

ÁP DỤNG QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ THỰC HIỆN HOẠT ĐỘNG ĐO ĐẠC - VƯỚNG MẮC, BẤT CẬP VÀ ĐỀ XUẤT GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Thái Chí Bình¹

Tóm tắt: Đo đạc là một trong những hoạt động tố tụng mà Tòa án phải thực hiện khi giải quyết các tranh chấp có đối tượng là nhà, quyền sử dụng đất. Tuy nhiên, do Bộ luật tố tụng dân sự (BLTTDS) năm 2015 không quy định đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập nên phát sinh một số vướng mắc, bất cập, gây khó khăn cho Tòa án, cơ quan chuyên môn thực hiện công tác đo đạc như: cán bộ, công chức Tòa án, các cơ quan hữu quan nhận thức chưa đầy đủ về hoạt động đo đạc; chưa có giải pháp hữu hiệu khi có hành vi cản trở đo đạc; chưa có chế tài khi cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của Tòa án; trình tự, thủ tục thực hiện đo đạc chưa chặt chẽ, chưa thống nhất giữa các Tòa án, các địa phương... Chính vì lẽ đó, đòi hỏi cần nhìn nhận đúng tính chất của hoạt động đo đạc, là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập, tách khỏi hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ, qua đó, đề xuất bổ sung quy định mới, sửa đổi, bổ sung các quy định hiện hành có liên quan để giúp hoạt động đo đạc được tiến hành dễ dàng, phát huy giá trị của nó trên thực tế.

Từ khóa: Đo đạc, thu thập chứng cứ, Bộ luật tố tụng dân sự.

Nhận bài: 03/06/2019; Hoàn thành biên tập: 12/08/2019; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: Measurements are one of the procedural activities that the Court must take when resolving disputes that are objects of land and land use rights. However, because the 2015 Civil Procedure Code does not stipulate measurement is an independent collection of evidence, there are a number of difficulties and shortcomings, causing difficulties for the Court and professional agencies to implement measurements such as officials and civil servants of the Court, relevant agencies are not fully aware of the measurement activities; there is no effective solution when there are acts of obstructing measurement; there are no sanctions when surveying and measuring agencies do not implement, slowly implement or inadequately perform the Court's measurement requirements; the order and procedures for implementing procedures are not strict, not consistent between the courts, localities ... Therefore, it is necessary to consider the measurement as an independent activity of evidence collection, separating from on-site review and appraisal to supplement many new regulations, amend and supplement relevant current regulations to easily implement the measuring activities, promote its value in practice.

Keywords: Measuring, collecting evidence, procedural documents and civil procedure Code.

Date of receipt: 03/06/2019; Date of revision: 12/08/2019; Date of Approval: 27/02/2020.

Đối với những vụ án dân sự, hôn nhân gia đình, kinh doanh thương mại (sau đây được gọi chung là các vụ án dân sự) mà đối tượng tranh chấp là nhà, quyền sử dụng đất hay các giao dịch có đối tượng là nhà, quyền sử dụng đất, hay tranh chấp ranh giới giữa các bất động sản và một số tranh chấp khác có liên quan đến nhà, quyền sử dụng đất thì đo đạc là một trong thủ tục tố tụng

quan trọng mà Tòa án phải tiến hành. Hiện nay, để thực hiện thủ tục đo đạc làm căn cứ cho Tòa án giải quyết các loại vụ việc thì Tòa án dựa vào các quy định về thủ tục xem xét, thẩm định tại chỗ, một trong những hoạt động thu thập chứng cứ do BLTTDS năm 2015 quy định.

Tuy nhiên, việc áp dụng các quy định về xem xét, thẩm định tại chỗ để đo đạc đã phát sinh một

¹ Thạc sỹ, Tòa án nhân dân huyện Chợ Mới, tỉnh An Giang.



số vướng mắc, bất cập, gây khó khăn cho Tòa án, cơ quan chuyên môn thực hiện công tác đo đạc. Chính vì vậy, cần có cách nhìn nhận đúng tính chất của hoạt động đo đạc nhằm khắc phục khó khăn, vướng mắc, bất cập, phát huy giá trị của hoạt động đo đạc trong thực tiễn giải quyết các vụ án dân sự.

1. Việc áp dụng quy định pháp luật tố tụng dân sự để tiến hành hoạt động đo đạc

BLTTDS năm 2015 không có quy định riêng về hoạt động đo đạc. Khi cần đo đạc đất đai, cây trồng, vật kiến trúc trên đất, Tòa án có thẩm quyền áp dụng quy định về xem xét, thẩm định tại chỗ tại Điều 101 BLTTDS và các quy định pháp luật có liên quan để thực hiện. Cụ thể như sau:

- Về điều kiện để tiến hành đo đạc: Theo yêu cầu của đương sự hoặc khi xét thấy cần thiết, Tòa án thực hiện công tác đo đạc. Đây là hoạt động vô cùng quan trọng, kết quả của nó là các thông tin để Tòa án dựa vào đó ban hành phán quyết. Theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự, đương sự cũng có quyền, nghĩa vụ cung cấp sơ đồ, bản vẽ đối tượng tranh chấp để Tòa án kiểm tra, đánh giá, sử dụng giải quyết các vụ án dân sự. Tuy nhiên, thực tiễn xét xử cho thấy, khi giải quyết tranh chấp nhà, quyền sử dụng đất, nhất là trường hợp các bên yêu cầu phân chia bằng hiện vật, nếu thẩm phán chỉ nhìn trên sơ đồ, bản vẽ do đương sự cung cấp, không xuống xem xét, thẩm định tại chỗ dễ dẫn đến sai sót khi quyết định. Rất nhiều vụ án đã phải kháng nghị chỉ vì phân chia hiện vật không phù hợp với thực tế, có vụ đã chia đôi cả bàn thờ hoặc trên đất có cây cối, công trình kiến trúc nhưng do không xuống xem xét, thẩm định tại chỗ nên thẩm phán, Hội đồng xét xử không biết, không đề cập đến².

- Thẩm quyền tiến hành: Thẩm phán được phân công giải quyết vụ án ban hành văn bản tố tụng; cơ quan chuyên môn, cán bộ đo đạc thực hiện thủ tục đo đạc và cung cấp kết quả đo đạc là bản vẽ theo yêu cầu của Tòa án.

- Về trình tự, thủ tục tiến hành: Trên cơ sở nội dung vụ án, vấn đề cần phải giải quyết, thẩm

phán tự bản thân mình hoặc trình lãnh đạo Tòa án ban hành văn bản (thường là công văn) yêu cầu cơ quan chuyên môn đo đạc. Theo quy định tại Thông tư liên tịch số 15/2015/TTLT-BTNMT-BNV-BTC ngày 04/4/2015 của Bộ trưởng Bộ Tài nguyên và Môi trường, Bộ trưởng Bộ Nội vụ, Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn, cơ cấu tổ chức và cơ chế hoạt động của Văn phòng đăng ký đất đai trực thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường (sau đây được viết tắt là Thông tư liên tịch số 15/2015), cơ quan có thẩm quyền đo đạc hiện nay là Văn phòng đăng ký đất đai thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường các tỉnh (sau đây được viết tắt là Văn phòng đăng ký đất đai cấp tỉnh), Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai cấp huyện thuộc Văn phòng đăng ký đất đai cấp tỉnh (sau đây được gọi tắt là Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai cấp huyện). Đồng thời, ban hành văn bản (giấy giới thiệu) để đương sự có yêu cầu đo đạc ký hợp đồng đo đạc với cơ quan đo đạc. Thông thường, hợp đồng đo đạc chứa đựng thỏa thuận giữa các bên về diện tích quyền sử dụng đất, vật kiến trúc, cây trồng cần đo đạc; phí đo đạc; thời gian thực hiện việc đo đạc và thời gian trả kết quả.

Trên cơ sở thời gian đo đạc trong hợp đồng đo đạc, thẩm phán ban hành Quyết định xem xét, thẩm định tại chỗ chứa đựng nội dung tổ chức để cán bộ đo đạc đo đạc theo yêu cầu của Tòa án và Tòa án trực tiếp xem xét hiện trạng đối tượng được đo đạc làm căn cứ giải quyết vụ án. Đồng thời, thẩm phán ban hành văn bản (giấy báo, thông báo) thông báo cho đương sự, đại diện ủy ban nhân dân cấp xã (hoặc công an cấp xã hoặc cơ quan, tổ chức nơi có đối tượng cần xem xét, thẩm định), những người khác được mời tham gia việc xem xét, thẩm định biết và chứng kiến việc đo đạc.

Vào thời điểm đo đạc, Tòa án phải lập biên bản ghi nhận việc xem xét, thẩm định tại chỗ để cán bộ chuyên môn đo đạc. Biên bản phải ghi rõ kết quả xem xét, thẩm định, mô tả rõ hiện trường, có chữ ký của người xem xét, thẩm định và chữ

² Xem: Nguyễn Văn Cường, Trần Anh Tuấn, Đặng Thanh Hoa (chủ biên), *Bình luận khoa học Bộ luật tố tụng dân sự sửa đổi*, Nxb Lao động – Xã hội, năm 2012, tr.74-75.

ký hoặc điểm chỉ của đương sự nếu họ có mặt, của đại diện ủy ban nhân dân cấp xã (hoặc công an cấp xã hoặc cơ quan, tổ chức nơi có đối tượng được xem xét, thẩm định) và những người khác được mời tham gia việc xem xét, thẩm định. Sau khi lập xong biên bản, người xem xét, thẩm định phải yêu cầu đại diện ủy ban nhân dân cấp xã (hoặc Công an cấp xã hoặc cơ quan, tổ chức nơi có đối tượng được xem xét, thẩm định) ký tên và đóng dấu xác nhận.

Sau khi lập xong biên bản, phải yêu cầu đại diện ủy ban nhân dân cấp xã (hoặc công an cấp xã hoặc cơ quan, tổ chức nơi có đối tượng được xem xét, thẩm định) ký tên và đóng dấu xác nhận.

- Việc xử lý trường hợp có hành vi cản trở: BLTTDS năm 2015 nghiêm cấm mọi hành vi cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ, trong đó có hoạt động đo đạc. Trong trường hợp có hành vi cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ, thẩm phán có quyền đề nghị ủy ban nhân dân cấp xã, công an cấp xã nơi có đối tượng được xem xét, thẩm định tại chỗ hỗ trợ.

2. Những vướng mắc, bất cập khi áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đạc

Việc áp dụng quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đạc phát sinh một số vướng mắc, bất cập sau:

Thứ nhất, nhận thức của cán bộ, công chức Tòa án, các cơ quan hữu quan chưa đầy đủ đối với hoạt động đo đạc.

Do BLTTDS năm 2015 chưa có quy định riêng về hoạt động đo đạc nên nhận thức của cán bộ Tòa án, các cơ quan hữu quan chưa đầy đủ dẫn đến công tác phối hợp chưa nhịp nhàng.

Đối với cán bộ Tòa án, khi gặp khó khăn trong việc tổ chức đo đạc (như sự thiếu hỗ trợ của cán bộ đo đạc khi có hành vi cản trở; đo đạc không theo yêu cầu của Tòa án), thẩm phán tiến hành các hoạt động tự đo đạc hoặc thông qua các chứng cứ gián tiếp khác để xác định diện tích quyền sử dụng đất, vật kiến trúc trên đất, vị trí vật kiến trúc, cây trồng trên đất. Tuy nhiên, việc tiến hành hoạt động đo vẽ không thông qua cơ quan chuyên môn, sử dụng chứng cứ gián

tiếp sẽ không phản ánh đúng, chính xác diện tích, vị trí của đối tượng cần đo đạc. Từ đó, kết quả giải quyết thiếu chính xác, không bảo vệ được quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Đối với cơ quan chuyên môn, cán bộ đo đạc, theo Thông tư liên tịch số 15/2015, Văn phòng đăng ký đất đai là đơn vị sự nghiệp công lập trực thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường. Hiện nay, Văn phòng đăng ký đất đai cấp tỉnh, Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai cấp huyện hoạt động theo cơ chế tự chủ. Bên cạnh đó, chưa có quy định ràng buộc chế tài khi cơ quan chuyên môn, cán bộ đo đạc từ chối, thực hiện đo đạc không đúng, đủ theo yêu cầu của Tòa án. Cho nên, cơ quan chuyên môn, cán bộ đo đạc chưa thấy được trách nhiệm khi đo đạc theo yêu cầu của Tòa án mà với tâm lý là hỗ trợ cho Tòa án. Vì vậy, khi yêu cầu của Tòa án phức tạp, cần phải tốn nhiều thời gian thực hiện thì trong một số trường hợp cán bộ đo đạc từ chối thực hiện yêu cầu của Tòa án hoặc chậm, kéo dài thời gian thực hiện việc đo đạc.

Trong trường hợp có hành vi cản trở, cán bộ đo đạc yêu cầu phải đảm bảo sức khỏe, tài sản (thiết bị đo đạc) thì cũng chưa có giải pháp hữu hiệu để bảo vệ cán bộ đo đạc cũng như tài sản của cơ quan chuyên môn. Từ đó, công tác đo đạc phục vụ yêu cầu của Tòa án cũng gặp khó khăn.

Thứ hai, chưa có giải pháp hữu hiệu khi có hành vi cản trở đo đạc.

Về xử lý hành vi cản trở đo đạc, BLTTDS năm 2015 không quy định cách thức để Tòa án xử lý khi có hành vi cản trở đo đạc.

Trước đây, khi hướng dẫn quy định tại Điều 89 BLTTDS năm 2004, được sửa đổi, bổ sung năm 2011 về xem xét, thẩm định tại chỗ, các Khoản 6, 7 Điều 9 Nghị quyết số 04/2012/NQ-HĐTP ngày 03/12/2012 hướng dẫn thi hành một số quy định về “Chứng minh và chứng cứ” của BLTTDS đã được sửa đổi, bổ sung theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLTTDS (sau đây được viết tắt là Nghị quyết số 04/2012) quy định:

“6. Nếu có người nào cản trở Tòa án tiến hành việc xem xét, thẩm định tại chỗ, thì Thẩm phán yêu cầu đại diện của Ủy ban nhân dân hoặc



cơ quan, tổ chức có biện pháp can thiệp, hỗ trợ kịp thời để thực hiện việc xem xét, thẩm định tại chỗ. Trong trường hợp cần thiết, Thẩm phán yêu cầu lực lượng Cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp thuộc Công an nhân dân có thẩm quyền để có các biện pháp can thiệp, hỗ trợ, theo quy định tại Thông tư số 15/2003/TT-BCA (V19) ngày 10/9/2003 của Bộ Công an hướng dẫn hoạt động hỗ trợ tư pháp của lực lượng Cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp thuộc Công an nhân dân.

7. Trường hợp đã thực hiện đầy đủ các biện pháp được hướng dẫn tại khoản 6 Điều này mà vẫn không tiến hành được thì Thẩm phán lập biên bản về việc đương sự cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ để lưu vào hồ sơ vụ án. Biên bản về việc đương sự cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ, đồng thời, phải được gửi cho cơ quan có thẩm quyền xem xét, xử lý theo pháp luật về hành vi chống người thi hành công vụ của đương sự.”

Tuy nhiên, nội dung Thông tư số 15/2003/TT-BCA (V19) ngày 10/9/2003 của Bộ Công an hướng dẫn hoạt động hỗ trợ tư pháp của lực lượng cảnh sát bảo vệ và hỗ trợ tư pháp thuộc Công an nhân dân (sau đây được viết tắt là Thông tư số 15/2003) không có quy định cụ thể việc lực lượng công an hỗ trợ Tòa án tiến hành hoạt động thu thập chứng cứ (trong đó có xem xét, thẩm định tại chỗ) nên trên thực tế lực lượng công an hỗ trợ chưa nhiều. Bên cạnh đó, BLTTDS năm 2015 quy định khác với hướng dẫn tại Nghị quyết số 04/2012. Vì vậy, thời gian qua, khi có hành vi cản trở việc xem xét, thẩm định tại chỗ để đo đạc của Tòa án không thể thực hiện được, dẫn đến việc kéo dài thời gian giải quyết vụ án.

Trong một số trường hợp, lực lượng công an có hỗ trợ Tòa án nhưng chỉ ở mức có mặt, nhắc nhở. Việc hỗ trợ này là chưa đủ để Tòa án, cơ quan chuyên môn có thể hoàn thành được thủ tục xem xét, thẩm định tại chỗ để đo đạc.

Thứ ba, chế tài áp dụng đối với cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc khi không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của Tòa án.

Hiện nay, xuất phát từ nhiều lý do (công việc nhiều, ...) cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc

không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của Tòa án. Tuy nhiên, do pháp luật tố tụng dân sự không quy định cụ thể chế tài trong trường hợp này nên rất khó xử lý đối với cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc đối với các vi phạm này.

Thứ tư, trình tự, thủ tục thực hiện đo đạc chưa chặt chẽ, chưa thống nhất giữa các Tòa án, các địa phương.

Do chưa có quy định chi tiết nên trình tự, thủ tục thực hiện hoạt động đo đạc chưa chặt chẽ, chưa thống nhất giữa các Tòa án, các địa phương. Cụ thể:

- Về hình thức yêu cầu cơ quan chuyên môn đo đạc, có nơi, Tòa án ban hành Công văn trong đó trình bày nội dung sự việc, lý do Tòa án thực hiện thủ tục đo đạc, yêu cầu đo đạc cụ thể và chỉ đích danh đương sự ký hợp đồng đo đạc với cơ quan đo đạc, nộp chi phí đo đạc. Cơ quan đo đạc sẽ dựa vào yêu cầu của Tòa án để tiến hành đo đạc trên thực tế. Khi cần đo đạc thêm nội dung nào đó, Tòa án phải tiến hành thủ tục đo đạc bổ sung. Tuy nhiên, có nơi, Tòa án chỉ ban hành giấy giới thiệu để giới thiệu đương sự liên hệ với cơ quan đo đạc ký hợp đồng đo đạc. Việc đo đạc nội dung gì, diện tích đo đạc sẽ do cơ quan đo đạc, đương sự tự xác định khi tiến hành đo đạc trên thực địa.

- Việc ấn định thời gian đo đạc, thời gian cung cấp kết quả đo đạc, do không quy định nên việc thực hiện ở các địa phương là khác nhau. Thông thường, Tòa án sẽ trao đổi thống nhất với cơ quan đo đạc về thời điểm đo đạc kể từ khi ký hợp đồng và thời hạn trả kết quả đo đạc kể từ khi đo đạc trên thực địa. Tuy nhiên, có địa phương, việc xác định thời hạn đo đạc, trả kết quả đo đạc phụ thuộc hoàn toàn vào cơ quan đo đạc. Tòa án ở trong thế bị động phải chờ đo đạc, chờ trả kết quả.

Bên cạnh đó, khi trả kết quả, có nơi, cơ quan đo đạc yêu cầu thẩm phán, thư ký Tòa án trực tiếp nhận kết quả. Có nơi, cơ quan đo đạc chỉ trả kết quả cho đương sự ký hợp đồng. Ở nơi khác, đương sự ký hợp đồng nhận kết quả nhưng phải có giấy giới thiệu nhận kết quả của Tòa án.

- Về việc tham gia của những cơ quan, tổ chức, cá nhân khác, việc đo đạc thường được yêu

cầu với các loại: đo đặc hiện trạng thể hiện đối tượng tranh chấp, đối tượng của giao dịch tranh chấp; đo đặc hiện trạng, xác định diện tích đất tranh chấp quyền sử dụng; đo đặc hiện trạng, xác định diện tích đất tranh chấp quyền sử dụng và xác định quyền sử dụng đất tranh chấp có thuộc giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đã cấp hay không; đo đặc phục hồi ranh đất, vật kiến trúc trên đất theo giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở đã cấp hay không...

Tương ứng với mỗi yêu cầu đo đặc phải có cơ quan, tổ chức, cá nhân khác tham gia chứng kiến, ký xác định ranh mốc, qua đó, tạo căn cứ cho cơ quan chuyên môn cung cấp bản vẽ, Tòa án giải quyết vụ án.

Do chưa quy định cơ quan, tổ chức, cá nhân khác tham gia chứng kiến đo đặc là chủ thể nào nên nhiều nơi, khi đo đặc, cơ quan đo đặc buộc Tòa án phải mời nhiều cơ quan, tổ chức, cá nhân chứng kiến việc đo đặc. Khi Tòa án không mời được hoặc mời không đầy đủ cơ quan, tổ chức, cá nhân khác theo yêu cầu thì cơ quan đo đặc từ chối việc đo đặc hoặc đo đặc nhưng không cung cấp kết quả đo đặc.

Thứ năm, một số vướng mắc khác khi không quy định rõ đo đặc là hoạt động thu thập chứng cứ.

Trong thực tiễn giải quyết các vụ án dân sự phát sinh vướng mắc, khi chờ kết quả đo đặc thì Tòa án có được tạm đình chỉ giải quyết vụ án hay không. Hiện nay, có 02 quan điểm khác nhau.

Quan điểm thứ nhất cho rằng, khi chờ kết quả đo đặc từ cơ quan chuyên môn, Tòa án có thể căn cứ điểm đ Khoản 1 Điều 214 BLTTDS năm 2015 tạm đình chỉ giải quyết vụ án vì phải “đợi cơ quan, tổ chức cung cấp tài liệu, chứng cứ theo yêu cầu của Tòa án mới giải quyết được vụ án”.

Quan điểm thứ hai cho rằng, đo đặc là hoạt động thu thập chứng cứ xem xét, thẩm định tại chỗ do Tòa án chủ động tiến hành nên Tòa án không thể căn cứ điểm đ Khoản 1 Điều 214 BLTTDS năm 2015 tạm đình chỉ giải quyết vụ án với lý do chờ kết quả đo đặc từ cơ quan chuyên môn.

Chúng tôi cho rằng, việc tồn tại 02 quan điểm khác nhau về việc Tòa án có được tạm đình chỉ giải quyết vụ án khi chờ kết quả đo đặc từ cơ quan chuyên môn xuất phát từ việc hoạt động đo đặc chưa được quy định là hoạt động thu thập chứng cứ, chỉ là một hoạt động trong hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ. Từ đó, gây khó khăn khi xem xét kết quả đo đặc có phải là chứng cứ do cơ quan đo đặc cung cấp theo yêu cầu của Tòa án hay không. Để khắc phục hạn chế này cần quy định đo đặc là hoạt động thu thập chứng cứ.

Tuy nhiên, theo quy định pháp luật hiện hành, quan điểm thứ nhất là phù hợp. Bởi vì, kết quả đo đặc là một trong những tài liệu, chứng cứ vô cùng quan trọng để Tòa án giải quyết những vụ án tranh chấp đất đai, quyền sở hữu nhà ở, vật kiến trúc khác trên đất, các tranh chấp khác có liên quan đến quyền sử dụng đất, nhà ở, vật kiến trúc khác trên đất. Thiếu chứng cứ này, Tòa án không thể ban hành phán quyết giải quyết vụ án. Vì vậy, khi chờ kết quả đo đặc, Thẩm phán hoàn toàn có thể ban hành quyết định tạm đình chỉ giải quyết vụ án.

3. Một số giải pháp hoàn thiện

Để khắc phục những vướng mắc, bắt cập khi áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đặc, tác giả kiến nghị một số giải pháp sau:

Thứ nhất, cần luật hóa hoạt động đo đặc là hoạt động thu thập chứng cứ.

Những vướng mắc, bắt cập khi áp dụng các quy định của pháp luật tố tụng dân sự hiện hành thực hiện hoạt động đo đặc xuất phát từ nhiều lý do, trong đó, lý do quan trọng là hoạt động đo đặc chưa được quy định là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập với hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ.

Theo khoa học luật tố tụng dân sự, “thu thập chứng cứ là việc phát hiện tìm ra các chứng cứ, tập hợp đưa vào hồ sơ vụ việc dân sự để nghiên cứu, đánh giá và sử dụng giải quyết vụ việc dân sự”³.

Để bảo đảm việc giải quyết vụ việc dân sự, các biện pháp thu thập chứng cứ, trình tự, thủ tục thu thập chứng cứ được pháp luật tố tụng dân

³ Xem: Trường Đại học luật Hà Nội, *Giáo trình luật tố tụng dân sự Việt Nam*, Nxb Công an nhân dân, Hà Nội, 2009, tr. 164.



sự quy định cụ thể. Các chủ thể tố tụng, trong đó có Tòa án, khi tiến hành thu thập chứng cứ phải thực hiện đúng trình tự, thủ tục mà pháp luật đã quy định.

Theo Khoản 2 Điều 97 BLTTDS năm 2015, trong các trường hợp do Bộ luật này quy định, Tòa án có thể tiến hành một hoặc một số biện pháp sau đây để thu thập tài liệu, chứng cứ: lấy lời khai của đương sự, người làm chứng; đối chất giữa các đương sự với nhau, giữa đương sự với người làm chứng; trưng cầu giám định; định giá tài sản; xem xét, thẩm định tại chỗ; ủy thác thu thập, xác minh tài liệu, chứng cứ; yêu cầu cơ quan, tổ chức, cá nhân cung cấp tài liệu đọc được, nghe được, nhìn được hoặc hiện vật khác liên quan đến việc giải quyết vụ việc dân sự; xác minh sự có mặt hoặc vắng mặt của đương sự tại nơi cư trú; các biện pháp khác theo quy định của Bộ luật này. Tùy từng trường hợp cụ thể mà Tòa án có thể áp dụng một hoặc nhiều hoạt động thu thập chứng cứ để giải quyết vụ việc dân sự.

So sánh với một số biện pháp thu thập chứng cứ do BLTTDS năm 2015 quy định mà việc tiến hành phải có sự hỗ trợ của cơ quan chuyên môn (như: giám định, định giá tài sản...) thì hoạt động đo đạc có tính chất, trình tự, thủ tục tiến hành tương tự. Theo đó, hoạt động đo đạc do Tòa án tiến hành có sự hỗ trợ của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc; Tòa án là chủ thể chính tổ chức thực hiện hoạt động này nhưng kết quả đo vẽ do cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc thực hiện; việc tiến hành phải thông qua một trình tự, thủ tục nhất định.

Tuy nhiên, do BLTTDS hiện hành chưa quy định hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập nên chưa có quy định trình tự, thủ tục riêng thực hiện hoạt động đo đạc (như: hình thức yêu cầu đo đạc do Tòa án ban hành; thời gian đo đạc; thời gian trả kết quả; trường hợp Tòa án yêu cầu cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc giải thích bản vẽ; những trường hợp Tòa án được yêu cầu đo đạc bổ sung, yêu cầu đo đạc lại);

những chủ thể tham gia vào hoạt động này; trách nhiệm của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc khi không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của Tòa án; cơ chế phối hợp giữa Tòa án với cơ quan chuyên môn; chế tài đối với trường hợp đương sự hoặc người thân của họ cản trở việc đo đạc... Đồng thời, nhận thức của thẩm phán, thư ký Tòa án, cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc, cơ quan hỗ trợ (chính quyền địa phương, lực lượng Công an), đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác đối với hoạt động này chưa đúng với tầm quan trọng mà nó mang lại trong việc cung cấp chứng cứ để Tòa án giải quyết vụ án.

Vì vậy, để nâng cao hiệu quả của hoạt động đo đạc trên thực tế, yêu cầu cấp bách là cần tách hoạt động đo đạc khỏi hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ và ghi nhận hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ bên cạnh các hoạt động thu thập chứng cứ đã được BLTTDS năm 2015 quy định.

Thứ hai, một số vấn đề cơ bản cần giải quyết khi quy định hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ.

Do hoạt động đo đạc là hoạt động được đề xuất tách ra từ hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ nên phát sinh một số vấn đề cơ bản cần giải quyết khi quy định hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ như: ranh giới để phân biệt giữa hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ và hoạt động đo đạc⁴; quy định cán bộ đo đạc là người tham gia tố tụng (như: người giám định, người định giá tài sản...); quy định về trình tự, thủ tục đo đạc phù hợp với đặc thù của hoạt động đo đạc (hình thức văn bản yêu cầu đo đạc của Tòa án, chủ thể giao kết hợp đồng đo đạc; thời hạn đo đạc; thời hạn trả kết quả...); quy định biên bản ghi nhận việc đo đạc, kết quả đo đạc là nguồn chứng cứ; quy định trách nhiệm giải thích kết quả đo đạc của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc; quy định trình

⁴ Theo đó, việc quy định ranh giới để phân biệt giữa hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ có hoạt động lập bản vẽ với hoạt động đo đạc dựa vào yêu cầu của việc thực hiện. Nếu việc lập sơ đồ, bản vẽ không cần kiến thức chuyên môn, không thông qua cán bộ đo đạc, không cần công cụ, thiết bị hỗ trợ mà vẫn thực hiện được thì thuộc phạm vi của hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ; nếu việc đo đạc phải do cán bộ đo đạc được đào tạo, có kiến thức chuyên môn về đo đạc và phải có công cụ, thiết bị hỗ trợ mới thực hiện được thì thuộc phạm vi của hoạt động đo đạc.

tự, thủ tục yêu cầu đo đạc bổ sung, đo đạc lại; quy định về mối liên hệ giữa hoạt động đo đạc với các hoạt động thu thập chứng cứ khác (như: hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ, hoạt động định giá tài sản...); trách nhiệm của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc khi không thực hiện, chậm thực hiện hoặc thực hiện không đầy đủ yêu cầu đo đạc của Tòa án; chế tài đối với đương sự, cá nhân khác có hành vi cản trở, gây khó khăn khi thẩm phán, thư ký Tòa án, cán bộ đo đạc thực hiện hoạt động đo đạc.

Thứ ba, các cơ quan có thẩm quyền ở trung ương cần ban hành thông tư liên tịch quy định về công tác phối hợp khi thực hiện hoạt động đo đạc.

Kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao cần phối hợp với Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ tài nguyên và Môi trường ký thông tư liên tịch quy định về công tác phối hợp giữa cán bộ, công chức Tòa án với cán bộ đo đạc thuộc Văn phòng đăng ký đất đai cấp tỉnh, Chi nhánh Văn phòng đăng ký đất đai cấp huyện trong việc thực hiện yêu cầu đo đạc của Tòa án, kể cả khi Tòa án yêu cầu biên tập kết quả đo đạc phục vụ cho việc phân chia, tách thửa trong quá trình giải quyết vụ án.

Thứ tư, cần quy định việc cưỡng chế đo đạc và chế tài đối với hành vi cản trở, chống đối việc đo đạc.

Để xử lý có hiệu quả hành vi cản trở, chống đối việc đo đạc, kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao phối hợp với Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ Công an ban hành thông tư liên tịch quy định về công tác phối hợp giữa công chức Tòa án nhân dân với lực lượng Công an cùng cấp trong việc sử dụng các biện pháp cưỡng chế hỗ trợ Tòa án, cán bộ đo đạc thực hiện hoạt động đo đạc khi có hành vi cản trở, chống đối việc đo đạc.

Đồng thời, Tòa án nhân dân tối cao cần hướng dẫn cụ thể về trình tự, thủ tục xử phạt xử phạt hành chính hoặc truy cứu trách nhiệm hình sự theo quy định của pháp luật đối với hành vi cản trở hoạt

động xác minh, thu thập chứng cứ của người tiến hành tố tụng, trong đó có hành vi cản trở người tiến hành tố tụng tiến hành xem xét thẩm định tại chỗ (bao gồm hoạt động đo đạc) được quy định tại Điều 489 BLTTDS năm 2015 để Tòa án nhân dân địa phương dễ dàng áp dụng khi có hành vi cản trở, chống đối hoạt động đo đạc.

Thứ năm, bổ sung hướng dẫn cách thức xác định diện tích, vị trí đối tượng cần đo đạc khi việc đo đạc không thực hiện được do có hành vi chống đối, cản trở việc đo đạc.

Kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn cách thức xác định diện tích, vị trí đối tượng cần đo đạc trong trường hợp việc đo đạc không thực hiện được do có hành vi chống đối, cản trở trong trường hợp lực lượng Công an hỗ trợ nhưng vẫn không đo đạc được hoặc lực lượng Công an không hỗ trợ⁵. Theo đó, thẩm phán, Hội đồng xét xử cần yêu cầu đương sự có hành vi cản trở, chống đối việc đo đạc cung cấp kết quả đo đạc của cơ quan chuyên môn liên quan đến đối tượng cần đo đạc, phục vụ cho việc giải quyết vụ án trong khoảng thời gian nhất định. Trong trường hợp người được yêu cầu không cung cấp, thẩm phán, Hội đồng xét xử cần dựa vào ý kiến, yêu cầu, tài liệu, chứng cứ do đương sự còn lại trong vụ án cung cấp và tham khảo ý kiến của cơ quan đo đạc, cán bộ đo đạc để xác định diện tích, vị trí của đối tượng cần đo đạc, phục vụ giải quyết vụ án.

Thứ sáu, cần hướng dẫn hoạt động tố tụng của Tòa án trong trường hợp chờ kết quả đo đạc của cơ quan đo đạc mà thời hạn giải quyết vụ án đã hết.

Kiến nghị Tòa án nhân dân tối cao cần ban hành văn bản hướng dẫn hoạt động tố tụng của Tòa án trong trường hợp chờ kết quả đo đạc của cơ quan đo đạc mà thời hạn giải quyết vụ án đã hết. Theo đó, thẩm phán được phân công giải quyết vụ án được căn cứ vào điểm đ Khoản 1 Điều 214 BLTTDS năm 2015 tạm đình chỉ giải quyết vụ án. (Xem tiếp trang 25)

⁵ Có thể tham khảo hướng dẫn trong trường hợp đương sự cản trở việc định giá được quy định tại các Điều 16, 17 Thông tư liên tịch số 02/2014/TTLT-TANDTC-VKSNDTC-BTP-BTC ngày 28/3/2014 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Bộ trưởng Bộ Tư pháp, Bộ trưởng Bộ Tài chính hướng dẫn thi hành Điều 92 BLTTDS đã được sửa đổi, bổ sung theo Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLTTDS về định giá tài sản, thẩm định giá tài sản.



HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ VIỆC CÔNG NHẬN ĐĂNG KÝ BIỆN PHÁP BẢO ĐẢM ĐỐI VỚI TÀI SẢN LÀ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ

Lâm Tố Trang¹

Tóm tắt: Để có thể mở rộng tài sản bảo đảm theo xu hướng chung của nền kinh tế thị trường là các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ, hệ thống pháp luật Việt Nam cần phải được hoàn thiện dần. Bài viết phân tích quy định pháp luật Việt Nam hiện hành về biện pháp bảo đảm có thể áp dụng đối với tài sản là quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ và việc đăng ký biện pháp bảo đảm đó, từ đó nêu lên những bất cập và đề xuất một số kiến nghị liên quan đến việc hoàn thiện quy định pháp luật Việt Nam hiện hành về (1) biện pháp bảo đảm áp dụng đối với tài sản là quyền sở hữu trí tuệ và (2) đăng ký biện pháp bảo đảm đối với tài sản là quyền sở hữu trí tuệ.

Từ khóa: Đăng ký thế chấp, quyền sở hữu trí tuệ, thế chấp.

Nhận bài: 20/09/2019; Hoàn thành biên tập: 31/10/2019; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: In order to expand the collaterals which are the objects of intellectual property rights, in the context of the market economy, the Vietnamese legal system has to be gradually improved. The article analyzes the provisions of current Vietnamese law on the security, which is applicable to the property being property rights in relation to the objects of intellectual property rights, and the registration of such security, thereby presenting the limitations and proposing some recommendations regarding the security related to the objects of intellectual property rights in order to complete the provisions of current Vietnamese law.

Keywords: Registration of security, intellectual property rights, mortgage.

Date of receipt: 20/09/2019; Date of revision: 31/10/2019; Date of Approval: 27/02/2020.

1. Biện pháp bảo đảm đối với tài sản là quyền sở hữu trí tuệ

Theo Điều 3 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009, đối tượng quyền sở hữu trí tuệ bao gồm: quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng. Trong đó, quyền tác giả, theo Điều 18 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, bao gồm cả quyền nhân thân và quyền tài sản. Do vậy, Điều 115 Bộ luật dân sự (BLDS) năm 2015 quy định chỉ quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ là quyền tài sản² và là tài sản theo quy định tại Khoản 1 Điều 105 của Bộ luật này.

Điều 292 BLDS năm 2015 quy định 9 biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ, bao gồm: cầm cố tài sản, thế chấp tài sản, đặt cọc, ký cược, ký quỹ, bảo lưu quyền sở hữu, bảo lãnh, tín chấp và cầm giữ tài sản.

Khác với các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ khác, bảo lãnh và tín chấp lần lượt được định nghĩa tại Điều 335 và Điều 344 BLDS năm 2015, là những biện pháp bảo đảm đối nhân. Theo đó, chủ nợ có một người mắc nợ thứ hai bên cạnh người mắc nợ chính³. Đây là hai biện pháp bảo đảm duy nhất trong BLDS hiện hành không bằng tài sản của người thứ ba, tức người

¹ Tiến sỹ, Khoa Luật, Trường Đại học Mở thành phố Hồ Chí Minh.

² Điều 115 BLDS năm 2015 quy định quyền tài sản chỉ bao gồm quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ là chính xác hơn Điều 181 BLDS năm 2005 và Điều 188 BLDS năm 1995, vốn quy định chung rằng quyền sở hữu trí tuệ là quyền tài sản. Bởi vì, quyền tác giả, một trong những đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ (theo Điều 3 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009), bao gồm cả quyền nhân thân và quyền tài sản (theo Điều 18 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005). Tuy nhiên, trong phạm vi bài viết này, quyền tài sản đối với đối tượng quyền sở hữu trí tuệ được gọi tắt là quyền sở hữu trí tuệ.

³ Nguyễn Ngọc Điện, *Bình luận khoa học về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong luật dân sự Việt Nam*, Nxb Trẻ, TP. HCM, 2000, tr.15.

thứ ba không đưa ra một tài sản cụ thể nào cho chủ nợ để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ của người mắc nợ⁴. Vì lẽ đó mà không thể áp dụng hai biện pháp bảo đảm đối nhân là bảo lãnh và tín chấp đối với tài sản là đối tượng quyền sở hữu trí tuệ.

Căn cứ vào các quy định tại Điều 328, 329, 330 và 346 BLDS năm 2015, các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ gồm: đặt cọc, ký cược, ký quỹ và cầm giữ tài sản chỉ áp dụng đối với các tài sản là vật, tiền và giấy tờ có giá⁵ và đòi hỏi phải có sự chuyển giao tài sản về mặt vật chất từ bên bảo đảm cho bên nhận bảo đảm hoặc cho người thứ ba⁶. Tuy nhiên, không như tài sản hữu hình, là những tài sản nhận biết được bằng giác quan khi tiếp xúc, quyền sở hữu trí tuệ chỉ có thể là tài sản vô hình⁷, không thể nhìn thấy và không cầm nắm được, nên không thể chiếm hữu hay chuyển giao về mặt vật chất được. Do vậy, đối với tài sản là đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, không thể áp dụng biện pháp đặt cọc, ký cược, ký quỹ và cầm giữ tài sản. Cũng không thể áp dụng biện pháp cầm cố tài sản, được định nghĩa tại Điều 309 BLDS năm 2015, vốn đòi hỏi phải có sự chuyển giao tài sản về mặt vật chất từ bên bảo đảm cho bên nhận bảo đảm, đối với tài sản là đối tượng quyền sở hữu trí tuệ.

Theo Điều 331 BLDS năm 2015, biện pháp bảo lưu quyền sở hữu chỉ áp dụng trong hợp

đồng mua bán. Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009 chỉ quy định việc chuyển giao, chuyển nhượng các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, chứ không thể mua bán quyền sở hữu trí tuệ⁸. Điều này cũng có nghĩa rằng biện pháp bảo lưu quyền sở hữu cũng không thể áp dụng đối với tài sản là quyền sở hữu trí tuệ⁹.

Điều 317 BLDS năm 2015 định nghĩa rằng thế chấp tài sản là việc một bên (gọi là bên thế chấp) dùng tài sản thuộc sở hữu của mình để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ và không giao tài sản cho bên kia (gọi là bên nhận thế chấp), mà tài sản thế chấp do chính bên thế chấp giữ¹⁰. Như đã phân tích, đặc trưng của tài sản vô hình, còn gọi là quyền tài sản, trong đó có quyền sở hữu trí tuệ, là không thể nắm giữ hay chuyển giao về mặt vật chất. Chính vì vậy mà biện pháp thế chấp là biện pháp phù hợp nhất được áp dụng đối với tài sản là quyền sở hữu trí tuệ.

Thực tiễn, thế chấp tài sản là quyền sở hữu trí tuệ đã xuất hiện từ lâu trên thế giới¹¹. Tại Singapore, vào năm 2016, Tập đoàn Quốc tế Masai đã thành công trong việc sử dụng quyền sở hữu trí tuệ là sáng chế làm tài sản thế chấp để vay vốn ngân hàng¹². Tại Việt Nam, vào năm 2013, Agribank đã từng cho Lifepro Việt Nam dùng quyền sử dụng 6 nhãn hiệu thời trang mua từ nước ngoài là tài sản thế chấp để vay 70 triệu USD (hơn 1.464 tỷ đồng)¹³.

⁴ Trương Thanh Đức, *9 biện pháp bảo đảm nghĩa vụ hợp đồng*, Nxb Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2017, tr.247.

⁵ Theo khoản 1 Điều 330 BLDS 2015, đối với biện pháp ký quỹ, bên có nghĩa vụ có thể gửi giấy tờ có giá vào tài khoản phong tỏa tại một tổ chức tín dụng để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ.

⁶ Khoản 1 Điều 330 BLDS 2015 quy định rằng, đối với biện pháp ký quỹ, bên có nghĩa vụ không chuyển giao tài sản cho bên có quyền, mà gửi tài sản vào tài khoản phong tỏa tại một tổ chức tín dụng để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ.

⁷ Nguyễn Ngọc Điện, Trường Đại học Mở TP. Hồ Chí Minh, *Giáo trình Luật dân sự, Tập 1*, Nxb Đại học Quốc gia TP. Hồ Chí Minh, 2018, tr. 221 và 222.

⁸ Chương IV (từ Điều 45 đến Điều 48), Chương X (từ Điều 138 đến Điều 150), Chương XV (từ Điều 192 đến Điều 197) Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009.

⁹ Trương Thanh Đức, *9 biện pháp bảo đảm nghĩa vụ hợp đồng*, Nxb Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2017, tr. 255, 256.

¹⁰ Các bên có thể thỏa thuận giao cho người thứ ba giữ tài sản thế chấp (khoản 2 Điều 317 BLDS 2015).

¹¹ Tuyết Trinh, Chất lượng Việt Nam, *Giải pháp vay vốn ngân hàng bằng thế chấp tài sản trí tuệ*, <http://vietq.vn/tai-san-tri-tue-giai-phap-vay-von-ngan-hang-moi-cho-doanh-nghiep-d77708.html>, đăng ngày: 11/12/2015, truy cập ngày: 07/08/2019.

¹² Ashima Ohri, Asian Legal Business, Singapore approves first IP-backed loan, <https://www.legalbusinessonline.com/news/singapore-approves-first-ip-backed-loan/72556>, đăng ngày: 09/06/2016, truy cập ngày: 07/08/2019.

¹³ Thu Hằng, Tiền Phong, Thế chấp ảo, rút ruột ngân tỷ thật, <https://www.tienphong.vn/kinh-te/the-chap-ao-rut-ruot-ngan-ty-that-615042.tpo>, đăng ngày: 25/02/2013, truy cập ngày: 07/08/2019.



BLDS năm 2015 và 2005 đều khẳng định quyền sở hữu trí tuệ là quyền tài sản¹⁴ và là tài sản¹⁵. Do vậy, quyền sở hữu trí tuệ có thể được dùng để làm tài sản bảo đảm cho các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ. Thế chấp tài sản, như đã phân tích, là biện pháp duy nhất được áp dụng đối với tài sản là quyền sở hữu trí tuệ. Điều này cũng đã được khẳng định rõ ràng trong giới học thuật¹⁶ và bởi cơ quan nhà nước có thẩm quyền là Ngân hàng Nhà nước Việt Nam¹⁷.

BLDS năm 2015 đã có sự thành công hơn BLDS năm 2005 trong việc nhập ba điều luật là Điều 320, 321 và 322 về tài sản bảo đảm (là vật; tiền, giấy tờ có giá và quyền tài sản) thành một điều luật duy nhất là Điều 295 trong BLDS năm 2015¹⁸. Tuy nhiên, điều này dẫn đến bất cập là các quyền tài sản nào có thể được dùng làm tài sản bảo đảm trong các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ.

Văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành BLDS về các biện pháp bảo đảm là Nghị định 163/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 22/02/2012, chỉ quy định về việc thế chấp quyền tài sản là quyền sử dụng đất¹⁹ và quyền đòi nợ²⁰, chứ không quy định về việc thế chấp quyền sở hữu trí tuệ. Tuy nhiên, theo Khoản 4 Điều 154 Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, văn bản quy phạm pháp luật hết hiệu lực thì văn bản quy phạm pháp luật quy định chi tiết thi hành văn bản đó cũng đồng thời hết hiệu lực. Do Nghị định

163/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 22/02/2012 hướng dẫn thi hành BLDS năm 2005, nhưng BLDS năm 2005 đã hết hiệu lực, nên Nghị định 163/2006/NĐ-CP và Nghị định 11/2012/NĐ-CP cũng hết hiệu lực thi hành.

Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009, chỉ quy định việc chuyển giao quyền tác giả, quyền liên quan từ Điều 45 đến Điều 48, việc định đoạt đối tượng quyền sở hữu công nghiệp thông qua việc chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp tại điểm c Khoản 1 Điều 123 và từ Điều 138 tới Điều 150, và việc chuyển giao quyền đối với giống cây trồng từ Điều 192 đến Điều 197, chứ không có bất kỳ điều luật nào khẳng định chủ thể quyền sở hữu trí tuệ được thế chấp các đối tượng của quyền này.

Các văn bản dưới luật hướng dẫn thi hành Luật sở hữu trí tuệ, bao gồm: Nghị định 22/2018/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 23/02/2018 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009 về quyền tác giả, quyền liên quan; Nghị định 103/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 22/09/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 122/2010/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 31/12/2010; Nghị định 88/2010/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 16/08/2010 quy định chi tiết, hướng dẫn thi hành

¹⁴ Điều 115 BLDS 2015 và Điều 181 BLDS 2005.

¹⁵ Khoản 1 Điều 105 BLDS 2015 và Điều 163 BLDS 2005.

¹⁶ Bùi Đức Giang, *Xác lập biện pháp bảo đảm bằng tài sản theo Bộ luật dân sự*, Tạp chí Ngân hàng.

¹⁷ Misa (dẫn theo Trí thức trẻ), *Phản hồi của NHNN về sử dụng tài sản trí tuệ để thế chấp vay vốn ngân hàng*, <http://www.misa.com.vn/tin-tuc/chi-tiet/newsid/52708/Phan-hoi-cua-NHNN--tai-san-tri-tue-de-the-chap-vay-von-ngan-hang>, đăng ngày: 23/09/2016, truy cập ngày: 02/08/2019.

¹⁸ Đỗ Văn Đại (Chủ biên), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật dân sự năm 2015*, Nxb Hồng Đức, TP. HCM, 2016, tr. 315 và 316; Lê Vũ Nam, *Hoàn thiện các quy định về các biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ trong Dự thảo Bộ luật dân sự sửa đổi*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 13/2015, tr.27; Viên Thế Giang, *Thực trạng pháp luật về tài sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ dân sự và hướng sửa đổi*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 04/2015, tr.36.

¹⁹ Điểm c Khoản 1 Điều 10, điểm a Khoản 1 Điều 12, Điều 28 và Điều 68 Nghị định 163/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 22/02/2012.

²⁰ Điều 22 Nghị định 163/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP.

một số điều của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009 về quyền đối với giống cây trồng, về phần mình, cũng không có bất cứ quy định nào khẳng định chủ thể quyền sở hữu trí tuệ được thể chấp quyền này.

Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009 được ban hành trong bối cảnh của BLDS năm 2005. Theo đó, quyền sở hữu trí tuệ và chuyển giao công nghệ được nằm trong một phần, đó là Phần thứ sáu của BLDS năm 2005. Nghị định 163/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm, được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 11/2012/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 22/02/2012, cũng được ban hành trong bối cảnh BLDS năm 2005 và Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009. Tuy nhiên, BLDS năm 2005 đã hết hiệu lực thi hành. Ngày 24/11/2015, tại kỳ họp thứ 10, Quốc hội khóa 13 đã thông qua Bộ luật dân sự năm 2015 (Luật số 91/2015/QH13). Vì lẽ đó mà trong thời gian sắp tới, việc sửa đổi Luật sở hữu trí tuệ cần nằm trong một phần của chương trình xây dựng luật của Quốc hội. Theo đó, cần khẳng định chủ thể quyền sở hữu trí tuệ được thể chấp các đối tượng của quyền này, cũng giống như Luật đất đai năm 2013 khẳng định chủ thể quyền sử dụng đất được thể chấp quyền sử dụng đất²¹. Song song đó, cũng cần phải sửa đổi Nghị định về giao dịch bảo đảm cho phù hợp với Luật sở hữu trí tuệ về việc công nhận quyền thể chấp đối tượng quyền sở hữu trí tuệ của chủ thể có quyền. Điều này cũng giống

như việc khẳng định chủ sở hữu các tài sản vô hình được quyền thể chấp các tài sản đó tại luật của một số nước hiện nay. Ví dụ như tại Singapore, Điều 11.6.1 Luật về tín dụng và bảo đảm nghĩa vụ quy định rằng các tài sản vô hình, trong đó có quyền sở hữu trí tuệ, có thể dùng làm tài sản thế chấp để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ²².

2. Đăng ký biện pháp bảo đảm đối với tài sản là quyền sở hữu trí tuệ

Thứ nhất, về thẩm quyền đăng ký xác lập và chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ.

Theo quy định tại Khoản 1 Điều 35 Nghị định 22/2018/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 23/02/2018 quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009 về quyền tác giả, quyền liên quan, Cục Bản quyền tác giả trực thuộc Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch²³ thực hiện việc cấp, cấp lại, đổi, hủy bỏ hiệu lực Giấy chứng nhận đăng ký quyền tác giả, Giấy chứng nhận đăng ký quyền liên quan²⁴.

Theo Điều 6 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, Điều 6 Nghị định 103/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 22/09/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp và Chương I Mục 1 Khoản 1 Thông tư 01/2007/TT-BKHCN hướng dẫn thi hành Nghị định 103/2006/NĐ-CP²⁵, trong các đối tượng của quyền sở hữu trí tuệ, quyền sở hữu công nghiệp đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí, nhãn hiệu²⁶, chỉ dẫn địa lý

²¹ Khoản 1 Điều 167, khoản 2 Điều 173, điểm d khoản 2 Điều 174, điểm b khoản 1 Điều 175, điểm g khoản 1 Điều 179, điểm b khoản 2 Điều 183 Luật đất đai năm 2013. Tuy nhiên, cần lưu ý rằng, khoản 2 Điều 181 Luật đất đai năm 2013 quy định rằng cơ sở tôn giáo, cộng đồng dân cư sử dụng đất không được thể chấp quyền sử dụng đất.

²² Singapore Law Watch, Commercial Law, Ch. 11 The Law of Credit and Security, <https://www.singaporelawwatch.sg/About-Singapore-Law/Commercial-Law/ch-11-the-law-of-credit-and-security>, truy cập ngày: 01/08/2019.

²³ Cơ cấu tổ chức Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch được quy định tại Điều 3 Nghị định 79/2017/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 17/07/2017 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn.

²⁴ Cần lưu ý rằng, theo Điều 2 Điều 49 Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, đăng ký không phải là thủ tục bắt buộc để được hưởng quyền tác giả, quyền liên quan.

²⁵ Thông tư 01/2007/TT-BKHCN hướng dẫn thi hành Nghị định 103/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 22/09/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp đã được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 13/2010/TT-BKHCN, Thông tư 18/2011/TT-BKHCN, Thông tư 05/2013/TT-BKHCN và Thông tư 16/2016/TT-BKHCN.

²⁶ Riêng đối với nhãn hiệu nổi tiếng, theo khoản 2 Điều 6 Nghị định 103/2006/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 22/09/2006 quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật sở hữu trí tuệ về sở hữu công nghiệp, quyền sở hữu công nghiệp đối với nhãn hiệu nổi tiếng theo quy định tại Điều 75 của Luật sở hữu trí tuệ năm 2005, được xác lập trên cơ sở thực tiễn sử dụng rộng rãi nhãn hiệu đó mà không cần thực hiện thủ tục đăng ký.



và quyền đối với giống cây trồng được xác lập trên cơ sở quyết định cấp Văn bằng, Giấy chứng nhận đăng ký hoặc Bằng bảo hộ của cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo thủ tục đăng ký.

Theo Chương I và Chương II Thông tư 01/2007/TT-BKHCN, đã được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 13/2010/TT-BKHCN, Thông tư 18/2011/TT-BKHCN, Thông tư 05/2013/TT-BKHCN và Thông tư 16/2016/TT-BKHCN, Cục Sở hữu trí tuệ trực thuộc Bộ Khoa học và Công nghệ²⁷ là cơ quan cấp Văn bằng bảo hộ đối với đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí, nhãn hiệu, cấp Giấy chứng nhận đăng ký chỉ dẫn địa lý và thực hiện việc đăng ký hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp.

Khoản 3 Điều 9 Thông tư 16/2013/TT-BNNPTNT hướng dẫn về bảo hộ quyền đối với giống cây trồng quy định rằng Cục Trồng trọt trực thuộc Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn²⁸ cấp Bằng bảo hộ giống cây trồng, thực hiện việc đăng ký hợp đồng chuyển nhượng quyền đối với giống cây trồng.

Thứ hai, về thẩm quyền đăng ký thế chấp quyền sở hữu trí tuệ.

Quyền sở hữu trí tuệ, một trong những quyền tài sản theo quy định tại Điều 115 BLDS năm 2015 và là một trong những tài sản được định nghĩa tại Khoản 1 Điều 105 BLDS năm 2015, không thể là một trong những bất động sản được liệt kê tại Khoản 1 Điều 107 BLDS năm 2015. Quyền sở hữu trí tuệ chỉ có thể là động sản theo quy định tại Khoản 2 Điều 107 BLDS 2015.

08/2018/TT-BTP hướng dẫn về đăng ký, cung cấp thông tin về biện pháp bảo đảm, hợp đồng và trao đổi thông tin về đăng ký biện pháp bảo đảm tại Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp và Khoản 4 Điều 9 Nghị định 102/2017/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 01/09/2017 về đăng ký biện pháp bảo đảm, quyền tài sản phát sinh từ quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp, quyền đối với giống cây trồng là các tài sản bảo đảm được đăng ký theo yêu cầu tại Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp.

Từ những quy định trên, có thể thấy rằng Cục Bản quyền tác giả trực thuộc Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch thực hiện việc cấp, cấp lại, đổi, hủy bỏ hiệu lực giấy chứng nhận đăng ký quyền tác giả, giấy chứng nhận đăng ký quyền liên quan. Cục Sở hữu trí tuệ trực thuộc Bộ Khoa học và Công nghệ thực hiện việc cấp Văn bằng bảo hộ đối với đối với sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí, nhãn hiệu và Giấy chứng nhận đăng ký chỉ dẫn địa lý và thực hiện việc đăng ký hợp đồng chuyển giao quyền sở hữu công nghiệp. Cục Trồng trọt trực thuộc Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn cấp Bằng bảo hộ giống cây trồng và thực hiện việc đăng ký hợp đồng chuyển nhượng quyền đối với giống cây trồng. Trong khi đó, thẩm quyền đăng ký biện pháp bảo đảm là thế chấp tài sản đối với các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ thuộc Trung tâm Đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp. Các cơ quan này không sử dụng chung một hệ thống cơ sở dữ liệu, do vậy, không có sự kết nối và không thể quản lý được một cách chi tiết các giao dịch liên quan đến các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ. Từ đó dẫn đến các rủi ro có thể phát sinh, gây ảnh hưởng đến các bên trong giao dịch bảo đảm cũng như ảnh hưởng đến bên thứ ba có liên quan. Ví dụ điển hình như, sáng

²⁷ Cơ cấu tổ chức Bộ Khoa học và Công nghệ được quy định tại Điều 3 Nghị định 95/2017/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 16/08/2017 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Khoa học và Công nghệ.

²⁸ Cơ cấu tổ chức Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn được quy định tại Điều 3 Nghị định 15/2017/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 17/02/2017 quy định chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn và cơ cấu tổ chức của Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn.

chế đang được sử dụng là tài sản bảo đảm, lại lixăng cho chủ thể khác. Do đăng ký hợp đồng chuyển quyền sử dụng sáng chế (hợp đồng lixăng sáng chế) và đăng ký biện pháp bảo đảm đối với sáng chế thuộc thẩm quyền của hai cơ quan khác nhau nên khó có thể quản lý được sáng chế đang lixăng có đang được dùng để thế chấp hay không. Thêm vào đó, do hồ sơ đăng ký chuyển quyền sử dụng sáng chế không đòi hỏi bản gốc văn bằng bảo hộ²⁹ nên bên bảo đảm có thể tự do xác lập hợp đồng lixăng sáng chế mà không cần thông báo hoặc không cần có sự đồng ý của bên bảo đảm.

Theo thông lệ tại nhiều nước trên thế giới, Cục sở hữu trí tuệ chịu trách nhiệm quản lý tất cả các hoạt động liên quan đến các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, từ việc thẩm định đơn đăng ký bảo hộ cho đến việc cấp văn bằng bảo hộ và quản lý mọi giao dịch liên quan đến các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ như: chuyển giao quyền sở hữu trí tuệ, đăng ký biện pháp thế chấp đối với các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ... Điển hình như tại Singapore, quốc gia đứng thứ 4 thế giới, đứng đầu Châu Á về bảo hộ sở hữu trí tuệ³⁰, IPOS (Intellectual Property Office of Singapore)³¹ là cơ quan quản lý về sở hữu trí tuệ thuộc Bộ Tư pháp, có chức năng quản lý hệ thống sở hữu trí tuệ, thúc đẩy việc khai thác tài sản trí tuệ, xây dựng năng lực và phát triển hệ sinh thái sở hữu trí tuệ của nhằm hỗ trợ hiệu quả việc tạo lập, bảo hộ và khai thác tài sản trí tuệ³². Việt Nam có thể ứng dụng cách thức này cho phù hợp với thực tiễn hiện nay tại nước nhà. Cụ

thể, Cục Bản quyền tác giả thuộc Bộ Văn hóa, Thể thao và Du lịch, Cục Sở hữu trí tuệ thuộc Bộ Khoa học và Công nghệ, Cục Trồng trọt thuộc Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn không chỉ là các cơ quan có thẩm quyền thực hiện việc cấp văn bằng bảo hộ và đăng ký hợp đồng chuyển giao các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ, mà còn thực hiện các giao dịch khác liên quan đến quyền sở hữu trí tuệ, đặc biệt là thực hiện việc đăng ký thế chấp các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ. Tùy theo đối tượng quyền sở hữu trí tuệ đó là quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp hay quyền đối với giống cây trồng mà Cục Bản quyền tác giả, Cục Sở hữu trí tuệ hay Cục Trồng trọt sẽ thực hiện việc đăng ký thế chấp các đối tượng quyền sở hữu trí tuệ này. Tương tự như đối với quyền sử dụng đất, Văn phòng đăng ký đất đai trực thuộc Sở Tài nguyên và Môi trường vừa là cơ quan cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất³³, vừa là cơ quan thực hiện đăng ký, cung cấp thông tin về biện pháp bảo đảm bằng quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất³⁴. Để làm được điều đó, trong tương lai, cần phải chỉnh sửa Điều 4 Nghị định 102/2017/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 01/09/2017 về đăng ký biện pháp bảo đảm và Điều 6 Thông tư 08/2018/TT-BTP hướng dẫn một số vấn đề về đăng ký, cung cấp thông tin về biện pháp bảo đảm, hợp đồng và trao đổi thông tin về đăng ký biện pháp bảo đảm tại các Trung tâm đăng ký giao dịch, tài sản của Cục Đăng ký quốc gia giao dịch bảo đảm thuộc Bộ Tư pháp./.

²⁹ Điểm 47.2 Thông tư 01/2007/TT-BKHCN, đã được sửa đổi, bổ sung bởi Thông tư 13/2010/TT-BKHCN.

³⁰ Dân trí, S.H., *Tăng cường hợp tác song phương về sở hữu trí tuệ giữa Việt Nam và Singapore*, <https://dantri.com.vn/khoa-hoc-cong-nghe/tang-cuong-hop-tac-song-phuong-t-nam-va-singapore-20171128170520078.htm>, đăng ngày: 28/11/2017, truy cập ngày: 12/08/2019.

³¹ Website của Cơ quan quản lý về sở hữu trí tuệ Singapore IPOS: <https://www.ipos.gov.sg/>. Chức năng, nhiệm vụ và quyền hạn của Cơ quan quản lý về sở hữu trí tuệ Singapore (IPOS) được quy định tại Điều 6 và Điều 7 của Đạo luật Singapore về Cơ quan quản lý về sở hữu trí tuệ (IPOS) (Tham khảo tại: Singapore Statutes Online, *Intellectual Property Office of Singapore Act (Chapter 140)*).

³² Tin tức (dẫn theo TTXVN), Khánh Chi, *Sở hữu trí tuệ: Hướng tới vị trí thứ 2 ASEAN*, <https://baotintuc.vn/kinh-te/so-huu-tri-tue-huong-toi-vi-tri-thu-2-asean-20170128084251709.htm>, đăng ngày: 28/01/2018, truy cập ngày: 12/07/2019.

³³ Điều 37 Nghị định 43/2014/NĐ-CP do Chính phủ ban hành 15/05/2014 quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật đất đai, đã được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định 01/2017/NĐ-CP.

³⁴ Khoản 4 Điều 9 Nghị định 102/2017/NĐ-CP do Chính phủ ban hành ngày 01/09/2017 về đăng ký biện pháp bảo đảm.



NHỮNG KHÓ KHĂN, BẤT CẬP TRONG THI HÀNH ÁN DÂN SỰ KHI TỔ CHỨC THI HÀNH QUYẾT ĐỊNH GIÁM ĐỐC THẨM, TÁI THẨM

Hồ Quân Chính¹

Tóm tắt: Cơ quan thi hành án dân sự có trách nhiệm tổ chức thi hành các bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật, trừ trường hợp các bản án, quyết định được thi hành ngay, mặc dù có thể bị kháng cáo, kháng nghị theo Khoản 2 Điều 2 Luật thi hành án dân sự (THADS). Tuy nhiên, trong quá trình tổ chức thi hành án thì các bản án, quyết định này có thể được xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm. Thủ tục thi hành loại quyết định này được quy định tại một mục riêng trong Luật THADS. Quy định này hiện nay đang gặp phải một số khó khăn, bất cập. Nguyên nhân của những khó khăn, bất cập này chủ yếu xuất phát từ các quy định pháp luật về thi hành án dân sự chưa sát với thực tế và một phần do nó không còn phù hợp với các quy định về thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015. Chính vì vậy, đã gây ra không ít khó khăn cho Cơ quan Thi hành án dân sự và làm giảm hiệu quả của công tác thi hành án dân sự. Do đó, cần có những nghiên cứu sâu về vấn đề này để kịp thời sửa đổi, bổ sung pháp luật về thi hành án dân sự.

Từ khóa: Thi hành án dân sự, quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm.

Nhận bài: 14/01/2020; Hoàn thành biên tập: 12/02/2020; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: Agencies of civil judgment enforcement is responsible for enforcement of effective civil judgments of the court excluding judgments, decisions to be enforced immediately though they can be appealed or protested under Clause 2 Article 2 of the Law on Civil judgments. However, during process of enforcement of judgments, these judgments, decisions can be reassessed under cassation or reopening procedures. Procedure for enforcement of this decision is regulated in a separate item in the Law on Civil judgments and there have been some difficulties, shortcomings. The reasons mainly come from the fact that the legal regulations on civil enforcement is not in line with regulations on cassation, reopening procedures as regulated in the Civil procedure Code in 2015. Therefore, it causes lots of difficulties for agencies of civil judgment enforcement and reduce the effectiveness of civil judgment enforcement. Therefore, there should be deep researches on this issue to promptly amend, supplement laws on civil judgment enforcement.

Keywords: Civil judgment enforcement, cassation or reopening decisions.

Date of receipt: 14/01/2020; Date of revision: 12/02/2020; Date of Approval: 27/02/2020.

1. Thi hành quyết định giám đốc thẩm tuyên giữ nguyên bản án, quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp dưới đã bị hủy hoặc bị sửa

Việc thi hành án quyết định giám đốc thẩm tuyên giữ nguyên bản án, quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp dưới đã bị hủy hoặc bị sửa được thực hiện theo quy định tại Điều 135 Luật THADS. Đối với quy định này, cơ quan thi hành án dân sự sẽ gặp những khó khăn, bất cập như sau:

1.1. Khó khăn, bất cập trong việc tổ chức thi hành phần bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới không bị hủy, bị sửa

Khoản 2 của Điều 135 Luật THADS quy định “Đối với phần bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới không bị hủy, bị sửa mà chưa được thi hành thì Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự ra quyết định tiếp tục thi hành án; nếu đã thi hành xong thì Thủ trưởng cơ quan thi hành án dân sự thông báo cho Tòa án đã ra quyết định giám đốc thẩm, Viện kiểm sát cùng cấp và đương

¹ Giảng viên, Cơ sở tại thành phố Hồ Chí Minh.

sự”. Việc quy định như vậy có những điểm không hợp lý sau:

Thứ nhất, bản án quyết định mà Cơ quan THADS đang tổ chức thi hành là bản án quyết định phúc thẩm đã bị hủy bởi quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm. Do vậy, Cơ quan THADS không có căn cứ để ra quyết định tiếp tục thi hành án đối với bản án bản án, quyết định đã bị hủy này được. Trong trường hợp này, khi nhận được quyết định giám đốc thẩm thì Cơ quan THADS phải ra quyết định đình chỉ thi hành án đối với bản án đã có hiệu lực pháp luật mà Cơ quan THADS trước đây đang tổ chức thi hành. Đồng thời, ra quyết định thi hành án mới căn cứ theo quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm và bản án của cấp dưới đã bị hủy bị sửa nhưng hiện nay được quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm tuyên giữ nguyên hiệu lực của bản án, quyết định đó.

Thứ hai, việc thông báo cho Tòa án đã ra quyết định giám đốc thẩm và Viện kiểm sát cùng cấp và đương sự trong trường hợp bản án đã thi hành xong cũng không cần thiết, bởi vì trước khi có quyết định giám đốc thẩm thì Cơ quan THADS đã thông báo kết quả tổ chức thi hành án cho cơ quan có thẩm quyền giám đốc thẩm, tái thẩm theo quy định tại Điều 49 Luật THADS.

1.2. Khó khăn, bất cập trong việc tổ chức thi hành đối với phần bản án, quyết định của Tòa án hủy, sửa bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới mà đã thi hành được một phần hoặc đã thi hành xong

Theo quy định tại Khoản 3 Điều 135 Luật THADS thì việc thi hành án sẽ được thực hiện như sau:

- Trước hết chấp hành viên cần phải thông báo, giải thích cho đương sự biết quyền thỏa thuận với nhau về việc hoàn trả tài sản, phục hồi lại quyền tài sản.

- Nếu các bên đương sự không thể thỏa thuận được thì xử lý như sau:

+ Trường hợp tài sản thi hành án (THA) là động sản phải đăng ký quyền sở hữu và bất động

sản còn nguyên trạng thì cưỡng chế trả lại tài sản đó cho chủ sở hữu.

+ Trường hợp tài sản đã chuyển dịch hợp pháp cho người thứ ba chiếm hữu ngay tình thông qua bán đấu giá hoặc giao dịch với người mà theo bản án, quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là chủ sở hữu tài sản nhưng sau đó người này không phải là chủ sở hữu tài sản do bản án, quyết định bị hủy, sửa hoặc tài sản THA đã bị thay đổi hiện trạng thì chủ sở hữu tài sản ban đầu không được lấy lại tài sản nhưng được bồi hoàn giá trị của tài sản.

Về vấn đề bồi hoàn, Điều 36 Nghị định số 62/2015/NĐ-CP đã quy định: Giá trị tài sản được bồi hoàn cho chủ sở hữu ban đầu trong trường hợp bản án, quyết định của Tòa án bị hủy, sửa một phần hoặc toàn bộ theo quy định tại Khoản 3 Điều 135 Luật THADS là giá tài sản trên thị trường ở địa phương tại thời điểm giải quyết việc bồi hoàn.

Trường hợp có yêu cầu về bồi thường thiệt hại thì cơ quan ra bản án, quyết định bị hủy, sửa giải quyết theo quy định của pháp luật.

Hiện nay, quy định về cách thức thi hành quyết định giám đốc thẩm tuyên giữ nguyên bản án, quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp dưới đã bị hủy hoặc bị sửa mà Cơ quan THADS đã thi hành được một phần hoặc đã thi hành xong theo quy định tại Khoản 3 như trên không còn phù hợp với quy định của pháp luật tố tụng dân sự vì theo quy định tại Điều 344, Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015, thì:

“Hội đồng xét xử giám đốc thẩm ra quyết định hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị và giữ nguyên bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới xét xử đúng pháp luật nhưng đã bị bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật bị kháng nghị hủy bỏ hoặc sửa đổi một phần hay toàn bộ.

Trường hợp bản án, quyết định của Tòa án đã thi hành được một phần hoặc toàn bộ thì Hội đồng xét xử giám đốc thẩm phải giải quyết hậu quả của việc thi hành án”.

Như vậy, căn cứ vào thông báo kết quả thi



hành án của Cơ quan THADS khi có kháng nghị thì Hội đồng xét xử phải xem xét một cách toàn diện để đối trừ các khoản nghĩa vụ đã thi hành được một phần hoặc đã thi hành xong và đưa vào trong quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm. Do đó, Cơ quan THADS chỉ phải căn cứ vào quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm và phần nghĩa vụ chưa thi hành trong bản án quyết định đúng pháp luật của Tòa án cấp dưới đã bị hủy hoặc bị sửa để tổ chức thi hành. Cho nên, quy định tại Khoản 3 Điều 135 Luật THADS cho *“đương sự có thể thỏa thuận với nhau về việc hoàn trả tài sản, phục hồi lại quyền tài sản”* hoặc *“Trường hợp tài sản thi hành án là động sản phải đăng ký quyền sở hữu vớ bất động sản còn nguyên trạng thì cưỡng chế trả lại tài sản đó cho chủ sở hữu...”* là không cần thiết.

2. Thi hành quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm tuyên hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật

Theo quy định tại Điều 136 Luật THADS thì việc thi hành quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm tuyên hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật được thực hiện như sau:

“1. Trường hợp quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm tuyên hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử phúc thẩm lại thì việc thi hành án được thực hiện theo bản án, quyết định sơ thẩm mới có hiệu lực pháp luật hoặc bản án phúc thẩm mới.

2. Trường hợp quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm tuyên hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án đã xét xử vụ án và đình chỉ giải quyết vụ án mà phần tài sản trong bản án, quyết định bị hủy đã thi hành được một phần hoặc đã thi hành xong thì thực hiện theo quy định tại Khoản 3 Điều 135 của Luật này”.

Như vậy, theo quy định tại Khoản 1, thì khi Cơ quan THADS nhận được quyết định giám đốc thẩm tuyên hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật để xét xử sơ thẩm lại hoặc xét xử

phúc thẩm lại mà vụ việc đang do Cơ quan THADS tổ chức thi hành thì theo quy định tại điểm d Khoản 1 Điều 50 Luật THADS Thủ trưởng cơ quan THADS phải ra quyết định đình chỉ THA trong trường hợp bản án, quyết định bị hủy một phần hoặc toàn bộ, trừ trường hợp quy định tại Khoản 2 Điều 103 của Luật THADS. Việc THA tiếp theo sẽ được thực hiện theo bản án, quyết định sơ thẩm mới có hiệu lực pháp luật hoặc bản án phúc thẩm mới.

Đối với việc tổ chức thi hành án theo quy định tại Khoản 2 Điều 136 Luật THADS sẽ gây nhiều khó khăn cho các Cơ quan THADS vì không thể thực hiện được trên thực tế. Để thấy được sự khó khăn, không phù hợp đó, chúng ta có thể xem xét một vụ việc thi hành án sau:

Theo bản án dân sự sơ thẩm số 05/2009/DSST ngày 16/01/2009 và bản án dân sự phúc thẩm số 72/2010/DSPT về tranh chấp quyền sử dụng đất, có khoản: buộc ông Trần Minh Hải phải giao cho ông Phạm Hồng Đức quyền sử dụng 2.800 m2 đất.

Sau khi có bản án phúc thẩm ông Đức đã yêu cầu thi hành án và cơ quan thi hành án đã thụ lý thi hành. Do ông Hải không tự nguyện thi hành án nên cơ quan thi hành án đã cưỡng chế giao đất cho ông Đức theo đúng quy định.

Ngày 17/04/2013 TANDTC có quyết định giám đốc thẩm số 170/2013/DS-GĐT, Quyết định “...Hủy 2 bản án sơ thẩm và phúc thẩm ... giao hồ sơ thi hành án cho tòa án nhân dân huyện xét xử lại theo thủ tục sơ thẩm”.

Khi tòa án huyện thụ lý xét xử sơ thẩm thì ông Đức rút đơn yêu cầu khởi kiện. Vì vậy, Tòa án đã ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án dân sự số 27/2013/ST-DS ngày 15/8/2013.

Ông Hải cho rằng đất ông đang canh tác ổn định từ trước thì bị cơ quan thi hành án cưỡng chế giao cho ông Đức, nay Tòa án đã đình chỉ xét xử vụ án do vậy yêu cầu cơ quan thi hành án phải khôi phục lại quyền lợi cho ông.

Đây là một vụ việc có thật mà đến nay Cơ quan Thi hành án dân sự vẫn không thi hành được vì các lý do sau:

Thứ nhất, khi có quyết định giám đốc thẩm thì Cơ quan THADS đã thi hành xong bản án phúc thẩm (*trong trường hợp chưa thi hành xong thì cơ quan thi hành án cũng phải ra quyết định đình chỉ thi hành án theo quy định tại điểm d Khoản 1 Điều 50 LTHADS*). Do vậy, khi nhận được quyết định đình chỉ giải quyết vụ án của Tòa án cấp sơ thẩm xét xử lại vụ án thì Cơ quan THADS không còn tổ chức thi hành vụ việc liên quan đến tranh chấp này (*vì đã thi hành xong hoặc đã đình chỉ thi hành*). Vì thế Cơ quan THADS không có căn cứ để tiến hành cho các bên đương sự thỏa thuận hoàn trả tài sản, khôi phục quyền, nghĩa vụ của mình được.

Thứ hai, Cơ quan THADS cũng không có căn cứ để ra quyết định cưỡng chế trả lại tài sản vì vụ việc đã được cơ quan thi hành án thi hành xong hoặc đã bị đình chỉ thi hành. Đồng thời trong quyết định đình chỉ giải quyết vụ án của Tòa án cũng không đề cập đến việc giải quyết kết quả mà Cơ quan THADS đã tổ chức thi hành. Vì vậy, khi nhận được quyết định đình chỉ giải quyết vụ án của Tòa án cấp sơ thẩm xét xử lại vụ án thì Cơ quan THADS không có căn cứ để ra quyết định tiếp tục thi hành án. Trong khi đó vụ việc trước đây đã bị đình chỉ thi hành kể từ khi có quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm. Do vậy, việc ra quyết định để cưỡng chế giao lại tài sản cho người đã thi hành án là không có căn cứ theo quy định tại Điều 70 Luật THADS (*Căn cứ ra quyết định cưỡng chế thi hành án là bản án, quyết định của Tòa án; quyết định thi hành án*). Điều này đồng nghĩa với việc quy định tại Khoản 2 Điều 136 Luật THADS là không có ý nghĩa trong thực tiễn.

Những vụ việc tương tự như ví dụ trên là tình trạng khá phổ biến đã diễn ra trước khi có Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 có hiệu lực. Vì trước đây pháp luật về tố tụng dân sự không có quy định cụ thể về việc buộc Hội đồng xét xử giám đốc thẩm, tái thẩm hoặc Tòa án xét xử lại theo thủ tục sơ thẩm sau khi có quyết định giám

đốc thẩm, tái thẩm mà Tòa án quyết định đình chỉ giải quyết vụ án thì Tòa án phải xem xét giải quyết hậu quả của việc thi hành án. Có thể nói đây là một khoảng trống trong thủ tục tố tụng, đã gây ra rất nhiều khó khăn cho cơ quan thi hành án dân sự trong việc tổ chức thi hành các bản án, quyết định bị xem xét lại theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm.

Tại thành phố Hồ Chí Minh có một vụ việc điển hình cho thực trạng Hội đồng xét xử không xem xét đến kết quả thi hành án mà cơ quan thi hành án đã thực hiện là “Kỳ án” liên quan đến tranh chấp căn nhà số 36 Nguyễn Thị Diệu tại Quận 3, thành phố Hồ Chí Minh, vụ án này đã hơn 15 năm vẫn chưa thi hành án xong mà nguyên nhân chủ yếu là do bản án bị xét xử đi, xét xử lại quá nhiều lần (*có hơn 12 Bản án, quyết định của các cấp tòa*). Nhưng trong các lần xét xử sau thì cơ quan có thẩm quyền đã không xem xét đến kết quả mà cơ quan thi hành án đã thực hiện đối với bản án đã có hiệu lực trước đó, mặc dù cơ quan thi hành án đã nhiều lần có văn bản thông báo kết quả thi hành án, đồng thời đề nghị các cấp xét xử xem xét một cách toàn diện, giải quyết đối với phần bản án quyết định đã thi hành. Tuy nhiên, đến năm 2017, sau khi BLTTDS năm 2015 có hiệu lực thì những đề nghị của Cơ quan THADS mới được chấp nhận, lúc này thì thiệt hại xảy ra cho các bên liên quan đã rất lớn.

Để khắc phục tình trạng trên thì Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 đã có những sửa đổi bổ sung kịp thời, cụ thể:

Tại Khoản 4 Điều 217 về đình chỉ giải quyết vụ án dân sự đã quy định “*Đối với vụ án được xét xử lại theo thủ tục sơ thẩm sau khi có quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm mà Tòa án quyết định đình chỉ việc giải quyết vụ án thì Tòa án đồng thời phải giải quyết hậu quả của việc thi hành án, các vấn đề khác có liên quan (nếu có); trường hợp nguyên đơn rút đơn khởi kiện hoặc đã được triệu tập hợp lệ lần thứ hai mà vẫn vắng mặt thì việc đình chỉ giải quyết vụ án phải có sự*



đồng ý của bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan”.

Đồng thời, tại Điều 346 về hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật và đình chỉ giải quyết vụ án và Khoản 2 Điều 347 về sửa một phần hoặc toàn bộ bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật cũng đã có quy định *“Trường hợp bản án, quyết định của Tòa án đã thi hành được một phần hoặc toàn bộ thì Hội đồng xét xử giám đốc thẩm phải giải quyết hậu quả của việc thi hành án”.*

Chúng tôi cho rằng, đây là những quy định phù hợp với thực tiễn, đảm bảo sự gắn kết giữa quá trình xét xử của Tòa án và quá trình tổ chức thi hành án của Cơ quan THADS và đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp của các bên đương sự khi bản án, quyết định có hiệu lực pháp luật và đã được đưa ra thi hành, nhưng có kháng nghị giám đốc thẩm, tái thẩm. Đồng thời, nó cũng đảm bảo cho việc xem xét, giải quyết của tòa án được khách quan, toàn diện và đặc biệt là đảm bảo cho quá trình tổ chức thi hành án được kịp thời, hiệu quả.

3. Kiến nghị

Với những sửa đổi, bổ sung kịp thời của Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 về thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm như đã nêu trên, thì hiện nay sẽ không còn tình trạng giám đốc thẩm, tái thẩm đối với bản án, quyết định của Tòa án đã có hiệu lực pháp luật mà Hội đồng xét xử lại không xem xét đến kết quả thi hành án, trừ trường hợp Cơ quan THADS không thông báo kết quả cho Tòa án biết. Do vậy, nếu có quyết định, bản án xét xử lại theo thủ tục giám đốc thẩm, tái thẩm mà Hội đồng xét xử không xem xét đến kết quả thi hành án thì chỉ có hai trường hợp xảy ra:

Trường hợp thứ nhất, Cơ quan THADS đã không thông báo kết quả thi hành án cho Tòa án biết, trong trường hợp này, trách nhiệm thuộc về Cơ quan THADS, mà trực tiếp là Chấp hành viên đang trực tiếp thi hành vụ việc.

Trường hợp thứ hai, nếu Cơ quan THADS đã không thông báo kết quả thi hành án cho Tòa án biết mà Hội đồng xét xử không xem xét thì Hội đồng xét xử đã vi phạm thủ tục tố tụng.

Đối với trường hợp thứ nhất thì phải xem xét trách nhiệm của Cơ quan THADS và những người liên quan để xử lý theo quy định. Đối với trường hợp thứ hai thì phải xem xét lại bản án, quyết định của cơ quan xét xử.

Theo quy định của Bộ luật tố tụng dân sự hiện nay thì việc tổ chức thi hành án đối với quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm hoặc bản án, quyết định xét xử lại sau khi đã có quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm hiện nay sẽ phải thi hành đúng nội dung của các bản án, quyết định đó. Vì nội dung, kết quả của việc thi hành án đã được Hội đồng xem xét một cách toàn diện trong quá trình xét xử. Chính vì vậy, các quy định tại Khoản 3 Điều 135 và Khoản 2 Điều 136 Luật THADS không còn phù hợp với thực tiễn.

Do vậy, chúng tôi đề nghị bỏ quy định tại Khoản 3 Điều 135 và Khoản 2 Điều 136 Luật THADS. Đồng thời, bổ sung quy định *“Đối với phần bản án, quyết định của Tòa án hủy, sửa bản án, quyết định của Tòa án cấp dưới hoặc quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm tuyên hủy bản án, quyết định đã có hiệu lực pháp luật của Tòa án đã xét xử vụ án và đình chỉ giải quyết vụ án mà phần tài sản trong bản án, quyết định bị hủy đã thi hành được một phần hoặc đã thi hành xong mà trong quyết định giám đốc thẩm, tái thẩm hoặc quyết định đình chỉ giải quyết vụ án không xem xét đến kết quả thi hành án đã thi hành thì Cơ quan thi hành án dân sự đề nghị cơ quan có thẩm quyền xem xét lại bản án, quyết định của tòa án”.* Tuy nhiên, để sửa đổi, bổ sung những quy định tại Luật THADS thì cần phải có thời gian. Vì vậy, trước mắt cơ quan có thẩm quyền cần có văn bản hướng dẫn cho Cơ quan THADS thi hành các quy định tại Điều 135, 136 phù hợp với thực tế và phù hợp với các quy định tại Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015 để tránh tình trạng Cơ quan THADS vẫn cứ áp dụng các quy định tại các điều luật trên để thi hành, gây khó khăn, phức tạp cho quá trình tổ chức thi hành án./.

ĐẠI DIỆN CỦA PHÁP NHÂN DO TÒA ÁN CHỈ ĐỊNHNguyễn Văn Hành¹

Tóm tắt: Đại diện là việc một người (gọi là người đại diện) nhân danh và vì lợi ích của người khác (người được đại diện) xác lập, thực hiện giao dịch dân sự trong phạm vi đại diện. Người đại diện có thể là cá nhân hoặc pháp nhân mà nhân danh và vì lợi ích của người được đại diện thực hiện giao dịch dân sự. Người được đại diện có thể là bất kỳ cá nhân nào kể từ khi sinh ra và có thể là pháp nhân kể từ khi pháp nhân được thừa nhận qua việc đăng ký hoạt động. Người đại diện có thể là cá nhân hoặc pháp nhân, có thẩm quyền thực hiện, xác lập giao dịch vì lợi ích và nhân danh người được đại diện. Trong phạm vi bài viết này, tác giả trao đổi về trường hợp đại diện theo pháp luật của pháp nhân do Tòa án chỉ định và những vướng mắc khi hiểu và vận dụng quy định tại điểm c Khoản 1 Điều 137 Bộ luật dân sự (BLDS) năm 2015 về “Người do Tòa án chỉ định trong quá trình tố tụng tại Tòa án” để tìm cách hiểu và áp dụng thống nhất trong thực tiễn xét xử.

Từ khóa: Pháp nhân, đại diện do Tòa án chỉ định, Bộ luật dân sự, Bộ luật tố tụng dân sự.

Nhận bài: 14/01/2020; Hoàn thành biên tập: 12/02/2020; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Summary: Representation is that a person (called the representative), on behalf and for the interest of other people (the represented) to establish and carry out civil transaction within the scope of representation. The represented can be an individual or a legal entity having interests for which the representative carries out civil transaction. The represented can be any living individual or legal entity at the time of registration. The representative can be an individual, or a legal entity, that has the jurisdiction to execute and confirm legal transactions for the benefits and reputation of the represented. In the scope of this writing, the author exchanges the cases of legal representation in the law of legal entities that the courts have assigned and all the misunderstandings in applying the rules in point c, term 1, article 137, Civil Law 2015 which states “The representative assigned by the Court during the legal process at the Court” to understand and apply consistently in real trials.

Key words: Legal entity, representative assigned by the Court, Civil Law, Civil procedure code.

Date of receipt: 14/01/2020; Date of Revision: 12/02/2020; Date of Approval: 27/02/2020.

1. Quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành về đại diện của pháp nhân do Tòa án chỉ định

Pháp luật Việt Nam không đưa ra khái niệm thế nào là pháp nhân mà quy định các điều kiện để một tổ chức được công nhận là pháp nhân. Điều 74 Bộ luật dân sự (BLDS) năm 2015 quy định về các điều kiện để một tổ chức được xác định là pháp nhân đó là: (i) Được thành lập theo quy định của Bộ luật dân sự hoặc luật khác có liên quan; (ii) Có cơ cấu tổ chức theo quy định của Bộ luật dân sự; (iii) Có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình; (iv) Nhân danh mình tham gia các quan hệ pháp luật một cách độc lập. Như vậy theo quy định này thì pháp nhân được xác

định là tổ chức chứ không phải là cá nhân và đặc điểm đặc trưng là hoạt động của pháp nhân phải thông qua người đại diện.

Tại Điều 85 “Đại diện pháp nhân” BLDS năm 2015 xác định đại diện của pháp nhân được xác lập dưới hai hình thức là đại diện theo pháp luật và đại diện theo ủy quyền. Căn cứ xác lập quyền diện của pháp nhân theo pháp luật và theo ủy quyền được BLDS năm 2015 quy định rất cụ thể chi tiết tại Điều 135 về “căn cứ xác định quyền đại diện”.

Đại diện của pháp nhân có vai trò đặc biệt quan trọng. Người đại diện không chỉ giữ vai trò là người nhân danh pháp nhân trong các quan hệ với đối tác, quan hệ nội bộ, điều hành doanh nghiệp, quan hệ với các cơ quan hành chính nhà

¹ Thạc sỹ, Công ty luật TNHH Biển Bắc, NCS Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.



nước mà còn có vai trò đặc biệt quan trọng khi đại diện cho pháp nhân làm việc với cơ quan tố tụng khi buộc phải có sự can thiệp của cơ quan tố tụng. Điều này được minh chứng khi quan hệ pháp luật dân sự bị tranh chấp mà các bên không tự hòa giải được đề giải quyết tranh chấp thì các một trong các bên có quyền lựa chọn cơ quan tài phán đó là Tòa án hoặc Trọng tài. Tuy nhiên, trong tố tụng trọng tài không đặt ra vấn đề Trọng tài chỉ định người đại diện của pháp nhân để tham gia tố tụng. Trong tố tụng Tòa án thì việc quy định Tòa án được quyền chỉ định người đại diện của pháp nhân. Việc pháp luật quy định Tòa án được quyền chỉ định người đại diện của pháp nhân có ý nghĩa quan trọng trong quá trình Tòa án giải quyết tranh chấp. Bởi lẽ, pháp nhân là một tổ chức, mà đã là tổ chức thì buộc phải có người đại diện, mọi giao dịch của pháp nhân đối với đối tác bên ngoài, điều hành pháp nhân và đối với pháp luật đều thông qua người đại diện. Người đại diện chịu trách nhiệm trước pháp luật về mọi hoạt động của pháp nhân. Nếu không có người đại diện thì mọi hoạt động của pháp nhân hầu như bị đình trệ. Không phải ngẫu nhiên mà BLDS năm 2015 đã dành trọn Chương IX để quy định về đại diện của pháp nhân. Kế thừa và đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật, Luật doanh nghiệp năm 2014, cụ thể hóa vai trò người đại diện của pháp nhân và đưa ra các quy định mang tính giải pháp để giải quyết các trường hợp khi vắng mặt đại diện pháp nhân. Cụ thể, tại Điều 13 Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp là cá nhân đại diện cho doanh nghiệp thực hiện các quyền và nghĩa vụ phát sinh từ giao dịch của doanh nghiệp, đại diện cho doanh nghiệp với tư cách nguyên đơn, bị đơn, người có quyền lợi, nghĩa vụ liên quan trước Trọng tài, Tòa án và các quyền và nghĩa vụ khác theo quy định của pháp luật. Như vậy, luật thực định đã xác định cụ thể vai trò, trách nhiệm của người đại diện cho pháp nhân.

Luật doanh nghiệp năm 2014 cũng quy định về số lượng người đại diện, đại diện theo pháp luật của loại hình Công ty TNHH và Công ty cổ phần có thể là nhiều người, tùy theo điều lệ công ty quy định. Quy định này là hoàn toàn mới so

với các văn bản pháp luật trước đây, Luật doanh nghiệp năm 2005 quy định mỗi doanh nghiệp chỉ có một người đại diện. Quy định của Luật doanh nghiệp năm 2014 bổ sung sửa đổi về số người đại diện cho thấy pháp luật trao quyền cho doanh nghiệp quyết định về số người đại diện nhằm bảo đảm thuận tiện cho việc điều hành của doanh nghiệp, phát huy tối đa quyền tự quyết của doanh nghiệp. Tuy nhiên, không để đại diện doanh nghiệp hoạt động tự do không tuân thủ pháp luật. Pháp luật can thiệp thông qua việc giới hạn trách nhiệm của mỗi người trong phạm vi, lĩnh vực của mình được đại diện thông qua điều lệ hoạt động của doanh nghiệp. Mặc dù pháp luật quy định về số lượng người đại diện có sự tiến bộ nhưng vẫn bị hạn chế khi Điều lệ chỉ quy định số lượng người đại diện là trên một người nhưng không xác định rõ vai trò, trách nhiệm, phạm vi đại diện của mỗi người sẽ dẫn đến thực tiễn áp dụng đó là có sự chồng chéo các công việc do nhiều người đại diện cùng thực hiện hoặc có sự đùn đẩy công việc cho nhau vì không phân biệt nội dung nào là của ai, khi có tranh chấp xảy ra không có quy phạm để điều chỉnh.

Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định doanh nghiệp phải bảo đảm luôn có ít nhất một người đại diện theo pháp luật cư trú tại Việt Nam. Trường hợp doanh nghiệp chỉ có một người đại diện theo pháp luật và người này vắng mặt tại Việt Nam quá 30 ngày mà không ủy quyền cho người khác thực hiện các quyền và nghĩa vụ của người đại diện theo pháp luật của doanh nghiệp hoặc bị chết, mất tích, tạm giam, kết án tù, bị hạn chế hoặc mất năng lực hành vi dân sự thì chủ sở hữu công ty, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị cử người khác làm người đại diện theo pháp luật của công ty. Quy định này cho thấy pháp luật đã đưa ra giải pháp khi người đại diện duy nhất vắng mặt, hoặc chết, mất tích, tạm giam, kết án tù..., tuy nhiên đối với trường hợp chủ sở hữu công ty, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị không thể cử được người thay thế thì vẫn là khoảng trống pháp luật đang bỏ ngỏ.

Trong một số trường hợp đặc biệt, Tòa án có thẩm quyền có quyền chỉ định người đại diện theo pháp luật trong quá trình tố tụng tại Tòa án. Với quy định này cho thấy pháp luật dành riêng

cho cơ quan tài phán là Tòa án một đặc quyền trong quá trình Tòa án giải quyết vụ án có liên quan đến pháp nhân. Tuy nhiên, không phải Tòa án tùy tiện chỉ định người đại diện mà chỉ trong trường hợp đặc biệt. Có thể nói, đại diện do Tòa án chỉ định xuất phát từ ý tưởng cần phải có cơ quan tài phán can thiệp vào việc chỉ định người đại diện trong trường hợp không có người đại diện cho pháp nhân theo Điều lệ doanh nghiệp hoặc không có người có thẩm quyền đại diện theo quy định của pháp luật hoặc không có người đại diện theo ủy quyền của pháp nhân.

Điều kiện về việc thực hiện đại diện do Tòa án chỉ định từ quy định của pháp luật dân sự đến pháp luật tố tụng dân sự được ghi nhận cụ thể, trong đó giới hạn phạm vi đại diện của pháp nhân chỉ trong quá trình tố tụng tại Tòa án. Nghĩa là Tòa án chỉ được chỉ định đại diện của pháp nhân trong quá trình Tòa án giải quyết vụ việc có liên quan đến quyền và nghĩa vụ của pháp nhân.

2. Bất cập của quy định việc cử đại diện pháp nhân và một số kiến nghị

Mặc dù Luật doanh nghiệp năm 2014 quy định khá chi tiết các trường hợp cử người thay thế khi vắng người đại diện theo pháp luật, tuy nhiên trên thực tế các quy định này không phải lúc nào cũng được áp dụng để giải quyết kịp thời vấn đề thực tiễn. Cụ thể:

Thứ nhất, chấm dứt đại diện mà chưa có người thay thế.

Đối với trường hợp đại diện doanh nghiệp ủy quyền cho người khác đại diện khi vắng mặt nhưng trong thời hạn ủy quyền một trong hai bên đơn phương chấm dứt việc ủy quyền mà chưa có người thay thế thì giải quyết thế nào. Tại Điều 569 BLDS năm 2015 quy định về việc chấm dứt ủy quyền đối với việc ủy quyền không có thù lao. *“nếu ủy quyền không có thù lao thì bên ủy quyền có thể chấm dứt thực hiện hợp đồng bất cứ lúc nào, nhưng phải báo trước cho bên được ủy quyền một thời gian hợp lý”....*

“Trường hợp ủy quyền không có thù lao, bên được ủy quyền có quyền đơn phương chấm dứt thực hiện hợp đồng bất cứ lúc nào, nhưng phải báo trước cho bên ủy quyền biết một thời gian hợp lý”.

Với quy định của điều luật cho thấy doanh nghiệp không có người đại diện trong thời gian chưa có người thay thế, hoạt động của doanh nghiệp bị gián đoạn. Sự hoạt động bị gián đoạn có thể làm mất cơ hội kinh doanh và gây thiệt hại cho doanh nghiệp. Hơn nữa, doanh nghiệp có thể lợi dụng kẽ hở này để thoái thác trách nhiệm khi thấy giao dịch của doanh nghiệp do người ủy quyền đại diện ký kết mà việc ký kết có thể bị thiệt hại. Chẳng hạn, người đại diện giao dịch vừa ký kết hợp đồng với đối tác chưa đến thời điểm thực hiện hợp đồng, ngay sau đó phát hiện giao dịch này không có hiệu quả nếu tiếp tục thực hiện hợp đồng nên đã thống nhất với người ủy quyền để ra thông báo chấm dứt việc ủy quyền trước thời điểm hợp đồng được ký kết.

Đối với trường hợp Công ty TNHH, Công ty cổ phần theo quy định tại Khoản 5 Điều 13 nêu trên thì chủ sở hữu công ty, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị sẽ cử người khác làm đại diện công ty. Trường hợp này pháp luật cũng chưa dự liệu được nếu bằng mọi giải pháp mà vẫn chưa cử được người khác làm đại diện thì phải xử lý như thế nào, vì doanh nghiệp không thể hoạt động mà không có người đại diện theo pháp luật. Sự bổ sung của pháp luật để giải quyết tình huống này là rất cần thiết để đảm bảo cho pháp nhân duy trì sự hoạt động thường xuyên liên tục trong suốt quá trình sản xuất kinh doanh.

Thứ hai, đại diện của pháp nhân được chỉ định theo Điều lệ.

Tại điểm a Khoản 1 Điều 137 BLDS năm 2015 ghi nhận pháp luật thừa nhận tư cách đại diện của pháp nhân đối với một người nếu Điều lệ của pháp nhân đó ghi nhận. Quy định này không gặp khó khăn gì trong quá trình áp dụng thực tiễn khi người đại diện thực hiện đúng trách nhiệm của mình. Tuy nhiên, đối với một số trường hợp cụ thể thì việc áp dụng pháp luật không được tuân thủ do nhận thức của người tiến hành tố tụng.

Ví dụ, Công ty TNHH X có hai thành viên, một thành viên là cá nhân Việt Nam, một thành viên là cá nhân người nước ngoài. Tại Điều lệ Công ty TNHH X quy định cá nhân là người nước ngoài là đại diện theo pháp luật. Khi có tranh chấp xảy ra giữa Công ty TNHH X với một



doanh nghiệp khác, vụ việc được Tòa án nhân dân thụ lý và giải quyết. Trong quá trình Tòa án giải quyết, cá nhân nước ngoài về nước không ủy quyền cho người Việt Nam, khi Tòa án triệu tập thì cá nhân Việt Nam đến Tòa tham gia tố tụng nhưng Tòa án không chấp nhận với lý do theo Điều lệ thì cá nhân Việt Nam không có tư cách đại diện. Trong vụ việc này Tòa án đã áp dụng máy móc điều luật để không chấp nhận tư cách của cá nhân Việt Nam đại diện cho pháp nhân, dẫn đến vụ việc bị kéo dài do không có người đại diện có mặt tại Việt Nam và gây ảnh hưởng đến quyền lợi của đương sự.

Như tác giả đã phân tích ở trên, pháp luật hiện hành chỉ quy định trong trường hợp đặc biệt, Tòa án có quyền chỉ định đại diện trong quá trình tố tụng, quy định này là rất chung chung, dẫn đến rất khó khăn trong thực tiễn xét xử và phạm vi chỉ định bị hạn chế chỉ trong trường hợp doanh nghiệp có vụ việc mà có sự can thiệp của Tòa án, bởi lẽ:

Một là, với quy định này thì có thể hiểu là kể cả đang có đại diện theo pháp luật hoặc đại diện theo ủy quyền nhưng Tòa án thấy cần thiết và xác định là trường hợp đặc biệt nên chỉ định người khác làm đại diện hoặc chỉ trường hợp pháp nhân không thể cử được người đại diện thì Tòa án mới chỉ định. Có lẽ theo tác giả thì cần phải có quy định cụ thể hơn để Tòa án không lạm quyền hoặc từ chối việc chỉ định không rõ lý do nhằm giải quyết vụ án được khách quan và triệt để mà vẫn tuân thủ đúng pháp luật.

Ví dụ: Tòa án nhân dân (TAND) quận A thụ lý vụ kiện tranh chấp hợp đồng tín dụng có tài sản bảo đảm giữa nguyên đơn là Ngân hàng X và bị đơn là Công ty cổ phần Y. Trong quá trình Tòa án thụ lý giải quyết vụ án ở cấp sơ thẩm, đại diện theo pháp luật của bị đơn đang chấp hành hình phạt tù trong trại giam. Trường hợp này lẽ ra Tòa án phải đề nghị Hội đồng quản trị Công ty cổ phần Y cử người đại diện thay thế để tham gia tố tụng. Tuy nhiên, Tòa án không đề nghị mà trực tiếp lấy lời khai của người đại diện đang bị kết án là trái với Khoản 5 Điều 13 của Luật doanh nghiệp năm 2014 và không phù hợp thực tiễn. Bởi lẽ, lúc này người đại diện của công ty đang bị hạn chế quyền công dân nên

không thể tiếp cận được hồ sơ vụ án và hồ sơ còn lưu giữ trong Công ty để đưa ra được những lập luận và chứng cứ bảo vệ quyền lợi của mình cũng như chứng cứ phản bác yêu cầu của nguyên đơn. Hậu quả là vụ án đã bị Tòa án cấp phúc thẩm hủy bản án vì vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng.

Hai là, pháp luật không quy định Tòa án được chỉ định trong trường hợp cụ thể nào mà không quy định thế nào là trường hợp đặc biệt nên đã dẫn đến việc áp dụng tùy tiện: Tòa án tùy tiện chỉ định để giải quyết vụ việc lấy thành tích; Tòa án tùy tiện xác định trường hợp nào là đặc biệt để chỉ định; Tòa án có thể không chỉ định vì cho rằng không thuộc trường hợp đặc biệt, dẫn đến vụ việc bị kéo dài;

Ba là, các trường hợp khác không thuộc trường hợp tố tụng Tòa án nên Tòa án không có quyền chỉ định người đại diện của pháp nhân thì việc giải quyết như thế nào. Ví dụ, các tranh chấp mà các bên cần giải quyết thông qua thương lượng hòa giải trước khi các bên khởi kiện thì cơ quan nào có quyền chỉ định người đại diện trong trường hợp khuyết người đại diện, nên chăng là cơ quan cấp chứng nhận đăng ký kinh doanh cho doanh nghiệp.

Từ những phân tích trên, tác giả đề xuất cần phải chi tiết hóa các quy định của pháp luật nhằm đưa các quy định này áp dụng thực tiễn một cách có hiệu quả. Do đây là những vấn đề vướng mắc trong áp dụng thực tiễn trong quá trình tố tụng, quá trình giải quyết tranh chấp nên không ai khác là cơ quan chuyên ngành có nghĩa vụ ban hành văn bản để giải thích và hướng dẫn các cơ quan chuyên môn thuộc ngành mình giải quyết. Thích hợp nhất ở đây là Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao có trách nhiệm ban hành các Nghị quyết hoặc phối hợp với các ngành liên quan để ban hành Thông tư liên ngành để hướng dẫn kịp thời việc giải quyết các tình huống phát sinh mà Luật quy định chưa cụ thể. Việc hướng dẫn thông qua Nghị quyết hoặc thông tư là phù hợp, bởi lẽ trình tự thủ tục ban hành nhanh và không phức tạp như sửa đổi bổ sung Luật do việc sửa đổi bổ sung luật phải thông qua Quốc hội nên mất nhiều thời gian và chi phí tài chính cao. Chọn

hình thức dùng Nghị quyết hoặc Thông tư sẽ giải quyết kịp thời được các vấn đề bất cập diễn ra mang tính thời sự. Cụ thể Nghị quyết hoặc Thông tư hướng dẫn chi tiết đối với trường hợp nào được xác định là đặc biệt để Tòa án chỉ định người đại diện; Trường hợp chủ sở hữu Công ty, Hội đồng thành viên, Hội đồng quản trị không cử được người đại diện thay thế có được coi là trường hợp đặc biệt hay không để Tòa án

chỉ định; Trường hợp nhiều người đại diện nhưng có quan điểm khác nhau tại cơ quan tổ tụng thì quan điểm nào là chính thống của doanh nghiệp; Cơ quan cấp chứng nhận đăng ký kinh doanh có quyền chỉ định người đại diện cho pháp nhân trong trường hợp cụ thể để đảm bảo việc quản lý nhà nước của mình trong trường hợp khuyết thiếu người đại diện của pháp nhân trong quá trình tổ tụng./.

ÁP DỤNG QUY ĐỊNH CỦA PHÁP LUẬT TỔ TỤNG DÂN SỰ THỰC HIỆN HOẠT ĐỘNG ĐO ĐẠC - VƯỚNG MẮC, BẤT CẬP VÀ ĐỀ XUẤT GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

(Tiếp theo trang 9)

Tuy nhiên, để tránh lạm dụng hoạt động đo đạc để tạm đình chỉ không có căn cứ⁶, Tòa án nhân dân tối cao cần quy định thẩm phán chỉ được tạm đình chỉ sau khi Tòa án đã tổ chức đề cơ quan chuyên môn tổ chức đo đạc trên thực địa nhưng không đo đạc được do yếu tố khách quan tác động hoặc đã đo đạc được nhưng cơ quan đo đạc chưa cung cấp kết quả đo đạc mà thời hạn giải quyết vụ án đã hết.

Thứ bảy, cần quy định hệ thống mẫu văn bản tổ tụng phục vụ cho hoạt động đo đạc

Tòa án nhân dân tối cao cần quy định bổ sung mẫu văn bản tổ tụng dân sự áp dụng trong hoạt động đo đạc gồm: (1) văn bản yêu cầu đo đạc của Tòa án và giới thiệu đương sự ký hợp đồng đo đạc với cơ quan đo đạc; (2) quyết định thực hiện hoạt động đo đạc; (3) văn bản thông báo cho đương sự, cơ quan, tổ chức, cá nhân khác biết và chứng kiến việc đo đạc; (4) văn bản yêu cầu cơ quan đo đạc giải thích kết quả đo đạc của Tòa án; (5) văn bản yêu cầu đo đạc bổ sung, đo đạc lại; (6) văn bản phối hợp với lực lượng Công an đề nghị hỗ trợ khi có hành vi chống đối, cản trở hoạt động đo đạc; (7) các văn bản cần lập khi có hành

vi chống đối, cản trở hoạt động đo đạc làm cơ sở xử lý vi phạm hành chính, truy cứu trách nhiệm hình sự.

Như vậy, đo đạc là một trong những hoạt động mà Tòa án thường tiến hành để thu thập thông tin thông qua bản vẽ của cơ quan chuyên môn, làm căn cứ giải quyết các vụ án dân sự khi yêu cầu của đương sự có liên quan quyền sử dụng đất, cây trồng, vật kiến trúc trên đất. Do BLTTDS năm 2015 chưa quy định hoạt động đo đạc là hoạt động thu thập chứng cứ nên trên thực tế Tòa án thường áp dụng các quy định của pháp luật tổ tụng dân sự về hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ khi cần đo đạc. Tuy nhiên, việc áp dụng các quy định về xem xét, thẩm định tại chỗ để đo đạc trong thời gian qua đã phát sinh nhiều vướng mắc, bất cập. Cho nên, đòi hỏi cần nhìn nhận đúng tính chất của hoạt động đo đạc, là hoạt động thu thập chứng cứ độc lập, tách khỏi hoạt động xem xét, thẩm định tại chỗ, qua đó, đề xuất bổ sung nhiều quy định mới, sửa đổi, bổ sung các quy định hiện hành có liên quan để giúp hoạt động đo đạc được tiến hành dễ dàng, phát huy giá trị của nó trên thực tế./.

⁶ Bởi vì, trên thực tế, vẫn có trường hợp, Tòa án chỉ mới ban hành văn bản yêu cầu đo đạc hoặc ban hành giấy giới thiệu để đương sự ký hợp đồng đo đạc với cơ quan chuyên môn, chưa tổ chức đo đạc trên thực địa nhưng Tòa án đã ban hành quyết định tạm đình chỉ chờ kết quả đo đạc khi thời hạn giải quyết vụ án đã hết.



THỜI ĐIỂM PHÁT SINH HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG TẶNG CHO TÀI SẢN - THỰC TRẠNG VÀ ĐỀ XUẤT HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT

Lê Thị Giang¹

Tóm tắt: Thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm bắt đầu sự ràng buộc pháp lý giữa các bên, làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên trong hợp đồng. Kể từ thời điểm hợp đồng tặng cho phát sinh hiệu lực, các bên không được rút lại các cam kết trong hợp đồng và phải chịu trách nhiệm dân sự nếu không thực hiện hoặc thực hiện không đúng các nghĩa vụ dân sự phát sinh từ hợp đồng². Bài viết tập trung phân tích thực trạng pháp luật về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản; qua đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật về nội dung này.

Từ khóa: Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản; thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản không phải đăng ký sở hữu; thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản phải đăng ký sở hữu.

Nhận bài: 05/12/2019; Hoàn thành biên tập: 12/12/2019; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: Effective date of the contract is the time when the legal binding between the parties begins, giving rise to the rights and obligations of the parties in the contract. From the moment the donation contract takes effect, the parties must not withdraw the contractual commitments and must bear civil liability for failing to perform or improperly fulfilling the civil obligations arising from the contract. This article focuses on analyzing the legal status of the time when the contract of donating properties arises and the author, thereby, makes some recommendations to improve the law on this content.

Keywords: The effective time of the contract of donating properties; the effective time of the contract of donating properties not subject to ownership registration; the effective time of the contract of donating g properties subject to ownership registration.

Date of receipt: 05/12/2019; Date of Revision: 12/12/2019; Date of Approval: 27/02/2020.

1. Thực trạng pháp luật về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản

1.1. Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản không phải đăng ký sở hữu

Theo quy định tại Khoản 1 Điều 458 và Khoản 2 Điều 459 Bộ luật dân sự (BLDS) năm 2015:

Hợp đồng tặng cho động sản có hiệu lực kể từ thời điểm bên được tặng cho nhận tài sản, trừ trường hợp có thỏa thuận khác; Hợp đồng tặng cho bất động sản có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản nếu bất động sản không phải đăng ký quyền sở hữu.

Quy định này đã tạo điều kiện cho bên tặng cho được suy nghĩ kỹ về quyết định tặng cho tài sản của họ, ngay cả khi họ đã giao kết hợp đồng tặng cho tài sản nhưng chưa chuyển giao tài sản thì bên tặng cho vẫn có quyền thay đổi ý định

không tiếp tục thực hiện việc tặng cho tài sản (trừ trường hợp các bên thỏa thuận thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho động sản không phải đăng ký sớm hơn so với thời điểm chuyển giao tài sản). Quy định này hợp lý bởi người tặng cho không nhận được bất cứ lợi ích vật chất nào từ người được tặng cho nên quy định chặt chẽ về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản là điều cần thiết.

Nghiên cứu thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho động sản không phải đăng ký sở hữu và thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho bất động sản không phải đăng ký sở hữu, tác giả thấy hai điểm chưa tương thích giữa hai quy định này như sau:

Một là, Khoản 1 Điều 458 BLDS năm 2015 quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp

¹ Tiến sỹ, Giảng viên Khoa pháp luật dân sự, Trường Đại học Luật Hà Nội.

² Lê Minh Hùng (2010), *Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Luận án tiến sỹ luật học, Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh, tr.85.

đồng tặng cho động sản không phải đăng ký sở hữu theo sự thỏa thuận của các bên và ưu tiên sự thỏa thuận của các bên trước tiên. Trong khi đó, cũng cùng tính chất là tặng cho tài sản không phải đăng ký sở hữu nhưng đối với tặng cho bất động sản, Khoản 2 Điều 459 BLDS năm 2015 lại không ghi nhận sự thỏa thuận của các bên đối với thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng này.

Cũng liên quan đến thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản theo sự thỏa thuận giữa bên tặng cho và bên được tặng cho, tác giả đánh giá đây là sự bổ sung không phù hợp của BLDS năm 2015 so với BLDS năm 2005. Bản chất của hợp đồng tặng cho tài sản phải là hợp đồng thực tế, điều này được hiểu nếu chưa có hành vi giao – nhận tài sản thì hợp đồng tặng cho tài sản chưa phát sinh hiệu lực. Sẽ không hợp lý và thiếu tính khả thi nếu yêu cầu bên tặng cho phải giao tài sản cho bên tặng cho khi bên tặng cho không muốn tặng cho tài sản nữa hoặc xảy ra các sự kiện khiến bên tặng cho phải thay đổi ý định tặng cho tài sản của mình. Đơn cử như, bố thỏa thuận tặng cho con 100 triệu đồng để con mua xe. Hai bố con thỏa thuận hợp đồng tặng cho có hiệu lực từ thời điểm thỏa thuận xong. Tuy nhiên, khi chưa chuyển giao tiền, bố bị bệnh phải đi viện chữa trị tốn kém. Trường hợp này người con yêu cầu bố bắt buộc phải thực hiện việc tặng cho là không phù hợp đạo đức và thiếu tính khả thi. Qua ví dụ này tác giả nhận định, việc thừa nhận sự thỏa thuận của các bên đối với thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho động sản không phải đăng ký sở hữu trong một số trường hợp đi ngược lại với tính chất thực tế của loại hợp đồng này.

Hai là, đối với hợp đồng tặng cho động sản không phải đăng ký, thời điểm phát sinh hiệu lực là từ khi bên được tặng cho “nhận tài sản” – tức là tiếp cận dưới góc độ hành vi của người được tặng cho. Còn đối với tặng cho bất động sản không phải đăng ký, thời điểm có hiệu lực là từ “thời điểm chuyển giao tài sản” – tức là tiếp cận dưới góc độ hành vi của người tặng cho. Thời điểm “nhận tài sản” và “thời điểm chuyển giao tài sản” có thể diễn ra cùng lúc khi đồng thời với hành vi giao của bên tặng cho là hành vi nhận tài

sản của bên được tặng cho. Tuy nhiên, “thời điểm nhận tài sản” cũng có thể không trùng lặp với với “thời điểm chuyển giao tài sản”. Thời điểm chuyển giao tài sản diễn ra trước và thời điểm nhận tài sản diễn ra sau, cách nhau một khoảng thời gian dài hay ngắn phụ thuộc vào từng trường hợp cụ thể. Ví dụ: A tặng cho B chiếc điện thoại Iphone 8s nhân ngày sinh nhật của B. Vì ở xa nên A đã gửi quà tặng theo đường bưu điện. 05 hôm sau kể từ ngày A gửi bưu điện B mới nhận được quà. Trong tình huống, thời điểm A chuyển giao được xác định theo dấu bưu điện; còn ngày nhận của B được xác định theo thực tế khi tài sản được giao đến tay B (có ký xác nhận với nhân viên bưu điện). Vì tặng cho động sản hay tặng cho bất động sản không phải đăng ký sở hữu đều thuộc trường hợp tặng cho tài sản không phải đăng ký sở hữu nên cần phải được quy định thống nhất về thuật ngữ.

Ngoài bất cập trên, đối với vấn đề tặng cho tài sản vô hình, việc xác định thời điểm có hiệu lực còn chưa được thống nhất và được xác định theo những cách phân tích sau đây:

(i) Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản vô hình như tặng cho quyền tài sản được xác định theo quy định tại Điều 458, Điều 459 BLDS năm 2015. Cụ thể, trường hợp tặng cho tài sản vô hình là động sản không phải đăng ký sở hữu thì hợp đồng tặng cho có hiệu lực khi bên được tặng cho “nhận tài sản”. Ở đây cần hiểu linh hoạt vì tài sản vô hình không thể nhận nên hành vi nhận của bên được tặng cho được hiểu là nhận các giấy tờ chứng minh liên quan đến tài sản vô hình đó. Ví dụ: A tặng cho B quyền đòi nợ đối với C (thực chất là trường hợp chuyển giao quyền đòi nợ không có đền bù). Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho quyền đòi nợ được xác định từ khi B nhận các giấy tờ chứng minh liên quan đến quyền đòi nợ như hợp đồng vay nợ giữa A và C hoặc giấy nhận nợ của C đối với A... Tương tự, trường hợp tặng cho tài sản vô hình là bất động sản không phải đăng ký sở hữu thì thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng là khi bên tặng cho đã giao các giấy tờ chứng minh liên quan đến tài sản tặng cho;



(ii) Điều 458 và Điều 459 BLDS năm 2015 không thể áp dụng được với trường hợp tặng cho tài sản vô hình vì cả hai điều luật này đã quy định rất rõ ràng “*thời điểm nhận tài sản*” và “*thời điểm chuyển giao tài sản*”. Theo đó, cả hai thời điểm này đều được xác định và gắn với tài sản – chính là tài sản tặng cho. Do đó, không thể hiểu đồng thời đây là thời điểm nhận hoặc chuyển giao đối với giấy tờ chứng minh liên quan đến quyền tài sản;

(iii) Khoản 1 Điều 458 và Khoản 2 Điều 459 BLDS năm 2015 bắt cập ở: việc lựa chọn thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản là kể từ thời điểm chuyển giao tài sản chỉ khả thi nếu đối tượng tặng cho là tài sản hữu hình hoặc quyền tài sản gắn với một tài sản hữu hình. Còn đối với tài sản vô hình (tặng cho quyền đòi nợ, tặng cho quyền tài sản đối với quyền sở hữu trí tuệ...) thì hai quy định trên không tương thích để áp dụng được. Khác với cách giải thích (ii), theo cách lý giải này:

+ Khoản 1 Điều 458 và Khoản 2 Điều 459 BLDS năm 2015 vẫn áp dụng được khi tặng cho tài sản vô hình nếu tài sản vô hình gắn với một tài sản hữu hình. Thực chất, thời điểm giao, nhận tài sản được xác định theo việc giao, nhận tài sản hữu hình;

+ Khoản 1 Điều 458 và Khoản 2 Điều 459 BLDS năm 2015 không áp dụng được khi tặng tài sản vô hình mà tài sản này không gắn với một tài sản hữu hình nhất định.

Rõ ràng, việc quy định không triệt để về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản đã gây ra nhiều bất cập khi lý giải cũng như áp dụng các quy định này vào thực tế.

1.2. Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản phải đăng ký sở hữu

Khoản 2 Điều 458 BLDS năm 2015 quy định: “*Đối với động sản mà luật có quy định đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho tài sản có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký*”; Khoản 2 Điều 459 BLDS năm 2015 cũng quy định tương tự: “*Hợp đồng tặng cho bất động sản có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký; nếu bất động sản không phải đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho tài sản có hiệu lực kể từ thời điểm*

chuyển giao tài sản”. Như vậy, hợp đồng tặng cho tài sản phải đăng ký sở hữu phát sinh hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký. Ví dụ: *hợp đồng tặng cho ô tô, xe máy, quyền sử dụng đất, nhà ở...có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký*.

Trong hệ thống pháp luật Việt Nam, thủ tục đăng ký áp dụng trong hai trường hợp sau đây: (i) thủ tục đăng ký giao dịch dân sự, phổ biến với trường hợp đăng ký giao dịch bảo đảm; (ii) thủ tục đăng ký sở hữu đối với những tài sản mà pháp luật quy định bắt buộc phải đăng ký như quyền sử dụng đất, nhà ở, ô tô, xe máy, tàu bay, tàu biển...

Vì cả Điều 458 và Điều 459 BLDS năm 2015 đều chỉ quy định chung chung thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản là kể từ “*thời điểm đăng ký*” nên quy định này được hiểu theo hai góc độ khác nhau:

Cách hiểu thứ nhất, thời điểm đăng ký được ghi nhận tại Điều 458, Điều 459 BLDS năm 2015 là thời điểm đăng ký quyền sở hữu đối với tài sản tặng cho.

Cách hiểu thứ hai, thời điểm đăng ký được ghi nhận tại Điều 458, Điều 459 BLDS năm 2015 là thời điểm đăng ký giao dịch tặng cho.

Theo tác giả, thời điểm có hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản cần được hiểu là thời điểm đăng ký quyền sở hữu đối với tài sản tặng cho bởi các lý do sau đây:

Một là, căn cứ theo ngôn từ và kết cấu của Điều 458, Điều 459 BLDS năm 2015. Khoản 2 Điều 458 BLDS năm 2015 quy định: “*Đối với động sản mà luật có quy định đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho tài sản có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký*”. Từ cách thức quy định của điều luật này có thể thấy, cụm thuật ngữ được nhắc tới đầu tiên là “*đăng ký quyền sở hữu*”; trong cùng một câu khi thuật ngữ này được nhắc lại lần hai thì các nhà làm luật chỉ quy định ngắn gọn bằng cụm từ “*đăng ký*” mà không cần thiết phải nhắc lại đầy đủ;

Hai là, xét về giá trị và ý nghĩa đối với cuộc sống của cá nhân, gia đình thì thông thường những tài sản phải đăng ký quyền sở hữu như quyền sử dụng đất, nhà ở, ô tô xe máy...có giá trị lớn và được chủ sở hữu coi trọng hơn so với

những tài sản không phải đăng ký sở hữu. Do đó, sẽ hợp lý hơn khi luật quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản phải đăng ký sở hữu phải chặt chẽ hơn so với thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản không phải đăng ký sở hữu. Trong khi đó, hợp đồng tặng cho tài sản không phải đăng ký sở hữu phát sinh từ thời điểm chuyển giao tài sản mà hợp đồng tặng cho tài sản phải đăng ký sở hữu phát sinh hiệu lực kể từ khi đăng ký giao dịch là không hợp lý. Bởi khi đăng ký giao dịch thì tài sản có thể chưa được chuyển giao cho bên được tặng cho. Như vậy, thời điểm này thậm chí còn sớm hơn so với thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản không phải đăng ký sở hữu.

Liên quan đến thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho bất động sản phải đăng ký đang có câu hỏi được đặt ra là thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho bất động sản nên ghi nhận từ thời điểm công chứng hay từ thời điểm đăng ký? Tác giả Vũ Đình Nho nhận định BLDS quy định thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho bất động sản phải đăng ký sở hữu nói chung, tặng cho quyền sử dụng đất nói riêng từ thời điểm đăng ký phù hợp hơn so với thời điểm công chứng, chứng thực bởi lẽ:

Thời điểm chuyển giao quyền sở hữu của bất động sản được tính từ khi đăng ký quyền sở hữu là giải pháp ưu tiên hiện nay. Vì giữa thời điểm công chứng hợp đồng và thời điểm đăng ký sang tên quyền sở hữu có một khoảng thời gian nhất định, trong thời gian đó có thể xảy ra các sự kiện pháp lý làm thay đổi quyền và nghĩa vụ của người được nhận chuyển quyền sở hữu³.

Tác giả đồng tình với nhận định này. Tuy nhiên, quy định của Điều 459 BLDS năm 2015 còn bộc lộ bất cập khi không quy định rõ về thời

điểm đăng ký: “*Cần hướng dẫn và giải thích rõ về thời điểm đăng ký. Thời điểm đăng ký là thời điểm đăng ký hợp đồng? Là thời điểm người nộp hồ sơ xin chuyển quyền sở hữu? Là thời điểm thu thuế trước bạ? hay thời điểm người nhận tặng cho được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà?*”⁴. Theo Khoản 15 Điều 3 Luật đất đai năm 2013 thì đăng ký đất đai, nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất “*là việc kê khai và ghi nhận tình trạng pháp lý về quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở, tài sản khác gắn liền với đất và quyền quản lý đất đối với một thửa đất vào hồ sơ địa chính*”. Quy định này đã lý giải về bản chất của thủ tục đăng ký nhưng chưa xác định được thời điểm đăng ký là khi nào.

Bên cạnh quy định chung chung về thời điểm đăng ký, BLDS năm 2015 và Luật nhà ở năm 2014 còn có mâu thuẫn liên quan đến thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho nhà ở. Nhà ở là bất động sản nên về nguyên tắc thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho nhà ở được áp dụng theo quy định của Điều 459 BLDS năm 2015 tức “*từ thời điểm đăng ký*”. Tuy nhiên, Khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014 quy định: “*Trường hợp...tặng cho...nhà thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng. Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng*”. Từ quy định của BLDS năm 2015 và Luật nhà ở năm 2014: “*Quy định này đã bộc lộ sự không phù hợp về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng tặng cho nhà ở giữa Bộ luật dân sự và Luật nhà ở năm 2014 mặc dù đây đều là hai văn bản pháp luật vừa mới được ban hành*”⁵.

2. Hoàn thiện pháp luật về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản

Liên quan đến Điều 458, Điều 459 BLDS năm 2015 về thời điểm phát sinh hiệu lực của

³ Vũ Đình Nho (2010): “*Một số vấn đề trong quy định pháp luật hợp đồng liên quan đến nhà và quyền sử dụng đất*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật (chuyên đề sửa đổi, bổ sung Bộ luật dân sự), tr.168.

⁴ Chu Xuân Minh, Chuyên đề “*Một số vấn đề lý luận và thực tiễn giải quyết tranh chấp về hợp đồng tặng cho nhà ở - Những vướng mắc và kiến nghị*”, TS. Nguyễn Văn Cường (2008), *Thực tiễn giải quyết tranh chấp hợp đồng tặng cho tài sản tại toà án nhân dân - Những vướng mắc và kiến nghị*, Đề tài khoa học cấp Bộ, Tòa án nhân dân Tối cao, tr.182.

⁵ PGS.TS. Nguyễn Văn Cừ - PGS.TS Trần Thị Huệ (Đồng chủ biên) Điều 440, Điều 471(2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015 của nước CHXHCN Việt Nam*, Nxb Công an Nhân dân, tr.687.



hợp đồng tặng cho tài sản, tác giả có một số kiến nghị sửa đổi sau đây:

Thứ nhất, cần lược bỏ quy định: “trừ trường hợp có thỏa thuận khác” tại Khoản 1 Điều 458 BLDS năm 2015.

Việc BLDS năm 2015 bổ sung quy định thừa nhận thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản theo sự thỏa thuận của bên tặng cho và bên được tặng cho là không phù hợp, đi ngược lại tính chất thực tế của hợp đồng tặng cho tài sản. Ngay cả khi các bên đã thỏa thuận thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản sớm hơn so với thời điểm giao – nhận tài sản tặng cho thì thỏa thuận này cũng không hợp lý và thiếu tính khả thi. Bởi không thể bắt ép bên tặng cho phải giao tài sản cho bên tặng cho khi bên tặng cho không muốn tặng cho tài sản nữa hoặc xảy ra các sự kiện khiến bên tặng cho phải thay đổi ý định tặng cho tài sản của mình. Do đó, tác giả kiến nghị cần bỏ quy định “trừ trường hợp có thỏa thuận khác” tại Khoản 1 Điều 458 BLDS năm 2015 để khôi phục quy định này theo như sự ghi nhận trong BLDS năm 1995 và BLDS năm 2005.

Thứ hai, sửa đổi thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho bất động sản “thời điểm chuyển giao tài sản” thành “thời điểm bên được tặng cho nhận tài sản”

- Đối với hợp đồng tặng cho động sản không phải đăng ký, thời điểm phát sinh hiệu lực là từ khi bên được tặng cho “nhận tài sản” – tức là tiếp cận dưới góc độ hành vi của người được tặng cho;

- Còn đối với hợp đồng tặng cho bất động sản không phải đăng ký sở hữu, thời điểm có hiệu lực là từ “thời điểm chuyển giao tài sản” – tức là tiếp cận dưới góc độ hành vi của người tặng cho.

Vì tặng cho động sản hay tặng cho bất động sản không phải đăng ký sở hữu đều thuộc trường hợp tặng cho tài sản không phải đăng ký sở hữu nên cần phải được quy định thống nhất về thuật ngữ. Do đó, tác giả đề xuất sửa đổi thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho bất động sản không phải đăng ký sở hữu kể từ thời điểm bên được tặng cho nhận tài sản để thống nhất với hợp đồng tặng cho động sản không phải đăng ký sở hữu.

Thứ ba, bổ sung quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản vô hình.

Điều 458, Điều 459 BLDS năm 2015 quy định thời điểm phát sinh hiệu lực của tài sản không đăng ký sở hữu là thời điểm giao nhận tài sản tặng cho – quy định này chỉ áp dụng được khi tài sản tặng cho là tài sản hữu hình. Đối với tài sản vô hình (tặng cho quyền đòi nợ, tặng cho quyền sở hữu trí tuệ...) thì quy định trên không tương thích. Do đó, tác giả kiến nghị bổ sung quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực đối với hợp đồng tặng cho tài sản vô hình như sau:

“Hợp đồng tặng cho quyền tài sản là động sản có hiệu lực kể từ thời điểm bên được tặng cho nhận các giấy tờ chứng minh quyền sở hữu đối với quyền tài sản tặng cho”.

Thứ tư, bổ sung quy định: “trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác” vào Khoản 1 Điều 459 Bộ luật dân sự năm 2015.

Theo Khoản 1 Điều 459 BLDS năm 2015, mọi trường hợp tặng cho bất động sản đều phải lập thành văn bản có công chứng, chứng thực hoặc đăng ký nếu bất động sản phải đăng ký quyền sở hữu theo quy định của luật mà không có bất cứ ngoại lệ nào. Trong khi đó, theo quy định tại Khoản 2 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014, trường hợp tổ chức tặng cho nhà tình nghĩa, nhà tình thương thì hợp đồng này không phải công chứng, chứng thực. Như vậy, Khoản 1 Điều 459 về hình thức của hợp đồng tặng cho bất động sản phải đăng ký chưa bao quát và chưa tương thích với Luật nhà ở năm 2014. Để giải quyết bất cập này, tác giả kiến nghị sửa đổi, bổ sung Khoản 1 Điều 459 BLDS năm 2015 như sau: “Tặng cho bất động sản phải được lập thành văn bản có công chứng, chứng thực hoặc phải đăng ký nếu bất động sản phải đăng ký quyền sở hữu theo quy định của luật, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác”. Việc bổ sung này không những tạo ra sự tương thích giữa BLDS năm 2015 và Luật nhà ở năm 2014 mà kể cả giai đoạn sau này, nếu có sự sửa đổi hay có những luật mới quy định về hình thức của hợp đồng tặng cho bất động sản phải đăng ký sở hữu không theo

hình thức công chứng, chứng thực thì BLDS năm 2015 luôn tương thích và không phải sửa đổi theo.

Thứ năm, sửa lại tên điều luật tại Điều 458 và Điều 459 BLDS năm 2015 cho phù hợp với nội dung ghi nhận trong hai điều luật.

Mặc dù Điều 458 và Điều 459 BLDS năm 2015 quy định về trường hợp tặng cho động sản và tặng cho bất động sản nhưng nghiên cứu nội dung quy định của hai điều luật thì thấy cả hai điều luật đều quy định thời điểm phát sinh hiệu lực thực chất dựa trên cách thức phân loại tài sản thành: (i) Tài sản phải đăng ký sở hữu; (ii) Tài sản không phải đăng ký sở hữu. Do đó, tên của 2 Điều luật không phù hợp với nội dung được quy định trong Điều luật. Đây cũng chính là nguyên nhân gây ra sự trùng lặp giữa Điều 458 và Điều 459 BLDS năm 2015: một là, trùng lặp giữa thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho động sản không phải đăng ký sở hữu với thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho bất động sản không phải đăng ký sở hữu; hai là, trùng lặp giữa thời điểm phát sinh hiệu lực của động sản phải đăng ký sở hữu với thời điểm phát sinh hiệu lực của bất động sản không phải đăng ký sở hữu.

Từ các kiến nghị trên, tác giả đề xuất cần thay đổi tên điều luật và kết cấu điều luật để cho đúng với nội dung được ghi nhận tại Điều 458, Điều 459 BLDS năm 2015 và lược bỏ sự trùng lặp không cần thiết giữa hai Điều luật này, cụ thể:

“Điều.....Hình thức của hợp đồng tặng cho tài sản

Hợp đồng tặng cho tài sản phải lập thành văn bản, có công chứng hoặc chứng thực nếu tài sản phải đăng ký sở hữu”.

“Điều.....Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho tài sản

“1. Hợp đồng tặng cho tài sản không phải đăng ký quyền sở hữu có hiệu lực kể từ thời điểm bên được tặng cho nhận tài sản.

2. Hợp đồng tặng cho tài sản phải đăng ký quyền sở hữu có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký sở hữu, trừ trường hợp luật liên quan có quy định khác.

3. Hợp đồng tặng cho quyền tài sản là động sản có hiệu lực kể từ thời điểm bên được tặng cho nhận các giấy tờ chứng minh quyền sở hữu đối với quyền tài sản tặng cho”.

Thứ sáu, thống nhất quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho nhà ở giữa Bộ luật dân sự năm 2015 và Luật nhà ở năm 2014.

Khoản 2 Điều 459 BLDS năm 2015: *“Hợp đồng tặng cho bất động sản có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký; nếu bất động sản không phải đăng ký quyền sở hữu thì hợp đồng tặng cho tài sản có hiệu lực kể từ thời điểm chuyển giao tài sản”.* Nhà ở là một loại bất động sản; do đó, theo quy định của BLDS năm 2015, hợp đồng tặng cho nhà ở có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký.

Trong khi đó, theo Luật nhà ở năm 2014, hợp đồng tặng cho nhà ở có hiệu lực kể từ thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng. Cụ thể, Khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014 quy định: *“Trường hợp mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng...Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng”.*

Thông qua việc trích dẫn hai quy định trên có thể khẳng định, quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho nhà ở trong BLDS năm 2015 và Luật nhà ở năm 2014 đang bị mâu thuẫn. Để thống nhất với quy định trong BLDS năm 2015, tác giả kiến nghị sửa đổi Khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014 như sau:

“Trường hợp mua bán, tặng cho, đổi, góp vốn, thế chấp nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại thì phải thực hiện công chứng, chứng thực hợp đồng... Đối với các giao dịch quy định tại khoản này thì thời điểm có hiệu lực của hợp đồng là thời điểm công chứng, chứng thực hợp đồng; trừ hợp đồng tặng cho nhà ở phát sinh hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký sở hữu nhà ở”. Việc ghi nhận hợp đồng tặng cho nhà ở có hiệu lực kể từ thời điểm đăng ký sở hữu nhà ở xuất phát từ lý thuyết về sự không có đền bù của hợp đồng tặng cho tài sản.

(Xem tiếp trang 43)



HOẠT ĐỘNG CHỨNG MINH CỦA LUẬT SƯ VỚI VAI TRÒ LÀ NGƯỜI BẢO VỆ QUYỀN, LỢI ÍCH HỢP PHÁP CỦA PHÁP NHÂN TRONG VỤ ÁN PHÁP NHÂN THƯƠNG MẠI BỊ BUỘC TỘI

Nguyễn Thanh Mai¹

Nguyễn Kim Chi²

Tóm tắt: Bộ luật hình sự năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017 có hiệu lực thi hành 01/01/2018 (sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015) lần đầu tiên trong lịch sử lập pháp hình sự, quy định trách nhiệm hình sự đối với tổ chức - pháp nhân thương mại (PNTM). Điều này đã làm thay đổi tư duy có tính truyền thống về tội phạm và hình phạt, đáp ứng yêu cầu đấu tranh chống các hành vi phạm tội do PNTM thực hiện ở Việt Nam, tạo cơ sở pháp lý trong hợp tác quốc tế trong đấu tranh phòng chống tội phạm, nhất là các loại tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia. Điều này cũng đặt ra yêu cầu và nhiệm vụ tiếp tục nghiên cứu hoàn thiện quy định này. Cùng với sự ra đời của BLHS năm 2015, Bộ luật tố tụng hình sự năm 2015, có hiệu lực từ ngày 01 tháng 01 năm 2018 (sau đây gọi tắt là BLTTHS năm 2015), cũng quy định về trình tự, thủ tục tố tụng truy cứu trách nhiệm hình sự đối với PNTM phạm tội. Theo đó, khi xác định có dấu hiệu tội phạm do PNTM thực hiện thì các cơ quan có thẩm quyền sẽ ra quyết định khởi tố vụ án hình sự; khi có đủ căn cứ xác định PNTM đã thực hiện hành vi mà BLHS quy định là tội phạm thì cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng ra quyết định khởi tố bị can đối với PNTM đó. Tại điểm h Khoản 1 Điều 435 BLTTHS năm 2015 quy định quyền và nghĩa vụ của đại diện theo pháp luật của PNTM khi bị truy cứu trách nhiệm hình sự, họ có quyền tự bào chữa, hoặc nhờ người bào chữa. Trong bài viết này, chúng tôi đề cập đến hoạt động chứng minh của luật sư trong các vụ án hình sự mà PNTM bị buộc tội, với vai trò là người bảo vệ quyền, lợi ích hợp pháp của PNTM bị buộc tội đó.

Từ khóa: Bộ luật hình sự; Bộ luật tố tụng hình sự; pháp nhân thương mại; luật sư; bảo vệ quyền và lợi ích; bị buộc tội.

Nhận bài: 14/01/2020; Hoàn thành biên tập: 12/02/2020; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: The 2015 Penal Code which is amended and supplemented in 2017 and takes effect on January 1, 2018 for the first time in the history of criminal law stipulates criminal responsibilities for commercial organizations and legal entities. This has changed the traditional thinking about crimes and punishments, meeting the requirement to fight crimes committed by commercial legal entities in Vietnam, creating a basis legal cooperation in international cooperation in the fight against crime, especially transnational organized crime. This also raises the requirement and the task of continuing to study and finalize this regulation. Along with the introduction of the 2015 Criminal Code, the 2015 Criminal Procedure Code which takes effect from January 1, 2018, also stipulates the order and procedures for criminal prosecution for commercial legal entities that commit crimes. Accordingly, when determining criminal signs are committed by commercial legal entities, the competent agencies shall issue decisions to institute criminal cases; When having sufficient grounds to identify commercial legal entities that have committed acts prescribed by the Penal Code as crimes, the competent procedural authorities shall issue decisions to institute criminal proceedings against such commercial legal entities. At Point h, Clause 1, Article 435 of the CPC in 2015, the rights and obligations of legal representatives of commercial legal entities when being examined for penal liability are stipulated and the legal representatives have the right to defend themselves or request for defense counsels. In this article, we mention the proving act done by the lawyers as persons protecting legitimate rights and interests for in criminal cases the commercial legal entities accused.

Keywords: Criminal Code; Criminal Procedure Code; commercial legal entity; lawyer; protecting rights and interests; accused.

Date of receipt: 14/01/2020; Date of revision: 12/02/2020; Date of Approval: 27/02/2020.

¹ Tiến sỹ, Giảng viên, Khoa Đào tạo luật sư, Học viện Tư pháp.

² Tiến sỹ, Giảng viên, Khoa Đào tạo chung nguồn thẩm phán, kiểm sát viên, luật sư, Học viện Tư pháp.

1. Hoạt động chứng minh của luật sư trong các vụ án pháp nhân thương mại bị buộc tội

1.1. Những vấn đề cần xác định thì bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho pháp nhân thương mại bị buộc tội

Chủ thể bị buộc tội có phải là pháp nhân thương mại không?

Pháp nhân là chủ thể của quan hệ xã hội được pháp luật điều chỉnh. Khái niệm pháp nhân dùng để phân biệt với thể nhân (cá nhân) nhằm chỉ đến một chủ thể là tổ chức đáp ứng các điều kiện là pháp nhân theo quy định của pháp luật dân sự. Theo quy định tại Điều 74 Bộ luật dân sự năm 2015, một tổ chức được công nhận là pháp nhân khi đáp ứng các điều kiện sau: (i) Được thành lập theo quy định của pháp luật; (ii) Có cơ cấu tổ chức phải có cơ quan điều hành. Tổ chức, nhiệm vụ và quyền hạn của cơ quan điều hành của pháp nhân được quy định trong điều lệ của pháp nhân hoặc trong quyết định thành lập pháp nhân; (iii) Có tài sản độc lập với cá nhân, pháp nhân khác và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của mình; (iv) Nhân danh mình tham gia quan hệ pháp luật một cách độc lập. Pháp luật phân biệt pháp nhân thành hai loại: PNTM và pháp nhân phi thương mại.

PNTM có mục tiêu chính là tìm kiếm lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên. Đây là đặc điểm mấu chốt để phân biệt PNTM và pháp nhân phi thương mại. PNTM bao gồm các doanh nghiệp và các tổ chức kinh tế khác. Tuy vậy, không phải tất cả các doanh nghiệp đang hoạt động trong nền kinh tế đều là PNTM mà chỉ các doanh nghiệp đáp ứng điều kiện để trở thành pháp nhân và hoạt động vì mục tiêu lợi nhuận thì mới là pháp nhân thương mại.

- Xác định rõ những vấn đề cần phải chứng minh trong vụ án hình sự mà PNTM bị buộc tội:

Những vấn đề cần chứng minh trong vụ án hình sự được ghi nhận là cơ sở của trách nhiệm hình sự (TNHS), đó là sự việc phạm tội, người thực hiện tội phạm và các tình tiết khác có liên quan đến vụ án. Theo đó, tại Điều 441 BLTTHS năm 2015 quy định về những vấn đề mà các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng cần phải

chứng minh làm căn cứ, cơ sở để tiến hành khởi tố vụ án, khởi tố bị can đối với PNTM đó là: i) Có hành vi phạm tội xảy ra hay không, thời gian, địa điểm và những tình tiết khác của hành vi phạm tội thuộc TNHS của pháp nhân theo quy định của BLHS; ii) Lỗi của pháp nhân, lỗi của cá nhân là thành viên của pháp nhân; iii) Tính chất và mức độ thiệt hại do hành vi phạm tội của pháp nhân gây ra; iv) Những tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng TNHS và tình tiết khác liên quan đến miễn hình phạt; v) Nguyên nhân và điều kiện phạm tội³. Những nội dung trên là những vấn đề mà các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng cần phải làm sáng tỏ trong quá trình chứng minh bản chất của vụ án liên quan đến việc xác định PNTM thực hiện hành vi bị coi là tội phạm. Đối với luật sư khi tham gia bào chữa trong những vụ án do PNTM bị buộc tội, đặt ra những vấn đề buộc luật sư phải chứng minh đó là:

Pháp nhân bị buộc tội có phải là PNTM không (tức là có thành lập có vì mục tiêu lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên của pháp nhân không) vì nếu không phải là PNTM thì sẽ không phải là chủ thể của tội phạm;

Khi thực hiện hành vi bị coi là tội phạm và bị buộc tội, luật sư cần xem xét hành vi đó có thuộc một trong các tội danh được quy định tại Điều 76 BLHS không;

Luật sư cũng cần chứng minh việc PNTM khi thực hiện hành vi bị coi là tội phạm có lỗi hay không, lỗi gì, động cơ, mục đích khi thực hiện hành vi bị coi là tội phạm. Theo quy định của BLHS, PNTM chỉ chịu TNHS khi phạm tội với lỗi cố ý.

Luật sư cũng cần xác định rõ hậu quả do PNTM gây ra khi thực hiện hành vi bị coi là tội phạm và bị buộc tội; các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng đã căn cứ vào những kết luận trong tài liệu nào để xác định hậu quả đó; độ tin cậy của tài liệu đó đến đâu và đặc biệt luật sư cũng cần chứng minh về mối quan hệ nhân quả trực tiếp giữa hành vi và hậu quả. Yếu tố quan hệ nhân quả này là hết sức quan trọng, nếu giữa hành vi và hậu quả không có mối quan hệ nhân quả trực tiếp thì hậu quả xảy ra không liên quan

³ Xem Điều 441 BLTTHS năm 2015.



đến hành vi khách quan, đó là cơ sở để luật sư chứng minh sự vô tội đối với PNTM.

Ngoài những yếu tố thuộc về bản chất vụ án cần chứng minh nêu trên, là căn cứ là cơ sở để luật sư kết luận có hay không việc thực hiện hành vi phạm tội của PNTM bị buộc tội. Luật sư cũng cần phải chứng minh những yếu tố khác, có ý nghĩa trong việc ảnh hưởng đến việc xác định trách nhiệm hình sự và quyết định hình phạt đối với PNTM bị buộc tội. Những yếu tố đó bao gồm: Các tình tiết giảm nhẹ TNHS đối với PNTM bị buộc tội; Những yếu tố liên quan đến việc miễn hình phạt và xác định nguyên nhân, điều kiện dẫn đến hành vi phạm tội của PNTM. Một trong những nguyên nhân cần chứng minh đó là tính bất khả kháng của sự việc khách quan, dẫn đến PNTM phải thực hiện hành vi bị coi là tội phạm và bị buộc tội. Qua đó, khi chứng minh và làm rõ những yếu tố ảnh hưởng này lại là căn cứ để luật sư đưa ra chứng minh cho sự vô tội của PNTM bị buộc tội.

Trong trường hợp luật sư chứng minh được thành viên của PNTM thực hiện hành vi phạm tội có thể nhân danh pháp nhân nhưng không vì lợi ích pháp nhân, mà vì lợi ích riêng của cá nhân hoặc không có sự lãnh đạo, điều hành hoặc chấp thuận của PNTM thì TNHS chỉ đặt ra đối với riêng thành viên đó, pháp nhân mà người này là thành viên không phải chịu TNHS. Luật sư cũng cần xem xét kỹ về thời hiệu truy cứu TNHS đối với PNTM bị buộc tội còn hay đã hết, trong trường hợp thời hiệu đã hết luật sư cần đề nghị các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng ra quyết định đình chỉ đối với vụ án đang bị xử lý đối với PNTM bị buộc tội.

1.2. Những hoạt động chứng minh luật sư cần tiến hành nhằm bảo đảm quyền và lợi ích tốt nhất cho pháp nhân thương mại bị buộc tội

- Để nắm được sơ bộ những chứng cứ, tài liệu liên quan đến vụ án hình sự mà PNTM bị buộc tội, luật sư cần tiếp xúc, trao đổi với khách hàng là người đại diện cho PNTM bị buộc tội để có được những thông tin cần thiết, tổng quát nhất về vụ án. Qua đó, định hướng cho người đại diện theo pháp luật của PNTM bị buộc tội khai báo, trình bày, cung cấp các tài liệu, đồ vật cho các cơ quan có

thẩm quyền tiến hành tố tụng để chứng minh sự vô tội hoặc đưa ra các tình tiết giảm nhẹ TNHS, miễn hình phạt đối với PNTM bị buộc tội.

Trong quá trình bào chữa cho PNTM, khi tiếp xúc trao đổi với người đại diện cho PNTM bị buộc tội, luật sư cần yêu cầu người đại diện cung cấp một số tài liệu liên quan đến việc khởi tố vụ án, khởi tố bị can đối với PNTM. Luật sư cần kiểm tra kỹ các chi tiết trong quyết định khởi tố bị can đối với pháp nhân có đảm bảo tính hợp pháp không. Nếu nhận thấy có những vấn đề sai phạm nghiêm trọng luật sư cần có văn bản kiến nghị hoặc tư vấn cho người đại diện hợp pháp của PNTM làm văn bản kiến nghị đối với các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

Cũng giống như khi tiếp xúc, trao đổi với khách hàng là cá nhân, trong trường hợp PNTM bị truy cứu trách nhiệm hình sự, cần chuẩn bị các thủ tục để pháp nhân đề cử hoặc lựa chọn người đại diện theo pháp luật của pháp nhân tham gia tố tụng được quy định tại Điều 434 BLTTHS. Theo đó, mọi hoạt động tố tụng của pháp nhân bị truy cứu trách nhiệm hình sự được thông qua người đại diện theo pháp luật của pháp nhân. Pháp nhân phải cử và bảo đảm cho người đại diện theo pháp luật của mình tham gia đầy đủ các hoạt động khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, thi hành án theo yêu cầu của cơ quan, người có thẩm quyền.

Trao đổi với người đại diện cho PNTM cần làm rõ một vài chi tiết quan trọng như: tài liệu liên quan đến việc thành lập của pháp nhân, qua đó nắm được pháp nhân có phải là PNTM hay không. Ngoài ra cần yêu cầu người đại diện cung cấp các tài liệu liên quan đến sự chỉ đạo điều hành; Sự thống nhất chủ trương, đường lối của các thành viên trong PNTM đó; Các thành viên trong PNTM nắm bắt vấn đề kinh doanh của doanh nghiệp, công ty đến đâu và thể hiện sự biết về các hoạt động đó ở những tài liệu nào, ủng hộ hoạt động đó như thế nào, để từ đó luật sư có những định hướng bào chữa phù hợp cho PNTM bị buộc tội hiệu quả. Mặt khác nếu luật sư chứng minh được hành vi đang bị coi là tội phạm và các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng sử dụng làm căn cứ để buộc tội đối với pháp nhân, hoàn toàn do quá tin tưởng đối tác mà phạm tội, không

cố ý, thì đó cũng là một trong những lý do luật sư đưa ra để khẳng định sự vô tội của PNTM đang bị buộc tội đó.

- Luật sư tham gia một số các hoạt động điều tra, truy tố kiến nghị hoặc tư vấn người đại diện hợp pháp của PNTM làm văn bản kiến nghị đối với các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng nhằm bảo đảm quyền và lợi ích tốt nhất cho khách hàng là PNTM bị buộc tội.

+ Việc trợ giúp khách hàng khi CQĐT tiến hành lấy lời khai có ý nghĩa rất quan trọng trong quá trình tham gia tố tụng. Về nguyên tắc, khi lấy lời khai người đại diện theo pháp luật của pháp nhân phải do điều tra viên, cán bộ điều tra của cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra thực hiện tại nơi tiến hành điều tra, tại trụ sở CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra hoặc tại trụ sở của pháp nhân. Trước khi lấy lời khai, điều tra viên, cán bộ điều tra phải thông báo cho kiểm sát viên và người bào chữa biết về thời gian, địa điểm lấy lời khai. Khi xét thấy cần thiết, kiểm sát viên tham gia việc lấy lời khai. Theo đó, luật sư sẽ cùng tham gia với người đại diện cho PNTM bị buộc tội đến trụ sở CQĐT để lấy lời khai.

Luật sư cần giải thích cho khách hàng biết rõ về trình tự, thủ tục và nguyên tắc lấy lời khai của người đại diện cho PNTM để khách hàng nắm được và sử dụng quyền của mình trong những trường hợp cần thiết. Điểm đặc biệt mà luật sư cần chú ý để tư vấn kịp thời cho khách hàng là việc lấy lời khai của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân tại trụ sở CQĐT, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải được ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh. Việc lấy lời khai của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân tại các địa điểm khác được ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh theo yêu cầu của người đại diện theo pháp luật của pháp nhân, của cơ quan, người có thẩm quyền tiến hành tố tụng. Theo đó, luật sư cần xác định khi CQĐT, VKS triệu tập người đại diện của PNTM đến lấy lời khai mà không thông báo cho luật sư là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng. Các hoạt động lấy lời khai mà không ghi âm, ghi hình có âm thanh khi mà luật quy định và luật sư yêu cầu

cũng là vi phạm nghiêm trọng thủ tục tố tụng. Theo đó, luật sư phát hiện ra những hiện tượng này sẽ kiến nghị hoặc tư vấn cho người đại diện hợp pháp của PNTM bị buộc tội soạn thảo đơn kiến nghị gửi đến các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng.

+ Do phạm vi áp dụng các tội danh đối với PNTM phạm tội chủ yếu trong các lĩnh vực trật tự quản lý kinh tế, môi trường, v.v..., nên hình phạt hay biện pháp tư pháp chủ yếu nhằm bảo đảm khả năng khắc phục hậu quả của vụ án hoặc hạn chế đến mức thấp nhất thiệt hại có thể xảy ra. Vì thế, trong quá trình tố tụng, các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng có thể sẽ áp dụng các biện pháp cưỡng chế sau đây đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử, bao gồm:

Kê biên tài sản liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân (Điều 437 BLTTHS). Khi áp dụng biện pháp này, luật sư cần lưu ý và giải thích cho đại diện hợp pháp của PNTM rõ: Tài sản bị kê biên được giao cho ai bảo quản và chịu trách nhiệm; Thủ tục lập biên bản và thành phần người tham gia việc kê biên phải thỏa mãn các yếu tố gì mới đúng quy định của pháp luật. Theo đó, mọi trường hợp vi phạm đều là căn cứ, cơ sở để luật sư kiến nghị hoặc tư vấn cho người đại diện hợp pháp của PNTM bị buộc tội soạn thảo văn bản kiến nghị.

Phong tỏa tài khoản của pháp nhân liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân (Điều 438 BLTTHS). Phong tỏa tài khoản áp dụng đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử về tội mà BLHS quy định hình phạt tiền hoặc để bảo đảm bồi thường thiệt hại và có căn cứ xác định pháp nhân đó có tài khoản tại tổ chức tín dụng hoặc kho bạc Nhà nước. Tuy nhiên, các luật sư cần lưu ý là việc phong tỏa tài khoản cũng được áp dụng đối với tài khoản của cá nhân, tổ chức khác nếu có căn cứ xác định số tiền trong tài khoản đó liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân và chỉ phong tỏa số tiền trong tài khoản tương ứng với mức có thể phạt tiền hoặc bồi thường thiệt hại. Trên thực tiễn, luật sư cần hết sức lưu ý, BLTTHS quy định áp dụng biện pháp này khi PNTM bị khởi tố, nhưng không nói rõ là khởi tố vụ án hay khởi tố bị can, vì thế để



đảm bảo quyền và lợi ích tốt nhất cho khách hàng là PNTM bị buộc tội luật sư cần hết sức chú ý đến vấn đề áp dụng thủ tục tố tụng này. Nếu phong tòa toàn bộ tài khoản đồng nghĩa với mọi hoạt động của PNTM đó sẽ bị đóng băng, dòng tiền không hoạt động, pháp nhân đó có nguy cơ đối mặt với hủy hợp đồng, phạt hợp đồng hoặc cắt hợp đồng tương lai. Nhiều công ty, doanh nghiệp vì thế phải phá sản, gây thiệt hại đặc biệt lớn cho công ty, doanh nghiệp, đòi hỏi luật sư cần sát sao để có những tư vấn hợp lý cho khách hàng là PNTM bị buộc tội.

Tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân liên quan đến hành vi phạm tội của pháp nhân và buộc nộp một khoản tiền để bảo đảm thi hành án (Điều 439 BLTTHS). Quyết định tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân chỉ áp dụng khi có căn cứ xác định hành vi phạm tội của pháp nhân gây thiệt hại hoặc có khả năng gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe của con người, môi trường hoặc trật tự, an toàn xã hội. Người có thẩm quyền quy định tại Khoản 1 Điều 113 BLTTHS có quyền ra quyết định tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân và phải được VKS cùng cấp phê chuẩn trước khi thi hành. Thời hạn tạm đình chỉ hoạt động của pháp nhân không được quá thời hạn điều tra, truy tố, xét xử theo quy định của BLTTHS. Thời hạn tạm đình chỉ đối với pháp nhân bị kết án không quá thời hạn kể từ khi tuyên án cho đến thời điểm pháp nhân chấp hành án. Do việc tạm đình chỉ này liên quan đến sinh mệnh của PNTM, liên quan đến hàng nghìn người lao động tại pháp nhân và liên quan đến các công ty khác là đối tác của PNTM bị buộc tội. Do đó, biện pháp này cần hết sức thận trọng khi áp dụng trên thực tiễn, nếu thấy căn cứ mà các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng đưa ra không chính xác, luật sư cần phải kiến nghị với các cơ quan đó hoặc tư vấn soạn thảo văn bản cho người đại diện của PNTM phạm tội kiến nghị, nhằm bảo đảm quyền và lợi ích tốt nhất cho khách hàng.

- Trong quá trình tham gia các hoạt động điều tra, truy tố, xét xử mà luật sư thấy việc truy cứu TNHS đối với PNTM không có căn cứ, không thỏa mãn về một trong các yếu tố cấu thành tội

phạm thì luật sư cần kiến nghị với các cơ quan chức năng yêu cầu đình chỉ vụ án. Đặc biệt trong giai đoạn xét xử vụ án, để thực hiện tốt nhất hoạt động chứng minh của mình đối với PNTM bị buộc tội, luật sư cần chú ý những vấn đề sau đây:

+ Cần gặp và trao đổi với người đại diện hợp pháp cho PNTM bị buộc tội trước khi tham gia phiên tòa để thống nhất kế hoạch bào chữa, phương hướng bào chữa tại phiên tòa, cách thức trả lời câu hỏi, cũng như cần cung cấp những chứng cứ, tài liệu, đồ vật gì đến phiên tòa có ý nghĩa trong việc bào chữa tốt nhất cho PNTM là bị cáo bị Tòa án có quyết định đưa vụ án ra xét xử đó.

+ Soạn thảo bản luận cứ bào chữa cho PNTM bị buộc tội trên cơ sở tài liệu, chứng cứ trong hồ sơ vụ án, cũng như tài liệu, chứng cứ, đồ vật mà luật sư biết được, có được. Trên cơ sở đó luật sư sẽ định hướng bào chữa cho PNTM bị buộc tội, theo hướng:

Định hướng bào chữa vô tội (nếu chứng minh không thỏa mãn một trong bốn yếu tố cấu thành tội phạm) như: không thỏa mãn về yếu tố chủ thể phạm tội; không có cơ sở xác định lỗi của pháp nhân khi thực hiện hành vi bị coi là tội phạm hoặc lỗi chỉ là vô ý; tài liệu chứng minh về hậu quả không có độ tin cậy, đưa ra hậu quả không hợp lý, không thể đưa ra hậu quả hình thành trong tương lai để kết tội được; hoặc luật sư chứng minh không có mối quan hệ nhân quả trực tiếp giữa hành vi và hậu quả, một khi hậu quả xảy ra không có mối liên hệ với hành vi thì hậu quả đó không thể dùng để buộc tội cho pháp nhân được;

Định hướng bào chữa theo hướng giảm nhẹ TNHS. Trường hợp xác định PNTM bị buộc tội là có căn cứ, luật sư cần đưa ra các tình tiết giảm nhẹ có ý nghĩa trong việc quyết định hình phạt, miễn hình phạt hoặc có ý nghĩa khác trong việc giải quyết vụ án;

Định hướng bào chữa theo hướng trả hồ sơ điều tra bổ sung. Việc này luật sư cần hết sức cân nhắc khi quyết định bào chữa theo hướng này, phải thật chắc chắn rằng kết quả điều tra bổ sung sẽ đưa đến việc đình chỉ vụ án hoặc giảm nhẹ TNHS đối với PNTM bị buộc tội. Theo đó, để

quyết định được việc này, luật sư cần nghiên cứu, đánh giá và phân tích kỹ các tình tiết, chứng cứ trong hồ sơ vụ án để có định hướng đúng đắn nhất;

+ Lập kế hoạch hỏi, xây dựng đề cương đối đáp tranh luận tại phiên tòa cũng như dự kiến các tình huống xuất hiện tại phiên tòa và cách giải quyết, cụ thể:

Đề cương xét hỏi cũng như đề cương đối đáp, tranh luận tại phiên tòa đều phải trên cơ sở định hướng bào chữa, bám sát định hướng và phải được luật sư trao đổi trước với người đại diện hợp pháp cho PNTM bị buộc tội để tránh hiện tượng phá vỡ kế hoạch bào chữa của luật sư tại phiên tòa;

Nội dung câu hỏi cần bám sát các vấn đề cần phải chứng minh (những vấn đề chứng minh thuộc về bản chất vụ án; những vấn đề chứng minh có ý nghĩa hỗ trợ cho việc quyết định truy cứu trách nhiệm hình sự, miễn hình phạt đối với PNTM bị buộc tội); các kế hoạch này phải hết sức năng động, được bổ sung kịp thời theo diễn biến tại phiên tòa.

2. Một số vấn đề vướng mắc và kiến nghị hoàn thiện nhằm đảm bảo quyền và lợi ích tốt nhất cho pháp nhân thương mại bị buộc tội

Bộ luật hình sự, BLTTHS năm 2015 đều dành những chương riêng, điều luật riêng quy định về các trường hợp PNTM phạm tội, cũng như trình tự, thủ tục cách thức áp dụng đối với PNTM bị buộc tội. Từ việc bảo đảm quyền bào chữa cho PNTM bị buộc tội, cho đến cách trình tự thủ tục tố tụng được tiến hành. Tuy nhiên, các quy định của pháp luật liên quan đến hoạt động chứng minh của luật sư trong các vụ án hình sự mà PNTM bị buộc tội vẫn còn nhiều cản trở, quy định chưa đầy đủ, gây khó khăn cho luật sư khi thực hiện các công việc chứng minh của mình đối với PNTM bị buộc tội đó. Cụ thể:

Thứ nhất, tại chương XXIX BLTTHS quy định về “Thủ tục tố tụng truy cứu trách nhiệm hình sự pháp nhân” theo đó, toàn bộ chương này chỉ nói về các trình tự, thủ tục tố tụng đối với pháp nhân. Trong khi đó phần chung, cũng như tại phần riêng của BLHS quy định về hành vi phạm tội hoặc tội phạm mà pháp nhân thực hiện

và bị truy cứu TNHS phải là “Pháp nhân thương mại”. Do đó, việc quy định giữa hai bộ luật có sự khác biệt về chủ thể phạm tội, theo đó cần có hướng dẫn hoặc có sự chỉnh sửa phù hợp về nội dung này trong hai bộ luật để có cách gọi và cách hiểu được thống nhất;

Thứ hai, BLTTHS quy định về thời điểm tham gia bào chữa để bảo vệ quyền và lợi ích tốt nhất cho khách hàng là từ khi khởi tố bị can, trong trường hợp người bị bắt, bị tạm giữ thì người bào chữa được tham gia tố tụng khi người bị bắt, bị tạm giữ có mặt tại trụ sở CQĐT (Điều 74 BLTTHS)⁴. Tuy nhiên, do PNTM không bị bắt, bị tạm giữ, bị tạm giam nên luật sư tham gia bào chữa cho PNTM bị buộc tội sớm nhất từ khi bị khởi tố bị can. Quy định của pháp luật như vậy đã chưa bao quát hết toàn bộ mọi vấn đề liên quan đến PNTM bị buộc tội. Bởi lẽ khi PNTM bị tình nghi, CQĐT cần kiểm tra, xác minh về các hành vi liên quan đến cá nhân trong pháp nhân phạm tội bị khởi tố và triệu tập người đại diện hợp pháp lên trụ sở CQĐT lấy lời khai, thời điểm này rất cần sự tham gia của người bào chữa để tư vấn, hỗ trợ cho PNTM. Tuy nhiên, luật không quy định người bào chữa không được tham gia từ giai đoạn này, nên luật sư không được đăng ký bảo vệ quyền và lợi ích cho pháp nhân thương mại. Đây cũng là điều cần đặt ra nghiên cứu và hoàn thiện, nhằm đảm bảo hoạt động chứng minh của luật sư thực sự có hiệu quả trên thực tiễn.

Thứ ba, tại Khoản 1 Điều 436 BLTTHS (quy định về các biện pháp cưỡng chế đối với PNTM bị buộc tội); Điều 437 BLTTHS (quy định về kê biên tài sản); Điều 438 BLTTHS (quy định về phong tỏa tài khoản) và Khoản 2 Điều 439 BLTTHS (quy định về: tạm đình chỉ có thời hạn hoạt động của pháp nhân liên quan đến hành vi của pháp nhân; buộc nộp một khoản tiền liên quan đến việc thi hành án). Tất cả những điều luật trên đều quy định áp dụng biện pháp cưỡng chế này khi “...đối với pháp nhân bị khởi tố, điều tra, truy tố, xét xử”, do chỉ dừng ở cụm từ “bị khởi tố” mà không nói rõ là “khởi tố bị can” nên thực tiễn các cơ quan có thẩm

⁴ Xem Điều 74 BLTTHS năm 2015.



quyền tiến hành tố tụng đã áp dụng biện pháp này khá tràn lan, gây ra những thiệt hại lớn đối với PNTM bị buộc tội. Có những trường hợp trên thực tế khi xác định có sai phạm xảy ra tại một PNTM, CQĐT khởi tố vụ án và khởi tố bị can là cá nhân liên quan đến sai phạm đó, chưa khởi tố PNTM nhưng đã áp dụng các biện pháp cưỡng chế đối với PNTM. Ví dụ: Trần A là cá nhân giữ chức vụ Chủ tịch Hội đồng quản trị của Công ty X và Huyền N giữ chức vụ kế toán trưởng Công ty X. Do có nhiều hoạt động kinh doanh bất hợp pháp, sai phạm...nên hai đối tượng trên đã bị khởi tố vụ án, khởi tố bị can. Đồng thời CQĐT đã tiến hành triệu tập đại diện hợp pháp của công ty lên trụ sở để lấy lời khai liên quan đến công ty. Do hiện nay chưa phân định rạch ròi, vụ án khởi tố đối với cá nhân phạm tội, có được xem là vụ án khởi tố đối với pháp nhân không, nên khi vụ án bị khởi tố, CQĐT cũng như cơ quan có thẩm quyền điều tra tiến hành triệu tập người đại diện hợp pháp cho PNTM lên trụ sở cơ quan lấy lời khai. Đồng thời, các cơ quan này căn cứ các điều luật quy định tại BLTTHS rất “không rõ ràng” nêu trên, đã áp dụng các biện pháp cưỡng chế đối với PNTM đó, gây ngưng trệ hoạt động sản xuất kinh doanh, dẫn đến tổn hại khá lớn về lợi nhuận cho công ty. Đây cũng là một trong những vấn đề liên quan đến quy định của pháp luật cần đặt ra nghiên cứu và hoàn thiện, đảm bảo hoạt động chứng minh của luật sư trong các vụ án PNTM phạm tội hiệu quả, đảm bảo quyền và lợi ích tốt nhất cho khách hàng là PNTM bị buộc tội.

Thứ tư, hiện nay trên thực tế các công ty, doanh nghiệp là pháp nhân, khi thành lập đăng ký ngành nghề không có mục tiêu vì lợi nhuận, sau đó bổ sung ngành nghề kinh doanh có đối tượng kinh doanh có mục tiêu lợi nhuận và lợi nhuận được chia cho các thành viên của công ty. Khi những pháp nhân này thực hiện hành vi phạm tội CQĐT đã xác định pháp nhân đó là PNTM để xử lý hình sự. Chúng tôi cho rằng vấn đề này hiện nay chưa được quy định rõ

ràng vì có nhiều trường hợp thay đổi đã làm thay đổi bản chất hoạt động sản xuất kinh doanh của doanh nghiệp. Chúng tôi cho rằng cần có hướng dẫn liên quan đến vấn đề này để tránh thiệt thòi cho doanh nghiệp khi mà hành vi thực hiện trước khi có sự thay đổi đó.

Thứ năm, chưa có quy định về miễn trách nhiệm hình sự đối với PNTM bị buộc tội trong luật. Theo BLHS năm 2015, việc miễn trách nhiệm hình sự chỉ áp dụng đối với cá nhân người phạm tội⁵. Có thể thấy rằng việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với PNTM phạm tội xuất phát từ việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với cá nhân người đại diện cho pháp nhân về hành vi phạm tội mà họ đã thực hiện. Nếu cá nhân người đại diện cho pháp nhân đáp ứng các điều kiện để được miễn trách nhiệm hình sự theo luật định, thì PNTM vẫn phải chịu trách nhiệm hình sự vì không có quy định nào thể hiện việc PNTM phạm tội được miễn trách nhiệm hình sự. Do vậy, chưa đảm bảo sự công bằng, bình đẳng trước pháp luật đối với cá nhân hay tổ chức có hành vi phạm tội. Đây cũng là vấn đề cần đặt ra nghiên cứu và hoàn thiện.

Thứ sáu, BLHS năm 2015 quy định: Điều 10 BLHS về “Cố ý phạm tội”, Điều 11 về “Vô ý phạm tội”, Điều 16 về “Tự ý nửa chừng chấm dứt việc phạm tội”, Điều 17 về “Đồng phạm” hay Điều 23 về “Tình thế cấp thiết”..., những điều luật này đều quy định đối với “người phạm tội” mà không quy định đối với PNTM phạm tội. Trong khi đó, Điều 8 về “Khái niệm tội phạm” lại nêu: “Tội phạm là hành vi nguy hiểm cho xã hội được quy định trong Bộ luật Hình sự, do người có năng lực trách nhiệm hình sự hoặc pháp nhân thương mại thực hiện một cách cố ý hoặc vô ý...”; Điều 85 về “Các tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự áp dụng đối với pháp nhân thương mại” có đề cập đến trường hợp PNTM “*câu kết với pháp nhân thương mại khác để phạm tội*” (điểm a Khoản 1 Điều 85)... Theo đó, cần quy định bổ sung thêm điều khoản về lỗi đối với PNTM khi thực hiện hành vi phạm tội cho đầy đủ./.

⁵ Xem Điều 16, 29, 91, 110, 247, 364, 365, 390 BLHS năm 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017.

THỰC TRẠNG TỔ CHỨC, HOẠT ĐỘNG GIÁM ĐỊNH TƯ PHÁP TRONG LĨNH VỰC KỸ THUẬT HÌNH SỰ VÀ KHẢ NĂNG XÃ HỘI HÓA LĨNH VỰC NÀY

Hoàng Ngọc Phương¹

Tóm tắt: Mặc dù được định hướng tại Nghị quyết số 49/NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị nhưng sau gần 7 năm thực hiện Luật giám định tư pháp, vấn đề xã hội hóa hoạt động giám định chưa được thực hiện và vẫn là chủ đề được nhiều người quan tâm. Trong phạm vi bài viết, tác giả trao đổi về thực trạng tổ chức, hoạt động giám định tư pháp trong lĩnh vực kỹ thuật hình sự và khả năng xã hội hóa lĩnh vực này.

Từ khóa: Giám định tư pháp, kỹ thuật hình sự.

Nhận bài: 14/01/2020; Hoàn thành biên tập: 12/02/2020; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: The socialization of judicial expertise, though being regulated in the Law of judicial expertise and orientation in the Resolution No. 49/NQ/TW dated 02/6/2005 of the Political Bureau and after 7 years of enforcement of the Law of judicial expertise, has not been enforced and paid attention by many people. Within this article, the author discusses situation of organization, judicial expertise in criminal technique and feasibility of socialization of judicial expertise.

Keywords: Judicial expertise, criminal technique.

Date of receipt: 14/01/2020; Date of revision: 12/02/2020; Date of Approval: 27/02/2020.

1. Thực trạng tổ chức, hoạt động giám định tư pháp trong lĩnh vực kỹ thuật

Giám định kỹ thuật hình sự không chỉ là một bộ phận cơ bản trong hệ thống giám định tư pháp của Nhà nước mà còn là một biện pháp điều tra quan trọng của lực lượng Công an trong đấu tranh phòng chống tội phạm nói chung và trong điều tra tội phạm nói riêng. Từ sau Cách mạng tháng Tám, công tác giám định kỹ thuật hình sự đã được ngành Công an triển khai phục vụ đấu tranh phòng chống các loại tội phạm để bảo vệ chính quyền cách mạng. Trải qua hơn 70 năm phát triển, công tác này đã đạt được những thành tựu hết sức quan trọng cả về hệ thống tổ chức cơ quan giám định lẫn chất lượng hoạt động giám định. Thực hiện đường lối đổi mới và chủ trương đẩy mạnh cải cách tư pháp, xây dựng nhà nước pháp quyền Việt Nam xã hội chủ nghĩa của Đảng, công tác giám định kỹ thuật hình sự của ngành Công an tiếp tục có những bước phát triển mới, ngày càng hoàn thiện cả về cơ sở pháp lý, hệ thống tổ chức và năng lực thực tiễn. Không chỉ các chuyên ngành truyền thống như giám định đường vân, giám định tài liệu, giám định dấu vết cơ học mà cả các chuyên

ngành khoa học tự nhiên như giám định chất ma túy, giám định AND đã tiếp cận trình độ của những nước phát triển.

Hiện nay, hệ thống tổ chức giám định tư pháp trên lĩnh vực kỹ thuật hình sự được bố trí ở Bộ Công an và Bộ Quốc phòng. Ở Bộ Công an có Viện Khoa học hình sự trực thuộc Bộ Công an và ở địa phương có phòng Kỹ thuật hình sự thuộc 63 Công an các tỉnh, thành phố trực thuộc Trung ương (sau đây gọi tắt là Công an cấp tỉnh). Viện Khoa học hình sự có 11 đơn vị cấp phòng thực hiện công tác giám định gồm: 06 phòng, 03 trung tâm và 01 phân viện ở thành phố Hồ Chí Minh và 01 phân viện tại thành phố Đà Nẵng. Phòng Kỹ thuật hình sự Công an cấp tỉnh có 01 Đội Giám định, riêng Phòng Kỹ thuật hình sự ở thành phố Hà Nội và thành phố Hồ Chí Minh có 02 Đội Giám định. Bộ Quốc phòng có Phòng Giám định kỹ thuật hình sự thuộc Cục điều tra hình sự.

Về đội ngũ cán bộ: Hiện nay, Bộ Công an có 1.300 giám định viên tư pháp lĩnh vực kỹ thuật hình sự; trong đó 230 giám định viên đang công tác tại Viện Khoa học hình sự và 1070 giám định viên đang công tác tại 63 Phòng Kỹ thuật hình

¹ Đại tá, Nguyên Phó Vụ trưởng Viện Khoa học hình sự, Bộ Công an.



sự thuộc Công an cấp tỉnh và công tác trên 10 chuyên ngành của kỹ thuật hình sự².

Về cơ sở vật chất và trang bị phương tiện: Trong những năm qua, Nhà nước và lãnh đạo Bộ Công an quan tâm đầu tư triển khai nhiều dự án mua sắm trang bị phương tiện nhằm nâng cao năng lực. Hiện nay, Viện Khoa học hình sự có 11 phòng thí nghiệm theo các chuyên ngành giám định, trong đó có những phòng thí nghiệm hiện đại như trường bắn thực nghiệm; hệ thống giám định súng đạn, dấu vết cơ học ứng dụng công nghệ 2D, 3D; trung tâm giám định chất ma túy, trung tâm giám định AND với những thiết bị giải trình tự gen mới nhất mà các nước phát triển đang sử dụng. Cuối năm 2018, Cơ quan Cảnh sát quốc gia Hàn Quốc đã viện trợ cho Viện Khoa học hình sự phòng thí nghiệm về giám định dấu vết đường vân, dấu chân, dấu giày dép hiện đại đạt tiêu chuẩn quốc tế. 02 phân viện ở thành phố Hồ Chí Minh và thành phố Đà Nẵng được trang bị phương tiện và thiết bị kỹ thuật đáp ứng yêu cầu của 08 chuyên ngành giám định phục vụ công tác chiến đấu thường xuyên ở khu vực Miền Nam, Miền Trung, Tây Nguyên.

Một số Phòng Kỹ thuật hình sự Công an cấp tỉnh được Ủy ban nhân dân tỉnh đầu tư mua sắm trang bị, phương tiện đồng bộ phục vụ công tác giám định như Hà Nội, thành phố Hồ Chí Minh, Đồng Nai, Bình Dương, Quảng Ninh, Vĩnh Phúc, Thanh Hóa. Đến nay, 33 Phòng Kỹ thuật hình sự địa phương có thể giám định hàm lượng chất ma túy. Các Phòng Kỹ thuật hình sự Công an các tỉnh, thành phố khác đã có cơ sở vật chất chuyên dụng đáp ứng yêu cầu cơ bản của 04 chuyên ngành giám định (đường vân, tài liệu, cơ học, kỹ thuật). Nhiều phòng kỹ thuật hình sự được trang bị những thiết bị giám định hiện đại như thiết bị giám định tài liệu VSC 5000, VSC 6000, máy sắc ký khí, máy sắc ký khí khối phổ, máy sắc ký lỏng hiệu năng cao để giám định chính xác hàm lượng chất ma túy, giám định các loại chất nổ, thiết bị giám định kỹ thuật số, thiết bị khôi phục dữ liệu encase, các phần mềm khôi phục trích xuất dữ liệu thiết bị di động Ufed touch 2, Xry, Xamn... Một vài địa phương như Quảng Ninh, Vĩnh Phúc được địa

phương trang bị phương tiện triển khai giám định các lĩnh vực đòi hỏi công nghệ cao như giám định kỹ thuật số, giám định ADN.

Với đội ngũ cán bộ và những phương tiện được trang bị, hiện nay, Viện Khoa học hình sự thực hiện giám định đủ 10 chuyên ngành của kỹ thuật hình sự và giám định pháp y. Phân viện Khoa học hình sự tại thành phố Hồ Chí Minh thực hiện 09 chuyên ngành giám định kỹ thuật hình sự (trừ giám định âm thanh). Phân viện Khoa học hình sự tại thành phố Đà Nẵng thực hiện 08 chuyên ngành giám định kỹ thuật hình sự (trừ giám định kỹ thuật số, điện tử và giám định âm thanh). Ở địa phương, hầu hết các Phòng Kỹ thuật hình sự đã triển khai ở mức cơ bản 06 chuyên ngành giám định (đường vân, cơ học, tài liệu, kỹ thuật, sinh học, ma túy); nhiều Phòng Kỹ thuật hình sự triển khai thêm các chuyên ngành giám định kỹ thuật hình sự khác; 30 Phòng Kỹ thuật hình sự đã được phân cấp để triển khai giám định hàm lượng ma túy. Hơn một nửa số Phòng Kỹ thuật hình sự đã triển khai ở mức cơ bản 08 chuyên ngành giám định (đường vân, tài liệu, kỹ thuật, hóa học (ma túy), sinh học, súng, đạn, cháy nổ). Có 05 Phòng Kỹ thuật hình sự triển khai giám định kỹ thuật số và điện tử. Bộ Quốc phòng triển khai được một số chuyên ngành giám định cơ bản tương tự như các Phòng Kỹ thuật hình sự ở địa phương.

Về kết quả giám định: Trong những năm qua, hàng năm, lực lượng kỹ thuật hình sự cả nước nhận và tiến hành giám định khoảng 75.000 trung cầu (thường mỗi vụ một trung cầu). Số lượng này có xu hướng tăng dần qua các năm. Trong đó, nhiều nhất là các trung cầu giám định thuộc 03 chuyên ngành giám định Kỹ thuật hình sự, gồm giám định các ký tự đóng chìm trên vật liệu (giám định số khung, số máy của ô tô và xe máy chiếm khoảng 33%; giám định hóa (ma túy) 28%; giám định tài liệu (giám định chữ viết, chữ ký, giám định kỹ thuật tài liệu) 15%). Vụ việc tập trung chủ yếu ở các thành phố lớn như thành phố Hà Nội, thành phố Hồ Chí Minh (chiếm 17%). 18 địa bàn trọng điểm về tội phạm (theo

² Báo cáo tổng kết công tác kỹ thuật hình sự năm 2018 của Viện Khoa học hình sự, Bộ Công an.

xác định của Bộ Công an) có số vụ trung cầu chiếm 48% số vụ việc của toàn lực lượng kỹ thuật hình sự³.

Năng lực công tác giám định cũng được nâng lên, như Viện Khoa học hình sự có thể tiến hành giám định ADN từ vi vết tế bào. Một số Phòng Kỹ thuật hình sự Công an địa phương có khả năng giám định nồng độ cồn trong máu, thuốc tân dược, các hóa chất, nhiên liệu, chất cháy, dầu vết sơn, pháo, thuốc nổ, hàng giả; bắt đầu triển khai giám định kỹ thuật số và điện tử. Thực tiễn đã khẳng định kết luận giám định là những chứng cứ quan trọng đảm bảo cho việc giải quyết các vụ án, vụ việc được nhanh, chính xác, theo quy định của pháp luật. Bên cạnh đó, qua công tác giám định, lực lượng kỹ thuật hình sự đã phát hiện nhiều phương thức, thủ đoạn hoạt động mới của tội phạm, làm cơ sở cho các cơ quan chức năng đề ra các biện pháp đấu tranh cũng như phòng ngừa phù hợp. Ví dụ: Giám định phát hiện chất nổ mới Triacetone Triperoxid (TATP) trong vụ đối tượng là học sinh lớp 12 ở Thái Nguyên sản xuất thuốc nổ lỏng theo hướng dẫn trên internet; Giám định phát hiện thủ đoạn in mực hóa chất không màu lên giấy trắng để hiện hình ảnh khi có hóa chất tác dụng; Giám định trường hợp sử dụng bút chứa hóa chất chuyển màu để làm mực viết khi lập chứng từ biên nhận nợ, sau một thời gian chữ viết chuyển sang không màu để trốn nợ; Giám định phát hiện chất ma túy mới chưa có trong danh mục quy định của Việt Nam, nguồn gốc từ thực vật, gọi là “cỏ Mỹ”, có tác dụng tương tự nhưng mạnh hơn cần sa...

Nhìn chung, công tác giám định kỹ thuật hình sự của lực lượng Công an đã đáp ứng tốt các yêu cầu của hoạt động tố tụng hình sự, dân sự và hành chính; đảm bảo thời gian giám định theo quy định của pháp luật. Việc từ chối giám định cũng được thực hiện đúng theo quy định của pháp luật. Tuy không nhiều, nhưng hằng năm các cơ quan giám định kỹ thuật hình sự từ chối khoảng 130 Quyết định trưng cầu giám định. Nguyên nhân chủ yếu do vượt quá khả năng giám định hoặc ở một số vụ, cơ quan tiến hành tố tụng đã trưng cầu các lĩnh vực không thuộc lĩnh vực kỹ thuật hình sự.

2. Khả năng xã hội hóa hoạt động giám định tư pháp trong lĩnh vực kỹ thuật hình sự

Ngày 02/6/2005, Bộ Chính trị Ban chấp hành TW Đảng đã ban hành Nghị quyết số 49-NQ/TW về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020. Trong đó có nêu “*Thực hiện xã hội hóa đối với các lĩnh vực có nhu cầu giám định không lớn, không thường xuyên*”. Quán triệt chủ trương trên, tại Điều 14 Luật giám định tư pháp năm 2012 đã quy định là “*Văn phòng giám định tư pháp là tổ chức giám định tư pháp ngoài công lập, được thành lập trong lĩnh vực tài chính, ngân hàng, xây dựng, cổ vật, di vật, bản quyền tác giả*”.

Thực hiện Luật giám định tư pháp, tổ chức giám định tư pháp ngoài công lập trên lĩnh vực tài chính đã được thành lập ở thành phố Hồ Chí Minh nhưng hoạt động cũng rất cầm chừng, hạn chế và còn nhiều khó khăn vướng mắc.

Trước hết, cần khẳng định chủ trương xã hội hóa hoạt động giám định là một chủ trương lớn và đúng đắn của Đảng trong quá trình đẩy mạnh cải cách tư pháp. Tuy nhiên, trong bối cảnh 15 năm về trước, Nghị quyết của Bộ Chính trị cũng mới chỉ giới hạn việc xã hội hóa trong một số lĩnh vực như Nghị quyết đã nêu. Cùng với sự phát triển của nền kinh tế nhiều thành phần, đến nay có nhiều ý kiến cho rằng nên mở rộng xã hội hóa trong các lĩnh vực giám định, trong đó có lĩnh vực giám định kỹ thuật hình sự (có những chuyên ngành mà xã hội có nhu cầu lớn, thường xuyên như chuyên ngành giám định tài liệu, giám định ADN, giám định số khung, số máy...) để tạo điều kiện cho các tổ chức, xã hội, cá nhân có năng lực được thực hiện việc giám định, góp phần thúc đẩy phát triển hoạt động giám định tư pháp nói chung và giám định kỹ thuật hình sự nói riêng, đáp ứng tốt hơn cho yêu cầu điều tra và xử lý tội phạm.

Thực tiễn cho thấy, ở bất cứ hoạt động nào trong đời sống xã hội, khi được xã hội hóa, tức là không có sự độc quyền, thì sẽ có sự cạnh tranh (theo nghĩa tích cực là cạnh tranh lành mạnh). Do vậy để tồn tại và phát triển, việc tổ chức thực hiện các hoạt động đó sẽ luôn ở trong trạng thái động tức luôn được nghiên cứu, cải tiến để nâng cao chất lượng của sản phẩm/dịch vụ. Hoạt động giám định cũng không là ngoại lệ. Khi có cạnh tranh, các tổ

³ Báo cáo tổng kết công tác kỹ thuật hình sự năm 2018 của Viện Khoa học hình sự, Bộ Công an.



chức giám định tất yếu phải luôn nghiên cứu sao cho mô hình tổ chức khoa học nhất, gọn nhẹ nhất, năng lực giám định không ngừng được chú trọng để nâng cao chất lượng, bảo đảm các kết luận giám định được chính xác, khoa học và khách quan nhất.

Đối với giám định kỹ thuật hình sự cũng vậy, nếu có nhiều tổ chức giám định tư pháp ngoài công lập trước hết về lý thuyết sẽ giảm tải cho Nhà nước trong việc đầu tư về con người, đầu tư về cơ sở vật chất, về trang thiết bị (khoản đầu tư như hiện nay là không hề nhỏ), sẽ giúp giảm áp lực công việc cho một số cơ quan giám định kỹ thuật hình sự đang phải giải quyết số lượng lớn công việc hàng năm như Viện Khoa học hình sự và các phòng kỹ thuật hình sự. Các tổ chức giám định ngoài công lập sẽ giúp tăng tính cạnh tranh, mở rộng và hội nhập quốc tế, nhiều phương tiện chuyên dụng và công nghệ hiện đại được mua sắm, chuyển giao từ đó góp phần thúc đẩy làm tăng chất lượng công tác giám định kỹ thuật hình sự.

Mặt khác, với việc đẩy mạnh cải cách tư pháp, trình độ dân trí ngày một nâng cao thì việc sử dụng các chứng cứ vật chất, khoa học sẽ ngày càng được coi trọng trong tất cả các hoạt động tố tụng (hình sự, dân sự, hành chính). Nhận thức về việc thu thập các dấu vết, vật chứng, tài liệu để trưng cầu giám định ngày càng được người dân quan tâm, nhất là với các tài liệu liên quan đến công nghệ như ghi âm, ghi hình, dữ liệu điện tử. Có thể dự báo, nhu cầu giám định tư pháp trong lĩnh vực kỹ thuật hình sự sẽ ngày càng tăng. Như vậy, lợi ích của việc xã hội hóa đã thấy rõ.

Tuy nhiên để thực hiện xã hội hóa trong lĩnh vực giám định kỹ thuật hình sự, cần cần nhắc kỹ một số vấn đề lớn như sau:

Về mặt chuyên môn: Giám định kỹ thuật hình sự là lĩnh vực đặc thù bao gồm 10 chuyên ngành bao trùm ở nhiều lĩnh vực khoa học khác nhau. Hoạt động giám định kỹ thuật hình sự đòi hỏi tính chuyên sâu với nhiều phương tiện chuyên dụng hỗ trợ hiện đại. Nếu cho phép thành lập các tổ chức giám định kỹ thuật hình sự ngoài công lập có thể dẫn đến nhiều tổ chức tuy không đủ năng lực, không có các phương tiện chuyên dụng đáp ứng yêu cầu giám định vẫn tiếp nhận và tiến hành giám định nhằm thu lợi nhuận.

Kết quả của giám định tư pháp nói chung và trong lĩnh vực kỹ thuật hình sự nói riêng có ý nghĩa rất lớn, nhiều khi quyết định một người là có tội hay không có tội, có khi quyết định toàn bộ tài sản thuộc về người này hay người khác... Do đó, các tổ chức giám định tư pháp ngoài công lập có thể ra kết luận giám định sai phục vụ mục đích cá nhân, trục lợi (mặc dù pháp luật có quy định về tội cố ý kết luận sai, song việc chứng minh được hành vi cố ý trong kết luận giám định sai là không hề đơn giản, nhất là các kết luận dựa trên kinh nghiệm và ý thức chủ quan của con người). Trong nhiều trường hợp, người giám định chưa cần ra kết luận sai mà chỉ ra kết luận chung chung đã gây rất nhiều khó khăn cho việc giải quyết vụ việc vì việc đánh giá chứng cứ (sử dụng kết luận giám định) phụ thuộc vào ý chí của người sử dụng kết luận giám định. Trong những trường hợp mẫu cần giám định bắt buộc bị tiêu hủy trong quá trình thực hiện giám định (do khách quan), cơ hội giám định lại không còn thì sự việc càng phức tạp bội phần. Trong khi, việc kiểm tra lại xem kết quả đúng hay sai là không thể, ví dụ như các yêu cầu phát hiện các dấu vết trên các vật gửi giám định (dấu vết đường vân, máu, tinh dịch...). Thực tế hiện nay, tuy chưa cho phép thành lập các tổ chức giám định kỹ thuật hình sự ngoài công lập nhưng đã có tổ chức nhận và thực hiện giám định (Trung tâm tư vấn giám định) gây phức tạp đến hoạt động giám định cũng như tranh tụng trước tòa.

Về con người (giám định viên). Hiện nay, những người có nhu cầu hoạt động trong lĩnh vực giám định kỹ thuật hình sự phần lớn là những cán bộ giám định viên Công an nghỉ hưu và cũng chỉ tập trung ở số giám định viên trên lĩnh vực giám định tài liệu và một số ít giám định viên khoa học kỹ thuật như giám định viên hóa học. Do vậy, ý kiến yêu cầu xã hội hóa công tác giám định trên lĩnh vực kỹ thuật hình sự có lẽ chỉ tập trung ở các chuyên ngành này.

Để đáp ứng nhu cầu của xã hội, ở Hà Nội, nhiều trung tâm xét nghiệm ADN đã được thành lập và hoạt động. Tuy nhiên, đây chỉ là những trung tâm xét nghiệm ADN thuần túy so sánh huyết thống giữa những mẫu sinh học sạch, lấy trực tiếp từ con người. Còn giám định ADN của lực lượng Công an phải giám định so sánh những

mẫu nghi vấn, mẫu không sạch thu được từ hiện trường. Trước khi đưa vào phân tích, mẫu còn phải được xử lý làm sạch, làm giàu ADN với những kỹ thuật rất khó và tốn kém.

Về phương tiện. Để đảm bảo cho hoạt động giám định được chặt chẽ, khoa học, dân đáp ứng hội nhập, Luật giám định tư pháp yêu cầu các Bộ, ngành chủ quản lĩnh vực giám định tư pháp phải quy định cụ thể về điều kiện tối thiểu cho hoạt động giám định do bộ, ngành mình thực hiện. Thực hiện yêu cầu trên, ngày 09/5/2018, Bộ Công an đã ban hành Thông tư số 13/2018/TT-BCA quy định về điều kiện cơ sở vật chất, trang thiết bị, phương tiện giám định tối thiểu cho tổ chức giám định tư pháp công lập trong lĩnh vực kỹ thuật hình sự. Theo quy định tại thông tư trên, để đầu tư một phòng thí nghiệm là không đơn giản. Nếu đứng ở góc độ hạch toán kinh tế thì đầu tư cho giám định sẽ rất khó có lãi. Do yêu cầu của hoạt động tố tụng, nên Nhà nước bắt buộc phải đầu tư và với chi phí đầu tư không hề nhỏ.

3. Đề xuất

Như vậy, cho phép xã hội hoá hoạt động giám định tư pháp kỹ thuật hình sự tuy có một

số ưu điểm như đã nêu, nhưng cũng gây ra những phức tạp về kiểm soát chất lượng, cũng như kiểm soát tính trung thực của công tác giám định. Hơn nữa, hiện nay, các tổ chức giám định tư pháp công lập trong lĩnh vực kỹ thuật hình sự vẫn có thể đảm đương, hoàn thành tốt nhiệm vụ và đáp ứng được nhu cầu giám định tư pháp trong lĩnh vực này trên cả nước.

Qua tìm hiểu ở các nước như Pháp, Đức, Tây Ban Nha, Hàn Quốc, Thái Lan..., hầu hết hoạt động giám định kỹ thuật hình sự do ngành Cảnh sát thực hiện và không xã hội hóa lĩnh vực này. Ngay cả ở Tây Ban Nha, tuy Viện Khoa học pháp lý và pháp y không thuộc ngành Cảnh sát mà thuộc Bộ Tư pháp nhưng cũng là cơ sở công lập do Nhà nước đầu tư.

Từ những phân tích nêu trên, chúng tôi đề xuất, ở thời điểm hiện nay chưa nên xã hội hoá hoạt động giám định tư pháp trong lĩnh vực kỹ thuật hình sự. Trước mắt cần tiếp tục nghiên cứu và chuẩn bị các điều kiện cần thiết về nhận thức xã hội, về nguồn nhân lực... cho việc thực hiện chủ trương này theo lộ trình phù hợp./.

THỜI ĐIỂM PHÁT SINH HIỆU LỰC CỦA HỢP ĐỒNG TẶNG CHO TÀI SẢN - THỰC TRẠNG VÀ ĐỀ XUẤT HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT

(Tiếp theo trang 31)

Sự không có đền bù là điểm đặc trưng nhất của hợp đồng tặng cho tài sản so với các hợp đồng mua bán, trao đổi, góp vốn...do đó, sẽ không hợp lý khi quy định thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho nhà ở giống với thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng mua bán, trao đổi, góp vốn như Khoản 1 Điều 122 Luật nhà ở năm 2014. Thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho nhà ở cần được quy định chặt chẽ và muộn hơn so với thời điểm phát sinh hiệu lực của các hợp đồng mua bán, trao đổi nhà ở để tạo điều kiện cho bên tặng cho trong việc suy nghĩ thấu đáo về quyết định tặng cho của họ. Do vậy việc lựa chọn thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng tặng cho nhà ở từ khi đăng ký là phù hợp./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Lê Thị Giang, *Điều 440 – Điều 471*, PGS.TS. Nguyễn Văn Cừ - PGS.TS Trần Thị Huệ

(Đồng chủ biên) (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật dân sự năm 2015 của nước CHXHCN Việt Nam*, Nxb. Công an nhân dân;

2. Lê Minh Hùng (2010), *Hiệu lực của hợp đồng theo quy định của pháp luật Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Trường Đại học Luật thành phố Hồ Chí Minh;

3. Chu Xuân Minh, Chuyên đề “*Một số vấn đề lý luận và thực tiễn giải quyết tranh chấp về hợp đồng tặng cho nhà ở - Những vướng mắc và kiến nghị*”, TS. Nguyễn Văn Cường (2008), *Thực tiễn giải quyết tranh chấp hợp đồng tặng cho tài sản tại toà án nhân dân – Những vướng mắc và kiến nghị*, Đề tài khoa học cấp Bộ, Tòa án nhân dân Tối cao;

4. Võ Đình Nho (2010): “*Một số vấn đề trong quy định pháp luật hợp đồng liên quan đến nhà và quyền sử dụng đất*”, Tạp chí Dân chủ và Pháp luật (chuyên đề sửa đổi, bổ sung Bộ luật dân sự).



MỘT SỐ VẤN ĐỀ ĐẶT RA TRONG THỰC THI QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ HIỆN HÀNH VÀ KIẾN NGHỊ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Phạm Xuân Việt¹

Tóm tắt: Quyền sở hữu trí tuệ là quyền của tổ chức, cá nhân đối với tài sản trí tuệ, bao gồm quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả, quyền sở hữu công nghiệp và quyền đối với giống cây trồng. Theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 (sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015) có hai điều luật quy định về tội phạm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, đó là Điều 225. Tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan và Điều 226. Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp. Trong phạm vi bài viết, tác giả tập trung làm rõ thực trạng, tồn tại và một số giải pháp kiến nghị trong xử lý hình sự tội phạm này.

Từ khóa: Luật hình sự, pháp nhân thương mại, sở hữu trí tuệ, tội phạm, trách nhiệm.

Nhận bài 13/02/2020; Hoàn thành biên tập: 17/02/2020; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: Intellectual property rights are the rights of organizations and individuals to intellectual property, including copyright and rights related to copyright, industrial property rights and rights to plant varieties. According to the provisions of the 2015 Penal Code amended and supplemented in 2017 (hereinafter referred to as the Penal Code 2015), there are two laws providing for crimes of infringing upon intellectual property rights, namely Article 225. Crime infringes upon copyright and related rights and Article 226. Crime of infringing upon industrial property rights. Within the scope of the article, the author focuses on clarifying the reality, existence and some proposed solutions in criminal handling of this crime.

Keywords: Criminal law, commercial legal entity, intellectual property, crime, responsibility.

Date of receipt: 13/02/2020; Date of revision: 17/02/2020; Date of Approval: 27/02/2020.

1. Thực trạng tình hình xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ

Từ kết quả công tác đấu tranh phòng, chống hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của lực lượng chức năng cho thấy, thời gian qua hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ ở nước ta đang có nhiều dấu hiệu diễn biến phức tạp, khó lường không chỉ về mặt hàng xâm phạm, xuất xứ, nguồn gốc sản phẩm, chất lượng hàng hóa mà còn về số vụ, số đối tượng, tang vật thu giữ phương thức, thủ đoạn hoạt động cũng như biện pháp xử lý hành vi xâm phạm. Cụ thể, theo số liệu thống kê của Ban Chỉ đạo quốc gia chống buôn lậu, gian lận thương mại và hàng giả (gọi tắt là Ban chỉ đạo 389 quốc gia), trong giai đoạn từ năm 2014 đến hết năm 2018 đã phát hiện, bắt giữ, xử lý 1.057.000 vụ liên quan đến hành vi buôn lậu, sản xuất, buôn bán hàng

giả, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, thu nộp ngân sách 91.000 tỷ đồng. Còn theo báo cáo tổng kết của Tổng cục Quản lý thị trường, chỉ tính riêng trong năm 2018 lực lượng này đã phát hiện, xử lý gần 92.000 vụ liên quan đến các hành vi buôn lậu, sản xuất, buôn bán hàng giả, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, thu nộp ngân sách 490 tỷ đồng, số hàng tịch thu chưa bán gần 93 tỷ đồng.

Theo số liệu thống kê của Cục Cảnh sát điều tra tội phạm về tham nhũng, kinh tế, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ (gọi tắt là Cục Cảnh sát kinh tế)², trong giai đoạn từ năm 2012 đến tháng 10 năm 2018 lực lượng Cảnh sát kinh tế toàn quốc đã phát hiện, điều tra, xử lý hình sự hơn 539 vụ sản xuất, buôn bán hàng giả và xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ với hơn 753 bị can. Hàng hóa thu giữ khoảng trên 200 tấn thực

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

² Báo cáo tổng kết của Cục Cảnh sát kinh tế, Bộ Công an giai đoạn 2012 - 2018 năm 2019.

phẩm chức năng các loại, trong đó chủ yếu là rượu ngoại hơn 36.500 sản phẩm; thuốc tân được trên 89.292 sản phẩm; hàng chục ngàn tấn phân bón và hàng triệu sản phẩm điện tử, túi xách, giấy dép, quần áo thời trang.... Nếu tính riêng xử lý hành chính, trong giai đoạn này toàn lực lượng Cảnh sát kinh tế đã phát hiện và trực tiếp ra quyết định xử phạt vi phạm hành chính chính 1.204 vụ, trong đó hàng giả là 176 vụ, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ 1.028 vụ, tổng số tiền xử phạt là 29.867.000.000 đồng. Lực lượng Cảnh sát kinh tế đã phối hợp và chuyển cơ quan khác (chủ yếu là lực lượng Quản lý thị trường và thanh tra chuyên ngành) tiến hành xử lý hành chính tổng số 2.166 vụ về hàng giả, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ, phạt tổng số tiền 54.362.928.000 đồng. Còn tính riêng trong năm 2019, lực lượng Cảnh sát kinh tế toàn quốc đã phát hiện xử lý 407 vụ, trong đó khởi tố 50 vụ với 63 bị can, chuyển xử lý vi phạm hành chính 357 vụ.

2. Tồn tại, khó khăn

Với nhiều quy định được sửa đổi, bổ sung, BLHS năm 2015 đã góp phần thuận lợi hơn trong quá trình thực thi quyền sở hữu trí tuệ cho các lực lượng chức năng, đặc biệt trong xử lý hình sự. Tuy nhiên, kết quả thực tiễn cho thấy vẫn còn một số tồn tại sau:

Thứ nhất, BLHS năm 2015 chưa quy định bao quát được tất cả các đối tượng thuộc quyền sở hữu trí tuệ.

Theo Luật sở hữu trí tuệ năm 2013 sửa đổi, bổ sung năm 2019 (khoản 2, 3, 4, 5 Điều 4) đối tượng của quyền tác giả, quyền liên quan gồm: Tác phẩm, cuộc biểu diễn, bản ghi âm, ghi hình, chương trình phát sóng, tín hiệu vệ tinh mang chương trình được mã hóa; quyền sở hữu công nghiệp gồm: Sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, thiết kế bố trí mạch tích hợp bán dẫn, nhãn hiệu, tên thương mại, chỉ dẫn địa lý, bí mật kinh doanh; quyền đối với giống cây trồng gồm giống cây trồng mới. Trong khi đó, BLHS hiện hành chỉ quy định trách nhiệm hình sự đối với hai nhóm quyền (Điều 225. Tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan và Điều 226. Tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp) mà

không đặt trách nhiệm hình sự đối với quyền đối với giống cây trồng. Mặc dù BLHS năm 2015 đã quy định phạm vi bảo hộ đối với hai nhóm quyền trên, nhưng cũng chưa bao quát hết phạm vi các đối tượng thuộc quyền tác giả, quyền liên quan và quyền sở hữu công nghiệp. Cụ thể, tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan mới chỉ quy định với tác phẩm, bản ghi âm, bản ghi hình (hai trên sáu đối tượng) và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp mới chỉ quy định đối với nhãn hiệu, chỉ dẫn (hai trên bảy đối tượng). Do đó, nếu có hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ với các đối tượng còn lại thì chỉ xử lý hành chính nên chưa đủ sức răn đe, ngăn chặn.

Thứ hai, điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự đối với hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ còn khó khăn, bất cập.

Bộ luật hình sự 2015 đã quy định thêm yếu tố “thu lời bất chính” “giá trị hàng hóa vi phạm” thay vì chỉ có yếu tố “quy mô thương mại” như trước đây làm tình tiết bắt buộc trong cấu thành tội phạm cơ bản. Tuy nhiên, đến nay chưa có hướng dẫn cụ thể về yếu tố “quy mô thương mại” cũng như căn cứ, cơ sở, cách thức nhằm xác định “thu lời bất chính” và “giá trị hàng hóa vi phạm” do hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ gây ra. Ngoài ra, đối với Khoản 1, Điều 226 tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp để xử lý hình sự cần phải có yêu cầu của bị hại. Hơn nữa, theo BLHS năm 2015 có quy định về tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp với hai đối tượng là nhãn hiệu hoặc chỉ dẫn địa lý đang được bảo hộ tại Việt Nam. Tuy nhiên, Điều 12 Nghị định 99/2013/NĐ-CP ngày 29/08/2013 về quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực công nghiệp cũng quy định về đối tượng là hàng hóa giả mạo nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, theo đó, có thể xử phạt hành chính đối với các hàng hóa vi phạm trị giá trên 300 triệu đồng. Trong khi đó, Khoản 1 Điều 226 tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp lại quy định “...hàng hóa vi phạm trị giá từ 200.000.000 đồng đến dưới 500.000.000 đồng, thì bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 500.000.000 đồng hoặc phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm.”. Điều này dẫn đến



thực tế có những trường hợp hàng hóa vi phạm trị giá trên 300 triệu đồng nhưng cơ quan chức năng vừa có thể xử lý hành chính thay vì phải xử lý hình sự.

Thứ ba, khó khăn trong truy cứu trách nhiệm hình sự đối với chủ thể là pháp nhân thương mại phạm tội xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ.

Cả hai tội danh quy định về tội phạm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ ngoài phạm vi truy cứu trách nhiệm hình sự đối với cá nhân “*người có đủ năng lực trách nhiệm hình sự*” còn truy cứu trách nhiệm hình sự với cả pháp nhân thương mại. Mặc dù, BLHS năm 2015 đã xem xét pháp nhân thương mại là chủ thể chịu trách nhiệm hình sự đối với tội phạm do cá nhân thực hiện nhân danh và vì lợi ích của pháp nhân thương mại... như Điều 75 BLHS năm 2015 đã xác định nhưng đến nay các nhà làm luật vẫn chưa có hướng dẫn cụ thể trong quá trình xử lý hình sự chủ thể này.

Thứ tư, hình phạt xử lý trách nhiệm hình sự tội phạm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ còn thấp, chưa đủ sức răn đe, ngăn chặn.

So với BLHS năm 1999 sửa đổi, bổ sung năm 2009 thì BLHS năm 2015 đã có điều chỉnh theo hướng tăng hình phạt của Khoản 1 đối với cả hai tội danh xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ (...mức phạt cải tạo không giam giữ đối với hành vi phạm tội đến 03 năm, trước đây, mức phạt cải tạo không giam giữ chỉ đến 02 năm) còn giữ nguyên khung hình phạt Khoản 2 “...phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm”. Theo tác giả, so với hậu quả do hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ gây ra, mà thiệt hại trực tiếp không chỉ về tài sản mà còn ở uy tín, danh tiếng của chủ sở hữu quyền, ảnh hưởng gián tiếp đến quyền lợi người tiêu dùng cũng như môi trường phát triển kinh tế cạnh tranh lành mạnh ở Việt Nam thì khung hình phạt trên vẫn còn khá thấp chưa đủ sức răn đe, ngăn chặn tội phạm này.

3. Một số kiến nghị giải pháp hoàn thiện

Một là, mở rộng phạm vi quy định của BLHS năm 2015 với đối tượng thuộc quyền sở hữu trí tuệ.

Thực tiễn công tác thực thi quyền sở hữu trí tuệ cho thấy, tình hình xâm phạm quyền đối với các đối tượng như sáng chế, kiểu dáng công nghiệp, cuộc biểu diễn, chương trình phát sóng... đang có nhiều dấu hiệu biến phức tạp, trong khi hành vi xâm phạm chỉ được xử lý bằng biện pháp hành chính nên chưa đủ sức răn đe, ngăn chặn. Đồng thời, nhằm thực hiện những cam kết về sở hữu trí tuệ mà Việt Nam là thành viên, đặc biệt trong giai đoạn hiện nay chúng ta đã ký kết nhiều hiệp định thương mại tự do (FTA) như Hiệp định FTA Việt Nam - EU (EVFTA), Hiệp định đối tác toàn diện và Tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP)... Do đó, thời gian tới để nâng cao hiệu quả công tác phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ cũng như các cam kết mà chúng ta đã tham gia, trước mắt cần thiết phải bổ sung thêm các đối tượng như kiểu dáng công nghiệp, sáng chế (đối tượng thuộc quyền sở hữu công nghiệp) và cuộc biểu diễn, chương trình phát sóng (đối tượng thuộc quyền tác giả, quyền liên quan) trong BLHS.

Hai là, hướng dẫn cụ thể về điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự.

Việc BLHS năm 2015 giữ nguyên quy định yếu tố “*quy mô thương mại*” và bổ sung thêm yếu tố “*thu lợi bất chính*”, “*giá trị hàng hóa vi phạm*” trong cấu thành tội phạm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ theo tác giả là hoàn toàn hợp lý nhằm đảm bảo kế thừa, vận dụng phù hợp với các quy định liên quan đến các thỏa thuận về sở hữu trí tuệ mà Việt Nam là thành viên. Tuy nhiên, để thuận lợi trong quá trình thực thi quyền sở hữu trí tuệ thời gian tới các nhà làm luật cần có hướng dẫn, giải thích cụ thể về các yếu tố này theo hướng sau:

Đối với yếu tố “*quy mô thương mại*”, người viết đồng ý với quan điểm của tác giả Nguyễn Viết Thịnh³ và có bổ sung, đó là hành vi được thực hiện một cách có chủ ý nhằm mục đích sinh lợi, không kể giá trị của hàng hóa vi phạm và đã gây ảnh hưởng đến quyền lợi của chủ thể quyền.

Đối với hai yếu tố “*thu lợi bất chính*” và “*giá trị hàng hóa vi phạm*” cần quy định căn cứ

³ Xem: Nguyễn Viết Thịnh - Vụ Pháp luật - VPCP trên trang tin Xây dựng pháp luật, Cổng thông tin điện tử Chính phủ.

theo số lượng hàng hóa xâm phạm tại thời điểm bắt giữ và đã xuất bán có giá trị tương đương với giá trị hàng hóa chính hãng của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ.

Ngoài ra, để nâng cao tính chủ động trong xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ theo tác giả cần thiết bỏ quy định khởi tố theo yêu cầu của bị hại của đối với tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp. Đồng thời, cần sửa đổi, bổ sung Điều 12, Nghị định 99/2013/NĐ-CP ngày 29/08/2013 về quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực công nghiệp theo hướng mức xử phạt cao nhất đối với hành vi giả mạo nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý không quá 250 triệu đồng đối với hàng hóa vi phạm từ 150 triệu đồng đến dưới 200 triệu đồng để đảm bảo phù hợp, thống nhất, liên thông với quy định tại Khoản 1, Điều 226 BLHS năm 2015.

Ba là, có những hướng dẫn cụ thể để truy cứu trách nhiệm pháp nhân thương mại phạm tội xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ

Tội xâm phạm quyền tác giả, quyền liên quan và tội xâm phạm quyền sở hữu công nghiệp là 2 trong hơn 30 tội danh quy định thêm chủ thể chịu trách nhiệm hình sự là pháp nhân thương mại. Để tạo thuận lợi cho quá trình thực thi pháp luật trong xử lý chủ thể này, thời gian tới các nhà làm luật cần có hướng dẫn cụ thể về vấn đề này như: Đối với trường hợp người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại phạm tội trong một số vụ án họ đồng thời chịu trách nhiệm hình sự cá nhân về tội phạm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ. Theo tác giả thời gian tới cần có hướng dẫn cụ thể về vấn đề này theo hướng áp dụng chế độ song phạt theo quy định tại Điều 31 của BLHS Trung Quốc: *“Tổ chức phạm tội thì xử phạt tiền đối với tổ chức và xử lý hình sự đối với người trực tiếp quản lý và những người chịu trách nhiệm trực tiếp...”*⁴. Khi áp dụng chế tài này sẽ tránh được việc người đại diện theo pháp luật của

pháp nhân thương mại phạm tội xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ tìm cách né tránh trách nhiệm hình sự cá nhân phạm tội xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của mình.

Đối với vấn đề lỗi của pháp nhân, lỗi của cá nhân là thành viên của pháp nhân thương mại và hình phạt đối với pháp nhân thương mại phạm tội xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ: Yếu tố *“lỗi cố ý”*, *“lỗi vô ý”* và *“đồng phạm”* đối với pháp nhân phạm tội chưa được quy định trong BLHS năm 2015, điều đó đã gây ra khó khăn trong đường lối giải quyết vụ án hình sự do chủ thể này thực hiện hành vi phạm tội. Thời gian tới các nhà làm luật cần nghiên cứu, hướng dẫn, bổ sung vấn đề này một cách cụ thể để các lực lượng thực thi pháp luật có căn cứ, cơ sở xử lý thống nhất, hợp lý.

Bốn là, tăng hình phạt hành vi phạm tội xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ.

Xuất phát từ hậu quả, thiệt hại do hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ gây ra như đã đề cập ở trên và thực tiễn khung hình phạt của tội phạm này còn khá thấp, chưa đủ sức dăn đe, ngăn chặn hành vi phạm tội. Thời gian tới, theo tác giả cần sửa đổi, bổ sung khung hình phạt theo hướng bỏ hình phạt *“cải tạo không giam giữ”* và không quy định mức phạt tiền tối đa (hiện nay là 1.000.000.0000 đồng) mà thay vào đó là mức xử phạt tiền gấp 1.5 đến 2 lần số tiền thu lợi bất chính, hàng hóa xâm phạm.

Để nâng cao hiệu quả hoạt động phòng ngừa, đấu tranh chống tội phạm xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ cũng như góp phần tạo môi trường thuận lợi, lành mạnh làm động lực phát triển hệ thống tài sản trí tuệ đòi hỏi Việt Nam phải có một hệ thống pháp luật hoàn chỉnh, chặt chẽ đặc biệt là các quy định liên quan đến chế tài xử lý hành vi xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ bằng biện pháp hình sự. Đó là nền tảng, cơ sở chắc chắn để các lực lượng chức năng thực thi quyền sở hữu trí tuệ một cách tốt nhất./.

⁴ Xem: Vũ Hải Anh (01/2019), *Trách nhiệm hình sự của pháp nhân theo quy định của một số nước trên thế giới*, Kỷ yếu hội thảo *“Trách nhiệm hình sự và hoạt động tố tụng hình sự đối với pháp nhân thương mại”*, Học viện Cảnh sát nhân dân.



PHÁP LUẬT HIỆN HÀNH VỀ XỬ LÝ HÌNH SỰ ĐỐI VỚI CÁC TỘI LIÊN QUAN ĐẾN KIỂM SOÁT Ô NHIỄM MÔI TRƯỜNG BIỂN DO NƯỚC THẢI CÔNG NGHIỆP

Phan Thị Thu Thủy¹

Tóm tắt: Việc xử lý hình sự đối với các tội phạm về môi trường nói chung và kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp nói riêng được quy định tại các Điều 235, Điều 237 thuộc Chương XIX của Bộ luật hình sự (BLHS) năm 2015. Mục đích là xử lý nghiêm và ngăn ngừa những hành vi vi phạm pháp luật về môi trường. Trong nội dung bài viết này, tác giả phân tích một số hạn chế, bất cập của pháp luật hiện hành về xử lý hình sự đối với các tội liên quan đến kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp và đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về vấn đề này ở nước ta hiện nay.

Từ khóa: Xử lý hình sự, kiểm soát ô nhiễm, môi trường biển, nước thải công nghiệp.

Nhận bài: 05/12/2019; Hoàn thành biên tập: 12/12/2019; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: The criminal handling of environmental crimes in general and control of marine environmental pollution caused by industrial wastewater in particular is prescribed in Articles 235 and 237 of Chapter XIX of the 2015 Criminal Code. The purpose is to handle strictly and prevent acts of violating environmental laws. In this article, the author analyzes some limitations and shortcomings of the current legislation on criminal handling of crimes related to the control of marine environmental pollution caused by industrial wastewater and proposes some solutions to improve the law on this issue in our country today.

Keywords: Criminal handling, pollution control, marine environment, industrial wastewater.

Date of Receipt: 05/12/2019; Date of revision: 12/12/2019; Date of Approval: 27/02/2020.

1. Thực trạng pháp luật về xử lý hình sự đối với các tội liên quan đến kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp

Xử lý hình sự là biện pháp pháp lý nghiêm khắc nhất của nhà nước đối với người có hành vi phạm tội được quy định trong BLHS.

Ở Việt Nam, nhận thức được tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi vi phạm pháp luật môi trường, trên cơ sở Hiến pháp năm 1980, Nhà nước ta đã ban hành BLHS năm 1985. Trong đó, lần đầu tiên tội phạm môi trường được ghi nhận²: “1) Người nào vi phạm các quy định về giữ gìn vệ sinh công cộng, về phòng ngừa và chống dịch bệnh, về bảo vệ môi trường gây hậu quả nghiêm trọng, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến một năm hoặc bị phạt tù từ ba tháng đến hai năm. 2) Phạm tội gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ một năm đến năm năm”. Với quy định tại Điều 195 BLHS năm 1985 cho thấy

trong giai đoạn này việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với các hành vi vi phạm pháp luật môi trường còn hạn chế, chưa được chú trọng và quy định còn chưa cụ thể. Điều này xuất phát từ thực tiễn hoàn cảnh kinh tế - xã hội đất nước trong giai đoạn này, khi chúng ta đang trong thời kỳ bao cấp, nền kinh tế còn chậm phát triển. Ô nhiễm môi trường chưa phải là vấn đề nghiêm trọng so với những khó khăn về kinh tế xã hội lúc bấy giờ.

Bước sang thời kỳ đổi mới, song song với đổi mới kinh tế thì các mặt khác như chính trị, văn hóa, giáo dục... đã được hoàn thiện dần trong quá trình thực hiện. Trong đó, các vấn đề liên quan đến công tác BVMT cũng được Đảng và Nhà nước ta quan tâm nhiều hơn. Nếu như các tội phạm về môi trường được BLHS 1985 quy định chung trong nhóm các tội phạm về kinh tế, thì BLHS năm 1999 đã quy định một chương về

¹ Thạc sỹ, Giảng viên Trường Đại học Tài Chính – Kế toán.

² Điều 195 Bộ luật hình sự năm 1985.

vấn đề này “Chương XVII: Các tội phạm về môi trường” với 10 điều gồm các tội: Tội gây ô nhiễm không khí (Điều 182), tội gây ô nhiễm nguồn nước (Điều 183), tội gây ô nhiễm đất (Điều 184), tội nhập khẩu công nghệ, máy móc, thiết bị, phế thải hoặc các chất không bảo đảm tiêu chuẩn BVMT (Điều 185), tội làm lây lan dịch bệnh nguy hiểm cho người (Điều 186), tội làm lây lan dịch bệnh nguy hiểm cho động vật, thực vật (Điều 187), tội huỷ hoại nguồn lợi thủy sản (Điều 188), tội huỷ hoại rừng (Điều 189), tội vi phạm các quy định về bảo vệ động vật hoang dã quý hiếm (Điều 190), tội vi phạm chế độ bảo vệ đặc biệt đối với khu bảo tồn thiên nhiên (Điều 191).

Trải qua gần 35 năm kể từ khi BLHS năm 1985 có hiệu lực thi hành ngày 01/11/1986, thì những quy định trách nhiệm hình sự đối với các tội phạm về môi trường luôn được chỉnh sửa, bổ sung, hoàn thiện đã phần nào đáp ứng yêu cầu bảo vệ môi trường (BVMT), theo đó, bảo đảm cho sự ổn định đời sống kinh tế xã hội, phát triển bền vững và hội nhập của đất nước với cộng đồng quốc tế. Đặc biệt, với sự ra đời của BLHS năm 2015 (được sửa đổi, bổ sung năm 2017), có hiệu lực kể từ ngày 01 tháng 01 năm 2018 (sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015) đã mở ra một bước ngoặt lớn trong công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm về môi trường. Tội phạm môi trường được quy định tại Chương XIX bao gồm: Tội gây ô nhiễm môi trường (Điều 235), tội vi phạm quy định về quản lý chất thải nguy hại (Điều 236), tội vi phạm quy định về phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường (Điều 237), tội vi phạm quy định về bảo vệ an toàn công trình thủy lợi, đê điều và phòng, chống thiên tai; vi phạm quy định về bảo vệ bờ, bãi sông (Điều 238), tội đưa chất thải vào lãnh thổ Việt Nam (Điều 239), tội làm lây lan dịch bệnh truyền nhiễm nguy hiểm cho người (Điều 240), tội làm lây lan dịch bệnh nguy hiểm cho động vật, thực vật (Điều 241), tội huỷ hoại nguồn lợi thủy sản (Điều 242), tội huỷ hoại rừng (Điều 243), tội vi phạm quy định về bảo vệ động vật nguy cấp, quý, hiếm (Điều 244), tội vi phạm quy định về quản lý khu bảo tồn thiên nhiên (Điều 245), tội nhập khẩu, phát tán các loài ngoại

lai xâm hại (Điều 246).

Như vậy, với những tội danh được nêu trên, có thể khẳng định, pháp luật hình sự hiện hành không quy định trực tiếp tội danh vi phạm pháp luật kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp. Do đó, để truy cứu trách nhiệm hình sự đối với hành vi vi phạm pháp luật kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp gây ra, các cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng phải căn cứ vào các tội phạm môi trường như: Điều 235 (Tội gây ô nhiễm môi trường) và Điều 237 (Tội vi phạm quy định về phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường) được quy định tại Chương XIX của BLHS năm 2015. So với tội gây ô nhiễm môi trường, tội vi phạm quy định về phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường được quy định trong BLHS năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), thì BLHS năm 2015 có sự thay đổi đáng kể và phù hợp hơn với tình hình thực tiễn.

Một là, phần lớn các tội phạm về môi trường được quy định trong BLHS năm 1999 mang tính định tính và có cấu thành vật chất nghĩa là các hành vi vi phạm được quy định trong các tội này phải gây ra hậu quả, thiệt hại thực tế. Tuy nhiên, một số tội phạm về môi trường được quy định trong BLHS năm 2015 lại có cấu thành hình thức đó là chỉ cần có hành vi vi phạm mà không nhất thiết phải có thiệt hại thực tế xảy ra và mang tính định lượng hơn là định tính so với quy định trước đây. Ví dụ, cũng quy định tội gây ô nhiễm môi trường, trong Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLHS năm 1999 quy định: Người nào thải vào không khí, nguồn nước, đất các chất gây ô nhiễm môi trường, phát tán bức xạ, phóng xạ vượt quá quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về chất thải ở mức độ nghiêm trọng hoặc làm môi trường bị ô nhiễm nghiêm trọng hoặc gây hậu quả nghiêm trọng khác, thì bị phạt tiền từ năm mươi triệu đồng đến năm trăm triệu đồng, cải tạo không giam giữ đến ba năm hoặc phạt tù từ sáu tháng đến năm năm³ nhưng BLHS năm 2015 quy định xử lý từng hành vi cụ thể: Người nào thực hiện một trong các hành vi sau đây, thì bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 500.000.000 đồng

³ Khoản 1 Điều 182 Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Bộ luật hình sự năm 1999.



hoặc phạt tù từ 03 tháng đến 02 năm: a) Chôn, lấp, đổ, thải ra môi trường chất thải nguy hại hoặc chất hữu cơ khó phân hủy cần phải loại trừ theo quy định tại Phụ lục A Công ước Stockholm về các chất ô nhiễm hữu cơ khó phân hủy trái quy định của pháp luật từ 3.000 kilôgam đến dưới 5.000 kilôgam; b) Xả thải ra môi trường từ 5.000 mét khối (m^3)/ngày đến dưới 10.000 mét khối (m^3)/ngày nước thải có các thông số môi trường nguy hại vượt quy chuẩn kỹ thuật về chất thải từ 10 lần trở lên; c) Xả nước thải ra môi trường có chứa chất phóng xạ gây nhiễm xạ môi trường vượt quy chuẩn kỹ thuật từ 02 lần đến dưới 04 lần; d) Xả ra môi trường từ 5.000 mét khối (m^3)/ngày đến dưới 10.000 mét khối (m^3)/ngày nước thải có độ PH từ 0 đến dưới 2 hoặc từ 12,5 đến 14⁴.

Hai là, quy định về chủ thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự cũng có nhiều sự khác biệt. Trước đây, theo quy định trong BLHS năm 1999, chủ thể các tội phạm về môi trường chỉ có thể là cá nhân có năng lực trách nhiệm hình sự. BLHS năm 2015 hiện hành đã bổ sung về chủ thể, nghĩa là ngoài chủ thể là cá nhân thì chủ thể các tội phạm về môi trường còn có pháp nhân thương mại. Việc bổ sung trách nhiệm hình sự đối với pháp nhân thương mại là phù hợp với thực tiễn. Thực tế, vì mục tiêu lợi nhuận, các vụ gây ô nhiễm môi trường, sự cố môi trường đặc biệt nghiêm trọng được thực hiện chủ yếu bởi các pháp nhân thương mại nhưng BLHS năm 1999 chưa quy định về việc truy cứu trách nhiệm hình sự đối với loại chủ thể này. Ví dụ, vụ Vedan xả chất thải ra sông Thị Vải năm 2008 nhưng chỉ bị xử phạt vi phạm hành chính về BVMT với tổng số tiền phạt là 267,5 triệu đồng⁵ hoặc vụ xả thải trái phép của Công ty trách nhiệm hữu hạn Gang thép Hưng Nghiệp Formosa Hà Tĩnh cũng chỉ dừng lại ở mức độ xử phạt vi phạm hành chính

với số tiền 560 triệu đồng về hành vi không phân định chất thải nguy hại để quản lý theo quy định của pháp luật, chuyển giao chất thải nguy hại cho đơn vị không có giấy phép xử lý chất thải nguy hại quy định tại điểm c, Khoản 5 và điểm h, Khoản 7 Điều 21 Nghị định số 155/2016/NĐ-CP ngày 18/11/2016 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực BVMT⁶.

Tuy nhiên, bên cạnh những điểm tiến bộ mà BLHS năm 2015 đã quy định thì bộ luật này vẫn còn tồn tại một số hạn chế trong việc quy định tội phạm về môi trường nói chung và kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp như sau:

Thứ nhất, quy định về phân loại tội phạm môi trường và khung hình phạt chưa phù hợp với thực tiễn.

Căn cứ vào tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội được quy định tại Điều 9 BLHS năm 2015, tội phạm được phân thành 04 loại: Tội phạm ít nghiêm trọng (mức cao nhất của khung hình phạt đối với tội này là phạt tiền, phạt cải tạo không giam giữ hoặc phạt tù đến 03 năm; tội phạm nghiêm trọng (mức cao nhất của khung hình phạt đối với tội này là từ trên 03 năm tù đến 07 năm tù); tội phạm rất nghiêm trọng (mức cao nhất của khung hình phạt đối với tội này là từ trên 07 năm tù đến 15 năm tù); tội phạm đặc biệt nghiêm trọng (mức cao nhất của khung hình phạt đối với tội này là từ trên 15 năm tù đến 20 năm tù, tù chung thân hoặc tử hình).

Như vậy, căn cứ vào quy định đã nêu, tội phạm môi trường gồm 04 loại: Tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng, tội phạm rất nghiêm trọng, tội phạm đặc biệt nghiêm trọng. Tuy nhiên, nhóm các Tội gây ô nhiễm môi trường (Điều 235), Tội vi phạm quy định về phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi

⁴ Khoản 1 Điều 235 Bộ luật hình sự năm 2015.

⁵ Đan Hà - Anh Phương (2008), *Kết luận của Bộ TN-MT về việc Công ty Vedan xả nước thải ô nhiễm ra môi trường: Vedan phải nộp hơn 127 tỷ đồng phí môi trường*. Nguồn: <http://www.sggp.org.vn/ket-luan-cua-bo-tnmt-ve-viec-cong-ty-vedan-xa-nuoc-thai-o-nhiem-ra-moi-truong-vedan-phai-nop-hon-127-ty-dong-phi-moi-truong-96864.html>.

⁶ Dương Quang (2017), *Xử phạt Công ty Formosa Hà Tĩnh 560 triệu đồng do không phân định và chuyển giao chất thải nguy hại*. Nguồn: <http://www.sggp.org.vn/xu-phat-cong-ty-formosa-ha-tinh-560-trieu-dong-do-khong-phan-dinh-va-chuyen-giao-chat-thai-nguy-hai-488747.html>.

trường (Điều 237) liên quan đến kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp gây nên thì mức khung hình phạt cao nhất cũng chỉ đến 10 năm tù, tức là đối với nhóm tội phạm về môi trường không có loại tội phạm đặc biệt nghiêm trọng. Trong khi đó, hậu quả của tội phạm này gây ra cho môi trường, cho tính mạng, cho sức khỏe, cho tài sản của con người có thể là rất lớn. Thiết nghĩ, với khung hình phạt này thì chưa đủ mạnh, chưa đủ sức răn đe đối với các chủ thể có tình vi phạm pháp luật về kiểm soát ô nhiễm môi trường. So với pháp luật của một số quốc gia, quy định về khung hình phạt đối với nhóm tội liên quan đến kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp ở nước ta vẫn còn nhẹ. Chẳng hạn, BLHS Indonesia có một số quy định về tội phạm môi trường tại Điều 202 và 203. Theo Điều 202 của Bộ luật này quy định: Người nào bỏ bất cứ chất nào vào giếng, hệ thống bơm, suối hoặc nơi chứa nước mà được công chúng sử dụng và biết rằng việc làm đó sẽ làm cho nước trở nên có hại cho tính mạng, sức khỏe của người khác thì bị phạt tù không quá 15 năm. Nếu gây hậu quả chết người thì người phạm tội bị phạt tù chung thân hoặc phạt tù tới 20 năm. Các quy định về tội phạm môi trường ở Indonesia còn được quy định ở một số đạo luật chuyên ngành về môi trường. Chẳng hạn, Luật quản lý môi trường Indonesia năm 1997, Luật này có nhiều điều quy định về tội phạm môi trường, chủ yếu là các tội gây ô nhiễm môi trường. Các hình phạt mà Indonesia áp dụng là rất nặng, kể cả mức tiền phạt, thời gian tù và người phạm tội phải gánh chịu cả hai hình phạt. Điều 41, Luật trên quy định: (1) Người nào có hành vi vi phạm Luật quản lý môi trường một cách cố ý thì bị phạt tù đến 10 năm và bị phạt tiền 500.000.000 rupiads; (2) Trường hợp kẻ trên gây hậu quả chết người hoặc gây tổn thương nghiêm trọng cho người khác thì người có hành vi vi phạm bị phạt tù đến 15 năm và bị phạt tiền đến 750.000.000 rupiads⁷. Pháp luật môi trường Singapore lấy chế tài hình sự là công cụ cơ bản để thực thi, biện pháp này được áp dụng đối với

người bị kết án phạt tiền, phạt tù, bắt bồi thường và đối với những vi phạm nhỏ thì phạt cải tạo lao động bắt buộc. Theo Luật kiểm soát ô nhiễm môi trường của Singapore thì hành vi gây ô nhiễm nước có mức hình phạt cao hơn rất nhiều so với hình phạt đối với hành vi gây ô nhiễm không khí. Chủ thể vi phạm không những bị phạt tiền mà còn bị phạt tù. Tùy thuộc vào mức độ vi phạm mà chủ thể vi phạm bị phạt tiền cho lần đầu kết án có thể đến 50.000\$, hoặc bị phạt tù đến 12 tháng hoặc chịu cả hai hình phạt trên. Nếu đã bị kết án mà còn tái phạm thì chủ thể vi phạm sẽ vừa bị phạt tù và vừa bị phạt tiền. Riêng đối với các chủ thể là người thực hiện các hoạt động thương mại bị kết án lần thứ hai về hành vi thải ra hoặc cho phép thải các chất độc được tạo ra trong quá trình sản xuất liên quan đến các hoạt động thương mại, thì ngoài việc chấp hành bản án còn bị buộc chấm dứt hoạt động thương mại vô thời hạn hoặc trong một thời gian nhất định. Hình phạt này được đảm bảo thi hành trên thực tế cao, vì nếu bất kỳ chủ thể nào không thi hành bản án thì sẽ bị phạt tiền đến 100.000\$ hoặc bị phạt tù đến 03 tháng, hoặc chịu cả hai hình phạt này, hoặc nếu có quyết định buộc chấm dứt hoạt động thương mại vô thời hạn, hoặc bị buộc tạm ngừng hoạt động trong một thời gian mà không chấp hành thì chủ thể vi phạm sẽ bị phạt 2000\$ cho mỗi ngày vi phạm. Ngoài ra, để đảm bảo cho bản án hoặc quyết định được thi hành trên thực tế thì Tổng Giám đốc BVMT có quyền áp dụng các biện pháp thích hợp và các khoản chi phí phát sinh để đảm bảo cho bản án hoặc quyết định được thi hành sẽ do chủ thể vi phạm trả⁸.

Thêm vào đó, BLHS năm 2015 quy định: “Tội phạm do pháp nhân thương mại thực hiện được phân loại căn cứ vào tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội theo quy định tại Khoản 1 Điều này và quy định tương ứng đối với các tội phạm được quy định tại Điều 76 của Bộ luật này”⁹. Tuy nhiên đối với pháp nhân thương mại chỉ áp dụng hình phạt tiền chứ không áp dụng hình phạt tù thì việc áp dụng quy định về phân loại tội phạm đối với pháp nhân

⁷ Học viện chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh (2011), *Nâng cao hiệu lực quản lý nhà nước về môi trường*, Nxb Chính trị Quốc gia.



thương mại căn cứ vào Khoản 1 Điều 9 BLHS năm 2015 sẽ không có giá trị trong thực tiễn.

Thứ hai, quy định trong cấu thành tội phạm về môi trường của một số loại tội liên quan đến kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp gây nên còn chưa có sự thống nhất.

Cụ thể là tại điểm c, d, h Khoản 1; điểm b, c, đ, e Khoản 2; điểm b, c, đ, e Khoản 3 Điều 235 BLHS năm 2015. Theo đó, điều luật quy định: Phạm tội thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tiền từ 500.000.000 đồng đến 1.000.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 01 năm đến 05 năm: Xả thải ra môi trường từ 5.000 mét khối (m³) trên ngày đến dưới 10.000 mét khối (m³) trên ngày nước thải có thông số môi trường nguy hại vượt quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về môi trường từ 05 lần đến dưới 10 lần hoặc từ 500 mét khối (m³) trên ngày đến dưới 5.000 mét khối (m³) trên ngày nước thải có thông số môi trường nguy hại vượt quy chuẩn kỹ thuật quốc gia về môi trường 10 lần trở lên; Gây hậu quả nghiêm trọng¹⁰. Tương tự tại Khoản 1 Điều 237 BLHS năm 2015 về Tội vi phạm quy định về phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường: Người nào thực hiện một trong các hành vi sau đây, thì bị phạt tiền từ 50.000.000 đồng đến 500.000.000 đồng, phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm: Vi phạm quy định về phòng ngừa sự cố môi trường để xảy ra sự cố môi trường; Vi phạm quy định về ứng phó, khắc phục sự cố môi trường làm môi trường bị ô nhiễm nghiêm trọng hoặc gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác mà tỷ lệ tổn thương cơ thể 61% trở lên hoặc gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của 02 người trở lên mà tổng tỷ lệ tổn thương cơ thể của những người này từ 61% đến 121% hoặc gây thiệt hại từ 1.000.000.000 đồng đến dưới 3.000.000.000 đồng¹¹.

Thông qua các quy định nêu trên, tác giả nhận thấy rằng các quy định về các tội phạm môi trường chủ yếu có cấu thành hình thức nghĩa là

chỉ cần có hành vi vi phạm, không cần có thiệt hại thực tế xảy ra thì đã có thể truy cứu trách nhiệm pháp lý hình sự, đây được xem là điểm tiến bộ của BLHS năm 2015 so với BLHS 1999 quy định tội phạm môi trường có cấu thành vật chất. Điều này sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho việc áp dụng các quy định để xử lý hình sự đối với nhóm tội phạm về môi trường. Tuy nhiên, bên cạnh đó, BLHS năm 2015 còn có nhiều quy định với dấu hiệu hậu quả có thể sẽ hạn chế khả năng xác định tội phạm để xử lý. Chẳng hạn, quy định tại điểm e Khoản 2 Điều 235 “*Gây hậu quả nghiêm trọng*” và điểm e Khoản 3 Điều 235 “*Gây hậu quả rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng*” hoặc tại điểm b Khoản 1 Điều 237 “*Vi phạm quy định về ứng phó, khắc phục sự cố môi trường làm môi trường bị ô nhiễm nghiêm trọng...*”. Pháp luật hiện hành không định nghĩa cụ thể thế nào là gây hậu quả nghiêm trọng, rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng. Vì vậy, việc xem xét hành vi nếu căn cứ vào dấu hiệu này, các chủ thể có thẩm quyền không có cơ sở, căn cứ rõ ràng để phân định, truy cứu và áp dụng khung hình phạt cho phù hợp. Đây cũng được xem là quy định còn gây khó khăn cho các chủ thể có thẩm quyền áp dụng.

Thứ ba, quy định về việc pháp nhân thương mại chịu trách nhiệm hình sự không loại trừ trách nhiệm hình sự của cá nhân chưa rõ ràng, gây khó khăn và khó áp dụng trong thực tiễn.

Việc pháp nhân thương mại chịu trách nhiệm hình sự không loại trừ trách nhiệm hình sự của cá nhân¹². Với quy định này còn khá chung chung, chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể nên rất khó áp dụng trong thực tiễn. Bởi trong trường hợp nào thì áp dụng trách nhiệm hình sự đối với cá nhân? Và cá nhân nào chịu trách nhiệm hình sự trong trường hợp pháp nhân thương mại phạm các tội về môi trường? Người đứng đầu pháp nhân thương mại hay tất cả những người đại diện theo pháp luật của pháp nhân thương mại. Theo Luật doanh nghiệp năm 2014 thì công ty trách nhiệm

⁸ Trần Thắng Lợi (2004), Trách nhiệm pháp lý về môi trường ở một số nước, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp số 3/2004

⁹ Khoản 2 Điều 9 Bộ luật hình sự năm 2015.

¹⁰ Khoản 2 Điều 235 Bộ luật Hình sự năm 2015.

¹¹ Khoản 1 Điều 235 Bộ luật Hình sự năm 2015.

¹² Khoản 2 Điều 75 Bộ luật hình sự năm 2015.

hữu hạn và công ty cổ phần có thể có một hoặc nhiều người đại diện theo pháp luật, đối với công ty hợp danh thì tất cả các thành viên hợp danh là người đại diện theo pháp luật của công ty.

Thứ tư, việc xử lý hình sự đối với pháp nhân thương mại vi phạm pháp luật môi trường còn nhiều lỗ hổng, trong trường hợp nếu pháp nhân thương mại là những công ty trách nhiệm hữu hạn do các cá nhân lập ra thì việc giải thể pháp nhân do pháp nhân quyết định. Việc truy cứu trách nhiệm pháp lý chỉ có thể tiến hành nếu chủ thể của tội phạm là cá nhân còn sống và pháp nhân còn tồn tại. Khi phát hiện được vi phạm pháp luật của pháp nhân thì pháp nhân đó đã không còn tồn tại trên thực tế, do đó không thể truy cứu TNHS đối với pháp nhân đó được. Đây cũng là một vướng mắc trên thực tiễn, đòi hỏi cần có hướng dẫn cụ thể về vấn đề này¹³.

Thứ năm, về thực tiễn áp dụng cho thấy: Môi trường nói chung và môi trường biển nói riêng ở Việt Nam đang ngày càng bị ô nhiễm trầm trọng bởi hành vi xả thải, nước thải công nghiệp chưa qua xử lý hoặc xử lý chưa đạt quy chuẩn. Trong những năm qua hành vi phạm tội về môi trường đang ngày càng gia tăng về số lượng cũng như tính chất nguy hiểm của hành vi đối với môi trường, thủ đoạn phạm tội hết sức phức tạp, tinh vi. Mặc dù trách nhiệm hình sự đặt ra đối với hành vi gây ô nhiễm môi trường, vi phạm các quy định về quản lý chất thải, hủy hoại nguồn lợi thủy sản... đã được quy định từ BLHS năm 1985. Tuy nhiên cho đến nay, chưa có một pháp nhân thương mại nào bị xử lý hình sự về hành vi này. Điều này không đảm bảo tính răn đe của pháp luật đối với pháp nhân thương mại vi phạm các tội phạm về môi trường. Do đó, thiết nghĩ đã đến lúc các cơ quan chức năng cần nhìn nhận lại vấn đề thực tiễn truy cứu trách nhiệm pháp lý hình sự đối với pháp nhân thương mại phạm tội để có cái nhìn tổng thể và điều chỉnh cho phù hợp. Điều này rất có ý nghĩa trong công tác phòng ngừa, đấu tranh phòng chống tội phạm môi trường hiện nay, đặc biệt là đối với tội phạm môi trường do pháp nhân thương mại thực hiện.

2. Các giải pháp hoàn thiện pháp luật về xử lý hình sự đối với các tội liên quan đến kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp

Để cho các quy định về xử lý hình sự trong việc kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp được thực hiện một cách hiệu quả, có tính khả thi và phù hợp với thực tiễn, cần thiết phải sửa đổi, bổ sung và thay thế một số nội dung của quy định hiện hành theo hướng sau:

Một là, hoàn thiện quy định trong việc phân loại tội phạm về môi trường

BLHS năm 2015 phân định nhóm tội phạm môi trường không thuộc nhóm tội đặc biệt nghiêm trọng bởi khung hình phạt cao nhất đối với nhóm tội này cũng chỉ đến 10 năm tù như: Tội gây ô nhiễm môi trường (Điều 235), tội vi phạm quy định về phòng ngừa, ứng phó, khắc phục sự cố môi trường (Điều 237). Tuy nhiên, tính chất, mức độ và hậu quả để lại của nhóm tội này đối với môi trường, với tính mạng, sức khỏe và tài sản của con người là vô cùng lớn. Vì vậy, theo tác giả tùy loại tội mà cần bổ sung và nâng mức khung hình phạt đối với nhóm tội phạm môi trường cho phù hợp.

Hai là, pháp luật về truy cứu trách nhiệm pháp lý hình sự đối với nhóm tội phạm về môi trường liên quan đến kiểm soát ô nhiễm môi trường nói chung và kiểm soát ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp nói riêng hiện nay vẫn còn thiếu, một số tội danh chưa được quy định trong BLHS năm 2015.

Trên cơ sở quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực BVMT, theo tác giả một số hành vi vi phạm nếu không có chế tài đủ mạnh thì việc kiểm soát ô nhiễm môi trường phần nào cũng sẽ bị hạn chế. Thực tế, vấn đề gây ô nhiễm môi trường biển trong đó có ô nhiễm môi trường biển do nước thải công nghiệp thường diễn ra trên diện rộng và để lại hậu quả rất nặng nề, ảnh hưởng đến nhiều hoạt động của đời sống xã hội, khả năng phục hồi rất khó khăn và tốn nhiều thời gian, chi phí...

(Xem tiếp trang 70)

¹³ Viện Khoa học pháp lý (2017), *Pháp luật môi trường phục vụ phát triển bền vững ở Việt Nam*, Nxb Chính trị Quốc gia sự thật, Hà Nội.



NGHIÊN CỨU VỤ VIỆC CHỐNG TRỢ CẤP DS 486 TRONG KHUÔN KHỔ WTO VÀ MỘT SỐ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Đặng Thị Minh Ngọc¹

Tóm tắt: Việt Nam đã xây dựng và từng bước hoàn thiện các quy định về chống trợ cấp đối với hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam dựa trên các tiêu chuẩn và quy định của WTO. Tuy nhiên, cho đến nay, chúng ta vẫn chưa tiến hành bất kỳ một cuộc điều tra chống trợ cấp nào. Một trong những việc mà Việt Nam cần làm trong bối cảnh hiện nay là nghiên cứu các vụ kiện chống trợ cấp trong khuôn khổ WTO để rút ra những kinh nghiệm trong việc xử lý các vụ kiện chống trợ cấp. Bài viết trình bày về vụ kiện chống trợ cấp DS 486 (Liên minh Châu Âu – Các biện pháp đối kháng áp đặt đối với một số loại terephthalate polyetylen từ Pakistan) và rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam liên quan tới quá trình điều tra chống trợ cấp tại quốc gia thành viên như xem xét “thoái thu vượt mức” khi xác định một chương trình hoàn thuế có là trợ cấp hay không; xem xét nguyên nhân “xác thật và đáng kể” khi phân tích mối quan hệ nhân quả giữa nhập khẩu được trợ cấp và thiệt hại của ngành sản xuất trong nước; và minh bạch thông tin các chuyến thăm xác minh theo Hiệp định về trợ cấp và các biện pháp đối kháng (SCM).

Từ khóa: Chống trợ cấp, WTO, chương trình hoàn thuế, mối quan hệ nhân quả, chuyến thăm xác minh.

Nhận bài: 18/12/2019; Hoàn thành biên tập: 27/12/2019; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: Vietnam has developed and gradually improved its regulations on countervailing duties in line with WTO standards and regulations. So far, we have not conducted any countervailing investigations. What Vietnam needs to do in the current context is to study countervailing lawsuits within the WTO framework to gain relevant experience. This article presents the DS486 (European Union – Countervailing measures on certain polyethylene Terephthalate from Pakistan), and draws some experiences to Vietnam regarding the countervailing investigation process in member countries, e.g. considering “excess remission” when determining whether a duty drawback scheme is a subsidy; considering “genuine and substantial” cause when analyzing the causation between subsidized imports and the injury suffered by the domestic industry, information transparency of the verification visits under the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM).

Keywords: Countervailing, WTO, duty drawback scheme, causation, verification visit.

Date of receipt: 18/12/2019; Date of revision: 27/12/2019; Date of approval: 27/02/2020.

1. Bối cảnh vụ việc

Năm 2009, Ủy ban Châu Âu đã tiến hành một cuộc điều tra thuế đối kháng đối với việc nhập khẩu một số loại nhựa polyethylene terephthalate (PET)² từ Pakistan, Iran và các Tiểu vương quốc Ả Rập thống nhất. Ủy ban Châu Âu (Ủy ban) đã điều tra xem liệu có trợ cấp riêng biệt cho từng quốc gia hay không, tính toán mức độ thiệt hại và phân tích sự tồn tại của bất kỳ mối quan hệ nhân quả nào.

Cụ thể, Ủy ban đã điều tra bảy chương trình khác nhau được cho là liên quan đến việc cấp trợ cấp của Chính phủ trong đó có chương trình trái phiếu sản xuất (Manufacturing bond scheme - MBS), MBS là một chương trình cho phép các công ty có giấy phép được miễn thuế nhập khẩu đối với nguyên liệu đầu vào sản xuất nếu những nguyên liệu đó được tiêu thụ trong quá trình sản xuất một sản phẩm được xuất khẩu sau đó. Ủy ban cho rằng Chính phủ Pakistan đã đồng ý

¹ Giảng viên, Trường Đại học Ngoại thương.

² PET là một sản phẩm hóa học được sử dụng trong ngành công nghiệp nhựa. Đây là đầu vào chính trong sản xuất các sản phẩm tiêu dùng, phim ảnh, phim x-quang.

MBS cho nhà sản xuất Novatex của Pakistan, đặc biệt đối với các đầu vào như axit terephthalic tinh chế (purified terephthalic acid – PTA) và rượu mạch hở (mono ethylene glycol – MEG)³.

Theo quy định của MBS, công ty sản xuất tạm ứng chứng khoán và séc với Cục Hải quan Pakistan dựa trên nhập khẩu các nguyên liệu đầu vào được áp dụng trong ba năm và bao gồm số tiền thuế nhập khẩu và thuế kinh doanh áp dụng cho các nguyên liệu đầu vào nhập khẩu đó.

Tại thời điểm xuất khẩu, công ty sản xuất phải chuẩn bị một tờ khai xác nhận các nguyên liệu đầu vào được tiêu thụ cho các sản phẩm hoàn chỉnh theo MBS. Bước tiếp theo, các nhân viên hải quan Pakistan kiểm tra tờ khai hàng hóa xuất khẩu cũng như bảng tiêu thụ các nguyên liệu đầu vào được sử dụng trong sản xuất hàng hóa thành phẩm. Sau đó, các nhân viên hải quan Pakistan giải phóng trái phiếu cam kết bồi thường và séc ghi lùi ngày được ký quỹ ở thời điểm nhập khẩu nguyên liệu đầu vào cho công ty sản xuất. Ủy ban kết luận rằng chi phí của tiêu thụ đầu vào được cung cấp bởi công ty xuất khẩu cho cơ quan hải quan theo tính toán lý thuyết mà không có xác nhận đúng mức tiêu thụ đầu vào thực tế. Như vậy, nó dẫn đến sự tuyên giảm quá mức số tiền thuế nhập khẩu phải trả. Ủy ban phán quyết rằng sự tuyên giảm quá mức như vậy là một đóng góp tài chính dưới hình thức doanh thu của chính phủ. Ủy ban cũng xác định rằng nhà sản xuất PET Novatex của Pakistan được hưởng lợi từ khoản trợ cấp này. Tuy nhiên, đã không thể thiết lập chính xác số tiền được trợ cấp vì Pakistan thiếu một hệ thống giám sát hiệu quả các sự tuyên giảm theo MBS. Chính phủ Pakistan đã công nhận một cách rõ ràng vấn đề này và thậm chí khi kết thúc cuộc điều tra nghĩa vụ đối đã thông báo cho Ủy ban châu Âu về việc sửa đổi các quy tắc MBS nhằm cải thiện hệ thống kiểm soát đối với MBS. Tuy nhiên,

Ủy ban Châu Âu phán quyết rằng những sửa đổi như vậy sẽ không cải thiện những nhược điểm chính của MBS, đáng chú ý là: (1) thiếu dữ liệu đáng tin cậy nguyên liệu đầu vào nhập khẩu; (2) thiếu hệ thống giám sát giúp xác nhận được chi phí đầu vào thực tế thay vì tỷ lệ theo lý thuyết.

Xác nhận sự tồn tại của trợ cấp, thiệt hại gây ra cho ngành công nghiệp của Liên minh Châu Âu và mối liên hệ nhân quả, Ủy ban châu Âu áp đã áp mức thuế đối kháng 44,02 EUR/tấn đối với PET có nguồn gốc từ Pakistan.

Không đồng ý với các cách tiếp cận của Liên minh Châu Âu, Pakistan đã khởi kiện tại WTO về việc áp dụng các biện pháp đối kháng của Liên minh Châu Âu cũng như một số khía cạnh khác của cuộc điều tra.

2. Tóm tắt diễn tiến vụ việc

2.1. Giai đoạn tham vấn

Vào ngày 28/10/2014, Pakistan đã yêu cầu tham vấn về việc áp dụng các biện pháp đối kháng tạm thời và cuối cùng của Liên minh Châu Âu đối với việc nhập khẩu một số loại nhựa polyethylene terephthalate từ Pakistan và đối với một số khía cạnh của cuộc điều tra về các biện pháp này.

Pakistan cho rằng các biện pháp dường như không phù hợp với:

- Điều 1, 1.1 (a) (1), 1.1 (b), 3, 3.1 (a), 10, 12.6, 12.8, 14, 14 (b), 15.5, 19, 19.1, 19.3, 22.3, 22.4 và 32, và Phụ lục I, II, III và VI của SCM; và
- Điều VI của GATT 1994.

2.2. Giai đoạn hội thẩm

Vào ngày 12/02/2015, Pakistan đã yêu cầu thành lập Ban Hội thẩm. Tại cuộc họp vào ngày 23/02/2015, cơ quan giải quyết tranh chấp của WTO (Dispute Settlement Body – DSB) đã hoãn việc thành lập Ban Hội thẩm.

Tại cuộc họp vào ngày 25/3/2015, DSB đã thành lập Ban hội thẩm. Trung Quốc và Hoa Kỳ bảo lưu quyền của bên thứ ba. Theo thỏa thuận của các bên, Ban Hội thẩm được chỉ định thành viên vào ngày 13/5/2015.

³ PTA và MEG là các nguyên liệu chính trong sản xuất PET.



Vào ngày 13/11/2015, Chủ tịch Ban hội thẩm đã thông báo cho DSB rằng Ban Hội thẩm phải trì hoãn bắt đầu công việc do thiếu luật sư có kinh nghiệm trong Ban Thư ký. Vì vậy, Ban Hội thẩm dự kiến ban hành báo cáo trước cuối năm 2016. Vào ngày 10/12/2016, Chủ tịch Ban Hội thẩm đã thông báo với DSB rằng vì sự trì hoãn trong bắt đầu công việc của Ban Hội thẩm, Ban Hội thẩm dự kiến ban hành báo cáo cuối cùng cho các bên trước ngày 01/6/2017.

Vào ngày 06/7/2017, báo cáo của Ban Hội thẩm đã được ban hành và gửi cho các Thành viên. Cụ thể, trong Báo cáo của Ban Hội thẩm nêu rõ:

(i) Liên quan đến khiếu nại của Pakistan về Chương trình Trái phiếu sản xuất (MBS).

Pakistan cho rằng việc Ủy ban xác định Chương trình trái phiếu sản xuất (MBS) là một khoản trợ cấp có thể đối kháng dựa trên kết quả thực hiện xuất khẩu đã hành động không nhất quán với Điều 1.1(a)(1)(ii) của SCM vì đã xác định không chính xác sự tồn tại của đóng góp tài chính. Pakistan cũng khiếu nại rằng do đưa ra cách giải thích và áp dụng không đúng của Điều 1, Ủy ban đã vi phạm Điều 3.1(a) của SCM vì xác định không chính xác sự tồn tại của trợ cấp xuất khẩu.

Ban Hội thẩm ủng hộ lập luận của Pakistan vì Ủy ban không đưa ra được lời giải thích hợp lý và đầy đủ về lý do tại sao toàn bộ số tiền thoái thu thuế xuất khẩu vượt quá những khoản đã nộp trong phạm vi ý nghĩa của chú thích 1 SCM và như vậy kết luận không đúng sự tồn tại của một khoản trợ cấp dựa trên kết quả thực hiện xuất khẩu.

Ban Hội thẩm kết luận rằng họ không cần phải giải quyết một số khiếu nại nhất định của Pakistan theo Phụ lục I(i), Phụ lục II(II), Phụ lục II(II)(1), Phụ lục II(II)(2), Phụ lục III(II), Phụ lục III(II)(2), Phụ lục III(II)(3), Điều 1.1(b), Điều 10, Điều 19 và Điều 32 của Hiệp định SCM và Điều VI:3 của GATT 1994.

(ii) Liên quan đến khiếu nại của Pakistan về Chương trình Hỗ trợ tài chính dài hạn cho các dự án định hướng xuất khẩu (LTF-EOP).

Pakistan tranh luận rằng việc Ủy ban cho rằng Chương trình LTF-EOP là một khoản trợ cấp có thể đối kháng dựa vào kết quả thực hiện xuất khẩu đã vi phạm Điều 14(b) của SCM vì Ủy ban đã không tính toán đúng bất kỳ lợi ích nào chênh lệch giữa số tiền mà công ty nhận khoản vay (Novatex) trả cho chính phủ và số tiền lẽ ra phải trả cho một khoản vay thương mại tương tự có thể có được khi vay vốn trên thị trường. Vì cho rằng Ủy ban phân tích và xác định không đúng sự tồn tại của lợi ích, Pakistan khẳng định Ủy ban đã hành động không nhất quán với các nghĩa vụ của mình theo Điều 1.1(b) của SCM.

Ban Hội thẩm kết luận rằng Ủy ban đã hành động không nhất quán với Điều 14(b) của SCM khi không xác định chính xác những gì Novatex sẽ trả cho một “khoản vay thương mại tương tự” trong việc tính toán lợi ích của khoản vay LTF-EOP và điều này dẫn tới việc Ủy ban đã hành động không nhất quán với Điều 1.1(b) của SCM. Ban Hội thẩm cũng đồng tình với quan điểm của Pakistan rằng Ủy ban đã hành động không nhất quán với phần quy định chung của Điều 14 SCM, bởi vì Ủy ban đã không giải thích thỏa đáng việc áp dụng phương pháp mà cơ quan điều tra sử dụng để tính toán lợi ích (được quy định trong luật pháp quốc gia hoặc văn bản hướng dẫn thi hành) đối với trường hợp cụ thể thuộc thẩm quyền. Ban Hội thẩm cho rằng Ủy Ban đã không giải thích minh bạch và đầy đủ về cách thức họ xác định một “khoản vay thương mại tương tự”.

Ban Hội thẩm đã áp dụng nguyên tắc tinh giản tài phán đối với các khiếu nại của Pakistan bởi vì vi phạm Điều 14(b) của SCM và/hoặc phần quy định chung của Điều 14 SCM, Ủy ban đã hành động không nhất quán với các Điều 10, 19 và 32 của SCM và Điều VI của GATT 1994.

(iii) Khiếu nại của Pakistan theo Điều 15.5 của SCM.

Pakistan lập luận rằng cách tiếp cận đối với quan hệ nhân quả của Ủy ban không phù hợp với Điều 15.5 của SCM vì Ủy ban đã tìm ra sự tồn tại của mối quan hệ nhân quả giữa việc nhập

khẩu các sản phẩm và thiệt hại đối với ngành công nghiệp trong nước trước khi đánh giá các yếu tố đã biết khác. Hơn nữa, Pakistan cho rằng Ủy ban đã không phân tách và phân biệt đúng các tác động của một số yếu tố đã biết khác như nhập khẩu từ Hàn Quốc, suy thoái kinh tế năm 2008, cạnh tranh từ các nhà sản xuất mà EU không hợp tác, giá dầu và từ các vấn đề khác của việc nhập khẩu các sản phẩm. Ban Hội thẩm kết luận rằng Pakistan đã không đúng khi xác định rằng việc sử dụng phương pháp “phá vỡ mối quan hệ nhân quả” của Ủy ban trong trường hợp này không phù hợp với Điều 15.5 SCM. Ban Hội thẩm cho rằng Ủy ban đã hành động không nhất quán với Điều 15.5 SCM do không thực hiện một phân tích không quy kết hợp lý liên quan đến cạnh tranh từ các nhà sản xuất mà EU không hợp tác và giá dầu; và Pakistan đã không đúng khi cho rằng phân tích không quy kết của Ủy ban đối với nhập khẩu từ Hàn Quốc và suy thoái kinh tế không phù hợp với Điều 15.5 của Hiệp định SCM.

(iv) Khiếu nại của Pakistan liên quan đến các chuyển thăm xác minh.

Pakistan tuyên bố rằng Ủy ban đã hành động không nhất quán với Điều 12.6 của SCM do không hoàn thành nghĩa vụ công bố kết quả của chuyển thăm xác minh tới nhà sản xuất xuất khẩu ở Pakistan. Ban Hội thẩm tán thành khiếu nại của Pakistan và nhận thấy rằng Ủy ban đã hành động không nhất quán với Điều 12.6 của SCM vì không cung cấp đầy đủ kết quả của chuyển thăm xác minh Novatex cho Novatex

2.3. Giai đoạn phúc thẩm

Vào ngày 30/8/2017, Liên minh Châu Âu đã thông báo cho DSB về quyết định kháng cáo lên cơ quan phúc thẩm một số vấn đề pháp lý và giải thích pháp luật trong báo cáo của Ban Hội thẩm. Vào ngày 04/9/2017, Pakistan đã thông báo cho DSB về quyết định kháng cáo chéo.

Vào ngày 27/10/2017, cơ quan phúc thẩm thông báo với DSB rằng sẽ không thể lưu hành báo cáo trong thời hạn 60 ngày, cũng không phải trong khung thời gian 90 ngày theo quy định tại Điều 17.5 của DSU. Vào ngày 07/5/2018, Chủ

tịch của cơ quan phúc thẩm đã thông báo cho Chủ tịch của DSB rằng báo cáo của cơ quan phúc thẩm trong các thủ tục tố tụng này sẽ được lưu hành không muộn hơn ngày 16 tháng 5 năm 2018.

Vào ngày 16/5/2018, báo cáo của cơ quan phúc thẩm đã được ban hành và gửi cho các Thành viên. Báo cáo của cơ quan phúc thẩm đề cập đến những vấn đề sau:

(i) Liên quan đến kháng cáo của Liên minh Châu Âu về sự hết hạn của biện pháp.

Khi kháng cáo, Liên minh Châu Âu khiếu nại rằng quyết định của Ban Hội thẩm về các khiếu nại của Pakistan trong tranh chấp này, bất chấp thời hạn sử dụng của biện pháp này, là không phù hợp với Điều 11 của DSU, như được thông báo bởi Điều 3 của DSU. Liên minh châu Âu lập luận rằng thay vào đó, Ban Hội thẩm nên đã bác bỏ toàn bộ vụ việc một khi biện pháp đã hết hiệu lực.

Cơ quan phúc thẩm giải thích rằng các ban hội thẩm có mức độ tự do hành động trong việc thực hiện các quyền xét xử vốn có của họ theo Điều 11 của DSU. Trong phạm vi đó, ban hội thẩm có quyền quyết định cách thức điều chỉnh tiếp theo đối với các biện pháp, hoặc hết hạn hoặc bãi bỏ. Việc một biện pháp đã hết hạn không phải là vấn đề đối với câu hỏi liệu một ban hội thẩm có thể giải quyết các khiếu nại liên quan đến biện pháp đó hay không. Thay vào đó, một ban hội thẩm, trong việc thực thi quyền tài phán của mình, có thẩm quyền đánh giá khách quan xem liệu “vấn đề” trước khi ban hội thẩm được thành lập, theo của Điều 7.1 và Điều 11 của DSU, đã được giải quyết đầy đủ hoặc vẫn cần phải được kiểm tra sau hết thời hạn của biện pháp.

Từ việc xem xét các lập luận của các bên trước Ban Hội thẩm và lý luận của Ban Hội thẩm, cơ quan phúc thẩm cho rằng rõ ràng vẫn còn tồn tại tranh chấp giữa các bên về “khả năng áp dụng và tuân thủ các thỏa thuận có liên quan” theo Điều 11 của DSU, liên quan đến những kết luận của Ủy ban làm cơ sở cho biện pháp này, mặc dù đã hết hạn. Do đó, đối với cơ quan phúc



thẩm, Ban Hội thẩm trong tranh chấp này đã đưa ra đánh giá khách quan rằng “vấn đề” trước khi Ban Hội thẩm được thành lập vẫn cần phải xem xét vì các bên vẫn không đồng ý về “khả năng áp dụng và tuân thủ các thỏa thuận có liên quan” đối với những lập luận của Ủy ban khẳng định các biện pháp đã hết hạn.

Cơ quan phúc thẩm cho rằng Liên minh Châu Âu đã không chứng minh rằng Ban Hội thẩm không tuân thủ nghĩa vụ của mình theo Điều 11 của DSU, như được thông báo bởi Điều 3 của DSU, bằng cách quyết định đưa ra những kết luận về khiếu nại của Pakistan trong tranh chấp này, bất chấp biện pháp hết thời hạn trong quá trình tố tụng. Cơ quan phúc thẩm kết luận rằng hết thời hạn của biện pháp không có nghĩa là vấn đề trước Ban Hội thẩm đã được giải quyết hoàn toàn. Do đó, cơ quan phúc thẩm đã bác bỏ yêu cầu của Liên minh Châu Âu rằng Cơ quan phúc thẩm cần phải hủy bỏ Báo cáo của Ban Hội thẩm và tuyên bố các kết luận và giải thích pháp lý trong đó gây tranh cãi và không có hiệu lực.

Theo ý kiến riêng, một thành viên của cơ quan phúc thẩm cho rằng Ban Hội thẩm không đánh giá đầy đủ liệu vấn đề trước khi Ban Hội thẩm được thành lập được giải quyết đầy đủ hay vẫn cần phải được kiểm tra sau khi biện pháp hết hạn.

(ii) Liên quan đến kháng cáo của Liên minh Châu Âu về những khoản thu phải nộp cho Chính phủ.

Về những kết luận của Ban Hội thẩm liên quan đến MBS, Liên minh Châu Âu đã kháng cáo cách giải thích của Ban Hội thẩm về Điều 1(1)(a)(1)(ii), chú thích 1 và Phụ lục I đến III của SCM rằng, trong bối cảnh của các chương trình hoàn thuế, một khoản trợ cấp chỉ tồn tại khi một sự giảm “quá mức” xảy ra miêu tả các khoản thu phải nộp cho chính phủ đã được bỏ qua.

Cơ quan phúc thẩm cho rằng việc đọc hài hòa Điều 1.1 (a)(1)(ii), chú thích 1 và Phụ lục I i), II và III của SCM và bổ sung Điều XVI của GATT 1994 xác nhận rằng, trong bối cảnh có các chương trình hoàn thuế, yếu tố đóng góp tài

chính của trợ cấp (như là khoản thu nhập chính phải trả) bị giới hạn ở mức miễn giảm vượt quá hoặc hoàn thuế nhập khẩu đối với nguyên liệu đầu vào và không bao gồm toàn bộ số tiền miễn giảm hoặc hoàn thuế nhập khẩu.

Theo đó, cơ quan phúc thẩm kết luận rằng Liên minh Châu Âu đã không chứng minh được rằng Ban Hội thẩm đã sai trong việc giải thích Điều 1.1(a)(1)(ii), chú thích 1 và Phụ lục I(i), II và III của SCM và bổ sung Điều XVI của GATT 1994.

Cơ quan phúc thẩm lưu ý rằng Liên minh châu Âu đã không phản đối đánh giá của Ban Hội thẩm về các kết luận của Ủy ban về MBS, trừ khiếu nại của Liên minh Châu Âu rằng Ban Hội thẩm đã áp dụng tiêu chuẩn pháp lý sai cho các tình tiết của vụ kiện này. Theo đó, cơ quan phúc thẩm nhận thấy rằng Liên minh Châu Âu đã không chứng minh rằng Ban Hội thẩm đã sai trong việc áp dụng Điều 1.1 (a) (1) (ii) và chú thích 1 của SCM đối với các tình tiết của vụ kiện này. Do đó, Cơ quan Phúc thẩm tán thành kết luận của Ban Hội thẩm rằng Ủy ban đã hành động không nhất quán với Điều 1.1 (a) (1) (ii) của SCM do không đưa ra lời giải thích hợp lý và đầy đủ về lý do tại sao toàn bộ số tiền thoái thu thuế bị “vượt quá các khoản đã nộp” theo chú thích 1 của SCM. Cơ quan phúc thẩm cũng tán thành kết luận của Ban Hội thẩm rằng Ủy ban đã hành động không nhất quán với Điều 3.1(a) của SCM do kết luận không đúng sự tồn tại của một “khoản trợ cấp” dựa trên kết quả thực hiện xuất khẩu.

(iii) Liên quan đến kháng cáo của Pakistan về phân tích quan hệ nhân quả của Ủy ban Châu Âu.

Pakistan đã không chấp nhận việc Ban Hội thẩm bác bỏ khiếu nại của Pakistan rằng việc sử dụng cách tiếp cận “phá vỡ mối quan hệ kết nhân quả” của Ủy ban trong trường hợp này là không phù hợp với Điều 15.5 của Hiệp định SCM.

Cơ quan phúc thẩm thấy rằng mục tiêu chính của việc phân tích mối quan hệ nguyên nhân theo Điều 15.5 của SCM là để cơ quan điều tra xác định liệu có một “mối quan hệ nguyên nhân và ảnh hưởng chính xác, đáng tin cậy nào” giữa

nhập khẩu được trợ cấp và thiệt hại đối với ngành sản xuất trong nước. Một sự thể hiện của mối quan hệ nhân quả “chính xác và đáng tin cậy” như vậy đòi hỏi phải có: (i) việc kiểm tra sự tồn tại và mức độ của mối quan hệ giữa nhập khẩu được trợ cấp và thiệt hại của ngành sản xuất trong nước thông qua đánh giá về “các ảnh hưởng” của nhập khẩu được trợ cấp; và (ii) phân tích không quy kết về các ảnh hưởng gây tổn thương của các yếu tố đã biết khác. Do đó, cơ quan phúc thẩm cho rằng theo Điều 15.5 cơ quan điều tra cần xác định xem, do tác động gây tổn hại của các yếu tố đã biết khác, nhập khẩu được trợ cấp có thể được coi là nguyên nhân “chính xác và đáng tin cậy” gây ra thiệt hại cho ngành sản xuất trong nước hay không.

Xem xét những kết luận có liên quan của Ban Hội thẩm, cơ quan phúc thẩm nhận thấy rằng Ban Hội thẩm đã kết luận chính xác rằng Ủy ban đã tuyên bố rằng tồn tại một mối quan hệ nhân quả giữa nhập khẩu được trợ cấp và thiệt hại trước khi chuyển sang phân tích không quy kết, như vậy việc xem xét một “mối quan hệ nhân quả” đã không phải là một kết luận cuối cùng và nó không nhất thiết làm ảnh hưởng đến đánh giá của Ủy ban về tác động của các yếu tố đã biết khác.

Cơ quan phúc thẩm đã cân nhắc rằng việc đọc kỹ các kết luận của Ủy ban cho thấy rằng, mặc dù việc sử dụng một cách đáng tiếc thuật ngữ “phá vỡ mối quan hệ nhân quả” của họ, nhưng trên thực tế, Ủy ban đã kiểm tra xem việc nhập khẩu được trợ cấp có thể được coi là nguyên nhân “chính xác và đáng tin cậy” gây ra thiệt hại cho ngành sản xuất trong nước, trong khi không quy kết các thương tích do các yếu tố đã biết khác đối với hàng nhập khẩu được trợ cấp, theo cách phù hợp với yêu cầu của điều khoản đó. Theo đó, cơ quan phúc thẩm tán thành kết luận của Ban Hội thẩm rằng Pakistan đã không thể xác định rằng cách tiếp cận của Ủy ban trong việc kiểm tra mối quan hệ nhân quả trong trường hợp này, bao gồm phân tích không quy kết, không phù hợp với Điều 15.5 của SCM.

Tại cuộc họp vào ngày 28/5/2018, DSB đã thông qua báo cáo của cơ quan phúc thẩm và báo

cáo đã được sửa đổi của Ban Hội thẩm.

3. Kinh nghiệm đối với Việt Nam khi điều tra chống trợ cấp

3.1. Cần xem xét “thoái thu vượt mức” khi xác định một chương trình hoàn thuế có là trợ cấp hay không

Ủy ban đã xác định chương trình MBS của Pakistan là một khoản trợ cấp vì số tiền thuế xuất khẩu và các thuế khác mà chính phủ trả lại cho các nhà xuất khẩu Pakistan đối với các nguyên liệu nhập khẩu được sử dụng làm nguyên liệu đầu sản xuất các sản phẩm xuất khẩu vượt quá số tiền phải trả khi nhập khẩu vào Pakistan. Tình trạng này xảy ra do một số khiếm khuyết của hệ thống giám sát của chính phủ đối với mức tiêu thụ đầu vào và sự ước lượng quá cao mức nguyên liệu đầu vào được tiêu thụ của các nhà sản xuất. Liên minh Châu Âu còn lập luận rằng toàn bộ số tiền phải được coi là đóng góp tài chính vì theo hệ thống giám sát hiện có, không thể xác định số tiền của việc ước lượng quá cao như vậy.

Cơ quan phúc thẩm tán thành những kết luận của Ban Hội thẩm rằng Ủy ban đã vi phạm Điều 1.1(a)(1)(ii) của SCM vì không đưa ra lý do tại sao toàn bộ số tiền thuế chưa thanh toán được coi là đóng góp tài chính theo chương trình MBS và không xác nhận rằng số tiền này vượt quá khoản tiền tính thuế. Hơn nữa, Ủy ban Châu Âu đã vi phạm Điều 3.1(a) của SCM vì sự tồn tại của một khoản trợ cấp xuất khẩu được xác định dựa trên một phân tích sai về đóng góp tài chính.

Ngoài ra, cơ quan phúc thẩm đã nhấn mạnh tầm quan trọng của việc xác định thoái thu vượt mức khi tiến hành phân tích trợ cấp dưới hình thức chương trình hoàn thuế ngay cả khi nước xuất khẩu không có hệ thống giám sát hiệu quả đối với nguyên liệu tiêu thụ đầu vào trong sản xuất các sản phẩm cuối cùng dành cho xuất khẩu.

Như vậy, khi muốn xác định một chương trình hoàn thuế có là trợ cấp hay không, cơ quan điều tra của Việt Nam sẽ cần phải xem xét một cách thận trọng có thoái thu vượt mức hay không trên cơ sở quy định của Điều 1.1(a)(1)(ii), chú thích 1 và Phụ lục I(i), II và III của SCM và bổ sung Điều XVI của GATT 1994.



3.2. Xem xét nguyên nhân “xác thật và đáng kể” khi phân tích mối quan hệ nhân quả giữa nhập khẩu được trợ cấp và thiệt hại của ngành sản xuất trong nước

Điều 15 của SCM quy định cách tiếp cận chung về tính toán thiệt hại trong các cuộc điều tra chống trợ cấp và tiếp theo, quy định việc xác định mối quan hệ nhân quả. Theo Điều 15.5 của SCM, cơ quan điều tra sẽ xem xét mọi bằng chứng liên quan để xác định mối quan hệ nhân quả giữa hàng nhập khẩu được trợ cấp và thiệt hại đối với ngành sản xuất trong nước. Cơ quan điều tra sẽ xem xét các yếu tố nào đã biết đến ngoài việc nhập khẩu được trợ cấp gây thiệt hại đối với ngành sản xuất trong nước và những thiệt hại do các yếu tố đó gây ra sẽ không được coi là do việc nhập khẩu được trợ cấp.

Pakistan lập luận rằng khi phân tích mối quan hệ nhân quả, Ủy ban đã tìm ra sự tồn tại của mối quan hệ nhân quả giữa việc nhập khẩu các sản phẩm và thiệt hại đối với ngành sản xuất trong nước trước khi đánh giá các yếu tố đã biết khác; như vậy, không phù hợp với Điều 15.5 của SCM.

Cơ quan phúc thẩm nhấn mạnh rằng Điều 15.5 của SCM không quy định bất kỳ phương pháp cụ thể nào mà cơ quan điều tra phải sử dụng để thực hiện phân tích mối quan hệ nhân quả. Ủy ban trước tiên đã xác định (1) liệu có mối liên hệ nhân quả nào giữa hàng nhập khẩu được trợ cấp và thiệt hại đối với ngành sản xuất trong nước hay không và sau đó (2) phân tích tất cả các yếu tố khác. Cơ quan phúc thẩm đã đồng ý với Ban Hội thẩm rằng cách phân tích ban đầu về mối liên hệ giữa nhập khẩu được trợ cấp và thiệt hại của ngành sản xuất trong nước không phải là quyết định cuối cùng để ngăn cản Liên minh Châu Âu xem xét tất cả các yếu tố khác và như vậy, cách tiếp cận phá vỡ quan hệ nhân quả của Liên minh Châu Âu là không vi phạm các quy định của Điều 15.5 của SCM.

Như vậy, khi tiến hành phân tích mối quan hệ nhân quả, cơ quan điều tra của Việt Nam có thể áp dụng phương pháp mình cho là cần thiết nhưng phải đảm bảo mục tiêu chính theo Điều 15.5 SCM đó là xác định xem, do tác động gây tổn hại của các yếu tố đã biết khác, nhập khẩu

được trợ cấp có thể được coi là nguyên nhân “xác thật và đáng kể” gây ra thiệt hại cho ngành sản xuất trong nước hay không.

3.3. Minh bạch thông tin các chuyển thăm xác minh

Ban Hội thẩm đồng ý với những lập luận của Pakistan cho rằng Liên minh Châu Âu đã hành động không nhất quán với Điều 12.6 của SCM do không đáp ứng các nghĩa vụ minh bạch của mình. Việc cung cấp kết quả chuyển thăm xác minh của Liên minh Châu Âu đã không được coi là cung cấp đầy đủ kết quả xác minh. Ngoài ra, Ban Hội thẩm cho rằng EU không cung cấp đầy đủ các kết quả của chuyển thăm xác minh tới Novatex cũng là vi phạm Điều 12.6 của SCM.

Như vậy, cơ quan điều tra của Việt Nam khi tiến hành thẩm tra tại chỗ cần phải lưu ý về nghĩa vụ công bố đầy đủ kết quả của chuyển thăm xác minh tới các nhà sản xuất có liên quan phù hợp với quy định tại Điều 12.6 của SCM.

Trên đây là nội dung vụ kiện chống trợ cấp DS 486 trong khuôn khổ WTO giữa nguyên đơn Pakistan và bị đơn Liên minh châu Âu và kinh nghiệm liên quan tới quá trình điều tra chống trợ cấp tại quốc gia thành viên. Hy vọng rằng, việc nghiên cứu nhiều hơn các vụ kiện chống trợ cấp trong khuôn khổ WTO sẽ mang lại cho Việt Nam những kinh nghiệm hữu ích và động lực để tiến hành điều tra chống trợ cấp hàng hóa nhập khẩu vào Việt Nam trong thời gian tới./.

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quyết định thực thi của Hội đồng (EU) số 857/2010 ngày 27/9/2010 áp thuế đối kháng cuối cùng và thu thuế tạm thời đối với một số loại terephthalate nhập khẩu có nguồn gốc từ Iran, Pakistan và Các tiểu vương quốc Ả Rập thống nhất, xem tại: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:254:0010:0028:EN:PDF>

2. Các tài liệu liên quan vụ kiện DS486 do WTO cung cấp, xem tại: [https://docs.wto.org/doc/12fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(Symbol=%20wt/ds486/*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#](https://docs.wto.org/doc/12fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(Symbol=%20wt/ds486/*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true#)

PHÁP LUẬT VỀ VIÊN CHỨC CỦA CỘNG HÒA NHÂN DÂN TRUNG HOA - KINH NGHIỆM ĐỐI VỚI VIỆT NAM TRONG VIỆC TIẾP TỤC HOÀN THIỆN CÁC QUY ĐỊNH VỀ VIÊN CHỨC

Nguyễn Thị Ngọc Linh¹

Tóm tắt: Là một quốc gia có thể chế chính trị, truyền thống xã hội khá tương đồng với Việt Nam, hệ thống pháp luật nói chung và quy định pháp luật về viên chức của nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa nói riêng rất đáng để Việt Nam nghiên cứu, học tập kinh nghiệm lập pháp. Đặc biệt, trong quá trình tiếp tục hoàn thiện pháp luật về viên chức sau khi sửa đổi Luật Viên chức năm 2010. Vì vậy, bài viết nghiên cứu, làm rõ các quy định pháp luật về viên chức của quốc gia này; trên cơ sở đó rút ra bài học kinh nghiệm trong việc tiếp tục hoàn thiện các quy định pháp luật về viên chức của Việt Nam.

Từ khóa: Viên chức, pháp luật về viên chức.

Nhận bài: 14/01/2020; Hoàn thành biên tập: 12/02/2020; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: As a country with political institutions and social traditions quite similar to Vietnam, the legal system in general and the law on public employees of the People's Republic of China in particular are worth for Vietnam to study and learn legislative experience especially, in the process of continuing to improve the law on public employees after the amendment of the 2010 Law on Public Officials. Therefore, the article will study and clarify the legal regulations on public employees of this country to draw lessons learned in the continuation of the legislation on Vietnamese officials.

Keywords: Public employees, law on public employees.

Date of receipt: 14/01/2020; Date of Revision: 12/02/2020; Date of Approval: 27/02/2020.

Sau gần 10 năm triển khai, áp dụng, Luật viên chức năm 2010 đã bộc lộ nhiều hạn chế, bất cập. Vì vậy, ngày 25/11/2019 Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật cán bộ, công chức và Luật viên chức (gọi tắt là Luật sửa đổi). Mặc dù, trong Luật sửa đổi đã điều chỉnh một số quy định về viên chức như: xóa chế độ “biên chế suốt đời” với viên chức, kéo dài thời hạn hợp đồng làm việc của viên chức, viên chức công tác tại các đơn vị sự nghiệp công lập được tuyển dụng vào công chức, công khai kết quả đánh giá viên chức thông qua công việc, sản phẩm cụ thể. Tuy nhiên, chúng tôi nhận thấy để đáp ứng yêu cầu phát triển ngày càng đa dạng các lĩnh vực hoạt động dịch vụ công ở nước ta, phù hợp với thông lệ chung của thế giới hiện đại, các quy định pháp luật về viên chức nói chung và Luật viên chức năm 2010 nói riêng vẫn cần thiết phải tiếp tục hoàn thiện. Việc hoàn

thiện các quy định này phải đối chiếu, tiếp thu một cách có chọn lọc những kinh nghiệm nước ngoài có liên quan, sáng tạo, phù hợp với điều kiện hoàn cảnh cụ thể của Việt Nam. Chính vì vậy, việc lựa chọn nghiên cứu đối sánh, tham chiếu kinh nghiệm lập pháp của Cộng hòa nhân dân Trung Hoa – một quốc gia có thể chế chính trị, truyền thống xã hội tương đồng với Việt Nam là một lựa chọn hợp lý. Bài viết tập trung làm rõ quy định pháp luật về viên chức của Cộng hòa nhân dân Trung Hoa, từ đó rút ra cho Việt Nam những bài học kinh nghiệm trong việc tiếp tục hoàn thiện Luật viên chức năm 2010.

1. Pháp luật về viên chức của Cộng hòa nhân dân Trung Hoa

Thứ nhất, về khái niệm viên chức.

Ở Trung Quốc không có khái niệm chung về viên chức do các nhân sự cung ứng dịch vụ công tại Trung Quốc được gọi là viên chức nghề nghiệp, tùy theo từng dịch vụ công mà được gọi

¹ Tiến sỹ, Trường Đại học Nội vụ, Hà Nội.



cụ thể là viên chức nghề nghiệp ngành y, viên chức nghề nghiệp ngành giáo dục, hay thông thường vẫn được gọi là bác sĩ và giáo viên. Ví dụ, theo Điều 12 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ của nước này thì viên chức y tế là những ứng viên đã vượt qua kỳ thi cấp chứng chỉ bác sĩ và được trao chứng nhận bác sĩ hoặc trợ lý bác sĩ. Tuy nhiên, bên cạnh đội viên chức y tế được chứng nhận nghề nghiệp thì tại Trung Quốc nhiều bác sĩ nắm giữ các vị trí, trách nhiệm như người đứng đầu các trung tâm y tế thường được chỉ định mang tính chính trị hơn là bổ nhiệm theo chuyên môn nghiệp vụ. Do đó, họ mặc dù là viên chức y tế nhưng có thể lại thiếu kiến thức, kinh nghiệm nghề nghiệp, chỉ làm công tác quản lý. Đối với ngành giáo dục, theo định nghĩa tại Điều 3, Chương 1, Luật giáo viên của Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa được thông qua tại Hội nghị lần thứ 4 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội Nhân dân toàn quốc lần thứ VIII và công bố theo Lệnh số 15 của Chủ tịch nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa ban hành ngày 31 tháng 10 năm 1993: “giáo viên là các nhà chuyên môn thực hiện các chức năng giáo dục và giảng dạy và chịu trách nhiệm truyền đạt kiến thức và giáo dục người dân, đào tạo các nhà xây dựng và những người kế thừa xã hội chủ nghĩa và nâng cao chất lượng của các dân tộc trong quốc gia”. Hệ thống giáo viên của Trung Quốc bao gồm giáo viên hưởng lương do Nhà nước chi trả và giáo viên hưởng lương do địa phương, đơn vị giáo dục chi trả dựa trên nguyên tắc là mức lương tối thiểu và các điều kiện, chế độ đãi ngộ phải tương xứng như công chức².

Thông qua nhận thức về viên chức trong hai ngành dịch vụ công trọng điểm của quốc gia tại Trung Quốc là giáo dục và y tế, có thể hiểu rằng: viên chức nghề nghiệp tại Trung quốc là những

người làm việc trong các ngành dịch vụ công, hưởng lương do Nhà nước chi trả hoặc phân quyền cho chính quyền các cấp hoặc cơ quan dịch vụ công chi trả, hoạt động trên cơ sở quy định pháp luật đối với ngành công tác.

Thứ hai, về quy chế pháp lý.

Hiện nay, đối với viên chức dịch vụ công tại Trung Quốc vẫn chưa có một văn bản pháp luật chuyên biệt quy định cụ thể về việc làm dựa trên chế độ hợp đồng đối với đối tượng này. Tuy nhiên, cấp chính quyền Trung ương đã quy định chung về việc áp dụng cơ chế hợp đồng trong quản lý viên chức dịch vụ công, bao gồm bác sĩ và giáo viên, các vấn đề cụ thể về chế độ làm việc, chế độ tiền lương, chế độ nghỉ ngơi...v.v.. do các chính quyền cấp dưới quy định. Thẩm quyền quy định cụ thể được phân cấp cho các thành phố lớn như Bắc Kinh, Thượng Hải, Thiên Kinh, Trùng Khánh, các vùng kinh tế đặc biệt điển hình như Thâm Quyến, các thành phố cửa biển và các tỉnh trong nội địa. Hệ thống quy định của chính quyền địa phương thông thường nhất quán với quy định của trung ương. Tuy nhiên, trong trường hợp các quy định của địa phương mâu thuẫn với quy định của chính phủ thì quy định của cả 2 cấp sẽ được rà soát lại một cách thận trọng về mặt pháp lý và về ý nghĩa thực tiễn, sau khi rà soát đánh giá sẽ quyết định chọn lựa áp dụng văn bản nào trong trường hợp cụ thể³. Nhìn chung, quy chế pháp lý có ý nghĩa nền tảng trong việc quản lý viên chức ở Trung Quốc tập trung ở một số văn bản pháp luật do chính quyền trung ương ban hành như: Luật giáo viên của Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa được thông qua tại cuộc họp lần thứ 4 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội Nhân dân toàn quốc lần thứ VIII và được ban hành theo Lệnh số 15 của Chủ tịch nước Cộng hòa Nhân dân Trung

² Vụ Hợp tác quốc tế - Bộ Nội vụ (2016), *Nghiên cứu kinh nghiệm quản lý đội ngũ viên chức hoạt động trong các lĩnh vực dịch vụ công của một số nước trên thế giới*, Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu Đề tài khoa học cấp Bộ của Bộ Nội vụ, tr.27.

³ Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1993), *Luật Giáo viên*, tr.73, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383815.htm

Hoa vào ngày 31 tháng 10 năm 1993; Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ của Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa được thông qua tại cuộc họp lần thứ 3 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội Nhân dân toàn quốc lần thứ IX vào ngày 26 tháng 6 năm 1998 và được ban hành bởi Lệnh số 5 của Chủ tịch nước Cộng hòa Nhân dân Trung Hoa vào ngày 26 tháng 6 năm 1998; Quy định về hệ thống chứng nhận được sĩ của Chính phủ ban hành năm 2011⁴...

Thứ ba, về quyền và nghĩa vụ của viên chức.

Quyền và nghĩa vụ của viên chức Trung Quốc được quy định theo hướng xác định phạm vi cụ thể những quyền được hưởng và những nghĩa vụ phải tuân thủ giống như Việt Nam hiện nay chứ không phải tự do làm mọi việc mà pháp luật không cấm hay hạn chế như mô hình của nước Pháp. Viên chức có nghĩa vụ đạo đức theo nghề nghiệp được luật nêu một cách khái quát hoặc cụ thể trong từng nhiệm vụ. Ví dụ: Điều 3 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998 quy định một cách khái quát về đạo đức của bác sĩ: “Các bác sĩ phải tuân thủ đạo đức nghề nghiệp và thành thạo trong việc thực hành chuyên môn y tế, thể hiện tinh thần nhân đạo và thực hiện các nhiệm vụ thiêng liêng là phòng ngừa và chữa bệnh, chữa trị thương tích, cứu sống và bảo vệ sức khỏe của mọi người”. Điều 26 Luật này lại quy định về đạo đức bác sĩ trong tình huống cụ thể: “Khi nói với bệnh nhân hoặc thân nhân của họ sự thật về tình trạng của bệnh nhân, các bác sĩ sẽ phải tránh mọi ảnh hưởng xấu đến bệnh nhân”... Phạm vi quyền và nghĩa vụ của viên chức được xác định trong luật là những quyền, nghĩa vụ cụ thể theo chức trách nghề nghiệp. Chẳng hạn, giáo viên có các quyền: tiến hành các hoạt động giảng dạy; thực hiện cải cách và thử nghiệm trong giảng dạy; tham gia và thể hiện quan điểm trong hoạt động nghiên cứu khoa học và trao đổi học thuật; hướng dẫn học sinh, sinh viên trong học tập và

phát triển; đánh giá hành vi và thành tích học tập của học sinh, sinh viên; được hưởng tiền lương, tiền công, chế độ nghỉ phép có hưởng lương và các phúc lợi phúc lợi theo quy định của Nhà nước; đề xuất kiến nghị về công tác giáo dục, quản lý trường học và công việc của các bộ phận hành chính giáo dục; tham gia quản lý dân chủ trường học nơi mình công tác; tham gia các khóa bồi dưỡng hoặc các hình thức đào tạo khác; được bảo vệ khỏi các hành vi lăng mạ, trả thù, xâm hại trong hoạt động nghề nghiệp (Điều 7 Luật giáo viên năm 1993). Giáo viên có các nghĩa vụ trong khi thực hành nghề nghiệp là: tuân thủ Hiến pháp, pháp luật và đạo đức nghề nghiệp, và là những người có đạo đức, học vấn; thực hiện các chính sách giáo dục của Nhà nước, thực hiện nhiệm vụ giáo dục và giảng dạy; tiến hành giáo dục học sinh theo các nguyên tắc cơ bản được quy định trong Hiến pháp và hệ thống pháp luật, dẫn dắt học sinh tham gia hoạt động xã hội có lợi; quan tâm, yêu thương, tôn trọng phẩm giá và thúc đẩy sự phát triển toàn diện của học sinh, sinh viên; ngăn chặn các hành vi có hại hoặc xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của học sinh, sinh viên; và không ngừng nâng cao ý thức chính trị và năng lực chuyên môn của bản thân trong giáo dục và giảng dạy (Điều 8 Luật giáo viên năm 1993). Tương tự như vậy, trong khi hành nghề y, viên chức y tế được hưởng các quyền: được tiến hành hoạt động khám chữa bệnh trong phạm vi giấy phép hành nghề; được cung cấp các phương tiện y tế cơ bản cần thiết để thực hiện công việc chuyên môn theo tiêu chuẩn do Bộ Y tế quy định; tham gia nghiên cứu, trao đổi học thuật và tham gia các tổ chức học thuật chuyên ngành; được đào tạo chuyên môn và bồi dưỡng nâng cao trình độ y học; được bảo vệ khỏi các hành vi chống lại nhân phẩm và sự an toàn của bản thân trong quá trình làm việc; được nhận tiền lương, phụ cấp khác và hưởng các phúc lợi theo

⁴ Cổng thông tin điện tử Chính phủ nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa, Cơ sở dữ liệu luật và nghị định, link truy cập tiếng Anh: <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Frameset-index.html>



quy định; được đề xuất ý kiến về điều trị y tế, phòng chống bệnh tật hoặc chăm sóc sức khỏe trong các tổ chức nơi mình làm việc và tham gia quản lý dân chủ của tổ chức nói trên; được thành lập, tham gia hiệp hội bác sĩ (Điều 21 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998). Về nghĩa vụ, trong khi hành nghề y, viên chức y tế phải: tuân thủ luật pháp và các quy quy tắc cho hoạt động chuyên môn; cống hiến hết mình cho nghề, tuân thủ đạo đức nghề nghiệp, phục vụ bệnh nhân một cách tận tâm; chăm sóc, yêu thương, tôn trọng bệnh nhân và giữ gìn sự riêng tư của họ; nỗ lực để nâng cao trình độ chuyên môn, cập nhật kiến thức và nâng cao tiêu chuẩn chức danh; phổ biến kiến thức về sức khỏe cộng đồng và chăm sóc sức khỏe cho bệnh nhân; không được che giấu, giả mạo hoặc phá hủy tài liệu y tế; không được cung cấp tài liệu y tế ngoài phạm vi thẩm quyền; không được từ chối điều trị trong trường hợp khẩn cấp; tuân thủ sự điều hành của cơ quan hành chính trong trường hợp thiên tai, dịch bệnh, tai nạn...; không được lợi dụng địa vị của mình để yêu cầu lợi ích vật chất bất hợp pháp từ bệnh nhân hoặc tìm kiếm bất kỳ lợi ích bất hợp pháp nào khác (Điều 22, 24, 27 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998)⁵.

Thứ tư, về tuyển dụng viên chức.

Việc tuyển dụng viên chức ở Trung Quốc hướng đến mô hình tuyển dụng dựa trên năng lực và đòi hỏi nhiều tiêu chí phức tạp. Xuất phát trên quan điểm đặc biệt đề cao y tế và giáo dục, ở Trung Quốc, các tiêu chí tuyển dụng đối với giáo viên và bác sĩ, điều dưỡng viên rất phức tạp. Ngoài các tiêu chí, yêu cầu về bằng cấp, còn

yêu cầu về kinh nghiệm thực tiễn và chứng chỉ hành nghề. Để thi chứng chỉ hành nghề, bác sĩ và điều dưỡng viên lại cũng phải đáp ứng nhiều yêu cầu về mặt bằng cấp, giấy tờ, kết quả học tập và kinh nghiệm học tập. Ví dụ, theo Điều 9 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ, cá nhân phải đáp ứng một trong các điều kiện sau mới được tham gia kỳ thi lấy chứng chỉ hành nghề bác sĩ: 1) ít nhất, tốt nghiệp khoa y của một trường đại học và, theo hướng dẫn của bác sĩ được cấp phép, đã làm việc thử việc ít nhất một năm trong một cơ sở điều trị y tế, phòng chống bệnh tật hoặc chăm sóc sức khỏe; hoặc 2) sau khi có chứng chỉ hành nghề bác sĩ trợ lý, đã đạt đến trình độ tốt nghiệp từ khoa y của một trường đại học và làm việc ít nhất hai năm trong một cơ sở điều trị y tế, phòng chống bệnh tật hoặc tổ chức chăm sóc sức khỏe; hoặc đã đạt đến trình độ tốt nghiệp chuyên ngành y khoa của trường bách khoa và làm việc ít nhất năm năm trong một cơ sở điều trị y tế, phòng chống bệnh tật hoặc chăm sóc sức khỏe. Tương tự như vậy, để được tham gia kỳ thi lấy chứng chỉ hành nghề trợ lý bác sĩ, theo Điều 10 của luật này, cá nhân phải đáp ứng điều kiện là: tốt nghiệp từ khoa y của một trường đại học hoặc trường bách khoa và đã làm tập sự ít nhất một năm theo hướng dẫn của bác sĩ được cấp phép trong cơ sở điều trị y tế, phòng chống bệnh hoặc tổ chức chăm sóc sức khỏe⁶.

Đối với việc tuyển dụng viên chức giáo dục, chính phủ Trung Quốc dành sự quan tâm hết sức đặc biệt. Với quan niệm giáo viên là người dạy dỗ thế hệ tương lai nên triết lý tôn sư trọng đạo từ lâu đã thấm nhuần trong văn hóa của người

⁵ Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998), *Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link:

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383574.htm

Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1993), *Luật Giáo viên*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383815.htm

⁶ Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998), *Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383574.htm

Trung Quốc. Do vậy, Trung Quốc là một trong số ít quốc gia có luật riêng về giáo viên. Cách thức tuyển dụng viên chức giáo dục của Trung Quốc trước đây giống như tuyển dụng công chức. Tuy nhiên, kể từ năm 2013 đến nay, chính sách tuyển dụng viên chức giáo dục của Trung Quốc đã có nhiều thay đổi, gắn liền với giá trị cung cấp dịch vụ và khác hẳn với chế độ tuyển dụng tập trung áp dụng cho công chức. Yêu cầu tuyển dụng viên chức dịch vụ công nói chung và giáo viên nói riêng tại Trung Quốc yêu cầu bắt buộc ứng viên phải có 3 điều kiện cơ bản như sau: (i) kiến thức chủ đề (vốn hiểu biết văn hóa xã hội lịch sử chính trị kinh tế của bản thân), (ii) kiến thức chuyên môn (kiến thức giáo khoa và tâm lý), (iii) kiến thức thực tế (thực hành nghề). Trước đó, năm 2011, kỳ thi để cấp chứng chỉ giáo viên đã được cải cách. Kỳ thi này do chính quyền tỉnh tổ chức và cấp chứng chỉ, chứng chỉ có hiệu lực trên phạm vi toàn quốc. Tuy nhiên, cũng trong năm 2011, chính phủ Trung Quốc đã lần đầu tiên tổ chức kỳ thi chung trên phạm vi toàn quốc để cấp chứng chỉ cho giáo viên, thí điểm ban đầu ở 6 tỉnh. Sau đó chính thức kể từ năm 2013 trở đi, Trung Quốc thống nhất chỉ còn 1 cơ chế tuyển dụng giáo viên phổ thông thông qua kỳ thi chung cấp quốc gia. Kỳ thi tuyển dụng giáo viên tại Trung Quốc gồm hai vòng, vòng thứ nhất thi viết trên giấy hoặc thi trên máy tính và vòng thứ hai phỏng vấn hoặc thực hành giảng dạy⁷.

Thứ năm, về tiền lương và chế độ đãi ngộ đối với viên chức.

Trung Quốc tương đồng với Pháp trong việc quan niệm tiền lương phải thể hiện sự coi trọng của Nhà nước, xã hội đối với nghề nghiệp của viên chức, nhất là những nghề được coi trọng

như thầy thuốc, thầy giáo. Một nghiên cứu quốc tế so sánh về vị thế và đãi ngộ đối với giáo viên ở 21 quốc gia năm 2013 cho thấy giáo viên ở Trung Quốc nhận được mức độ đứng ở tốp đầu xét về sự tôn trọng và đãi ngộ⁸. Chính sách tiền lương đối với viên chức y tế và giáo dục đã thể hiện rõ quan điểm coi trọng này. Ví dụ, Điều 25 Luật giáo viên năm 1993 quy định: “Mức lương trung bình của giáo viên sẽ không thấp hơn hoặc có thể cao hơn công chức nhà nước và sẽ được tăng dần. Hội đồng Nhà nước có trách nhiệm xây dựng một hệ thống quy định và biện pháp cụ thể để thăng chức và tăng lương định kỳ cho giáo viên”. Bên cạnh lương, giáo viên của các trường tiểu học và trung học cơ sở và các trường dạy nghề sẽ được hưởng các khoản phụ cấp tương xứng với thời lượng giảng dạy và các khoản phụ cấp khác theo quy định của Bộ Giáo dục. Đối với giáo viên ở các khu vực có dân tộc thiểu số hoặc ở các khu vực xa xôi và nghèo đói còn được hưởng trợ cấp khu vực do chính quyền nhân dân địa phương thực hiện (Điều 26 Luật giáo viên năm 1993). Giáo viên ở khu vực thành thị được hưởng quyền ưu tiên và ưu đãi về nhà ở; giáo viên các trường phổ thông ở nông thôn được đảm bảo nhà ở, vấn đề nhà ở của giáo viên được chính quyền địa phương các cấp giải quyết (Điều 27, 28 Luật giáo viên năm 1993). Giáo viên được hưởng sự đối xử bình đẳng trong chăm sóc y tế như công chức nhà nước ở địa phương, họ sẽ được kiểm tra sức khỏe thường xuyên và sẽ được nghỉ ngơi, an dưỡng theo điều kiện địa phương. Đối với giáo viên đã nghỉ hưu mà có thâm niên công tác lâu năm trong ngành giáo dục, chính quyền địa phương có thể chủ động xem xét tăng tỷ lệ lương hưu cho họ (Điều 29, 30 Luật giáo viên năm 1993)⁹.

⁷ Vụ Hợp tác quốc tế - Bộ Nội vụ (2016), *Nghiên cứu kinh nghiệm quản lý đội ngũ viên chức hoạt động trong các lĩnh vực dịch vụ công của một số nước trên thế giới*, Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu Đề tài khoa học cấp Bộ của Bộ Nội vụ, tr 89-90.

⁸ Nguyễn Thị Thu Hương (2016), *Thực hiện pháp luật về viên chức trong các trường đại học Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Cơ sở đào tạo Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.71.

⁹ Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1993), *Luật Giáo viên*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383815.htm

***Thứ sáu, về đào tạo viên chức.***

Đào tạo viên chức trong quá trình sử dụng rất được chú trọng tại Trung Quốc. Luật yêu cầu chặt chẽ về trách nhiệm đảm bảo viên chức được đào tạo nâng cao trình độ thường xuyên của các cơ quan quản lý nhà nước, cơ quan dịch vụ công nơi viên chức làm việc, cơ quan hữu quan khác. Đối với cơ quan quản lý nhà nước, trong lĩnh vực y tế, cơ quan quản lý nhà nước về y tế ở chính quyền nhân dân cấp quận hoặc cấp trên có trách nhiệm xây dựng các chương trình đào tạo cho các bác sĩ để đào tạo họ dưới nhiều hình thức khác nhau và cung cấp cho họ các điều kiện để nâng cao trình độ y học (Điều 34 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998). Trong lĩnh vực giáo dục, các cơ quan quản lý nhà nước về giáo dục thuộc chính quyền nhân dân các cấp có trách nhiệm xây dựng các chương trình đào tạo giáo viên và thực hiện các hình thức đào tạo tư tưởng, chính trị và chuyên môn khác nhau cho giáo viên (Điều 19 Luật giáo viên năm 1993). Đối với các cơ quan dịch vụ công nơi viên chức làm việc, luật yêu cầu nghĩa vụ đảm bảo và tạo điều kiện cho viên chức được đào tạo, nâng cao trình độ. Ví dụ, Điều 35 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998 quy định: “Các cơ sở điều trị y tế, phòng chống bệnh tật hoặc chăm sóc sức khỏe, theo các quy định và kế hoạch, đảm bảo các bác sĩ làm việc trong tổ chức của mình được đào tạo và giáo dục nâng cao trình độ y học”. Đối với các cơ quan hữu quan khác, luật đòi hỏi trách nhiệm phối hợp, tạo điều kiện cho việc đào tạo, nâng cao trình độ của viên chức. Chẳng hạn như Điều 20 Luật giáo viên năm 1993 yêu cầu các cơ quan nhà nước, doanh nghiệp, các tổ chức xã hội khác phải tạo điều kiện thuận lợi và hỗ trợ cho giáo viên trong các nghiên cứu, điều tra thực tiễn xã

hội của họ... Trong đào tạo viên chức nói chung, việc đào tạo viên chức ở các vùng nông thôn, vùng sâu, vùng xa, dân tộc thiểu số được nhà nước Trung Quốc chú trọng đặc biệt. Điều 34 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998 quy định: “Các cơ quan quản lý hành chính về sức khỏe cộng đồng ở chính quyền nhân dân cấp quận hoặc cấp cao hơn sẽ áp dụng các biện pháp mạnh mẽ để đào tạo nhân viên y tế đang điều trị y tế, phòng chống dịch bệnh hoặc chăm sóc sức khỏe ở khu vực nông thôn hoặc dân tộc thiểu số. Hoặc Điều 21 Luật giáo viên năm 1993 quy định: “Chính quyền nhân dân các cấp phải áp dụng các biện pháp tích cực để đào tạo giáo viên cho các khu vực có dân tộc thiểu số và các khu vực xa xôi và nghèo đói”¹⁰. Về hình thức đào tạo, bồi dưỡng viên chức tại Trung Quốc có sự đa dạng và khác biệt so với đào tạo, bồi dưỡng công chức. Đào tạo, bồi dưỡng viên chức cũng tiến hành thông qua hình thức nâng cao trình độ bằng cấp, tuy nhiên, các hình thức đào tạo thông qua hoạt động nghiên cứu, hội thảo học tập, các khóa đào tạo kỹ năng, cập nhật kiến thức không cấp chứng chỉ... được chú trọng hơn¹¹.

Thứ bảy, về đánh giá viên chức.

Đánh giá viên chức là hoạt động được tiến hành thường xuyên tại Trung Quốc làm căn cứ cho việc xét thăng chức, tăng lương. Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998 quy định các cuộc đánh giá được tiến hành định kỳ đối với viên chức y tế và kết quả đánh giá được nộp cho cơ quan quản lý hành chính có trách nhiệm cấp phép hành nghề bác sĩ; nếu kết quả đánh giá viên chức y tế là không đạt sẽ dẫn đến việc họ bị tạm đình chỉ hành nghề để đào tạo lại, nếu kết quả đánh giá là xuất sắc, viên chức sẽ được khen thưởng (Điều 31, 32, 33). Điều 24

¹⁰ Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1993), *Luật Giáo viên*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383815.htm

¹¹ Vụ Hợp tác quốc tế - Bộ Nội vụ (2016), *Nghiên cứu kinh nghiệm quản lý đội ngũ viên chức hoạt động trong các lĩnh vực dịch vụ công của một số nước trên thế giới*, Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu Đề tài khoa học cấp Bộ của Bộ Nội vụ, tr.101.

Luật giáo viên năm 1993 cũng xác định: kết quả đánh giá giáo viên sẽ là cơ sở cho việc bổ nhiệm và tăng lương của giáo viên cũng như các phần thưởng và hình phạt đối với họ. Nội dung đánh giá đối với viên chức tương ứng với nghề nghiệp của họ. Đối với giáo viên, nội dung đánh giá bao gồm: mức độ nhận thức chính trị, tư tưởng, trình độ chuyên môn, thái độ đối với công việc và khả năng thực hành giảng dạy (Điều 22 Luật giáo viên năm 1993). Đối với bác sĩ, nội dung đánh giá gồm mức độ phù hợp với tiêu chuẩn hành nghề về: trình độ chuyên môn, thành tích và đạo đức nghề nghiệp (Điều 31 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998). Thẩm quyền đánh giá viên chức có thể thuộc về cơ quan quản lý hành chính nhà nước trong lĩnh vực chuyên môn hoặc cơ quan dịch vụ công nơi viên chức công tác. Theo quy định, đối với viên chức giáo dục, trường học hoặc tổ chức giáo dục nơi họ làm việc sẽ tiến hành đánh giá dưới sự giám sát của cơ quan quản lý hành chính nhà nước về giáo dục; đối với viên chức y tế, tổ chức được ủy quyền bởi cơ quan quản lý hành chính nhà nước về sức khỏe cộng đồng cấp huyện sẽ tiến hành đánh giá và cơ quan quản lý hành chính đó có trách nhiệm hướng dẫn, giám sát việc đánh giá. Việc đánh giá viên chức dịch vụ công không chỉ dựa trên ý kiến chủ quan của cơ quan có thẩm quyền đánh giá mà ý kiến của người hưởng dịch vụ, đồng nghiệp, bản thân viên chức cũng được coi trọng. Chẳng hạn, theo quy định của Luật giáo viên năm 1993 thì việc đánh giá giáo viên phải được thực hiện một cách khách quan, công bằng và chính xác và trong quá trình đánh

giá, ý kiến của chính giáo viên, đồng nghiệp và học sinh của họ sẽ được xem xét đầy đủ¹².

Thứ tám, về việc khen thưởng.

Việc khen thưởng viên chức ở Trung Quốc chủ yếu dựa trên thành tích cống hiến của họ chứ không chú trọng phương diện gắn bó lâu dài với nghề nghiệp. Chẳng hạn, viên chức y tế sẽ được khen thưởng vì các thành tích: tuân thủ đạo đức nghề nghiệp tốt và đã thực hiện những hành động xuất sắc trong thực hành y học; có những bước đột phá lớn và đóng góp nổi bật cho các kỹ thuật y tế; có thành tích nổi bật trong việc cứu, chữa và điều trị khẩn cấp cho bệnh nhân trong thiên tai, dịch bệnh, tai nạn bất ngờ, các trường hợp khẩn cấp khác gây nguy hiểm nghiêm trọng đến tính mạng hoặc sức khỏe của người dân; đã làm việc chăm chỉ trong một thời gian dài tại các khu vực xa xôi hẻo lánh, nghèo đói hoặc các khu vực dân tộc thiểu số... (Điều 33 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998). Giáo viên được khen thưởng trong các trường hợp: đạt được kết quả xuất sắc trong giáo dục và giảng dạy, đào tạo nhân sự và nghiên cứu khoa học, cải cách giáo dục, phát triển trường học, dịch vụ xã hội và các chương trình học tập (Điều 33 Luật giáo viên năm 1993). Để tăng cường lợi ích vật chất cho viên chức được khen thưởng, Nhà nước Trung Quốc khuyến khích xã hội hóa nguồn tài chính khen thưởng. Ví dụ, Điều 34 Luật giáo viên năm 1993 khẳng định: “Nhà nước khuyến khích và hỗ trợ các tổ chức xã hội và cá nhân quyên góp tiền cho các quỹ được thành lập theo luật để tặng thưởng giáo viên”¹³.

¹² Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998), *Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link:

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383574.htm

Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1993), *Luật Giáo viên*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383815.htm

¹³ Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998), *Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link:

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383574.htm

Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1993), *Luật Giáo viên*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383815.htm



Thứ chín, về kỉ luật đối với viên chức.

Các hình thức kỷ luật đối với viên chức Trung Quốc được đặt ra trong trường hợp họ vi phạm nghĩa vụ nghề nghiệp. Giáo viên sẽ bị xử phạt hành chính hoặc đuổi việc nếu vi phạm các trường hợp: cố ý không hoàn thành các nhiệm vụ giáo dục và giảng dạy gây ra tổn thất cho công việc giáo dục và giảng dạy; áp đặt các hình phạt về thể xác đối với học sinh và không sửa chữa sau khi bị phê bình; có hành vi không đúng đắn hoặc xúc phạm học sinh tạo ấn tượng rất xấu (Điều 37 Luật giáo viên năm 1993). Nhân viên y tế sẽ bị phạt cảnh cáo, đình chỉ hành nghề từ 06 tháng đến 01 năm hoặc thu hồi giấy phép hành nghề nếu có vi phạm trong các trường hợp: gây hậu quả nghiêm trọng do vi phạm các quy định hành chính đối với sức khỏe cộng đồng hoặc các quy tắc nghề nghiệp; gây hậu quả nghiêm trọng do trì hoãn việc giải cứu, chẩn đoán và điều trị trường hợp khẩn cấp; gây ra tai nạn y tế bằng cách bỏ bê nhiệm vụ của mình; ký bất kỳ tài liệu chứng minh nào liên quan đến chẩn đoán, điều trị, dịch tễ học, sinh hoặc tử vong mà không đích thân tiến hành chẩn đoán, kiểm tra hoặc điều tra; che giấu, giả mạo hoặc phá hủy bất hợp pháp tài liệu y tế hoặc dữ liệu liên quan; quản lý, sử dụng các loại thuốc, hóa chất, thiết bị y tế như chưa được phê duyệt; vi phạm các quy định về sử dụng thuốc gây mê, chất độc y tế hoặc thuốc tâm thần hoặc phóng xạ; thực hiện điều trị thử nghiệm mà không có sự đồng ý của bệnh nhân hoặc thân nhân của họ; gây hậu quả nghiêm trọng do tiết lộ quyền riêng tư của bệnh nhân; lợi dụng vị trí của mình, yêu cầu hoặc lấy tiền bất hợp pháp từ bệnh nhân hoặc tìm kiếm lợi ích bất

hợp pháp khác; không chấp nhận sự phân công của cơ quan hành chính trong trường hợp thiên tai, dịch bệnh, tai nạn bất ngờ hoặc các trường hợp khẩn cấp khác gây nguy hiểm nghiêm trọng đến tính mạng hoặc sức khỏe của người dân; không báo cáo theo quy định khi gây ra tai nạn y tế hoặc phát hiện ra dịch bệnh, sự cố chấn thương hoặc tử vong bất thường của bệnh nhân (Điều 37 Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ năm 1998). Việc viên chức bị xử lý kỷ luật không loại trừ trách nhiệm pháp luật của họ và viên chức bị xử lý kỷ luật có quyền khiếu nại lên cơ quan quản lý hành chính đối với ngành công tác của mình¹⁴.

Thứ mười, về tuổi nghỉ hưu của viên chức.

Chính sách về tuổi nghỉ hưu của viên chức tại Trung Quốc khá tương đồng với Việt Nam. Theo quy định ban hành năm 1951, tuổi nghỉ hưu của nam là 60 và nữ là 50. Qua các lần bổ sung sửa đổi, hiện nay, tuổi nghỉ hưu đối với nam là 60 và một số đối tượng nữ là từ 50 đến 60 tuổi. Luật còn quy định một số trường hợp đặc thù mà viên chức có thể nghỉ hưu sớm hơn thông thường tới 10 năm (nam là 50 tuổi và nữ là 45 tuổi). Ví dụ, đối với cán bộ làm tại các Bộ, Ban, ngành, đơn vị sự nghiệp, doanh nghiệp: những người bệnh tật, có giấy xác nhận của ủy ban giám định lao động, liên tục công tác trong ngành được 10 năm thì tuổi về hưu của nam là 50 và của nữ là 45; đối với công nhân: nếu làm việc nguy hiểm, ảnh hưởng đến sức khỏe như ở dưới hầm mỏ, nhiệt độ cao, trên độ cao, các công việc đòi hỏi nhiều sức lực hoặc các công việc ảnh hưởng đến sức khỏe thì tuổi về hưu của nam là 55, của nữ là 45; những người bệnh tật, có giấy xác nhận của ủy ban giám định lao động,

¹⁴ Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998), *Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link:

http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383574.htm

Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1993), *Luật Giáo viên*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383815.htm

¹⁵ Vụ Hợp tác quốc tế - Bộ Nội vụ (2016), *Nghiên cứu kinh nghiệm quản lý đội ngũ viên chức hoạt động trong các lĩnh vực dịch vụ công của một số nước trên thế giới*, Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu Đề tài khoa học cấp Bộ của Bộ Nội vụ, tr.110.

liên tục công tác trong ngành được 10 năm thì tuổi về hưu của nam là 50 và của nữ là 45¹⁵.

2. Kinh nghiệm đối với Việt Nam trong việc sửa đổi Luật viên chức năm 2010

Nghiên cứu các quy định về viên chức dịch vụ công trong pháp luật Trung Quốc cho thấy một số kinh nghiệm hữu ích có thể tham khảo trong việc hoàn thiện pháp luật viên chức tại Việt Nam:

Một là, nghiên cứu và áp dụng hợp lý việc phân cấp trong xây dựng quy chế pháp lý đối với viên chức. Cấp chính quyền trung ương ở Trung Quốc chỉ đặt ra quy định chung về việc quản lý viên chức dịch vụ công (bác sĩ và giáo viên), các vấn đề cụ thể về chế độ làm việc, chế độ tiền lương, chế độ nghỉ ngơi... v.v.. do các chính quyền cấp dưới quy định. Phương thức quy định này khá phù hợp với những quốc gia có điều kiện kinh tế, xã hội chênh lệch lớn giữa các địa phương, vùng miền như Trung Quốc, Việt Nam. Việc phân cấp quy định như vậy giúp cho các địa phương có thể đưa ra chính sách, chế độ đối với viên chức phù hợp khả năng đảm bảo của địa phương mình trên cơ sở tuân thủ chế độ, tiêu chuẩn cơ bản, tối thiểu mà pháp luật của Nhà nước quy định. Bên cạnh đó, những địa phương vùng sâu, vùng xa, vùng khó khăn có thể xây dựng chính sách thu hút đặc biệt đối với viên chức dịch vụ công và được Nhà nước hỗ trợ kinh phí để đảm bảo thực hiện chính sách này.

Hai là, chú trọng khía cạnh năng lực hành nghề thực tiễn của viên chức trong việc đưa ra các tiêu chí tuyển dụng, đánh giá viên chức. Tại Trung Quốc, việc tuyển dụng viên chức bao gồm kiểm tra cả kiến thức chuyên môn và kỹ năng thực hành nghề nghiệp, đòi hỏi cao về kinh nghiệm nghề nghiệp (Ví dụ: thi tuyển giáo viên được tiến hành hai vòng, kiểm tra kiến thức và thực hành giảng; tuyển dụng viên chức y tế yêu cầu các tiêu chí như: chứng chỉ hành nghề và kinh nghiệm nghề nghiệp mà bản thân chứng chỉ hành nghề chỉ có được khi đã

có thời gian thực hành nghề nghiệp nhất định). Việc đánh giá viên chức cũng đề cao tiêu chí về ý kiến của người hưởng thụ dịch vụ công (cảm nhận của học sinh, bệnh nhân...) cho thấy sự đề cao tiêu chí về thực hành nghề nghiệp. Việc đề cao năng lực thực hành nghề nghiệp của viên chức trong tuyển dụng, đánh giá viên chức như vậy đảm bảo cơ quan dịch vụ công tuyển dụng được viên chức có khả năng làm việc thực sự chứ không phải dựa trên hồ sơ, bằng cấp và đánh giá được chính xác năng lực, cống hiến của viên chức.

Ba là, xây dựng các chính sách đặc biệt để động viên viên chức phục vụ tại các vùng sâu, vùng xa, vùng khó khăn. Ở Việt Nam đang diễn ra phổ biến hiện tượng viên chức ở các khu vực khó khăn về kinh tế bỏ việc hoặc tìm mọi cách để chuyển công tác tới các đô thị, các vùng kinh tế phát triển. Do đó, chất lượng dịch vụ công, đặc biệt là y tế, giáo dục ở các vùng này không được đảm bảo, càng kìm hãm, kéo lùi sự phát triển của địa phương. Để khắc phục tình trạng đó, có thể áp dụng các biện pháp mạnh mẽ nhằm đảm bảo nguồn viên chức dịch vụ công cho các vùng khó khăn như Trung Quốc: áp dụng các chính sách ưu tiên cho tạo nguồn, đào tạo, bồi dưỡng viên chức, lấy tiêu chí công tác tại các vùng khó khăn là tiêu chí khen thưởng, đảm bảo nhà ở, điều kiện công tác và ưu đãi đặc biệt cho viên chức khu vực này.

Bốn là, xây dựng các quy định đạo đức nghề nghiệp theo đặc thù riêng của các ngành dịch vụ công. Đạo đức công vụ hết sức quan trọng đối với việc hoàn thành chức nghiệp và uy tín của cơ quan dịch vụ công. Mặc dù có thể xây dựng quy định chung về đạo đức công vụ, áp dụng được với mọi đối tượng viên chức, tuy nhiên, mỗi nghề nghiệp dịch vụ công lại đòi hỏi một khía cạnh đạo đức khác nhau. Do đó, các nguyên tắc chung về đạo đức công vụ cần được đặt ra trong luật viên chức đồng thời với nghĩa vụ đạo đức theo nghề nghiệp chuyên môn của viên chức./.



TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Nguyễn Thị Thu Hương (2016), *Thực hiện pháp luật về viên chức trong các trường đại học Việt Nam*, Luận án tiến sĩ luật học, Cơ sở đào tạo Đại học Quốc gia Hà Nội.

2. Vụ Hợp tác quốc tế - Bộ Nội vụ (2016), *Nghiên cứu kinh nghiệm quản lý đội ngũ viên chức hoạt động trong các lĩnh vực dịch vụ công của một số nước trên thế giới*, Báo cáo tổng hợp kết quả nghiên cứu Đề tài khoa học cấp Bộ của Bộ Nội vụ

3. Cổng thông tin điện tử Chính phủ nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa, Cơ sở dữ liệu luật và nghị định, link truy cập tiếng

<http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/Frameset-index.html>

4. Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1998), *Luật về những người được phép hành nghề bác sĩ*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/11/content_1383574.htm

5. Quốc hội nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa (1993), *Luật giáo viên*, tạm dịch từ bản tiếng Anh tại Cổng thông tin điện tử Chính phủ Trung Hoa, link: http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/12/content_1383815.htm

PHÁP LUẬT HIỆN HÀNH VỀ XỬ LÝ HÌNH SỰ ĐỐI VỚI CÁC TỘI LIÊN QUAN ĐẾN KIỂM SOÁT Ô NHIỄM MÔI TRƯỜNG BIỂN DO NƯỚC THẢI CÔNG NGHIỆP

(Tiếp theo trang 53)

Vì vậy, đối với một số hành vi vi phạm không chỉ dừng lại ở mức độ xử phạt hành chính mà cần tăng yếu tố trách nhiệm pháp lý cao hơn. Theo đó cần bổ sung một số tội danh trong pháp luật hình sự: Tội vi phạm các quy định về kế hoạch BVMT, tội vi phạm các quy định về đánh giá môi trường chiến lược, tội vi phạm các quy định về đánh giá tác động môi trường... Việc quy định việc xử lý hình sự trong lĩnh vực này một mặt nhằm trừng trị các hành vi phá hoại môi trường biển bởi việc xả thải trái phép các chất gây ô nhiễm, mặt khác phù hợp với thực tiễn trong thời gian qua ở Việt Nam và Công ước Luật biển năm 1982.

Ba là, trong trường hợp nếu hành vi vi phạm và hậu quả của hành vi chưa được xác định bằng những chỉ số, đơn vị đo lường cụ thể để thì cần có những hướng dẫn, tạo căn cứ cho việc đối chiếu, áp dụng. Để việc áp dụng được thuận lợi, thống nhất chung theo tác giả hoặc bỏ đi các cụm từ trong các điểm của điều luật liên quan đến kiểm soát ô nhiễm môi trường như “*gây hậu quả nghiêm trọng, rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng*” hoặc phải ban hành các văn bản hướng dẫn cụ thể về vấn đề này.

Bốn là, cần có văn bản hướng dẫn cụ thể quy định tại Khoản 2 Điều 75 BLHS năm 2015. Theo đó, cần xác định rõ trách nhiệm hình sự của cá

nhân đối với pháp nhân thương mại vi phạm các tội phạm về môi trường là người đứng đầu pháp nhân thương mại, người đại diện theo pháp luật hay người có trách nhiệm quản lý để xảy ra vi phạm... để quy định này mang tính khả thi và áp dụng trong thực tiễn./

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Đan Hà - Anh Phương (2008), *Kết luận của Bộ TN-MT về việc Công ty Vedan xả nước thải ô nhiễm ra môi trường: Vedan phải nộp hơn 127 tỷ đồng phí môi trường*. Nguồn: <http://www.sggp.org.vn/ket-luan-cua-bo-tnmt-ve-viec-cong-ty-vedan-xa-nuoc-thai-o-nhiem-ra-p-hon-127-ty-dong-phi-moi-truong-96864.html>.

2. Học viện chính trị - Hành chính quốc gia Hồ Chí Minh (2011), *Nâng cao hiệu lực quản lý nhà nước về môi trường*, Nxb Chính trị Quốc gia.

3. Dương Quang (2017), *Xử phạt Công ty Formosa Hà Tĩnh 560 triệu đồng do không phân định và chuyển giao chất thải nguy hại*. Nguồn: <http://www.sggp.org.vn/xu-phat-cong-ty-formosa-ha-tinh-560-trieu-dong-do-khong-phan-va-chuyen-giao-chat-thai-nguy-hai-488747.html>.

4. Trần Thắng Lợi (2004), *Tạp chí Tòa án nhân dân* (số 7).

5. Viện Khoa học pháp lý (2017), *Pháp luật môi trường phục vụ phát triển bền vững ở Việt Nam*, Nxb Quốc gia sự thật, Hà Nội.

PHÁP LUẬT VÀ KINH NGHIỆM XỬ LÝ VẤN ĐỀ HAI QUỐC TỊCH Ở MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI

Vũ Thu Hằng¹

Tóm tắt: Quốc tịch là mối quan hệ pháp lý hai chiều giữa một cá nhân với một quốc gia cụ thể, theo đó xác lập căn cứ pháp lý đối với tư cách công dân của một quốc gia và trên cơ sở đó làm phát sinh các quyền, nghĩa vụ qua lại giữa nhà nước và công dân. Vấn đề hai quốc tịch là trường hợp khi một người được thừa nhận có hai quốc tịch của hai quốc gia khác nhau. Hiện tại, vấn đề hai quốc tịch về cơ bản phụ thuộc vào quy định cụ thể của luật quốc gia từng nước và các điều ước quốc tế, cam kết quốc tế mà quốc gia liên quan là thành viên. Do đó, dẫn đến hiện tượng xung đột pháp luật giữa các quốc gia và việc áp dụng, giải quyết khác nhau giữa các quốc gia liên quan đến vấn đề thừa nhận hai quốc tịch của một cá nhân. Trong phạm vi bài viết này, tác giả nêu khái quát về vấn đề hai quốc tịch, những vướng mắc pháp lý, quan ngại có liên quan đến vấn đề hai quốc tịch và đề xuất có cách tiếp cận cởi mở theo hướng thừa nhận và giải quyết vấn đề hai quốc tịch nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích cơ bản của người dân được tốt hơn.

Từ khóa: Hai quốc tịch, quốc tịch, pháp luật quốc gia.

Nhận bài: 07/01/2020; Hoàn thành biên tập: 14/02/2020; Duyệt đăng: 27/02/2020.

Abstract: Nationality is a two-way legal relation between an individual and a specific country, establishing legal grounds for citizenship of a country and thus rights and obligations between the State and citizens. Dual/multiple nationality/citizenship is when a person is recognized to have two nationalities of two different countries. At the moment, dual nationality mainly depends on specific regulations of national laws of each country and international treaties and commitments that relevant countries are members. Therefore, this fact results in conflict of laws between countries and various applications of laws and recognition of dual nationality among relevant countries. Within this article, the author briefly introduces dual nationality, its legal concerns and thus proposes an open approach in relation to recognition and handling of dual nationality issues in order to better ensure fundamental rights and interests of citizens.

Keywords: Dual/multiple nationality, nationality, national laws.

Date of receipt: 07/01/2020; Date of revision: 14/02/2020; Date of Approval: 27/02/2020.

1. Lược sử hình thành và phát triển của vấn đề hai quốc tịch

Trước đây, các quốc gia không ủng hộ và thừa nhận vấn đề hai quốc tịch do muốn nắm quyền kiểm soát công dân mình và họ nhìn nhận vấn đề hai quốc tịch như một nguy cơ ảnh hưởng đến quan hệ song phương. Cho đến cuối thế kỷ 19, các quốc gia trên thế giới vẫn không thừa nhận vấn đề nhiều quốc tịch của một cá nhân, cũng như không thừa nhận quyền của công dân được phép từ bỏ quốc tịch. Thực trạng này xuất phát từ các chính sách, tư tưởng từ thời phong kiến về lòng trung thành của cá nhân đối với một quốc gia. Theo đó, một cá nhân có thể có nhiều quốc tịch, nhưng quốc gia chỉ thừa nhận quốc tịch của mình mà không

thừa nhận (các) quốc tịch khác của cá nhân này.

Thực trạng này từng bước được thay đổi để phù hợp hơn với tiến trình lịch sử trong thời kỳ hiện đại, khi hiện tượng di cư bắt đầu xuất hiện và từng bước trở thành vấn đề quốc tế được nhiều quốc gia quan tâm. Đặc biệt, trong bối cảnh quốc gia không muốn thừa nhận quốc tịch của người dân di cư, nhưng do nhu cầu cần bổ sung lực lượng cho quân đội (mà theo pháp luật quốc gia thì chỉ có công dân mới tham gia quân đội), nên đã buộc các quốc gia phải cân nhắc và điều chỉnh quan điểm về cách tiếp cận thừa nhận quốc tịch khác của công dân.

Sự thay đổi trong chủ trương, chính sách về vấn đề hai quốc tịch được đánh dấu từ Chiến

¹ Thạc sỹ, Phòng Hành chính, Tổng hợp và Đối ngoại, Học viện Tư pháp.



tranh năm 1812 khi những người nhập ngũ trong hải quân Mỹ được cho là mang quốc tịch Anh. Tiếp đến là cuộc kháng chiến nhằm lật đổ ách thống trị của Anh tại Ai-len năm 1867, khi những người lính Mỹ gốc Ai-len bị chính quyền Anh bắt vì tội phản quốc vì phía Anh thừa nhận họ là công dân Anh... Tại thời điểm này, các quốc gia cho rằng, vấn đề hai quốc tịch dẫn đến yêu cầu bảo hộ ngoại giao của cả hai quốc gia đối với người hai quốc tịch, nên đã khiến các quốc gia ngày càng phản đối và hạn chế việc công dân có nhiều quốc tịch. Cho đến giữa thế kỷ 20, hầu hết các quốc gia trên thế giới không thừa nhận vấn đề hai quốc tịch, trừ một vài trường hợp ngoại lệ.

Tại Hội nghị pháp luật của Hội quốc liên được tổ chức tại La Hay năm 1930, các quốc gia đã cố gắng đưa ra các quy định pháp luật quốc tế nhằm giải quyết vấn đề không quốc tịch và hai quốc tịch. Tuy nhiên, văn kiện này chỉ được 20 quốc gia tham gia. Đến cuối thế kỷ 20, vấn đề hai quốc tịch ngày càng được nhiều quốc gia chấp nhận và nội luật hóa (ví dụ: Luật Quốc tịch Anh năm 1948 và Luật Công dân Canada năm 1976 đã bỏ quy định cấm về việc có hai quốc tịch; bản án của Tòa án tối cao Mỹ trong vụ kiện giữa Afroyim và Rusk năm 1967 đã đưa ra kết luận không cho phép Chính phủ Mỹ tước quốc tịch một cách tùy tiện chỉ vì lý do công dân mình có hai quốc tịch). Còn tại châu Âu, trong bối cảnh tình trạng di cư ngày càng cao, các quốc gia châu Âu đã từng bước thay đổi chính sách về vấn đề hai quốc tịch để cho phép những người dân di cư có thể duy trì mối liên hệ với nước gốc - quốc gia có quốc tịch gốc của mình.

2. Trường hợp công dân có hai quốc tịch

Trên thực tế có thể phát sinh trường hợp công dân có hai (hay nhiều) quốc tịch vì những lý do sau đây:

- Trong trường hợp cha, mẹ có quốc tịch khác nhau hoặc là người có nhiều quốc tịch, thì con cái có thể có nhiều quốc tịch khi xác định quốc tịch theo nguyên tắc huyết thống (*jus sanguinis*). Khả năng trẻ em có hai quốc tịch được áp dụng đối với trẻ em sinh ra tại quốc gia đó hoặc sinh ra ở nước ngoài.

- Một số quốc gia như Canada, Mỹ và nhiều quốc gia châu Mỹ đều quy định trẻ em sinh ra

trên lãnh thổ nước mình đều có quyền có quốc tịch của quốc gia đó (nguyên tắc *jus soli*), trừ trường hợp là con em ngoại giao. Do đó, trẻ em trong trường hợp này có thể có hai quốc tịch theo nguyên tắc *jus soli* và *jus sanguinis*. (Ví dụ như một đứa trẻ có cha, mẹ là người Na Uy được sinh ra tại Mỹ thì theo luật Mỹ, đứa trẻ sẽ lập tức có hai quốc tịch Mỹ và Na Uy cho dù theo pháp luật Na Uy lại hạn chế hoặc cấm trường hợp có hai quốc tịch).

Chính vì sự khác biệt trong pháp luật về quốc tịch giữa các quốc gia đã dẫn đến thực trạng “nhập quốc tịch qua hình thức du lịch-sinh sản”. Tuy nhiên, để kiểm soát tình trạng “nhập quốc tịch qua hình thức du lịch-sinh sản”, nhiều quốc gia không áp dụng nguyên tắc này hoặc điều chỉnh theo hướng quy định bổ sung điều kiện nhập quốc tịch là phải có cha/mẹ mang quốc tịch nước sở tại hoặc cư trú tại nước sở tại trong nhiều năm (như tại Úc, Pháp, Đức, Ai-len, New Zealand, Nam Phi và Anh) – đây là sự kết hợp giữa hai nguyên tắc *jus sanguinis* và *jus soli*.

- Có thêm quốc tịch do kết hôn với người nước ngoài và pháp luật của quốc gia nơi người chồng/vợ cho phép nhập quốc tịch theo điều kiện kết hôn hoặc rút ngắn điều kiện về thời gian cho nhập quốc tịch nước đó. Pháp luật Iran cho phép được nhập quốc tịch luôn tại thời điểm lễ kết hôn (theo quy định tại Bộ luật dân sự của Iran, sửa đổi năm 1985).

- Trong trường hợp nhận con nuôi nước ngoài, trẻ em là con nuôi có thể có thêm quốc tịch khác của quốc gia mà cha mẹ nuôi là công dân.

- Do thay đổi chính sách, hoàn cảnh khách quan nên dẫn đến việc cho phép công dân có hai quốc tịch (ví dụ như việc phân định lại biên giới giữa hai nước).

- Tại một số quốc gia, pháp luật cho phép công dân nước ngoài được phép nhập quốc tịch quốc gia đó thông qua hình thức đầu tư vào quốc gia đó khi đáp ứng điều kiện đầu tư một khoản tài chính nhất định. Ví dụ như tại Áo, Cyprus, Grenada, Dominica, Malta... đều tạo điều kiện cho phép nhập quốc tịch khi thỏa mãn điều kiện về đầu tư tài chính tại quốc gia đó, thậm chí không nhất thiết yêu cầu người dân phải thường trú/tạm trú trong một khoảng thời gian nhất định trước khi nộp hồ sơ xin nhập quốc tịch. Tại khu

vực Châu Á, pháp luật Campuchia cũng cho phép được nhập quốc tịch thông qua hình thức đầu tư, tuy nhiên nhà đầu tư còn phải đáp ứng yêu cầu thông thạo tiếng Khmer.

- Ngoài ra, còn một số trường hợp ngoại lệ như được phép nhập quốc tịch do được bổ nhiệm giữ một chức vụ nhất định. Trong trường hợp tại Tòa thánh Vatican, Giáo hoàng là người có thẩm quyền cho phép nhập quốc tịch đối với các giáo sĩ, giáo dân sinh sống tại Tòa thánh Vatican.

3. Các vấn đề pháp lý liên quan đến hai quốc tịch và quyền công dân

Các quốc gia hiện nay vẫn có những quan ngại khác nhau đối với vấn đề hai quốc tịch, do đó, họ thường tập trung giải quyết ba vấn đề cơ bản là: i) cơ sở pháp lý quốc tế về tình trạng hai quốc tịch; ii) những hệ quả pháp lý của tình trạng hai quốc tịch; và iii) quyền xã hội - chính trị đối với người hai quốc tịch.

3.1. Cơ sở pháp lý quốc tế về tình trạng hai quốc tịch

Để giải quyết tình trạng hai hay nhiều quốc tịch, trước tiên các quốc gia quan tâm đến việc ký kết điều ước quốc tế (thường là đa phương) về vấn đề này. Các công ước quốc tế quan trọng có liên quan đến vấn đề hai quốc tịch là Công ước năm 1963 về giảm thiểu tình trạng nhiều quốc tịch và nghĩa vụ quân sự trong trường hợp nhiều quốc tịch (Công ước năm 1963) và Công ước châu Âu năm 1997 về quốc tịch (Công ước châu Âu năm 1997).

Công ước năm 1963 xác định mục tiêu cơ bản trong việc giải quyết các trường hợp nhiều quốc tịch và nỗ lực giảm thiểu các trường hợp nhiều quốc tịch, phù hợp với mục đích của Hội đồng châu Âu. Tuy nhiên, có rất ít quốc gia tham gia Công ước này, do Công ước không có ý nghĩa thực tế.

Công ước châu Âu năm 1997 lại quy định theo hướng thừa nhận hai quốc tịch. Nhưng Công ước cũng quy định việc từ bỏ quốc tịch gốc sẽ không được coi là điều kiện để xin nhập quốc tịch quốc gia châu Âu khác, nếu quốc gia gốc không chấp nhận việc từ bỏ quốc tịch (Điều 14-16).

Như vậy, xu hướng hiện nay của các nước châu Âu là ghi nhận trong các văn kiện pháp lý quốc tế việc thừa nhận vấn đề hai quốc tịch. Thực tế ngày càng có nhiều quốc gia sửa đổi pháp luật

theo hướng chấp nhận hai quốc tịch của người dân.

3.2. Các vấn đề pháp lý liên quan đến vấn đề hai quốc tịch ảnh hưởng đến việc thừa nhận/không thừa nhận của quốc gia

Hiện nay, các quốc gia vẫn còn có những chủ trương, chính sách khác nhau đối với vấn đề thừa nhận hay không thừa nhận hai quốc tịch. Theo đó, việc thừa nhận hay không thừa nhận hai quốc tịch của các quốc gia chịu sự tác động của một số vấn đề pháp lý nổi bật sau đây: nghĩa vụ quân sự, lựa chọn pháp luật áp dụng, khả năng bị đánh thuế hai lần và bảo hộ ngoại giao.

Về nghĩa vụ quân sự của người có hai quốc tịch

Đã từng có những quan ngại về vấn đề liệu một công dân có hai quốc tịch có phải thực hiện nghĩa vụ quân sự đối với cả hai quốc gia mà mình có quốc tịch hay không. Tuy nhiên, đến nay mỗi quan ngại này đã được giải tỏa. Một là, do bối cảnh lịch sử đã thay đổi từ chính sách huy động nhập ngũ bổ sung lực lượng phục vụ chiến tranh thì nay đã không còn chính sách này. Hai là, hiện nay trên thế giới các quốc gia đã ký kết, thông qua nhiều văn kiện song phương và đa phương giải quyết vấn đề này².

Vấn đề chọn luật áp dụng để giải quyết các quan hệ dân sự, hôn nhân gia đình có liên quan đến người hai quốc tịch

Theo Tư pháp quốc tế, quốc tịch được coi là một trong những cơ sở để lựa chọn luật áp dụng, đặc biệt trong trường hợp giải quyết các vụ việc về hôn nhân gia đình và thừa kế. Đây cũng là một trong những khó khăn không nhỏ cho các quốc gia do vấn đề người hai quốc tịch gây ra, đặc biệt trong trường hợp áp dụng nguyên tắc “luật quốc tịch” hay “luật nơi cư trú” để chọn luật áp dụng. Đối với người có hai hay nhiều quốc tịch, nguyên tắc quốc tịch hữu hiệu cũng thường được các quốc gia tính đến trong việc lựa chọn luật áp dụng.

Khả năng bị đánh thuế hai lần

Một quốc gia có quyền yêu cầu công dân của mình đóng thuế cho dù người này đang sinh sống trong nước hay ngoài nước. Bên cạnh đó, một cá nhân cũng phải thực hiện nghĩa vụ đóng thuế tại nơi mình có hoạt động kinh doanh, sản xuất. Những nguyên tắc áp dụng thuế nêu trên có thể dẫn đến hệ quả người hai quốc tịch có thể phải đóng thuế hai lần.



Thực tiễn cho thấy chỉ có một số quốc gia đánh thuế công dân của mình đối với các nguồn thu nhập toàn cầu. Nhiều quốc gia khác cũng đã và đang đàm phán, ký kết các thỏa thuận song phương và đa phương về việc tránh đánh thuế hai lần. Tuy nhiên, trong bối cảnh toàn cầu hóa và cuộc cách mạng công nghệ 4.0 đang diễn ra mạnh mẽ, các loại hình kinh doanh, đầu tư mới, xuyên quốc gia ngày càng trở nên đa dạng và đổi mới thì lại xuất hiện trường hợp người hai quốc tịch trốn thuế tại cả hai quốc gia, do cơ chế kiểm tra chéo về việc đóng thuế giữa các quốc gia còn hạn chế.

Vấn đề bảo hộ ngoại giao

Theo pháp luật quốc tế, bảo hộ ngoại giao là biện pháp một quốc gia tiến hành nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của công dân nước mình trước các cơ quan nhà nước có thẩm quyền của quốc gia nước sở tại. Đối với trường hợp người hai quốc tịch có thể làm phát sinh một số tranh luận liên quan đến việc một quốc gia can thiệp vào việc giải quyết vụ việc của công dân mình, nhưng có liên quan đến quốc gia khác mà người này cũng mang quốc tịch.

Để giải quyết mọi quan ngại này, năm 1955, Tòa án Công lý quốc tế lần đầu tiên đã đưa ra hướng dẫn yêu cầu một quốc gia cần phải chứng minh được yếu tố quốc tịch và mối liên kết thỏa đáng đối với một công dân². Thông thường mối liên kết ở đây được xác định là nơi công dân đó hiện đang cư trú.

Điều 4 Công ước năm 1963 quy định: Một quốc gia không được bảo hộ ngoại giao cho công dân nước mình tại quốc gia khác mà người này cũng mang quốc tịch và hiện đang cư trú. Thực tiễn gần đây cho thấy mối quan ngại này đã từng bước được giải quyết và không trở thành vấn đề nổi cộm trong đời sống cộng đồng quốc tế, trừ phi quan hệ chính trị giữa các quốc gia liên quan gặp vấn đề trở ngại (quốc gia này đòi bảo hộ ngoại giao với người vừa có quốc tịch của mình, vừa có quốc tịch của quốc gia kia).

3.3. Quyền xã hội – dân sự đối với người hai quốc tịch

Quyền bầu cử

Thông thường các quốc gia quy định công dân của mình sẽ có quyền bầu cử. Do đó, điều quan ngại ở đây là, người hai quốc tịch có quyền bầu cử ở cả hai quốc gia mà họ mang quốc tịch hay không (trên nguyên tắc bình đẳng “một công dân, một lá phiếu”). Tuy nhiên, thực tế lại có rất ít công dân cư trú ở hải ngoại tham gia cuộc bỏ phiếu trong nước. Bởi thông thường các quốc gia tổ chức bỏ phiếu tại các điểm bỏ phiếu trong nước hoặc chỉ bỏ phiếu tại cơ quan đại diện ngoại giao tại nước ngoài đối với phái đoàn ngoại giao của quốc gia đó.

Các quyền lợi, nghĩa vụ khác của người hai quốc tịch

- *Đảm bảo sự hòa nhập với cộng đồng xã hội:* Một số quốc gia đặt ra yêu cầu, điều kiện để nhập quốc tịch là phải có kiến thức, hiểu biết về xã hội, văn hóa, lịch sử, biết ngôn ngữ của quốc gia sở tại và coi đây là cơ sở để đảm bảo cá nhân có thể hòa nhập với cộng đồng, xã hội của quốc gia mà họ xin nhập quốc tịch.

- *Lòng trung thành đối với Tổ quốc – thử thách với người hai quốc tịch:* Đây là vấn đề được đặc biệt quan tâm trong thời kỳ chiến tranh. Khi đó, các quốc gia tham chiến cần bổ sung lực lượng quân đội, nên huy động công dân nước mình nhập ngũ. Đối với người hai quốc tịch thì đây rõ ràng là một thử thách lớn: yêu cầu lòng trung thành với một quốc gia sẽ bắt buộc người đó phải lựa chọn. Tuy nhiên, ngày nay, vấn đề này lại được quan tâm từ góc độ người hai quốc tịch có được tham gia và đời sống chính trị của đất nước, nắm giữ các vị trí nhất định hoặc làm việc tại các cơ quan Nhà nước hay không (như làm cán bộ, công chức...).

4. Vấn đề thừa nhận, không thừa nhận hai quốc tịch trên thế giới

Theo pháp luật quốc gia, quốc tịch được xác định theo hai nguyên tắc cơ bản: Nguyên tắc quốc tịch triệt để hoặc nguyên tắc quốc tịch hữu hiệu. Theo đó, trên thế giới hiện nay đang có ba nhóm quốc gia theo các quan điểm khác nhau về vấn đề hai quốc tịch: i) không thừa nhận hai quốc tịch; ii)

² Legomsky (2003:125 ff.) danh mục các thỏa thuận quốc tế về vấn đề công dân có hai quốc tịch có quyền được lựa chọn quốc gia nơi thực hiện nghĩa vụ quân sự, hoặc sẽ được miễn nghĩa vụ quân sự tại quốc gia họ đăng ký thường trú.

³ Tòa án Công lý Quốc tế, Bản án cho vụ Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) trong Báo cáo ICJ số 23 (1955), p. 20ff.

không thừa nhận hai quốc tịch, trừ trường hợp ngoại lệ nhất định; và iii) thừa nhận hai quốc tịch.

4.1. Không thừa nhận hai quốc tịch

Một số quốc gia trên thế giới có chính sách không ủng hộ việc có hai quốc tịch của công dân nước mình và áp dụng nguyên tắc một quốc tịch triệt để. Tuy nhiên, do khó có thể kiểm soát được công dân có quốc tịch nước khác tại các quốc gia thừa nhận hai quốc tịch, nên các quốc gia đã đưa ra các quy định nhằm đảm bảo tối đa nguyên tắc một quốc tịch (ví dụ, yêu cầu phải từ bỏ quốc tịch gốc để có thể được nhập quốc tịch quốc gia đó).

Các quốc gia có thể tiến hành nhiều biện pháp để bảo đảm nguyên tắc một quốc tịch triệt để, như:

- Quy định việc tự động mất quốc tịch nếu tự nguyện xin nhập quốc tịch quốc gia khác (Áo, Đức, Azerbaijan, Thụy Điển, Trung Quốc⁴ (trừ Hồng Kông, Ma Cao), Ấn Độ, Indonesia, Thái Lan, Kazakhstan, Nepal, Hà Lan, Na Uy, Singapore).

- Có thể không tự động mất quốc tịch khi tự nguyện xin nhập quốc tịch quốc gia khác, nhưng phải làm thủ tục từ bỏ (Nam Phi).

- Có thể không tự động mất quốc tịch nếu người có hai quốc tịch không tiến hành thủ tục từ bỏ quốc tịch khi đến tuổi trưởng thành, hoặc trong một khoảng thời gian nhất định công dân có nhiều quốc tịch phải đưa ra lựa chọn quốc tịch (Nhật Bản⁵, Montenegro, Hàn Quốc...).

- Từ chối nhập quốc tịch cho trẻ em khi sinh ra với lý do trẻ tự động được nhập quốc tịch khác vào thời điểm sinh ra.

- Yêu cầu người xin nhập quốc tịch phải tiến hành thủ tục xin thôi quốc tịch như một điều kiện để được nhập quốc tịch.

4.2. Không thừa nhận hai quốc tịch, trừ trường hợp ngoại lệ nhất định

Nhóm các quốc gia này không chính thức ghi nhận nguyên tắc một quốc tịch trong pháp luật quốc gia, cũng như không có biện pháp bảo đảm

một quốc tịch, nhưng lại có các quy định hạn chế tình trạng công dân có quốc tịch nước ngoài, trừ trường hợp ngoại lệ do luật quy định.

Ví dụ, Luật quốc tịch Việt Nam năm 2008 quy định công dân Việt Nam là người có một quốc tịch Việt Nam, trừ trường hợp đặc biệt được Chủ tịch nước cho phép (Khoản 3 Điều 19). Luật Nhập cư và quốc tịch Hoa Kỳ cũng không bắt buộc cá nhân nhập quốc tịch Hoa Kỳ phải từ bỏ quốc tịch cũ của mình. Tuy nhiên, công dân Hoa Kỳ có thể mất quốc tịch Hoa Kỳ nếu tự nguyện nhập quốc tịch nước ngoài (Điều 349).

4.3. Thừa nhận hai quốc tịch

Nhóm các quốc gia này chính thức thừa nhận hai quốc tịch trong pháp luật quốc gia (như Latvia⁶, Hungary⁷, Slovenia⁸...).

Tuy nhiên, một số quốc gia thừa nhận hai quốc tịch nhưng hạn chế một số quyền nhất định như:

- Tại Ai Cập, công dân hai quốc tịch không được quyền bổ nhiệm vào Nghị viện.

- Tại Armenia, công dân hai quốc tịch không có quyền tham gia bầu cử hoặc bổ nhiệm vào Nghị viện.

- Tại Israel, thành viên Nghị viện bắt buộc phải xin thôi quốc tịch khác trước khi nhậm chức.

- Tại Úc, công dân hai quốc tịch không được bổ nhiệm vào Nghị viện Liên bang. Do đó, trong năm 2017 và 2018, Nghị viện Liên bang đã xảy ra 15 trường hợp phát hiện ra các nghị sĩ có hai quốc tịch và không đủ điều kiện để giữ chức vụ của mình (cho dù cả trường hợp bản thân nghị sĩ không biết về việc này).

- Tại New Zealand, công dân hai quốc tịch có thể được bổ nhiệm vào Nghị viện. Nhưng các nghị sĩ khi đã được bổ nhiệm lại không có quyền xin nhập quốc tịch của quốc gia khác hoặc thực hiện quyền của công dân nước ngoài trên lãnh thổ New Zealand (như sử dụng hộ chiếu nước ngoài).

- Tại Phillipine, công dân hai quốc tịch không được tham gia tranh cử.

⁴ Luật Quốc tịch Trung Quốc năm 1980 quy định: “Nước Cộng hòa nhân dân Trung Hoa không công nhận việc công dân Trung Quốc mang hai quốc tịch” (Điều 3); người được nhập quốc tịch Trung Quốc không được giữ quốc tịch nước ngoài của họ (Điều 8); công dân Trung Quốc đã định cư ở nước ngoài sẽ đương nhiên mất quốc tịch Trung Quốc nếu gia nhập quốc tịch nước ngoài (Điều 9); và những người đã được trở lại quốc tịch Trung Quốc thì không được giữ quốc tịch nước ngoài (Điều 13).

⁵ Luật Quốc tịch Nhật Bản quy định: Người có quốc tịch Nhật Bản đồng thời có quốc tịch nước ngoài phải chọn một trong hai quốc tịch trước khi đủ 22 tuổi (Điều 14); người đã tuyên bố chọn quốc tịch Nhật Bản phải có nghĩa vụ nỗ lực từ bỏ quốc tịch nước ngoài của mình (Điều 16).



5. Kết luận

Vấn đề hai hay nhiều quốc tịch ngày càng trở thành vấn đề phổ biến trong đời sống pháp lý quốc tế và các quốc gia đang có xu hướng từng bước thừa nhận vấn đề hai quốc tịch. Tùy thuộc vào lợi ích quốc gia, quan điểm, chính sách bảo hộ công dân, khả năng hội nhập và thái độ đối với kiều dân mà quốc gia sẽ cởi mở, nới lỏng hoặc hạn chế hơn đối với vấn đề hai quốc tịch. Điều quan trọng nhất là phải cùng nhau hợp tác để giải quyết tốt những hệ quả pháp lý phát sinh từ tình trạng hai quốc tịch.

Thực tiễn hiện nay vẫn tồn tại một số vấn đề pháp lý nổi cộm ảnh hưởng đến việc thừa nhận hay không thừa nhận hai quốc tịch của các quốc gia, như: quyền bầu cử kép của công dân có hai quốc tịch tại hai quốc gia liên quan; tình trạng xung đột pháp luật giữa các quốc gia về vấn đề nghĩa vụ đóng thuế kép, các quyền liên quan đến hôn nhân và gia đình, nghĩa vụ quân sự, vấn đề thừa kế của người hai quốc tịch; lòng trung thành của công dân đối với quốc gia mà người đó mang quốc tịch; và việc thừa nhận hai quốc tịch với khả năng hòa nhập cộng đồng, xã hội của cá nhân đó.

Hiện nay, Việt Nam đang có khoảng 4,5 triệu người Việt Nam ở nước ngoài⁶. Theo đại diện của Cục Lãnh sự, Bộ Ngoại giao, qua khảo sát của các cơ quan đại diện ngoại giao Việt Nam năm 2017, phần lớn cộng đồng người Việt Nam ở nước ngoài mong muốn được nhập quốc tịch của nước sở tại và vẫn giữ quốc tịch Việt Nam để tiện về thăm thân tại quê nhà (với số lượng gần 720 nghìn người Việt Nam tại 48 quốc gia). Chính vì vậy, vấn đề hai quốc tịch cũng đã được nghiên cứu, thảo luận trong quá trình xây dựng, hoàn thiện nghị định, thông tư về quốc tịch. Tuy nhiên, Việt Nam vẫn chưa có chính sách thừa nhận vấn đề hai quốc tịch, mà khẳng định nguyên tắc “một quốc tịch” xuyên suốt quá trình xây dựng và

triển khai pháp luật về quốc tịch và chấp nhận một số ngoại lệ nhất định trong trường hợp được Chủ tịch nước cho phép.

Trên cơ sở nghiên cứu cân nhắc thực trạng quốc tế, các nhà hoạch định chính sách và xây dựng pháp luật được khuyến khích là nên có cách tiếp cận cởi mở theo hướng thừa nhận và giải quyết vấn đề hai quốc tịch. Việc thừa nhận hai quốc tịch cũng sẽ góp phần bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của công dân được tốt hơn, tránh trường hợp công dân bị kẹt giữa các “khoảng trống” hoặc “xung đột” pháp luật giữa các quốc gia có liên quan, phù hợp với xu hướng toàn cầu hóa và thế giới phẳng mà tại đây các mối liên kết gắn bó lợi ích ngày càng được thắt chặt và phụ thuộc lẫn nhau./

TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Báo cáo tóm tắt vấn đề nhập và mất quốc tịch tại các quốc gia thành viên EU của Ban nghiên cứu Nghị viện Châu Âu (EPRS) (Báo cáo PE 625.1165 tháng 7/2018).
2. Cơ sở dữ liệu về vấn đề hai quốc tịch trên thế giới của MACIMIDE, Đại học Maastricht, năm 2016.
3. Viện nghiên cứu chính sách di cư, *Vấn đề hai quốc tịch trong thời đại linh hoạt hiện nay*, Hội đồng nghiên cứu di cư khu vực xuyên Đại Tây Dương, năm 2008.
4. Cơ quan giám sát vấn đề quốc tịch toàn cầu (GLOBALCIT) <http://globalcit.eu/>
5. David A.J.G. de Groot, Xu hướng di cư tự do của các công dân hai quốc tịch tại EU, Tài liệu châu Âu, Tập 3 năm 2018 - ISSN 2499-8249 - doi: 10.15166/2499-8249/238 (http://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_eJ_2018_3_forthcoming_Article_David_de%20Groot.pdf)
6. Rainer Bauböck, Tranh luận về việc hoàn thiện pháp luật quốc gia về quốc tịch, Nghiên cứu của IMISCOE năm 2018, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-319-92719-0.pdf>

⁶ Điều 9 Luật Quốc tịch Latvia quy định: Việc mang hai quốc tịch không làm ảnh hưởng tới một cá nhân khi người này đã được công nhận là công dân Latvia. Nếu công dân Latvia đồng thời mang quốc tịch nước ngoài thì trong mối quan hệ pháp lý với Cộng hòa Latvia, họ sẽ được coi là công dân Latvia.

⁷ Khoản 2 Điều 2 Luật Quốc tịch Hungary cũng quy định tương tự.

⁸ Điều 2 Luật Quốc tịch Slovenia cũng quy định tương tự.

⁹ <http://baophapluat.vn/tu-van-365/nguyen-tac-1-quoc-tich-em-deo-giup-nguoi-dan-huong-loi-368495.html>.











Hiện nay Việt Nam đã ký kết và đưa vào thực hiện 12 hiệp định thương mại tự do (“FTA”)², 4 hiệp định khác đang trong vòng đàm phán hoặc mới ký kết và đang chờ phê chuẩn, bao gồm (1) Hiệp định Đối tác Kinh tế Toàn diện Khu vực (RCEP) giữa ASEAN và 6 đối tác đã có FTA với ASEAN là Trung Quốc, Hàn Quốc, Nhật Bản, Ấn Độ, Australia và New Zealand; (2) Hiệp định thương mại tự do (FTA) giữa Việt Nam và Khối EFTA (bao gồm 4 nước Thụy Sĩ, Na Uy, Iceland, Liechtenstein); (3) Hiệp định thương mại tự do (FTA) giữa Việt Nam và Israel; (4) mới đây nhất là Hiệp định thương mại tự do Việt Nam – EU đã được ký kết ngày 30 tháng 6 vừa qua. Cơ sở pháp lý để ký kết các Hiệp định thương mại tự do là các quy định của WTO, ví dụ các quy định của WTO về FTA xuất hiện trong Điều XXIV GATT áp dụng với thương mại hàng hoá; Điều khoản cho phép năm 1979 áp dụng cho các thỏa thuận khu vực liên quan đến các nước đang phát triển; Điều V và Điều Vbis GATS áp dụng với thương mại dịch vụ, Điều 23 DSU cũng đưa ra các giới hạn về việc sử dụng các điều khoản của hiệp định này đối với các tranh chấp trong phạm vi FTA. Về mặt pháp lý, các FTA và các hiệp định của WTO có thể củng cố lẫn nhau, với điều kiện các FTA được thiết kế tốt và được thực thi theo cách bổ sung cho tự do hóa thương mại toàn cầu. Để đạt được mục tiêu này, cần hoàn thiện những quy định chung về FTA trong luật WTO.

Nội dung chính và cũng là động lực chính để các nước đang phát triển như Việt Nam đàm phán nhằm ký kết FTA với các nước phát triển là khả năng được hưởng các ưu đãi, miễn trừ thuế nhằm nâng cao khả năng tiếp cận thị trường các nước phát triển và đa dạng hóa cơ cấu hàng xuất khẩu. Rất nhiều mặt hàng xuất khẩu của Việt Nam được hưởng mức thuế 0% khi xuất khẩu sang các nước thành viên hiệp định. Chính vì vậy các FTA đã góp phần rất lớn trong việc giúp nâng cao kim ngạch xuất khẩu của Việt Nam. Đặc biệt gần đây nổi bật lên những FTA thế hệ mới mà Việt Nam là thành viên tham gia. Thuật ngữ “Hiệp định Thương mại tự do (FTA) thế hệ mới” được sử dụng để chỉ các FTA có những cam kết sâu rộng

và toàn diện, bao hàm cam kết về tự do thương mại hàng hóa và dịch vụ như các “FTA truyền thống” nhưng mức độ cam kết sâu nhất (cắt giảm thuế gần như về 0% theo lộ trình); có cơ chế thực thi chặt chẽ, bao hàm cả những lĩnh vực được coi là “phi truyền thống” như: lao động, môi trường, doanh nghiệp (DN) nhà nước, mua sắm chính phủ, sở hữu trí tuệ, chính sách cạnh tranh, minh bạch hóa, cơ chế giải quyết tranh chấp về đầu tư... Khu vực ảnh hưởng nhiều nhất trong nền kinh tế Việt Nam khi tham gia và các FTA là ngành hàng nông sản mà đối tượng điều chỉnh trực tiếp là các doanh nghiệp sản xuất nông sản.

Ngành sản xuất, chế biến và xuất khẩu các mặt hàng nông nghiệp là một trong những trọng tâm của các hiệp định này. Ngành nông nghiệp có đặc thù rất khó thương lượng trong các hiệp định bởi bất cứ sự thay đổi nào ảnh hưởng tới chính sách nông nghiệp cũng có thể gây ra ảnh hưởng to lớn đến các vấn đề khác như việc làm, xóa đói giảm nghèo và phát triển vùng nông thôn. Chính vì vậy, các nước đều có xu hướng bảo hộ cho các sản phẩm nông nghiệp. Tất cả các hiệp định thương mại Việt Nam ký kết đều có những yêu cầu rất nghiêm ngặt về chất lượng đối với mặt hàng nông nghiệp xuất nhập khẩu giữa các nước. Tuy xuất khẩu nông sản của Việt Nam phần lớn được hưởng mức thuế 0% nhưng đã và đang gặp phải các chính sách hết sức khó khăn từ các nước nhập khẩu tham gia vào hiệp định thương mại tự do. Các nước có nhiều phản ứng khác nhau đối với việc xuất nhập khẩu các mặt hàng nông sản, các phản ứng này đến lượt nó sẽ được thể hiện bởi các biện pháp mà các nước đưa ra để bảo vệ thị trường nông sản trong nước và kiểm soát chất lượng sản phẩm nhập khẩu, không chỉ về mặt tiêu chuẩn kỹ thuật mà còn bao gồm các tiêu chuẩn về xã hội. Các biện pháp này bao gồm các biện pháp phi thuế quan, các biện pháp phòng vệ và các biện pháp bảo hộ khác. Khi thực hiện đưa các sắc thuế xuất nhập khẩu xuống còn là 0%, các nước đều có một lộ trình về mặt thời gian để đưa ra các quy định bắt buộc đối với việc xuất nhập khẩu của các nước thành viên. Dưới đây là các biện pháp các nước thành viên có thể áp dụng

đối với các doanh nghiệp sản xuất nông sản của Việt Nam và các biện pháp bảo vệ mà các doanh nghiệp Việt Nam cần nắm vững để tự bảo vệ và xây dựng định hướng phát triển cho chính mình.

1. Các biện pháp phi thuế quan

Thuế quan hóa là việc chuyển các biện pháp hạn chế nhập khẩu phi thuế quan (ví dụ hạn ngạch nhập khẩu, giấy phép nhập khẩu...) thành thuế quan. Đây là nguyên tắc quan trọng trong WTO bởi thuế quan là biện pháp minh bạch, ổn định và dễ dự đoán hơn nhiều so với các biện pháp phi thuế quan.

Theo quy định của các hiệp định trên, hầu hết các biện pháp phi thuế quan đối với hàng phi nông nghiệp bị buộc phải chấm dứt. Tuy nhiên, đối với hàng nông sản, các biện pháp phi thuế mà các nước thành viên hiệp định trước đó đang áp dụng vẫn được thừa nhận giá trị nhưng bị buộc phải quy đổi thành một giá trị cụ thể (tiền) và chuyển hoá thành thuế suất bổ sung vào mức thuế quan đang áp dụng; sau đó mỗi nước thành viên phải đàm phán và cam kết thuế ở một mức nhất định và đảm bảo rằng trong tương lai không được tăng thuế cao hơn mức cam kết đó. Trường hợp muốn tăng thuế cao hơn mức cam kết thì nước đó phải đàm phán lại và thông thường phải “đền bù” cho các nước liên quan do việc tăng thuế này. Như vậy, để hạn chế các biện pháp phi thuế quan các nước có thể sẽ tăng mức thuế nào đó để kiểm soát hoặc hạn chế nhập khẩu. Các sắc thuế này nhiều khi không phải là thuế trực tiếp đối với việc xuất nhập khẩu nhưng lại đánh vào người nhập khẩu, người tiêu dùng. Một ví dụ điển hình là trường hợp Trung quốc đã tăng thuế giá trị gia tăng đối với các nhà nhập khẩu và yêu cầu chất lượng hàng cao hơn so với trước đây³.

Ví dụ: Một hàng điều xuất khẩu sang Trung Quốc mới đây đã gặp phải 3 chương ngại:

Thứ nhất, về thuế nhập khẩu, theo Hiệp định thương mại tự do ASEAN – Trung Quốc, phần lớn nông sản (trong đó có hạt điều) xuất khẩu sang Trung Quốc được hưởng thuế ưu đãi 0%. Nhưng thực tế là hạt điều Việt Nam không được

hưởng lợi khi nước này tăng thuế GTGT đánh vào các nhà nhập khẩu lên 17% nên thực chất là thuế tăng chứ không giảm. Do đó, nhà nhập khẩu điều Trung Quốc buộc phải tính toán lại giá mua điều từ Việt Nam để cân đối lợi nhuận.

Thứ hai, trước đây Việt Nam xuất khẩu được nhiều điều cấp thấp sang Trung Quốc và xem đây là một lợi thế do bán được nhiều chủng loại nhưng vài tháng gần đây Trung Quốc từ chối nhập khẩu dòng hàng này. Như vậy, dòng sản phẩm cấp thấp mất thị trường quan trọng.

Thứ ba, Trung Quốc vừa đưa ra lộ trình về việc kiểm soát nguồn gốc tất cả nông sản nhập khẩu từ Việt Nam. Với ngành điều, nếu sử dụng nguyên liệu từ châu Phi (đang chiếm tỉ lệ cao) sẽ không còn hưởng ưu đãi bởi quy định 70% hàm lượng giá trị gia tăng phải được thực hiện tại Việt Nam. Đây là 3 đòn chí mạng mà ngành điều đang gặp phải tại thị trường Trung Quốc.

Biện pháp bảo vệ doanh nghiệp Việt Nam: Hiện tại, chỉ còn rất ít các biện pháp phi thuế quan được phép áp dụng ở các nước thành viên hiệp định với những điều kiện cụ thể; do đó nếu bị áp dụng biện pháp phi thuế quan, doanh nghiệp cần tìm hiểu kỹ quy định để có thể khiếu nại, khiếu kiện tại nước nhập khẩu hoặc thông qua Chính phủ khiếu kiện hoặc các cơ chế giải quyết tranh chấp khác được đề cập đến tại các hiệp định thương mại để bảo vệ lợi ích chính đáng của mình. Tuy nhiên việc bảo vệ chỉ thực hiện được nếu các biện pháp đưa ra là đối tượng của các thỏa thuận. Nếu các biện pháp này đánh gián tiếp vào người sử dụng trong nước của họ thì việc chúng ta can thiệp là rất khó khăn.

2. Tăng thuế quan có điều kiện hoặc giảm dần thuế quan theo lộ trình

Biện pháp này chỉ áp dụng đối với các nước đang phát triển và chậm phát triển. Trong trường hợp để bảo vệ các doanh nghiệp trong nước, các Hiệp định cho phép một số nước được tăng thuế đối với một số mặt hàng nhập khẩu hoặc giảm dần thuế quan theo lộ trình. Tuy nhiên việc tăng hay giảm phải được công bố rõ ràng, công khai

³ <https://vietnambiz.vn/nganh-dieu-lai-kho-voi-thi-truong-trung-quoc-59604.html>



và có lộ trình, trong một thời gian nhất định. Việt Nam là nước đang phát triển nên được sử dụng biện pháp này để bảo vệ các doanh nghiệp trong nước. Điều này đồng nghĩa với thị trường nông sản trong nước sẽ được mở cửa theo cam kết nhưng là mở dần dần. Doanh nghiệp Việt Nam hoạt động trong lĩnh vực này sẽ có thời gian để chuẩn bị và điều chỉnh dần khả năng cạnh tranh của mình.

Biện pháp bảo vệ doanh nghiệp Việt Nam: Để bảo vệ các doanh nghiệp trong nước trước việc nhập khẩu các mặt hàng cùng loại từ các nước thành viên, các doanh nghiệp Việt Nam cần nghiên cứu kỹ và đề nghị Chính phủ duy trì mức thuế nhất định đối với các mặt hàng này và đưa các mức thuế xuống dần theo lộ trình thay vì đưa xuống không ngay lập tức để các doanh nghiệp trong nước có thời gian chuẩn bị. Ví dụ các biện pháp bảo vệ này có thể áp dụng trong việc nhập khẩu mặt hàng thịt và gia cầm để bảo vệ các doanh nghiệp trong nước.

3. Các biện pháp tự vệ đặc biệt

Trong các Hiệp định thương mại, các nước thành viên được phép sử dụng các biện pháp tự vệ (tăng thuế, áp dụng lại chế độ hạn ngạch, duy trì cơ chế giấy phép nhập khẩu...) để đối phó lại với tình trạng nhập khẩu ồ ạt gây thiệt hại nghiêm trọng cho ngành sản xuất trong nước. Trong Hiệp định Thương mại tự do, các nước sẽ liệt kê những mặt hàng nhất định được phép bảo hộ bằng các biện pháp tự vệ đặc biệt (Special safeguard measures), gọi tắt là **SSG**. Những loại nông sản là đối tượng của các biện pháp tự vệ đặc biệt này là những loại được đánh dấu bằng chữ “SSG” trong Biểu cam kết của từng nước và là kết quả của sự đàm phán, thoả thuận của các thành viên Hiệp định.

Biện pháp bảo vệ doanh nghiệp Việt Nam: Các doanh nghiệp khi xuất hàng nông sản cần chú ý các quy định về SSG của từng thị trường. Nếu hàng của doanh nghiệp thuộc nhóm có thể áp dụng SSG thì cần rất thận trọng khi tăng lượng xuất khẩu bởi khả năng bị áp dụng biện pháp tự vệ, tức là bị áp thuế bổ sung ngoài thuế quan đã ấn định trước, sẽ cao hơn nhiều so với

các hàng hoá khác (vì điều kiện để áp dụng biện pháp tự vệ đối với các trường hợp hàng hóa SSG dễ dàng hơn nhiều).

4. Các biện pháp bảo hộ đối với hàng nông sản

Các nước được quyền đưa ra các biện pháp gọi là “biện pháp bảo hộ” đối với hàng nông sản. Mỗi nước đều có những nhu cầu đặc thù liên quan đến việc bảo hộ nông sản, nhóm mặt hàng được xem là nhạy cảm. Tuy nhiên, việc đưa ra các biện pháp khác nhau đối với thương mại hàng nông sản không được phép tùy tiện. Cụ thể, theo các Hiệp định thương mại trên thị ngoại các vấn đề thương mại, các quốc gia chỉ có thể đưa ra các biện pháp bảo hộ nông sản dựa trên các lý do nhất định, bao gồm:

- Những vấn đề không liên quan đến thương mại (ví dụ như vấn đề an ninh lương thực quốc gia);
- Bảo vệ môi trường;
- Các hình thức đối xử đặc biệt và khác biệt đối với các nước đang phát triển;
- Những tác động có thể xảy ra khi thực hiện chương trình cải cách mở cửa thị trường nông sản theo quy định tại hiệp định (đối với các nước chậm phát triển và nước thuần túy nhập khẩu lương thực).

Trên thực tế, các căn cứ này là rất rộng và như vậy nước nhập khẩu nông sản có tương đối nhiều cơ hội để ban hành những quy định không đi theo các nguyên tắc mở cửa thị trường nói chung. Hệ quả là chính sách về nông sản của các nước có thể có các ngoại lệ nhất định (thường là bất lợi cho hàng nhập khẩu) mà doanh nghiệp Việt Nam khi xuất khẩu cần dự tính trước để xử lý kịp thời nếu gặp phải.

Ngược lại, đứng từ góc độ sản xuất trong nước, doanh nghiệp nông sản cần quan tâm đến nội dung này để có thể yêu cầu Chính phủ có biện pháp bảo hộ hợp lý trước hàng nông sản nước ngoài nhập khẩu vào Việt Nam mà vẫn tuân thủ các quy định của các Hiệp định.

5. Trợ cấp trong nông nghiệp

Các biện pháp trợ cấp thường là nguyên nhân dẫn tới sự bóp méo thương mại, khiến cạnh tranh

không bình đẳng và không lành mạnh (đặc biệt giữa hàng nhập khẩu và hàng nội địa). Đối với nông sản, do đàm phán mở cửa thị trường trong lĩnh vực này khá hạn chế, các hình thức trợ cấp được phép còn rất đa dạng (về phạm vi) và lớn (về mức độ) so với trợ cấp đối với hàng phi nông nghiệp. Các Hiệp định Thương mại có quy định chi tiết về các loại trợ cấp và điều kiện trợ cấp trong nông nghiệp.

Trợ cấp nông nghiệp được chia thành 2 nhóm: 1) Nhóm các chính sách hỗ trợ trong nước; 2) Nhóm các chính sách trợ cấp xuất khẩu nông sản. Căn cứ để phân biệt hai loại chính sách này là mục đích sử dụng của hỗ trợ đó. Nếu hỗ trợ nhằm mục đích thúc đẩy xuất khẩu, gắn với tiêu chí xuất khẩu (ví dụ tỷ lệ xuất khẩu bắt buộc...) thì gọi là trợ cấp xuất khẩu. Những hỗ trợ chung cho nông nghiệp, cho các sản phẩm cụ thể hoặc một số vùng nông nghiệp nhất định mà không tính đến yếu tố xuất khẩu được gọi là hỗ trợ trong nước. Cơ chế áp dụng cho mỗi nhóm trợ cấp không giống nhau, vì vậy việc xác định một hình thức trợ cấp thuộc nhóm nào là rất quan trọng. Trong các Hiệp định Thương mại, có 3 loại trợ cấp với quy chế áp dụng khác nhau:

- Trợ cấp bị cấm (Trợ cấp đèn đỏ) bao gồm: 1) Trợ cấp xuất khẩu (trợ cấp căn cứ vào kết quả xuất khẩu, ví dụ thưởng xuất khẩu, trợ cấp nguyên liệu đầu vào để xuất khẩu, miễn thuế/giảm thuế cao hơn mức mà sản phẩm tương tự bán trong nước được hưởng, ưu đãi bảo hiểm xuất khẩu, ưu đãi tín dụng xuất khẩu...); 2) Trợ cấp nhằm ưu tiên sử dụng hàng nội địa so với hàng nhập khẩu. Đây là những hình thức trợ cấp mà hiện tất cả các thành viên của các hiệp định thương mại tự do đều bị cấm áp dụng.

- Trợ cấp không bị cấm/khiếu kiện (Trợ cấp đèn xanh), bao gồm: 1) Trợ cấp không cá biệt: Tức là các loại trợ cấp không hướng tới một (một nhóm) doanh nghiệp/ngành/khu vực địa lý nào. Tiêu chí để hưởng trợ cấp là khách quan; 2) Các trợ cấp sau (dù cá biệt hay không cá biệt): Trợ cấp cho hoạt động nghiên cứu do các công ty, tổ chức nghiên cứu tiến hành (với một số điều kiện về loại trợ cấp và mức trợ cấp cụ thể); Trợ cấp

cho các khu vực khó khăn (với các tiêu chí xác định cụ thể về mức thu nhập bình quân hoặc tỷ lệ thất nghiệp); Trợ cấp để hỗ trợ điều chỉnh các điều kiện sản xuất cho phù hợp với môi trường kinh doanh mới. Các nước thành viên có thể áp dụng các hình thức này mà không bị thành viên khác khiếu kiện (tức là loại trợ cấp được phép vô điều kiện).

- Trợ cấp không bị cấm nhưng có thể bị khiếu kiện (Trợ cấp đèn vàng) bao gồm tất cả các loại trợ cấp có tính cá biệt (trừ các loại trợ cấp đèn xanh). Các nước thành viên có thể áp dụng các hình thức trợ cấp này nhưng nếu gây thiệt hại cho nước thành viên khác hoặc ngành sản xuất sản phẩm tương tự của nước thành viên khác thì có thể bị kiện.

- Trợ cấp “hộp xanh lơ” Hỗ trợ trực tiếp trong khuôn khổ các chương trình hạn chế sản xuất. Đây là các hình thức trợ cấp mà hầu như chỉ các nước đã phát triển áp dụng

- Trợ cấp “hộp hổ phách” Các loại trợ cấp nội địa không thuộc hộp xanh lá cây và xanh lơ, các nước thành viên được phép áp dụng trong mức nhất định (gọi là “Mức tối thiểu”). Nhóm trợ cấp này trong chương trình “hỗ trợ phát triển sản xuất”, ví dụ trợ cấp đầu tư; hỗ trợ “đầu vào” cho sản xuất nông nghiệp của nông dân nghèo hoặc các vùng khó khăn; hoặc hỗ trợ các vùng chuyển đổi cây thuốc phiện. Đây là sự ưu đãi đặc biệt và khác biệt dành cho các nước đang phát triển.

Biện pháp bảo vệ doanh nghiệp: Các quy định về trợ cấp nông nghiệp khá phức tạp, với những điều kiện chi tiết mà mỗi nước cần tính toán để tận dụng hỗ trợ cho nông dân và doanh nghiệp nông nghiệp của mình mà không vi phạm các quy định của Hiệp định. Doanh nghiệp cần đặc biệt chú ý đến các biện pháp hỗ trợ được phép để chủ động đề xuất với Chính phủ nếu có điều kiện và yêu cầu Chính phủ can thiệp nếu phát hiện đối thủ nước ngoài cạnh tranh không lành mạnh do được trợ cấp trái phép.

6. Rào cản kỹ thuật

Hầu hết các đối tác trong các FTA là thị trường có mức thu nhập cao, cũng là thị trường có chính sách bảo vệ người tiêu dùng chặt chẽ



với những rào cản về kỹ thuật cho sản phẩm nhập khẩu rất lớn. Đặc biệt mỗi thị trường lại có các quy tắc riêng nên việc đáp ứng hết các quy tắc này là điều rất khó khăn cho các doanh nghiệp. Các rào cản kỹ thuật phổ biến bao gồm các quy định về sở hữu trí tuệ, lao động, môi trường được đưa ra để kiểm soát và bắt buộc các nước xuất khẩu phải thực hiện theo các quy định này.

Về sở hữu trí tuệ: Trong khi Việt Nam còn khá thờ ơ với vấn đề sở hữu trí tuệ, thì đây lại là yêu cầu đặt lên hàng đầu từ các thị trường như EU, Mỹ, Nhật Bản. Thậm chí, đòi hỏi về bảo hộ sở hữu trí tuệ của nhà đầu tư EU còn cao hơn đòi hỏi về quyền sở hữu trí tuệ trong WTO.

Về sử dụng lao động: Hiện nay các nước thành viên nhập khẩu đưa ra các tiêu chuẩn lao động chuẩn mực để buộc các doanh nghiệp của các nước thành viên phải tuân thủ. Các tiêu chuẩn này được tuân thủ theo quy định của Tổ chức lao động quốc tế ILO, ví dụ các doanh nghiệp phải bảo đảm một chế độ đối xử đối với người lao động như được nghỉ đầy đủ các ngày lễ, được hưởng mức lương tối thiểu, được tham gia vào các Hiệp hội, không sử dụng lao động trẻ em... Dù có nhiều nỗ lực nhưng tại các doanh nghiệp Việt Nam vẫn tồn tại vướng mắc khi áp dụng các tiêu chuẩn lao động. Những vướng mắc phổ biến liên quan đến việc người lao động làm thêm quá số giờ quy định; quy định về nghỉ tuần, nghỉ lễ; môi trường làm việc, vệ sinh an toàn lao động; quyền tham gia bảo hiểm xã hội, bảo hiểm y tế đầy đủ, quyền được hỗ trợ của lao động nữ nơi làm việc và nuôi con nhỏ... Nếu không giải quyết, vấn đề này, có thể là một rào cản lớn đối với hàng xuất khẩu của Việt Nam.

Về bảo vệ môi trường: Đến nay, Việt Nam chưa có kinh nghiệm trong vấn đề thực hiện các nghĩa vụ về môi trường trong khuôn khổ các ràng buộc và điều chỉnh thương mại. Đồng thời, nguồn lực dành cho hoạt động bảo vệ môi trường còn hạn chế, ý thức và năng lực của cán bộ quản lý cũng như người dân chưa cao ảnh hưởng đến

việc thực thi một cách nghiêm túc các nghĩa vụ liên quan đến môi trường. Thực trạng này đặt ra những thách thức không nhỏ cho Việt Nam do những yêu cầu từ các thị trường FTA cho xuất khẩu Việt Nam trong thực hiện các trách nhiệm về bảo vệ môi trường.

Bên cạnh những quy định về xuất xứ, lao động và môi trường, thâm nhập vào các thị trường đối tác FTA vẫn còn khó khăn từ các hàng rào phi thuế quan về kỹ thuật và vệ sinh an toàn thực phẩm. Ví dụ điển hình là mặt hàng nông sản, dù các FTA có ưu đãi với những quy định SPS (biện pháp vệ sinh và kiểm dịch động thực vật) linh hoạt nhưng đa số ngành hàng nông sản của nước ta như chè, rau quả... vẫn vấp phải những hạn chế do tồn dư thuốc bảo vệ thực vật, thiếu tính đồng nhất trong từng lô hàng, công tác thu hoạch bảo quản chưa tốt nên chất lượng mặt hàng xuất khẩu còn hạn chế. Trường hợp dưới đây của chính phủ Hàn Quốc có thể là một ví dụ điển hình về việc áp dụng quy định SPS và gây khó khăn đáng kể cho Việt Nam⁴.

Ví dụ: Bộ An toàn thực phẩm Hàn Quốc ra thông báo, năm 2019 quốc gia này sẽ áp dụng hệ thống quản lý danh mục dư lượng thuốc bảo vệ thực vật đối với sản phẩm nông sản nhập khẩu, trong đó có hạt điều của Việt Nam. Cục Chế biến và Phát triển thị trường nông sản đánh giá: Đây là thách thức không nhỏ đối với các doanh nghiệp sản xuất và chế biến điều xuất khẩu trong nước. Yêu cầu đặt ra cho các doanh nghiệp là cần nắm bắt kịp thời cơ chế chính sách của các nước nhập khẩu lớn, nâng cao giá trị sản phẩm.

7. Quy tắc xuất xứ

Các quốc gia thành viên có thể gây ra các khó khăn đáng kể cho Việt Nam khi áp dụng các quy tắc xuất xứ. Đặc biệt trong các hiệp định thương mại tự do thế hệ mới hiện nay các quy tắc xuất xứ được đưa ra rất khắt khe bắt buộc các nước xuất khẩu phải thực hiện. Việc thực hiện các quy tắc xuất xứ có nhiều khó khăn đối

⁴ <https://baomoi.com/han-quoc-kiem-soat-chat-hang-nong-san-nhap-khau/c/26989138.epi>.

⁵ Điều nhân là sản phẩm điều đã được bóc vỏ cứng và vỏ lụa, sẵn sàng cho việc sử dụng hoặc chế biến

với các doanh nghiệp.

Thứ nhất, khó khăn trong việc đảm bảo quy tắc xuất xứ. Ví dụ Hiệp định EVFTA hướng tới mức độ xóa bỏ thuế nhập khẩu lên tới 99,2% số dòng thuế nông sản. Tuy nhiên, để được hưởng mức ưu đãi này, hàng xuất khẩu sang EU cần thỏa mãn quy tắc xuất xứ, đây có thể là một cản trở đối với hàng xuất khẩu Việt Nam bởi nguồn nguyên liệu cho các mặt hàng xuất khẩu của Việt Nam hiện nay chủ yếu được nhập khẩu từ Trung Quốc và ASEAN. Ví dụ, trong ngành hàng điều, EU có quy định tương đối chặt về nguồn gốc xuất xứ với hạt điều khi xem công đoạn gia công bóc vỏ hạt điều là chế biến giản đơn nên bắt buộc mặt hàng điều nhân⁵ của Việt Nam muốn đạt nguồn gốc xuất xứ phải chế biến từ nguồn nguyên liệu sản xuất trong nước. Trong khi đó, Việt Nam đang nhập khẩu rất nhiều điều nguyên liệu (62% nhu cầu chế biến) từ các nước châu Phi như Bờ Biển Ngà, Ghana, Nigeria để sản xuất chế biến. Nếu không đảm bảo được quy tắc xuất xứ, hàng xuất khẩu của Việt Nam sang EU chỉ được hưởng mức thuế đãi ngộ tối huệ quốc chứ không phải là mức thuế suất 0% trong EVFTA.

Thứ hai, là khó khăn trong việc phân biệt các



quy định khác nhau của quy tắc xuất xứ của các nước và áp dụng các quy định này vào để thực hiện sản xuất kinh doanh. Hiện nay có 3 bộ quy tắc xuất xứ cơ bản, đó là: 1) Xuất xứ thuần túy, theo đó hàng hóa được cho là có xuất xứ thuần túy từ một nước, vùng địa lý nhất định; 2) Hàm lượng giá trị khu vực, theo đó hàng hóa được cho là có xuất xứ của một nước, vùng địa lý nhất định có hàm lượng giá trị khu vực tối thiểu 40%; và 3) Tiêu chí “Chuyển đổi mã số hàng hóa” là sự thay đổi về mã HS của hàng hóa ở cấp 2 (hai) số, 4 (bốn) số hoặc 6 (sáu) số so với mã HS của nguyên liệu đầu vào không có xuất xứ (bao gồm nguyên liệu nhập khẩu và nguyên liệu không xác định được xuất xứ) dùng để sản xuất ra hàng hóa đó.

Dưới đây là hình mô tả các quy tắc xuất xứ cơ bản.

Hình 0.1. Các Quy tắc xuất xứ cơ bản

Khó khăn khi áp dụng các tiêu chí này thể hiện ở chỗ: trong phạm vi ASEAN, các FTA mà Việt Nam tham gia hầu như đều sử dụng tiêu chí là phải có tối thiểu 40% hàm lượng giá trị khu vực thì hàng hóa mới được hưởng ưu đãi. Tuy nhiên các quy định pháp lý về phương pháp tính toán để xác định hàm lượng này trong ASEAN là không rõ ràng và dẫn đến việc các nước tùy ý sử dụng các phương pháp khác biệt để tính hàm lượng xuất xứ khi ký kết FTA song phương. Điều này làm cho các FTA, đặc biệt là các bộ quy tắc xuất xứ của các FTA chồng chéo lên nhau. Đó là chưa kể đến thực trạng phức tạp của các quy định cấp C/O chứng nhận xuất xứ và thủ tục thông quan đang gây khó khăn cho doanh nghiệp trong quá trình vận dụng FTA để xuất nhập khẩu hàng hóa. Dù việc làm hài hòa các bộ quy tắc xuất xứ đã được đưa vào chương trình thảo luận của hầu hết các cuộc họp trong khuôn khổ ASEAN, nhưng cho đến nay, tính thực tế của giải pháp hài hòa vẫn chưa đạt được. Các FTA dù áp dụng các tiêu chí xác định hàm lượng xuất xứ giống nhau, cũng vẫn có sự khác biệt trong phương pháp tính toán hàm lượng xuất xứ. Ví dụ điển hình là FTA Việt Nam với Nhật Bản và Hàn Quốc đều có chung tiêu chí là 40% hàm lượng xuất xứ sẽ được hưởng ưu đãi như quy định của ASEAN, nhưng phương pháp tính toán cụ thể hàm lượng này lại có điểm khác biệt. Nếu mỗi FTA có quy định riêng về cách tính toán hàm lượng xuất xứ, doanh nghiệp sẽ phải hiểu và đáp ứng được các điều kiện của từng FTA nếu muốn hưởng ưu đãi. Điều này không hề đơn giản. Để tính được hàm lượng xuất xứ là 35% hay 40%, doanh nghiệp đều phải thiết lập và vận hành hệ thống đồng bộ từ khâu nhập khẩu nguyên liệu, sản xuất, gia công, kiểm định cho đến xuất hàng thành phẩm. Nói cách khác là doanh nghiệp phải có hệ thống quy định pháp lý nội bộ đồng nhất cho tất cả các khâu, đặc biệt là kế toán và kiểm soát. Hệ thống này phải cung cấp được thông tin chi phí, cập nhật các thay đổi mã số hàng hóa (kể cả cho nguyên vật liệu), nhóm thuế



cho các nguyên liệu, phân loại hệ thống đầu vào có xuất xứ và không có xuất xứ, các chi phí gia công gián tiếp và trực tiếp và các dữ liệu liên quan để tính toán hàm lượng xuất xứ của hàng hóa. Đáng nói là phí tổn phát sinh khi vận hành một hệ thống như thế không hề nhỏ và sẽ là một khoản đáng kể khi doanh nghiệp xuất khẩu đồng thời đến các quốc gia mà FTA có quy định khác nhau về cách tính xuất xứ. Ví dụ, nếu doanh nghiệp đồng thời xuất khẩu đến Ấn Độ và Nhật Bản, doanh nghiệp sẽ phải vận hành các hệ thống song song với nhau để quản lý và tính toán hàm lượng xuất xứ; và chi phí này có thể lớn hơn các lợi ích mà doanh nghiệp đạt được từ ưu đãi từ FTA. Đối với Việt Nam, gần đây nhất Bộ Công thương đã ban hành Thông tư số 05/2018/TT-BCT ngày 03 tháng 04 năm 2018 Quy định về quy tắc xuất xứ hàng hóa⁶, trong đó quy định công thức tính hàm lượng giá trị khu vực và hướng dẫn kê khai giấy chứng nhận xuất xứ hàng hóa.

Khó khăn thứ ba là các thủ tục và giấy tờ chứng minh cho xuất xứ. Các hiệp định thương mại quy định khá chi tiết về các thủ tục, điều kiện ràng buộc về thời hạn, cách thức mà các nước phải tuân thủ về thủ tục chứng nhận xuất xứ theo từng trường hợp cụ thể. Đây là một thách thức lớn đối với Việt Nam khi hệ thống, khả năng truy xuất nguồn gốc xuất xứ nguyên liệu và năng lực chuẩn bị hồ sơ chứng minh nguồn gốc xuất xứ còn hạn chế.

Trên đây, là các biện pháp mà các nước thành viên có thể áp dụng sau khi các Hiệp định có hiệu lực và các hiệu ứng đối với các doanh nghiệp. Đặc biệt các quy định về xuất xứ hàng hóa và các rào cản kỹ thuật sẽ được các nước thành viên thực thi nghiêm túc hơn so với hiệp định thương mại WTO. Điều này gây một hiệu ứng không nhỏ đối với các doanh nghiệp và

yêu cầu các doanh nghiệp phải có một sự chuẩn bị rất kỹ càng để tham gia thị trường xuất nhập khẩu của các nước thành viên. Tuy nhiên thực tế cho thấy số lượng các doanh nghiệp vận dụng FTA không nhiều. Theo nghiên cứu thực hiện năm 2011, tỷ lệ vận dụng FTA của các nước ASEAN đối với xuất khẩu chỉ ở khoảng 27%, và Việt Nam là 12%. Năm 2014, một công bố của *The Economist* chỉ ra tỷ lệ vận dụng FTA của các nước Singapore, Malaysia, Indonesia và Việt Nam là 26%, tức là nếu có bốn doanh nghiệp xuất khẩu thì chỉ có một doanh nghiệp vận dụng FTA⁷. Như thế có hai khả năng, hoặc là các doanh nghiệp không có đủ khả năng để vận dụng FTA; hoặc là biên độ ưu đãi MFN (thuế áp dụng theo cơ chế tối huệ quốc)/FTA không đủ lớn để doanh nghiệp chấp nhận thực hiện thủ tục và tốn kém chi phí cho việc hưởng ưu đãi FTA.

Điều này khá đúng so với thực trạng các doanh nghiệp Việt Nam kinh doanh nông sản nói chung. Kết quả khảo sát của tác giả⁸ đã cho thấy các doanh nghiệp Việt Nam chưa được chuẩn bị và nhận được sự hỗ trợ còn rất hạn chế từ phía Nhà nước để vững vàng tham gia vào một nền kinh tế với sự điều chỉnh của các FTA. Như trên đã phân tích để các doanh nghiệp làm mới mình cho đủ các điều kiện cơ bản để thực hiện FTA (đổi mới hệ thống kế toán, quản trị doanh nghiệp, đảm bảo có một đội ngũ người lao động được hưởng các quy định và chế độ theo luật lao động và theo ILO (tổ chức lao động quốc tế)... thì doanh nghiệp cần được hỗ trợ về nguồn vốn ổn định từ phía nhà nước. Bên cạnh đó các thông tin và kiến thức về các biện pháp phi thuế quan, hỗ trợ chính phủ, phòng vệ thương mại, các hàng rào kỹ thuật là các công cụ mà các doanh nghiệp Việt Nam có thể gặp

⁶ Thông tư số 05/2018/TT-BCT ngày 03 tháng 04 năm 2018 Quy định về quy tắc xuất xứ hàng hóa, được đăng tại trang web <https://thuvienphapluat.vn/van-ban/Thuong-mai/Thong-tu-05-2018-TT-BCT-quy-dinh-ve-xuat-xu-hang-hoa-366061.aspx>

⁷ <https://www.thesaigontimes.vn/137673/fta-khong-chi-co-hieu-ung-bat-mi.html/>

⁸ Tác giả đã thực hiện khảo sát một số doanh nghiệp về việc các doanh nghiệp xuất khẩu điều có chuẩn bị cho việc thực hiện các FTA hay không. Khảo sát được thực hiện vào tháng 8/2018 đối với 18 doanh nghiệp sản xuất và xuất khẩu điều tại 2 huyện Bù Gia Mập và Bù Đăng thuộc tỉnh Bình Phước

phải khi xuất khẩu sản phẩm vào các nước thành viên và cũng chính là các biện pháp để các doanh nghiệp Việt Nam có thể sử dụng để bảo vệ các doanh nghiệp trong nước khi các mặt hàng nhập nước ngoài nhập vào có giá thấp làm thiệt hại đến doanh nghiệp trong nước thì hầu như không được biết đến. Đây là một điều hết sức đáng ngại thể hiện sự chuẩn bị chưa kỹ càng của các doanh nghiệp trong nước để tham gia vào FTA. Bên cạnh đó cần có sự hỗ trợ về thông tin, về pháp lý và sự ủng hộ của nhà nước... Các hành vi vi phạm hiệp định của các nước thành viên cần có sự can thiệp cấp Nhà nước để xử lý. Ví dụ khi các doanh nghiệp trong nước bị thiệt hại do việc nhập khẩu ồ ạt với giá thấp các sản phẩm từ các nước thành viên khác, trong lộ trình và điều kiện của các cam kết, chúng ta hoàn toàn có thể can thiệp từ phía nhà nước như nâng thuế giá trị gia tăng, thuế thu nhập đối với các nhà nhập khẩu hoặc có các biện pháp trả đũa đối với các hành vi đối xử không minh bạch của các nước đối với sản phẩm xuất khẩu từ Việt Nam, hoặc hỗ trợ các doanh nghiệp trong nước kiện đối tác theo các phương thức giải quyết tranh chấp của các hiệp định mà trong đó nhà nước bao giờ cũng có vai trò là một bên (khác với các tranh chấp tư nhân)... Chỉ thực hiện được những sự chuẩn bị kỹ càng như trên cùng với sự sát cánh của Nhà nước các doanh nghiệp Việt Nam mới đủ sức tham gia vào FTA.

Theo phân tích, đánh giá của nhiều chuyên gia và doanh nghiệp, cơ hội để đẩy mạnh xuất khẩu hàng hóa khi nước ta tham gia các FTA thế hệ mới là rất lớn bởi theo lộ trình cam kết thuế nhập khẩu của các đối tác sẽ dần được cắt giảm và xóa bỏ, tạo lợi thế cạnh tranh cho hàng hóa Việt Nam tại nhiều thị trường lớn. Đặc biệt, các cơ hội tích hợp của các FTA mang lại là rất lớn, nhất là FTA với Cộng đồng kinh tế ASEAN (AEC), với EU (EVFTA) và hiệp định CPTPP. Tuy nhiên, để tận dụng tốt các cơ hội, chúng ta cũng cần nhận diện rõ các thách thức để chủ động vượt qua. Đó là cạnh tranh sẽ quyết liệt hơn trên nhiều cấp độ. Đối với AEC

(cộng đồng kinh tế ASEAN) tính cạnh tranh về thương mại hàng hóa sẽ rất cao vì các mặt hàng trong ASEAN tương đối giống nhau.

Để tận dụng cơ hội và vượt qua thách thức, đòi hỏi các cơ quan nhà nước và cộng đồng doanh nghiệp phải nắm vững những cam kết của Việt Nam và đối tác để thực thi cho đúng, đồng thời phải có các hành động kịp thời nhằm nâng cao năng lực cạnh tranh cho mình và cho cả nền kinh tế. Bên cạnh đó các doanh nghiệp - là chủ thể tạo nên sức mạnh trên thị trường, cần tăng cường liên kết với các bên liên quan và quan tâm đầu tư đổi mới công nghệ, mô hình quản trị và chiến lược kinh doanh để hạ giá thành sản xuất, nâng cao được chất lượng và sức cạnh tranh của sản phẩm.

Từ các phân tích trên chúng ta thấy thực hiện ngay các biện pháp sau để giúp đỡ doanh nghiệp Việt Nam đối đầu thử thách là việc cấp bách:

Một là, cần phải xây dựng chương trình đào tạo chuyên sâu về FTA cho các đối tượng khác nhau, bao gồm chương trình dành cho doanh nghiệp, chương trình dành cho nông hộ và hợp tác xã, chương trình dành cho đội ngũ hỗ trợ tư pháp như luật sư... Các chương trình này phải xây dựng khác nhau để phù hợp với đối tượng người học nhưng có mục đích chung là giúp cho các đối tượng có liên quan hiểu biết rõ về nội dung và lộ trình thực hiện các kết của các Hiệp định thương mại tự do. Đây chính là đối tượng chịu tác động của các FTA và cũng là đối tượng áp dụng FTA vào trong hoạt động sản xuất kinh doanh của mình. Với nguồn nhân lực này, các nông hộ, hợp tác xã, doanh nghiệp sẽ đưa ra định hướng và áp dụng các kỹ thuật, tiêu chuẩn và mới trong quá trình sản xuất, kinh doanh, xuất nhập khẩu của mình.

Hai là, về phía Nhà nước cần xây dựng biểu mẫu, hướng dẫn thành lập hệ thống quản trị nội bộ chuẩn cho doanh nghiệp để doanh nghiệp tiếp cận, hiểu rõ và vận dụng được FTA. Sân chơi FTA không hề đơn giản nếu doanh nghiệp Việt Nam không được định hướng và trang bị đầy đủ kiến thức để hoạch định phương án kinh doanh



và hội nhập.

Ba là, Nhà nước cần có một đội ngũ chuyên gia, có thể kết hợp từ Bộ Công thương và Bộ Tư pháp để hỗ trợ các doanh nghiệp trong trường hợp phải đối đầu với các vi phạm của các nước thành viên xâm phạm quyền lợi của doanh nghiệp trong nước cũng như sẵn sàng sát cánh cùng các doanh nghiệp trong nước thực hiện các vụ kiện Chính phủ các nước thành viên FTA theo cơ chế giải quyết tranh chấp riêng được quy định trong các FTA.

Ở mức độ cao hơn, cần xây dựng một đội ngũ chuyên gia về kinh tế và pháp luật, có thể kết hợp nhân lực từ Bộ Công thương và Bộ Tư pháp để kịp thời hỗ trợ các doanh nghiệp trong trường hợp phải đối đầu với các vi phạm của các nước thành viên xâm phạm quyền lợi của doanh nghiệp trong nước cũng như sẵn sàng sát cánh cùng các doanh nghiệp trong nước thực hiện các vụ kiện Chính phủ đối với các nước thành viên FTA theo cơ chế giải quyết tranh chấp riêng được quy định trong các FTA khi các nước này vi phạm các quy định của FTA. Chính phủ cần có các biện pháp để hỗ trợ các doanh nghiệp trong nước trong các trường hợp này.

Bốn là, gấp rút xây dựng chương trình đào tạo chuyên sâu về FTA cho các đối tượng khác nhau trong quy trình sản xuất và kinh doanh nông sản, bao gồm nông hộ, doanh nghiệp, đội ngũ hỗ trợ tư pháp (luật sư, các trung tâm trợ giúp pháp lý), tổ chức thực hiện đào tạo cấp tốc các nội dung của FTA để có được nguồn nhân lực hiểu biết rõ về các quy định của FTA và áp dụng vào công việc sản xuất kinh doanh của mình. Đặc biệt các phổ biến, giáo dục cho các tác nhân tham gia trong quá trình sản xuất và chế biến nắm được các biện pháp bảo vệ doanh nghiệp trong nước và nhận biết phản ứng của các nước thành viên, nhận diện sự vi phạm các quy định FTA của các nước thành viên và có những biện pháp để bảo vệ doanh nghiệp trong nước. Với nguồn nhân lực này, các tác nhân tham gia trong chuỗi sản xuất, chế biến và kinh doanh điều có thể xây dựng kế hoạch phát triển sản xuất và kế hoạch xuất khẩu phù hợp.

Năm là, qua công tác khảo sát thực tiễn tại địa phương, kết quả cho thấy hầu hết các đại lý, doanh nghiệp đều có nhu cầu được hỗ trợ về mặt pháp lý trong thực hiện kinh doanh thương mại. Vì vậy để thực hiện mục tiêu nâng cao năng lực về mặt pháp luật, đảm bảo việc thực thi pháp luật và bảo vệ quyền và nghĩa vụ của các bên trong tham gia giao dịch tốt hơn cần thực hiện đào tạo về pháp luật kinh doanh thương mại cho các tác nhân tham gia trong chuỗi. Ngoài đào tạo về các nội dung và cách vận hành của FTA, cần tăng cường đào tạo, tập huấn và tăng cường hỗ trợ về mặt pháp lý chung đối với những vấn đề doanh nghiệp và các tác nhân tham gia trong chuỗi cần khi thực hiện sản xuất, kinh doanh, xuất khẩu như những vấn đề về thủ tục xuất, nhập khẩu, thanh toán quốc tế, soạn thảo hợp đồng trong nước và hợp đồng có yếu tố nước ngoài, kiến thức giải quyết tranh chấp hợp đồng, đàm phán, thương lượng khi có tranh chấp.... Bên cạnh đó thực hiện các công tác bồi dưỡng năng lực pháp lý cho đội ngũ trợ giúp pháp lý tại địa phương về pháp luật kinh doanh thương mại để họ có thể hỗ trợ các doanh nghiệp, hợp tác xã, hộ nông dân thực hiện các giao dịch kinh doanh thương mại một cách chặt chẽ và đúng pháp luật.

Sáu là, về lao động.

Để đáp ứng nhu cầu nguồn nhân lực cao, cần tích cực xây dựng và thực hiện công tác đào tạo nguồn nhân lực có trình độ, đặc biệt là trong lĩnh vực công nghệ chế biến sâu các sản phẩm điều. Nâng cao năng lực cán bộ quản lý, năng lực lãnh đạo cho các chủ doanh nghiệp nhằm đáp ứng tốt nhu cầu phát triển bền vững trong sản xuất và kinh doanh điều. Do hầu hết các Hiệp định đều đặt vấn đề về tiêu chuẩn về lao động, cụ thể là quan hệ của các doanh nghiệp trong đối xử và chế độ đối với người lao động phải đạt yêu cầu do Tổ chức Lao động thế giới (ILO) đặt ra, cần xây dựng bộ tiêu chí về lao động cho các doanh nghiệp tuân theo. Dù có nhiều nỗ lực nhưng tại các doanh nghiệp Việt Nam vẫn tồn tại vướng mắc khi áp dụng các tiêu chuẩn lao động. Những vướng







