữ hàng hoá (đối với trường hợp hàng hoá XNK theo loại hình chuyên cửa khẩu) để kiểm tra thực tế hàng hoá XNK. Nếu có căn cứ xác định hàng hoá giả mạo về SHTT, đơn vị hải quan phát hiện vi phạm quyết định tạm giữ theo thủ tục hành chính để phục vụ hoạt động điều tra, xác minh.

Các bước kiểm soát ngoài dây chuyền nghiệp vụ thông quan được tác giả tổng hợp và khái quát tại sơ đồ dưới đây:



Sơ đồ: Kiểm soát ngoài dây chuyền nghiệp vụ thông quan

Đơn vị kiểm soát chống buôn lậu cùng với Chi cục hải quan nơi làm thủ tục lấy mẫu hàng hóa giám định về SHTT để có cơ sở xem xét kết luận, xử lý vụ việc và/hoặc yêu cầu chủ thể quyền xác định tình trạng pháp lý của hàng hoá. Đơn vị này có thể trực tiếp hoặc phối hợp với Chi

cục hải quan nơi làm thủ tục cho hàng hoá điều tra, xác minh thu thập các tài liệu chứng cứ về người nhập khẩu, xuất khẩu vi phạm; nguồn gốc xuất xứ của hàng hoá, quyền và trách nhiệm của các bên liên quan, người chịu trách nhiệm về hàng hoá để xử lý vụ việc¹⁵. Kết quả điều tra xác minh xác định hàng hoá giả mạo về SHTT, nhưng xét thấy hành vi vi phạm không đủ căn cứ để truy cứu trách nhiệm hình sự thuộc một trong các tội phạm về xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp theo quy định của Bộ luật hình sự, hải quan xử lý vi phạm về SHTT theo pháp luật xử lý vi phạm hành chính.

Trường hợp, các tài liệu, chứng cứ và kết quả điều tra xác minh không đủ căn cứ để xác định hành vi vi phạm hoặc hàng hoá giả mạo về SHTT, đơn vị kiểm soát chống buôn lậu đề nghị Chi cục hải quan nơi làm thủ tục cho hàng hoá tiếp tục thực hiện thủ tục thông quan cho lô hàng.

So sánh giữa kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong quy trình với ngoài quy trình thủ tục thông quan hàng hoá XNK và mối quan hệ giữa hai hoạt động kiểm soát.

Kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong và ngoài quy trình thủ tục thông quan hàng hoá XNK mặc dù được tiến hành độc lập nhưng lại có mối quan hệ mật thiết với nhau.

Hoạt động kiểm soát trong quy trình thông quan gắn liền với quá trình làm thủ tục hải quan cho hàng hóa XNK, trong khi đó, đơn vị kiểm soát chống buôn lậu thực hiện kiểm soát ngoài quy trình có thể can thiệp đột xuất để dừng thông quan hàng hoá tại bất cứ giai đoạn nào của quy trình thông quan nếu phát hiện dấu hiệu hàng hoá XNK giả mạo về SHTT. Ngay cả khi hàng hóa đó đã được hệ thống tự động thông quan (đối với tờ khai luồng xanh), đang làm thủ tục hải quan (đối với tờ khai luồng vàng và luồng đỏ) nhưng chưa được tập kết hoặc đang được tập kết tại cửa khẩu để làm thủ tục hải quan. Các thông tin liên quan đến hàng hóa và kết quả đánh giá rủi ro về SHTT được thu thập trong thông quan là cơ sở, tiền đề để đơn vị kiểm soát chống buôn lậu xây dựng kế hoạch, phương án và áp dụng các biện

¹⁵ Điều 16 Thông tư số 13/2020/TT- BTC ngày 06/3/2020 của Bộ Tài chính sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 13/2015/TT- BTC ngày 30/01/2015 quy định về kiểm tra, giám sát, tạm dừng làm thủ tục hải quan đối với hàng hoá xuất khẩu, nhập khẩu có yêu cầu bảo vệ quyền SHTT; kiểm soát hàng giả và hàng hoá xâm phạm quyền SHTT.

pháp nghiệp vụ nhằm phát hiện, ngăn chặn và bắt giữ hàng hóa giả mạo về SHTT. Ngược lại, các thông tin về hàng hóa vi phạm, chủ thể vi phạm về SHTT sẽ giúp xây dựng các cảnh báo và tiêu chí đánh giá rủi ro về SHTT trong quy trình thông quan.

Điểm giống nhau cơ bản giữa hai hoạt động kiểm soát đều do công chức hải quan thực hiện mặc dù mỗi hoạt động do công chức hải quan thuộc các bộ phận khác nhau đảm nhiệm. Khi phát hiện hàng hóa giả mạo về SHTT, dù hoạt động kiểm soát hải quan diễn ra trong dây chuyền nghiệp vụ hay ngoài dây chuyền nghiệp vụ, thì hành vi vi phạm đều bị hải quan xử lý theo pháp luật xử lý vi phạm hành chính hoặc chuyển vụ việc để truy cứu trách nhiệm hình sự, mặc dù có khác nhau về trình tự, thủ tục thực hiện và các biện pháp áp dụng.

4. Sự khác biệt giữa kiểm soát hàng hoá giả mạo về sở hữu trí tuệ trong thông quan hàng hoá xuất nhập khẩu với các biện pháp xử lý hành vi xâm phạm quyền khác

Về bản chất, kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK là biện pháp hỗ trợ mang tính tiền đề giúp hải quan có cơ sở để xử lý các hành vi xâm phạm quyền SHTT bằng biện pháp hành chính. Trong khi đó, các biện pháp xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT khác như: biện pháp dân sự, biện pháp hình sự và biện pháp hành chính là những biện pháp bảo vệ quyền SHTT độc lập.

Về chủ thể thực hiện, kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK chỉ duy nhất do hải quan thực hiện. Trong khi đó, việc xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT bằng biện pháp dân sự do Toà án thực hiện¹⁶ và xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT bằng biện pháp hình sự có sự tham gia của các cơ quan tố tụng như: cơ quan điều tra, Viện Kiểm sát và Toà án¹⁷. Việc xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT bằng biện pháp hành chính, sau khi hàng hóa thông quan, do các cơ quan có thẩm quyền khác như: Cơ quan Thanh tra chuyên ngành, Công an, Quản lý thị trường, Ủy ban nhân dân các cấp thực hiện.

Về căn cứ pháp lý, việc kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK nói riêng và xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT nói chung, ngoài việc phải căn cứ vào các quy định của pháp luật về SHTT, thì còn phải tuân thủ các quy định của pháp luật chuyên ngành tương ứng. Cụ thể, việc kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK không những chỉ thực hiện trên cơ sở các quy định pháp luật SHTT, Luật hải quan, mà khi áp dụng biện pháp hành chính để xử lý hàng giả mạo SHTT còn phải đảm bảo thực hiện theo quy định của pháp luật về xử lý vi phạm hành chính. Tương tự, biện pháp hình sự thực hiện theo quy định pháp luật hình sự và tố tụng hình sự; biện pháp dân sự phải tuân thủ các quy định của pháp luật dân sự, cụ thể là Bộ luật dân sự và Bộ luật tố tụng dân sự.

Về kết quả thực hiện, biện pháp kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK là biện pháp mang tính hỗ trợ hải quan ra quyết định có xử lý hành vi xâm phạm quyền bằng biện pháp hành chính hay không. Đối với các biện pháp xử lý hành vi xâm phạm quyền SHTT khác, hệ quả pháp lý là các quyết định hành chính (quyết định xử phạt vi phạm hành chính) hoặc quyết định tố tụng (Quyết định đình chỉ điều tra hoặc tạm đình chỉ điều tra; Quyết định không đưa vụ án ra xét xử, Quyết định công nhận hoà giải thành, Bản án của Toà án) tương ứng.

Kết luận

Hoạt động kiểm soát hàng hoá giả mạo về SHTT trong thông quan hàng hoá XNK là biện pháp xử lý xâm phạm quyền SHTT mang tính đặc thù của hải quan, giữ vai trò quan trọng trong việc xử lý hàng hóa giả mạo về SHTT tại biên giới. Biện pháp này được thực hiện bằng nhiều phương thức khác nhau, khác biệt so với các biện pháp bảo vệ quyền SHTT khác theo quy định của pháp luật về SHTT. Bằng việc thực hiện biện pháp này, hải quan Việt Nam góp phần kiểm soát có hiệu quả hàng hoá XNK qua lại biên giới, để kịp thời ngăn chặn và xử lý hàng hoá giả mạo về SHTT./

¹⁶ Thực hiện theo quy định của Bộ luật dân sự và Bộ luật tố tụng dân sự.

¹⁷ Thực hiện theo quy định của Bộ luật hình sự, Bộ luật tố tụng hình sự và Luật tổ chức cơ quan điều tra hình sự.



GIẢI PHÁP NÂNG CAO HIỆU QUẢ CÔNG TÁC KHÁM NGHIỆM HIỆN TRƯỜNG TRONG VỤ ÁN TRỘM CẤP TÀI SẢN VÀ BÀI HỌC KINH NGHIỆM

Bùi Trung Thành¹

Tóm tắt: Hiện trường vụ án hình sự là nơi lưu giữ rất nhiều dấu vết, vật chứng liên quan đến vụ án hình sự. Việc khám nghiệm hiện trường được tiến hành một cách khách quan, đầy đủ, toàn diện rất có ý nghĩa đối với việc giải quyết vụ án hình sự, tránh được oan, sai, bỏ lọt tội phạm. Theo đó, dấu vết hình sự được thu giữ tại hiện trường vụ án hình sự nói chung, vụ án hình sự về tội trộm cắp tài sản nói riêng chính là sự phản ánh vật chất (những biểu hiện cụ thể) được hình thành và tồn tại ở dạng vật chất (trong một phạm vi không gian, thời gian nhất định) trong mối quan hệ tất yếu với vụ việc phạm tội đã xảy ra. Đây là sự phản ánh đặc điểm bề ngoài của một vật (vật tạo dấu vết) tác động lên một vật khác (vật tiếp nhận dấu vết) do hành vi phạm tội gây ra (dấu vân tay, dấu chân, dấu giày, quần áo, răng, đường xe chạy...). Vì vậy, việc phát hiện và thu thập dấu vết hình sự cần phải được tiến hành một cách cẩn thận, nhanh chóng, kịp thời, không bỏ sót, làm mất hoặc làm hư hỏng các dấu vết đó. Thông qua các dấu vết hình sự (những biểu hiện, hiện tượng hữu hình, cụ thể như dấu vân tay, dấu chân, dấu giày, quần áo, ...) có thể xác định được diễn biến của hành vi phạm tội, người phạm tội và các tình tiết khác về vụ án. Qua đó, giúp cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng khoanh vùng đối tượng nghi vấn, định hướng cho công tác điều tra, khám phá án. Vì vậy, nghiên cứu, nắm chắc đặc điểm dấu vết hình sự tại hiện trường vụ án trộm cắp tài sản là hết sức quan trọng từ đó có giải pháp cụ thể nâng cao hiệu quả phát hiện, thu thập dấu vết hình sự tại hiện trường vụ án, phục vụ điều tra vụ án trộm cắp tài sản. Trong phạm vi bài viết này, tác giả nêu ra một số khó khăn, vướng mắc, đồng thời đưa ra các giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả công tác trên thực tiễn.

Từ khóa: Hiện trường, khám nghiệm hiện trường, phát hiện dấu vết, thu thập dấu vết, trộm cắp tài sản.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Crime scene is place maintaining many traces, evidences related to criminal cases. Therefore, if scene examination is made objectively, properly and comprehensively, that will contribute to the settlement of criminal cases and avoid unjust cases and omission of crimes. Accordingly, criminal traces collected at the scene of criminal cases in general and at the scene of criminal case of theft in particular means material reflection (specific expression) is developed and maintained via material form (within certain space and time range) in vital relation with crimes which have happened. This reflects outer features of a thing (thing creating traces) making impact on other thing (thing receiving traces) caused by commission of a crime (fingerprints, footprints, shoeprints, clothes, teeth, driveway...). Therefore, finding and collecting criminal traces must be made carefully, promptly and timely to avoid omission, loss or damage of traces. Through criminal traces (tangible and specific phenomena, expressions such as fingerprints, footprints, shoeprints, clothes... It is possible to know development of committed crimes, offenders and other facts of cases. From that, it helps competent procedure-conducting agencies find suspects and make orientation for investigation and examination of cases. Therefore, it is important to study and understand features of criminal traces at the scene of cases on theft to have specific solutions in order to enhance efficiency of finding and collecting criminal traces at the crime scene for the purpose of investigating cases on theft. In this article, the author mentions some practical difficulties, obstacles and suggests solutions to improve efficiency of fulfilling this task.

Keywords: Scene, examine scene, find traces, collect traces, theft.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

¹ Đại tá, Phó Giám đốc Công an thành phố Hải Phòng.

Khám nghiệm hiện trường là một hoạt động điều tra được quy định tại phần thứ hai, Chương XIV Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 (BLTTHS năm 2015) và được quy định cụ thể tại Điều 201 của Bộ luật này. Theo đó, khám nghiệm hiện trường chính là quá trình phát hiện, thu thập, nghiên cứu, đánh giá dấu vết, vật chứng và những tin tức, tài liệu tại hiện trường có ý nghĩa cho hoạt động điều tra và xử lý tội phạm. Đối với dấu vết hình sự được thu thập tại hiện trường các vụ án trộm cắp tài sản, chứa đựng nhiều thông tin quan trọng phục vụ quá trình điều tra, truy tố, xét xử vụ án. Những dấu vết này bao gồm: Dấu vết phản ánh sự rình mò (dấu vết chân, tay, đi lại ở khu vực hiện trường nơi đối tượng ẩn náu...); Dấu vết phản ánh quá trình đột nhập, tìm tòi, lục soát và tẩu thoát, như: những dấu vết chân, tay, giày dép, vân tay, vân chân, dấu vết cắt, cạy, phá, đập, cưa, cắt... Hay những dấu vết phản ánh phương tiện mà đối tượng sử dụng để tiếp cận hoặc rời khỏi hiện trường, như: xe máy, ô tô...

Tuy nhiên, do đặc điểm hiện trường vụ án trộm cắp tài sản thường bị xáo trộn (lý do xáo trộn là do bị hại không biết cách bảo vệ hiện trường mà đi lại, kiểm tra tài sản mất mát, dẫn đến việc tạo thêm dấu vết hoặc xóa bỏ đi dấu vết...). Mặt khác, hiện trường các vụ án trộm cắp tài sản phạm vi hoạt động phạm tội thường rộng, cấu trúc hiện trường phức tạp, có nhiều đồ vật tài sản vương vãi, vứt bỏ tại hiện trường trong quá trình người phạm tội lục soát, tìm kiếm tài sản để lấy hoặc đồ vật, tài sản của gia đình như giường, tủ, bàn ghế, chai, lọ... Tại hiện trường thường tồn tại nhiều loại dấu vết khác nhau của cả đối tượng gây án, bị hại, những người có liên quan (người thân của bị hại)... Chưa kể đến việc khi thực hiện khám nghiệm hiện trường, do cán bộ điều tra thiếu chuyên nghiệp hoặc nhiều cán bộ điều tra trình độ hạn chế đã vô tình xóa bỏ dấu vết quan

trọng và tạo dấu vết của chính mình tại hiện trường... Không ít hiện trường vụ án trộm cắp tài sản chịu tác động của các yếu tố ngoại cảnh như thời tiết, nhiều người qua lại... Vì vậy, các dấu vết, vật chứng dễ bị thay đổi, bị mất hoặc thậm chí các dấu vết hình thành, xuất hiện không rõ ràng khó xác định nguồn gây dấu vết nhất là các vụ án trộm cắp tài sản ở khu vực công cộng...

Thực tế hiện nay, công tác khám nghiệm hiện trường vụ án trộm cắp tài sản ở nhiều địa phương chưa được quan tâm đúng mức. Tình trạng không tiến hành khám nghiệm mà chỉ lập biên bản hiện trường vẫn còn. Không ít vụ án, cơ quan kỹ thuật thu được rất ít dấu vết, không đủ điều kiện để truy nguyên cá biệt đối tượng gây án, thậm chí có vụ không thu được dấu vết nào ở hiện trường vụ án. Một số khó khăn, vướng mắc trong công tác khám nghiệm hiện trường nhằm thu thập các dấu vết, vật chứng, đồ vật liên quan đến vụ án làm căn cứ, cơ sở để định hướng hoặc mở rộng điều tra còn gặp nhiều khó khăn, vướng mắc, cụ thể:

Thứ nhất, nhận thức về dấu vết hình sự, vai trò, đặc điểm, quy trình phát hiện, thu thập dấu vết hình sự trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản của một bộ phận điều tra viên và cán bộ tham gia công tác khám nghiệm hiện trường còn nhiều hạn chế. Theo đó, tới hiện trường đã không biết bảo quản hiện trường, mà làm hiện trường xáo trộn, mất dấu vết, khiến công tác khám nghiệm thu thập dấu vết tại hiện trường gặp rất nhiều khó khăn, lúng túng.

Mỗi dấu vết hình sự khác nhau sẽ có đặc điểm, hình thức, trạng thái khác nhau. Với thủ đoạn phạm tội khác nhau, tác động của môi trường khác nhau thì sự hình thành, tồn tại và biến đổi của các dấu vết hình sự đó càng khác nhau. Hơn nữa, không phải dấu vết hình sự nào cũng có giá trị truy nguyên cá biệt đối tượng gây án. Do vậy, không nhận thức đầy đủ về cơ



chế hình thành, tồn tại và biến đổi của dấu vết hình sự, điều tra viên và cán bộ tham gia khám nghiệm sẽ không đánh giá, phán đoán được vị trí dấu vết hình sự có thể xuất hiện trên hiện trường, đồng thời không lựa chọn được phương pháp phù hợp để phát hiện và thu thập từng loại dấu vết hình sự trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản.

Thứ hai, do trình độ nhận thức, ý thức và trách nhiệm của một bộ phận điều tra viên và cán bộ tham gia khám nghiệm chưa cao, còn có tâm lý ngại khó, ngại khổ, ngại đến những vùng sâu, vùng xa, chỉ tập trung khám nghiệm đối với các vụ án có thiệt hại lớn, liên quan đến người có chức vụ hoặc vụ án có ảnh hưởng lớn đến tình hình an ninh trật tự trên địa bàn. Dẫn đến việc nhiều vụ án xảy ra đã không được tiến hành đầy đủ, cố tình cho vụ việc rơi vào “quên lãng”, đây là một hiện tượng thực tế hiện nay, kéo theo đó là sự mất niềm tin về cơ quan điều tra đối với người dân.

Thực tế, việc khám nghiệm hiện trường một cách bài bản, đúng quy trình thường chỉ được thực hiện trong các vụ án điểm, chuyên án, vụ án có thiệt hại lớn, gây ảnh hưởng lớn tới tình hình an ninh trật tự trên địa bàn. Đối những vụ án có thiệt hại nhỏ, hiện trường đơn giản, xảy ra nơi công cộng... thường không được tiến hành khám nghiệm theo đúng quy định. Quá trình khám nghiệm, không ít trường hợp, việc phát hiện dấu vết tại hiện trường chủ yếu mới tập trung vào các loại dấu vết dễ nhìn thấy. Các loại dấu vết ẩn và đặc biệt là vi vết ít được chú ý phát hiện trong khi chính những dấu vết ẩn hoặc vi vết này lại là những căn cứ đặc biệt quan trọng, có giá trị truy nguyên đối tượng gây án, từ đó giúp cơ quan điều tra định hướng hoạt động điều tra, nhanh chóng chứng minh, làm rõ tội phạm và người thực hiện hành vi phạm tội. Chính nhận thức và thái độ làm việc của một bộ phận điều tra viên, cán bộ tham gia khám nghiệm trên là một phần

nguyên nhân ảnh hưởng tới hiệu quả thu thập dấu vết hình sự tại hiện trường, phục vụ điều tra vụ án trộm cắp tài sản.

Thứ ba, do hiện trường vụ án trộm cắp tài sản thường có phạm vi rộng, cấu trúc phức tạp, bị xáo trộn và thường tồn tại nhiều loại dấu vết khác nhau nhưng không tập trung của cả đối tượng gây án, bị hại, những người liên quan (người thân của nạn nhân), của cán bộ điều tra.

Xuất phát từ đặc điểm vụ án trộm cắp tài sản, đối tượng gây án có sự rình mò từ trước sau đó mới đột nhập vào địa điểm có tài sản để trộm cắp. Vì vậy, hiện trường vụ án trộm cắp tài sản thường có phạm vi rộng và tồn tại nhiều loại dấu vết khác nhau. Một phần các dấu vết này là do đối tượng gây án để lại trong quá trình rình mò, đột nhập, cậy phá, lục soát, tìm kiếm tài sản và tẩu thoát khỏi hiện trường, hoặc những dấu vết mà đối tượng cố tình xóa bỏ, giả tạo trên hiện trường để đánh lạc hướng điều tra. Tuy nhiên, không ít dấu vết trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản không phải do đối tượng gây án để lại mà là do chính bị hại, người làm chứng, cán bộ Công an cơ sở... tạo ra. Bởi vì, trên thực tế, ngay khi phát hiện sự việc bị trộm cắp tài sản, bị hại, người làm chứng, người có trách nhiệm bảo vệ, quản lý tài sản thường hoảng loạn, lo lắng, lập tức xem xét, kiểm tra lại tài sản để xác định tài sản bị mất trộm. Thậm chí, có nhiều trường hợp, lực lượng Công an cơ sở sau khi nhận được tin báo về vụ trộm đã vào hiện trường để xem xét, xác minh nên đã để lại các dấu vết mới trên hiện trường vụ án, gây khó khăn cho việc phát hiện chính xác và thu thập đúng dấu vết liên quan đến vụ án trộm cắp cần điều tra.

Thứ tư, các phương tiện kỹ thuật phục vụ cho việc phát hiện, thu thập dấu vết hình sự ở hiện trường vụ án trộm cắp tài sản còn thiếu, lạc hậu, thậm chí đã hết hạn sử dụng và chậm được thay thế, vì vậy không đảm bảo chất

lượng và yêu cầu thực tiễn. Thậm chí có nhiều đơn vị địa phương không có phương tiện soi chiếu với các nguồn sáng khác nhau, không có máy ảnh hoặc máy ảnh không đảm bảo chất lượng phục vụ công tác khám nghiệm hiện trường. Các loại dụng cụ dùng để thu các loại dấu vết hình sự không được trang bị đầy đủ, số lượng các dụng cụ tiêu hao không được bổ sung kịp thời. Do vậy, có trường hợp, cán bộ khám nghiệm hiện trường đã phát hiện được dấu vết hình sự nhưng quá trình thu thập không đảm bảo chất lượng do thiếu phương tiện thu lượm, bảo quản.

Từ nhận định và phân tích thực trạng nêu trên, để nâng cao hiệu quả phát hiện, thu thập dấu vết hình sự trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản trong thời gian tới đồng thời để nâng cao kỹ năng hành nghề cho những người có thẩm quyền tiến hành tố tụng và những người thực thi công việc trên thực tiễn, cần có những giải pháp cơ bản sau:

Một là, cần phải nâng cao hơn nữa về ý thức, nhận thức cũng như trình độ cho điều tra viên, kiểm sát viên, cán bộ tham gia khám nghiệm tại hiện trường vụ án trộm cắp tài sản.

Vấn đề cán bộ luôn là nòng cốt trong việc giải quyết các vụ án hình sự nói chung và vụ án trộm cắp tài sản nói riêng. Để nâng cao hiệu quả phát hiện, thu thập dấu vết hình sự tại hiện trường vụ án trộm cắp tài sản, cơ quan điều tra nhất định phải nâng cao nhận thức, trình độ cho điều tra viên, cán bộ tham gia khám nghiệm tại hiện trường vụ án. Một mặt, bố trí cán bộ có năng lực, trình độ, kinh nghiệm và ý thức trách nhiệm tham gia việc khám nghiệm hiện trường vụ án trộm cắp tài sản. Mặt khác, cần thường xuyên tổ chức tập huấn, cử cán bộ tham gia học tập tại các cơ sở đào tạo có chất lượng cao, thường xuyên tổ chức họp, rút kinh nghiệm điều tra, kinh nghiệm thu thập dấu vết hình sự tại hiện trường các vụ án trộm cắp. Đồng thời, tiếp

nhận và phân công học viên các trường Công an nhân dân ra trường theo đúng chuyên ngành đào tạo. Ngoài ra, cần quan tâm, động viên kịp thời với những cán bộ có thành tích xuất sắc, có chế độ khen thưởng, đãi ngộ phù hợp để cán bộ điều tra, cán bộ kỹ thuật có thêm động lực hoàn thành xuất sắc nhiệm vụ được giao.

Hai là, thực hiện công tác phát hiện, thu thập dấu vết hình sự trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản ngay khi có đủ các điều kiện cần thiết về con người và phương tiện kỹ thuật.

Trên cơ sở những tài liệu, chứng cứ ban đầu về vụ án trộm cắp tài sản đã xảy ra, điều tra viên và cán bộ kỹ thuật hình sự cần khẩn trương sử dụng các phương tiện kỹ thuật phù hợp như máy soi tia cực tím, đèn chiếu với nhiều nguồn sáng khác nhau, máy phân tích nhanh để phát hiện dấu vết hình sự. Đồng thời, sử dụng các dụng cụ thu lượm phù hợp... để thu thập dấu vết hình sự trên hiện trường vụ án. Trên cơ sở đó, hạn chế tối đa tác động của môi trường tới những dấu vết hình sự đó, phát hiện và thu thập đầy đủ, kịp thời dấu vết hình sự bảo đảm chất lượng phục vụ công tác giám định, tạo điều kiện cho hoạt động điều tra làm rõ vụ án trộm cắp tài sản đã xảy ra.

Ngoài ra, việc khám nghiệm hiện trường để thu thập dấu vết hình sự phục vụ điều tra vụ án trộm cắp tài sản không chỉ tập trung vào các vụ án khó khăn, phức tạp, vụ án điểm, chuyên án mà phải thực hiện khám nghiệm với tất cả các vụ án trộm cắp tài sản. Qua đó có thể nhanh chóng phát hiện, thu thập, không để sót lọt dấu vết hình sự trên hiện trường vụ án, phục vụ hiệu quả công tác điều tra vụ án trộm cắp tài sản trong mọi tình huống.

Ba là, lựa chọn chiến thuật và phương pháp phù hợp để phát hiện, thu thập dấu vết hình sự trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản, quá



trình thu thập phải đảm bảo khách quan, chính xác, đúng quy định của pháp luật

Khi đến hiện trường, điều tra viên, cán bộ kỹ thuật hình sự phải quan sát hiện trường và dựa vào lời khai của người bị hại, kinh nghiệm hoạt động điều tra để xác định khu vực, phạm vi hiện trường và các khu vực khác có liên quan (khu vực ẩn nấp trước khi gây án, khu vực cây phá đồ đạc nhằm tìm kiếm tài sản, khu vực trèo tường hoặc đường tẩu thoát của đối tượng). Đây là khu vực có thể xuất hiện nhiều loại dấu vết hình sự của vụ án. Từ đó, điều tra viên, cán bộ kỹ thuật hình sự tham gia khám nghiệm hiện trường sẽ lựa chọn chiến thuật khám nghiệm cho phù hợp. Có thể sử dụng chiến thuật khám nghiệm lần theo dấu vết, chia ô, chia khu vực, khám nghiệm theo hình xoáy ốc... tùy thuộc vào từng tình huống khám nghiệm cụ thể. Bên cạnh đó, để phát hiện được các loại dấu vết hình sự xuất hiện trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản, cán bộ khám nghiệm hiện trường có thể sử dụng phương pháp quan sát, kết hợp với việc sử dụng các phương tiện kỹ thuật hỗ trợ như máy soi tia cực tím, phương tiện soi chiếu với nhiều nguồn sáng khác nhau... để phát hiện dấu vết hình sự. Sau khi phát hiện, điều tra viên và cán bộ khám nghiệm phải lựa chọn phương pháp thu lượm phù hợp với từng dấu vết hình sự (dấu vết chân, tay, dấu vết đường vân, dấu vết cây phá...) trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản.

Quá trình thu thập dấu vết hình sự trên hiện trường phải lập biên bản theo đúng trình tự, thủ tục Tổ tụng hình sự. Trong biên bản phải tiến hành ghi nhận cụ thể, chính xác về vị trí, chiều hướng, màu sắc... của dấu vết hình sự. Cần phải kết hợp giữa mô tả vào biên bản, chụp ảnh dấu vết và vẽ sơ đồ vị trí phát hiện, thu lượm dấu vết nhằm đảm bảo tính chính xác, khách

quan trong phát hiện, thu thập dấu vết hình sự.

Bốn là, tăng cường đầu tư, bổ sung các phương tiện, thiết bị phục vụ cho công tác phát hiện, thu thập dấu vết hình sự.

Thường xuyên tổ chức kiểm tra các phương tiện, thiết bị hỗ trợ quá trình phát hiện, thu thập, đánh giá dấu vết hình sự, kịp thời sửa chữa hoặc loại bỏ, thanh lý những phương tiện, thiết bị đã hư hỏng nặng, không sử dụng được. Đầu tư đồng bộ những phương tiện, thiết bị chuyên dùng có giá trị sử dụng cao, các loại đèn soi với nhiều nguồn sáng khác nhau để phát hiện dấu vết hình sự trên hiện trường vụ án trộm cắp tài sản. Bổ sung thường xuyên những vật tư tiêu hao cần thiết phục vụ cho quá trình phát hiện, thu thập dấu vết hình sự trong vụ án trộm cắp tài sản.

Bên cạnh đó, thực hiện tốt công tác quản lý, bảo quản các phương tiện, thiết bị được trang bị, đảm bảo các phương tiện, thiết bị đó luôn ở trạng thái tốt nhất, có thể sử dụng ngay trong mọi tình huống khám nghiệm hiện trường vụ án trộm cắp tài sản. Cần giao trách nhiệm quản lý cho cán bộ có chuyên môn, có phòng chuyên dùng để cất giữ, bảo quản các phương tiện, thiết bị đó. Lập danh mục những phương tiện, thiết bị, công cụ hỗ trợ cần sử dụng trong phát hiện, thu thập dấu vết hình sự để sử dụng được ngay khi có vụ án trộm cắp tài sản xảy ra, tránh trường hợp thiếu phương tiện phát hiện, thu thập dấu vết hình sự gây ảnh hưởng đến chất lượng công tác phát hiện, thu thập dấu vết hình sự trong điều tra các vụ án trộm cắp tài sản./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Học viện CSND (2011), *Giáo trình Dấu vết hình sự*.

2. Học viện CSND (2004), *Giáo trình Bảo vệ và khám nghiệm hiện trường*.

3. Học viện CSND (2011), *Giáo trình Phương pháp điều tra các tội phạm cụ thể*.

XÓA ÁN TÍCH ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI PHẠM TỘI - MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

Nguyễn Văn Tùng¹
Đỗ Lương Thiện²

Tóm tắt: Xóa án tích là một trong những chế định thể hiện nguyên tắc nhân đạo của pháp luật hình sự Việt Nam. Bài viết làm rõ một số bất cập trong quy định của Bộ luật hình sự (BLHS) năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 về xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi phạm tội; từ đó đề xuất hướng hoàn thiện nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật trên thực tiễn.

Từ khóa: Án tích, Bộ luật hình sự, người dưới 18 tuổi, tội phạm.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Conviction expungement is one of the regulations that shows the humanity of Vietnam's Criminal Code. The article clarifies some inadequacies in the provisions of the Criminal Code promulgated in 2015, modified and supplied in 2017 about conviction expungement for juvenile offenders. From that, the author suggests the direction for improvement in order to advance the effectiveness of law application in practice.

Keywords: Conviction, the Criminal Code, juvenile, crime.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Đặt vấn đề

Người dưới 18 tuổi (hay còn gọi là người chưa thành niên) là người chưa phát triển đầy đủ về thể chất và tâm sinh lý. Xuất phát từ đặc điểm của người dưới 18 tuổi, chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội luôn nhẹ hơn người từ đủ 18 tuổi trở lên (người thành niên) phạm tội, trong đó có chế định xóa án tích.

Điều 107 BLHS năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 (BLHS năm 2015) quy định về xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. So với BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 (BLHS năm 1999), BLHS năm 2015 đã có những quy định có lợi hơn về xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi. Cụ thể:

Thứ nhất, mở rộng phạm vi không bị coi là có án tích. BLHS năm 1999 chỉ xác định người dưới 18 tuổi phạm tội được áp dụng biện pháp tư pháp thì không bị coi là có án tích, BLHS năm

2015 mở rộng phạm vi không bị coi là có án tích bao gồm: “người từ đủ 14 đến dưới 16 tuổi” bị kết án – điểm a Khoản 1 Điều 107; “người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng do vô ý” - điểm b Khoản 1 Điều 107 và người dưới 18 tuổi “bị áp dụng biện pháp tư pháp quy định tại Mục 3 Chương này” – điểm c Khoản 1 Điều 107.

Thứ hai, rút ngắn thời hạn và thu hẹp điều kiện đương nhiên được xóa án tích. Thời hạn đương nhiên được xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo quy định tại Khoản 1 Điều 77 BLHS năm 1999 là một phần hai thời hạn đối với người thành niên (thời hạn này được xác định theo Điều 64 BLHS năm 1999) và tính từ thời điểm chấp hành xong bản án hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án. Trong khi đó, Khoản 2 Điều 107 BLHS năm 2015 quy định

¹ Thạc sỹ, Học viện Cảnh sát nhân dân.

² Tiến sỹ, Học viện Cảnh sát nhân dân.



thời hạn đương nhiên được xóa án tích thấp hơn và được tính từ khi chấp hành xong hình phạt chính hoặc hết thời gian thử thách án treo hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án.

2. Những bất cập trong quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 về xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi phạm tội và hướng hoàn thiện

Mặc dù BLHS năm 2015 đã mở rộng phạm vi, rút ngắn thời hạn và thu hẹp điều kiện đương nhiên được xóa án tích, tuy nhiên, nghiên cứu quy định tại Điều 107 BLHS năm 2015 và thực tiễn áp dụng pháp luật thấy rằng: quy định của BLHS năm 2015 về xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi còn những tồn tại, bất cập.

Thứ nhất, thuật ngữ quy định tại Điều 107 chưa thống nhất với quy định trong Chương XII của Bộ luật hình sự.

Chương XII của BLHS năm 2015 quy định những vấn đề liên quan đến người dưới 18 tuổi phạm tội, trong đó có chế định xóa án tích. Điều 107 thuộc Chương XII, tuy nhiên Khoản 1 và Khoản 2 Điều 107 quy định về xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi bị kết án. Quy định “bị kết án” tại Điều 107 chưa thống nhất với quy định “phạm tội” trong Chương XII, điều này dẫn đến những quan điểm khác nhau trong quá trình áp dụng Điều 107 BLHS.

Quan điểm thứ nhất cho rằng: “*vì Điều 107 BLHS đã ghi rõ “Người dưới 18 tuổi bị kết án” và “Người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi bị kết án” nên đương nhiên phải hiểu, chỉ được áp dụng các quy định tại Điều này cho người đến thời điểm xét xử vẫn chưa đủ 18 tuổi. Nếu đến thời điểm xét xử, người phạm tội đã đủ 18 tuổi thì vẫn phải áp dụng chế định xóa án tích chung được quy định tại Chương X của BLHS*”³. Hiểu theo quan điểm này, không áp dụng quy định tại

Điều 107 BLHS đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên bị kết án về tội phạm mà họ thực hiện khi chưa đủ 18 tuổi.

Quan điểm thứ hai cho rằng: Điều 107 thuộc Chương XII – Những quy định đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. “*Do đó, như chính bản thân tên gọi của chương này (đã được quy định cụ thể về giới hạn điều chỉnh tại Điều 90 BLHS), mọi điều luật bên trong nó, đều áp dụng với đối tượng thực hiện hành vi phạm tội khi chưa thành niên. Mặt khác, theo nguyên tắc có lợi cho bị can, bị cáo, trường hợp nêu trên cũng cần được áp dụng chế định chưa thành niên, trong đó có quy định về xóa án tích theo Điều 107 BLHS; và cần hiểu quy định của điều luật trong chính thể của nó. Theo đó, vì Điều 107 BLHS quy định về việc xóa án tích nên đối tượng điều chỉnh đặc thù của nó được gọi tên là “người bị kết án” (do không thể đặt ra vấn đề xóa án tích với người chưa bị kết án được)*”³. Hiểu theo quan điểm này, vẫn áp dụng quy định tại Điều 107 BLHS đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên bị kết án về tội phạm mà họ thực hiện khi chưa đủ 18 tuổi.

Nghiên cứu hai quan điểm trên, nếu theo câu chữ của điều luật, tác giả bài viết đồng tình với quan điểm thứ nhất, bởi vì “phạm tội” và “bị kết án” là hai thời điểm khác nhau. Thời điểm phạm tội là thời điểm chủ thể thực hiện tội phạm được quy định trong BLHS, trong khi thời điểm bị kết án là thời điểm bị Tòa án kết án bằng bản án. Thời điểm bị kết án luôn xảy ra sau thời điểm phạm tội, vì từ lúc phạm tội đến khi bị kết án phải trải qua các giai đoạn tố tụng hình sự khác nhau theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự. Với quy định tại Điều 107 BLHS thì đối tượng áp dụng để xóa án tích là “người dưới 18 tuổi bị kết án”, do vậy không thể áp dụng quy định tại Điều 107

³ Đồng Hoàng Anh (2019), *Xóa án tích với người chưa thành niên phạm tội*, Tạp chí Kiểm sát điện tử, <https://kiemsat.vn/xoa-an-tich-voi-nguoi-chua-thanh-nien-pham-toi-52007.html>, truy cập ngày 02/6/2021.

BLHS với người từ đủ 18 tuổi trở lên bị kết án về tội phạm mà họ thực hiện khi chưa đủ 18 tuổi.

Theo quan điểm của tác giả bài viết, để bảo đảm đúng mục đích chung của Chương XII là áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội không phân biệt thời điểm phát hiện, xử lý như thế nào, cần sửa đổi quy định tại Điều 107 BLHS năm 2015, cụ thể là sửa đổi cụm từ “bị kết án” thành “phạm tội”. Việc sửa đổi như vậy nhằm thống nhất thuật ngữ được quy định tại Chương XII của BLHS năm 2015, bảo đảm các nguyên tắc trong xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội và tránh những cách hiểu khác nhau dẫn đến áp dụng không thống nhất.

Thứ hai, bất hợp lý khi áp dụng quy định tại Khoản 1 Điều 107 với dấu hiệu “đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi... mà còn vi phạm” là dấu hiệu định tội trong cấu thành cơ bản của một số tội phạm.

Trong BLHS năm 2015, cùng với dấu hiệu “đã bị kết án về tội phạm ... chưa được xóa án tích mà còn vi phạm” (sau đây gọi là dấu hiệu đã bị kết án), dấu hiệu “đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi... mà còn vi phạm” (sau đây gọi là dấu hiệu đã bị xử phạt vi phạm hành chính (VPHC)) là dấu hiệu định tội được quy định trong cấu thành cơ bản của một số tội phạm.

Đối với dấu hiệu đã bị kết án, để áp dụng là điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự thì phải chưa được xóa án tích mà còn vi phạm. Tuy nhiên, theo Khoản 1 Điều 107 BLHS, người dưới 18 tuổi bị kết án sẽ không có án tích trong một số trường hợp, do vậy không áp dụng dấu hiệu này đối với người dưới 18 tuổi bị kết án thuộc trường hợp quy định tại Khoản 1 Điều 107 BLHS để truy cứu trách nhiệm hình sự cho lần vi phạm sau.

Đối với dấu hiệu đã bị xử phạt VPHC, Luật xử lý VPHC năm 2012 không loại trừ trách nhiệm đối với người dưới 18 tuổi theo quy định tại Khoản 1 Điều 5: “Người từ đủ 14 tuổi đến

dưới 16 tuổi bị xử phạt vi phạm hành chính về vi phạm hành chính do cố ý; người từ đủ 16 tuổi trở lên bị xử phạt vi phạm hành chính về mọi vi phạm hành chính”. Như vậy, nếu người dưới 18 tuổi đã bị xử phạt VPHC và chưa hết thời hạn được coi là chưa bị xử phạt (thời hạn được coi là chưa bị xử phạt quy định tại Điều 7 Luật xử lý VPHC năm 2012) thì vẫn bị áp dụng dấu hiệu này để truy cứu trách nhiệm hình sự cho lần vi phạm sau trong những trường hợp nhất định theo quy định của BLHS.

So sánh dấu hiệu đã bị kết án và dấu hiệu đã bị xử phạt VPHC thấy rằng: xét về tính chất và mức độ nguy hiểm, trường hợp người dưới 18 tuổi bị kết án nguy hiểm hơn người dưới 18 tuổi bị xử phạt VPHC. Tuy nhiên, không áp dụng dấu hiệu đã bị kết án (do Khoản 1 Điều 107 BLHS xác định không có án tích) mà áp dụng dấu hiệu đã bị xử phạt VPHC là điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự. Đây là điểm bất hợp lý trong quy định của pháp luật dẫn đến hạn chế khi áp dụng trên thực tiễn.

Để khắc phục điểm bất hợp lý này, cần thiết phải sửa đổi quy định của Luật xử lý VPHC năm 2012 hoặc quy định của BLHS năm 2015. Nếu sửa đổi Luật xử lý VPHC năm 2012, có thể sửa đổi theo hướng: không áp dụng thời hạn được coi là chưa bị xử phạt VPHC đối với người dưới 18 tuổi, khi đó sẽ không áp dụng dấu hiệu “đã bị xử phạt VPHC về hành vi... mà còn vi phạm” là điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự nếu lúc bị xử phạt họ là người dưới 18 tuổi. Tuy nhiên, ngày 13/11/2020 Quốc hội khóa XIV đã thông qua Luật số 67/2020/QH14 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật xử lý VPHC năm 2012 và có hiệu lực từ ngày 01/01/2022. Trong Luật số 67/2020/QH14 giữ nguyên quy định tại Điều 7 Luật xử lý VPHC năm 2012 về thời hạn được coi là chưa bị xử lý VPHC. Do vậy, theo tác giả bài viết, trong thời gian tới có thể sửa đổi quy định của BLHS năm 2015 theo hướng:



sửa đổi cấu thành cơ bản của các tội phạm quy định dấu hiệu đã bị xử phạt VPHC là điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự. Cụ thể: sửa đổi dấu hiệu “đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi... mà còn vi phạm” thành “người từ đủ 18 tuổi trở lên đã bị xử phạt vi phạm hành chính về hành vi... mà còn vi phạm”. Việc BLHS xác định rõ người từ đủ 18 tuổi trở lên bị xử phạt VPHC là điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự sẽ phù hợp với Khoản 1 Điều 107 BLHS và tương thích với quy định của Luật xử lý VPHC năm 2012 đã được sửa đổi, bổ sung năm 2020.

Thứ ba, hạn chế trong quy định tại Khoản 2 Điều 107 BLHS về điều kiện đương nhiên được xóa án tích.

Khoản 2 Điều 107 BLHS quy định điều kiện đương nhiên được xóa án tích đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng: “*nếu từ khi chấp hành xong hình phạt chính hoặc hết thời gian thử thách án treo hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án, người đó không thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời hạn*” quy định tại Khoản 2 Điều 107 BLHS. Trong khi đó, đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên, Khoản 2 Điều 70 BLHS quy định điều kiện đương nhiên được xóa án tích: “*nếu từ khi chấp hành xong hình phạt chính hoặc hết thời gian thử thách án treo, người đó đã chấp hành xong hình phạt bổ sung, các quyết định khác của bản án và không thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời hạn*”; hoặc “*từ khi hết thời hiệu thi hành bản án, người đó không thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời hạn quy định*” tại Khoản 2 Điều 70 BLHS.

So sánh quy định tại Khoản 2 Điều 107 và Khoản 2 Điều 70 BLHS thấy rằng, thời hạn đương nhiên được xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi thấp hơn người từ đủ 18 tuổi trở lên. Cùng với đó, một trong những điều kiện bắt buộc mà người từ đủ 18 tuổi trở lên phải chấp

hành để được xóa án tích là “*chấp hành xong hình phạt bổ sung, các quyết định khác của bản án*”, trong khi đó người dưới 18 tuổi không cần điều kiện này. Người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng chỉ cần “*từ khi chấp hành xong hình phạt chính hoặc hết thời gian thử thách án treo hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án, người đó không thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời hạn*” quy định tại Khoản 2 Điều 107 BLHS thì đương nhiên được xóa án tích.

Như vậy các điều kiện đương nhiên được xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi có lợi hơn so với người từ đủ 18 tuổi trở lên. Tuy nhiên, quan điểm cá nhân của tác giả bài viết cho rằng: Khoản 2 Điều 107 BLHS cần bổ sung thêm điều kiện “đã chấp hành xong các quyết định khác của bản án” là một trong những điều kiện bắt buộc mà người dưới 18 tuổi phải chấp hành để được xóa án tích. Cùng với đó, như đã phân tích nêu trên, tác giả bài viết đề xuất sửa đổi cụm từ “bị kết án” thành “phạm tội”, khi đó Khoản 2 Điều 107 BLHS trở thành: “*Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội về tội phạm rất nghiêm trọng đương nhiên được xóa án tích nếu từ khi chấp hành xong hình phạt chính hoặc hết thời gian thử thách án treo hoặc từ khi hết thời hiệu thi hành bản án, người đó đã chấp hành xong các quyết định khác của bản án và không thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời hạn sau đây: ...*”.

Tác giả bài viết đưa ra đề xuất này, bởi vì: Điều 23 Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14 ngày 30/12/2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa XIV quy định về mức thu, miễn, giảm, thu, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí Tòa án quy định về nghĩa vụ chịu án phí trong vụ án hình sự, theo đó người bị kết án phải chịu án phí hình sự sơ thẩm, nếu kháng cáo phải chịu án phí phúc thẩm khi Tòa án cấp phúc thẩm giữ nguyên

quyết định của bản án sơ thẩm. Nghĩa vụ chịu án phí không loại trừ đối với người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi, đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi được miễn án phí theo quy định tại điểm đ Khoản 1 Điều 12 Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14. Cùng với việc phải chịu án phí, người dưới 18 tuổi có thể phải bồi thường thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra theo quy định tại Điều 586 Bộ luật dân sự năm 2015. Nghĩa vụ phải chịu án phí, bồi thường thiệt hại hoặc những nghĩa vụ khác mà người dưới 18 tuổi phải chấp hành được thể hiện qua các quyết định khác của bản án.

Khoản 1 Điều 107 BLHS đã quy định người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị kết án, hoặc người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng do vô ý thì không bị coi là có án tích, do vậy những quyết định khác của bản án phải chấp hành không có ý nghĩa trong việc xóa án tích. Đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng, nếu không quy định nghĩa vụ chấp hành các quyết định khác của bản án là một trong các điều kiện bắt buộc để xóa án tích sẽ không đánh giá được thái độ chấp hành pháp luật cũng như bảo đảm việc bản án được thực thi. Tuy nhiên, khi quy định nghĩa vụ chấp hành các quyết định khác của bản án cần cân nhắc đến khả năng thi hành, vì không phải người dưới 18 tuổi nào cũng có tài sản riêng để chấp hành nghĩa vụ án phí và bồi thường thiệt hại do hành vi phạm tội gây ra. Do vậy, tác giả bài viết đề xuất bổ sung quy định “đã chấp hành xong các quyết định khác của bản án” là một trong các điều kiện bắt buộc để xóa án tích đối với trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 107 BLHS. Cùng với đó, Khoản 2 Điều 107 BLHS cần quy định: “Tòa án có thể quyết định giảm hoặc miễn việc chấp hành các quyết định khác của bản án” nhằm đề cao tính

nhân đạo và hướng thiện của chính sách hình sự, tạo điều kiện cho người dưới 18 tuổi được xóa án tích.

Thứ tư, Bộ luật hình sự năm 2015 chưa quy định về xóa án tích trong trường hợp đặc biệt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

Xóa án tích trong trường hợp đặc biệt là trường hợp Tòa án quyết định xóa án tích khi người bị kết án thỏa mãn những điều kiện nhất định và chưa đến thời hạn để xóa án tích. Việc xóa án tích trong trường hợp đặc biệt nhằm khuyến khích người bị kết án tập trung cải tạo tốt, sớm trở thành công dân có ích cho xã hội.

Điều 72 thuộc Chương X của BLHS năm 2015 quy định điều kiện để xóa án tích trong trường hợp đặc biệt khi “có những biểu hiện tiến bộ rõ rệt và đã lập công, được cơ quan, tổ chức nơi người đó công tác hoặc chính quyền địa phương nơi người đó cư trú đề nghị” và “đã bảo đảm được ít nhất một phần ba thời hạn quy định tại Khoản 2 Điều 70 và Khoản 2 Điều 71” BLHS năm 2015. Đây là quy định về xóa án tích trong trường hợp đặc biệt nói chung, không phân biệt đối tượng áp dụng là người dưới 18 tuổi hay người từ đủ 18 tuổi trở lên bị kết án. Nếu áp dụng quy định tại Điều 72 BLHS về xóa án tích trong trường hợp đặc biệt đối với người dưới 18 tuổi bị kết án thì thời hạn xóa án tích sẽ là: 04 tháng trong trường hợp bị phạt cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ, phạt tù nhưng được hưởng án treo; 08 tháng trong trường hợp bị phạt tù đến 05 năm; 01 năm trong trường hợp bị phạt tù từ trên 05 năm đến 15 năm; 20 tháng (01 năm 08 tháng) trong trường hợp bị phạt tù từ trên 15 năm.

So sánh thời hạn xóa án tích trong trường hợp đặc biệt khi áp dụng Điều 72 nêu trên với thời hạn đương nhiên được xóa án tích đối với người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi bị kết án quy định tại Khoản 2 Điều 107 BLHS thấy rằng:

(Xem tiếp trang 73)



XÉT XỬ LƯU ĐỘNG VỤ ÁN HÌNH SỰ

Cao Thị Ngọc Hà¹
Tống Thị Thanh Thanh²

Tóm tắt: Xét xử lưu động là hình thức xét xử công khai, nhằm mục đích tuyên truyền, giáo dục, phòng ngừa tội phạm. Nhìn từ góc độ lợi ích chung thì phiên tòa lưu động là cơ hội để trực tiếp chuyển tải các quy định của pháp luật đến với người dân; ngoài tác dụng phổ biến pháp luật còn có tác dụng cảnh báo, răn đe, giáo dục chung đối với mọi người. Xét xử lưu động có những ưu điểm và hạn chế nhất định. Từ những hạn chế của xét xử lưu động, bài viết nêu lên một số kiến nghị hoàn thiện quy định của pháp luật về xét xử lưu động trong tố tụng hình sự Việt Nam.

Từ khóa: Xét xử lưu động, tố tụng hình sự.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Mobile court hearing is open hearing with the aim to propagandize, educate and prevent crimes. From the common interests, this type of hearing is opportunity to directly propagandize legal regulations to people. Apart from disseminating legal regulation, it also warns, deter and educate people. However, mobile court hearing has certain limitations and advantages. From that, the article suggests ideas to finalize legal regulations on mobile court hearing in the criminal procedure of Vietnam.

Keywords: Mobile court hearing, criminal procedure.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

Xét xử lưu động là việc Tòa án đưa vụ án ra xét xử công khai ngoài trụ sở Tòa án. Địa điểm xét xử lưu động thường ở tại địa phương, nơi xảy ra vụ án, vụ việc hoặc nơi cư trú của bị cáo. Tòa án xét xử lưu động không chỉ đối với các vụ án hình sự mà cả các vụ án dân sự, hôn nhân và gia đình, áp dụng các biện pháp xử lý hành chính... Tuy nhiên, do đặc thù về tính chất, mục đích của việc xét xử đối với các loại án này nên Tòa án thường chỉ đưa ra xét xử lưu động đối với các vụ án hình sự.

Xét xử lưu động là một hoạt động thường xuyên, liên tục của các cấp Tòa án suốt lịch sử

hình thành và phát triển từ năm 1945 đến nay. Do điều kiện lúc bấy giờ, các trụ sở Tòa án còn eo hẹp, phải mượn những địa điểm công cộng để tổ chức phiên tòa. Phiên tòa đầu tiên của Tòa án Bắc Bộ xét xử tại Dinh Tổng đốc Hà Đông và sau đó đình La Khê được mượn làm địa điểm xét xử chính. Vụ xét xử đầu tiên của Tòa án Trung Bộ được tổ chức tại thành Nội kinh thành Huế³...

Tuy xét xử lưu động có từ thời kháng chiến và được thực hiện trong một thời gian dài nhưng không hề có văn bản pháp luật hướng dẫn riêng biệt. Bộ luật tố tụng hình sự chỉ quy định về việc Tòa án xét xử công khai, xét xử kín⁴. Mặc dù,

¹ Tiến sỹ, Phó Trưởng bộ môn Kỹ năng tham gia giải quyết các vụ án hình sự, Khoa Đào tạo Luật sư, Học viện Tư pháp.

² Thạc sỹ, Trưởng bộ môn Luật sư và đạo đức nghề luật sư, Khoa Đào tạo Luật sư, Học viện Tư pháp.

³ Thái Vũ, *Dòng xét xử lưu động*, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/thoi-su/dung-xet-xu-luu-dong>.

⁴ Khoản 3 Điều 103 Hiến pháp năm 2013: “Tòa án nhân dân xét xử công khai. Trong trường hợp đặc biệt cần giữ bí mật nhà nước, thuần phong, mỹ tục của dân tộc, bảo vệ người chưa thành niên hoặc giữ bí mật đời tư theo yêu cầu chính đáng của đương sự, Tòa án nhân dân có thể xét xử kín”. Điều 25 BLTTHS năm 2015 quy định “Tòa án xét xử công khai, mọi người đều có quyền tham dự phiên tòa, trừ trường hợp do Bộ luật này quy định. Trường hợp đặc biệt cần giữ bí mật nhà nước, thuần phong, mỹ tục của dân tộc, bảo vệ người dưới 18 tuổi hoặc để giữ bí mật đời tư theo yêu cầu chính đáng của đương sự thì Tòa án có thể xét xử kín nhưng phải tuyên án công khai”.

trong Hiến pháp, trong các bộ luật có liên quan không có quy định cụ thể về xét xử lưu động. Mãi đến Luật phổ biến, giáo dục pháp luật năm 2012 mới có quy định Tòa án nhân dân các cấp thông qua công tác xét xử tại trụ sở, lựa chọn các vụ án thích hợp có tính giáo dục cao để tổ chức xét xử lưu động nhằm phổ biến, giáo dục pháp luật cho người tham dự phiên tòa và nhân dân. Sau đó, Nghị quyết số 37/2012 của Quốc hội về công tác phòng, chống vi phạm pháp luật và tội phạm, công tác của Viện kiểm sát nhân dân, của Tòa án nhân dân và công tác thi hành án năm 2013 mới quy định: “Tòa án nhân dân tối cao chỉ đạo các Tòa án tiếp tục đẩy mạnh việc tranh tụng tại phiên tòa... Nâng tỷ lệ hòa giải thành các vụ việc dân sự và tăng số vụ án hình sự xét xử lưu động; không để xảy ra trường hợp kết án oan người không phạm tội”.

Với yêu cầu bảo vệ, bảo đảm quyền con người, đề cao việc tôn trọng phẩm giá và danh dự con người cùng với đó là yêu cầu cơ quan Tòa án – cơ quan bảo vệ công lý là chỉ được làm những gì pháp luật cho phép đã có nhiều ý kiến đề nghị chấm dứt việc đưa vụ án ra xét xử lưu động. Nhiều ý kiến cho rằng, trước đây, do điều kiện còn khó khăn nên đề tuyên truyền pháp luật, chúng ta phải đến tận nơi để xét xử, nhưng với trình độ công nghệ thông tin hiện nay, không nhất thiết phải đến tận nơi mới tiếp cận được thông tin phiên tòa. Việc đưa phiên tòa lưu động đến các nơi xảy ra vụ án thì cũng có lợi về mặt tuyên truyền nhưng cũng có những bất lợi khác. Chẳng hạn như tính nghiêm minh của phiên tòa khi xét xử ngoài phòng xử án; quyền con người theo quy định của Hiến pháp, bị cáo đưa ra tòa chưa chắc đã có tội sẽ ảnh hưởng đến quyền con người, quyền của những người thân thích, cha mẹ, con cái... Không nên tiếp tục xét xử lưu động vụ án hình sự bởi những hệ lụy mà nó mang lại nhiều hơn là ý nghĩa về mặt tuyên truyền, giáo dục pháp luật. Thực tế, chúng ta nên phát huy những phương pháp khác để tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật chứ không nên sử dụng hoạt động xét xử để thực hiện mục đích tuyên truyền ngay tại phiên tòa, làm như vậy dễ vi

phạm những nguyên tắc cơ bản trong tố tụng hình sự, trong đó có nguyên tắc suy đoán vô tội, nguyên tắc công bằng, bình đẳng... Tuy nhiên, theo chúng tôi thì việc bỏ hay vẫn tiếp tục xét xử lưu động cần phải được khảo sát, đánh giá, tổng kết, rút kinh nghiệm... để xem xét về sự cần thiết của việc duy trì hình thức xét xử này. Trên cơ sở đó đề xuất quy định cụ thể vấn đề này trong các đạo luật về tố tụng tư pháp do Quốc hội ban hành. Hiện nay, pháp luật tố tụng hình sự không có quy định về xét xử lưu động, việc xét xử luôn phải bảo đảm công bằng, khách quan, toàn diện, triệt để và đầy đủ. Do vậy, dù xét xử lưu động hay xét xử tại trụ sở Tòa án về nguyên tắc là giống nhau và không có sự phân biệt.

Thực tế cho thấy, phần lớn các phiên tòa xử tại trụ sở Tòa án thường vắng người, ngoài những người tham gia tố tụng được Tòa án triệu tập chỉ có thêm một vài người nhà bị cáo, thậm chí có những phiên tòa chỉ có một mình bị cáo. Trái lại, hầu hết những phiên tòa xử lưu động lại đông người thu hút lượng lớn người dân tham gia, nhiều nơi phải xử ở ngoài trời để mọi người đều được theo dõi phiên tòa. Do đó, không ai có thể phủ nhận tính hiệu quả của hình thức phổ biến, giáo dục pháp luật thông qua các phiên tòa xét xử lưu động. Điển hình cho việc xét xử lưu động trong thời gian gần đây là Tòa án nhân dân tỉnh Yên Bái đã đưa vụ án giết người xảy ra tại thôn 16, xã Lâm Giang, huyện Văn Yên, tỉnh Yên Bái khiến 4 người trong một gia đình thiệt mạng ra xét xử lưu động tại Trung tâm Văn hóa - Thông tin huyện Văn Yên, tỉnh Yên Bái. Bị cáo trong vụ thảm sát này là Đặng Văn Hùng. Phiên tòa lưu động đã thu hút sự tham gia của khoảng 2000 người.

Xét xử lưu động thể hiện tính công khai, minh bạch, dân chủ của hoạt động tư pháp nói chung, hoạt động xét xử của Tòa án nói riêng. Xét xử lưu động có những ưu điểm như: **Thứ nhất**, tạo điều kiện cho nhiều người dân đến tham dự, theo dõi việc xét xử, nên công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật đạt hiệu quả, nâng cao hiểu biết pháp luật cho người dân, đưa công lý tiếp cận gần dân hơn. So với các phương pháp



tuyên truyền, phổ biến pháp luật khác, phương pháp này có nhiều ưu điểm vượt trội, là hình thức tuyên truyền pháp luật trực tiếp, dễ hiểu, gần gũi với người dân, nhất là ở vùng sâu, vùng xa, nơi mà công nghệ thông tin chưa phổ biến, người dân ít có điều kiện tiếp cận, tìm hiểu pháp luật. **Thứ hai**, tham gia phiên tòa, lắng nghe những phân tích, đánh giá của kiểm sát viên, Hội đồng xét xử và người bào chữa về vụ án, giúp cho người dân thấy rõ về hành vi phạm tội, phương thức, thủ đoạn phạm tội, qua đó nâng cao tinh thần cảnh giác, có biện pháp phòng ngừa và góp phần đấu tranh chống tội phạm. Đồng thời, có tác dụng cảnh báo, răn đe, giáo dục, phòng ngừa tội phạm do người dân được trang bị những kiến thức pháp luật nhất định để điều chỉnh hành vi của mình, tránh xa những hành vi vi phạm pháp luật. Dưới góc độ răn đe tội phạm thì hoạt động xét xử lưu động vẫn là công cụ phát huy hiệu quả cao, phiên tòa lưu động là cơ hội để trực tiếp chuyển tải các quy định của pháp luật đến với người dân; ngoài tác dụng phổ biến pháp luật còn có tác dụng cảnh báo, giáo dục chung đối với mọi người.

Bên cạnh những ưu điểm, xét xử lưu động cũng có những mặt hạn chế nhất định như: **Thứ nhất**, tác động tiêu cực tới tâm lý của người phạm tội và gia đình họ. Người bị đưa ra xét xử lưu động chịu sức ép rất lớn trước dư luận ngay khi xuất hiện tại phiên tòa mặc dù theo quy định một người không thể bị coi là có tội trước khi có phán quyết của Tòa án. Ví dụ: Bị cáo phạm tội lần đầu, do lỗi vô ý được đưa ra xét xử lưu động trước họ hàng, làng xóm thường có tâm lý hoang mang, lo lắng, xấu hổ, dễ dẫn đến hành xử tiêu cực. Với dấu ấn tâm lý để lại và dư luận xã hội tác động không tốt tới việc giáo dục, cải tạo người phạm tội, gây ra những khó khăn, trở ngại nhất định cho người phạm tội trong việc tái hòa nhập cộng đồng, trở thành người có ích cho xã hội. Cùng với đó, gia đình, dòng họ của bị cáo phải chịu tác động, ảnh hưởng từ sự lên án, xa lánh của cộng đồng, xã hội. Đồng thời, gợi nhớ lại nỗi đau, sự mặc cảm, tổn thương tinh thần của người bị hại và gia đình họ, làm tăng thêm mâu thuẫn giữa bị cáo với người bị hại và gia đình họ. **Thứ hai**, gây tổn

kém nhiều chi phí, nhân lực, vật lực; công tác bảo vệ và giữ gìn trật tự phiên tòa gặp nhiều áp lực, khó khăn, tiềm ẩn nhiều nguy cơ về an ninh trật tự khó lường, nhất là những phiên tòa có nhiều người theo dõi. **Thứ ba**, xét xử lưu động trong nhiều trường hợp không bảo đảm nguyên tắc của hoạt động tư pháp, suy đoán vô tội, công bằng, bình đẳng, tôn trọng, bảo vệ quyền con người của người bị buộc tội cũng như tính trang nghiêm của phiên tòa. Bị cáo được đưa ra xét xử lưu động vẫn được coi là không có tội cho đến khi có bản án kết tội đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án, họ cần được xét xử công bằng, bình đẳng, trong những điều kiện như các bị cáo khác được đưa ra xét xử tại trụ sở Tòa án. **Thứ tư**, dưới sức ép của dư luận, của số đông người tham dự có thể tạo áp lực cho Hội đồng xét xử, kiểm sát viên, người bào chữa, làm ảnh hưởng đến việc khách quan trong quá trình xét xử, nhiều trường hợp quá thiên về mục đích trừng trị, răn đe nên mức hình phạt tuyên đối với bị cáo thường nặng hơn so với xét xử tại trụ sở Tòa án. **Thứ năm**, ở các phiên tòa xét xử lưu động các vụ án giết người, hiếp dâm, xâm phạm tình dục với các tình tiết quá cụ thể, rõ ràng, gây ra sự hoang mang, bức xúc trong dư luận, ảnh hưởng đến người tham dự, đặc biệt tới sự phát triển nhân cách của trẻ em, có trường hợp “bắt chước” hành vi phạm tội, dễ dẫn đến tội phạm được “nhân bản”.

Thực tiễn cho thấy, việc tổ chức phiên tòa lưu động vẫn có những giá trị, hiệu quả tác động đối với xã hội. Hàng năm, các Tòa án đều thực hiện các phiên tòa lưu động mặc dù số lượng không phải nhiều. Đặc biệt khi dịch Covid-19 xảy ra, phiên tòa lưu động xét xử 11 đối tượng đưa người xuất, nhập cảnh trái phép của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ninh tại nhà văn hoá xã Hoàn Mô, huyện Bình Liêu đã giúp cho người dân vùng biên giới hiểu rõ hơn về quy định của pháp luật cũng như ngăn ngừa các hành vi vi phạm tương tự diễn ra trong tương lai. Tuy nhiên, trong giai đoạn trước mắt, để bảo đảm áp dụng thống nhất, chặt chẽ, phát huy những ưu điểm, giảm thiểu những hạn chế khi đưa vụ án ra xét xử lưu

động thì Tòa án nhân dân tối cao cần có hướng dẫn thống nhất về căn cứ, tiêu chí để lựa chọn, xác định vụ án đưa ra xét xử lưu động. Cụ thể:

Thứ nhất, xác định loại án, loại tội và đối tượng phạm tội được đưa ra xét xử lưu động để bảo đảm đạt được yêu cầu, mục đích đề ra.

Mỗi loại vụ án đều có yêu cầu, mục đích của việc xét xử, xét xử lưu động chủ yếu nhằm tuyên truyền, phổ biến, giáo dục pháp luật. Tuy nhiên, không phải tất cả các vụ án hình sự đều có thể xét xử lưu động được như: một số vụ án về các tội xâm phạm an ninh quốc gia vì lý do bí mật quốc gia cần thiết phải xét xử kín như các tội hoạt động nhằm lật đổ chính quyền nhân dân; tội gián điệp...; một số tội phạm khi đưa ra xét xử lưu động có thể ảnh hưởng không tốt đến thuần phong mỹ tục hoặc gây mặc cảm, tác động, ảnh hưởng xấu đến sự phát triển nhân cách của người bị hại, người làm chứng như các tội phạm về tình dục: hiếp dâm; hiếp dâm trẻ em; tội cưỡng dâm; tội cưỡng dâm trẻ em; tội giao cấu với trẻ em; tội dâm ô với trẻ em...

Mục đích của hình phạt là trừng trị và cải tạo, giáo dục người phạm tội. Trong xã hội tiến bộ ngày nay, việc xử lý hình sự, áp dụng hình phạt chủ yếu nhằm mục đích cải tạo, giáo dục người phạm tội trở thành người có ích cho xã hội và tạo điều kiện để họ tái hòa nhập cộng đồng. Do vậy phải cân nhắc rất kỹ về nhân thân của bị cáo, chỉ nên đưa ra xét xử lưu động đối với người phạm tội có ý thức và bản tính coi thường pháp luật, phạm tội nhiều lần, có tính chuyên nghiệp, tái phạm. Không đưa ra xét xử lưu động đối với bị cáo phạm tội do vô ý, do lầm lỡ, bồng bột, bởi trong trường hợp này có thể gây thêm sự ác cảm từ cộng đồng, xã hội và sự mặc cảm từ bản thân bị cáo, đó là rào cản trong việc tái hòa nhập cộng đồng.

Thứ hai, việc đưa vụ án ra xét xử lưu động phải đáp ứng được yêu cầu phục vụ nhiệm vụ chính trị tại địa phương.

Khi xác định các vụ án được đưa ra xét xử lưu động, Tòa án phải căn cứ vào nhiệm vụ chính trị chung của cả nước và yêu cầu phục vụ nhiệm vụ chính trị của từng địa phương. Các nhiệm vụ

này được nêu trong các Nghị quyết của Đảng và Nhà nước cũng như của địa phương như Chỉ thị về việc tăng cường sự lãnh đạo của Đảng đối với công tác phòng, chống tội phạm trong tình hình mới; các Nghị quyết của Chính phủ về đấu tranh phòng chống buôn bán phụ nữ và trẻ em, các chương trình phòng chống mua bán người, phòng chống mại dâm, phòng chống ma túy của Chính phủ... Các văn bản này chỉ rõ công tác tuyên truyền phổ biến pháp luật hình sự là nhiệm vụ chung của toàn Đảng và Nhà nước, là trách nhiệm của các cấp, ban ngành đặc biệt là các cơ quan tư pháp. Xét xử lưu động thường tại những điểm nóng về tình hình trật tự trị an, địa bàn xảy ra tội phạm, nhờ đó tuyên truyền phổ biến pháp luật, góp phần răn đe, ngăn ngừa tội phạm. Do vậy, các cơ quan tư pháp lựa chọn vụ án mà hành vi của bị cáo đã cản trở việc thực hiện chính sách của Đảng và Nhà nước, gây ảnh hưởng xấu trong quần chúng nhân dân, dư luận xã hội đòi hỏi phải đưa ra xét xử kịp thời, nghiêm minh nhằm đáp ứng yêu cầu chính trị, ngăn chặn tội phạm phát triển, góp phần giải quyết một tình trạng tiêu cực nhất định trong xã hội.

Thứ ba, việc lựa chọn vụ án để đưa ra xét xử lưu động phải đáp ứng được tiêu chí xét xử công bằng, hiệu quả,

Việc tổ chức phiên tòa xét xử lưu động thường rất khó khăn, tốn kém, do vậy phải lựa chọn những vụ án có các chứng cứ, tình tiết đầy đủ, rõ ràng, có cơ sở vững chắc để buộc tội, kết tội đối với bị cáo. Hiệu quả xét xử lưu động không đạt được nếu đưa ra xét xử vụ án mà chứng cứ, tội danh còn nhiều vấn đề phải kiểm tra, tranh tụng làm rõ tại phiên tòa, có khả năng kéo dài thời gian xét xử hoặc trả hồ sơ để điều tra bổ sung. Để bảo đảm công bằng, hiệu quả thì những thẩm phán, hội thẩm nhân dân và kiểm sát viên được lựa chọn xét xử lưu động phải là người có kinh nghiệm, có bản lĩnh nghề nghiệp vững vàng, có sự phối hợp chặt chẽ với nhau cũng như phối hợp tốt với chính quyền địa phương nơi tổ chức phiên tòa lưu động để tổ chức phiên tòa xét xử lưu động công bằng, hợp lý, hiệu quả.



Thứ tư, phải căn cứ vào khả năng thực tế và sự thống nhất của liên ngành tư pháp ở địa phương để lựa chọn vụ án đưa ra xét xử lưu động cho phù hợp.

Căn cứ vào khả năng thực tế và sự thống nhất của liên ngành tư pháp ở địa phương (Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát, Tòa án) trong việc lựa chọn, xác định và quyết định tổ chức xét xử lưu động cho phù hợp, phân công cụ thể trách nhiệm của từng cơ quan để đạt được mục đích của việc xét xử. Việc tổ chức phiên tòa lưu động tại địa bàn xảy ra tội phạm có tác dụng tích cực trong công tác tuyên truyền, phổ biến pháp luật vì nó thu hút được đông đảo người dân tham gia phiên tòa hơn. Đặc biệt nếu vụ án càng được sớm đưa ra xét xử thì hiệu quả công tác này càng cao hơn vì tính thời sự của vụ việc. Khi thống nhất lựa chọn là án trọng điểm đưa ra xét xử lưu động, lãnh đạo ba ngành Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát và Tòa án có trách nhiệm thống nhất chỉ đạo, ưu tiên sử dụng lực lượng để điều tra, truy tố, xét xử kịp thời, khẩn trương, thận trọng, bảo đảm xử lý vụ án nghiêm minh, chính xác, đúng pháp luật nhằm phục vụ nhiệm vụ chính trị địa phương và cả nước...

Thứ năm, các vụ án được đưa ra xét xử lưu động phải là các vụ án trọng điểm, có tính điển hình và được dư luận xã hội quan tâm.

Vụ án trọng điểm không nhất thiết phải là vụ án về tội phạm nghiêm trọng, rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng nhưng nhất thiết phải là vụ án mà việc giải quyết nó có tầm quan trọng nhất định. Các vụ án được đưa ra xét xử lưu động phải là các vụ án có tính chất điển hình về tội danh, về hành vi phạm tội. Các tội phạm được đưa ra xét xử lưu động thường là các tội xâm phạm trật tự trị an xã hội, tội phạm về ma túy, các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm; các tội xâm phạm sở hữu... Trong đó hành vi phạm tội của bị cáo có tính nguy hiểm cao, thậm chí là rất dã man, tàn độc, phi nhân tính, gây bức xúc trong nhân dân, được dư luận xã hội quan tâm như: Lê Văn Luyện đã ra tay sát hại cả gia đình tiệm vàng Ngọc Bích tại

Bắc Giang, trong đó có 01 cháu bé 8 tháng tuổi; Nguyễn Hải Dương giết tất cả 5 người trong gia đình của người yêu ở Bình Phước. Hay những vụ án mà tội phạm đã sử dụng thủ đoạn phạm tội mới, tinh vi và xảo quyệt hơn trước, ví dụ: hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản bằng thủ đoạn gọi điện vào điện thoại của nạn nhân để dẫn dụ, khai thác thông tin liên quan đến tài khoản, hù dọa làm cho nạn nhân hoang mang, lo sợ, sau đó chuyển tiền vào tài khoản định sẵn theo yêu cầu của người phạm tội. Hoặc thủ đoạn mua chuộc, lôi kéo sinh viên, phụ nữ vận chuyển ma túy cho đối tượng phạm tội ma túy trên tuyến hàng không từ Việt Nam đi nước ngoài hoặc từ nước ngoài về Việt Nam...

Thứ sáu, không đưa ra xét xử lưu động đối với bị cáo, người bị hại là đối tượng yếu thế trong xã hội.

Các chủ thể yếu thế trong xã hội có thể là người dưới 18 tuổi, người có nhược điểm về thể chất hoặc tâm thần. Do người chưa thành niên phạm tội có đặc điểm tâm lý đang phát triển, nhân cách chưa được định hình, nhận thức chưa đầy đủ nên các em là những người cần được quan tâm, bảo vệ đặc biệt. Do vậy không đưa ra xét xử lưu động, công khai trước nhiều người đối với người yếu thế trong xã hội, nhất là người chưa thành niên vì các em là những người dễ bị tổn thương, các em cần được đối xử một cách công bằng, được hướng dẫn để chịu trách nhiệm đối với hành vi phạm tội của mình và được tạo cơ hội tránh mắc phải những sai phạm như vậy trong tương lai để trở thành những người có ích cho xã hội. Trong những vụ án có người bị hại bị xâm phạm tình dục, có thể ảnh hưởng xấu đến thuần phong, mỹ tục thì thậm chí không được xét công khai tại trụ sở Tòa án mà phải được xét xử kín để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ.

Trên đây là một số ý kiến, kiến nghị của chúng tôi về xét xử lưu động các vụ án hình sự nhằm nâng cao chất lượng các phiên tòa lưu động, giúp việc phổ biến tuyên truyền pháp luật hiệu quả hơn./.

NÂNG CAO HIỆU QUẢ PHÒNG, CHỐNG TỘI PHẠM VI PHẠM CÁC QUY ĐỊNH VỀ QUẢN LÝ ĐẤT ĐAI

Phạm Thị Hồng Nhung¹

Tóm tắt: Trong thời gian gần đây, tình hình tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai có diễn biến ngày càng phức tạp, tuy nhiên kết quả phát hiện điều tra tội phạm này còn nhiều hạn chế. Trong bài viết này, tác giả khái quát về tình hình tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai; chỉ ra một số nguyên nhân gây “ẩn” của tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai, từ đó đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả phòng, chống loại tội phạm này trong thời gian tới.

Từ khóa: Vi phạm các quy định về quản lý đất đai, tỷ lệ ẩn, tội phạm.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: In recent years, situation of the crime of violating regulations on land management is increasingly complicated, but the results of finding, inspecting this crime are limited. In the article, the author briefly mentions situation of the crime violating regulations on land management and points out some reasons causing “unrevealed” of this crime. Then, the author proposes some solutions to enhance efficiency of preventing this crime in the near future.

Keywords: Violating regulations on land management, “unrevealed” rate, crime.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Khái quát chung về tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai

Đất đai là tài nguyên của quốc gia, vừa là tư liệu sản xuất đặc biệt, vừa là môi trường sống, địa bàn phân bố dân cư. Vì vậy yêu cầu đặt ra là cần làm tốt công tác quản lý nhà nước về đất đai. Cho đến nay, các quy định của pháp luật liên quan đến quản lý đất đai ngày càng chặt chẽ; đồng thời, các hành vi xâm phạm đến các quy định về quản lý đất đai của Nhà nước đều bị nghiêm cấm và có thể bị xử lý hình sự theo quy định tại Bộ luật hình sự. Ngay từ lần pháp điển hóa Bộ luật hình sự đầu tiên của nước Cộng hòa Xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 1985, hành vi vi phạm các quy định về quản lý đất đai đã được quy định tại Điều 180 (thuộc Chương XIII – Các tội phạm về kinh tế):

“1. Người nào mua bán lấn chiếm đất hoặc có hành vi khác vi phạm các quy định của Nhà nước về quản lý và bảo vệ đất đai gây hậu quả nghiêm trọng hoặc đã bị xử lý hành chính mà còn vi phạm, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến một năm hoặc bị phạt tù từ ba tháng đến ba năm.

2. Phạm tội trong trường hợp đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ hai năm đến bảy năm”².

Tuy nhiên trong quá trình áp dụng pháp luật và nhận thức dưới góc độ khoa học pháp lý cho thấy việc xây dựng tên gọi của điều luật là “Tội vi phạm các quy định về quản lý và bảo vệ đất đai”, cũng như việc mô tả các khách thể được ghi trong điều luật còn chung chung, chưa cụ thể, dẫn đến việc áp dụng pháp luật còn gặp nhiều khó khăn. Ngoài ra, điều luật trên không có sự phân biệt giữa hành vi vi phạm các quy định về quản lý đất đai với vi phạm các quy định về sử dụng đất đai, trong khi chủ thể của hai loại hành vi trên khác nhau, có chính sách, đường lối xử lý khác nhau. Nếu như hành vi vi phạm các quy định về quản lý đất đai do các chủ thể đặc biệt thực hiện (người có chức vụ, quyền hạn) thì hành vi vi phạm các quy định về sử dụng đất đai là chủ thể thường. Do đó, đối với hành vi vi phạm các quy định về quản lý đất đai, hình phạt như trên không đủ tính răn đe, tạo kẽ hở cho một số cán bộ tha hóa, biến chất về đạo đức nghề nghiệp trong các cơ quan chức năng lợi dụng để bao che, làm trái, dẫn đến việc xử lý không nghiêm, không đủ sức phòng ngừa tội phạm.

Nhằm khắc phục những bất cập đó, trong Bộ luật hình sự (BLHS) năm 1999, các nhà làm luật

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Khoa Cảnh sát kinh tế, Học viện Cảnh sát nhân dân.

² Điều 180, Bộ luật hình sự năm 1985.



đã sửa lại tên và tách phạm vi điều chỉnh các quan hệ xã hội tại Điều 180 BLHS năm 1985 thành hai nhóm được quy định tại hai điều luật riêng biệt với tên gọi khác nhau: tội vi phạm các quy định về sử dụng đất đai (Điều 173 BLHS năm 1999) và tội vi phạm các quy định về quản lý đất đai (Điều 174 BLHS năm 1999). Trong đó, đối với tội vi phạm các quy định về quản lý đất đai, mặt khách quan đã được cụ thể hóa, là hành vi lợi dụng hoặc lạm dụng chức vụ, quyền hạn trong giao đất, thu hồi, cho thuê, cho phép chuyển quyền sử dụng, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất trái quy định của pháp luật. Cho đến BLHS năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017, tội vi phạm các quy định về quản lý đất đai được quy định tại Điều 229 được xây dựng và kế thừa trên cơ sở Điều 174 BLHS năm 1999, đã cụ thể hóa tình tiết có tính định tính “đất có diện tích lớn hoặc có giá trị lớn” và “gây hậu quả nghiêm trọng” theo hai hướng: thứ nhất, gắn với từng loại đất là các mức diện tích đất bị xâm phạm tương ứng và thứ hai, gắn với từng loại đất là các mức giá trị quyền sử dụng đất tương ứng. Đồng thời, bổ sung thêm hậu quả của hành vi phạm tội là “gây ảnh hưởng xấu đến an ninh, trật tự, an toàn xã hội”.

Như vậy, trên cơ sở nghiên cứu về quy định của pháp luật hình sự về tội vi phạm các quy định về quản lý đất đai có thể hiểu: *“Tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai là hành vi nguy hiểm cho xã hội, được quy định trong BLHS, do người có năng lực trách nhiệm hình sự thực hiện một cách cố ý xâm phạm vào trật tự quản lý kinh tế của Nhà nước trong quản lý đất đai và phải bị xử lý hình sự”*.

2. Thực trạng phát hiện, điều tra tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai

Trong những năm qua, tình hình tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai có diễn biến ngày càng phức tạp với những thủ đoạn hết sức tinh vi. Theo báo cáo công tác năm của Cục Cảnh sát kinh tế, Bộ Công an, trong giai đoạn năm 2016 đến năm 2020, lực lượng Cảnh sát kinh tế đã khởi tố 54 vụ án/247 bị can phạm tội vi phạm các quy định về quản lý đất đai³. Điển hình như: Trong vụ án Phan Văn Anh Vũ đã khởi tố 21 bị can với tội danh “Vi phạm các quy định về quản lý đất đai”, trong đó có 03 cán bộ, lãnh

đạo nguyên là Chủ tịch và Phó Chủ tịch UBND, thành phố Đà Nẵng qua các thời kỳ. Theo đó, tại 6/7 dự án bất động sản, bị can Phan Văn Anh Vũ đã được Trần Văn Minh và Văn Hữu Chiến chỉ đạo các bị can là cán bộ cấp dưới tham mưu, đề xuất thực hiện các hành vi trái pháp luật trong việc hoàn thiện các thủ tục pháp lý, nhanh chóng hoàn thành hồ sơ để giúp Phan Văn Anh Vũ được nhận quyền sử dụng đất các dự án này không qua đấu giá quyền sử dụng đất, áp đơn giá giao quyền sử dụng đất không sát với giá thị trường tại thời điểm đó. Một ví dụ khác có thể kể đến là Vụ án “Vi phạm các quy định về quản lý đất đai xảy ra tại Phan Thiết, tỉnh Bình Thuận, khởi tố 8 đối tượng nguyên là Phó Chủ tịch UBND thành phố Phan Thiết, Trưởng/Phó phòng tài nguyên và môi trường thành phố,... Các đối tượng trên đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn được giao cố ý thăm định, tham mưu, ký quyết định cho phép chuyển đổi mục đích sử dụng đất trái quy định tổng cộng 132 thửa, tương đương 170.987 m², tổng giá trị khoảng 13 tỷ đồng...

Tuy nhiên trên thực tế, số lượng vụ án vi phạm các quy định về quản lý đất đai được các lực lượng chức năng phát hiện, xử lý so với số lượng trên thực tế diễn ra còn chưa tương xứng, tỷ lệ “ẩn” cao. Điều này khiến cho việc nghiên cứu, đánh giá, phân tích các số liệu cũng như dự báo tình hình tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai bị sai lệch, gây ra khó khăn nhất định trong việc tiến hành các hoạt động phòng ngừa, phát hiện, điều tra tội phạm này. Đồng thời, một số trường hợp vi phạm các quy định về quản lý đất đai có dấu hiệu phạm tội nhưng chưa bị xử lý hình sự sẽ khiến quần chúng nhân dân bức xúc, giảm uy tín của các cơ quan bảo vệ pháp luật.

Nghiên cứu về tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai, có thể thấy một số nguyên nhân “ẩn” của tội phạm này như sau:

Thứ nhất, xuất phát từ đặc điểm về đối tượng phạm tội vi phạm các quy định về quản lý đất đai.

Tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai thường liên quan đến một số cán bộ nắm giữ vị trí lãnh đạo của các Bộ/Sở/Phòng Tài nguyên và môi trường, Bộ/Sở/Phòng Kế hoạch và đầu tư, Bộ/Sở xây dựng, Tỉnh ủy, UBND tỉnh/huyện/thành phố, thậm chí có những người là Ủy viên thường vụ Tỉnh ủy/Thành ủy... Các đối tượng này là người

³ Tổng hợp từ Báo cáo tổng kết của Cục Cảnh sát kinh tế năm 2016, 2017, 2018, 2019, 2020.

có chức vụ, quyền hạn trong quản lý đất đai, có trình độ chuyên môn cao, không chỉ am hiểu nghiệp vụ mà còn có kiến thức về pháp luật, nên thủ đoạn đối phó, che giấu hành vi phạm tội hết sức tinh vi, khó phát hiện. Đây là một nguyên nhân làm gia tăng độ ẩn của tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai.

Thứ hai, quy định tại BLHS năm 2015 về tội vi phạm các quy định về quản lý đất đai còn một số điểm hạn chế, vướng mắc.

Mặc dù tại BLHS năm 2015 đã cụ thể hóa dấu hiệu “diện tích đất lớn”, “gây hậu quả nghiêm trọng”, nhưng định lượng đặc điểm về diện tích đất bị xâm hại khá lớn (đối với đất trồng lúa là trên 5.000 m², đất rừng đặc dụng, rừng phòng hộ, rừng sản xuất trên 10.000 m²; đất phi nông nghiệp trên 10.000 m²...) nên xảy ra tình trạng bỏ lọt tội phạm, đặc biệt ở vùng nông thôn khi các vi phạm xảy ra ở mức độ vừa và nhỏ, làm gia tăng tỷ lệ tội phạm ẩn. Bên cạnh đó, hiện nay, kỹ thuật lập pháp của Điều 229 BLHS năm 2015 có thể dẫn đến tình trạng trên. Chẳng hạn như: quy định tại điểm a, Khoản 1, Điều 229 BLHS năm 2015 về định lượng diện tích đất bị xâm hại như sau: “...*Đất trồng lúa có diện tích từ 5.000 m² đến dưới 30.000 m²; đất rừng đặc dụng, rừng phòng hộ, rừng sản xuất, có diện tích từ 10.000 m² đến dưới 50.000 m²; đất nông nghiệp khác và đất phi nông nghiệp có diện tích từ 10.000 m² đến dưới 40.000 m²*”⁴, do vậy trường hợp đối tượng Nguyễn Văn A là Chủ tịch UBND xã B có hành vi lợi dụng chức vụ, quyền hạn giao 3.000 m² đất trồng lúa và giao 7.000 m² đất nông nghiệp khác sẽ không bị xử lý hình sự, bởi xét riêng từng loại đất thì mỗi hành vi giao đất trái pháp luật chưa đủ định lượng theo quy định, mặc dù tổng diện tích đất giao trái phép là 10.000 m², con số thiệt hại không hề nhỏ. Hạn chế tương tự cũng nhận thấy rõ tại quy định của điểm b, Khoản 2 và điểm a, Khoản 3 Điều này.

Thứ ba, các quy định về công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình trong quản lý đất đai chưa được thực hiện có hiệu quả.

Hiện nay, từ Hiến pháp cho đến Luật đất đai và hệ thống các nghị định hướng dẫn thi hành Luật đất đai đã có rất nhiều quy định về công

khai, minh bạch, và trách nhiệm giải trình trách nhiệm trong quản lý đất đai. Ví dụ như, tại Điều 48 Luật đất đai năm 2013 nêu rõ: “*Quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp quốc gia, cấp tỉnh, cấp huyện sau khi được cơ quan nhà nước có thẩm quyền quyết định, phê duyệt phải được công bố công khai. Trách nhiệm công bố công khai quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất được quy định như sau: UBND cấp tỉnh có trách nhiệm công khai quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp tỉnh tại trụ sở cơ quan và trên cổng thông tin điện tử của UBND cấp tỉnh; UBND cấp huyện có trách nhiệm công bố công khai quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện tại trụ sở cơ quan, trên cổng thông tin điện tử của UBND cấp huyện và công bố công khai nội dung quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện có liên quan đến xã, phường, thị trấn tại trụ sở UBND cấp xã...*”⁵. Tuy nhiên, những địa điểm như trụ sở cơ quan UBND cấp huyện, phường, xã, thị trấn hay trên cổng thông tin điện tử của UBND cấp huyện rất khó tiếp cận với đại đa số người dân. Trong khi đó, Luật đất đai năm 2013 và các văn bản dưới luật cũng không có điều khoản nào quy định hay hướng dẫn mang tính bắt buộc UBND các cấp có thẩm quyền công khai quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Hay nói cách khác, pháp luật không có quy định về chế tài xử lý trong trường hợp UBND các cấp có thẩm quyền không thực hiện theo Điều 48 Luật đất đai năm 2013. Trên thực tế, mức độ công khai, minh bạch của cơ quan quản lý nhà nước về đất đai hiện nay rất thấp và nhiều hạn chế, dẫn đến đa phần người dân không được thông tin về quá trình quản lý đất đai, quy hoạch sử dụng đất của cơ quan nhà nước. Trong khi, đây là những nguồn thông tin quan trọng để người dân có thể nhận định, phát hiện hành vi vi phạm quy định về quản lý đất đai của cán bộ, lãnh đạo có chức vụ, quyền hạn. Do đó, cơ chế theo dõi, giám sát của nhân dân đối với quản lý đất đai không phát huy được tác dụng trong tố giác tội phạm. Ngoài ra, đối với các cơ quan quản lý nhà nước về đất đai, vì sợ ảnh hưởng đến uy tín nên thường tìm cách bao che cho các vi phạm của cán bộ, xử lý nội bộ, chỉ khi có đơn thư, khiếu kiện kéo dài hoặc gây ra hậu quả nghiêm

⁴ Điểm a, Khoản 1, Điều 229 Bộ luật hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017.

⁵ Điều 48 Luật đất đai năm 2013.



trọng chuyển sang Cơ quan công an điều tra, xử lý, dẫn đến việc gia tăng tội phạm ẩn đối với tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai.

Thứ tư, việc tổ chức tiếp nhận tố giác, tin báo tội phạm chưa đạt hiệu quả cao.

Tỷ lệ “ẩn” của tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai còn có nguyên nhân một phần từ việc tổ chức tiếp nhận tố giác, tin báo về tội phạm chưa hợp lý. Hiện nay, số lượng tin báo, tố giác tội phạm mà Cơ quan điều tra tiếp nhận không hề nhỏ, trải dài trên nhiều lĩnh vực, nhưng số lượng cán bộ được phân công làm nhiệm vụ tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm chưa đáp ứng đủ, thậm chí trình độ nghiệp vụ chưa cao. Điều này tạo ra áp lực rất lớn trong việc tiếp nhận, giải quyết tố giác, tin báo về tội phạm nói chung, tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai nói riêng, xảy ra tình trạng cán bộ tiếp nhận tin báo về tội phạm một cách hình thức, không khai thác triệt để tin báo, tố giác gây khó khăn trong công tác điều tra sau này, thậm chí không còn địa chỉ liên hệ của người báo tin.

Thứ năm, hoạt động phòng ngừa và điều tra của cơ quan chức năng còn hạn chế, thiếu sót.

Đây là một trong những nguyên nhân cơ bản dẫn đến tỷ lệ “ẩn” cao đối với tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai, cụ thể là: công tác tổ chức nguồn tin chưa được quan tâm đúng mức, phần lớn nguồn tin của các vụ án vi phạm các quy định về quản lý đất đai đến từ kiến nghị khởi tố của cơ quan thanh tra, cơ quan quản lý; tiến độ điều tra còn chậm làm giảm tính răn đe của pháp luật đối với tội phạm này; công tác nắm tình hình địa bàn, các khu dân cư, dự án, khu công nghiệp còn mang tính hình thức, thiếu chủ động, chưa trở thành nguồn tin về tội phạm chủ yếu... Các hạn chế, thiếu sót trên xuất phát từ một số lý do có thể kể đến như: lĩnh vực quản lý đất đai được điều chỉnh bởi nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau, còn chồng chéo, chưa thống nhất nên gây khó khăn trong việc xử lý hành vi phạm tội; mối quan hệ phối hợp trao đổi thông tin, số liệu giữa cơ quan điều tra với cơ quan quản lý nhà nước về đất đai còn hạn chế, vì các cơ quan này vừa là đối tượng cung cấp thông tin, vừa là đối tượng đấu tranh; lực lượng chuyên trách trong phòng, chống tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai còn chưa đáp ứng được yêu cầu về số lượng, chất lượng cho hoạt

động phòng, chống loại tội phạm này,...

3. Giải pháp nâng cao hiệu quả phòng, chống tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai

Xuất phát từ việc phân tích thực trạng và nguyên nhân dẫn đến tỷ lệ ẩn cao của tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai trong những năm qua, tác giả đề xuất một số giải pháp góp phần nâng cao hiệu quả phòng, chống tội phạm này trong thời gian tới như sau:

Một là, Chính phủ, UBND cấp tỉnh, thành phố cần ban hành các văn bản đề tăng cường công tác quản lý nhà nước về đất đai, trong đó tập trung triển khai thành lập các đoàn công tác thực hiện rà soát, kiểm tra việc thu hồi đất, giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất tại các địa phương; xử lý nghiêm minh các cá nhân, tập thể vi phạm pháp luật về quản lý đất đai. Bên cạnh đó, Bộ Tài nguyên và Môi trường, Sở Tài nguyên và Môi trường các tỉnh, thành phố, cùng với cơ quan Thanh tra các cấp cần triển khai thanh tra, kiểm tra việc chấp hành quy định pháp luật về quản lý đất đai thường xuyên, liên tục nhằm kịp thời phát hiện các vi phạm pháp luật trong lĩnh vực đất đai.

Hai là, hoàn thiện quy định tại Điều 229 BLHS năm 2015 để tránh bỏ lọt tội phạm theo hướng: bổ sung thêm quy định tại Khoản 1, 2, 3 Điều này với nội dung quy định về tổng diện tích đất các loại đã bị xâm hại tương đương với diện tích đất từng loại đã được quy định; xây dựng, sửa đổi định lượng diện tích đất bị xâm hại theo hướng giảm. Ngoài ra, cần phân hóa định lượng đất đai, giá trị quyền sử dụng đất theo khu vực nông thôn, đô thị và theo loại đất sẽ chuyển đổi; tiếp tục cụ thể hóa, xây dựng quy định một số hậu quả khác liên quan đến hành vi trái pháp luật quy định tại Điều 229 BLHS năm 2015, chẳng hạn như hậu quả “làm thay đổi quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất”, “ảnh hưởng đến mục tiêu phát triển kinh tế xã hội, bảo vệ môi trường”...

Ba là, tăng cường minh bạch, công khai trong quản lý đất đai. Tiếp tục hoàn thiện các quy định về công khai, minh bạch trong quản lý, sử dụng đất đai ngay trong Luật đất đai năm 2013 và các văn bản pháp luật có liên quan theo hướng: Bắt buộc các cơ quan có thẩm quyền trong quản lý đất đai như UBND các cấp, Sở Tài nguyên và môi trường tỉnh/ thành phố,... phải công khai đầy

đủ và kịp thời các thông tin về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đai, về quản lý đất đai, không hạn chế về phạm vi, địa điểm, phương thức và hình thức công bố, người dân thực sự giám sát được việc quản lý và sử dụng đất đai, phát huy tối đa “tai mắt” của người dân trong việc phát hiện vi phạm hoặc tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai. Đồng thời, đưa ra các chế tài xử lý nghiêm khắc, phù hợp nếu các cơ quan có thẩm quyền không thực hiện nghiêm túc các quy định về công khai, minh bạch trong quản lý đất đai này để từng cán bộ, công chức ý thức sâu sắc bổn phận, trách nhiệm, quyền hạn của mình từ đó không dám và không muốn lạm quyền, sai phạm hoặc tiếp tay cho sai phạm trong quản lý đất đai.

Bốn là, nâng cao hiệu quả hoạt động tiếp nhận, giải quyết tin báo, tố giác tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai bằng cách tổ chức, sắp xếp lại lực lượng tiếp nhận, giải quyết tin báo, tố giác tội phạm; thực hiện theo đúng quy

trình, thủ tục, thời hạn; đồng thời nâng cao nhận thức của cán bộ về công tác này. Mục đích của hoạt động này là trở thành một nguồn tin quan trọng phục vụ cho phát hiện, điều tra tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai, góp phần giảm thiểu độ “ẩn” của tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai.

Năm là, nâng cao chất lượng tiến hành hoạt động phòng ngừa, điều tra tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai của cơ quan chức năng. Cụ thể: Tham mưu cho các cấp có thẩm quyền hoàn thiện các quy định pháp luật về quản lý đất đai; tăng cường mối quan hệ phối hợp giữa cơ quan điều tra với cơ quan quản lý nhà nước về đất đai trong trao đổi thông tin phục vụ công tác nắm tình hình địa bàn, lĩnh vực đất đai để kịp thời phát hiện tội phạm này; tăng cường bồi dưỡng nâng cao kiến thức, năng lực cho lực lượng cán bộ điều tra phục vụ công tác phòng, chống tội phạm vi phạm các quy định về quản lý đất đai.../.

XÓA ÁN TÍCH ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI PHẠM TỘI - MỘT SỐ BẤT CẬP VÀ HƯỚNG HOÀN THIỆN

(Tiếp theo trang 63)

thời hạn xóa án tích trong trường hợp đặc biệt (áp dụng đối với tất cả đối tượng bị kết án) thấp hơn thời hạn đương nhiên được xóa án tích đối với người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi. Mặc dù thấp hơn nhưng nếu áp dụng Điều 72 BLHS để xóa án tích trong trường hợp đặc biệt đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án sẽ không thể hiện rõ tính nhân đạo của pháp luật hình sự, cũng như chính sách hình sự đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Do vậy, theo quan điểm của tác giả bài viết: BLHS năm 2015 cần bổ sung thêm quy định về xóa án tích trong trường hợp đặc biệt với người dưới 18 tuổi phạm tội. Theo đó, Điều 107 có thể quy định thêm Khoản 3 với nội dung: “*Trong trường hợp người phạm tội là người từ đủ 16 đến dưới 18 tuổi có những biểu hiện tiến bộ rõ rệt và đã lập công, được cơ quan, tổ chức nơi người đó học tập, công tác hoặc chính quyền địa phương nơi người đó cư trú đề nghị, thì Tòa án quyết định việc xóa án tích nếu người đó đã*

bảo đảm được ít nhất một phần ba thời hạn quy định tại Khoản 2 Điều này”.

Trên đây là một số tồn tại, hạn chế trong quy định của BLHS năm 2015 về xóa án tích đối với người dưới 18 tuổi phạm tội và kiến nghị của tác giả bài viết góp phần nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật trên thực tiễn./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật số 67/2020/QH14 sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Xử lý VPHC năm 2012.
2. Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14 ngày 30 tháng 12 năm 2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa XIV quy định về mức thu, miễn, giảm, thu, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí Tòa án.
3. Đồng Hoàng Anh (2019), *Xóa án tích với người chưa thành niên phạm tội*, Tạp chí Kiểm sát điện tử, <https://kiemsat.vn/xoa-an-tich-voi-nguoi-chua-thanh-nien-pham-toi-52007.html>, truy cập ngày 02/6/2020.



HOẠT ĐỘNG CỦA KIỂM SÁT VIÊN TẠI PHIÊN TÒA XÉT XỬ SƠ THẨM VỤ ÁN HÌNH SỰ

Đặng Văn Thực¹

Tóm tắt: Kiểm sát viên (KSV) là một chủ thể quan trọng của hoạt động tranh tụng tại phiên tòa. Do đó, để đáp ứng yêu cầu của cải cách tư pháp về tranh tụng, một yêu cầu quan trọng là phải tăng cường vai trò của KSV tại phiên tòa xét xử. Bài viết đi sâu phân tích các hoạt động của KSV tại phiên tòa, từ đó đề xuất một số giải pháp nâng cao hiệu quả hoạt động của KSV tại phiên tòa.

Từ khoá: Kiểm sát viên, xét xử sơ thẩm, tranh tụng.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Prosecutors are important subjects in adversarial activity at the trial. Therefore, to meet demand of judicial reform on adversarial is enhancing the role of prosecutors at the trial. The article focuses on analyzing prosecutors' activities at the trial and proposing solutions to enhance activities conducted by prosecutors at the trial.

Keywords: Prosecutor, first-instance trial, adversarial activity.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

Tăng cường yếu tố tranh tụng trong quá trình xét xử vụ án hình sự là một trong những nội dung cơ bản trong Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020. Theo đó, việc phán quyết của Tòa án phải căn cứ chủ yếu vào kết quả tranh tụng tại phiên tòa, phải đảm bảo để bản án, quyết định của Tòa án là hiện thân của công lý, công bằng xã hội. Hiến pháp năm 2013 đã ghi nhận tranh tụng thành một nguyên tắc, cụ thể: “Nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được bảo đảm”². Do vậy, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung cơ bản để cụ thể hóa quy định của Hiến pháp năm 2013 về bảo đảm nguyên tắc tranh tụng trong xét xử và thể chế hóa các chủ trương của Đảng về tranh tụng tại phiên tòa. Để đáp ứng yêu cầu của cải cách tư pháp về tranh tụng, một yêu cầu quan trọng là phải tăng cường vai trò của KSV tại phiên tòa xét xử. “Nâng cao chất lượng công tác của kiểm sát viên tại phiên tòa, bảo đảm tranh tụng dân chủ với luật sư, người bào chữa và những người

tham gia tố tụng khác. Khi xét xử, các Tòa án phải đảm bảo cho mọi công dân đều bình đẳng trước pháp luật, thực sự dân chủ, khách quan, thẩm phán và Hội thẩm độc lập và chỉ tuân theo pháp luật; việc phán quyết của Tòa án phải căn cứ chủ yếu vào kết quả tranh tụng tại phiên tòa... để ra những bản án, quyết định đúng pháp luật, có sức thuyết phục và trong thời hạn luật định...”³; “KSV phải chủ động, tích cực tranh luận, đối đáp tại phiên tòa xét xử các vụ án hình sự... Tòa án nhân dân tối cao chỉ đạo các Tòa án liên tục đẩy mạnh việc tranh tụng tại phiên tòa”⁴. Bài viết sau đây phân tích về vai trò của KSV tại phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015⁵.

Trong tố tụng hình sự, KSV là một trong những người tiến hành tố tụng được quy định tại Khoản 2 Điều 34 Bộ luật tố tụng hình sự. KSV là người đại diện cho Viện kiểm sát thực hiện chức năng thực hành quyền công tố, kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong tố tụng hình sự. Do đó, tại

¹ Thạc sỹ, Khoa Pháp luật hình sự và Kiểm sát hình sự, Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

² Khoản 5 Điều 103 Hiến pháp năm 2013.

³ Nghị quyết số 08/NQ-TW ngày 01/01/2002 của Bộ Chính trị “Về Một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới”.

⁴ Nghị quyết số 37/NQ-QH ngày 23/11/2012 của Quốc Hội về “Công tác Phòng, chống vi phạm pháp luật và tội phạm, công tác của Viện kiểm sát nhân dân, của Tòa án nhân dân và công tác thi hành án năm 2013”.

⁵ Phiên tòa tranh tụng theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 thể hiện đầy đủ và rõ nét nhất trong phiên tòa xét xử sơ thẩm. Do đó, bài viết tập trung đi sâu phân tích về vai trò của KSV trong phiên tòa tranh tụng là phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự.

phiên tòa xét xử sơ thẩm, KSV thực hành quyền công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong phiên tòa xét xử sơ thẩm vụ án hình sự.

1. Hoạt động của kiểm sát viên trong thủ tục bắt đầu phiên tòa

Căn cứ vào thời gian ghi trong quyết định đưa vụ án ra xét xử của Tòa án, KSV phải có mặt tại phòng xử án trước khi Hội đồng xét xử vào phòng xử án làm việc để kiểm sát việc tuân theo pháp luật của Thư ký Tòa án và Hội đồng xét xử. Cụ thể KSV chú ý các nội dung: Kiểm sát hoạt động của Thư ký Tòa án: Nội quy mà Thư ký đọc, phổ biến có thống nhất với bản nội quy niêm yết tại trụ sở Tòa án không? Có tuân thủ các quy định tại Điều 300 Bộ luật tố tụng hình sự hay không, cũng như việc kiểm tra sự có mặt và vắng mặt của những người đã được triệu tập đến phiên tòa. Nếu có người vắng mặt cần làm rõ lý do để khi phiên tòa diễn ra thì KSV phát biểu quan điểm đề nghị Hội đồng xét xử tiếp tục xét xử hay hoãn phiên tòa theo đúng quy định của pháp luật. Kiểm sát hoạt động của thẩm phán chủ tọa phiên Tòa: Khi Hội đồng xét xử vào phòng xử án, thẩm phán chủ tọa phiên tòa tuyên bố khai mạc phiên tòa, đọc quyết định đưa vụ án ra xét xử. Trước khi đọc, thẩm phán chủ tọa phiên tòa yêu cầu mọi người đứng dậy như khi tuyên án. KSV phải chú ý lắng nghe, theo dõi và đối chiếu với quyết định đưa vụ án ra xét xử mà Tòa án đã gửi cho Viện kiểm sát xem có thống nhất với nhau không? Nếu có điểm, mục nào mâu thuẫn thì cần đánh dấu hoặc ghi lại để lưu ý Hội đồng xét xử làm rõ tại phiên tòa hoặc kiến nghị khắc phục; Kiểm sát việc thực hiện quyền đề nghị, thay đổi người tiến hành tố tụng; Kiểm sát việc giải quyết yêu cầu, quyết định của Hội đồng xét xử: Kiểm sát yêu cầu triệu tập thêm người làm chứng, yêu cầu đưa thêm vật chứng và tài liệu ra xem xét tại phiên

tòa; yêu cầu hoãn phiên tòa: Quyết định của Hội đồng xét xử về việc cách ly người làm chứng và những người có liên quan, cách ly bị cáo với người làm chứng theo quy định tại Khoản 2, Điều 304 Bộ luật tố tụng hình sự (BLTTHS).

2. Hoạt động của kiểm sát viên trong thủ tục tranh tụng tại phiên tòa

2.1. Kiểm sát việc xét hỏi tại phiên tòa

Hội đồng xét xử tiến hành việc xét hỏi theo đúng trình tự quy định tại Điều 307 BLTTHS. Tuỳ theo tính chất, mức độ hành vi phạm tội của bị cáo, số lượng bị cáo, Hội đồng xét xử tiến hành hỏi bị cáo trước hay hỏi nhân chứng, người bị hại trước. Chủ tọa phiên tòa điều hành việc hỏi, quyết định người hỏi trước, hỏi sau theo thứ tự hợp lý. Khi xét hỏi từng người, chủ tọa phiên tòa hỏi trước sau đó quyết định để thẩm phán, Hội thẩm, KSV, người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự thực hiện việc hỏi. KSV phải kiểm sát việc xét hỏi của Hội đồng xét xử. Một điểm khác biệt cơ bản giữa mô hình tố tụng tranh tụng và mô hình tố tụng hình sự của Việt Nam là tại phiên tòa xét xử, Hội đồng xét xử vẫn tham gia vào việc xét hỏi, trong đó chủ tọa phiên tòa là người có vai trò chính trong việc xét hỏi, KSV ngoài hoạt động kiểm sát việc xét hỏi của Hội đồng xét xử, còn thực hiện việc xét hỏi để làm rõ các vấn đề mà Hội đồng xét xử chưa làm rõ. Ngoài ra, KSV cũng kiểm sát việc hỏi của người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự⁶.

2.2. Kiểm sát viên công bố bản cáo trạng và xét hỏi tại phiên tòa

Theo quy định tại Điều 306 BLTTHS thì trước khi tiến hành xét hỏi, thẩm phán chủ tọa phiên tòa phải đề nghị KSV công bố bản cáo trạng. Bản cáo trạng truy tố bị can ra trước Tòa án do Viện trưởng Viện kiểm sát ký, KSV chỉ là

⁶ Hội đồng xét xử thực hiện đúng trình tự theo Điều 307 BLTTHS, Khi hỏi bị cáo, Hội đồng xét xử phải thực hiện câu hỏi theo Khoản 2, Điều 309 BLTTHS sau đó mới hỏi từng tình tiết của sự việc, hỏi từng bị cáo theo quy định tại Khoản 1, của Điều 307 và Khoản 1, của Điều 309 đã nêu trên. Chỉ được công bố lời khai tại Cơ quan điều tra khi thuộc một trong các trường hợp quy định tại Khoản 2, Điều 308 BLTTHS. Do vậy, tuỳ theo trình tự xét hỏi và căn cứ vào Khoản 2, Điều 308 BLTTHS, Hội đồng xét xử hoặc KSV công bố lời khai hoặc tài liệu. Kiểm sát việc xét hỏi của Hội đồng xét xử, nhằm bảo đảm việc xét hỏi bị cáo, bị hại, đương sự, người làm chứng, người đại diện của họ, người giám định, người định giá tài sản được thực hiện theo quy định tại các Điều 309, 310, 311, 316 BLTTHS. Khi xét hỏi, những câu hỏi của Hội đồng xét xử, người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự phải cụ thể, rõ ràng, ngắn gọn, dễ hiểu. Không được đặt các câu hỏi có tính chất khẳng định, câu hỏi mớm cung hoặc xúc phạm danh dự nhân phẩm của người được hỏi. KSV cần hết sức lưu ý những câu hỏi của người bào chữa vì thực tế người bào chữa hay hỏi mớm cung, dụ cung đối với bị cáo, nhằm tạo điều kiện thuận lợi cho hoạt động bào chữa, nếu phát hiện KSV phải kịp thời lưu ý Hội đồng xét xử để khắc phục ngay.



người được uỷ quyền tham gia phiên tòa để bảo vệ cáo trạng. Vì vậy, KSV phải đọc nguyên văn và toàn bộ bản cáo trạng, không được tự ý bớt xén lời văn hoặc sửa chữa từ, ngữ... Sau khi công bố cáo trạng, KSV có thể trình bày ý kiến bổ sung để làm rõ thêm nội dung của bản cáo trạng, đó không phải là ý kiến mới, bổ sung làm thay đổi nội dung bản cáo trạng (trừ trường hợp được Viện trưởng đồng ý). Việc thay đổi, bổ sung hoặc rút một phần hay toàn bộ quyết định truy tố được thực hiện theo quy định của Điều 285 BLTTHS.

Theo quy định tại Điều 307 BLTTHS thì trình tự xét hỏi bắt đầu từ thẩm phán chủ tọa phiên tòa, sau đó chủ tọa phiên tòa quyết định đề thẩm phán, Hội thẩm, KSV, người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự thực hiện việc hỏi. Thông qua xét hỏi tại phiên tòa, Hội đồng xét xử phải xác định đầy đủ các tình tiết của vụ án, làm cơ sở cho việc xác định tội danh, quyết định hình phạt và áp dụng các biện pháp tư pháp. Theo quy định tại Điều 24 Quy chế thực hành quyền công tố và kiểm sát xét xử hình sự thì việc tham gia xét hỏi tại phiên tòa là bắt buộc đối với KSV. KSV tham gia xét hỏi tại phiên tòa là để kiểm tra lại các tài liệu, chứng cứ có trong hồ sơ vụ án, để khẳng định kết quả điều tra. Đồng thời, việc xét hỏi để làm rõ những tình tiết mới, chứng cứ mới mà những người tham gia tố tụng bổ sung tại phiên tòa. Thông qua việc hỏi để khẳng định, chứng minh các tài liệu, chứng cứ được thu thập trong quá trình và tại phiên tòa đã đảm bảo tính hợp pháp về mặt nội dung cũng như về mặt hình thức và để bảo vệ quan điểm truy tố đã thể hiện trong bản cáo trạng.

2.3. Trình bày luận tội và tranh luận tại phiên tòa

Một trong những nhiệm vụ quan trọng của KSV khi thực hiện chức năng thực hành quyền công tố và kiểm sát xét xử án hình sự là thực hiện việc luận tội đối với bị cáo tại phiên tòa sơ thẩm. Theo quy định tại Điều 320 BLTTHS, sau khi kết thúc việc xét hỏi tại phiên tòa, KSV trình bày lời luận tội, đề nghị kết tội bị cáo theo toàn bộ hay một phần nội dung cáo trạng, hoặc kết luận về tội nhẹ hơn; nếu thấy không có căn cứ để kết tội thì rút toàn bộ quyết định truy tố và đề nghị Hội

đồng xét xử tuyên bố bị cáo không có tội. Để có cơ sở tranh luận dân chủ tại phiên tòa, BLTTHS năm 2015 đã bổ sung quy định nội dung luận tội của KSV phải “phân tích, đánh giá khách quan, toàn diện, đầy đủ những chứng cứ xác định có tội, chứng cứ xác định vô tội, tính chất, mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội; hậu quả do hành vi phạm tội gây ra; nhân thân và vai trò của bị cáo trong vụ án; tội danh, hình phạt, áp dụng điểm, khoản điều của Bộ luật hình sự, những tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự; mức độ bồi thường thiệt hại, xử lý vật chứng, biện pháp tư pháp; nguyên nhân, điều kiện phạm tội và những tình tiết khác có ý nghĩa đối với vụ án. Đề nghị kết tội bị cáo theo toàn bộ hay một phần nội dung bản cáo trạng hoặc kết luận về tội nhẹ hơn; đề nghị mức hình phạt chính, hình phạt bổ sung, biện pháp tư pháp, trách nhiệm bồi thường thiệt hại, xử lý vật chứng. Kiến nghị các biện pháp phòng ngừa tội phạm và vi phạm pháp luật (Khoản 2, 3, 4 Điều 321)”. Luận tội của KSV phải căn cứ vào cáo trạng, những tài liệu, chứng cứ đã được kiểm tra tại phiên tòa và ý kiến của bị cáo, bị hại, người bào chữa, người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ và những người tham gia tố tụng khác tại phiên tòa. Như vậy, tại phiên tòa, KSV trình bày lời luận tội chứ không phải đọc lời luận tội đã chuẩn bị sẵn hoặc chỉ có lời buộc tội mà không có sự phân tích, lập luận, đánh giá.

Sau lời luận tội của KSV, Chủ tọa phiên tòa sẽ điều hành việc tranh luận theo trình tự của Điều 320 và Điều 321 BLTTHS. Trong suốt quá trình tranh luận, đối đáp, KSV phải có trách nhiệm bảo vệ quan điểm luận tội của mình, bảo vệ cáo trạng của Viện kiểm sát đã truy tố bị cáo tại phiên tòa. Để bảo đảm cho việc tranh luận, đối đáp tại phiên tòa được chủ động, tự tin đòi hỏi KSV khi được giao nhiệm vụ thực hành quyền công tố và kiểm sát xét xử tại phiên tòa, sau khi nghiên cứu hồ sơ vụ án cần phải chuẩn bị dự thảo đề cương tranh luận, đối đáp, dự kiến những vấn đề mà bị cáo, người bào chữa và những người tham gia tố tụng khác có thể đưa ra ý kiến và đề nghị đối đáp. Tại phiên tòa, KSV lưu ý cần phải đối đáp lại toàn bộ các ý kiến của người bào chữa, người tham gia tố tụng khác. Do đó, KSV chú ý theo dõi, ghi chép những nội dung

xét hỏi của Hội đồng xét xử đối với bị cáo, những người tham gia tố tụng khác, các câu hỏi của người bào chữa và nội dung trả lời của từng người được xét hỏi để nắm được cơ sở lập luận của từng người cũng như tâm lý của họ sẽ được thể hiện trong phần tranh luận để kịp thời bổ sung cho đề cương tranh luận, đối đáp.

2.4. Kiểm sát việc tuyên án và kiểm sát biên bản phiên tòa

Để bảo đảm kiểm sát việc tuyên án của Hội đồng xét xử theo đúng quy định của pháp luật, KSV cần nắm vững nhiệm vụ của Hội đồng xét xử trong khi tuyên án theo các Điều 327, 263, 256⁷. KSV phải xem xét việc trả tự do cho bị cáo hoặc bắt tạm giam bị cáo sau khi tuyên án theo đúng quy định tại các Điều 328, 329 BLTTHS. KSV chú ý lắng nghe, ghi lại những nhận định quan trọng, nội dung quyết định của bản án sơ thẩm để làm căn cứ kiểm tra đối chiếu với biên bản phiên tòa và báo cáo Lãnh đạo Viện⁸.

Sau phiên tòa, KSV cần đối chiếu bút ký của mình tại phiên tòa với biên bản phiên tòa xem biên bản đó có ghi đầy đủ không, có gì mâu thuẫn không. Nếu phát hiện sai sót thì yêu cầu sửa chữa, bổ sung (không được sửa chữa, tẩy xóa vào những phần đã ghi mà phải ghi xuống phía sau những phần đó, KSV và Thư ký tòa án cùng ký vào phần bổ sung).

3. Một số yêu cầu nâng cao hoạt động của kiểm sát viên tại phiên tòa tranh tụng

3.1. Nâng cao kỹ năng công tác chuẩn bị tham gia phiên tòa của kiểm sát viên

Đề chất lượng tranh tụng đạt hiệu quả cao, thì công tác chuẩn bị tham gia phiên tòa có ý nghĩa rất quan trọng, KSV phải thực hiện, nghiêm túc đầy đủ các quy định theo Quy chế thực hành quyền công tố và kiểm sát xét xử hình sự (Quy chế số 505), các yêu cầu của Chỉ thị số 09/CT-VKSTC ngày 06/04/2016 về tăng cường các biện pháp nâng cao chất lượng tranh tụng của

KSV tại phiên tòa. Theo đó, KSV được phân công tham gia phiên tòa phải nghiên cứu kỹ hồ sơ vụ án, phải có sự chuẩn bị đề cương xét hỏi, dự kiến tình huống tranh luận, dự thảo kết luận, dự kiến nội dung đối đáp làm tiền đề cho hoạt động xét hỏi tại phiên tòa, để làm cơ sở đối đáp, tranh luận làm sáng tỏ hành vi phạm tội của bị cáo, tinh tiết tăng nặng, giảm nhẹ, bồi thường Trách nhiệm dân sự, góp phần làm cho Tòa án ra những phán quyết đúng người, đúng pháp luật, không làm oan người vô tội, không bỏ lọt tội phạm, công bằng trong quyết định hình phạt, đảm bảo quyền con người, quyền công dân.

- Về lập hồ sơ kiểm sát.

Phải thực hiện đúng Quyết định số 590/QĐ-VKSTC-V3 ngày 05/12/2014 của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, về lập hồ sơ kiểm sát, nghiên cứu hồ sơ phải có hệ thống, khoa học, đảm bảo đầy đủ tài liệu, chứng cứ về nội dung, và phải được sắp xếp theo trình tự như: Tập dự thảo kết luận, báo cáo án; tập tố tụng; tập chứng cứ, tập lời khai, tự khai, biên bản hỏi cung... đối với vụ án kêu oan, vụ án phức tạp, vụ án tham nhũng có sự chỉ đạo của Trung ương, KSV cần thiết phải lập thêm bản hệ thống chứng cứ buộc tội, gỡ tội, kịch bản phiên tòa. Qua đó tăng cường trách nhiệm của KSV trong việc nghiên cứu lập hồ sơ kiểm sát.

- Về xây dựng đề cương xét hỏi.

Thực hiện nghiêm túc Quy chế công tác thực hành quyền công tố và kiểm sát xét xử ban hành kèm theo Quyết định số 505/2017/QĐ-VKSTC ngày 18/12/2017 của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao “Khi thực hành quyền công tố, kiểm sát xét xử tại phiên tòa, KSV bắt buộc phải xây dựng đề cương xét hỏi” (Điều 24) để chuẩn bị tham gia phiên tòa. Yêu cầu bản đề cương xét hỏi bao gồm những nội dung cơ bản như: xét hỏi bị cáo có phải là người đã thực hiện hành vi phạm tội, năng lực trách nhiệm hình sự, tuổi (Chủ thể

⁷ Chủ tọa phiên tòa hoặc một thành viên khác của Hội đồng xét xử đọc bản án. Trường hợp xét xử kín thì chỉ đọc phần quyết định trong bản án. Sau khi đọc xong có thể giải thích thêm về việc chấp hành bản án và quyền kháng cáo. Khi tuyên án, mọi người trong phòng xử án phải đứng dậy. Sau khi tuyên án, người phiên dịch có trách nhiệm dịch lại cho bị cáo nghe trong trường hợp bị cáo, bị hại, đương sự, người làm chứng không biết tiếng Việt, là người câm, người điếc.

⁸ Cần lưu ý cả phần lý lịch bị cáo, nhất là các bị cáo có nhiều tiền án thì phải ghi cụ thể các số bản án, ngày bắt đầu thi hành bản án đó, ngày thi hành xong bản án... Đối với phần quyết định hình phạt, cần chú ý việc khấu trừ thời hạn tạm giữ, tạm giam khi áp dụng hình phạt cải tạo không giam giữ hoặc xử phạt tù cho hưởng án treo, các biện pháp tư pháp áp dụng đối với bị cáo là người chưa thành niên... Tất cả những tình tiết này có ý nghĩa dùng để đối chiếu giữa bản án Tòa án tuyên tại tòa với bản án ban hành sau này để thực hiện kiểm sát bản án.



của tội phạm); Có lỗi (cố ý, vô ý) hay không có lỗi (mặt chủ quan); Hành vi, hậu quả, mối quan hệ nhân quả giữa hành vi và hậu quả, nguyên nhân, điều kiện phạm tội (mặt khách quan của tội phạm), mối quan hệ xã hội được Bộ luật hình sự bảo vệ bị các hành vi phạm tội xâm hại đến (khách thể của tội phạm), các tình tiết tăng nặng, giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, đồng phạm, vai trò của đồng phạm; Trách nhiệm dân sự...

- Về dự kiến chuẩn bị tình huống xét hỏi để tranh luận, đối đáp.

Khi nghiên cứu hồ sơ, KSV phải dự kiến tình huống phát sinh có thể xảy ra tại phiên tòa, như bị cáo kháng cáo xin giảm nhẹ hình phạt, nhưng tại phiên tòa bị cáo thay đổi nội dung kháng cáo kêu oan hay im lặng từ chối khai báo, khai báo gian dối, dự kiến tình huống xét hỏi về tình huống Luật sư bào chữa vụ án theo hướng bị cáo không phạm tội như án sơ thẩm đã tuyên mà phạm tội khác nhẹ hơn, giảm nhẹ hình phạt cho bị cáo, giảm mức bồi thường, vụ án còn có đồng phạm khác, hủy án điều tra lại...

3.2. Về kỹ năng tranh tụng của kiểm sát viên

Để nâng cao kỹ năng tranh tụng của KSV tại phiên tòa, đáp ứng yêu cầu cải cách tư pháp theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017, BLTTHS năm 2015 cần thực hiện những giải pháp như sau:

Một là, mỗi KSV phải tích cực nghiên cứu, học tập để nắm vững các quy định của pháp luật, nhất là pháp luật về hình sự và tố tụng hình sự, các văn bản luật có liên quan, các hướng dẫn áp dụng pháp luật. Thường xuyên rèn luyện kỹ năng diễn đạt, kỹ năng trình bày bản kết luận giải quyết vụ án tại phiên tòa, kỹ năng đối đáp, khả năng phản xạ linh hoạt trước các nội dung mới phát sinh tại phiên tòa, kỹ năng ứng xử tại phiên tòa phù hợp theo Quyết định số 46/QĐ-VKSTC ngày 20/02/2017 của Viện kiểm sát nhân dân tối cao ứng xử có văn hóa, bảo đảm tôn trọng sự điều khiển của chủ tọa, tôn trọng của những người tham gia tố tụng phiên tòa.

Hai là, nâng cao kỹ năng xét hỏi cho KSV về phương pháp, cách đặt câu hỏi, chiến thuật xét hỏi đối với bị cáo (bị cáo thành khẩn khai báo, bị cáo im lặng từ chối khai báo, bị cáo khai báo gian dối); đối với người bị hại, nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan đến

vụ án hoặc người địa diện hợp pháp của họ, xét hỏi người làm chứng, người giám định. Khi xét hỏi KSV phải biết cách đặt câu hỏi, sử dụng ngôn từ xét hỏi dễ hiểu, rõ ràng không đa nghĩa, không sử dụng tiếng lóng, không đặt câu hỏi mớm cung, dụ cung. Về phạm vi xét hỏi, KSV hỏi về những nội dung Hội đồng xét xử chưa hỏi hoặc hỏi rồi nhưng còn thiếu hoặc chưa rõ, hỏi về những nội dung còn mâu thuẫn và hỏi để chuẩn bị cho đối đáp tranh tụng (hỏi để nhấn mạnh một lần nữa các chứng cứ đã có trong hồ sơ để khẳng định giá trị của chứng cứ đó, phục vụ cho hoạt động đối đáp, tranh luận sau đó...). Nâng cao kỹ năng xét hỏi cho KSV theo từng nhóm, loại tội phạm như: Tội phạm xâm phạm an ninh quốc gia, giết người, cố ý gây thương tích...

Ba là, tăng cường vai trò quản lý, chỉ đạo, điều hành của Lãnh đạo các đơn vị nghiệp vụ của ngành trong duyệt xây dựng đề cương nội dung dự thảo kế hoạch xét hỏi, đề nâng cao chất lượng hoạt động tranh tụng của KSV tại phiên tòa đối với từng loại tội, nhóm tội cụ thể là yêu cầu quan trọng đầu tiên. Sắp xếp, bố trí KSV trực tiếp nghiên cứu hồ sơ vụ án và tham gia phiên tòa, nhất là vụ án lớn, phức tạp, vụ án có nhiều bị cáo, vụ án tham nhũng có sự chỉ đạo của Trung ương.

Quan tâm bồi dưỡng, rèn luyện đội ngũ cán bộ KSV, có bản lĩnh chính trị, bản lĩnh nghề nghiệp vững vàng, có tinh thần kiên quyết đấu tranh bảo vệ pháp chế, có phẩm chất đạo đức trong sáng, lương tâm, trách nhiệm, tận tụy và tự giác cao với công việc. Thường xuyên tập huấn, rèn luyện kỹ năng xét hỏi, đối đáp, tranh tụng tại phiên tòa theo hướng chuyên sâu. Tăng cường công tác sơ kết, tổng kết, rút kinh nghiệm, tổ chức hội thảo khoa học nhằm nâng cao chất lượng tranh tụng cho KSV.

Bốn là, tăng cường trách nhiệm cho KSV đáp ứng nhiệm vụ trong tiến trình cải cách tư pháp theo BLTTHS năm 2015, khi làm nhiệm vụ thực hành quyền công tố, kiểm sát xét xử của Tòa án tại phiên tòa hình sự, đồng thời Viện kiểm sát cần tăng cường tính độc lập của KSV tại phiên tòa nhiều hơn nữa, tính độc lập của KSV tại phiên tòa trên nguyên tắc tập trung thống nhất và chỉ tuân theo pháp luật, KSV phải chịu trách nhiệm về quyết định của mình./.

ĐÀO TẠO, BỒI DƯỠNG KIẾN THỨC, KỸ NĂNG MARKETING CHO LUẬT SƯ VÀ TỔ CHỨC HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ - NHU CẦU CẤP THIẾT TẠI VIỆT NAM

Nguyễn Thị Minh Huệ¹

Tóm tắt: Bên cạnh vai trò là công cụ giúp luật sư và tổ chức hành nghề luật sư (TCHNLS) xây dựng, duy trì và phát triển thương hiệu, mối quan hệ với khách hàng, marketing còn là công cụ giúp cho luật sư và TCHNLS hiểu rõ, nâng cao vị thế cạnh tranh trên thị trường, duy trì được sự kết nối với đối tác, đồng nghiệp. Tuy nhiên, để marketing có thể phát huy những vai trò nêu trên, trước hết luật sư và TCHNLS cần có kiến thức và kỹ năng nhất định về marketing. Nếu thiếu những kiến thức, kỹ năng cơ bản về marketing thì có thể dẫn đến tác dụng ngược, gây ảnh hưởng bất lợi đến thương hiệu của luật sư và TCHNLS. Thông qua việc đánh giá thực trạng kiến thức, kỹ năng marketing của luật sư và TCHNLS tại Việt Nam hiện nay, tác giả bước đầu đưa ra những nhận định bước đầu về nhu cầu bồi dưỡng kiến thức, kỹ năng marketing của luật sư của TCHNLS tại Việt Nam hiện nay.

Từ khóa: Thực trạng, kiến thức, kỹ năng, marketing, luật sư, tổ chức hành nghề luật sư, bồi dưỡng, đào tạo.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Besides the role of helping lawyers and law-practicing organizations develop and maintain trademarks, relation with clients, marketing is also a tool helping lawyers and law-practicing organizations clearly understand and enhance their competitive positions on the market, maintaining relation with their partners and colleagues. However, to make marketing bring in to play its roles, lawyers and law-practicing organizations must have certain knowledge and skills on marketing. Lacking of basic knowledge and skills on marketing will lead to reverse results, causing negative impact on trademarks of lawyers and law-practicing organizations. By assessing knowledge and skills on marketing of lawyers and law-practicing organizations in Vietnam recently, the author initially mentions demand of retraining knowledge and skills on marketing for lawyers and law-practicing organizations in Vietnam currently.

Keywords: Situation, knowledge, skills, marketing, lawyers, law-practicing organizations, retraining, training.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Thực trạng kiến thức và kỹ năng marketing của luật sư và tổ chức hành nghề luật sư tại Việt Nam hiện nay

Tính đến cuối năm 2020, Việt Nam đã có 15.107 luật sư, tăng 1.248 luật sư so với năm 2019². Số lượng các hãng luật nước ngoài mở chi nhánh tại Việt Nam tăng nhanh theo từng năm. Thực trạng trên đã phản ánh xu hướng cạnh tranh ngày càng gay gắt³ giữa các luật sư và TCHNLS tại Việt Nam. Bên cạnh đó, bối cảnh hội nhập

quốc tế và những tác động không thể dự liệu hết của cách mạng công nghệ 4.0 đã tác động lớn đến nghề luật và đặc biệt là các phương thức mà các luật sư và tổ chức hành nghề luật sư quảng bá, giới thiệu, cung cấp các dịch vụ pháp lý và việc tổ chức quản lý, điều hành công việc của mình. Để có thể định vị, phát triển được vị thế của mình trên thị trường dịch vụ pháp lý đầy cạnh tranh và với nhiều biến động và thách thức lớn như hiện nay, các luật sư cần phải hoàn thiện

¹ Thạc sỹ, Giám đốc Trung tâm liên kết đào tạo luật sư thương mại quốc tế, Học viện Tư pháp.

² Hội nghị tổng kết tổ chức hoạt động năm 2020 và phương hướng hoạt động năm 2021, <https://www.liendoanluatsu.org.vn/post>; và Kết quả triển khai Chiến lược phát triển nghề Luật sư ở Việt Nam đến năm 2020, <https://lsvn.vn/ket-qua-trien-khai-chien-luoc-phat-trien-nghe-luat-su-o-viet-nam-den-nam-2020.html>; truy cập ngày 31/5/2021.

³ http://www.luatdai viet.vn/xem-tin-tuc/kinh-nghiem-luat-su-cac-cong-ty-luat-va-ba-suy-ngam-phap-ly?fbclid=IwAR3nfsrHGS5o1Z8HnzuX-fSgr_AfCo-MMbqyANtScRG4-A-4qlzmqOxsdco.



hiều kiến thức, kỹ năng và một trong số đó chính là những kiến thức và kỹ năng về marketing. Vậy các luật sư và TCHNLS tại Việt Nam hiện nay có kiến thức và kỹ năng về marketing như thế nào? Dưới đây là một số đánh giá bước đầu về thực trạng kiến thức và kỹ năng về marketing của luật sư và TCHNLS tại Việt Nam hiện nay:

Thứ nhất, một số luật sư, TCHNLS chưa nắm bắt được những điểm đặc thù trong hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS.

Hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS có những đặc thù khác biệt so với hoạt động marketing trong các lĩnh vực thương mại, dịch vụ khác. Những đặc thù phải kể đến là: (i) Hoạt động marketing của luật sư gắn với đặc thù chuyên môn nghề nghiệp của luật sư; (ii) Hoạt động marketing của luật sư chịu sự điều chỉnh chặt chẽ của pháp luật; (iii) Hoạt động marketing của luật sư chịu sự điều chỉnh chặt chẽ của Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư. Cụ thể hơn, hoạt động marketing của luật sư và tổ chức hành nghề luật sư còn có một số đặc điểm sau: cần chuyên biệt theo nhóm khách hàng mục tiêu; hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS là trách nhiệm xã hội – chia sẻ, phổ cập về dịch vụ pháp lý, thông tin về luật sư và TCHNLS để xã hội có cơ hội tiếp cận và sử dụng các thông tin trong vào việc đánh giá và lựa chọn luật sư và TCHNLS cung cấp dịch vụ pháp lý và hợp tác trong các hoạt động khác; hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS gắn liền với việc tôn trọng công lý và lẽ phải; hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS gắn với đặc thù uy tín của luật sư và tổ chức hành nghề luật sư trên thị trường trong nước và quốc tế, đặc thù về lĩnh vực hành nghề chuyên sâu và phân khúc khách hàng của họ; hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS phải gắn với thương hiệu cá nhân luật sư; hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS có hiệu quả hơn nếu thông qua marketing trực tiếp và thông qua sự giới thiệu của chính các khách hàng đã sử dụng dịch vụ pháp lý của luật sư và TCHNLS.

Tuy nhiên, không phải luật sư nào cũng ý thức được những đặc thù nêu trên khi thực hiện hoạt động marketing. Theo kết quả khảo sát trực tuyến năm 2021 với sự tham gia của 215 đối

tượng khảo sát trong khuôn khổ đề tài khoa học cấp cơ sở tại Học viện Tư pháp về: “Hoạt động marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư trong bối cảnh hội nhập quốc tế” (“*Khảo sát về hoạt động marketing*”), người tham gia khảo sát là các luật sư điều hành (13,2%), luật sư thành viên (5,9%), luật sư (23%), trợ lý luật sư (18,6%), nhân viên của TCHNLS (7,4%), chuyên gia pháp lý (9,3%), giảng viên luật (6,9%) và các cá nhân khác có liên quan đến hoạt động nghề nghiệp của luật sư và TCHNLS (15,7%). Các đối tượng tham gia khảo sát nêu trên đến từ các TCHNLS, cơ sở đào tạo luật và cơ sở nghiên cứu hàng đầu của Việt Nam. Đối với các câu hỏi khảo sát đánh giá kiến thức, kết quả thể hiện như sau: 85,6% cho rằng hoạt động marketing của luật sư gắn với đặc thù chuyên môn nghề nghiệp của luật sư; 48,4% cho rằng hoạt động marketing của luật sư chịu sự điều chỉnh chặt chẽ của pháp luật; 73% cho rằng hoạt động marketing của luật sư chịu sự điều chỉnh chặt chẽ của Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư.

Kết quả nêu trên cho thấy còn 14,4% người khảo sát chưa nhận thức được những đặc thù của marketing gắn với hoạt động nghề nghiệp của luật sư và quá trình quảng bá, cung cấp dịch vụ và tổ chức hoạt động cung cấp dịch vụ pháp lý của các TCHNLS. Số liệu trên đồng thời cho thấy có đến 51,6% người tham gia khảo sát cho rằng hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS không chịu sự điều chỉnh của pháp luật. Đặc biệt hơn nữa, có đến 27% người tham gia khảo sát cho rằng hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS không chịu sự điều chỉnh của Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư Việt Nam. Thực tế kết quả khảo sát nêu trên cho thấy, có sự hiểu biết chưa toàn diện và đầy đủ về các đặc thù của hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS.

Luật luật sư số 65/2006/QH11 do Quốc hội ban hành ngày 29/6/2006, được sửa đổi bổ sung bởi Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật luật sư số 20/2012/QH13 do Quốc hội ban hành ngày 20/11/2012 (“*Luật luật sư*”) và các văn bản hướng dẫn thi hành và đặc biệt là Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư do Liên đoàn luật sư Việt Nam ban hành ngày 13/12/2019

(“*Bộ Quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư*”) đều có những quy định điều chỉnh hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS song một số cá nhân luật sư và đại diện cho TCHNLS vẫn chưa ý thức được điều này. Hệ quả của sự chưa nhận thức toàn diện về đặc thù của hoạt động marketing với luật sư và TCHNLS sẽ dẫn đến việc các luật sư và TCHNLS có thể có sự vi phạm về nghĩa vụ, trách nhiệm và giới hạn áp dụng đối với hoạt động marketing. Kết quả nêu trên cũng cho thấy, chỉ có số ít luật sư và TCHNLS có những hiểu biết về những đặc thù nổi bật của hoạt động marketing với luật sư và TCHNLS. Điều này dẫn đến việc luật sư có thể không lựa chọn, áp dụng đúng và hiệu quả việc marketing.

Thứ hai, một số luật sư và TCHNLS chưa nắm rõ về các nghĩa vụ phải tuân thủ khi thực hiện hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS.

Luật luật sư có một số quy định về các nghĩa vụ mà luật sư và TCHNLS phải tuân thủ khi giao dịch với khách hàng và các cá nhân, tổ chức mà luật sư và TCHNLS cần lưu ý khi thực hiện hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS như: Luật sư phải tôn trọng sự lựa chọn luật sư của khách hàng; chỉ nhận vụ, việc theo khả năng của mình và thực hiện vụ, việc trong phạm vi yêu cầu của khách hàng (Khoản 1 Điều 24 Luật luật sư); Luật sư không được tiết lộ thông tin về vụ, việc, về khách hàng mà mình biết được trong khi hành nghề, trừ trường hợp được khách hàng đồng ý bằng văn bản hoặc pháp luật có quy định khác (Khoản 1 Điều 25 Luật luật sư); TCHNLS có trách nhiệm bảo đảm các nhân viên trong tổ chức hành nghề không tiết lộ thông tin về vụ, việc, về khách hàng của mình (Khoản 3 Điều 25 Luật luật sư).

Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư cũng có những quy định liên quan đến hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS như:

- Quy tắc 9: Những việc luật sư không được làm trong quan hệ với khách hàng “...9.6. *Thông tin trực tiếp cho khách hàng hoặc dùng lời lẽ, hành vi ám chỉ để khách hàng biết về mối*

quan hệ cá nhân của luật sư với cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng hoặc cá nhân, cơ quan, tổ chức có thẩm quyền khác nhằm mục đích gây niềm tin với khách hàng về hiệu quả công việc hoặc nhằm mục đích bất hợp pháp khác; 9.7. Cố ý đưa ra những thông tin làm cho khách hàng nhầm lẫn về khả năng và trình độ chuyên môn của mình để tạo niềm tin cho khách hàng ký kết hợp đồng; 9.8. Hứa hẹn, cam kết bảo đảm kết quả vụ việc về những nội dung nằm ngoài khả năng, điều kiện thực hiện của luật sư”.

Quy tắc 31: Thông tin, truyền thông quy định “...31.1. *Khi cung cấp thông tin cho báo chí, phương tiện thông tin đại chúng, sử dụng mạng xã hội, luật sư phải trung thực, chính xác, khách quan. 31.2. Luật sư không được sử dụng báo chí, phương tiện thông tin đại chúng, mạng xã hội để cố ý phản ánh sai sự thật nhằm mục đích cá nhân, động cơ khác hoặc tạo dư luận nhằm bảo vệ quyền lợi không hợp pháp của khách hàng hoặc phát ngôn gây ảnh hưởng đến an ninh, lợi ích quốc gia và lợi ích công cộng. 31.3. Luật sư không được viết bài, phát biểu trên báo chí, phương tiện thông tin đại chúng, tại nơi công cộng, sử dụng mạng xã hội để nói xấu, công kích, bài xích hoặc gây chia rẽ, mất đoàn kết nội bộ giữa các luật sư đồng nghiệp; gây tổn hại đến danh dự, uy tín của luật sư, nghề luật sư, Đoàn luật sư và Liên đoàn luật sư Việt Nam”.*

Quy tắc 32: Quảng cáo: “32.1. *Khi quảng cáo về hoạt động hành nghề luật sư, luật sư không được cung cấp những thông tin không có thật hoặc thông tin gây hiểu nhầm. Luật sư phải chịu trách nhiệm khi cam kết trong quảng cáo về chất lượng dịch vụ luật sư. 32.2. Luật sư không được thực hiện việc quảng cáo làm ảnh hưởng đến danh dự, uy tín của đội ngũ luật sư, nghề luật sư”.*

Tuy nhiên trên thực tế, khi thực hiện hoạt động marketing, có một số luật sư, TCHNLS chưa tuân thủ các quy định nêu trên của Luật luật sư và Bộ quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp của luật sư dẫn đến việc bị xử lý kỷ luật⁴. Theo

⁴ Công thông tin điện tử Đoàn luật sư thành phố Hà Nội, *Thông báo về việc xử lý kỷ luật Luật sư Trần Xuân Quang*, nguồn truy cập <https://luatsuhanoi.vn/thong-bao-thong-tin/thong-bao-vv-xu-ly-ky-luat-luat-su-tran-xuan-quang.html>, truy cập: 10/8/2021.



kết quả khảo sát về hoạt động marketing 55,8% người tham gia khảo sát cho rằng phải cung cấp các thông tin có thật; 85,6% người tham gia khảo sát cho rằng phải cung cấp các thông tin trung thực; 70,7% người tham gia khảo sát cho rằng không được cung cấp các thông tin gây hiểu lầm; 73% người tham gia khảo sát cho rằng luật sư/TCHNLS phải chịu trách nhiệm khi cam kết trong quảng cáo về chất lượng dịch vụ của luật sư; 75,8% người tham gia khảo sát cho rằng không được thực hiện việc quảng cáo làm ảnh hưởng đến danh dự, uy tín của luật sư và nghề luật sư; 66,5% người tham gia khảo sát cho rằng không được sử dụng các thông tin của khách hàng, thông tin về vụ việc của khách hàng trong hoạt động marketing. Kết quả khảo sát trên cho thấy, có khoảng từ khoảng 24 – 44% người tham gia khảo sát chưa ý thức rõ ràng về nghĩa vụ của luật sư và TCHNLS khi thực hiện hoạt động marketing. Kết quả nêu trên phần nào phản ánh nguy cơ các luật sư và TCHNLS này có thể vi phạm các nghĩa vụ mà luật sư và TCHNLS phải tuân thủ khi thực hiện hoạt động marketing và hậu quả xấu nhất có thể phải gánh chịu là một trong những hình thức xử lý kỷ luật theo Điều 85, Luật luật sư vào gồm: Khiển trách; Cảnh cáo; Tạm đình chỉ tư cách thành viên Đoàn luật sư từ sáu tháng đến hai mươi bốn tháng; Xoá tên khỏi danh sách luật sư của Đoàn luật sư.

Thứ ba, một số luật sư, TCHNLS gặp không ít khó khăn khi thực hiện hoạt động marketing.

Hiện nay, đa phần các TCHNLS tại Việt Nam đều có quy mô vừa và nhỏ, ngân sách, nhân sự và thời gian dành cho hoạt động marketing còn hết sức khiêm tốn. Tuy nhận thức được tầm quan trọng của hoạt động marketing đối với hoạt động nghề nghiệp nhưng các luật sư và TCHNLS hiện còn gặp khá nhiều thách thức, khó khăn khi thực hiện hoạt động marketing, cụ thể: (i) *Ý kiến của các luật sư*: Có đến 50% người tham gia khảo sát cho biết là họ chưa có kiến thức, kỹ năng cơ bản về marketing; 41,7% Chưa có khả năng ứng dụng công nghệ thông tin khi thực hiện hoạt động marketing; 42,% Chưa có khả năng xử lý

khủng hoảng truyền thông, đặc biệt trong môi trường internet và đặc biệt là có đến 65% người Chưa được đào tạo về marketing gắn với đặc thù của hoạt động nghề nghiệp⁵; (ii) *Các luật sư thành viên và luật sư điều hành các tổ chức hành nghề luật sư cho biết thông tin về việc bồi dưỡng nội bộ về marketing như sau*: 23,5% cho biết có tổ chức các chương trình bồi dưỡng nội bộ về marketing, tuy nhiên đến 76,5% cho biết là tổ chức hành nghề luật sư nơi mình đang công tác chưa từng tổ chức hoạt động bồi dưỡng về marketing⁶; (iii) *Ý kiến của các luật sư thành viên, luật sư điều hành tổ chức hành nghề luật sư*: 50,9% người tham gia khảo sát cho rằng nhân sự quản lý tổ chức hành nghề luật sư chưa có kiến thức/kỹ năng để thực hiện hoạt động marketing một cách chuyên nghiệp, hiệu quả; 49,1% Thiếu nhân viên có khả năng ứng dụng công nghệ thông tin khi thực hiện hoạt động marketing; 32,7% Chưa có khả năng xử lý khủng hoảng truyền thông, đặc biệt trong môi trường internet; 52,1% Chưa có chiến lược/kế hoạch marketing hoặc chiến lược/kế hoạch marketing không hiệu quả.

Như vậy, có thể thấy, các luật sư, nhân sự quản lý, điều hành ở các tổ chức hành nghề luật sư gặp rất nhiều khó khăn, thách thức khi tiến hành hoạt động marketing. Một số điểm chung có thể thấy là phần lớn các luật sư, luật sư thành viên, luật sư điều hành tổ chức hành nghề luật sư và tổ chức hành nghề luật sư đều trả lời là chưa có kiến thức, kỹ năng cơ bản về marketing và chưa được đào tạo về marketing gắn với đặc thù nghề nghiệp.

Thứ năm, một số luật sư, TCHNLS mắc một số lỗi khi thực hiện hoạt động marketing.

Việc nhận diện những lỗi thường gặp của luật sư và TCHNLS khi thực hiện hoạt động marketing giúp khắc họa một cách toàn diện hơn thực trạng triển khai hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS tại Việt Nam hiện nay và những vấn đề cần phải chú trọng để có thể khắc phục những hạn chế, bất cập đã được nhận diện. Khi thực hiện hoạt động marketing các luật sư và

⁵ Ý kiến của những người tham gia khảo sát về hoạt động marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư trong bối cảnh hội nhập quốc tế năm 2021.

⁶ Ý kiến của những người tham gia khảo sát về hoạt động marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư trong bối cảnh hội nhập quốc tế năm 2021.

TCHNLS trên thế giới thường mắc những lỗi khá điển hình⁷. Một số luật sư tại Việt Nam hiện nay cho rằng mình thường có những lỗi sau khi thực hiện hoạt động marketing⁸:

- Chưa xác định rõ ràng mục tiêu thực hiện hoạt động marketing. Thực tế này phản ánh việc luật sư và TCHNLS chưa có phương pháp để xác định mục tiêu thực hiện hoạt động marketing. Mục tiêu là kim chỉ nan, là yếu tố đảm bảo hiệu quả cho bất cứ kế hoạch, dự án, dự định, hoạt động cụ thể nào. Xác định mục tiêu không rõ ràng đồng nghĩa với việc sẽ khó có thể xác định được loại hình và công cụ marketing phù hợp dẫn đến việc hoạch định hoạt động marketing không hiệu quả.

- Hoạt động marketing chưa hướng đến đúng đối tượng khách hàng. Thực tế này phần nào đó phản ánh việc thiếu kiến thức và kỹ năng trong việc triển khai hoạt động marketing.

- Chưa đặt đúng địa vị của khách hàng khi xây dựng kế hoạch và thực hiện hoạt động marketing. Việc không định vị được khách hàng và không lựa chọn được công cụ marketing phù hợp với nhóm khách hàng mục tiêu sẽ khiến cho hoạt động marketing kém hiệu quả.

- Chưa quan tâm, liên hệ thường xuyên với khách hàng hiện tại được đánh giá là lỗi khá điển hình của các luật sư và TCHNLS tại Việt Nam hiện nay. Dịch vụ pháp lý của luật sư có đặc thù là khách hàng có thể sẽ khó khăn trong việc đánh giá sự khác biệt về chất lượng dịch vụ pháp lý của luật sư và TCHNLS với các đối thủ cạnh tranh trên thị trường, đặc biệt đối với những khách hàng không có thói quen sử dụng dịch vụ pháp lý. Bên cạnh đó, không phải lúc nào khách hàng cũng ngay lập tức đánh giá và hiểu được giá trị của những sản phẩm do luật sư và TCHNLS cung cấp. Do đó khi đã có khách hàng sử dụng dịch vụ pháp lý và đã hài lòng về dịch vụ pháp lý mà mình cung cấp thì cần phải thường xuyên chăm sóc khách hàng đó, nếu không khả năng khách hàng đó quên

luật sư, TCHNLS hay bị các luật sư và tổ chức hàng nghề luật sư khác tiếp cận là điều hoàn toàn có thể xảy ra. Thực tế cho thấy, rất khó khăn để có được một khách hàng mới, chi phí về thời gian, nhân sự và các nguồn lực khác cũng tốn kém hơn nhiều việc tiếp cận với các khách hàng đã sử dụng dịch vụ của luật sư và TCHNLS.

- Nhiều luật sư và TCHNLS cho biết là chưa có kế hoạch marketing cụ thể, rõ ràng; chưa đo lường kết quả/hiệu quả thực hiện hoạt động marketing; chưa biết cách từ chối vụ việc, khách hàng gắn với việc quảng bá về các dịch vụ pháp lý khác và chưa tận dụng triệt để các kênh marketing sẵn có. Thực tế này phản ánh việc hiện còn rất nhiều luật sư và TCHNLS chưa có kiến thức và kỹ năng liên quan đến những vấn đề khá quan trọng của hoạt động marketing như chưa có kế hoạch marketing, chưa biết cách đo lường hiệu quả của hoạt động marketing cũng như chưa biết tận dụng các kênh marketing hiện có.

Từ những lỗi khi thực hiện hoạt động marketing của luật sư và TCHNLS thường gặp phải được nhận diện nêu trên cho thấy, phần lớn những lỗi nêu trên đều xuất phát từ việc thiếu hiểu biết các kiến thức, kỹ năng cơ bản về marketing gắn với đặc thù hoạt động nghề nghiệp của luật sư và TCHNLS.

2. Nhu cầu đào tạo, bồi dưỡng kiến thức, kỹ năng marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư tại Việt Nam

Tại nhiều quốc gia trên thế giới, hoạt động marketing của luật sư đã được quan tâm sớm hơn với các công trình nghiên cứu được công bố đầu thập niên 80 của thế kỷ trước. Từ những giai đoạn sơ khai này, trên cơ sở những khảo cứu tại bang Arkansas (Hoa Kỳ), D.K.Darden và các cộng sự của mình đã kết luận trong bài viết “*The Marketing of Legal Services*” (1981) đăng trên *Journal of Marketing* rằng việc sử dụng một chiến lược marketing thành công sẽ mang lại hiệu quả tốt hơn khi luật sư cung cấp dịch vụ

⁷ Top 10 Marketing Mistakes Lawyers Make and How to Avoid Them, <https://attorneyatlawmagazine.com/ten-marketing-mistakes-lawyers-avoid>, truy cập ngày 8/10/2021; Five internet marketing mistakes Lawyers make and How to avoid them. <https://www.justlegalmarketing.com/marketing-strategy>, truy cập ngày 8/10/2021.

⁸ Ý kiến của những người tham gia Khảo sát về Hoạt động marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư trong bối cảnh hội nhập quốc tế năm 2021.



pháp lý cho khách hàng⁹. Các kiến thức và kỹ năng cho luật sư về marketing đã được đưa vào trong các chương trình đào tạo của các trường luật tại Mỹ và trong các chương trình đào tạo kỹ năng thực hành nghề nghiệp (Legal Practice Course) tại nhiều trường đại học tại Anh.

Trong các chương trình đào tạo luật của các cơ sở đào tạo luật tại Việt Nam hiện nay đều chưa giảng dạy về các kiến thức và kỹ năng marketing cho người thực hành nghề luật. Các chương trình bồi dưỡng do Trung tâm bồi dưỡng nghiệp vụ luật sư thuộc Liên đoàn luật sư Việt Nam¹⁰ tổ chức trong nhiều năm trở lại đây chưa có khóa bồi dưỡng nào về hoặc liên quan đến kiến thức, kỹ năng marketing cho luật sư, TCHNLS.

Trong các chương trình đào tạo nghề luật sư hiện nay tại Học viện Tư pháp, một số kiến thức, kỹ năng về marketing cho luật sư mới bước đầu được đưa vào giảng dạy. Chương trình chi tiết đào tạo nghề luật sư chất lượng cao, một số kiến thức và kỹ năng liên quan đến marketing cho luật sư đã được giảng dạy trong các bài: Bài 2: Đạo đức và ứng xử nghề luật sư (Tọa đàm – Thiết lập, duy trì, phát triển quan hệ của luật sư với khách hàng (5 tiết); Tọa đàm – Những vấn đề luật sư cần lưu ý trong quan hệ với cơ quan tiến hành tố tụng và các cơ quan, tổ chức khác (5 tiết); Quan hệ của luật sư với cơ quan thông tin đại chúng (5 tiết); Cạnh tranh nghề nghiệp và hoạt động quảng cáo trong hành nghề luật sư (5 tiết); Xây dựng, duy trì, phát triển quan hệ đồng nghiệp trong hành nghề luật sư (5 tiết); Bài 3: Một số kỹ năng chung trong hành nghề luật sư (Kỹ năng giao tiếp, phỏng vấn). Chương trình chi tiết đào tạo luật sư phục vụ hội nhập quốc tế, một số vấn đề liên quan đến hoạt động marketing mới chỉ bước đầu được đề cập trong Bài 3: Quy tắc Đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư Việt Nam. Chương trình chi tiết đào tạo nghề luật sư theo hệ thống tín chỉ: Bài 2 – Đạo đức và ứng xử nghề luật sư; Bài 3 – Kỹ năng hỗ trợ trong hành nghề luật sư

(Kỹ năng giao tiếp, phỏng vấn (10 tiết cả lý thuyết và thực hành).

Với các thông tin nêu trên cho thấy, đa phần các kiến thức, kỹ năng về marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư chưa được đưa vào giảng dạy trong các chương trình đào tạo nghề luật sư một cách thích đáng. Đa phần các kiến thức, kỹ năng liên quan đến marketing được giảng dạy trong các bài về đạo đức hành nghề luật sư và với hình thức đào tạo là các buổi tọa đàm. Một số phân khúc nhỏ (kỹ năng giao tiếp) trong khối kiến thức và kỹ năng về marketing được giảng dạy trong phần các kỹ năng chung, kỹ năng hỗ trợ cho luật sư.

Khi được hỏi về việc nhu cầu tham gia chương trình bồi dưỡng về kiến thức, kỹ năng marketing, 79,9 % người tham gia khảo sát thể hiện nguyện vọng muốn tham gia khóa bồi dưỡng về kỹ năng marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư¹¹. Những người mong muốn tham gia khóa bồi dưỡng về marketing cho luật sư thể hiện nguyện vọng được bồi dưỡng các kiến thức, kỹ năng như sau: 70,8% muốn bồi dưỡng kiến thức cơ bản về marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư; 72,5% muốn bồi dưỡng kỹ năng xây dựng thương hiệu cá nhân cho luật sư; 55,6% muốn bồi dưỡng kỹ năng sử dụng các công cụ marketing truyền thống cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư; 79,2% muốn bồi dưỡng kỹ năng sử dụng các công cụ marketing số (digital marketing) cho luật sư, tổ chức hành nghề luật sư; 67,4% muốn bồi dưỡng kỹ năng xây dựng chiến lược, kế hoạch marketing cho luật sư; 65,2% muốn bồi dưỡng kỹ năng xây dựng chiến lược, kế hoạch marketing cho tổ chức hành nghề luật sư; 64% muốn bồi dưỡng kỹ năng xử lý khủng hoảng truyền thông cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư. Một số người tham gia khảo sát mong muốn được bồi dưỡng kỹ năng quản lý các kênh marketing một cách hiệu quả, kỹ năng viết blog cá nhân... (Xem tiếp trang 90)

⁹ Donna K. Darden, William R. Darden and G. E. Kiser (1981), “The Marketing of Legal Services”, Journal of Marketing Vol. 45, No. 2 (Spring, 1981), pp. 123-134 (12 pages), truy cập ngày 5/02/2021, link truy cập https://www.jstor.org/stable/1251671?read-now=1&seq=11#page_scan_tab_contents.

¹⁰ Đào tạo bồi dưỡng, <https://www.liendoanluatsu.org.vn/tin-dao-tao-boi-duong>, https://daotaoluatsu.edu.vn/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=111&Itemid=497 truy cập 10/8/2021.

¹¹ Ý kiến của những người tham gia Khảo sát về Hoạt động marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư trong bối cảnh hội nhập quốc tế năm 2021.

ĐỊNH HƯỚNG ĐÀO TẠO NGHỀ CÔNG CHỨNG CHẤT LƯỢNG CAO TẠI HỌC VIỆN TƯ PHÁP

Trần Minh Tiến¹

Tóm tắt: Hoạt động đào tạo nghề công chứng tại Học viện Tư pháp nhiều năm qua đã đóng góp thành tựu quan trọng tạo dựng nguồn nhân lực đáp ứng yêu cầu, chủ trương xã hội hóa hoạt động công chứng của Đảng và Nhà nước. Tuy nhiên, trước những đòi hỏi bức thiết của xã hội đối với hoạt động nghề nghiệp, tác động của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 đến hoạt động của nghề, Học viện Tư pháp cần phải có sự đổi mới trong đào tạo nghề công chứng. Đào tạo nghề công chứng chất lượng cao là giải pháp đáp ứng yêu cầu đổi mới đó. Từ đặc thù nghề nghiệp, thực trạng đào tạo hiện nay và yêu cầu phát triển nguồn nhân lực của Đảng, Nhà nước thời gian tới, bài viết đề xuất mô hình, phương thức tuyển sinh, sửa đổi bổ sung chương trình đào tạo, phương thức đào tạo nghề công chứng chất lượng cao của Học viện Tư pháp trong thời gian tới.

Từ khóa: Công chứng viên, văn phòng công chứng, chương trình đào tạo.

Nhận bài: 20/7/2021; Hoàn thành biên tập: 10/8/2021; Duyệt đăng: 23/8/2021.

Abstract: Training notaries at Judicial Academy, over the past years, has made important achievements in developing human resources to meet demands, guidelines of socialization of notarial activity of our Party and State. However, under urgent social requirements for professional activities and impact of the 4.0 Industrial revolutionary, Judicial Academy must renovate activity of training notaries. Training notaries with high quality is solution to meet that demand of renovation. From certain professional features, current situation of training and requirements of human resource development of the Party and State in the coming time, the article proposes model, method of admission, amendment and supplement of training program, method of training notaries with high quality at Judicial Academy in the coming time.

Keywords: Notaries, notarial office, training program.

Date of receipt: 20/7/2021; Date of revision: 10/8/2021; Date of Approval: 23/8/2021.

1. Nghề công chứng và thực trạng đào tạo nghề công chứng

Công chứng là việc công chứng viên (CCV) của một tổ chức hành nghề công chứng chứng nhận tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch dân sự khác bằng văn bản². CCV hoạt động trong các tổ chức hành nghề công chứng gồm Phòng công chứng hoặc Văn phòng công chứng. Văn phòng công chứng có CCV hợp danh và CCV hợp đồng. Tính đến thời điểm hiện nay, Việt Nam có 2.709 CCV hành nghề tại 1.186 tổ chức hành nghề công chứng, trong đó có 1.068 Văn phòng công chứng³. Có thể nói, cùng với sự phát triển của đời sống kinh tế - xã hội và chủ trương xã hội hóa mạnh, hoạt động công chứng

ngày càng trở nên phổ biến trong mọi giao dịch dân sự, thương mại đặc biệt là những giao dịch mà pháp luật yêu cầu phải công chứng, chứng thực. Hoạt động của nghề công chứng cơ bản đáp ứng nhu cầu công chứng và khẳng định vị trí, vai trò quan trọng trong đời sống kinh tế - xã hội, góp phần bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức, đóng góp vào sự phát triển của đất nước. Tuy nhiên, nghề công chứng cũng tiềm ẩn nhiều rủi ro pháp lý đòi hỏi CCV khi thực hiện trách nhiệm của mình cần phải có trình độ chuyên môn cao, kỹ năng giỏi để kiểm tra tính xác thực, hợp pháp của hợp đồng, giao dịch trước khi thực hiện công chứng nhằm bảo đảm an toàn pháp lý cho hoạt động nghiệp vụ, bảo vệ

¹ Thạc sỹ, Giảng viên chính, Trưởng phòng Đào tạo và Công tác học viên, Học viện Tư pháp.

² Xem Khoản 1 Điều 2 Luật công chứng năm 2014.

³ Nghị quyết số 172/NQ-CP ngày 19/11/2020 của Chính phủ về chính sách phát triển nghề công chứng.



được quyền lợi chính đáng của các bên tham gia hoặc có liên quan đến giao dịch, hợp đồng được công chứng. Được xem như người “Thẩm phán phòng ngừa”, CCV là người soạn thảo các văn bản công chứng, các hợp đồng, giao dịch, đảm bảo giá trị pháp lý đối với hợp đồng mà họ công chứng. Công chứng viên cũng là người đưa ra các lời khuyên, ý kiến tư vấn cho khách hàng đến công chứng, trả lời các câu hỏi về các vấn đề của vụ việc, giao dịch mà họ công chứng. Bên cạnh công việc chuyên môn, các CCV hợp danh là chủ văn phòng công chứng còn phải thực hiện các công việc về tổ chức quản trị văn phòng. Vì vậy, CCV thường xuyên phải nắm vững các vấn đề liên quan như quản trị nhân sự, tổ chức bố trí hoạt động trong văn phòng, thuế...

Để trở thành CCV, người có bằng cử nhân luật cần phải trải qua khóa đào tạo nghề công chứng (12 tháng) hoặc đối với một số trường hợp đặc biệt là khóa bồi dưỡng nghề công chứng (3 tháng) tại Học viện Tư pháp⁴. Sau khi tốt nghiệp, người học sẽ được cấp Giấy chứng nhận tốt nghiệp khóa đào tạo nghề công chứng hoặc Giấy chứng nhận tốt nghiệp khóa bồi dưỡng nghề công chứng, tập sự hành nghề tại các tổ chức hành nghề công chứng. Thời gian tập sự hành nghề công chứng là 12 tháng đối với người có giấy chứng nhận tốt nghiệp khóa đào tạo nghề công chứng và 06 tháng đối với người có giấy chứng nhận bồi dưỡng nghề công chứng. Thời gian tập sự hành nghề công chứng được tính từ ngày đăng ký tập sự. Hết thời gian tập sự, người đăng ký tập sự phải có báo cáo bằng văn bản về kết quả tập sự có nhận xét của CCV hướng dẫn và xác nhận của tổ chức hành nghề công chứng nhận tập sự gửi đến Sở Tư pháp nơi đăng ký tập sự và trải qua kỳ kiểm tra kết quả tập sự hành nghề công chứng do Bộ Tư pháp tổ chức hàng năm. Người đạt yêu cầu kiểm tra kết quả tập sự hành nghề công chứng được cấp giấy chứng nhận kết quả kiểm tra tập sự hành nghề công chứng. Trường hợp không đạt, người tập sự được phép đăng ký kiểm tra lại trong đợt sau

nhưng tổng số lần kiểm tra tối đa chỉ 03 lần. Người đạt yêu cầu kiểm tra kết quả tập sự hành nghề công chứng nộp hồ sơ xin bổ nhiệm CCV theo quy định. Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày nhận được văn bản và hồ sơ đề nghị bổ nhiệm CCV của Sở Tư pháp, Bộ trưởng Bộ Tư pháp xem xét, quyết định bổ nhiệm CCV.

Là cơ sở đào tạo nghề công chứng duy nhất của Việt Nam, Học viện Tư pháp bắt đầu tổ chức đào tạo nghề công chứng từ năm 2001. Trải qua 24 khóa đào tạo với 03 thời kỳ cho các chương trình đào tạo khác nhau⁵, Học viện Tư pháp đã và đang đào tạo được 10.457 học viên, công nhận tốt nghiệp cho 6.960 học viên⁶ tham gia các khóa đào tạo nghề công chứng viên.

Chương trình đào tạo nghề công chứng hiện tại được tuân thủ theo Chương trình khung do Bộ trưởng Bộ Tư pháp phê duyệt được tổ chức học trong thời hạn 12 tháng, có tổng thời lượng 38 tín chỉ được chia thành 03 khối kiến thức: về nghề công chứng và CCV (5TC), về kỹ năng hành nghề của CCV (27TC) và hành nghề công chứng (6TC). Toàn bộ chương trình có 05 học phần lý thuyết và 01 học phần thực tập. Kết thúc mỗi học phần, học viên được tổ chức đi thực tập theo 6 loại nhóm việc tại các tổ chức hành nghề công chứng mà học viên chủ động đăng ký gồm nhóm việc về nghề, nhóm việc về tài sản, nhóm việc về hôn nhân và gia đình, nhóm việc về thừa kế, nhóm việc về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và nhóm việc về các giao dịch khác. Kết thúc mỗi nhóm việc, học viên viết báo cáo nhóm việc. Chương trình trang bị cho học viên kiến thức và kỹ năng hành nghề công chứng đối với 37 loại hợp đồng công chứng thường gặp các loại và 32 công việc thường ngày của CCV. Chương trình đào tạo cũng đã trang bị cho học viên kiến thức và kỹ năng liên quan đến quy tắc đạo đức hành nghề công chứng, xử lý vi phạm, trình tự thủ tục công chứng, soạn thảo các văn bản trong hoạt động công chứng, xác định chủ thể, nhận dạng chữ viết, con dấu, con người trong hoạt động công chứng, các loại hợp đồng công chứng

⁴ Khoản 3 Điều 8 Luật công chứng năm 2014, Điều 7 Thông tư số 01/2021/TT-BTP ngày 03/02/2021 của Bộ Tư pháp quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật công chứng.

⁵ Chương trình đào tạo 6 tháng, 12 tháng theo niên chế và hiện nay là 12 tháng theo hệ thống tín chỉ.

⁶ Tính đến hết tháng 6 năm 2021.

thông dụng. Đối với mỗi loại hợp đồng công chứng, cơ cấu module bài học kỹ năng được thiết kế theo module Lý thuyết - Thực hành tình huống. Sau mỗi học phần sẽ có bài đối thoại và tọa đàm về những sai sót thường gặp trong hoạt động của nghề.

Để tham gia khóa đào tạo nghề công chứng, người học cần có trình độ cử nhân luật trở lên, nộp hồ sơ đăng ký xét tuyển, có nhu cầu mong muốn tham gia khóa học là được xét tuyển vào lớp đào tạo nghề công chứng. Thực tế, *đối tượng* học viên các lớp đào tạo nghề công chứng rất đa dạng, phong phú về trình độ học vấn, độ tuổi, kinh nghiệm nghề nghiệp, vùng miền và mục đích tham gia khóa học. Các học viên có thể đến từ các tổ chức hành nghề công chứng hoặc làm việc trong các bộ phận chứng thực tại các cơ quan quản lý hành chính nhà nước, trong các tổ chức cơ quan khác hoặc có thể chưa có việc làm. Đa phần học viên đều là những người còn trẻ, chưa có việc làm ổn định hoặc có dưới 3 năm kinh nghiệm làm việc. Thời gian gần đây, nhu cầu xã hội tham gia khóa đào tạo nghề công chứng rất cao trung bình trên 1.000 học viên/năm⁷. Các học viên tham gia khóa học với nhiều mục đích khác nhau có thể để hành nghề công chứng, có thể để phục vụ thêm cho công việc hiện tại, để chuẩn bị cho sau này trong khi chờ việc, để có thêm quan hệ hoặc chưa rõ mục đích.

Tham gia giảng dạy cho các khóa đào tạo nghề công chứng là *đội ngũ giảng viên* thỉnh giảng CCV hùng hậu, có năng lực chuyên môn, uy tín, tâm huyết với nghề. Các CCV này trực tiếp tham gia xây dựng góp ý cho chương trình đào tạo, biên soạn giáo trình, hồ sơ tình huống, hướng dẫn thực tập, đánh giá kết quả học tập.

Nhìn nhận, đánh giá một cách khách quan, có thể khẳng định rằng hoạt động đào tạo nghề công chứng của Học viện Tư pháp trong những năm qua đã đạt được nhiều thành tích, góp phần quan trọng trong việc cung ứng nguồn nhân lực thực hiện thành công chủ trương xã hội hóa hoạt động công chứng.

Cơ chế, chính sách về đào tạo nghề công chứng đã tạo cơ hội để người có nhu cầu học dễ dàng tham gia. Phạm vi hoạt động đào tạo được mở rộng, phân bố tương đối hợp lý ở các địa phương, vùng miền. Nhiều địa phương đã giải quyết được tình trạng khó khăn trong thiếu hụt nguồn nhân lực, phát triển nghề, hoạt động công chứng tại địa phương mình.

Chương trình đào tạo đảm bảo tính thực tiễn, đã có sự gắn kết với việc hành nghề, kết nối chặt chẽ với hoạt động nghề nghiệp, tổ chức hành nghề công chứng trong việc xây dựng chương trình đào tạo, đánh giá học viên, hỗ trợ thực hành thực tập tại tổ chức hành nghề công chứng cũng như tuyển dụng sau khi học viên tốt nghiệp. Việc gắn kết đó đã mang đến cho người học cơ hội cọ sát, cơ hội trải nghiệm, lĩnh hội kiến thức của nghề một cách thực tế, kinh nghiệm cuộc sống, kinh nghiệm công việc, đồng thời trang bị cho học viên khả năng thích ứng khi hòa mình vào dòng chảy của thị trường lao động một cách chủ động và tự tin, đáp ứng được yêu cầu cơ bản của việc đào tạo nguồn công chứng viên, có trình độ và kỹ năng chuyên môn.

Các điều kiện đảm bảo chất lượng đào tạo nghề công chứng như về đội ngũ giảng viên, phát triển chương trình, tài liệu giáo trình, cơ sở vật chất được cải thiện nên chất lượng và hiệu quả đào tạo có bước chuyển biến tích cực. Kỹ năng nghề của học viên tốt nghiệp đã được nâng lên. Nhiều học viên sau khi tốt nghiệp tìm được việc làm đúng chuyên môn hoặc tự tạo việc làm sau khi tốt nghiệp.

Mặc dù hoạt động đào tạo nghề công chứng được Học viện Tư pháp quan tâm phát triển và đạt nhiều thành tựu nhưng vẫn còn những hạn chế, tồn tại cần khắc phục và đổi mới. Trong nhiều năm qua, dù chương trình đào tạo nghề công chứng có nhiều sự đổi mới, phát triển về thời gian, hình thức và nội dung đào tạo nhưng cho đến nay Học viện Tư pháp chỉ có một chương trình chung duy nhất áp dụng cho người học ở tất cả các khóa, lớp không có sự phân định đối tượng người học về mục tiêu, kinh

⁷Năm 2017, Học viện Tư pháp tuyển sinh được 751 học viên; 2018 là 1.251 học viên; 2019 là 1.442 học viên; 2020 là 1.406 học viên; 2021 (tính đến ngày 30/6/2021) là 919 học viên.



những khi tham gia khóa đào tạo. Chất lượng đào tạo nghề công chứng chưa đạt được sự kỳ vọng do phụ thuộc lớn vào chất lượng đầu vào của chương trình đào tạo. Trong bối cảnh đa dạng hóa các hình thức đào tạo cử nhân luật (chính quy, tại chức, văn bằng hai, từ xa) và sự phát triển nhanh chóng số lượng cơ sở đào tạo cử nhân luật (95 cơ sở đào tạo luật, có trường đại học chuyên về luật, khoa luật thuộc trường đại học đa ngành, trường công, trường tư, trường mới thành lập) nhưng chất lượng đào tạo cử nhân luật lại không kiểm soát được, khó giám sát mức độ đạt được chuẩn đầu ra đối với chương trình đào tạo ngành Luật của các cơ sở đào tạo⁸ thì chất lượng đào tạo nghề công chứng sẽ là một thách thức không nhỏ. Thống kê kết quả 03 kỳ kiểm tra tập sự nghề công chứng gần đây cho thấy số thí sinh đạt yêu cầu là 914 người/1513 người tham gia, chiếm tỷ lệ 39,59%. Đó là chưa kể nhiều hồ sơ đăng ký thi kiểm tra tập sự bị loại vì không đủ điều kiện dự thi. Số lượng các vụ việc có văn bản công chứng bị tòa án tuyên hủy ngày càng tăng. Mô hình, chương trình đào tạo tuy đáp ứng được yêu cầu cơ bản của nghề. Người học tốt nghiệp có kỹ năng nghề nhất định nhưng trình độ chuyên môn, kỹ năng thực hành nghề còn hạn chế nhất định, chưa đáp ứng được nhu cầu của thị trường lao động nhất là các kỹ năng mềm, kiến thức và kỹ năng quản trị văn phòng công chứng, quản trị nguồn nhân lực của văn phòng, các vấn đề về thuế, các hợp đồng giao dịch phát sinh trong lĩnh vực kinh doanh thương mại, kỹ năng nhận diện, đánh giá xử lý, phòng ngừa lừa đảo của chủ thể tham gia hoạt động công chứng và đặc biệt là kỹ năng ứng dụng những thành tựu của cuộc cách mạng công nghiệp 4.0 (Big Data, Blockchain...) tác động đến hoạt động công chứng. Việc gắn kết giữa Học viện Tư pháp, CCV và tổ chức hành nghề công chứng vào hoạt động đào tạo còn chưa chặt chẽ, mang tính hệ thống, lâu dài, còn mang tính thụ động, ngắn hạn, hạn chế cả về phương thức, thời hạn và nội dung. Cơ chế phối hợp ba bên giữa Học viện Tư

pháp – Học viên – Tổ chức hành nghề công chứng chưa được hình thành.

2. Định hướng và giải pháp đào tạo nghề công chứng chất lượng cao

Đào tạo nghề là một trong những nhiệm vụ quan trọng tạo nguồn nhân lực có khả năng thích ứng với những biến đổi nhanh chóng của thị trường lao động, đáp ứng các yêu cầu của hội nhập quốc tế, góp phần phát triển nhanh và bền vững đất nước. Trong thời kỳ cách mạng công nghiệp 4.0 đào tạo nghề cần được phát triển mạnh cả về quy mô và chất lượng để đáp ứng tăng trưởng và phát triển bền vững. Tự chủ, chuẩn hóa và doanh nghiệp là ba khâu tạo ra đột phá cho giáo dục nghề nghiệp. Bên cạnh đó, Đảng và Nhà nước ta xác định một trong các giải pháp để thực hiện đột phá chiến lược phát triển kinh tế xã hội là “thay đổi phương thức giáo dục, đào tạo, nhất là giáo dục đại học, giáo dục nghề nghiệp. Chú trọng đào tạo nhân lực chất lượng cao”⁹ và riêng đối với hoạt động công chứng là “phát triển đội ngũ công chứng viên có chất lượng, số lượng phù hợp với nhu cầu xã hội”, “Chú trọng chất lượng đội ngũ công chứng viên ở tất cả các khâu đào tạo, bồi dưỡng tập sự hành nghề công chứng, bổ nhiệm công chứng viên; chuẩn hóa đầu vào của công tác đào tạo, bồi dưỡng nghề công chứng”¹⁰.

Như vậy, đào tạo nghề công chứng chất lượng cao là hướng đi đúng đắn, cần thiết trong thời gian tới của Học viện Tư pháp, vừa đáp ứng yêu cầu thực hiện chính sách của Đảng, Nhà nước về xây dựng và phát triển nguồn nhân lực tư pháp, vừa giải quyết được bài toán thực tiễn đáp ứng nhu cầu xã hội. Yêu cầu đặt ra là đào tạo nghề công chứng chất lượng cao tại Học viện Tư pháp phải đảm bảo tuân thủ chương trình khung đào tạo nghề luật sư do Bộ trưởng Bộ Tư pháp phê duyệt; dành cho người học thực sự có tố chất, năng lực, tâm huyết với nghề CCV; gắn kết đào tạo với thực tiễn hành nghề CCV. Triết lý của hoạt động đào tạo nghề công chứng chất lượng cao là học thông qua làm - “Learning by Doing”.

⁸ Dự thảo Đề án “Các giải pháp tăng cường kiểm soát chất lượng đào tạo luật”.

⁹ Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, tập I, tr 221.

¹⁰ Nghị quyết số 172/NQ-CP ngày 19/11/2020 của Chính phủ về chính sách phát triển nghề công chứng.

Để thực hiện được định hướng, triết lý này, Chương trình đào tạo nghề công chứng chất lượng cao sẽ hướng đến sự *đổi mới mục tiêu hay còn gọi là chuẩn đầu ra của chương trình đào tạo*. Chương trình định hướng và chú trọng vào kết quả, đầu ra của quá trình đào tạo, quan tâm đến từng người học có thể làm được việc gì trong một tình huống nghề nghiệp nhất định theo tiêu chuẩn đề ra. Với cách tiếp cận này, mục tiêu của chương trình đào tạo nghề công chứng chất lượng cao là hình thành ở người học các năng lực để họ thực hiện công việc của CCV theo các tiêu chuẩn nghề nghiệp.

Tiếp đó, chương trình đào tạo nghề công chứng chất lượng cao sẽ hướng đến người học có tố chất, kiến thức và tư duy pháp lý, năng lực chuyên môn tốt của người CCV. *Phương thức tuyển sinh* sẽ theo hướng tiến hành kiểm tra đánh giá năng lực đầu vào. Bài kiểm tra năng lực đầu vào là 01 bài thi viết có 03 phần thi. Phần thi thứ nhất (*60 phút*) là bài luận đánh giá năng lực tố chất của người học. Phần thi thứ hai (*60 phút*) là bài luận kiểm tra kiến thức nền tảng pháp lý, tư duy pháp lý pháp luật về tài sản của thí sinh. Phần thi thứ ba (*60 phút*) là bài luận kiểm tra kiến thức nền tảng pháp lý, tư duy pháp lý pháp luật về hợp đồng của thí sinh. Thí sinh trúng tuyển là thí sinh có điểm bài thi viết đạt điểm 5 trở lên trên thang điểm 10, được xét theo thứ tự từ cao xuống thấp đến hết chỉ tiêu tuyển sinh.

Chương trình đào tạo nghề công chứng chất lượng cao sẽ có sự sửa đổi một phần nội dung theo hướng tiếp cận năng lực thực hiện công việc của CCV. Các năng lực thực hiện mà người học sẽ tiếp thu trong quá trình đào tạo được trình bày dưới dạng công việc mà CCV phải thực hiện tại vị trí việc làm và được công bố cho người học biết trước khi vào học. Trên cơ sở chương trình khung đã được phê duyệt, các bài học trong chương trình cần được sắp xếp lại theo cấu trúc module công việc, có sự tích hợp giữa kiến thức chung, kiến thức chuyên ngành và kỹ năng nghề, có các module bắt buộc và module tự chọn, thiết kế theo hướng mở, linh hoạt, tạo điều kiện thuận lợi cho việc học theo nhịp độ riêng của từng cá nhân. Các module này có thể thay đổi hoặc bổ sung theo yêu cầu thay đổi của hoạt động nghề nghiệp. Chẳng hạn, học phần CC1 về nghề công

chứng và công chứng viên sẽ được thiết kế lại thành 02 module gồm module về nghề công chứng và module công chứng viên. Học phần CC2 kỹ năng chung sẽ gồm module thủ tục công chứng, chứng thực, module soạn thảo văn bản công chứng... Trong từng module sẽ bổ sung thêm một số nội dung mới cho phù hợp với yêu cầu phát triển của hoạt động nghề nghiệp. Ví dụ như module về nghề công chứng nên bổ sung khối kiến thức quản trị văn phòng công chứng với các nội dung về quản lý nhân sự, quản lý thuế, tổ chức điều hành văn phòng cần phải được bổ sung vào trong chương trình. Các bài học phân tích về sai sót trong những vụ việc công chứng bị tòa án hủy văn bản công chứng hoặc những bài học rút kinh nghiệm trong quá trình thanh kiểm tra tổ chức hành nghề công chứng cần được tiếp cận mở xê.

Để thực hiện được triết lý “Learning by Doing” trong đào tạo nghề công chứng chất lượng cao, *phương thức và phương pháp tổ chức đào tạo, đào tạo dựa trên công việc và đào tạo tại nơi làm việc* sẽ được triển khai thực hiện. Gắn kết với tổ chức hành nghề công chứng được xác định là khâu đột phá, giải pháp trọng tâm trong đào tạo nghề công chứng chất lượng cao, khẳng định sự khác biệt. Đào tạo theo công việc có nghĩa là tất cả các công việc mà CCV thực hiện tại nơi làm việc đều được lựa chọn để đưa vào chương trình đào tạo nghề CCV. Đào tạo tại nơi làm việc là phương pháp đào tạo CCV trực tiếp tại nơi làm việc, trong đó người học sẽ học những kiến thức và kỹ năng cần thiết thông qua việc thực hiện các công việc của CCV tại tổ chức hành nghề công chứng dưới sự hướng dẫn của giảng viên. Những kinh nghiệm và kiến thức thu được trong quá trình đào tạo này sẽ giúp cho học viên có khả năng thực hiện được những công việc cao hơn trong tương lai, hiểu được cách thức phối hợp thực hiện công việc của các bộ phận khác nhau, làm gia tăng sự hiểu biết và xây dựng văn hóa tổ chức. Tuy nhiên, để thực hiện được sự đổi mới này, đòi hỏi Học viện Tư pháp phải thay đổi cơ chế, ký hợp đồng hợp tác đào tạo với các tổ chức hành nghề công chứng xây dựng và xử lý mối quan hệ cơ chế ba bên trong đào tạo giữa Học viện Tư pháp – Học viên – Tổ chức hành nghề công chứng và Công



chứng viên là giảng viên thỉnh giảng của tổ chức hành nghề công chứng đó. Trong cơ chế này, các vấn đề về bí mật khách hàng, chế độ thù lao cho tổ chức hành nghề công chứng và CCV, học phí, chính sách tuyển dụng người học sau khi tốt nghiệp, kinh phí chi trả nguồn nhân lực được đào tạo theo mô hình này cho Học viện Tư pháp sẽ cần được đặt ra giải quyết.

Cuối cùng, chương trình đào tạo nghề công chứng chất lượng cao hướng đến việc *kiểm tra, đánh giá kết quả đào tạo* theo năng lực thực hiện. Đánh giá trong đào tạo theo năng lực thực hiện là một quá trình đo lường, thu thập chứng cứ và đưa ra những phán xét về một năng lực nào đó đã đạt được hay chưa ở người học tại một thời điểm nhất định theo những yêu cầu thực hiện đã xác định trong tiêu chuẩn nghề. Người học phải thực hiện các công việc theo cách thức giống như của CCV thực hiện trong thực tế, đảm bảo rằng sau khi học xong thì người học bước vào làm việc được chứ không phải là để đem so sánh với những người học khác như đánh giá kết quả học tập hiện nay. Chỉ

khi nào người học đã “đạt” tất cả các tiêu chuẩn đặt ra thì mới được công nhận đã học xong chương trình đào tạo.

Tóm lại, định hướng đào tạo nghề công chứng chất lượng cao là hướng đến đào tạo theo năng lực thực hiện, là phương thức đào tạo dựa trên tiêu chuẩn quy định cho nghề và đào tạo theo các tiêu chuẩn đó. Phương thức này có nhiều ưu điểm trong việc đào tạo đội ngũ CCV đáp ứng nhu cầu sử dụng do nó thiết lập được tiêu chuẩn chung giữa bên cung (các cơ sở đào tạo) và bên cầu (các tổ chức hành nghề công chứng) nhờ thiết lập hệ thống tiêu chuẩn năng lực thực hiện dựa trên sự thỏa thuận và thống nhất giữa các bên. Định hướng đào tạo đó đòi hỏi phải có sự thay đổi trong phương thức đào tạo về mục tiêu, nội dung chương trình, phương thức và phương pháp đào tạo, hệ thống kiểm tra đánh giá và cơ chế quản lý theo hướng mở, chuẩn hóa nhằm đáp ứng tốt nhu cầu sử dụng nguồn nhân lực của Việt Nam trong quá trình hội nhập quốc tế, góp phần khẳng định được thương hiệu, vị thế trong đào tạo của Học viện Tư pháp./.

ĐÀO TẠO, BỒI DƯỠNG KIẾN THỨC, KỸ NĂNG MARKETING CHO LUẬT SƯ VÀ TỔ CHỨC HÀNH NGHỀ LUẬT SƯ - NHU CẦU CẤP THIẾT TẠI VIỆT NAM

(Tiếp theo trang 84)

Khi được hỏi về sự cần thiết trong việc có nên bổ sung kỹ năng marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư vào giảng dạy trong các chương trình đào tạo tại Học viện Tư pháp, 83,5% người tham gia khảo sát đã trả lời là nên bổ sung kỹ năng này. Một số cá nhân cho rằng nên bổ sung nội dung này vào môn học nghề luật sư và đạo đức nghề luật sư trong các chương trình đào tạo luật sư tại Học viện Tư pháp (16,8%). Một số ý kiến khác cho rằng có thể bổ sung kiến thức, kỹ năng marketing dưới hình thức một môn học tự chọn vì đây là phần kiến thức, kỹ năng tập trung vào việc phát triển sự nghiệp (46,5%); 19,5% như một bài học với thời lượng nhiều buổi học trong một môn học; 16,8%

cho rằng cần tổ chức dưới hình thức các hoạt động ngoại khóa¹².

Qua việc nhận diện, phân tích và đánh giá về thực trạng kiến thức, kỹ năng marketing của luật sư và TCHNLS tại Việt Nam nêu trên có thể thấy được sự cần thiết phải có sự nghiên cứu xây dựng, triển khai các khóa bồi dưỡng và lồng ghép các kiến thức, kỹ năng về marketing trong các chương trình đào tạo nghề luật sư tại Việt Nam hiện nay. Có được sự đào tạo bài bản và bồi dưỡng cập nhật thường xuyên về các kiến thức, kỹ năng marketing, các luật sư và TCHNLS có thể định vị, nâng cao vị thế và năng lực cạnh tranh trong bối cảnh hội nhập quốc tế hiện nay./.

¹² Ý kiến của những người tham gia Khảo sát về Hoạt động marketing cho luật sư và tổ chức hành nghề luật sư trong bối cảnh hội nhập quốc tế năm 2021.

MỘT SỐ HÌNH ẢNH HOẠT ĐỘNG CỦA HỌC VIỆN TƯ PHÁP



Hội nghị trực tuyến Ban Quản lý Dự án Hỗ trợ Học viện Tư pháp Lào, đánh giá kết quả thực hiện Kế hoạch hoạt động năm 2020 và 6 tháng đầu năm 2021, thống nhất triển khai kế hoạch hoạt động 6 tháng cuối năm 2021 tại điểm cầu Hà Nội, ngày 26 tháng 7 năm 2021.



Hội nghị trực tuyến Ban Quản lý Dự án Hỗ trợ Học viện Tư pháp Lào, đánh giá kết quả thực hiện Kế hoạch hoạt động năm 2020 và 6 tháng đầu năm 2021, thống nhất triển khai kế hoạch hoạt động 6 tháng cuối năm 2021 tại điểm cầu Vinh Chăn, ngày 26 tháng 7 năm 2021.

MỘT SỐ HÌNH ẢNH HOẠT ĐỘNG CỦA HỌC VIỆN TƯ PHÁP



Họp Hội đồng nghiệm thu đề tài nghiên cứu khoa học cấp cơ sở: “Hoạt động marketing của luật sư và tổ chức hành nghề luật sư trong bối cảnh hội nhập quốc tế”, ngày 30 tháng 7 năm 2021.



Hội thảo khoa học: “Thực tiễn giải quyết tranh chấp yêu cầu tuyên bố văn bản công chứng vô hiệu”, ngày 10 tháng 8 năm 2021.

MỘT SỐ HÌNH ẢNH HOẠT ĐỘNG CỦA HỌC VIỆN TƯ PHÁP



Hội nghị khoa học: “Đào tạo nghề luật sư theo hình thức kết hợp giữa trực tuyến và trực tiếp – Cơ hội và thách thức” tại điểm cầu Học viện Tư pháp, ngày 12 tháng 8 năm 2021.



Hội nghị khoa học: “Đào tạo nghề luật sư theo hình thức kết hợp giữa trực tuyến và trực tiếp – Cơ hội và thách thức” qua phần mềm kết nối trực tuyến, ngày 12 tháng 8 năm 2021.