

PHÒNG VẤN THỨ TRƯỞNG BỘ TƯ PHÁP ĐẶNG HOÀNG OANH VỀ ĐỊNH HƯỚNG VÀ GIẢI PHÁP PHÁT TRIỂN HỌC VIỆN TƯ PHÁP TRONG THỜI GIAN TỚI



Đồng chí: Đặng Hoàng Oanh, Ủy viên Ban cán sự Đảng - Thứ trưởng Bộ Tư pháp

Ngày 15 tháng 01 năm 2019, tại Hội nghị triển khai nhiệm vụ công tác năm 2019 của Học viện Tư pháp, phóng viên Tạp chí Nghề luật - Học viện Tư pháp đã có buổi phỏng vấn đồng chí Đặng Hoàng Oanh, Ủy viên Ban cán sự Đảng - Thứ trưởng Bộ Tư pháp về định hướng và giải pháp phát triển Học viện Tư pháp trong thời gian tới. Sau đây là toàn văn buổi trả lời phỏng vấn của Thứ trưởng.

Phóng viên: Kính thưa Thứ trưởng, trên cương vị lãnh đạo Bộ Tư pháp phụ trách Học viện Tư pháp, Thứ trưởng đánh giá như thế nào về các mặt công tác của Học viện trong năm 2018 ?

Thứ trưởng Đặng Hoàng Oanh: Trong năm 2018 Học viện Tư pháp đã tích cực chủ động triển khai nhiệm vụ kế hoạch công tác và đạt được nhiều kết quả tích cực. Cụ thể:

Về công tác đào tạo, bồi dưỡng: Năm 2018, Học viện Tư pháp đã tuyển sinh đào tạo mới 4.955 học viên, đạt 163% so với chỉ tiêu kế hoạch được giao, tăng 23% so với năm 2017; bồi dưỡng 5.333 lượt học viên trong đó có 1.488 lượt là công chức, viên chức thuộc thẩm quyền quản lý của Bộ Tư pháp, 3.421 lượt bồi dưỡng theo nhu cầu xã hội, và 424 lượt học viên tham gia lớp bồi dưỡng kiến thức luật sư, góp phần nâng cao chất lượng nguồn nhân lực và hoàn thiện tiêu chuẩn chức danh nghề nghiệp và chức vụ quản lý theo quy định. Đây là kết quả khá ấn tượng về công tác đào tạo, bồi dưỡng của Học viện Tư pháp. Bên cạnh đó Học viện đã thực hiện chuyển đổi các chương

trình đào tạo các chức danh tư pháp từ hình thức niên chế sang hình thức tín chỉ; xây dựng thành công Chương trình đào tạo nghề Luật sư chất lượng cao. Đặc biệt năm 2018, Học viện Tư pháp lần đầu tiên triển khai thành công các mô hình đào tạo mới và khó như: Đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư; Đào tạo Luật sư phục vụ hội nhập quốc tế; Đào tạo Trung cấp lý luận chính trị - hành chính. Với các mô hình đào tạo mới này, Học viện Tư pháp đã thu hút được nhiều học viên tham gia khóa học.

Về công tác tổ chức cán bộ: Học viện đã thực hiện tốt quy trình, thủ tục rà soát, điều chỉnh, bổ sung quy hoạch lãnh đạo cấp Vụ, cấp Phòng giai đoạn 2017-2021 và xây dựng quy hoạch giai đoạn 2021-2026 theo đúng quy trình của Bộ Tư pháp. Học viện cũng đã trình Lãnh đạo Bộ phê duyệt Đề án vị trí việc làm giai đoạn 2018-2020, tham mưu hoàn thiện, ban hành các văn bản đề án kiện toàn tổ chức bộ máy nâng cao hiệu quả hoạt động của Học viện theo yêu cầu của ND số 96/2017/NĐ-CP và các NQ18, 19 của Trung ương. Đặc biệt, Học viện Tư pháp đã phối hợp với Vụ Tổ chức cán bộ, Bộ Tư pháp xây dựng, thực hiện thành công Đề án thi tuyển chức danh Phó Giám đốc Học viện và được Bộ trưởng Bộ Tư pháp bổ nhiệm 01 đồng chí Phó Giám đốc Học viện đã đạt kết quả cao trong kỳ thi tuyển. Bên cạnh đó, Lãnh đạo Học viện Tư pháp đã luôn quan tâm chỉ đạo bổ sung phát triển, nâng cao chất lượng đội ngũ giảng viên thông qua các hoạt động nghiên cứu khoa học, tham gia vào công tác tư vấn pháp luật, thực hành nghề và tham gia các khóa bồi dưỡng, đào tạo sau đại học.

Về công tác nghiên cứu khoa học, xây dựng chương trình, biên soạn giáo trình, tài liệu, hồ sơ tình huống, xuất bản Tạp chí Nghề luật: Là cơ sở giáo dục đào tạo, bồi dưỡng, Học viện Tư pháp rất quan tâm đến hoạt động nghiên cứu khoa học, nhất là trong việc ứng dụng hoạt động nghề luật. Năm 2018, Học viện Tư pháp đã hoàn thành 28/28 nhiệm vụ về nghiên cứu khoa học, xây dựng chương trình đào tạo, giáo trình, tài liệu; xuất bản 9 số Tạp chí Nghề luật và được giao thực hiện đề tài khoa học cấp Bộ “Đào tạo, bồi dưỡng nguồn nhân lực của ngành tư pháp đáp ứng yêu cầu đặt ra từ cuộc cách mạng Công nghiệp 4.0”. Đây là thành tích đáng ghi nhận, góp phần nâng cao chất lượng đào tạo, bồi dưỡng tại Học viện Tư pháp.



Về công tác hợp tác quốc tế: Học viện Tư pháp đã thực hiện thành công các hoạt động thuộc kế hoạch năm đầu tiên của Dự án hỗ trợ Học viện Tư pháp quốc gia Lào từ nguồn vốn viện trợ của Chính phủ Việt Nam như hỗ trợ Bộ Tư pháp Lào xây dựng ban hành 06 chương trình đào tạo, bồi dưỡng (Chương trình đào tạo nghiệp vụ thi hành án; Chương trình đào tạo nghề công chứng; Chương trình đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư; Chương trình bồi dưỡng kỹ năng xây dựng văn bản pháp luật; Chương trình bồi dưỡng kỹ giải quyết tranh chấp kinh tế bằng hòa giải, quyết định bằng trọng tài viên; Chương trình kỹ năng tuyên truyền, phổ biến pháp luật); đào tạo nghề công chứng, nghiệp vụ thi hành án cho cán bộ, công chức, giảng viên Lào tại Việt Nam. Học viện cũng tiếp tục thực hiện các hoạt động trong khuôn khổ các văn kiện hợp tác đã ký với các đối tác nước ngoài, đẩy mạnh việc thu hút nhiều chuyên gia, giảng viên có uy tín của nước ngoài tham gia giảng dạy cho các lớp đào tạo Luật sư phục vụ hội nhập quốc tế tại Học viện Tư pháp.

Bên cạnh các hoạt động chuyên môn, Học viện Tư pháp đã thực hiện nhiều hoạt động thiện nguyện, phong trào văn hóa, văn nghệ, thể thao; chăm lo đến đời sống vật chất, tinh thần của công chức, viên chức, người lao động, tạo bầu không khí làm việc đoàn kết, nhiệt huyết, hăng say. Năm 2018 nhiều tập thể, cá nhân của Học viện đạt được nhiều danh hiệu thi đua khen thưởng cao và đặc biệt Tập thể Học viện Tư pháp được công nhận là điển hình tiên tiến của Ngành Tư pháp, được Bộ trưởng Bộ Tư pháp tặng bằng khen.

Với những kết quả đã đạt trong 20 năm đào tạo, bồi dưỡng chức danh tư pháp, hỗ trợ tư pháp và nghiên cứu khoa học, nhân dịp kỷ niệm 20 năm ngày thành lập, Học viện Tư pháp đã vinh dự được Nhà nước tặng thưởng Huân chương lao động hạng Ba và được Nhà nước Cộng hòa dân chủ nhân dân Lào trao tặng Huân chương lao động hạng Ba. Kết quả ấn tượng trên là sự nỗ lực cao của các cá nhân, đơn vị thuộc Học viện Tư pháp. Tôi đánh giá cao sự đoàn kết, sự khởi sắc trong công tác của Học viện.

Thay mặt lãnh đạo Bộ Tư pháp, tôi xin biểu dương và đánh giá cao những kết quả mà Học viện đã đạt được trong suốt 20 năm qua và đặc biệt là năm 2018. Tuy nhiên, bên cạnh những kết quả đạt được, năm 2019 và những năm tiếp theo Học viện Tư pháp cần khắc phục một số hạn chế, tồn tại như:

Một số chức danh như đào tạo nghề đấu giá, đào tạo luật sư hội nhập quốc tế chưa đạt chỉ tiêu theo kế hoạch được giao; công tác tuyển dụng viên chức còn chậm; tiến độ thực hiện một số nhiệm vụ nghiên cứu khoa học, xây dựng giáo trình còn phải điều chỉnh thời gian thực hiện; công tác ứng dụng công nghệ thông tin trong quản lý đào tạo và quản lý nội bộ chưa thực sự đổi mới trong bối cảnh cuộc Cách mạng Công nghiệp 4.0.

Phóng viên: *Xin Thủ trưởng cho biết về định hướng phát triển Học viện Tư pháp trong năm 2019 và những năm tiếp theo ?*

Năm 2019 và những năm tiếp theo, Học viện Tư pháp cần khắc phục được những hạn chế nêu trên, đồng thời phải tiếp tục đổi mới sáng tạo trong giảng dạy, học tập và nghiên cứu; chủ động, mạnh dạn hơn nữa đưa ra các giải pháp để thực hiện quyết liệt, hiệu quả các nhiệm vụ được giao theo Quyết định số 2083/QĐ-TTg ngày 8/11/2013 của Thủ tướng Chính phủ phê duyệt Đề án “Xây dựng Học viện Tư pháp thành Trung tâm lớn đào tạo các chức danh tư pháp” và gần đây là các ý kiến chỉ đạo của đồng chí Trương Hòa Bình, Ủy viên Bộ Chính trị, Phó Thủ tướng thường trực Chính phủ tại Lễ kỷ niệm 20 năm thành lập Học viện Tư pháp nhằm tạo sự đột phá trong việc nâng cao chất lượng đào tạo nguồn nhân lực phục vụ Chiến lược cải cách tư pháp, xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa và hội nhập quốc tế.

Phóng viên: *Thưa Thủ trưởng, để thực hiện các định hướng phát triển trên, trong năm 2019 và những năm tiếp theo Học viện Tư pháp cần phải tập trung thực hiện những giải pháp nào ?*

Thủ trưởng Đặng Hoàng Oanh: Để Học viện Tư pháp tiếp tục phát triển và là Trung tâm lớn về đào tạo các chức danh tư pháp của cả nước, trong năm 2019 và những năm tiếp theo, Học viện Tư pháp cần tập trung vào các giải pháp sau đây:

Thứ nhất, Đảng ủy, Ban Giám đốc Học viện Tư pháp cần tập trung và tăng cường hơn nữa công tác lãnh đạo, chỉ đạo, điều hành và tăng cường quán triệt, nâng cao nhận thức của công chức, viên chức, người lao động về trách nhiệm thực thi nhiệm vụ được giao. Huy động mọi nguồn lực, phát huy trí tuệ tập thể, sức mạnh đoàn kết nội bộ và xác định rõ nhiệm vụ công tác trọng tâm cần ưu tiên triển khai cũng như lộ trình thực hiện phù hợp, xây dựng kế hoạch cụ thể để hoàn thành chất lượng, hiệu quả các nhiệm vụ được giao.

Thứ hai, cần nghiên cứu, bám sát các nhiệm vụ trọng tâm của Bộ Tư pháp, của Ngành Tư pháp trong năm 2019 và ý kiến phát biểu chỉ đạo của Thủ tướng Chính phủ tại Hội nghị toàn quốc triển khai công tác tư pháp năm 2019 để xác định các nhiệm vụ trọng tâm của Học viện, đồng thời tiếp tục thực hiện có chất lượng, hiệu quả Đề án “Xây dựng Học viện Tư pháp thành Trung tâm lớn đào tạo các chức danh tư pháp”, Đề án đào tạo Luật sư phục vụ hội nhập quốc tế. Trong năm 2019 và những năm tiếp theo Học viện Tư pháp cần phát huy mọi nguồn lực để thực hiện thành công chương trình đào tạo nghề luật sư chất lượng cao và tiếp tục thực hiện tốt các mô hình đào tạo mới như: Đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư; Đào tạo Luật sư phục vụ hội nhập quốc tế; Đào tạo Trung cấp lý luận chính trị - hành chính.

Thứ ba, thực hiện các giải pháp đồng bộ nhằm nâng cao chất lượng đào tạo các chức tư pháp, hỗ trợ tư pháp và tổ chức tốt các lớp bồi dưỡng cho cán bộ, công chức viên chức, người lao động thuộc thẩm quyền quản lý của Bộ Tư pháp và bồi dưỡng theo nhu cầu xã hội.

Để nâng cao chất lượng đào tạo, bồi dưỡng, Học viện Tư pháp phải tiếp tục đổi mới nội dung chương trình, phương pháp đào tạo, bồi dưỡng, đồng thời đa dạng hóa tài liệu phục vụ giảng dạy và học tập như sưu tầm, khai thác hồ sơ tình huống mới, xây dựng các video clip phiên tòa giả định và các tình huống tư vấn pháp luật; đổi mới hệ thống quản trị đào tạo, xây dựng hệ thống đảm bảo chất lượng đào tạo, bồi dưỡng. Bên cạnh đó, Học viện Tư pháp phải chú trọng xây dựng đội ngũ giảng viên giỏi về chuyên môn nghiệp vụ và đủ năng lực để thực hiện các nhiệm vụ được giao. Đối với đội ngũ giảng viên cơ hữu cần bồi dưỡng kinh nghiệm thực tế tại các tổ chức hành nghề. Đặc biệt đối với đội ngũ giảng viên thỉnh giảng, Học viện Tư pháp cần xây dựng cơ chế chính sách, chế độ đãi ngộ nhằm thu hút, phát triển đội ngũ giảng viên thỉnh giảng; ghi nhận và vinh danh sự đóng góp của đội ngũ giảng viên thỉnh giảng, giữ vững mối quan hệ tốt giữa nhà trường với giảng viên để giảng viên thỉnh giảng gắn bó với Học viện và nhiệt huyết với sự nghiệp trồng người. Cần tăng cường kỷ luật, kỷ cương hành chính nhằm tạo chuyển biến mạnh mẽ trong việc nâng cao chất lượng đào tạo, bồi dưỡng.

Thứ tư, tiếp tục sắp xếp, kiện toàn tổ chức bộ máy theo hướng tinh gọn, hiệu quả và đảm bảo đáp

ứng các yêu cầu theo tinh thần nghị quyết số 18/NQ-TW ngày 25/10/2017 về một số vấn đề về tiếp tục đổi mới, sắp xếp tổ chức bộ máy của hệ thống chính trị tinh gọn, hoạt động hiệu lực, hiệu quả và Nghị quyết số 19/NQ-TW ngày 25/10/2017 về tiếp tục đổi mới hệ thống tổ chức và quản lý, nâng cao chất lượng và hiệu quả hoạt động của các đơn vị sự nghiệp công lập. Triển khai Đề án vị trí việc làm và thực hiện Kế hoạch tuyển dụng viên chức của Học viện đảm bảo đúng quy định của pháp luật.

Thứ năm, tiếp tục đẩy mạnh hoạt động nghiên cứu khoa học nhằm giải quyết những vấn đề lý luận và thực tiễn trong đời sống pháp luật, tư pháp đặt ra, phục vụ thiết thực hoạt động đào tạo, bồi dưỡng và có thể chuyển giao ứng dụng tại các cơ quan nhà nước, các cơ sở đào tạo.

Thứ sáu, tiếp tục duy trì và đẩy mạnh hoạt động hợp tác quốc tế trong giáo dục đào tạo nhằm thu hút, tận dụng nguồn lực của các đối tác quốc tế phục vụ nhiệm vụ đào tạo, bồi dưỡng của Học viện, đặc biệt là công tác triển khai thực hiện chương trình đào tạo mới, chương trình đào tạo chất lượng cao. Học viện sẽ cùng với các đơn vị thuộc Bộ Tư pháp phải quyết tâm triển khai và thực hiện thành công Dự án ODA hỗ trợ cho Học Tư pháp quốc gia Lào.

Thứ bảy, tổ chức triển khai thực hiện phương án tự chủ tài chính giai đoạn 2019-2021 sau khi được Lãnh đạo Bộ Tư pháp phê duyệt và tiếp tục khai thác hiệu quả trụ sở của Học viện Tư pháp tại Hà Nội và tại Cơ sở thành phố Hồ Chí Minh theo đúng quy định của pháp luật.

Thứ tám, tiếp tục đẩy mạnh ứng dụng công nghệ thông tin đáp ứng yêu cầu quản lý, điều hành của Học viện.

Với những gì Học viện đã đạt được trong năm 2018, với sự quan tâm, chỉ đạo sâu sát của Ban cán sự Đảng, Lãnh đạo Bộ Tư pháp và với quyết tâm cao của Học viện, tôi tin tưởng rằng năm 2019 với sự đoàn kết, đồng lòng của tập thể lãnh đạo công chức, viên chức, người lao động, Học viện sẽ đạt được nhiều thắng lợi mới.

Nhân dịp năm mới, thay mặt Lãnh đạo Bộ Tư pháp, tôi xin chúc toàn thể công chức, viên chức, người lao động Học viện có sức khỏe, sức trẻ, nhiệt huyết, thực hiện thành công chủ đề thi đua năm 2019.

Phóng viên: Một lần nữa xin trân trọng cảm ơn Thứ trưởng đã trả lời phỏng vấn. Kính chúc Thứ trưởng và gia đình luôn mạnh khỏe và thành công.



VẤN ĐỀ KIỂM SOÁT QUYỀN LẬP PHÁP TẠI VIỆT NAM HIỆN NAY

Trương Hồng Quang¹

Tóm tắt: Kiểm soát quyền lực gắn liền với sự xuất hiện của nhà nước. Việc phải quy định kiểm soát của quyền lực nhà nước bằng những trách nhiệm của nhà nước là một quy luật khách quan của sự phát triển xã hội, một khi mà xã hội cần đến nhà nước. Trong giai đoạn xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa ở Việt Nam hiện nay, việc làm sáng tỏ về mặt lý luận cũng như thực tiễn về kiểm soát quyền lực nhà nước đồng thời đưa ra giải pháp để hoàn thiện cơ chế này đóng vai trò rất quan trọng. Bài viết dưới đây trao đổi một số vấn đề liên quan đến việc kiểm soát quyền lập pháp tại Việt Nam hiện nay.

Từ khóa: Kiểm soát quyền lực, quyền lập pháp, quyền lực nhà nước, ủy quyền lập pháp
Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 25/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Controlling power is attached with the formation of the state. Regulation of controlling state power via state responsibility is an objective rule of the social development when the society needs the state. In the period of building the Law-governed state of the Socialist Republic of Vietnam now, clarifying regarding to the theory and reality of controlling state and suggesting solutions to finalize this mechanism play an important role. The below article exchanges views on issues related to controlling legislative power in Vietnam recently.

Keywords: controlling power, legislative power, state power, legislative authority

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 25/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

1. Dẫn nhập

Khi đã hình thành quyền lực thì phải có sự kiểm soát quyền lực. Việc hình thành quyền lực, dù là quyền lực của tổ chức hay là của cá nhân, thì cũng phải được kiểm soát. Nếu quyền lực nhà nước không được kiểm soát sẽ dễ dẫn đến tình trạng lạm quyền, lạm quyền, chuyên quyền, lợi dụng quyền lực để trục lợi, hoặc làm sai lệch bản chất của Nhà nước pháp quyền. Kiểm soát quyền lực là nguyên tắc của Nhà nước pháp quyền, để các cơ quan lập pháp, hành pháp, tư pháp thực thi có hiệu quả và hiệu lực chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn được Hiến pháp quy định và được Nhân dân ủy quyền². Mọi quyền lực thuộc về Nhân dân, các cơ quan lập pháp, tư pháp và hành pháp được Nhân dân ủy quyền và được Hiến pháp quy định, thì các quyền lực đó phải được kiểm soát chặt chẽ; tránh tình trạng tổ chức hoặc cá nhân lợi dụng quyền lực để phục vụ cho lợi ích cá nhân, lợi ích nhóm. Thực tế điều hành đất

nước, quản lý xã hội trong thời gian qua đã cho bài học sâu sắc: nơi nào, cấp nào thiếu vắng kiểm soát, giám sát quyền lực là nơi đó có vấn đề về lạm quyền.

Quyền lực nhà nước được tạo thành từ ba quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Khái niệm quyền lập pháp (quyền làm luật) cần được phân biệt với khái niệm quyền soạn thảo luật. Pháp luật cho phép một đạo luật có thể được rất nhiều chủ thể khác nhau soạn thảo và trình lên Quốc hội. Trong thực tế nước ta, đa số các đạo luật đều do Chính phủ soạn thảo, một số ít được thực hiện bởi các chủ thể khác. Như vậy, chủ thể có quyền lập pháp không nhất thiết là chủ thể soạn thảo luật. Nội dung cốt lõi của quyền lập pháp chính là quyền đồng ý hoặc không đồng ý thông qua một chính sách hoặc một dự luật nào đó. Quy định Quốc hội là chủ thể duy nhất có quyền lập pháp nghĩa là chỉ Quốc hội mới có quyền thông qua các dự án luật, tạo nên những chuẩn mực buộc các chủ thể trong xã hội phải thực hiện³.

¹ Nghiên cứu viên, Viện Khoa học pháp lý, Bộ Tư pháp.

² Xem: Lê Như Tiến (2013), *Tại sao phải kiểm soát quyền lực?*, <http://daibieunhandan.vn/default.aspx?tabid=76&NewsId=271496>, ngày 02/02/2013.

³ Xem: Cao Anh Đô (2011), “Bàn về quyền lập pháp và mô hình lập pháp”, *Tạp chí Nghiên cứu lập pháp*, số 24(209), tr.12-17.

2. Một số vấn đề về kiểm soát quyền lập pháp tại Việt Nam và khuyến nghị

2.1. Cơ sở pháp lý và thiết chế kiểm soát quyền lập pháp

Quốc hội là cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, có quyền lập hiến, lập pháp, cơ quan có quyền quyết định các vấn đề quan trọng của đất nước, đặc biệt có quyền tối cao trong việc giám sát các hoạt động của các cơ quan nhà nước khác, song Hiến pháp 2013 chưa có quy định nào về kiểm soát quyền lập pháp của Quốc hội và không xác định cơ quan nào kiểm soát việc thực hiện quyền của Quốc hội. Trong cả 04 bản Hiến pháp trước đây của nước ta cũng đều chưa đề cập đến. Như vậy, nguyên lý mọi quyền lực đều được kiểm soát chưa được bảo đảm về mặt pháp lý cho dù lý luận và thực tiễn đã đặt ra từ lâu. Vì vậy, để cơ chế kiểm soát quyền lực được thực thi một cách hiệu quả cần xác lập cơ chế kiểm soát quyền lập pháp. Xây dựng thiết chế độc lập có chức năng phán quyết các quy định, các văn bản pháp luật và các hành vi vi hiến của các cá nhân và tổ chức, nhằm bảo đảm khả năng loại bỏ sự lạm dụng quyền lực của bất kỳ nhánh quyền nào trong bộ máy nhà nước.

Trong các thiết chế độc lập đó, cơ quan bảo hiến đóng vai trò rất quan trọng. Khoản 2 Điều 119 Hiến pháp năm 2013 quy định “*Cơ chế bảo vệ Hiến pháp do luật định.*” Có thể thấy, Hiến pháp là đạo luật cơ bản quy định về tổ chức quyền lực nhà nước và bảo vệ các quyền con người. Về bản chất, mọi vấn đề của Hiến pháp đều gắn với vấn đề quyền con người. Trước hết, việc tổ chức quyền lực nhà nước theo những thể thức giới hạn, kiểm soát quyền lực có mục đích căn bản là bảo vệ các quyền tự nhiên, quyền con người. Mỗi mô hình bảo hiến, cơ quan bảo hiến cụ thể có vai trò, thực hiện các phương thức, quy trình khác nhau trong việc bảo vệ quyền con người. Có nhiều yếu tố bảo đảm, tác động đến vị trí, vai trò của bảo hiến trong việc bảo vệ quyền con người.

Mặc dù tại Việt Nam hiện nay có khá nhiều cơ quan có chức năng bảo vệ hiến pháp nhưng thời gian tới rất cần xây dựng cơ chế bảo hiến độc lập (Hội đồng/Tòa án Hiến pháp). Nghiên cứu về cơ quan bảo hiến tại Việt Nam đã được khá nhiều tác giả đề cập với nhiều đề xuất khác nhau, cho đến nay vẫn chưa thực sự thống nhất quan điểm. Trước khi lựa chọn mô hình thích hợp cho Việt Nam, cần phải làm rõ vài vấn đề liên quan đến việc áp dụng cơ chế bảo hiến của Việt Nam⁴ như sau:

- Cần làm rõ sự tương thích của cơ chế bảo hiến với nguyên tắc thống nhất quyền lực ở Việt Nam⁵;
- Năng lực để thực hiện cơ chế bảo hiến;
- Về tính độc lập của cơ chế bảo hiến, dù đó là Tòa án bảo hiến, Tòa án tối cao, hay là một mô hình khác;
- Nhu cầu sử dụng cơ chế bảo hiến;
- Sự phân định giữa cơ quan bảo hiến và những thiết chế hiện có ở Việt Nam để thực hiện kiểm soát tính hợp hiến của các văn bản quy phạm pháp luật như thẩm định, thẩm tra.

Có thể nhận thấy, cho dù theo mô hình nào thì mục đích cuối cùng của những cơ quan này là bảo vệ Hiến pháp - đạo luật tối cao của đất nước; bảo đảm Nhà nước pháp quyền. Tính tối thượng của Hiến pháp không chỉ bao hàm sự tuân thủ của những nguồn luật pháp khác, mà còn của tất cả các nhánh khác của quyền lực nhà nước, trong đó có quyền lập pháp. Hoạt động bảo hiến dù với hình thức hiến định nào chăng nữa đều thực hiện những nhiệm vụ chung về bảo vệ hiến pháp: bảo đảm sự ổn định và tối cao của hiến pháp, sự tuân thủ những mối quan hệ hữu cơ giữa các cơ quan quyền lực nhà nước, bảo vệ những quyền và lợi ích hợp pháp của công dân.

2.2. Kiểm soát quyền lập pháp và vấn đề hạn chế quyền con người, quyền công dân

Vấn đề hạn chế quyền con người, quyền công dân cũng có sự liên quan mật thiết với vấn đề kiểm soát quyền lập pháp. Trong lịch sử lập hiến của Việt Nam, trước Hiến pháp năm 2013 thì chưa có một

⁴ Xem thêm: ThS. Nguyễn Đức Lam (2012), Các mô hình bảo hiến trên thế giới và khả năng lựa chọn của Việt Nam, http://vnclp.gov.vn/ct/cms/tintuc/Lists/KinhNghiemQT/View_Detail.aspx?ItemID=76, ngày 7/2/2012.

⁵ Xem thêm: Bùi Ngọc Sơn (2009), “*Tài phán hiến pháp và viễn cảnh chủ nghĩa hợp hiến ở Việt Nam*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 4 (141) tháng 2/2009; Võ Trí Hào - Hà Thu Thủy (2008), “*Những vấn đề lý luận của việc thành lập tài phán hiến pháp ở Việt Nam*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 121, tháng 4/2008.



bản Hiến pháp nào quy định về nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân (*sau đây gọi tắt là hạn chế quyền*). Tuy nhiên, Hiến pháp năm 1980 cũng có một quy định khá thú vị tại Điều 54: “*Quyền và nghĩa vụ của công dân thể hiện chế độ làm chủ tập thể của Nhân dân lao động, kết hợp hài hòa những yêu cầu của cuộc sống xã hội với tự do chân chính của cá nhân, bảo đảm sự nhất trí về lợi ích giữa Nhà nước, tập thể và cá nhân theo nguyên tắc mỗi người vì mọi người, mọi người vì mỗi người*”. Với quy định này, việc thực hiện quyền phải kết hợp hài hòa với yêu cầu của cuộc sống xã hội với tự do chân chính của cá nhân. Có thể hiểu đây chính là tính cân bằng trong việc thực hiện quyền (và nếu không đáp ứng nguyên tắc này thì có thể bị hạn chế thực hiện quyền).

Với Hiến pháp năm 2013, đây là lần đầu tiên vấn đề hạn chế quyền được hiến định thành nguyên tắc. Cụ thể, Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 quy định: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*”. Bên cạnh đó, Khoản 4 Điều 15 của Hiến pháp năm 2013 cũng quy định: “*Việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác*”. Những quy định này được đánh giá là một điểm sáng của Hiến pháp năm 2013. Theo đó, từ nay không được ai tùy tiện cắt xén, hạn chế các quyền, ngoại trừ các trường hợp cần thiết nhưng phải được luật quy định. Có thể nhận thấy, Hiến pháp năm 2013 đã xác lập một nguyên tắc chung về hạn chế quyền. Việc hạn chế việc thực hiện quyền chính là điều kiện để bảo đảm tính hiện thực của các quyền con người, quyền công dân. Nó bảo đảm sự cân bằng giữa các lợi ích trong

mối quan hệ Nhà nước - Con người, Công dân, Cá nhân; bảo đảm sự minh bạch và lành mạnh của các mối quan hệ này. Nhà nước với tư cách là tổ chức quyền lực công có trách nhiệm tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân.

Về cơ bản, hạn chế quyền rất cần/nên được hiến định trong Hiến pháp. Điều này Hiến pháp năm 2013 đã làm được. Tuy nhiên, việc thể chế hóa nguyên tắc này phụ thuộc các văn bản quy phạm pháp luật dưới Hiến pháp bởi một lĩnh vực khác nhau sẽ có đặc thù khác nhau. Theo Hiến pháp năm 2013 thì “*quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật*”. Quy định này khi đọc lên thấy khá rõ ràng nhưng trong thực tế cho thấy quan điểm, nhận thức về vấn đề “theo quy định của luật” không thực sự thống nhất⁶.

Có quan điểm cho rằng⁷, việc hạn chế quyền của Hiến pháp năm 2013 khi dùng cách diễn đạt “theo quy định của luật” thay vì “theo quy định của pháp luật” là chưa chính xác nếu được hiểu theo hướng chỉ có văn bản với tên gọi là “luật” của Quốc hội thay vì pháp luật nói chung được phép hạn chế quyền. Theo quan điểm này, Hiến pháp năm 2013 đặt tiêu chuẩn quá cao cho cơ chế bảo vệ quyền. Trong khi đó, có những quan điểm khác cũng có sự đánh giá tích cực hơn⁸. Theo đó, cách hiểu khác nhau về nội hàm của thuật ngữ “law” trong các quy định liên quan của luật nhân quyền quốc tế có thể dẫn đến những đánh giá khác nhau về ý nghĩa của quy định về nguyên tắc hạn chế quyền trong Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013, cũng như về tính khả thi của việc quy định mọi giới hạn quyền đều phải do Quốc hội quy định bằng luật. Tuy nhiên, kể cả quy định này khó khả thi, nó vẫn là cần thiết và có ý nghĩa trong việc ngăn ngừa sự tùy tiện “cắt xén” các quyền con người, quyền công dân ở nước ta trong bối cảnh hiện nay. Nó bổ sung cho biện pháp (mà hầu hết

⁶ Xem: Trương Hồng Quang (2018), “*Nhu cầu giải thích quy định về hạn chế quyền con người, quyền công dân của Hiến pháp năm 2013*”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, (3), tr.3-13.

⁷ Xem: ThS. Bùi Tiên Đạt (2015), “*Hiến pháp hóa nguyên tắc giới hạn quyền con người: Cần nhưng chưa đủ*”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp (Văn phòng Quốc hội), (6), tr.3-11.

⁸ Ví dụ, xem: PGS.TS. Vũ Công Giao, ThS. Lê Thị Thúy Hương (2014), “*Nguyên tắc giới hạn quyền con người, quyền công dân trong Hiến pháp năm 2013*”, trong cuốn “*Bình luận Khoa học Hiến pháp nước CHXHCN Việt Nam năm 2013*” của Viện Chính sách công và Pháp luật, Nxb. Lao động - Xã hội, Hà Nội.

quốc gia trên thế giới đang áp dụng nhưng ở Việt Nam chưa quy định), đó là xác lập/trao quyền cho Tòa án phán quyết những hạn chế quyền nào thì bị coi là vi hiến.

Ngoài quy định của Hiến pháp năm 2013 thì theo điểm b, Khoản 1, Điều 15 của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, Quốc hội ban hành “luật” để quy định: “*Quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân mà theo Hiến pháp phải do luật định, việc hạn chế quyền con người, quyền công dân; tội phạm và hình phạt*”. Bên cạnh đó cũng theo Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 thì trong nội dung các loại văn bản khác (Nghị quyết của Quốc hội, Pháp lệnh của Ủy ban thường vụ Quốc hội, Nghị định của Chính phủ,...) không có quy định về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân cũng như việc hạn chế quyền con người, quyền công dân. Chính vì vậy, hạn chế quyền chỉ được quy định trong luật. Tuy nhiên, nếu Quốc hội thông qua luật, trong đó có ủy quyền cho Chính phủ quy định chi tiết, cụ thể vấn đề hạn chế quyền thì quy định của Chính phủ cũng chỉ nằm trong giới hạn việc hạn chế quyền đã được xác định trong luật. Khi đó, luật phải xác định nguyên tắc chung về hạn chế quyền, tiêu chí xác định hạn chế quyền hợp pháp, chính đáng, cần thiết trong lĩnh vực mà luật đó điều chỉnh. Cách hiểu và quan niệm như vậy về cơ bản cũng tương đối linh hoạt mà vẫn bảo đảm “tầm quan trọng” của các quy định về quyền cũng như hạn chế quyền.

Bên cạnh đó, cần lưu ý rằng Hiến pháp năm 2013 cũng có một số quy định về quyền như: “*Việc thực hiện các quyền này do pháp luật quy định*” (ví dụ Điều 23, Điều 25). Mặc dù điều luật xác định việc thực hiện quyền do pháp luật quy định (nghĩa là không chỉ bằng luật mà còn có thể là Pháp lệnh, Nghị định,...). Tuy nhiên, đối chiếu với quy định của Điều 15 Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 nêu trên thì các quyền này cũng chỉ

có thể được thể chế hóa trước hết phải bằng luật (về quyền và hạn chế quyền). Các văn bản dưới luật có thể chi tiết nhưng không thể hạn chế quyền. Ngay cả những quyền, tự do cơ bản trong hiến pháp chưa được xác định thực

Như vậy, về cơ bản quy định của Hiến pháp năm 2013 và Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 là phù hợp, đặc biệt trong bối cảnh của Việt Nam xuất phát từ một số lý do như⁹: Thực tiễn ban hành pháp luật trong thời gian qua ở Việt Nam cho thấy thực trạng các cơ quan nhà nước các cấp lạm dụng giới hạn, hạn chế các quyền con người, quyền công dân đến mức vi phạm; Việc thiếu vắng cơ chế tài phán tư pháp để xem xét tính hợp hiến, hợp pháp của các văn bản quy phạm pháp luật; người dân không có quyền khởi kiện ra tòa để yêu cầu tòa án xem xét các văn bản quy phạm pháp luật dưới luật vi phạm các quyền và lợi ích hợp pháp của họ theo quy định của Hiến pháp và pháp luật; đồng thời văn hóa coi trọng áp dụng các văn bản giải thích, hướng dẫn là khá phổ biến.

Từ thực tiễn nhận thức về loại văn bản quy định về hạn chế quyền như trên cho thấy vấn đề kiểm soát việc xây dựng, thi hành pháp luật (đặc biệt là luật, pháp lệnh) có vai trò rất quan trọng đối với việc bảo vệ, bảo đảm quyền con người, quyền công dân.

2.3. Công cụ, phương tiện pháp lý kiểm soát quyền lập pháp

Các công cụ, phương tiện pháp lý để kiểm soát quyền lập pháp ở nước ta còn hạn chế và hiệu lực chưa rõ. Do nhận thức đã tồn tại lâu dài về tính thống nhất của quyền lực nhà nước là thống nhất ở Quốc hội trong bộ máy nhà nước thiết kế theo nguyên tắc tập quyền xã hội chủ nghĩa nên sự kiểm soát chỉ nặng về một chiều từ lập pháp đến các cơ quan khác mà chưa chú trọng chiều ngược lại. Chính phủ được quy định là “cơ quan chấp hành của Quốc hội” (Điều 94 Hiến pháp năm 2013) vì thế Chính phủ có rất ít công cụ kiểm soát hoạt động lập pháp của Quốc hội. Tòa án là thiết chế rất quan

⁹ Xem: PGS.TS. Đặng Minh Tuấn (2017), *Quan điểm về vấn đề cụ thể hóa nguyên tắc hạn chế quyền con người của Hiến pháp năm 2013*, Tham luận Hội thảo khoa học: “*Nguyên tắc hạn chế quyền con người, quyền công dân theo Hiến pháp năm 2013 và những vấn đề pháp lý đặt ra*”, Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp) tổ chức, thành phố Hà Nội, tháng 4/2017.



trọng trong nhà nước pháp quyền thì chưa được trao quyền phán quyết các vi phạm về Hiến pháp. Trong khi đó, việc trao quyền tự giám sát hoạt động lập pháp cho các cơ quan trong nội bộ của Quốc hội như hiện nay (việc thẩm tra luật của Hội đồng dân tộc và các Ủy ban, việc Ủy ban thường vụ Quốc hội thảo luận trước khi trình Quốc hội...) là chưa đủ mạnh. Quốc hội, các cơ quan của Quốc hội vận hành theo cơ chế của một cơ quan dân cử, đại diện, trong khi việc xem xét, phán quyết sự phù hợp của một văn bản quy phạm pháp luật phải mang tính chất tài phán thì ở nước ta cơ chế tài phán trong lĩnh vực này còn rất hạn chế.

2.4. Vấn đề ủy quyền lập pháp

Khi bàn đến quyền lập pháp của Quốc hội thì cũng cần xem xét khái niệm ủy quyền lập pháp. Đây là trường hợp Quốc hội ủy quyền cho Chính phủ và các cơ quan nhà nước khác như Tòa án, Viện Kiểm sát hoặc trong một số trường hợp là các tổ chức chính trị - xã hội,... ban hành văn bản quy phạm pháp luật. Trong đa số các trường hợp, các đạo luật đều có quy định về việc Quốc hội trao quyền cho các cơ quan nhà nước khác, đặc biệt là Chính phủ ban hành các văn bản pháp quy hành chính để chi tiết hóa nội dung các đạo luật đó.

Hiện tượng ủy quyền lập pháp không có nghĩa là Quốc hội chia sẻ quyền lập pháp của mình cho các cơ quan khác¹⁰. Bản chất của ủy quyền lập pháp là bảo đảm tính ổn định tương đối của các văn bản luật trong khi vẫn điều chỉnh được những quan hệ xã hội vô cùng đa dạng của đời sống xã hội. Quốc hội chỉ giao cho các cơ quan nhà nước khác ban hành các quy định điều chỉnh những quan hệ xã hội thường xuyên thay đổi, bởi lẽ nếu đưa những quan hệ này vào luật thì sẽ dẫn đến hệ quả là luật của Quốc hội cũng thường xuyên phải thay đổi theo. Điều đó làm cho tuổi thọ của một đạo luật không cao. Tuy nhiên, ở một khía cạnh khác, nếu lạm dụng ủy quyền lập pháp thì hiện tượng này lại thể hiện sự yếu kém của Quốc hội. Nếu thực tế nảy sinh nhu cầu nhưng nhu cầu ấy không được giải

quyết bằng luật do Quốc hội ban hành mà lại ủy quyền cho Chính phủ giải quyết thì sẽ dẫn đến giả thiết rằng Quốc hội né tránh những vấn đề quan trọng của xã hội. Như vậy, Quốc hội không thực hiện trách nhiệm của cơ quan đại diện cho ý chí và nguyện vọng của toàn dân. Hơn nữa, việc áp dụng ủy quyền lập pháp quá mức có thể khiến Chính phủ chậm chễ ban hành văn bản pháp luật vì hai lý do: một là có thể Chính phủ bị quá tải công việc và hai là Chính phủ không vội vàng ban hành quy phạm pháp luật để tự ràng buộc mình vào các quy định đó. Thực tế quản lý bằng công văn, chỉ thị miệng vẫn dễ dàng hơn nhiều việc tuân theo một khuôn khổ gò bó của pháp luật.

Ủy quyền là điều không thể tránh khỏi trong hoạt động của bất kỳ nhà nước nào trên thế giới. Tuy nhiên, ủy quyền lập pháp có điểm mạnh và điểm yếu nhất định. Việc xác định giới hạn ủy quyền là một trong những yêu cầu quan trọng để nâng cao chất lượng lập pháp của mỗi quốc gia. Mặc dù đã có những quy định cơ bản về ủy quyền lập pháp nhưng tại Việt Nam, thực tiễn về vấn đề ủy quyền lập pháp còn có những hạn chế, khó khăn nhất định cả về mặt lý luận cũng như thực tiễn. Có thể thấy, vấn đề ủy quyền lập pháp tại Việt Nam còn chưa thực sự rõ ràng từ cơ sở lý luận, cơ sở pháp lý cho đến điều kiện bảo đảm thi hành cũng như cơ chế kiểm soát.

Theo chúng tôi, về nguyên tắc, Quốc hội cần thực hiện đầy đủ thẩm quyền lập pháp của mình với bộ máy tham mưu, giúp việc hiệu quả cùng với cơ chế thu hút nguồn lực xã hội tham gia xây dựng pháp luật. Trước mắt, trong khi nhu cầu ủy quyền lập pháp là hiện hữu thì cần phân định rõ phạm vi ủy quyền và kiểm soát các văn bản ban hành theo thủ tục đặc biệt này. Về tương lai, hướng tới Quốc hội chuyên nghiệp, việc ủy quyền lập pháp sẽ phải giảm đến mức tối đa. Nếu duy trì, chỉ nên thực hiện đối với Chính phủ và như vậy, cần phân định giới hạn ủy quyền tại ngay Hiến pháp cùng với cơ chế giám sát của chính Quốc hội và Tòa án./.

¹⁰ Xem: Cao Anh Đô (2011), “Bàn về quyền lập pháp và mô hình lập pháp”, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 24(209), tr.12-17.

NÂNG CAO NHẬN THỨC VỀ XÂY DỰNG ĐẠO ĐỨC CÔNG VỤ, ĐẠO ĐỨC NGHỀ NGHIỆP TRONG CÁC CƠ QUAN, TỔ CHỨC NỘI CHÍNH GÓP PHẦN PHÒNG, CHỐNG THAM NHŨNG

Trương Hồng Hải¹

Tóm tắt: Nâng cao nhận thức về xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp là yêu cầu khách quan và cấp thiết góp phần tăng cường năng lực đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính đáp ứng yêu cầu công tác phòng, chống tham nhũng ở nước ta hiện nay. Bài viết phân tích cơ sở lý luận, thực tiễn và đề xuất các giải pháp cho vấn đề này.

Từ khóa: Đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp; cơ quan, tổ chức nội chính; phòng, chống tham nhũng.

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 15/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Enhancing awareness of developing public service ethics, professional ethics is an objective and essential demand contributing to the improvement of capacity for cadres, public employees, professional employees in organizations, agencies of internal affairs to meet the demand of corruption prevention in our country recently. The article analyzes argumentative and practical ground and proposes solutions for this issue.

Keywords: Public service ethics, professional ethics; organizations, agencies of internal affairs; corruption prevention

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 15/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

1. Sự cần thiết phải nâng cao nhận thức về xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng

Nghị quyết Trung ương 7, khóa XII của Đảng tiếp tục khẳng định vai trò của cán bộ và công tác cán bộ trong tình hình mới, đó là: “Cán bộ là nhân tố quyết định sự thành bại của cách mạng; công tác cán bộ là khâu “then chốt” của công tác xây dựng Đảng và hệ thống chính trị”, và đề xây dựng đội ngũ cán bộ đáp ứng yêu cầu, nhiệm vụ trước mắt và trong dài hạn, một trong những yêu cầu đặt ra là phải từng bước hoàn thiện phẩm chất cán bộ, trong đó, bên cạnh phẩm chất chính trị thì phẩm chất đạo đức được đặc biệt coi trọng. Thực hiện chủ trương về công tác cán bộ nói trên, Nghị quyết Trung ương 7, khóa XII đã xác định 8 nhóm nhiệm vụ, giải pháp chủ yếu, 2 trọng tâm, 5 đột phá, trong đó giải pháp trọng tâm được xác định trước hết là: “**Nâng cao nhận thức**, tăng cường giáo dục chính trị, tư tưởng, đạo đức, lối sống cho cán bộ, đảng viên”².

Như vậy, nâng cao nhận thức về xây dựng đạo đức, lối sống nói chung, đạo đức công vụ và đạo đức nghề nghiệp nói riêng là đòi hỏi khách quan và cấp thiết, đặc biệt đối với nhóm chủ thể là đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính để đáp ứng yêu cầu công tác phòng, chống tham nhũng ở nước ta trong điều kiện hiện nay, bởi các lý do cơ bản sau:

Thứ nhất, xuất phát từ thực trạng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp liên quan đến phòng, chống tham nhũng của đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính ở nước ta thời gian qua.

Đảng và Nhà nước đã ban hành nhiều chính sách, chủ trương và pháp luật để định hướng, chỉ đạo cũng như tổ chức triển khai thực hiện việc xây dựng, hoàn thiện đạo đức nói chung, đặc biệt là đạo đức nghề nghiệp của đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức. Cùng với đó, hầu hết các cơ quan tổ chức, đơn vị trong toàn hệ thống chính trị nói chung, đối với hệ thống các cơ quan nội chính nói

¹ Tiến sỹ, Phó Tổng Biên tập Tạp chí Nội chính, Ban Nội chính Trung ương.

² Ban Tuyên giáo Trung ương, Tài liệu nghiên cứu các văn kiện hội nghị lần thứ bảy Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XII, Nxb Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2018, tr.120,127.



riêng, đã triển khai một cách đồng bộ, nghiêm túc, trách nhiệm cũng như có sự tham gia tích cực của đại đa số tầng lớp nhân dân vào quá trình xây dựng nền đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp. Từ đó đã tạo sự chuyên biến mạnh mẽ, sâu rộng trong việc tu dưỡng rèn luyện, nâng cao đạo đức cách mạng; nâng cao chất lượng đội ngũ cán bộ, công chức, viên chức và năng lực lãnh đạo, sức chiến đấu của Đảng, chống suy thoái đạo đức, lối sống trong cán bộ, công chức, viên chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức.

Tuy nhiên, bên cạnh đó vẫn còn một bộ phận không nhỏ cán bộ, công chức, viên chức suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống. Tình trạng quan liêu, tham nhũng, lãng phí, bè phái, chạy chức chạy quyền, độc đoán, vi phạm kỷ luật,... diễn ra ngày một phức tạp hơn. Thực trạng này đã được Nghị quyết Trung ương 4 (khóa XI) chỉ ra là: “Một bộ phận không nhỏ cán bộ, đảng viên, trong đó có những đảng viên giữ vị trí lãnh đạo, quản lý, kể cả một số cán bộ cao cấp, suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống với những biểu hiện khác nhau về sự phai nhạt lý tưởng, sa vào chủ nghĩa cá nhân ích kỷ, cơ hội, thực dụng, chạy theo danh lợi, tiền tài, kèn cựa địa vị, cục bộ, tham nhũng, lãng phí, tùy tiện, vô nguyên tắc...”.

Theo số liệu được công bố trong Báo cáo Hội nghị toàn quốc về công tác phòng, chống tham nhũng ngày 25/6/2017: Từ năm 2014 đến nay, cấp ủy, ủy ban kiểm tra các cấp đã thi hành kỷ luật hơn 840 tổ chức Đảng và 58.120 đảng viên vi phạm. Trong đó, hơn 2.700 đảng viên vi phạm về tham nhũng, cố ý làm trái; 50 cán bộ diện Trung ương quản lý, trong đó có 9 trường hợp là Ủy viên Trung ương, nguyên là Ủy viên Trung ương đã bị kỷ luật, khai trừ đảng một Ủy viên Trung ương - nguyên Ủy viên Bộ Chính trị. qua thanh tra, kiểm toán, cơ quan chức năng kiến nghị thu hồi trên 260.000 tỷ đồng; chuyển cơ quan điều tra xử lý hình sự hơn 340 vụ, 436 đối tượng. Từ đầu nhiệm kỳ đến nay kiến nghị thu hồi trên 165.000 tỷ đồng và 12.000 ha đất; chuyển cơ quan điều tra xử lý hình sự 194 vụ, 335 đối tượng liên quan đến tham nhũng, kinh tế... Riêng các vụ án, vụ việc thuộc diện Ban Chỉ đạo theo dõi, chỉ đạo, đến nay đã kết thúc điều tra, truy

tố và đưa ra xét xử sơ thẩm 35 vụ án/440 bị cáo, với 11 án tử hình cho 10 bị cáo; 20 án chung thân cho 19 bị cáo; 7 bị cáo bị phạt tù với mức án 30 năm; hơn 39 bị cáo bị phạt tù từ 12 tháng đến dưới 30 năm...

Ngày 21 tháng 2 năm 2018, Tổ chức minh bạch thế giới (TI) đã công bố bảng xếp hạng nhận thức về tham nhũng năm 2017, trong bảng xếp hạng này, Việt Nam vẫn tiếp tục đứng trong top những quốc gia có tình trạng tham nhũng cao nhất trên thế giới với số điểm là 35/100³.

Đánh giá về thực trạng tham nhũng trong thời gian qua, có một trong các nguyên nhân hết sức quan trọng như nhận định của Tổng Bí Thư nhấn mạnh trong Hội nghị Toàn quốc về phòng, chống tham nhũng nêu trên, đó là: “Một bộ phận không nhỏ cán bộ, đảng viên, công chức, viên chức, trong đó có cả những người là lãnh đạo, quản lý thiếu tu dưỡng, rèn luyện, có biểu hiện suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống, có hành vi những nhiều, tiêu cực, tham nhũng”⁴.

Thứ hai, xuất phát từ vai trò của nhận thức về đạo đức công vụ, đạo đức nghề đối với việc xây dựng đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính. Cụ thể là:

Một là, các chuẩn mực đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp là hệ thống các chuẩn mực, quy tắc ứng xử mang tính nghề nghiệp đặc thù, cụ thể mà các chủ thể có liên quan là cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp phải nhận biết được một cách đầy đủ, cụ thể, trực tiếp để trên cơ sở đó nhận thức đúng đắn, tôn trọng, tuân thủ nghiêm chỉnh trong các lĩnh vực hoạt động công vụ, hoạt động nghề nghiệp được phân công trong một cơ quan, tổ chức nhất định. Về mặt khách quan, các chuẩn mực đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp khó có thể tự hình thành (như phần lớn đối với các quy tắc đạo đức xã hội thông thường) trong tự thân mỗi cá nhân mà trước hết và chủ yếu phải được đảm bảo bởi các hoạt động có chủ đích của các cơ quan, tổ chức sử dụng lao động thông qua các biện pháp giáo dục, tuyên truyền, hướng dẫn, rèn luyện cùng với việc đảm bảo sự tôn trọng nghĩa vụ ứng xử thông qua cơ chế ràng buộc trách nhiệm.

³ Nguồn: <https://vov.vn/chinh-tri/chi-so-cam-nhan-tham-nhung-cpi-2017-viet-nam-co-tin-hieu-tich-cuc-732005.vov>

⁴ Nguồn: <https://vov.vn/chinh-tri/toan-van-phat-bieu-cua-tong-bi-thu-ve-phong-chong-tham-nhung-779201.vov>

Đơn cử, với yêu cầu xây dựng đội ngũ cán bộ thẩm phán đáp ứng chuẩn mực cơ bản là “Phụng công, thủ pháp, chí công, vô tư”, ngành Tòa án đã cụ thể hóa thành các quy tắc ứng xử cụ thể để hướng dẫn cách ứng xử trong quá trình thực thi công vụ đối với cán bộ, công chức của ngành (Bộ Quy tắc ứng xử của cán bộ, công chức ngành Tòa án nhân dân). Ví dụ, theo Điều 4 bộ Quy tắc: “Ứng xử trong thực hiện nhiệm vụ phòng chống tham nhũng” có quy định chi tiết: “1. Những việc cán bộ, công chức Tòa án phải làm: a) gương mẫu, liêm khiết, chấp hành nghiêm chỉnh các quy định của pháp luật về thực hành tiết kiệm, chống lãng phí và phòng, chống tham nhũng; b) Hợp tác, giúp đỡ, cung cấp thông tin về công tác phòng, chống tham nhũng cho cơ quan, tổ chức có thẩm quyền trong việc phát hiện, kiến nghị, xử lý người có hành vi tham nhũng và giám sát việc thực hiện pháp luật về phòng, chống tham nhũng; c) Khi phát hiện người có hành vi tham nhũng thì có trách nhiệm báo cáo với người, cơ quan có thẩm quyền giải quyết”; “2. Những việc cán bộ, công chức Tòa án không được làm: b) Có hành vi đe dọa, trả thù, trù dập người phát hiện, báo cáo, tố giác, cung cấp thông tin về hành vi tham nhũng; c) Có hành vi làm sai lệch hồ sơ, thông tin, tài liệu, báo cáo sai sự thật về công tác phòng, chống tham nhũng; d) Có hành vi lợi dụng việc phòng, chống tham nhũng để tung tin thất thiệt, vu khống, gây rối, làm mất đoàn kết nội bộ, xúc phạm nhân phẩm, danh dự của cá nhân, uy tín của cơ quan, tổ chức;...”. Và để đảm bảo sự tôn trọng và tuân thủ các quy tắc ứng xử trên, Bộ Quy tắc ứng xử của cán bộ, công chức ngành Tòa án nhân dân quy định các chế tài cụ thể: “2. Cán bộ, công chức ngành Tòa án nhân dân vi phạm các quy định tại Quyết định này thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm sẽ bị xử lý kỷ luật hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật” (Điều 11).

Hai là, yêu cầu của việc nâng cao nhận thức trong quá trình xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng ở nước ta hiện nay xuất phát từ chính đặc thù của công tác phòng, chống tham nhũng. Cũng như với tất cả các quốc gia trên thế giới và kinh nghiệm triển khai công tác

phòng, chống tham nhũng ở Việt Nam trong hơn 10 năm qua đã cho thấy đây là một lĩnh vực hết sức khó khăn, phức tạp và nhạy cảm. Mặc dù chúng ta có quyết tâm chính trị cao, có hệ thống các quy định của Đảng và pháp luật của Nhà nước khá toàn diện, nhiều ngành và địa phương ban hành các bộ quy tắc kiểm soát và xử lý tham nhũng; đồng thời chúng ta có bộ máy với tầng nấc nhiều cơ quan, tổ chức cùng tham gia vào công cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng, tuy nhiên, như Đảng ta đã nhận định: Tham nhũng vẫn diễn ra nghiêm trọng, với biểu hiện ngày càng tinh vi, phức tạp, xảy ra trên diện rộng ở nhiều ngành, nhiều cấp, nhiều lĩnh vực, “làm cản trở sự phát triển kinh tế - xã hội, gây bức xúc trong nhân dân, thách thức nghiêm trọng đối với vai trò lãnh đạo của Đảng và hiệu lực quản lý của Nhà nước, đe dọa sự tồn vong của chế độ”⁵. Một trong các nguyên nhân được nhận diện đó là: Giữa quyết tâm chính trị của Đảng, Nhà nước và hành động thực tế của một số cấp ủy, chính quyền, cơ quan, đơn vị, cán bộ, đảng viên, công chức, viên chức còn khoảng cách, nói không đi đôi với làm. Nhiều cấp ủy, tổ chức đảng, chính quyền, người đứng đầu cơ quan, tổ chức, đơn vị chưa thực sự gương mẫu, quyết liệt trong lãnh đạo, chỉ đạo, kiểm tra, đôn đốc và thực hiện công tác phòng, chống tham nhũng. Một bộ phận không nhỏ cán bộ, đảng viên, công chức, viên chức thiếu tu dưỡng rèn luyện, suy thoái về tư tưởng chính trị, đạo đức, lối sống. Như vậy là, sự suy thoái đạo đức nói chung, chất lượng của nền đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp nói riêng là một trong các nguyên nhân cơ bản của tình trạng nêu trên. Từ đó cho thấy, để đảm bảo phòng, chống tham nhũng hiệu quả thì yêu cầu nâng cao nhận thức cùng với đó là việc triển khai mạnh mẽ công tác xây dựng đội ngũ cán bộ vừa “hồng” vừa “chuyên”, trong đó, “hồng” là phẩm chất đạo đức phải là nhân tố quan trọng, có tính quyết định hàng đầu.

Ba là, việc nâng cao nhận thức xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng xuất phát từ vị trí, yêu cầu có tính đặc thù của nhóm chủ thể cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính. Cụ thể:

⁵ Ban Tuyên giáo Trung ương, Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XII, NXB CTQG-ST, H.2016, Tr.196.



- Với chức năng nghề nghiệp của đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính, là những người đang thực tế hàng ngày được cơ quan, tổ chức, đơn vị trao các quyền hạn, trách nhiệm để thực hiện các chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quan, tổ chức, đơn vị đó. Tính hiệu quả trong hoạt động cùng với thái độ, tinh thần phục vụ của họ sẽ quyết định đến kết quả hoạt động của tổ chức mà họ là người đại diện. Do đó, yêu cầu tất yếu là nhóm chủ thể này phải có các hiểu biết, tri thức, kỹ năng nghề nghiệp, cách hành xử phù hợp với tính chất, yêu cầu của công việc mà họ đảm nhận. Các phẩm chất bắt buộc đó có một phần quan trọng đó là được hình thành, bồi đắp và từng bước hoàn thiện trong suốt quá trình công tác thông qua con đường tự học hỏi, rèn luyện, tu dưỡng bản thân, song chủ yếu và trước hết phải được đảm bảo bởi vai trò chủ động trong việc phân công trách nhiệm, giới hạn sự ủy quyền và cùng với đó là sự triển khai đồng bộ công tác giáo dục nhận thức, giáo dục kỹ năng từ chính các cơ quan, tổ chức, đơn vị sử dụng lao động. Có một nguyên do khác ở đây nữa là: Trong phần lớn các quy tắc đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp luôn bao hàm các ràng buộc trách nhiệm ứng xử của các thành viên, thậm chí còn là sự hạn chế các quyền cá nhân khi mà các lợi ích, ham muốn cá nhân đó có nguy cơ xung đột lợi ích, xâm phạm lợi ích của nhà nước, lợi ích của cơ quan, đơn vị, xâm hại trật tự công cộng. Và để duy trì trật tự xã hội nói chung, bảo vệ các lợi ích, các giá trị tồn tại chung của cộng đồng cần thiết khách quan phải có sự can thiệp mang tính chủ quan từ phía các chủ thể có quyền lực, dù đó là quyền lực xã hội hay quyền lực nhà nước (và đây cũng chính là động lực, đòi hỏi tất yếu dẫn tới yêu cầu phải chế định ra các quy tắc đạo đức cũng như về sau là hệ thống các quy tắc luật pháp). Nhận thức rõ về thuộc tính tất yếu của mối quan hệ nghĩa vụ, xung đột lợi ích này có ý nghĩa hết sức quan trọng trong việc xây dựng và đảm bảo thực hiện các quy tắc đạo đức trong xã hội.

- Đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính là những người đại diện, là nhân tố biểu đạt trước công chúng về danh dự, năng lực nghề nghiệp và quan trọng hơn chính là phẩm giá của cơ quan, tổ chức đó. Và hơn bất cứ đâu, phẩm giá, sự trung

trực, tính liêm chính, gương mẫu, trong sáng, chí công vô tư luôn được coi là biểu tượng hàng đầu, là các giá trị căn bản mà công chúng soi vào cũng như kỳ vọng, đặc biệt là đối với các cơ quan đang tiến hành công tác phòng, chống tham nhũng. Cũng chính từ sứ mệnh này, với những thành quả mà họ đạt được, sự phấn đấu hy sinh mà họ phải gánh vác sẽ luôn nhận được sự thiện cảm, đánh giá cao của cộng đồng và có tính lan tỏa lớn. Ngược lại, nếu trong đội ngũ những người làm công tác trong lĩnh vực phòng, chống tham nhũng, khi có những cá nhân, tập thể tiêu cực, không liêm không chính, lợi dụng chức vụ quyền hạn để tham nhũng, lãng phí hoặc dung túng, tiếp tay cho những kẻ tham nhũng thì, trước hết sẽ trực tiếp làm vô hiệu hoá, giảm sút hiệu quả của công tác phòng, chống tham nhũng, sau nữa, về phương diện đạo đức, rõ ràng họ đã làm tổn thương, gây ảnh hưởng nặng nề đến lòng tin của người dân đối với chủ trương, quyết tâm phòng, chống tham nhũng mà Đảng và nhà nước đang tiến hành cũng như sự hoạt động bình thường và tính liêm chính của nền công vụ.

Bốn là, bản thân hệ thống các chuẩn mực đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp của cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính để góp phần phòng, chống tham nhũng không phải là hệ thống các giá trị bất biến. Trong hệ thống các chuẩn mực đó, bên cạnh sự bảo đảm tuân thủ các nguyên tắc có tính căn bản, bền vững (ví dụ quy định về nghĩa vụ trung thành với tổ quốc, nghĩa vụ tuân thủ Hiến pháp và pháp luật) thì cùng với sự phát triển nhanh chóng của đời sống chính trị, kinh tế, xã hội; từ quá trình cải cách thể chế; chuyển đổi mô hình quản trị hành chính công; cải cách tư pháp đồng thời từ các yêu cầu hội nhập quốc tế luôn có khả năng nảy sinh các yêu cầu mới, nhân tố mới, trong đó có các vấn đề về quan niệm, nhìn nhận các chuẩn mực đạo đức. Đơn cử, các chuẩn mực đạo đức như: “Minh bạch”, “không có quan hệ xung đột lợi ích”, “trách nhiệm nêu gương”,... cách đây chưa đầy một thập kỷ chỉ là các giá trị đạo đức chưa được thực sự định hình hoặc chủ yếu có tính dự báo, khuyến nghị thì nay đã được thừa nhận rộng rãi, được chính thức quy định với tư cách là giá trị phổ quát và có tính bắt buộc chung trong thang giá trị ở khu vực công. Ngược lại, có nhiều chuẩn mực đạo đức, quy tắc ứng xử công vụ, đạo

đức nghề nghiệp vốn dĩ được mặc nhiên công nhận và ràng buộc đối với công chức khu vực công thì nay rở nên lạc hậu, không phù hợp với trật tự của nền công vụ hiện đại, hội nhập quốc tế (nhất là từ hệ quả từ sự nội luật hóa các Điều ước quốc tế hay trong các quan hệ hợp tác song phương với nước ngoài). Với trách nhiệm của cơ quan hoạch định chính sách cũng như các cơ quan thực thi công vụ, tổ chức nghề nghiệp tất yếu cần phải có sự nghiên cứu, đánh giá thực tiễn, xu hướng vận động của đời sống đạo đức để từ đó đề ra các chủ trương, yêu cầu, nhiệm vụ làm cơ sở cho việc triển khai các giải pháp cụ thể nhằm tăng cường nhận thức về đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp nói chung, hướng tới mục tiêu hoàn thiện phẩm chất, nhân cách của từng nhóm đối tượng cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các lĩnh vực hoạt động và trong từng cơ quan, tổ chức nội chính cụ thể.

2. Các yêu cầu cơ bản nâng cao nhận thức về xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng ở nước ta hiện nay

Các yêu cầu cơ bản để nâng cao nhận thức về xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng là những nội dung cần phải xác lập và phải đạt được trong việc nâng cao nhận thức trong quá trình xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp. Xuất phát từ đặc điểm, mục đích, vai trò của việc nâng cao nhận thức trong quá trình xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng ở nước ta hiện nay, các yêu cầu cơ bản được xác định bao gồm:

Thứ nhất, phải kiến tạo sự thống nhất nhận thức về sự cần thiết cũng như các yêu cầu đối với việc xây dựng nền đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp cho đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính, trong đó tập trung vào nội dung trọng tâm phục vụ công tác phòng, chống tham nhũng;

Thứ hai, phải đảm bảo việc hình thành và từng bước hoàn thiện nền tảng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp nói chung, nhất là các chuẩn mực đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp cho đội ngũ cán bộ, công chức người hoạt động nghề nghiệp trong

các cơ quan, tổ chức nội chính nhằm góp phần phòng, chống tham nhũng nói riêng;

Thứ ba, phải đảm bảo hệ thống các chuẩn mực đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp gắn bó hài hòa với đạo đức xã hội và đạo đức công dân, đồng thời chú ý đảm bảo phản ánh mục đích, yêu cầu, nội dung của chức năng, nhiệm vụ và đặc thù các cơ quan, tổ chức nội chính cụ thể cũng như với từng nhóm chủ thể là cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các lĩnh vực hoạt động nhất định (đơn cử yêu cầu cụ thể, đặc thù về chuẩn mực đạo đức công vụ đối với nhóm chủ thể hoạt động trong lĩnh vực công tác tham mưu của cơ quan Đảng về công tác nội chính, phòng, chống tham nhũng; yêu cầu cụ thể, đặc thù về chuẩn mực đạo đức nghề nghiệp áp dụng cho nhóm chủ thể hoạt động trong lĩnh vực hành nghề luật sư...);

Thứ tư, phải đảm bảo sự thống nhất giữa nhận thức và hành động. Theo đó các mục tiêu, quan điểm, yêu cầu về xây dựng các chuẩn mực đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp cần phải được tất cả các cơ quan, tổ chức, các ngành, các cấp và cá nhân từng cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong cơ quan, tổ chức nội chính nghiêm túc quán triệt, nhận thức sâu sắc và triển khai thực hiện nghiêm chỉnh và thống nhất. Đối với từng cơ quan, tổ chức nội chính cần phải có các biện pháp cụ thể trong việc xây dựng thể chế về đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp, thực hiện việc giáo dục, tuyên truyền, hướng dẫn, đảm bảo sự tôn trọng và thực hiện các chuẩn mực đạo đức đã ban hành. Đối với cá nhân cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp phải có tinh thần tự giác, nỗ lực rèn luyện, luôn trau dồi đạo đức nói chung, các chuẩn mực đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp gắn liền với chức trách hoạt động mà họ được ủy thác.

Thứ năm, phải đảm bảo sự đồng thuận xã hội, sự tham gia của mọi cơ quan, tổ chức, cá nhân vào các nỗ lực chung trong toàn bộ quá trình xây dựng và thực thi các chuẩn mực đạo đức đối với đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính. Trong đó cần đặc biệt chú trọng và đảm bảo tính hiệu quả thực tế của công tác truyền thông, giáo dục, công tác kiểm tra, giám sát của các cơ quan có thẩm quyền và toàn thể xã hội,...



3. Các giải pháp nâng cao nhận thức về xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng ở nước ta hiện nay

Để góp phần nâng cao nhận thức về xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp đối với đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính để phòng, chống tham nhũng, cần thực hiện đồng bộ các giải pháp chủ yếu sau:

Thứ nhất, phải xác định việc nâng cao nhận thức trong quá trình xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp đối với đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng là một nhiệm vụ trọng tâm, vừa cấp bách vừa lâu dài trong tổng thể công tác cán bộ nói chung và trong các cơ quan, tổ chức nội chính nói riêng.

Thứ hai, phải tiếp tục kiện toàn các quy định của Đảng về chủ trương, yêu cầu và giải pháp xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp. Phải đảm bảo các chủ trương, đường lối của Đảng là căn cứ định hướng đối với công tác xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp cho đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong hệ thống cơ quan, tổ chức nội chính;

Thứ ba, phải hoàn thiện các quy định pháp luật của nhà nước, tập trung vào các quy định về kiện toàn tổ chức bộ máy nhà nước, quy định pháp luật về công vụ, hoạt động nghề nghiệp để làm căn cứ pháp lý cho việc nhận thức đúng và toàn diện để trên cơ sở đó xác định hệ các chuẩn mực ứng xử, đạo đức công vụ và đạo đức nghề nghiệp cho từng nhóm đối tượng công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các lĩnh vực hoạt động nội chính cụ thể;

Thứ tư, phải đảm bảo sự đồng bộ giữa chủ trương tăng cường nhận thức về xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp với việc đẩy mạnh công tác phòng, chống tham nhũng, trong đó phải xác định rõ đồng thời đề cao trách nhiệm phòng, chống tham nhũng hiệu quả phải là một nhân tố cấu thành trong việc giao quyền, giám sát quyền lực cũng như đánh giá đạo đức, kiểm tra, khen thưởng, xử lý trách nhiệm thực thi công vụ, thực hiện chức trách nghề nghiệp của từng nhóm đối

tượng cán bộ, công chức trong các cơ quan, tổ chức nội chính;

Thứ năm, phải có sự nghiên cứu, phân tích khách quan, chính xác để từ đó nhận diện đúng xu hướng, các yêu cầu đặt ra trong việc xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp góp phần phòng, chống tham nhũng ở các quốc gia trên thế giới và các lĩnh vực của đời sống chính trị, kinh tế, xã hội trong nước;

Thứ sáu, phải triển khai việc đánh giá toàn diện, khách quan thực trạng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp của đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan, tổ chức nội chính gắn với trách nhiệm phòng, chống tham nhũng nói riêng;

Thứ bảy, các cơ quan, tổ chức nội chính phải kịp thời ban hành bộ chuẩn mực đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp để làm cơ sở cho việc giáo dục, hướng dẫn, tổ chức thực hiện đáp ứng yêu cầu xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp cho cơ quan, tổ chức mình. Toàn bộ quá trình xây dựng, tổ chức thực hiện phải đảm bảo tính công khai, minh bạch;

Thứ tám, phải tăng cường vai trò kiểm tra, giám sát của cả hệ thống chính trị, trong đó đặc biệt chú trọng vai trò kiểm tra, giám sát của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền, vai trò kiểm tra, giám sát của xã hội đối với trách nhiệm ứng xử đạo đức của đội ngũ cán bộ, công chức, người hoạt động nghề nghiệp trong các cơ quan nội chính;

Thứ chín, phải tăng cường tính hiệu quả thực tế của các biện pháp chế tài đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp theo hướng: Mức độ xử lý phải tương ứng với tính chất vi phạm và hậu quả gây ra của các hành vi, đồng thời phải đảm bảo tính đồng bộ và tương thích giữa các chế tài đạo đức với chế tài pháp luật và các chế tài xã hội khác nhằm tạo nên một hệ thống các biện pháp xử lý hiệu quả góp phần nâng cao ý thức, trách nhiệm tôn trọng, tuân thủ các quy tắc đạo đức gắn liền với từng nhóm chủ thể nhất định.

Thứ mười, phải triển khai đồng bộ công tác truyền thông, giáo dục về sự cần thiết, vai trò, yêu cầu và trách nhiệm xây dựng đạo đức công vụ, đạo đức nghề nghiệp trong hệ thống các cơ quan, tổ chức nội chính góp phần phòng, chống tham nhũng./.

PHIẾU LÝ LỊCH TƯ PHÁP THEO QUY ĐỊNH CỦA LUẬT LÝ LỊCH TƯ PHÁP VÀ QUY ĐỊNH CỦA LUẬT NUÔI CON NUÔI VỀ ĐIỀU KIỆN, HỒ SƠ ĐỐI VỚI NGƯỜI NHẬN CON NUÔI TRONG NƯỚC

Nguyễn Thị Minh Phương¹

Tóm tắt: Bài viết đề cập, phân tích quy định pháp luật, thực tiễn thực hiện quy định về Phiếu lý lịch tư pháp theo quy định của Luật lý lịch tư pháp và quy định của Luật nuôi con nuôi về điều kiện, hồ sơ đối với người nhận con nuôi trong nước, đồng thời đưa ra một số đề xuất, kiến nghị, góp phần bảo đảm thực hiện có hiệu quả, khả thi mục đích nuôi con nuôi nhằm xác lập quan hệ cha, mẹ và con lâu dài, bền vững, vì lợi ích tốt nhất của người được nhận làm con nuôi, bảo đảm cho con nuôi được nuôi dưỡng, chăm sóc, giáo dục trong môi trường gia đình².

Từ khóa: Trẻ em, Phiếu lý lịch tư pháp, người nhận con nuôi.

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 15/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: The article analyzes regulations as well as practical implementation of the criminal record cards according to the Vietnam Laws on Criminal Records and Adoption about conditions and procedures reserved to people who want to adopt children in Vietnam. Furthermore, some recommendations are proposed in order to improve the effectiveness and feasibility of implementing regulations as well as ensure the long-term and stable parent-child relationships where the adopted child is guaranteed to be raised, looked after and educated in the real family environment.

Key words: Children, the Criminal Record card, adoptive parents.

Date of receipt: 018; Date of revision: 15/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

1. Phiếu lý lịch tư pháp

Theo quy định của Luật lý lịch tư pháp, Phiếu lý lịch tư pháp là phiếu do cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu lý lịch tư pháp cấp có giá trị chứng minh cá nhân có hay không có án tích; bị cấm hay không bị cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã trong trường hợp doanh nghiệp, hợp tác xã bị Tòa án tuyên bố phá sản³.

Hiện nay, theo quy định của Luật lý lịch tư pháp năm 2009⁴ có hai loại phiếu lý lịch tư pháp: Phiếu lý lịch tư pháp số 1 và Phiếu lý lịch tư pháp số 2. Phiếu lý lịch tư pháp số 1 cấp cho cá nhân, cơ quan, tổ chức quy định tại Khoản 1 và Khoản 3 Điều 7⁵ của Luật này. Phiếu lý lịch tư pháp số 2 cấp

cho cơ quan tiến hành tố tụng quy định tại Khoản 2 Điều 7⁶ của Luật này và cấp theo yêu cầu của cá nhân để người đó biết được nội dung về lý lịch tư pháp của mình.

Cũng theo quy định của Luật lý lịch tư pháp, nội dung ghi trong Phiếu lý lịch tư pháp số 1 và Phiếu lý lịch tư pháp số 2 cũng có sự khác nhau. Phiếu lý lịch tư pháp số 1 chỉ ghi những án tích chưa được xóa (những án tích đã được xóa không ghi vào Phiếu lý lịch tư pháp số 1). Phiếu lý lịch tư pháp số 1 cũng không ghi thông tin về cấm đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã nếu cá nhân, cơ quan, tổ chức⁷ không có yêu cầu. So với Phiếu lý lịch tư pháp số 1, Phiếu lý

¹ Thạc sỹ, Phó Cục trưởng Cục Quản lý xử lý vi phạm hành chính và theo dõi thi hành pháp luật, Bộ Tư pháp.

² Xem Điều 2 Luật nuôi con nuôi.

³ Xem khoản 4 Điều 2 Luật lý lịch tư pháp năm 2009.

⁴ Xem khoản 1 Điều 41 Luật lý lịch tư pháp năm 2009.

⁵ Khoản 1 và khoản 3 Điều 7 Luật lý lịch tư pháp quy định: “1. Công dân Việt Nam, người nước ngoài đã hoặc đang cư trú tại Việt Nam có quyền yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp của mình... 3. Cơ quan nhà nước, tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội có quyền yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp để phục vụ công tác quản lý nhân sự, hoạt động đăng ký kinh doanh, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã”.

⁶ Khoản 2 Điều 7 Luật lý lịch tư pháp quy định: “Cơ quan tiến hành tố tụng có quyền yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp để phục vụ công tác điều tra, truy tố, xét xử”.

⁷ Xem điểm a Khoản 1 Điều 41; điểm b Khoản 3 Điều 42 Luật lý lịch tư pháp năm 2009.



lịch tư pháp số 2 ghi đầy đủ các thông tin của cá nhân, bao gồm các thông tin về án tích (đối với người đã bị kết án thì ghi đầy đủ án tích đã được xóa, thời điểm được xóa án tích, án tích chưa được xóa, ngày, tháng, năm tuyên án, số bản án, Tòa án đã tuyên bản án, tội danh, điều khoản luật được áp dụng, hình phạt chính, hình phạt bổ sung, nghĩa vụ dân sự trong bản án hình sự, án phí, tình trạng thi hành án) và thông tin về đảm nhiệm chức vụ, thành lập, quản lý doanh nghiệp, hợp tác xã⁸.

Do nội dung của Phiếu lý lịch tư pháp số 2 có sự khác biệt so với Phiếu lý lịch tư pháp số 1 và do tính chất đặc thù của việc cấp Phiếu lý lịch tư pháp số 2 theo yêu cầu của cá nhân nhằm mục đích “để người đó biết được nội dung về lý lịch tư pháp của mình”⁹ nên Luật lý lịch tư pháp quy định chặt chẽ về thủ tục yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp số 2 của cá nhân. Theo đó, trường hợp cá nhân yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp số 2 thì không được ủy quyền cho người khác làm thủ tục cấp Phiếu lý lịch tư pháp. Trong khi đó, cá nhân khi có yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp số 1 có thể ủy quyền cho người khác làm thủ tục yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp.

Bên cạnh quy định chặt chẽ về cấp Phiếu lý lịch tư pháp số 2 cho cá nhân như đã nêu trên, theo quy định của Luật lý lịch tư pháp, Phiếu lý lịch tư pháp số 2 còn được cấp cho các cơ quan tiến hành tố tụng hình sự để phục vụ hoạt động điều tra, truy tố, xét xử.

2. Điều kiện, hồ sơ của người nhận con nuôi trong nước

Theo quy định của Luật nuôi con nuôi năm 2010¹⁰, người được nhận làm con nuôi là người chưa thành niên, trong đó có trẻ em dưới 16 tuổi. Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi nếu thuộc một trong các trường hợp: Được cha dượng, mẹ kế nhận làm con nuôi; Được cô, cậu, dì, chú, bác ruột nhận làm con nuôi. Nhà nước khuyến khích việc nhận trẻ em mồ côi, trẻ em bị bỏ rơi, trẻ em có hoàn cảnh đặc biệt khác làm con nuôi.

Để bảo vệ và bảo đảm các điều kiện chăm sóc, giáo dục đối với người chưa thành niên, trong đó có trẻ em, một trong những điều kiện đối với người nhận con nuôi là phải “có tư cách đạo đức tốt”¹¹ và theo quy định tại Khoản 2 Điều 14 Luật nuôi con nuôi thì những người sau đây không được nhận con nuôi¹²:

a) Đang bị hạn chế một số quyền của cha, mẹ đối với con chưa thành niên”;

b) Đang chấp hành quyết định xử lý hành chính tại cơ sở giáo dục, cơ sở chữa bệnh;

c) Đang chấp hành hình phạt tù;

d) Chưa được xóa án tích về một trong các tội cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của người khác; ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu, người có công nuôi dưỡng mình; dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người chưa thành niên vi phạm pháp luật; mua bán, đánh tráo, chiếm đoạt trẻ em”.

Theo quy định của Luật nuôi con nuôi, để chứng minh “có tư cách đạo đức tốt” như đã nêu trên thì một trong những giấy tờ trong hồ sơ của người nhận con nuôi phải có là “Phiếu lý lịch tư pháp”¹³. Đối chiếu với quy định của Luật lý lịch tư pháp thì đây là phiếu lý lịch tư pháp số 1 hay phiếu lý lịch tư pháp số 2. Luật nuôi con nuôi chỉ quy định chung chung là phiếu lý lịch tư pháp mà không quy định cụ thể là Phiếu lý lịch tư pháp số 1 hay Phiếu lý lịch tư pháp số 2. Tuy nhiên, căn cứ quy định của Luật lý lịch tư pháp như đã nêu tại mục 1 bài viết này thì có thể hiểu đây là yêu cầu về phiếu lý lịch tư pháp số 1. Theo số liệu thống kê, từ năm 2014 đến năm 2017¹⁴, Trung tâm Lý lịch tư pháp quốc gia, Bộ Tư pháp và các Sở Tư pháp đã cấp 1.401.851 phiếu lý lịch tư pháp (năm 2014: 300.108 Phiếu lý lịch tư pháp, năm 2015: 306.818 Phiếu lý lịch tư pháp, năm 2016: 342.089 Phiếu lý lịch tư pháp và năm 2017: 452.836 Phiếu lý lịch tư pháp). Số Phiếu lý lịch tư pháp năm 2017: 452.836 Phiếu lý lịch tư pháp (tăng tới 32,2% so với năm 2015), trong đó có 331.501 Phiếu lý lịch tư pháp số 1 và 121.335 Phiếu lý lịch tư pháp số 2.

⁸ Xem Điều 43 Luật lý lịch tư pháp năm 2009.

⁹ Xem điểm b Khoản 1 Điều 41 Luật lý lịch tư pháp năm 2009.

¹⁰ Xem Điều 8 Luật nuôi con nuôi.

¹¹ Xem điểm d Khoản 1 Điều 14 Luật nuôi con nuôi.

¹² Xem Khoản 2 Điều 14 Luật nuôi con nuôi.

¹³ Xem Khoản 3 Điều 17 Luật nuôi con nuôi.

¹⁴ Xem Báo cáo số 01/BC-BTP ngày 02/01/2018 của Bộ Tư pháp Tổng kết công tác tư pháp năm 2017 và phương hướng, nhiệm vụ, giải pháp công tác năm 2018.

Hiện nay, trong tổng số Phiếu lý lịch tư pháp đã cấp (bao gồm cả Phiếu lý lịch tư pháp số 1 và Phiếu lý lịch tư pháp số 2), chưa có số liệu thống kê về mục đích yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp nói chung và mục đích yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp nhận con nuôi nói riêng vì mặc dù mẫu Tờ khai yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp có yêu cầu khai về “Mục đích yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp”¹⁵ nhưng các nội dung thể hiện trong Phiếu lý lịch tư pháp không có quy định về mục đích sử dụng Phiếu lý lịch tư pháp của người có yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp và trong quy định về báo cáo số Phiếu lý lịch tư pháp đã cấp¹⁶ không có quy định việc báo cáo về mục đích yêu cầu/sử dụng Phiếu lý lịch tư pháp.

Thực tiễn thực hiện yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp số 1 nói chung và để hoàn thiện hồ sơ của người nhận con nuôi cho thấy, trong Phiếu lý lịch tư pháp số 1 đã thể hiện thông tin về việc người nhận con nuôi có án tích hay không có án tích. Trường hợp người bị kết án chưa đủ điều kiện được xóa án tích thì ghi “có án tích”, tội danh, hình phạt chính, hình phạt bổ sung. Theo đó, trường hợp người nhận con nuôi bị kết án chưa được xóa án tích thì Phiếu lý lịch tư pháp số 1 sẽ thể hiện tội danh, hình phạt chính, hình phạt bổ sung, điều này hoàn toàn thống nhất, phù hợp với quy định nêu tại điểm d Khoản 2 Điều 14 Luật nuôi con nuôi về các trường hợp không được nhận con nuôi, trong đó có quy định “*Chưa được xóa án tích về một trong các tội cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của người khác; ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu, người có công nuôi dưỡng mình; dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người chưa thành niên vi phạm pháp luật; mua bán, đánh tráo, chiếm đoạt trẻ em*”.

3. Khó khăn, vướng mắc và những vấn đề đặt ra trong thực hiện các quy định của pháp luật liên quan đến điều kiện, hồ sơ đối với người nhận con nuôi trong nước

Quá trình thực hiện quy định của pháp luật về điều kiện, hồ sơ đối với người nhận con nuôi cho thấy, thực tiễn thực hiện quy định này còn có một số khó khăn, vướng mắc sau đây:

Thứ nhất, Luật nuôi con nuôi và các văn bản quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành chưa có giải thích từ ngữ cho cụm từ “*có tư cách đạo đức tốt*” hay nói cách khác, hiểu thế nào là “*có tư cách đạo đức tốt*” thì hiện nay chưa có sự giải thích, lý giải cho cụm từ này. Điều này dẫn đến nhiều cách hiểu khác nhau:

Ý kiến thứ nhất cho rằng, người nhận con nuôi “*có tư cách đạo đức tốt*” là người được xác nhận “*không có án tích*” (thể hiện thông qua phiếu lý lịch tư pháp và phiếu lý lịch tư pháp là giấy tờ pháp lý xác nhận người nhận con nuôi “*có tư cách đạo đức tốt*”).

Ý kiến thứ hai cho rằng, người “*có tư cách đạo đức tốt*” là người không thuộc trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 14 Luật nuôi con nuôi, tức là những người không đang bị hạn chế một số quyền của cha, mẹ đối với con chưa thành niên; không đang chấp hành quyết định xử lý hành chính tại cơ sở giáo dục, cơ sở chữa bệnh; không đang chấp hành hình phạt tù; đã được xóa án tích về một trong các tội cố ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của người khác; ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu, người có công nuôi dưỡng mình; dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người chưa thành niên vi phạm pháp luật; mua bán, đánh tráo, chiếm đoạt trẻ em.

Ý kiến thứ ba cho rằng, cụm từ “*có tư cách đạo đức tốt*” là một khái niệm rộng, người không thuộc trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 14 Luật nuôi con nuôi chỉ là một trong những trường hợp “*có tư cách đạo đức tốt*” và người “*có tư cách đạo đức tốt*” phải được hiểu bao gồm cả những người không thuộc một trong các trường hợp có các hành vi bị nghiêm cấm theo quy định của Luật nuôi con nuôi¹⁷.

Thứ hai, Luật nuôi con nuôi chỉ quy định chung chung là Phiếu lý lịch tư pháp mà không quy định cụ thể là Phiếu lý lịch tư pháp số 1 hay Phiếu lý lịch tư pháp số 2. Trong khi đó, theo quy định của Luật lý lịch tư pháp, cá nhân có quyền yêu cầu cấp cả hai loại Phiếu lý lịch tư pháp: Phiếu lý lịch tư pháp số 1 và Phiếu lý lịch tư pháp số 2. Điều này có thể dẫn đến sự lúng túng, tùy tiện của cá nhân và cơ quan, người có thẩm quyền trong yêu cầu cung cấp Phiếu lý lịch tư pháp 2. Trên thực tế, mặc dù Luật lý lịch

¹⁵ Xem mẫu số 03/2013/TT-LLTP và Mẫu số 04/2013/TT-LLTP ban hành kèm theo Thông tư số 16/2013/TT-BTP ngày 11/11/2013 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 13/2011/TT-BTP ngày 27/6/2011 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp về việc ban hành và hướng dẫn sử dụng biểu mẫu và mẫu sổ lý lịch tư pháp.

¹⁶ Xem Biểu số 19/BTP/LLTP ban hành theo Thông tư số 04/2016/TT-BTP ngày 03/3/2016 của Bộ trưởng Bộ Tư pháp quy định một số nội dung về hoạt động thống kê của ngành Tư pháp.

¹⁷ Xem Điều 13 Luật nuôi con nuôi.



tư pháp quy định Phiếu lý lịch tư pháp số 2 cấp theo yêu cầu của cá nhân để người đó biết được nội dung về lý lịch tư pháp của mình nhưng “*tình trạng lạm dụng quyền yêu cầu cấp Phiếu LLTP số 2 đối với công dân còn nhiều (cấp 121.335 Phiếu, tăng 22,38% so với năm 2016), ảnh hưởng tới quyền được pháp luật bảo đảm bí mật cá nhân*”¹⁸.

Thứ ba, Luật nuôi con nuôi chỉ giới hạn về các trường hợp không được nhận con nuôi khi chưa được xóa án tích về một trong các tội *có ý xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của người khác; ngược đãi hoặc hành hạ ông bà, cha mẹ, vợ chồng, con, cháu, người có công nuôi dưỡng mình; dụ dỗ, ép buộc hoặc chứa chấp người chưa thành niên vi phạm pháp luật; mua bán, đánh tráo, chiếm đoạt trẻ em*. Trong khi đó, có một số các tội phạm khác có ảnh hưởng rất lớn đến việc nhận con nuôi như: Tội tổ chức tảo hôn¹⁹; Tội tổ chức sử dụng trái phép chất ma túy²⁰; Tội điều động người không đủ điều kiện điều khiển phương tiện tham gia giao thông đường bộ²¹; Tội vi phạm quy định về sử dụng người lao động dưới 16 tuổi²²; Tội mua dâm người dưới 18 tuổi²³...nhưng hiện nay các tội phạm này chưa được quy định thuộc trường hợp không được nhận con nuôi khi chưa được xóa án tích.

4. Đề xuất, kiến nghị

Để đảm bảo tính thống nhất, đồng bộ của các văn bản pháp luật, tính chính xác, thống nhất trong thực hiện pháp luật của cá nhân, cơ quan và người có thẩm quyền, thời gian tới, đề nghị cơ quan, người có thẩm quyền nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung một số quy định sau đây:

Thứ nhất, nghiên cứu sửa đổi, bổ sung một số quy định của Luật nuôi con nuôi liên quan đến quy định của pháp luật về điều kiện, hồ sơ đối với người nhận con nuôi: Giải thích, làm rõ cụm từ “*có tư cách đạo đức tốt*”. Theo tác giả, cần nghiên cứu, quy định cụ thể phạm vi giới hạn về người “*có tư cách đạo đức tốt*” đối với người nhận con nuôi trong nước theo hướng người đó phải không thuộc các trường hợp bị

ngghiêm cấm theo quy định tại Điều 13, Khoản 2 Điều 14 Luật nuôi con nuôi và một số các tội phạm khác theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017) như nêu tại khó khăn, vướng mắc thứ ba, điểm 3 bài viết này mà chưa được xóa án tích theo quy định. Theo đó, cần tiến hành rà soát các tội phạm quy định trong Luật nuôi con nuôi (về những người chưa được xóa án tích về một số tội quy định tại điểm d Khoản 2 Điều 14 Luật nuôi con nuôi) với quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017), trên cơ sở đó, nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung các quy định để bảo đảm tính đầy đủ, toàn diện hơn đối với những người không được nhận con nuôi, trong đó đặc biệt lưu ý về các quy định đối với các tội phạm chưa được xóa án tích có liên quan đến người chưa thành niên. Bên cạnh đó, quy định cụ thể trong hồ sơ của người nhận con nuôi có “*Phiếu lý lịch tư pháp số 1*”, đảm bảo sự thống nhất, đồng bộ với quy định của Luật lý lịch tư pháp. Đồng thời nghiên cứu, quy định cụ thể trách nhiệm của cơ quan, tổ chức trong việc xác nhận người nhận con nuôi “*có tư cách đạo đức tốt*” đối với những trường hợp không thuộc phạm vi xác nhận của Phiếu lý lịch tư pháp số 1 (trên thực tế hiện nay Phiếu lý lịch tư pháp không xác nhận hay nói cách khác chưa bao quát hết các quy định nêu tại Khoản 2 Điều 14 Luật nuôi con nuôi như trường hợp người đang chấp hành quyết định xử lý hành chính tại cơ sở giáo dục, cơ sở chữa bệnh).

Thứ hai, nghiên cứu sửa đổi Luật lý lịch tư pháp theo hướng quy định cá nhân nói chung, trong đó có người nhận con nuôi có yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp chỉ được cấp 01 loại phiếu lý lịch tư pháp – Phiếu lý lịch tư pháp số 1 (bổ quy định về việc cá nhân có quyền yêu cầu cấp Phiếu lý lịch tư pháp số 2), bảo đảm phù hợp với mục đích và nguyên tắc quản lý lý lịch tư pháp, đó là “*Ghi nhận việc xóa án tích, tạo điều kiện cho người đã bị kết án tái hòa nhập cộng đồng*”²⁴, “*Bảo đảm tôn trọng bí mật đời tư của cá nhân*”²⁵./.

¹⁸ Xem Báo cáo số 01/BC-BTP ngày 02/01/2018 của Bộ Tư pháp Tổng kết công tác tư pháp năm 2017 và phương hướng, nhiệm vụ, giải pháp công tác năm 2018.

¹⁹ Điều 183 Bộ luật hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

²⁰ Điểm c khoản 2, điểm d khoản 3 Điều 255 Bộ luật hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

²¹ Điều 263 Bộ luật hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

²² Điều 296 Bộ luật hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

²³ Điều 329 Bộ luật hình sự 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017).

²⁴ Xem khoản 2 Điều 3 Luật lý lịch tư pháp.

²⁵ Xem Khoản 2 Điều 4 Luật lý lịch tư pháp.

HOÀN THIỆN MỘT SỐ QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NHẪM BẢO ĐẢM NGUYÊN TẮC TRANH TỤNG

Lê Thị Thúy Nga¹

Tóm tắt: Tăng cường tranh tụng trong hoạt động tố tụng hình sự (TTHS) là tư tưởng mang tính đột phá, xuyên suốt nội dung đổi mới và hoàn thiện mô hình TTHS Việt Nam, là một trong những vấn đề quan trọng của cải cách tư pháp. Điều này thể hiện sự nhận thức ngày một đầy đủ và tôn trọng quy luật khách quan của TTHS bởi lẽ tranh tụng là “quy luật khách quan, là cái vốn có, lẽ tự nhiên”² của hoạt động tố tụng trong đó có TTHS. Thể chế hóa quan điểm của Đảng, nguyên tắc “tranh tụng trong xét xử được bảo đảm” đã được chính thức ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013 và Bộ luật tố tụng hình sự (BLTTHS) năm 2015. Tuy nhiên, các tiền đề pháp lý để thực hiện nguyên tắc này chưa được thể hiện đầy đủ trong BLTTHS. Điều dễ nhận thấy các chủ thể TTHS chưa được phân định rạch ròi theo chức năng tố tụng, còn có sự chồng chéo về địa vị pháp lý giữa bên buộc tội, bên bào chữa... Trong phạm vi bài viết này, chúng tôi đề xuất một số giải pháp hoàn thiện các quy định pháp luật liên quan trong BLTTHS năm 2015 tập trung vào những quy định nhằm bảo đảm sự bình đẳng giữa bên buộc tội và bên bào chữa, tránh chồng chéo giữa việc thực hiện chức năng buộc tội và chức năng xét xử nhằm bảo đảm nguyên tắc tranh tụng.

Từ khóa: Nguyên tắc tranh tụng, tố tụng hình sự,

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 02/01/2019; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Enhancing litigation in criminal procedure activity is an outstanding idea mentioned in all content of renovation and finalization of criminal procedure mode in Vietnam. It is also an important issue of the legal reform. That shows the proper understanding and respecting objective truth of criminal procedure because litigation is “an objective rule which is natural” of the procedural activity including criminal procedure. Institutionalize viewpoint of the Party, the principle “litigation in hearing is secured” is officially recognized in the Constitution in 2013 and the Criminal Procedure Code in 2015. However, legal premise to implement this principle is not fully expressed in the Criminal Procedure Code. It is easily to recognize that subjects of criminal procedure are not clearly classified under procedural functions, there have been overlap in terms of legal status between the accusing party and the defending party... Within this article, we suggest some solutions to finalize relative legal regulations in the Criminal Procedure Code in 2015 focusing on regulations to ensure the equality between the accusing party and the defending party, avoiding the overlap between the function of accusing and hearing to ensure the adversarial principle.

Keywords: Adversarial principle, criminal procedure,

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 02/01/2019; Date of Approval: 17/01/2019.

1. Nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được bảo đảm theo quy định của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015

Thể hiện rõ nét tư tưởng đề cao tranh tụng trong hoạt động tố tụng hình sự đã được ghi nhận tại Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị “Về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới”, Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị “Về chiến lược cải cách

tư pháp đến năm 2020” cũng như cụ thể hóa tinh thần của Hiến pháp năm 2013, Điều 26 BLTTHS quy định nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được bảo đảm với nội dung cụ thể như sau:

“1. Quá trình khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, Điều tra viên, Kiểm sát viên, người khác có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người bị buộc tội, người bào chữa và người tham gia tố tụng khác đều có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh

¹ Thạc sỹ, Phó Trưởng Khoa phụ trách Đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư.

² Nguyễn Thái Phúc (2008), “Vấn đề tranh tụng và tăng cường tranh tụng trong tố tụng hình sự theo yêu cầu của cải cách tư pháp”, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật số 8/2018



giá chứng cứ, đưa ra yêu cầu để làm rõ sự thật khách quan của vụ án.

2. Tài liệu, chứng cứ trong hồ sơ vụ án do Viện kiểm sát chuyển đến Tòa án để xét xử phải đầy đủ và hợp pháp. Phiên tòa xét xử vụ án hình sự phải có mặt đầy đủ những người theo quy định của Bộ luật này, trường hợp vắng mặt phải vì lý do bất khả kháng hoặc do trở ngại khách quan hoặc trường hợp khác do Bộ luật này quy định. Tòa án có trách nhiệm tạo điều kiện cho Kiểm sát viên, bị cáo, người bào chữa, những người tham gia tố tụng khác thực hiện đầy đủ quyền, nghĩa vụ của mình và tranh tụng dân chủ, bình đẳng trước Tòa án.

3. Mọi chứng cứ xác định có tội, chứng cứ xác định vô tội, tình tiết tăng nặng, tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, áp dụng điểm, khoản, điều của Bộ luật hình sự để xác định tội danh, quyết định hình phạt, mức bồi thường thiệt hại đối với bị cáo, xử lý vật chứng và những tình tiết khác có ý nghĩa giải quyết vụ án đều phải được trình bày, tranh luận, làm rõ tại phiên tòa.

4. Bản án, quyết định của Tòa án phải căn cứ vào kết quả kiểm tra, đánh giá chứng cứ và kết quả tranh tụng tại phiên tòa³.

Là nguyên tắc lần đầu tiên được ghi nhận trong BLTTHS Việt Nam, nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được bảo đảm đã thể hiện những nội dung cốt lõi, tiến bộ của nguyên tắc tranh tụng theo quy định của pháp luật quốc tế, cụ thể là:

- Sự bình đẳng giữa những người có thẩm quyền tố tụng và những người tham gia tố tụng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ, đưa ra yêu cầu để làm rõ sự thật khách quan của vụ án. Sự bình đẳng này không chỉ thể hiện trong giai đoạn xét xử mà trong tất cả các giai đoạn của TTTH từ khởi tố, điều tra, truy tố đến xét xử. Điều này phù hợp với bản chất của tranh tụng là quá trình cùng tồn tại, vận động, đấu tranh và phủ định lẫn nhau giữa hai chức năng cơ bản có định hướng ngược chiều, đối trọng nhau trong TTTH là chức năng buộc tội và chức năng bào chữa. Trong quá trình đó, bên buộc tội và bên bào chữa phải có quyền bình đẳng trong việc đưa ra chứng cứ, đánh giá chứng cứ và đưa ra yêu cầu. Đây là nội dung quan trọng, tạo ra cơ sở pháp lý định hướng cho các quy định cụ thể trong BLTTHS năm 2015 nhằm

đảm bảo cho các bên có điều kiện để tranh tụng hiệu quả.

- Bảo đảm sự độc lập của Tòa án với vai trò là chủ thể tạo điều kiện cho những chủ thể tranh tụng là Kiểm sát viên, bị cáo, người bào chữa, những người tham gia tố tụng khác tranh tụng bình đẳng. Khoản 2 Điều 26 BLTTHS đã xác định rõ vai trò của Tòa án trong quá trình tranh tụng là chủ thể “tạo điều kiện” cho Kiểm sát viên và những người tham gia tố tụng tranh tụng dân chủ, bình đẳng. Nội dung này đã thể hiện được điều kiện quan trọng nhất để tranh tụng có hiệu quả là các bên tranh tụng phải thật sự bình đẳng với nhau và Tòa án phải đứng ở vị trí độc lập, khách quan, là trọng tài bảo đảm cho hai bên thực hiện chức năng của mình. Yêu cầu này đòi hỏi Tòa án không chỉ tôn trọng quyền của các bên trong tố tụng mà phải có trách nhiệm tạo điều kiện cho họ thực hiện quyền đó. Tuy nhiên, việc Khoản 2 Điều 26 BLTTHS liệt kê các chủ thể tranh tụng không theo hướng tách bạch và phân định rõ các chủ thể tham gia tố tụng tương ứng với bên buộc tội, bên gỡ tội dẫn đến “quy định còn rườm rà, không rõ ràng”³ và chưa thể hiện được đầy đủ vai trò của Tòa án với tư cách là trọng tài vô tư, khách quan, không thiên vị, không đứng về bên buộc tội hay bên gỡ tội trong quá trình tranh tụng.

- Bản án, quyết định của Tòa án phải căn cứ vào kết quả tranh tụng tại phiên tòa. Điều 26 BLTTHS năm 2015 quy định các tình tiết liên quan đến việc giải quyết vụ án đều phải được trình bày, tranh luận, làm rõ tại phiên tòa và bản án quyết định của Tòa án phải căn cứ vào kết quả kiểm tra, đánh giá chứng cứ và kết quả tranh tụng tại phiên tòa. Đây là một trong những điểm mới, tiến bộ được ghi nhận trong BLTTHS năm 2015 trên cơ sở thể chế hóa chủ trương cải cách tư pháp “...việc phán quyết của toà án phải căn cứ chủ yếu vào kết quả tranh tụng tại phiên tòa” theo Nghị quyết số 08-NQ/TW ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị “Về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới”. Quy định này bảo đảm hiệu quả thực tế của quá trình tranh tụng giữa các bên trong tố tụng hình sự, bởi lẽ việc tranh tụng chỉ là hình thức nếu kết quả tranh tụng không được thể hiện trong bản án, quyết định của Tòa án.

³ Nguyễn Hoàng Thịnh (2018), Nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được bảo đảm tại Điều 26 của Bộ luật tố tụng hình sự năm 2018, bài viết trên website tapchitoaan.vn, truy cập ngày 2/10/2018

Có thể nói, việc ghi nhận nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được bảo đảm có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, thể hiện sự thừa nhận quy luật tất yếu khách quan là tính tranh tụng giữa hai nhóm chủ thể có lợi ích đối lập nhau trong TTTHS. Từ góc độ lý luận cũng như thực tiễn cho thấy để thực hiện nguyên tắc tranh tụng đòi hỏi những tiền đề pháp lý nhất định như có sự tách bạch về các chức năng cơ bản của TTTHS, mỗi chủ thể hoặc nhóm chủ thể chỉ thực hiện một trong các chức năng cơ bản buộc tội, bào chữa và xét xử, phải thừa nhận tư cách “các bên tranh tụng” giữa các chủ thể thực hiện chức năng buộc tội, chức năng bào chữa và đảm bảo sự bình đẳng về mặt pháp lý giữa các chủ thể này, đảm bảo sự độc lập của Tòa án với tư cách là chủ thể thực hiện chức năng xét xử, “mọi yếu tố làm ảnh hưởng đến tính độc lập của Tòa án phải được loại bỏ” và “không thể để lẫn lộn giữa chức năng buộc tội với chức năng xét xử”⁴. Đây cũng là những định hướng cho việc tiếp tục hoàn thiện các quy định của BLTTHS nhằm bảo đảm nguyên tắc tranh tụng.

2. Hoàn thiện một số quy định của Bộ luật tố tụng hình sự nhằm bảo đảm nguyên tắc tranh tụng

2.1. Hoàn thiện quy định về phân loại các chủ thể tố tụng hình sự

Với việc ghi nhận nguyên tắc “tranh tụng trong xét xử được bảo đảm”, BLTTHS cần quy định về các chủ thể TTTHS trên cơ sở phân định các chủ thể phù hợp với vị trí, vai trò (chức năng) của từng chủ thể, nhóm chủ thể theo yêu cầu tranh tụng. Hiện tại, BLTTHS vẫn quy định chủ thể TTTHS thành nhóm chủ thể có thẩm quyền tiến hành tố tụng và nhóm chủ thể tham gia tố tụng với sự chồng lấn về chức năng giữa các chủ thể trong cùng một nhóm. Vì vậy, việc hoàn thiện cơ cấu của BLTTHS về chủ thể TTTHS theo hướng tách bạch, phân định rõ ràng giữa các chủ thể thực hiện các chức năng cơ bản của TTTHS phù hợp với mô hình TTTHS sẽ là bước đầu tiên tạo lập sự bình đẳng giữa bên buộc tội và bên bào chữa, sự độc lập của Tòa án trong quá trình tranh tụng. Cụ thể, cần phân loại các chủ thể TTTHS thành các nhóm:

Chủ thể thực hiện chức năng buộc tội gồm: Cơ quan điều tra và người có nhiệm vụ, quyền hạn thuộc cơ quan điều tra; Cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra và người được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động

điều tra; Viện kiểm sát, người có nhiệm vụ, quyền hạn thuộc Viện kiểm sát; bị hại và người đại diện hợp pháp của bị hại.

Chủ thể thực hiện chức năng bào chữa gồm: người bị buộc tội và người bào chữa của họ.

Chủ thể thực hiện chức năng xét xử là Tòa án.

Các chủ thể khác tham gia vào quá trình tố tụng giải quyết vụ án gồm nguyên đơn dân sự, bị đơn dân sự, người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan đến vụ án và người đại diện hợp pháp của họ; người làm chứng, người chứng kiến; người giám định, người định giá tài sản; người phiên dịch, người biên dịch và người dịch thuật.

Vì vậy, cần thay đổi cơ cấu của BLTTHS hiện hành theo hướng nhập Chương III (Cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng) và Chương IV (Người tham gia tố tụng) thành một chương có tên gọi là “Các chủ thể TTTHS” với các mục như sau:

- Mục I... Các chủ thể buộc tội.
- Mục II... Các chủ thể bào chữa.
- Mục III... Toà án.
- Mục IV... Các chủ thể tố tụng khác.

Việc thay đổi cơ cấu của BLTTHS về chủ thể TTTHS như nêu trên không chỉ là sự thay đổi về mặt hình thức mà thể hiện sự thay đổi tư duy về phân loại chủ thể TTTHS gắn với chức năng tố tụng, là tiền đề để quy định về địa vị pháp lý của mỗi nhóm chủ thể TTTHS phù hợp với yêu cầu của nguyên tắc tranh tụng.

2.2. Sửa đổi một số quy định về các nguyên tắc cơ bản của tố tụng hình sự

Để bảo đảm phân định rành mạch giữa các chức năng tố tụng, tránh sự chồng chéo giữa việc thực hiện chức năng xét xử và chức năng buộc tội, cần sửa đổi một số nội dung liên quan tới các nguyên tắc cơ bản trong TTTHS như sau:

- Nguyên tắc xác định sự thật vụ án (Điều 15): Điều 15 BLTTHS quy định trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng (THTT) mà chưa phân biệt được trách nhiệm chứng minh của mỗi cơ quan trên cơ sở chức năng TTTHS. Các cơ quan có thẩm quyền THTT theo quy định của BLTTHS năm 2015 gồm cả chủ thể thực hiện chức năng buộc tội (cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, Viện kiểm sát) và chủ thể

⁴ Nguyễn Hoàng Thịnh (2018), tldd



thực hiện chức năng xét xử (Tòa án). Việc quy định trách nhiệm của tất cả các cơ quan này như nhau trong chứng minh tội phạm là chưa hợp lý. Để bảo đảm nguyên tắc tranh tụng, cần sửa đổi nguyên tắc xác định sự thật vụ án theo hướng phân biệt rõ ràng hơn trách nhiệm chứng minh trong TTTHS của các chủ thể trong TTTHS phù hợp với chức năng tố tụng theo đó chủ thể buộc tội (Cơ quan điều tra, Cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, Viện kiểm sát) chứng minh tội phạm phục vụ việc buộc tội, Tòa án chứng minh sự thật vụ án làm cơ sở cho việc đưa ra phán quyết về vụ án. Cụ thể, cần sửa đổi như sau:

“Điều 15. Xác định sự thật của vụ án

1. Cơ quan điều tra, Cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, Viện kiểm sát và Tòa án trong phạm vi chức năng của mình có trách nhiệm xác định sự thật của vụ án một cách khách quan, toàn diện và đầy đủ.

2. Trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về Cơ quan điều tra, Cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra, Viện kiểm sát. Phán quyết của Tòa án được thực hiện trên cơ sở sự thật vụ án được chứng minh tại phiên tòa.

- Nguyên tắc trách nhiệm khởi tố và xử lý vụ án hình sự (Điều 18) cần được sửa đổi theo hướng bổ quy định về trách nhiệm khởi tố vụ án của Tòa án. Mặc dù có ý kiến cho rằng việc quy định Tòa án có quyền khởi tố vụ án không đồng nghĩa với việc Tòa án thực hiện chức năng buộc tội vì “nếu chỉ dừng ở việc khởi tố vụ án thì chức năng buộc tội cũng chưa bắt đầu”⁵ song theo quan điểm của chúng tôi khởi tố vụ án là hoạt động nhằm khởi động tiến trình TTTHS, là trình tự cần thiết về mặt tố tụng và gắn bó chặt chẽ với việc thực hiện các hoạt động tiếp theo thuộc phạm vi của chức năng buộc tội như khởi tố bị can, điều tra vụ án. Hơn nữa, mặc dù BLTTHS không quy định thẩm quyền của Hội đồng xét xử khởi tố bị can, nhưng trên thực tế, đa số các trường hợp khởi tố vụ án tại phiên tòa Hội đồng xét xử đều quyết định khởi tố vụ án để điều tra về hành vi phạm tội của một hoặc nhiều người cụ thể như vậy thực chất Hội đồng xét xử đã hướng việc buộc tội về con người cụ thể. Quy định Tòa án có thẩm quyền khởi tố vụ án vừa là sự chồng lấn

giữa chức năng buộc tội và chức năng xét xử vừa dễ dẫn tới những định kiến, thiếu khách quan khi Tòa án xét xử chính vụ án mà mình đã khởi tố trước đó. Vì vậy, cần bỏ quy định về trách nhiệm và thẩm quyền khởi tố vụ án hình sự của Tòa án theo quy định tại các Điều 18, 154 BLTTHS. Để tránh bỏ lọt tội phạm, chỉ nên quy định trong quá trình xét xử nếu phát hiện việc bỏ lọt tội phạm thì Tòa án kiến nghị đề Viện kiểm sát và Cơ quan điều tra khởi tố vụ án.

2.3. Sửa đổi một số quy định khác nhằm tránh sự chồng chéo giữa việc thực hiện chức năng buộc tội của Viện kiểm sát và chức năng xét xử của Tòa án

Đáp ứng yêu cầu này, theo chúng tôi cần nghiên cứu, sửa đổi, bổ sung các quy định cụ thể sau:

- Sửa đổi quy định về thẩm quyền trả hồ sơ điều tra bổ sung của Tòa án. Theo điểm a, b, c Khoản 1 Điều 280 BLTTHS, Tòa án trả hồ sơ cho Viện kiểm sát (VKS) điều tra bổ sung khi thiếu chứng cứ quan trọng trong vụ án (trong đó có chứng cứ buộc tội) mà không thể bổ sung tại phiên tòa, khi VKS bỏ lọt người, lọt tội. Quy định Tòa án có thể trả hồ sơ để điều tra bổ sung trong những trường hợp này không phù hợp với chức năng xét xử của Tòa án đồng thời không bảo đảm sự bình đẳng giữa bên buộc tội VKS và bên bào chữa, dường như tạo cho VKS thêm “cơ hội” để bổ sung, củng cố chứng cứ buộc tội trong khi theo đúng nguyên tắc khi truy tố bị can ra trước Tòa án bên buộc tội phải có đầy đủ chứng cứ chứng minh cho việc buộc tội của mình. Vì vậy, nếu duy trì quy định về thẩm quyền của Tòa án trả hồ sơ cho VKS để điều tra bổ sung thì chỉ nên quy định căn cứ duy nhất là quá trình điều tra, truy tố có vi phạm thủ tục tố tụng gây ảnh hưởng nghiêm trọng tới quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội, bị hại, các đương sự và việc trả hồ sơ có thể khắc phục được vi phạm đó.

- Sửa đổi quy định về giới hạn xét xử (Điều 298): Giới hạn xét xử luôn là vấn đề trung tâm thu hút sự quan tâm nghiên cứu. Giới hạn xét xử “là ranh giới thể hiện nội dung và phạm vi của các chức năng tố tụng và cũng là nơi mà mối quan hệ giữa các chức năng tố tụng cũng như chủ thể thực hiện các chức năng tố tụng được thể hiện đầy đủ và rõ ràng nhất”⁶. Giải quyết đúng đắn vấn đề giới

⁵ Đặng Văn Phụng (2016), *Chức năng buộc tội trong tố tụng hình sự Việt Nam*, Luận văn thạc sỹ Luật học, Hà Nội, tr.22

⁶ Lê Tiên Châu, *Chức năng xét xử trong tố tụng hình sự Việt Nam*, Luận án tiến sỹ luật học Hà Nội, tr.127

hạn xét xử chính là giải quyết đúng đắn mối quan hệ giữa các chức năng cơ bản trong TTTHS để vừa bảo đảm nguyên tắc độc lập xét xử của Tòa án, không biến Tòa án thành cơ quan buộc tội đồng thời bảo đảm quyền bào chữa của người bị buộc tội – những yếu tố có ý nghĩa quyết định nhằm thực hiện nguyên tắc tranh tụng. Để xác định đúng giới hạn xét xử phải dựa trên cơ sở lý luận về các chức năng cơ bản trong TTTHS, làm rõ vai trò của mỗi chức năng trong TTTHS và mối quan hệ mật thiết, biện chứng giữa các chức năng. Theo đó, VKS thực hiện chức năng buộc tội (bao gồm yếu tố về tội danh – một phần để xác định trách nhiệm hình sự của người bị buộc tội), Tòa án thực hiện chức năng xét xử trong phạm vi buộc tội của VKS. Cùng với việc xử lý mối quan hệ này, phải bảo đảm nguyên tắc tranh tụng, nguyên tắc bảo đảm quyền bào chữa của người bị buộc tội, nguyên tắc nhân đạo trong tố tụng hình sự. Trên cơ sở cân nhắc các yếu tố đó, chúng tôi cho rằng quy định cho phép Tòa án xét xử theo tội danh nặng hơn so với tội danh mà VKS đã truy tố, theo khoản nặng hơn của cùng một điều luật mà VKS đã truy tố tại Điều 298 BLTTHS năm 2015 là chưa phù hợp. Bởi lẽ, trong những trường hợp này các yêu cầu của nguyên tắc nhân đạo, nguyên tắc tranh tụng cũng như nguyên tắc bảo đảm quyền bào chữa của người bị buộc tội đều không được bảo đảm, cụ thể là: (i) Tòa án đã xét xử ngoài phạm vi truy tố theo hướng làm xấu đi tình trạng của bị cáo, điều mà ngay cả VKS với tư cách là chủ thể buộc tội cũng không được thực hiện (Kiểm sát viên không được thay đổi quan điểm truy tố tại phiên tòa theo hướng làm xấu đi tình trạng của bị cáo); (ii) Dù được thông báo trước về quan điểm của Tòa án liên quan đến tội danh song tại phiên tòa, khi phía Kiểm sát viên chỉ đưa ra ý kiến về tội danh nhẹ hơn thì về nguyên tắc bị cáo và người bào chữa chỉ thực hiện việc bào chữa theo nội dung buộc tội của Kiểm sát viên, không có cơ hội và không nên tranh luận về quan điểm “buộc tội” của Tòa án vì không phù hợp với mục đích của việc bào chữa; (iii) khi bên buộc tội và bên bào chữa không tranh tụng về tội danh nặng hơn thì tòa án cũng không có “kết quả tranh tụng tại phiên tòa” để quyết định về vấn đề này. Bên cạnh đó, những lo ngại rằng nếu không quy định Tòa án có thể xét xử về tội nặng hơn là không bảo đảm nguyên tắc độc

lập xét xử, dẫn tới lọt người, lọt tội, kéo dài quá trình giải quyết vụ án ...hoàn toàn có thể lý giải được từ lý luận về các chức năng tố tụng và quy trình, thủ tục tố tụng. Theo đó, tòa án độc lập trong giới hạn xét xử, trường hợp thấy có vi phạm Tòa án có thể kiến nghị để xem xét lại vụ án theo trình tự giám đốc thẩm nhưng tại thời điểm xét xử sơ thẩm, giới hạn xét xử và các nguyên tắc, thủ tục tố tụng phải được tôn trọng; việc để lọt người, lọt tội là trách nhiệm của VKS – cơ quan thực hiện chức năng buộc tội và pháp luật đã quy định các thủ tục để khắc phục những sai lầm này (nếu có) của VKS. Với những phân tích nêu trên, theo chúng tôi cần bỏ quy định tại Khoản 3 Điều 298 BLTTHS và quy định về giới hạn xét xử như Điều 196 BLTTHS năm 2003, cụ thể là:

“1. Tòa án xét xử những bị cáo và những hành vi theo tội danh mà Viện kiểm sát truy tố và Tòa án đã quyết định đưa vụ án ra xét xử.

2. Tòa án có thể xét xử bị cáo theo khoản khác với khoản mà Viện kiểm sát đã truy tố trong cùng một điều luật hoặc về một tội khác bằng hoặc nhẹ hơn tội mà Viện kiểm sát đã truy tố”.

- Sửa đổi quy định về trường hợp Kiểm sát viên rút quyết định truy tố tại phiên tòa: Theo nguyên tắc chỉ khi có buộc tội mới có gỡ tội (bào chữa) và xét xử; khi không còn sự buộc tội thì việc bào chữa và xét xử cũng không còn. Nếu VKS rút quyết định truy tố kể cả trước và trong phiên tòa thì tòa án phải đình chỉ xét xử đối với bị cáo hoặc đối với hành vi đó bởi lẽ khi VKS rút quyết định truy tố đối với một bị cáo nghĩa là chấm dứt việc buộc tội đối với bị cáo đó và khi chức năng buộc tội không còn thì sẽ không còn cơ sở làm phát sinh tranh tụng giữa các bên, không còn cơ sở cho sự tồn tại của chức năng bào chữa và chức năng xét xử. Vì vậy, Điều 325 BLTTHS năm 2015 cần được sửa đổi theo hướng nếu VKS rút một phần quyết định truy tố thì Tòa án chỉ xét xử phần quyết định truy tố không bị rút; nếu VKS rút toàn bộ quyết định truy tố thì Tòa án phải đình chỉ việc xét xử. Cụ thể là:

“Điều 325. Xem xét việc rút quyết định truy tố hoặc kết luận về tội nhẹ hơn tại phiên tòa

1. Khi Kiểm sát viên kết luận về tội nhẹ hơn thì Hội đồng xét xử vẫn tiếp tục xét xử vụ án.

(Xem tiếp trang 38)



ĐẶC ĐIỂM HOẠT ĐỘNG BẢO CHỮA CỦA LUẬT SƯ TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ VIỆT NAM

Ngô Thị Ngọc Vân¹

Tóm tắt: Hoạt động bảo chữa của luật sư có những đặc điểm riêng, bởi những hoạt động đó xuất phát từ các công việc do luật sư tiến hành trên cơ sở phù hợp với quy định của pháp luật. Hoạt động này có những đặc điểm cơ bản như tính chuyên nghiệp, tuân thủ quy tắc đạo đức, không có khuôn mẫu, dựa vào sự nhạy bén, linh hoạt, năng động của luật sư; thể hiện tính độc lập và tự chịu trách nhiệm cá nhân trước khách hàng về hoạt động nghề nghiệp của mình; phụ thuộc vào thời điểm tham gia tố tụng và chỉ mang tính đề xuất, kiến nghị, phụ thuộc nhiều vào cơ quan tiến hành tố tụng; được thực hiện trên cơ sở nguyên tắc, thủ tục luật định và quy định của pháp luật về quyền, nghĩa vụ của người bào chữa.

Từ khoá: Hoạt động bảo chữa, bào chữa, luật sư, tố tụng hình sự.

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 21/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019

Abstract: the defending activities of lawyer have particular features because those activities come from tasks performed by lawyers in accordance with legal regulations. Those activities have basic features such as being professional, complying with code of ethics, not having form, basing on the flexibility, dynamic personality of the lawyer; expressing the independence and self-responsibility of individual before clients for his professional activity; depending on the time of joining the procedure and having characteristics of recommendation, proposal depending on different procedure-conducting agencies; being implemented basing on principles, legal procedure and legal regulations on the rights, duties of the defending person.

Keywords: defending activity, defending, lawyer, criminal procedure

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 21/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

Hoạt động bảo chữa của luật sư là các công việc do luật sư tiến hành trên cơ sở phù hợp với quy định của pháp luật nhằm loại bỏ một phần hoặc toàn bộ sự buộc tội từ phía cơ quan điều tra, viện kiểm sát hoặc người bị hại, tìm ra các căn cứ giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho người bị buộc tội, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Hoạt động này phát sinh trên cơ sở quyền bào chữa của người bị buộc tội (thông qua việc thực hiện quyền nhờ người khác bào chữa của họ). Bởi vậy, hoạt động bảo chữa của luật sư có vai trò rất quan trọng và không thể thiếu trong tố tụng hình sự. Hoạt động đó được thực hiện xuyên suốt trong cả quá trình tố tụng hình sự mà không chỉ đơn thuần giới hạn ở việc bào chữa tại phiên tòa. Có thể khẳng định rằng, nếu không có hoạt động bảo chữa của luật sư thì việc tranh tụng không thể thực hiện đúng nghĩa và hoạt động này cũng có những đặc điểm cơ bản, riêng biệt.

1. Hoạt động bảo chữa của luật sư thể hiện tính chuyên nghiệp, tuân thủ quy tắc đạo đức, không có khuôn mẫu, dựa vào sự nhạy bén, linh hoạt, năng động của luật sư, thể hiện ứng xử có

văn hóa, tôn trọng người tiến hành và tham gia tố tụng và thể hiện sự tận tâm bảo vệ cho thân chủ, kiên trì thuyết phục Hội đồng xét xử nhằm bảo vệ tốt nhất cho thân chủ của mình

Nghề luật sư ở Việt Nam là một nghề cao quý, bởi hoạt động nghề nghiệp của luật sư nhằm mục đích góp phần bảo vệ công lý, bảo vệ độc lập, chủ quyền và toàn vẹn lãnh thổ; góp phần phát triển kinh tế, vì sự nghiệp dân giàu, nước mạnh, xã hội dân chủ, công bằng, văn minh. Hoạt động bảo chữa và nghề luật sư xuất hiện từ rất sớm trong lịch sử, gắn liền với thiết chế của Tòa án trong tổ chức bộ máy Nhà nước và việc thừa nhận quyền được bào chữa của đương sự. Thực tiễn cho thấy, luật sư có vai trò rất lớn trong việc bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội và các đương sự, giúp các cơ quan tiến hành tố tụng điều tra, truy tố, xét xử vụ án được chính xác, khách quan. Luật sư bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội bằng lý lẽ và các chứng cứ có sức thuyết phục. Luật sư trình bày trước Tòa án chứng cứ gỡ tội và đưa ra yêu cầu, không được bỏ qua những gì có thể giúp

¹ Tiến sỹ, Phó Trưởng Khoa Đào tạo luật sư, Học viện Tư pháp

cho việc chứng minh thân chủ vô tội hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho họ cũng như không thể làm xấu hơn tình trạng của bị cáo. Bên cạnh đó, luật sư có nghĩa vụ sử dụng mọi biện pháp do pháp luật quy định để làm sáng tỏ những tình tiết xác định người bị buộc tội không phạm tội, những tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự... nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ. Luật sư là người bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội, giúp cho việc giải quyết vụ án hình sự khách quan, chính xác, hợp tình, hợp lý và góp phần nâng cao hiệu quả của pháp luật. Bởi vậy, luật sư bào chữa cũng có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ pháp lý được quy định trong Bộ luật tố tụng hình sự (BLTTHS).

Tính chuyên nghiệp và đạo đức nghề nghiệp là nền tảng cơ bản của nghề luật sư. Luật sư có bốn phận tự mình nâng cao trình độ, kỹ năng chuyên môn; nêu gương trong việc tôn trọng, chấp hành pháp luật; tự giác tuân thủ các quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp trong hoạt động hành nghề, trong lối sống và giao tiếp xã hội. Bởi vậy, trong hoạt động của mình, luật sư vừa phải tuân thủ các quy định của pháp luật vừa phải tuân theo các Quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp. Đây chính là các quy định về những chuẩn mực đạo đức và ứng xử nghề nghiệp, là thước đo phẩm chất đạo đức và trách nhiệm nghề nghiệp của mỗi luật sư. Họ phải lấy Quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp làm khuôn mẫu cho sự tu dưỡng, rèn luyện để giữ gìn uy tín nghề nghiệp, thanh danh của luật sư, xứng đáng với sự tôn vinh của xã hội. Trong đời sống thường nhật, luật sư tham gia vào các quan hệ xã hội, các quan hệ nghề nghiệp, trong đó có các quan hệ tố tụng trong các vụ án hình sự. Trong các quan hệ tố tụng lại diễn ra nhiều loại quan hệ giữa các chủ thể khác như: quan hệ giữa luật sư với các cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng; quan hệ với khách hàng, với những người tham gia tố tụng khác, quan hệ với đồng nghiệp, v.v.. Với tư cách một chủ thể tham gia trong các quan hệ tố tụng, luật sư có những quyền và nghĩa vụ tố tụng nhất định theo quy định của pháp luật. Đó là những quyền và nghĩa vụ pháp lý luật sư phải tuân thủ và nếu vi phạm sẽ phải chịu các hình thức xử lý theo các chế tài đã được luật hóa. Tuy nhiên, trong các quan hệ nêu trên, vẫn có những trường hợp, tình huống nảy sinh trong thực tiễn giao tiếp không nằm trong phạm vi điều chỉnh của pháp luật mà thuộc phạm trù đạo đức và ứng xử nghề nghiệp phải được

điều chỉnh bằng các quy định đạo đức tương ứng. Đó là các quy định về căn cứ, chuẩn mực đã được xác định trong bộ Quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư. Các quy định này cũng hàm chứa các nghĩa vụ đạo đức mang tính chất cảm đoán hay bắt buộc luật sư phải tuân thủ hoặc các quy phạm mang tính chất khuyến khích luật sư áp dụng trong quá trình hành nghề cũng như trong lối sống, giao tiếp khi tham gia các quan hệ xã hội khác. Đạo đức nghề nghiệp có ý nghĩa là nguồn, là gốc, là nền tảng cơ bản của nghề luật sư. Không có đạo đức nghề nghiệp, nghề luật sư không thể tồn tại, phát triển. Luật sư hành nghề với tư cách cá nhân và tự chịu trách nhiệm cá nhân về uy tín nghề nghiệp của mình, với mục tiêu phụng sự công lý, tôn trọng và dựa trên pháp luật thì trước hết phải xuất phát từ một nền tảng đạo đức. Nếu không xuất phát từ nền tảng này thì luật sư khó có thể có ý thức tôn trọng và tuân thủ pháp luật khi hành nghề.

Mối quan hệ giữa luật sư với khách hàng chính là “lửa thử vàng” đối với cá nhân luật sư. Uy tín, lương tâm, trách nhiệm nghề nghiệp luật sư, sự tiêu cực hay không tiêu cực của luật sư đều xuất phát từ nền tảng quan hệ này và tác dụng của nó có ý nghĩa chi phối các hành vi ứng xử khác trong “tổng hòa các quan hệ xã hội” của luật sư. Sự tận tâm với khách hàng liên quan đến việc thực hiện các quyền và nghĩa vụ của luật sư đối với khách hàng như tận tâm thực hiện hết khả năng và trách nhiệm với khách hàng trong khuôn khổ pháp luật cho phép và phạm trù đạo đức nghề nghiệp; tuân thủ bí mật quốc gia và bí mật của khách hàng; ngăn ngừa các thủ đoạn hành nghề không lương thiện, tự giác thực hiện các nghĩa vụ trợ giúp pháp lý miễn phí cho người nghèo, giải quyết các mâu thuẫn về lợi ích, việc nhận thù lao... Đây chính là nghĩa vụ đạo đức của luật sư trong việc cung cấp dịch vụ pháp lý xuất phát từ sự tin cậy của khách hàng đối với luật sư. Chất lượng dịch vụ pháp lý tốt nhất mà luật sư cung cấp cho khách hàng được đo bằng hàm lượng chất xám của luật sư khi đầu tư vào vụ việc, sự tận tụy trong suốt quá trình thực hiện công việc để bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của khách hàng. Tuy nhiên, điều này được hiểu trong phạm vi trình độ, khả năng chuyên môn và trách nhiệm nghề nghiệp luật sư, không phải là nghĩa vụ bảo đảm kết quả vụ việc theo yêu cầu của khách hàng.

Trong hoạt động của mình, luật sư phải thể hiện ứng xử có văn hóa, tôn trọng người tiến hành và



tham gia tố tụng. Việc họ phải nghiêm chỉnh chấp hành nội quy và các quy định có liên quan trong quan hệ với các cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng chính là biểu hiện của yêu cầu này. Luật sư có thái độ hợp tác, lịch sự, tôn trọng những người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng mà luật sư tiếp xúc khi hành nghề. Hoạt động bào chữa của luật sư không có khuôn mẫu, dựa vào sự nhạy bén, linh hoạt, năng động. Luật sư luôn nhận thức việc tiếp xúc, trao đổi ý kiến về nghiệp vụ là cần thiết và có lợi cho khách hàng nhưng họ phải giữ tính độc lập, không bị chi phối hoặc lệ thuộc vào ý kiến khác làm ảnh hưởng tới việc xây dựng quan điểm, phương án bào chữa, bảo vệ quyền lợi hợp pháp của khách hàng. Trong thực tế, cũng không một luật sư nào chỉ vì bị chi phối hoặc lệ thuộc vào ý kiến nào đó mà tự đánh mất thiên chức và nhiệm vụ bảo vệ quyền lợi cho khách hàng của mình. Thật ra, tự bản thân quan điểm bào chữa hay tranh luận của luật sư đã bao hàm mang tính chủ quan, linh hoạt, nhưng vấn đề đặt ra là cần tránh nhận thức chủ quan, phiến diện mà dẫn đến trong lời nói, hành động hoặc tài liệu gửi đến cơ quan tiến hành tố tụng (CQTHTT) có những lời lẽ, nhận định mang tính chất kích động, quy chụp, kết tội người khác. Điều này cũng xảy ra trên thực tế, có thể do vị thế của luật sư đứng trên quyền lợi của khách hàng khác nhau, hoặc do thiếu kiểm chế dẫn đến quy chụp mang tính cá nhân, thoát ly khỏi nội dung tranh tụng của vụ án. Mặt khác, không phải lúc nào các quan điểm, chứng cứ pháp lý và căn cứ pháp luật có ý nghĩa quan trọng giúp cho việc giải quyết vụ án được khách quan, đúng pháp luật của luật sư đều được Hội đồng xét xử chấp nhận. Vấn đề là khi tranh luận, luật sư phải có thái độ ứng xử chuẩn mực và có văn hóa, vừa kiên trì bảo vệ ý kiến, quan điểm của mình, nhưng cũng phải kịp thời điều chỉnh, ghi nhận quan điểm có căn cứ của người buộc tội hoặc ý kiến của luật sư bảo vệ cho khách hàng có quyền lợi đối lập với khách hàng của mình để tránh tình trạng bị coi là “bào chữa bằng mọi giá”, bất chấp sự thật khách quan. Bên cạnh đó, người luật sư cần nhận thức đúng đắn về chức năng xã hội của mình. Đó là, khi hành nghề không nên lợi dụng tư cách người tham gia tố tụng tại phiên tòa theo quy định của pháp luật để phát biểu những lời lẽ gây phương hại đến lợi ích quốc gia, lợi ích xã hội, đoàn kết dân tộc, tôn giáo hoặc tuyên truyền, phổ biến những quan điểm trái pháp luật hay đạo đức xã hội. Tuy

vậy, trong quá trình tham gia tố tụng, nếu phát hiện những những vi phạm pháp luật của các CQTHTT, luật sư phải kịp thời đưa ra những kiến nghị nhằm chấm dứt vi phạm đó. Bản lĩnh, phẩm chất chính trị và kỹ năng nghề nghiệp, cùng với trải nghiệm qua thực tiễn sẽ giúp cho mỗi luật sư tự điều chỉnh ranh giới sao cho hành vi của mình phù hợp với pháp luật và đạo đức.

Như vậy, chủ thể thực hiện hoạt động bào chữa có hiệu quả nhất chính là luật sư bào chữa. Đây cũng chính là lý do nhiều nước quy định cụ thể người bào chữa trong tố tụng hình sự là luật sư. Việc luật sư thực hiện các công việc của mình để bảo vệ quyền lợi hợp pháp của người bị buộc tội chính là biểu hiện của hoạt động bào chữa. Bên cạnh đó, khi luật sư phân tích, đánh giá, nhận định về các tình tiết liên quan đến vụ án, đưa ra các chứng cứ chứng minh sự không phạm tội hoặc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho người bị buộc tội, đề xuất các vấn đề hợp pháp trước và tại phiên tòa xét xử... cũng tác động đến nhận thức của hội đồng xét xử về sự việc phạm tội, người đã thực hiện hành vi phạm tội... Từ đó, Hội đồng xét xử sẽ có thêm cơ sở lý luận cũng như thực tiễn để cân nhắc việc sử dụng các chứng cứ được xác minh tại tòa, xác định sự thật vụ án và ra những phán quyết chính xác, đúng người, đúng tội.

2. Hoạt động bào chữa của luật sư còn thể hiện tính độc lập và tự chịu trách nhiệm cá nhân trước khách hàng về hoạt động nghề nghiệp của mình

Tính độc lập là cơ sở quan trọng trong hoạt động nghề nghiệp của luật sư. Điều đó thể hiện ở việc luật sư hoạt động độc lập trên cơ sở pháp luật và quy tắc đạo đức nghề nghiệp mà không chịu bất kỳ áp lực, cản trở nào từ bên ngoài, thậm chí từ lợi ích cá nhân luật sư. Đây chính là nét đặc thù nghề nghiệp của luật sư. Bởi lẽ, hoạt động độc lập với cơ quan nhà nước là cơ sở để luật sư bảo vệ quyền lợi của khách hàng, còn độc lập với khách hàng là cơ sở để đảm bảo sự tuân thủ pháp luật và quy tắc nghề nghiệp của luật sư. Nghề luật sư không chỉ đòi hỏi về chuyên môn cao mà còn đòi hỏi người hành nghề phải có tư cách đạo đức tốt, luôn đặt quyền lợi của khách hàng và xã hội lên trên lợi ích của bản thân. Mục đích hoạt động của luật sư là bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của khách hàng trong sự phù hợp giữa lợi ích công và lợi ích cá nhân, góp phần duy trì công bằng xã hội. Trách nhiệm pháp lý của luật sư trong hoạt động nghề nghiệp được điều

chính trong các quy định của pháp luật về luật sư và văn bản khác có liên quan. Luật sư sẽ phải chịu các hình thức xử lý khi vi phạm các quy định pháp luật về hành nghề luật sư. Hoạt động bảo vệ quyền lợi cho khách hàng của luật sư là hoạt động nghề nghiệp, bởi khách hàng chính là người mang đến công việc cho luật sư. Trong quá trình hành nghề, ngoài việc tuân thủ pháp luật, luật sư còn phải tuân theo các quy tắc đạo đức và ứng xử nghề nghiệp luật sư như độc lập, trung thực, tôn trọng sự thật khách quan; sử dụng các biện pháp hợp pháp để bảo vệ tốt nhất quyền, lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội và chịu trách nhiệm trước pháp luật về hoạt động nghề nghiệp của mình; luật sư không được phép có hành vi tác động trực tiếp tới quyền bào chữa của người bị buộc tội như 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; không được móc nối, quan hệ với người tiến hành tố tụng, người tham gia tố tụng, cán bộ, công chức khác để làm trái quy định của pháp luật trong việc giải quyết vụ việc.

3. Hoạt động bào chữa của luật sư phụ thuộc vào thời điểm tham gia tố tụng và chỉ mang tính đề xuất, kiến nghị, phụ thuộc nhiều vào cơ quan tiến hành tố tụng

Về mặt lý thuyết, luật sư chỉ được thực hiện hoạt động bào chữa từ thời điểm được cơ quan tiến hành tố tụng chấp thuận là người bào chữa của người bị buộc tội. Trên thực tế, nhiều hoạt động (thao tác) nghề nghiệp đã có thể được thực hiện từ trước đó như: tiếp xúc, trao đổi với khách hàng, thu thập các thông tin ban đầu... Trong quá trình tham gia giải quyết vụ án, những kiến nghị, đề xuất của luật sư (như thay đổi biện pháp ngăn chặn, thực hiện một số hoạt động điều tra, trao đổi chứng cứ, triệu tập người làm chứng mới ...) nhằm bảo vệ quyền lợi hợp pháp của thân chủ chỉ mang tính chất tham khảo đối với cơ quan, người tiến hành tố tụng. Nhiều trường hợp, họ có thể chấp nhận hoặc không chấp nhận mà không cần có văn bản trả lời.

4. Hoạt động bào chữa của luật sư được thực hiện trên cơ sở nguyên tắc, thủ tục luật định và quy định của pháp luật về quyền, nghĩa vụ của người bào chữa

Mặc dù pháp luật cho phép luật sư được thực hiện nhiều hoạt động để bảo vệ quyền lợi cho thân chủ nhưng điều đó không có nghĩa luật sư được

phép thực hiện các hoạt động bất hợp pháp. Mọi hành vi vi phạm quy tắc đạo đức nghề nghiệp, vi phạm pháp luật của luật sư sẽ bị xử lý tùy theo mức độ nghiêm trọng của hành vi. Chính vì vậy, pháp luật tố tụng hình sự đã quy định cụ thể các nguyên tắc định hướng cho việc thực hiện hoạt động bào chữa của luật sư như nguyên tắc bảo đảm pháp chế xã hội chủ nghĩa trong tố tụng hình sự, xác định sự thật vụ án, bảo đảm quyền bào chữa của người bị buộc tội, bảo đảm quyền bình đẳng trước toà án, bảo đảm quyền khiếu nại tố cáo trong tố tụng hình sự... Đồng thời, BLTTHS cũng có những quy định cụ thể về quyền và nghĩa vụ của người bào chữa (bao gồm cả luật sư) để điều chỉnh hoạt động của luật sư trong quá trình tham gia giải quyết vụ án hình sự. Đó cũng là căn cứ để các luật sư tự điều chỉnh các hoạt động bào chữa của mình sao cho những hoạt động đó vẫn nằm trong khuôn khổ pháp luật hoặc không trái luật (trong trường hợp luật không quy định). Mặt khác, hoạt động bào chữa của luật sư cũng phải tuân theo trình tự tố tụng do pháp luật tố tụng hình sự quy định. Bởi lẽ, BLTTHS đã quy định rất cụ thể thủ tục tiến hành các hoạt động của cơ quan, người tiến hành tố tụng và người tham gia tố tụng. Ví dụ: Trong giai đoạn xét xử sơ thẩm vụ án hình sự, BLTTHS quy định cụ thể thủ tục tố tụng tại phiên toà như thủ tục bắt đầu phiên toà, thủ tục tranh luận tại phiên toà, nghị án và tuyên án. Hoạt động bào chữa của luật sư trong giai đoạn này cũng phải tuân thủ các yêu cầu về thủ tục tố tụng mà BLTTHS đã quy định để đạt được mục đích bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người bị buộc tội. Ví dụ: BLTTHS năm 2015 của Việt Nam quy định về trình tự, thủ tục giải quyết vụ án hình sự như chuẩn bị xét xử (Điều 276 - Điều 287), thủ tục tố tụng tại phiên toà sơ thẩm (Điều 288 - Điều 329).

Như vậy, hoạt động bào chữa của luật sư có những đặc điểm riêng, bởi những hoạt động đó xuất phát từ các công việc do luật sư tiến hành trên cơ sở phù hợp với quy định của pháp luật, bao gồm việc nghiên cứu hồ sơ vụ án, thu thập và đưa ra các chứng cứ, trao đổi với bị can, bị cáo, đề xuất với cơ quan tiến hành tố tụng, hỏi, tranh luận tại phiên toà và những công việc khác nhằm loại bỏ một phần hoặc toàn bộ sự buộc tội từ phía cơ quan điều tra, viện kiểm sát hoặc người bị hại, tìm ra các căn cứ giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cho người bị buộc tội và bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của họ./.



QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015, SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017 VỀ TỘI SỬ DỤNG NGƯỜI DƯỚI 16 TUỔI VÀO MỤC ĐÍCH KHIÊU DÂM

Lê Thị Tuyết¹

Tóm tắt: Tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm là tội phạm mới được quy định tại Điều 147 Bộ luật hình sự (BLHS) năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 thuộc nhóm các tội phạm về tình dục. Đây là tội phạm nguy hiểm cho xã hội, vì vậy cần phải phân tích làm rõ nội dung điều luật để định tội danh được chính xác nhằm trừng trị, giáo dục người phạm tội cũng như giáo dục, răn đe mọi người có ý thức tuân theo pháp luật. Bài viết tập trung phân tích dấu hiệu pháp lý đặc trưng của tội phạm, qua đó đưa ra một số kiến nghị để hạn chế và phòng ngừa loại tội phạm này xảy ra trong thực tiễn.

Từ khóa: Khiêu dâm; Bộ luật hình sự; lôi kéo; dụ dỗ; ép buộc;

Nhận bài: 01/11/2018; Hoàn thành biên tập: 21/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Employment of a person under 16 years old for pornographic purposes is a new crime which is regulated in Article 147 of Criminal Code 2015, amended, supplemented in 2017 belonging to sexual offender group. That is dangerous crime for society. Therefore, it is necessary to analyze and clarify the content of the laws to determine a crime correctly for punishing, educating criminals as well as educating, warning people to be aware of compliance with the law. The article focuses on analyzing legal signs of crime to make recommendations for limitation and prevention this crime.

Keywords: pornographic, criminal code, entices, coercion.

Date of receipt: 01/11/2018; Date of revision: 21/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

BLHS năm 1999 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 2009) quy định Tội dâm ô với trẻ em tại Điều 117, theo cách hiểu từ trước đến nay về dâm ô thì hành vi dâm ô được coi là hành vi đụng chạm vào những bộ phận nhạy cảm của trẻ em hoặc buộc trẻ em đụng chạm vào những bộ phận nhạy cảm của người phạm tội nhằm thỏa mãn dục vọng của mình. Tuy nhiên, từ lý luận và thực tiễn cho thấy, việc quy định Tội dâm ô với trẻ em chưa bao quát hết các hành vi xâm hại tình dục trẻ em xảy ra trong thời gian qua. Trong thực tiễn có nhiều trường hợp, người phạm tội ép buộc trẻ em phải biểu diễn các hành vi khiêu dâm, đóng phim khiêu dâm hoặc buộc trẻ em phải xem những hình ảnh khiêu dâm... Theo báo cáo về bóc lột tình dục thương mại trẻ em do Bộ Lao động Thương binh và Xã hội (LĐTB&XH) và UNICEF công bố năm 2014 cho thấy văn hoá phẩm khiêu dâm trẻ em mang tính thương mại có tồn tại ở Việt Nam. Các vụ việc xâm hại, bóc lột tình dục thương mại trẻ em ngày càng gia tăng, nhờ sự phát triển của công nghệ kỹ thuật số, trẻ em dễ bị dụ dỗ, ép buộc tham gia “phô bày cơ thể” và “biểu diễn tình dục qua mạng”... Đây

đều là những hành vi nguy hiểm, ảnh hưởng nghiêm trọng tới sự phát triển của trẻ em.

Vì vậy, BLHS năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 bổ sung thêm tội danh mới là tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm quy định tại Điều 147 BLHS là hoàn toàn phù hợp với thực tiễn.

1. Quy định của Bộ luật hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 về tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm

Khoản 1 Điều 147 BLHS quy định:

“Người nào đủ 18 tuổi trở lên mà lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trình diễn khiêu dâm hoặc trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm dưới mọi hình thức, thì bị phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm”.

Theo quy định đó có thể đưa ra khái niệm Tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm như sau: “Tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm là hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trình diễn khiêu dâm hoặc trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm dưới mọi hình thức do người từ đủ 18 tuổi trở lên thực hiện”.

¹ Thạc sỹ, Giảng viên chính, Bộ môn pháp luật, Trường Cao đẳng Cảnh sát nhân dân I

Vậy khi nào thì xử lý một người về tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm? Cần phải căn cứ vào các dấu hiệu pháp lý đặc trưng của tội danh này, thông qua 4 yếu tố cấu thành tội phạm:

Khách thể của tội phạm

Đối tượng tác động của tội phạm này là người dưới 16 tuổi (có thể là nam hoặc nữ), ở độ tuổi này cơ thể nạn nhân chưa phát triển hoàn thiện, về cơ bản còn non nớt cả về thể chất và trí tuệ. Do đó, họ dễ bị các đối tượng khống chế, lừa gạt, dụ dỗ để xâm hại tình dục. Việc sử dụng người dưới 16 tuổi vào các hành vi có tính chất khiêu dâm, đòi truy làm ảnh hưởng đến sự phát triển về nhận thức, gây ra sự tổn thương về tinh thần làm ảnh hưởng đến tâm sinh lý của họ. Vì vậy, khách thể của tội phạm này chính là quyền được tôn trọng và bảo vệ về danh dự, nhân phẩm của người dưới 16 tuổi.

Mặt khách quan của tội phạm

Khiêu dâm hiện nay chưa được hướng dẫn cụ thể, bởi chưa có Nghị quyết hướng dẫn của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, tuy nhiên theo Khoản 5 Điều 3 Nghị định 178/2004/NĐ-CP ngày 15/10/2004 quy định chi tiết một số điều của Pháp lệnh phòng, chống mại dâm có định nghĩa: “Khiêu dâm là hành vi dùng cử chỉ, hành động, hình ảnh, âm thanh gây kích thích ham muốn tình dục”². Qua đó, có thể thấy khiêu dâm được thể hiện dưới một số dạng hành vi sau:

Một là, khiêu dâm bằng cử chỉ, hành động: Người thực hiện hành vi khiêu dâm sẽ ăn mặc hở hang, gợi cảm, hoặc làm nhiều động tác kích thích như tự xoa khắp thân thể mình, cởi bỏ hay hé mở quần áo ở những vùng kín đáo, hoặc va chạm, tiếp xúc da thịt vào đối phương.

Hai là, khiêu dâm bằng hình ảnh: Là việc sử dụng những bức ảnh chụp trong tư thế hở toàn bộ hoặc hở một phần bộ phận nhạy cảm trên cơ thể con người (tùy vào giới tính của người phạm tội mà họ sẽ dùng những bức ảnh chụp của nam hoặc nữ để kích thích đối phương).

Ba là, khiêu dâm bằng âm thanh (có thể bằng lời nói, hoặc cho đối phương nghe trên các phương tiện điện tử): Là việc quyến rũ đối tượng bằng những ngôn từ liên quan đến tình dục khiến đối phương mất tự chủ.

Như vậy, bản chất của “khiêu dâm” chính là nhằm “gây kích thích ham muốn tình dục của đối phương”.

- *Hành vi khách quan của tội phạm*

Theo quy định của điều luật, hiện nay có 2 luồng quan điểm:

Quan điểm thứ nhất cho rằng, hành vi khách quan của tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm bao gồm hai hành vi khách quan: Hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trình diễn khiêu dâm hoặc hành vi trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm. Theo quan điểm này thì người trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm dưới mọi hình thức là tội phạm, nên cho rằng đây là điểm bất cập, chưa phù hợp với tên gọi của điều luật, bởi “... người chứng kiến là người xem, người nhìn thấy việc trình diễn khiêu dâm; họ không thực hiện hành vi sử dụng người dưới 16 tuổi để trình diễn khiêu dâm, mà họ xem, nhìn thấy là do có người khác sử dụng người dưới 16 tuổi để trình diễn khiêu dâm. Do vậy, giữa tên gọi của điều luật và nội dung của cấu thành tội phạm không đồng nhất với nhau, từ đó dẫn đến nội dung của cấu thành tội phạm và tên gọi của điều luật chưa thật sự phù hợp³....

Quan điểm thứ hai cho rằng, hành vi khách quan của tội danh này là: Người đủ 18 tuổi trở có hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trình diễn khiêu dâm hoặc người đủ 18 tuổi trở lên có hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm dưới mọi hình thức⁴.

Tác giả thấy quan điểm thứ hai hợp lý hơn, bởi lẽ nếu theo quan điểm thứ nhất chính tác giả của quan điểm này cũng cho rằng với cách hiểu đó thì dạng hành vi khách quan thứ 2 “trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm” của tội phạm có rất nhiều điểm bất cập, bởi mọi chủ thể (dù người trên 18 tuổi hay người dưới 18 tuổi, dù là nam hay là nữ, miễn là họ trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm) đều trở thành của tội phạm này. Điều này không phù hợp với tên gọi của điều luật “sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm”. “Sử dụng” nghĩa là “dùng” - sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm nghĩa là chủ thể dùng người dưới

² Xem Khoản 5 Điều 3 Nghị định 178/2004/NĐ-CP ngày 15/10/2004

³ Xem Nguyễn Văn Lam: “Một số bất cập về tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm” ngày 19/12/2016 – www.moj.gov.vn

⁴ Xem Lê Thị Diễm Hằng: “Các tội xâm hại tình dục trẻ em – So sánh BLHS 2015 và BLHS 1999” ngày 16/4/2018 – tapchitoaan.vn



16 tuổi như là công cụ để phục vụ nhu cầu dâm dục của bản thân, hoặc để kích thích sự dâm dục của người dưới 16 tuổi. Đây mới là hành vi nguy hiểm cho xã hội cần bị lên án và được loại trừ, và đó cũng là tinh thần mà Điều 147 BLHS muốn nêu. Vì vậy, hành vi khách quan thứ hai của tội này không phải là hành vi “trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm” mà phải là hành vi “lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm dưới mọi hình thức”.

Do đó, theo tác giả, căn cứ theo quy định tại Khoản 1 Điều 147 BLHS, người phạm tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm có thể thực hiện một trong hai hành vi khách quan sau: Người đủ 18 tuổi trở lên có hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trình diễn khiêu dâm; hoặc người đủ 18 tuổi trở lên có hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm.

Để hiểu rõ về hai dạng hành vi này, cần làm rõ các hành vi: lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc, trình diễn khiêu dâm và trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm.

Hành vi lôi kéo: Người phạm tội sử dụng hành động, cử chỉ và lời nói khiến cho người bị hại tự nguyện làm theo⁵.

Hành vi dụ dỗ: Được hiểu là bằng lời nói, cử chỉ, hành động để mua chuộc, hứa hẹn về vật chất, tinh thần để tác động lên tâm lý của người bị hại để người bị hại thấy được những lợi ích mà mình nhận được khi thực hiện các hành vi khiêu dâm như trả tiền cao, hoặc hứa thưởng về vật chất khác...

Hành vi ép buộc: Người phạm tội dùng hành động, lời nói để một người không muốn thực hiện hành vi khiêu dâm phải thực hiện⁶, như: dọa đánh, không cho ăn uống, dọa công khai những hành vi vi phạm của người dưới 16 tuổi đối với nhà trường, gia đình; hoặc lợi dụng tình trạng quẫn bách của nạn nhân để ép buộc nạn nhân phải thực hiện hành vi khiêu dâm...

Trình diễn khiêu dâm: Người dưới 16 tuổi bằng động tác, cử chỉ quỳên rũ, lôi cuốn bản năng tình dục của đối phương.

Chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm: Người dưới 16 tuổi trực tiếp xem, nhìn thấy việc trình diễn khiêu dâm.

Như vậy, dạng hành vi khách quan thứ nhất của tội danh này là người đủ 18 trở lên có hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trình diễn khiêu dâm, nghĩa là: Người phạm tội bằng hành động, cử chỉ và lời nói khiến người dưới 16 tuổi tự nguyện hoặc miễn cưỡng thực hiện các động tác, cử chỉ quỳên rũ, lôi cuốn... mang tính kích động, kêu gọi sự dâm dục của đối phương.

Ví dụ: A (30 tuổi) biết B (15 tuổi) có quan hệ tình dục với C. A dọa nếu B không cởi quần áo, xoa bóp các bộ phận nhạy cảm trên cơ thể của mình thì A sẽ nói với bố mẹ, bạn bè của B. Trước sự đe dọa của A sẽ tiết lộ bí mật về đời tư, nên B đã đồng ý cởi bỏ quần áo, múa trước mặt A.

Dạng hành vi khách quan thứ hai của tội danh này là người đủ 18 tuổi trở lên có hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm, nghĩa là: Người phạm tội đã sử dụng hành động, cử chỉ và lời nói khiến người dưới 16 tuổi trực tiếp xem, nhìn thấy việc trình diễn khiêu dâm, để kích thích bản năng tình dục của người dưới 16 tuổi.

Ví dụ: A (20 tuổi) biết B (15 tuổi) đang cần tiền để trả chi phí cho mẹ nằm viện, A yêu cầu B, nếu B xem C (22 tuổi) trình diễn khiêu dâm sẽ cho B 15 triệu đồng trả viện phí cho mẹ. B đồng ý. Trong tình huống này, A đã bằng các hành vi lôi kéo, dụ dỗ B là người đang trong tình trạng quẫn bách phải trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm của C.

Cần lưu ý: Nếu người phạm tội có hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trình diễn khiêu dâm hoặc trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm, sau đó có quan hệ tình dục với họ thì tùy theo thái độ chủ quan của nạn nhân (thuận tình hay trái ý muốn) mà xem xét thêm về tội giao cấu hoặc thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác với người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi hoặc tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi.

Nếu người phạm tội có hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi trình diễn khiêu dâm hoặc trực tiếp chứng kiến việc trình diễn khiêu dâm mà có hành vi tiếp xúc trực tiếp, sờ mó bộ phận tình dục của nạn nhân thì còn xem xét thêm về tội dâm ô đối với người dưới 16 tuổi.

⁵ Xem Minh Hùng “*Bình luận Tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm – Điều 147*” ngày 18/8/2018 – www.tracuuphapluat.info

⁶ Xem Minh Hùng “*Bình luận Tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm - Điều 147*” ngày 18/8/2018- www.tracuuphapluat.info

-Hậu quả của tội phạm

Điều luật này không quy định về hậu quả. Người nào sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm không bắt buộc phải gây ra hậu quả tác động vào sức khỏe, danh dự nhân phẩm của người dưới 16 tuổi. Hậu quả ở đây là hậu quả tác động vào sự phát triển bình thường của nạn nhân thông qua việc thực hiện các hành động nhằm mục đích khiêu dâm do sự yêu cầu, sử dụng của người thực hiện tội phạm.

Mặt chủ quan của tội phạm

Mặt chủ quan là hoạt động tâm lý bên trong của người phạm tội bao gồm lỗi, mục đích và động cơ.

Xét về yếu tố lỗi: Tội phạm này được thực hiện với lỗi cố ý. Vì khi thực hiện hành vi lôi kéo, dụ dỗ, ép buộc người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm, người phạm tội nhận thức được hành vi đó là trái pháp luật nhưng họ vẫn mong muốn người bị hại (người dưới 16 tuổi) thực hiện hành vi khiêu dâm hoặc trực tiếp chứng kiến các hành vi khiêu dâm dưới mọi hình thức.

Chủ thể của tội phạm

Chủ thể của tội phạm này phải đáp ứng được hai điều kiện:

Thứ nhất, chủ thể của tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm là người có năng lực trách nhiệm hình sự, nghĩa là khi thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội người đó có khả năng nhận thức được tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi mà mình thực hiện và có khả năng điều khiển được hành vi ấy.

Thứ hai, phải đạt độ tuổi chịu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật là người đủ 18 tuổi trở lên.

2. Một số kiến nghị

Để hạn chế và phòng ngừa loại tội phạm này xảy ra trên thực tế, tác giả xin đưa ra một số kiến nghị sau:

Thứ nhất, về phía các cơ quan Nhà nước

Từ sự phân tích trên cho thấy, việc bổ sung thêm tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm trong BLHS năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 là hoàn toàn cần thiết. Tuy nhiên, để tránh trường hợp hiểu sai tinh thần của điều luật, dẫn đến việc các cơ quan tiến hành tố tụng áp dụng một cách bừa bãi, làm oan người vô tội, hoặc bỏ lọt tội phạm, cũng như có cách hiểu thống nhất về tội phạm này, kính mong các cơ quan có thẩm quyền sớm ban hành ra văn bản hướng dẫn cụ thể về tội phạm này (nhất là các dạng hành vi khách quan của tội phạm).

Bên cạnh đó, trong quá trình thực hiện pháp luật, các Cơ quan, Ban, Ngành cần tăng cường công tác tuyên truyền giáo dục pháp luật, nếp sống văn hóa, bài trừ các tệ nạn xã hội nói chung, hành vi xâm hại tình dục nói riêng trong mọi tầng lớp nhân dân nhất là vùng sâu vùng xa để mọi người dân tôn trọng và bảo vệ quyền trẻ em. Cần đẩy mạnh công tác quản lý các hoạt động văn hóa, dịch vụ văn hóa (các tụ điểm vui chơi, quán bar, karaoke, vũ trường, dịch vụ internet, sách báo...). Có sự kiểm tra, giám sát thường xuyên, không cho phép tổ chức các hoạt động giải trí, trò chơi trực tuyến hoặc lưu hành các đồ chơi, phim ảnh, sách báo đồi trụy, những trang Web chứa đựng những hình ảnh, những đoạn video mang tính khiêu dâm.

Ngoài ra, các cơ quan có thẩm quyền cần lên án, xử lý nghiêm các đối tượng thực hiện những hành vi xâm hại tình dục khác (như hiếp dâm, cưỡng dâm, giao cấu) để răn đe, giáo dục mọi người có ý thức tuân theo pháp luật.

Thứ hai, về phía gia đình và nhà trường

Gia đình và nhà trường cần phối hợp chặt chẽ trong việc giáo dục con cái. Bởi cha mẹ là tấm gương, là điểm tựa vững chắc cho con cái noi theo. Luôn quan tâm chăm sóc, động viên con em kịp thời, không phó mặc con em mình cho nhà trường và xã hội, tránh tình trạng các em bị đối tượng xấu lợi dụng, lôi kéo vào việc thực hiện hành vi khiêu dâm.

Nhà trường không chỉ chú trọng việc dạy “chữ” mà còn kết hợp dạy “làm người”, bên cạnh việc dạy học cần kết hợp các hoạt động vui chơi có ích, các hoạt động thể dục thể thao, văn hóa, văn nghệ với tuyên truyền để nâng cao trình độ văn hóa, giáo dục truyền thống yêu nước, kiến thức pháp luật, tạo môi trường sống trong sạch, lành mạnh cho các em.

Không chỉ nhà trường mà gia đình cần trang bị cho các em những kiến thức về giới tính, những kỹ năng phòng, chống hành vi xâm hại tình dục, nhận diện các đối tượng có ý đồ xấu để phòng, tránh bị dụ dỗ, lôi kéo.

Thứ ba, về phía xã hội

Cần lên án những hành vi xâm hại tình dục nói chung, hành vi xâm hại tình dục đối với người dưới 16 tuổi nói riêng. Mọi người cần nâng cao ý thức pháp luật, chấp hành nghiêm chỉnh các quy định mà Đảng và Nhà nước đề ra, không kỳ thị, xa lánh đối với nạn nhân của nhóm tội phạm này, tạo môi trường sống trong sạch, lành mạnh cho họ hòa nhập với cộng đồng./.



NHỮNG ĐIỂM MỚI VỀ BẢO VỆ QUYỀN BẤT KHẢ XÂM PHẠM VỀ TÍNH MẠNG, SỨC KHỎE CỦA CON NGƯỜI TRONG BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015, SỬA ĐỔI BỔ SUNG NĂM 2017

Trần Hà Bảo Khuyên¹

Tóm tắt: Trên cơ sở các quy định mang tính hiến định tại Điều 14, 19, 20 Hiến pháp năm 2013, Bộ luật hình sự (BLHS) năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung quan trọng nhằm cụ thể hóa những điểm mới về quyền con người, quyền được bảo hộ về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm con người đồng thời phù hợp nhằm nội luật hóa các quy định có liên quan trong các điều ước quốc tế mà nước ta là thành viên, góp phần tăng cường hợp tác quốc tế trong đấu tranh phòng, chống tội phạm.

Từ khóa: Quyền bất khả xâm phạm về tính mạng, sức khỏe, của con người, Hiến pháp, Bộ luật hình sự. Nhận bài: 30/11/2018; Hoàn thành biên tập: 02/01/2019; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Basing on the constitutional provisions of the Articles 14, 19 and 20 of the Constitution in 2013, the Criminal Code 2015 has made important amendments and supplements to concretize the new points of human rights and the right to be protected about life, health, honor, human dignity and to localize related provisions in international treaties which our country has joined, contributing to enhancing international cooperation in prevention of crime.

Keywords: the right to life, health inviolability of human, Constitution, criminal Code

Date of receipt: 30/11/2018; Date of revision: 02/01/2019; Date of approval: 17/01/2019.

1. Quy định của Hiến pháp năm 2013 về bảo vệ, quyền bất khả xâm phạm về tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm

Điều 14 Hiến pháp năm 2013 nước ta quy định: “1. Ở nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, các quyền con người, quyền công dân về chính trị, dân sự, kinh tế, văn hóa, xã hội được công nhận, tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm theo Hiến pháp và pháp luật.

2. Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”.

Theo đó, Hiến pháp năm 2013 đã khẳng định và làm rõ hơn các nguyên tắc về quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân theo hướng: quyền công dân không tách rời nghĩa vụ của công dân; mọi người có nghĩa vụ tôn trọng quyền của người khác; công dân có trách nhiệm thực hiện nghĩa vụ đối với Nhà nước và xã hội; việc thực hiện quyền con người, quyền công dân không được xâm phạm lợi ích quốc gia, dân tộc, quyền và lợi ích hợp pháp của người khác. Hiến pháp tiếp tục làm rõ nội dung quyền con người, quyền và nghĩa vụ cơ bản của công dân về chính trị, dân sự,

kinh tế, xã hội, văn hóa và trách nhiệm của Nhà nước và xã hội trong việc tôn trọng, bảo đảm và bảo vệ quyền con người. Đồng thời, Hiến pháp sắp xếp lại các điều khoản theo nhóm quyền để đảm bảo tính thống nhất giữa quyền con người và quyền công dân, đảm bảo tính khả thi.

Quyền con người của công dân Việt Nam trên thực tế đã và vẫn được Nhà nước ta bảo đảm thực hiện ngay từ những năm đầu thành lập nước Việt Nam độc lập. Tuy nhiên, hàm lượng hiện thực hóa quyền con người lại phụ thuộc rất nhiều vào tập quán pháp luật và điều kiện kinh tế - xã hội, cơ sở vật chất của từng giai đoạn phát triển đất nước.

Những năm gần đây, trong điều kiện nền kinh tế đất nước có sự phát triển nhất định, khi nước ta chính thức vươn ra khỏi nhóm các nước chậm phát triển thì quyền con người ngày càng được Nhà nước quan tâm hơn, việc bảo đảm, an sinh xã hội ngày càng được mở rộng hơn.

Có thể hiểu, quyền con người là quyền tự nhiên, vốn xuất hiện và gắn liền với sự ra đời của một cá thể người. Nếu các quyền đó không được bảo đảm thì con người sẽ không được sống đúng nghĩa là một con người. Nói cách khác, quyền con người là những nhu cầu, lợi ích tự nhiên, vốn có và

¹ Thạc sỹ, Ủy ban nhân dân tỉnh Bạc Liêu

khách quan của con người được ghi nhận và bảo vệ trong pháp luật quốc gia và các thỏa thuận pháp lý quốc tế. Quyền con người luôn đi liền và ngày càng được củng cố trong quyền công dân của mỗi quốc gia.

Quyền bất khả xâm phạm về thân thể là một trong các quyền cơ bản của con người, được ghi nhận tại Tuyên ngôn nhân quyền của Liên Hợp Quốc năm 1948, Công ước quốc tế về những quyền dân sự và chính trị (1966) và được Việt Nam cam kết thực hiện thông qua sự kiện gia nhập Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị ngày 24/9/1982. Nếu như Hiến pháp 1992 chỉ quy định chung chung, giới hạn trong phạm vi quyền công dân thì Hiến pháp 2013 đã quy định theo hướng: quyền bất khả xâm phạm về thân thể là quyền tự nhiên, quyền bẩm sinh của con người, đồng thời quy định rõ nội hàm và các yêu cầu của quyền này. Cụ thể, Điều 19 Hiến pháp năm 2013 quy định: *“Mọi người có quyền sống. Tính mạng con người được pháp luật bảo hộ. Không ai bị tước đoạt tính mạng trái luật”*. Và theo quy định tại Điều 20 Hiến pháp năm 2013 thì: *“1. Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; không bị tra tấn, bạo lực, truy bức, nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, sức khỏe, xúc phạm danh dự, nhân phẩm.*

2. Không ai bị bắt nếu không có quyết định của Tòa án nhân dân, quyết định hoặc phê chuẩn của Viện kiểm sát nhân dân, trừ trường hợp phạm tội quả tang. Việc bắt, giam, giữ người do luật định...”

Việc hiến định rõ ràng, cụ thể nguyên tắc này có ý nghĩa đặc biệt quan trọng, nhằm ngăn chặn mọi hành vi tùy tiện xâm phạm về thân thể, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm con người.

2. Những điểm mới về mới về bảo vệ quyền bất khả xâm phạm về tính mạng, sức khỏe của con người trong Bộ luật hình sự năm 2015

Bảo đảm thực thi quyền bất khả xâm phạm về thân thể, danh dự, nhân phẩm, trong Bộ luật hình sự cũng đã có quy định về các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm, danh dự của con người, trong đó có 17 tội danh liên quan đến hành vi trực tiếp hay gián tiếp, việc vô tình hay cố ý xâm phạm sức khỏe, danh dự, nhân phẩm của người

khác một cách bất hợp pháp. Vì vậy, có thể nói, mọi quy định của pháp luật đều nhằm bảo vệ các quyền của công dân, đảm bảo cho công dân được thực hiện một cách tốt nhất những quyền mà mình có. Pháp luật cũng quy định, mọi hành vi xâm phạm thân thể, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm đều bị xử lý theo pháp luật. Người bị hại, người làm chứng và người tham gia tố tụng khác cũng như người thân thích của họ mà bị đe dọa đến tính mạng thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải áp dụng những biện pháp cần thiết để bảo vệ theo quy định của pháp luật. Nguyên tắc này đã được cụ thể hóa một bước đối với người làm chứng. Theo đó, người làm chứng có quyền yêu cầu cơ quan triệu tập họ bảo vệ tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản và các quyền, lợi ích hợp pháp khác của mình khi tham gia tố tụng.

Như vậy, về cơ bản, các quy định của pháp luật Việt Nam đã thể hiện rõ được những tư tưởng bảo vệ quyền bất khả xâm phạm về sức khỏe, của con người. Nhà nước Việt Nam chủ trương bảo vệ quyền con người, song cũng sẵn sàng nghiêm trị những hành vi vi phạm pháp luật nhằm đảm bảo môi trường lành mạnh cho toàn xã hội, vì lợi ích của mỗi người dân.

Xuất phát từ các quy định nền tảng trên của Hiến pháp, Bộ luật hình sự năm 2015 đã có những sửa đổi, bổ sung quan trọng nhằm cụ thể hóa những điểm mới về quyền con người, quyền được bảo hộ về tính mạng, sức khỏe của mỗi cá nhân con người sinh sống trên đất nước Việt Nam cũng như công dân của nước Việt Nam sinh sống ở các nước khác.

Để bảo vệ quyền bất khả xâm phạm về tính mạng, sức khỏe của con người, BLHS đã giành Chương XIV để quy định về các tội xâm phạm quyền này của con người. Tổng cộng có 32 tội danh liên quan đến hành vi xâm phạm về tính mạng, sức khỏe của con người một cách bất hợp pháp (trong đó có các hành vi xâm phạm danh dự, nhân phẩm của con người bao gồm cả xâm phạm sức khỏe, tính mạng);

BLHS năm 2015 đã xác định rõ một trong những khách thể được pháp luật hình sự bảo vệ là “quyền con người, quyền, lợi ích hợp pháp của công dân” nhằm thể hiện tinh thần của Hiến pháp năm 2013 là đề cao và bảo vệ hơn nữa quyền con



người, quyền công dân, quyền được bảo hộ về thân thể, sức khỏe, tính mạng, danh dự, nhân phẩm của cá nhân, công dân. Đây chính là điều kiện để bảo đảm hiện thực quyền con người, quyền công dân, bảo đảm sự minh bạch, lành mạnh giữa các lợi ích trong mối quan hệ giữa Nhà nước với con người và phù hợp với các công ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên; hạn chế tối đa bất cứ sự lạm dụng hay tùy tiện nào trước đi hoặc hạn chế các quyền và tự do vốn có của mọi người bởi các cơ quan nhà nước.

BLHS năm 2015 đã tăng cường hơn nữa việc bảo vệ quyền bất khả xâm phạm về tính mạng, sức khỏe của con người. Bao gồm những nội dung quan trọng sau đây:

Một là, sửa đổi, bổ sung quy định tại Điều 1 BLHS năm 2015, Điều 1 BLHS năm 2015 quy định về nhiệm vụ của BLHS, bên cạnh nhiệm vụ bảo vệ chủ quyền quốc gia, an ninh của đất nước, bảo vệ chế độ XHCN như quy định trong BLHS năm 1999; BLHS năm 2015 đã bổ sung nhiệm vụ “*bảo vệ quyền con người, và quyền công dân...*”.

Như vậy, từ quy định mang tính nguyên tắc trên, so với Điều 1 BLHS năm 1999, bảo vệ quyền con người đã chính thức là một nhiệm vụ quan trọng mà BLHS năm 2015 phải thực hiện trong quá trình thực hiện chức năng của nó. Theo đó, các cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng, trong quá trình áp dụng BLHS năm 2015, phải có trách nhiệm bảo vệ quyền con người, quyền công dân của những người tham gia tố tụng.

Hai là, BLHS năm 2015 đã hạn chế áp dụng hình phạt tù, mở rộng áp dụng hình phạt ngoài tù theo hướng: *Phạt tiền là hình phạt chính* không chỉ được áp dụng đối với người phạm tội ít nghiêm trọng như quy định của BLHS năm 1999 mà cả trường hợp phạm các tội nghiêm trọng. Riêng đối với nhóm các tội xâm phạm trật tự quản lý kinh tế, môi trường thì phạt tiền là hình phạt chính có thể áp dụng đối với tội rất nghiêm trọng (Điều 35). *Mở rộng nội hàm của hình phạt cải tạo không giam giữ*, theo đó, trong trường hợp người bị phạt cải tạo không giam giữ không có việc làm hoặc bị mất việc làm trong thời gian chấp hành hình phạt này thì

phải thực hiện một số công việc lao động phục vụ cộng đồng trong thời gian cải tạo không giam giữ với thời gian lao động phục vụ cộng đồng không quá 04 giờ trong một ngày và không quá 05 ngày trong một tuần. Biện pháp này không áp dụng đối với người già yếu, phụ nữ có thai (Điều 36). Đồng thời, khẳng định nguyên tắc không áp dụng hình phạt tù đối với người lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng do vô ý (khoản 2 Điều 37).

Ba là, hạn chế áp dụng hình phạt tử hình được khẳng định tại các Nghị quyết của Đảng về cải cách tư pháp, đặc biệt là Nghị quyết số 49/NQ-TW và bám sát tinh thần nội dung quy định của Hiến pháp năm 2013 về quyền sống của con người, theo đó: Điều 40 của BLHS đã xác định rõ tử hình là hình phạt đặc biệt chỉ áp dụng đối với người phạm tội đặc biệt nghiêm trọng thuộc *một trong nhóm các tội xâm phạm an ninh quốc gia, xâm phạm tính mạng con người, các tội phạm về ma túy, tham nhũng và một số tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác* do bộ luật này quy định. Bộ luật đã *bổ sung thêm các trường hợp không áp dụng hình phạt tử hình, không thi hành án tử hình*, theo đó, hình phạt tử hình không áp dụng đối với người đủ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử. Đối với người bị kết án tử hình về tội tham ô tài sản, tội nhận hối lộ mà sau khi bị kết án đã chủ động nộp lại ít nhất 3/4 tài sản tham ô, nhận hối lộ và hợp tác tích cực với cơ quan chức năng trong việc phát hiện, điều tra, xử lý tội phạm hoặc lập công lớn thì không thi hành án tử hình đối với họ. Quy định này nhằm góp phần hạn chế tử hình trên thực tế, đồng thời góp phần thu hồi tài sản tham nhũng. BLHS năm 2015 đã bỏ tử hình ở 07 tội danh sau: (1) cướp tài sản; (2) sản xuất, buôn bán hàng cấm là lương thực, thực phẩm; (3) tàng trữ trái phép chất ma túy; (4) chiếm đoạt chất ma túy²; (5) phá hủy công trình, cơ sở, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia; (6) chống mệnh lệnh; (7) đầu hàng địch. Riêng đối với tội danh hoạt động phi thì BLHS năm 1999 có quy định tội này với mức hình phạt cao nhất là tử hình nhưng BLHS năm 2015 không còn tiếp tục quy định tội phạm này nữa. Như vậy, BLHS năm 2015 vẫn còn duy trì hình phạt tử hình đối với 18/314 tội

² Tội tàng trữ trái phép chất ma túy và tội chiếm đoạt chất ma túy được tách ra từ tội tàng trữ, vận chuyển, mua bán trái phép hoặc chiếm đoạt chất ma túy quy định tại Điều 194 của BLHS năm 1999.

danh được quy định trong Bộ luật thuộc 07/14 nhóm tội phạm³, giảm 11 tội danh so với BLHS năm 1999 và giảm 04 tội danh so với BLHS (sửa đổi năm 2009)⁴.

Bốn là, BLHS năm 2015 quy định khung hình phạt của các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm con người theo hướng nghiêm khắc hơn so với các quy định về tội phạm tương ứng trong BLHS năm 1999. Đối với tội “*Giết con mới đẻ*”, Điều 94 BLHS năm 1999 quy định tội này có khung hình phạt: “*từ cải tạo không giam giữ đến hai năm phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm*”; nhưng Điều 124 BLHS năm 2015 quy định tội này có khung hình phạt cao hơn “*phạt tù từ 6 tháng đến 03 năm*”. Quy định về tội “*Làm chết người trong khi thi hành công vụ*” tại Điều 127 BLHS năm 2015, có khung hình phạt tại Khoản 1 từ 05 đến 10 năm, trong khi Khoản 1 của tội phạm tương ứng của BLHS năm 1999 là “*từ 02 năm đến 7 năm*”...

Năm là, BLHS năm 2015 bổ sung nhiều tội phạm mới mà đối tượng bảo vệ là quyền con người, quyền được bảo hộ thân thể, tính mạng, sức khỏe, nhân phẩm và danh dự con người với hình phạt nghiêm khắc. Các tội phạm được bổ sung là:

(1) “Tội sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm” tại Điều 147, có mức hình phạt cao nhất đến 12 năm;

(2) “Tội đánh tráo người dưới 01 tuổi” tại Điều 152 có mức hình phạt cao nhất đến 12 năm;

(3) Tội chiếm đoạt người dưới 16 tuổi tại Điều 153 có mức hình phạt cao nhất đến 15 năm;

(4) “Tội mua bán, chiếm đoạt mô hoặc bộ phận cơ thể người” tại Điều 154 có mức hình phạt cao nhất đến chung thân;

(5) “Tội bắt cóc con tin” tại Điều 301 có mức hình phạt cao nhất đến 15 năm. Quy định bổ sung loại tội phạm này trên tinh thần các quy định của Công ước chống bắt cóc con tin năm 1979.

(6) Tội cướp biển tại Điều 302 có khung hình phạt cao nhất đến tù chung thân. Quy định bổ sung loại tội phạm này trên tinh thần các quy định của Công ước quốc tế về Luật biển năm 1982.

Việc bổ sung các tội phạm trên là cần thiết trong điều kiện hành vi xâm phạm quyền con người, xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm con người ngày càng gia tăng, có tính chất nguy hiểm cao, đa dạng, phức tạp, tinh vi, xảo quyệt. Đó phần lớn là những hành vi xuất hiện trong điều kiện cơ chế thị trường với các yếu tố tiêu cực phát sinh, khi mà các quan hệ xã hội ngày càng mở rộng, nhưng lại chưa được quy định trong BLHS năm 1999.

Sáu là, BLHS năm 2015 bổ sung một số hành vi nguy hiểm, xâm phạm quyền con người, quyền được bảo hộ thân thể, tính mạng, sức khỏe con người bị coi là tội phạm, trong khi BLHS năm 1999 không quy định các hành vi đó là tội phạm. Đó là các hành vi sau đây:

Hành vi “*Vứt bỏ con do mình đẻ ra*” được bổ sung trong Điều 124 BLHS năm 2015. Theo đó, người mẹ sẽ phải chịu trách nhiệm hình sự nếu thực hiện hành vi “*Vứt bỏ con do mình đẻ ra trong 07 ngày tuần dẫn đến đứa trẻ bị chết*”. Hoặc hành vi “*thực hiện hành vi quan hệ tình dục khác*” trái với ý muốn của nạn nhân được quy định là hành vi khách quan của tội phạm về hiếp dâm, cưỡng dâm tại Điều 141, Điều 142, Điều 143, Điều 144, Điều 145 BLHS năm 2015. Ngoài ra, BLHS năm 2015

³ 06 tội xâm phạm ANQG: phản bội Tổ quốc; hoạt động nhằm lật đổ chính quyền nhân dân; gián điệp; bạo loạn; khủng bố nhằm chống chính quyền nhân dân; phá hoại cơ sở vật chất - kỹ thuật của chủ nghĩa xã hội.

- 02 tội xâm phạm TMSK: giết người và hiếp dâm người dưới 16 tuổi.

- 01 tội về kinh tế: sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh.

- 03 tội phạm về ma túy: sản xuất trái phép chất ma túy; vận chuyển trái phép chất ma túy; mua bán trái phép chất ma túy.

- 01 tội xâm phạm ATCC: khủng bố.

- 02 tội phạm tham nhũng: tham ô tài sản; nhận hối lộ.

- 03 tội phá hoại hòa bình, chống loài người và tội phạm chiến tranh: phá hoại hoà bình gây chiến tranh xâm lược; chống loài người; tội phạm chiến tranh.

⁴ BLHS 1999 có 29/263 tội danh có quy định hình phạt tử hình, chiếm tỷ lệ trên 11% thuộc 09/14 nhóm tội phạm; BLHS 1999 (sửa đổi năm 2009) có 22/272 tội danh có quy định hình phạt tử hình, chiếm tỷ lệ trên 8% thuộc 09/14 nhóm tội phạm.



đã sửa đổi, bổ sung cơ bản cấu thành của Tội: “mua bán người và Tội mua bán người dưới 16 tuổi” theo tinh thần nội dung Nghị định thư về phòng, chống buôn bán người, đặc biệt là phụ nữ và trẻ em (Đây là quy định nhằm nội luật hóa Công ước quốc tế mà Việt Nam tham gia).

Bảy là, BLHS năm 2015 “lượng hóa” các yếu tố mang tính định khung hình phạt thay cho các tình tiết “*định tính*” như “*gây hậu quả nghiêm trọng*”, “*gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng*”(Điều 127, Điều 130, Điều 133, Điều 137...); nhằm hạn chế thấp nhất tình trạng thiếu thống nhất trong áp dụng pháp luật.

Tám là, BLHS năm 2015 có quy định nghiêm khắc hơn so với BLHS năm 1999 đối với các trường hợp chuẩn bị phạm các tội phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm (trong khi đối với các tội khác thì BLHS năm 2015 đã thu hẹp đáng kể phạm vi xử lý hình sự đối với người có hành vi chuẩn bị phạm tội). Theo đó, có rất nhiều trường hợp chuẩn bị phạm tội không phải chịu trách nhiệm hình sự nhưng nếu chuẩn bị phạm các tội phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm con người thì họ vẫn phải chịu trách nhiệm hình sự. Thậm chí, Điều 14 BLHS năm 2015 còn quy định: Người từ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi chuẩn bị phạm tội Giết người hoặc Cướp tài sản thì vẫn phải chịu trách nhiệm hình sự (BLHS năm

2015 quy định người chuẩn bị phạm tội chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự đối với 24 tội danh, thuộc 4 nhóm tội phạm gồm: Các tội xâm phạm an ninh quốc gia; các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm con người; các tội xâm phạm sở hữu và các tội xâm phạm an toàn công cộng).

Chín là, BLHS năm 2015 có quy định sửa đổi, bổ sung nhóm các tội phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm của con người (Chương XIV) theo hướng: Quy định là tội phạm đối với hành vi sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm (Điều 147); Tăng nặng hình phạt đối với trường hợp phạm tội không cứu giúp người đang ở trong tình trạng nguy hiểm đến tính mạng dẫn đến chết nhiều người (khoản 3 Điều 132).

Những nội dung sửa đổi, bổ sung trên đây cho thấy, BLHS năm 2015 đã kịp thời cụ thể hóa các quyền hiến định của con người; có nhiều điểm mới tiến bộ về bảo vệ và bảo đảm quyền con người, bám sát yêu cầu của thực tiễn xã hội, tạo cơ sở pháp lý để truy cứu trách nhiệm hình sự người thực hiện hành vi nguy hiểm cho xã hội xâm hại tới quyền con người, quyền được bảo hộ về thân thể, sức khỏe, tính mạng, danh dự, nhân phẩm cá nhân, công dân; góp phần quan trọng vào việc đẩy mạnh cuộc đấu tranh phòng ngừa và chống loại tội phạm xâm phạm sức khỏe, tính mạng, danh dự, nhân phẩm con người./.

HOÀN THIỆN MỘT SỐ QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NHẪM BẢO ĐẢM NGUYÊN TẮC TRANH TỤNG

(Tiếp theo trang 25)

2. Trường hợp Kiểm sát viên rút một phần quyết định truy tố thì Hội đồng xét xử chỉ xét xử phần không bị rút; trường hợp Kiểm sát viên rút toàn bộ quyết định truy tố thì Hội đồng xét xử quyết định đình chỉ vụ án”.

Tóm lại, cùng với việc ghi nhận nguyên tắc tranh tụng trong xét xử được bảo đảm, BLTTHS năm 2015 đã có nhiều thay đổi mang tính chất đột

phá, tạo tiền đề pháp lý cho việc thực hiện nguyên tắc này. Tuy nhiên, các quy định của BLTTHS vẫn còn những hạn chế, bất cập cần được tiếp tục sửa đổi, bổ sung để nguyên tắc tranh tụng được vận hành một cách trôi chảy và hiệu quả, góp phần loại bỏ tình trạng oan, sai trong TTHS, bảo đảm quyền con người và tiến tới xây dựng một nền tư pháp trong sạch, hiện đại./.

ỦY QUYỀN VÀ “THUẾ ỦY QUYỀN” CHUYỂN NHƯỢNG BẤT ĐỘNG SẢN TỪ GÓC ĐỘ HOẠT ĐỘNG CÔNG CHỨNG

Hoàng Giang Linh¹

Tóm tắt: Đại diện (theo ủy quyền) là một trong những chế định truyền thống của Pháp luật dân sự Việt Nam. Về nguyên tắc, giao dịch do người đại diện xác lập sẽ làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của người được đại diện với bên thứ ba theo đúng ý chí của người được đại diện trong nội dung, phạm vi công việc ủy quyền.

Trên cơ sở trình bày, phân tích nội dung ủy quyền theo Pháp luật dân sự Việt Nam, tác giả lý giải bản chất ủy quyền trong các giao dịch dân sự. Theo đó, bản chất của ủy quyền chỉ là làm thay cho người khác theo điều kiện và điều khoản ràng buộc các bên. Từ đó, tác giả có những ý kiến liên quan đến “thuế ủy quyền” theo quy định tại Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27 tháng 06 năm 2013 của Chính phủ quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật thuế thu nhập cá nhân.

Từ khóa: Ủy quyền, pháp luật dân sự, Bộ luật dân sự Việt Nam, thuế ủy quyền.

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 15/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Representation (as authorized) is one of the traditional regulations of Vietnam civil law. In principle, the transaction established by the representative will arise to the rights and obligations of the represented person to the third party in accordance with the will of the representative under contents and scope of work authorized.

On the basis of presentation and analysis with respect to authority of the Vietnam Civil Code, the author comments and points out to real nature of this regulations. Hence, the nature of authorization is only doing for another one under terms and conditions which bind to other parties. Since then, under notarization view, the author comments to “Tax on Authorization” on Real Estate Transferring as provided in the Government’s Decree No. 65/2013/ND-CP dated June 27, 2013 detailing of Law on Amendment of and Additions to a Number of Articles of the Law on Personal Income Tax.

Keywords: Authorization; civil law, Vietnam Civil Code, Tax on Authorization

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 15/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

1. Tóm lược vụ việc

Hiệu đơn giản, ủy quyền là một chủ thể có “quyền” nhưng không làm mà “nhờ” người khác thực hiện; và việc người khác làm thông qua ủy quyền phải được hiểu đây là “làm thay” hay “làm hộ”, “làm giúp” mà thôi. Có thể khẳng định nhu cầu làm thay xuất hiện từ rất lâu trong đời sống xã hội và được luật thừa nhận thông qua chế định đại diện theo ủy quyền; song trong thực tế hiện nay nội dung này vẫn còn nhiều vướng mắc, bất cập. Bài viết này tác giả nhìn từ góc độ của một công chứng viên khi thực hiện chứng nhận giao dịch dân sự, trong đó có liên quan đến chế định đại diện theo ủy quyền. Từ một vụ việc thực tế tác giả trao đổi về cơ sở pháp lý và bình luận về thực tiễn áp dụng.

Theo bản án ngày 04/02/2015 của Tòa án nhân dân quận 2, thành phố Hồ Chí Minh, ông M là người được ủy quyền của ông Hồ Trọng T và bà Lương Thị Kim O với nội dung ông M được thay mặt bà O và ông T chuyển nhượng quyền sử dụng đất đối với hai thửa đất tại phường An Phú, quận 2. Thực hiện nội dung hợp đồng ủy quyền này, tháng 5 và tháng 6/2013 ông M đã làm thủ tục chuyển nhượng quyền sử dụng đối với các thửa đất nêu trên cho hai người khác với giá trị chuyển nhượng hơn 27 tỷ đồng.

Sau khi hợp đồng chuyển nhượng có hiệu lực, Chi cục Thuế quận 2 phát hành thông báo số 2178 về việc nộp thuế thu nhập cá nhân cho ông T và bà O phải nộp tổng số thuế là 554 triệu đồng. Tuy

¹ Công chứng viên, Văn phòng công chứng Gia Khánh, Thành phố Hà Nội.



nhiên, cũng cùng số công văn này, Chi cục Thuế quận 2 yêu cầu ông M phải nộp số tiền là 554 triệu đồng tiền thuế thu nhập cá nhân theo quy định của Bộ Tài chính.

Không đồng ý với yêu cầu nộp thuế của Chi cục Thuế quận 2, ông M thắc mắc thì được giải thích là làm theo hướng dẫn của Tổng cục Thuế, bởi vậy dù ông M được ủy quyền để thực hiện việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất cũng phải đóng 2% thuế thu nhập cá nhân như chủ sở hữu. Nếu ông M không nộp thì Chi cục Thuế quận 2 không giải quyết thủ tục nên không thể chuyển nhượng các thửa đất nêu trên. Do vậy, ông M buộc phải nộp số tiền là 554 triệu đồng. Tuy nhiên, sau khi nộp thuế xong, ông M đã làm đơn khởi kiện Chi cục Thuế quận 2 ra tòa².

2. Cơ sở pháp lý và thực tiễn áp dụng

2.1. Cơ sở pháp lý

Theo Bộ luật dân sự (BLDS) năm 1995 “Đại diện là việc một người (gọi là người đại diện) nhân danh một người khác (gọi là người được đại diện) xác lập, thực hiện giao dịch dân sự trong phạm vi thẩm quyền đại diện”³. Sau mười năm BLDS năm 1995 được thay thế bằng BLDS năm 2005, quy định về đại diện trước đó gần như được giữ nguyên (bỏ chữ *thẩm quyền*). Tuy nhiên, khi ban hành BLDS năm 2015 thì nội dung này được nhà làm luật sửa đổi, bổ sung theo hướng thừa nhận rõ ràng hơn người đại diện có thể nhiều hơn một đồng thời công nhận pháp nhân cũng có thể nhận ủy quyền tùy thuộc vào khả năng thực hiện công việc; cạnh đó, nhà làm luật loại bỏ cụm từ “trong phạm vi đại diện” nhưng không làm thay đổi bản chất của ủy quyền. Do vậy, ngày nay tại Khoản 1, Điều 134, BLDS năm 2015 đại diện “... là việc cá nhân, pháp nhân (sau đây gọi chung là người đại diện) nhân danh và vì lợi ích của cá nhân hoặc pháp nhân khác (sau đây gọi chung là người được đại diện) xác lập, thực hiện giao dịch dân sự”. Cũng tại BLDS năm 2015, chủ thể phải tự mình xác lập,

thực hiện giao dịch trong một số trường hợp pháp luật quy định, ví dụ, khi kết hôn thì hai bên nam, nữ phải “cùng có mặt khi đăng ký”⁴; khi ly hôn thì “đương sự không được ủy quyền cho người khác thay mặt mình tham gia tố tụng”⁵ hoặc khi công chứng di chúc thì chủ thể “không ủy quyền cho người khác yêu cầu công chứng di chúc”⁶.

Theo truyền thống được ghi nhận tại các BLDS trước đó, quyền đại diện tại BLDS năm 2015 được xác lập theo ủy quyền (giữa người đại diện và người được đại diện) hoặc xác lập theo pháp luật (theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền, theo điều lệ của pháp nhân hoặc theo quy định của pháp luật)⁷. Trên cơ sở đại diện, BLDS năm 2015 cũng kế thừa khái niệm ủy quyền trong BLDS năm 1995 và năm 2005, ở thời điểm hiện tại, Điều 562 quy định khái niệm ủy quyền về bản chất không thay đổi so với trước, cụ thể, hợp đồng ủy quyền “...là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó bên được ủy quyền có nghĩa vụ thực hiện công việc nhân danh bên ủy quyền, bên ủy quyền chỉ phải trả thù lao nếu có thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định”. Theo khái niệm ủy quyền, có thể thấy tính “thỏa thuận” giữa các bên và tính “nhân danh” là điều kiện tiên quyết buộc phải có, còn việc trả thù lao hoặc không trả thù lao không ảnh hưởng đến nội dung công việc ủy quyền.

Như vậy, nhìn tổng thể khái niệm ủy quyền trong mối tương quan với pháp luật công chứng thì nội dung này cơ bản có những đặc điểm sau:

- Hình thức ủy quyền thường thể hiện bằng văn bản, trường hợp ủy quyền công chứng thì hình thức phải bằng văn bản và được lập bằng tiếng Việt.

- Nội dung ủy quyền là sự thỏa thuận giữa hai bên gồm bên ủy quyền và bên được ủy quyền.

- Bản chất ủy quyền chỉ là sự nhân danh của một bên khi “làm thay” công việc cho bên kia mà thôi.

Trước BLDS năm 2015, chủ thể được ủy quyền thông thường có một người; pháp luật không ghi nhận pháp nhân là bên được ủy quyền. Hiện tại,

² Hoàng Điệp - Ánh Hồng, Báo Tuổi trẻ, ngày 05/05/2015, “Thu hai lần, cơ quan thuế phải ra tòa”, xem: <https://tuoitre.vn/thu-hai-lan-co-quan-thue-phai-ra-toa-742118.htm>, cập nhật ngày 04/7/2018.

³ Khoản 1, Điều 148, BLDS năm 1995.

⁴ Khoản 1, Điều 18, Luật Hộ tịch năm 2014.

⁵ Khoản 4, Điều 85, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015.

⁶ Khoản 1, Điều 56, Luật công chứng năm 2014.

⁷ Điều 135, BLDS năm 2015.

pháp luật không hạn chế số lượng và chủ thể được ủy quyền.

Hợp đồng ủy quyền thuộc dạng hợp đồng thông dụng, pháp luật không quy định phải công chứng hoặc chứng thực nhưng trong thực tiễn liên quan đến chuyển nhượng tài sản thì dường như đa số hợp đồng ủy quyền đều được công chứng hoặc chứng thực.

2.2. Thực tiễn áp dụng

Từ cơ sở pháp lý và nội dung ủy quyền cho thấy đối với vụ án nêu trên thì bên ủy quyền là vợ, chồng ông Hồ Trọng T và bà Lương Thị Kim O ủy quyền cho ông M thực hiện chuyển nhượng tài sản thì đây là thỏa thuận dân sự phổ biến trong đời sống và luật không hạn chế nội dung này. Tuy nhiên, trong thực tế xã hội tồn tại việc các bên ủy quyền cho nhau nhưng bản chất là mua bán hoặc vay nợ dẫn đến nguy cơ tranh chấp cao và nhà nước cũng không thu được thuế. Song thay vì có những biện pháp hạn chế, phòng ngừa tranh chấp và thu thuế phù hợp với quy định của pháp luật thì Tổng Cục thuế ban hành công văn số 1133/TCT-TNCN ngày 05/04/2011 và công văn số 3373/TCT-TNCN ngày 20/09/2011 hướng dẫn về việc thu thuế thu nhập cá nhân đối với việc chuyển nhượng bất động sản được ủy quyền.

Theo tinh thần tại những công văn trên, Tổng Cục thuế thừa nhận ủy quyền giao dịch bất động sản là “*một hoạt động giao dịch dân sự được luật pháp cho phép*” nhưng “*để tránh tình trạng lợi dụng hợp đồng ủy quyền để chuyển nhượng nhà ở, đất ở giữa các cá nhân nhằm trốn tránh nghĩa vụ thuế*” cũng như “*làm rối loạn thị trường bất động sản*” nên đã quy định “*tiến hành kiểm tra, điều tra xác minh làm rõ nội dung của hợp đồng ủy quyền để xác định nghĩa vụ thuế TNCN của các đối tượng ủy quyền và đối tượng nhận ủy quyền trước khi làm thủ tục chuyển quyền sử dụng đất, chuyển quyền sở hữu nhà*”; tác giả đồng ý với quan điểm của Tổng Cục thuế trước thực tế chủ thể lợi dụng hợp đồng ủy quyền để chuyển nhượng bất động sản hoặc vay nợ nhưng tác giả cũng cho rằng không phải mọi trường hợp ủy quyền đều như vậy. Vì vậy tác giả đồng tình với tòa án trong việc giải

quyết vụ án nêu trên với các căn cứ pháp lý như (i) Công văn của Tổng Cục thuế không phải là văn bản quy phạm pháp luật nên không có tác dụng điều chỉnh hành vi của chủ thể trong các quan hệ xã hội được pháp luật thừa nhận (ii) và nội dung ủy quyền đã được BLDS quy định, có giá trị pháp lý cụ thể, rõ ràng hơn là công văn trong trường hợp tranh chấp này.

Nhưng chưa dừng lại ở công văn, theo đề nghị của Bộ Tài chính thì Chính phủ ban hành Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27 tháng 06 năm 2013 có hiệu lực thi hành từ ngày 01 tháng 7 năm 2013 quy định chi tiết một số điều của Luật Thuế thu nhập cá nhân năm 2007 (Nghị định số 65/2013/NĐ-CP). Tại Nghị định số 65/2013/NĐ-CP quy định cụ thể việc ủy quyền chuyển nhượng bất động sản phải nộp thuế từ việc ủy quyền quản lý bất động sản mà người được ủy quyền có quyền chuyển nhượng bất động sản hoặc có quyền như người sở hữu bất động sản theo quy định của pháp luật⁸. Do vậy, hiện nay việc chủ thể thực hiện giao dịch thông qua ủy quyền thì vẫn buộc phải nộp thuế hai lần đối với người ủy quyền và người được ủy quyền.

Trước thực trạng trên, tác giả cho rằng: Quy định về thu thuế từ việc ủy quyền tại Nghị định số 65/2013/NĐ-CP là chưa phù hợp với chế định đại diện theo ủy quyền được thừa nhận trong BLDS năm 2015. Chúng ta có thể thấy nội dung này tại Khoản 1 Điều 139 BLDS năm 2015 ghi nhận giao dịch dân sự do người đại diện theo ủy quyền xác lập, thực hiện phù hợp với phạm vi ủy quyền sẽ “*..làm phát sinh quyền, nghĩa vụ đối với người được đại diện*”; nghĩa là, nếu bên được ủy quyền thực hiện đúng nội dung công việc được “*nhờ*” thì mọi quyền và nghĩa vụ trước bên thứ ba sẽ do bên ủy quyền tiếp nhận và gánh chịu hậu quả pháp lý, điều này cho thấy bản chất của ủy quyền chỉ là việc “*làm thay*” giữa các chủ thể mà thôi. Chính vì vậy, vụ án trên ông M thay mặt vợ, chồng O và T chuyển nhượng tài sản thì phải hiểu là vợ, chồng O và T mới là người thực hiện giao dịch. Do đó, theo quy định của “*luật*” thì người phát sinh thu nhập chỉ có vợ, chồng O và T⁹. Mặt khác, khi Nghị định và Luật có quy định khác nhau về cùng một

⁸ Điểm d, Khoản 5, Điều 3, Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27/06/2013.

⁹ Theo Điều 2, Luật thuế thu nhập cá nhân năm 2007 thì cá nhân chỉ nộp thuế trong trường hợp “*có thu nhập*”.



vấn đề thì áp dụng văn bản có hiệu lực pháp lý cao hơn, như vậy, trong trường hợp này thì đương nhiên BLDS được áp dụng chứ không phải Nghị định¹⁰.

Bên cạnh đó, trong thực tiễn hoạt động công chứng còn nhiều ý kiến chưa thống nhất liên quan đến chế định đại diện theo ủy quyền như: (i) Không tặng cho tài sản của bên ủy quyền bởi vi phạm quy định vì lợi ích của người được đại diện; Không thể chấp tài sản thông qua hợp đồng ủy quyền (ii) và không ủy quyền thực hiện thay nghĩa vụ (iii) Ngoài ra, còn có ý kiến phân biệt giữa “Giấy ủy quyền” với “Hợp đồng ủy quyền” khi cho rằng giấy ủy quyền là hành vi pháp lý đơn phương còn hợp đồng là thỏa thuận giữa các bên qua đó làm phức tạp thêm về chế định đại diện theo ủy quyền.

Tuy nhiên, tác giả cho rằng, xét về bản chất của ủy quyền thì chỉ là “đại diện” giữa các bên cho dù công việc có thù lao hoặc không có thù lao. Nhưng do các bên “lách luật” bằng giao dịch ủy quyền đã làm che lấp hoặc làm “mờ” đi giao dịch khác nên trong thực tế còn nhiều nhận định trái chiều.

Trên cơ sở khách quan, tác giả thấy: Lợi ích của chủ thể bao gồm nhu cầu về vật chất và/hoặc tinh thần nhưng nhu cầu tinh thần mang tính “vô hình” nên khó nhận biết hơn so với tính “hữu hình” là vật chất. Đơn cử, trường hợp nội dung ủy quyền, bên được ủy quyền làm thay bên ủy quyền trong việc chuyển nhượng toàn bộ bất động sản thì bên làm thay có thể thực hiện các hành vi như: Thương thảo hợp đồng khi chuyển nhượng một phần hoặc toàn bộ bất động sản; thuê đo đạc; thực hiện thủ tục tách thửa; ký hợp đồng; giao giấy chứng nhận; giao tài sản đồng thời được nhận tiền từ việc chuyển nhượng bởi những hành vi xác lập của bên làm thay đều phù hợp với việc chuyển nhượng và đều vì lợi ích của bên ủy quyền. Ngược lại, đối với nội dung ủy quyền chuyển nhượng một phần thì đương nhiên bên được ủy quyền không thể chuyển nhượng toàn bộ bởi nội dung công việc vượt quá phạm vi ủy quyền dẫn đến xâm phạm lợi ích của bên ủy quyền; còn nếu nội dung ủy quyền cho phép chuyển nhượng toàn bộ

thì mặc dù bên ủy quyền không nêu rõ là được chuyển nhượng một phần song xét mục đích vì quyền lợi của bên ủy quyền thì đương nhiên khi cho phép chuyển nhượng toàn bộ sẽ bao gồm chuyển nhượng một phần, đồng thời, khi cho phép chuyển nhượng toàn bộ bất động sản thì phải hiểu bên làm thay được quyền xác lập, ký hợp đồng, giao tài sản và nhận tiền khi thực hiện công việc ủy quyền và hiển nhiên chúng ta đều thấy những hành vi này đều vì mục đích chuyển nhượng toàn bộ bất động sản mà không làm xấu đi lợi ích của bên ủy quyền.

Tương tự như vậy, trong trường hợp chủ thể thay mặt bên ủy quyền thực hiện thế chấp tài sản đúng với ý chí của người “nhờ” thì theo tác giả trường hợp này hoàn toàn phù hợp với quy định của pháp luật. Theo đó, trước một hợp đồng ủy quyền hợp lệ các chủ thể trong xã hội phải thừa nhận và tôn trọng trừ trường hợp hợp đồng ủy quyền có dấu hiệu vô hiệu hoặc hết hiệu lực; khi đó, trong phạm vi cho phép, chủ thể nghi ngờ có thể thực hiện xác minh, giám định hoặc thông qua quyết định hoặc bản án của tòa án để từ chối giao dịch với người được ủy quyền. Thêm nữa, khi bên được ủy quyền thực hiện công việc (là nghĩa vụ của bên ủy quyền) thì phải hiểu đây là làm thay công việc mà thôi chứ không phải các bên chuyển giao nghĩa vụ cho nhau; vì nếu bên được ủy quyền không thực hiện hoặc thực hiện không đúng nội dung ủy quyền thì chủ thể có quyền yêu cầu không mất đi quyền năng của mình đối với bên có nghĩa vụ (là bên ủy quyền); khi đó, họ hoàn toàn có quyền buộc bên có nghĩa vụ phải thực hiện đúng nghĩa vụ đã giao kết mà không quan tâm đến bên được ủy quyền có thực hiện hay không thực hiện công việc ủy quyền.

Liên quan đến việc phân biệt Giấy ủy quyền với Hợp đồng ủy quyền, theo tác giả, Giấy ủy quyền hay Hợp đồng ủy quyền đều là việc một bên có quyền (hoặc nghĩa vụ) “nhờ” chủ thể khác làm thay mà thôi. Vì vậy, dù văn bản do bên ủy quyền xác lập, bên được ủy quyền không ký nhưng bằng hành vi nhận văn bản và thực hiện công việc theo phạm vi ủy quyền thì phải hiểu rằng bên được nhờ đã đồng ý làm thay cho bên có

¹⁰ Khoản 2, Điều 156, Luật ban hành Văn bản quy phạm pháp luật năm 2015.

quyền (hoặc nghĩa vụ)¹¹. Tìm hiểu các quy định liên quan tác giả nhận thấy BLDS có quy định trong trường hợp các bên tham gia giao dịch bằng văn bản thì thời điểm “giao kết” là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản¹², song luật dân sự cũng có ngoại lệ khi quy định giao kết giữa các bên có thể bằng “hành vi cụ thể”¹³. Bên cạnh đó, về hiệu lực tại BLDS thì nhà làm luật cũng quy định: “*Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác*”¹⁴. Như vậy, có thể thấy khi chủ thể thực hiện công việc (hoặc nghĩa vụ) thay cho nhau thông qua hợp đồng ủy quyền hoặc giấy ủy quyền thì đều phải căn cứ trên tinh thần đồng thuận, thống nhất giữa các bên, qua đó, chúng ta thấy việc ủy quyền luôn luôn là sự gặp gỡ ý chí từ hai phía là bên ủy quyền và bên được ủy quyền. Vì thế, để giấy ủy quyền hoặc hợp đồng ủy quyền có hiệu lực nhằm làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự thì hình thức và nội dung ủy quyền phải được hiểu là sự gặp gỡ ý chí giữa bên ủy quyền và bên được ủy quyền. Do đó, trong trường hợp giấy ủy quyền do bên ủy quyền xác lập nhưng bên được ủy quyền không nhận văn bản, không thực hiện công việc ủy quyền thì phải hiểu bên được nhờ bằng “hành vi cụ thể” đã không đồng ý làm thay công việc cho bên ủy quyền.

Hiện nay, theo Nghị định số 23/2015/NĐ-CP ngày 16/02/2015 có hiệu lực ngày 10/04/2015 thì công chứng viên được quyền chứng thực chữ ký đối với Giấy ủy quyền nhằm giải quyết những việc đơn giản trên cơ sở không có thù lao, không có nghĩa vụ bồi thường giữa bên ủy quyền và bên được ủy quyền. Nói cụ thể: Nội dung giấy ủy quyền khi chứng thực chữ ký không phải là hợp đồng, giao dịch¹⁵ (khác với giấy ủy quyền khi công chứng phải là hợp đồng, giao dịch¹⁶) điều này cho thấy có sự phân biệt rõ ràng của pháp luật đối với giấy ủy quyền không là giao dịch sẽ không làm

phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự; trong khi đó, giấy ủy quyền là giao dịch sẽ làm phát sinh, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự.

Tóm lại, tác giả cho rằng không nên phân biệt giấy ủy quyền với hợp đồng ủy quyền trong hoạt động công chứng nói riêng cũng như quá trình áp dụng pháp luật và thực hiện pháp luật nói chung bởi bản chất của nội dung này đều là công việc ủy quyền căn cứ theo thỏa thuận, thống nhất ý chí của bên ủy quyền và bên được ủy quyền.

3. Một số ý kiến, kiến nghị liên quan đến “thuế ủy quyền” chuyển nhượng bất động sản

Theo tác giả, các cơ quan thuế cần có nhìn nhận khách quan hơn đối với nội dung “ủy quyền chuyển nhượng” khác với “chuyên nhượng” bởi bản chất của công việc ủy quyền chỉ là “làm thay” chứ không mang tính dịch chuyển tài sản là bản chất của việc chuyển nhượng. Trong thực tế công việc tác giả thừa nhận không ít trường hợp ủy quyền nhưng bên trong là hợp đồng chuyển nhượng hoặc hợp đồng vay tài sản, điều này rõ ràng tiềm ẩn nguy cơ tranh chấp, song cũng còn nhiều trường hợp các bên ủy quyền đúng với nghĩa đen khi tham gia giao dịch. Do vậy, cách xử lý “thả bắt nhằm còn hơn bỏ sót” được quy định tại Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27 tháng 06 năm 2013 là chưa thuyết phục, mà ngược lại, tác giả cho rằng pháp luật nên quy định theo hướng “thả bỏ sót còn hơn bắt nhằm” để bảo vệ những giao dịch ủy quyền hợp pháp, chính đáng.

Cuối cùng, tác giả kiến nghị: Trong phạm vi, chức năng và quyền hạn của mình, cơ quan thuế và các cơ quan liên quan khác cần thận trọng trong việc rà soát lại Nghị định số 65/2013/NĐ-CP ngày 27 tháng 06 năm 2013, trong đó có nội dung thu thuế đối với cá nhân nhận ủy quyền chuyển nhượng bất động sản nhằm đảm bảo tính thống nhất của hệ thống pháp luật (giữa pháp luật về thuế và pháp luật dân sự)/.

¹¹ Thông thường, trong hoạt động công chứng khi công chứng viên chứng nhận Giấy ủy quyền thì chỉ bên ủy quyền ký vào văn bản còn Hợp đồng ủy quyền thì bên ủy quyền và bên được ủy quyền cùng ký.

¹² Khoản 4, Điều 400, BLDS năm 2015.

¹³ Khoản 1, Điều 119, BLDS năm 2015.

¹⁴ Khoản 2, Điều 401, BLDS năm 2015.

¹⁵ Khoản 4, Điều 25, Nghị định số 23/2015/NĐ-CP ngày 16/02/2015.

¹⁶ Khoản 1, Điều 2, Luật Công chứng năm 2014.



BÀN VỀ ĐỊA VỊ PHÁP LÝ CỦA HỘ GIA ĐÌNH TRONG GIAO DỊCH VỀ QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT

Nguyễn Phúc Thiện¹

Tóm tắt: Hộ gia đình và bản chất pháp lý của hộ gia đình là chủ đề thu hút sự quan tâm nghiên cứu từ lâu và cũng là đối tượng chịu sự điều chỉnh của nhiều văn bản quy phạm pháp luật ở Việt Nam. Tuy nhiên, tư cách pháp lý của hộ gia đình và sự tham gia của hộ gia đình vào các quan hệ pháp luật vẫn còn tạo ra nhiều vấn đề pháp lý phức tạp, xuất phát từ sự chưa rõ ràng về việc xác định tư cách pháp lý của hộ gia đình và sự mâu thuẫn về phương diện pháp luật điều chỉnh, trong đó có tư cách pháp lý của hộ gia đình trong giao dịch sử dụng đất. Bài viết tiếp cận về việc làm rõ hơn tư cách pháp lý của hộ gia đình trong giao dịch sử dụng đất trên cả phương diện tư cách pháp lý và pháp luật điều chỉnh về hộ gia đình.

Từ khóa: Hộ gia đình, địa vị pháp lý hộ gia đình, quyền sử dụng đất.

Nhận bài: 30/11/2018; Hoàn thành biên tập: 02/01/2019; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: The household and legal nature of the household are topics attracting attention and subjects to many normative legal documents in Vietnam. However, the legal status of the household and the participation of households in the legal relationship still create many complicated legal issues arising from the lack of clarity on the household's legal status and legal framework, including the legal status of households in land use transactions. This paper focus on clarifying the household's legal status and governing law in land use transactions.

Keywords: Household, legal status of household, the right to land use.

Date of receipt: 30/11/2018; Date of revision: 02/01/2019; Date of approval: 17/01/2019.

1. Hộ gia đình theo quy định của một số nước trên thế giới và ở Việt Nam

Theo Từ điển Collins, “hộ gia đình là thuật ngữ chỉ tất cả mọi người trong một gia đình hoặc một nhóm mà sống cùng nhau trong một ngôi nhà”². Theo Từ điển Learnersdictionary của Merriam-Webster³, “hộ gia đình bao gồm những người trong một gia đình hoặc nhóm khác mà cùng chung sống trong một ngôi nhà”. Theo Từ điển Luật học, “hộ gia đình là “tập hợp nhóm người có quan hệ hôn nhân, huyết thống và nuôi dưỡng”⁴.

Bộ luật dân sự Séc quy định, một hộ gia đình được tạo ra bởi các cá nhân cùng chung sống lâu dài với nhau và cùng chia sẻ chi phí phục vụ các nhu cầu của họ⁵. Luật của Grudia về quyền sở hữu đất nông nghiệp trong ngữ cảnh sử dụng đất định nghĩa, hộ gia đình là một thể thống nhất của các mảnh đất sử dụng trong nông nghiệp, nơi ở và các

phòng tiện ích nằm trong đó cũng như các cơ sở và các thiết bị công nghiệp chế biến mà là tài sản của một thể nhân hoặc tài sản chung của vợ chồng hoặc của các thành viên gia đình khác.

Như vậy, nhìn chung theo quy định của pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới, hộ gia đình được quan niệm là tất cả mọi người trong một gia đình có chung huyết thống hoặc một nhóm người cùng sống trong một ngôi nhà nhằm chia sẻ và hướng tới các lợi ích chung.

Ở Việt Nam, hộ gia đình đã được nhắc đến trong các văn bản quy phạm pháp luật ít nhất là từ năm 1964. Tuy nhiên, đó chỉ là những khái niệm để giải quyết một số vấn đề chính sách xã hội như Khoản 6, Điều 29, Luật Nghĩa vụ quân sự năm 1981 (đã được sửa đổi, bổ sung năm 1990). Luật đất đai (LĐĐ) năm 1993 xác định hộ gia đình là một trong những chủ thể sử dụng đất, gắn liền với

¹ Thạc sỹ, Giảng viên, Trường Đại học Kinh doanh và Khoa học công nghệ Hà Nội

² <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/household>, Collins free online English dictionary. HarperCollins Publisher. 2018.

³ <http://www.learnersdictionary.com/definition/household>. Merriam-Webster, Incorporated. USA. 2018.

⁴ Viện Khoa học pháp lý, Từ điển Luật học (Nxb Từ điển Bách Khoa - Nxb Tư pháp, 2006) tr. 373.

⁵ The Czech Civil Code (Act No. 40, 1994 Coll.) Điều 115.

việc này là quy định về hộ gia đình là một trong những đối tượng nộp thuế theo Luật thuế chuyển nhượng quyền sử dụng đất năm 1994. Bộ luật dân sự (BLDS) năm 1995 chính thức ghi nhận Hộ gia đình là một chủ thể pháp lý tham gia quan hệ dân sự. Điều 106 về “Hộ gia đình”, BLDS năm 2005 quy định: “Hộ gia đình mà các thành viên có tài sản chung, cùng đóng góp công sức để hoạt động kinh tế chung trong sản xuất nông, lâm, ngư nghiệp hoặc một số lĩnh vực sản xuất, kinh doanh khác do pháp luật quy định là chủ thể khi tham gia quan hệ dân sự thuộc các lĩnh vực này.

Bộ luật dân sự năm 2015 không ghi nhận khái niệm về hộ gia đình. Khoản 2 Điều 101 BLDS năm 2015 quy định: “Việc xác định chủ thể của quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình sử dụng đất được thực hiện theo quy định của Luật đất đai”. LĐĐ năm 2013 đã quy định rõ về “Hộ gia đình sử dụng đất” tại Khoản 29 Điều 3: “Hộ gia đình sử dụng đất là những người có quan hệ hôn nhân, huyết thống, nuôi dưỡng theo quy định của pháp luật về hôn nhân và gia đình, đang sống chung và có quyền sử dụng đất chung tại thời điểm được Nhà nước giao đất, cho thuê đất, công nhận quyền sử dụng đất; nhận chuyển quyền sử dụng đất”.

Tuy không đưa ra khái niệm hộ gia đình, BLDS năm 2015 đã ghi nhận những quy định quan trọng gắn với đặc điểm của hộ gia đình đó là các quy định về chủ thể trong quan hệ dân sự có sự tham gia của hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân (Điều 101); Quy định về tài sản chung của các thành viên hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân (Điều 102); quy định về trách nhiệm dân sự của thành viên hộ gia đình, tổ hợp tác, tổ chức khác không có tư cách pháp nhân (Điều 103), quy định về hậu quả pháp lý đối với giao dịch dân sự do thành viên không có quyền đại diện hoặc vượt quá phạm vi đại diện xác lập, thực hiện (Điều 104).

2. Các hình thức giao dịch về quyền sử dụng đất của hộ gia đình

Giao dịch quyền sử dụng đất là việc người sử dụng đất thực hiện quyền tài sản của mình đối với quyền sử dụng đất bằng cách đưa quyền sử dụng đất của mình vào giao dịch dân sự theo nội dung và hình thức nhất định phù hợp quy định của pháp luật đất đai.

Xét dưới góc độ chủ thể nhận quyền sử dụng đất, có thể chia thành các hình thức giao dịch về quyền sử dụng đất sau:

– Nhận quyền sử dụng đất từ Nhà nước, bao gồm: được Nhà nước giao đất; được Nhà nước cho thuê đất; được Nhà nước cho phép chuyển mục đích sử dụng đất; được Nhà nước công nhận quyền sử dụng đất

– Nhận quyền sử dụng đất từ chủ thể sử dụng đất khác, bao gồm:

+ Nhận chuyển quyền sử dụng đất bao gồm: nhận chuyển đổi; nhận chuyển nhượng; nhận thừa kế; nhận tặng cho; nhận góp vốn.

+ Thuê quyền sử dụng đất từ chủ thể sử dụng đất khác

+ Thuê lại quyền sử dụng đất từ chủ thể sử dụng đất khác.

Xét dưới góc độ quyền của người sử dụng đất, có thể chia thành các hình thức giao dịch về quyền sử dụng đất sau:

- Giao dịch chuyển nhượng, tặng cho, thế chấp, góp vốn bằng quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất;

- Giao dịch cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất, quyền sử dụng đất và tài sản gắn liền với đất, hợp đồng chuyển đổi quyền sử dụng đất nông nghiệp.

LĐĐ năm 2013 quy định các quyền của hộ gia đình và cá nhân liên quan đến giao dịch về quyền sử dụng đất bao gồm: quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất. Đồng thời, LĐĐ năm 2013 cũng ghi nhận cụ thể về hình thức thực hiện giao dịch về quyền sử dụng đất.

Luật Công chứng năm 2014 quy định cụ thể cách thức thực hiện hoạt động công chứng đối với các giao dịch bất động sản. Công chứng viên của tổ chức hành nghề công chứng chỉ được công chứng hợp đồng, giao dịch về bất động sản trong phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi tổ chức hành nghề công chứng đặt trụ sở, trừ trường hợp công chứng di chúc, văn bản từ chối nhận di sản là bất động sản và văn bản ủy quyền liên quan đến việc thực hiện các quyền đối với bất động sản (Điều 42). Điều 54 Luật Công chứng năm 2006 đã đưa ra yêu cầu đối với việc công chứng hợp đồng thế chấp bất động sản, theo đó việc công chứng hợp đồng thế chấp bất động sản phải được thực hiện tại tổ



chức hành nghề công chứng có trụ sở tại tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi có bất động sản.

3. Một số bất cập về địa vị pháp lý của hộ gia đình trong giao dịch về quyền sử dụng đất

3.1. Sự tham gia của “hộ gia đình” - Chủ thể không có tư cách pháp nhân khi thực hiện các quyền của chủ sử dụng đất là “hộ gia đình”

LĐĐ năm 2013 đã xác lập các điều kiện cho việc thực hiện các quyền của người sử dụng đất tại nhiều điều khoản như Điều 188, Điều 189, Điều 190; Điều 191, Điều 192, Điều 193, Điều 194... Khung pháp lý liên quan đến điều kiện thực hiện giao dịch về quyền sử dụng đất rất rộng, từ luật chung đến luật chuyên ngành có liên quan, bao gồm Luật đất đai, Bộ luật dân sự, Luật công chứng, Luật kinh doanh bất động sản, Luật nhà ở, Luật xây dựng...

Khi triển khai thi hành BLDS năm 2015, vấn đề mấu chốt xác định được hộ gia đình có đủ điều kiện để tham gia các giao dịch dân sự một cách hợp pháp và phải chịu trách nhiệm hay không là phải xác định được các thành viên của hộ gia đình.

Vẫn còn tồn tại nhiều quan niệm khác nhau đối với việc xác định thành viên của hộ gia đình sử dụng đất⁶.

Quan điểm thứ nhất cho rằng: khi công chứng, chứng thực liên quan đến “hộ gia đình sử dụng đất” thì chỉ cần yêu cầu người có tên trên giấy chứng nhận hoặc người được uỷ quyền ký tên.

Quan điểm thứ hai cho rằng: người thực hiện công chứng, chứng thực căn cứ trên sổ hộ khẩu của chủ hộ gia đình đứng tên trong giấy chứng nhận để xác định những thành viên trong “hộ gia đình” còn lại và yêu cầu những thành viên trên 15 tuổi cùng ký tên trong hợp đồng, giao dịch.

Quan điểm thứ ba cho rằng: để xác định thành viên “hộ gia đình sử dụng đất” thì bên cạnh việc căn cứ sổ hộ khẩu gia đình phải có xác nhận của Ủy ban nhân dân cấp xã để xác định những thành viên “hộ gia đình” tại thời điểm cấp giấy chứng nhận và yêu cầu những thành viên từ 15 tuổi trở lên tại thời điểm ký công chứng, chứng thực cùng ký tên... Chính vì có nhiều cách hiểu như vậy nên gây nhiều khó khăn cho công chứng viên, cán bộ chứng thực. LĐĐ năm 2013 (Khoản 29, Điều 3) đề cập

dưới góc độ hộ gia đình sử dụng đất. Để làm rõ hơn về thành viên của hộ gia đình có quyền sử dụng đất, Công văn số 01/2017/GĐ-TANDTC ngày 07 tháng 4 năm 2017 của Tòa án nhân dân tối cao về một số vấn đề nghiệp vụ đã giải thích cụ thể vấn đề này. Tiếp đó, Thông tư 33/2017/TT-BTNMT ngày 29/09/2017 quy định chi tiết Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành LĐĐ và sửa đổi, bổ sung một số điều của các thông tư hướng dẫn thi hành LĐĐ quy định: “c) Hộ gia đình sử dụng đất thì ghi “Hộ gia đình, gồm ông” (hoặc “Hộ gia đình, gồm bà”), sau đó ghi họ tên, năm sinh, tên và số giấy tờ nhân thân của chủ hộ gia đình như quy định tại điểm a khoản này; địa chỉ thường trú của hộ gia đình. Trường hợp chủ hộ gia đình không có quyền sử dụng đất chung của hộ gia đình thì ghi người đại diện là thành viên khác của hộ gia đình có chung quyền sử dụng đất của hộ gia đình. Dòng tiếp theo ghi “cùng sử dụng đất, cùng sở hữu tài sản gắn liền với đất (hoặc cùng sử dụng đất hoặc cùng sở hữu tài sản) với ... (ghi lần lượt họ tên, năm sinh, tên và số giấy tờ nhân thân của những thành viên còn lại trong hộ gia đình có chung quyền sử dụng đất, quyền sở hữu tài sản gắn liền với đất)”. Về bản chất, thành viên hộ gia đình trong “hộ gia đình sử dụng đất” cũng là một dạng của “nhóm người sử dụng đất” nên khi thực hiện các hợp đồng, giao dịch liên quan đến nhóm, đến “hộ gia đình” thì tất cả các thành viên phải tham gia và ký kết hợp đồng. Với các cách quy định trong các văn bản nêu trên, có thể đi đến nhận xét là thành viên trong “hộ gia đình sử dụng đất” là những người có tên trong sổ hộ khẩu gia đình tại thời điểm cấp giấy chứng nhận quyền đất mang tên “hộ gia đình” sẽ là những người có quyền sở hữu/sử dụng chung tài sản đó. Điều 101 BLDS năm 2015 đã khẳng định hộ gia đình không có tư cách chủ thể trong quan hệ dân sự và ghi nhận tư cách chủ thể của các thành viên trong hộ gia đình. Tuy nhiên, vấn đề đặt ra là không có căn cứ pháp lý để khẳng định những người nào là thành viên của hộ gia đình. Trên thực tế, việc xác định các thành viên của hộ gia đình dựa vào sổ hộ khẩu gia đình, mặc dù, sổ hộ khẩu không phải là căn cứ pháp lý để xác định quyền và nghĩa

⁶ Lưu Quốc Chính: “Xác định thành viên hộ gia đình khi thực hiện công chứng, chứng thực liên quan “Hộ gia đình sử dụng đất”. <http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1851>.

vụ chung của các thành viên, mà để phục vụ cho mục đích quản lý nhân khẩu thường trú. Thành viên đăng ký trong sổ hộ khẩu thường xuyên biến động do việc tách, nhập hộ; nhập cắt, chuyển khẩu do sinh, tử, di chuyển, thậm chí đăng ký cư trú nhờ,... Theo quy định tại Điều 19 về “Điều kiện đăng ký thường trú tại tỉnh” của Luật cư trú năm 2006, bất kỳ ai cũng có thể được đăng ký vào sổ hộ khẩu của gia đình khác, chỉ cần người cho thuê, cho mượn, cho ở nhờ nhà đồng ý bằng văn bản. Riêng việc nhập vào Sổ hộ khẩu tại thành phố trực thuộc trung ương thì phải có thêm điều kiện về quan hệ hôn nhân, nuôi dưỡng hoặc là họ hàng ruột thịt. Cách quy định của Thông tư 33/2017/TT-BTNMT nêu trên cũng cho thấy sự chưa rõ ràng, dẫn đến cách hiểu khác nhau khái niệm “hộ gia đình có chung quyền sử dụng đất được nêu trong LDD “và” hộ gia đình sử dụng đất” đồng nhất với khái niệm hộ gia đình trong sổ hộ khẩu.

Vi vậy, cơ quan có thẩm quyền không thể căn cứ vào sổ hộ khẩu hiện tại để xác định các thành viên là chủ sử dụng với quyền sử dụng đất đã cấp cho “hộ gia đình”. Trong trường hợp này, công chứng viên, người thực hiện chứng thực, các cơ quan khác có liên quan sẽ yêu cầu “hộ gia đình” phải có giấy/đơn xin xác nhận của cơ quan công an hoặc Ủy ban nhân dân cấp xã về các thành viên của hộ gia đình mình tại thời điểm được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Vì pháp luật không quy định rõ, nên mỗi công chứng viên, mỗi tổ chức công chứng suy luận và xử lý khác nhau khi chứng nhận giao dịch hợp đồng liên quan đến tài sản của hộ gia đình. Đặc biệt, trong lĩnh vực tín dụng - ngân hàng, một bất cập xảy ra là hầu hết các giao dịch đều rơi vào tình trạng không rõ ràng, không chắc chắn, dù giao dịch đó đã được công chứng, chứng thực.

Một vấn đề nữa là, xác định năng lực hành vi dân sự của các thành viên trong hộ gia đình, trong trường hợp thành viên dưới 18 tuổi. Vấn đề có đủ năng lực hành vi dân sự nên được hiểu như thế nào cho đúng?

Thứ nhất, phải là người thành niên từ đủ 18 tuổi trở lên, không mắc bệnh tâm thần và các bệnh khác.

Thứ hai, phải có đủ năng lực hành vi dân sự cần thiết theo quy định của pháp luật dân sự, đó là người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi có tài sản riêng thì có thể tự mình thực hiện các giao dịch dân

sự, cho nên những người này có quyền ký vào văn bản hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất của hộ gia đình. Theo quy định trên thì từ “có đủ” cần phải hiểu là “có đầy đủ”, nghĩa là những thành viên từ đủ 18 tuổi có đầy đủ năng lực hành vi dân sự thì cần phải có sự đồng ý bằng văn bản hoặc ký vào văn bản hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất, hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất tại ngân hàng. Vì quyền sử dụng đất là quyền tài sản có giá trị lớn, vì vậy người có đầy đủ năng lực hành vi dân sự mới có quyền định đoạt.

Từ phân tích trên cho thấy, cùng quy định về năng lực hành vi của cá nhân trong việc giao kết hợp đồng định đoạt quyền sử dụng đất, pháp luật dân sự và pháp luật đất đai quy định không thống nhất. Vì vậy, khi công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình thì áp dụng quy định nào là phù hợp. Có quan điểm cho rằng LDD là luật chuyên ngành, cho nên khi áp dụng pháp luật phải ưu tiên áp dụng luật chuyên ngành. Liên quan đến năng lực chủ thể của những thành viên từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi, vấn đề cần làm rõ là những người này có được phép làm văn bản ủy quyền hoặc hợp đồng ủy quyền cho chủ hộ thế chấp quyền sử dụng đất hay không?

Theo quy định tại điểm a Khoản 1 Điều 117 BLDS năm 2015 thì “chủ thể có năng lực pháp luật dân sự”. Năng lực pháp luật dân sự của người tham gia giao dịch phụ thuộc vào các mức độ năng lực hành vi theo quy định tại Điều 16 và Điều 21 BLDS năm 2015, người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi tự mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự, trừ giao dịch liên quan đến bất động sản, động sản phải đăng ký và giao dịch dân sự khác theo quy định của luật phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý. Hiện tại không có quy định nào cấm người từ đủ 15 tuổi đến chưa đủ 18 tuổi không được thực hiện các giao dịch ủy quyền liên quan đến quyền sử dụng đất. Mặt khác, theo quy định tại Khoản 2 Điều 212 BLDS năm 2015, khi hộ gia đình thực hiện các giao dịch về đất đai phải được sự đồng ý của người đủ 18 tuổi. Như vậy, pháp luật đã quy định quyền của người đủ 18 tuổi được thực hiện hành vi pháp lý đơn phương (đồng ý hoặc ký vào văn bản hợp đồng) trong giao dịch về quyền sử dụng đất của hộ gia đình. Vì thế, trong trường hợp họ không trực tiếp ký vào văn bản hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất thì phải được phép làm



giấy ủy quyền hoặc giao kết hợp đồng ủy quyền cho chủ hộ chuyên quyền sử dụng đất.

3.2. Về đại diện của thành viên hộ gia đình

Theo quy định của pháp luật hiện hành, chủ hộ gia đình trong quan hệ pháp luật dân sự có thể là 01 trong các thành viên của hộ gia đình như: cha, mẹ hoặc người đã thành niên và họ có quyền đại diện cho hộ trong giao dịch dân sự.

Chủ hộ gia đình trong quan hệ pháp luật dân sự có thể là chủ hộ theo hộ khẩu (cha hoặc mẹ), hoặc có thể là người cao tuổi nhất, người đóng góp công sức tiền của nhiều nhất, hoặc một người đã thành niên theo sự thỏa thuận của tất cả các thành viên trong hộ.

Như vậy, chủ hộ của hộ gia đình khác tên với chủ hộ trong sổ hộ khẩu được quy định tại Luật cư trú (chủ hộ trong sổ hộ khẩu không thể mặc nhiên dùng tư cách chủ hộ để thực hiện các giao dịch dân sự cho cả hộ, trừ trường hợp được cả hộ ủy quyền).

Với cách quy định như vậy, cùng với quy định về xác định thành viên không rõ ràng dẫn đến khó khăn khi xác định một thành viên của hộ gia đình khi nào xác lập giao dịch dân sự với tư cách cá nhân hay tư cách chủ hộ gia đình. Do đó, khó xác định trách nhiệm của thành viên hộ gia đình và hộ gia đình đối với người thứ 3 trong các giao dịch dân sự.

Điều 102 Khoản 2 BLDS năm 2015 quy định, trong trường hợp tài sản chung của hộ gia đình không đủ để thanh toán các nghĩa vụ của hộ gia đình thì các thành viên của hộ gia đình phải thực hiện nghĩa vụ bằng tài sản riêng của mình, quy định này có cách hiểu khác nhau: tất cả các thành viên của hộ gia đình phải chịu trách nhiệm bằng tài sản riêng hay chỉ những thành viên đã đủ 15 tuổi trở lên có năng lực hành vi dân sự, hoặc từ 18 tuổi trở lên có năng lực hành vi dân sự đầy đủ mới phải chịu trách nhiệm bằng tài sản riêng của mình...

3.3. Bất cập về phân định tài sản chung và định đoạt tài sản chung

Tài sản chung của hộ gia đình bao gồm tài sản do các thành viên đóng góp theo thỏa thuận; tài sản cùng nhau tạo lập nên trong quá trình cùng lao động, kinh doanh; tài sản được tặng cho chung; được thừa kế chung; tài sản là quyền sử dụng đất; quyền sử dụng rừng; rừng trồng của hộ gia đình.

Tuy nhiên, BLDS năm 2015 hiện hành không có quy định cụ thể về phân tách giữa tài sản của các thành viên hộ gia đình (tài sản cá nhân của một

thành viên, tài sản chung của vợ chồng, tài sản chung của cha mẹ và con...) với tài sản chung của hộ gia đình. Do đó, trong thực tiễn, khi xác lập, thực hiện các giao dịch thường bị lẫn lộn hoặc cố tình lẫn lộn tài sản của các thành viên hộ gia đình là tài sản hộ gia đình và ngược lại. Bất cập này đã có tác động không nhỏ đến việc thực hiện các quyền sở hữu của hộ gia đình và thành viên hộ gia đình.

Từ bất cập trong quy định về tài sản của hộ gia đình đã dẫn tới phát sinh nhiều vướng mắc về xác định giao dịch liên quan đến tài sản phải có sự đồng ý của các thành viên hộ gia đình; thành viên có quyền định đoạt trong thực hiện giao dịch; hiệu lực của giao dịch trong trường hợp không có đủ các thành viên quyết định.

Bất cập này đã tác động không nhỏ đến thực tiễn tham gia quan hệ dân sự của hộ gia đình và thành viên hộ gia đình, họ phải chịu nhiều ràng buộc không phải về mặt pháp lý mà từ các chủ thể là đối tác của giao dịch như: Để bảo đảm an toàn trong giao dịch, trong thế chấp vay vốn tại các tổ chức tín dụng, thì các tổ chức tín dụng thường yêu cầu tất cả các thành viên của hộ gia đình ký, kể cả trong trường hợp tài sản thế chấp là tài sản riêng của một thành viên; đối với các giao dịch thông thường thì thành viên hộ gia đình khi xác lập, thực hiện giao dịch thường nhân danh mình, ít khi nhân danh hộ gia đình và đối tác trong giao dịch cũng thường xác định giao dịch đó là giao dịch cá nhân của thành viên hộ gia đình...

Bên cạnh những vướng mắc, bất cập nêu trên, việc quy định hộ gia đình là chủ thể của quan hệ pháp luật dân sự như BLDS hiện hành đã gây ra nhiều khó khăn cho hoạt động áp dụng pháp luật, đặc biệt là cho Tòa án trong việc giải quyết các tranh chấp liên quan đến hộ gia đình.

Thực tế không thấy có vụ kiện nào được Tòa án thụ lý có người khởi kiện (nguyên đơn) là hộ gia đình, không thấy có người bị kiện (bị đơn) nào là hộ gia đình, không thấy có người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan nào là hộ gia đình. Hơn nữa, Khoản 1 Điều 56 BLTTDS năm 2015 chỉ quy định, đương sự trong vụ án dân sự là cá nhân, cơ quan, tổ chức bao gồm nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan (hộ gia đình không được xác định là đương sự trong vụ án dân sự).

3.4. Bất cập khi thực hiện các yêu cầu về hình thức của giao dịch về quyền sử dụng đất

Theo quy định tại Điều 129 BLDS năm 2015, giao dịch dân sự vi phạm quy định điều kiện có hiệu lực về hình thức thì vô hiệu, trừ trường hợp sau đây:

- Giao dịch dân sự đã được xác lập theo quy định phải bằng văn bản nhưng văn bản không đúng quy định của luật mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó.

- Giao dịch dân sự đã được xác lập bằng văn bản nhưng vi phạm quy định bắt buộc về công chứng, chứng thực mà một bên hoặc các bên đã thực hiện ít nhất hai phần ba nghĩa vụ trong giao dịch thì theo yêu cầu của một bên hoặc các bên, Tòa án ra quyết định công nhận hiệu lực của giao dịch đó. Trong trường hợp này, các bên không phải thực hiện việc công chứng, chứng thực.

Như vậy, pháp luật Việt Nam vẫn yêu cầu giao dịch bắt buộc phải có công chứng. Luật công chứng năm 2014 cũng đưa ra hai điều khoản liên quan đến giao dịch về bất động sản. Theo Điều 42 Luật công chứng năm 2014, “Công chứng viên của tổ chức hành nghề công chứng chỉ được công chứng hợp đồng, giao dịch về bất động sản trong phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương nơi tổ chức hành nghề công chứng đặt trụ sở, trừ trường hợp công chứng di chúc, văn bản từ chối nhận di sản là bất động sản và văn bản ủy quyền liên quan đến việc thực hiện các quyền đối với bất động sản”. Tại Điều 54 Luật công chứng năm 2014 quy định cụ thể về “công chứng hợp đồng thế chấp bất động sản”. Tuy nhiên, nếu một thành viên trong hộ gia đình đi làm việc lâu dài tại một địa phương khác sẽ khó khăn cho việc công chứng và giao dịch quyền sử dụng đất của hộ gia đình.

Quyền sử dụng đất là tài sản chung của hộ, cho nên khi hộ gia đình thực hiện các giao dịch về quyền sử dụng đất, các thành viên của hộ phải ký vào văn bản hợp đồng. Trên thực tế có trường hợp vì lý do nào đó mà thành viên trong hộ gia đình không thể trực tiếp ký vào văn bản hợp đồng thì cần phải làm văn bản ủy quyền theo quy định của pháp luật dân sự. Hiện nay, BLDS quy định về giao dịch dân sự có hai loại là hợp đồng và hành vi pháp lý đơn phương. Hợp đồng dân sự cần phải có sự thỏa thuận thống nhất ý chí của các bên, còn hành

vi pháp lý đơn phương do một bên chủ thể quyết định nội dung của giao dịch. Do vậy, nếu thành viên vắng mặt ở nơi cư trú thì không thể trực tiếp ký vào văn bản hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình. Vì vậy, thành viên vắng mặt có thể làm giấy ủy quyền cho chủ hộ thế chấp quyền sử dụng đất. Trong thực tiễn, việc làm giấy ủy quyền liên quan đến bất động sản gặp nhiều khó khăn, vì theo quy định tại Điều 37 Luật công chứng năm 2014 quy định về thẩm quyền công chứng hợp đồng giao dịch về bất động sản thì: “*Công chứng viên của tổ chức hành nghề công chứng có thẩm quyền công chứng các hợp đồng, giao dịch về bất động sản trong phạm vi tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương, nơi tổ chức hành nghề công chứng đặt trụ sở...*”.

Như vậy, nếu thành viên của hộ đang cư trú tại tỉnh, thành phố khác với nơi cư trú của hộ gia đình thì không thể làm văn bản ủy quyền cho hộ gia đình thế chấp quyền sử dụng đất tại nơi thành viên đó cư trú mà phải thực hiện việc ủy quyền tại văn phòng công chứng (phòng công chứng) hoặc chứng thực tại Ủy ban nhân dân nơi có bất động sản. Quy định này sẽ gây khó khăn cho việc thực hiện các giao dịch thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình khi thành viên không cư trú cùng địa phương với hộ.

Trường hợp thành viên của hộ gia đình đang học tập, làm việc ở nước ngoài thì việc ủy quyền sẽ không thực hiện được, như vậy hộ gia đình sẽ không thể thế chấp quyền sử dụng đất để thực hiện vay vốn tại các tổ chức tín dụng, để vay vốn phục vụ sản xuất, kinh doanh của hộ.

4. Một số kiến nghị, đề xuất

Thứ nhất, các cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần hướng dẫn cụ thể bằng văn bản việc áp dụng thống nhất về địa vị pháp lý của hộ gia đình trong giao dịch quyền sử dụng đất. Xuất phát từ thực tiễn hiện nay, khi công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất và các hợp đồng chuyển quyền sử dụng đất khác của hộ gia đình, cơ quan công chứng có cách hiểu và áp dụng quy định của pháp luật về hộ gia đình chưa thống nhất, đặc biệt là cách hiểu về “hộ gia đình” còn được gắn với “số hộ khẩu”.

Điều 212 BLDS năm 2015 quy định: “Tài sản của các thành viên gia đình cùng sống chung gồm tài sản do các thành viên đóng góp, cùng nhau tạo



lập nên và những tài sản khác được xác lập quyền sở hữu theo quy định của Bộ luật này và luật khác có liên quan”.

Điều 26 Luật cư trú quy định: “Những người ở chung một chỗ ở hợp pháp và có quan hệ gia đình là ông, bà, cha, mẹ, vợ, chồng, con và anh, chị, em ruột, cháu ruột thì có thể được cấp chung một sổ hộ khẩu”. Ngoài ra, những người khác không có quan hệ gia đình như ở thuê, ở nhờ vẫn có thể nhập vào hộ khẩu theo Điều 19, Điều 20 Luật cư trú năm 2013.

Trong khi đó, khi công chứng, chứng thực hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình, cơ quan công chứng, chứng thực yêu cầu phải có đầy đủ chữ ký của các thành viên từ đủ 15 tuổi trở lên có tên trong sổ hộ khẩu khi công chứng hợp đồng thế chấp quyền sử dụng đất.

Thứ hai, cần sửa đổi quy định trong BLDS năm 2015, LĐĐ năm 2013 về việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho hộ gia đình cần phải ghi rõ số lượng, tên thành viên của hộ gia đình; có quy định về người đại diện hộ gia đình có quyền thay mặt hộ gia đình tiến hành thực hiện các quyền và nghĩa vụ đối với việc thế chấp quyền sử dụng đất của hộ gia đình; căn cứ xác định các thành viên trong hộ gia đình có quan hệ về tài sản và là chủ thể của giao dịch dân sự; có sự phân loại đối với những người có tên trong sổ hộ khẩu nhưng không có quan hệ về quyền lợi và nghĩa vụ liên quan. Bộ Tài Nguyên và Môi trường ban hành Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT về giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cấp cho hộ gia đình phải ghi đầy đủ thông tin theo giấy tờ nhân thân của từng thành viên trong hộ. Thông tin theo giấy tờ đó bao gồm cả mã số định danh cá nhân (được cấp vào thời điểm sinh ra) hoặc là số chứng minh nhân dân, số căn cước công dân. Tuy nhiên, một khó khăn chung trong công tác quản lý hành chính tại nước ta nhiều năm qua là các giấy tờ hành chính chưa được cập đồng bộ, triệt để trong cả nước. Cụ thể, việc triển khai cấp mã số định danh cá nhân mới được thực hiện trong thời gian gần đây cho trẻ sơ sinh, còn căn cước công dân thì chỉ được cấp khi công dân đủ 14 tuổi. Như vậy, yêu cầu ghi thông tin nhân thân của từng thành viên trong hộ gia đình trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất của hộ gia đình sẽ gặp khó khăn nếu những thành viên hộ gia đình không có mã số định danh cá nhân, đồng thời cũng chưa đủ tuổi làm căn

cước công dân. Trường hợp này, giấy chứng nhận quyền sử dụng sẽ ghi thông tin thành viên hộ gia đình như thế nào? Chính vì những bất cập và khó khăn trên, ngày 04/12/2017, Bộ Tài nguyên và Môi trường đã ban hành Thông tư số 53/2017/TT-BTNMT quy định ngưng hiệu lực thi hành Khoản 5 Điều 6 Thông tư số 33/2017/TT-BTNMT để các cơ quan chức năng và người dân có thời gian nghiên cứu thêm về quy định mới trong việc ghi tên thành viên trên giấy chứng nhận quyền sử dụng đất của hộ gia đình. Tuy nhiên, bàn về việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất cho hộ gia đình hay ghi tên ai trong giấy chứng nhận quyền sử dụng đất của hộ gia đình, cần khẳng định rõ quan điểm: Đối với tài sản chung của hộ gia đình, chỉ những thành viên có công sức đóng góp, tạo lập tài sản thì mới được ghi tên trong giấy chứng nhận quyền sở hữu/sử dụng tài sản đó. Việc bổ sung tên các thành viên khác trong hộ trên giấy chứng nhận tuy giúp xác định tư cách chủ thể rõ ràng, minh bạch hơn nhưng mặt khác cũng làm phát sinh thêm các rắc rối về thủ tục hành chính, đồng thời làm hạn chế quyền sử dụng đất của những người chủ sở hữu có đóng góp chính trong việc gây dựng tài sản (chủ hộ). Tuy vậy, nếu chỉ ghi tên chủ hộ trên giấy chứng nhận như quy định trước đây thì cũng không thể đảm bảo quyền lợi pháp lý của các chủ sở hữu chung còn lại, từ đó sẽ phát sinh mâu thuẫn, tranh chấp về quyền sử dụng đất của các thành viên trong hộ gia đình khi thực hiện các giao dịch về quyền sử dụng đất. Khi có các thành viên của hộ gia đình không có mặt tại nơi cư trú, Nhà nước cần tạo một hành lang pháp lý thông thoáng, nhanh chóng, thuận tiện để chủ hộ hoặc những người đại diện dễ dàng thay mặt hộ thực hiện các quyền về tài sản, giúp hộ gia đình nhanh chóng tiếp cận được nguồn vốn từ các tổ chức tín dụng, ngân hàng, kịp thời ổn định tổ chức kinh doanh, đưa kinh tế hộ gia đình ngày càng ổn định, phát triển bền vững đúng với tinh thần của Đảng và Nhà nước trong thời kỳ đổi mới đã chỉ đạo và định hướng.

Vì pháp luật không quy định rõ, nên mỗi công chứng viên, mỗi tổ chức công chứng suy luận và “quyết” một kiểu thủ tục khác nhau khi chứng nhận giao dịch hợp đồng liên quan đến tài sản của Hộ gia đình. Vì vậy, trong lĩnh vực ngân hàng, cứ 10 giao dịch thế chấp tài sản liên quan đến Hộ gia đình, thì

có tới 9 vụ rơi vào tình trạng mông lung, không chắc chắn, không yên tâm, dù đã được công chứng.

Xét về bản chất, chỉ có trường hợp Nhà nước giao đất nông nghiệp, thì mới xuất hiện chủ thể giao đất cho hộ gia đình. Tuy nhiên LDD và các văn bản hướng dẫn đã không quy định rõ về việc cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đối với rất nhiều loại đất cho hộ gia đình, trong khi đó là đất thuộc quyền sử dụng của một cá nhân hay của hai vợ chồng.

Thứ ba, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần giải thích rõ việc xác định hộ gia đình để giải quyết hậu quả pháp lý đối với những hành vi pháp lý liên quan đến hộ gia đình trong rất nhiều văn bản pháp luật. Theo đó, hộ gia đình bao gồm những thành viên nào, thời điểm xác định và quan hệ giữa thành viên với tài sản của hộ gia đình như thế nào? Việc này nhằm tránh khỏi tình trạng vướng mắc trong quá trình giao dịch mua bán, chuyển nhượng, tặng cho, trao đổi, góp vốn quyền sử dụng đất (cũng như nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất) lâu nay là: Không thể biết được rằng phải có sự đồng ý của những ai, vì không có cách nào khẳng định chính xác những ai có quyền thật sự đối với quyền sử dụng đất trong hộ gia đình và tài sản. Từ hộ kinh doanh gồm từ một đến vài người hay tổ hợp tác gồm một số người cho đến pháp nhân với hàng nghìn người, thì cũng chỉ cần 1 người đại diện giao dịch là hợp pháp,

Thứ tư, giải pháp lâu dài, cơ bản và hợp lý nhất là cần phải loại bỏ hộ gia đình, với tư cách là một chủ thể trong quan hệ dân sự trong BLDS cũng như chủ thể sử dụng đất trong LDD. Bởi vì, mỗi cá nhân có quyền tạo lập riêng tài sản của mình và được pháp luật bảo hộ. Từ đó, cần bỏ hết chủ thể hộ gia đình trong các quan hệ dân sự khác. Trong pháp luật hôn nhân, gia đình, thì đã có khái niệm gia đình. Trong pháp luật kinh doanh, thương mại, thì đã có chủ thể thay thế là hộ kinh doanh theo quy định của Luật doanh nghiệp. Việc loại bỏ hộ gia đình với tư cách là một chủ thể tham gia giao dịch pháp lý là phù hợp với thông lệ quốc tế, phù hợp với các quy định của các tổ chức quốc tế mà Việt Nam gia nhập và tham gia./

Tài liệu tham khảo

1. <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/household>

2. U.S. Census Bureau, Census 2000, Summary Social, Economic, and Housing Characteristics, Selected Appendixes: 2000, B-14 Definitions of Subject Characteristics.

3. <http://www.learnersdictionary.com/definition/household>

4. <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=1255>. Glossary of Statistical Terms. OECD. 2008. Alphabetical - H. Statistical Theme: Demographic and population statistics. Created on Tuesday, September 25, 2001. Last updated on Monday, July 29, 2002

5. Utah Code Page 1 Part 5 Utah Exemptions Act. 78B-5-503 Homestead exemption - Definitions - Excepted obligations - Water rights and interests - Conveyance - Sale and disposition - Property right for federal tax purposes.

6. The Czech Civil Code (Act No. 40, 1994 Coll.)

7. Law of Georgia On Ownership of Agricultural Land. 1996.

8. Luật Đất đai năm 2013.

9. Luật Kinh doanh bất động sản năm 2006.

10. Luật Công chứng năm 2014.

11. Các đạo luật liên quan đến hộ gia đình từ năm 1990 đến nay.

12. Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật đất đai và sửa đổi, bổ sung một số điều của các thông tư hướng dẫn thi hành Luật đất đai.

13. Thông tư 33/2017/TT-BTNMT ngày 29/09/2017 quy định chi tiết Nghị định số 01/2017/NĐ-CP ngày 06/01/2017 của Chính phủ sửa đổi, bổ sung một số nghị định quy định chi tiết thi hành Luật đất đai và sửa đổi, bổ sung một số điều của các thông tư hướng dẫn thi hành Luật đất đai.

14. Kinh nghiệm một số nước trên thế giới về công chứng bất động sản. Viện Nghiên cứu lập pháp. 2013.

15. Viện Khoa học pháp lý, Từ điển Luật học (Nxb Từ điển Bách Khoa-Nxb Tư pháp, 2006).

16. Lưu Quốc Chính: “Xác định thành viên hộ gia đình khi thực hiện công chứng, chứng thực liên quan “Hộ gia đình sử dụng đất”.

<http://moj.gov.vn/qt/tintuc/Pages/nguyen-cuu-trao-doi.aspx?ItemID=1851>.



HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ HỘI ĐỒNG QUẢN TRỊ CÔNG TY NIÊM YẾT

Phan Đăng Hải¹

Tóm tắt: Cùng với chiến lược chỉ đạo công ty, Hội đồng quản trị chủ yếu chịu trách nhiệm giám sát hiệu quả công tác quản lý và đem lại lợi nhuận thoả đáng cho cổ đông đồng thời ngăn ngừa xung đột lợi ích và cân bằng đối với các nhu cầu cạnh tranh cho công ty. Bài viết tập trung phân tích các vấn đề bất cập trong các quy định pháp luật Việt Nam về Hội đồng quản trị của công ty niêm yết và đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về Hội đồng quản trị của công ty niêm yết ở Việt Nam.

Từ khóa: Hội đồng quản trị, Quản trị công ty niêm yết, Hoàn thiện pháp luật

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 02/01/2019; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Together with guiding corporate strategy, the board is chiefly responsible for monitoring managerial performance and achieving an adequate return for shareholders, while preventing conflicts of interest and balancing competing demands on the corporation. The article analyzes the inadequate issues surrounding Vietnamese law in management board in listed company and recommends some solutions to complete the system of Vietnamese law on management board in listed company in Viet Nam.

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 02/01/2019; Date of approval: 17/01/2019.

Một Hội đồng quản trị (HĐQT) độc lập, chuyên nghiệp và hiệu quả có ý nghĩa đặc biệt quan trọng trong quản trị công ty (QTCT). Tổ chức này có nhiệm vụ đề ra chiến lược cho công ty, bảo vệ quyền lợi của các cổ đông và các bên liên quan, giám sát bộ máy điều hành và các hoạt động tài chính của công ty². Xuất phát từ vị trí trung tâm của mình trong mô hình QTCT, cũng thật dễ hiểu khi các quy định pháp luật dành nhiều sự quan tâm cho định chế này, đặc biệt là đối với công ty niêm yết (CTNY).

Bên cạnh sự điều chỉnh của Luật doanh nghiệp (LDN) năm 2014, Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 về quản trị công ty áp dụng với công ty đại chúng và Thông tư 95/2017/TT-BTC ngày 22/9/2017 hướng dẫn một số điều Nghị định 71/2017/NĐ-CP về quản trị công ty áp dụng với công ty đại chúng đã đưa ra khá nhiều các yêu cầu khắt khe dành cho HĐQT của CTNY. Các quy định pháp luật về HĐQT của CTNY nhìn chung đã phần nào giải quyết được những vấn đề cơ bản nhất của QTCT cần điều chỉnh trên cơ sở tiếp thu các khuyến nghị của OECD và kinh nghiệm của nhiều quốc gia khác. Tuy nhiên, bên cạnh những điểm tiến bộ, cũng không thể không có những vấn đề bất cập phát sinh trong nội dung pháp luật cũng như quá trình thực thi pháp luật. Trên cơ sở phân tích

các vấn đề còn tồn tại, bài viết đưa ra một số kiến nghị, đề xuất nhằm hoàn thiện pháp luật về HĐQT CTNY ở Việt Nam hiện nay.

1. Cơ cấu Hội đồng quản trị

Thứ nhất, về tính đa dạng trong Hội đồng quản trị

Sự đa dạng trong thành phần HĐQT được khuyến khích trong các thông lệ QTCT được xem là làm giảm rủi ro “tư duy nhóm” và tăng cường tính phản biện của HĐQT, Chủ tịch và/hay nhóm cán bộ điều hành cao cấp, do đó nâng cao trách nhiệm của HĐQT. Sự đa dạng này thể hiện ở việc các thành viên tham gia HĐQT có sự đa dạng về giới tính (hạn chế HĐQT 100% là nam giới), kinh nghiệm, kỹ năng, độ tuổi... của HĐQT. Quy định pháp luật Việt Nam yêu cầu CTNY cần đảm bảo sự cân đối giữa các thành viên có kiến thức và kinh nghiệm về pháp luật, tài chính, lĩnh vực hoạt động kinh doanh của công ty và có xét yếu tố về giới³. Tuy nhiên, tiêu chuẩn về “sự cân đối” lại không được quy định cụ thể tại Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 cũng như Thông tư 95/2017/TT-BTC ngày 22/9/2017. Chính vì thế, có thể thấy đây là một quy định hết sức mơ hồ và mang tính tùy nghi. Điều này càng thể hiện rõ hơn qua thực tế tại Sở Giao dịch Chứng khoán Hà Nội, 188/351 CTNY cho biết không có thành viên HĐQT là nữ⁴.

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Khoa Luật – Học viện Ngân hàng.

² IFC (2010), *Cẩm nang QTCT*, Tr.90.

³ Khoản 2 Điều 13 Nghị định 71/2017/NĐ-CP

⁴ Sở Giao dịch Chứng khoán Hà Nội (2017), *Chương trình đánh giá chất lượng quản trị công ty 2016 - 2017*.

Theo kinh nghiệm tại Australia, việc đa dạng hóa thành phần HĐQT được cấp quản lý nhà nước cũng như các cơ quan điều hành thị trường chứng khoán của Australia chú trọng, đưa ra một mục tiêu riêng để hướng dẫn các công ty thực hiện đa dạng hóa thành phần HĐQT, đồng thời cung cấp thông tin các cố vấn để triển khai việc này được hiệu quả. Đa dạng hóa cũng được quy định chi tiết trong Bộ nguyên tắc QTCT của Sở giao dịch chứng khoán Australia (ASX) và khuyến khích các CTNY thực hiện. Việt Nam có thể áp dụng các kinh nghiệm này trong Bộ quy tắc QTCT đối với CTNY⁵ để tăng cường hơn nữa hoạt động của HĐQT trong QTCT.

Thứ hai, về các Ủy ban/ Tiểu ban thuộc HĐQT của CTNY

Theo quy định của Điều 134 LDN, công ty cổ phần có thể lựa chọn mô hình không có Ban kiểm soát mà thay vào đó là thành lập Ban kiểm toán nội bộ trực thuộc HĐQT. Tuy nhiên, dựa trên các nội dung tại Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 và Thông tư 95/2017/TT-BTC ngày 22/9/2017, mặc dù có đầy đủ quy định về Đại hội đồng cổ đông, HĐQT và Ban kiểm soát theo mô hình số 1 và nhưng lại không xuất hiện những nội dung hướng dẫn về Ban kiểm toán nội bộ. Tương tự, HĐQT của CTNY có thể thành lập các tiểu ban hỗ trợ hoạt động của HĐQT là tiểu ban nhân sự, tiểu ban lương thưởng và các tiểu ban khác⁶. Cũng giống một số quốc gia như Australia⁷, Anh⁸..., quy định này thuộc dạng quy phạm pháp luật tùy nghi và mang tính khuyến nghị. Mặc dù vậy, để đảm bảo việc thực hiện phù hợp với thông lệ quốc tế, Bộ quy tắc QTCT đối với CTNY cần có các quy định hướng dẫn về việc thành lập tiểu ban, trách nhiệm của từng tiểu ban, trách nhiệm của thành viên của tiểu ban hoặc trách nhiệm của thành viên độc lập được cử phụ trách về nhân sự, lương thưởng.

2. Thành viên độc lập Hội đồng quản trị

Thứ nhất, về thẩm quyền và trách nhiệm của thành viên độc lập HĐQT

Các lý thuyết và thông lệ tốt về QTCT đã khẳng định vai trò của thành viên độc lập HĐQT là

rất quan trọng đối với chất lượng, hiệu quả hoạt động QTCT trong CTNY. Sự tham gia của thành viên độc lập HĐQT sẽ đảm bảo cho tính minh bạch trong quá trình tổ chức và hoạt động của CTNY, ngăn ngừa việc che giấu, bưng bít các thông tin liên quan đến tình hình hoạt động của CTNY, các giao dịch có dấu hiệu tư lợi có khả năng dẫn đến những sai phạm, tổn thất, ảnh hưởng đến quyền, lợi ích của các chủ thể có liên quan. Qua đó, nâng cao hiệu quả hoạt động của HĐQT và cải thiện chất lượng QTCT tại CTNY.

LDN năm 2014, Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 đều quy định về quyền, nghĩa vụ của thành viên HĐQT. Tuy nhiên, các văn bản quy phạm pháp luật này không có bất kỳ quy định nào riêng về quyền, nghĩa vụ của thành viên độc lập HĐQT, từ đó không thể hiện được sự khác biệt về quyền, nghĩa vụ giữa thành viên độc lập và các thành viên khác của HĐQT. Việc thiếu vắng những quy định này có thể dẫn đến những hệ lụy ảnh hưởng đến nhận thức về vai trò, cũng như hiệu quả hoạt động của thành viên độc lập HĐQT trong cơ cấu quản trị của CTNY. Từ đó, có thể thấy việc có những quy định riêng về quyền và nghĩa vụ của thành viên độc lập HĐQT là thực sự cần thiết, có ý nghĩa về nhiều mặt như thay đổi nhận thức, hiểu biết của các chủ thể về vai trò của thành viên độc lập HĐQT; nâng cao hiệu quả hoạt động thực tế của thành viên độc lập HĐQT đối với hiệu quả hoạt động QTCT trong CTNY. Do vậy, Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 nên bổ sung các nội dung mang tính nguyên tắc chung về quyền và nghĩa vụ của thành viên độc lập HĐQT (ngoài các quyền và nghĩa vụ được quy định chung cho tất cả các thành viên HĐQT), đặc biệt là các quyền của thành viên độc lập HĐQT trong các vấn đề sau: i) Giám sát hoạt động công bố thông tin của CTNY theo quy định của pháp luật và đảm bảo về tính kịp thời, chính xác của các thông tin được công bố; ii) Tham gia vào quá trình xây dựng cơ chế chi trả thù lao cho các thành viên HĐQT, Ban kiểm soát và Ban Giám đốc của CTNY thông qua việc tham gia

⁵ Theo thông tin từ phía Ủy ban Chứng khoán Nhà nước, Bộ quy tắc QTCT sẽ được ban hành vào cuối năm 2018. Báo Đầu tư Chứng khoán (2018), Việt Nam sắp có Bộ quy tắc quản trị công ty, Cập nhật 8/10/2018 <https://tinnhanhchungkhoan.vn/chung-khoan/viet-nam-sap-co-bo-quy-tac-quan-tri-cong-ty-244780.html>

⁶ Điều 17 Nghị định 71/2017/NĐ-CP

⁷ Australia Stock Exchange - ASX (2010), *Corporate Governance Principles and Recommendations with 2010 Amendments*, Recommendation 8.

⁸ London Stock Exchange (2008), *Combined Code on Corporate Governance*



vào ủy ban về lương thưởng; iii) Giám sát hoạt động của người quản lý, điều hành tại CTNY trong việc quyết định các vấn đề liên quan đến giao dịch của những người này và người có liên quan với CTNY, quyết định phân bổ lợi nhuận của CTNY...⁹

Thứ hai, về điều kiện, tiêu chuẩn của thành viên độc lập HĐQT

Theo quy định tại Khoản 2 Điều 151 LDN, thành viên độc lập HĐQT là thành viên có các tiêu chuẩn và điều kiện sau: i) Không phải là người đang làm việc cho công ty, công ty con của công ty; không phải là người đã từng làm việc cho công ty, công ty con của công ty ít nhất trong 03 năm liền trước đó; ii) Không phải là người đang hưởng lương, thù lao từ công ty, trừ các khoản phụ cấp mà thành viên HĐQT được hưởng theo quy định; iii) Không phải là người có vợ hoặc chồng, cha đẻ, cha nuôi, mẹ đẻ, mẹ nuôi, con đẻ, con nuôi, anh ruột, chị ruột, em ruột là cổ đông lớn của công ty; là người quản lý của công ty hoặc công ty con của công ty; iv) Không phải là người trực tiếp hoặc gián tiếp sở hữu ít nhất 1% tổng số cổ phần có quyền biểu quyết của công ty; v) Không phải là người đã từng làm thành viên HĐQT, BKS của công ty ít nhất trong 05 năm liền trước đó. Cách xác định này về cơ bản giống với các tiêu chí của các tổ chức quốc tế như OECD¹⁰, IFC¹¹.. hay một số quốc gia như Mỹ, Anh¹²... Việc đưa ra 6 tiêu chí để xác định tính độc lập của thành viên độc lập HĐQT tại Điều 151 LDN năm 2014 là 1 sự cải cách mạnh mẽ từ việc hiểu sai bản chất và đánh đồng nội hàm giữa thành viên độc lập HĐQT và thành viên HĐQT không điều hành trong những quy định trước đây. Tuy nhiên, việc định nghĩa với quá nhiều chi tiết có thể sẽ gây khó hiểu, đôi khi không bao quát được hết yếu tố “độc lập” của thành viên HĐQT. Vì vậy, theo tác giả, trước khi nêu ra các trường hợp loại trừ thành viên độc lập, HĐQT, cần có định nghĩa thành viên độc lập HĐQT, có thể đơn giản như theo định nghĩa của Hội đồng các Nhà đầu tư Tổ chức (CII – The Council of Institutional Investors): “thành viên độc lập là một cá nhân mà

tu cách thành viên HĐQT là yếu tố duy nhất kết nối cá nhân ấy với công ty”¹³. Định nghĩa này sẽ nêu bật được bản chất của vấn đề, sau đó, hoàn toàn có thể liệt kê những trường hợp cụ thể có thể làm giảm tính chất độc lập của thành viên độc lập HĐQT.

Đối với CTNY, Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 cũng không đưa ra thêm các yêu cầu đối với thành viên độc lập HĐQT khác so với LDN. Nếu so sánh với Thông tư 121/2012/TT-BTC về QTCT áp dụng cho công ty đại chúng thì có lẽ đây là một bước lùi trong việc lập pháp khi thiếu vắng rất nhiều các tiêu chí cần thiết đã từng được quy định trong Thông tư 121/2012/TT-BTC. Chính vì vậy, trong thời gian tới, Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 cần bổ sung thêm 02 tiêu chí sau đối với thành viên độc lập HĐQT trong công ty đại chúng, CTNY, cụ thể:

i) Không làm việc tại các tổ chức cung cấp dịch vụ tư vấn pháp luật, kiểm toán cho công ty trong hai (02) năm gần nhất;

ii) Không phải là đối tác hoặc người liên quan của đối tác có giá trị giao dịch hàng năm với công ty chiếm từ ba mươi phần trăm (30%) trở lên tổng doanh thu hoặc tổng giá trị hàng hoá, dịch vụ mua vào của công ty trong hai (02) năm gần nhất.

Thứ ba, về nhiệm kỳ của thành viên độc lập Hội đồng quản trị

Khi các thành viên HĐQT phục vụ đủ lâu tại công ty, họ sẽ có thời gian để hiểu rõ những vấn đề của công ty và hoà nhập được với văn hoá công ty. Tuy nhiên, ở chiều ngược lại, một thành viên độc lập HĐQT nắm giữ chức vụ càng lâu thì càng dễ trở nên thiếu khách quan và không còn độc lập khi tham gia vào các quyết định của HĐQT. Chính vì lý do đó, theo thông lệ quốc tế, việc quy định về nhiệm kỳ của thành viên độc lập HĐQT là một yêu cầu bắt buộc để đảm bảo hiệu quả trong hoạt động của thành viên độc lập HĐQT.

Pháp luật Việt Nam hiện hành không đặt ra những giới hạn về nhiệm kỳ của các thành viên HĐQT, cụ thể, Khoản 2 Điều 150 LDN quy định: “nhiệm kỳ của thành viên HĐQT, thành viên độc

⁹ Lê Trọng Dũng (2017), *Hoàn thiện pháp luật về thành viên độc lập hội đồng quản trị công ty đại chúng*, Website Tạp chí Dân chủ & Pháp luật.

¹⁰ G20/OECD (2015), *Principles of Corporate Governance*.

¹¹ IFC (2010), *Cẩm nang QTCT*, Tr.126

¹² The London Stock Exchange (2008), *The combined Code of Corporate Governance*

¹³ Webiste of The Council of Institutional Investors – www.cii.org

lập HĐQT là không quá 05 năm và có thể được bầu lại với số nhiệm kỳ không hạn chế". Tuy nhiên, Điểm đ Khoản 2 Điều 151 LDN về điều kiện, tiêu chuẩn của thành viên độc lập HĐQT lại quy định rằng thành viên độc lập HĐQT không phải là người đã từng làm thành viên HĐQT của công ty ít nhất trong 05 năm liền trước đó. Như vậy, sau 5 năm nắm giữ vai trò, thành viên độc lập HĐQT đương nhiên mất tính độc lập. Thành viên này có thể được đề cử lại với vai trò của một thành viên HĐQT nhưng không phải là thành viên độc lập HĐQT hoặc phải rời khỏi đội ngũ HĐQT của công ty đó. Quy định này khi so sánh với các quốc gia khác trên thế giới có vẻ còn chặt chẽ hơn khi pháp luật Malaysia giới hạn nhiệm kỳ của các thành viên độc lập HĐQT là 9 năm; thành viên độc lập HĐQT đối với CTNY ở Pháp không còn tính độc lập nữa sau 12 năm...¹⁴

Có thể thấy, quy định hiện tại khi giới hạn nhiệm kỳ cũng như điều kiện về thời gian đảm bảo tính độc lập của thành viên độc lập HĐQT ở Việt Nam hiện nay là chưa phù hợp, nhất là với thực tế khó khăn của các CTNY khi loay hoay trong việc tìm kiếm thành viên độc lập HĐQT. Trong Báo cáo đánh giá chất lượng QTCT của Sở Giao dịch Chứng khoán Hà Nội năm 2017, chỉ có 22,5% CTNY đảm bảo được số lượng thành viên độc lập HĐQT là 1/5. Số lượng CTNY đảm bảo đủ tỷ lệ ít nhất 1/3 số lượng thành viên HĐQT là độc lập chỉ đạt 12,54%¹⁵. Theo tác giả, nên chăng LDN cần phải sửa đổi theo hướng nới rộng hơn giới hạn nhiệm kỳ của thành viên độc lập HĐQT hoặc Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 cần có những quy định chi tiết hơn về vấn đề này để đảm bảo tính khả thi của việc thực hiện quy định trên thực tế.

3. Đề cử, bãi nhiệm thành viên Hội đồng quản trị

Thứ nhất, về quyền đề cử người vào Hội đồng quản trị

Theo quy định của Khoản 2 Điều 11 Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017, cổ đông, nhóm cổ đông sở hữu cổ phần phổ thông trong thời hạn liên tục ít nhất 06 tháng được quyền đề cử người vào HĐQT. Trong trường hợp này, nếu như Khoản 2

Điều 114 LDN có quy định cổ đông hoặc nhóm cổ đông "sở hữu từ 10% tổng số cổ phần phổ thông trở lên trong thời hạn liên tục ít nhất 6 tháng hoặc một tỷ lệ khác nhỏ hơn do ĐLCT quy định" thì Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 không đặt ra yêu cầu về tỷ lệ cổ phần phổ thông sở hữu mà chỉ quan tâm đến thời hạn nắm giữ số cổ phần đó. Trong khi đó, Điều lệ mẫu CTNY (quy định tại Thông tư 95/2017/TT-BTC ngày 22/9/2017) đã gợi ý giảm tỷ lệ nắm giữ cổ phần phổ thông xuống còn 5% của cổ đông, nhóm cổ đông để có các quyền giới hạn theo Khoản 2 Điều 114 LDN (Khoản 3 Điều 12 Điều lệ mẫu). Xem xét các nội dung trên, có thể thấy sự chưa thống nhất trong quy định về điều kiện đối với cổ đông hoặc nhóm cổ đông có thể liên kết để đề cử người vào HĐQT của CTNY.

Về vấn đề này, có quan điểm hoàn thiện là: giữ nguyên hoặc giảm tỷ lệ nắm giữ cổ phần phổ thông nắm giữ nhưng bỏ thời hạn nắm giữ cổ phần¹⁶ để đảm bảo quyền của cổ đông, nhóm cổ đông này được thực hiện ngay lập tức (ví dụ như trường hợp mới thành lập, cổ đông mới vào công ty). Tuy nhiên, theo quan điểm tác giả, cần giữ nguyên thời hạn nắm giữ cổ phần, nhưng nên giảm tỷ lệ nắm giữ cổ phần phổ thông tại Nghị định 71/2017/NĐ-CP ngày 6/6/2017 xuống còn 5% để đảm bảo yêu cầu của hoạt động QTCT cũng như duy trì tính đặc thù của CTNY. Ngoài ra, để thực thi quyền này cũng như những quyền khác của cổ đông thiểu số, cơ quan quản lý nhà nước cần thiết lập cơ chế tạo điều kiện cho các cổ đông thiểu số liên kết lại, nhất là trong trường hợp CTNY khi số lượng cổ đông nhiều kéo theo sự phân tán quyền sở hữu trong bộ phận cổ đông thiểu số là rất lớn.

Thứ hai, về vấn đề bãi nhiệm thành viên Hội đồng quản trị

Nếu như các quy định về vấn đề miễn nhiệm thành viên HĐQT là tương đối rõ ràng và hợp lý thì các quy định về vấn đề miễn nhiệm thành viên HĐQT lại tồn tại nhiều bất cập. Khoản 2 Điều 156 LDN quy định: thành viên HĐQT có thể bị bãi nhiệm theo Nghị quyết của ĐHĐCĐ, tuy nhiên không có những quy định rõ ràng về cơ sở, điều kiện cho việc bãi nhiệm... (Xem tiếp trang 66)

¹⁴ Lê Vũ Nam (2017), *Pháp luật về quản trị công ty niêm yết trên thị trường chứng khoán Việt Nam*, Nxb Đại học Quốc gia TPHCM, Tr.126.

¹⁵ Sở Giao dịch Chứng khoán Hà Nội (2017), *Chương trình đánh giá chất lượng quản trị công ty 2016 - 2017*.

¹⁶ Võ Thị Hà Linh (2015), *Việc tiếp nhận các nguyên tắc QTCT của OECD trong pháp luật quản trị CTNY của Việt Nam*, Luận văn Thạc sĩ Luật học, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội, Tr.95.



GIẢI PHÁP KHẮC PHỤC RÀO CẢN VỀ THỰC THI QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ BẰNG BIỆN PHÁP HÌNH SỰ

Trần Văn Hải¹

Tóm tắt: Quyền sở hữu trí tuệ là quyền của tổ chức, cá nhân đối với tài sản trí tuệ², trong các hiệp định hợp tác quốc tế mà Việt Nam đã và đang tham gia, quyền sở hữu trí tuệ (gọi tắt là SHTT) luôn có vai trò rất quan trọng và giữ vị trí trung tâm. Nhận thức được tầm quan trọng của quyền SHTT đối với sự phát triển kinh tế - xã hội trong giai đoạn hiện nay, Nhà nước đã quan tâm, chú trọng đến việc hoàn thiện các quy định của pháp luật về SHTT. Tuy nhiên, trên thực tế, quyền sở hữu trí tuệ chưa được bảo vệ hiệu quả trước các hành vi xâm hại, đặc biệt các hành vi phạm tội, mà nguyên nhân chủ yếu là do những khó khăn, hạn chế làm rào cản đối với việc thực thi quyền SHTT bằng biện pháp hình sự. Trong phạm vi bài viết, trên cơ sở phân tích, đánh giá những hạn chế, khó khăn trong việc thực thi quyền SHTT bằng biện pháp hình sự, tác giả gợi mở một số đề xuất, giải pháp khắc phục những rào cản nhằm đảm bảo khả năng thực thi quyền SHTT bằng biện pháp hình sự.

Từ khóa: Rào cản, sở hữu trí tuệ, biện pháp hình sự.

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 02/01/2019; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Intellectual property right is the right of organizations, individuals to intellectual property. In international cooperation treaties which Vietnam has joined, the intellectual property right always plays an important and key role. Understanding the importance of the intellectual property right to the socio-economic development in current period, the State has paid attention to finalization of legal regulations on intellectual property. However, in reality, the intellectual property right has not been effectively protected against violation especially crime act. The main reason is difficulty, limitation in the enforcement of intellectual property right by criminal measure. Within this article, basing on analyzing, assessing limitation, difficulty in the enforcement of intellectual property right by criminal measure, the author proposes some recommendations, solutions to overcome those obstacles to ensure the enforcement of intellectual property right by criminal measure.

Keywords: Obstacles, intellectual property, criminal measure.

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 02/01/2019; Date of approval: 17/01/2019.

1. Những hạn chế và khó khăn đối với việc thực thi quyền sở hữu trí tuệ bằng biện pháp hình sự

Từ thực tiễn áp dụng BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 (gọi tắt là BLHS năm 1999), cũng như việc đánh giá quy định liên quan đến các tội xâm phạm quyền SHTT, BLHS năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 (gọi tắt là BLHS năm 2015) đã có những sự thay đổi nhằm phù hợp với thực tiễn đấu tranh phòng chống nhóm tội phạm này. Một số điểm mới trong BLHS năm 2015, tác giả xin được khái quát như sau:

- BLHS năm 2015 đã bỏ tội vi phạm quy định về cấp văn bằng bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp³.

- BLHS năm 2015 đã sửa đổi, bổ sung quy định liên quan đến tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan⁴ và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp⁵ theo hướng cụ thể hóa số tiền thu lợi bất chính hoặc giá trị thiệt hại gây ra cho chủ thể quyền tác giả, quyền liên quan (hoặc chủ sở hữu nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý) hoặc giá trị hàng hóa vi phạm làm cơ sở để định tội và định khung hình phạt.

- BLHS năm 2015 đã quy định trách nhiệm của pháp nhân thương mại⁶ khi vi phạm quyền tác giả,

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Khoa Luật Hình sự, Trường Đại học Luật, Đại học Huế

² Xem thêm quy định tại Khoản 1 Điều 4 Luật SHTT năm 2005 sửa đổi, bổ sung năm 2009

³ Điều 170 BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009

⁴ Điều 170a BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009

⁵ Điều 171 BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009

⁶ Pháp nhân thương mại là pháp nhân có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên (Điều 75 Bộ luật dân sự năm 2015)

quyền liên quan, cũng như vi phạm quyền sở hữu công nghiệp.

Ngoài ra, BLHS năm 2015 còn sửa đổi bổ sung một số quy định khác liên quan đến các tội phạm này như tách tội tại Điều 157 BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 (gọi tắt là BLHS năm 1999) thành 2 tội danh độc lập⁷; mở rộng phạm vi áp dụng hình phạt tiền;... làm cơ sở pháp lý đầy đủ cho việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các hành vi xâm phạm quyền SHTT.

Bên cạnh sự ra đời của BLHS năm 2015, các văn bản pháp luật hình sự khác như Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015; Luật tổ chức cơ quan điều tra hình sự năm 2015; Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam năm 2015 cũng được ban hành, tạo khung pháp lý đầy đủ và vững chắc cho việc đấu tranh phòng ngừa và chống tội phạm nói chung và các tội xâm phạm quyền SHTT nói riêng. Trong điều kiện kinh tế, chính trị, xã hội trong nước cũng như quốc tế hiện nay thì vấn đề thực thi quyền SHTT đang gặp phải những khó khăn, hạn chế khả năng thực thi. Trong phạm vi bài viết, tác giả đưa ra một số khó khăn, hạn chế, rào cản cơ bản đối với việc thực thi quyền SHTT bằng biện pháp hình sự, cụ thể:

Một là, hạn chế trong quy định của pháp luật hình sự

Mặc dù BLHS năm 2015 về cơ bản đã khắc phục được những hạn chế trong BLHS năm 1999 về các tội xâm phạm quyền SHTT, tuy nhiên qua nghiên cứu, tác giả nhận thấy trong pháp luật hình sự hiện hành vẫn còn một số hạn chế, vướng mắc, cụ thể:

- Trong các tội xâm phạm quyền SHTT thì tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp (gọi tắt là SHCN) chỉ được khởi tố khi có đơn yêu cầu của người bị hại⁸. Lợi dụng quy định này, các đối tượng thực hiện hành vi xâm phạm quyền SHCN khi bị phát hiện thì sử dụng thủ đoạn thỏa thuận, mua chuộc các chủ sở hữu đối tượng sở hữu công nghiệp để họ không yêu cầu khởi tố vụ án. Điều này đã tạo ra khó khăn cho công tác phát hiện, điều

tra, xử lý các hành vi trên đồng thời không đảm bảo tính răn đe của pháp luật.

- BLHS năm 2015 vẫn chưa làm rõ dấu hiệu định tội “*với quy mô thương mại*” trong tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan và tội xâm phạm quyền SHCN. Hiện nay, thuật ngữ “*quy mô thương mại*” được hiểu theo nhiều cách khác nhau và được diễn giải khác nhau ở từng quốc gia. Nhìn chung hành vi xâm phạm với “*quy mô thương mại*” được hiểu là: i) các hành vi được thực hiện một cách có chủ ý nhằm mục đích sinh lợi, không kể giá trị của vi phạm. ii) Hoặc là những hành vi tuy không nhằm mục đích sinh lợi nhưng gây ảnh hưởng lớn đến quyền khai thác tài sản trí tuệ của chủ thể quyền⁹.

Nếu thừa nhận cách hiểu chung như (i) dẫn tới không tính đến giá trị vi phạm thì sẽ truy cứu trách nhiệm tràn lan bất kỳ số lượng, giá trị nào. Còn nếu hiểu theo (ii) thì việc thế nào là gây ảnh hưởng đến quyền khai thác tài sản trí tuệ lại không cụ thể, khó xác định.

Có quan điểm cho rằng¹⁰ “*quy mô thương mại*” đã được cụ thể hóa ở Thông tư 01/2008¹¹. Đó là đánh giá bằng tiêu chí mức độ từ nghiêm trọng đến đặc biệt nghiêm trọng thể hiện bằng tiêu chí lợi nhuận. Như vậy “*quy mô thương mại*” được hiểu là “*từ mức độ nghiêm trọng trở lên cho đến rất nghiêm trọng và đặc biệt nghiêm trọng*”, và mức độ được xác định bằng lợi nhuận, giá trị gây thiệt hại và giá trị hàng hóa. Tuy nhiên, ngay trong dấu hiệu định tội của hai tội danh này đã đề cập đến khoản “*thu lợi bất chính*”, “*giá trị gây thiệt hại*” và “*giá trị hàng hóa vi phạm*”¹², như vậy thuật ngữ “*quy mô thương mại*” không thể hiểu theo cách này.

- Điều 226 BLHS năm 2015 chỉ quy định hành vi xâm phạm quyền SHCN đối với nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý, nhưng theo quy định luật SHTT¹³ thì nội hàm của quyền SHCN còn bao gồm: sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, tên thương mại và bí mật kinh doanh. Trong các đối tượng này ta thấy rằng, sáng chế, bí

⁷ Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh tại Điều 157 BLHS năm 1999 được tách thành hai tội: (1) tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm (Điều 193) và (2) tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh (Điều 194)

⁸ Khoản 1 Điều 155 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015

⁹ Nguyễn Viết Thịnh - Vụ Pháp luật – VPCP, trang tin Xây dựng pháp luật, Cổng thông tin điện tử Chính phủ.

¹⁰ Nguyễn Thị Quế Anh, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN, Luật học, Tập 30, Số 2 (2014).

¹¹ Thông tư liên tịch số 01 ngày 29/02/2008 TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BCA-BTP hướng dẫn việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các hành vi xâm phạm quyền SHTT

¹² Xem thêm Khoản 1 Điều 225 và Khoản 1 Điều 226 BLHS năm 2015

¹³ Khoản 4, Điều 4 của Luật SHTT 2005 sửa đổi năm 2009



mật kinh doanh là những đối tượng rất quan trọng của quyền SHCN, quyết định vấn đề thành công hay thất bại của các chủ thể kinh doanh. Do đó, các hành vi xâm hại cũng có thể gây ra những hậu quả rất lớn đối với chủ thể quyền sáng chế hoặc bí mật kinh doanh, nhưng chưa được Luật hình sự bảo vệ.

- Chưa có sự phân định rõ ràng giữa tội sản xuất buôn bán hàng giả với tội xâm phạm quyền SHCN trong trường hợp đối tượng hàng giả là nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý. Đây chính là trường hợp sử dụng các dấu hiệu trùng hoặc tương tự đến mức không thể phân biệt được với nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý đang được bảo hộ cho cùng một loại hàng hóa. Điều này dẫn đến việc một hành vi xâm phạm nhưng thỏa mãn nhiều tội danh, khiến việc áp dụng tùy tiện, không thống nhất và không công bằng trong tố tụng hình sự¹⁴.

Hai là, tình hình tội phạm xâm phạm quyền SHTT ngày càng đa dạng, phức tạp

Đầu tháng 5/2012, cơ quan đại diện thương mại Hoa Kỳ (USTR) đã công bố báo cáo hàng năm về tình hình bảo hộ SHTT ở các nước đối tác của Hoa Kỳ trên thế giới, trong đó đáng lưu ý là Báo cáo đặc biệt số 301 trong 02 năm liên tiếp (2014 và 2015), Văn phòng Bộ Thương mại Hoa Kỳ (*Office of the United States Trade Representative - USTR*) đã xếp Việt Nam vào danh sách các quốc gia cần ưu tiên theo dõi (*Priority Watch List*) về tình trạng xâm phạm quyền SHTT¹⁵.

Theo thống kê từ Chương trình 168 giai đoạn II¹⁶, trong giai đoạn 2012-2015, các lực lượng chức năng của các bộ, ngành đã chủ trì, phối hợp tiến hành thanh tra, kiểm tra 25.966 vụ việc có dấu hiệu xâm phạm quyền SHTT, sản xuất, buôn bán hàng giả. Qua đó, đã xử lý vi phạm hành chính 25.543 vụ việc, trong đó cảnh cáo 68 vụ việc; phạt tiền 23.197

vụ việc với tổng số tiền phạt gần 97 tỷ đồng, khởi tố 381 vụ với 553 bị can, xét xử 55 vụ.

Từ thống kê trên, có thể thấy rằng, các hành vi xâm phạm quyền SHTT ngày càng diễn biến phức tạp, số vụ vi phạm rất lớn. Tuy nhiên, phần lớn các vụ việc đều được xử lý bằng biện pháp hành chính, tỷ lệ vụ việc bị khởi tố và xét xử vụ án hình sự rất ít. Lý do chủ yếu là đa số các hành vi vi phạm chưa đủ yếu tố để cấu thành tội phạm, mặt khác biện pháp hành chính dễ áp dụng hơn so với việc áp dụng biện pháp hình sự¹⁷. Điều này dẫn đến thực trạng các hành vi xâm phạm vẫn gia tăng vì (một phần) chế tài không đủ sức răn đe, không tương xứng với hành vi xâm phạm. Các hành vi phạm tội chủ yếu tập trung vào các tội liên quan đến hàng giả và quyền sở hữu công nghiệp, các hành vi này ngày càng tăng về số lượng và rất tinh vi, phức tạp.

Ba là, cơ chế thực thi quyền SHTT bằng biện pháp hình sự còn yếu

Hiện nay ở Việt Nam có tới 6 cơ quan thực thi quyền SHTT: Công an, Tòa án, Quản lý thị trường, Hải quan, Thanh tra chuyên ngành, Ủy ban nhân dân các cấp. Tuy đã có sự phân công chức năng, nhiệm vụ của từng ngành trong lĩnh vực thực thi quyền SHTT, nhưng vẫn tồn tại thực tế là các ngành chức năng hoạt động chưa thực sự hiệu quả, chồng chéo nhau. Sự phối hợp liên kết giữa các ngành còn thiếu chặt chẽ, do đó các hành vi xâm phạm không được khởi tố kịp thời hoặc khi bị khởi tố, thì cơ quan điều tra gặp nhiều khó khăn trong việc thu thập chứng cứ, chứng minh vụ án, chưa kể các vụ án này phần lớn liên quan đến các doanh nghiệp, tuy nhiên các doanh nghiệp cũng ít phối hợp để giải quyết. Bên cạnh đó, có nhiều thẩm phán, điều tra viên, ít được đào tạo về SHTT nên gặp khó khăn trong việc nhận diện tội phạm, đặc biệt là những trường hợp

¹⁴ Theo quy định tại Điều 155 Bộ luật Tố tụng Hình sự thì tội danh tại Điều 226 chỉ được khởi tố theo yêu cầu của người bị hại hoặc đại diện hợp pháp của người bị hại, còn tội sản xuất buôn bán hàng giả (tại Điều 195, 196, 197, 198) thì không áp dụng quy định này.

¹⁵ Vào tháng 2 hàng năm, Office of the United States Trade Representative (USTR) *International Intellectual Property Alliance* đưa ra Báo cáo đặc biệt số 301 - *Special 301 Report*. Năm 2013 có 7 nước (không có Việt Nam) nằm trong danh sách này, năm 2014 Việt Nam là một trong 9 nước và năm 2015 Việt Nam là một trong 10 nước có tên *Priority Watch List*. Xin tham khảo thêm: Vietnam's Special 301 history, <http://www.iipa.com/countryreports.html>. History of Vietnam's Special 301 placement, see <http://www.iipa.com/pdf/2015SPEC301HISTORICALCHART.pdf>

¹⁶ Chương trình phối hợp hành động phòng và chống xâm phạm quyền SHTT giai đoạn II (2012-2015) do Bộ Khoa học và Công nghệ (KH&CN); Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch; Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn; Bộ Tài chính; Bộ Công thương; Bộ Công an; Bộ Thông tin và Truyền thông; Tòa án nhân dân tối cao; Viện Kiểm sát nhân dân tối cao tổ chức

¹⁷ Xin nói thêm: điều này do khó khăn, hạn chế từ những quy định cũng như thực tiễn áp dụng chế tài hình sự đối với hành vi xâm phạm quyền SHTT

phạm tội về nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, mặt khác chúng ta cũng chưa có tòa án chuyên ngành để thụ lý, giải quyết nên rất khó khăn.

Bốn là, thách thức từ các chuẩn mực cao về bảo hộ quyền SHTT trong các Hiệp định thương mại quốc tế

Trong giai đoạn hiện nay, Việt Nam đã và đang tham gia nhiều hiệp định thương mại quốc tế có liên quan đến SHTT. Phần lớn các hiệp định này đều đưa ra các tiêu chuẩn bảo hộ quyền SHTT ở mức độ cao như: Hiệp định TRIPs¹⁸. Hiệp định EVFTA¹⁹, Hiệp định CPTPP²⁰..., đòi hỏi pháp luật SHTT Việt Nam phải hoàn thiện và tương thích. Trong các hiệp định thì TRIPs được đánh giá là hiệp định toàn diện nhất về SHTT, theo Điều 61 Hiệp định TRIPs thì “các thành viên phải quy định việc áp dụng các thủ tục hình sự và các hình phạt để áp dụng ít nhất đối với các trường hợp cố tình giả mạo nhãn hiệu hàng hoá hoặc vi phạm bản quyền với quy mô thương mại (commercial scale)”. BLHS năm 2015 đã cụ thể hóa quy định này trong hai tội danh đó là tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan và tội xâm phạm quyền SHCN, cấu thành tội phạm của hai tội danh khá tương thích với quy định của TRIPs²¹. Bên cạnh TRIPs, Hiệp định EVFTA, Hiệp định CPTPP được xem là những hiệp định rất quan trọng đối với việc hội nhập, phát triển nền kinh tế Việt Nam, đặt ra rất nhiều thách thức về bảo hộ quyền SHTT như bảo hộ về quyền tác giả, về sở hữu công nghiệp, về dược phẩm.... Những chuẩn mực cao trong các hiệp định chính là động lực thúc đẩy chúng ta hoàn thiện về pháp luật, về biện pháp thực thi quyền SHTT, nhưng cũng là những thách thức đòi hỏi chúng ta phải vượt qua. Đảm bảo vấn đề thực thi quyền SHTT là một trong những yếu tố quyết định đến hiệu quả và sự tương thích trong quy định về SHTT của pháp luật quốc gia với luật quốc tế. Tuy nhiên,

biện pháp hình sự (cho đến nay) vẫn chưa thật sự phát huy hiệu quả áp dụng, chúng ta vẫn thiên nhiều về áp dụng biện pháp hành chính đối với những vi phạm, điều này tạo thành “thói quen” áp dụng và hạn chế mục đích răn đe của pháp luật.

2. Một số đề xuất, giải pháp nâng cao hiệu quả thực thi quyền sở hữu trí tuệ bằng biện pháp hình sự

Đứng trước những rào cản và thách thức hiện nay liên quan đến thực thi quyền SHTT bằng biện pháp hình sự, việc tìm ra giải pháp hoàn thiện pháp luật và các cơ chế thực thi là rất cần thiết, trong phạm vi bài viết này, tác giả xin mạnh dạn đề xuất một số giải pháp cụ thể sau:

Thứ nhất, giải pháp khắc phục những hạn chế trong các quy định của BLHS

- Bổ sung thêm vào Điều 226 BLHS năm 2015 về đối tượng của quyền SHCN là sáng chế và bí mật kinh doanh. Như vậy, đối tượng quyền SHCN của tội phạm này sẽ gồm có: nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, sáng chế và bí mật kinh doanh. Quy định này nhằm mục đích bảo hộ đầy đủ và phù hợp hơn đối với các đối tượng thuộc quyền SHCN trước các hành vi xâm phạm bị coi là tội phạm.

- Ban hành văn bản hướng dẫn dấu hiệu “với quy mô thương mại” hoặc bỏ dấu hiệu này. Bởi vì theo quy định tại Khoản 1 Điều 225, 226 thì dấu hiệu định tội bao gồm: (1) hành vi xâm phạm “với quy mô thương mại” hoặc (2) căn cứ vào “lợi nhuận”, “giá trị gây thiệt hại”, “trị giá hàng hóa vi phạm”²², như vậy dấu hiệu (2) đã thể hiện được “quy mô thương mại”. Thực chất, dấu hiệu này được đưa vào từ BLHS sửa đổi năm 2009²³ cho phù hợp với TRIPs²⁴, tuy nhiên trong BLHS sửa đổi 2009 chưa quy định rõ ràng các dấu hiệu (2) như trong BLHS năm 2015, và đến thời điểm trước khi có BLHS năm 2015, chúng ta vẫn ngầm hiểu thuật ngữ “với quy mô thương mại” như dấu hiệu (2) mà

¹⁸ Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (AGREEMENT ON TRADE – RELATED ASPECTS OF IPR – TRIPs) (có hiệu lực năm 2007)

¹⁹ Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU (đang đàm phán)

²⁰ Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ Xuyên Thái Bình Dương được đổi tên từ Hiệp định Đối tác Xuyên Thái Bình Dương (TPP)

²¹ Xem thêm Điều 61 của TRIPs và Điều 225, 226 BLHS năm 2015

²² Quy định này vốn cụ thể hóa từ Thông tư liên tịch số 01 ngày 29/02/2008 TLT-TANDTC-VKSNDTC-BCA-BTP hướng dẫn việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các hành vi xâm phạm quyền SHTT

²³ Thay thế cụm từ “vi mục đích kinh doanh” trong BLHS năm 1999

²⁴ Khoản 1, Điều 61 của TRIPs quy định: “Các thành viên phải quy định việc áp dụng các thủ tục hình sự và các hình phạt để áp dụng ít nhất đối với các trường hợp cố tình giả mạo nhãn hiệu hàng hoá hoặc vi phạm bản quyền với quy mô thương mại (commercial scale)....”



BLHS năm 2015 đã quy định, nên vô hình chung, dấu hiệu “*với quy mô thương mại*” hiện nay làm cho điều luật không rõ ràng, thậm chí bị dư thừa²⁵.

- Ban hành văn bản hướng dẫn cụ thể trường hợp nào thì hành vi giả về nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý sẽ áp dụng các tội về sản xuất buôn bán hàng giả để giải quyết, trường hợp nào sẽ áp dụng tội xâm phạm SHCN. Có quan điểm cho rằng²⁶, trên thực tế chỉ cần áp dụng Điều 226 là đã bao hàm hết tất cả các dạng hành vi xâm phạm quyền SHCN về nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý, trong đó bao gồm cả hành vi giả mạo về hình thức. Tác giả đồng ý với quan điểm này, do đó nếu rơi vào trường hợp này, chúng ta sẽ thống nhất xử lý về tội xâm phạm quyền SHCN mà không áp dụng các tội về sản xuất buôn bán hàng giả.

Ngoài ra, để tránh trường hợp người phạm tội mua chuộc hoặc có các thủ đoạn để người bị hại không yêu cầu hoặc rút đơn khởi tố, gây khó khăn cho quá trình tố tụng, Bộ luật tố tụng hình sự không nên quy định tội xâm phạm quyền SHCN là tội danh chỉ được khởi tố theo yêu cầu của người bị hại hoặc là người đại diện hợp pháp của người bị hại. Tội danh này, không chỉ xâm phạm đến chủ thể quyền mà còn xâm phạm đến trật tự quản lý kinh tế và đặc biệt xâm phạm đến quyền và lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng, do đó Điều 155 Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015 càng không nên đưa tội danh này vào.

Thứ hai, cần hoàn thiện cơ chế thực thi quyền SHTT. Nâng cao năng lực chuyên môn về SHTT cho đội ngũ chuyên trách. Thực hiện biện pháp này thông qua việc mở các khóa đào tạo, tập huấn chuyên sâu về lĩnh vực SHTT cho kiểm sát viên, điều tra viên, thẩm phán. Các cá nhân, tổ chức có liên quan đến việc giải quyết các tội phạm phải có sự phối hợp chặt chẽ với nhau, đặc biệt là trong giai đoạn điều tra thu thập chứng cứ, chứng minh vụ án. Ngoài ra, những vụ việc nào có dấu hiệu tội phạm thì phải xem xét khởi tố kịp thời để đảm bảo tính răn đe và áp dụng chế tài tương xứng với hành vi xâm phạm, tránh trường hợp “lạm dụng” áp dụng biện pháp hành chính để giải quyết.

Thứ ba, các doanh nghiệp và người tiêu dùng Việt Nam cần chú trọng hơn đến quyền SHTT. Để thực thi quyền SHTT bằng biện pháp hình sự hiệu quả, doanh nghiệp và người tiêu dùng đóng vai trò rất to lớn. Đối với doanh nghiệp phải xác định rõ tầm

quan trọng của tài sản trí tuệ, coi tài sản trí tuệ là một bộ phận không tách rời trong khối tài sản nói chung của doanh nghiệp để biết tự bảo vệ tài sản trí tuệ của mình. Để làm tốt vấn đề này, các doanh nghiệp cần tự trang bị cho mình kiến thức về SHTT cũng như xây dựng cơ chế bảo hộ quyền SHTT của doanh nghiệp mình nhằm phòng ngừa và chống lại những hành vi xâm phạm quyền SHTT. Điều này còn có ý nghĩa đặc biệt quan trọng khi Việt Nam tham gia các Hiệp định thương mại quốc tế có chuẩn mực về quyền SHTT như TRIPs, CPTPP, EVFTA...như tác giả đã đề cập. Bên cạnh đó, cần nâng cao ý thức của người tiêu dùng về pháp luật SHTT nói chung và các tội xâm phạm quyền SHTT nói riêng để mọi người hiểu được tác hại của việc xâm phạm quyền SHTT, hiểu được quyền lợi và nghĩa vụ của cá nhân, đơn vị, tổ chức mình, từ đó, người dân sẽ tự giác không sử dụng hàng giả, hàng vi phạm quyền SHTT, đồng thời tích cực tham gia cùng lực lượng chức năng phát hiện đấu tranh và ngăn ngừa tội phạm một cách hiệu quả.

Từ những khó khăn, hạn chế trên đòi hỏi chúng ta phải nỗ lực tìm kiếm giải pháp hoàn thiện và nghiêm túc thực hiện các giải pháp khắc phục những rào cản nhằm đảm bảo khả năng thực thi quyền sở hữu trí tuệ bằng biện pháp hình sự, góp phần vào công tác đấu tranh phòng ngừa và chống loại tội phạm này, cũng như tạo ra môi trường kinh doanh lành mạnh, thu hút đầu tư và phát triển nền kinh tế của đất nước trong giai đoạn hội nhập hiện nay./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Thị Quế Anh (2014), Hiệp định Trips: *Những tác động tới quy định về các tội xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ trong Bộ luật Hình sự năm 1999*, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 30, số 2 năm 2014;
2. *Hiệp định về các khía cạnh liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (AGREEMENT ON TRADE – RELATED ASPECTS OF IPR – TRIPS)*
3. Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU;
4. Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ Xuyên Thái Bình Dương (CPTPP);
5. Thông tư liên tịch số 01 ngày 29/02/2008 TLT-TANDTC-VKSNDTC-BCA-BTP hướng dẫn việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ.

²⁵ Tác giả cũng xin khẳng định việc xóa bỏ dấu hiệu này không làm thay đổi sự tương thích với TRIPs

²⁶ Nguyễn Thị Quế Anh, Tạp chí Khoa học ĐH Quốc gia Hà Nội: Luật học, Tập 30, số 2 (2014).

MỘT SỐ VẤN ĐỀ CẦN LƯU Ý KHI THỰC THI CÔNG ƯỚC VIÊN NĂM 1980 VỀ MUA BÁN HÀNG HÓA QUỐC TẾ (CISG) TẠI VIỆT NAM

Nguyễn Thu Hương¹

Tóm tắt: Công ước Viên 1980 về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG) do Ủy ban của Liên hiệp quốc về Luật thương mại quốc tế (UNCITRAL) ban hành, có hiệu lực từ ngày 01/01/1988 nhằm hướng tới việc thống nhất nguồn luật áp dụng cho hợp đồng mua bán quốc tế hàng hóa. Ngày 01/01/2017, CISG bắt đầu có hiệu lực tại Việt Nam. Bên cạnh những thuận lợi, Việt Nam cũng phải đối mặt với nhiều khó khăn bất lợi nhất định về mặt pháp luật. Chính vì vậy, để CISG trở thành công cụ hữu hiệu đối với giao dịch mua bán hàng hóa với thương nhân nước ngoài, các doanh nghiệp Việt Nam cần hiểu nội dung của CISG cũng như điều kiện áp dụng vào thực tiễn.

Từ khóa: Công ước Viên năm 1980; áp dụng; mua bán hàng hóa quốc tế; giao kết hợp đồng.
 Nhận bài: 30/11/2018; Hoàn thành biên tập: 02/01/2019; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: The Vienna Convention on Contracts for International Sale of Goods of 1980 (CISG) drafted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNITRAL) has taken effect since 01/01/1988 with the purpose to create an uniform legal source applicable to contracts for international sale of goods. Since 01/01/2017, CISG shall enter into force in Vietnam. Besides the advantages, Vietnam is faced with certain legal difficulties and challenges. Therefore, to make CISG become an effective tool for transactions for international sale of goods with foreign traders, Vietnamese enterprises are required to comprehend CISG content and conditions for its application in practice.

Keywords: the Vienna Convention in 1980, application; International Sale of Goods; contract signing.

Date of receipt: 30/11/2018; Date of revision: 02/01/2019; Date of approval: 17/01/2019.

1. Sự tác động của CISG đối với Việt Nam

Hiện nay, CISG là một trong những công ước quốc tế thành công nhất trong lĩnh vực thương mại quốc tế, được phê chuẩn và áp dụng rộng rãi với trên 89 quốc gia thành viên trên thế giới. Hầu hết các đối tác bạn hàng lớn của Việt Nam trên thế giới (Pháp, Đức, Ca-na-đa, Nhật Bản, Hoa Kỳ...) đều đã tham gia CISG².

Vai trò của CISG được khẳng định trong thực tiễn với hơn 3.000 án lệ có liên quan³ (tức là các phán quyết, quyết định giải quyết các tranh chấp hợp đồng sử dụng hoặc dựa trên các quy định của CISG), đồng thời đang được điều chỉnh khoảng 80% giao dịch thương mại quốc tế⁴.

Nội dung của CISG gồm 101 điều, cơ cấu thành bốn phần:

Phần 1: Phạm vi áp dụng và các quy định chung (từ Điều 1 - 13) quy định các trường hợp áp dụng theo CISG. Theo đó, CISG chỉ áp dụng cho

hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (MBHHQT). Trong phần này cũng đã nêu rõ nguyên tắc trong việc áp dụng CISG: nguyên tắc tự do về hình thức của hợp đồng; nguyên tắc diễn giải các tuyên bố, hành vi và xử sự của các bên. Công ước cũng nhấn mạnh đến giá trị của tập quán trong các giao dịch mua bán hàng hóa quốc tế (MBHHQT).

Phần 2: Ký kết Hợp đồng (trình tự, thủ tục giao kết hợp đồng) (từ Điều 14 - 24) quy định khá chi tiết, cụ thể và đầy đủ các vấn đề pháp lý đặt ra trong quá trình giao kết hợp đồng MBHHQT.

Phần 3: Mua bán hàng hóa (từ Điều 25 - 88) nêu các vấn đề pháp lý trong quá trình thực hiện hợp đồng và được chia thành 5 chương với những nội dung cơ bản liên quan đến nghĩa vụ bên bán, bên mua, vấn đề chuyển dịch rủi ro hàng hóa... Đây là phần có số lượng điều khoản lớn nhất, bao gồm những quy phạm pháp luật hiện đại, dễ hiểu, dễ áp dụng trong thực tế của CISG, trong đó nghĩa

¹ Tiến sỹ, Viện Hàn Lâm Khoa Học Xã hội Việt Nam

² Tính từ thời điểm Công ước có hiệu lực cho đến ngày 4/12/2018. www.cisg.law.pace.edu,

³ Tính từ thời điểm Công ước có hiệu lực cho đến ngày 4/12/2018. www.cisg.law.pace.edu,

⁴ International Trade Centre & Ministry of Trade of Vietnam, Report on key multilateral treaties affecting trade not ratified by Vietnam- A cost/benefit analysis, March 2007, pp27.



vụ của người bán và người mua được quy định chi tiết trong hai chương riêng.

CISG không có một chương riêng về vi phạm hợp đồng và chế tài do vi phạm hợp đồng. Các nội dung này được lồng ghép trong Chương II, Chương III và Chương V, qua đó thể hiện sự bình đẳng về mặt pháp lý cho người bán và người mua trong hợp đồng MBHHQT. Đồng thời, CISG cũng đưa ra các biện pháp bảo đảm pháp lý trong trường hợp người mua vi phạm hợp đồng và quy định rõ khi nào CISG được áp dụng và việc áp dụng CISG cho những hoạt động mua bán quốc tế giữa hai nước liên quan.

Phần 4: Các quy định về bảo lưu, gia nhập, phê chuẩn Công ước (từ Điều 89-101) quy định về các thủ tục để các quốc gia ký kết, phê chuẩn, gia nhập CISG; các bảo lưu có thể áp dụng; thời điểm CISG có hiệu lực và một số vấn đề khác mang tính chất hành chính khi tham gia hay từ bỏ Công ước.

Thương mại quốc tế hiện nay đã trở thành một phần quan trọng của nền kinh tế, vì vậy thống nhất và hài hòa hóa luật pháp quốc tế về hợp đồng thương mại là một xu hướng phát triển tất yếu của thương mại quốc tế. Hơn nữa, việc giảm thiểu chi phí giao dịch quốc tế là một mục tiêu quan trọng của tất cả các chính phủ cũng như các doanh nghiệp, trong đó một biện pháp hữu hiệu nhất là đơn giản hóa giao dịch thương mại quốc tế bằng cách tăng cường tính ổn định pháp luật của giao dịch quốc tế⁵ và xóa bỏ các rào cản pháp lý (trong giao dịch nội địa, người bán và người mua thường dễ dàng tìm được luật áp dụng chung điều chỉnh quan hệ giao dịch của mình. Tuy nhiên, khi người bán và người mua ở hai quốc gia khác nhau với văn hóa và khung pháp luật khác nhau, vấn đề luật áp dụng trở nên rất phức tạp do các rào cản pháp lý điều chỉnh giao dịch có yếu tố nước ngoài). Vì lẽ đó, CISG ra đời là nhằm mục đích giảm thiểu những xung đột trong các giao dịch thương mại quốc tế và đưa ra một khung pháp lý thống nhất, có thể áp dụng tại mọi quốc gia mà không phân biệt trình độ phát triển kinh tế.

Có thể nói CISG là một trong những công ước thống nhất về luật tư thành công nhất với nội dung mang tính hiện đại, linh hoạt, phù hợp với thực tiễn MBHHQT. Bởi, CISG là tập hợp các quy phạm khá hiện đại, thể hiện được sự bình đẳng giữa bên mua

và bên bán trong quan hệ MBHHQT. Các qui định trong CISG cũng phù hợp với thực tiễn MBHHQT do được soạn thảo dựa trên một nguồn luật quan trọng là các tập quán thương mại quốc tế, trong đó có Incoterms của Phòng Thương mại Quốc tế (ICC).

So với các công ước đa phương khác về mua bán hàng hóa (như các công ước Hague 1964)⁶ thì CISG là Công ước quốc tế có quy mô lớn hơn hẳn về số quốc gia tham gia và mức độ được áp dụng. Điều đáng nói là khi các quốc gia phê chuẩn CISG, các điều khoản của CISG sẽ tự động được áp dụng một cách bắt buộc đối với giao dịch thương mại quốc tế và được nội luật hóa - trở thành luật nội địa của các quốc gia thành viên. CISG cũng trở thành nguồn luật trong nước của rất nhiều quốc gia.

Như vậy, khi gia nhập CISG, Việt Nam sẽ bổ sung vào nguồn pháp luật điều chỉnh các giao dịch MBHHQT một công cụ pháp lý hữu hiệu bảo vệ lợi ích chính đáng của các doanh nghiệp, tránh những rủi ro pháp lý không cần thiết do sự khác biệt quá lớn trong ý thức pháp luật, mục đích giao dịch của các bên..., đồng thời tạo cơ hội cho các doanh nghiệp Việt Nam có thể chủ động trong các giao dịch hàng hóa quốc tế phổ biến. Việc xác định một nguồn luật thống nhất điều chỉnh hợp đồng MBHHQT sẽ mang lại cho Việt Nam và các doanh nghiệp Việt Nam những lợi ích không nhỏ, cụ thể là:

Thứ nhất, hiệu quả về kinh tế: CISG là cơ sở pháp lý để các doanh nghiệp trong nước tham gia giao dịch quốc tế mang tính cạnh tranh công bằng với các đối tác nước ngoài. Việc áp dụng hợp đồng mẫu theo CISG sẽ tiết kiệm các chi phí tư vấn luật sư; tiết kiệm thời gian và tiền bạc trong việc soạn thảo hợp đồng. Hợp đồng mẫu theo CISG dễ tiếp cận đối với các doanh nghiệp khi tham gia giao dịch quốc tế, thúc đẩy các giao dịch thương mại quốc tế và việc áp dụng CISG sẽ giúp các doanh nghiệp tránh được rủi ro khi tranh chấp xảy ra so với trường hợp buộc phải áp dụng pháp luật nước ngoài mà bên Việt Nam có thể không biết về các qui định đó.

Thứ hai, tác động đối với hệ thống pháp luật Việt Nam: Điều khoản mẫu của CISG giúp hoàn thiện pháp luật Việt Nam liên quan đến giao dịch

⁵ Các công ước Uniform Law on International Sale (ULIS) và Uniform Law on the Formation of contracts of sales (ULF) được thông qua tại Hội nghị Hague năm 1964 và có hiệu lực từ tháng 8/1972.

⁶ John Felemegas (ed.), *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge 2007).

này. Hợp đồng mẫu theo CISG là kết quả nghiên cứu của các chuyên gia thuộc nhiều hệ thống pháp luật khác nhau, vì vậy, các ý tưởng đó có thể là giải pháp hữu hiệu trong quá trình hoàn thiện pháp luật Việt Nam. CISG cung cấp các quy định áp dụng chung cho các đối tác thương mại của Việt Nam thuộc nhiều hệ thống pháp luật khác nhau trên thế giới và những căn cứ đó loại trừ nhu cầu áp dụng pháp luật nước ngoài, ngoại trừ hiện tượng xung đột pháp luật

2. Một số nội dung khác biệt giữa CISG và pháp luật của Việt Nam, đồng thời cần lưu ý đến các quy định về luật áp dụng

Mặc dù các quy định của CISG và pháp luật Việt Nam khá tương thích với nhau, song vẫn bộc lộ một số nội dung khác biệt giữa CISG và pháp luật của Việt Nam, cụ thể là các điều khoản trong Luật thương mại năm 2005 đã bộc lộ nhiều bất cập, đòi hỏi Việt Nam phải sửa đổi nhằm bảo đảm tính hợp lý, tính hấp dẫn của luật trong điều chỉnh hợp đồng MBHHQT. Trong đó tập trung vào các vấn đề sau:

a. Hình thức của hợp đồng

Hình thức của hợp đồng nói chung có thể là hình thức viết/hình thức miệng hoặc thông qua các hành vi khác. Đối với hợp đồng MBHHQT cũng có thể tồn tại dưới các hình thức này. Pháp luật các nước quy định hình thức hợp đồng MBHHQT hợp pháp khi thỏa mãn các điều kiện nhất định, đó có thể là hợp đồng được ký kết dưới hình thức văn bản (hoặc các hình thức khác có giá trị pháp lý tương đương), lời nói, hành vi nhất định. Hợp đồng MBHHQT phải được phê chuẩn hay công chứng,... mới được coi là hợp pháp về hình thức. Chẳng hạn ở nhiều nước phát triển, như: Hoa Kỳ, Anh... hợp đồng HĐMBQT có thể được ký kết bằng lời nói, bằng văn bản, bằng hành vi hay bằng bất kỳ hình thức nào khác do các bên tự do thỏa thuận.

Theo pháp luật một số nước đang phát triển, chẳng hạn như Việt Nam hợp đồng MBHHQT phải được ký kết dưới hình thức văn bản. Theo Khoản 2 Điều 27 Luật thương mại năm 2005 quy định: “Mua bán hàng hóa quốc tế phải được thực hiện trên cơ sở hợp đồng bằng văn bản hoặc bằng các

hình thức có giá trị pháp lý tương đương”. Các hình thức có giá trị pháp lý tương đương ở đây bao gồm điện báo, telex, fax, thông điệp dữ liệu và các hình thức khác theo quy định của pháp luật (Khoản 15 Điều 3 Luật thương mại năm 2005).

Để giải quyết quan điểm mâu thuẫn trong việc xác định hình thức hợp đồng giữa các quốc gia thành viên, CISG đã chọn giải pháp thỏa hiệp bằng cách đưa vào Công ước những quy định theo hướng công nhận cả hai loại hình thức hợp đồng tại Điều 11: Hợp đồng MBHHQT có thể được ký kết bằng lời nói và không cần thiết phải tuân thủ bất kỳ yêu cầu nào khác về mặt hình thức của hợp đồng; Tuy nhiên, Điều 96 của CISG cho phép các quốc gia bảo lưu, không áp dụng Điều 11 nếu luật pháp của quốc gia đó quy định hình thức văn bản là bắt buộc đối với hợp đồng MBHHQT.

Tương tự như CISG, một số văn bản quốc tế khác cũng chấp nhận sự khác nhau về hình thức hợp đồng. Theo Điều 1.2 (nguyên tắc không bắt buộc về hình thức của hợp đồng - No Form Required) của Nguyên tắc Hợp đồng Thương mại Quốc tế (PICC)⁷, việc giao kết hợp đồng MBHHQT không đòi hỏi phải tuân theo bất kỳ điều kiện nào về hình thức: “Bộ nguyên tắc Unidroit không bắt buộc hợp đồng, tuyên bố hay bất kỳ một hành vi nào khác phải được giao kết hay chứng minh bằng một hình thức đặc biệt. Chúng có thể được chứng minh bằng bất kỳ cách thức nào, kể cả bằng nhân chứng”. Tuy nhiên, theo Điều 1.4 của PICC (những quy phạm bắt buộc - Mandatory Rules) thì “Bộ nguyên tắc này không hạn chế việc áp dụng những quy phạm bắt buộc, có nguồn gốc quốc gia, quốc tế phù hợp với các quy phạm có liên quan của Tư pháp quốc tế”. Như vậy PICC công nhận nguyên tắc tự do về hình thức hợp đồng có thể bị hạn chế bởi các quy định riêng của pháp luật quốc gia hoặc pháp luật quốc tế. Chẳng hạn, pháp luật quốc gia, pháp luật quốc tế qui định bắt buộc hình thức hợp đồng MBHHQT phải lập thành văn bản thì các bên sẽ phải áp dụng hình thức viết.

Do vậy, dựa trên tinh thần của CISG, khi gia nhập CISG, Việt Nam đã thực hiện quyền bảo lưu (không áp dụng) Điều 11 của Công ước. Điều này đồng nghĩa với việc pháp luật của nước ta tương

⁷ Viện Thống nhất Tư pháp Quốc tế, viết tắt theo Tiếng Pháp là UNIDROIT, một tổ chức quốc tế liên chính phủ thành lập năm 1929 đã tập trung nghiên cứu tìm kiếm các quy định chung để điều chỉnh hợp đồng có thể thích hợp trong nhiều hệ thống pháp luật của những nước khác nhau. Do đó, năm 1994 UNIDROIT đã cho ra đời cuốn sách Principles of International Commercial Contracts - Nguyên tắc Hợp đồng Thương mại Quốc tế (PICC).



thích với CISG mặc dù Việt Nam chỉ công nhận hình thức viết của hợp đồng MBHHQT.

b. Đối với chế tài bồi thường thiệt hại

Pháp luật Việt Nam và CISG đều quy định cách xác định thiệt hại được bồi thường do hành vi vi phạm hợp đồng. Sự khác biệt ở đây chính là ở tính chất của thiệt hại được bồi thường. Trong khi CISG cũng như pháp luật các nước thuộc hệ thống luật thì chú trọng nhấn mạnh đến việc bồi thường những “*thiệt hại có thể dự đoán, tính được trước trong tương lai*” do hậu quả của việc vi phạm hợp đồng còn pháp luật Việt Nam lại chú trọng nhấn mạnh “*thiệt hại thực tế, trực tiếp*”. Cụ thể, Điều 302 Luật thương mại quy định: “*bồi thường thiệt hại là việc bên vi phạm bồi thường những tổn thất do hành vi vi phạm hợp đồng gây ra cho bên bị vi phạm; giá trị bồi thường thiệt hại bao gồm giá trị tổn thất thực tế, trực tiếp mà bên bị vi phạm phải chịu do bên vi phạm gây ra và khoản lợi trực tiếp mà bên bị vi phạm đáng lẽ được hưởng nếu không có hành vi vi phạm*”

Liên quan đến thiệt hại, CISG và Luật thương mại Việt Nam đều quy định về hạn chế trách nhiệm đối với thiệt hại xảy ra. CISG và pháp luật Việt Nam đều quy định về các trường hợp miễn trách tương đối tương đồng. Sự khác biệt nhất định liên quan đến việc pháp luật Việt Nam chưa có quy định về việc miễn trách do lỗi của bên thứ ba trong khi CISG có quy định cụ thể về vấn đề này (Điều 79)

Về cơ bản, các chế tài do vi phạm hợp đồng được quy định theo CISG cụ thể và tương đối đầy đủ so với quy định của pháp luật Việt Nam. Đây cũng chính là lợi thế khi Việt Nam gia nhập CISG và áp dụng CISG trong quá trình thực hiện hợp đồng giữa các bên đối tác so với việc áp dụng luật Việt Nam theo sự lựa chọn của các bên.

Một trong những khác biệt trong quy định về chế tài áp dụng khi vi phạm hợp đồng liên quan đến chế tài phạt vi phạm, đó là CISG không quy định chế tài phạt vi phạm hợp đồng (tồn tại nhiều quan điểm rất khác nhau giữa các nước theo các hệ thống pháp luật châu Âu lục địa và thông luật). Với những khác biệt nhất định, CISG và pháp luật Việt Nam về mua bán hàng hóa là hai hệ thống pháp luật điều chỉnh bổ sung cho nhau trong từng trường hợp nếu như luật áp dụng là CISG hoặc pháp luật Việt Nam tùy phạm vi điều chỉnh.

c. Luật áp dụng

Trong quá trình giao thương, một hợp đồng dù được giao kết hoàn chỉnh, chi tiết đến đâu cũng

không thể dự kiến, chứa đựng tất cả những vấn đề, những tình huống có thể phát sinh trong thực tế. Trong trường hợp hợp đồng không có yếu tố nước ngoài, các bên sẽ dựa vào pháp luật Việt Nam điều chỉnh tranh chấp phát sinh. Đối với hợp đồng có yếu tố nước ngoài như hợp đồng MBHHQT, việc xác định luật áp dụng đối với hợp đồng là hết sức quan trọng (có thể luật quốc gia người bán, người mua, nơi thực hiện hợp đồng, theo điều ước quốc tế mà các bên là thành viên như CISG...). Thông thường các bên trong hợp đồng MBHHQT sẽ thỏa thuận điều khoản luật áp dụng và cơ quan giải quyết tranh chấp như một trong những điều khoản cơ bản của hợp đồng.

Cơ quan giải quyết tranh chấp phát sinh từ việc giao kết và thực hiện hợp đồng MBHHQT có thể là toà án hoặc trọng tài. Thực tiễn giao dịch của các doanh nghiệp Việt Nam cho thấy, các đối tác của Việt Nam chủ yếu muốn chọn Trọng tài quốc tế /Tòa án nước ngoài.

Luật áp dụng cho hợp đồng MBHHQT mang tính chất đa dạng và phức tạp. Điều này có nghĩa là hợp đồng MBHHQT có thể phải chịu sự điều chỉnh của luật nước ngoài (luật của nước người bán, luật của nước người mua hoặc luật của bất kỳ một nước thứ ba nào), thậm chí phải chịu sự điều chỉnh nguồn quốc tế trong đó có CISG. Trong trường hợp này, CISG sẽ tạo cho bên Việt Nam các căn cứ rõ ràng, có khả năng dự đoán trước nếu như tranh chấp xảy ra.

Trong tư pháp quốc tế cũng như theo pháp luật Việt Nam, các bên có quyền tự do thỏa thuận chọn nguồn luật áp dụng cho quan hệ hợp đồng của mình. Nguồn luật đó có thể là luật quốc gia, điều ước quốc tế về thương mại hoặc tập quán thương mại quốc tế. Tuy nhiên, điều quan trọng ở đây là sự hiểu biết của các bên trong quá trình chọn nguồn luật áp dụng.

Luật áp dụng có thể được lựa chọn ngay từ giai đoạn đàm phán, ký kết hợp đồng, bằng cách chỉ rõ rằng luật quốc gia một nước nào đó sẽ được chọn là luật áp dụng cho hợp đồng. Ví dụ: “*việc giải thích hợp đồng và điều chỉnh các tranh chấp liên quan đến hợp đồng này được áp dụng theo pháp luật bên bán hàng*”. Việc lựa chọn luật áp dụng cho hợp đồng có thể tiến hành khi tranh chấp phát sinh. Cách này được các bên áp dụng khi trong hợp đồng MBHHQT mà các bên đã ký trước đó không có điều khoản về luật áp dụng. Trong thực tế, cách này là rất khó áp dụng vì các bên khó có thể đạt được

một sự đồng thuận về việc chọn luật áp dụng khi mà tranh chấp đã phát sinh. Trong trường hợp này, thường chỉ đạt được sự thống nhất khi luật được lựa chọn là luật mang tính trung lập và dễ tiếp cận, rõ ràng. Vậy, CISG là sự lựa chọn hữu hiệu trong trường hợp này.

Luật áp dụng cũng có thể được xác định theo quyết định của cơ quan giải quyết tranh chấp. Theo Khoản 2 Điều 14 Luật trọng tài thương mại năm 2010 quy định: “Đối với tranh chấp có yếu tố nước ngoài, Hội đồng trọng tài áp dụng pháp luật do các bên lựa chọn; nếu các bên không có thỏa thuận về luật áp dụng thì Hội đồng trọng tài quyết định áp dụng pháp luật mà Hội đồng trọng tài cho là phù hợp nhất”. Như vậy, trọng tài Việt Nam có quyền chọn luật áp dụng cho hợp đồng MBHHQT khi các bên không thỏa thuận luật áp dụng. Các bên trong hợp đồng cũng có thể dẫn chiếu đến các dạng hợp đồng mẫu, dạng điều kiện cơ sở giao hàng mẫu tồn tại dưới dạng tập quán quốc tế như INCOTERMS.

Nguồn quốc tế (điều ước và tập quán quốc tế) thương mại có thể được coi là luật áp dụng trong hợp đồng nếu quốc gia của các bên đều là thành viên của điều ước quốc tế (như CISG) hoặc các bên thỏa thuận áp dụng tập quán quốc tế.

Tập quán thương mại quốc tế là những thói quen thương mại được nhiều nước áp dụng một cách thường xuyên với nội dung rõ ràng để dựa vào đó các bên xác định quyền và nghĩa vụ với nhau. Thông thường, tập quán quốc tế về thương mại được chia thành ba nhóm: các tập quán có tính chất nguyên tắc; các tập quán thương mại quốc tế chung và các tập quán thương mại khu vực. Tập quán có tính chất nguyên tắc: là những tập quán cơ bản, bao trùm được hình thành trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản của luật quốc tế và luật quốc gia như nguyên tắc tôn trọng chủ quyền quốc gia, nguyên tắc bình đẳng giữa các dân tộc. Tập quán thương mại quốc tế chung là các tập quán thương mại được nhiều nước công nhận và được áp dụng ở nhiều nơi, nhiều khu vực trên thế giới. Ví dụ: Incoterms năm 2010 (Các điều kiện thương mại quốc tế) do Phòng Thương mại Quốc tế (ICC) tập hợp và soạn thảo năm 2010 được rất nhiều quốc gia trên thế giới thừa nhận và áp dụng trong hoạt động mua bán hàng hoá quốc tế. Hay UCP 500 (Quy tắc thực hành thống nhất tín dụng chứng từ) do ICC tập hợp các quy phạm thực chất được thống nhất dưới dạng tập quán. Tập quán thương

mại khu vực (địa phương): là các tập quán thương mại quốc tế được áp dụng mang tính “linh hoạt” ở từng nước, từng khu vực hoặc từng cảng tùy thuộc vào thói quen giao dịch của thương nhân thuộc địa bàn tương ứng. Tập quán quốc tế về thương mại chỉ có giá trị dựa trên sự thỏa thuận của các bên, trên cơ sở dẫn chiếu cụ thể của pháp luật, trên cơ sở quyết định của cơ quan giải quyết tranh chấp. Trong thực tế, việc áp dụng tập quán quốc tế chỉ hữu hiệu đối với bên Việt Nam nếu các doanh nhân hiểu biết đầy đủ về nội dung cụ thể của các tập quán thông qua việc tìm hiểu thông tin tại các Phòng Thương mại Quốc tế, Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, Thương vụ của Việt Nam ở nước ngoài, các bộ phận lãnh sự cơ quan đại diện ngoại giao các nước tại Việt Nam... Pháp luật Việt Nam cho phép các bên được quyền lựa chọn luật pháp nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế (nếu tập quán đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam) thể hiện khả năng hội nhập và hài hòa hóa pháp luật trong điều kiện hội nhập của Việt Nam.

Luật thương mại cũng quy định cách thức áp dụng pháp luật đối với các giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài như hợp đồng MBHHQT. Theo đó, Luật Thương mại Việt Nam được áp dụng đối với các hoạt động thương mại thực hiện ngoài lãnh thổ Việt Nam theo thỏa thuận các bên; đối với các trường hợp theo chỉ dẫn của luật nước ngoài, điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên. Nếu điều ước quốc tế mà Việt Nam là thành viên có quy định áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế hoặc có quy định khác với quy định của Luật Thương mại Việt Nam thì áp dụng quy định của điều ước quốc tế đó. Các bên trong giao dịch thương mại có yếu tố nước ngoài được thỏa thuận áp dụng pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế nếu pháp luật nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam. Pháp luật Việt Nam cho phép các bên được quyền lựa chọn luật pháp nước ngoài, tập quán thương mại quốc tế (nếu tập quán đó không trái với các nguyên tắc cơ bản của pháp luật Việt Nam) thể hiện khả năng hội nhập và hài hòa hóa pháp luật trong điều kiện hội nhập của Việt Nam.

Trên cơ sở nghiên cứu thực tiễn áp dụng CISG tại các quốc gia thành viên cho thấy, mặc dù các hiệu quả kinh tế và pháp lý của CISG là rất to lớn nhưng không phải là không có những tác động bất



lợi. Cụ thể như việc các quy định của CISG không bao trùm mọi vấn đề pháp lý có liên quan đến hợp đồng MBHHQT. Vì vậy, để những hợp đồng như thế này được ký kết và triển khai thuận lợi và an toàn về pháp lý, các bên ký kết hợp đồng vẫn đồng thời phải quan tâm đến các nguồn luật khác. Chẳng hạn, CISG không điều chỉnh: trách nhiệm của các bên trong giai đoạn đàm phán; điều kiện hiệu lực của hợp đồng; vấn đề ủy quyền; vấn đề thời hiệu; vấn đề chuyển quyền sở hữu của hàng hóa. Vì vậy, bên cạnh CISG, vẫn cần một nguồn luật khác (luật quốc gia) để điều chỉnh các vấn đề mà Công ước Viên không đề cập đến. Để giải quyết vấn đề này, Hợp đồng MBHHQT mẫu của Phòng Thương mại quốc tế ICC (ấn bản số 556 năm 1997 của ICC) gợi ý quy định điều khoản “Luật áp dụng” trong hợp đồng như sau: *“Bất kỳ vấn đề nào liên quan đến hợp đồng này mà không được qui định một cách rõ ràng hay ngầm hiểu trong các điều khoản của hợp đồng thì sẽ được điều chỉnh bởi Công ước Viên của Liên hợp quốc về mua bán hàng hoá quốc tế, và nếu những vấn đề đó cũng không thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước thì sẽ tham chiếu tới Luật của quốc gia nơi người bán đặt trụ sở kinh doanh”*. Như vậy có nghĩa là, thông thường luật áp dụng đối với những vấn đề chưa được điều chỉnh tại CISG sẽ áp dụng luật quốc gia người bán đóng trụ sở.

Có thể nhận thấy, đối với hợp đồng xuất khẩu của bên Việt Nam, việc quy định rõ ràng về những vấn đề tiền hợp đồng (giai đoạn đàm phán), hiệu lực hợp đồng, ủy quyền, thời hiệu, chuyển quyền sở

hữu hàng hóa là rất quan trọng. Trong số đó, đặc biệt liên quan đến giai đoạn tiền hợp đồng, chuyển quyền sở hữu hàng hóa... cần được bổ sung và điều chỉnh theo hướng cụ thể hóa và bắt buộc được các cách thức hiện đại trong giao kết và chuyển giao hàng hóa hiện đại ngày nay. Vấn đề này cần phải được làm rõ nhằm tránh những lầm tưởng ở cả doanh nghiệp lẫn chuyên gia pháp lý, khiến các chủ thể chủ quan trong việc tìm hiểu và áp dụng các văn bản pháp luật cần thiết khác, và kết quả là có thể bị động khi xảy ra tranh chấp liên quan đến hợp đồng MBHHQT ngay cả khi đã có CISG.

Tóm lại, tuy có những hạn chế nhất định nhưng không thể phủ nhận CISG mang lại những cơ hội to lớn về kinh tế cũng như tác động tích cực đến khung pháp luật các quốc gia thành viên khi gia nhập. Khi Việt Nam đã là thành viên của CISG, các qui phạm thực chất được thống nhất hóa trở thành nguồn điều chỉnh đối với các bên liên quan trong hợp đồng MBHHQT. Do đó, việc lựa chọn CISG sẽ giúp doanh nghiệp Việt Nam giảm thiểu rủi ro pháp lý, giảm tranh chấp phát sinh, tránh được phải áp dụng luật nước ngoài trong các hợp đồng. Hoặc nếu có tranh chấp, CISG là điều kiện giúp giải quyết tranh chấp trong các hợp đồng mua bán quốc tế thuận lợi hơn cũng như tăng vị thế trong giải quyết tranh chấp. Cần phải nhấn mạnh rằng, những lợi ích nói trên có ý nghĩa rất lớn đối với các doanh nghiệp vừa và nhỏ khi tham gia vào các hoạt động kinh doanh quốc tế. Tuy nhiên, tính chủ động của các doanh nghiệp sẽ quyết định hiệu quả thực tế cơ hội nêu trên./.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ HỘI ĐỒNG QUẢN TRỊ CÔNG TY NIÊM YẾT

(Tiếp theo trang 55)

Với quy định bãi nhiệm thành viên HĐQT hiện hành, sẽ xảy ra trường hợp lạm dụng quyền lực của các cổ đông kiểm soát công ty - người đại diện cho cổ đông, nhóm cổ đông thiểu số trong công ty bị cổ đông, nhóm cổ đông lớn bãi nhiệm, bắt chấp nhóm cổ đông thiểu số phản đối. Chính vì vậy, nên chăng, LDN cần phải có cơ sở, điều kiện và lý do rõ ràng chứ không nên cho phép ĐHĐCĐ có thể bãi nhiệm thành viên HĐQT bất cứ lúc nào để tránh tình trạng

lợi dụng quy định này để bãi nhiệm tùy tiện¹⁷. Quy định tại Khoản 2 Điều 156 LDN có thể sửa đổi theo hướng tương tự Khoản 2 Điều 169 LDN như sau: *“Thành viên HĐQT bị bãi nhiệm trong các trường hợp sau đây: a) Không hoàn thành nhiệm vụ, công việc được phân công; b) Vi phạm nghiêm trọng hoặc vi phạm nhiều lần nghĩa vụ của thành viên HĐQT quy định của Luật này và Điều lệ công ty; c) Theo Nghị quyết của Đại hội đồng cổ đông”*./.

¹⁷ Võ Ngọc Dao (2015), *So sánh pháp luật QTCT cổ phần ở Việt Nam và Nhật Bản*, Luận văn Thạc sỹ Luật học, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội.

CÁC MỐI QUAN HỆ PHÁP LÝ CỦA CÔNG TY HỢP DANH THEO LUẬT DOANH NGHIỆP NĂM 2014

Nguyễn Vinh Hưng¹

Tóm tắt: Khác với hầu hết các loại hình công ty phổ biến hiện nay, công ty hợp danh trong Luật doanh nghiệp (LDN) năm 2014, tồn tại hai loại hình thành viên khác nhau về tư cách pháp lý. Mặt khác, trong quá trình tiến hành các hoạt động của công ty, mỗi loại hình thành viên lại giữ vị trí và vai trò rất khác nhau. Bài viết nghiên cứu vấn đề liên quan đến các mối quan hệ trong công ty hợp danh, để từ đó, tìm ra những hạn chế, bất cập trong các quy định của công ty này và đề xuất một số kiến nghị.

Từ khóa: Công ty hợp danh, thành viên hợp danh, thành viên góp vốn, trách nhiệm vô hạn, trách nhiệm hữu hạn.

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 25/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Unlike most common type of company currently, general partnership in Enterprise law in 2014 has two different types of members of the legal status. Other way, during the operation of the company, each type of membership keeps separate position and role. The article studies the issues related to relationship of general partnership to find limitations and shortcomings in the regulations of the general partnership to make recommendations.

Keywords: General partnership, general partner, limited partner, unlimited liability, limited liability
Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 25/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

1. Đặt vấn đề

Công ty hợp danh là công ty mang bản chất của loại hình công ty đối nhân². Khác với pháp luật của các quốc gia trên thế giới³ hiện nay, theo quy định tại Khoản 1, Điều 172 của LDN năm 2014, công ty hợp danh tồn tại hai loại hình thành viên khác nhau về tư cách pháp lý. Vì vậy, công ty hợp danh luôn tồn tại nhiều mối quan hệ khác nhau như giữa công ty với thành viên công ty, các loại thành viên công ty với nhau hay quan hệ giữa công ty với người thứ ba bên ngoài công ty, thành viên với người thứ ba bên ngoài. Chính từ sự đa dạng của các quan hệ này có thể làm phát sinh các tranh chấp và chúng cũng có thể ảnh hưởng rất lớn đến sự tồn tại của công ty hay ảnh hưởng đến quyền, lợi ích hợp pháp của các thành viên hoặc của người thứ ba bên ngoài khi giao dịch với công ty hợp danh. Từ đó, nghiên cứu về các mối quan hệ của công ty hợp danh là rất cần thiết và quan trọng. Bởi qua nghiên cứu, có thể tìm ra các hạn chế, bất cập và đưa ra một số giải pháp nhằm góp phần hoàn thiện các quy định về công ty hợp danh.

2. Các mối quan hệ pháp lý trong quá trình hoạt động và tồn tại của công ty hợp danh

Công ty hợp danh là một thực thể kinh doanh thể nên công ty phải tiến hành các hoạt động giao dịch với bên ngoài nhằm tìm kiếm lợi nhuận để tồn tại. Đồng thời, trong nội bộ công ty hợp danh còn diễn ra những mối quan hệ khác nhau giữa các loại hình thành viên. Theo đó, về cơ bản, các mối quan hệ phát sinh trong quá trình hoạt động của công ty hợp danh sẽ diễn ra theo các hướng chính đó là: Các mối quan hệ diễn ra trong nội bộ của công ty hợp danh và các mối quan hệ của công ty phát sinh với người thứ ba bên ngoài công ty.

2.1. Các mối quan hệ trong nội bộ của công ty hợp danh

Các mối quan hệ mang tính chất nội bộ trong công ty hợp danh chủ yếu diễn ra theo hai hướng: *Quan hệ giữa công ty hợp danh với các thành viên và quan hệ giữa thành viên hợp danh và thành viên góp vốn.*

Thứ nhất, quan hệ giữa công ty hợp danh với thành viên

¹ Tiến sỹ, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

² Nguyễn Vinh Hưng (2015), *Phân biệt công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản theo Luật Doanh nghiệp năm 2014*, tạp chí Nghề luật, số 06, tr. 9 - 13.

³ Nguyễn Vinh Hưng (2018), *Công ty hợp danh tại một số quốc gia châu Âu và Việt Nam - dưới góc độ so sánh*, tạp chí Nghiên cứu Châu Âu, số 07, tr. 68 - 79.



Khi tham gia thành lập hoặc góp vốn vào một công ty, nhà đầu tư sẽ trở thành chủ sở hữu hoặc trở thành các đồng chủ sở hữu của công ty đó. Tùy thuộc vai trò, tỷ lệ vốn góp... thành viên sẽ có các quyền và nghĩa vụ tương ứng. Do LDN năm 2014 quy định công ty hợp danh có hai loại thành viên khác nhau là thành viên hợp danh và thành viên góp vốn⁴. Vì vậy, giữa công ty hợp danh với từng loại thành viên cũng sẽ phát sinh các mối quan hệ khác nhau.

Thứ hai, quan hệ giữa công ty hợp danh với thành viên hợp danh

“Trong công ty hợp danh, các thành viên hợp danh giữ vai trò then chốt, có ý nghĩa quyết định, vì họ vừa chịu trách nhiệm vô hạn về các nghĩa vụ tài chính và các khoản nợ đến hạn; đồng thời giữ các chức danh quản lý trong công ty”⁵. Hay nói cách khác, thành viên hợp danh giữ vai trò quyết định sự tồn tại của công ty hợp danh. Chính vì thế, “quyền hạn và trách nhiệm tại công ty hợp danh của các thành viên hợp danh luôn lớn hơn thành viên góp vốn”⁶. Như vậy, mỗi quan hệ giữa các thành viên hợp danh với công ty hợp danh sẽ phát sinh hai nhóm quyền chủ yếu: *nhóm quyền tài chính* và *nhóm quyền phi tài chính*.

Một là, nhóm quyền tài chính của thành viên hợp danh:

Quyền tài chính cho phép các thành viên hợp danh được hưởng một phần lợi nhuận từ kết quả kinh doanh của công ty hợp danh. Thậm chí, nếu công ty hợp danh bị giải thể hoặc phá sản, thành viên hợp danh vẫn có quyền được nhận phần tài sản còn lại của công ty hợp danh, tương ứng với tỷ lệ phần vốn góp của họ, sau khi công ty đã thực hiện thanh toán xong các nghĩa vụ tài chính.

Đề tương xứng với quyền tài chính được hưởng chính là các nghĩa vụ về tài chính của thành viên hợp danh. Nguyên tắc pháp định các thành viên hợp danh đều phải liên đới và chịu trách nhiệm vô hạn về mọi nghĩa vụ tài chính của công ty hợp danh. Còn căn cứ các điểm c, d, đ và e của Khoản 2, Điều 176, LDN năm 2014, các trách nhiệm về tài chính khác của thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh như sau: “c, Không được sử dụng

tài sản của công ty để tư lợi...; d, Hoàn trả cho công ty số tiền đã nhận và bồi thường thiệt hại gây ra đối với công ty trong trường hợp nhân danh công ty... để nhận tiền hoặc tài sản khác từ hoạt động kinh doanh của công ty mà không đem nộp cho công ty; đ, Liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải số nợ của công ty; e, Chịu lỗ tương ứng với phần vốn góp vào công ty hoặc theo thỏa thuận quy định tại Điều lệ công ty trong trường hợp công ty kinh doanh bị lỗ”. Ngoài ra, sự ràng buộc trách nhiệm về tài chính của thành viên hợp danh đối với công ty hợp danh còn bao gồm cả việc thành viên hợp danh không được làm chủ doanh nghiệp tư nhân hoặc thành viên hợp danh của công ty hợp danh khác. Thành viên hợp danh không được quyền nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác thực hiện kinh doanh cùng ngành, nghề kinh doanh của công ty đó để tư lợi hoặc phục vụ lợi ích của tổ chức, cá nhân khác. Thành viên hợp danh cũng không được quyền chuyển một phần hoặc toàn bộ phần vốn góp của họ tại công ty cho người khác, nếu không được sự chấp thuận của các thành viên hợp danh còn lại⁷. Mục đích của các quy định trên nhằm bảo vệ quyền lợi cho công ty hợp danh, hay cho các thành viên hợp danh còn lại và cho cả các chủ nợ của công ty.

Hai là, nhóm quyền phi tài chính của thành viên hợp danh:

Khác với quyền tài chính, quyền phi tài chính không mang lại nguồn lợi tài chính trực tiếp cho chủ sở hữu của nó. Tuy nhiên, quyền phi tài chính rất quan trọng, vì nó giúp cho các chủ sở hữu đảm bảo các lợi ích của họ tại công ty hợp danh. Quyền phi tài chính thường bao gồm: *quyền được thông tin* và *quyền biểu quyết*.

Quyền được thông tin: là quyền được cung cấp đầy đủ, kịp thời các thông tin về tình hình kết quả kinh doanh hay các hoạt động của công ty hợp danh. Căn cứ vào nhóm quyền này, thành viên hợp danh có các quyền: yêu cầu công ty hoặc các thành viên hợp danh khác cung cấp thông tin về tình hình kinh doanh của công ty; kiểm tra tài sản, sổ sách

⁴ Điểm a, khoản 1, Điều 172, Luật doanh nghiệp năm 2014.

⁵ Trần Ngọc Dũng, Trần Ngọc Anh (2017), *Các quy định của Luật doanh nghiệp năm 2014 về công ty hợp danh và giải pháp hoàn thiện*, Tạp chí Luật học, 04/2017, tr. 39.

⁶ Nguyễn Vinh Hưng (2016), *Các nguyên tắc của công ty hợp danh theo Luật doanh nghiệp năm 2014*, Dân chủ và pháp luật, số 5 (290), tr. 24.

⁷ Điều 175, luật Doanh nghiệp năm 2014.

kế toán và các tài liệu khác của công ty bất cứ khi nào nếu xét thấy cần thiết⁸.

Quyền biểu quyết: với quyền biểu quyết, tất cả các thành viên hợp danh đều có quyền tham gia họp, thảo luận và biểu quyết về các vấn đề của công ty hợp danh; mỗi thành viên hợp danh có một phiếu biểu quyết hoặc có số phiếu biểu quyết khác quy định tại Điều lệ công ty hợp danh⁹.

Thứ ba, quan hệ giữa công ty hợp danh với thành viên góp vốn.

Thành viên góp vốn không được tham gia quản lý điều hành và đại diện cho công ty hợp danh¹⁰. Tuy vậy, trong mối quan hệ với công ty hợp danh, thành viên góp vốn cũng có hai nhóm quyền: *nhóm quyền tài chính* và *nhóm quyền phi tài chính*.

Một là, nhóm quyền tài chính của thành viên góp vốn:

Căn cứ các điểm b, d, đ, e và g Khoản 1 Điều 182 của LDN năm 2014, quy định cho thành viên góp vốn có các quyền tài chính như: “b) Được chia lợi nhuận hằng năm tương ứng với tỷ lệ vốn góp...; d) Chuyển nhượng phần vốn góp của mình tại công ty cho người khác; đ) Nhân danh cá nhân hoặc nhân danh người khác tiến hành kinh doanh các ngành, nghề kinh doanh của công ty; e) Định đoạt phần vốn góp của mình bằng cách để thừa kế, tặng cho, thế chấp, cầm cố...; g) Được chia một phần giá trị tài sản còn lại... khi công ty giải thể hoặc phá sản”.

Nghĩa vụ về tài chính quan trọng nhất của thành viên góp vốn đối với công ty hợp danh chính là: “thành viên góp vốn sẽ chỉ chịu trách nhiệm về các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty trong phạm vi số vốn đã cam kết góp.”¹¹. LDN năm 2014 còn yêu cầu thành viên góp vốn phải có một số nghĩa vụ về tài chính khác như: Phải góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết, nếu không góp đủ và đúng hạn số vốn đã cam kết thì thành viên góp vốn đó có thể bị khai trừ khỏi công ty theo quyết định của Hội đồng thành viên¹².

Hai là, nhóm quyền phi tài chính của thành viên góp vốn:

Quyền phi tài chính của thành viên góp vốn thể hiện qua hai loại quyền cơ bản là: *quyền được thông tin* và *quyền biểu quyết*.

Quyền được thông tin: Đối với thành viên góp vốn thì đây là một quyền rất quan trọng. Bởi lẽ, thông thường, các thành viên góp vốn không được quyền tham gia quản lý điều hành công ty hợp danh như các thành viên hợp danh. Vì vậy, các thành viên góp vốn rất dễ chịu thiệt hại, nếu như họ không nhận được kịp thời thông tin về mọi tình hình hoạt động, kinh doanh của công ty hợp danh.

Căn cứ điểm c Khoản 1 Điều 172 của LDN năm 2014, các thành viên góp vốn có quyền được cung cấp báo cáo tài chính hằng năm. Họ cũng có quyền yêu cầu Chủ tịch Hội đồng thành viên hoặc các thành viên hợp danh cung cấp đầy đủ và trung thực các thông tin về tình hình và kết quả kinh doanh của công ty; xem xét sổ kế toán, sổ biên bản, họp đồng, giao dịch, hồ sơ và tài liệu khác của công ty.

Mở rộng tìm hiểu quy định tại một số quốc gia khác, cụ thể, tại Cộng hòa Pháp quy định: “ngoài việc được thông báo về các tài liệu kế toán trước ngày họp hội đồng hàng năm, thành viên không phải là người quản lý có quyền 2 lần trong năm, được thông báo về các sổ sách, tài liệu... Có quyền được xem các tài liệu bao gồm quyền sao chép tài liệu”¹³. Hay theo Khoản 3 Điều 166 của Bộ luật Thương mại Đức, “các thành viên góp vốn có quyền kiểm tra hạn chế. Họ có thể yêu cầu bản sao tổng kết cuối năm và kiểm tra sự chính xác của nó”¹⁴.

Quyền biểu quyết: mặc dù thành viên góp vốn bị hạn chế không được tham gia quản lý điều hành công ty hợp danh nhưng LDN năm 2014, vẫn cho phép các thành viên góp vốn có thể tiến hành một số hoạt động như tham gia họp, thảo luận và biểu quyết tại Hội đồng thành viên về việc sửa đổi, bổ sung Điều lệ công ty, sửa đổi, bổ sung các quyền và nghĩa vụ của thành viên góp vốn, về tổ chức lại và giải thể công ty và các nội dung khác của Điều lệ

⁸ Điểm đ, khoản 1, Điều 176, luật Doanh nghiệp năm 2014.

⁹ Điểm a, khoản 1, Điều 176, luật Doanh nghiệp năm 2014.

¹⁰ Nguyễn Vinh Hưng (2016), *Các nguyên tắc của công ty hợp danh theo luật Doanh nghiệp năm 2014*, sđd tr. 25.

¹¹ Điểm a, Khoản 2, Điều 182, Luật doanh nghiệp năm 2014.

¹² Khoản 1 và 3, Điều 173, Luật doanh nghiệp năm 2014.

¹³ Francis Lemeunier (1993), *Nguyên lý và thực hành Luật thương mại, Luật kinh doanh*, Nxb Chính trị quốc gia, tr. 203 - 204.

¹⁴ Friedrich Fubler, Jurgen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng hòa Liên bang Đức*, Nxb Pháp lý, tr. 63 - 64.



công ty có liên quan trực tiếp đến quyền và nghĩa vụ của họ...¹⁵

2.3. Quan hệ giữa thành viên hợp danh và thành viên góp vốn

Mặc dù cùng là thành viên của công ty hợp danh, thế nhưng vai trò, địa vị pháp lý của thành viên hợp danh và thành viên góp vốn rất khác nhau. Thành viên hợp danh là đối tượng giữ vai trò rất quan trọng trong công ty hợp danh. Thành viên hợp danh tham gia công ty hợp danh dưới nhiều cách thức như họ có thể là những sáng lập viên tham gia thành lập công ty ngay từ lúc đầu; hoặc có thể sau khi công ty hợp danh đã được thành lập thì thành viên hợp danh mới tham gia. Tuy nhiên, dù tham gia dưới hình thức gì nhưng kể từ thời điểm trở thành thành viên hợp danh thì giữa các thành viên hợp danh bắt đầu phát sinh những mối quan hệ pháp lý. Thành viên hợp danh chỉ có thể thoát khỏi các trách nhiệm pháp lý đó sau khi đã rút lui khỏi công ty hợp danh hoặc phải đến khi họ qua đời.

Nghĩa vụ lớn nhất của các thành viên hợp danh là “liên đới” và “vô hạn” cho mọi khoản nợ của công ty hợp danh. Về bản chất, nghĩa vụ liên đới cũng chính là trách nhiệm dân sự. Theo đó, “nghĩa vụ liên đới là nghĩa vụ do nhiều người cùng phải thực hiện và bên có quyền có thể yêu cầu bất cứ ai trong số những người có nghĩa vụ phải thực hiện toàn bộ nghĩa vụ”¹⁶. Nói cách khác, nếu xảy ra các thiệt hại thì đó là một thể thống nhất mà không có sự phân biệt hành vi của từng thành viên. Hậu quả sau đó sẽ do tất cả các thành viên hợp danh cùng gánh chịu. Nghiên cứu pháp luật của Cộng hòa Pháp cho thấy: “Hội viên công ty hợp danh ở trong tình trạng một người đồng mắc nợ... Vì hội viên có trách nhiệm cá nhân và trách nhiệm liên đới. Sự liên đới cho phép chủ nợ đòi một con nợ nào đó trong số hội viên phải trả hoàn toàn món nợ; hội viên liên đới chịu trách nhiệm nguy hiểm hơn một người bảo lãnh bình thường”¹⁷.

Còn trách nhiệm vô hạn được hiểu “là sự tận cùng hay đến cùng của việc trả nợ... là tính vô hạn

(và thậm chí vĩnh cửu) của nghĩa vụ trả nợ”¹⁸. Hay theo PGS.TS Phạm Duy Nghĩa: “thứ trách nhiệm tới cùng và vô hạn định đó được gọi là trách nhiệm vô hạn”¹⁹. Đây là nghĩa vụ rất nặng nề đối với các thành viên hợp danh. Tuy nhiên, nghĩa vụ “liên đới” và “vô hạn” lại chính là những sợi dây gắn kết chặt chẽ các thành viên hợp danh với công ty hợp danh và giữa họ với nhau bởi cả yếu tố tâm lý và pháp lý.

Tóm lại, quan hệ giữa các thành viên hợp danh luôn là một thể thống nhất trách nhiệm. Trong bất kỳ hoàn cảnh, các thành viên hợp danh đều phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn. Vì vậy, giữa các thành viên hợp danh thường đã có mối quan hệ rất chặt chẽ, tin tưởng lẫn nhau từ trước khi tham gia công ty hợp danh.

Còn các thành viên góp vốn, họ không phải là những đối tượng giữ vai trò quyết định tại công ty hợp danh. Thông thường, khi công ty hợp danh thiếu vốn thì công ty có thể kết nạp thêm các cá nhân hoặc tổ chức tham gia dưới tư cách là các thành viên góp vốn. Nói cách khác, thành viên góp vốn tham gia vào công ty hợp danh chủ yếu để cung cấp thêm nguồn vốn cho công ty. Trong trường hợp này, vị trí, quyền hạn của các thành viên hợp danh vẫn được đảm bảo vì những thành viên góp vốn tuy có tham gia nhưng cũng không có khả năng chia sẻ quyền lực của thành viên hợp danh. Như vậy, có thể các thành viên góp vốn không có mối quan hệ chặt chẽ từ trước với các thành viên hợp danh hoặc ngay giữa các thành viên góp vốn cũng không hiểu biết về nhau. Mặt khác, giữa các thành viên góp vốn cũng không có nghĩa vụ liên đới trách nhiệm và họ cũng không phải chịu trách nhiệm liên đới từ hành vi của các thành viên hợp danh.

2.2. Quan hệ giữa công ty hợp danh với người thứ ba

Khi công ty hợp danh phát sinh các trách nhiệm tài sản với người thứ ba bên ngoài thì có thể người thứ ba đó sẽ là những chủ nợ của công ty. Đồng thời, do “bản chất là một công ty đối nhân (quan tâm đến nhân thân của thành viên)”²⁰, nên trách

¹⁵ Điểm a, khoản 1, Điều 182, Luật doanh nghiệp năm 2014.

¹⁶ Khoản 1, Điều 288, Bộ luật dân sự năm 2015.

¹⁷ Maurice Cozian, Alian Viandier (1990), *Tổ chức công ty, dịch từ nguyên bản tiếng Pháp “Droit des sociétés: Litec*, 1988, Viện khoa học pháp lý-Bộ tư pháp, tr. 184.

¹⁸ Nguyễn Như Phát (chủ biên 2011), *Giáo trình Luật Kinh tế Việt Nam*, Viện Đại học Mở Hà Nội, Nxb Công an nhân dân, tr. 33.

¹⁹ Phạm Duy Nghĩa (2009), *Luật doanh nghiệp: Tình huống - phân tích - bình luận*, Khoa Luật - Đại học Quốc gia Hà Nội, Nxb Đại học Quốc gia Hà Nội, tr. 40.

²⁰ Trần Ngọc Dũng, Trần Ngọc Anh (2017), *Các quy định của Luật doanh nghiệp năm 2014 về công ty hợp danh và giải pháp hoàn thiện*, sđd, tr.37.

nhệm đó sẽ không chỉ liên quan giữa công ty hợp danh với các chủ nợ mà nó còn ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi và nghĩa vụ của các thành viên hợp danh. Bởi lẽ, “các thành viên thuộc chế độ trách nhiệm vô hạn được xem như những người bảo lãnh liên đới cho hoạt động của công ty. Họ phải chịu trách nhiệm liên đới và vô hạn định với các khoản nợ của công ty”²¹.

Nguyên tắc pháp định, công ty hợp danh luôn phải chịu trách nhiệm về các nghĩa vụ tài chính bằng tất cả tài sản của công ty. Thậm chí, dù cho công ty đã sử dụng hết tài sản mà vẫn chưa đủ thanh toán hết số nợ thì các thành viên hợp danh sẽ phải cùng nhau liên đới để thanh toán nốt số nợ còn lại cho các chủ nợ. Ngay cả khi công ty hợp danh bị Tòa án tuyên bố phá sản thì quyết định tuyên bố phá sản cũng không miễn trừ nghĩa vụ về tài sản của thành viên hợp danh đối với chủ nợ.

Căn cứ điểm b Khoản 2 Điều 64 của Luật phá sản năm 2014, tài sản của công ty hợp danh mất khả năng thanh toán còn gồm cả tài sản của thành viên hợp danh không trực tiếp dùng vào hoạt động kinh doanh. Thực chất, có quan điểm cho rằng “quy định này nhằm ràng buộc trách nhiệm của... các thành viên hợp danh đối với các nghĩa vụ tài sản của doanh nghiệp chưa được thanh toán. Nội dung pháp lý này phù hợp với tính chất chịu trách nhiệm vô hạn của... thành viên hợp danh”²².

Như vậy, trong mối quan hệ giữa công ty hợp danh với người thứ ba, thì các trách nhiệm do công ty gây ra sẽ do các thành viên hợp danh cùng nhau gánh chịu. Khi phân tích cụ thể, trách nhiệm của từng thành viên hợp danh được xác lập và thể hiện qua một số nội dung:

Thứ nhất, thời điểm phát sinh trách nhiệm liên đới của thành viên hợp danh:

Thời điểm này chỉ xuất hiện khi công ty hợp danh không đủ khả năng để tự thanh toán hết các nghĩa vụ tài chính cho chủ nợ. Nghĩa vụ trả nợ sẽ thuộc trách nhiệm của toàn bộ các thành viên hợp danh mà không loại trừ thành viên nào.

Thứ hai, thời điểm chấm dứt trách nhiệm liên đới của thành viên hợp danh:

LDN năm 2014 quy định: “trong thời hạn hai năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên hợp danh theo quy định tại điểm a và điểm c tại Khoản 1 Điều 180 LDN năm 2014 thì người đó vẫn phải liên đới chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình đối với các khoản nợ của công ty đã phát sinh trước ngày chấm dứt tư cách thành viên”²³. Vì vậy, với quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay thì chỉ sau thời hạn hai năm kể từ ngày chấm dứt tư cách thành viên, trách nhiệm liên đới của thành viên hợp danh mới chính thức chấm dứt.

Thứ ba, những nghĩa vụ tài sản của công ty hợp danh, mà có thể xác định trách nhiệm liên đới của các thành viên hợp danh.

Trong mối quan hệ giữa công ty hợp danh với chủ nợ thì công ty chính là con nợ, còn các thành viên hợp danh đều có trách nhiệm như người bảo lãnh liên đới của công ty. Vì vậy, khi đòi nợ, chủ nợ trước phải đòi công ty hợp danh. Nếu công ty không còn khả năng thanh toán thì chủ nợ mới có quyền yêu cầu các thành viên hợp danh phải thanh toán số nợ còn lại. Theo đó, một số khoản nợ mà chủ nợ có thể đòi các thành viên hợp danh phải thực hiện: *Các khoản nợ của công ty hợp danh đã phát sinh trước khi thành viên hợp danh tham gia công ty; Các khoản nợ của công ty hợp danh phát sinh trong khi thành viên hợp danh đang làm việc tại công ty; và các khoản nợ của công ty hợp danh phát sinh sau khi thành viên hợp danh rời khỏi công ty.*

Về các khoản nợ của công ty hợp danh đã phát sinh trước khi thành viên hợp danh tham gia công ty: Tại Đức, pháp luật quy định: “đối với cả công ty hợp danh và công ty hợp vốn đơn giản, thành viên mới gia nhập công ty cũng phải chịu trách nhiệm về các khoản nợ của công ty đã phát sinh”²⁴.

Tại Việt Nam, quy định tại Khoản 3 Điều 181 của LDN năm 2014, đối với công ty hợp danh có thành viên hợp danh mới tham gia thì thành viên hợp danh mới này, cũng sẽ phải liên đới chịu trách nhiệm vô hạn bằng toàn bộ tài sản của mình đối với các khoản nợ và nghĩa vụ tài sản khác của công ty, trừ phi thành viên hợp danh mới có thỏa thuận với các thành viên hợp danh cũ.

²¹ Ngô Huy Cương (2012), *Pháp luật giải quyết tranh chấp nội bộ công ty: nhận thức, thực trạng và cải cách*, Tạp chí Nhà nước và pháp luật, số 11(295)/2012, tr.50 - 51.

²² Nguyễn Việt Tý (chủ biên 2011), *Giáo trình Luật Thương mại*, Trường Đại học Luật Hà Nội, Nxb Công an nhân dân, Tập II, tr.424.

²³ Khoản 5, Điều 180 của Luật doanh nghiệp năm 2014.

²⁴ Friedrich Fubler, Jürgen Simon (1992), *Mấy vấn đề pháp luật kinh tế Cộng hòa Liên bang Đức*, sđd, tr.35.



Tóm lại, nếu thành viên hợp danh mới tham gia vào công ty hợp danh mà không có sự thỏa thuận với các thành viên hợp danh cũ về các nghĩa vụ tài chính phát sinh trước ngày thành viên hợp danh mới gia nhập hoặc không thông báo cho các chủ nợ về trách nhiệm tài chính của họ thì về nguyên tắc, thành viên hợp danh mới cũng phải liên đới chịu trách nhiệm cùng các thành viên hợp danh cũ về các khoản nợ đã có từ trước của công ty hợp danh.

Về các khoản nợ của công ty hợp danh phát sinh trong khi thành viên hợp danh đang làm việc tại công ty: Đương nhiên, khi đang làm việc, tất cả các thành viên hợp danh đều sẽ phải liên đới và chịu trách nhiệm vô hạn về các nghĩa vụ tài chính. Trách nhiệm này không loại trừ đối với bất cứ thành viên hợp danh nào. LDN năm 2014 quy định: “Thành viên hợp danh phải chịu trách nhiệm bằng toàn bộ tài sản của mình về các nghĩa vụ của công ty”; và “liên đới chịu trách nhiệm thanh toán hết số nợ còn lại của công ty nếu tài sản của công ty không đủ để trang trải số nợ của công ty”²⁵.

Về các khoản nợ của công ty hợp danh phát sinh sau khi thành viên hợp danh rời khỏi công ty: Căn cứ Khoản 5 Điều 180 LDN năm 2014 trong thời hạn hai năm, thành viên hợp danh rút lui vẫn phải liên đới và chịu trách nhiệm vô hạn đối với các khoản nợ của công ty hợp danh phát sinh trước khi chấm dứt tư cách thành viên. Ngoài ra, vấn đề về đăng ký thay đổi thành viên hợp danh còn phải tiến hành theo các quy định tại Điều 42 của Nghị định 78/2015/NĐ-CP về đăng ký doanh nghiệp.

Tóm lại, trách nhiệm vô hạn và liên đới của thành viên hợp danh được xác lập từ khi họ trở thành thành viên hợp danh cho đến khi chấm dứt tư cách thành viên hợp danh và kéo dài trong một khoảng thời hạn nhất định. Chỉ sau khi thời hạn này kết thúc, thành viên hợp danh mới chính thức chấm dứt nghĩa vụ của họ đối với công ty hợp danh.

Đối với các thành viên góp vốn, nguyên tắc pháp định, các thành viên góp vốn chỉ phải chịu trách nhiệm hữu hạn về tài sản tại công ty hợp danh. Cho dù quan hệ giữa công ty hợp danh với những người thứ ba có phát sinh các trách nhiệm tài chính thuộc về công ty thì các chủ nợ cũng không có quyền đòi các thành viên góp vốn phải trả nợ vượt quá số vốn góp của họ trong bất kỳ trường hợp.

3. Kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về công ty hợp danh

Hiện nay, có quan điểm cho rằng, “sự phát triển của nền kinh tế thị trường ở Việt Nam đòi hỏi phải có một khung pháp luật kinh tế hoàn chỉnh, trong đó pháp luật về doanh nghiệp có vai trò quan trọng”²⁶. Điều này đòi hỏi hệ thống pháp luật tại Việt Nam phải không ngừng hoàn thiện và xây dựng theo hướng tiên tiến, hiện đại. Từ đó, chúng tôi cho rằng, để loại hình công ty hợp danh có thể phát triển tốt hơn tại Việt Nam thì cần xem xét giải pháp sau:

Nghiên cứu cho thấy, khác với quy định của Việt Nam, hiện nay, pháp luật của hầu hết các quốc gia trên thế giới khi quy định về loại hình công ty hợp danh đều theo hướng công ty chỉ có duy nhất một loại thành viên là thành viên hợp danh. Nếu có sự tham gia của cả thành viên góp vốn thì được coi đây là loại hình công ty hợp danh hữu hạn (công ty hợp vốn đơn giản). Vì vậy, theo chúng tôi, trong thời gian tới khi sửa đổi, bổ sung LDN năm 2014, rất cần thiết phải xây dựng thêm chế định pháp luật về loại hình công ty hợp danh hữu hạn. Theo đó, phải chuyển những quy định về loại hình thành viên góp vốn trong chế định pháp luật công ty hợp danh hiện nay sang chế định pháp luật của công ty hợp danh hữu hạn. Công ty hợp danh chỉ có duy nhất loại hình thành viên là thành viên hợp danh và phải có từ hai thành viên trở lên. Còn công ty hợp danh hữu hạn sẽ phải có ít nhất một thành viên nhận vốn (thành viên hợp danh) và một thành viên góp vốn. Việc quy định này giúp cho xác định rõ ràng hình thức pháp lý của cả hai loại hình công ty và làm cho việc chuyển đổi hình thức công ty giữa chúng trở nên thuận tiện, đơn giản và dễ dàng. Đồng thời, qua đó còn góp phần làm đơn giản hóa các mối quan hệ của công ty hợp danh và nhờ đó, có thể góp phần làm hạn chế phát sinh sự xung đột khi công ty tiến hành các hoạt động kinh doanh. Mặt khác, các quy định về công ty hợp danh nói riêng cũng như của hệ thống pháp luật doanh nghiệp tại Việt Nam nói chung, mới thực sự hoàn thiện và phù hợp với pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới./.

²⁵ Điểm b Khoản 1 Điều 172 và điểm đ Khoản 2 Điều 176, Luật doanh nghiệp năm 2014.

²⁶ Trường Đại học Luật Hà Nội (2011), *Giáo trình Luật thương mại Việt Nam, tập 1*, Nxb Công an nhân dân, tr. 73.

ĐÀO TẠO CHUNG NGUỒN THẨM PHÁN, KIỂM SÁT VIÊN, LUẬT SƯ TẠI HỌC VIỆN TƯ PHÁP - THỰC TRẠNG VÀ TRIỂN VỌNG

Đoàn Trung Kiên¹

Tóm tắt: Sau 20 năm xây dựng và phát triển, Học viện Tư pháp đã trở thành địa chỉ đáng tin cậy về đào tạo nghề luật tại Việt Nam. Trong đó, đào tạo nghiệp vụ xét xử, đào tạo nghiệp vụ kiểm sát và đào tạo nghề luật sư là những lĩnh vực đào tạo truyền thống của Học viện, đã khẳng định được chất lượng, hiệu quả đào tạo, góp phần đáng kể vào công tác xây dựng, phát triển đội ngũ cán bộ có chức danh tư pháp và đội ngũ luật sư. Tuy nhiên, thông qua các công trình nghiên cứu, khảo sát về công tác đào tạo và sử dụng học viên sau đào tạo, vấn đề đa dạng mô hình, cách thức tổ chức đào tạo thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư góp phần đáp ứng tốt hơn nữa yêu cầu của công cuộc cải cách tư pháp đã được đặt ra. Bài viết đề cập tới thực trạng và triển vọng đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư tại Học viện Tư pháp.

Từ khóa: Đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư; mô hình đào tạo mới.

Nhận bài: 25/10/2018; **Hoàn thành biên tập:** 12/12/2018; **Duyệt đăng:** 17/01/2019.

Abstract: After 20 years of formation and development, Judicial Academy has become a reliable institution on training legal profession in Vietnam. Training hearing profession, prosecution profession and training lawyer profession which are traditional training fields of Judicial Academy has confirmed its quality, effectiveness of training, contributing to the formation and development of the officials having legal professionals and contingent of lawyers. However, via researches, surveys made on the training and using trainees after training, the issue of diversifying model, method to train judges, prosecutors, lawyers better meets the demand of legal reform. The article mentions situation and prospective of integrated training of judges, prosecutors, lawyers at Judicial Academy.

Keywords: integrated training of judges, prosecutors, lawyers, new mode of training.

Date of receipt: 25/10/2018; **Date of revision:** 12/12/2018; **Date of approval:** 17/01/2019.

Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã xác định: “Mở rộng nguồn để bổ nhiệm vào các chức danh tư pháp, không chỉ là cán bộ trong các cơ quan tư pháp, mà còn là các luật sư. Nghiên cứu thực hiện cơ chế thi tuyển để chọn người bổ nhiệm vào các chức danh tư pháp”. Để thực hiện chủ trương này, một trong những giải pháp đột phá là quy định chính thức và tổ chức thực hiện đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư nhằm trang bị mặt bằng chung về kiến thức, chuyên môn nghiệp vụ cho ba chức danh; giúp người học có định hướng nghề nghiệp đúng đắn. Nhận thức được yêu cầu đó, Học viện Tư pháp đã đề xuất xây dựng chương trình đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư. Ngày 08/11/2013, Thủ tướng chính phủ đã ban hành Quyết định số 2083/QĐ-Ttg phê duyệt Đề án “Xây dựng Học viện Tư pháp thành trung tâm lớn về đào

trào các chức danh tư pháp”. Tại Quyết định này, Thủ tướng Chính phủ đã cho phép Học viện Tư pháp tổ chức thí điểm đào tạo chung nguồn bổ nhiệm ba chức danh thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư. Việc triển khai chương trình đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư khóa đầu tiên trong năm 2018 đã minh chứng cho tính đúng đắn và triển vọng của mô hình đào tạo mới này.

1. Đào tạo chung nguồn Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư – mô hình đào tạo mới tại Học viện Tư pháp

Sau khi Bộ Chính trị ban hành Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/06/2005 về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 và Thủ tướng chính phủ phê duyệt Đề án “Xây dựng Học viện Tư pháp thành trung tâm lớn về đào tạo các chức danh tư pháp”, Học viện Tư pháp đã chủ động nghiên cứu, lấy ý kiến của các bộ, ngành hữu quan, các chuyên gia trong và ngoài nước để xây dựng chương trình

¹ Tiến sỹ, Giám đốc Học viện Tư pháp



đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư. Ngày 08/12/2016, Bộ trưởng Bộ Tư pháp đã ký Quyết định số 2543/QĐ-BTP ban hành Chương trình khung đào tạo chung nguồn bổ nhiệm thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư. Trên cơ sở chương trình khung, ngày 23/12/2016, Giám đốc Học viện Tư pháp đã ký Quyết định số 1401/QĐ-HVTP ban hành Chương trình chi tiết đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư. Trong quá trình xây dựng chương trình khung và chương trình chi tiết, Học viện Tư pháp đã xác định quan điểm xây dựng chương trình là:

- Chương trình đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư hướng phát triển, đa dạng và chuẩn hóa mô hình đào tạo chức danh tư pháp trong xu thế hội nhập quốc tế, với sự tham khảo có chọn lọc kinh nghiệm đào tạo chức danh tư pháp hiện hành của các nước trên thế giới, như Pháp, Đức, Bỉ, Nhật Bản, Hàn Quốc, Đài Loan...

- Chương trình vừa đảm bảo trang bị cho học viên nền tảng kiến thức chung, nhằm tăng cường năng lực áp dụng pháp luật, năng lực thực thi quyền lực tư pháp và tranh tụng theo tinh thần cải cách tư pháp, vừa đảm bảo được sự tương đồng và riêng biệt về đặc thù nghề nghiệp cốt lõi của từng chức danh thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư.

- Chất lượng đào tạo hướng vào mục tiêu phát triển nguồn nhân lực tư pháp chất lượng cao, góp phần đáp ứng nhu cầu luân chuyển các chức danh tư pháp theo tinh thần cải cách tư pháp.

Từ quan điểm định hướng nêu trên, chương trình đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư đã được xây dựng trên cơ sở nghiên cứu, khảo sát kỹ lưỡng về sự gắn kết những đặc thù nghề nghiệp của ba chức danh thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư và kinh nghiệm đào tạo, sử dụng học viên sau đào tạo tại Việt Nam và một số nước trên thế giới. Đây cũng là chương trình đầu tiên trong số các chương trình đào tạo của Học viện Tư pháp được xây dựng theo hệ thống tín chỉ với nhiều điểm mới về nội dung chương trình, cách thức triển khai chương trình theo hướng hiện đại, hiệu quả hơn.

Với thời lượng đào tạo là 18 tháng (53 tín chỉ), chương trình dành cho đối tượng người học là người có trình độ cử nhân luật trở lên. Học viên sau khi tốt nghiệp được cấp chứng chỉ tốt nghiệp đào

tạo nghiệp vụ xét xử, nghiệp vụ kiểm sát, nghề luật sư và có thể làm việc trong ngành Tòa án, Kiểm sát, các văn phòng luật sư, công ty luật, các tập đoàn kinh tế, doanh nghiệp... Về mặt cấu trúc, chương trình đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư được chia thành 04 giai đoạn với sự nối tiếp, phát triển có kế thừa hợp lý các khối kiến thức, kỹ năng mà học viên tích lũy được trong mỗi giai đoạn của chương trình.

Giai đoạn 1: Nghề luật và môi trường nghề nghiệp (4 tín chỉ). Trong giai đoạn này, học viên được trang bị kiến thức chung về nghề nghiệp, trau dồi đạo đức nghề nghiệp, tiếp cận chủ động và tích cực với môi trường nghề nghiệp, song song với tích lũy kiến thức, kỹ năng bổ trợ cho việc hành nghề sau khi được đào tạo.

Giai đoạn 2: Đào tạo kỹ năng cơ bản các chức danh (24 tín chỉ). Mục tiêu giai đoạn này là trang bị cho học viên kiến thức, kỹ năng nghề nghiệp cơ bản của ba chức danh thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư trong lĩnh vực hình sự, hành chính, dân sự, kinh doanh thương mại, lao động, hôn nhân gia đình... và kỹ năng tư vấn pháp luật.

Giai đoạn 3: Thực tập nghề nghiệp (17 tín chỉ). Giai đoạn này, học viên tiếp cận với môi trường nghề nghiệp thực tiễn tại các Tòa án, Viện kiểm sát, văn phòng luật sư, công ty luật... Đây là cơ hội để học viên kiểm chứng kiến thức, kỹ năng đã được trang bị tại nhà trường; phát hiện và điều chỉnh cách tiếp cận giữa lý thuyết và thực tiễn giải quyết vụ việc; trải nghiệm và tích lũy kinh nghiệm nghề nghiệp giúp cho việc định hướng lựa chọn nghề nghiệp sau khi tốt nghiệp.

Giai đoạn 4: Đào tạo chuyên sâu (8 tín chỉ): Đây là giai đoạn đào tạo tự chọn, học viên được lựa chọn một trong 3 môn học chuyên sâu theo định hướng nghề nghiệp từng chức danh thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư tùy theo sở thích và nguyện vọng của mình.

Các nội dung học tập của 04 giai đoạn nêu trên được thực hiện với sự tương tác tối đa giữa giảng viên và học viên, giữa học viên với nhau, với nguồn học liệu phong phú, hiện đại để tạo cơ hội và điều kiện cho học viên chủ động chiếm lĩnh kiến thức, kỹ năng, tích lũy và phát triển kinh nghiệm nghề nghiệp.

Có thể nói, chương trình đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư đánh dấu bước phát triển của Học viện Tư pháp với sự đa dạng hóa các mô hình đào tạo chức danh tư pháp, hứa hẹn mang lại những lợi ích to lớn cho người học và xã hội. Những lợi ích có thể thấy được từ mô hình đào tạo này là tạo mặt bằng chung về kiến thức, hiểu biết chuyên môn, kỹ năng nghề nghiệp lẫn nhau của thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư nhằm bảo đảm thực hiện nguyên tắc tranh tụng trong xét xử; tạo điều kiện thuận lợi cho ngành Tòa án, Kiểm sát có nguồn tuyển dụng những người đã có kiến thức chuyên môn, kỹ năng nghề nghiệp ngay từ thị trường lao động, tạo điều kiện thực tế cho việc thực hiện chủ trương lựa chọn để bổ nhiệm thẩm phán, kiểm sát viên từ luật sư, luật gia giỏi đã được xác định trong Nghị quyết số 49-NQ/TW về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020; giảm đáng kể công sức, thời gian, chi phí tài chính cho bản thân, gia đình người học và ngân sách nhà nước.

2. Kết quả đạt được và một số giải pháp nâng cao chất lượng đào tạo chung nguồn Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư

Trên cơ sở chương trình đào tạo, Học viện Tư pháp đã xây dựng hệ thống giáo trình, đề cương môn học, hồ sơ tình huống² và tập huấn đội ngũ giảng viên chuẩn bị cho việc triển khai khóa đào tạo. Tháng 3 năm 2018, lớp đào tạo chung nguồn Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư khóa 01 đã được khai giảng với 31 học viên. Học viện Tư pháp đã dành những điều kiện tốt về đội ngũ giảng viên, hệ thống giáo trình, tài liệu, cơ sở vật chất cho lớp đào tạo này. Nhằm tăng cường hiệu quả và chất lượng giảng dạy, Học viện đã áp dụng tối đa phương pháp song giảng, tam giảng cho các bài học trong chương trình để học viên có cơ hội nắm bắt được kỹ năng, kinh nghiệm nghề nghiệp của cả ba chức danh thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư và có được cái nhìn đa chiều cả từ lý luận và thực tiễn về nghề nghiệp.

Sau một thời gian triển khai đào tạo, chương trình đào tạo chung nguồn Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư đã nhận được những phản hồi tích cực từ phía giảng viên và học viên. Theo kết quả khảo sát và đối thoại giữa Giám đốc Học viện Tư pháp với các học viên, chương trình được đánh giá cao ở một số điểm như sau:

- Nội dung chương trình cơ bản phù hợp, giúp học viên có được cái nhìn đa chiều từ góc nhìn nghề nghiệp của cả ba chức danh thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư;

- Hoạt động kiến tập trong Giai đoạn 1 của chương trình rất có ý nghĩa, giúp học viên tiếp cận với thực tiễn nghề nghiệp. Điều này đặc biệt quan trọng đối với học viên mới tốt nghiệp Đại học Luật, chưa có kinh nghiệm thực tiễn.

- Các giảng viên tham gia giảng dạy giàu kinh nghiệm, nguồn giảng viên đa dạng gồm cả giảng viên cơ hữu của Học viện Tư pháp và giảng viên kiêm chức là các Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư giàu kinh nghiệm; các giảng viên có sự kết hợp nhuần nhuyễn trong các buổi song giảng, tam giảng;

- Học viên được hỗ trợ nhiều cơ hội để tiếp cận với thực tiễn nghề nghiệp, nâng cao kiến thức kỹ năng như tham dự các Hội thảo khoa học, các hoạt động chuyên môn, tập sự tại tổ chức hành nghề luật sư.

Những hiệu ứng tốt từ lớp đào tạo đầu tiên đã được lan tỏa tới người học và xã hội thể hiện ở số lượng học viên đăng ký tham gia khóa đào tạo ngày càng tăng. Theo kế hoạch tuyển sinh, năm 2018 Học viện Tư pháp sẽ đào tạo 01 khóa với số lượng 50 học viên. Tuy nhiên, tới thời điểm hiện tại, ngoài lớp đầu tiên đã khai giảng, Học viện Tư pháp đã tiếp tục mở lớp đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư khóa II tại Hà Nội với 35 học viên và sẽ khai giảng lớp đào tạo khóa III tại Thành phố Hồ Chí Minh vào tháng 1 năm 2019.

(Xem tiếp trang 86)

² Học viện Tư pháp đã biên soạn 50 hồ sơ tình huống Dân sự, Hình sự, Hành chính và 06 Giáo trình, Tập bài giảng phục vụ chương trình đào tạo chung bao gồm: Giáo trình Kỹ năng của Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư trong vụ án hình sự (Tập 1 - Phần cơ bản); Giáo trình Kỹ năng của Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư trong vụ việc dân sự (Tập 1 - Phần cơ bản); Giáo trình Kỹ năng của Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư trong vụ việc dân sự (Tập 2 - Phần chuyên sâu); Giáo trình Kỹ năng của Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư trong vụ án hành chính (Tập 1 - Phần cơ bản); Giáo trình Kỹ năng của Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư trong vụ án hành chính (Tập 2 - Phần chuyên sâu); Tập bài giảng Kỹ năng bổ trợ nghề nghiệp của Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư.



“TÍNH BẢO MẬT” TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ BẰNG TRỌNG TÀI TẠI MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI VÀ Ở VIỆT NAM

Tào Thị Huệ¹

Tóm tắt: “Tính bảo mật” luôn được coi là một ưu điểm của giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài. Tuy nhiên, cách tiếp cận về nội dung “tính bảo mật” tại các quốc gia có sự khác nhau. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trình bày “tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài tại Vương quốc Anh, Hoa Kỳ, Trung Quốc, Việt Nam. Trên cơ sở đó, đưa ra bình luận và những đề xuất nhằm thực thi hiệu quả “tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại Việt Nam.

Từ khóa: Trọng tài, tính bảo mật, thỏa thuận bảo mật.

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 15/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: “Confidentiality” is always considered as an advantage of international commercial disputes settlement by referees. However, differences have been found in different countries regarding to the approach on the content “Confidentiality”. Within this article, the author introduces “Confidentiality” in international commercial disputes settlement by referees in the United Kingdom, the United States of America, China, Vietnam to make comments and proposes some recommendations to effectively apply “Confidentiality” in solving disputes by referees in Vietnam.

Keywords: Referees, Confidentiality, Confidentiality agreement.

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 15/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

“Tính bảo mật (confidentiality) thường được nêu ra khi trình bày về những ưu điểm của việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài. Là ưu điểm, bởi các phiên xét xử của trọng tài không phải công khai và các phán quyết trọng tài cũng không phải công bố”².

Ưu điểm này đáp ứng nhu cầu ngày càng tăng của doanh nghiệp đối với vấn đề bảo mật trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế. “Điều này có thể được giải thích bằng hai yếu tố:

Thứ nhất, tầm quan trọng của tài sản phi vật chất như quyền sở hữu trí tuệ, bí quyết và danh tiếng. Ngày nay, những tài sản này là tài sản quý giá nhất của các tập đoàn đa quốc gia trên thế giới;

Thứ hai, số lượng lớn các thông tin chi tiết và quan trọng mà cả hai bên tranh chấp được yêu cầu đưa ra trong quá trình tố tụng trọng tài”³.

Nhưng “tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế tại trọng tài không mang tính tuyệt đối. Nội dung và giới hạn của “tính bảo mật” phụ thuộc vào quy định của các nguồn luật cụ thể điều chỉnh tố tụng trọng tài. Và thậm chí phán quyết trọng tài có thể bị tòa án có thẩm quyền tuyên hủy, nếu không tuân thủ “tính bảo mật”⁴.

1. “Tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài tại Vương quốc Anh (United Kingdom - UK)

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

² Daniel R. Bennett, Q.C. and Madeleine A. Hodgson, “Confidentiality in Arbitration: A Principled Approach”, McGill Journal of Dispute resolution, VOL 3 (2016-2017), p.99, xem tại: [mjdr-rrdm.ca/law/wp-content/uploads/2017/02/Bennett-Hodgson.pdf](http://www.mjdr-rrdm.ca/law/wp-content/uploads/2017/02/Bennett-Hodgson.pdf) (truy cập ngày 05/10/2018).

³ Saverio Lembo and Vincent Guignet, “Switzerland: Confidentiality In Arbitration: From Myth To Reality”, xem tại: <http://www.mondaq.com/x/475674/Arbitration+Dispute+Resolution/Confidentiality+in+Arbitration> (truy cập ngày 05/10/2018).

⁴ Một trong những trường hợp hủy phán quyết trọng tài theo quy định Luật Mẫu của UNCITRAL về trọng tài thương mại quốc tế năm 1985, và sửa đổi, bổ sung năm 2006, được nhiều quốc gia tham khảo, quy định trong pháp luật trong nước là: “việc tiến hành tố tụng trọng tài không phù hợp với thỏa thuận của các bên hoặc không phù hợp với luật này, nếu các bên không có thỏa thuận” (Điều 34 khoản 2 điểm a).

Tại Vương quốc Anh, hoạt động giải quyết tranh chấp tại trọng tài được điều chỉnh chủ yếu bởi Luật trọng tài năm 1996 (Arbitration Act 1996)⁵. Theo quy định tại Mục 2 (Section 2), phạm vi điều chỉnh của Luật trọng tài năm 1996 rất rộng:

Thứ nhất, luật này có hiệu lực với những trọng tài có nơi tiến hành trọng tài tại Anh, xứ Wales hoặc Bắc Ireland⁶.

Thứ hai, nếu trọng tài được tiến hành bên ngoài nước Anh và xứ Wales hoặc Bắc Ireland hoặc không xác định được nơi tiến hành trọng tài, thì trọng tài có thể bị điều chỉnh bởi các mục: (a) các Mục từ 9 đến 11 (các thủ tục pháp lý), và (b) Mục 66 (thi hành phán quyết trọng tài).

Nhưng Luật trọng tài năm 1996 lại không có quy định cụ thể nào về tính bảo mật của trọng tài. Do đó, vấn đề này được xác định thông qua thực tiễn xét xử tại tòa án của Vương quốc Anh.

Thực tiễn xét xử tại tòa án của Vương quốc Anh cho thấy, bảo mật các vấn đề liên quan đến phiên họp xét xử, đến các tài liệu được công bố hoặc đưa ra trong quá trình giải quyết tranh chấp là nghĩa vụ của các bên và của trọng tài viên: “Trừ trường hợp ngoại lệ, tất cả tài liệu được tạo ra hoặc được tiết lộ trong tổ tụng trọng tài phải được bảo mật. Tài liệu được đưa ra nhằm mục đích giải quyết tranh chấp tại trọng tài phải bảo mật, vì đây là nội dung được ngầm hiểu khi các bên có thỏa thuận lựa chọn trọng tài thay vì tổ tụng tại tòa án. Nghĩa vụ bảo mật cũng áp dụng với các bản biên hộ, lập luận, biên bản, các chứng cứ và lời khai của nhân

chứng”⁷. Nếu cho phép công khai các tài liệu trên cho bên thứ ba, thì sẽ làm thay đổi tính chất “tư” của trọng tài.

Tuy nhiên, các phán quyết được bảo mật, trừ trường hợp sử dụng để thực thi hoặc khiếu nại về phán quyết trọng tài. Nghĩa vụ bảo mật các bản biên hộ, lập luận, biên bản, các chứng cứ và lời khai của nhân chứng cũng có ngoại lệ, đó là khi cần thiết để bảo vệ lợi ích hợp pháp của một bên tranh chấp, của trọng tài hoặc thiết lập quyền với bên thứ ba⁸.

Hiện nay, các phán quyết của trọng tài, của tòa án các quốc gia liên quan đến Công ước Viên năm 1980 của Liên hợp quốc về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế (CISG) được công bố rất nhiều trên website chính thức của Ủy ban của Liên hợp quốc về luật thương mại quốc tế (UNCITRAL)⁹ và của Đại học Pace (Hoa Kỳ)¹⁰. Song, phán quyết của trọng tài tại Vương quốc Anh không được công khai. Trên website của UNCITRAL có 22 phán quyết của tòa án Vương quốc Anh¹¹, không có phán quyết trọng tài nào được công bố. Và trên website của Đại học Pace (Hoa Kỳ) chỉ có 07 phán quyết của tòa án Vương quốc Anh¹².

Trên thực tế, Tòa trọng tài quốc tế London (London Court of International Arbitration - LCIA) là một trung tâm trọng tài nổi tiếng tại Vương quốc Anh, được thành lập từ năm 1883, cũng tuân thủ tuyệt đối “tính bảo mật”. Trên website chính thức của mình¹³, LCIA chỉ công khai các quyết định giải quyết khiếu nại (Challenge) về phán quyết trọng tài. Đến ngày

⁵ The National Archives, “Arbitration Act 1996”, xem tại: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23> (truy cập ngày 05/10/2018)

⁶ Nơi tiến hành trọng tài được xác định theo Section 3 (The seat of the arbitration) của Luật trọng tài năm 1996.

⁷ Daniel R. Bennett, Q.C. and Madeleine A. Hodgson, “Confidentiality in Arbitration: A Principled Approach”, McGill Journal of Dispute resolution, VOL 3 (2016-2017), p.104, xem tại: <http://www.mjdr-rrdm.ca/law/wp-content/uploads/2017/02/Bennett-Hodgson.pdf> (truy cập ngày 05/10/2018).

⁸ Như trên.

⁹ Xem tại: <http://www.uncitral.org/> (truy cập ngày 05/10/2018).

¹⁰ Xem tại: <http://cisgw3.law.pace.edu/> (truy cập ngày 05/10/2018).

¹¹ UNCITRAL, http://www.uncitral.org/clout/search.jsp?f=en%23cloutDocument.country-ref0_s%3aUnited%5c+Kingdom%5c+of%5c+Great%5c+Britain%5c+and%5c+Northern%5c+Ireland (truy cập ngày 05/10/2018).

¹² Pace Law School, Pace University, “CISG Database - Country Case Schedule”, xem tại: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html> (truy cập ngày 05/10/2018)

¹³ Xem tại: <http://www.lcia.org/> (truy cập ngày 05/10/2018).



05/10/2018, có danh sách của 32 quyết định¹⁴. Trong các quyết định này, chỉ có phần tóm tắt ngắn gọn về vụ tranh chấp liên quan theo trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp. Phần tóm tắt này không phải phán quyết trọng tài, không nêu nội dung vụ tranh chấp và dài khoảng 01 đến 03 trang.

2. “Tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài tại Hoa Kỳ

Đạo luật cơ bản quy định về trọng tài tại Hoa Kỳ là Luật trọng tài liên bang Hoa Kỳ (US Federal Arbitration Act - FAA)¹⁵. Đạo luật này cũng không quy định về “tính bảo mật” của trọng tài. Và thực tiễn xét xử tại tòa án của Hoa Kỳ lại trái ngược với thực tiễn của Vương quốc Anh. Tòa án tại Hoa Kỳ cho rằng, thỏa thuận giải quyết tranh chấp tại trọng tài không được hiểu là thỏa thuận về tính bảo mật của trọng tài¹⁶. Nói chung, các vấn đề về quyền riêng tư và bảo mật phụ thuộc vào thỏa thuận của các bên và bất kỳ điều khoản nào trong các quy tắc trọng tài được các bên lựa chọn.

Trong Quy tắc đạo đức nghề nghiệp (AAA Statement of Ethical Principles) do Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ (American Arbitration Association - AAA) ban hành có quy định về “tính bảo mật” (Confidentiality):

“Thủ tục tố tụng trọng tài là một quy trình không công khai. Các nhân viên của AAA có nghĩa vụ đạo đức về bảo mật thông tin. Tuy nhiên, AAA không can thiệp việc liệu các bên nên hoặc không nên thỏa thuận về bảo mật thủ tục và phán quyết trọng tài giữa họ hay không. Các bên luôn có quyền tiết lộ thông tin, trừ khi họ có thỏa thuận bảo mật (confidentiality agreement) cụ thể”¹⁷.

Và “Trọng tài được bảo mật nếu các bên tranh chấp thỏa thuận như vậy, theo các quy tắc

và thủ tục của AAA được công bố trên website chính thức và trong ấn phẩm do AAA phát hành”¹⁸.

Theo đó, Quy tắc đạo đức nghề nghiệp của Hiệp hội trọng tài Hoa Kỳ cũng đồng nhất với Luật trọng tài liên bang Hoa Kỳ. Giải quyết tranh chấp tại trọng tài được thừa nhận có có “tính bảo mật”. Nhưng chỉ khi các bên có thỏa thuận bảo mật thì thủ tục và phán quyết trọng tài giữa họ mới được bảo mật.

3. “Tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài tại Trung Quốc

Tại Trung Quốc, văn bản trực tiếp điều chỉnh hoạt động trọng tài là Luật trọng tài năm 1994 (Arbitration Law 1994)¹⁹. Văn bản này quy định về “tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài tại Điều 40 như sau: *“Trọng tài phải được tiến hành không công khai. Nếu các bên đồng ý tiến hành công khai, trọng tài có thể công bố các thông tin của vụ tranh chấp, trừ các thông tin liên quan đến bí mật của Nhà nước”.*

Thực tế, các trung tâm trọng tài có thể tự quy định vấn đề này trong Quy tắc trọng tài của mình. Ví dụ, Ủy ban Trọng tài kinh tế và thương mại quốc tế Trung Quốc (China International Economic and Trade Arbitration Commission - CIETAC) đã ban hành Quy tắc trọng tài (Arbitration Rules) của mình và trong đó có quy định về tính bảo mật tại Điều 38:

“1. Phiên họp xét xử của trọng tài là họp kín. Trong trường hợp cả hai bên yêu cầu phiên xét xử công khai, thì Hội đồng trọng tài sẽ ra quyết định.

2. Đối với trường hợp họp kín, các bên và đại diện của họ, trọng tài viên, nhân chứng, thông dịch viên, chuyên gia, người thẩm định do Hội đồng trọng tài bổ nhiệm và những người liên

¹⁴ LCIA, “Challenge Decision Database”, xem tại: <http://www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx> (truy cập ngày 05/10/2018).

¹⁵ Legal Information Institute, Cornell Law School, “U.S. Code: Title 9 – ARBITRATION”, xem tại: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9> (truy cập ngày 05/10/2018)

¹⁶ Daniel R. Bennett, Q.C. and Madeleine A. Hodgson, “Confidentiality in Arbitration: A Principled Approach”, McGill Journal of Dispute Resolution, VOL 3 (2016-2017), p.106, xem tại: mjrdr-rrdm.ca/law/wp-content/uploads/2017/02/Bennett-Hodgson.pdf (truy cập ngày 05/10/2018)

¹⁷ AAA, “Statement of Ethical Principles”, xem tại: <https://www.adr.org/StatementofEthicalPrinciples> (truy cập ngày 05/10/2018)

¹⁸ Như trên.

¹⁹ Xem tại: <https://www.jus.uio.no/lm/china.arbitration.law.1994/> (truy cập ngày 05/10/2018)

*quan khác không tiết lộ cho bất kỳ người ngoài nào thông tin hoặc các vấn đề về thủ tục liên quan đến vụ tranh chấp*²⁰.

Thực tế, CIETAC thường công bố rộng rãi các phán quyết giải quyết tranh chấp của mình. Tuy nhiên, họ vẫn tuân thủ nguyên tắc bảo mật, trước khi công bố, tất cả các phán quyết của CIETAC đều được chỉnh sửa, tránh việc người đọc có thể tự xác định được danh tính các bên tranh chấp. Đồng thời, như một quy tắc chung, những phán quyết đã ban hành được đủ ba năm thì CIETAC mới cho phép công bố. Thậm chí, có tác giả còn nhận định “CIETAC là một trong những trung tâm trọng tài đi đầu về việc minh bạch các phán quyết, theo nghĩa, CIETAC đã chia sẻ với cộng đồng thương mại thế giới những văn bản đầy đủ của phán quyết liên quan đến luật về hợp đồng mua bán hàng hóa quốc tế, nhiều hơn bất kỳ một tổ chức trọng tài nào khác”²¹. Trên website của Đại học Pace (Hoa Kỳ), số phán quyết của CIETAC liên quan đến CISG đã được tập hợp và thống kê lên đến 321 phán quyết²².

4. “Tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế bằng trọng tài tại Việt Nam

Tại Việt Nam, mặc dù không sử dụng thuật ngữ “tính bảo mật”, song cũng có thể khẳng định tính bảo mật có được quy định trong pháp luật trọng tài. Cụ thể, Luật trọng tài thương mại năm 2010 quy định tại:

- Khoản 4 Điều 4. Nguyên tắc giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài ghi nhận: “*Giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác*”.

- Khoản 1 Điều 55. Thành phần, thủ tục phiên họp giải quyết tranh chấp quy định: “*Phiên họp*

giải quyết tranh chấp được tiến hành không công khai, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác”.

Nhưng tiến hành không công khai không đồng nghĩa với việc mọi thông tin được đưa ra trao đổi giữa các bên trong quá trình giải quyết tranh chấp phải được giữ bí mật.

Ngoài ra, Luật trọng tài thương mại năm 2010 chỉ quy định về nghĩa vụ đối với trọng tài viên tại Điều 21 về vấn đề bảo mật: “...3. *Từ chối cung cấp các thông tin liên quan đến vụ tranh chấp...5. Giữ bí mật nội dung vụ tranh chấp mà mình giải quyết, trừ trường hợp phải cung cấp thông tin cho cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật...7. Tuân thủ quy tắc đạo đức nghề nghiệp*”. Mà không có quy định với các chủ thể khác cũng tham gia phiên xét xử của trọng tài, như các bên tranh chấp, chuyên gia, người làm chứng hoặc luật sư.

Các văn bản hướng dẫn thi hành Luật trọng tài thương mại năm 2010 như Nghị định số 63/2011/NĐ-CP của Chính phủ ban hành ngày 28 tháng 07 năm 2011 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật trọng tài thương mại và Nghị quyết số 01/2014/NQ-HĐTP của Hội đồng thẩm phán tòa án nhân dân tối cao ban hành ngày 20 tháng 3 năm 2014 hướng dẫn thi hành một số quy định của Luật trọng tài thương mại cũng không có quy định cụ thể hơn về việc “giải quyết tranh chấp bằng Trọng tài được tiến hành không công khai” là như thế nào? và “trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác” là thỏa thuận gì?

Song thực tế tại Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC)²³, tính bảo mật của giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế tại trọng tài được trung tâm này quy định trong Quy tắc tổ tụng trọng tài năm 2017²⁴ và Quy tắc đạo đức của Trọng tài viên Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt

²⁰ CIETAC, “Arbitration Rules”, xem tại: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=106&l=en> (truy cập ngày 05/10/2018)

²¹ See Kritzer, Albert (2008), “Application and Interpretation of the CISG in the P.R. of China - Progress in the Rule of Law in China”, in (40) Uniform Commercial Code Law Journal 2 at 261 to 268.

²² CIETAC Arbitration Awards, First 321 CISG Case Translations, xem tại: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/CIETAC-awards.html> (truy cập ngày 05/10/2018). Lưu ý: Đây không phải con số chính xác, bởi không phải phán quyết nào cũng được trọng tài công bố.

²³ Là tổ chức độc lập, uy tín và lâu đời nhất tại Việt Nam về giải quyết tranh chấp bằng trọng tài và hòa giải.

²⁴ VIAC, “Quy tắc tổ tụng trọng tài năm 2017”, xem tại: <http://viac.vn/quy-tac-to-tung-trong-tai/viac-quy-tac-to-tung-trong-tai-nam-2017-a733.html> (truy cập ngày 05/10/2018)



Nam năm 2015²⁵ nhưng chỉ áp dụng với trọng tài viên. Thêm vào đó, Trung tâm trọng tài này cũng đã công bố ấn phẩm “50 phán quyết trọng tài quốc tế chọn lọc” trên cơ sở các phán quyết tại Trung tâm và công bố trên website chính thức²⁶.

5. Một số bình luận và kiến nghị nhằm thực thi hiệu quả “tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp bằng trọng tài tại Việt Nam

Thực tiễn quy định và áp dụng “tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế tại trọng tài của Vương quốc Anh, Hoa Kỳ và Trung Quốc nêu trên cho thấy:

Thứ nhất, “tính bảo mật” đều được thừa nhận là một trong những đặc điểm của trọng tài, cũng là ưu điểm so với cơ chế giải quyết tranh chấp tại tòa án quốc gia.

Thứ hai, có hai cách tiếp cận về nội dung của “tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế tại trọng tài:

(i) Cách tiếp cận thứ nhất: “tính bảo mật” phải được tuân thủ tuyệt đối bởi các bên tranh chấp, trọng tài viên, người làm chứng và các chuyên gia tham gia tố tụng trọng tài; tất cả tài liệu được tạo ra hoặc được tiết lộ trong tố tụng trọng tài phải được bảo mật; và các bên không cần thiết phải thỏa thuận về vấn đề bảo mật, bởi nội dung này sẽ được ngầm hiểu khi các bên có thỏa thuận lựa chọn trọng tài;

(ii) Cách tiếp cận thứ hai: “tính bảo mật” sẽ không được mặc nhiên thừa nhận khi các bên thỏa thuận lựa chọn trọng tài. Tính bảo mật khi giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế tại trọng tài có được tuân thủ hay không phụ thuộc vào thỏa thuận của các bên và bất kỳ điều khoản nào trong các quy tắc trọng tài được các bên lựa chọn.

Thứ ba, nhiều trung tâm trọng tài công bố rộng rãi các phán quyết của mình. Song, khi công bố, các trung tâm vẫn phải tuân thủ “tính bảo mật”, bằng cách: trước khi công bố, các phán quyết sẽ được chỉnh sửa, tránh việc người đọc có thể tự xác định được danh tính các bên tranh chấp. Đồng thời, những phán quyết đã ban hành được

một thời gian đủ dài mới được công bố (tại CIETAC, thời gian này là đủ ba năm, kể từ khi ban hành).

Về “tính bảo mật” trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế tại trọng tài của Việt Nam như đã nêu cũng chưa thể hiện rõ là theo cách tiếp cận nào trong hai cách tiếp cận được trình bày ở trên. Do đó, để đảm bảo chắc chắn hơn về các thông tin, tài liệu được cung cấp trong quá trình giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế tại trọng tài Việt Nam được “bảo mật” từ phía trọng tài viên, và tất cả các chủ thể khác tham gia giải quyết tranh chấp, tác giả đưa ra hai đề xuất:

Một là, các bên tranh chấp nên có thêm một “thỏa thuận bảo mật” cùng với “thỏa thuận trọng tài”. Nội dung của thỏa thuận bảo mật có thể được hỗ trợ soạn thảo bởi điều khoản mẫu của các trung tâm trọng tài;

Hai là, đảm bảo khả năng thực thi “tính bảo mật” khi các bên muốn giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế tại trọng tài không công khai bằng cách hướng dẫn và quy định chi tiết Khoản 4 Điều 4 Luật trọng tài thương mại năm 2010 theo hướng: Đối với trường hợp có thỏa thuận bảo mật, các bên và đại diện của họ, trọng tài viên, người làm chứng, thông dịch viên, chuyên gia, người thẩm định và những người liên quan khác không tiết lộ bất kỳ thông tin nào, cũng như các vấn đề về thủ tục liên quan đến vụ tranh chấp.

Ngoài ra, việc các phán quyết do trọng tài ban hành được công khai cũng có mặt tích cực là góp phần làm phong phú thêm một nguồn luật giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế, đó là án lệ quốc tế. Các án lệ này không chỉ đảm bảo tính nhất quán trong áp dụng pháp luật, mà còn tạo ra tính có thể dự đoán trước về mặt pháp lý khi tham gia giải quyết tranh chấp tại trọng tài. Vì vậy, khi quy định về “tính bảo mật”, pháp luật trọng tài của Việt Nam cũng cần xác định thêm về giới hạn bảo mật đối với việc công bố phán quyết trọng tài./.

²⁵ VIAC, “Quy tắc đạo đức của Trọng tài viên Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam năm 2015”, xem tại: <http://viac.vn/quy-tac-dao-duc-trong-tai-vien-c157.html> (truy cập ngày 05/10/2018)

²⁶ Xem tại: <http://viac.vn/an-pham/50-phan-quyet-trong-tai-quoc-te-chon-loc-a178.html> (truy cập ngày 05/10/2018)

MỐI QUAN HỆ GIỮA QUYỀN ĐƯỢC CƯ TRÚ VÀ QUYỀN LAO ĐỘNG CỦA NGƯỜI NƯỚC NGOÀI THEO PHÁP LUẬT NHẬT BẢN VÀ BÀI HỌC KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Đoàn Thị Phương Diệp¹

Tóm tắt: Mặc dù có bối cảnh kinh tế, xã hội khá khác biệt với Việt Nam (Việt Nam có tỷ lệ sinh cao, thị trường lao động dồi dào), tuy nhiên chính sách chung của Nhật Bản đối với việc tiếp nhận lao động nước ngoài khá tương đồng với Việt Nam ở chỗ, Nhật Bản khá e dè với việc tiếp nhận lao động nhập cư là lao động phổ thông, trong khi lại mở rộng cửa chào đón lao động trình độ chuyên môn, kỹ thuật cao. Đặc biệt, trong hệ thống pháp luật Nhật Bản, giữa quy định về nhập cảnh, cư trú của người nước ngoài và vấn đề lao động tìm kiếm thu nhập lại có một mối quan hệ khá chặt chẽ, mang tính logic. Với những đặc biệt và tương đồng như vậy, chúng tôi cho rằng, việc nghiên cứu pháp luật Nhật Bản trong lĩnh vực này sẽ là một sự chuẩn bị tốt cho các quan hệ về lao động trong tương lai, cũng như có thể rút ra được những kinh nghiệm cần thiết cho pháp luật Việt Nam.

Bài viết được thực hiện với mục đích giới thiệu, thứ nhất là mối quan hệ giữa quyền cư trú và quyền lao động của lao động nước ngoài tại Nhật Bản; thứ hai, trên cơ sở các phân tích này có thể rút ra được một số bài học kinh nghiệm cho pháp luật Việt Nam.

Từ khóa: Lao động nước ngoài, lao động nhập cư, cư trú

Nhận bài: 25/11/2018; Hoàn thành biên tập: 15/12/2018; Duyệt đăng: 17/01/2019.

Abstract: Despite having the economic and social context which is quite different from Vietnam (Vietnam has a high birth rate, plentiful labor market), however, the general policy of Japan for the reception of foreign workers is similar to Vietnam in that Japan is cautious with the reception of migrant laborers who are common laborers, while opening door welcoming workers with high technical qualifications. In particular, in the Japanese legal system, there is a relatively close, logistical relationship between the entry requirements, the residence of foreigners and the income-earning employment problem. With such special features and similarities, we believe that the study of Japanese law in this area will be a good preparation for future labor relations as well as experience drawn for Vietnamese law.

The paper is intended for introduction: firstly, the relationship between the right of residence and the right to employment of foreign workers in Japan; secondly, basing on this analysis to draw some lessons for the Vietnamese law.

Keywords: foreign workers, migrant workers, reside

Date of receipt: 25/11/2018; Date of revision: 15/12/2018; Date of approval: 17/01/2019.

1. Mối quan hệ giữa quyền cư trú và quyền lao động của người lao động nước ngoài tại Nhật Bản

Với thực tế là tỷ lệ sinh thấp và dân số già hoá, Nhật Bản đã và đang luôn luôn là một thị trường lao động tiềm năng thu hút lao động nước ngoài để đáp ứng nhu cầu thiếu hụt lao động, đặc biệt là nhóm lao động phổ thông². Tính đến khoảng cuối

năm 2016, tổng số lao động nhập cư tại Nhật Bản là 2,3 triệu, trong số đó dẫn đầu về số lượng là người Trung Quốc (27% lao động nhập cư), tiếp theo là Hàn Quốc (chiếm 25,5% lao động nhập cư)³. Lao động Việt Nam làm việc tại Nhật Bản chiếm số lượng hiện tại khoảng 72.000 người, chiếm vị trí thứ tư về số lượng trong thống kê lao động nhập cư tại Nhật Bản và có một sự gia tăng

¹ Tiến sỹ, Trường Đại học Kinh tế-Luật, Đại học Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh.

² Thuật ngữ pháp lý tiếng Anh dùng từ unskilled

³ Số liệu thống kê của Trung tâm lao động nhập cư Châu Á (ASIAN Migrant Centre), <https://www.asianmigrantcentre.org/japan>, Truy cập ngày 18/8/2018



đáng kể (36,1% về số lượng) do số lượng sinh viên và thực tập sinh kỹ thuật ngày càng tăng do các công ty Nhật Bản đầu tư vào nước này tăng lên⁴.

Vấn đề nhập cảnh, cư trú và lao động luôn được xem là có mối quan hệ mật thiết với nhau trong cách nhìn nhận về chính sách và pháp luật của Nhật Bản, theo đó, một người nước ngoài nếu được phép nhập cảnh và cư trú thì có thể có hoặc không có quyền được lao động- làm việc. Trên tinh thần và logic như vậy, vấn đề làm việc của lao động nước ngoài lại được quy định trong Luật về kiểm soát nhập cảnh và tị nạn (Immigration Control and Refugee Recognition Act) chứ không phải được quy định bởi luật lao động như ở Việt Nam hiện nay.

Phù hợp với thông lệ quốc tế, có hai nguyên tắc được đề cập trong việc xây dựng các quy định của pháp luật Nhật Bản về nhập cư và lao động, đó là nguyên tắc về hội nhập kinh tế và giữ quyền kiểm soát nhập cư- quyền năng được cho phép thuộc về nước chủ nhà theo thông lệ quốc tế⁵. Trên tinh thần các nguyên tắc này, một mặt với xu thế chung về hội nhập kinh tế, việc mở cửa trong hợp tác kinh tế, khoa học, pháp lý... Hay mở cửa đón nhận lao động nước ngoài là một yêu cầu mang tính quốc tế để có thể mở rộng các quan hệ hợp tác trên tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội, góp phần tiến tới đạt được những chuẩn mực chung của thế giới trong các lĩnh vực này. Mặt khác, tồn tại song song với yêu cầu mở cửa giao lưu quốc tế, các quốc gia vẫn cần giữ những tiêu chuẩn riêng làm nên sự khác biệt của quốc gia mình. Sự khác biệt này giúp bảo tồn những di sản, nét văn hoá... của dân tộc, mặt khác cũng giúp ngăn chặn những ảnh hưởng tiêu cực từ làn sóng hội nhập, đặc biệt là từ lao động di cư. Yêu cầu này đặt ra trên thực tế sự cần thiết phải kiểm soát việc nhập cảnh, cư trú và làm việc của lao động nước ngoài bằng việc đặt ra những điều kiện mà chỉ khi đạt được những điều kiện đó người nước ngoài mới được phép nhập cảnh, cư trú và làm

việc. Các điều kiện này được quy định khá cụ thể trong pháp luật Việt Nam tại Khoản 1 Điều 169 Bộ luật lao động năm 2012:

“Lao động là công dân nước ngoài vào làm việc tại Việt Nam phải có đủ các điều kiện sau đây:

- a) Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ;
- b) Có trình độ chuyên môn, tay nghề và sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc;
- c) Không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài;
- d) Có giấy phép lao động do cơ quan nhà nước có thẩm quyền của Việt Nam cấp, trừ trường hợp theo quy định tại Điều 172 của Bộ luật này”.

Trong đó riêng về điều kiện đề cấp giấy phép lao động tại Điều 9 Nghị định 11/2016/CP về lao động nước ngoài có quy định “Điều kiện đề cấp giấy phép lao động:

- Có năng lực hành vi dân sự đầy đủ theo quy định của pháp luật.
- Có sức khỏe phù hợp với yêu cầu công việc.
- Là nhà quản lý, giám đốc điều hành, chuyên gia hoặc lao động kỹ thuật.
- Không phải là người phạm tội hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật Việt Nam và pháp luật nước ngoài.
- Được chấp thuận bằng văn bản của cơ quan nhà nước có thẩm quyền về việc sử dụng người lao động nước ngoài”.

Trong khi đó theo quy định của Luật kiểm soát nhập cảnh và tị nạn, vấn đề cơ bản liên quan đến nhập cảnh, cư trú và làm việc đó chính là tình trạng cư trú (statuses of residence). Cụ thể theo quy định tại Khoản 2 Điều 2 Luật này “Một công dân nước ngoài có thể cư trú tại Nhật Bản chỉ khi có được địa vị cư trú được cấp, được xác định bởi sự cho phép nhập cảnh, sự cho phép đạt được hoặc sự cho phép đối với bất kỳ thay đổi nào, trừ trường hợp được quy định trong luật kiểm soát nhập cư và tị nạn hoặc các luật khác”. Trên tinh

⁴ Số liệu thống kê của Trung tâm lao động nhập cư Châu Á (ASIAN Migrant

⁵ Hayakawa Chizuko, Japan’s Recent Developments in Immigration Law and Policy: Reform on the Admission System of Highly Skilled Professionals, Technical Interns, and Domestic Workers, tr.3, Saga University, <https://www.ilera2015.com/dynamic/full/IL118.pdf>, truy cập ngày 19/8/2018

thần của quy định này, Luật kiểm soát nhập cư và tị nạn xác định các tình trạng cư trú khác nhau, tùy thuộc vào mỗi tình trạng cư trú mà người nhập cư được thực hiện các công việc. Cụ thể có các tình trạng cư trú được liệt kê với các hoạt động cụ thể như sau⁶:

Thứ nhất, tình trạng cư trú được xác định theo phạm vi hoạt động. Đây là nhóm tình trạng cư trú được phép làm việc trong phạm vi hoạt động của loại thị thực. nhóm này được làm tất cả các công việc trong khuôn khổ loại công việc được cấp theo thị thực của họ. Cụ thể là: Nhân viên ngoại giao; Viên chức; Giáo sư; Người hoạt động nghệ thuật; Phóng viên, người hoạt động tôn giáo; Nhóm lao động có trình độ cao nhập cảnh vào Nhật Bản (bao gồm dịch vụ kế toán, pháp lý, kỹ sư, nhà nhân loại học, quản trị kinh doanh, thực tập kỹ thuật...)

Thứ hai, nhóm thị thực chỉ được phép làm việc khi xin phép: thị thực đi học, thị thực du lịch, người phụ thuộc, hoạt động văn hoá.

Thứ ba, nhóm thị thực được quyền làm bất cứ công việc nào: người cư trú thường xuyên; vợ, chồng hoặc con của người có quốc tịch Nhật Bản; vợ, chồng, con của người có thị thực cư trú thường xuyên; cư trú dài hạn.

Từ thống kê trên có thể thấy, các loại tình trạng cư trú cho phép làm việc bao gồm “Cư trú thường xuyên”, “Vợ/chồng hoặc con của người có quốc tịch Nhật Bản”, “Vợ/chồng hoặc con của người cư trú thường xuyên” và “Cư trú dài hạn”. Những trạng thái này được trao dựa trên nhận dạng hoặc vị trí của người nộp đơn và những người được trao các tình trạng cư trú này có thể làm bất kỳ loại công việc nào. Người lao động gốc Nhật Bản (gọi là Nikkei-Jin, là những người Nhật định cư ở nước ngoài) được đối xử khác với những người nước ngoài khác và họ không bị giới hạn về loại công việc họ có thể làm, thậm chí họ có thể làm các việc lao động phổ thông vì họ cùng

địa vị cư trú với tư cách là “Vợ/chồng hoặc con của người có quốc tịch Nhật Bản” hoặc “Cư trú dài hạn”.

Người nước ngoài khác với những đối tượng nói trên được phép nhập cảnh và làm việc tại Nhật Bản nếu họ có kỹ năng chuyên môn, nhưng chính sách nhập cư quy định rằng lao động không có kỹ năng không được phép nhập cảnh và do đó phạm vi hoạt động mà công dân nước ngoài có thể tham gia được xác định theo tình trạng của họ cư trú. Các loại tình trạng cư trú cho phép làm việc bị hạn chế đối với những người lao động có trình độ, kỹ năng chuyên môn cao như “Kỹ sư/Nhà nhân loại học, Dịch vụ Quốc tế”, cũng như “Ngoại giao”, “Giáo sư” và các đầu việc khác. Ngoài ra, người nước ngoài cũng có thể được trao tình trạng cư trú đặc biệt cho các “Hoạt động được chỉ định”, theo đó phạm vi làm việc của người này được xác định bởi Bộ trưởng Bộ Tư pháp. Các loại tình trạng cư trú khác như “Sinh viên” chỉ cho phép có các hoạt động trong phạm vi được phép với tư cách là sinh viên. Bằng cách này, Đạo luật kiểm soát nhập cư sử dụng tình trạng của hệ thống cư trú để hạn chế làm việc của công dân nước ngoài.

Như vậy, nhìn một cách tổng thể có thể thấy, giữa tình trạng cư trú (thị thực nhập cảnh) của người nước ngoài vào Nhật Bản và quyền được làm việc để tìm kiếm thu nhập của họ có sự liên quan mật thiết với nhau. Hay có thể nói tình trạng cư trú sẽ quyết định người nước ngoài có quyền được làm việc hay không. Ở góc độ tổng thể có thể thấy theo Luật về kiểm soát nhập cảnh, cư trú và tị nạn xác định có ba tình trạng cư trú cơ bản như sau:

Thứ nhất, tình trạng cư trú được làm tất cả các công việc như công dân Nhật Bản (cho hai loại tình trạng, cư trú thường xuyên hay, cư trú dài hạn, vợ/chồng hoặc con của người có quốc tịch Nhật Bản hoặc vợ/chồng hoặc con của người cư trú thường xuyên.

⁶ Bảng thống kê của tác giả Hazakawa Chizuko trên cơ sở Phụ lục về Danh mục tình trạng cư trú ban hành kèm theo Luật về kiểm soát nhập cư và tị nạn của Nhật Bản, Japan's Recent Developments in Immigration Law and Policy: Reform on the Admission System of Highly Skilled Professionals, Technical Interns, and Domestic Workers, trang 5, Saga University, <https://www.ilera2015.com/dynamic/full/IL118.pdf>, truy cập ngày 19/8/2018



Thứ hai, tình trạng cư trú cho phép người nước ngoài được làm việc một cách có giới hạn để tìm kiếm thu nhập trong khuôn khổ các hoạt động được xác định bởi thị thực nhập cảnh (lao động trình độ cao, giáo sư, phóng viên, nghệ sỹ...)

Thứ ba, nhóm người nước ngoài được cấp thị thực không được phép làm việc (sinh viên, người thực hiện các hoạt động văn hoá, người phụ thuộc⁷...). Mặc dù không được phép làm việc theo tình trạng thị thực nhập cảnh, tuy nhiên Luật kiểm soát cư trú và tị nạn cho phép nhóm chủ thể này có thể được làm việc sau khi được cấp giấy phép làm việc (permit work) được cấp bởi Văn phòng di trú (Immigration Office).

Tóm lại, trên cơ sở tổng thể các quy định của Luật kiểm soát nhập cảnh, cư trú và tị nạn Nhật Bản, có thể thấy Luật về kiểm soát xuất nhập cảnh và tị nạn sử dụng tình trạng cư trú không chỉ để xác định phạm vi nhập cư của người nước ngoài, mà còn để hạn chế công việc của người nước ngoài khi cư trú tại Nhật Bản. Với cách quy định này quyền được làm việc của lao động nước ngoài được quyết định bởi tình trạng cư trú. Đây là điểm khác biệt với pháp luật Việt Nam hiện nay liên quan đến việc quản lý lao động nước ngoài. Mặt khác, trong bối cảnh thiếu hụt lao động như hiện nay do cơ cấu dân số già, Nhật sẽ phải thay đổi các quy định theo hướng nới lỏng nhập cảnh lao động, mở rộng phạm vi làm việc, gia hạn thời gian thị thực thậm chí trao nhiều quyền cho người được cấp thị thực (ví dụ quyền được mang theo người thân trong gia đình). Sự khác biệt về điều kiện kinh tế, văn hoá, xã hội giữa Việt Nam và Nhật Bản chắc chắn sẽ dẫn đến sự khác biệt trong các quy định của pháp luật. Tuy nhiên vẫn có thể xem xét và sử dụng vài kinh nghiệm pháp lý của Nhật Bản để có thể vận dụng và hoàn thiện hơn các quy định của pháp luật Việt Nam.

2. Vấn đề kiểm soát lao động nước ngoài làm việc tại Việt Nam và kinh nghiệm rút ra từ thực tiễn pháp luật Nhật Bản

Khác với quy định của pháp luật Nhật Bản xem thị thực cư trú là cơ sở cho việc thực hiện quyền của người lao động nước ngoài muốn đến

và làm việc tại Nhật Bản, luật Việt Nam sử dụng giấy phép lao động như là công cụ cơ bản trong quản lý lao động nước ngoài.

Năm 2014 Việt Nam ban hành Luật nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh và cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam. Tuy nhiên, luật này thuần túy chỉ đề cập đến các quy định về điều kiện, quyền và nghĩa vụ của người nước ngoài khi nhập cảnh, quá cảnh hoặc cư trú tại Việt Nam mà hoàn toàn không đề cập đến quyền làm việc (lao động) của nhóm đối tượng này. Quy trình, thủ tục tuyển dụng lao động nước ngoài cũng như các điều kiện tuyển dụng lao động nước ngoài hiện nay được quy định bởi luật lao động mà cụ thể là Bộ luật lao động 2012, Nghị định số 11/2016/CP ngày 03/2/2016 về lao động nước ngoài tại Việt Nam và Thông tư 40/2016/TT-BLĐTBXH hướng dẫn Nghị định số 11/2016/CP nêu trên.

Trên tinh thần tổng thể các văn bản nói trên, một người lao động nước ngoài muốn đến làm việc tại Việt Nam phải tuân thủ hai nhóm điều kiện quy định tại Điều 169 Bộ luật lao động, trong đó điều kiện quan trọng nhất là phải có giấy phép lao động được cấp bởi Bộ Lao động- Thương binh và Xã hội hoặc Sở Lao động- Thương binh và Xã hội tùy từng trường hợp được quy định tại Khoản 1, 2 Điều 3 Thông tư số 40/2016/TT-BLĐTBXH. Giấy phép lao động được miễn với những đối tượng như là thành viên góp vốn hoặc là chủ sở hữu của công ty trách nhiệm hữu hạn, là thành viên Hội đồng quản trị của công ty cổ phần, là Trưởng văn phòng đại diện, dự án của tổ chức quốc tế, tổ chức phi chính phủ tại Việt Nam, vào Việt Nam với thời hạn dưới 03 tháng để thực hiện chào bán dịch vụ, là luật sư nước ngoài đã được cấp giấy phép hành nghề luật sư tại Việt Nam theo quy định của Luật luật sư, là học sinh, sinh viên học tập tại Việt Nam làm việc tại Việt Nam nhưng người sử dụng lao động phải báo trước 07 ngày với cơ quan quản lý nhà nước về lao động cấp tỉnh....Trên cơ sở giấy phép lao động người sử dụng lao động sẽ tiến hành các yêu cầu cấp thị thực cho lao động nước ngoài. Với thị thực này người lao động nước ngoài sẽ được phép vào làm việc tại Việt Nam.

Như vậy, giấy phép lao động hiện nay có thể nói là công cụ pháp lý để quản lý lao động nước ngoài trong việc vào Việt Nam làm việc (trừ những trường hợp không cần cấp giấy phép). Quy trình của pháp luật Việt Nam về lao động nước ngoài có vẻ đi ngược lại với quy trình của pháp luật Nhật Bản. Chúng tôi cho rằng sự khác biệt về quy trình của pháp luật Việt Nam so với pháp luật Nhật Bản không phải là sự yếu kém trong công tác xây dựng pháp luật bởi chính sách về nhập cư lao động có sự khác biệt ở mỗi quốc gia tùy thuộc vào các điều kiện tự nhiên, kinh tế và xã hội. Đặc biệt ở Nhật từ cuộc cải cách kinh tế từ nhiệm kỳ của Thủ tướng Shinzo Abe đã tác động mạnh mẽ đến chính sách đối với lao động nhập cư, có thể thấy rõ điều đó qua việc cho phép tiếp nhận thực tập kỹ thuật tại các doanh nghiệp ở Nhật Bản⁸. Tuy nhiên, từ quy trình của Nhật có thể xem xét để nếu có thể, cải thiện tốt hơn cho các quy định của pháp luật Việt Nam.

Với các quy định hiện tại, người lao động nước ngoài muốn vào Việt Nam làm việc sẽ qua hai lần kiểm soát, lần thứ nhất kiểm soát bằng việc cấp giấy phép lao động, lần thứ hai kiểm soát bằng việc cấp thị thực nhập cảnh. Hai lần kiểm soát này có mối quan hệ khá mật thiết với nhau, cụ thể, người lao động phải có giấy phép lao động thì mới được cấp thị thực. Có vẻ khá thừa về quy trình đối với việc kiểm soát lao động nhập cư. Bởi vì theo chúng tôi, để đạt được mục đích giới hạn, kiểm soát và quản lý lao động nước ngoài tại Việt Nam chỉ cần một lần cấp phép. Hoặc là cấp phép lao động, hoặc là cấp thị thực, tùy thuộc vào lựa chọn của nhà làm luật dựa trên tính hợp lý của việc thực hiện. Nếu chọn kiểm soát bằng giấy phép lao động chúng tôi cho rằng chỉ cần có giấy phép lao động người lao động nước ngoài đương nhiên được phép nhập cảnh và không cần phải tiến hành thủ tục cấp thị thực hoặc một thủ tục thị thực rút gọn. Nếu chọn kiểm soát bằng cấp thị thực thì thủ tục này là thủ tục kết hợp, cụ thể là cơ quan quản lý xuất nhập cảnh sẽ phải kiểm tra điều kiện tiếp nhận lao động nước ngoài và nếu các điều kiện đã thỏa mãn thì cấp thị thực lao động.

Chúng tôi cho rằng các cơ sở pháp lý hiện nay của Việt Nam khá thuận lợi cho việc chọn giải pháp thứ hai vì hiện tại Luật nhập cảnh, xuất cảnh, quá cảnh và cư trú của người nước ngoài tại Việt Nam đã có sự phân loại các loại thị thực, cụ thể là đã có loại thị thực lao động cấp riêng cho người lao động nước ngoài muốn vào làm việc tại Việt Nam. Việc chọn giải pháp thứ hai sẽ giúp rút ngắn (i) thời gian thực hiện các thủ tục cho việc tiếp nhận lao động nước ngoài, tiết kiệm thời gian cho doanh nghiệp, (ii) sẽ giúp tiết kiệm các chi phí quản lý do việc đơn giản hoá bộ máy quản lý nhà nước, phục vụ tốt hơn cho cải cách các thủ tục hành chính ở Việt Nam. Mặt khác, việc chỉ dừng lại ở một thủ tục kiểm soát lao động nước ngoài vào Việt Nam làm việc sẽ chấm dứt tình trạng trùng lặp về cấp phép (vì suy cho cùng quyền làm việc của người lao động nước ngoài có quan hệ mật thiết với quyền cư trú của họ), do đó việc yêu cầu có cả hai loại giấy phép (giấy phép lao động và thị thực nhập cảnh) là sự cấp phép trùng.

Việc thống nhất giữa quyền nhập cư và quyền làm việc bằng việc ghi nhận tình trạng thị thực mặc dù có nhiều ưu điểm như phân tích trên (cùng với một ưu điểm cũng quan trọng không kém đó là tính thống nhất trong các văn bản quy phạm pháp luật) cũng cần dự kiến một cơ chế kiểm soát nhập cảnh để đảm bảo các tình trạng nhập cảnh khác nhau thực hiện các quyền làm việc khác nhau phù hợp với dự kiến của pháp luật. Điều này cũng có nghĩa là thuận lợi sẽ đi cùng với những thách thức trong việc áp dụng pháp luật.

Chúng tôi cũng cho rằng, việc chỉ dừng lại ở một thủ tục cấp phép cho lao động nước ngoài hoàn toàn không ảnh hưởng gì đến chính sách nhập cư lao động bởi vì chính sách này (thể hiện ở việc mở rộng hay siết chặt lao động nhập cư) liên quan đến việc đặt ra và đảm bảo tuân thủ các điều kiện về cấp phép lao động chứ không liên quan đến quy trình tiếp nhận lao động nước ngoài.

Tóm lại, kiểm soát lao động nhập cư cho đến nay vẫn luôn là một yêu cầu đặt ra ở hầu hết các quốc gia do yêu cầu về an ninh, đảm bảo sự toàn



vện các giá trị văn hoá của dân tộc, đặc biệt là để bảo hộ lao động trong nước chống lại sự cạnh tranh trong việc tiếp cận với việc làm....Tuy nhiên, trong bối cảnh kinh tế hội nhập, các chính sách về lao động sẽ phải thay đổi để phù hợp hơn

với bối cảnh mới. Trong xu thế mở cửa này, các quy định của pháp luật Nhật Bản về kiểm soát lao động nhập cư có thể là một kinh nghiệm tốt cho Việt Nam trong công cuộc cải cách chính sách và pháp luật./.

⁷ Vợ/chồng hoặc người chung sống đi theo người lao động thuộc các nhóm được phép làm việc (nhóm thứ hai như giải thích trên).

⁸ Hazakawa Chizuko, tldd tr. 1.

ĐÀO TẠO CHUNG NGUỒN THẨM PHÁN, KIỂM SÁT VIÊN, LUẬT SƯ TẠI HỌC VIỆN TƯ PHÁP - THỰC TRẠNG VÀ TRIỂN VỌNG

(Tiếp theo trang 75)

Để những lớp đào tạo tiếp theo sẽ đạt được chất lượng, hiệu quả như mong đợi nhằm khẳng định hướng đi mới của một mô hình đào tạo chức danh tư pháp đầu tiên tại Việt Nam, thời gian sắp tới Học viện Tư pháp tập trung thực hiện các giải pháp sau đây:

- Tổ chức sơ kết hoạt động đào tạo chung nguồn Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư khóa 1; khảo sát ý kiến của giảng viên, học viên, người sử dụng lao động để đánh giá những ưu điểm, hạn chế của chương trình đào tạo, những thuận lợi, khó khăn trong quá trình triển khai đào tạo từ đó tiến hành chỉnh sửa, bổ sung chương trình đào tạo và rút kinh nghiệm trong tổ chức đào tạo;

- Tiếp tục phối hợp với Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân các cấp; Liên đoàn Luật sư Việt Nam, các tổ chức hành nghề luật sư để rà soát, lựa chọn đội ngũ giảng viên và tổ chức tập huấn giảng viên nhằm bảo đảm đội ngũ giảng viên đa dạng, vững vàng về kiến thức chuyên môn, kinh nghiệm thực tế và nghiệp vụ sư phạm;

- Thực hiện đồng bộ các giải pháp đặc biệt là tăng cường hiệu quả hoạt động phối hợp với Tòa án nhân dân, Viện kiểm sát nhân dân các cấp; Liên đoàn luật sư Việt Nam, các tổ chức hành nghề luật

sư để nâng cao chất lượng hoạt động kiến tập, thực tập của học viên;

- Tiếp tục hoàn thiện hệ thống hồ sơ, tài liệu theo hướng bổ sung các hồ sơ tình huống qua việc biên tập hồ sơ vụ án thực tế của một số vụ án phức tạp được giải quyết gần đây, bảo đảm hệ thống hồ sơ tình huống luôn cập nhật với các quy định pháp luật mới và thực tiễn tư pháp;

- Tăng cường đầu tư cơ sở vật chất cho hoạt động đào tạo của Học viện nói chung và hoạt động đào tạo chung nguồn bổ nhiệm Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư, trang bị một số phòng học đa chức năng có hệ thống ghi âm, ghi hình nhằm nâng cao hiệu quả đào tạo kỹ năng nghề nghiệp cho học viên.

Với việc thực hiện đồng bộ các giải pháp nêu trên, Học viện Tư pháp tin tưởng chất lượng đào tạo chung nguồn Thẩm phán, Kiểm sát viên, Luật sư sẽ được nâng cao hơn nữa, đáp ứng nhu cầu của người học và xã hội. Qua đó, Học viện Tư pháp sẽ góp phần tích cực vào việc thực hiện mục tiêu phát triển nguồn nhân lực tư pháp chất lượng cao, tăng cường và bổ sung hiệu quả cho nguồn tuyển dụng của các ngành Tòa án, Kiểm sát và nhu cầu phát triển đội ngũ Luật sư chuyên nghiệp, hiện đại, hội nhập quốc tế./.











