



ĐẠI HỌC HUẾ
TRƯỜNG ĐẠI HỌC LUẬT



FDVN LAWFIRM

CÔNG TY LUẬT FDN

KỶ YẾU HỘI THẢO
“HOÀN THIỆN HỆ THỐNG PHÁP LUẬT
THEO TINH THẦN VĂN KIỆN
ĐẠI HỘI XIII CỦA ĐẢNG”

THỪA THIÊN HUẾ, năm 2024

MỤC LỤC

1. BẢO VỆ NHÀ ĐẦU TƯ TRÁI PHIẾU DOANH NGHIỆP PHÁT HÀNH RIÊNG LỄ THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM – THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP 1

ThS.NCS Trần Thị Nhật Anh - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

2. PHÁP LUẬT VỀ TỔ TỤNG LAO ĐỘNG TẠI TÒA ÁN THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP13

ThS.NCS Quan Gia Bình - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

TS. Đào Mộng Điệp - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

3. CÁC TRƯỜNG HỢP LOẠI TRỪ TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN32

ThS.NCS. Luật sư Lê Cao - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

4. NGHIÊN CỨU PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VỀ BẢO HỘ NHÃN HIỆU HÌNH BA CHIỀU NHẪM HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ BẢO HỘ NHÃN HIỆU HÌNH BA CHIỀU TẠI VIỆT NAM.....52

ThS.NCS Đỗ Thị Diễm - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

5. LỊCH SỬ QUY ĐỊNH VỀ HÌNH PHẠT ĐỐI VỚI CÁC TỘI PHẠM THAM NHŨNG TRONG PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM VÀ ĐỊNH HƯỚNG HOÀN THIỆN THEO TINH THẦN VĂN KIỆN ĐẠI HỘI XIII CỦA ĐẢNG66

TS. Trần Văn Hải - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

6. KINH NGHIỆM PHỔ BIẾN GIÁO DỤC PHÁP LUẬT CHO NGƯỜI DÂN BIỂN TẠI MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM81

TS. Lý Nam Hải - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

7. KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VỀ BẢO VỆ DỮ LIỆU NGƯỜI TIÊU DÙNG SỬ DỤNG DỊCH VỤ NGÂN HÀNG SỐ VÀ GỢI Ý CHO VIỆT NAM.....94

ThS.NCS Trần Thế Hệ - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

8. HOÀN THIÊN PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ QUẢN LÝ, SỬ DỤNG THUỐC BẢO VỆ THỰC VẬT TRONG BỐI CẢNH THỰC THI HIỆP ĐỊNH VỀ VỆ SINH AN TOÀN THỰC PHẨM VÀ KIỂM DỊCH ĐỘNG THỰC VẬT (SPS).....112

ThS.NCS Lê Thanh Hiệp - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

9. CẤM CỐ BẤT ĐỘNG SẢN ĐỂ BẢO ĐẢM THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG TRONG LĨNH VỰC KINH DOANH THƯƠNG MẠI.....124

ThS.NCS Phan Thị Hồng - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

10. PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN CỦA NGƯỜI THAM GIA BẢO HIỂM NHÂN THỌ QUA KÊNH BANCASSURANCE140

ThS.NCS Trần Thị Diệu Hương - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

11. BẢO VỆ THÔNG TIN CÁ NHÂN CỦA NGƯỜI TIÊU DÙNG TRÊN KHÔNG GIAN MẠNG155

ThS.NCS Trịnh Hoàng Minh - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

12. HOÀN THIÊN QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ CÁC TÌNH TIẾT GIẢM NHE TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ THEO ĐIỀU 51 BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015.....167

ThS.NCS. Dương Thị Cẩm Nhung - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

ThS. NCS. Trần Thị Thanh Hằng - Trường Đại học Thủ Dầu Một

13. BẢO HỘ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ ĐỐI VỚI TRI THỨC TRUYỀN THÔNG TẠI MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI - MỘT CÁCH TIẾP CẬN MỚI CHO VIỆT NAM.....177

ThS.NCS Nguyễn Văn Phúc - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

14. MỘT SỐ ĐỊNH HƯỚNG VỀ XỬ LÝ TÀI SẢN THẾ CHẤP LÀ BẤT ĐỘNG SẢN HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI THEO TINH THẦN CỦA VĂN KIẾN ĐẠI HỘI XIII CỦA ĐẢNG195

ThS.NCS Mai Lan Phương - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

TS. Lê Thị Thảo - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

15. PHÂN CẤP, PHÂN QUYỀN TRONG QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ ĐẤT ĐAI.....210

ThS. Hoàng Thị Vĩnh Quỳnh - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

16. MỘT SỐ HẠN CHẾ, VƯỚNG MẮC TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ HỦY KẾT QUẢ ĐÁU GIÁ QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ226

ThS.NCS Thân Văn Tài - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

17. ĐẢM BẢO QUYỀN LỢI CỦA BÊN MUA TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN NHÀ Ở HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM.....243

ThS.NCS Lê Thị Thìn - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

ThS. Lê Ngọc Đoàn - Công ty Luật TNHH Lê Thị Hồng Thanh và Công sự

18. GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP PHÁT SINH TỪ HỢP ĐỒNG GIA CÔNG TRONG THƯƠNG MẠI – ĐỀ XUẤT MỘT SỐ GIẢI PHÁP HẠN CHẾ TRANH CHẤP256

ThS.NCS Nguyễn Đức Thư - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

19. NHẬN DIỆN VÀ PHÒNG, CHỐNG HÀNH VI GIAN LẬN NGÂN HÀNG ĐIỆN TỬ TRONG BỐI CẢNH CHUYỂN ĐỔI SỐ272

TS. Hà Lệ Thủy - Trường Đại học Luật, Đại học Huế

20. HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ NGƯỜI KHUYẾT TẬT PHÙ HỢP VỚI CÔNG ƯỚC SỐ 159 CỦA TỔ CHỨC LAO ĐỘNG QUỐC TẾ.....291

ThS.NCS Đỗ Thị Quỳnh Trang - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

21. CƠ CHẾ BẢO VỆ QUYỀN LỢI NGƯỜI TIÊU DÙNG TRONG LĨNH VỰC DƯỢC PHẨM.....302

ThS.NCS Nguyễn Hữu Trị - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

22. SO SÁNH PHÁP LUẬT PHÁP VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ NGHĨA VỤ CUNG CẤP THÔNG TIN TRONG GIAI ĐOẠN GIAO KẾT HỢP ĐỒNG BẢO HIỂM318

ThS.NCS Phan Quốc Tuấn - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

23. TRANH CHẤP VỀ PHÍ BẢO HIỂM TRONG HỢP ĐỒNG BẢO HIỂM TÀI SẢN Ở VIỆT NAM – THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP339

ThS.NCS Phạm Thị Việt - Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế

BẢO VỆ NHÀ ĐẦU TƯ TRÁI PHIẾU DOANH NGHIỆP PHÁT HÀNH RIÊNG LẺ THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM – THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP

Trần Thị Nhật Anh*

Tóm tắt: Bài viết tập trung phân tích các quy định pháp luật liên quan đến vấn đề bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu phát hành riêng lẻ, qua đó cho thấy cơ chế giảm thiểu rủi ro đối với nhà đầu tư mua trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ nói riêng và trái phiếu doanh nghiệp nói chung vẫn còn nhiều bất cập. Cuối cùng, bài viết đề xuất các giải pháp nhằm hoàn thiện pháp luật về bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ ở Việt Nam hiện nay, qua đó góp phần nâng cao hiệu quả hoạt động huy động vốn của doanh nghiệp ở nước ta nói riêng cũng như đảm bảo tính hấp dẫn của môi trường đầu tư kinh doanh nói chung.

Từ khóa: trái phiếu doanh nghiệp, nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp, huy động vốn.

1. Đặt vấn đề

Ngày nay, trong bối cảnh áp lực cạnh tranh về việc kiến tạo môi trường đầu tư kinh doanh giữa các quốc gia đang tăng cao như hiện nay, việc tạo điều kiện để doanh nghiệp có thêm cơ hội tiếp cận thêm các kênh huy động vốn bên cạnh các phương thức truyền thống là điều vô cùng cần thiết. Trong rất nhiều công cụ được doanh nghiệp sử dụng để huy động vốn, chào bán trái phiếu chính là một phát kiến quan trọng giúp doanh nghiệp bổ sung một phương án tạo nguồn cung tiền phục vụ hoạt động sản xuất kinh doanh. Xuất phát từ bản chất là một khoản vay của doanh nghiệp, trái phiếu có giá trị như một giấy nhận nợ qua đó ghi nhận nghĩa vụ thanh toán của doanh nghiệp đối với người mua giấy nhận nợ tức là nhà đầu tư trái phiếu¹. Bằng cách chào bán các giấy chứng nhận nợ hay còn gọi là trái phiếu này, doanh nghiệp sẽ thu về một khoản tiền và người mua trái phiếu chính là chủ nợ của doanh nghiệp. Do

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: anhttn@hul.edu.vn

¹ Lê Thị Bích Huệ (2016). *Bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp*, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 32, trang. 1-8.

đó, muốn khuyến khích hoạt động huy động vốn bằng phát hành trái phiếu phát triển, cần tạo cơ chế bảo vệ quyền lợi của nhà đầu tư trái phiếu hiệu quả.

Ở Việt Nam, thị trường trái phiếu được bao phủ chủ yếu bởi trái phiếu phát hành riêng lẻ. Năm 2021, quy mô thị trường trái phiếu doanh nghiệp Việt Nam đạt xấp xỉ 14.85% GDP cả nước, tương ứng với 3.297.381 tỉ đồng (Bộ Tài Chính, 2021). Trong đó, đóng góp nhiều nhất cho thị trường trái phiếu doanh nghiệp vẫn là trái phiếu phát hành riêng lẻ với tổng cộng 984 đợt chiếm tỉ trọng 95%, cao hơn gấp 35 lần so với tổng số 28 đợt chào bán ra công chúng. Con số này vào năm 2022 chúng kiến sự thay đổi không đáng kể khi tỉ trọng trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ vẫn chiếm đến 95,9% quy mô toàn thị trường (Hiệp hội thị trường trái phiếu Việt Nam, 2023). Những con số trên đã phản ánh vai trò đặc biệt quan trọng của hoạt động chào bán trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ đối với nền kinh tế trên hai phương diện, gồm: thứ nhất, cung ứng vốn cho doanh nghiệp trong bối cảnh siết chặt tín dụng ở hệ thống ngân hàng; và thứ hai, đóng góp vào tổng sản phẩm quốc nội của đất nước. Tuy nhiên, trong thời gian gần đây, những số liệu về thị trường trái phiếu lại cho thấy một bức tranh tương đối ảm đạm đối với kênh huy động vốn này. Theo đó, trong tháng 01 và tháng 02 năm 2023 chỉ ghi nhận 01 lô trái phiếu phát hành riêng lẻ, với giá trị 110 tỉ đồng, đạt chưa đến 1% so với cùng kì². Điều này phản ánh tâm lý e ngại của chính doanh nghiệp phát hành cũng như nhà đầu tư mua trái phiếu trong việc lựa chọn trái phiếu là kênh huy động cũng như đầu tư. Có nhiều nguyên nhân cho lý giải cho diễn biến này, một trong số đó chính là cơ chế bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ trong hệ thống pháp luật hiện hành chưa được thể hiện rõ nét.

Hiện nay, bên cạnh Luật Doanh nghiệp năm 2020 và Luật Chứng khoán năm 2019 thì khung pháp lý điều chỉnh hoạt động chào bán trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ còn bao gồm Nghị định số 153/2020/NĐ-CP quy định về chào bán, giao dịch trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ tại thị trường trong nước và chào bán trái phiếu doanh nghiệp ra thị trường quốc tế (sau đây gọi là Nghị định số 153/2020/NĐ-CP). Nghị định này sau đó được sửa đổi, bổ sung bởi Nghị định số 65/2022/NĐ-CP 2023 (sau

²<https://vneconomy.vn/cuoc-choi-trai-phieu-doanh-nghiep-kho-trong-cho-o-mot-giai-phap-tinh-the.htm>, truy cập ngày 15 tháng 9 năm 2023.

đây gọi là Nghị định số 65/2023/NĐ-CP) và cho đến đầu năm thì Chính phủ tiếp tục ban hành Nghị định số 08/2023/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung và ngưng hiệu lực thi hành một số điều tại các nghị định quy định về chào bán, giao dịch trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ tại thị trường trong nước và chào bán trái phiếu doanh nghiệp ra thị trường quốc tế (sau đây gọi là Nghị định số 08/2023/NĐ-CP). Chỉ trong vòng chưa đầy hai năm, quy định về chào bán trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ được liên tục điều chỉnh, điều đó phần nào phản ánh sự biến động cũng như tính chất phức tạp của thị trường trái phiếu doanh nghiệp ở nước ta. Trong bối cảnh này, vấn đề đáng quan tâm hàng đầu chính là củng cố niềm tin của các nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp. Với việc ban hành các văn bản kịp thời các văn bản điều chỉnh trong lĩnh vực chào bán trái phiếu riêng lẻ, nỗ lực của các cơ quan có thẩm quyền rất đáng được ghi nhận. Tuy nhiên, cần thừa nhận rằng cơ chế bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp vẫn chưa thực sự được bảo đảm ngay cả khi các văn bản điều chỉnh trong lĩnh vực này đã được kịp thời ban hành. Những vấn đề về (i) điều kiện nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ; hay (ii) yêu cầu xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp phát hành trái phiếu và; (iii) quy định về thay đổi điều kiện, điều khoản thanh toán trái phiếu chính là một trong những vấn đề rất đáng được quan tâm liên quan đến cơ chế bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp hiện nay.

2. Thực trạng pháp luật về bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ theo pháp luật Việt Nam

2.1. Quy định về điều kiện nhà đầu tư mua trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ

Vốn là kênh đầu tư có tính rủi ro cao nên việc giới hạn đối tượng được mua trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ là điều rất cần thiết. Với mục đích hạn chế các nhà đầu tư là cá nhân hoặc tổ chức không có kinh nghiệm, nắm ít thông tin doanh nghiệp, cũng như khả năng phân tích đánh giá rủi ro khi đầu tư vào trái phiếu, các nhà làm luật rõ ràng đang tạo ra một hàng rào bảo vệ từ xa dành cho các nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp. Hiện nay, sau rất nhiều lần sửa đổi, bổ sung và gần đây nhất là quy định về ngưng hiệu lực về điều kiện nhà đầu tư mua trái phiếu theo quy định tại điểm a và b, khoản 1 Điều 8 Nghị định số 153/NĐ-CP thì đối tượng mua trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ được xác định như sau: (i) Đối với trái phiếu không

chuyển đổi không kèm chứng quyền: đối tượng mua trái phiếu là nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp theo quy định của pháp luật chứng khoán; (ii) Đối với trái phiếu chuyển đổi và trái phiếu kèm chứng quyền: đối tượng mua trái phiếu là nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp, nhà đầu tư chiến lược, trong đó số lượng nhà đầu tư chiến lược phải đảm bảo dưới 100 nhà đầu tư.

Theo khoản 1 Điều 11 Luật Chứng khoán năm 2019 thì nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp ở đây là: ngân hàng thương mại, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, công ty tài chính, tổ chức kinh doanh bảo hiểm, công ty chứng khoán, công ty quản lý quỹ đầu tư chứng khoán, công ty đầu tư chứng khoán, quỹ đầu tư chứng khoán, tổ chức tài chính quốc tế, quỹ tài chính nhà nước ngoài ngân sách, tổ chức tài chính nhà nước được mua chứng khoán theo quy định của pháp luật có liên quan. Ngoài ra, công ty có vốn điều lệ đã góp đạt trên 100 tỷ đồng hoặc tổ chức niêm yết, tổ chức đăng ký giao dịch cũng có thể trở thành nhà đầu tư trái phiếu phát hành riêng lẻ. Đối với cá nhân thì pháp luật hiện hành quy định người có chứng chỉ hành nghề chứng khoán; hoặc cá nhân nắm giữ danh mục chứng khoán niêm yết, đăng ký giao dịch có giá trị tối thiểu là 02 tỷ đồng theo xác nhận của công ty chứng khoán tại thời điểm cá nhân đó được xác định tư cách là nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp; hoặc cá nhân có thu nhập chịu thuế năm gần nhất tối thiểu là 01 tỷ đồng tính đến thời điểm cá nhân đó được xác định tư cách là nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp theo hồ sơ khai thuế đã nộp cho cơ quan thuế hoặc chứng từ khấu trừ thuế của tổ chức, cá nhân chi trả thì đều có quyền đầu tư mua trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ. Trong khi đó, khoản 7 Điều 4 Luật Chứng khoán năm 2019 quy định nhà đầu tư chiến lược là nhà đầu tư được Đại hội đồng cổ đông lựa chọn theo các tiêu chí về năng lực tài chính, trình độ công nghệ và có cam kết hợp tác với công ty trong thời gian ít nhất 03 năm. Như vậy, so với quy định tại Nghị định số 65/2022/NĐ-CP thì phạm vi xác định nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ theo Nghị định 08/2023/NĐ-CP có phần rộng hơn. Cụ thể, theo Nghị định 65/2022/NĐ-CP thì việc xác định nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp là cá nhân theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 11 Luật Chứng khoán để mua trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ phải đảm bảo danh mục chứng khoán niêm yết, đăng ký giao dịch do nhà đầu tư nắm giữ có giá trị tối thiểu 02 tỷ đồng được xác định bằng giá trị thị trường bình quân theo ngày

của danh mục chứng khoán trong thời gian tối thiểu 180 ngày liền kề trước ngày xác định tư cách nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp, không bao gồm giá trị vay giao dịch ký quỹ và giá trị chứng khoán thực hiện giao dịch mua bán lại. Việc xác định nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp tại điểm này có giá trị trong vòng 03 tháng kể từ ngày được xác nhận³. Điều kiện xác định nhà đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp là cá nhân theo Nghị định 65/2022/NĐ-CP sẽ bị ngưng áp dụng đến ngày 31 tháng 12 năm 2023. Với quy định này, có thể thấy từ ngày 05 tháng 3 năm 2023 cho đến hết năm này, các điều kiện để xác định nhà đầu tư trái phiếu phát hành riêng lẻ là cá nhân sẽ có phần thông thoáng hơn so với trước đó. Tác giả cho rằng, việc mở rộng phạm vi xác định nhà đầu tư trái phiếu là cá nhân theo Nghị định 08/2023/NĐ-CP là chưa phù hợp xét trong bối cảnh hiện tại. Bởi lẽ:

Thứ nhất, đầu tư trái phiếu là một kênh đầu tư tiềm ẩn rất nhiều rủi ro, cần thu hẹp phạm vi các nhà đầu tư trái phiếu nhằm hướng việc bán trái phiếu doanh nghiệp cho các nhà đầu tư có năng lực, kiến thức và kinh nghiệm và cần hạn chế để các nhà đầu tư là cá nhân nhỏ, thiếu kinh nghiệm, kiến thức tiếp cận với kênh đầu tư này. Quy định hiện hành buông lỏng điều kiện xác định nhà đầu tư mua trái phiếu vô hình chung đã tạo điều kiện cho nhiều cá nhân trước đây không thể mua trái phiếu doanh nghiệp giờ có thể sở hữu loại giấy tờ có giá này. Đây chính là nguy cơ rất lớn cho chính nhà đầu tư trái phiếu cũng như cho thị trường.

Thứ hai, việc Nghị định 08/2023/NĐ-CP hoãn áp dụng các điều kiện chặt chẽ hơn đối với nhà đầu tư trái phiếu mà không dự liệu các vấn đề sau khi hết thời hạn hoãn áp dụng các điều kiện trên là một điều thiếu sót. Trong trường hợp sau ngày 31 tháng 12 năm 2023, khi các điều kiện xác định nhà đầu tư mua trái phiếu doanh nghiệp trở lên chặt chẽ hơn do áp dụng quy định tại Nghị định số 65/2022/NĐ-CP thì rất có khả năng các nhà đầu tư trái phiếu lúc này không còn đáp ứng đủ điều kiện để nắm giữ trái phiếu và kì hạn trái phiếu lúc này có thể lên đến 2 đến 3 năm. Đây là điều mà quy định pháp luật hiện hành chưa dự liệu và giải quyết để bảo đảm quyền lợi cho

³ Điểm d, khoản 1 điều 8 Nghị định số: 65/2022/NĐ-CP về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số: 153/2020/NĐ-CP ngày 31 tháng 12 năm 2020 quy định về chào bán, giao dịch trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ tại thị trường trong nước và chào bán trái phiếu doanh nghiệp ra thị trường quốc tế.

nhà đầu tư sở hữu trái phiếu trong giai đoạn từ tháng 03 cho đến hết tháng 12 năm 2023.

Thứ ba, trong bối cảnh niềm tin của nhà đầu tư chứng khoán nói chung và nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp nói riêng đang bị lung lay dữ dội, việc mở rộng phạm vi đối tượng được mua trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ theo tác giả không phải là một giải pháp hữu hiệu. Do quy định này rõ ràng không hướng đến việc bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp mà còn tạo ra nhiều rủi ro hơn cho đối tượng này cũng như thiếu cơ chế xử lý các vấn đề liên quan. Vì vậy, trong tương lai cần thiết phải có các cơ chế khác nhằm tạo hàng rào bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu hiệu quả hơn và hướng trọng tâm đến việc củng cố lòng tin của nhà đầu tư trên thị trường.

2.2. Quy định về yêu cầu xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp phát hành trái phiếu riêng lẻ

Quy định về xếp hạng tín nhiệm tiếp tục là một trong những vấn đề đáng quan tâm liên quan đến cơ chế bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp. Trong bối cảnh niềm tin của nhà đầu tư trái phiếu đang xuống dốc như hiện nay. Hoàn thiện hành lang pháp lý nhằm bảo vệ quyền của nhà đầu tư chính là ưu tiên hàng đầu của các nhà hoạch định chính sách và pháp luật. Do đó, vấn đề xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp cần được đặt ra với tư cách là một yêu cầu bắt buộc đối với các doanh nghiệp đang có nhu cầu huy động vốn bằng trái phiếu. Với chuyên môn của mình, các công ty xếp hạng tín nhiệm sẽ sử dụng các biện pháp nghiệp vụ để đánh giá và xếp hạng các tổ chức phát hành trái phiếu theo thang điểm mức cao nhất là AAA xuống mức thấp nhất là D (vỡ nợ)⁴. Căn cứ vào kết quả xếp hạng tín nhiệm, nhà đầu tư trái phiếu sẽ có dữ liệu để tham khảo, thẩm định khả năng trả nợ của tổ chức phát hành ở đây chính là doanh nghiệp. Nói cách khác, kết quả xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp sẽ góp phần quan trọng trong việc định hướng việc lựa chọn mua hoặc không mua trái phiếu doanh nghiệp phát hành. Bên cạnh đó, kết quả xếp hạng tín nhiệm còn là cơ sở để nhà đầu tư nhận định lãi suất trái phiếu doanh nghiệp phát hành đã phù hợp hay chưa. Với các doanh nghiệp xếp hạng tín nhiệm thấp rủi ro mua trái phiếu doanh

4 Trần Thúy Quỳnh (2023). *Nâng cao hiệu quả xếp hạng tín nhiệm trái phiếu doanh nghiệp hướng tới môi trường đầu tư tài chính hiệu quả và minh bạch tại Việt Nam*, Tạp chí Công thương, xem tại: <https://s.net.vn/QKti>, truy cập ngày 15 tháng 9 năm 2023.

nghiệp sẽ lớn hơn và do đó lãi suất trái phiếu buộc phải cao hơn để thu hút nhà đầu tư.

Với vai trò quan trọng như vậy, hoạt động xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp chính là một trong những yếu tố bắt buộc để duy trì cơ chế bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu trên thị trường. Đáng tiếc, quy định hiện hành tại Nghị định số 08/2023/NĐ-CP lại không yêu cầu kết quả xếp hạng tín nhiệm đối với doanh nghiệp phát hành trái phiếu nếu doanh nghiệp phát hành thuộc các trường hợp phải xếp hạng tín nhiệm và thời điểm áp dụng theo quy định tại khoản 2 Điều 19 và khoản 3 Điều 310 Nghị định số 155/2020/NĐ-CP là một tài liệu bắt buộc trong hồ sơ chào bán trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ. Về vấn đề này, tác giả cho rằng cho quy định trên đang đi ngược lại với mục tiêu bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp. Mặc dù việc không bắt buộc phải xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp phát hành chỉ áp dụng đến hết ngày 31 tháng 12 năm 2023, nhưng rõ ràng việc loại bỏ điều kiện về xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp không phải là giải pháp tối ưu để giải quyết khủng hoảng lòng tin của nhà đầu tư trái phiếu trái phiếu. Việc không bắt buộc doanh nghiệp phải xếp hạng tín nhiệm để phát hành trái phiếu sẽ tạo điều kiện để nhiều doanh nghiệp không đủ khả năng trả nợ vẫn có thể tiếp tục được vay nợ. Quy định này cộng với việc nói lỏng điều kiện xác định nhà đầu tư mua trái phiếu doanh nghiệp thật sự là những rủi ro tiềm ẩn có thể làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền của nhà đầu tư trái phiếu.

Rõ ràng, hành lang pháp lý hiện nay đang tập trung vào các giải pháp tạo điều kiện thuận lợi cho tổ chức phát hành và chưa tập trung hoàn toàn vào vấn đề bảo đảm quyền lợi nhà đầu tư chứng khoán đặc biệt là nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp. Do đó, cần có các biện pháp kịp thời nhằm hoàn thiện hành lang pháp lý liên quan đến cơ chế bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ.

2.3. Quy định về đổi điều kiện, điều khoản thanh toán của trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ

Bản chất của trái phiếu là khoản vay giữa doanh nghiệp phát hành và nhà đầu tư trái phiếu. Vì vậy, mọi điều khoản của trái phiếu trong đó có điều khoản thanh toán đương nhiên ràng buộc hai bên và doanh nghiệp phát hành có nghĩa vụ thực thi nghiêm chỉnh tất cả các nội dung đã được ghi nhận trong trái phiếu. Những nghĩa vụ

này bao gồm việc phải thanh toán đầy đủ, đúng hạn gốc, lãi trái phiếu khi đến hạn và thực hiện các quyền kèm theo cho chủ sở hữu trái phiếu (nếu có). Vấn đề là, trong một số trường hợp doanh nghiệp phát hành gặp khó khăn đối với dòng tiền khiến cho khả năng trả nợ bị ảnh hưởng dẫn đến nguy cơ không thể thanh toán gốc và lãi trái phiếu đúng hạn và làm ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền của nhà đầu tư trái phiếu. Lúc này, việc tạo ra một cơ chế linh hoạt để doanh nghiệp phát hành và nhà đầu tư trái phiếu có thể thỏa thuận về việc thay đổi điều kiện cũng như điều khoản thanh toán trái phiếu chính là giải pháp tình thế nhưng lại rất hiệu quả cho cả hai bên. Nghị định số 08/2023/NĐ-CP đã chính thức ghi nhận trường hợp doanh nghiệp phát hành không thể thanh toán đầy đủ, đúng hạn nợ gốc, lãi trái phiếu bằng đồng Việt Nam theo phương án phát hành đã công bố cho nhà đầu tư thì có thể đàm phán với người sở hữu trái phiếu để thanh toán gốc, lãi trái phiếu đến hạn bằng tài sản khác. Do khoản vay này có tính chất như một hợp đồng vì vậy một trong những điều kiện để trả nợ bằng tài sản khác chính là phải nhận được sự chấp thuận của người sở hữu trái phiếu. Tác giả cho rằng, đây là quy định không thực sự mới mẻ. Bởi lẽ, Bộ Luật Dân sự năm 2015 cũng đã có quy định tại Điều 420 về thực hiện hợp đồng trong hoàn cảnh thay đổi cơ bản. Do đó, doanh nghiệp phát hành và nhà đầu tư trái phiếu hoàn toàn có thể thỏa thuận lại các điều khoản trái phiếu khi *điều kiện hoàn cảnh cơ bản* theo Bộ Luật Dân sự năm 2015 được đáp ứng. Tuy nhiên, quy định cho phép doanh nghiệp phát hành và nhà đầu tư trái phiếu đàm phán trả nợ bằng tài sản khác theo tác giả cũng phát sinh một số bất cập sau đây.

Thứ nhất, vấn đề định giá tài sản khác dùng để trả nợ. Đây là vấn đề ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi nhà đầu tư trái phiếu. Bởi lẽ, trong trường hợp doanh nghiệp không thể dùng đồng Việt Nam để thanh toán, tài sản khác dùng để trả nợ có thể là chứng khoán, bất động sản.v.v thuộc sở hữu hợp pháp và đủ điều kiện chuyển nhượng của doanh nghiệp phát hành. Các loại tài sản này đều cần phải định giá trước khi dùng để thanh toán. Trong trường hợp này, nguyên tắc định giá tài sản khác dùng để trả nợ như thế nào, cơ chế bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu ra sao đối với vấn đề định giá tài sản ra sao, rất tiếc, nghị định số 08/2023/NĐ-CP vẫn chưa làm rõ. Do đó, rủi ro trong trường hợp tiếp nhận tài sản trả nợ khác đối với chủ sở hữu trái phiếu vẫn

hiện hữu do giá trị tài sản đó có thể không tương ứng với giá khoản vay của doanh nghiệp.

Hai là, vấn đề liên quan đến bất bình đẳng giữa các nhà đầu tư trái phiếu. Do phải thỏa thuận với nhiều chủ sở hữu trái phiếu nên trong quá trình này có thể xảy ra tình trạng chủ sở hữu trái phiếu đến hạn sớm thì sẽ có cơ hội được đàm phán để lựa chọn tài sản trả nợ khác tốt hơn so với nhà đầu tư đáo hạn trái phiếu sau đó. Rõ ràng, điều này có thể gây ra thiệt hại không hề nhỏ cho chủ sở hữu trái phiếu đáo hạn muộn hơn do bản thân những chủ thể này không còn có nhiều lựa chọn. Đây là vấn đề có thể thấy Nghị định số 08/2023/NĐ-CP vẫn chưa dự liệu để giải quyết.

Từ những phân tích trên có thể thấy, cơ chế bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu trong trường hợp doanh nghiệp phát hành gặp khó khăn đối với việc thanh toán vẫn còn rất nhiều bất cập. Do đó, cần đưa ra các giải pháp có tính khả thi nhằm hoàn thiện cơ chế bảo vệ quyền cho nhà đầu tư trái phiếu, tạo động lực cho họ quay lại thị trường để đảm bảo sự phát triển ổn định, lâu dài của thị trường vốn nói chung và thị trường trái phiếu nói riêng.

3. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo vệ nhà đầu trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ theo pháp luật Việt Nam

Có thể nói, vấn đề bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp nói chung và trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ nói riêng chính là một trong những yếu tố quan trọng góp phần thúc đẩy sự phát triển ổn định của thị trường vốn ở nước ta. Tuy nhiên, soi chiếu các quy định pháp luật liên quan có thể thấy vấn đề bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ ở Việt Nam vẫn chưa thể hiện một cách rõ ràng. Đây là vấn đề này cần được phân tích và đánh giá một cách kỹ lưỡng với mục tiêu hướng đến các giải pháp phù hợp nhằm hoàn thiện cơ chế bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ theo quy định pháp luật hiện hành. Từ những phân tích, đánh giá đối với thực trạng pháp luật về cơ chế bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ ở Việt Nam, một số giải pháp hoàn thiện pháp luật được đề xuất như sau:

Một là, đối với vấn đề hoãn áp dụng một số điều kiện để xác định nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ. Tác giả cho rằng cần bổ sung quy định về việc xử lý trường hợp đối với nhà đầu tư trái phiếu không còn đáp ứng điều kiện nhà

đầu tư chứng khoán chuyên nghiệp để tiếp tục sở hữu trái phiếu doanh nghiệp. Cụ thể, cần làm rõ quyền và nghĩa vụ của nhóm đối tượng này liên quan đến các giao dịch đối với trái phiếu mà họ mua trong thời gian từ 05 tháng 3 đến hết 31 tháng 12 năm 2023. Đây là quy định rất cần thiết nhằm bảo vệ quyền lợi cho nhà đầu tư mua trái phiếu trong giai đoạn này cũng như hạn chế các tranh chấp không đáng có xảy ra tương lai liên quan đến trái phiếu doanh nghiệp.

Hai là, đối với vấn đề xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp phát hành trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ, quy định hiện hành cho phép doanh nghiệp chào bán trái phiếu riêng lẻ được hoãn áp dụng điều kiện xếp hạng tín nhiệm đến hết ngày 31 tháng 12 năm 2023. Với tầm quan trọng của hoạt động xếp hạng tín nhiệm đối với quyền lợi của nhà đầu tư trái phiếu, kiến nghị của tác giả đó là không nên tiếp tục hoãn áp dụng điều kiện về xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp phát hành riêng lẻ trong tương lai. Điều này sẽ tạo ra một tiền lệ không tốt trong việc xử lý khủng hoảng về trái phiếu tương tự trong thời gian tới. Đồng thời, đây không phải là giải pháp giúp xây dựng lòng tin của nhà đầu tư trái phiếu vốn đã rất suy yếu sau nhiều sự kiện tiêu cực xảy ra trên thị trường. Yêu cầu xếp hạng tín nhiệm doanh nghiệp phát hành trái phiếu doanh nghiệp cần được xem là điều kiện bắt buộc, tối quan trọng để giữ chân nhà đầu tư trái phiếu ở lại với thị trường.

Ba là, đối với vấn đề thay đổi điều kiện, điều khoản thanh toán của trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ. Đây là một trong những mối quan tâm nhất và cũng được xem là điều khoản có tác động nhiều nhất đến quyền lợi của nhà đầu tư trái phiếu. Quy định hiện hành cho phép doanh nghiệp phát hành trái phiếu thay đổi tài sản khác để thanh toán nợ cho nhà đầu tư. Kiến nghị của tác giả đối với vấn đề này đó là: Thứ nhất, cần bổ sung quy định về nguyên tắc và phương pháp định giá tài sản khác dùng để trả nợ. Trong trường hợp sử dụng kết quả định giá của tổ chức thẩm định giá cần trao quyền cho nhà đầu tư trái phiếu là bên chỉ định tổ chức thẩm định giá tài sản dùng để thanh toán. Điều này chính là điểm cốt lõi để bảo vệ quyền lợi cho nhà đầu tư trái phiếu.

4. Kết luận

Bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp nói chung và nhà đầu tư trái phiếu phát hành riêng lẻ nói riêng chính là yếu tố quyết định sự tồn tại cũng như

phát triển của thị trường trái phiếu. Do đó, trong xây dựng và hoàn thiện hành lang pháp lý về thị trường trái phiếu ở Việt Nam cần ưu tiên bảo vệ người cho vay hơn là bảo vệ doanh nghiệp phát hành. Với cơ chế bảo vệ quyền lợi nhà đầu tư trái phiếu như hiện này, cần rất nhiều nỗ lực để dòng tiền nhàn rỗi có thể quay trở lại thị trường. Các giải pháp về hoàn thiện quy định liên quan đến bảo vệ quyền của nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp phát hành riêng lẻ được đề xuất trong bài viết này chỉ là một phần trong tổng thể những giải pháp có thể thực hiện nhằm nâng cao vị thế của nhà đầu tư trên thị trường trái phiếu. Không chỉ vậy, các kiến nghị hoàn thiện trên chỉ thực sự phát huy tác dụng trên cơ sở có sự chung tay thực hiện pháp luật một cách nghiêm túc, và trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước, doanh nghiệp phát hành, các chủ thể cung cấp dịch vụ và trên hết chính là các nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật Chứng khoán năm 2019.
2. Nghị định số 08/2023/NĐ-CP ngày 05 tháng 3 năm 2023 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung và ngưng hiệu lực thi hành một số điều tại các nghị định quy định về chào bán, giao dịch trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ tại thị trường trong nước và chào bán trái phiếu doanh nghiệp ra thị trường quốc tế.
3. Nghị định số 153/2020/NĐ-CP ngày 31 tháng 12 năm 2020 của Chính phủ về quy định về chào bán, giao dịch trái phiếu doanh nghiệp riêng lẻ tại thị trường trong nước và chào bán trái phiếu doanh nghiệp ra thị trường quốc tế
4. Nghị định số 65/2022/NĐ-CP ngày 16 tháng 9 năm 2022 của Chính phủ về sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 153/2020/NĐ-CP
5. Trần Thúy Quỳnh (2023). *Nâng cao hiệu quả xếp hạng tín nhiệm trái phiếu doanh nghiệp hướng tới môi trường đầu tư tài chính hiệu quả và minh bạch tại Việt Nam*, Tạp chí Công thương, xem tại: <https://s.net.vn/QKti>
6. Lê Thị Bích Huệ (2016). *Bảo vệ nhà đầu tư trái phiếu doanh nghiệp*, Tạp chí Khoa học ĐHQGHN: Luật học, Tập 32.

PROTECTION OF INVESTORS IN CORPORATE BONDS PRIVATELY ISSUED UNDER VIETNAMESE LAW – CURRENT SITUATION AND SOLUTION

Abstract: The article's analysis of legal guidelines about investor protection for privately issued bonds demonstrates techniques to reduce risks for investors purchasing corporate bonds issued by companies. There are still many issues with bonds in general and individual bonds in particular. The study concludes with suggestions for ways to strengthen Vietnam's current laws safeguarding investors in corporate bonds that are privately issued. These suggestions will help firms raise capital more effectively and safeguard the general attractiveness of the corporate investment environment industry in our nation.

Keywords: corporate bonds, corporate bond investors, fundraising.

PHÁP LUẬT VỀ TỔ TỤNG LAO ĐỘNG TẠI TÒA ÁN THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP

Quan Gia Bình*

Đào Mộng Điệp**

Tóm tắt: Tổ tụng lao động là “trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tại cơ quan tài phán theo quy định của pháp luật”. Tuy nhiên, pháp luật về tổ tụng lao động hiện hành chưa có quy định đặc thù để giải quyết các vụ việc về lao động, việc quy định thủ tục chung về tổ tụng dân sự (bao gồm các lĩnh vực: dân sự, kinh tế, lao động, hôn nhân gia đình,...) đã bộc lộ những hạn chế nhất định, phát sinh nhiều vấn đề bất cập trong quá trình áp dụng pháp luật cần phải được tháo gỡ. Với phạm vi bài viết, tác giả tập trung phân tích những hạn chế trong việc áp dụng luật hình thức để giải quyết vụ án lao động và đề xuất hướng tháo gỡ góp phần hoàn thiện cải cách tư pháp theo tinh thần của Văn kiện Đại hội XIII của Đảng.

Từ khóa: Tổ tụng lao động; Tòa án; Tranh chấp lao động

1. Đặt vấn đề

Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của BLLĐ năm 2006 (có hiệu lực thi hành từ ngày 01/7/2007) đã làm thay đổi căn bản giá trị thủ tục TTLĐ, thậm chí làm cho trọng tài lao động không còn mang bản chất “trọng tài”, không còn tính “tổ tụng” như trước đây. Cụ thể, kể từ ngày 01/7/2007, trọng tài lao động bị thu hẹp quyền một cách đáng kể. Hơn thế nữa, Hội đồng trọng tài lao động chỉ có chức năng “hòa giải” đối với TCLĐ tập thể mà Hội đồng trọng tài đã thụ lý, không có quyền ra quyết định (phán quyết) về vụ tranh chấp. Việc này đã dẫn đến thủ tục giải quyết TCLĐ tập thể về lợi ích bị kéo dài một cách không cần thiết. Và BLLĐ 2012 tiếp tục quy định thủ tục TTLĐ theo hướng này. BLLĐ 2019 tạo ra các cơ chế giải quyết TCLĐ mới và có thay đổi quan trọng về thủ tục giải quyết TCLĐ, trong đó có những quy định mới về thẩm quyền giải quyết các loại TCLĐ và quyền lựa chọn phương thức giải quyết TCLĐ của các bên tham gia tranh chấp.

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: xiaoguan2002@yahoo.com

** TS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: diepdm@hul.edu.vn

2. Thẩm quyền của Tòa án trong giải quyết tranh chấp lao động

Thẩm quyền của Tòa án trong giải quyết TCLĐ bao gồm thẩm quyền xem xét giải quyết vụ việc lao động và thẩm quyền quyết định của Tòa án trong quá trình giải quyết vụ việc đó. Thẩm quyền xem xét giải quyết vụ việc lao động là tổng hợp các loại vụ việc lao động mà Tòa án có thẩm quyền thụ lý và giải quyết theo thủ tục tố tụng. Thẩm quyền quyết định của Tòa án là quyền quyết định, phân xử tính đúng đắn, hợp pháp đối với yêu cầu khởi kiện, yêu cầu phản tố, yêu cầu độc lập khi Tòa án xem xét giải quyết vụ việc lao động. Thẩm quyền xem xét giải quyết và thẩm quyền quyết định khi giải quyết vụ việc lao động của Tòa án có mối quan hệ chặt chẽ với nhau. Thẩm quyền của Tòa án trong giải quyết vụ việc lao động được thực hiện theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự và pháp luật lao động.

Thẩm quyền của Tòa án trong giải quyết TCLĐ được quy định cụ thể trong Bộ luật Tố tụng dân sự 2015¹. Tại Điều 32, tòa án có thẩm quyền giải quyết những TCLĐ cá nhân và TCLĐ tập thể về quyền phải thông qua thủ tục hòa giải của hòa giải viên lao động mà đã hòa giải thành nhưng các bên không thực hiện hoặc thực hiện không đúng, hòa giải không thành hoặc hết thời hạn hòa giải theo quy định pháp luật về lao động mà hòa giải viên lao động không tiến hành hòa giải.

2.1 Thẩm quyền Tòa án theo vụ việc²

Tòa án có thẩm quyền giải quyết những tranh chấp về lao động và tranh chấp liên quan đến lao động.

Khái niệm về TCLĐ theo BLLĐ 2019 đã được mở rộng, bao quát và quy định cụ thể rõ ràng hơn. TCLĐ ở đây được xác định trên ba quan hệ chính. Đó là quan hệ lao động, QHLĐ giữa các tổ chức đại diện với nhau và quan hệ có liên quan đến QHLĐ. BLLĐ 2019 cũng đã xác định rõ tranh chấp phát sinh từ QHLĐ bao gồm cả tranh chấp phát sinh trong quá trình xác lập, thực hiện và chấm dứt quan hệ và những tranh chấp phát sinh từ quan hệ có liên quan đến QHLĐ, tức là tranh chấp có thể phát sinh giữa các chủ thể không phải là chủ thể của QHLĐ. Đây là cơ sở quan trọng để thừa nhận các TCLĐ trên thực tế, giúp các thẩm phán nhận diện rõ hơn về VALĐ.

¹ Điều 35, 36, 37, 38, 39, 40 BLTTDS.

² Khoản 1 Điều 179 BLLĐ 2019, Điều 32 BLTTDS 2015

Tranh chấp liên quan đến lao động gồm 04 loại: (1) tranh chấp về học nghề, tập nghề; (2) tranh chấp về cho thuê lại lao động; (3) Tranh chấp về quyền công đoàn, kinh phí công đoàn; (4) Tranh chấp về an toàn lao động, vệ sinh lao động.

Khi xác định thẩm quyền của Tòa án theo vụ việc, Tòa án không được từ chối yêu cầu giải quyết vụ việc dân sự vì không có lý do không có điều luật để áp dụng³.

2.2 Thẩm quyền Tòa án theo cấp⁴

Thẩm quyền giải quyết TCLĐ của Tòa án theo cấp căn cứ vào tính chất phức tạp, hệ thống tổ chức của Tòa án, trình độ chuyên môn, nghiệp vụ của đội ngũ cán bộ, đây chính là điểm đặc trưng phân biệt với thẩm quyền Tòa án theo loại việc và thẩm quyền của Tòa án theo lãnh thổ.

Tại Việt Nam, Tòa án được tổ chức theo các đơn vị hành chính, Tòa án cấp tỉnh và Tòa án cấp huyện đều có thẩm quyền xét xử sơ thẩm vụ án lao động, vì vậy cần phải có sự phân định thẩm quyền xét xử sơ thẩm vụ án lao động (VALĐ) của TAND cấp tỉnh và TAND cấp huyện. Việc phân định như vậy nhằm đảm bảo được sự công bằng, thuận lợi và phù hợp với năng lực, trình độ chuyên môn, cơ sở vật chất của các cấp Tòa án.

Thứ nhất, Tòa án nhân dân cấp huyện

Có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về lao động theo thủ tục sơ thẩm những tranh chấp về lao động quy định tại Điều 32 của Bộ luật Tố tụng Dân sự (BLTTDS), trừ tranh chấp có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải ủy thác tư pháp cho cơ quan đại diện nước Cộng hòa Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài, cho Tòa án, cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài.

Thứ hai, Tòa án nhân dân cấp tỉnh, Tòa Lao động Tòa án nhân dân cấp tỉnh

Có thẩm quyền giải quyết theo thủ tục sơ thẩm: Những tranh chấp về lao động quy định tại Điều 32 của BLTTDS trừ những TCLĐ thuộc thẩm quyền của Tòa án nhân dân cấp huyện; Những tranh chấp về lao động có đương sự hoặc tài sản ở nước ngoài hoặc cần phải ủy thác tư pháp cho cơ quan đại diện nước Cộng hòa Xã hội Chủ nghĩa Việt Nam ở nước ngoài, cho Tòa nước ngoài, cơ quan có thẩm quyền của nước ngoài; Những TCLĐ thuộc thẩm quyền giải quyết của Tòa án nhân dân cấp huyện mà

³ Điều 4 BLTTDS năm 20150

⁴ Điều 35, 36, 37, 38 BLTTDS.

Tòa án nhân cấp tỉnh tự mình lấy lên để giải quyết khi xét thấy cần thiết hoặc theo đề nghị của Tòa án nhân dân cấp huyện.

2.3. Thẩm quyền giải quyết của Tòa án theo lãnh thổ⁵

Việc xác định thẩm quyền giải quyết các TCLĐ giữa các tòa án cùng cấp với nhau xuất phát từ cách tổ chức hệ thống tòa án theo địa giới hành chính. Mục đích nhằm đảm bảo việc giải quyết TCLĐ của Tòa án được nhanh chóng, bảo đảm việc bảo vệ lợi ích của Nhà nước, quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự, tạo thuận lợi cho các đương sự tham gia tố tụng, tránh việc chông chéo trong việc thực hiện thẩm quyền giữa các tòa án cùng cấp. Bên cạnh đó, quy định theo lãnh thổ sẽ tạo điều kiện thuận lợi, tiết kiệm thời gian, chi phí... của người tham gia tố tụng, cơ quan tiến hành tố tụng. Ngoài ra, còn thể hiện quyền tự định đoạt của đương sự. Các đương sự có quyền tự thỏa thuận với nhau bằng văn bản yêu cầu Tòa án nơi cư trú, làm việc của nguyên đơn, nếu nguyên đơn là cá nhân hoặc nơi có trụ sở của nguyên đơn, nếu nguyên đơn là cơ quan, tổ chức giải quyết TCLĐ.

Khi xác định thẩm quyền theo lãnh thổ, Tòa án sẽ xem xét giữa các bên có thỏa thuận hợp pháp về Tòa án giải quyết hay không. Nếu có, Tòa án đó có thẩm quyền giải quyết. Nếu không có thỏa thuận hoặc thỏa thuận không hợp pháp thì Tòa án có thẩm quyền giải quyết được xác định là Tòa án nơi bị đơn có trụ sở hoặc Tòa án theo sự lựa chọn nguyên đơn, nếu không biết nơi cư trú, làm việc, trụ sở của bị đơn thì nguyên đơn là NLD có thể yêu cầu Tòa án nơi bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở cuối cùng hoặc nơi bị đơn có tài sản giải quyết⁶. Thực tiễn xét xử cho thấy gần như không có thỏa thuận về Tòa án có thẩm quyền giải quyết trong các TCLĐ. Vì vậy, khi thụ lý các VALĐ còn vướng phải những khó khăn nhất định, nơi thực hiện HĐLĐ và nơi làm việc của NLD có khi trùng nhau nhưng cũng có khi khác nhau, có nhiều trường hợp NLD phải thường xuyên di chuyển những địa điểm làm việc khác nhau, vì vậy

⁵ Điều 39 BLTTDS.

⁶ Nếu bị đơn không có nơi cư trú, làm việc, trụ sở ở Việt Nam thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi mình cư trú, làm việc giải quyết. Nếu tranh chấp về bồi thường thiệt hại, trợ cấp khi chấm dứt HĐLĐ, bảo hiểm xã hội, quyền và lợi ích liên quan đến việc làm, tiền lương, thu nhập và các điều kiện lao động khác đối với NLD thì nguyên đơn là NLD có thể yêu cầu Tòa án nơi mình cư trú, làm việc giải quyết. Nếu tranh chấp phát sinh từ việc sử dụng lao động của người cai thầu hoặc người có vai trò trung gian thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi NSDLĐ là chủ chính cư trú, làm việc, có trụ sở hoặc người cai thầu, người có vai trò trung gian cư trú, làm việc giải quyết. Nếu các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở ở nhiều nơi khác nhau thì nguyên đơn có thể yêu cầu Tòa án nơi một trong các bị đơn cư trú, làm việc, có trụ sở giải quyết.

khi xác định Tòa án nơi làm việc của NLD theo quy định⁷ thì sẽ có rất nhiều Tòa án khác nhau có thẩm quyền giải quyết nên thực tế NLD thường lựa chọn Tòa án nơi doanh nghiệp có trụ sở. Tuy vậy, có những trường hợp doanh nghiệp thay đổi trụ sở làm việc nhưng không làm thủ tục đăng ký lại, khi có TCLĐ xảy ra việc xác định Tòa án nào có thẩm quyền giải quyết cũng là vấn đề đặt ra, có những trường hợp Tòa án đã trả lại đơn khởi kiện cho NLD vì lý do công ty hiện không còn trụ sở ghi trong Giấy chứng nhận đăng ký kinh doanh, trong những tình huống này, NLD khởi kiện nơi bị đơn có trụ sở giao dịch của doanh nghiệp đó vẫn không được Tòa án thụ lý hồ sơ.

Ngoài ra, pháp luật còn đưa ra các trường hợp khác xác định thẩm quyền của Tòa án khi giải quyết vụ việc lao động: Thẩm quyền của Tòa án theo sự lựa chọn của nguyên đơn đơn⁸; Thẩm quyền của Tòa án theo sự thỏa thuận của các bên; Thẩm quyền công nhận và cho thi hành các bản án, quyết định của các cơ quan tài phán nước ngoài về lao động tại Việt Nam.

Việc xác định thẩm quyền của Tòa án trong giải quyết vụ việc lao động có ý nghĩa rất quan trọng. Căn cứ vào thẩm quyền, Tòa án sẽ áp dụng thủ tục tố tụng tương ứng cho vụ án hay vụ việc lao động. Đối với đương sự và các bên liên quan sẽ nhanh chóng thực hiện được quyền khởi kiện của mình đúng với các quy định của pháp luật về thủ tục tố tụng, tránh được việc mất thời gian và chi phí nếu gửi đơn không đúng Tòa án có thẩm quyền. Mặt khác, việc xác định đúng thẩm quyền của Tòa án cũng là một trong những nội dung bảo đảm cho việc thực hiện quyền tiếp cận công lý của công dân.

Có thể thấy, việc xác định thẩm quyền của Tòa án giải quyết TCLĐ phải được xem xét trên nhiều phương diện và căn cứ theo từng trường hợp cụ thể để xác định Tòa án giải quyết một cách chính xác, thống nhất, hạn chế việc giải quyết sai thẩm quyền của Tòa án đối với các TCLĐ cá nhân xảy ra.

⁷ Khoản 9 Điều 3 BLLĐ năm 2019 và khoản 3 Điều 84 Nghị định số 145/2020/NĐ-CP

⁸ Điều 40 BLTTDS.

3. Trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tại tòa án

3.1 Trình tự thủ tục, giải quyết TCLĐ cá nhân⁹

TCLĐ có nhiều loại, có thể là TCLĐ cá nhân và TCLĐ tập thể hoặc TCLĐ về quyền và TCLĐ về lợi ích.

Theo Trung tâm Đào tạo quốc tế của ILO, “TCLĐ cá nhân là bất đồng giữa cá nhân NLĐ và NSDLĐ của mình, thường là về những quyền lợi hiện có”. Điểm đặc biệt của TCLĐ cá nhân so với các tranh chấp dân sự, tranh chấp kinh doanh – thương mại là TCLĐ cá nhân có thể phát sinh một hoặc nhiều quan hệ tranh chấp bởi vì QHLD bao gồm nhiều quan hệ liên quan đến HĐLĐ như tranh chấp về hoàn trả phí đào tạo, tranh chấp về tiền lương, tiền thưởng...

Tranh chấp lao động cá nhân phải qua thủ tục hòa giải viên lao động trước khi yêu cầu chủ thể khác giải quyết (trừ các tranh chấp quy định tại khoản 1 Điều 188 BLLĐ năm 2019). Trường hợp đã qua thủ tục hòa giải tại hòa giải viên lao động (nhưng hết thời hạn 05 ngày làm việc mà hòa giải viên lao động không tiến hành hòa giải hoặc hòa giải viên lao động đã hòa giải nhưng không thành hoặc hòa giải viên lao động đã hòa giải thành nhưng một trong các bên không thực hiện các thỏa thuận trong biên bản hòa giải thành) thì các bên tranh chấp được lựa chọn 01 trong 02 phương thức để giải quyết tiếp vụ tranh chấp: Khởi kiện đến Tòa án hoặc yêu cầu Hội đồng trọng tài lao động giải quyết.

Khi có yêu cầu tòa án giải quyết tranh chấp lao động, một bên trong tranh chấp lao động gửi đơn kiện đến tòa án có thẩm quyền kèm theo các tài liệu liên quan đến TCLĐ như hợp đồng lao động (HĐLĐ) và phụ lục hợp đồng, tài liệu chứng minh việc các bên đã hòa giải ở cơ sở nhưng không thành hoặc hòa giải không diễn ra hoặc các bên không tuân thủ biên bản hòa giải thành; các bên có yêu cầu hội đồng trọng tài lao động giải quyết tranh chấp lao động nhưng ban hội đồng lao động không được thành lập hoặc đã thành lập nhưng không tiến hành giải quyết TCLĐ trong thời hạn luật định, hoặc bên còn lại không thi hành quyết định của trọng tài...

Khi đơn khởi kiện đáp ứng đủ điều kiện trên, tòa án sẽ thụ lý vụ án và tiến hành hòa giải để các bên trong tranh chấp lao động thỏa thuận về việc giải quyết TCLĐ (cả về nội dung và án phí). Nếu các bên thỏa thuận được, thẩm phán sẽ lập biên bản hòa

⁹ Điều 188, 189, 190 BLLĐ năm 2019

giải thành, và hết thời gian 07 ngày, nếu không có đương sự nào thay đổi ý kiến thì thẩm phán sẽ ra quyết định công nhận sự thỏa thuận của các đương sự. Các bên trong TCLĐ sẽ thực hiện theo biên bản hòa giải thành này. Trường hợp các bên không thỏa thuận được, tòa án đưa vụ án ra xét xử, các bên có nghĩa vụ phải thi hành bản án của tòa án. Nếu không đồng ý với phán quyết của tòa án, đương sự có thể kháng cáo trong thời hạn 15 ngày kể từ ngày công bố bản án.

3.2. Trình tự thủ tục giải quyết tranh chấp lao động tập thể về quyền¹⁰

Theo Trung tâm Đào tạo quốc tế ILO “TCLĐ tập thể là bất đồng giữa một nhóm NLD, thường là, nhưng không nhất thiết được công đoàn đại diện, và một NSDLĐ hoặc nhóm NSDLĐ về những quyền lợi hiện có hoặc những lợi ích trong tương lai”.

TCLĐ tập thể về quyền là tranh chấp giữa nhiều NLD và NSDLĐ của họ liên quan đến sự vi phạm một quyền lợi hiện có được quy định bởi pháp luật, TULĐTT hoặc HĐLĐ.

Theo báo cáo của Ủy ban Quan hệ lao động (2023) cho thấy, trong giai đoạn 2020-2022, phần lớn các vụ TCLĐ tập thể diễn ra dưới hình thức ngừng việc tập thể, bình quân từ 2-2,5 ngày/vụ. Cụ thể năm 2020 cả nước xảy ra 122, 2021 91 vụ, 2022 144 vụ ngừng việc tập thể. Số vụ tập thể NLD yêu cầu về tiền lương là 45,61%, tiền thưởng chiếm 20,95%, chế độ bảo hiểm 5,5%.

Mọi tranh chấp lao động tập thể về quyền phải được giải quyết thông qua thủ tục hòa giải tại hòa giải viên lao động. Trường hợp đã qua thủ tục hòa giải tại hòa giải viên lao động (nhưng hết thời hạn 05 ngày làm việc mà hòa giải viên lao động không tiến hành hòa giải; Hòa giải viên lao động đã hòa giải nhưng không thành hoặc hòa giải viên lao động đã hòa giải nhưng một trong các bên không thực hiện) thì các bên tranh chấp có quyền lựa chọn một trong hai phương thức sau: yêu cầu hội đồng trọng tài lao động giải quyết trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày được thành lập, ban trọng tài lao động căn cứ vào quy định của pháp luật về lao động, thỏa ước lao động tập thể, nội quy lao động đã được đăng ký và các quy chế, thỏa thuận hợp pháp khác để ra quyết định giải quyết tranh chấp. Các bên tranh chấp được quyền yêu cầu Tòa án tiếp tục giải quyết vụ TCLĐ tập thể về quyền trong các trường hợp: một trong các bên không thi hành quyết định giải quyết tranh chấp của ban trọng tài lao động; Hết

¹⁰ Điều 192, 193, 194 Bộ Luật Lao động năm 2019

thời hạn 07 ngày mà ban trọng tài lao động không được thành lập hoặc thời hạn 30 ngày mà ban trọng tài lao động không ra quyết định giải quyết tranh chấp.

Toà án chỉ giải quyết TCLĐ tập thể về quyền, không giải quyết TCLĐ tập thể về lợi ích, bởi TCLĐ tập thể về quyền là tranh chấp trong trường hợp có vi phạm pháp luật, một trong các bên tranh chấp cho rằng bên kia đã hiểu sai hoặc không thực hiện các nội dung đã thoả thuận cam kết thực hiện giữa các bên, như vậy có căn cứ, cơ sở để Toà án giải quyết.

3.3. *Trình tự, thủ tục giải quyết TCLĐ tập thể về lợi ích*¹¹

TCLĐ tập thể về lợi ích là tranh chấp phát sinh trong trường hợp không có vi phạm pháp luật, phát sinh trong quan hệ lao động, trong quá trình các bên thương lượng tập thể, tập thể NLD muốn có quyền lợi cao hơn các nội dung luật định. Vì vậy, đối với trường hợp TCLĐ cá nhân hay tập thể về lợi ích không thể đưa ra toà án giải quyết, mà chỉ có thể giải quyết bằng các phương thức thương lượng, hoà giải, trọng tài và nếu không giải quyết được thì tập thể lao động tiến hành đình công để phản đối và gây sức ép đến NSDLĐ.

4. Thực trạng giải quyết tranh chấp lao động tại Tòa án

Tranh chấp lao động là “tranh chấp về quyền và nghĩa vụ, lợi ích phát sinh giữa các bên trong quá trình xác lập, thực hiện hoặc chấm dứt QHLD, tranh chấp giữa các tổ chức đại diện NLD với nhau; tranh chấp phát sinh từ quan hệ có liên quan trực tiếp đến QHLD”¹². Đây chính là cơ sở để Tòa án xác định thế nào VALĐ. TCLĐ ở đây được xác định phát sinh trên ba quan hệ chính, đó là quan hệ lao động, quan hệ giữa các tổ chức đại diện với nhau và quan hệ có liên quan đến quan hệ lao động. Quy định này đã tạo nên sự thống nhất trong chính nội hàm của pháp luật lao động, đồng thời góp phần giải quyết hiệu quả, nhanh chóng, linh hoạt các mâu thuẫn, xung đột trong QHLD, đảm bảo quyền và lợi ích hợp pháp, chính đáng của các bên trong QHLD.

Đơn khởi kiện là cơ sở pháp lý quan trọng để toà án xem xét thụ lý VALĐ, song không phải có đơn khởi kiện ra Toà án là VALĐ. TCLĐ chỉ được xác định là VALĐ khi tranh chấp đó đáp ứng các điều kiện thụ lý và được Toà án thụ lý, vào sổ thụ lý

¹¹ Điều 196, 197 Bộ Luật Lao động năm 2019

¹² Khoản 1 Điều 179 BLLĐ năm 2019.

vụ án thì khi đó mới được xác định là VALĐ. Tuy nhiên, cũng có trường hợp Toà án đã thụ lý nhưng sau đó phát hiện vụ việc không thuộc thẩm quyền giải quyết và chuyển vụ việc cho Toà án có thẩm quyền, trong trường hợp này, chỉ khi vụ việc được Toà án có thẩm quyền giải quyết thì mới được xem là VALĐ.

Như vậy, VALĐ là các TCLĐ được Toà án có thẩm quyền thụ lý, giải quyết theo trình tự, thủ tục mà pháp luật quy định đối với đơn khởi kiện của cơ quan, tổ chức, cá nhân.

Thực tiễn xét xử trong những năm qua cho thấy số lượng các vụ việc lao động được Toà án thụ lý giải quyết cũng tương đối dù ít hơn rất nhiều so với các vụ việc dân sự, hôn nhân gia đình, kinh doanh - thương mại.

Bảng 1: Số liệu vụ án dân sự được giải quyết tại các Tòa án

Đơn vị: vụ

Năm	2019 ¹³	2020 ¹⁴	2021 ¹⁵	2022 ¹⁶
Vụ việc				
Vụ việc dân sự ¹⁷ /đã giải quyết, xét xử	447.177/ 311.480	438.514/ 314.233	411.299/ 324.813	444.311/ 386.714
Vụ việc dân sự thụ lý theo thủ tục sơ thẩm/đã giải quyết, xét xử	415.763	420.863/ 301.216	393.962/ 312.398	426.279/ 370.676
Vụ việc lao động thụ lý theo thủ tục sơ thẩm/đã giải quyết, xét xử	3.648	3.674	2.802/ 1.881	2.884/ 2.508
Vụ việc dân sự thụ lý theo thủ tục phúc thẩm/đã giải quyết, xét xử		16.785/ 12.357	16.437/ 117.01	17.165/ 15.430
Vụ việc lao động thụ lý theo thủ tục phúc thẩm//đã giải quyết, xét xử			307/ 244	242/ 232

Nguồn: số liệu thống kê của Vụ Tổng hợp Tòa án Nhân dân tối cao và Báo cáo tổng kết hàng năm của ngành Tòa án.

¹³ Báo cáo số 01/BC-TA ngày 09/01/2020 của Tòa án nhân dân tối cao tổng kết công tác năm 2019 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2020 của Tòa án.

¹⁴ Tòa án Nhân dân tối cao (2021), “Báo cáo tổng kết công tác năm 2020 và nhiệm kỳ 2016-2020; phương hướng nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2021 của Tòa án”, truy cập tại <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND199131>.

¹⁵ Tòa án Nhân dân tối cao (2022), “Báo cáo tổng kết công tác năm 2021 và phương hướng nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2022 của Tòa án”, truy cập tại <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND155594>.

¹⁶ Báo cáo số 75/BC-TA ngày 10/10/2022 của Tòa án nhân dân tối cao Chánh án Tòa án nhân dân tối cao về công tác của các Tòa án tại kỳ họp thứ 4 Quốc hội khóa XV.

¹⁷ Báo cáo của Tòa án nhân dân tối cao ngày 10/10/2021: Vụ việc dân sự theo nghĩa rộng gồm vụ việc dân sự, vụ việc hôn nhân và gia đình, vụ việc kinh doanh thương mại, phá sản doanh nghiệp và vụ việc lao động.

Bảng 2: Số vụ tranh chấp lao động cá nhân được thụ lý và giải quyết sơ thẩm tại Tòa án nhân dân giai đoạn (2019 đến 2022)

Đơn vị: vụ

Chỉ tiêu	2019		2020		2021		2022	
	Số vụ thụ lý	Số vụ giải quyết	Số vụ thụ lý	Số vụ giải quyết	Số vụ thụ lý	Số vụ giải quyết	Số vụ thụ lý	Số vụ giải quyết
Về xử lý kỷ luật sa thải, đơn phương chấm dứt HĐLĐ	794	571	1090	698	882	440	4095	762
Về bồi thường thiệt hại, trợ cấp khi chấm dứt HĐLĐ	395	291	349	264	242	142	222	149
Giữa người giúp việc gia đình với NSDLĐ	12	6	14	7	7	1	16	10
Về BHXH, BHYT, BHTN, BH TNLĐ, bệnh nghề nghiệp	490	406	525	403	902	690	880	701
Về bồi thường thiệt hại cho NLĐ đi làm việc ở nước ngoài	15	9	13	5	9	1	10	2
Về quyền, lợi ích liên quan đến việc làm, tiền lương	734	604	1.049	856	514	308	613	464
Các tranh chấp khác	282	158	327	171	293	133	295	196

Chỉ tiêu	2019		2020		2021		2022	
	Số vụ thụ lý	Số vụ giải quyết	Số vụ thụ lý	Số vụ giải quyết	Số vụ thụ lý	Số vụ giải quyết	Số vụ thụ lý	Số vụ giải quyết
Tổng cộng	2.722	2.045	3.367	2.404	2.849	1.715	3.131	2.284

Nguồn: Tòa án nhân dân tối cao

Qua hầu hết các VALĐ được giải quyết tại Tòa án trong những năm qua cho thấy một số đặc điểm sau:

Một là, TCLĐ phổ biến là TCLĐ cá nhân (bảng số 2), số vụ tăng mạnh trong năm 2020 lên hơn 3.300 vụ và giảm xuống còn 2.800 vụ trong năm 2021, năm 2022 tăng hơn 3.100 vụ, bình quân mỗi tháng khoảng 258 vụ tranh chấp lao động cá nhân. Loại tranh chấp này ngày càng tăng theo sự phát triển của doanh nghiệp, vì vậy cũng không đồng đều giữa các địa bàn lãnh thổ và khu vực kinh tế, xảy ra chủ yếu ở các thành phố lớn và có nhiều khu chế xuất, khu công nghiệp như Thành phố Hồ Chí Minh, Hà Nội, Bình Dương, Đồng Nai, Hải Dương, Hải Phòng, Long An... Chính vì vậy, Tòa án tại các khu vực này giải quyết vụ việc lao động nhiều hơn tại các địa phương khác.

Hai là, trong số các vụ án TCLĐ tại Tòa án giải quyết, nội dung liên quan đến đơn phương chấm dứt HĐLĐ, xử lý kỷ luật, sa thải chiếm tỷ trọng lớn nhất (bình quân khoảng 32% số vụ), kể đến là các vụ việc liên quan đến việc làm, tiền lương (bình quân chiếm khoảng 24% số vụ). Các vụ việc có nội dung tranh chấp liên quan đến các chế độ bảo hiểm (BHXH, BHYT, BHTN, BHTNLĐ, BNN) cũng chiếm tỷ lệ khá lớn (bình quân khoảng 21% số vụ) (bảng số 2). Đặc biệt từ năm 2020 trở về đây, do ảnh hưởng dịch bệnh Covid-19 liên quan đến sản xuất kinh doanh đình trệ, doanh nghiệp thu hẹp sản xuất hoặc ngừng hoạt động hoặc phá sản, đời sống NLĐ khó khăn, mất việc làm... nên những TCLĐ về chấm dứt HĐLĐ, đơn phương chấm dứt HĐLĐ do thay đổi cơ cấu hoặc vì lý do kinh tế, dịch bệnh, về BHXH, về tiền lương tăng khá nhiều. Trong thời gian chịu tác động của dịch bệnh, nhiều vấn đề mới phát sinh tại nơi làm việc, nảy sinh bất đồng nhưng doanh nghiệp không có một quy trình và cách thức hiệu quả để phát hiện và giải quyết kịp thời.

Ba là, đại đa số người khởi kiện trong các VALĐ là NLĐ (bảng số 2), tuy nhiên, so với trước đây, các VALĐ do người sử dụng lao động khởi kiện cũng đã tăng khá nhiều do có nhiều thay đổi trong mối quan hệ giữa NLĐ và NSDLĐ về việc làm, bí mật công nghiệp... liên quan đến ngành lao động kỹ thuật số, công nghệ thông tin theo cách mạng công nghiệp 4.0.

Qua nhiều lần sửa đổi, bổ sung các BLLĐ, các quy định của PLLĐ có thể nói đến nay đã khá hoàn thiện, việc xác định tranh chấp nào là TCLĐ để qua đó Tòa án thụ lý đúng thẩm quyền giải quyết tuy có thuận lợi, dễ dàng hơn, linh hoạt hơn nhưng vẫn còn những vướng mắc phát sinh để xác định loại việc nào thuộc thẩm quyền của Tòa án.

Việc nhận diện thế nào là HĐLĐ ngày càng đa dạng và phức tạp, bởi ranh giới giữa quan hệ lao động và dân sự hoặc kinh doanh thương mại khá nhập nhằng. Chẳng hạn, từ vụ án tranh chấp giữa các cá nhân chạy Grab và công ty kinh doanh dịch vụ Grab hay việc thỏa thuận bảo mật thông tin và không cạnh tranh... Chính vì vậy, việc Tòa án làm rõ được những dấu hiệu đặc trưng của từng vụ án, thu thập chứng cứ chứng minh đó là QHLD... là cả một quá trình trước khi xác định được bản chất của loại tranh chấp.

Bên cạnh đó, còn có vụ việc Tòa án xác định là VALĐ nhưng không phải phát sinh từ QHLD mà lại xuất phát từ quan hệ hợp đồng làm việc. Đối với vụ việc này tại Điều 30 Luật Viên chức năm 2010 (được sửa đổi bổ sung năm 2019) có quy định: “Tranh chấp liên quan đến việc ký kết, thực hiện hoặc chấm dứt hợp đồng làm việc được giải quyết theo quy định của pháp luật về lao động”. Nghĩa là, Tòa án có thẩm quyền giải quyết các tranh chấp về chấm dứt hợp đồng làm việc của đối tượng là viên chức. Nhưng thực tiễn xét xử, có Tòa án lại không xác định đó là TCLĐ, vì vậy không phải là VALĐ nên đã đình chỉ giải quyết vụ án.

Đối với những VALĐ liên quan đến trường hợp NSDLĐ đơn phương chấm dứt HĐLĐ. Điều 36 BLLĐ 2019 quy định về những trường hợp NSDLĐ được quyền đơn phương chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐ khá rõ ràng, cụ thể. Tuy vậy, đối với hai căn cứ để NSDLĐ chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐ còn những cách hiểu và đánh giá khác nhau. Đó là căn cứ: 1) Do thiên tai, hỏa hoạn, dịch bệnh nguy hiểm, dịch họa hoặc di dời, thu hẹp sản xuất, kinh doanh theo yêu cầu của cơ quan nhà nước có thẩm quyền

mà người sử dụng lao động đã tìm mọi biện pháp khắc phục nhưng vẫn buộc phải giảm chỗ làm việc và 2) Người lao động cung cấp không trung thực thông tin theo quy định tại khoản 2 Điều 16 của BLLĐ 2019 khi giao kết hợp đồng lao động làm ảnh hưởng đến việc tuyển dụng người lao động. Tuy nhiên, yếu tố để Tòa án phán quyết thế nào là NSDLĐ đã “tìm mọi cách khắc phục” là vấn đề cần phải đặt ra vì chưa được hướng dẫn chi tiết; và vì không phải căn cứ NLĐ cung cấp thông tin không trung thực thì mặc nhiên NSDLĐ có thể đơn phương chấm dứt HĐLĐ đối với NLĐ mà NSDLĐ phải chứng minh được việc cung cấp thông tin không trung thực của NLĐ đã ảnh hưởng đến việc tuyển dụng NLĐ nhưng cơ sở nào để xác định thông tin cung cấp không trung thực đó ảnh hưởng đến việc tuyển dụng NLĐ, thì pháp luật không có sự giải thích... Vì vậy, đối với những vụ việc còn chưa rõ ràng về pháp luật nội dung, việc đánh giá này sẽ phụ thuộc vào sự nhìn nhận, đánh giá của các Tòa án.

Trường hợp xử lý kỷ luật theo hình thức sa thải NLĐ, sa thải là loại TCLĐ được khởi kiện tại Tòa án chiếm số lượng khá nhiều (bảng số 2). Đối với những VALĐ liên quan đến sa thải, Tòa án cần phải xem xét quyết định sa thải là đúng hay sai, hợp pháp hay không hợp pháp để ra phán quyết. Trong các trường hợp được áp dụng khi sa thải NLĐ tại Điều 125 BLLĐ 2019, thì hành vi tiết lộ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của NSDLĐ, có hành vi gây thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây thiệt hại đặc biệt nghiêm trọng về tài sản, lợi ích của NSDLĐ hoặc quấy rối tình dục tại nơi làm việc... thì không dễ xác định trong thực tiễn áp dụng. Hiện nay cũng chưa có văn bản pháp luật nào quy định thiệt hại đối với NSDLĐ được xác định như thế nào, là thiệt hại trực tiếp hay gồm cả thiệt hại gián tiếp; mức thiệt hại như thế nào để đánh giá là nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng. Chính vì còn những khoảng trống trong các quy định như trên, nên dẫn đến tình trạng Tòa án có thẩm quyền rất lớn khi xét xử. Nhiều phán quyết của Tòa án chưa đủ sức thuyết phục và hợp lý.

Bên cạnh những quy định còn chưa được rõ ràng khi áp dụng pháp luật lao động giải quyết các VALĐ, còn có những trường hợp Tòa án có những quyết định rất trái ngược về việc thế nào là có sự thỏa thuận bằng văn bản trao đổi với Ban chấp hành công đoàn cơ sở (BCH CĐCS) hoặc công đoàn cấp trên trong trường hợp đơn phương

châm dứt HĐLĐ hoặc sa thải đối với NLĐ là ủy viên BCH CĐCS¹⁸. Tuy nhiên, thế nào là có sự thỏa thuận bằng văn bản? Sự thỏa thuận đó được thể hiện bằng văn bản gì? Diễn ra trước, trong hay sau khi tiến hành xét xử kỷ luật thì pháp luật lao động hiện hành chưa có quy định mà thực tiễn xét xử của các Tòa án cũng có các quyết định khác nhau.

Qua thực tiễn xét xử của các Tòa án cho thấy cùng một quy định pháp luật nhưng các Tòa án, các cấp Tòa án áp dụng lại rất khác nhau. Nhiều vụ án, quyết định của Tòa án chưa đạt được sự đồng thuận, thống nhất trong cách hiểu, áp dụng pháp luật. Nguyên nhân chủ quan, do có nhiều vấn đề mới phát sinh pháp luật chưa kịp điều chỉnh, có những quy định pháp luật lao động hiện hành nội tại vẫn còn nhiều quy định chưa cụ thể, còn định tính, còn có nhiều cách hiểu khác nhau dẫn đến có những quyết định, phân xử không thống nhất giữa các Tòa án, cấp Tòa án. Nguyên nhân chủ quan là về phía Tòa án. Do năng lực trình độ kinh nghiệm của các thẩm phán khác nhau nên việc áp dụng pháp luật lao động chưa thật sự được thống nhất. Ở những khu vực như (thành phố Hồ Chí Minh, Đồng Nai, Bình Dương, Hà Nội...) do có nhiều khu công nghiệp, TCLĐ phát sinh nhiều, các thẩm phán có nhiều kinh nghiệm áp dụng pháp luật lao động. Ở một số tỉnh ít vụ án TCLĐ nên việc áp dụng PLLĐ có phần khó khăn. Hơn nữa khối lượng công việc của các thẩm phán có chiều hướng ngày càng tăng (bảng số 1), trong khi đó, số lượng các loại vụ việc và đơn đề nghị giám đốc thẩm, tái thẩm mà các Tòa án phải thụ lý, giải quyết tăng so với năm trước với tính chất ngày càng phức tạp, chứng cứ không rõ ràng mất nhiều thời gian xác minh, trong khi số lượng Thẩm phán, công chức chưa đủ để đáp ứng được yêu cầu nhiệm vụ dẫn đến áp lực rất lớn với Tòa án¹⁹. Số lượng Thẩm phán trong toàn ngành Tòa án năm 2022 là 6.434 người, chiếm 48,23% tổng số biên chế Tòa án nhân dân các cấp (có 13.341 Người), trong đó có 4.129 Thẩm phán sơ cấp và 1.420 Thẩm phán trung cấp²⁰. Như vậy, bình quân mỗi Thẩm phán phải giải quyết 88 vụ/ năm, tương ứng với 7,3 vụ mỗi tháng, áp lực công việc là khá lớn. Biên chế không được tăng²¹, trong

¹⁸ Khoản 2 Điều 25 Luật Công đoàn năm 2012, Khoản 3 Điều 177 BLLĐ năm 2019.

¹⁹ Báo cáo số 75/BC-TA ngày 10/10/2022 của Tòa án nhân dân tối cao Chánh án Tòa án nhân dân tối cao về công tác của các Tòa án tại kỳ họp thứ 4 Quốc hội khóa XV (bản tóm tắt), tr.13.

²⁰ Tòa án nhân dân tối cao (2022), Báo cáo số 30/BC-TA ngày 06/4/2022, tr.4.

²¹ Nghị quyết số 609/NQ-UBTVQH15 ngày 28/9/2022 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội khóa XV về biên chế của các Tòa án nhân dân giai đoạn 2022-2026.

khi đó, số lượng Thẩm phán, cán bộ ngành Tòa án nghỉ việc cũng khá nhiều, năm 2022, có gần 1.000 cán bộ, công chức Tòa án nghỉ việc²² càng đè nặng trách nhiệm và công việc lên vai Thẩm phán.

5. Giải pháp hoàn thiện pháp luật và nâng cao hiệu quả giải quyết tranh chấp lao động tại Tòa án

Pháp luật quy định hiện hành đã quy định cụ thể về thẩm quyền, trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp lao động của Tòa án, tuy nhiên, thực tiễn thực hiện vẫn còn một số khó khăn, bất cập, vướng mắc. Trong phạm vi bài viết, tác giả đề xuất các giải pháp như sau:

i) Nhà nước cần sớm ký kết Công ước số 87 năm 1948 về quyền tự do liên kết và quyền tổ chức. Đây là công ước quốc tế cơ bản để thực thi quyền đại diện lao động hiệu quả trong thực tế. Quyền đại diện lao động có vai trò quan trọng trong điều tiết quan hệ lao động hài hòa, ổn định, hạn chế các tranh chấp lao động xảy ra. Tính đến nay, Việt Nam đã gia nhập 25 công ước của ILO, bao gồm 7/8 công ước cơ bản, trong đó có liên quan đến các lĩnh vực thương lượng tập thể, phòng chống phân biệt đối xử, lao động trẻ em và lao động cưỡng bức. Việt Nam cũng đã nỗ lực triển khai việc thực thi các công ước, trong đó bao gồm việc nội luật hóa các quy định của công ước trong hệ thống pháp luật quốc gia, đặc biệt là Bộ luật Lao động năm 2019²³. Tuy nhiên, công ước 87 Việt Nam lại chưa ký kết.

ii) Tiếp tục hoàn thiện pháp luật lao động, cả về pháp luật nội dung và pháp luật hình thức, sự không tương thích về pháp luật nội dung và pháp luật hình thức sẽ dẫn đến tình trạng bất cập khi Tòa án thực hiện thẩm quyền quyết định trong giải quyết vụ việc lao động. Pháp luật về nội dung quyết định pháp luật về thủ tục, sự thay đổi pháp luật nội dung đã dẫn đến sự thay đổi pháp luật thủ tục, nhưng bản thân pháp luật nội dung cũng cần pháp luật thủ tục để giải quyết các vấn đề về nội dung và chuyển tải nội dung đó đến với thực tiễn cuộc sống. Nếu luật thủ tục không hợp lý, không khả thi thì chính pháp luật về thủ tục trở thành rào cản trong việc đưa luật nội dung vào thực tiễn cuộc sống một cách hiệu quả.

²² <https://quochoitv.vn/1000-can-bo-cong-chuc-nganh-toa-an-nghi-viec-nam-2022>.

²³ <https://baochinhphu.vn/viet-nam-gia-nhap-25-cong-uoc-cua-to-chuc-lao-dong-quoc-te-102293066.htm>, truy cập 8/2023

Để pháp luật tố tụng lao động thực thi hiệu quả, cần phải hoàn thiện pháp luật về nội dung. Hiện nay, Luật Công đoàn năm 2012 ban hành đã lâu cùng thời điểm Bộ luật Lao động năm 2012. Tuy nhiên, Bộ luật Lao động đã được ban hành năm 2019. Ngoài ra, Việt Nam là thành viên Hiệp định Đối tác Toàn diện và Tiến bộ Xuyên Thái Bình Dương (CPTPP)²⁴. Trong đó, Chương 19 của Hiệp định ghi nhận về “tự do liên kết và công nhận hiệu quả quyền thương lượng tập thể”²⁵. Điều này đã được Bộ luật Lao động năm 2019 quy định. Chính vì vậy, Nhà nước sớm ban hành Luật Công đoàn thay thế Luật Công đoàn năm 2012 để bảo đảm sự điều chỉnh phù hợp giữa các văn bản pháp luật.

iii) Nhà nước cần ban hành các quy định hướng dẫn nội dung về tổ chức đại diện lao động trong Bộ luật Lao động năm 2019 để tổ chức đại diện tại doanh nghiệp hoạt động thực chất.

iv) Hoàn thiện tố tụng lao động: Cần đề cao yêu cầu sát thực tiễn và theo yêu cầu của thực tiễn để đảm bảo được tính khả thi của pháp luật trong khi áp dụng tố tụng. Loại bỏ các quy định làm ảnh hưởng đến tiến độ giải quyết vụ án lao động. Tiếp tục nghiên cứu toàn diện hơn nữa về tố tụng lao động để tạo cơ sở cho việc hoàn thiện pháp luật. Xây dựng cơ chế tố tụng riêng biệt cho các vụ án lao động nhỏ, chỉ giải quyết trong một lần và ít mất thời gian hơn so với xét xử sơ thẩm, không có khả năng kháng cáo. Xây dựng hệ thống giải quyết tranh chấp lao động cấp quốc gia, đảm bảo tính thống nhất, kết nối một cách có hiệu quả giữa trung ương với địa phương và giữa các địa phương nhằm giải quyết hiệu quả TCLĐ. Hệ thống giải quyết TCLĐ ở Việt Nam hiện đang được tổ chức theo đơn vị hành chính, trong khi đó, xu hướng chung của QHLD là phát triển theo ngành nghề, vì vậy, sẽ hiệu quả hơn nếu các cơ chế đối thoại, thương lượng và TCLĐ được tổ chức ở cấp ngành. Việc thiết lập hệ thống giải quyết TCLĐ cấp quốc gia đồng nghĩa với việc phát triển hệ thống hỗ trợ QHLD, nhất là sau khi các tổ chức đại diện mới của NLD được liên kết ngoài doanh nghiệp.

v) Hoàn thiện cơ chế thẩm phán, hội thẩm nhân dân trong giải quyết các vụ án tranh chấp lao động. Cần phải có đội ngũ thẩm phán được đào tạo chuyên sâu về lao

²⁴ <https://trungtamwto.vn/fta/175-cptpp-tpp11/1>, truy cập 8/2023

²⁵ <https://thuvienphapluat.vn/chinh-sach-phap-luat-moi/vn/hiiep-dinh-TPP/11921/ban-tieng-viet-cua-hiiep-dinh-tpp-chuong-19-lao-dong>, truy cập 8/2023

động như vậy hiệu quả xử án sẽ cao hơn, hạn chế được án sai sót gây thiệt hại cho cả NLD và NSDLĐ. Để kiểm tra giả thuyết này, dữ liệu về tỷ lệ xác nhận và thước đo năng suất xử án của 9 vụ kháng cáo của Tòa án Lao động (Landesarbeitsgericht) trong giai đoạn 1980-1998 tại hệ thống Tòa án Lao động Đức, cho thấy sự khác biệt quan trọng về năng suất giữa các Tòa án có sử dụng nhiều thẩm phán có bằng Tiến sĩ (năng suất cao hơn) và những Tòa án sử dụng nhiều thẩm phán được bổ nhiệm lâu năm (kém năng suất hơn).

vi) Công nghệ số ứng dụng vào tố tụng lao động. Việc số hóa thủ tục lao động sẽ là một trợ thủ đắc lực trong việc tìm kiếm các công cụ nhằm rút ngắn thời gian giải quyết tranh chấp đã thúc đẩy nhiều cải cách pháp lý và đưa ra các cơ chế cụ thể giảm bớt sự tắc nghẽn và tăng tốc các thủ tục tố tụng tại tòa án.

6. Kết luận

Pháp luật hiện hành quy định về tố tụng lao động đã thiết lập được hành lang pháp lý để tòa án thực hiện việc xét xử, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của đương sự. Tuy nhiên, thực trạng pháp luật về tố tụng lao động vẫn còn một số hạn chế, bất cập cần phải hoàn thiện. Thực tiễn thực hiện pháp luật về tố tụng lao động còn chưa thực sự hiệu quả. Để pháp luật về tố tụng lao động triển khai có hiệu quả trong thời gian tới, Nhà nước cần hoàn thiện pháp luật về nội dung và pháp luật về hình thức. Đồng thời hoàn thiện cơ chế thẩm phán, hội thẩm nhân dân trong giải quyết các vụ án tranh chấp lao động, ứng dụng công nghệ số vào quá trình giải quyết tranh chấp và đặc biệt hoàn thiện pháp luật tố tụng lao động cần phù hợp với các tiêu chuẩn lao động quốc tế và quá trình toàn cầu hóa./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật Lao động 2019, số 45/2019/QH14, ngày 20/11/2019.
2. Luật Công đoàn 2012, số 12/2012/QH13, ngày 01/01/2013.
3. Bộ luật tố tụng dân sự 2015, số 92/2015/QH13, ngày 25/11/2015
4. Chính phủ (2020), Nghị định số 145/2020/NĐ-CP quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Bộ luật lao động về điều kiện lao động và quan hệ lao động, ngày 14/12/2020.

5. Báo cáo số 01/BC-TA ngày 09/01/2020 của Tòa án nhân dân tối cao tổng kết công tác năm 2019 và nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2020 của Tòa án.
6. Báo cáo tổng kết công tác năm 2020 và nhiệm kỳ 2016-2020; phương hướng nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2021 của Tòa án, truy cập tại <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND199131>.
7. Báo cáo tổng kết công tác năm 2021 và phương hướng nhiệm vụ trọng tâm công tác năm 2022 của Tòa án, truy cập tại <https://www.toaan.gov.vn/webcenter/portal/tatc/chi-tiet-chi-dao-dieu-hanh?dDocName=TAND155594>.
8. Báo cáo số 30/BC-TA ngày 06/4/2022 của Tòa án nhân dân tối cao, tr.4.
9. Báo cáo số 75/BC-TA ngày 10/10/2022 của Tòa án nhân dân tối cao Chánh án Tòa án nhân dân tối cao về công tác của các Tòa án tại kỳ họp thứ 4 Quốc hội khóa XV.
10. Tòa án nhân dân giai đoạn 2022-2026.
11. <https://quochoitv.vn/1000-can-bo-cong-chuc-nganh-toa-an-nghi-viec-nam-2022>, truy cập 8/2023
12. <https://baochinhphu.vn/viet-nam-gia-nhap-25-cong-uoc-cua-to-chuc-lao-dong-quoc-te-102293066.htm>, truy cập 8/2023
13. <https://trungtamwto.vn/fta/175-cptpp-tpp11/1>, truy cập 8/2023
14. <https://thuvienphapluat.vn/chinh-sach-phap-luat-moi/vn/hiep-dinh-TPP/11921/ban-tieng-viet-cua-hiep-dinh-tpp-chuong-19-lao-dong>, truy cập 8/2023
15. CPTPP, <https://trungtamwto.vn/fta/175-cptpp-tpp11/1>, truy cập 8/2023.
16. Chương 19 Lao động, <https://thuvienphapluat.vn/chinh-sach-phap-luat-moi/vn/hiep-dinh-TPP/11921/ban-tieng-viet-cua-hiep-dinh-tpp-chuong-19-lao-dong>, truy cập 8/2023.
17. Tổ chức Lao động Quốc tế ILO (2019) Giải quyết tranh chấp lao động.
18. Tổ chức Lao động Quốc tế ILO (2019) Báo cáo quan hệ lao động 2019.

19. Thùy Dung, Việt Nam gia nhập 25 công ước của Tổ chức Lao động quốc tế, <https://baohinhphu.vn/viet-nam-gia-nhap-25-cong-uoc-cua-to-chuc-lao-dong-quoc-te-102293066.htm>, truy cập 8/2023.
20. Viện Khoa học pháp lý (Bộ Tư pháp), 2022, Từ điển Luật học, Nxb Từ điển Bách khoa và Nxb Tư pháp.

LAW ON LABOR PROCEEDINGS IN COURT SITUATION AND SOLUTIONS

Abstract: Labor procedure is "the order and procedures for resolving labor disputes at a jurisdictional agency in accordance with law". However, the current law on labor procedure does not have specific provisions to resolve labor cases, the regulation of general procedures on civil procedures (including the fields of civil, economic, labor, family marriage,...) has revealed certain limitations, many inadequacies arise in the process of applying the law that need to be removed. Within the scope of the article, the author focuses on analyzing the limitations in the application of formal law to solve labor cases and proposing solutions to contribute to perfecting judicial reform in the spirit of the 13th National Party Congress.

Keywords: Labor procedure; Court; Labor disputes

CÁC TRƯỜNG HỢP LOẠI TRỪ TRÁCH NHIỆM PHÁP LÝ DO VI PHẠM HỢP ĐỒNG KINH DOANH BẤT ĐỘNG SẢN

Lê Cao*

Tóm tắt: Hợp đồng khi được các bên tự do, tự nguyện thỏa thuận hợp pháp thì có hiệu lực và ràng buộc trách nhiệm tuân thủ thực hiện của các bên để đảm bảo mỗi bên đạt được các lợi ích mà mình mong muốn khi xác lập giao dịch đó. Khi bên có nghĩa vụ không thực hiện nghĩa vụ đúng thời hạn, thực hiện không đầy đủ nghĩa vụ hoặc thực hiện không đúng nội dung nghĩa vụ thì bị coi là đã vi phạm nghĩa vụ và bên có nghĩa vụ mà vi phạm nghĩa vụ thì phải chịu trách nhiệm dân sự đối với bên có quyền.

Tuy nhiên, pháp luật cũng có quy định bảo vệ bên vi phạm trong những trường hợp vi phạm xảy ra do những sự cố nằm ngoài khả năng dự đoán, kiểm soát của bên vi phạm. Khi xảy ra các trường hợp này, bên vi phạm sẽ không phải gánh chịu những hậu quả bất lợi do bị áp dụng các chế tài vi phạm nghĩa vụ, đó là các trường hợp loại trừ trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ. Bài viết tập trung phân tích các bất cập khi áp dụng các trường hợp loại trừ trách nhiệm pháp lý do vi phạm một dạng hợp đồng cụ thể là hợp đồng kinh doanh bất động sản, từ đó kiến nghị các giải pháp hoàn thiện pháp luật về chế định này.

Từ khóa: loại trừ trách nhiệm pháp lý, vi phạm hợp đồng, hợp đồng kinh doanh bất động sản.

1. “Loại trừ trách nhiệm”, “không phải chịu trách nhiệm” hay “miễn trách nhiệm” vi phạm hợp đồng kinh doanh bất động sản

Kinh doanh bất động sản được hiểu là việc đầu tư vốn để thực hiện hoạt động xây dựng, mua, nhận chuyển nhượng để bán, chuyển nhượng; cho thuê, cho thuê lại, cho thuê mua bất động sản; thực hiện dịch vụ môi giới bất động sản; dịch vụ sàn giao dịch bất động sản; dịch vụ tư vấn bất động sản hoặc quản lý bất động sản nhằm mục đích sinh lợi.¹ Đây là hoạt động thương mại đặc thù, chịu sự điều chỉnh trực tiếp của

* ThS. Luật sư., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: luatsulecao@gmail.com

¹ Khoản 1 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản 2014.

Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 nhưng tại luật này không quy định cụ thể các trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng kinh doanh bất động sản. Căn cứ quy định tại Điều 4 Luật Thương mại năm 2005 thì việc xem xét chế định này trong hợp đồng kinh doanh bất động sản sẽ tuân theo Luật Thương mại năm 2005 và pháp luật có liên quan; trường hợp Luật Thương mại và trong các luật khác không quy định thì áp dụng quy định của Bộ luật dân sự.

Tại Luật Thương mại năm 2005 đã sử dụng thuật ngữ “miễn trách nhiệm” để chỉ các trường hợp mang bản chất của loại trừ trách nhiệm². Trong khi đó, Bộ luật Dân sự qua các năm lại sử dụng thuật ngữ “không phải chịu trách nhiệm dân sự” với quy định “*Trường hợp bên có nghĩa vụ không thực hiện đúng nghĩa vụ do sự kiện bất khả kháng thì không phải chịu trách nhiệm dân sự, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác*”³ hoặc quy định “*Bên có nghĩa vụ không phải chịu trách nhiệm dân sự nếu chứng minh được nghĩa vụ không thực hiện được là hoàn toàn do lỗi của bên có quyền*”⁴. Theo tác giả, việc sử dụng thuật ngữ “không phải chịu trách nhiệm” của Bộ luật Dân sự năm 2015 là gần đúng bản chất của loại trừ trách nhiệm bởi đây là các trường hợp đã được pháp luật quy định hoặc các bên đã thỏa thuận trước đó, nên khi rơi vào các trường hợp này mặc nhiên bên vi phạm sẽ được giải thoát khỏi trách nhiệm pháp lý mà không cần phải chờ đợi ý kiến của bên bị vi phạm. Trong khi đó “miễn trách nhiệm” là được miễn trách nhiệm đã phát sinh nhưng một bên đã miễn cho bên kia không phải chịu trách nhiệm. Một số tác giả còn làm rõ chủ thể có quyền miễn cho bên vi phạm nghĩa vụ là bên có quyền bị thiệt hại trong hợp đồng⁵.

Mặc dù Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 không quy định các trường hợp loại trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng nhưng tại các mẫu hợp đồng bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua, cho thuê lại bất động sản và chuyển nhượng dự án bất động sản được ban hành theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP ngày 06/01/2022

² Khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại năm 2005.

³ khoản 2 Điều 308 Bộ luật Dân sự 1995, khoản 2 Điều 302 Bộ luật Dân sự 2005, khoản 2 Điều 351 Bộ luật Dân sự 2015.

⁴ khoản 3 Điều 308 Bộ luật Dân sự 1995, khoản 3 Điều 302 Bộ luật Dân sự 2005, khoản 3 Điều 351 Bộ luật Dân sự 2015.

⁵ Trần Thị Huệ, (2020), *Một số bất cập trong quy định của pháp luật về loại trừ trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng thương mại*, Tạp chí Pháp luật và Thực tiễn số 42/2020, trang 45.

Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bất động sản có điều khoản quy định về trường hợp bất khả kháng và xác định nếu bên bị tác động bởi bất khả kháng không thực hiện nghĩa vụ của mình “sẽ không bị coi là vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng”. Nội dung điều khoản mẫu này khác với Luật Thương mại năm 2005, Bộ luật Dân sự năm 2015 ở chỗ hai văn bản pháp luật này vẫn xác định một hành vi vi phạm trong các trường hợp loại trừ trách nhiệm vẫn là vi phạm nghĩa vụ nhưng vì rơi vào các trường hợp loại trừ trách nhiệm được các bên thỏa thuận trước hay pháp luật quy định nên không phải chịu trách nhiệm phát sinh từ các vi phạm đó. Còn điều khoản mẫu hợp đồng lại cho rằng vì rơi vào bất khả kháng nên dù có không thực hiện hợp đồng hoặc chậm thực hiện hợp đồng thì vẫn không phải là vi phạm nghĩa vụ.

Bản chất của loại trừ trách nhiệm do vi phạm nghĩa vụ là bên chủ thể vi phạm nghĩa vụ đáng lẽ phải gánh chịu toàn bộ và đầy đủ trách nhiệm dân sự cho bên bị vi phạm, tuy nhiên do vi phạm xảy ra trong những điều kiện, hoàn cảnh nhất định mà bên vi phạm nghĩa vụ được loại trừ toàn bộ hoặc một phần trách nhiệm dân sự đó.⁶ Do vậy, dù là điều khoản mẫu hợp đồng thì theo tác giả cũng cần thiết tương thích với các quy định pháp luật và để diễn giải đúng bản chất của các trường hợp loại trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng kinh doanh bất động sản, tác giả thống nhất sử dụng thuật ngữ “loại trừ trách nhiệm” hay “không phải chịu trách nhiệm” do vi phạm hợp đồng kinh doanh bất động sản thay vì dùng thuật ngữ “miễn trừ” như Luật Thương mại năm 2005 đang quy định.

2. Một số hạn chế và bất cập liên quan đến các trường hợp loại trừ trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng kinh doanh bất động sản

Các trường hợp loại trừ trách nhiệm pháp lý do vi phạm hợp đồng kinh doanh bất động sản chiếu theo quy định tại Luật Thương mại năm 2005 bao gồm: Loại trừ trách nhiệm theo thỏa thuận của các bên; loại trừ trách nhiệm do sự kiện bất khả kháng; loại trừ trách nhiệm do hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên bị vi phạm và loại trừ trách nhiệm do thực hiện theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Khi vận dụng mỗi trường hợp này vào hợp đồng kinh doanh bất động sản sẽ có các hạn chế và bất cập.

⁶ Nguyễn Mạnh Linh, (2018) *Loại trừ trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng theo pháp luật Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ Trường Đại học Luật Hà Nội, trang 14.

2.1. Một số hạn chế và bất cập liên quan đến trường hợp loại trừ trách nhiệm theo thỏa thuận của các bên

Luật Thương mại năm 2005 có quy định bên bị vi phạm được loại trừ trách nhiệm là khi xảy ra các trường hợp mà các bên đã tự thỏa thuận trong hợp đồng những điều kiện để loại trừ trách nhiệm đối với hành vi vi phạm hợp đồng thỏa mãn các điều kiện đó⁷. Loại trừ trách nhiệm từ chính thỏa thuận của các bên là phù hợp với nguyên tắc các bên được tự do thỏa thuận và chịu sự ràng buộc phải thực hiện đối với các nội dung đã thỏa thuận không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Tuy nhiên nếu pháp luật chỉ dừng lại ở quy định mang tính nguyên tắc như hiện nay thì khi vận dụng vào hợp đồng kinh doanh bất động sản sẽ có nhiều rủi ro pháp lý cho bên bị vi phạm.

Cụ thể, đối với các hoạt động bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua, cho thuê lại bất động sản và chuyển nhượng dự án bất động sản thì phải được lập thành hợp đồng theo mẫu pháp luật quy định và trong các mẫu hợp đồng này không giới hạn quyền thỏa thuận của các bên về các trường hợp giải thoát trách nhiệm pháp lý cho nhau miễn sao các nội dung này không trái với các nội dung đã được quy định trong hợp đồng mẫu và phải phù hợp quy định của pháp luật, không trái đạo đức xã hội. Đối với hợp đồng kinh doanh bất động sản khác pháp luật không quy định mẫu mà chỉ yêu cầu các nội dung chính hợp đồng cần có nên các bên cũng tự do thỏa thuận về nội dung này và cũng trên nguyên tắc đảm bảo không trái pháp luật và đạo đức xã hội. Tuy nhiên đặc tính của hợp đồng kinh doanh bất động sản thường chỉ do một bên là chủ đầu tư soạn thảo, khách hàng không được hoặc bị hạn chế quyền thỏa thuận nội dung hợp đồng nên bên soạn thảo thường thiết kế các điều khoản miễn, giảm trách nhiệm có lợi cho họ, hạn chế quyền áp dụng các chế tài xử lý do vi phạm nghĩa vụ của bên kia và dựa vào điều khoản này để cố ý vi phạm hợp đồng mà không phải chịu trách nhiệm dân sự. Bộ luật Dân sự 2015 cũng có quy định giải pháp cho trường hợp hợp đồng theo mẫu có điều khoản miễn trách nhiệm của bên đưa ra hợp đồng, tăng trách nhiệm hoặc loại bỏ quyền lợi chính đáng của bên kia thì điều khoản này không có hiệu lực tuy nhiên hiểu như thế nào là “chính đáng” thì pháp luật chưa quy định rõ

⁷ Điểm a khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại 2005.

và chính điều luật này cũng có quy định ưu tiên quyền thỏa thuận của các bên.⁸ Nếu trong hợp đồng khách hàng ký kết chủ đầu tư cố ý đưa điều khoản khách hàng đồng ý với các thỏa thuận miễn, giảm trách nhiệm của mỗi bên thì điều luật nêu trên lại không thể được áp dụng và không thể trở thành cơ sở pháp lý để bảo vệ quyền lợi chính đáng của khách hàng. Khi đó, khách hàng yêu cầu xem xét lại hiệu lực của các điều khoản này sẽ không có cơ sở pháp lý còn nếu Tòa công nhận hiệu lực các điều khoản này thì rõ ràng lại gây thiệt hại cho bên bị thiệt hại.

Đơn cử trong vụ án sau thể hiện rõ sự không thống nhất trong quan điểm đánh giá của Tòa án về nội dung thỏa thuận loại trừ trách nhiệm trong hợp đồng kinh doanh bất động sản:

Năm 2013, Bà Hồng khởi kiện đến Tòa án nhân dân huyện Bình Tân, TP Hồ Chí Minh để yêu cầu hủy hợp đồng mua bán căn hộ với Công ty Cổ phần Đầu tư Xây dựng Bình Chánh (gọi tắt BCCI) vì Công ty BCCI chậm bàn giao căn hộ và yêu cầu Công ty BCCI hoàn trả lại tiền gốc và trả tiền phạt theo thỏa thuận. Bản án sơ thẩm của Tòa án nhân dân quận Bình Tân đã nhận định BCCI đã vi phạm hợp đồng và dù trong hợp đồng hai bên đã ký kết không có thỏa thuận bà Hồng được hủy bỏ hợp đồng khi BCCI vi phạm nhưng Tòa sơ thẩm xác định đây là hợp đồng theo mẫu của BCCI, áp dụng quy định tại khoản 3 Điều 407, khoản 8 Điều 409 Bộ luật Dân sự 2005 để nhận định “BCCI đã cố tình loại bỏ quyền được yêu cầu đơn phương chấm dứt hợp đồng của bà Hồng khi BCCI giao nhà trễ nhưng BCCI lại được quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng nếu bà Hồng chậm trễ thanh toán tiền mua. Như vậy điều khoản này của hợp đồng không dựa trên quy định pháp luật và quan hệ bình đẳng giữa hai bên”. Từ nhận định đó, Tòa sơ thẩm đã chấp nhận toàn bộ yêu cầu của bà Hồng.

BCCI kháng cáo chấp nhận chịu lãi phạt chậm giao nhà nhưng không chấp nhận hủy bỏ hợp đồng vì họ cho rằng họ đã giao căn hộ vào ngày 27/12/2013 nhưng bà Hồng không nhận. Tại phiên phúc thẩm, Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh có nhận định Tòa sơ thẩm đã áp dụng sai tinh thần của Điều 407 Bộ luật Dân sự, nếu theo đúng điều luật này quy định thì điều khoản không có hiệu lực trong hợp đồng theo mẫu có nghĩa là BCCI không được quyền hủy hợp đồng nếu bà Hồng chậm trả tiền, không thể suy diễn ngược lại là nếu BCCI chậm bàn giao căn hộ thì bà Hồng có

⁸ Khoản 3 Điều 405 Bộ luật Dân sự 2015.

quyền hủy hợp đồng. Tiếp đó Tòa phúc thẩm xác định hợp đồng bà Hồng đã ký là sự thỏa thuận bình đẳng của hai bên nên thỏa thuận nếu BCCI chậm giao nhà thì bà Hồng chỉ được yêu cầu trả lãi là có hiệu lực và ràng buộc trách nhiệm của các bên để sửa án sơ thẩm theo hướng không chấp nhận yêu cầu hủy hợp đồng, nhận lại tiền gốc của bà Hồng mà chỉ chấp nhận yêu cầu trả lãi chậm bàn giao nhà.⁹

Vụ án này được giải quyết tại thời điểm Bộ luật Dân sự năm 2005 có hiệu lực với quy định quyền hủy bỏ hợp đồng của một bên được phát sinh khi bên kia vi phạm hợp đồng là điều kiện hủy bỏ mà các bên đã thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định¹⁰. Chế tài này sau đó được sửa đổi tại Bộ luật Dân sự năm 2015 với nội dung mở rộng trường hợp áp dụng chế tài hủy bỏ hợp đồng khi có quy định bổ sung trường hợp thực tế thực hiện hợp đồng có bên vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng thì bên bị vi phạm có quyền hủy bỏ hợp đồng dù trước đó các bên không thỏa thuận hoặc pháp luật không có quy định¹¹, hiểu nôm na là hủy bỏ hủy đồng là chế tài xử lý do pháp luật quy định áp dụng không dựa vào thỏa thuận của các bên. Chính vì vụ án này được xét xử ở thời điểm Bộ luật Dân sự năm 2005 có hiệu lực với quy định nêu trên nên Tòa phúc thẩm cho rằng vì các bên không có thỏa thuận bà Hồng được quyền hủy bỏ hợp đồng khi BCCI chậm bàn giao nhà nên bác yêu cầu hủy bỏ hợp đồng của bà Hồng. Nếu vậy thì việc xem xét nội dung điều khoản miễn trừ trách nhiệm mà hai bên đã thỏa thuận lại càng quan trọng và có ý nghĩa quyết định đến việc giải quyết vụ án.

Cùng với đó, trong chính các trường hợp loại trừ trách nhiệm khác như bất khả kháng, do thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước hay vi phạm xảy ra do lỗi hoàn toàn của bên có quyền có mang yếu tố không lường trước được của bên vi phạm, bên vi phạm bị buộc rơi vào tình cảnh vi phạm mà không phải cố ý thực hiện hành vi vi phạm. Nguyên tắc này cũng cần được cụ thể trong quy định về trường hợp loại trừ trách nhiệm do các bên thỏa thuận theo hướng chỉ loại trừ trách nhiệm theo trường hợp này nếu bên vi phạm chứng minh được đủ 2 điều kiện: điều kiện cần - các bên

⁹ Thông tin vụ án tại Hoàng Yến, (năm 2014), *Có được hủy việc mua bán căn hộ chậm giao*”, Báo điện tử Pháp Luật thành phố Hồ Chí Minh, link: <https://plo.vn/co-duoc-huy-viec-mua-ban-can-ho-cham-giao-post272217.html>.

¹⁰ Điều 425 Bộ luật Dân sự 2005.

¹¹ Khoản 1 Điều 423 Bộ luật Dân sự năm 2015.

có thỏa thuận về trường hợp loại trừ trách nhiệm đó và điều kiện đủ - bên vi phạm không cố ý thực hiện hành vi vi phạm. Điều này sẽ giúp hạn chế tình trạng chủ đầu tư thiết kế điều khoản miễn trách nhiệm có lợi không chính đáng và cố ý vi phạm vì chế tài áp dụng khi vi phạm thấp hơn nhiều so với những nghĩa vụ phải thực hiện khi tiếp tục hợp đồng hoặc thấp hơn lợi ích mà chủ đầu tư sẽ được hưởng khi chấm dứt hợp đồng.

2.2. Một số hạn chế và bất cập liên quan đến trường hợp loại trừ trách nhiệm do bất khả kháng

Bất khả kháng là một trường hợp các bên hay viện dẫn để không phải chịu các chế tài xử lý khi vi phạm hợp đồng. Dù vậy nhưng khái niệm về bất khả kháng trong pháp luật Việt Nam là còn khá sơ sài. Luật Thương mại 2005 có quy định một trong các trường hợp bên vi phạm được miễn trách nhiệm là khi xảy ra sự kiện bất khả kháng¹² nhưng như thế nào là bất khả kháng thì không đề cập. Còn với Bộ luật Dân sự 2015, khái niệm bất khả kháng có được quy định nhưng lại để xác định về thời gian không tính vào thời hiệu khởi kiện vụ án dân sự, thời hiệu yêu cầu giải quyết việc dân sự. Theo quy định này, một sự kiện pháp lý xảy ra được xác định là bất khả kháng khi hội tụ đủ 03 điều kiện: (i) Là sự kiện xảy ra một cách khách quan; (ii) Là sự kiện khách quan không thể lường trước được và (iii) Sự kiện xảy ra không thể khắc phục được mặc dù đã áp dụng mọi biện pháp cần thiết và khả năng cho phép.¹³

Khi đưa sự kiện bất khả kháng vào hợp đồng, một số văn bản pháp luật trong một số lĩnh vực có quy định các trường hợp cụ thể được xem là sự kiện bất khả kháng gồm: (i) Sự kiện bất khả kháng là các hiện tượng thiên nhiên như mưa lũ, hỏa hoạn, động đất, dịch bệnh, sóng thần¹⁴, ...; (ii) Các sự kiện do con người tạo nên như bạo động, nổi loạn, chiến sự, chống đối, phá hoại, cấm vận, bao vây, phong tỏa, bất cứ hành động chiến tranh nào hoặc hành động thù địch cộng đồng cho dù chiến tranh có

¹² Điểm b khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại 2005.

¹³ Khoản 1 Điều 156 Bộ luật Dân sự 2015.

¹⁴ Tại:

- Khoản 2 Điều 129 Bộ luật Lao động 2019;

- Điểm a khoản 2 Điều 39 Nghị định 37/2015/NĐ-CP, ngày 22/04/2015 Quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng;

- Điểm a khoản 1 Điều 6 tại mẫu Hợp đồng mua bán điện ban hành kèm Thông tư 02/2019/TT-BCT, ngày 15/01/2019 Quy định thực hiện phát triển dự án điện gió và hợp đồng mua bán điện mẫu cho các dự án điện gió.

được tuyên bố hay không¹⁵. Ngoài ra, sự thay đổi trong chính sách pháp luật của các cơ quan có thẩm quyền hoặc các sự kiện bất khả kháng khác theo thỏa thuận cũng thường đề cập trong các thỏa thuận của các bên để bên vi phạm không phải chịu trách nhiệm pháp lý khi vi phạm do bất khả kháng.

Đối với các hoạt động mua bán, thuê mua bất động sản, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất và chuyển nhượng toàn bộ (hoặc một phần) dự án bất động sản thì bất khả kháng trong các điều khoản mẫu của các hợp đồng quy định buộc phải bao gồm các sự kiện: (i) Do chiến tranh hoặc do thiên tai hoặc do thay đổi chính sách pháp luật của Nhà nước; (ii) Do phải thực hiện quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc các trường hợp khác do pháp luật quy định và (iii) Do tai nạn, ốm đau thuộc diện phải đi cấp cứu tại cơ sở y tế. Bên bị tác động bởi bất khả kháng có nghĩa vụ thông báo sự kiện bất khả kháng kèm giấy tờ chứng minh nếu chứng minh được và sẽ không bị coi là vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng nếu không thực hiện được nghĩa vụ do tác động của bất khả kháng; bên còn lại cũng không được quyền chấm dứt hợp đồng. Hợp đồng chỉ được chấm dứt theo yêu cầu của hai bên hoặc một trong các bên khi bên bị tác động bởi sự kiện bất khả kháng không thể khắc phục được để tiếp tục thực hiện nghĩa vụ trong một thời hạn nhất định và hai bên không có thỏa thuận khác.¹⁶

Điều khoản về bất khả kháng tại mẫu hợp đồng thuê nhà, công trình xây dựng khác với các hợp đồng kinh doanh bất động sản nêu trên ở 04 khía cạnh: (i) Sự kiện bất khả kháng được quy định theo dạng ví dụ và có quy định bao hàm chung là các trường hợp khác mà không phải do lỗi của các bên gây ra; (ii) Không bắt buộc nghĩa vụ thông báo sự kiện bất khả kháng của bên bị tác động; (iii) Hành vi sẽ không bị coi là hành vi vi phạm hợp đồng không chỉ có hành vi không thực hiện các nghĩa vụ được

¹⁵ Điểm a khoản 1 Điều 6 tại mẫu Hợp đồng mua bán điện ban hành kèm Thông tư 02/2019/TT-BCT, ngày 15/01/2019 Quy định thực hiện phát triển dự án điện gió và hợp đồng mua bán điện mẫu cho các dự án điện gió.

¹⁶ Mẫu số 01. Hợp đồng mua bán/thuê mua căn hộ chung cư theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

- Mẫu số 02, hợp đồng mua bán/thuê mua căn hộ du lịch (hoặc căn hộ văn phòng kết hợp lưu trú) theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

- Mẫu số 03, Hợp đồng mua bán/thuê mua nhà ở riêng lẻ theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

- Mẫu số 04, Hợp đồng mua bán/thuê mua nhà, công trình xây dựng theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

- Mẫu số 06 Hợp đồng chuyển nhượng quyền sử dụng đất theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

- Mẫu số 07 hợp đồng cho thuê lại quyền sử dụng đất theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

- Mẫu số 08 hợp đồng chuyển nhượng toàn bộ (hoặc một phần) dự án bất động sản theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

các bên thỏa thuận trong hợp đồng mà còn có hành vi chậm thực hiện nghĩa vụ và (iv) Nêu rõ khi rơi vào trường hợp bất khả kháng thì bên bị tác động sẽ không bị phạt hoặc không phải chịu trách nhiệm bồi thường thiệt hại.¹⁷

Về nguyên tắc áp dụng mẫu hợp đồng, các bên có quyền thỏa thuận thêm các nội dung khác nhưng không có quyền cắt bớt các nội dung pháp luật đã đưa vào các điều khoản mẫu đồng thời nội dung thỏa thuận thêm không được trái với các nội dung đã được quy định tại hợp đồng này và phải phù hợp với quy định của pháp luật, không được trái đạo đức xã hội. Thỏa thuận mẫu về bất khả kháng và hậu quả pháp lý khi xảy ra bất khả kháng như nêu trên giữa các hoạt động kinh doanh bất động sản có sự khác nhau mà theo tác giả là không cần thiết phải khác nhau khi cũng cần buộc bên bị tác động có nghĩa vụ thông báo sự kiện bất khả kháng cho bên (các bên) còn lại trong hợp đồng cho thuê nhà, công trình xây dựng và bổ sung thêm thỏa thuận ràng buộc cách thức xử lý khi bên bị tác động không thực hiện nghĩa vụ thông báo.

Cùng với đó, khi vận dụng để giải quyết một tình huống thực tế đã xảy ra, việc xác định “tính khách quan”, “tính không thể lường trước được”, “tính không thể khắc phục được” của một sự kiện đã xảy ra phụ thuộc nhiều vào cách đánh giá, nhìn nhận của cơ quan giải quyết tranh chấp. Vụ án nêu dưới đây là một ví dụ về việc cùng một quan hệ pháp luật nhưng quan điểm nhìn nhận của các cấp Tòa án là khác nhau trong việc xác định dịch Covid - 19 có phải là một sự kiện bất khả kháng?

Ngày 24/03/2020, Bà Ngọc D và bà Yên H đã ký Hợp đồng thuê căn nhà với nội dung bà Ngọc D thuê để mở cơ sở đào tạo kinh doanh trong thời hạn 03 năm. Bà Ngọc D đã trả đủ tiền thuê nhà 03 năm và đầu tư trang thiết bị chuẩn bị cho hoạt động kinh doanh. Đến ngày 26/02/2021, bà Ngọc D phát văn bản thông báo chấm dứt hợp đồng thuê nhà kể từ ngày 01/03/2021 với lý do là do ảnh hưởng của dịch Covid-19 và bà Ngọc D yêu cầu: tính tiền thuê nhà thực tế có trừ đi thời gian ảnh hưởng dịch Covid-19 còn 8.5 tháng, tổng tiền thuê nhà thực tế là 552.500.000 đồng. Số tiền thuê nhà còn lại bà Ngọc D yêu cầu bà Yên H hoàn trả lại toàn bộ đồng thời yêu cầu không chịu bồi thường thiệt hại do bà đã chấm dứt hợp đồng trước hạn không do lỗi chủ quan.

¹⁷ Mẫu số 05, Hợp đồng mua bán/thuê mua nhà, công trình xây dựng theo Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

Bà Yến H không đồng ý với các yêu cầu trên nên bà Ngọc D đã khởi kiện yêu cầu tuyên Hợp đồng thuê nhà ngày 24/03/2020 chấm dứt hiệu lực từ ngày 01/03/2021 do đại dịch Covid-19 là sự kiện bất khả kháng; buộc bà Yến H hoàn trả lại số tiền thuê bà đã thanh toán dư là 1.907.500.000 đồng và đề nghị Tòa xem xét bà được miễn trừ trách nhiệm theo khoản 2 Điều 351 Bộ luật Dân sự.

Ngày 29/9/2021, Tòa án nhân dân thành phố H, tỉnh QN đã xét xử sơ thẩm vụ án, chỉ chấp nhận một phần yêu cầu khởi kiện của bà Ngọc D: chấm dứt hợp đồng thuê nhà, không chấp nhận việc hợp đồng chấm dứt do đại dịch Covid-19 là sự kiện bất khả kháng để miễn trừ bồi thường thiệt hại theo quy định tại khoản 2 Điều 351 Bộ luật Dân sự 2015 nên bà Ngọc D chỉ được trả lại số tiền 775.000.000 đồng sau khi trừ đi khoản tiền bồi thường thiệt hại.¹⁸

Sau khi xét xử sơ thẩm, bà Ngọc D kháng cáo một phần bản án sơ thẩm, yêu cầu Tòa án chỉ chấp nhận thời gian thuê nhà là 8,5 tháng và không buộc bà phải bồi thường cho bà Yến H số tiền 840.000.000 đồng vì sự kiện bất khả kháng.

Ngày 24/02/2022, Tòa án nhân dân tỉnh QN xét xử phúc thẩm theo hướng đã xác định dịch Covid-19 là sự kiện bất khả kháng và đồng ý xác định bà Ngọc D không phải bồi thường thiệt hại cho bà Yến H. Từ đó, cấp phúc thẩm sửa bản án sơ thẩm với nội dung số tiền bà Yến H phải hoàn trả cho bà Ngọc D không phải 775.000.000 đồng mà là 1.771.000.000 đồng.¹⁹ Ngày 25/07/2022, Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng đã kháng nghị bản án phúc thẩm và đề nghị Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng xét xử giám đốc thẩm, sửa một phần bản án phúc thẩm buộc bà Yến H trả cho bà D số tiền 729.000.000 đồng và sửa phần án phí cho phù hợp. Ngày 09/09/2022, Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng đã ban hành Quyết định giám đốc thẩm số 48/2022/DS-GĐT không chấp nhận kháng nghị của Viện trưởng Viện kiểm sát nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng, giữ nguyên bản án phúc thẩm.²⁰

¹⁸ Bản án dân sự sơ thẩm số 81/2021/DS-ST, ngày 29/9/2021 của Tòa án nhân dân thành phố H, tỉnh Quảng Nam vụ án “*Tranh chấp hợp đồng thuê nhà*” giữa nguyên đơn bà Nguyễn Thị Ngọc D và bị đơn là bà Phạm Yến H.

¹⁹ Bản án số 07/2022/DS-PT, ngày 24/02/2022 của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Nam vụ án “*Tranh chấp hợp đồng thuê nhà*” giữa nguyên đơn bà Nguyễn Thị Ngọc D và bị đơn là bà Phạm Yến H. Link: <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-ve-tranh-chap-hop-dong-thue-nha-so-072022dspt-231519>.

²⁰ Xem tại link: <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/quyet-dinh-giam-doc-tham-ve-tranh-chap-hop-dong-thue-nha-so-482022dsgdt-xem-dich-covid-la-su-ki-253501>.

Trong vụ việc này, bà Yến H là cá nhân cho thuê tài sản thuộc quyền sở hữu hợp pháp của mình đây cũng được xác định là hoạt động kinh doanh bất động sản²¹ nên có thể vận dụng các quy định tại Luật Kinh doanh bất động sản, Luật Nhà ở, Bộ luật Dân sự để giải quyết. Qua các phán quyết của vụ án này, có thể thấy dịch bệnh Covid-19 là một sự kiện xảy ra trong khoảng thời gian dài và không phải mọi thời điểm xảy ra dịch Covid-19 đều là sự kiện bất khả kháng. Có những thời điểm vì phòng chống dịch Covid-19 dẫn đến các cơ quan Nhà nước ban hành các lệnh cấm, lệnh hạn chế đi lại, tạm ngưng, đóng cửa các hoạt động kinh doanh như trong vụ án này là thời gian thực hiện theo Chỉ thị số 16/CT-TTg và giãn cách xã hội theo Chỉ thị số 15/CT-TTg của Thủ tướng Chính phủ hoặc chính sách tại tỉnh Quảng Nam gây ảnh hưởng trực tiếp đến hoạt động của bên vi phạm hợp đồng mới được xác định là sự kiện bất khả kháng. Quan điểm này theo tác giả là hợp lý để vừa bảo vệ được quyền lợi chính đáng của bên vi phạm không có lỗi khi vi phạm hợp đồng vừa hạn chế tình trạng lợi dụng sự kiện bất khả kháng để loại trừ trách nhiệm.

2.3. Một số hạn chế và bất cập liên quan đến trường hợp loại trừ trách nhiệm do hành vi vi phạm của một bên hoàn toàn do lỗi của bên bị vi phạm

Pháp luật có quy định bên có nghĩa vụ không phải chịu trách nhiệm dân sự nếu chứng minh được nghĩa vụ không thực hiện được hoàn toàn do lỗi của bên có quyền²². Căn cứ để loại trừ trách nhiệm dân sự trong trường hợp này là yếu tố lỗi và nếu xét trên câu chữ của quy định thì bên vi phạm chỉ không phải chịu trách nhiệm nếu đồng thời chứng minh được mình không có lỗi và lỗi hoàn toàn thuộc về bên còn lại trong hợp đồng. Thực tế hoàn toàn có thể xảy ra trường hợp nghĩa vụ không thực hiện được như đã thỏa thuận là do cả bên có quyền và bên có nghĩa vụ cùng có lỗi, vậy trường hợp này bên có nghĩa vụ có phải chịu toàn bộ trách nhiệm hay bên có quyền cũng sẽ phải gánh chịu một phần trách nhiệm thì pháp luật chưa có quy định nguyên tắc chung.

Nói là pháp luật chưa có quy định chung là bởi vì đối với trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm hợp đồng, Bộ luật Dân sự 2015 đã có quy định trường hợp vi phạm nghĩa vụ và có thiệt hại là do một phần lỗi của bên bị vi phạm thì bên vi

²¹ Khoản 2 Điều 10 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 và Điều 5 Nghị định 02/2022/NĐ-CP.

²² Điểm c khoản 1 Điều 294 Luật Thương mại 2005, Khoản 3 Điều 351 Bộ luật Dân sự 2015.

phạm chỉ phải bồi thường thiệt hại tương ứng với mức độ lỗi của mình²³. Tuy nhiên việc chỉ quy định tại một chế tài cụ thể sẽ dễ dẫn đến cách hiểu rằng chỉ với chế tài bồi thường thiệt hại thì mới được áp dụng quy định về xác định mức độ bồi thường căn cứ trên lỗi của hai bên do pháp luật đã có quy định còn đối với nguyên tắc chung áp dụng hoặc các chế tài khác như phạt vi phạm do pháp luật không quy định nên không được áp dụng. Tác giả cho rằng nguyên tắc không thể buộc một chủ thể không có lỗi phải gánh chịu trách nhiệm do lỗi của chủ thể khác gây ra cần được xem xét ở cả khía cạnh khi có vi phạm xảy ra cần phân tách lỗi của bên có nghĩa vụ và bên có quyền có để xác định phạm vi chịu trách nhiệm dân sự của mỗi bên, bên có nghĩa vụ chỉ phải chịu các chế tài, mức độ áp dụng các chế tài trên phần lỗi của mình và các chế tài ở đây không chỉ giới hạn ở bồi thường thiệt hại như hiện nay, đặc biệt đối với chế tài phạt vi phạm theo tác giả cũng cần được áp dụng.

Cùng với đó, với quy định hiện nay là “hoàn toàn do lỗi của bên kia” thì có thể hiểu bên vi phạm chỉ được loại trừ trách nhiệm nếu lỗi hoàn toàn của bên còn lại trong hợp đồng. Vậy nếu trường hợp bên có nghĩa vụ vi phạm nghĩa vụ nhưng việc vi phạm là do bên thứ ba thì bên vi phạm có được loại trừ trách nhiệm hay không? Trong vấn đề nghiên cứu về xác định xem việc một bên vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng do lỗi của bên thứ ba có phải là căn cứ loại trừ trách nhiệm của bên vi phạm nhiều chuyên gia cho rằng điều này là không phù hợp với nguyên tắc chịu trách nhiệm tài sản trực tiếp giữa các bên trong quan hệ hợp đồng. Các bên tham gia quan hệ phải tự mình gánh chịu các nghĩa vụ cũng như lợi ích về mặt tài sản phát sinh từ quan hệ đó.²⁴ Tuy nhiên nếu áp dụng nguyên tắc này trong các giao dịch kinh doanh bất động sản sẽ thấy bất cập khi thực tế chủ đầu tư thường sẽ không trực tiếp ký các hợp đồng đặt cọc, giữ chỗ với khách hàng mà giao cho một đơn vị môi giới, phân phối ký kết hợp đồng, thu tiền khách hàng và chuyển tiền của khách hàng cho chủ đầu tư. Trong các hợp đồng ký với khách hàng, bên môi giới cam kết thời hạn chủ đầu tư ký công chứng hợp đồng, thời hạn chủ đầu tư ra Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đứng tên khách hàng ... và khách hàng cũng căn cứ vào các cam kết này để buộc bên môi giới

²³ Điều 363 Bộ luật Dân sự 2015.

²⁴ Trần Thị Huệ, *Một số bất cập trong quy định của pháp luật về loại trừ trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng thương mại*, Tạp chí Pháp luật và thực tiễn, số 42/2020, trang 48.

thực hiện. Lợi ích kinh tế mà bên môi giới nhận được không phải là các khoản tiền nhận của khách hàng mà là các phí môi giới, tiền hoa hồng do chủ đầu tư chi trả. Do vậy, theo tác giả trong trường hợp này không thể xem xét riêng lẻ chỉ hợp đồng giữa bên môi giới và khách hàng mà cần đặt hợp đồng này trong tổng thể mối quan hệ giao dịch có phát sinh quyền và nghĩa vụ đối với một chủ thể khác là chủ đầu tư dự án. Nếu chủ đầu tư đã nhận các khoản tiền khách hàng thanh toán thông qua bên môi giới, đã biết và đồng ý với các cam kết của bên môi giới với khách hàng về các nghĩa vụ chủ đầu tư cần đảm bảo thì cần thiết xác định chủ đầu tư là chủ thể vi phạm nghĩa vụ với khách hàng và cũng là chủ thể phải chịu trách nhiệm pháp lý khi vi phạm nghĩa vụ. Bên môi giới chỉ đóng vai trò là bên nhận ủy quyền của chủ đầu tư, thực hiện trong phạm vi công việc ủy quyền chủ đầu tư giao nên sẽ chỉ chịu trách nhiệm với các hành vi, dịch vụ nằm ngoài phạm vi ủy quyền. Điều này phù hợp với lẽ công bằng bên hưởng lợi ích từ giao dịch sẽ là bên chịu trách nhiệm do vi phạm đồng thời vấn đề này cũng đảm bảo khả năng thi hành án thực tế sau này của khách hàng khi phát sinh vi phạm.

2.4. Một số hạn chế và bất cập liên quan đến trường hợp loại trừ trách nhiệm do thực hiện quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền mà các bên không thể biết được vào thời điểm giao kết

Bản chất của trường hợp này cũng là loại trừ trách nhiệm do bất khả kháng vì có tính không lường trước được của các bên đối với quyết định của cơ quan quản lý nhà nước tại thời điểm giao kết hợp đồng. Tại các mẫu hợp đồng mua bán, thuê mua bất động sản, chuyển nhượng quyền sử dụng đất, cho thuê, cho thuê lại quyền sử dụng đất và chuyển nhượng toàn bộ (hoặc một phần) dự án bất động sản cũng thể hiện vi phạm nghĩa vụ do thực hiện theo quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền là một trong trường hợp bất khả kháng.

Ngoài đáp ứng tiêu chí không lường trước được, để đủ căn cứ loại trừ trách nhiệm, bên vi phạm còn phải chứng minh được mức độ gây ảnh hưởng của quyết định đối với việc thực hiện nghĩa vụ. Tham khảo Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ về vấn đề này quy định nếu một đạo luật hoặc một quy định của chính phủ được ban hành sau khi hợp đồng được thành lập, khiến cho việc thực hiện nghĩa vụ của một bên là bất hợp pháp, thì thụ trái được miễn thực hiện nghĩa vụ. Các đạo luật hoặc

các quy định mà chỉ làm cho việc thực hiện hợp đồng trở nên khó khăn hay làm cho tính lợi nhuận bị kém đi thì không phải là căn cứ để miễn thực hiện nghĩa vụ hợp đồng.²⁵ Tác giả cho rằng việc phân tách và xác định cụ thể bên vi phạm chỉ không phải chịu trách nhiệm dân sự khi thực hiện theo các quyết định của cơ quan có thẩm quyền tác động trực tiếp đến khả năng thực hiện nghĩa vụ của họ, mối quan hệ nhân quả giữa quyết định của cơ quan nhà nước với việc vi phạm nghĩa vụ hợp đồng thì mới đảm bảo được tính chính xác trong việc áp dụng trường hợp này.

Đồng thời, cũng cần xem xét đến nguyên có và mục đích cơ quan nhà nước ban hành các quyết định này. Thực tế có thể xảy ra trường hợp chủ đầu tư đã ký kết hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, đã nhận tiền của khách hàng nhưng khi đang thực hiện hợp đồng thì cơ quan nhà nước có thẩm quyền ban hành quyết định thu hồi đất. Vấn đề pháp lý đặt ra là quyết định thu hồi này là đúng pháp luật thì các hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai sẽ được giải quyết như thế nào và nếu chấm dứt hợp đồng này khách hàng có được quyền buộc chủ đầu tư chịu các chế tài như phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại hay không? Hay chủ đầu tư được quyền sử dụng quyết định này để giải thoát khỏi các trách nhiệm pháp lý với khách hàng?

Nhìn từ góc độ pháp luật đất đai thì Nhà nước được quyền thu hồi đất trong nhiều trường hợp và căn cứ vào mục đích, lý do thu hồi mà phân thành 04 nhóm, gồm: (i) thu hồi đất vì mục đích quốc phòng, an ninh; (ii) thu hồi đất để phát triển kinh tế - xã hội vì lợi ích quốc gia, công cộng; (iii) thu hồi đất do vi phạm pháp luật đất đai và (iv) thu hồi đất do chấm dứt việc sử dụng đất theo pháp luật, tự nguyện trả lại đất, có nguy cơ đe dọa tính mạng con người. Trong đó đối với các trường hợp thu hồi đất vì lợi ích chung của xã hội như vì đảm bảo quốc phòng, an ninh, phát triển kinh tế - xã hội hoặc thu hồi đất tránh nguy cơ đe dọa tính mạng con người là các trường hợp mà chủ đầu tư không thể lường trước được nên có thể xác định chủ đầu tư không phải chịu trách nhiệm pháp lý với khách hàng khi chấm dứt hợp đồng đã ký kết. Tuy nhiên nếu thu hồi đất do chính chủ đầu tư có hành vi vi phạm pháp luật đất thuộc trường hợp bị thu hồi thì theo tác giả, chủ đầu tư không thể dùng quyết định

²⁵ Hoàng Ngọc Thiết, (2005), Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ “Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa theo Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ”, trang 29.

thu hồi này để thoái thác trách nhiệm với các khách hàng. Bởi tại thời điểm chủ đầu tư thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật đất đai đã phải lường trước được hậu quả pháp lý có thể xảy đến mà vẫn thực hiện hoặc không khắc phục trong thời gian pháp luật cho phép. Vì yếu tố “không lường trước được” trong trường hợp này là không đảm bảo và quyết định được ban hành là để xử lý hành vi vi phạm pháp luật của một bên nên cần được xác định không thuộc trường hợp để loại trừ trách nhiệm cho bên vi phạm.

3. Các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về các trường hợp loại trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng kinh doanh bất động sản

Với các phân tích nêu trên có thể thấy, các quy định pháp luật về trường hợp loại trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mới chỉ dừng lại ở việc liệt kê các trường hợp mà chưa có hướng dẫn cụ thể nên thực tế vận dụng quy định để giải quyết các vụ án tranh chấp hợp đồng, trong đó có hợp đồng kinh doanh bất động sản còn nhiều vướng mắc, bất cập, nhiều trường hợp chưa bảo đảm quyền lợi của bên bị vi phạm. Từ thực tiễn đó, tác giả có các kiến nghị hoàn thiện pháp luật về chế định này như sau:

3.1. Kiến nghị thống nhất sử dụng thuật ngữ “không phải chịu trách nhiệm” như Bộ luật Dân sự hiện hành thay thế thuật ngữ “miễn trách nhiệm” tại các trường hợp nêu tại Điều 294 Luật Thương mại 2005 để đưa các trường hợp này về đúng bản chất là loại trừ trách nhiệm của bên vi phạm hợp đồng.

3.2. Dù Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 không có điều luật cụ thể quy định các trường hợp loại trừ trách nhiệm do vi phạm hợp đồng tuy nhiên tại Nghị định 02/2022/NĐ-CP đã ban hành các mẫu hợp đồng bán, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê mua, cho thuê lại bất động sản và chuyển nhượng dự án bất động sản với nguyên tắc các bên tham gia giao dịch phải áp dụng các điều khoản mẫu hợp đồng, không được cắt bớt nội dung và chỉ được thỏa thuận bổ sung các nội dung không trái với nội dung của điều khoản mẫu và phải phù hợp quy định pháp luật và không được trái đạo đức xã hội. Do vậy có thể nói các mẫu hợp đồng này cũng được xem là “luật” để các bên vận dụng và thiết lập hợp đồng. Với mục đích cụ thể, tường minh các thỏa thuận để dễ dàng vận dụng, tác giả kiến nghị sửa đổi các mẫu hợp đồng kinh doanh bất động sản tại Nghị định này theo hướng:

(i) Bổ sung một điều khoản cụ thể về các trường hợp bên vi phạm không phải chịu trách nhiệm pháp lý và làm rõ nội hàm các trường hợp này theo các kiến nghị dưới đây. Đồng thời, để đảm bảo xác định đúng bản chất các trường hợp loại trừ trách nhiệm tác giả kiến nghị trong thỏa thuận về sự kiện bất khả kháng tại các hợp đồng mẫu sửa đổi cụm từ “sẽ không bị coi là vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng” thành cụm từ “sẽ không phải chịu trách nhiệm dân sự do vi phạm nghĩa vụ theo hợp đồng”.

(ii) Đối với trường hợp loại trừ trách nhiệm theo thỏa thuận của các bên, tác giả kiến nghị thiết lập điều khoản thỏa thuận này với nội dung “bên vi phạm không phải chịu trách nhiệm khi xảy ra các trường hợp các bên đã thỏa thuận, trừ trường hợp bên vi phạm cố ý vi phạm nghĩa vụ”.

(iii) Đối với trường hợp loại trừ trách nhiệm do bất khả kháng, các hợp đồng mẫu đã có điều khoản thỏa thuận tuy nhiên tác giả kiến nghị bổ sung thêm khái niệm về sự kiện bất khả kháng trên tinh thần vận dụng quy định của Bộ luật Dân sự năm 2015 để các bên trong hợp đồng có cách hiểu và xác định đúng trường hợp bất khả kháng. Đồng thời, tác giả kiến nghị bổ sung chế tài xử lý trường hợp bên bị tác động không thực hiện nghĩa vụ thông báo sự kiện bất khả kháng và không gửi giấy tờ chứng minh trường hợp chứng minh được cho các bên còn lại trong hợp đồng theo hướng nếu không thông báo trong thời hạn hai bên đã thỏa thuận thì phải cùng gánh chịu các thiệt hại phát sinh.

Cùng với đó, đối với mẫu hợp đồng thuê nhà, công trình xây dựng hiện nay chưa có thỏa thuận về nghĩa vụ thông báo sự kiện bất khả kháng của bên vi phạm do vậy tác giả kiến nghị bổ sung nghĩa vụ này và chế tài xử lý cho hành vi vi phạm nghĩa vụ như đã nêu trên.

3.3. Thực tế quá trình hành nghề tác giả nhận thấy thời gian gần đây các bên trong hợp đồng kinh doanh bất động sản sử dụng đại dịch Covid-19 làm sự kiện bất khả kháng để đề nghị các cơ quan giải quyết tranh chấp không chấp nhận các yêu cầu áp dụng chế tài của bên còn lại là rất phổ biến. Chủ đầu tư dùng dịch Covid-19 để chứng minh không có lỗi khi chậm thi công, chậm hoàn thiện pháp lý dự án còn khách hàng viện dẫn dịch Covid-19 gây khó khăn tài chính nên không có lỗi khi chậm thanh toán. Qua vụ việc đã phân tích trong bài viết này cũng có thể thấy các cấp Tòa án còn chưa thống nhất về cách xác định dịch Covid - 19 có phải là sự kiện bất khả kháng

hay không và thời gian nào trong đại dịch này được xác định là thời gian xảy ra bất khả kháng.

Do vậy, tác giả kiến nghị cần có văn bản của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn cụ thể về trường hợp bất khả kháng do ảnh hưởng của đại dịch Covid-19 để làm cơ sở thống nhất vận dụng pháp luật.

3.4. Đối với các giao dịch kinh doanh bất động sản có sự tham gia của 03 chủ thể là chủ đầu tư dự án kinh doanh bất động sản, bên môi giới/phân phối và khách hàng với các thỏa thuận bên môi giới/phân phối nhận ủy quyền lại của chủ đầu tư để ký kết các giao dịch với các khách hàng nhằm huy động vốn, các khoản tiền khách hàng nộp đều được chuyển về cho chủ đầu tư, chủ đầu tư nhận được các lợi ích phát sinh từ giao dịch giữa bên môi giới và khách hàng, biết rõ và đồng ý với các thỏa thuận giữa bên môi giới và khách hàng thì đối với các nghĩa vụ chủ đầu tư phải thực hiện với khách hàng, dù là bên môi giới cam kết thì cũng cần xác định chủ thể có nghĩa vụ phải thực hiện là chủ đầu tư và nếu vi phạm nghĩa vụ thì chủ đầu tư phải là chủ thể chịu các trách nhiệm pháp lý phát sinh. Tác giả kiến nghị có văn bản hướng dẫn của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao về nội dung này.

3.5. Mặc dù Bộ luật Dân sự 2015 đã có quy định bên vi phạm chỉ phải bồi thường thiệt hại tương ứng với mức độ lỗi của mình khi bên bị vi phạm có một phần lỗi gây ra thiệt hại để loại trừ một phần trách nhiệm của bên vi phạm nhưng quy định này chỉ áp dụng cho một chế tài cụ thể là bồi thường thiệt hại. Vì vậy, tác giả kiến nghị bổ sung quy định tại Luật Thương mại 2005 theo một trong 02 phương án: hoặc bổ sung nguyên tắc chung loại trừ một phần trách nhiệm của bên vi phạm khi do một phần lỗi của bên có quyền hoặc phương án tại các chế tài xử lý khác như phạt vi phạm... cần có quy định bên bị vi phạm chỉ bị phạt vi phạm tương ứng với mức độ lỗi của mình để đảm bảo tính công bằng trong giao dịch.

3.6. Tác giả kiến nghị cùng với điều kiện tại thời điểm ký kết hợp đồng các bên không thể biết được quyết định của cơ quan quản lý nhà nước có thẩm quyền thì cần có văn bản hướng dẫn cụ thể về điều kiện áp dụng trường hợp loại trừ này là bên vi phạm chỉ được loại trừ trách nhiệm khi nội dung các quyết định của cơ quan nhà nước có thẩm quyền phải trực tiếp tác động đến khả năng thực hiện nghĩa vụ của bên vi phạm và đây là các quyết định vì lợi ích chung, không xuất phát hành vi vi phạm

pháp luật của các bên. Nội dung này có thể cụ thể dưới hình thức Án lệ để Tòa án có căn cứ vận dụng giải quyết các vụ việc trên thực tế.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội, 1995, Bộ luật Dân sự 44-L/CTN;
2. Quốc hội. 2005, Bộ luật Dân sự 33/2005/QH11;
3. Quốc hội, 2015, Bộ luật Dân sự số 91/2015/QH13;
4. Quốc hội, 2014, Luật Nhà ở số 65/2014/QH13;
5. Quốc hội, 2014, Luật Kinh doanh bất động sản số 66/2014/QH13;
6. Quốc hội, 2005, Luật Thương mại số 36/2005/QH11;
7. Chính Phủ, 2015, Nghị định 37/2015/NĐ-CP Quy định chi tiết về hợp đồng xây dựng;
8. Chính phủ, 2022, Nghị định 02/2022/NĐ-CP Quy định chi tiết thi hành một số điều của Luật Kinh doanh bất động sản;
9. Bộ Tài chính, 2019, Thông tư 02/2019/TT-BCT Quy định thực hiện phát triển dự án điện gió và hợp đồng mua bán điện mẫu cho các dự án điện gió.
10. Đại học Quốc gia Thành phố Hồ Chí Minh, 2016, *Giáo trình luật hợp đồng thương mại quốc tế*, NXB Đại học quốc gia thành phố Hồ Chí Minh;
11. Hoàng Ngọc Thiết, 2005, Đề tài nghiên cứu khoa học cấp bộ “*Trách nhiệm do vi phạm hợp đồng mua bán hàng hóa theo Bộ luật Thương mại thống nhất Hoa Kỳ*”;
12. Hoàng Yến, năm 2014, *Có được hủy việc mua bán căn hộ chậm giao*”, Báo điện tử Pháp Luật thành phố Hồ Chí Minh, link: <https://plo.vn/co-duoc-huy-viec-mua-ban-can-ho-cham-giao-post272217.html>.
13. Nguyễn Mạnh Linh, 2018, *Loại trừ trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng theo pháp luật Việt Nam*, Luận văn thạc sĩ Trường Đại học Luật Hà Nội;
14. Tòa án nhân dân thành phố H, tỉnh QN, 2021, Bản án dân sự sơ thẩm số 81/2021/DS-ST, ngày 29/9/2021 của Tòa án nhân dân thành phố H, tỉnh Quảng Nam vụ án “*Tranh chấp hợp đồng thuê nhà*” giữa nguyên đơn bà Nguyễn Thị Ngọc D và bị đơn là bà Phạm Yến H;

15. Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Nam, 2022, Bản án số 07/2022/DS-PT, ngày 24/02/2022 của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Nam vụ án “Tranh chấp hợp đồng thuê nhà” giữa nguyên đơn bà Nguyễn Thị Ngọc D và bị đơn là bà Phạm Yến H. Link: <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-ve-tranh-chap-hop-dong-thue-nha-so-072022dspt-231519>;

16. Ủy ban Thẩm phán Tòa án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng, 2022, Quyết định giám đốc thẩm số 48/2022/DS-GĐT vụ án “*Tranh chấp hợp đồng thuê nhà*” giữa nguyên đơn bà Nguyễn Thị Ngọc D và bị đơn là bà Phạm Yến H. Link: <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/quyet-dinh-giam-doc-tham-ve-tranh-chap-hop-dong-thue-nha-so-482022dsgdt-xem-dich-covid-la-su-ki-253501>;

17. Trần Thị Huệ, 2020, *Một số bất cập trong quy định của pháp luật về loại trừ trách nhiệm bồi thường thiệt hại do vi phạm nghĩa vụ trong hợp đồng thương mại*, Tạp chí Pháp luật và Thực tiễn số 42/2020.

CASES OF EXCLUSION OF LEGAL LIABILITY DUE TO BREACH OF REAL ESTATE BUSINESS CONTRACTS

Abstract: When a contract is freely and voluntarily entered into by the parties, and is legally agreed upon, it becomes effective and imposes an obligation for all parties to adhere to in order to ensure that each party achieves the desired benefits when establishing that transaction. When a party fails to fulfill its obligation on time, fails to fully perform its duty, or fails to perform the obligation as stipulated, it is considered a breach of duty, and the party breaching its duty is liable for civil responsibility to the party with rights.

However, the law also contains provisions for the protection of the infringing party in cases where violations occur due to unforeseeable and uncontrollable circumstances on the part of the infringing party. In these cases, the adverse consequences resulting from the application of sanctions for breaching obligations, i.e., instances of excluding liability for breaches of duty, are not imposed on the infringing party. This article focuses on the analysis of disadvantages when applying cases that exempt legal responsibility for breaching a specific type of contract,

namely real estate business contracts, and suggests proposals to enhance the legal provisions related to this regulation.

Keywords: exclusion of legal liability, breach of contract, real estate business contract.

NGHIÊN CỨU PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VỀ BẢO HỘ NHÃN HIỆU HÌNH BA CHIỀU NHẪM HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH VỀ BẢO HỘ NHÃN HIỆU HÌNH BA CHIỀU TẠI VIỆT NAM

Đỗ Thị Điện*

Tóm tắt: Hoàn thiện các quy định pháp luật, thống nhất nguyên tắc áp dụng vào thực tiễn hoạt động thẩm định đơn đăng ký nhãn hiệu hình ba chiều tại Việt Nam. Cần thiết phải nghiên cứu một cách toàn diện và đầy đủ về đối tượng áp dụng, hình thức thể hiện, cách thức đánh giá, xác định phạm vi bảo hộ đối với nhãn hiệu hình ba chiều, cũng như các khả năng xung đột giữa nhãn hiệu hình ba chiều với kiểu dáng công nghiệp. Trên cơ sở nghiên cứu pháp luật về thẩm định đơn đăng ký bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều của các quốc gia như Cộng đồng Châu Âu (EU), Hoa Kỳ. Nhằm mục đích hoàn thiện các quy định của pháp luật về xác lập quyền đối với nhãn hiệu hình ba chiều của Việt Nam.

Từ khóa: pháp luật, bảo hộ, nhãn hiệu hình ba chiều, Việt Nam

1. Đặt vấn đề

Quy định của pháp luật về bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều được áp dụng như đối với nhãn hiệu truyền thống về đăng ký bảo hộ nhãn hiệu hàng hóa, dịch vụ, đặc biệt là nhãn hiệu hình ba chiều mà có hình dạng mang tính chức năng hoặc không có khả năng phân biệt nhưng lại chứa yếu tố chữ có tính phân biệt. Tuy nhiên, đối với các nhãn hiệu hình ba chiều mà chỉ tồn tại ở hình khối (không có yếu tố chữ) như kiểu dáng của sản phẩm hoặc bao bì của sản phẩm thì việc đánh giá tính phân biệt sẽ phức tạp hơn. Vì vậy, bài viết đã phân tích các quy định của pháp luật Việt Nam về các dấu hiệu được bảo hộ là nhãn hiệu ba chiều, cũng như xung đột trong dấu hiệu được công nhận là nhãn hiệu ba chiều với kiểu dáng công nghiệp, trong nghiên cứu pháp luật Liên minh Châu Âu (EU), Hoa Kỳ, từ đó đưa ra những giải pháp phù hợp về bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều tại Việt Nam.

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: diendt@hul.edu.vn.

2. Pháp luật Châu Âu (EU), Hoa Kỳ về bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều trong quá trình thẩm định đơn đăng ký nhãn hiệu

2.1. Quy định về bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều theo pháp luật Châu Âu (EU), Hoa Kỳ

Theo quy định tại Điều 6 Công ước Paris không định nghĩa nhãn hiệu cũng như không đề cập đến dấu hiệu hình ba chiều có thể đăng ký làm nhãn hiệu, mà chỉ quy định điều kiện nộp đơn và cấp bảo hộ nhãn hiệu sẽ được quyết định ở mỗi nước thành viên thuộc Liên minh theo pháp luật quốc gia của nước đó.

Điều 15 Hiệp định về các khía cạnh có liên quan tới thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (Hiệp định TRIPS) quy định về khái niệm dấu hiệu đăng ký làm nhãn hiệu không trực tiếp đề cập đến nhãn hiệu hình ba chiều nhưng có phạm vi đủ rộng để bao trùm loại hình nhãn hiệu này.

Liên Minh Châu Âu (EU) quy định nhãn hiệu hình ba chiều là đối tượng có thể bảo hộ, tồn tại dưới dạng kiểu dáng (design), hình dạng (shape of the goods), hoặc bao bì của sản phẩm (packaging of the goods)¹. Tuy nhiên, theo Điều 4 của Quy chế (EU) 2015/2436, EU từ chối cấp bảo hộ cho dấu hiệu hình ba chiều nếu nó thuộc một trong ba dạng: (a) hình dạng hoặc đặc tính khác, là kết quả từ bản chất của chính hàng hóa; hoặc (b) hình dạng hoặc đặc tính khác của hàng hóa là cần thiết để đạt được kết quả kỹ thuật; hoặc (c) hình dạng, hoặc đặc tính khác, mà giúp mang lại giá trị đáng kể cho hàng hóa².

Hoa Kỳ quan niệm dấu hiệu hình ba chiều chỉ là tập hợp con của khái niệm “bài trí thương mại” (trade dress) có nghĩa rộng được quy định ở Đạo luật Lanham Act (§43 Lanham Act, 15 U.S.C. §1052) theo nghĩa là các đặc điểm của hình thức bên ngoài của sản phẩm hoặc bao bì của sản phẩm (hoặc thậm chí là thiết kế của một tòa nhà) biểu thị nguồn gốc của sản phẩm đối với người tiêu dùng. Bài trí thương mại xuất phát điểm ban đầu chỉ gồm “bao bì” (packaging) hoặc “bài trí” của sản phẩm,

¹ Lê Quang Vinh, (2019) “*Bảo hộ nhãn hiệu ba chiều ở Liên minh Châu Âu*” <http://bross.vn/newsletter/ip-news-update/Bao-ho-nhan-hieu-ba-chieu-o-Lien-minh-Chau-Au>, truy cập ngày 10/8/2023

² Vũ Thị Hải Yến, (2022), “*Hoàn thiện quy định pháp luật sở hữu trí tuệ liên quan đến nhãn hiệu hình ba chiều và nhãn hiệu âm thanh*”, VNU Journal of Science: Legal Studies, Vol. 38, No. 3 (17-29)

nhưng gần đây bài trí thương mại đã mở rộng bao gồm cả thiết kế/kiểu dáng của sản phẩm (design of a product)³.

2.2. Quy định về thủ tục thẩm định đơn đăng ký nhãn hiệu hình ba chiều ở Châu Âu (EU), Hoa Kỳ

Nhìn chung các quốc gia như Hoa Kỳ, Liên minh Châu Âu (EU), không tách thẩm định hình thức và thẩm định nội dung thành hai giai đoạn độc lập mà gộp chung cả thủ tục thẩm định hình thức và nội dung trong thời hạn trung bình từ 8-12 tháng tính từ ngày nộp đơn. Theo pháp luật các quốc gia này (trừ Cơ quan Sở hữu trí tuệ Liên minh Châu Âu (European Union Intellectual Property Office) - EUIPO⁴), chỉ có đơn đăng ký nhãn hiệu nào mà đáp ứng cả hai tiêu chuẩn bảo hộ là khả năng tự phân biệt và không tương tự gây nhầm lẫn với quyền có trước mới được phép cho công bố để bên thứ ba thực hiện quyền phản đối cấp. Sau khi kết thúc giai đoạn phản đối mà không có phản đối, hoặc đơn phản đối đã được giải quyết thì nhãn hiệu xin đăng ký mới chính thức được cấp bảo hộ.

Thứ nhất: Đánh giá khả năng bảo hộ của nhãn hiệu hình ba chiều ở Hoa Kỳ

Hoa Kỳ chỉ coi nhãn hiệu hình ba chiều là tập hợp con của khái niệm “bài trí thương mại”. Bài trí thương mại theo pháp luật Hoa Kỳ có phạm vi rất rộng. Nó có thể bao gồm kiểu dáng của sản phẩm (ví dụ như hình dạng sản phẩm hoặc hình thức bên ngoài sản phẩm), màu sắc của bao bì hoặc bao bì của sản phẩm được bán, và hương vị của sản phẩm⁵.

Theo Bộ quy tắc thẩm định đơn đăng ký nhãn hiệu của Hoa Kỳ (The U.S Trademark Manual of Examining Procedure – TMEP), khi thẩm định nội dung đơn đăng ký nhãn hiệu hình ba chiều, thẩm định viên của Cơ quan sáng chế và nhãn hiệu Hoa Kỳ (USPTO) phải tách riêng xem xét hai vấn đề là tính chức năng (functionality) và tính phân biệt (distinctiveness). Trong nhiều trường hợp, USPTO từ chối đăng ký nhãn hiệu hình ba chiều dựa trên cả hai căn cứ này. Cũng có trường hợp kiểu dáng

³ Quy chế thẩm định đơn nhãn hiệu của Hoa Kỳ: *US Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)*, Điều 1202.02 quy định nhãn hiệu ba chiều là hình dáng của sản phẩm và nhãn hiệu ba chiều là bao bì của sản phẩm

⁴ EUIPO chỉ thẩm định hình thức và nội dung đối với đơn đăng ký nhãn hiệu Liên minh Châu Âu (EUTM) theo căn cứ từ chối tuyệt đối (absolute ground of refusal) chứ không thẩm định nội dung và từ chối EUTM theo căn cứ từ chối tương đối (relative ground of refusal)

⁵ Cục Sở hữu trí tuệ, Báo cáo tóm tắt: Nghiên cứu kinh nghiệm và thực tiễn về bảo hộ nhãn hiệu ba chiều nhằm hoàn thiện các quy định về xác lập quyền đối với nhãn hiệu dạng ba chiều tại Việt Nam, tháng 3 năm 2022

sản phẩm (product design) bị từ chối vì mang tính chức năng cho nên đăng ký không thể được cấp vì kiểu dáng sản phẩm chưa bao giờ có tính phân biệt tự thân (inherent distinctiveness)⁶. Tuy nhiên, vì bao bì sản phẩm (product packaging) lại có thể có tính phân biệt tự thân cho nên trường hợp bao bì sản phẩm bị từ chối vì mang tính chức năng thì đăng ký cũng bị từ chối trên cơ sở nhãn hiệu xin đăng ký không có khả năng phân biệt.

Để đánh giá khả năng phân biệt vốn có của nhãn hiệu, Tòa án thường dựa trên phép thử Abercrombie (Abercrombie Test), tuy nhiên, đối với nhãn hiệu hình ba chiều, các Thẩm phán Tòa án Hoa Kỳ đã phải áp dụng một phép thử riêng thay cho phép thử truyền thống. Một số câu hỏi thường được đặt ra khi áp dụng phép thử riêng biệt này là: i) thiết kế hay hình dạng ba chiều đó có phải là một hình dạng hoặc thiết kế thông thường, đơn giản không?; ii) nó có mang tính duy nhất và không phổ biến trong một lĩnh vực cụ thể?; iii) liệu nó có đơn thuần chỉ là sự cải tiến của một hình thức trang trí cho một nhóm hàng hóa cụ thể đã được sử dụng và biết đến rộng rãi, mà người tiêu dùng chỉ coi đó đơn giản là vật trang trí; iv) liệu nó có tạo ra một ấn tượng thương mại tách biệt khỏi những từ ngữ đi kèm nó không?⁷

Thứ hai: Đánh giá khả năng bảo hộ của nhãn hiệu hình ba chiều ở EU

Liên Minh Châu Âu (EU) cho phép đăng ký các dấu hiệu hình ba chiều, đồng thời quy định các trường hợp loại trừ (cơ sở cho việc từ chối hoặc huỷ bỏ) việc đăng ký dấu hiệu hình ba chiều nếu nó thuộc một trong các trường hợp: i) hình dạng hoặc đặc tính khác, là kết quả từ bản chất của chính hàng hóa; hoặc ii) hình dạng hoặc đặc tính khác của hàng hóa là cần thiết để đạt được kết quả kỹ thuật; hoặc iii) hình dạng, hoặc đặc tính khác, mà giúp mang lại giá trị đáng kể cho hàng hóa. Những trường hợp loại trừ này được thể hiện trong Điều 4 văn bản sửa đổi của Luật nhãn hiệu của EU 2015/2424 (Regulation EU 2015/2424) và Chỉ thị EU 2015/2436 (Directive EU2015/2436) (TMR 2015)⁸

⁶ G. Ghidini, “*The Protection of (Three-Dimensional) Shape Trademarks and Its Implications for the Protection of Competition*”, <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780198826576.001.0001/oso-9780198826576-chapter-11>. Truy cập ngày 20/06/2023

⁷ M. Lasky, “*Three Dimensional Trademarks: Understanding United States Law and Practice*”, <http://www.alterlaw.com/docs/3d-trademarks.pdf>. Truy cập ngày 20/06/2023

⁸ G. Ghidini, tldđ,6

Qua đó, tại Châu Âu (EU) những dấu hiệu có hình dạng của sản phẩm thường được đăng ký sau một khoảng thời gian sản phẩm đó đã được bán trên thị trường bởi vì hình dạng đó không có khả năng phân biệt tự thân, mà khả năng phân biệt sẽ đạt được thông qua quá trình sử dụng. Quá trình sử dụng lâu dài dấu hiệu đó của người nộp đơn sẽ giúp cho một bộ phận lớn những người tiêu dùng liên quan chỉ liên hệ hình dạng đó với người bán hàng đó, chứ không phải người bán hàng khác, hoặc họ tin rằng loại hàng hóa có hình dạng đó chỉ có thể được cung cấp bởi người bán hàng đó. Vì vậy, có thể suy ra người nộp đơn phải là người duy nhất sử dụng dấu hiệu hình dạng đó cho những hàng hóa mà họ cung cấp ra thị trường. Tòa án sẽ có quyền quyết định những trường hợp dấu hiệu hình ba chiều được coi là tính phân biệt qua quá trình sử dụng theo Điều 7.3 Quy chế nhãn hiệu Cộng đồng (tương ứng với Điều 3.3 Chỉ thị về nhãn hiệu). Việc đánh giá khả năng phân biệt qua quá trình sử dụng của dấu hiệu hình dạng ba chiều ở các Tòa án Châu Âu thường phải dựa trên: (i) nguồn thông tin cụ thể và đáng tin cậy; (ii) thông tin về những người sử dụng mặt hàng đó phải được đưa vào xem xét; (iii) khả năng người tiêu dùng có thể nhận biết được sản phẩm đến từ một người bán hàng cụ thể là kết quả sử dụng dấu hiệu đó như một nhãn hiệu. Mặc dù có những hướng dẫn cụ thể như vậy, thực tế vẫn tồn tại những khó khăn trong việc chứng minh tính phân biệt của dấu hiệu dạng ba chiều⁹

Điều 7.1e Quy chế nhãn hiệu Cộng đồng (tương ứng với Điều 3.1e Chỉ thị về nhãn hiệu) của Liên minh Châu Âu đề cập vấn đề những dấu hiệu là hình dạng cần thiết của hàng hóa để thực hiện chức năng kỹ thuật sẽ bị từ chối đăng ký nhãn hiệu, thậm chí kể cả trong trường hợp có những hình dạng khác cũng phục vụ được chức năng kỹ thuật tương tự. Quy định của pháp luật Liên minh Châu Âu chỉ rõ ba trường hợp dấu hiệu hình ba chiều không có khả năng bảo hộ nhãn hiệu do mang tính chức năng: (i) Hình dạng có được do bản chất tự nhiên của hàng hóa; (ii) Dấu hiệu là hình dạng cần thiết của hàng hóa để thực hiện chức năng kỹ thuật; (iii) Hình dạng đem lại giá trị chủ yếu cho hàng hóa¹⁰

⁹ Vũ Thị Hải Yến, tldd,2

¹⁰ T. Cook, “*Three Dimensional Trade Marks in the European Union*, *Journal of Intellectual Property Rights*”, Vol 19, November 2014, pp 423-429
[http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/30055/1/JIPR%2019\(6\)%20423-427.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/30055/1/JIPR%2019(6)%20423-427.pdf). Truy cập, 2/5/2023

Có thể nhận thấy ở Châu Âu, việc phân loại nhãn hiệu hình ba chiều thuộc loại nào có ý nghĩa rất quan trọng trong việc xác định khả năng phân biệt của nó. Những nhãn hiệu là hình ba chiều không liên quan đến sản phẩm thường được xem là có khả năng phân biệt tự thân và đáp ứng được yêu cầu bảo hộ là nhãn hiệu. Những nhãn hiệu là hình dạng của chính sản phẩm hoặc một phần sản phẩm, hình dạng của bao bì hay đồ đựng sản phẩm thì sẽ có phép thử riêng và tiêu chí đánh giá khả năng phân biệt sẽ khác hơn.

3. Quy định về xác lập và thẩm định đơn đăng ký bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều tại Việt Nam

3.1. Pháp luật về bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều tại Việt Nam

Điều 72 Luật Sở hữu trí tuệ quy định: “*Nhãn hiệu được bảo hộ nếu đáp ứng các điều kiện sau đây: 1. Là dấu hiệu nhìn thấy được dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc nhiều màu sắc.*

2. Có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng hóa, dịch vụ của chủ thể khác”.

Như vậy, pháp luật về sở hữu trí tuệ Việt Nam cho phép dấu hiệu hình ba chiều có thể đăng ký nhãn hiệu, miễn là nhãn hiệu này “*có khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng hóa, dịch vụ của chủ thể khác*”.

Theo Nghị định số 65/2023/NĐ-CP ngày 23/8/2023 của Chính phủ, Phụ lục I, Mẫu số 08 về Tờ khai đăng ký nhãn hiệu, tại mục số 1 về: “Loại nhãn hiệu yêu cầu đăng ký, đã bổ sung: *nhãn hiệu hình ba chiều* được yêu cầu đăng ký bảo hộ. Sự điều chỉnh này phù hợp và thống nhất với quy định của Luật Sở hữu trí tuệ hiện hành, đồng thời cũng tương đồng với pháp luật của Châu Âu (EU) và Hoa Kỳ về bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều.

3.2. Chồng lấn giữa bảo hộ kiểu dáng công nghiệp và bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều

Pháp luật Việt Nam hiện hành về sở hữu trí tuệ đang tồn tại hai cơ chế bảo hộ khác nhau cho đối tượng hình dáng ba chiều của một sản phẩm, đó là cơ chế bảo hộ nhãn hiệu ba chiều và cơ chế bảo hộ kiểu dáng công nghiệp.

Điều 72 Luật Sở hữu trí tuệ quy định về bảo hộ nhãn hiệu cho dấu hiệu có hình dáng ba chiều. Cụ thể, nhãn hiệu được bảo hộ nếu “là dấu hiệu nhìn thấy được dưới dạng chữ cái, từ ngữ, hình vẽ, hình ảnh, kể cả hình ba chiều hoặc sự kết hợp các yếu tố đó, được thể hiện bằng một hoặc nhiều màu sắc”. Trong khi đó, kiểu dáng công nghiệp được định nghĩa theo khoản 13 Điều 4 Luật Sở hữu trí tuệ là “hình dáng bên ngoài của sản phẩm ... được thể hiện bằng hình khối, đường nét, màu sắc hoặc sự kết hợp những yếu tố này...”. Như vậy, hình khối ba chiều là một đối tượng nhưng có thể được bảo hộ theo hai cơ chế khác nhau là kiểu dáng công nghiệp và nhãn hiệu hình ba chiều.

Thứ nhất: Nhãn hiệu ba chiều chỉ chứa dấu hiệu hình ba chiều mang tính mô tả sản phẩm

Trong trường hợp nhãn hiệu thuần túy là hình dáng ba chiều, hầu hết các hệ thống bảo hộ nhãn hiệu hiện nay đều có chung quan điểm nếu dấu hiệu hình ba chiều chỉ là hình dáng bên ngoài thông thường của sản phẩm hoặc của bao bì sản phẩm thì không tự có khả năng phân biệt do chỉ mang tính mô tả về sản phẩm.

Tuy nhiên, hình dáng bên ngoài như vậy của sản phẩm vẫn có khả năng bảo hộ kiểu dáng công nghiệp nếu nó đáp ứng các điều kiện bảo hộ như tính mới, tính sáng tạo, khả năng áp dụng công nghiệp¹¹. Tính mới không đòi hỏi kiểu dáng công nghiệp phải có sự độc đáo, vượt ra khỏi khuôn mẫu thông thường trong thiết kế sản phẩm mà chỉ đòi hỏi kiểu dáng công nghiệp đó khác biệt so với các kiểu dáng công nghiệp của các sản phẩm đã có trên thị trường ở những đặc điểm tạo dáng cơ bản.

Trong trường hợp này, khả năng xung đột không xảy ra do các dấu hiệu hình ba chiều này chỉ được bảo hộ theo một cơ chế là cơ chế kiểu dáng công nghiệp.

Xung đột quyền giữa nhãn hiệu hình ba chiều và kiểu dáng công nghiệp hầu như không thể xảy ra đối với trường hợp nhãn hiệu hình ba chiều được bảo hộ nhờ có được khả năng phân biệt thông qua sử dụng. Nếu dấu hiệu hình ba chiều đã được sử dụng rộng rãi để có được khả năng phân biệt về nguồn gốc thương mại của sản phẩm thì dấu hiệu đó đã mất tính mới và do đó không thể đăng ký bảo hộ kiểu dáng công nghiệp. Vì vậy, sẽ không xảy ra trường hợp cấp văn bằng bảo hộ cho một kiểu

¹¹ Xem thêm Điều 65, 66, 67 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 được sửa đổi, bổ sung năm 2009, 2019 và 2022

dáng công nghiệp được nộp cùng ngày hoặc sau ngày nộp đơn của nhãn hiệu hình ba chiều tương ứng do kiểu dáng công nghiệp đó không đáp ứng điều kiện về tính mới.

Trong trường hợp kiểu dáng công nghiệp đó của người khác và đáp ứng tiêu chuẩn tính mới do đã được nộp đơn từ trước khi nhãn hiệu hình ba chiều tương ứng được đưa vào sử dụng thì bản thân nhãn hiệu hình ba chiều đó lại không được bảo hộ vì không đáp ứng quy định tại Điều 74.2.n Luật Sở hữu trí tuệ. Theo đó, nhãn hiệu này không có khả năng phân biệt vì là dấu hiệu trùng hoặc không khác biệt đáng kể với kiểu dáng công nghiệp của người khác được bảo hộ trên cơ sở đơn đăng ký kiểu dáng công nghiệp có ngày nộp đơn hoặc ngày ưu tiên sớm hơn so với ngày nộp đơn, ngày ưu tiên của đơn đăng ký nhãn hiệu.

Thứ hai: Nhãn hiệu ba chiều chứa dấu hiệu 3D mang tính mô tả kết hợp với những dấu hiệu phân biệt

Đối với nhãn hiệu hình ba chiều kết hợp, thông thường bản thân hình dáng ba chiều của sản phẩm hoặc bao bì của sản phẩm không có khả năng phân biệt. Vì vậy, khả năng phân biệt của nhãn hiệu hình ba chiều kết hợp hoàn toàn phụ thuộc vào khả năng phân biệt của dấu hiệu hai chiều nằm trên dấu hiệu hình ba chiều đó. Nếu được bảo hộ, phạm vi bảo hộ của nhãn hiệu hình ba chiều kết hợp chỉ bao gồm dấu hiệu hai chiều mà không bao gồm dấu hiệu hình ba chiều. Theo đó, không có khả năng xảy ra xung đột giữa dấu hiệu ba chiều và kiểu dáng công nghiệp trùng lặp hoặc không khác biệt đáng kể với dấu hiệu ba chiều đó.

Tuy nhiên, xung đột có thể xảy ra giữa dấu hiệu hai chiều trên nhãn hiệu ba chiều kết hợp được bảo hộ với kiểu dáng công nghiệp nhãn sản phẩm không khác biệt đáng kể với dấu hiệu hai chiều đó hoặc xung đột với kiểu dáng công nghiệp trên đó có mặt dấu hiệu hai chiều này. Trường hợp này tương tự với xung đột giữa nhãn hiệu hai chiều thông thường với kiểu dáng công nghiệp nói chung.

Thứ ba: Nhãn hiệu ba chiều là dấu hiệu hình ba chiều có khả năng phân biệt

Có thể thấy khả năng xung đột quyền giữa nhãn hiệu hình ba chiều và kiểu dáng công nghiệp chủ yếu chỉ xảy ra đối với trường hợp nhãn hiệu ba chiều được bảo hộ nhờ tự có khả năng phân biệt.

Ngay cả đối với dấu hiệu ba chiều có đặc điểm tạo dáng không thông thường thì thực tiễn đánh giá khả năng phân biệt cũng chưa có sự thống nhất. Một quan điểm

cho rằng tính sáng tạo đồng nghĩa với khả năng phân biệt. Theo đó, nếu hình dáng của sản phẩm là độc đáo và sáng tạo, theo nghĩa không phải là hình dáng thông thường của sản phẩm thì luôn được coi là có khả năng phân biệt và có thể đăng ký bảo hộ nhãn hiệu ba chiều.

Trong trường hợp này, hoàn toàn có thể xảy ra xung đột giữa nhãn hiệu ba chiều với kiểu dáng công nghiệp khi hai đối tượng này bảo hộ cho cùng một hình dáng bên ngoài của sản phẩm hoặc bao bì sản phẩm vì hình dáng đó có thể đáp ứng các điều kiện bảo hộ của cả hai đối tượng sở hữu công nghiệp.

Theo quy định của pháp luật Châu Âu (EU) tác giả đã đề cập, thì chỉ bảo hộ nhãn hiệu ba chiều với dấu hiệu ba chiều không có hình dáng thông thường của sản phẩm, nhưng hình dáng đó chỉ có chức năng chỉ dẫn về nguồn gốc của sản phẩm mà không có chức năng của kiểu dáng công nghiệp là mang lại giá trị thẩm mỹ cho sản phẩm. Nói cách khác, quy định của pháp luật EU loại trừ bảo hộ nhãn hiệu đối với các hình dáng chỉ mang lại giá trị phi nhãn hiệu cho sản phẩm, bất kể hình dáng này có khả năng phân biệt tự thân hoặc thông qua sử dụng hay không. Những hình dạng ba chiều bị loại trừ theo quy định này thường phù hợp với đối tượng bảo hộ của kiểu dáng công nghiệp.

Như vậy, quy định của pháp luật UE là tương đồng với Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam. Nhằm mục đích ngăn cản các hình dạng ba chiều là đối tượng bảo hộ của kiểu dáng công nghiệp được bảo hộ độc quyền như một nhãn hiệu. Điều này sẽ phá vỡ thời hạn bảo hộ có giới hạn áp dụng cho kiểu dáng công nghiệp, hơn nữa một hình dáng sản phẩm mới, hấp dẫn thị giác không đồng nghĩa với việc hình dáng đó cũng có chức năng như một nhãn hiệu. Có thể nói, đây là một cơ chế hữu ích trong việc ngăn ngừa xung đột giữa nhãn hiệu ba chiều và kiểu dáng công nghiệp.

Đối chiếu với pháp luật của Hoa Kỳ, lại cho rằng sự sáng tạo và tính độc đáo của hình dáng sản phẩm là chưa đủ để chứng minh hình dáng đó có khả năng phân biệt cần thiết của một nhãn hiệu mà khả năng phân biệt của dấu hiệu ba chiều phải được đánh giá dựa trên mối quan hệ giữa dấu hiệu ba chiều đó với hàng hoá hoặc dịch vụ mà nó được sử dụng. Theo đó, hình dạng của sản phẩm hoặc hình dạng của bao bì sản phẩm không mặc nhiên có khả năng phân biệt vì người tiêu dùng thường không có thói quen giả định về nguồn gốc thương mại từ hình dáng của sản phẩm mà

họ mới gặp lần đầu. Chỉ khi nào có thể xác lập được sự tương ứng duy nhất và ổn định giữa chủ sở hữu và dấu hiệu ba chiều thông qua việc sử dụng thì khả năng phân biệt của dấu hiệu ba chiều đó mới có thể được khẳng định.

Nếu theo quan điểm này thì ngay cả các dấu hiệu ba chiều có tính độc đáo cũng không thể đăng ký bảo hộ nhãn hiệu nếu chưa đạt được khả năng phân biệt qua sử dụng, vì vậy không có khả năng gây ra xung đột quyền với kiểu dáng công nghiệp.

4. Giải pháp hoàn thiện quy định về bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều tại Việt Nam

Thứ nhất: Luật Sở hữu trí tuệ được sửa đổi, bổ sung năm 2022 đã bổ sung hai quy định quan trọng liên quan đến nhãn hiệu hình ba chiều như: Quy định rõ hai trường hợp nhãn hiệu hình ba chiều bị coi là không có khả năng phân biệt và không được bảo hộ là nhãn hiệu: 1) là hình dạng thông thường của hàng hoá hoặc một phần của hàng hoá; 2) hình dạng thông thường của bao bì hay vật chứa hàng hoá mà đã được sử dụng thường xuyên và rộng rãi trước ngày nộp đơn; Bổ sung trường hợp nhãn hiệu hình ba chiều bị loại trừ do mang tính chức năng, cụ thể là khi dấu hiệu là hình dạng vốn có của hàng hoá hoặc do đặc tính kỹ thuật của hàng hoá bắt buộc phải có. Việc bổ sung hai quy định mới này cho thấy Luật Sở hữu trí tuệ đã có cách tiếp cận phù hợp với pháp luật của EU và Hoa Kỳ khi quy định nhãn hiệu hình ba chiều chỉ được chấp nhận bảo hộ nếu đáp ứng hai tiêu chí: có khả năng phân biệt và không mang tính chức năng.

Thứ hai: Pháp luật EU và Hoa Kỳ đều cho phép những dấu hiệu hình ba chiều (dù không mang tính phân biệt về bản chất) vẫn có thể đăng ký làm nhãn hiệu nếu đạt được khả năng phân biệt qua quá trình sử dụng lâu dài và rộng rãi. Nhưng, Luật Sở hữu trí tuệ Việt Nam tại điểm b khoản 2 Điều 74 đã loại trừ tuyệt đối những dấu hiệu hình ba chiều là hình dạng thông thường của hàng hoá hoặc một phần của hàng hoá; dấu hiệu là hình dạng bao bì, vật chứa hàng hoá đã được sử dụng thường xuyên và rộng rãi trước thời điểm nộp đơn; và đồng thời Điều 74 Luật Sở hữu trí tuệ về khả năng phân biệt của nhãn hiệu cũng không dự liệu trường hợp dấu hiệu hình ba chiều có thể đạt được khả năng phân biệt qua việc được sử dụng và thừa nhận rộng rãi trên thị trường như là một nhãn hiệu. Cách tiếp cận này chưa phù hợp với thông lệ quốc tế cũng như pháp luật Hoa Kỳ và EU, khi không bảo đảm được quyền và lợi ích hợp

pháp của chủ thể sử dụng nhãn hiệu khi họ đã đầu tư nhiều thời gian, tài chính cho việc tạo dựng, phát triển nhãn hiệu trên thị trường, vì vậy:

Một là: Về điều kiện bảo hộ đối với nhãn hiệu được quy định tại Điều 72, Điều 73 và Điều 74 Luật Sở hữu trí tuệ. Theo đó, các điều kiện này cũng sẽ được áp dụng cho nhãn hiệu hình ba chiều. Cụ thể, nhãn hiệu hình ba chiều phải không thuộc các trường hợp quy định về dấu hiệu không được bảo hộ với danh nghĩa nhãn hiệu quy định tại Điều 73 và phải đáp ứng khả năng phân biệt hàng hóa, dịch vụ của chủ sở hữu nhãn hiệu với hàng hóa, dịch vụ của chủ thể khác theo quy định tại Điều 74.

Việc áp dụng tiêu chí đánh giá nhãn hiệu hình ba chiều có thể dựa vào phân loại nhãn hiệu hình ba chiều: (i) dấu hiệu hình ba chiều không liên quan đến sản phẩm: khả năng phân biệt có thể đánh giá như nhãn hiệu thông thường; Đối với dấu hiệu ba chiều thuộc hai trường hợp còn lại: (ii) dấu hiệu ba chiều là hình dạng của chính bản thân sản phẩm hoặc một phần của sản phẩm; (iii) dấu hiệu ba chiều là hình dạng của bao bì hoặc đồ chứa của sản phẩm: khả năng phân biệt của nhãn hiệu được đánh giá thông qua tiêu chí riêng. Quy định này sẽ hoàn toàn tương đồng với pháp luật của Cộng đồng Châu Âu (EU), và phù hợp với thực tiễn hiện nay về yêu cầu bảo hộ nhãn hiệu ba chiều.

Hai là: Bổ sung tiêu chí đánh giá dấu hiệu hình ba chiều đạt được khả năng phân biệt qua thực tiễn sử dụng trong các văn bản hướng dẫn Luật Sở hữu trí tuệ như: Dấu hiệu hình ba chiều được coi là đạt được khả năng phân biệt thông qua quá trình sử dụng nếu: (1) Dấu hiệu là hình dạng của hàng hoá hoặc một phần của hàng hoá; (2) hình dạng của bao bì hay vật chứa hàng hoá đã được chủ thể đăng ký nhãn hiệu sử dụng một cách ổn định, lâu dài, rộng rãi cho chính hàng hoá đó trước ngày nộp đơn; (3) Đã được bộ phận người tiêu dùng liên quan biết đến tại Việt Nam thông qua hoạt động phân phối, quảng cáo... và giúp họ nhận biết và phân biệt được nguồn gốc của hàng hóa, dịch vụ. Việc bổ sung quy định này tương đồng với pháp luật Hoa Kỳ về việc công nhận dấu hiệu hình ba chiều là nhãn hiệu nếu đạt được khả năng phân biệt thông qua quá trình sử dụng trên sản phẩm.

Thứ ba: Bổ sung hướng dẫn đánh giá khả năng phân biệt của nhãn hiệu hình ba chiều dựa trên cấu thành nhãn hiệu để phân định rõ bảo hộ nhãn hiệu hai chiều hay ba chiều: Việc xem xét khả năng phân biệt của dấu hiệu hình dạng (hình khối) chỉ

dựa trên duy nhất dấu hiệu về hình dạng (hình khối), độc lập với các dấu hiệu có khả năng phân biệt khác như từ ngữ, hình ảnh hoặc sự kết hợp của các yếu tố này. Nếu người tiêu dùng chỉ có thể phân biệt được nguồn gốc thương mại của hàng hoá trong trường hợp dấu hiệu hình dạng phải đi kèm với dấu hiệu khác như từ ngữ, hình ảnh hoặc màu sắc thì dấu hiệu này chỉ được bảo hộ như là nhãn hiệu 2D thông thường;

Thứ tư: Đối với các dấu hiệu mang tính chức năng thẩm mỹ (trong mối tương quan giữa cơ chế bảo hộ kiểu dáng công nghiệp với cơ chế bảo hộ nhãn hiệu) có thể sử dụng quy định tại điểm c khoản 2 Điều 74 Luật Sở hữu trí tuệ về dấu hiệu chỉ “...*giá trị hoặc các đặc tính khác mang tính mô tả hàng hóa, dịch vụ*”, đồng thời tiếp tục hướng dẫn tại Quy chế thẩm định về việc “*các dấu hiệu về giá trị hoặc các đặc tính khác mang tính mô tả hàng hóa, dịch vụ quy định tại điểm c khoản 2 Điều 74 bao gồm cả các giá trị về mặt thẩm mỹ, giá trị về mặt kinh tế hoặc các giá trị khác mà khiến cho người tiêu dùng có xu hướng lựa chọn hàng hóa, dịch vụ vì những giá trị này*”.

Thứ năm: Việc công bố đơn nhãn hiệu ba chiều cũng sẽ được thực hiện như đối với đơn nhãn hiệu thông thường. Theo đó, đơn nhãn hiệu hình ba chiều được chấp nhận hợp lệ, Cục Sở hữu trí tuệ sẽ công bố các thông tin liên quan đến đơn. Tuy nhiên, do đặc thù của nhãn hiệu ba chiều là có thể bao gồm các hình chiếu bên cạnh hình phối cảnh, vì vậy, khi đơn nhãn hiệu ba chiều được công bố thì sẽ công bố cả các hình chiếu có liên quan. Quy định này nên được bổ sung vào các thông tư hướng dẫn Nghị định số 65/2023/NĐ-CP ngày 23/8/2023 của Chính phủ.

Thứ sáu: Tránh việc chủ sở hữu nhãn hiệu hình ba chiều đăng ký các dấu hiệu trùng/trương tự với kiểu dáng công nghiệp của người khác, cần điều chỉnh được vấn đề nếu một kiểu dáng công nghiệp đã hết hiệu lực và thuộc về công chúng và người khác lấy kiểu dáng công nghiệp này đăng ký làm nhãn hiệu hình ba chiều của mình, hoặc vấn đề chính chủ sở hữu kiểu dáng công nghiệp đó đăng ký nhãn hiệu hình ba chiều cho kiểu dáng của mình trong khi kiểu dáng công nghiệp đang còn hiệu lực trên cơ sở dấu hiệu có khả năng phân biệt hoặc khi kiểu dáng công nghiệp hiệu lực thì đăng ký trên cơ sở đạt được khả năng phân biệt qua quá trình sử dụng.

Như đã đề cập ở các phần trước, các cơ chế bảo hộ sở hữu trí tuệ có các mục đích khác nhau, trong đó mục đích của cơ chế bảo hộ kiểu dáng công nghiệp với danh

nghĩa là các sản phẩm mang tính sáng tạo, nghệ thuật chỉ được bảo hộ với một thời gian hữu hạn để sau đó kiểu dáng này sẽ thuộc về cộng đồng và tiếp tục phát triển và đổi mới cho các sản phẩm tiếp theo.

Vì vậy, khi một kiểu dáng công nghiệp đã hết thời hạn bảo hộ, cần thống nhất quan điểm về việc kiểu dáng đó phải thuộc về cộng đồng, mọi người đều có quyền sử dụng, vì vậy cần bổ sung quy định về việc không cho phép người thứ 3 đăng ký một nhãn hiệu hình ba chiều trùng với kiểu dáng công nghiệp đã tồn tại trước, bất kể kiểu dáng này đang được bảo hộ hay đã kết thúc thời hạn bảo hộ.

5. Kết luận

Các dấu hiệu ba chiều phải được coi là dấu hiệu có chức năng nhãn hiệu với điều kiện nó hoàn thành chức năng chỉ dẫn nguồn gốc thương mại của hàng hóa hoặc dịch vụ (có khả năng gây ấn tượng nhận biết và phân biệt cho người tiêu dùng). Trước đòi hỏi của quá trình hội nhập kinh tế quốc tế, sự phát triển của hoạt động thương mại cũng như nhu cầu của các chủ thể kinh doanh, việc bảo hộ nhãn hiệu hình ba chiều ở Việt Nam là thực sự cần thiết. Do đó cần gấp rút bổ sung và hoàn thiện các văn bản pháp luật, các quy chế hướng dẫn cụ thể để có sự thống nhất về cách hiểu cũng như cách thẩm định và đánh giá đối với loại hình nhãn hiệu này.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội (2005), Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005, sửa đổi, bổ sung năm 2009, 2019 và 2022
2. Lê Quang Vinh, (2019) “*Bảo hộ nhãn hiệu ba chiều ở Liên minh Châu Âu*” <http://bross.vn/newsletter/ip-news-update/Bao-ho-nhan-hieu-ba-chieu-o-Lien-minh-Chau-Au>, truy cập ngày 10/8/2023
3. Vũ Thị Hải Yến, (2022), “*Hoàn thiện quy định pháp luật sở hữu trí tuệ liên quan đến nhãn hiệu hình ba chiều và nhãn hiệu âm thanh*”, VNU Journal of Science: Legal Studies, Vol. 38, No. 3 (17-29)
4. Quy chế thẩm định đơn nhãn hiệu của Hoa Kỳ: *US Trademark Manual of Examining Procedure (TMEP)*, Điều 1202.02 quy định nhãn hiệu ba chiều là hình dáng của sản phẩm và nhãn hiệu ba chiều là bao bì của sản phẩm

5. Cục Sở hữu trí tuệ, Báo cáo tóm tắt: Nghiên cứu kinh nghiệm và thực tiễn về bảo hộ nhãn hiệu ba chiều nhằm hoàn thiện các quy định về xác lập quyền đối với nhãn hiệu dạng ba chiều tại Việt Nam, tháng 3 năm 2022

6. G. Ghidini, “*The Protection of (Three-Dimensional) Shape Trademarks and Its Implications for the Protection of Competition*”,
<https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/oso/9780198826576.001.0001/oso-9780198826576-chapter-11>, truy cập ngày 20/06/2023

7. M. Lasky, “*Three Dimensional Trademarks: Understanding United States Law and Practice*”, <http://www.alterlaw.com/docs/3d-trademarks.pdf>. Truy cập ngày 20/06/2023

8. T. Cook, “*Three Dimensional Trade Marks in the European Union, Journal of Intellectual Property Rights*” Vol 19, November 2014, [http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/30055/1/JIPR%2019\(6\)%20423-427.pdf](http://nopr.niscair.res.in/bitstream/123456789/30055/1/JIPR%2019(6)%20423-427.pdf), truy cập, 2/5/2023.

STUDYING INTERNATIONAL LAW ON HOMOGRAPHIC BRAND PROTECTION TO COMPLETE REGULATIONS ON HOMOGRAPHICAL BRAND PROTECTION IN VIETNAM

Abstract: Complete legal regulations, unify principles applied to practical activities of examining holographic trademark applications in Vietnam. It is necessary to conduct comprehensive and complete research on the subjects of application, forms of expression, methods of evaluation, and determination of the scope of protection for holographic trademarks, as well as the possibilities of conflicts between Holographic label with industrial design. Based on legal research on appraisal of holographic trademark protection applications of countries such as the European Community (EU) and the United States. Aims to perfect the legal provisions on establishing rights to holographic trademarks in Vietnam.

Keywords: law, protection, holographic trademark, Vietnam

**LỊCH SỬ QUY ĐỊNH VỀ HÌNH PHẠT ĐỐI VỚI CÁC TỘI PHẠM
THAM NHŨNG TRONG PHÁP LUẬT HÌNH SỰ VIỆT NAM
VÀ ĐỊNH HƯỚNG HOÀN THIỆN THEO TINH THẦN
VĂN KIẾN ĐẠI HỘI XIII CỦA ĐẢNG**

Trần Văn Hải*

Tóm tắt: Đấu tranh phòng chống tham nhũng nói chung và các tội phạm tham nhũng nói riêng luôn là công tác được Đảng và Nhà nước rất quan tâm trong bất kỳ giai đoạn lịch sử nào. Chính vì vậy, trong mỗi lần Đại hội Đảng toàn quốc, vấn đề này luôn được đề cập và cụ thể hóa trong các Văn kiện. Gần đây nhất, Văn kiện Đại hội XIII của Đảng cũng đưa ra các giải pháp căn cơ quyết liệt về phòng, chống tham nhũng. Để góp phần thực hiện theo tinh thần Văn kiện của Đảng, trong phạm vi bài viết, trên cơ sở nghiên cứu lịch sử lập pháp quy định về hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng trong pháp luật hình sự Việt Nam cũng như từ tình hình kinh tế xã hội hiện nay của đất nước, tác giả sẽ đưa ra hướng hoàn thiện quy định về hình phạt áp dụng đối với nhóm tội phạm này.

Từ khóa: Hình phạt; tội phạm tham nhũng; lịch sử; pháp luật hình sự; Văn kiện Đại hội Đảng

1. Đặt vấn đề

Các tội phạm về tham nhũng là nhóm tội phạm gây ảnh hưởng rất nghiêm trọng đến sự phát triển bền vững của đất nước, làm cho kinh tế chậm phát triển, gây thất thoát, lãng phí tài sản của dân, thiệt hại ngân sách, gây rối loạn nền kinh tế, gia tăng khoảng cách giàu nghèo ngày càng trầm trọng. Hơn nữa, nó làm xói mòn lòng tin của nhân dân vào Đảng, Nhà nước, làm cho chế độ chính trị dần suy yếu từ bên trong, tạo điều kiện cho các thế lực thù địch lợi dụng tấn công, chống phá. Phòng, chống tham nhũng là nhiệm vụ cực kỳ khó khăn, phức tạp của Đảng và Nhà nước. Chính vì vậy, trong Văn kiện Đại hội XIII của Đảng đã đưa ra chủ trương và giải pháp căn cơ quyết liệt về phòng, chống tham nhũng, cụ thể “*Triển khai đồng bộ có*

* TS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: haitv@hul.edu.vn

hiệu quả quy định của pháp luật về phòng, chống tham nhũng. Nâng cao hiệu quả thu hồi tài sản tham nhũng, bảo đảm đúng pháp luật. Thực hiện quyết liệt nghiêm minh có hiệu quả cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng”¹. Bên cạnh đó, Văn kiện còn đề cập nhiều nội dung định hướng khác liên quan đến công tác phòng, chống tham nhũng. Để góp phần vào thực hiện tốt và hiệu quả theo tinh thần Văn kiện Đại hội XIII của Đảng về phòng, chống tham nhũng, trong phạm vi bài viết này, tác giả đi vào nghiên cứu sâu lịch sử quy định về hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng trong pháp luật Hình sự Việt Nam, trên cơ sở đó, đưa ra một số định hướng hoàn thiện phù hợp với tinh thần Văn kiện Đại hội XIII của Đảng.

2. Lịch sử quy định về hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng trong pháp luật hình sự Việt Nam trước khi Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 có hiệu lực

- Giai đoạn từ năm 1945 đến trước khi Bộ luật hình sự năm 1985 có hiệu lực

Sau khi giành được chính quyền, Chính phủ nước Việt Nam dân chủ cộng hoà dưới sự lãnh đạo của Chủ tịch Hồ Chí Minh đã ban hành nhiều văn bản về pháp luật hình sự làm cơ sở cho đấu tranh phòng, chống tội phạm nói chung và phòng, chống các tội phạm về tham nhũng nói riêng. Người coi “*chống tham ô, lãng phí và bệnh quan liêu cũng quan trọng và cần kíp như đánh giặc trên mặt trận*”. Trong những ngày đầu thành lập nước, Chủ tịch Hồ Chí Minh đã ký Sắc lệnh số 223/SL ngày 17/11/1946 về “*Trừng trị các tội biến thủ và hối lộ*”. Người tỏ thái độ kiên quyết: “*Phải tẩy sạch nạn tham ô, lãng phí và bệnh quan liêu*”. Vì vậy, giai đoạn này, Nhà nước ta đã ban hành rất nhiều văn bản quy định về các hành vi phạm tội và hình phạt liên quan đến tham nhũng để bảo vệ tài sản Nhà nước và tài sản của nhân dân, bảo vệ hoạt động đúng đắn của các cơ quan, tổ chức. Cụ thể như: Sắc lệnh số 223/SL, ngày 27/11/1946 về trừng trị các tội hối lộ, phù lạm, biến thủ công quỹ. Điều 1 Sắc lệnh quy định: “*Tội đưa hối lộ cho công chức, tội công chức nhận hối lộ hoặc phù lạm, biến thủ công quỹ hay của công dân đều bị phạt khổ sai từ năm đến hai mươi năm và phạt bạc gấp đôi tang vật hối lộ, phù lạm hay biến thủ; tang vật hối lộ bị tịch thu sung công; người phạm tội có thể bị xử tịch thu nhiều nhất là đến ba phần tư gia sản; các*

¹ Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011 (tập 2), tr.145.

đồng phạm và tòng phạm cũng bị phạt như trên”. Với việc quy định hình phạt áp dụng đối hành vi phạm tội, Sắc lệnh đã thể hiện thái độ lên án đối với các tội hối lộ và những hành vi khác lợi dụng chức vụ, quyền hạn xâm phạm tài sản Nhà nước. Trong giai đoạn này, còn có một số văn bản khác như: Sắc lệnh 267/SL, ngày 15/6/1946 quy định trừng trị những âm mưu và hoạt động phá hoại tài sản của Nhà nước, của hợp tác xã và của nhân dân làm cản trở việc thực hiện chính sách, kế hoạch của Nhà nước; Sắc lệnh 267/SL ngày 15/5/1956 về tội cố ý làm trái công tác phụ trách gây hậu quả nghiêm trọng;...Đặc biệt ngày 21/10/1970, Nhà nước đã ban hành Pháp lệnh Trừng trị các tội phạm xâm phạm tài sản xã hội chủ nghĩa (gọi tắt là XHCN) và Pháp lệnh Trừng trị các tội phạm xâm phạm tài sản riêng của công dân. Hai Pháp lệnh này được ban hành nhằm bảo vệ cơ sở vật chất XHCN và tạo cơ sở pháp lý cho công tác phòng, chống tội phạm. Một số tội phạm về tham nhũng được quy định là: Tội tham ô; Tội cố ý làm trái nguyên tắc chính sách về kinh tế, tài chính gây thiệt hại tài sản XHCN; Tội lạm dụng chức quyền chiếm đoạt tài sản riêng của công dân. Trong hai Pháp lệnh này, hình phạt được quy định đa dạng hơn các văn bản trước đó², tạo sự thuận lợi cho việc áp dụng. Tuy nhiên, hai văn bản này chỉ quy định hình phạt chính mà chưa ghi nhận hình phạt bổ sung. Hạn chế này được khắc phục trong Pháp lệnh trừng trị các tội hối lộ được ban hành ngày 20/5/1981. Với pháp lệnh này, lần đầu tiên tội nhận và đưa hối lộ được quy định thành một điều luật độc lập, các dấu hiệu pháp lý được mô tả, các tình tiết tăng nặng và giảm nhẹ cũng được quy định tại các điều khoản cụ thể thể hiện sự phân hóa trách nhiệm hình sự, đặc biệt quy định số hình phạt bổ sung như cấm đảm nhiệm chức vụ, phạt tiền, tịch thu tài sản.

Có thể nói, mặc dù còn những hạn chế nhất định trong quy định về tội phạm và hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng, tuy nhiên, trong giai đoạn này, pháp luật hình sự đã quy định một số tội phạm tham nhũng điển hình như: Tội đưa hối lộ, Tội nhận hối lộ; Tội đào nhiệm; Tội tham ô; đồng thời các văn bản cũng đã quy định những hình phạt rất nghiêm khắc và khá đa dạng, ngoài hình phạt chính còn có các hình phạt bổ sung tạo thuận lợi cho việc áp dụng.

- Giai đoạn từ khi có Bộ luật hình sự năm 1985 đến trước khi Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung 2017 có hiệu lực

² Đã quy định về hình phạt tù có thời hạn, tù chung thân và tử hình

Ngày 27/6/1985, Bộ luật hình sự (gọi tắt là BLHS) đầu tiên của nước Cộng hòa XHCN Việt Nam ra đời, đánh dấu một bước phát triển mới của pháp luật hình sự Việt Nam. Trên cơ sở kế thừa kinh nghiệm lập pháp hình sự và kinh nghiệm đấu tranh phòng, chống tội phạm những giai đoạn trước, BLHS năm 1985 đã quy định các tội phạm về chức vụ thành một chương riêng³. Sau nhiều lần sửa đổi⁴, BLHS năm 1985 đã mở rộng các đối tượng và hành vi phạm tội tham nhũng, đặc biệt với chính sách nghiêm trị đối với nhóm tội phạm này, các quy định về hình phạt đều theo hướng tăng nặng khung hình phạt. Cụ thể, trong BLHS năm 1985 sửa đổi bổ sung năm 1997 có nhiều tội danh được quy định với mức cao nhất của khung hình phạt là chung thân, tử hình. Một số tội danh bị áp dụng hình phạt tử hình như: Tội tham ô tài sản xã hội chủ nghĩa (Điều 133). Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn lừa đảo chiếm đoạt tài sản xã hội chủ nghĩa (Điều 134a); Tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản của công dân (Điều 156); Tội nhận hối lộ (Điều 226), bên cạnh đó, một số tội danh áp dụng mức cao nhất là tù chung thân như: Tội lạm quyền trong khi thi hành công vụ (Điều 221a); Tội giả mạo trong công tác (Điều 224); Tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng với người khác để trục lợi (Điều 228a). Ngoài ra, còn quy định về hình phạt tù có thời hạn để áp dụng, đồng thời quy định các hình phạt bổ sung như: cấm đảm nhận chức vụ nhất định; hình phạt tiền; tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản⁵. Có thể thấy, các quy định về hình phạt của BLHS năm 1985 đã thể hiện sự đa dạng các hình phạt áp dụng và chính sách xử lý nghiêm khắc, không khoan nhượng của Nhà nước đối với loại tội phạm này.

Đến BLHS năm 1999, trong lần pháp điển hóa lần thứ 2 này, các quy định về tội phạm và hình phạt nói chung được thể hiện một cách đầy đủ, cụ thể và rõ ràng hơn so với BLHS năm 1985. Chính vì vậy, đối với các tội phạm tham nhũng cũng có nhiều thay đổi hoàn thiện. Cụ thể, BLHS đã đưa tất cả các tội phạm tham nhũng và liên quan đến tham nhũng vào trong một Chương tội phạm cụ thể⁶, đồng thời chia ra hai nhóm tội phạm: (1) Các tội phạm về tham nhũng (Mục A), (2) Các tội phạm khác

³ Trong BLHS năm 1985 các tội phạm tham nhũng được quy định ở Chương IV Các tội xâm phạm sở hữu xã hội chủ nghĩa và Chương IX Các tội phạm về chức vụ

⁴ Sửa đổi, bổ sung bốn lần vào các năm 1989, 1991, 1992 và 1997

⁵ Điều 229 BLHS năm 1985

⁶ Chương XXI, BLHS năm 1999

về chức vụ (Mục B). Với quy định này, đã tạo cơ sở pháp lý rõ ràng, cụ thể để truy cứu TNHS đối với các hành vi tham nhũng⁷ cũng như xác định hình phạt tương ứng. Trong số 7 tội danh về tham nhũng, có 2 tội danh quy định mức cao nhất của khung hình phạt là tử hình⁸, có 2 tội danh quy định mức cao nhất của khung hình phạt được áp dụng là tù chung thân⁹, đồng thời quy định các hình phạt chính khác như hình phạt tù có thời hạn, hình phạt cải tạo không giam giữ cũng được áp dụng. Ngoài ra, còn quy định các hình phạt bổ sung như: cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định; hình phạt tiền; hình phạt tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản. Với quy định về hình phạt, BLHS năm 1999 đã thể hiện sự nhất quán của Đảng và Nhà nước ta trong chính sách về hình phạt đối với nhóm tội phạm này.

3. Quy định về hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng trong BLHS năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017

Trải qua các giai đoạn lập pháp hình sự, Nhà nước vẫn luôn giữ chính sách xử lý tội phạm và người phạm tội theo hướng kết hợp nghiêm trị với khoan hồng, kết hợp cưỡng chế với giáo dục, thuyết phục, và đối với các tội phạm tham nhũng điều đó cũng không phải là ngoại lệ. Chính sách này, được cụ thể hóa trong các nguyên tắc của BLHS qua các thời kỳ, đặc biệt, trong BLHS năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017 (gọi tắt là BLHS năm 2015) được thể hiện một cách rõ nét hơn. Chính sách “*kết hợp nghiêm trị với khoan hồng, kết hợp cưỡng chế với giáo dục, thuyết phục*” trước hết phải thể chế hóa vào các nguyên tắc xử lý cơ bản như: “*Nghiêm trị người chủ mưu, cầm đầu, chỉ huy, ngoan cố chống đối, côn đồ, tái phạm nguy hiểm, lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội*”; “*Nghiêm trị người phạm tội dùng thủ đoạn xảo quyệt, có tổ chức, có tính chất chuyên nghiệp, cố ý gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng*”¹⁰, và: “*Khoan hồng đối với người tự thú, đầu thú, thành khẩn khai báo, tố giác đồng phạm, lập công chuộc tội, tích cực hợp tác với cơ quan có trách nhiệm trong việc phát hiện tội phạm hoặc trong quá trình giải quyết vụ án, ăn năn hối cải,*

⁷ BLHS năm 1999, sửa đổi, bổ sung năm 2009 đã quy định 7 tội danh đối với hành vi tham nhũng từ Điều 278 đến Điều 284.

⁸ Tội tham ô tài sản và Tội nhận hối lộ

⁹ Tội Lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi và Tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản

¹⁰ Điểm c, d Khoản 1, Điều 3 BLHS năm 2015

tự nguyện sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại gây ra”;¹¹ “Đối với người lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng, thì có thể áp dụng hình phạt nhẹ hơn hình phạt tù, giao họ cho cơ quan, tổ chức hoặc gia đình giám sát, giáo dục”.¹² Những nguyên tắc xử lý trên đây, đến lượt mình là cơ sở pháp lý hình sự để nhà làm luật xây dựng (quy định) các chế định và quy định về hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng. Kết quả nghiên cứu nội dung chế định và quy định về hình phạt trong Bộ luật hình sự năm 2015 cho thấy Bộ luật này thể hiện:

Thứ nhất, quy định hình phạt nghiêm khắc nhằm nghiêm trị đối với người lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội. Tính nguy hiểm cao của các tội phạm tham nhũng thể hiện trước hết ở chỗ người phạm tội sử dụng chức vụ, quyền hạn như một phương tiện để thực hiện hành vi xâm phạm nghiêm trọng đến lợi ích của nhà nước, lợi ích của tổ chức và của cá nhân, xâm phạm đến hoạt động đúng đắn, bình thường của cơ quan, tổ chức, gây mất lòng tin đối với bộ máy hoạt động của Nhà nước, của tổ chức, doanh nghiệp. Chính vì vậy, các quy định về hình phạt luôn thể hiện tính nghiêm trị cao đối với các hành vi phạm tội tham nhũng. Không phải ngẫu nhiên mà tất cả các tội phạm tham nhũng được nhà làm luật quy định trong BLHS năm 2015 đều là loại tội phạm nghiêm trọng, rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng mà không có loại tội phạm ít nghiêm trọng¹³. Và đặc biệt, giống như BLHS năm 1999, trong số 07 tội danh thuộc nhóm tội phạm tham nhũng trong BLHS năm 2015 có đến 02 tội danh có mức cao nhất của khung hình phạt là tử hình¹⁴ và 02 tội danh có mức cao nhất của khung hình phạt là tù chung thân¹⁵. Tính nguy hiểm cao của các tội phạm tham nhũng còn thể hiện ở chỗ chúng gây những hậu quả đặc biệt nghiêm trọng về sản của Nhà nước, của tổ chức, gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến lòng tin của nhân dân vào sự lãnh đạo của Đảng và Nhà nước. Vì thế cần phải nghiêm trị, BLHS năm 2015 đã quy định mức cao nhất của khung hình phạt là tử hình được áp dụng đối với trường hợp người phạm tội tham ô tài sản và tội nhận hối lộ mà gây ra hậu quả đặc biệt nghiêm trọng khi chiếm đoạt tài sản trị giá từ 1 tỷ đồng trở lên hoặc gây thiệt hại

¹¹ Điểm d, Khoản 1, Điều 3 BLHS năm 2015

¹² Điểm đ, Khoản 1, Điều 3 BLHS năm 2015

¹³ Tất cả các tội phạm tham nhũng đều có mức cao nhất của khung hình phạt trên 3 năm tù.

¹⁴ Tội tham ô tài sản (Điều 354) và tội nhận hối lộ (Điều 353)

¹⁵ Tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản (Điều 355) và tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi (Điều 358)

từ 5 tỷ đồng trở lên. Hoặc trường hợp người phạm tội thực hiện hành vi lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản hoặc lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi mà giá trị tài sản từ 1 tỷ đồng trở lên hoặc gây thiệt hại từ 5 tỷ đồng trở lên thì thuộc vào khung hình phạt có mức cao nhất là tù chung thân.

Thứ hai, quy định về hình phạt mang tính khoan hồng đối với người phạm tội tham ô tài sản và tội nhận hối lộ trong trường hợp đã khắc phục được phần lớn thiệt hại gây ra và có thái độ tích cực hỗ trợ cơ quan chức năng phát hiện, giải quyết tội phạm. Cụ thể, “*Người bị kết án tử hình về tội tham ô tài sản, tội nhận hối lộ mà sau khi bị kết án đã chủ động nộp lại ít nhất ba phần tư tài sản tham ô, nhận hối lộ và hợp tác tích cực với cơ quan chức năng trong việc phát hiện, điều tra, xử lý tội phạm hoặc lập công lớn*”¹⁶ thì hình phạt tử hình được chuyển xuống tù chung thân¹⁷. Đây là định hướng xử lý mang tính khoan hồng, nhân đạo đặc biệt đối với người phạm tội, được Nhà nước cụ thể hóa vào trong quy định của BLHS năm 2015. Quy định này hướng đến việc khắc phục thiệt hại do một số tội phạm tham nhũng gây ra. Theo báo cáo tổng kết, sau 10 năm thi hành Luật phòng, chống tham nhũng, có đến gần 90% tài sản tham nhũng không thu hồi được. Cụ thể thiệt hại do tham nhũng là hơn 59.750 tỷ đồng và 400 ha đất, nhưng chỉ thu hồi được 4.676 tỷ đồng, tỷ lệ thu hồi chỉ đạt được 7,82% về tiền và tài sản, 54,75% về đất. Tổng số tiền phải thi hành án của những người đang chấp hành hình phạt tù là 32.000 tỷ, mới thi hành được 2.795 tỷ, đạt 8,75%¹⁸. Từ khó khăn, hạn chế này trong việc thu hồi tài sản do các tội phạm về tham nhũng gây ra, đặc biệt là tội tham ô tài sản và tội nhận hối lộ, thì quy định về chuyển hình phạt tử hình xuống tù chung thân khi đảm bảo các điều kiện tại ở điểm c, khoản 3 Điều 40 BLHS năm 2015 như đã đề cập ở trên là rất cần thiết. Mặt khác, với quy định này, sẽ góp phần đảm bảo xu hướng hạn chế áp dụng hình phạt tử hình đã được ghi nhận trong chiến lược cải cách tư pháp đã đề ra từ Nghị quyết Số: 49NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị¹⁹.

¹⁶ Điểm c, Khoản 3, Điều 40 BLHS năm 2015

¹⁷ Khoản 4, Điều 40 BLHS năm 2015

¹⁸ <https://www.antv.gov.vn/tin-tuc/kinh-te/nhieu-kho-khan-trong-thu-hoi-tai-san-tham-nhung-230898.html>

¹⁹ Xem cụ thể tại mục 2.1 Nghị quyết Số: 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020

Ngoài ra, cũng giống như các văn bản luật trước, BLHS năm 2015 quy định về các hình phạt chính khác như hình phạt tù có thời hạn, hình phạt cải tạo không giam giữ và quy định một số hình phạt bổ sung như hình phạt cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định; hình phạt tiền; hình phạt tịch thu một phần hoặc toàn bộ tài sản. Điều này tiếp tục tạo sự thuận lợi, linh hoạt cho Tòa án khi lựa chọn hình phạt để áp dụng cho người phạm tội tham nhũng.

4. Một số hạn chế trong quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 về hình phạt áp dụng đối với người phạm tội tham nhũng

Với quy định về hình phạt áp dụng, thể hiện sự phù hợp và tiên bộ trong tư tưởng, quan điểm và mục tiêu chiến lược của Nhà nước đối với công tác đấu tranh phòng, chống tội phạm tham nhũng. Tuy nhiên, bên cạnh những mặt tích cực, quy định về hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng vẫn còn bộc lộ một số hạn chế:

Thứ nhất, chưa có quy định về xử lý nghiêm khắc đối với người phạm tội là người có chức vụ cao. Các tội phạm tham nhũng thường được thực hiện bởi những người có chức vụ, quyền hạn trong cơ quan Nhà nước, tổ chức hoặc doanh nghiệp. Trong đó, vai trò đóng góp để thực hiện hành vi phạm tội trong những vụ án có đồng phạm phụ thuộc nhiều vào vị trí, chức vụ mà người phạm tội đang có, nếu người có chức vụ càng cao thì vai trò càng quan trọng. Hay nói cách khác, một trong những yếu tố để đánh giá tính chất, mức độ nguy hiểm của tội phạm được thể hiện qua vị trí, chức vụ của người thực hiện hành vi phạm tội. Tuy nhiên, trong các quy định về hình phạt của pháp luật hình sự Việt Nam đối với các tội phạm tham nhũng hiện nay, chưa có quy định nào thể hiện tính nghiêm khắc hơn đối với hành vi phạm tội do người có vị trí, chức vụ cao trong cơ quan, tổ chức hoặc doanh nghiệp. Vấn đề này từng được đề cập trong Nghị quyết Số: 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về **chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, cụ thể** đối với “*Người có chức vụ càng cao mà lợi dụng chức vụ, quyền hạn phạm tội thì càng phải xử lý nghiêm khắc để làm gương cho người khác*”²⁰.

Thứ hai, chính sách khoan hồng và giảm nhẹ hình phạt đối với trường hợp người phạm tội có hành vi tích cực để khắc phục thiệt hại hoặc giao nộp lại phần lớn tài sản đã chiếm đoạt, chưa được quy định toàn diện và đầy đủ cho nhóm tội phạm tham nhũng.

²⁰ Mục 2.1 Nghị quyết Số: 49-NQ/TW ngày 02/6/2005 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020

Như đã đề cập, hầu hết các tội phạm tham nhũng chủ yếu gây ra những thiệt hại, thất thoát về tài sản của Nhà nước, của tổ chức và của cá nhân, nhưng trên thực tế, việc thu hồi tài sản, khắc phục thiệt hại gặp rất nhiều khó khăn, hạn chế. Để khắc phục vấn đề này, Nhà nước đã có một số chính sách khoan hồng đối với người phạm tội có hành vi tích cực khắc phục thiệt hại do tội phạm gây ra hoặc giao nộp tài sản do mình chiếm đoạt, cụ thể: (1) nếu người bị kết án tử hình về tội tham ô tài sản, tội nhận hối lộ mà sau khi bị kết án đã chủ động nộp lại ít nhất ba phần tư tài sản tham ô, nhận hối lộ và hợp tác tích cực với cơ quan chức năng trong việc phát hiện, điều tra, xử lý tội phạm hoặc lập công lớn thì hình phạt tử hình được chuyển xuống tù chung thân²¹; và (2) nếu người phạm tội tự nguyện sửa chữa, bồi thường thiệt hại hoặc khắc phục hậu quả thì tình tiết này được Tòa án áp dụng làm tình tiết giảm nhẹ²². Với quy định này trong BLHS năm 2015, cho thấy chính sách khoan hồng lớn của Nhà nước chỉ đặt ra cho người phạm tội tham ô tài sản hoặc tội nhận hối lộ khi bị kết án tử hình hoặc tình tiết này chỉ được áp dụng làm tình tiết giảm nhẹ đối với người phạm tội, mà chưa có quy định là tình tiết định khung giảm nhẹ ở các tội phạm cụ thể trong nhóm tội phạm này để khuyến khích hơn tinh thần tự nguyện khắc phục hậu quả của tội phạm gây ra.

Thứ ba, chưa mở rộng phạm vi quy định áp dụng hình phạt tiền là hình phạt chính đối với các tội phạm tham nhũng. Có thể thấy, BLHS năm 2015 có nhiều quy định về hình phạt được sửa đổi, bổ sung, trong đó chú trọng hơn về việc mở rộng phạm vi áp dụng hình phạt cải tạo không giam giữ và hình phạt tiền theo đúng tinh thần Nghị quyết số 49/NQ-TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp²³. Tuy nhiên, đối với các tội phạm tham nhũng, hình phạt tiền chưa được chú trọng để áp dụng. Trong khi đó, nhóm các tội phạm tham nhũng là nhóm tội gây ra những thiệt hại lớn về kinh tế cho cá nhân, cơ quan, tổ chức cũng như gây ảnh hưởng xấu đến sự phát triển của nền kinh tế, chính trị, xã hội đất nước. Mặt khác, hầu hết các quy định cụ thể về nhóm tội phạm này đều đề cập đến giá trị tài sản bị tội phạm gây thiệt hại (chiếm đoạt hoặc làm thất thoát) làm căn cứ để định tội cũng như định khung hình phạt.

²¹ Xem tại điểm c, Khoản 3 và Khoản 4, Điều 40 BLHS năm 2015

²² Xem tại điểm b, Khoản 1 Điều 51 BLHS năm 2015

²³ Theo Chiến lược cải cách tư pháp của Bộ Chính trị thì cần hoàn thiện chính sách xử lý người phạm tội theo hướng giảm khả năng áp dụng hình phạt tù, mở rộng phạm vi áp dụng các hình phạt không mang tính giam giữ như hình phạt tiền, hình phạt cải tạo không giam giữ

Ngoài ra, hình phạt quy định đối với tội lạm quyền trong khi thi hành công vụ được quy định tại khung cơ bản chưa phù hợp. Theo quy định, tội phạm này có mức cao nhất của khung hình phạt được áp dụng tối đa là 20 năm tù²⁴, và nhà làm luật quy định khung cơ bản tại khoản 1 của tội danh này là phạt tù “từ 01 năm đến 07 năm”, trong khi đó, một số tội phạm khác như tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản và tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi là những tội phạm có mức hình phạt cao nhất được áp dụng lên đến tù chung thân²⁵, nhưng quy định hình phạt áp dụng ở khung cơ bản tại khoản 1 là phạt tù từ 1 năm đến 6 năm. Như vậy, khung hình phạt được áp dụng tại khung cơ bản của tội danh này chưa phù hợp và nặng hơn so với các quy định của các tội phạm khác có tính chất, mức độ nguy hiểm cao hơn.

5. Định hướng hoàn thiện quy định về hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng theo tinh thần Văn kiện Đại hội lần thứ XIII của Đảng

Xuất phát từ những hạn chế trong quy định về hình phạt đối với các tội phạm tham nhũng trong pháp luật hình sự Việt Nam và để đáp ứng tình hình mới về đấu tranh phòng, chống nhóm tội phạm này, đặc biệt phù hợp với tinh thần phòng, chống tham nhũng được thể hiện trong Văn kiện Đại hội XIII của Đảng, có thể đề xuất một số hướng hoàn thiện cụ thể như sau:

Một là, cần quy định thêm các tình tiết định khung tăng nặng “người phạm tội là người có chức vụ cao nhất trong cơ quan, tổ chức” ở Khoản 2 của các tội phạm tham nhũng từ Điều 353 đến Điều 358 trong BLHS năm 2015. Quy định này nhằm thể hiện thái độ nghiêm trị của Nhà nước trong chính sách xử lý người thực hiện các hành vi phạm tội tham nhũng có vị trí, chức vụ cao, thể hiện sự phù hợp với tính chất, mức độ nguy hiểm của tội phạm và phù hợp với tinh thần cải cách tư pháp cũng như tinh thần “Thực hiện quyết liệt nghiêm minh có hiệu quả cuộc đấu tranh phòng, chống tham nhũng”²⁶ trong Văn kiện Đại hội XIII của Đảng.

Hai là, Nhà nước cần mở rộng phạm vi áp dụng các tình tiết định khung giảm

²⁴ Khoản 4, Điều Điều 357 BLHS năm 2015

²⁵ Khoản 4 Điều 355 và Khoản 4 Điều 358 BLHS năm 2015

²⁶ Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011 (tập 2), tr.145

nhẹ theo hướng bổ sung tình tiết “*người phạm tội bồi thường tất cả các thiệt hại hoặc giao nộp toàn bộ tài sản đã chiếm đoạt*” làm tình tiết định khung giảm nhẹ ở một số tội phạm tham nhũng có khung hình phạt cao. Cụ thể là:

Đối với tội tham ô tài sản và tội nhận hối lộ, cần bổ sung thêm khoản quy định về tình tiết định khung giảm nhẹ sau khoản 4, theo đó quy định thêm khoản 5, cụ thể: “...5. *Người phạm tội thuộc khoản 2 và khoản 3 Điều luật này mà đã bồi thường tất cả các thiệt hại do tội phạm gây ra hoặc giao nộp toàn bộ tài sản đã chiếm đoạt được thì bị phạt tù từ 3 năm đến 12 năm*”. Và chuyển khoản 5, khoản 6 ở các tội danh này thành khoản 6 và khoản 7. Sở dĩ không áp dụng chính sách này với trường hợp người phạm tội thuộc khoản 4 của tội tham ô tài sản và tội nhận hối lộ bởi vì đây là trường hợp đặc biệt nghiêm trọng, thể hiện tính chất, mức độ nguy hiểm của tội phạm đặc biệt lớn nên người phạm tội sẽ không được hưởng chính sách khoan hồng này. Tuy nhiên, nếu người phạm tội bị Tòa án áp dụng hình phạt tử hình mà thỏa mãn điều kiện tại điểm c, khoản 3 Điều 40 BLHS năm 2015 thì sẽ được hưởng sự khoan hồng đặc biệt của Nhà nước như đã đề cập.

Bên cạnh đó, tình tiết định khung giảm nhẹ này cũng nên áp dụng đối với một số tội phạm tham nhũng khác có khung hình phạt cao như tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản (Điều 355) và tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi (Điều 358). Đây là hai tội danh còn lại có khung hình phạt cao nhất là tù chung thân. Do đó, nên bổ sung thêm khoản quy định về tình tiết định khung giảm nhẹ này sau khoản 4 của các tội danh, theo đó quy định thêm khoản 5, cụ thể là: “...5. *Người phạm tội thuộc khoản 2, khoản 3 và khoản 4 Điều luật này mà đã bồi thường tất cả các thiệt hại do tội phạm gây ra hoặc giao nộp toàn bộ tài sản đã chiếm đoạt được thì bị phạt tù từ 3 năm đến 15 năm*”. Và chuyển khoản 5 ở các tội danh này thành khoản 6 của Điều luật.

Đối với trường hợp ở khoản 1 của các tội danh thuộc Điều 353, Điều 354, Điều 355 và Điều 358 sẽ không quy định về tình tiết định khung giảm nhẹ này, bởi vì giá trị tài sản chiếm đoạt hoặc gây thiệt hại thấp, do đó, nếu người phạm tội tự nguyện khắc phục thiệt hại hoặc giao nộp tài sản thì sẽ được áp dụng tình tiết giảm

nhẹ tại Điều 51 BLHS năm 2015²⁷.

Với việc quy định thêm khung giảm nhẹ ở các trường hợp trên, sẽ góp phần tích cực vào việc thu hồi tài sản, khắc phục thiệt hại do các tội phạm tham nhũng gây ra phù hợp với tinh thần thể hiện trong Văn kiện Đại hội XIII của Đảng là “*Nâng cao hiệu quả thu hồi tài sản tham nhũng, bảo đảm đúng pháp luật*”²⁸, đồng thời thể hiện rõ chính sách khoan hồng của Nhà nước.

Ba là, cần quy định hình phạt tiền là hình phạt chính đối với các tội phạm về tham nhũng, trừ tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn trong khi thi hành công vụ (Điều 356) và tội giả mạo trong công tác (Điều 359). Theo đó, cần bổ sung hình phạt tiền ở khoản 1 của các tội phạm, cụ thể như sau:

- Tại khoản 1, Điều 353 BLHS 2015 về tội tham ô tài sản cần quy định: “*Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản mà mình có trách nhiệm quản lý trị giá từ 2.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng hoặc dưới 2.000.000 đồng nhưng thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.0000 đồng hoặc phạt tù từ 02 năm đến 07 năm: ...*”

- Tại khoản 1, Điều 354 BLHS 2015 về tội nhận hối lộ cần quy định: “*Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn trực tiếp hoặc qua trung gian nhận hoặc sẽ nhận bất kỳ lợi ích nào sau đây cho chính bản thân người đó hoặc cho người hoặc tổ chức khác để làm hoặc không làm một việc vì lợi ích hoặc theo yêu cầu của người đưa hối lộ, thì bị phạt tiền từ 1.000.000.000 đồng đến 3.000.000.0000 đồng hoặc phạt tù từ 02 năm đến 07 năm: ...*”

- Tại khoản 1, Điều 355 BLHS 2015 về tội lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản cần quy định: “*Người nào lạm dụng chức vụ, quyền hạn chiếm đoạt tài sản của người khác trị giá từ 2.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng hoặc dưới 2.000.000 đồng nhưng thuộc một trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tiền từ 500.000.000 đồng đến 2.000.000.0000 đồng hoặc phạt tù từ 01 năm đến 06 năm:..*”

²⁷ Điều b, khoản 1 Điều 51 BLHS năm 2015 quy định tình tiết giảm nhẹ “*Người phạm tội tự nguyện sửa chữa, bồi thường thiệt hại hoặc khắc phục hậu quả*”

²⁸ Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội, 2011 (tập 2), tr.145

- Tại khoản 1, Điều 357 BLHS 2015 về tội lạm quyền trong khi thi hành công vụ cần quy định: “*Người nào vì vụ lợi hoặc động cơ cá nhân khác mà vượt quá quyền hạn của mình làm trái công vụ gây thiệt hại về tài sản từ 10.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng hoặc gây thiệt hại khác đến lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, thì bị phạt tiền từ 500.000.000 đồng đến 2.000.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 01 năm đến 07 năm.:...*”

- Tại khoản 1, Điều 358 BLHS 2015 về tội lợi dụng chức vụ, quyền hạn gây ảnh hưởng đối với người khác để trục lợi cần quy định: “*Người nào lợi dụng chức vụ, quyền hạn trực tiếp hoặc qua trung gian đòi, nhận hoặc sẽ nhận bất kỳ lợi ích nào sau đây dưới mọi hình thức để dùng ảnh hưởng của mình thúc đẩy người có chức vụ, quyền hạn làm hoặc không làm một việc thuộc trách nhiệm hoặc liên quan trực tiếp đến công việc của họ hoặc làm một việc không được phép làm, thì bị phạt tiền từ 500.000.000 đồng đến 2.000.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 01 năm đến 06 năm.:...*”

Như vậy, việc sửa đổi, bổ sung như trên về hình phạt tiền là hình phạt chính cho phép thu hẹp phạm vi, đối tượng áp dụng hình phạt tù nhưng vẫn đảm bảo tính răn đe, đồng thời tạo điều kiện thuận lợi và linh hoạt cho Tòa án lựa chọn hình phạt khi quyết định hình phạt.

Ngoài ra, cần giảm mức hình phạt trong khung hình phạt tại khoản 1, Điều 357 BLHS năm 2015 về tội lạm quyền trong khi thi hành công vụ để phù hợp với tính chất, mức độ nguy hiểm của tội phạm và tương xứng với quy định của các tội danh còn lại trong nhóm tội phạm tham nhũng. Theo đó, cần quy định khung hình phạt tại khoản 1 của điều luật này như sau: “*Người nào vì vụ lợi hoặc động cơ cá nhân khác mà vượt quá quyền hạn của mình làm trái công vụ gây thiệt hại về tài sản từ 10.000.000 đồng đến dưới 100.000.000 đồng hoặc gây thiệt hại khác đến lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân, thì bị phạt tiền từ 500.000.000 đồng đến 2.000.000.000 đồng hoặc phạt tù từ 01 năm đến 06 năm.*”

6. Kết luận

Phòng, chống các tội phạm về tham nhũng có vai trò vô cùng quan trọng đối với công cuộc đổi mới ở nước ta hiện nay. Trong phần phương hướng, nhiệm vụ và giải pháp phát triển kinh tế - xã hội 5 năm 2021-2025, Văn kiện Đại hội XIII đã đưa ra nhiều chủ trương và giải pháp căn cơ quyết liệt về phòng, chống tham nhũng. Đây

chính là một trong như cơ sở để hoàn thiện chính sách, pháp luật về phòng, chống tham nhũng đặc biệt là các tội phạm về tham nhũng trong đó bao gồm hoàn thiện về hệ thống hình phạt được áp dụng. *Có thể nói, quy định của BLHS năm 2015 về hình phạt áp dụng đối với các tội phạm tham nhũng đã thể hiện* chính sách xử lý nghiêm minh, răn đe nhưng cũng vừa mang tính khoan hồng, nhân đạo của pháp luật. Tuy nhiên, để nâng cao hiệu quả đấu tranh phòng, chống nhóm tội phạm này trong tình hình mới, đặc biệt để đảm bảo sự phù hợp với tinh thần phòng, chống tham nhũng thể hiện trong Văn kiện Đại hội XIII của Đảng, các quy định về hình phạt của pháp luật hình sự đối với nhóm tội phạm này cần tiếp tục được hoàn thiện theo một số định hướng đã thể hiện trong bài viết.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Chủ tịch Chính phủ Việt Nam dân chủ cộng hòa (1946), Sắc lệnh số 223/SL, ngày 27/11/1946 về trừng trị các tội hối lộ, phù lạm, biên thủ công quỹ;
2. Chủ tịch Chính phủ Việt Nam dân chủ cộng hòa (1946), Sắc lệnh 267/SL, ngày 15/6/1946 quy định trừng trị những âm mưu và hoạt động phá hoại tài sản của Nhà nước, của hợp tác xã và của nhân dân làm cản trở việc thực hiện chính sách, kế hoạch của Nhà nước;
3. Chủ tịch nước Việt Nam dân chủ cộng hòa (1956), Sắc lệnh 267/SL ngày 15/5/1956 về tội cố ý làm trái công tác phụ trách gây hậu quả nghiêm trọng;
4. Đảng Cộng sản Việt Nam (2005), *Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5 của Bộ Chính trị về chiến lược xây dựng và hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam đến năm 2010, định hướng đến năm 2020*, Hà Nội;
5. Đảng Cộng sản Việt Nam (2005), *Nghị quyết số 49-NQ/TW ngày 02/6 của Bộ Chính trị về chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020*, Hà Nội;
6. Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), Văn kiện đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nxb Chính trị Quốc gia, Hà Nội;
7. Ủy ban Thường vụ Quốc hội (1970), Pháp lệnh số 149-LCT, ngày 21/10/1970 về trừng trị các tội phạm xâm phạm tài sản xã hội chủ nghĩa;

8. Ủy ban Thường vụ Quốc hội (1971), Pháp lệnh (không số), ngày 20/5/1981 về trừng trị các tội phạm xâm phạm tài sản riêng của công dân ban hành ngày 20/5/1981;

9. Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Bộ luật hình sự các năm 1985, 1999, 2015;

10. <https://www.antv.gov.vn/tin-tuc/kinh-te/nhieu-kho-khan-trong-thu-hoi-tai-san-tham-nhung-230898.html>, truy cập ngày 15/8/2023.

HISTORY OF REGULATIONS REGARDING PENALTIES FOR CORRUPTION CRIMES IN VIETNAM'S CRIMINAL LAW AND ORIENTATION FOR COMPLETION WITH THE SPIRIT OF THE 13TH PARTY CONGRESS DOCUMENTS

Summary: The history of regulations concerning penalties for corruption crimes in Vietnam's criminal law and the direction for improvement in accordance with the spirit of the Party's 13th Congress are discussed in this article. The fight against corruption has always been a significant concern for the Party and the State throughout Vietnam's history. Therefore, at each National Party Congress, this issue is addressed and elaborated upon in documents. Most recently, the documents of the 13th National Party Congress provided comprehensive solutions for anti-corruption efforts. In this article, based on a study of the legal history of penalties for corruption crimes in Vietnam's criminal law and considering the current economic and social situation in the country, the author will propose directions for enhancing the regulations on penalties applicable to this group of criminals.

Keywords: Penalties; corruption crimes; history; criminal law; party congress documents.

KINH NGHIỆM PHỔ BIẾN GIÁO DỤC PHÁP LUẬT CHO NGƯỜI DÂN BIỂN TẠI MỘT SỐ NƯỚC TRÊN THẾ GIỚI VÀ GỢI MỞ CHO VIỆT NAM

Lý Nam Hải*

Tóm tắt: Có thể nói rằng, các quốc gia có đường biên giới biển luôn có lợi thế to lớn trong việc phát triển kinh tế và bảo đảm an ninh quốc phòng. Nhận thấy được nguồn lợi từ biển, các quốc gia có biển hiện nay luôn có sự quan tâm và có những chính sách đặc thù đối với ngư dân biển, trong đó có công tác phổ biến giáo dục pháp luật (PBGDPL). Trong những năm gần đây, tình trạng ngư dân biển Việt Nam vi phạm pháp luật trong nước và quốc tế có chiều hướng gia tăng, làm ảnh hưởng đến hình ảnh Việt Nam trên thế giới và khả năng xuất khẩu của ngành Thủy sản Việt Nam¹. Chính vì vậy, việc nghiên cứu các mô hình PBGDPL trên thế giới, đặc biệt các quốc gia có vị trí địa lý, có quan hệ về an ninh, chủ quyền biển đảo với Việt Nam sẽ gợi mở nhiều kinh nghiệm quý báu để áp dụng vào thực tiễn công tác PBGDPL ở nước ta.

Từ khóa: Phổ biến, giáo dục, pháp luật, ngư dân biển, kinh nghiệm

1. Đặt vấn đề

Ngư dân biển là lực lượng lao động quan trọng đóng góp vào việc phát triển kinh tế biển, bảo vệ môi trường và hỗ trợ các lực lượng chấp pháp trên biển trong bảo vệ chủ quyền, an ninh quốc gia. Trong Chiến lược biển Việt Nam đến năm 2030 tầm nhìn 2045 đã xác định ngư dân biển là lực lượng quan trọng góp phần thắng lợi các nhiệm vụ kinh tế và chính trị trong giai đoạn mới. Để đạt được những mục tiêu trên, cần thực hiện đồng bộ các biện pháp, trong đó có công tác PBGDPL cho ngư dân biển, việc nghiên cứu các mô hình PBGDPL cho ngư dân biển tại một số quốc gia trên thế giới, đặc biệt các quốc gia đã và đang thực hiện có hiệu quả công tác này sẽ là bài học có giá trị thực tiễn và thời sự đối với Việt Nam trong thời gian tới.

2. Phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển tại Trung Quốc

* TS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế, Email: hailn@hul.edu.vn

¹ Xem: <https://vtv.vn/video/nong-nghiep-xanh-thuc-pham-sach-31-7-2021-513220.htm>, “Gỡ thẻ vàng cho nghề cá Việt Nam”, phóng sự Đài truyền hình Việt Nam VTV1 ngày 31/7/2021, truy cập ngày 12/07/2023

Phổ biến, giáo dục pháp luật ở Trung Quốc bắt đầu được triển khai từ cuối những năm 1980 và tiếp tục cho đến nay, tính đến cuối năm 2022, đã bước vào kế hoạch phổ biến pháp luật 05 năm lần thứ tám. Phổ biến, giáo dục pháp luật ở Trung Quốc đi từ việc phổ cập kiến thức pháp luật cơ bản đến thúc đẩy tư tưởng về nhà nước pháp quyền và gia tăng niềm tin vào pháp luật. Thông báo tuyên truyền giáo dục pháp luật 5 năm lần thứ 8 của Trung Quốc đề cập đến kế hoạch 5 năm (2020 - 2025) lần thứ tám của Ban Tuyên giáo Trung ương và Bộ Tư pháp về việc đẩy mạnh và giáo dục pháp quyền trong công dân. Phổ biến, giáo dục pháp luật là nhiệm vụ cơ bản lâu dài của nhà nước pháp quyền².

Hoạt động phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển nằm trong kế hoạch phổ biến pháp luật 05 năm của Trung Quốc và được các địa phương triển khai thực hiện sao cho phù hợp với tình hình kinh tế, văn hoá, xã hội của địa phương mình, theo đó, chủ thể tổ chức thực thi pháp luật có trách nhiệm phổ biến, giáo dục pháp luật theo nguyên tắc “*Ai chấp pháp người đó phổ pháp*”.

Chủ thể chính thực hiện công tác CBGDPL cho ngư dân biển là Cục Hải dương và Ngư nghiệp các địa phương và các chi cục thủy hải sản huyện (thành phố), các chủ thể này sẽ lên kế hoạch về thời gian, địa điểm, lựa chọn các phương pháp, hình thức, nội dung để tiến hành PBGDPL cho ngư dân biển.

Các phương thức phổ biến, giáo dục pháp luật cũng được coi trọng và sàng lọc cho phù hợp với đối tượng là ngư dân biển. Các phương thức phổ biến, giáo dục pháp luật ở Trung Quốc bao gồm:

- Phân phát tài liệu;
- Giảng dạy trực tiếp;
- Dịch vụ tư vấn;
- Triển lãm báo chí;
- Khẩu hiệu biểu ngữ;
- Sử dụng truyền thông và mạng internet;
- Thi tìm hiểu pháp luật;
- Biểu diễn văn nghệ;

² Ban Tuyên giáo Trung ương, Bộ Tư pháp Trung Quốc, *Kế hoạch tuyên truyền giáo dục 5 năm lần thứ 8 (2020-2025)*, Bắc Kinh, Trung Quốc, tr 15

- Hoạt động có thưởng.

Trong thực tiễn thực hiện công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển tại Trung Quốc, hình thức phổ biến được thực hiện chủ yếu là các hoạt động phổ biến, tuyên truyền pháp luật được tiến hành công khai ở các khu vực ven biển, khu vực đánh cá trọng điểm, ngư cảng hoặc các đơn vị cơ sở.

Nội dung phổ biến, giáo dục pháp luật chủ yếu được thể hiện trong “Thông báo của Bộ Nông nghiệp về việc điều chỉnh thời gian nghỉ đánh bắt hải sản trong vụ hè”, “Luật hợp tác xã nông nghiệp”, “Luật chất lượng và an toàn nông sản”, “Quy chế quản lý thuốc thú y”, “Quản lý quy định về phòng ngừa và kiểm soát dự án xây dựng công trình biển gây ô nhiễm môi trường biển” v.v....

Trong quá trình thực hiện, các chủ thể tiến hành PBGDPL cho ngư dân biển luôn chú trọng đổi mới hình thức tuyên truyền, áp dụng các phương pháp phù hợp với điều kiện thực tế của địa phương trong đó sử dụng các phương tiện truyền đạt gần gũi với ngư dân biển, sâu sát từng ngư cảng; lên mũi tàu, vào ca-bin thăm ngư dân để phổ biến pháp luật đến từng làng chài và từng cơ sở doanh nghiệp; thông qua thuyết giảng tập trung, giáo dục cá nhân, điều tra và các phương pháp khác để tuyên truyền công khai những chính sách pháp luật của Nhà nước, kiến thức về biển và ngư nghiệp; bên cạnh đó còn phổ biến pháp luật rộng rãi đến cán bộ kiểm ngư ở địa phương và quần chúng ngư dân, giáo dục ngư dân chấp hành pháp luật, thực hiện nghiêm lệnh cấm đánh bắt, giúp cho người dân hiểu rõ và tuân thủ các quy định pháp luật về biển và ngư nghiệp³.

Trong quá trình tổ chức phổ biến, giáo dục pháp luật tập trung công khai, họ đã có bàn tư vấn và bàn khiếu nại ngay tại địa điểm tổ chức; bố trí chuyên viên chịu trách nhiệm giải đáp các vấn đề pháp lý về ngư nghiệp do ngư dân nêu ra và tiếp nhận các vấn đề thực thi pháp luật do ngư dân phản ánh.

Các chi cục thủy sản các huyện (thành phố) cũng hết sức coi trọng công tác phổ biến, tuyên truyền, giáo dục pháp luật, lên kế hoạch, sắp xếp, tổ chức, đẩy mạnh công tác tuyên truyền, giáo dục pháp luật về biển và thủy sản cho các làng chài, doanh nghiệp, đẩy mạnh phổ biến các luật và quy định về ngư nghiệp; đảm bảo hoạt động phổ

³ Cục Thủy sản và Đại dương Phúc Châu (2019), *Kế hoạch công tác phổ biến luật năm 2019*, http://hyj.fuzhou.gov.cn/zz/zwgk/ghjh_3376/201911/t20191118_3083770.htm.

biển, tuyên truyền pháp luật không diễn ra một cách hình thức. Các hoạt động phổ biến, tuyên truyền, giáo dục pháp luật phải được đăng, phát trên đài phát thanh, truyền hình, báo, tạp chí của địa phương.⁴

Kết hợp công việc thường ngày với thời điểm quan trọng để tiến hành phổ biến pháp luật, đưa pháp luật đến nông thôn. Tranh thủ thời gian hoạt động thường nhật ở địa phương, đặc biệt là khi có hoạt động chấn chỉnh công tác an toàn sản xuất, phòng chống tội phạm làm thời cơ để tổ chức các lớp tập huấn, hội thảo, diễn giảng, tuyên truyền phổ biến pháp luật về biển và ngư nghiệp.

Kết hợp với các thời điểm quan trọng trong năm như “Ngày Hiến pháp”, “Ngày Phòng chống thiên tai biển và ngư nghiệp”, “Tuần lễ tuyên truyền về an toàn chất lượng thủy sản và tháng tuyên truyền an toàn sản xuất” để thực hiện các hoạt động quảng bá thông qua đài truyền hình, báo chí, tạp chí định kỳ, tin nhắn văn bản, tài liệu tuyên truyền; phát huy hết tác dụng của internet, mạng xã hội WeChat và các phương tiện truyền thông khác để tích cực phổ biến, giáo dục pháp luật và mở rộng phạm vi phủ sóng tuyên truyền pháp luật về biển và ngư nghiệp⁵.

3. Phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển tại Indonesia

Tại Indonesia, quốc gia có rất nhiều đảo lớn nhỏ, số lượng ngư dân hành nghề đánh bắt thủy hải sản là rất lớn. Công tác PBGDPL cho ngư dân biển tại Indonesia luôn được Chính phủ nước này quan tâm, đặc biệt đi kèm với công tác PBGDPL, các hình phạt đối với các hành vi vi phạm nghề cá ở Indonesia được các nhà chức trách thi hành nghiêm khắc và mang tính răn đe cao, các hành vi vi phạm nghề cá sẽ bị xử lý từ hành chính hoặc hình sự hóa vụ việc, từ phạt tiền đến giam giữ, tiêu hủy tàu cá, công cụ và phương tiện đánh bắt. Các vụ việc vi phạm sẽ được giải quyết tại tòa án địa phương và ngư dân vi phạm sẽ phải chịu hình phạt giam giữ tại trại giam trực thuộc Bộ Biển và Nghề cá⁶.

⁴ Ủy ban nhân dân Thành phố Cù Châu, tỉnh Chiết Giang, *Bồi dưỡng tập huấn pháp luật cho ngư dân*, ngày 1/7/2020.

http://www.zjcs.gov.cn/art/2020/7/1/art_1252845_54217775.html, truy cập ngày 10/07/2023.

⁵ Ủy ban nhân dân huyện Thanh Đảo, tỉnh Sơn Đông, thông báo về hoạt động tuyên truyền, giáo dục pháp luật “*Đưa pháp luật đến ngư thôn, đưa pháp luật đến cơ sở*” năm 2009.

<http://www.qingdao.gov.cn/n172/n24624151/n24627375/n24627389/n24627403/120908202709501821.html>, truy cập ngày 12/07/2023.

⁶ Đại sứ quán Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam tại Indonexia, “*Khai thác thủy sản trái phép theo pháp luật Indonexia*”, <https://vnembassy-jakarta.mofa.gov.vn/vi-vn/News/EmbassyNews>, truy cập, ngày 15/07/2023.

Cơ cấu tổ chức quản lý nghề cá ở Indonesia bao gồm ba cấp chính quyền: trung ương, tỉnh và huyện. Ở cấp quốc gia, DKP (Bộ Hàng Hải và Ngư Nghiệp) là cơ quan chính chịu trách nhiệm quản lý nghề cá. Ngoài chức năng quản lý nhà nước, DKP cũng chịu trách nhiệm giáo dục, tuyên truyền và phổ biến thông tin về thủy sản. Ngoài ra, DKP cũng cung cấp các chương trình đào tạo khác nhau: (i) Chương trình kỹ thuật cho ngư dân về chăn nuôi cá, (ii) Chương trình kỹ thuật cho các quan chức chính phủ, (iii) Chương trình kỹ thuật cho người huấn luyện, (iv) Chương trình kỹ thuật cho cố vấn, và (v) Chương trình kỹ thuật cho ngư dân và những người khác.

Ngoài ra, DKP cũng cung cấp một chương trình gọi là “*penyuluhan*” (tuyên truyền cộng đồng) cho những người đánh cá truyền thống. “*Penyuluhan*” thường bao gồm các chủ đề sau: công nghệ, quản lý, kinh tế, sinh thái, xã hội, văn hóa và pháp luật. Trong khi việc phổ biến giáo dục pháp luật chỉ thực hiện ở các thành phố, thì chương trình “*penyuluhan*” thường tiếp cận nhiều cộng đồng ngư dân ở các vùng ven biển, được tổ chức lưu động bằng phương thức chia thành các nhóm nhỏ, phân chia về cộng đồng ngư dân để tuyên truyền pháp luật. Chương trình “*penyuluhan*” rất có lợi cho những ngư dân truyền thống vì hầu hết họ không thể đến các trung tâm thành phố để tiếp thu kiến thức pháp luật mới. Trong thời gian qua, chương trình tuyên truyền cộng đồng “*penyuluhan*” không chỉ được thực hiện bởi các quan chức chính phủ có liên quan mà còn được thực hiện bởi các tổ chức phi chính phủ và tư nhân. Trên thực tế, có rất nhiều tổ chức phi chính phủ, bao gồm cả tổ chức phi chính phủ nước ngoài, xây dựng các chương trình thông qua hình thức *penyuluhan* vì nó tiếp cận trực tiếp và liên quan đến những ngư dân truyền thống. Một số công ty tư nhân liên quan đến đánh bắt thủy hải sản, vốn dựa vào những lực lượng lao động là ngư dân truyền thống, cũng có các chương trình *penyuluhan* của họ vì những hoạt động này mang lại lợi ích chung cho người đánh cá và các công ty. Điều quan trọng là trong khi một số tổ chức phi chính phủ và tổ chức tư nhân hỗ trợ các chương trình của Chính phủ, một số khác có các chương trình “*penyuluhan*” của riêng họ. Nhiều tổ chức phi chính phủ quan tâm về môi trường xây dựng “*penyuluhan*” của họ vào vấn đề pháp luật về phát triển bền vững và bảo vệ môi trường biển, trong khi khu vực tư nhân tập trung vào việc tạo mối quan hệ đối tác giữa ngư dân quy mô nhỏ và ngành

đánh bắt cá. Chính phủ thường tập trung vào trợ cấp cho các ngư dân quy mô nhỏ và các vấn đề thực thi pháp luật thông qua chương trình “penyuluhan”⁷.

4. Phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân biển tại Philippines

Philippines là quốc gia có 04 mặt giáp biển, với 7.107 hòn đảo lớn nhỏ, diện tích bờ biển khoảng 36.289km và biển Philippines có diện tích bề mặt khoảng hơn 5 triệu km²⁸. Với những lợi thế về diện tích biển, nền kinh tế Philippines chủ yếu phụ thuộc vào đánh bắt thủy hải sản và khai thác tài nguyên khí đốt, vì vậy, công tác PBGDPL cho ngư dân tại Philippines được Chính phủ nước này coi là quốc sách hàng đầu. Đặc biệt là trong giai đoạn hiện nay, Philippines đang đứng trước 03 thách thức xuất phát từ nhận thức, hành vi của ngư dân biển đối với nghề cá, đó là tình trạng ngư dân biển lạm thác tại các ngư trường, ngư dân biển sử dụng các phương pháp đánh bắt tận diệt và hành vi đánh bắt bất hợp pháp, không khai báo, không theo quy định (IUU) của ngư dân thương mại từ quy mô nhỏ đến lớn⁹.

Tại Philippines, các cơ quan chức năng trực thuộc Chính phủ như Cảnh sát biển, Cục nghề cá và nguồn lợi thủy sản (BFAR) có chức năng, nhiệm vụ phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển. Một trong những hình thức được cho là hiệu quả nhất hiện nay trong công tác PBGDPL cho ngư dân biển tại Philippines do Cục nghề cá và nguồn lợi thủy sản triển khai, đó là chương trình Malinis at Masaganang Karagatan (MMK). Chương trình được thực hiện bằng cách khen thưởng, nêu gương các ngư dân biển tiêu biểu và tặng sinh kế nghề cá cho họ nhằm khuyến khích việc thực hiện pháp luật.

Nội dung phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển ở Philippines xoay quanh các vấn đề về tính bền vững của thủy sản, các loài thủy sản được quản lý, pháp luật về môi trường và việc tuân thủ các quy định về đánh bắt thủy hải sản có nguồn gốc, tạo đầu ra cho việc cung ứng.

Ngoài các cơ quan trực thuộc Chính phủ, các tổ chức phi chính phủ (NGO) cũng tham gia tích cực vào công tác phổ biến giáo dục pháp luật cho cộng đồng ngư

⁷ Winter, Gerd (Ed)(2009). *Towards Sustainable Fisheries Law* (tạm dịch: *Hướng tới Luật Thủy sản bền vững*) A Comparative Analysis. IUCN, Gland, Switzerland, tr 54

⁸ Xem: <https://vi.wikipedia.org/wiki/Philippines>, truy cập 3/7/2023.

⁹ Xem: <http://vasep.com.vn/chong-khai-thac-iuu/tin-tuc-iuu/thach-thuc-va-co-hoi-cho-phat-trien-thuy-san-ben-vung-o-philippines-21370.html>, truy cập ngày 3/7/2023.

dân. Các dịch vụ pháp lý được cung cấp thường miễn phí và liên quan đến nhiều vấn đề bao gồm đưa ra lời khuyên pháp lý cơ bản, giáo dục cộng đồng. Đây được xem là các hoạt động cộng đồng vì được tiến hành trong các cụm dân cư (barangay), với sự tham gia của dân cư khu vực đó (đặc biệt là những người liên quan đến việc sử dụng và quản lý môi trường biển), và chủ yếu hướng đến việc phổ biến quyền cho những cư dân này để họ có thể tham gia vào việc thực thi có hiệu quả pháp luật thủy sản. Điều quan trọng là các cư dân được phổ biến, giáo dục về pháp luật để họ có thể thực hiện nghĩa vụ của mình và được hưởng các quyền của họ. Hơn nữa, một cộng đồng được trao quyền có thể hỗ trợ Chính phủ về cơ sở vật chất cho việc thực hiện các kế hoạch và chương trình, hạn chế chi ngân sách nhà nước.

Hiện nay, Philippines có khoảng 145 tổ chức phi chính phủ (NGO) đang thực hiện phổ biến, giáo dục pháp luật trong một cụm dân cư theo hai cách tiếp cận: Một là các tổ chức tự kết nối với cộng đồng và vận động cư dân tổ chức, hành động theo các nội dung đã được xác định từ trước. Cách tiếp cận thứ hai là tổ chức phi chính phủ hợp tác với chính quyền địa phương nhằm tạo điều kiện thuận lợi triển khai chương trình, các bên tham gia hoặc là nhân viên của tổ chức phi chính phủ hoặc các công ty luật được ký hợp đồng để tiến hành. Có 03 đối tượng chính được mời tham gia vào các hoạt động tuyên truyền, bao gồm: Ngu dân là nam giới từ 18 tuổi trở lên, trực tiếp tham gia đánh bắt cá trên biển; phụ nữ từ 18 tuổi trở lên, thuộc bất kỳ ngành nghề nào; trẻ em từ 15 đến 18 tuổi. Một số tổ chức phi chính phủ (NGO) đang hoạt động có hiệu quả tại Philipines như: tổ chức *Balayan* và tổ chức *World Wildlife Fund* (WWF Phillipines)

Balayan là văn phòng tổ chức tình nguyện và phát triển cộng đồng thuộc Đại học St. La Salle ở thành phố Bacolod. Balayan phát động và thực hiện 2 chương trình chủ đạo, gồm: chương trình “trong tầm tay” (In-reach) và chương trình “vươn xa” (out-reach) nhằm nâng cao nhận thức cộng đồng, giáo dục trẻ em đường phố, ngư dân, và các chương trình tái chế rác thải. Balayan hoạt động độc lập với chính quyền địa phương, tổ chức này thiết lập mối quan hệ trực tiếp với các cộng đồng ngư dân ở 10 cụm dân cư ven biển Cauayan, giáo dục cộng đồng về pháp luật thủy sản được thực hiện dưới sự cộng tác với các tổ chức phi chính phủ (NGO) khác. Nhằm bảo vệ quyền lợi của ngư dân, Balayan cũng hỗ trợ kết nối với các dịch vụ pháp lý, dưới sự

trợ giúp của các tổ chức đối tác, đặc biệt trong trường hợp truy tố các chủ thể có hành vi đánh bắt vi phạm pháp luật.

Tổ chức *World Wildlife Fund* (WWF Phillippines) hướng tới mục tiêu bảo tồn sinh học và nâng cao năng lực cộng đồng, WWF Phillippines không trực tiếp thực hiện các dự án tuyên truyền cộng đồng, thay vào đó, tổ chức này phối hợp với chính quyền địa phương để lên kế hoạch cho các cuộc hội thảo, tập huấn, tuyên truyền về pháp luật thủy sản. Tổ chức này cũng kết nối với cư dân của cộng đồng ngư dân để phổ biến thông tin và tập huấn theo hai dạng: hoặc là các bài giảng, hoặc là các buổi nói chuyện thông thường, ngoài hoạt động giáo dục cộng đồng, WWF Phillippines không thực hiện hỗ trợ pháp lý¹⁰.

Đối với công tác PBGDPL cho ngư dân biển tại Phillippines, một kinh nghiệm tốt mà Việt Nam có thể tham khảo là công tác xã hội hóa hoạt động PBGDPL cho ngư dân biển, đặc biệt là việc huy động các tổ chức phi chính phủ, các tổ chức chính trị xã hội, các đơn vị đào tạo Luật trên cả nước tham gia vào công tác PBGDPL cho ngư dân biển. Ở Việt Nam hiện nay, với gần 100 cơ sở đào tạo luật công lập và ngoài công lập, mỗi năm có khoảng hơn 20.000 sinh viên tốt nghiệp¹¹, mỗi cơ sở đào tạo Luật nên thành lập các Trung tâm thực hành luật, ngoài việc rèn luyện kỹ năng nghề nghiệp, các trung tâm này sẽ tham gia vào công tác PBGDPL cho cộng đồng, trong đó có ngư dân biển. Ngoài ra, việc phối hợp với các tổ chức khác như Đoàn Thanh niên, Hội Luật gia, Đoàn luật sư, Hiệp hội nghề cá, Hội nông dân,... cũng sẽ huy động tối đa nguồn lực cần thiết đảm bảo cho việc nâng cao chất lượng và hiệu quả công tác PBGDPL cho ngư dân biển tại Việt Nam.

5. Phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân biển tại Thái Lan, Singapore

Thái Lan và Singapore là hai quốc gia có diện tích bờ biển và vùng biển nhỏ hơn so với các quốc gia Trung Quốc, Indonexia và Phillippines. Tuy nhiên, công tác PBGDPL cho ngư dân tại các quốc gia này cũng được Chính phủ quan tâm và đầu tư, đặc biệt là đầu tư cơ sở vật chất hiện đại cho các lực lượng chấp pháp nước này khi

¹⁰ Joseph Anthony G.Loot (2010). *Paralegal Work: A Community-Based Approach to Fisheries Law Enforcement in Negros Occidental, Phillippines*, tạm dịch: *Phương pháp tiếp cận dựa vào cộng đồng để thực thi luật thủy sản ở Negros Occidental, Phillippines*, trang 10 – 15, Negros, Phillippines.

¹¹ <https://svn.vn/mot-so-giai-phap-nang-cao-chat-luong-dao-tao-cu-nhan-luat-o-viet-nam1665859199.html>, truy cập ngày 10/8/2023.

hoạt động tuyên truyền và bảo hộ ngư dân đánh bắt thủy hải sản. Đặc biệt, với những biện pháp cứng rắn, quyết liệt trong quản lý nghề cá, Thái Lan và Singapore đã có những thành công nhất định trong thời gian qua, điều này được thể hiện thông qua việc Thái Lan đã được Ủy ban châu Âu gỡ bỏ thẻ vàng do hành vi đánh bắt cá trái phép từ tháng 1 năm 2009, sau 4 năm nỗ lực gỡ bỏ¹². Đối với Singapore thì tình trạng môi trường được cải thiện rõ rệt, hệ sinh thái ven biển được phục hồi, song song với việc phổ biến, tuyên truyền pháp luật, các hành vi vi phạm pháp luật từ hoạt động đánh bắt được Chính phủ Singapore xử lý nghiêm khắc, không chỉ những ngư dân đi biển, mà còn kể cả những thương lái thu mua hải sản và người câu cá tự do¹³.

Chủ thể chủ yếu của công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển tại Thái Lan là Hải quân Hoàng gia và Tổng cục thủy sản Thái Lan, hai chủ thể này cũng thường xuyên phối hợp trong công tác để kịp thời ngăn chặn, xử lý các hành vi vi phạm pháp luật của ngư dân biển.

Về kinh nghiệm trong việc triển khai công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển thì hình thức phổ biến, hiệu quả nhất và là nguyên nhân chính dẫn tới Thái Lan gỡ được thẻ vàng của Ủy ban châu Âu là Tổng cục thủy sản Thái Lan đã thành lập Trung tâm giám sát nghề cá với khoảng 30 nhân viên, trực 24/24 trong ngày. Trung tâm đã cho lắp đặt các thiết bị định vị hiện đại (VMS) trên các tàu cá, ngư dân biển trước khi ra khơi phải kí cam kết và phải có giấy phép đánh bắt; khi ngư dân có hiện tượng ra khỏi vùng biển Thái Lan, lập tức nhân viên Trung tâm sẽ phát tín hiệu cảnh báo và tuyên truyền, những ngư dân không chấp hành khi vào bờ sẽ bị xử phạt và tước giấy phép đánh bắt. Ngoài ra việc quản lý bằng thiết bị định vị (VMS) sẽ giúp thuận lợi cho việc truy xuất nguồn gốc thủy hải sản, tạo thuận lợi cho hoạt động cung ứng trên thị trường¹⁴.

Về nội dung phổ biến giáo dục pháp luật, ngoài các quy định về bảo vệ môi trường, quy định đánh bắt cá hợp pháp, các nội dung liên quan đến phát triển nền ngư

¹² <https://tuoitre.vn/thai-lan-cam-danh-bat-ca-3-thang-tren-vinh-thai-lan-20190611115523479.htm>, truy cập ngày 2/4/2023.

¹³ Singapore Statutes online, “*Đạo luật thủy sản 1966*” <https://sso.agc.gov.sg/Act/FA1966>, truy cập ngày 2/7/2023.

¹⁴ <https://nhandan.com.vn/tin-tuc-the-gioi/kinh-nghiem-cua-thai-lan-ve-go-the-vang-thuy-san-377780>, truy cập ngày 2/7/2023

nghiệp bền vững, Thái Lan còn tập trung vào pháp luật về buôn bán người, tổ chức nhập cư trái pháp luật và lao động cưỡng bức trong nghề cá¹⁵.

Đối với Singapore, chủ thể chính tham gia vào công tác phổ biến, giáo dục pháp luật là Bộ Quốc Phòng. Do Singapore những năm gần đây đã hạn chế các loại hình đánh bắt xa bờ, chuyển sang nuôi trồng thủy hải sản gần bờ, áp dụng khoa học công nghệ vào nuôi, chế biến tự động, nên số lượng ngư dân đánh bắt xa bờ đã giảm sút đáng kể. Mặt khác, do chính sách thương mại của Singapore là ưu tiên việc nhập khẩu lương thực, thực phẩm nên cơ cấu và tỷ trọng của nghề cá cũng có nhiều thay đổi. Công tác phổ biến, giáo dục pháp luật cho ngư dân biển tại Singapore có các nội dung gắn liền với môi trường, về công cụ, phương tiện đánh bắt, về khu vực đánh bắt (những khu vực được đánh bắt sẽ được cấm cọc), tất cả các nội dung này được quy định cụ thể trong Luật nghề cá, được Chính phủ Singapore ban hành¹⁶.

6. Một số kinh nghiệm gợi mở cho Việt Nam trong công tác phổ biến giáo dục pháp luật cho ngư dân biển

Thứ nhất, với kinh nghiệm PBGDPL cho ngư dân biển tại Trung Quốc, có thể thấy, các nội dung, phương thức PBGDPL cho ngư dân biển là rất đa dạng, phong phú, tiếp cận được nhiều đối tượng ngư dân khác nhau, trong đó Việt Nam nên tham khảo kinh nghiệm và áp dụng phương thức vừa kết hợp PBGDPL bằng hình thức tuyên truyền vừa kết hợp tư vấn và giải đáp thắc mắc, khiếu nại pháp luật ngay tại địa điểm PBGDPL. Bởi lẽ, ngư dân biển thường có thời gian đánh bắt dài ngày, không có nhiều thời gian để giải quyết các vấn đề pháp lý cá nhân, đặc biệt là các thủ tục hành chính nhiều cấp, vì vậy việc tuyên truyền kết hợp tư vấn, giải đáp, tiếp nhận và xử lý sẽ giúp ngư dân biển tiết kiệm thời gian và chi phí, tập trung vào hoạt động sản xuất.

Thứ hai, với kinh nghiệm PBGDPL tại Indonexia, đặc biệt là chương trình “penyuluhan”, Việt Nam cũng nên xây dựng các chương trình pháp luật cho cộng đồng dưới nhiều hình thức, có thể do Chính phủ quản lý, hoặc kêu gọi các tổ chức phi chính phủ tham gia. Bởi nếu có thì đây sẽ là chương trình do các chủ thể chuyên

¹⁵<https://www.hrw.org/report/2018/01/23/hidden-chains/rights-abuses-and-forced-labor-thailands-fishing-industry>, truy cập ngày 2/7/2023

¹⁶<https://www.straitstimes.com/singapore/environment/fishing-community-proposes-three-sustainable-fishing-guidelines-amid-local>, truy cập ngày 2/7/2023.

nghiệp trong công tác PBGDPL cho ngư dân biển thực hiện, các chủ thể này sẽ chủ động phân loại ngư dân, tập hợp đội ngũ cán bộ có chất lượng, trình độ chuyên môn cao, lựa chọn các phương thức phù hợp, tiên tiến nhất và điều đặc biệt các chủ thể này thường hoạt động thường xuyên, liên tục, không phụ thuộc vào chương trình, kế hoạch của các cơ quan nhà nước có thẩm quyền.

Thứ ba, với kinh nghiệm PBGDPL cho ngư dân biển tại Phillippines, một kinh nghiệm tốt mà Việt Nam có thể tham khảo là công tác xã hội hóa hoạt động PBGDPL cho ngư dân biển, đặc biệt là việc huy động các tổ chức phi chính phủ, các tổ chức chính trị xã hội, các đơn vị đào tạo Luật trên cả nước tham gia vào công tác PBGDPL cho ngư dân biển. Ở Việt Nam hiện nay, với gần 100 cơ sở đào tạo luật công lập và ngoài công lập, mỗi năm có khoảng hơn 20.000 sinh viên tốt nghiệp¹⁷, mỗi cơ sở đào tạo Luật nên thành lập các Trung tâm thực hành luật, ngoài việc rèn luyện kỹ năng nghề nghiệp, các trung tâm này sẽ tham gia vào công tác PBGDPL cho cộng đồng, trong đó có ngư dân biển. Ngoài ra, việc phối hợp với các tổ chức khác như Đoàn Thanh niên, Hội Luật gia, Đoàn luật sư, Hiệp hội nghề cá, Hội nông dân,... cũng sẽ huy động tối đa nguồn lực cần thiết đảm bảo cho việc nâng cao chất lượng và hiệu quả công tác PBGDPL cho ngư dân biển tại Việt Nam.

Thứ tư, với kinh nghiệm Đối với bài học kinh nghiệm từ hai quốc gia Thái Lan và Singapore, Việt Nam có thể tham khảo mô hình quản lý tàu cá của Thái Lan, đặc biệt việc lắp đặt các thiết bị định vị hiện đại, vì đây là nguyên nhân chính dẫn đến việc Thái Lan đã gỡ bỏ được thẻ vàng của EU, điều mà Việt Nam chưa làm được. Việc lắp đặt thiết bị định vị hiện đại (VMS) trên các tàu cá sẽ giúp các đơn vị chức năng theo dõi hải trình của tàu cá, kịp thời tuyên truyền, nhắc nhở ngư dân ngay khi tàu cá dấu hiệu sang đánh bắt tại các vùng biển nước ngoài. Ngoài ra, việc lắp đặt các thiết bị định vị hiện đại sẽ giúp ngành Thủy sản truy xuất được nguồn gốc hải sản, thuận lợi cho việc xuất khẩu thủy hải sản hay các đàm phán thương mại.

Đối với bài học kinh nghiệm từ Singapore, Việt Nam nên khuyến khích động viên các ngư dân biển đánh bắt ở vùng lộng, gần bờ chuyển sang nuôi trồng thủy hải sản trên biển. Bởi vì, những năm gần đây, nguồn thủy hải sản ở vùng lộng, gần bờ có

¹⁷ <https://svn.vn/mot-so-giai-phap-nang-cao-chat-luong-dao-tao-cu-nhan-luat-o-viet-nam1665859199.html>, truy cập ngày 10/8/2023.

sản lượng rất thấp do ngư dân biển dùng các phương pháp đánh bắt tận diệt và hủy diệt, dẫn đến mất khả năng tái tạo, phục hồi của tự nhiên, gây ô nhiễm môi trường và hủy hoại thảm thực vật tầng đáy. Do đó, việc đầu tư khoa học kỹ thuật, áp dụng các phương pháp nuôi trồng gần bờ là rất cần thiết, vừa đảm bảo sinh kế bền vững cho ngư dân biển, vừa bảo vệ môi trường.

7. Kết luận

Có thể nói, mỗi quốc gia có những điều kiện kinh tế, xã hội, an ninh, quốc phòng, chiến lược phát triển biển khác nhau, từ đó kết quả của công tác PBGDPL cho ngư dân biển cũng khác nhau. Tuy nhiên, các quốc gia đều hướng tới mục đích chung là nâng cao trình độ nhận thức của ngư dân biển, giúp ngư dân có thái độ và hành xử đúng pháp luật, tôn trọng pháp luật. Việc nghiên cứu hoạt động PBGDPL tại các quốc gia trên thế giới, trong đó tập trung vào các quốc gia có điều kiện kinh tế xã hội và mối quan hệ an ninh, quốc phòng gắn liền với Việt Nam sẽ là kinh nghiệm quý báu cho công tác PBGDPL cho ngư dân biển tại Việt Nam.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. <https://vtv.vn/video/nong-nghiep-xanh-thuc-pham-sach-31-7-2021,513220.htm>, truy cập ngày 12/07/2023
2. Ban Tuyên giáo Trung ương, Bộ Tư pháp Trung Quốc, Kế hoạch tuyên truyền giáo dục 5 năm lần thứ 8 (2020-2025), Bắc Kinh, Trung Quốc.
3. Cục Thủy sản và Đại dương Phúc Châu (2019), Kế hoạch công tác phổ biến luật năm 2019,
4. UBND thành phố Cù Châu, tỉnh Chiết Giang, Bồi dưỡng tập huấn pháp luật cho ngư dân, ngày 1/7/2020.
5. UBND huyện Thanh Đảo, tỉnh Sơn Đông, thông báo về hoạt động tuyên truyền, giáo dục pháp luật “Đưa pháp luật đến ngư thôn, đưa pháp luật đến cơ sở” năm 2009.
6. <http://vasep.com.vn/chong-khai-thac-iuu/tin-tuc-iuu/thach-thuc-va-co-hoi-cho-phat-trien-thuy-san-ben-vung-o-philippines-21370.html>, truy cập ngày 3/7/2023.
7. Joseph Anthony G.Loot (2010). Paralegal Work: A Community-Based Approach to Fisheries Law Enforcement in Negros Occidental, Phillippines, tạm

dịch: Phương pháp tiếp cận dựa vào cộng đồng để thực thi luật thủy sản ở Negros Occidental, Philippines, trang 10 – 15, Negros, Philippines.

8. <https://lsvn.vn/mot-so-giai-phap-nang-cao-chat-luong-dao-tao-cu-nhan-luat-o-viet-nam1665859199.html>, truy cập ngày 10/8/2023

9. <https://vnembassy-jakarta.mofa.gov.vn/vi-vn/News/EmbassyNews>, truy cập, ngày 15/07/2023.

10. <http://www.qingdao.gov.cn/n172/n24624151/n24627375/n24627389/n24627403/120908202709501821.html>, truy cập ngày 12/07/2023.

11. <https://nhandan.com.vn/tin-tuc-the-gioi/kinh-nghiem-cua-thai-lan-ve-go-the-vang-thuy-san-377780>, truy cập ngày 2/7/2023

12. <https://www.hrw.org/report/2018/01/23/hidden-chains/rights-abuses-and-forced-labor-thailands-fishing-industry>, truy cập ngày 2/7/2023

13. <https://www.straitstimes.com/singapore/environment/fishing-community-proposes-three-sustainable-fishing-guidelines-amid-local>, truy cập ngày 2/7/2023.

EXPERIENCES OF LEGAL EDUCATION DISSEMINATION FOR COASTAL FISHERMEN IN SOME COUNTRIES AROUND THE WORLD AND SUGGESTIONS FOR VIETNAM

Abstract: It can be said that, countries with maritime borders always have a great advantage in economic development and national defense security. Recognizing the benefits from the sea, countries with seas nowadays always have an interest and have specific policies for coastal fishermen, including legal education dissemination (LED). In recent years, the situation of Vietnamese coastal fishermen violating domestic and international laws has increased, affecting Vietnam's image in the world and the export capacity of Vietnam's seafood industry. Therefore, studying LED models around the world, especially countries with geographical position, security relations, sovereignty over sea and islands with Vietnam will open up many valuable experiences to apply to the practice of LED work in our country.

Keywords: dissemination, education, law, coastal fishermen, experience.

KINH NGHIỆM QUỐC TẾ VỀ BẢO VỆ DỮ LIỆU NGƯỜI TIÊU DÙNG SỬ DỤNG DỊCH VỤ NGÂN HÀNG SỐ VÀ GỢI Ý CHO VIỆT NAM

Trần Thế Hệ*

Tóm tắt: Cùng với sự phát triển của công nghệ, các tổ chức cung cấp dịch vụ ngân hàng số đã và đang tích lũy, nắm nhiều dữ liệu của người tiêu dùng để phục vụ cho hoạt động của tổ chức mình. Dữ liệu người tiêu dùng trong lĩnh vực ngân hàng số được sử dụng ngày càng nhiều sẽ tiềm ẩn rủi ro cho người tiêu dùng, tổ chức cung ứng dịch vụ và Nhà nước. Bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng sử dụng dịch vụ ngân hàng số trở thành một vấn đề quan trọng cần được quan tâm trong quá trình thực hiện nền kinh tế số và tài chính toàn diện ở Việt Nam. Trong bài viết này, tác giả nghiên cứu các quy định, thực thi các quy định về bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng sử dụng dịch vụ ngân hàng số của Liên minh Châu Âu và một số quốc gia trên thế giới; thực trạng bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng sử dụng dịch vụ ngân hàng số ở Việt Nam, từ đó đề xuất một số gợi ý cho Việt Nam.

Từ khóa: Ngân hàng số, dịch vụ ngân hàng số, dữ liệu người tiêu dùng, bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng.

1. Đặt vấn đề

Trên thế giới nói chung và Việt Nam nói riêng, nền kinh tế số đang phát triển với tốc độ nhanh chóng, từ đó mang lại nhiều cơ hội nhưng cũng như đặt ra không ít thách thức cho lĩnh vực ngân hàng số (NHS), trong đó có thách thức liên quan đến việc bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (NTD) sử dụng dịch vụ NHS, đặc biệt là bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng (DLNTD) sử dụng dịch vụ NHS. Liên quan đến vấn đề này, pháp luật Liên minh Châu Âu và pháp luật một số quốc gia trên thế giới đã có những quy định khá sớm để bảo vệ quyền lợi NTD dịch vụ tài chính số, NHS và bảo vệ dữ liệu NTD khi tham gia lĩnh vực đó. Tại Việt Nam để bảo vệ NTD chủ yếu dựa trên căn cứ pháp lý là Luật Bảo vệ quyền lợi NTD năm 2023 tuy nhiên những quy định trong văn bản pháp lý này không có quy định về bảo vệ quyền lợi NTD sử

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: hett@hul.edu.vn

dụng dịch vụ ngân hàng nói chung và bảo vệ dữ liệu NTD sử dụng dịch vụ NHS nói riêng, trong khi đó các văn bản pháp luật điều chỉnh trong lĩnh vực ngân hàng mặc dù cũng có những quy định về bảo vệ quyền lợi của khách hàng nhưng những quy định đó còn những hạn chế, bất cập và chưa đầy đủ để bảo vệ NTD, dữ liệu của NTD.

Ngày 17/4/2023 Chính phủ đã ban hành Nghị định số 13/2023/NĐ-CP về Bảo vệ dữ liệu cá nhân có hiệu lực thi hành ngày 01/7/2023 tuy nhiên những quy định trong văn bản này đang có những quy định chưa thật phù hợp và từ đó tạo ra xung đột với các quy định trong lĩnh vực ngân hàng như các quy định về các chủ thể tham gia vào quy trình xử lý dữ liệu cá nhân của khách hàng; đồng ý xử lý dữ liệu một phần; về Dữ liệu cá nhân cơ bản và dữ liệu cá nhân nhạy cảm; quyền của các chủ thể dữ liệu... Dựa trên việc tiếp cận và phân tích pháp luật của Liên minh Châu Âu, pháp luật một số quốc gia trên thế giới về bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ ngân hàng số từ đó đề xuất một số khuyến nghị trong việc xây dựng hoàn thiện pháp luật tại Việt Nam.

2. Khái quát về bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng sử dụng dịch vụ ngân hàng số

Trong thời đại ngày nay, thuật ngữ NHS đã trở nên phổ biến trong đời sống xã hội. Tương tự như các ngân hàng truyền thống, NHS thực hiện các hoạt động ngân hàng, đó chính là việc kinh doanh, cung ứng thường xuyên một hoặc một số nghiệp vụ như: Nhận tiền gửi, cấp tín dụng, cung ứng dịch vụ thanh toán qua tài khoản¹. Tuy nhiên, khác với những ngân hàng truyền thống thực hiện các giao dịch ngân hàng chủ yếu dựa trên các điểm giao dịch vật lý thì NHS lại cung cấp các sản phẩm dịch vụ ngân hàng trên nền tảng công nghệ số, thông qua internet, điện thoại di động thông minh, máy tính bảng và có thể cả mạng xã hội². Nghị định số 13/2023/NĐ-CP về bảo vệ dữ liệu cá nhân đã định nghĩa: Dữ liệu cá nhân là thông tin dưới dạng ký hiệu, chữ viết, chữ số, hình ảnh, âm thanh hoặc dạng tương tự trên môi trường điện tử gắn liền với một con người cụ thể hoặc giúp xác định một con người cụ thể. Dữ liệu cá nhân bao gồm dữ liệu cá nhân cơ bản và dữ liệu cá nhân nhạy cảm³. Theo Luật Bảo vệ

¹ Khoản 12 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010.

² Thiều Quang Hiệp (2020), Phát triển ngân hàng số ở Việt Nam: Thực trạng và đề xuất, Tạp chí Tài chính Kỳ 2 – tháng 6/2020.

³ Khoản 1 Điều 2, Nghị định số 13/2023/NĐ-CP ngày 17/4/2023, Nghị định bảo vệ dữ liệu cá nhân.

quyền lợi NTD năm 2010⁴ thì: NTD là người mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ cho mục đích tiêu dùng, sinh hoạt của cá nhân, gia đình, tổ chức. Theo Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010⁵, tổ chức tín dụng là doanh nghiệp thực hiện một, một số hoặc tất cả các hoạt động ngân hàng. Như vậy, NTD sử dụng các dịch vụ do tổ chức tín dụng cung cấp để thỏa mãn mục đích tiêu dùng, sinh hoạt của cá nhân, gia đình, tổ chức trong các nghiệp vụ mà tổ chức tín dụng thực hiện được xem là khách hàng sử dụng dịch vụ của tổ chức tín dụng. Pháp luật Việt Nam hiện nay chưa đưa ra định nghĩa về bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ ngân hàng số, trên cơ sở khái niệm về NHS, NTD và dữ liệu cá nhân, tác giả đưa ra khái niệm về bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ ngân hàng số theo đó: Bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ ngân hàng số là tổng thể các quy phạm pháp luật đảm bảo quyền lợi hợp pháp về thông tin cho NTD sử dụng dịch vụ NHS, qua đó ngăn chặn các hành vi gian lận, trái pháp luật hoặc hưởng lợi bất hợp pháp về thông tin khi NTD tham gia các giao dịch với các tổ chức cung ứng dịch vụ NHS.

Theo báo cáo của ngân hàng bán lẻ trên thế giới năm 2021 cho thấy, 57% NTD cho biết thích sử dụng ngân hàng trực tuyến hơn các chi nhánh truyền thống và 55% NTD thích sử dụng các ứng dụng ngân hàng di động để thực hiện các giao dịch tài chính, tăng 47% so với thời kỳ trước đại dịch⁶.

Khi các chủ thể kinh doanh NHS sử dụng DLNTD sẽ góp phần (i) Nâng cao hiệu suất hoạt động, cải thiện dịch vụ; (ii) Đánh giá được khả năng, nhu cầu và thị hiếu của NTD mà không cần đến những dữ liệu truyền thống; (iv) Giảm thiểu hạn chế rào cản về địa lý, gia tăng sự cạnh tranh khi cung cấp các dịch vụ NHS; (v) Nâng cao hiệu quả quản lý nhà nước về NHS. Tuy nhiên, bên cạnh những lợi ích như trên thì DLNTD cũng có những rủi ro, hạn chế như: (i) Đối với nhà cung cấp khi thu thập DLNTD sẽ có rủi ro bảo mật dữ liệu, rủi ro an ninh mạng (bị hack, trộm cắp thông tin...) dẫn đến động kinh doanh bị gián đoạn và có thể bị tiết lộ trái phép, sử dụng sai mục đích gây thiệt hại cho NTD; (ii) Đối với NTD khi sử dụng dịch vụ NHS, do hạn

⁴ Khoản 1 Điều 3 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010.

⁵ Khoản 1 Điều 4 Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010.

⁶ World Retail Banking report 2021.

<https://www.capgemini.com/news/press-releases/world-retail-banking-report-2021-to-create-new-value-banks-can-adopt-banking-as-a-service-to-embed-finance-in-consumer-lifestyles/>, truy cập ngày 10/8/2023.

chế về sự hiểu biết nên NTD không kiểm soát được dữ liệu của mình dẫn tới mất kiểm soát khi cung cấp hoặc bị chủ chế khác đánh cắp dễ dàng mà NTD không hay biết, DLNTD trở thành một “món hàng” được mua bán trên thị trường; (iii) Đối với nhà nước thông qua ban hành pháp luật và giám sát bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ NHS không đồng đều giữa các quốc gia, chưa theo kịp với sự phát triển của công nghệ hay thiếu sự phối hợp giữa các cơ quan chức năng đối với các loại hình dịch vụ NHS mới nên không kiểm soát được DLNTD.

3. Kinh nghiệm thế giới trong bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng sử dụng dịch vụ ngân hàng số

Tổng hợp từ kinh nghiệm của các quốc gia trên thế giới cho thấy khung thành phần các yếu tố để thực hiện đầy đủ và hiệu quả bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng sử dụng dịch vụ NHS bao gồm⁷: (i) Chính sách và môi trường pháp lý; (ii) Phát triển sản phẩm và chuyển giao dịch vụ; (iii) Nhận thức, khiếu nại và giải quyết của người tiêu dùng; (iv) Giám sát và thực thi; (v) Phân khúc dễ bị tổn thương và rủi ro bất khả kháng. Theo đó:

Thứ nhất, về chính sách và môi trường pháp lý

Hiện nay, trên thế giới có hơn 80 quốc gia đã ban hành luật bảo vệ dữ liệu⁸. Nghiên cứu chính sách và môi trường pháp lý của Liên minh Châu Âu và một số quốc gia trên thế giới cho thấy có sự khác biệt trong các quy định liên quan đến dữ liệu với những cách tiếp cận mang tính đặc thù như sau:

- Khu vực Châu Âu: Ngày 14/4/2016, Nghị viện châu Âu đã ban hành Quy định chung về bảo vệ dữ liệu (General Data Protection Regulation - GDPR), quy định này có hiệu lực ngày 25/5/2018. Mục tiêu mà GDPR hướng tới là bảo vệ dữ liệu các nhân, xử lý dữ liệu các nhân, chuyển giao dữ liệu tự do của cá nhân tại Liên minh châu Âu⁹. Quy định này được áp dụng trực tiếp trên lãnh thổ các quốc gia thành viên. Đối với Vương quốc Anh, trước là thành viên của Liên minh châu Âu, năm 2016

⁷ AFI (2020), Policy model on consumer protection for digital financial services, <https://www.afi-global.org/publications/3465/Policy-Model-on-Consumer-Protection-for-Digital-Financial-Services>, truy cập ngày 10/8/2023.

⁸ Báo cáo “Vai trò, tầm quan trọng của công tác bảo vệ dữ liệu cá nhân trong thời đại số”, Hội thảo chia sẻ kinh nghiệm về bảo vệ dữ liệu cá nhân trên không gian mạng, tập trung vào nhóm đối tượng yếu thế tại Việt Nam, Bộ Công an, Liên minh Châu Âu, Hà Nội, 2020, tr3.

⁹ Điều 1 của GDPR.

người dân bỏ phiếu rời Liên minh Châu Âu (được gọi là Brexit), năm 2018 quốc gia này đã ban hành đạo luật về bảo vệ dữ liệu các nhân vào năm 2018 (Data Protection Act 2018). Đạo luật này về cơ bản chuyển hóa các quy định của Liên minh châu Âu về bảo vệ dữ liệu các nhân vào pháp luật quốc gia và cho phép tiếp tục áp dụng quy định của GDPR trên lãnh thổ quốc gia, dù Anh đã rời khỏi Liên minh châu Âu. GDPR đặt ra các nghĩa vụ của các tổ chức đối với việc xử lý dữ liệu cá nhân mà họ thu thập và xử lý. Theo đó, việc xử lý dữ liệu cá nhân phải được thực hiện trên cơ sở sự chấp thuận của chủ thể dữ liệu cá nhân hoặc trên cơ sở hợp đồng với người này; việc xử lý dữ liệu cá nhân phải được thực hiện trên cơ sở tôn trọng các quyền cơ bản của cá nhân. Quy định này áp dụng cả đối với các tổ chức có trụ sở, hoạt động ở bên ngoài lãnh thổ của Liên minh châu Âu khi họ hướng tới mục tiêu hoặc thu thập các dữ liệu liên quan đến người dân sống ở Liên minh châu Âu thì đều thuộc phạm vi điều chỉnh của Liên minh châu Âu¹⁰. Đối với ngân hàng mở, Chi thị về dịch vụ thanh toán Châu Âu được sửa đổi năm 2019 (PSD2) yêu cầu các ngân hàng cung cấp quyền truy cập vào thông tin tài khoản ngân hàng của khách hàng và bắt đầu thanh toán cho các nhà cung cấp bên thứ ba chỉ khi được sự đồng ý từ khách hàng.

- Tại Hoa kỳ: Thông qua Đạo luật hiện đại hóa dịch vụ tài chính (Gramm-Leach-Bliley) áp dụng cho các tổ chức tài chính và các doanh nghiệp cung cấp các sản phẩm và dịch vụ tài chính; Ủy ban Thương mại Liên bang (FTC) thúc đẩy việc bảo vệ dữ liệu cá nhân của NTD và có thể điều tra và xử lý các trường hợp không tuân thủ. Tuy nhiên, ở Mỹ không có chính sách sử dụng hoặc bảo mật dữ liệu quốc gia toàn diện vì vậy các bang phải xây dựng luật một cách độc lập. Năm 2018 California là bang đầu tiên thông qua Đạo luật về Quyền riêng tư của NTD. California thay đổi các yêu cầu về cách các doanh nghiệp trong tiểu bang xử lý dữ liệu và đặt tiền lệ cho các bang khác xem xét xây dựng luật tương tự. Trên cơ sở đó, có 11 bang khác của Hoa Kỳ bao gồm Maryland, New Jersey và Washington... gần đây đã đưa

¹⁰ Khoản 3 Điều 3 GDPR nêu rõ: Quy định này điều chỉnh việc xử lý dữ liệu của chủ thể thông tin ở trên lãnh thổ Liên minh châu Âu, được thực hiện bởi chủ thể kiểm soát hoặc chủ thể xử lý thông tin không nằm trên lãnh thổ của Liên minh châu Âu, khi hoạt động xử lý dữ liệu liên quan đến: a) Việc cung cấp hàng hóa hoặc dịch vụ cho chủ thể thông tin ở Liên minh châu Âu, bất kể có hay không yêu cầu thanh toán đặt ra cho các chủ thể thông tin này; b) Việc giám sát hành vi của chủ thể thông tin khi hành vi này diễn ra trong Liên minh châu Âu.

ra văn bản luật tương tự như: Đạo luật bảo vệ dữ liệu của NTD tại Virginia; Đạo luật về quyền riêng tư của Colorado...

- Khu vực Châu Á - Thái Bình Dương: Trung Quốc có các luật liên quan đến quyền sử dụng dữ liệu cá nhân bao gồm Luật Hình sự, Luật Dân sự và Luật An ninh mạng; Nhật Bản Ủy ban bảo vệ thông tin cá nhân giám sát việc sửa đổi bổ sung Luật Bảo vệ thông tin cá nhân năm 2015; Úc Quy định giám sát ngân hàng mở đã được ban hành bởi Bộ Ngân khố tháng 8/2017.

Nhật Bản là quốc gia đầu tiên trong số các nước ở Châu Á ban hành Đạo luật bảo vệ dữ liệu cá nhân năm 2003 (APPI), có hiệu lực ngày 1 tháng 4 năm 2005 và được sửa đổi bổ sung năm 2017 cho phù hợp với GDPR năm 2016 của Châu Âu¹¹. APPI được áp dụng đối với “những nhà quản lý doanh nghiệp xử lý các thông tin cá nhân”¹²(Business operator handling personal information). Cụ thể hơn, nhà quản lý doanh nghiệp này có thể là thể nhân hay pháp nhân sử dụng dữ liệu thông tin cá nhân nhằm mục đích kinh doanh, ngoại trừ: i) Các cơ quan nhà nước; ii) Chính quyền địa phương; (iii) Những cơ quan hành chính được sáp nhập; và iv) Những tổ chức hành chính độc lập ở địa phương. Phạm vi của APPI cũng mở rộng tới cả những pháp nhân nước ngoài thu thập và xử lý thông tin cá nhân tại Nhật Bản. Thêm vào đó, thậm chí nếu một pháp nhân nước ngoài không được thành lập tại Nhật Bản, một vài điều khoản trong APPI cũng sẽ được áp dụng đối với pháp nhân đó khi cung cấp sản phẩm hay dịch vụ cho cá nhân tại Nhật Bản và thu thập, xử lý dữ liệu cá nhân đó.

Tại khu vực Đông Nam Á, ngoại trừ Singapore và Việt Nam đã có đạo luật riêng về Bảo vệ dữ liệu cá nhân thì các quốc gia còn lại cũng chưa có Luật Bảo vệ dữ liệu cá nhân mà được quy định trong các văn bản quy phạm pháp luật như Hiến pháp, Luật, Nghị định và Thông tư theo đó:

- Indonesia, bí mật đời tư, bí mật dữ liệu cá nhân là một quyền công dân, được quy định tại Điều 28G Hiến pháp năm 1945: Mỗi người đều có quyền tự bảo vệ bản thân, gia đình, sự tôn trọng, nhân phẩm và tài sản của mình. Mỗi người đều có quyền

¹¹ Bảo vệ dữ liệu ở Nhật Bản để phù hợp với GDPR
<https://www.skadden.com/insights/publications/2018/09/quarterly-insights/data-protection-in-japan-to-align-with-gdpr>, truy cập ngày 11/8/2023.

¹² Khoản 4 Điều 2 Đạo luật về bảo vệ thông tin cá nhân Nhật Bản.

được bảo đảm an ninh và sự bảo vệ khỏi các mối đe dọa sợ hãi để làm, hay không làm, một điều gì đó cấu thành một quyền con người.

- Thái Lan cũng chưa ban hành một đạo luật chuyên biệt về bảo vệ dữ liệu cá nhân. Tuy nhiên, khuôn khổ pháp lý bảo vệ dữ liệu cá nhân được xác lập bởi các văn bản pháp luật như: Hiến pháp Thái Lan năm 2007, Các đạo luật chuyên ngành của Thái Lan như Bộ luật Dân sự và Thương mại, Luật Viễn thông, Luật Ngân hàng, Luật Kinh doanh tài chính, Luật Giao dịch điện tử... Các văn bản này đều xác lập cơ chế bảo vệ đối với dữ liệu cá nhân trước các hành động thu thập, sử dụng, tiết lộ, chuyển giao thông tin một cách bất hợp pháp.

- Singapore, Nghị viện Singapore đã thông qua Luật Bảo vệ dữ liệu cá nhân ngày 15/10/2012. Luật công nhận quyền của các cá nhân trong việc bảo vệ các dữ liệu cá nhân của chính họ, đồng thời thừa nhận sự cần thiết của việc các tổ chức tiến hành thu thập, sử dụng và tiết lộ thông tin cá nhân vì những mục đích phù hợp với những hoàn cảnh nhất định. Bên cạnh Luật Bảo vệ dữ liệu cá nhân, một số văn bản pháp luật chuyên ngành của Singapore cũng quy định về vấn đề này như: Luật An ninh mạng và máy tính; Luật Bí mật công vụ, Luật Thống kê; Luật Giao dịch điện tử, Luật Ngân hàng, Luật Viễn thông...

Thứ hai, về phát triển sản phẩm và chuyển giao dịch vụ

Tổ chức cung ứng và bên thứ ba phải có quy trình quản trị rủi ro nội bộ liên quan đến dữ liệu NHS, tại Nhật Bản Cơ quan dịch vụ tài chính (JFSA) đã khuyến khích các tổ chức tài chính tăng cường quản lý an ninh mạng thông qua hướng dẫn giám sát được công bố trên trang web cung cấp các quan điểm của giám sát như: Ban giám đốc có nhận ra tầm quan trọng của an ninh mạng trong bối cảnh các cuộc tấn công mạng ngày càng tinh vi, xảo quyệt và đã đưa ra môi trường giám sát cần thiết; các tổ chức tài chính có đưa ra hệ thống quản lý an ninh mạng thích hợp cũng như thiết lập các cơ cấu tổ chức và quy tắc; các tổ chức tài chính có phát triển các kế hoạch dự phòng chống lại các cuộc tấn công mạng tiềm ẩn, tiến hành diễn tập và xem xét các kế hoạch đó hay không. JFSA cũng tiến hành cuộc diễn tập thường niên cho toàn ngành tài chính (Delta Wall) từ năm 2016 nhằm tăng cường an ninh mạng trong

ngành, năm 2017 có đến 100 tổ chức tài chính quy mô từ lớn đến nhỏ tham gia cuộc diễn tập¹³.

Thứ ba, về tăng cường nhận thức, khiếu nại và giải quyết của người tiêu dùng

Tại Đức, Bộ Tư pháp liên bang và bảo vệ người dùng đã xuất bản tài liệu toàn diện về quyền của người tiêu dùng với dữ liệu của họ, hướng dẫn cách tránh cung cấp dữ liệu không cần thiết và cách sử dụng mạng internet an toàn, tài liệu có phiên bản tải xuống miễn phí và thông tin phù hợp với cả người cao tuổi; Cơ quan Giám sát tài chính liên bang Đức cung cấp cho người tiêu dùng hướng dẫn sử dụng dữ liệu cá nhân khi sử dụng dịch vụ tài chính, tổ chức hội thảo trực tuyến cho người cao tuổi phổ biến Chỉ thị dịch vụ thanh toán lần thứ 2 (PSD2) năm 2019. Tại Bồ Đào Nha, hiểu biết về tài chính kỹ thuật số là một trong những mục tiêu chiến lược của Ngân hàng trung ương 2017-2020, năm 2018 Ngân hàng trung ương đã phát động chiến dịch giáo dục tài chính kỹ thuật số và các biện pháp phòng ngừa rủi ro khi sử dụng dịch vụ tài chính số với người trẻ. Tại Tây Ban Nha, trang web chiến lược quốc gia cung cấp thông tin cần thiết liên quan đến bảo vệ thông tin cá nhân trong giao dịch trực tuyến, một phần về bảo vệ thông tin cá nhân được bao gồm trong chương trình giáo dục tài chính dành cho các trường học và học sinh từ 14 đến 18 tuổi.

Thứ tư, về vấn đề giám sát và thực thi

Đối với giám sát và thực thi, các tiêu chuẩn và quy tắc ứng xử bảo vệ dữ liệu theo định hướng của ngành vẫn là một vấn đề mới trong các dịch vụ tài chính kỹ thuật số, các tiêu chuẩn được đưa ra phải khả thi và hướng dẫn cụ thể cho các nhà cung cấp và các bên liên quan trong ngành. Vào tháng 9/2018, OECD đã thành lập nhóm chuyên gia hơn 50 thành viên về AI đại diện cho 20 Chính phủ và các nhà lãnh đạo đến từ các lĩnh vực doanh nghiệp, lao động, xã hội, khoa học để phát triển bộ nguyên tắc về AI. Theo đó khuyến nghị của OECD về AI đã được phê duyệt vào tháng 6/2019 trong đó có bao gồm 2 nguyên tắc đặc biệt có liên quan đến dữ liệu cá nhân và dịch vụ tài chính: AI phải lấy con người làm giá trị trung tâm và đối xử công bằng, các

¹³ Kinh nghiệm quản lý chuyển đổi số ngành Ngân hàng tại một số quốc gia châu Á và hàm ý chính sách cho Việt Nam

<https://tapchinganhang.gov.vn/kinh-nghiem-quan-ly-chuyen-doi-so-nganh-ngan-hang-tai-mot-so-quoc-gia-chau-a-va-ham-y-chinh-sach-cho.htm>, truy cập ngày 15/8/2023.

hoạt động AI phải thực hiện cung cấp thông tin minh bạch và chi tiết về hệ thống phân tích, kết quả và cách tương tác với hệ thống¹⁴.

Thứ năm, về phân khúc dễ bị tổn thương

Một số quốc gia như Ấn Độ, Mexico, Nam Phi, Peru đã xây dựng bộ phận thanh tra chính thức như một bộ phận để giải quyết tranh chấp cho NTD tài chính trong đó có bao gồm nhóm người dùng yếu thế (người nghèo, phụ nữ nông thôn...). Tại Mexico, Ủy ban quốc gia về Bảo vệ người sử dụng dịch vụ tài chính (*Condusef*) đã khởi động chương trình “*Financial Education Programme in your institution (EFI)*” vào năm 2010 với hơn 310 tổ chức trên toàn quốc tham gia. Người sử dụng lao động được tham gia chương trình miễn phí, chi phí do Condusef đài thọ từ ngân sách được Bộ Tài chính quy định. Chương trình được thiết kế để tích hợp bất kỳ công ty nào nhu cầu cung cấp giao dịch tài chính và nâng cao năng lực tài chính của người lao động, và được gửi qua các kênh kỹ thuật số nội bộ như email của công ty, bảng tin và các kênh liên lạc nội bộ¹⁵.

4. Thực trạng về bảo vệ dữ liệu người tiêu dùng sử dụng dịch vụ ngân hàng số tại Việt Nam

Việt Nam là một trong những quốc gia có tốc độ phát triển và ứng dụng Internet cao nhất thế giới. Theo các báo cáo và thống kê đầu năm 2023, Việt Nam có tổng cộng 77,93 triệu người dùng Internet (chiếm 79,1% dân số)¹⁶. Trong lĩnh vực ngân hàng, NHS được cho là mảng kinh doanh riêng hướng đến phân khúc khách hàng mới, độc lập với hoạt động kinh doanh truyền thống. Điển hình là Timo của VPBank, LiveBank của TPBank. Đây được coi là mô hình NHS hoàn toàn tự động 24/7 có thể thực hiện gần như đầy đủ các giao dịch như một chi nhánh truyền thống mà khách hàng không cần phải tiếp xúc trực tiếp với nhân viên ngân hàng. Những

¹⁴ OECD (2018), G20/OECD Policy Guidance on Financial Consumer Protection Approaches in the Digital Age, <https://www.oecd.org/finance/G20-OECD-Policy-Guidance-Financial-Consumer-Protection-Digital-Age-2018.pdf>, truy cập ngày 15/8/2023.

¹⁵ Triển khai các chương trình giáo dục tài chính cho người lao động tại các nước OECD. https://sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/fm/ddnhnn/nctd/nctd_chitiet?leftWidth=20%25&showFooter=false&showHeader=false&dDocName=SBV511808&rightWidth=0%25¢erWidth=80%25&_afLoop=31877580298384023#%40%3F_afLoop%3D31877580298384023%26centerWidth%3D80%2525%26dDocName%3DSBV511808%26leftWidth%3D20%2525%26rightWidth%3D0%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dfalse%26_adf.ctrl-state%3D7fkrghgz_9, truy cập ngày 15/8/2023.

¹⁶ Internet Việt Nam 2023: Số liệu mới nhất và xu hướng phát triển <https://www.vnetwork.vn/vi/news/internet-viet-nam-2023-so-lieu-moi-nhat-va-xu-huong-phat-trien>, truy cập ngày 15/8/2023.

ngân hàng có quy mô lớn như Vietcombank, VietinBank, BIDV, ACB, MB... thì tập trung chuyển đổi số các hoạt động kinh doanh truyền thống kết hợp với việc tạo ra những sản phẩm, kênh dịch vụ mới cho khách hàng, đồng thời khai thác những mảng kinh doanh mới trên cơ sở kết hợp với các ứng dụng Fintech. Quá trình chuyển đổi số của các ngân hàng lớn thường gắn liền với việc nâng cấp căn bản hệ thống hạ tầng công nghệ thông tin, đặc biệt công nghệ lõi (Core Banking). Điển hình là VietinBank với Core Sunshine (2017), YOLO của VPBank cho NHS (tách biệt với hệ thống hiện tại). Các ngân hàng thương mại cũng đã có sự liên kết với nền tảng thanh toán chung để khai thác triệt để lợi thế và sức mạnh của công nghệ số trong hoạt động ngân hàng. Chuyển đổi số của các ngân hàng thương mại Việt Nam còn giúp mở rộng sự hợp tác giữa ngân hàng với các doanh nghiệp Fintech hay các "ông lớn" công nghệ như Google, Facebook... để mang lại lợi ích cho ngân hàng cũng như khách hàng. Đây chính là nền tảng quan trọng để tiến dần đến trạng thái kết nối vạn vật (IoT). Một số hoạt động điển hình như: VietinBank kết hợp với Opportunity Network trong cung cấp nền tảng số cho doanh nghiệp, Vietcombank với M-Service trong thanh toán, MBB - Startup Fintech trong cung cấp dịch vụ ngân hàng, VPB - Fintech Weezi trong thanh toán chuyển tiền qua mạng xã hội, Techcombank - Fastcash chuyển tiền qua mạng Facebook...¹⁷

Tuy nhiên, tình trạng lộ, lọt, hoạt động đánh cắp, mua bán dữ liệu cá nhân diễn ra phổ biến ở hầu hết các quốc gia trên thế giới trong đó có Việt Nam. Theo ghi nhận từ Công Cảnh báo An toàn thông tin Việt Nam, năm 2022, diễn ra hơn 12.935 trường hợp lừa đảo trực tuyến, với 2 loại hình chính là lừa đảo để đánh cắp thông tin cá nhân và lừa đảo tài chính¹⁸. Theo thống kê của hãng bảo mật quốc tế, Việt Nam nằm trong nhóm 3 quốc gia bị tấn công mạng nhiều nhất tại khu vực châu Á - Thái Bình Dương; chỉ riêng 6 tháng đầu năm 2023, các cơ quan chức năng đã phát hiện gần 17 triệu cảnh báo dấu hiệu hoạt động tấn công mạng (tăng 240% so với cùng kỳ năm 2022), trong đó có 208 hệ thống thông tin của cơ quan Nhà nước, các bộ, ban, ngành bị tin

¹⁷ <https://tapchinganhang.gov.vn/phat-trien-ngan-hang-so-o-viet-nam-buc-tranh-hien-tai-va-trien-vong.htm>, truy cập ngày 20/8/2023.

¹⁸ Ngân hàng cần bảo mật thông tin khách hàng để tránh lừa đảo
<http://www.thtg.vn/ngan-hang-can-bao-mat-thong-tin-khach-hang-de-tranh-lua-dao/>, truy cập ngày 20/8/2023.

tặc tấn công nhằm mục đích đánh cắp thông tin, dữ liệu, tài liệu bí mật nhà nước thuộc nhiều lĩnh vực. Nổi lên là các chiến dịch tấn công mạng nguy hiểm của các tin tặc có nguồn gốc từ nước ngoài, sử dụng 15 biến thể mã độc nguy hiểm, trong đó có các loại mã độc hiện đại, có khả năng vô hiệu hóa các phần mềm bảo vệ để “nằm vùng” lâu dài, thâm nhập sâu vào các hệ thống, đáng chú ý có sự câu kết, móc nối giữa tin tặc trong và ngoài nước. Cơ quan chức năng cũng phát hiện hơn 4.000 nguồn khởi phát thông tin xấu độc, thu hút hơn 82 triệu lượt tiếp cận, tương tác thông tin, chủ yếu trên các nền tảng mạng xã hội, với hàng nghìn tài khoản, “hội nhóm” có hàng triệu lượt người theo dõi. Tình trạng lộ, mất tài liệu BMNN trên không gian mạng tiếp tục được phát hiện, trong 3 năm qua, cơ quan chức năng đã phát hiện, xử lý hơn 150 vụ việc với 710 đầu tài liệu bị lộ, trong đó có nhiều tài liệu thuộc danh mục tài liệu mật, tối mật, tuyệt mật. Trong 6 tháng đầu năm 2023, đã phát hiện 25 vụ đăng tải, truyền đưa thông tin, tài liệu bảo mật nhà nước trên không gian mạng với 58 đầu tài liệu mật; hơn 200 GB dữ liệu nội bộ, tài liệu nhạy cảm của các cơ quan, đơn vị thuộc các bộ, ngành, địa phương bị lộ lọt, rao bán trên các diễn đàn, hội nhóm¹⁹.

Thực trạng bảo vệ DLNTD NHS tại Việt Nam đang tồn tại một số hạn chế sau:

Thứ nhất, quy định pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân chưa đồng nhất với các quy định pháp luật ngân hàng

Nghị định số 13/2023/NĐ-CP ngày 17/4/2023 của Chính Phủ về bảo vệ dữ liệu cá nhân là bước đột phá về bảo đảm quyền con người trong chuyển đổi số, khắc phục những tồn tại, bất cập trong thực tiễn bảo đảm, bảo vệ, bảo mật dữ liệu cá nhân. Đây cũng là văn bản bảo vệ DLNTD trong hoạt động NHS tại Việt Nam. Tuy nhiên, hoạt động ngân hàng của các tổ chức tín dụng được điều chỉnh bởi các quy định pháp luật chuyên ngành như: Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010 được sửa đổi, bổ sung năm 2017, Luật Phòng chống rửa tiền năm 2022; Nghị định 117/2018/NĐ-CP về giữ bí mật, cung cấp thông tin khách hàng của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài, Thông tư số 09/2020/TT-NHNN của Ngân hàng Nhà nước quy định về an toàn hệ thống thông tin trong hoạt động ngân hàng. Theo đó, đối với hoạt động ngân hàng,

¹⁹ An toàn, an ninh mạng: Thực trạng và khuyến cáo

https://vjst.vn/vn/_layouts/15/ICT.Webparts.TCKHCN/mt_poup/Intrangweb.aspx?IdNews=8126, truy cập ngày 20/8/2023.

việc xử lý dữ liệu tác động tới dữ liệu cá nhân, như: Thu thập, ghi, phân tích, xác nhận, lưu trữ, chỉnh sửa, công khai, kết hợp, truy cập, truy xuất, thu hồi, mã hóa, giải mã, sao chép, chia sẻ, truyền đưa, cung cấp, chuyển giao, xóa, hủy dữ liệu cá nhân hoặc các hành động khác có liên quan là tất yếu nhằm cung cấp dịch vụ cho khách hàng và quản lý rủi ro trong hoạt động ngân hàng, bảo đảm an toàn an ninh của hệ thống tiền tệ nên nhiều hoạt động xử lý dữ liệu khách hàng cá nhân không thể và không cần sự chấp thuận của khách hàng²⁰ trong khi đó tại khoản 2, Điều 3 và khoản 1, Điều 9 của Nghị định 13/2023/NĐ-CP quy định chủ thể có quyền được biết về việc xử lý dữ liệu cá nhân của mình. Hay tại khoản 2, Điều 9 Nghị định 13/2023/NĐ-CP quy định chủ thể có quyền không đồng ý xử lý dữ liệu cá nhân của mình; chủ thể có quyền xóa, truy cập, yêu cầu hạn chế xử lý dữ liệu, phản đối xử lý dữ liệu, trừ trường hợp Luật khác có quy định khác tại Điều 9. Như vậy, sẽ vướng mắc, bất cập nếu áp dụng Nghị định cứng nhắc và không có hướng dẫn thống nhất.

Thứ hai, Việt Nam cũng chưa có cơ quan quản lý độc lập đối với bảo vệ NTD tài chính

Hiện nay, có 5 cơ quan có thể tham gia bảo vệ người tiêu dùng dịch vụ tài chính: Ngân hàng Nhà nước Việt Nam²¹, Ủy ban Chứng khoán Nhà nước, Cục Quản lý, giám sát bảo hiểm, Cục Cảnh tranh và Bảo vệ người tiêu dùng (trực thuộc Bộ Công thương) và Hội bảo vệ Người tiêu dùng. Tuy nhiên, các khiếu nại, tranh chấp được giải quyết bởi nhiều cơ quan chức năng nhưng lại thiếu đi sự phân định rành mạch về chức năng, nhiệm vụ cũng như chỉ định cơ quan đầu mối phụ trách nên việc khiếu nại, xử lý tranh chấp chưa được xử lý thỏa đáng, khiến NTD phải đưa ra toà án giải quyết.

Thứ ba, các quy định pháp luật xử lý vi phạm quyền DLNTD chưa thực sự phù hợp

²⁰ Thông tư số 09/2020/TT-NHNN của Ngân hàng Nhà nước quy định về an toàn hệ thống thông tin trong hoạt động ngân hàng.

²¹ Trong lĩnh vực ngân hàng Ngân hàng Nhà nước Việt Nam lập Vụ Thanh tra hành chính, giải quyết khiếu nại, tố cáo và phòng, chống tham nhũng (trực thuộc Cơ quan Thanh tra, giám sát ngân hàng) với trách nhiệm thanh tra hành chính và xử lý những khiếu nại, tố cáo liên quan đến các cá nhân, tổ chức trực thuộc Ngân hàng Nhà nước Việt Nam quản lý trực tiếp. Do đó, đối với những khiếu nại của người dân đối sẽ do đơn vị đó giải quyết và báo cáo lại với Ngân hàng Nhà nước Việt Nam.

Theo Điều 66 Nghị định số 174/2013/NĐ-CP ngày 13/11/2013 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, công nghệ thông tin và tần số vô tuyến điện quy định mức phạt tiền nặng nhất đối với vi phạm quyền về sự riêng tư là 70 triệu, theo pháp luật hình sự là 200 triệu đồng (Điều 288 Bộ luật Hình sự 2015, sửa đổi, bổ sung năm 2017). Trong khi đó, GDPR áp dụng mức phạt lên tới 20 triệu Euro hoặc 4% doanh thu toàn cầu hàng năm. Tháng 7/2019, hãng hàng không British Airway của Anh bị Liên minh Châu Âu phạt 228 triệu USD sau khi bị tin tặc đánh cắp thông tin cá nhân và dữ liệu tài chính của hàng trăm nghìn khách hàng. Mỹ Tháng 7/2019, Facebook bị Ủy ban thương mại Mỹ (FTC) phạt 5 tỷ USD vì bê bối dữ liệu Cambridge Analytica để lộ dữ liệu của hơn 50 triệu người dùng hay tháng 9/2019, FTC đã phạt Google 150 triệu USD vì thu thập dữ liệu trẻ em trái phép qua ứng dụng YouTube²². Từ sự so sánh này, có thể thấy mức phạt trong luật pháp Việt Nam còn quá nhẹ so với mức độ nguy hại và hậu quả của hành vi xâm phạm quyền này.

Thứ tư, nhận thức về bảo vệ dữ liệu cá nhân của NTD còn thấp

Nhiều thông tin sinh trắc học, lý lịch cá nhân, mối quan hệ, tình trạng sức khỏe, tài chính của khách hàng được đăng tải công khai, trở thành nguồn để các phần mềm thu thập dữ liệu cho thấy nhận thức bảo vệ các tài sản dữ liệu cá nhân của một bộ phận không nhỏ khách hàng còn thấp, nhiều khách hàng không nắm rõ bản chất các sản phẩm dịch vụ tài chính trực tuyến dẫn đến bị lạm dụng thông tin cá nhân không kiểm soát. Bản thân mỗi cá nhân cần hiểu quyền với thông tin cá nhân của mình cũng như nghĩa vụ với việc bảo vệ thông tin của người khác.

Thứ năm, lưu trữ, bảo quản, xử lý dữ liệu NTD của tổ chức cung ứng dịch vụ NHS còn hạn chế

Thực tế tại Việt Nam, các ngân hàng hiện đang tiếp cận quản trị dữ liệu theo hai phương pháp chủ đạo là đổi mới sáng tạo, tự động hóa quy trình kinh doanh và kiểm soát dữ liệu để phục vụ mục đích tuân thủ, cải thiện hiệu quả hoạt động. Trong vòng 2 năm trở lại đây, năng lực quản trị dữ liệu đã phát triển vượt bậc tại nhiều định chế

²² Chế tài xử lý các hành vi vi phạm quy định bảo vệ dữ liệu cá nhân
<https://antoanthongtin.vn/chinh-sach---chien-luoc/che-tai-xu-ly-cac-hanh-vi-vi-pham-quy-dinh-bao-ve-du-lieu-ca-nhan-107563>, truy cập ngày 26/8/2023.

tài chính trên toàn cầu, tuy vậy đối với ngân hàng trong nước vẫn còn một khoảng cách rất xa để đáp ứng kịp thời các nhu cầu kinh doanh và tuân thủ. Theo khảo sát của PwC năm 2019, phần lớn các ngân hàng Việt Nam vẫn đang ở trong giai đoạn đầu tiên trong lộ trình triển khai quản trị dữ liệu toàn hàng: dưới 50% ngân hàng đã xây dựng chính sách và quy trình quản lý dữ liệu toàn hàng hay quy định vai trò của các bên có liên quan đến dữ liệu; trên 66% ngân hàng chưa vận hành quy định các tiêu chí đánh giá để đo lường chất lượng dữ liệu; chỉ 18% ngân hàng đã xây dựng kiến trúc công nghệ để hỗ trợ quản lý dữ liệu toàn hàng²³.

5. Gợi ý cho Việt Nam

Trên cơ sở kinh nghiệm của Liên minh Châu Âu và một số quốc gia đi trước về bảo vệ DLNTD, qua đó sẽ giúp ích rất lớn cho Việt Nam trong việc bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ NHS đó là:

5.1. Đối với các cơ quan nhà nước

Thứ nhất, hoàn thiện các quy định pháp luật về bảo vệ DLNTD theo đó, bảo vệ DLNTD cần được xác định là một trong những nội dung chính của chiến lược phát triển kinh tế số và chiến lược tài chính toàn diện của quốc gia. Cùng với đó là hoàn thiện khung pháp lý liên quan đến bảo vệ NTD tài chính, trong ngắn hạn phải bổ sung các quy định về bảo vệ NTD tài chính trong Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, về lâu dài phải ban hành một Đạo luật bảo vệ quyền lợi NTD tài chính cho phù hợp với thông lệ quốc tế. Cùng với đó là hoàn thiện các quy định về bảo vệ DLNTD trong Nghị định số 13/2023/NĐ-CP ngày 17/4/2023 của Chính Phủ về bảo vệ dữ liệu cá nhân cho phù hợp với các quy định trong pháp luật ngân hàng.

Thứ hai, nên thành lập cơ quan chuyên trách về bảo vệ NTD tài chính trong đó có lĩnh vực NHS cùng với đó cần có cơ chế hợp tác giải quyết tranh chấp khiếu nại về DLNTD NHS, cơ chế chia sẻ thông tin giữa các cơ quan quản lý nhà nước liên quan cần được quy định cụ thể trong văn bản pháp luật hướng dẫn thực hiện Nghị định bảo vệ dữ liệu cá nhân.

²³ Ngân hàng hướng tới khai thác quản trị dữ liệu để thúc đẩy tăng trưởng
<https://bankingplus.vn/ngan-hang-huong-toi-khai-thac-quan-tri-du-lieu-de-thuc-day-tang-truong-95316.html>, truy cập ngày 26/8/2023.

Thứ ba, Ngân hàng nhà nước Việt Nam cần có quy định và chế tài yêu cầu các tổ chức cung ứng dịch vụ NHS tích hợp các điều khoản về quyền riêng tư và bảo vệ dữ liệu người dùng vào các chính sách sản phẩm hiện có, minh bạch và công khai các điều khoản và điều kiện cung cấp sản phẩm dịch vụ đối với khách hàng như quy trình khôi phục, chia sẻ dữ liệu NTD, phạt vi phạm và thông tin khác..., có các chính sách nội bộ về quyền riêng tư dữ liệu và bảo vệ dữ liệu, có các điều khoản ràng buộc quyền riêng tư và bảo vệ dữ liệu đối với bên thứ 3 hợp tác cung cấp sản phẩm dịch vụ NHS.

Thứ tư, tuyên truyền, nâng cao nhận thức về bảo vệ dữ liệu cho NTD đặc biệt là NTD yếu thế về dịch vụ NHS với các rủi ro có thể phát sinh với dữ liệu cá nhân trong giao dịch NHS thông qua các phương tiện truyền thông.

Thứ năm, tăng cường hoạt động thanh tra, giám sát đối với các chủ thể thực hiện cung ứng dịch vụ NHS, đồng thời xử lý nghiêm các chủ thể vi phạm về bảo vệ DLNTD trong hoạt động NHS.

5.2. Đối với các tổ chức cung cấp dịch vụ ngân hàng số

Thứ nhất, thực thi đúng và đầy đủ các quy định pháp luật đối với quản lý DLNTD, xây dựng các quy trình quản trị rủi ro nội bộ liên quan đến bảo vệ DLNTD, đưa ra các biện pháp khắc phục trong trường hợp xảy ra các sự cố an ninh mạng gây phương hại cho NTD.

Thứ hai, nâng cấp hạ tầng ứng dụng dịch vụ số và chú trọng quản lý an ninh mạng. Tổ chức cung ứng dịch vụ NHS cần quan tâm đến việc nâng cấp hạ tầng dịch vụ số tránh những sự cố kỹ thuật, đồng thời, xây dựng và nâng cấp hệ thống an ninh, bảo mật ở mức cao. Triển khai đồng bộ các giải pháp bảo vệ, phòng, chống lộ, lọt dữ liệu trên toàn bộ hệ thống thông tin; tăng cường kiểm tra, giám sát toàn bộ quy trình đặc biệt là khâu có tiềm ẩn phát sinh rủi ro về an toàn thông tin. Xây dựng các quy trình, kịch bản và tổ chức diễn tập định kỳ ứng phó với các sự cố, rủi ro mất an toàn thông tin để nâng cao năng lực ngăn chặn, giảm các tác động tiêu cực, hậu quả của các cuộc tấn công mạng.

Thứ ba, nâng cao chất lượng nguồn nhân lực ngành tài chính ngân hàng thời kinh tế số, nhằm đào tạo nguồn nhân lực công nghệ cao trong hệ thống NHS, góp phần hướng dẫn, thông tin, hỗ trợ NTD dịch vụ NHS chính xác, nhanh chóng, đầy đủ và minh bạch.

5.3. Đối với người tiêu dùng sử dụng dịch vụ ngân hàng số

Mỗi NTD sử dụng dịch vụ NHS phải có trách nhiệm bảo vệ dữ liệu của cá nhân mình, chủ động phòng chống sự gian lận, tránh bị kẻ gian lừa đảo lợi dụng chiếm đoạt dữ liệu cá nhân; không nên cung cấp thông tin bảo mật các dịch vụ NHS, bảo vệ và thay đổi thường xuyên mật khẩu truy cập các dịch vụ NHS bảo đảm theo nguyên tắc an toàn; không truy cập các trang web không đáng tin cậy, hoặc nhập vào bất kỳ đường link nào yêu cầu cung cấp, cập nhật thông tin cá nhân và thông tin dịch vụ NHS; đọc kỹ các điều khoản hợp đồng trước khi chấp nhận sử dụng các dịch vụ NHS...

6. Kết luận

Thông qua việc tìm hiểu pháp luật, thực thi pháp luật về bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ NHS của Liên minh Châu Âu và một số quốc gia trên thế giới thấy rằng ở Việt Nam, NHS mặc dù còn khá mới, tuy nhiên NHS là xu hướng phát triển tất yếu của ngân hàng. Bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ NHS là chìa khóa then chốt quyết định sự ổn định và phát triển của các NHS. Bảo vệ dữ liệu cá nhân nói chung và DLNTD sử dụng dịch vụ NHS nói riêng đang còn yếu. Điều này xuất phát từ nhiều nguyên nhân khác nhau, song không thể phủ nhận một trong những nguyên nhân đó là sự thiếu hoàn thiện của các quy định pháp luật và thực thi pháp luật về bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ NHS. Hoàn thiện pháp luật về bảo vệ DLNTD sử dụng dịch vụ NHS là hết sức quan trọng và cần thiết, cùng với các giải pháp về kỹ thuật, công nghệ, con người... là vấn đề được chú trọng nhằm đảm bảo sự phát triển hệ thống ngân hàng trong tương lai ở Việt Nam.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Thiều Quang Hiệp (2020), *Phát triển ngân hàng số ở Việt Nam: Thực trạng và đề xuất*, Tạp chí Tài chính Kỳ 2 – tháng 6/2020.

2. AFI (2020), *Policy model on consumer protection for digital financial services*,

<https://www.afi-global.org/publications/3465/Policy-Model-on-Consumer-Protection-for-Digital-Financial-Services>

3. Báo cáo “*Vai trò, tầm quan trọng của công tác bảo vệ dữ liệu cá nhân trong thời đại số*”, *Hội thảo chia sẻ kinh nghiệm về bảo vệ dữ liệu cá nhân trên không gian*

mạng, tập trung vào nhóm đối tượng yếu thế tại Việt Nam, Bộ Công an, Liên minh Châu Âu, Hà Nội, 2020, tr3.

4. Liên minh Châu Âu (2016), Quy định chung về bảo vệ dữ liệu (GDPR) của Liên minh Châu Âu.

5. Bảo vệ dữ liệu ở Nhật Bản để phù hợp với GDPR

<https://www.skadden.com/insights/publications/2018/09/quarterly-insights/data-protection-in-japan-to-align-with-gdpr>

6. *Kinh nghiệm quản lý chuyển đổi số ngành Ngân hàng tại một số quốc gia châu Á và hàm ý chính sách cho Việt Nam*

<https://tapchinganhang.gov.vn/kinh-nghiem-quan-ly-chuyen-doi-so-nganh-ngan-hang-tai-mot-so-quoc-gia-chau-a-va-ham-y-chinh-sach-cho.htm>

7. OECD (2018), *G20/OECD Policy Guidance on Financial Consumer Protection Approaches in the Digital Age*, <https://www.oecd.org/finance/G20-OECD-Policy-Guidance-Financial-Consumer-Protection-Digital-Age-2018.pdf>

8. *Internet Việt Nam 2023: Số liệu mới nhất và xu hướng phát triển*

<https://www.vnetwork.vn/vi/news/internet-viet-nam-2023-so-lieu-moi-nhat-va-xu-huong-phat-trien>

9. <https://tapchinganhang.gov.vn/phat-trien-ngan-hang-so-o-viet-nam-buc-tranh-hien-tai-va-trien-vong.htm>

10. *Ngân hàng cần bảo mật thông tin khách hàng để tránh lừa đảo*

<http://www.thtg.vn/ngan-hang-can-bao-mat-thong-tin-khach-hang-de-tranh-lua-dao/>

11. *An toàn, an ninh mạng: Thực trạng và khuyến cáo*

https://vjst.vn/vn/_layouts/15/ICT.Webparts.TCKHCN/mt_poup/Intrangweb.aspx?IDNews=8126

12. *Chế tài xử lý các hành vi vi phạm quy định bảo vệ dữ liệu cá nhân*

<https://antoanthongtin.vn/chinh-sach---chien-luoc/che-tai-xu-ly-cac-hanh-vi-vi-pham-quy-dinh-bao-ve-du-lieu-ca-nhan-107563>

13. *Ngân hàng hướng tới khai thác quản trị dữ liệu để thúc đẩy tăng trưởng*

<https://bankingplus.vn/ngan-hang-huong-toi-khai-thac-quan-tri-du-lieu-de-thuc>

14. Nguyễn Thị Kim Ngân (2019), *Pháp luật của một số quốc gia Đông Nam Á về bảo vệ dữ liệu cá nhân và các gợi ý cho Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập

pháp số 07 (383) – 2019, <https://thongtinphapluatdansu.edu.vn/2020/03/09/php-luat-cua-motso-quoc-gia-dng-nam-ve-bao-ve-du-lieu-c-nhn-v-cc-goi-cho-viet-nam/>

15. *World Retail Banking report 2021*

<https://www.capgemini.com/news/press-releases/world-retail-banking-report-2021-to-create-new-value-banks-can-adopt-banking-as-a-service-to-embed-finance-in-consumer-lifestyles/>

16. *Triển khai các chương trình giáo dục tài chính cho người lao động tại các nước OECD.*

https://sbv.gov.vn/webcenter/portal/vi/menu/fm/ddnhnn/nctd/nctd_chitiet?leftWidth=20%25&showFooter=false&showHeader=false&dDocName=SBV511808&rightWidth=0%25¢erWidth=80%25&_afLoop=31877580298384023#%40%3F_afLoop%3D31877580298384023%26centerWidth%3D80%2525%26dDocName%3DSBV511808%26leftWidth%3D20%2525%26rightWidth%3D0%2525%26showFooter%3Dfalse%26showHeader%3Dfalse%26_adf.ctrl-state%3D7fkrthgz_9

DATA PROTECTION OF CONSUMERS USING DIGITAL BANKING SERVICES: INTERNATIONAL EXPERIENCE AND SUGGEST FOR VIETNAM

Abstract: Companies offering digital banking services have been gathering and storing a lot of consumer data in tandem with the advancement of technology to support their business operations. Consumer data is being used more and more in the world of digital banking, which might be dangerous for customers, service providers, and the government. In the course of adopting a digital economy and comprehensive finance in Vietnam, protecting customer data when utilizing digital banking services has emerged as a critical issue that requires attention. In this article, the author researches regulations and enforcement of regulations on consumer data protection using digital banking services in Europe and some countries around the world; Current status of consumer data protection using digital banking services in Vietnam, thereby proposing some suggest for Vietnam.

Keywords: Digital banking, digital banking services, consumer data, consumer data protection.

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ QUẢN LÝ, SỬ DỤNG THUỐC BẢO VỆ THỰC VẬT TRONG BỐI CẢNH THỰC THI HIỆP ĐỊNH VỀ VỆ SINH AN TOÀN THỰC PHẨM VÀ KIỂM DỊCH ĐỘNG THỰC VẬT (SPS)

Lê Thanh Hiệp*

Tóm tắt: Trong xu thế hội nhập nền kinh tế quốc tế, Việt Nam đã ký kết nhiều hiệp định quan trọng với mức cam kết ngày càng toàn diện và tham gia sâu rộng, mạnh mẽ vào quá trình hợp tác với nhiều đối tác lớn trên toàn cầu. Việc gia nhập vào tổ chức Thương mại thế giới (WTO) là dấu ấn đặc biệt quan trọng giúp Việt Nam nâng cao hiệu quả hoạt động thương mại quốc tế theo các thỏa thuận đa phương và song phương đã cam kết. Từ việc tham gia WTO, nhiều Hiệp định khác có liên quan được các quốc gia thành viên tiếp tục quan tâm ký kết trên các lĩnh vực khác nhau, trong đó Hiệp định về vệ sinh an toàn thực phẩm và kiểm dịch động thực vật (SPS). Hoạt động kinh doanh, sử dụng thuốc bảo vệ thực vật (BVTV) có ảnh hưởng trực tiếp đến sức khỏe con người, tác động đến môi trường và là một trong những đối tượng chính được điều chỉnh bởi SPS. Bài viết đánh giá thực trạng pháp luật Việt Nam về quản lý, sử dụng thuốc BVTV và đề xuất một số giải pháp nhằm hoàn thiện hành lang pháp lý về vấn đề này đáp ứng yêu cầu đặt ra trong giai đoạn hiện nay.

Từ khóa: Thuốc bảo vệ thực vật, an toàn thực phẩm, kiểm dịch thực vật, Hiệp định SPS, pháp luật.

1. Đặt vấn đề

Thuốc BVTV là chất hoặc hỗn hợp các chất hoặc chế phẩm vi sinh vật có tác dụng phòng ngừa, ngăn chặn, xua đuổi, dẫn dụ, tiêu diệt hoặc kiểm soát sinh vật gây hại thực vật; điều hòa sinh trưởng thực vật hoặc côn trùng; bảo quản thực vật; làm tăng độ an toàn, hiệu quả khi sử dụng thuốc¹. Việc sử dụng thuốc BVTV mang lại hiệu quả phòng trừ rõ rệt, bảo vệ năng suất cây trồng, cải thiện chất lượng nông sản và mang lại hiệu quả kinh tế. Vì vậy, sử dụng thuốc BVTV được xem là một trong những lời giải tối ưu của bài toán gia tăng năng suất nhưng diện tích canh tác ngày

* NCS, Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: lehiepbinhduong@gmail.com; SĐT: 0918.252.255

¹ Khoản 16 Điều 3 Luật BV&KDTV 2013

càng sụt giảm do quá trình đô thị hóa, nhất là dưới áp lực gia tăng dân số trên toàn cầu. Với nhu cầu đó, hoạt động kinh doanh thuốc BVTV được hình thành và phát triển ngày càng mạnh mẽ. Trên khía cạnh kinh tế, hoạt động kinh doanh thuốc BVTV không những mang lại nhiều lợi ích trong canh tác nông nghiệp mà còn giải quyết vấn đề lao động xã hội, mang lại giá trị thặng dư, góp phần nâng cao mọi mặt của đời sống xã hội. Tuy nhiên, bên cạnh những tác động tích cực, thuốc BVTV là một trong những nhân tố gây mất cân bằng môi trường sinh thái, làm đảo lộn các mối quan hệ tự nhiên giữa các loài sinh vật trong hệ sinh thái, ô nhiễm môi trường (đất, nước, không khí) và ảnh hưởng đến sức khỏe con người.

Hiệp định SPS (Sanitary and Phytosanitary) có hiệu lực kể từ khi WTO được thành lập vào ngày 01 tháng 01 năm 1995. Hiệp SPS được xây dựng nhằm tạo khung khổ pháp lý chung bảo vệ sức khỏe của con người và động thực vật. Các nội dung của Hiệp định SPS được xây dựng dựa trên nền tảng các quy định trước đây của Hiệp định chung về thuế quan và mậu dịch (GATT) nhằm hạn chế việc sử dụng các biện pháp vệ sinh và kiểm dịch không chính đáng nhằm mục đích bảo hộ thương mại. Mục đích cơ bản của Hiệp định SPS là duy trì quyền chủ quyền của bất kỳ chính phủ nào trong việc cung cấp mức độ bảo vệ sức khỏe mà họ cho là phù hợp, nhưng để đảm bảo rằng các quyền chủ quyền này không bị lạm dụng cho mục đích bảo hộ và không gây ra những rào cản không cần thiết đối với thương mại quốc tế². Về nguyên tắc Hiệp định SPS phép các quốc gia thiết lập các tiêu chuẩn riêng nhưng phải dựa trên các cơ sở khoa học và tuân thủ các tiêu chuẩn quốc tế nhưng vẫn ưu tiên sử dụng các tiêu chuẩn, hướng dẫn và khuyến nghị quốc tế (nếu có). Các cơ sở khoa học được nhấn mạnh tầm quan trọng ghi nhận tại Điều 2.2 và Điều 5.1 của Hiệp định SPS³. Ngoài ra, các quốc gia phải tôn trọng và tuân thủ các biện pháp SPS của các quốc gia thành viên theo tiêu chuẩn quốc tế và có thể áp đặt biện pháp bảo vệ cao hơn các tiêu

² WTO (1998), *Understanding the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures*. https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm, truy cập ngày 08/9/2023.

³ Điều 2.2: Các Thành viên phải đảm bảo rằng bất kỳ biện pháp vệ sinh động-thực vật nào cũng chỉ được áp dụng ở mức độ cần thiết để bảo vệ cuộc sống và sức khỏe của con người, động vật và thực vật và dựa trên các nguyên tắc khoa học và không được duy trì thiếu căn cứ khoa học xác đáng.

Điều 5.1: Các Thành viên đảm bảo rằng các biện pháp vệ sinh động-thực vật của mình dựa trên việc đánh giá, tương ứng với thực tế, các rủi ro đối với cuộc sống hoặc sức khỏe con người, động vật, hoặc thực vật, có tính đến các kỹ thuật đánh giá rủi ro do các tổ chức quốc tế liên quan xây dựng nên.

chuẩn chung của quốc tế⁴.

Việc nghiên cứu các quy định pháp luật về quản lý, sử dụng thuốc BVTV trong bối cảnh thực thi Hiệp định SPS nhằm góp phần nội luật hóa các quy định quốc tế phù hợp với các khung pháp lý trong nước và điều kiện thực tiễn của Việt Nam.

2. Một số bất cập trong quy định pháp luật Việt Nam về quản lý, sử dụng thuốc BVTV có liên quan đến việc thực thi Hiệp định SPS

Mặc dù Việt Nam đã nội luật hóa nhiều cam kết quốc tế liên quan đến các biện pháp vệ sinh dịch tễ nói chung và quản lý, sử dụng thuốc BVTV nói riêng, nhưng qua nghiên cứu tác giả nhận thấy một số quy định pháp luật vẫn còn bộc lộ nhiều điểm chưa phù hợp:

Thứ nhất, mặc dù việc quản lý cấp phép thuốc BVTV được phép đưa vào sử dụng tại Việt Nam khá tương đồng với các quốc gia trên thế giới nhưng chưa có văn bản quy định cụ thể việc thiết lập dư lượng thuốc BVTV mức tối đa cho phép (MRL) đối với sản phẩm thuốc BVTV được phép đưa vào sử dụng.

Tại Hoa Kỳ, thực tế thời gian trung bình từ thời điểm nộp hồ sơ đến khi có kết quả cuối cùng được Cơ quan bảo vệ môi sinh (EPA) chứng nhận đủ điều kiện lưu hành là từ 2 đến 3 năm mặc dù pháp luật Hoa Kỳ không quy định cụ thể thời gian từ thời điểm nộp hồ sơ đến khi cấp phép là bao nhiêu như tại Việt Nam⁵. Tuy nhiên, ngay sau khi thuốc BVTV được đưa vào danh mục được phép sử dụng thì EPA tổ chức đánh giá MRL dựa trên những tiêu chuẩn chung của Codex⁶ hoặc đối chiếu các quy định riêng do Hoa Kỳ ban hành được gọi là hệ thống hóa các quy tắc chung và lâu dài được công bố trong phòng ban điều hành và các cơ quan của Chính phủ Liên bang (CFR)⁷. Tại EU, pháp luật quy định toàn bộ quy trình cấp phép thuốc BVTV là không quá 2 năm⁸ và Cơ quan thực phẩm EU sẽ đánh giá và thiết lập MRL đối với loại thuốc

⁴ Peter Van De Bossche and Werner Zdouc (2013), *The law and policy of the World Trade Organization (3rd ed.)*, Cambridge University Press. p. 910.

⁵ EPA, *Pesticide Registration Manual: Chapter 2 - Registering a Pesticide Product*.

<https://www.epa.gov/pesticide-registration/pesticide-registration-manual-chapter-2-registering-pesticide-product>, truy cập ngày 08/9/2023

⁶ Tiêu chuẩn Codex là một cơ sở dữ liệu về an toàn thực phẩm do Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp thế giới (FAO) và Tổ chức Y tế thế giới (WHO) cùng nhau xây dựng từ năm 1963

⁷ Điều 40 CFR 180.29

⁸ Khoản 2 Điều 7 Quy định (EC) 396/2005

đó, thời gian thực hiện việc đánh giá và ra kết quả là không quá 3 tháng⁹. Để thực thi quy định này một cách triệt để, từ ngày 14/6/2011, việc kinh doanh, sử dụng thuốc BVTV tại EU phải tuân thủ Quy định EC số 1107/2009. Quy định này cấm sử dụng mọi hoạt chất thuốc BVTV nếu không được phê duyệt¹⁰. Theo đánh giá của Nghị viện Châu Âu trong Báo cáo về thủ tục ủy quyền của Liên minh đối với thuốc trừ sâu năm 2018 thì quy định về MRL thuốc BVTV của EU là một trong những quy định khắt khe và phức tạp nhất trên thế giới¹¹.

Trong khi đó tại Việt Nam, tất cả thuốc BVTV dùng để phòng trừ sinh vật gây hại thực vật, điều hòa sinh trưởng cây trồng, bảo quản thực vật, khử trùng kho, trừ mối hại công trình xây dựng và đê điều, trừ cỏ trên đất không trồng trọt, làm tăng độ an toàn, hiệu quả khi sử dụng (có tên thương phẩm riêng) phải được đăng ký vào Danh mục thuốc BVTV được phép sử dụng ở Việt Nam¹². Hàng năm, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn (NN&PTNT) có trách nhiệm xét duyệt, ban hành Thông tư về Danh mục thuốc BVTV được phép sử dụng tại Việt Nam. Để một sản phẩm thuốc BVTV được đưa vào danh mục được phép sử dụng tại Việt Nam thông thường mất khoảng 2,5 năm đến 3,5 năm. Trong đó, thời gian xét duyệt sản phẩm vào danh mục theo quy định là không quá 06 tháng, thời gian còn lại là tiến hành các thủ tục khảo nghiệm¹³.

Việc đánh giá MRL là do Bộ Y tế tiến hành trên cơ sở Thông tư số 24/2019/TT-BYT ngày 30/8/2019 quy định về quản lý và sử dụng phụ gia thực phẩm. Tuy nhiên văn bản trên chỉ quy định việc đánh giá MRL đối với chất phụ gia được sử dụng trong thực phẩm mà không xem xét đánh giá MRL đối với thuốc BVTV. Như vậy, pháp luật Việt Nam chưa ghi nhận việc xác định MRL đối với sản phẩm được đưa vào danh mục. Qua nghiên cứu vấn đề này, tác giả nhận thấy việc không quy định xác định MRL như trên dẫn đến việc khó thực thi Điều 317, Bộ Luật hình sự năm 2015 về “Tội vi phạm quy định về an toàn thực phẩm”, bởi vì không có căn cứ để xác định

⁹ Điều 14 Quy định (EC) 396/2005, 177 USITC (2020), *Global economic impact of missing and low pesticide maximum residue level*, Investigation number: 332-573, Vol. 1, p.125

¹⁰ Nguyễn Xuân Hồng (2022), Quy định của EU về an toàn thực phẩm và sức khỏe thực vật đối với hàng nhập khẩu nguồn gốc thực vật, tr.12.

¹¹ European Parliament - EP (2018). *Report on the Union's authorisation procedure for pesticides*, pp. 7, 17. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0475_EN.pdf, truy cập ngày 10/9/2023.

¹² Điều 5 Thông tư số 21/2015/TT-BNNPTNT.

¹³ Điều 13 Thông tư số 21/2015/TT-BNNPTNT.

tổ chức, cá nhân sử dụng thuốc BVTV vượt ngưỡng cho phép gây mất an toàn thực phẩm. Thực tế hiện nay có khoảng 4.900 loại thuốc BVTV có trong danh mục được phép sử dụng tại Việt Nam nhưng không được đánh giá, xác định MRL¹⁴.

Thứ hai, danh mục thuốc BVTV được phép sử dụng tại Việt Nam chưa tương thích với danh mục của một số nước trên thế giới, còn thiếu các quy định đối với các trường hợp chuyển tiếp hoặc ngoại lệ để khuyến khích và tạo điều kiện xuất khẩu hàng hóa.

Hiện nay, Danh mục thuốc BVTV được phép sử dụng ở Việt Nam (sau đây gọi là Danh mục) gồm có: thuốc sử dụng trong nông nghiệp: 1.628 hoạt chất với 3.998 tên thương phẩm (hiện hành là 1.795 hoạt chất với 4.153 tên thương phẩm); thuốc trừ mối: 14 hoạt chất với 20 tên thương phẩm (hiện hành là 15 hoạt chất với 25 tên thương phẩm); thuốc bảo quản lâm sản: 7 hoạt chất với 8 tên thương phẩm; thuốc khử trùng kho: 3 hoạt chất với 9 tên thương phẩm (hiện hành là 10 tên thương phẩm); thuốc sử dụng cho sân golf (gồm thuốc trừ bệnh, thuốc trừ cỏ, thuốc điều hòa sinh trưởng): 04 hoạt chất với 04 tên thương phẩm; thuốc xử lý hạt giống (gồm thuốc trừ sâu, thuốc trừ bệnh): 22 hoạt chất với 29 tên thương phẩm (hiện hành là 28 tên thương phẩm); thuốc bảo quản nông sản sau thu hoạch: 01 hoạt chất với 01 tên thương phẩm¹⁵. Tình trạng danh mục đồ sộ thuốc BVTV và tên hoạt chất như trên là hệ quả của việc một thời gian dài công tác quản lý nhà nước có phần dể dãi trong việc đăng ký thuốc BVTV vào danh mục. Thậm chí có nhiều loại thuốc BVTV có trong danh mục nhưng chỉ với mục đích các doanh nghiệp “đặt chỗ” trước cho tên gọi và hoạt chất. Điều đáng lưu ý là nhiều thuốc BVTV chưa được phê duyệt hoặc bị rút khỏi danh mục tại EU và một số nước nhưng vẫn còn được phép sử dụng và được sử dụng phổ biến ở Việt Nam. Theo thống kê sơ bộ thì có khoảng 26 hoạt chất thuốc BVTV (ví dụ: Hexaconazole, mancozeb, propineb, zineb, imidacloprid, matrine....) vẫn còn trong danh mục tại Việt Nam nhưng EU cấm sử dụng¹⁶. Điều đó có nghĩa, nếu hàng hóa nhập khẩu vào EU có sử dụng các loại thuốc BVTV này đều không đủ tiêu chuẩn

¹⁴ Trần Văn Phú, Trần Thụy Quốc Vang (2022), Hoàn thiện pháp luật về sử dụng, quản lý thuốc bảo vệ thực vật trong thực phẩm, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số 23 (471), tháng 12/2022.

¹⁵ Thông tư 19/2021/TT-BNNPTNT của Bộ NN&PTNT ban hành ngày 28/12/2021.

¹⁶ Nguyễn Xuân Hồng (2022), Quy định của EU về an toàn thực phẩm và sức khỏe thực vật đối với hàng nhập khẩu nguồn gốc thực vật, tr.80.

nhập khẩu.

Ở một góc nhìn khác, một số loại hoạt chất thuốc BVTV Việt Nam cấm sử dụng đối với sản phẩm tiêu dùng trong nước lẫn sản phẩm xuất khẩu nhưng nhiều quốc gia vẫn cho phép, thậm chí khuyến khích sử dụng hoạt chất đó. Chẳng hạn, sự việc diễn ra vào tháng 07/2021 khi hơn 600.000 cành hoa cúc của Công ty Hoa Dalat Hasfarm và 40 hộ dân phải xay làm phân bón khi không xuất khẩu được sang thị trường Australia. Nguyên nhân là do trước khi xuất khẩu các cành hoa trên đã được doanh nghiệp và người dân sử dụng thuốc BVTV có chứa hoạt chất Glyphosate¹⁷. Việc sử dụng hoạt chất Glyphosate đã vi phạm Điều 2, Thông tư số 10/2020/TT-BNNPTNT ngày 09/9/2020 của Bộ NN&PTNT vì hoạt chất Glyphosate chỉ được buôn bán, sử dụng đến ngày 30/6/2021. Điều đáng nói ở đây là quy định của Australia lại khuyến khích hoa cúc và hoa cẩm chướng trước nhập khẩu vào nước này được sử dụng hoạt chất Glyphosate để ngâm nhằm triệt mầm hoa. Như vậy, chính việc quy định không được phép sử dụng hoạt chất Glyphosate đã vô tình làm hạn chế lợi thế xuất khẩu của Việt Nam đối với một số mặt hàng, gây thiệt hại cho doanh nghiệp xuất khẩu, người nông dân sản xuất và tiềm lực phát triển kinh tế của đất nước.

Thứ ba, pháp luật Việt Nam chưa quy định việc sử dụng chất phụ gia trong sản xuất, kinh doanh thuốc BVTV trong khi chất phụ gia đóng vai trò quan trọng trong việc tạo tồn dư thuốc BVTV lên sản phẩm và môi trường.

Trong các biện pháp vệ sinh dịch tễ được Hiệp định SPS ghi nhận để bảo vệ cuộc sống hoặc sức khỏe của con người hoặc động vật trong lãnh thổ của quốc gia thành viên nhấn mạnh các rủi ro phát sinh từ các chất phụ gia, chất gây ô nhiễm, chất độc hoặc sinh vật gây bệnh trong thực phẩm, đồ uống hoặc thức ăn chăn nuôi¹⁸. Hiện nay, pháp luật Việt Nam chỉ quản lý đối với chất phụ gia thực phẩm. Thông tư 24/2019/TT-BYT ngày 30/8/2019 của Bộ Y tế đưa ra các quy định về sử dụng phụ gia thực phẩm và danh mục phụ gia được phép sử dụng tại Việt Nam. Thông tư 24/2019/TT-BYT có hiệu lực vào ngày 16/10/2019 thay thế Thông tư 27/2012/TT-BYT và Thông tư 8/2015/TT-BYT của Bộ Y tế về phụ gia thực phẩm. Danh sách các

¹⁷Mai Vinh (2021), Vương quy định mới, hoa Đà Lạt xuất khẩu phải xay làm phân, <https://dttc.sggp.org.vn/vuong-quy-dinh-moi-hoa-da-lat-xuat-khau-phai-xay-lam-phan-post84712.html> , cập nhật ngày 10/9/2023.

¹⁸Trần Văn Phú (2022), Pháp luật Việt Nam về vệ sinh dịch tễ đối với hàng nông sản xuất khẩu, Luận án Tiến sĩ, Trường Đại học Kinh tế - Luật, tr.45

chất phụ gia thực phẩm được phép và mức sử dụng tối đa (ML) trong thực phẩm. Như vậy, việc quản lý chất phụ gia nói chung và chất phụ gia sử dụng sản xuất thuốc BVTV do Cục Hóa chất thuộc Bộ Công thương hoặc Cục An toàn thực phẩm thuộc Bộ Y tế quy định¹⁹. Tuy liên quan đến nhiều ngành khác nhau nhưng hiện nay, các cơ quan chức năng giữa các Bộ cũng chưa có sự trao đổi, thống nhất về việc phối hợp quản lý nhập khẩu, mua bán, sử dụng chất phụ gia.

Bất kỳ loại thuốc BVTV nào cũng đều chứa ít nhất 02 thành phần chính, đó là hoạt chất và chất phụ gia²⁰. Hoạt chất là thành phần chính quyết định công dụng của thuốc BVTV, còn phụ gia là dạng kết nối, tạo liên kết phân tử. Thông thường chất phụ gia là những chất không trực tiếp mang tính độc với dịch hại nhưng có vai trò rất quan trọng trong việc nâng cao chất lượng và hiệu quả của thuốc BVTV thành phẩm. Một số dạng chất phụ gia thường sử dụng để sản xuất thuốc BVTV như: chất thấm nước, chất khuếch tán, chất tạo huyền phù, chất bảo quản, chất chống tạo bọt, chất chống đông, chất đệm, chất chống rửa trôi, chất tăng độ nhớt, chất loang trải... Trong một sản phẩm thuốc BVTV nhà sản xuất có thể sử dụng 01 loại chất phụ gia hoặc phối trộn nhiều chất phụ gia để tạo những công dụng đặc hiệu cho sản phẩm (thuốc hạt có thể nhũ hóa, dung dịch xử lý giống, viên dẹt tan trong nước...)²¹. Tuy nhiên trên thực tế, hệ quả để lại khi sử dụng những chất phụ gia rẻ tiền, chất lượng thấp là tạo độ phân giải không tốt, gây tồn dư trên sản phẩm thực vật hoặc tác động trực tiếp gây ảnh hưởng nghiêm trọng đến môi trường sinh thái và sức khỏe con người. Trong đó, một số chất phụ gia thuộc loại rác thải độc hại được nhập khẩu từ Trung Quốc như: methanol, toluene... Viện Sức khỏe nghề nghiệp và môi trường (Bộ Y tế) đã tổ chức một buổi kiểm tra, xét nghiệm máu nhanh ngẫu nhiên đối với 67 người tham gia (32 nam, 35 nữ). Kết quả là trong 67 người tham gia thì có đến 31 người đang có thuốc BVTV lưu tồn trong máu, 1 người ở mức rủi ro (nguy hiểm hơn 31 người trên) và chỉ 35 người ở mức an toàn²². Như vậy, việc tồn dư thuốc BVTV lên môi trường và thực phẩm là vấn đề đáng báo động và việc sử dụng chất phụ gia trong thuốc BVTV là một trong những tác nhân quyết định thời gian, liều lượng tồn dư hóa chất

¹⁹ Cục BVTV, Công văn số 603/BVTV-QLT của Cục BVTV ngày 22/4/2011 hướng dẫn về việc nhập khẩu dung môi, phụ gia và thuốc BVTV dùng trong công nghiệp.

²⁰ Nguyễn Trần Oánh và cộng sự (2007), “Giáo trình thuốc BVTV”, NXB Nông nghiệp, tr.52.

²¹ Nguyễn Trần Oánh và cộng sự (2007), “Giáo trình thuốc BVTV”, NXB Nông nghiệp, tr.55, tr.57-58.

²² Trong máu tồn dư thuốc bảo vệ thực vật, giải pháp nào dự phòng ung thư? (2020),

<https://amp.dantri.com.vn/suc-khoe/trong-mau-ton-du-thuoc-bao-ve-thuc-vat-giai-phap-nao-du-phong-ung-thu-20200113120351853.htm>, truy cập 14/9/2023

BVTV.

3. Kiến nghị

Với sự phát triển của khoa học công nghệ, các nước trên thế giới đầu tư mạnh vào nghiên cứu sử dụng các thực phẩm biến đổi gen, thực phẩm chiếu xạ, sử dụng các chất kích thích tăng trưởng, thuốc kháng sinh nhằm tăng năng suất vật nuôi, cây trồng nhưng nếu kiểm soát không tốt thì những tồn dư sẽ gây ảnh hưởng đến sức khỏe người tiêu dùng²³. Trước thực trạng pháp luật quản lý, sử dụng thuốc BVTV đã được phân tích như trên. Tác giả đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về vấn đề này, cụ thể như sau:

Một là, cần tổ chức đánh giá MRL đối với các sản phẩm thuốc BVTV ngay sau khi được cấp phép lưu hành và xây dựng danh mục MRL đối với từng loại thuốc BVTV. Đây là cơ sở quan trọng để đánh giá mức độ MRL trên các sản phẩm hàng hóa và thực phẩm tiêu dùng. Đồng thời là cơ sở để xác định có hay không hành vi vi phạm quy định về an toàn thực phẩm theo Điều 317, Bộ Luật hình sự năm 2015. Trước mắt cần xem xét hành vi của tội “Tội vi phạm quy định về an toàn thực phẩm” được quy định tại Điều 317, Bộ Luật hình sự năm 2015 trên cơ sở vận dụng các quy chuẩn Codex quốc tế trong trường hợp MRL chưa quy định hoặc sản phẩm đang được xem xét xác định MRL.

Để thuận lợi trong việc xác định MRL đối với sản phẩm thuốc BVTV ngay sau khi được phép lưu hành cần có sự phối hợp, thống nhất trong quản lý giữa Bộ Y tế (Cục An toàn thực phẩm), Bộ NN&PTNT (Cục BVTV, Văn phòng SPS Việt Nam) hoặc thành lập một cơ quan chuyên ngành trên cơ sở sáp nhập một số bộ phận chuyên môn của các cơ quan trên.

Hai là, xuất phát từ những khác biệt trong danh mục thuốc BVTV và việc xác định MRL của Việt Nam và một số quốc gia (EU) như đã phân tích như trên, cần quy định bổ sung quy định các trường hợp hàng hóa được phép xuất khẩu và Luật An toàn thực phẩm năm 2010 nội dung: nếu việc xác định MRL đối với hàng hóa xuất khẩu không phù hợp với các quy định của pháp luật Việt Nam nhưng đáp ứng các yêu cầu của đối tác xuất khẩu và quy định của nước nhập khẩu thì vẫn cho phép xuất khẩu

²³ Bộ Nông nghiệp và phát triển nông thôn (2016), *Nghiên cứu thực trạng và đề xuất chính sách, giải pháp thương mại nông sản Việt Nam với Trung Quốc*, Báo cáo tóm tắt kết quả nghiên cứu đề tài cấp bộ, tr. 39

hàng hóa đó. Thiết nghĩ, với giải pháp trên sẽ góp phần tích cực trong việc thúc đẩy xuất khẩu hàng hóa, xây dựng lợi thế cạnh tranh sản phẩm và mang lại giá trị kinh tế cho đất nước.

Ba là, để quản lý tốt tình hình nhập khẩu, tiêu dùng chất phụ gia nói chung và chất phụ gia sử dụng trên lĩnh vực BVTV nói riêng về góc độ pháp luật cần ban hành Danh mục các chất phụ gia được sử dụng và Danh mục các chất phụ gia cấm sử dụng trong sản xuất thuốc BVTV; bổ sung điều kiện về kê khai cụ thể tên khoa học, thông số kỹ thuật, mục đích và kế hoạch sử dụng khi nhập khẩu chất phụ gia cho cơ quan quản lý chuyên ngành. Ngoài ra, trên cơ sở thống nhất quan điểm bao bì thuốc BVTV là một trong những yêu cầu hóa chất cần được đặc biệt chú ý sản xuất thuốc²⁴. Vì vậy, cần quy định cụ thể doanh nghiệp phải ghi tất cả thành phần trong 1 sản phẩm trên bao bì thuốc BVTV (kể cả hoạt chất và chất phụ gia). Có như vậy mới tạo điều kiện thuận lợi trong công tác quản lý nhà nước và người sử dụng cũng biết rõ những tác dụng, tác động thực sự đối với sản phẩm mà họ đang sử dụng.

4. Kết luận

Kinh doanh thuốc BVTV có vai trò quan trọng trong đời sống xã hội, có ảnh hưởng đến nhà sản xuất, người tiêu dùng và toàn thể xã hội. Thuốc BVTV không những giải quyết vấn đề dịch hại mà còn góp phần thúc đẩy tăng trưởng sinh học cây trồng, điều khiển chu kỳ mùa vụ không theo tự nhiên mà theo ý muốn của con người... Tuy nhiên, dù muốn hay không thuốc BVTV vẫn tác động tiêu cực làm mất cân bằng sinh thái, ô nhiễm môi trường và nguy cơ gây mất an toàn thực phẩm. So với Hiệp định SPS và hệ thống pháp luật kinh doanh thuốc BVTV các nước thì pháp luật kinh doanh thuốc BVTV tại Việt Nam còn khá non trẻ và có nhiều đặc trưng, khác biệt so với các nước trên thế giới và trong khu vực. Mặc dù pháp luật kinh doanh thuốc BVTV đã được chỉnh sửa, thay đổi nhiều lần, nhưng trước xu thế hội nhập ngày càng gia tăng, hoạt động kinh doanh thuốc BVTV nảy sinh nhiều yếu tố mới, nhiều quan hệ mới cần có sự định hướng và điều chỉnh phù hợp. Vì vậy, việc nghiên cứu, so sánh, tiếp thu những kinh nghiệm, tiến bộ KHKT và cơ chế quản lý, điều hành từ các nước khác giúp Việt Nam rút ngắn được con đường đi đến sự hội nhập và phát triển.

²⁴ Vũ Thị Duyên Thủy (2013), “Đánh giá thực trạng pháp luật về sản xuất thuốc BVTV ở Việt Nam”, số 1/2013, Tạp chí Đại học Luật Hà Nội, tr.25-34.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

* Văn bản pháp luật

1. Luật bảo vệ kiểm dịch thực vật năm 2013.
2. Bộ Luật hình sự năm 2015.
3. Thông tư 21/2015/TT-BNNPTNT ngày 08/6/2015 của Bộ NN&PTNT Quy định về quản lý thuốc bảo vệ thực vật.
4. Thông tư 24/2019/TT-BYT ngày 30/8/2019 của Bộ Y tế Quy định về quản lý và sử dụng phụ gia thực phẩm.
5. Thông tư số 06/2020/TT-BNNPTNT ngày 24/4/2020 của Bộ NN&PTNT V/v Sửa đổi, bổ sung Điều 2 của Thông tư số 10/2019/TT-BNNPTNT ngày 20/9/2019 của Bộ trưởng Bộ NN&PTNT về việc ban hành Danh mục thuốc bảo vệ thực vật được phép sử dụng, cấm sử dụng tại Việt Nam, các thuốc BVTV có chứa chất glyphosate cấm nhập khẩu.
6. Thông tư 19/2021/TT-BNNPTNT ngày 28/12/2021 của Bộ NN&PTNT về Danh mục thuốc bảo vệ thực vật được phép sử dụng, Danh mục thuốc bảo vệ thực vật cấm sử dụng.

* Các công trình nghiên cứu

7. Bộ NN&PTNT (2016), Nghiên cứu thực trạng và đề xuất chính sách, giải pháp thương mại nông sản Việt Nam với Trung Quốc, Báo cáo tóm tắt kết quả nghiên cứu đề tài cấp bộ.
8. Nguyễn Trần Oánh và cộng sự (2007), Giáo trình thuốc BVTV, NXB Nông nghiệp.
9. Nguyễn Xuân Hồng (2022), Quy định của EU về an toàn thực phẩm và sức khỏe thực vật đối với hàng nhập khẩu nguồn gốc thực vật, Cục BVTV.
10. Peter Van De Bossche and Werner Zdouc (2013), The law and policy of the World Trade Organization (3rd ed.), Cambridge University Press.
11. Trần Vang Phủ (2022), Pháp luật Việt Nam về vệ sinh dịch tễ đối với hàng nông sản xuất khẩu, Luận án Tiến sĩ, Trường Đại học Kinh tế - Luật.
12. Trần Vang Phủ, Trần Thụy Quốc Vang (2022), Hoàn thiện pháp luật về sử dụng, quản lý thuốc bảo vệ thực vật trong thực phẩm, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp số

23 (471), tháng 12/2022.

13. Vũ Thị Duyên Thủy (2013), Đánh giá thực trạng pháp luật về sản xuất thuốc BVTV ở Việt Nam, số 1/2013, Tạp chí Đại học Luật Hà Nội.

*** Tài liệu từ internet**

14. EPA, Pesticide Registration Manual: Chapter 2 - Registering a Pesticide Product. <https://www.epa.gov/pesticide-registration/pesticide-registration-manual-chapter-2-registering-pesticide-product>, truy cập ngày 08/9/2023
15. European Parliament - EP (2018). Report on the Union's authorisation procedure for pesticides, pp. 7, 17.
16. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0475_EN.pdf, truy cập ngày 10/9/2023.
17. Mai Vinh (2021), Vương quy định mới, hoa Đà Lạt xuất khẩu phải xay làm phân, <https://dttc.sggp.org.vn/vuong-quy-dinh-moi-hoa-da-lat-xuat-khau-phai-xay-lam-phan-post84712.html>, cập nhật ngày 10/9/2023.
18. Trong máu tồn dư thuốc bảo vệ thực vật, giải pháp nào dự phòng ung thư? (2020), <https://amp.dantri.com.vn/suc-khoe/trong-mau-ton-du-thuoc-bao-ve-thuc-vat-giai-phap-nao-du-phong-ung-thu-20200113120351853.htm>, truy cập 14/9/2023
19. WTO (1998), Understanding the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures. https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm, truy cập ngày 08/9/2023.

COMPLETING VIETNAM'S LAWS ON MANAGEMENT AND USE OF PESTICIDES IN THE CONTEXT OF IMPLEMENTATION OF THE AGREEMENT ON SANITARY AND PHYTOSANITARY MEASURES (SPS)

Abstract: In the trend of international economic integration, Vietnam has signed many important agreements with increasingly comprehensive commitments and participated deeply and strongly in the cooperation process with many major partners globally. Joining the World Trade Organization (WTO) is a particularly important milestone to help Vietnam improve the efficiency of international trade activities according to committed multilateral and bilateral agreements. Since joining the WTO, many other related agreements have been signed by member countries in

different fields, including the agreement on sanitary and phytosanitary measures (SPS). Business activities and use of pesticides have a direct impact on human health, impact on the environment and are one of the main subjects regulated by SPS. This article evaluates the current state of Vietnamese law on the management and use of pesticides and proposes some solutions to improve the legal corridor on this issue to meet the requirements set out in the current period.

Keywords: Pesticides, food safety, plant quarantine, SPS, law.

CẦM CỐ BẤT ĐỘNG SẢN ĐỂ BẢO ĐẢM THỰC HIỆN HỢP ĐỒNG TRONG LĨNH VỰC KINH DOANH THƯƠNG MẠI

Phan Thị Hồng*

Tóm tắt: Cầm cố bất động sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ đã được quy định trong Bộ luật Dân sự 2015 (BLDS 2015). Tuy nhiên, các luật chuyên ngành như Luật Đất đai, luật Nhà ở chưa có quy định cụ thể về việc cho phép cầm cố bất động sản để bảo đảm thực hiện hợp đồng nói chung và hợp đồng trong lĩnh vực kinh doanh thương mại nói riêng. Trong hoạt động thương mại, việc đưa tài sản là bất động sản vào giao dịch bảo đảm nhằm bảo đảm thực hiện hợp đồng là hoạt động thường xuyên và hữu ích cho hoạt động kinh doanh của doanh nghiệp. Mặc dù Bộ luật Dân sự quy định có thể cầm cố bất động sản, nhưng luật chuyên ngành lại chưa có quy định. Do đó, trên thực tế có một số giao dịch cầm cố đã và đang được thực hiện có nguy cơ bị tuyên vô hiệu. Mặt khác, trong việc xử lý tài sản thế chấp, mặc dù đã có thoả thuận nhưng vì nhiều lý do, bên thế chấp không chịu giao tài sản để xử lý khiến doanh nghiệp gặp nhiều khó khăn. Doanh nghiệp lại không thể sử dụng cầm cố bất động sản như một biện pháp bảo đảm thực hiện nghĩa vụ do sự “vênh” nhau giữa Bộ luật Dân sự và luật chuyên ngành. Bài viết này tập trung phân tích quy định của pháp luật hiện hành về cầm cố bất động sản bảo đảm thực hiện nghĩa vụ nhằm đề xuất một số giải pháp góp phần hoàn thiện pháp luật về biện pháp bảo đảm và góp phần tháo gỡ những vướng mắc hiện nay.

Từ khoá: cầm cố bất động sản, bảo đảm thực hiện hợp đồng.

1. Đặt vấn đề

Trong các biện pháp bảo đảm giao kết hợp đồng được quy định trong BLDS 2015, cầm cố tài sản được đánh giá là một trong những biện pháp giúp cho doanh nghiệp thu hồi nợ một cách hiệu quả, hạn chế phát sinh nợ xấu.¹ Cầm cố bất động sản được đánh giá là có hiệu quả hơn biện pháp thế chấp trong việc bảo đảm thực hiện

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế. Email: hongpt@hul.edu.vn

¹ Hà Phương, Đề xuất “cầm cố” bất động sản có gỡ khó cho ngành ngân hàng?, <https://meeyland.com/tin-tuc/de-xuat-cam-co-bat-dong-san-co-go-kho-cho-nganh-ngan-hang/>, truy cập ngày 02/9/2023.

nghĩa vụ bởi vì khi các doanh nghiệp, đặc biệt là ngân hàng cho vay nợ với thế chấp bất động sản, tài sản lúc này là bất động sản thuộc quyền chiếm hữu, sử dụng của bên thế chấp hoặc bên thứ ba nên khi xảy ra vi phạm nghĩa vụ trả nợ, ngân hàng phải yêu cầu bên thế chấp bàn giao hoặc tiến hành thu giữ tài sản. Tuy nhiên, thu giữ tài sản thế chấp không phải là việc dễ dàng. Thậm chí, ngay cả khi bên vay cũng là bên thế chấp khi vi phạm nghĩa vụ trả nợ đã đưa ra nhiều lý do để từ chối bàn giao tài sản, cản trở hoạt động thu giữ của ngân hàng. Đối với quyền sở hữu của bên thứ ba, việc thu giữ tài sản thế chấp còn khó khăn hơn nhiều và rất phức tạp bởi chủ thể này không hưởng thụ tiền vay từ phía ngân hàng.²

Trong lịch sử lập pháp của Việt Nam, giao dịch cầm cố bất động sản đã được quy định trong các Bộ cổ Luật. Một số Bộ cổ Luật đã có quy định về cầm cố bất động sản như Bộ Dân luật Trung Kỳ 1936 từ Điều 1527 đến Điều 1559, Bộ Dân luật Bắc Kỳ sau đó cũng có những quy định tương tự như Bộ Dân luật Trung Kỳ, Bộ Dân luật năm 1972 của chính quyền Sài Gòn cũng kế thừa các quy định trong các Bộ Dân luật trước đó, quy định về cầm cố bất động sản từ Điều 1362 đến Điều 1378.

Giao dịch cầm cố bất động sản được các Bộ cổ Luật sử dụng tên gọi là “thế chấp bất động sản” và được kết cấu trong Chương nói về cầm cố. Trong đó, Chương nói về cầm cố được phân thành mục nói về cầm cố động sản và cầm đồ và mục nói về thế chấp bất động sản.

Ngày nay, tại các tỉnh đồng bằng Nam Bộ, các giao dịch cầm cố bất động sản như cầm cố nhà ở, cầm cố quyền sử dụng đất vẫn diễn ra rất phổ biến dưới các tên gọi khác nhau như “cố đất” hoặc “thực đất”. Sở dĩ, thực tế những giao dịch này vẫn tồn tại và phổ biến trong nhân dân bởi vì một mặt do tập quán đã tồn tại từ lâu, mặt khác, pháp luật trước đây cũng thừa nhận giao dịch này là hợp pháp. Tuy nhiên, thực trạng này đã trở thành vấn đề gây tranh cãi kể từ khi pháp luật Việt Nam quy định bất động sản không phải là đối tượng của giao dịch cầm cố trong BLDS 1995 hoặc là mặc dù có quy định bất động sản là đối tượng của cầm cố nhưng lại không có cơ chế pháp lý áp dụng cụ thể như giai đoạn BLDS 2005 đang có hiệu lực. Hiện nay, BLDS 2015 quy định bất động sản có thể là đối tượng của giao dịch cầm cố nhưng chỉ trong trường hợp “theo quy định

² Hà Phương, Đề xuất “cầm cố” bất động sản có gỡ khó cho ngành ngân hàng?, <https://meeyland.com/tin-tuc/de-xuat-cam-co-bat-dong-san-co-go-kho-cho-nganh-ngan-hang/>, truy cập ngày 02/9/2023.

của luật”. Trong khi đó, Luật Đất đai và Luật Nhà ở lại không có quy định về cầm cố bất động sản đã gây nhiều tranh cãi trong việc giao dịch cầm cố bất động sản có được xem là một giao dịch hợp pháp hay không.

2. Quy định của pháp luật Việt Nam về cầm cố bất động sản

Theo quy định của BLDS 2015 tại Điều 309, *cầm cố tài sản là việc một bên (sau đây gọi là bên cầm cố) giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình cho bên kia (sau đây gọi là bên nhận cầm cố) để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ*. Quy định này không giới hạn đối tượng của giao dịch cầm cố chỉ có thể là động sản, vì vậy, tài sản là động sản hay bất động sản đều có thể là đối tượng của cầm cố. Điểm khác biệt của cầm cố và thế chấp tài sản là bên cầm cố phải “giao tài sản thuộc quyền sở hữu của mình” cho bên nhận cầm cố, còn bên thế chấp thì chỉ “dùng tài sản để bảo đảm thực hiện nghĩa vụ” mà không giao tài sản cho bên nhận thế chấp. Như vậy, trong khái niệm về cầm cố tài sản, BLDS 2015 không có bất kỳ giới hạn nào về tài sản được sử dụng để cầm cố.

Giao dịch cầm cố có hiệu lực theo quy định về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng nói chung. Theo đó, *hợp đồng cầm cố tài sản có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật có quy định khác*³. Tuy nhiên, để cầm cố phát sinh hiệu lực đối kháng với bên thứ ba thì bên nhận cầm cố phải nắm giữ tài sản cầm cố. Khoản 2 Điều 310 BLDS 2015 quy định: *Cầm cố tài sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm bên nhận cầm cố nắm giữ tài sản cầm cố*. Như vậy, quy định này chỉ áp dụng đối với đối tượng cầm cố là động sản. Còn đối với bất động sản thì BLDS quy định: *Trường hợp bất động sản là đối tượng của cầm cố theo quy định của luật thì việc cầm cố bất động sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký*.

Điểm tiến bộ của BLDS 2015 so với BLDS 2005 về cầm cố tài sản là đã làm sáng tỏ hơn khả năng bất động sản được dùng để cầm cố bằng cách thừa nhận tài sản dù là động sản hay bất động sản cũng có thể cầm cố, đồng thời quy định cụ thể thời điểm cầm cố bất động sản phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba. Song, BLDS 2015 lại thiếu quyết đoán trong việc khẳng định giao dịch cầm cố bất động sản là hợp pháp khi quy định “*trường hợp bất động sản là đối tượng của cầm cố theo quy định*

³ Điều 310 BLDS 2015.

của luật” trong khi luật điều chỉnh về quan hệ hợp đồng chính là BLDS. Có thể nói, BLDS 2015 đã “gieo hi vọng” cho các chủ thể trong việc quy định về cầm cố bất động sản, nhưng lại ngay lập tức “dập tan hi vọng” khi đưa ra một điều kiện ràng buộc không có thật trong thực tế. Bởi vì, Luật Đất đai và Luật Nhà ở hiện hành không có quy định nào về việc cầm cố quyền sử dụng đất và cầm cố nhà ở. Thậm chí, các phiên bản của Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi đang lấy ý kiến hiện nay cũng không có quy định nào về cầm cố quyền sử dụng đất.⁴

Tuy nhiên, xét cầm cố tài sản là một giao dịch bảo đảm thì dưới góc độ pháp luật hợp đồng, chủ thể có quyền tự do cam kết, thỏa thuận bất kỳ nội dung gì miễn sao không vi phạm điều cấm của luật và không trái đạo đức xã hội.⁵ Khi một giao dịch dân sự được xác lập thì giao dịch đó phải tuân thủ những điều kiện có hiệu lực trong BLDS. Theo quy định tại Điều 117 BLDS 2015, giao dịch dân sự có hiệu lực khi đáp ứng các điều kiện về chủ thể, về tự nguyện, về nội dung và mục đích và trong trường hợp luật có quy định về hình thức của giao dịch thì giao dịch đó phải đáp ứng. Vận dụng quy định này vào việc xác lập, thực hiện giao dịch cầm cố tài sản thì giao dịch cầm cố tài sản có hiệu lực pháp luật khi đáp ứng các điều kiện sau đây:

(i) Về chủ thể: Chủ thể tham gia giao dịch có năng lực pháp luật dân sự và năng lực hành vi dân sự phù hợp với giao dịch được xác lập. Như vậy, đối với cầm cố quyền sử dụng đất, bên cầm cố và bên nhận cầm cố phải có năng lực hành vi dân sự và năng lực pháp luật dân sự phù hợp. Cụ thể, bên cầm cố phải là người sử dụng đất hợp pháp, có năng lực hành vi dân sự phù hợp để xác lập giao dịch. Bên nhận cầm cố phải có quyền được nhận chuyển quyền sử dụng đất tại Việt Nam, có năng lực hành vi dân sự phù hợp để xác lập, thực hiện giao dịch.

(ii) Về tự nguyện: chủ thể tham gia giao dịch phải hoàn toàn tự nguyện, không bên nào lừa dối, cưỡng ép, đe dọa bên nào, và không có sự nhầm lẫn trong giao dịch.

(iii) Về hình thức, giao dịch phải tuân thủ quy định về hình thức trong trường hợp có quy định. BLDS 2015 và các luật chuyên ngành không quy định về hình thức cầm cố tài sản, vì vậy chủ thể có quyền tự do lựa chọn hình thức cho giao dịch này.

⁴ Liên đoàn Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, https://vibonline.com.vn/du_thao/du-thao-du-luat-dat-dai-sua-doi, truy cập ngày 05/9/2023.

⁵ Xin xem thêm Điều 3 BLDS 2015.

(iv) Về nội dung và mục đích: Nội dung và mục đích của giao dịch không vi phạm điều cấm của luật, không trái đạo đức xã hội. Có nghĩa là bất động sản được đưa vào giao dịch cầm cố không thuộc trường hợp luật cấm giao dịch. Xét quy định này trong pháp luật Việt Nam hiện hành thì chưa có quy định nào của luật cấm bất động sản được đưa vào cầm cố. Cụ thể, Luật Đất đai tại Điều 167 quy định: *người sử dụng đất được thực hiện các quyền chuyển đổi, chuyển nhượng, cho thuê, cho thuê lại, thừa kế, tặng cho, thế chấp, góp vốn quyền sử dụng đất theo quy định của Luật này.* Tại Điều 117 Luật Nhà ở cũng quy định: *Giao dịch về nhà ở bao gồm các hình thức mua bán, cho thuê, cho thuê mua nhà ở, chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại, tặng cho, đổi, thừa kế, thế chấp, góp vốn, cho mượn, cho ở nhờ và uỷ quyền quản lý nhà ở.* Tại Điều 84 của Luật Lâm nghiệp quy định: *Hộ gia đình, cá nhân được Nhà nước giao đất để trồng rừng sản xuất, rừng phòng hộ được chuyển nhượng, tặng cho, cho thuê rừng sản xuất là rừng trồng; thế chấp, góp vốn bằng giá trị rừng sản xuất là rừng trồng.* Những quy định trên đây chỉ đề cập đến việc chủ thể có quyền thực hiện các giao dịch được Luật liệt kê. Tức là Luật đang quy định hướng dẫn chủ thể thực hiện những giao dịch xảy ra phổ biến trong đời sống. Vấn đề là, ngoài những giao dịch mà các Luật liên quan quy định chủ thể có “quyền” thực hiện, thì liệu họ có thể xác lập, thực hiện những giao dịch khác mà Luật không quy định nhưng cũng không cấm hay không? Đây là vấn đề liên quan đến nguyên tắc tự do hợp đồng và việc giải thích quy định của luật.

Hợp đồng là một phương tiện quan trọng chuyển dịch tài sản giữa những người có vị thế ngang bằng. Họ chính bằng tài sản của mình tham dự vào hợp đồng bằng ý chí của chính mình để nhằm tới những lợi ích của họ, và tự chịu trách nhiệm bằng tài sản của họ. Vì vậy, luật hợp đồng thuộc lĩnh vực luật tư và mang tính điển hình bởi nhà nước đặt ra nhằm hướng dẫn, hỗ trợ và bảo vệ cho các quyền lợi của tư nhân và chỉ giới hạn các quyền lợi này khi có lý do thật sự chính đáng từ phía cộng đồng.⁶ Cầm cố bất động sản là một loại giao dịch bảo đảm, khi chủ thể xác lập, thực hiện giao dịch này thì nó thuộc đối tượng điều chỉnh của pháp luật hợp đồng. Những quy định liên quan đến chủ thể hay đối tượng, nội dung của giao dịch chỉ mang tính chất hướng dẫn, hỗ trợ còn các chủ thể trong giao dịch được quyền tự do sáng tạo các

⁶ Ngô Huy Cương (2013), Giáo trình Luật hợp đồng phần chung, Nxb Đại học Quốc Gia, Hà Nội, tr 133.

quyền và nghĩa vụ để ràng buộc chính bản thân họ. Điều này được BLDS 2015 thừa nhận thành nguyên tắc tại Điều 3 về tự do cam kết, thoả thuận. Mặt khác, nhà làm luật không thể dự liệu được tất cả các loại hợp đồng, trong khi các dạng hợp đồng ngày một nhiều lên và phức tạp dần theo thời gian. Khi nghiên cứu về luật hợp đồng của các nước Phương Tây, các luật gia Xô Viết cũ đã phải nhận định sự phát triển của luật hợp đồng gắn liền với sự phát triển của nền kinh tế tư bản chủ nghĩa và đi theo hai hướng là hiệu lực của hợp đồng được mở rộng bởi thường xuyên xuất hiện các dạng hợp đồng mới, và xuất hiện một quy trình “phi dân sự hoá” một số loại hợp đồng, bởi có nhiều loại hợp đồng mới xuất hiện và nhiều loại hợp đồng được cấu thành nên bởi các dạng hợp đồng khác nhau.⁷ BLDS Việt Nam chỉ quy định về “hợp đồng dân sự thông dụng” và các dạng hợp đồng chuyên biệt được quy định tại các đạo luật chuyên ngành, nhưng dù sao các đạo luật dù chung hay chuyên ngành cũng không bao giờ bao quát được tất cả các dạng hợp đồng.⁸ Các bên có liên quan có thể bằng một thoả thuận chung để loại ra hay đưa vào hợp đồng một nội dung khác hay một hệ quả khác với những gì mà pháp luật quy định. Họ cũng có thể sáng tạo ra các hợp đồng mà pháp luật không quy định.⁹ Vậy nên, các đạo luật chuyên ngành không quy định khả năng bất động sản có thể cầm cố không có nghĩa là các chủ thể không được quyền xác lập, thực hiện giao dịch này bởi vì không có quy định nào cấm việc cầm cố bất động sản.

Thực trạng pháp luật Việt Nam không quy định cụ thể chủ sở hữu/sử dụng bất động sản có quyền cầm cố bất động sản đó hay không nhưng cũng không có quy định cấm, đã gây ra nhiều băn khoăn. Có ý kiến cho rằng, luật không cấm nhưng cũng không có quy định cụ thể về việc cầm cố bất động sản nên chưa có cơ sở pháp lý vững chắc để thực hiện loại giao dịch này.¹⁰ Vì vậy, nhà nước cần phải tạo hàng lang pháp lý thông thoáng để các giao dịch dân sự không bị cản trở bởi các quy định của pháp luật, tạo điều kiện cho hàng hóa lưu thông tự do từ đó nền kinh tế của đất nước sẽ phát triển. Để thực hiện đúng tư tưởng, nội dung Điều 3 BLDS năm 2015 là mọi

⁷ Ngô Huy Cương, tldđ, tr139.

⁸ Ngô Huy Cương, tldđ, tr140.

⁹ Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 5 – 6.

¹⁰ Bùi Ai Giôn, *Bàn về cầm cố quyền sử dụng đất và quyền sở hữu trí tuệ*, <https://kiemsat.vn/ban-ve-cam-co-quyen-su-dung-dat-va-quyen-so-huu-tri-tue-63955.html>, truy cập ngày 05/9/2023.

thỏa thuận, cam kết không vi phạm điều cấm của luật đều có hiệu lực đối với các bên và phải được các chủ thể khác tôn trọng, thì cần phải sửa đổi Luật Đất đai, Luật Nhà ở cho phép các chủ thể dùng bất động sản để cầm cố đảm bảo nghĩa vụ.¹¹ Thực tế, các quy định hiện hành của pháp luật Việt Nam mặc dù không quy định cụ thể quyền cầm cố bất động sản nhưng việc quy định chưa thống nhất giữa BLDS và các luật chuyên ngành đã gây ra cách hiểu và áp dụng không thống nhất. Các quy định này hoàn toàn có thể được giải thích bởi các cơ quan có thẩm quyền. Theo quy định tại Điều 158 của Luật ban hành văn bản quy phạm pháp luật 2020, *việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh được thực hiện trong trường hợp quy định của Hiến pháp, luật, pháp lệnh có cách hiểu khác nhau trong việc thi hành. Việc giải thích Hiến pháp, luật, pháp lệnh phải bảo đảm các nguyên tắc sau đây: a) Đúng với tinh thần, mục đích, yêu cầu, quan điểm chỉ đạo ban hành Hiến pháp, luật, pháp lệnh; b) Phù hợp với nội dung, ngôn ngữ của Hiến pháp, luật, pháp lệnh; c) Không được sửa đổi, bổ sung hoặc đặt ra quy định mới.* Như vậy, khi giải thích pháp luật thì cơ quan có thẩm quyền không được “sửa đổi, bổ sung hoặc đặt ra quy định mới”. Do đó, BLDS và các luật chuyên ngành không cấm cầm cố bất động sản nên theo nguyên tắc tự do ý chí thì không ai có quyền cấm các chủ thể xác lập, thực hiện giao dịch cầm cố bất động sản. Theo Vũ Văn Mẫu, khi giải thích pháp luật cần áp dụng nguyên tắc “không được phân biệt khi luật pháp không phân biệt”. Nếu trong luật, nói một cách tổng quát, thẩm phán hay luật gia không thể tự ý để thu hẹp phạm vi của luật được.¹²

Có thể nói, pháp luật Việt Nam hiện nay không minh thị quy định về việc chủ thể có quyền cầm cố bất động sản nhưng điều đó không có nghĩa là cấm hoàn toàn việc xác lập, thực hiện giao dịch này. Vì vậy, trong bối cảnh có nhiều ý kiến khác nhau về việc khả năng bất động sản có thể được cầm cố hay không, cần phải được giải thích rõ ràng trong thời gian tới.

3. Thực trạng pháp luật về cầm cố bất động sản bảo đảm thực hiện hợp đồng thương mại tại Việt Nam

¹¹ Hồ Hương, *Đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật về vấn đề cầm cố bất động sản có đối tượng là quyền sử dụng đất*,

<https://quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrllistProcess=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=77296>, truy cập ngày 05/9/2023.

¹² Vũ Văn Mẫu (1969), *Dân Luật khái luận*, Bộ quốc gia giáo dục, tr 326.

Mặc dù luật chưa có quy định nhưng các giao dịch cầm cố bất động sản vẫn diễn ra trong đời sống nhân dân, đặc biệt là ở khu vực Nam bộ. Dưới tên gọi là “cố đất” hay “thực đất”, các bên vẫn sử dụng nhà ở, quyền sử dụng đất để cầm cố khi cần vay một khoản tiền. Thực trạng này tồn tại là điều dễ hiểu bởi vì tập quán của người Việt từ trước đã tồn tại loại giao dịch này. Sau đó được cụ thể hoá trong các BLDS qua các thời kỳ. Cụ thể, Bộ dân luật Trung Kỳ 1936 ghi nhận: *thế chấp¹³ bất động sản là một khế ước thuộc về vật quyền do một người mắc nợ giao cho người chủ nợ một bất động sản nào để đảm bảo món nợ.*¹⁴ Bộ Dân luật 1972 của chế độ Sài Gòn cũ cũng quy định: *thế chấp bất động sản là giao cho chủ nợ một bất động sản để bảo đảm cho món nợ cho đến khi được trả chủ nợ, chủ nợ có quyền giữ bất động sản làm tin.*¹⁵

Giao dịch cầm cố quyền sử dụng đất và cầm cố nhà ở diễn ra phổ biến và xảy ra tranh chấp ngày càng nhiều nhưng cách giải quyết của các Tòa án còn chưa thống nhất. Việc này gây ra nhiều lo ngại cho các chủ thể, đặc biệt là các doanh nghiệp muốn nhận cầm cố bất động sản để bảo đảm cho việc thực hiện nghĩa vụ nhưng lại băn khoăn nỗi lo về rủi ro pháp lý.

Chẳng hạn, trong một bản án, Tòa án đã tuyên hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất vô hiệu vì cho rằng, do pháp luật không quy định về quyền cầm cố quyền sử dụng đất nên việc đưng sự cầm cố quyền sử dụng đất là trái quy định của pháp luật: *“Theo Điều 106 Luật Đất đai năm 2003, các điều 166, 167 Luật Đất đai năm 2013 và quy định của pháp luật về đất đai thì người sử dụng đất không có quyền cầm cố quyền sử dụng đất, nên giao dịch giữa chị M, anh N với anh H, chị T là trái với quy định của pháp luật. Do đó, căn cứ vào các điều 122, 123, 131 BLDS năm 2015 xác định hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất giữa các đưng sự là vô hiệu”.*¹⁶ Quan điểm hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất vô hiệu cũng được một Tòa án khác thuộc tỉnh Cà Mau đồng tình, theo đó: *“Hội đồng xét xử xét thấy: Xét về hình thức của hợp đồng*

¹³ Dựa trên các quy định của các Bộ luật này, cách sử dụng thuật ngữ “thế chấp” hiện nay tương đương với thuật ngữ “đề đương”, và “cầm cố” tương đương với “thế chấp”.

¹⁴ Điều 1527 Bộ dân luật Trung Kỳ, <http://www.diendanngheluat.vn/tin-tuc/sach-hoang-viet-trung-ky-ho-luat-nhieu-tac-gia.html>, truy cập ngày 06/9/2023.

¹⁵ Điều 1362 Bộ Dân luật năm 1972, <https://phapluatdansu.edu.vn/wp-content/uploads/2018/04/B%E1%BB%98-D%C3%82N-LU%E1%BA%ACT-N%C4%82M-1972-2.pdf>, truy cập ngày 06/9/2023.

¹⁶ Bùi Ai Giôn, *Bàn về cầm cố quyền sử dụng đất và quyền sở hữu trí tuệ*, <https://kiemsat.vn/ban-ve-cam-co-quyen-su-dung-dat-va-quyen-so-huu-tri-tue-63955.html>, truy cập ngày 05/9/2023.

“Giấy cố đất” ngày 10.03.2015 âm lịch có xác nhận của Trưởng ấp Sào Lưới, xã Khánh Bình Tây, nhưng không được chứng thực hoặc công chứng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền và không được đăng ký theo quy định. Tài sản giao dịch là bất động sản nhưng nguyên đơn và bị đơn không tuân thủ theo quy định tại Điều 117, 119 Bộ luật dân sự. Về đối tượng đất là sở hữu của toàn dân, không phải sở hữu riêng của bị đơn, nên bị đơn không được phép đem đi cầm cố cho người khác, do đó hợp đồng trên đã vi phạm vào Điều 309 BLDS, nên xét thấy hợp đồng cầm cố đất ngày 10 tháng 03 năm 2015 giữa ông Trần Minh V212 và ông Nguyễn Văn D với bà Trần Thị D là vô hiệu là phù hợp với Điều 122 và 123 BLDS.”¹⁷

Ở một bản án khác, Toà án cũng theo hướng hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất là vô hiệu. Tuy nhiên, lý do Toà án tuyên vô hiệu không phải do luật không quy định chủ thể có quyền cầm cố bất động sản mà do quyền sử dụng đất là đối tượng của giao dịch cầm cố đã được thế chấp cho ngân hàng trước đó nên không đủ điều kiện để cầm cố. Theo đó, Toà án nhận định: *“Tại biên bản hòa giải ngày 27/02/2019 ông L bà D thừa nhận ông D1 bà T1 cố đất cho ông L bà D sau đó ông L bà D lấy phần đất này tiếp tục cố cho ông Đ bà T, trong khi đó ông D1 bà T1 đã thế chấp phần đất này cho ngân hàng TMCP Sài Gòn Thương Tín ngày 28/5/2013 nên việc ông D1 bà T1 cố đất cho ông L bà D và ông L bà D tiếp tục cố cho ông Đ bà T là không đúng và vi phạm điều cấm của pháp luật nên Giấy cho thuê đất (cố đất) ngày 20/12/2015 giữa ông Ngô Văn L bà Trần Thị Kim D với ông Võ Văn Đ bà Đặng Thị T là vô hiệu.”¹⁸* Như vậy, với cách lập luận này, giả sử trường hợp quyền sử dụng đất không được thế chấp cho ngân hàng trước đó thì giao dịch cầm cố có được Toà án chấp nhận hay không, điều này vẫn chưa rõ trong thực tiễn xét xử.

Đối với doanh nghiệp, trên thực tế chưa có giao dịch cầm cố bất động sản nào được ký kết giữa các doanh nghiệp với nhau hoặc giữa doanh nghiệp với cá nhân để bảo đảm thực hiện hợp đồng bởi những lo ngại về rủi ro pháp lý. Mặc dù doanh nghiệp mong muốn được nhận cầm cố bất động sản cho việc bảo đảm thực hiện hợp

¹⁷ Bản án số 156/2021/DS-ST ngày 13/12/2021 của TAND huyện Trần Văn Thời, tỉnh Cà Mau về tranh chấp hợp đồng cầm cố đất, <https://lawnet.vn/judgment/ban-an/ban-an-ve-tranh-chap-hop-dong-cam-co-dat-so-1562021dsst-232657>, truy cập ngày 05/9/2023.

¹⁸ Bản án 160/2020/DS-ST ngày 28/09/2020 của TAND thị xã Long Mỹ, tỉnh Hậu Giang về tranh chấp hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất, <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-1602020dsst-ngay-28092020-ve-tranh-chap-hop-dong-cam-co-quyen-su-dung-dat-154918>, truy cập ngày 6/9/2023.

đồng nhưng những rủi ro về hợp đồng vô hiệu từ kinh nghiệm của các giao dịch giữa cá nhân với nhau khiến doanh nghiệp không dám mạo hiểm. Thực tiễn cho thấy các biện pháp bảo đảm đối vật mà tài sản bảo đảm do bên có quyền giữ thì có tính bảo đảm cao, bởi vì tài sản bảo đảm đang bị bên có quyền nắm giữ, cho nên nếu bên bảo đảm vi phạm nghĩa vụ thì bên có quyền sẽ xử lý ngay tài sản bảo đảm. Nếu so sánh giữa thế chấp và cầm cố thì biện pháp cầm cố sẽ bảo đảm có hiệu quả hơn.¹⁹ Chẳng hạn, về nguyên tắc của Luật các tổ chức tín dụng và quy định của BLDS 2015 đều quy định khách hàng vay phải thực hiện đúng nghĩa vụ đã cam kết trong Hợp đồng tín dụng (hay còn gọi là hợp đồng vay tài sản), trường hợp không thực hiện đúng, thực hiện không đầy đủ, Ngân hàng có toàn quyền phát mại tài sản thế chấp để thu hồi nợ. Tại Nghị định số 21/2021/NĐ-CP ngày 19/3/2021 của Chính Phủ về thi hành Bộ luật Dân sự về bảo đảm thực hiện nghĩa vụ có quy định bên bảo đảm hoặc người đang giữ tài sản bảo đảm có nghĩa vụ giao tài sản bảo đảm cho bên nhận bảo đảm theo thông báo về xử lý tài sản bảo đảm. Tuy nhiên, nếu không có sự hợp tác của bên bảo đảm trong việc bàn giao tài sản thì bên nhận bảo đảm cũng không thể tiến hành thu giữ tài sản bảo đảm. Bởi bên nhận bảo đảm không có quyền cưỡng chế, tịch thu hay kê biên tài sản. Trường hợp nếu căn cứ quy định của pháp luật, việc Ngân hàng đăng ký thế chấp, đăng ký giao dịch bảo đảm đúng theo quy định nhưng vẫn không xử lý được tài sản thế chấp khi khách hàng không thực hiện đúng cam kết thì vô hình chung Ngân hàng lại là bên bị thiệt hại mặc dù khi thẩm định, cho vay và giải ngân đều được Ngân hàng thực hiện đúng quy định, đúng quy trình. Vậy câu hỏi được đặt ra là nếu thế Ngân hàng cần giải quyết như thế nào, có thu được nợ trong trường hợp này không, có phát mại được tài sản không, nếu cứ diễn ra tình trạng này thì làm sao để Ngân hàng cho vay khi mọi thủ tục, quy trình đều đã thực hiện đúng và người ký thế chấp cũng đứng tên trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất. Chẳng hạn, trong vụ việc sau đây, mặc dù giao dịch thế chấp đã được thực hiện đúng theo thủ tục luật định nhưng rủi ro không thu được nợ vẫn tiềm ẩn đối với ngân hàng: *Lợi dụng nhu cầu vay tiền và sự thiếu hiểu biết về pháp luật của bà Trần Thị D, ngay sau khi bà*

¹⁹ Hồ Hương, *Đảm bảo tính thống nhất trong hệ thống pháp luật về vấn đề cầm cố bất động sản có đối tượng là quyền sử dụng đất*, <https://quochoi.vn/UserControls/Publishing/News/BinhLuan/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/content/tintuc/Lists/News&ItemID=77296>, truy cập ngày 05/9/2023.

Trần Thị D ký Hợp đồng ủy quyền với bà Nguyễn Thị Thu T, bà T đã làm thủ tục sang tên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đứng tên mình sau đó chuyển nhượng lại cho vợ chồng ông bà Đinh Văn K và Nguyễn Đoàn S, hợp đồng chuyển nhượng được công chứng và chứng thực tại Phòng công chứng. Sau khi chuyển nhượng sang cho Ông Đinh Văn K và bà Nguyễn Đoàn S đã thế chấp quyền sử dụng đất tại Ngân hàng Z để vay vốn làm ăn. Tuy nhiên, sau một thời gian làm ăn thua lỗ không trả được nợ, Ngân hàng Z đã tiến hành các thủ tục phát mại tài sản là quyền sử dụng đất nói trên. Sau một thời gian thông báo xử lý tài sản nhưng do bà Trần Thị D phản đối vì cho rằng bà bị lừa đảo, Ngân hàng đã tiến hành khởi kiện ông bà Đinh Văn K, Nguyễn Đoàn S ra Tòa án nhân dân có thẩm quyền để thu hồi nợ. Tòa án nhân dân có thẩm quyền đã ra quyết định đình chỉ giải quyết vụ án vì cơ quan điều tra đang thụ lý và giải quyết đơn tố cáo đối với bà Nguyễn Thị Thu T về hành vi lừa đảo chiếm đoạt tài sản chính là quyền sử dụng đất và quyền sở hữu nhà ở do Ngân hàng Z đang tiến hành khởi kiện ra Tòa án để xử lý thu hồi nợ.²⁰

Vì vậy, giới chuyên gia kì vọng, những hạn chế của việc cho vay bằng hình thức thế chấp bất động sản sẽ được khắc phục nếu thay bằng quy định “cầm cố”. Khi thời điểm cầm cố có hiệu lực, doanh nghiệp, đặc biệt là ngân hàng có thể nhận bàn giao và xử lý tài sản bảo đảm. Khi đủ các điều kiện xử lý tài sản theo thỏa thuận tại hợp đồng tín dụng hay hợp đồng cầm cố, ngân hàng có thể tiến hành thu hồi quyền lợi, hạn chế và loại trừ phát sinh nợ xấu. Trong văn bản góp ý bổ sung cho dự thảo Luật Đất đai sửa đổi, Hiệp hội Ngân hàng (VNBA) đã có đề xuất bổ sung quy định “cầm cố” thay cho “thế chấp” đối với tài sản là bất động sản. Theo VNBA, hiện nay, dự thảo Luật Đất đai sửa đổi mới chỉ có hình thức thế chấp bất động sản mà không quy định về hình thức cầm cố đối với bất động sản. Trong khi đó, biện pháp cầm cố bất động sản đã được quy định tại BLDS 2015. VNBA đã đề nghị cơ quan soạn thảo xem xét và bổ sung biện pháp đảm bảo “cầm cố” với quyền sử dụng đất, tài sản gắn liền với đất vào Luật Đất đai (sửa đổi).²¹

4. Một số kiến nghị góp phần hoàn thiện pháp luật

²⁰ Trang Hà, <https://www.agribank.com.vn/vn/ve-agribank/tin-tuc-su-kien/tin-ve-agribank/goc-nhin-phap-luat1/tai-san-bao-dam-nhung-chua-chac-da-la-dam-bao>, truy cập ngày 6/9/2023.

²¹ Hà Phương, Đề xuất “cầm cố” bất động sản có gỡ khó cho ngành ngân hàng?, <https://meeyland.com/tin-tuc/de-xuat-cam-co-bat-dong-san-co-go-kho-cho-nganh-ngan-hang/>, truy cập ngày 02/9/2023.

Thực trạng quy định của pháp luật cũng như thực tiễn xác lập, thực hiện các giao dịch về cầm cố, thế chấp bất động sản cho thấy, nhu cầu của thực tiễn về giao dịch cầm cố bất động sản là rất cấp thiết. Cho dù luật không điều chỉnh thì những giao dịch này vẫn tồn tại trong thực tế, và nếu nhà làm luật không dự liệu thì hàng loạt giao dịch cầm cố bất động sản với nhu cầu chính đáng của người dân sẽ bị tuyên vô hiệu, gây ảnh hưởng đến quyền lợi hợp pháp của các chủ thể. Đối với doanh nghiệp, đặc biệt là ngân hàng, giao dịch thế chấp bất động sản dường như không phát huy được vai trò bảo đảm thực hiện nghĩa vụ do những bất cập đã phân tích. Chính vì vậy, nhu cầu xác lập, thực hiện một giao dịch bảo đảm thay thế cho thế chấp trở nên cấp thiết và cầm cố bất động sản là một trong những giao dịch đáp ứng được nhu cầu đó của doanh nghiệp. Vì những lẽ trên, tác giả kiến nghị một số giải pháp sau đây nhằm góp phần hoàn thiện pháp luật hiện hành về giao dịch bảo đảm:

Thứ nhất, Tòa án nhân dân Tối cao cần ban hành án lệ chấp nhận hiệu lực của giao dịch cầm cố bất động sản nhằm giải thích thống nhất cách áp dụng các quy định của BLDS 2015 và các Luật chuyên ngành như Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Lâm nghiệp về cầm cố bất động sản. Đây là nhu cầu tất yếu của cuộc sống vì giao dịch này đã xuất hiện, tồn tại và kéo dài hàng thập kỷ và phổ biến trong nhân dân. Mặt khác, vấn đề này không phải luật chưa có quy định mà là chưa rõ ràng trong các quy định và gây nhiều cách hiểu khác nhau, do đó cần phải được giải thích cụ thể để có sự áp dụng thống nhất. Pháp luật cần được giải thích dựa trên cơ sở tục lệ cũng như phù hợp với thực trạng kinh tế-xã hội của đất nước và nhu cầu của đời sống hiện tại. Việc chấp nhận giao dịch cầm cố bất động sản là giao dịch hợp pháp hiện nay không xâm phạm lợi ích công cộng, lợi ích quốc gia, vì vậy không có lý do gì để hạn chế loại giao dịch này.

Về sự cần thiết của án lệ, Vũ Văn Mẫu đã từng nhận định²²: Tuy các bộ Dân Luật mới cũng khá đầy đủ, song nhiệm vụ của án lệ cũng chưa chấm dứt. Điều thứ 4 của Dân Luật Bắc và Dân Luật Trung sau khi đề cập đến vai trò quan trọng của tục lệ đã nhấn mạnh đến sự quan hệ của án lệ và học lý: “Nếu không có tục lệ, thì thẩm phán sẽ xử theo lẽ phải và công lý, dựa theo phong tục, thói quen và ý riêng của các người đương sự. Thẩm phán sẽ giải quyết theo học lý và án lệ”. Hơn nữa, Điều 1379, khoản

²² Vũ Văn Mẫu (1969), Dân Luật khái luận, Bộ quốc gia giáo dục, tr 308-309.

2, Dân Luật Bắc và 1662, khoản 2, D.L.T. còn ấn định minh bạch phạm sự của thẩm phán về điểm này: “Khi nào trong luật, lời văn mơ hồ tối nghĩa hay có sự gì nghi ngờ về ý nghĩa hoặc về phạm vi điều luật, hoặc sánh với các điều luật khác thuộc về công việc ấy hay là những việc tương tự, có thể có sự trái ngược, thu hẹp hay nói rộng điều luật ấy ra, thì toà án phải dựa theo cổ tục, tục lệ và chiếu theo những sự cải cách trong tư tưởng, phong tục, học thức, tình trạng kinh tế, xã hội trong nước, để thích dụng đạo luật một cách rộng rãi nhân đạo và hợp với thực trạng, và với các nhu cầu trong đời sống hiện tại.”

Giải pháp bổ sung giao dịch cầm cố quyền sử dụng đất vào Dự thảo Luật Đất đai như một số ý kiến đề cập ở mục 2 theo tác giả là không cần thiết vì đó chỉ là một giải pháp tạm thời. Bởi vì, nếu Luật Đất đai bổ sung quy định này thì những Luật khác chưa quy định như Luật Nhà ở, Luật Lâm nghiệp sẽ thiếu cơ sở pháp lý để thực hiện. Vì vậy, án lệ là nguồn bổ sung phù hợp nhất.

Thứ hai, cần bãi bỏ quy định tại vế đầu của đoạn 2 Khoản 2 Điều 310 của BLDS 2015 “trường hợp bất động sản là đối tượng của cầm cố theo quy định của luật” và ghép vế sau của đoạn này vào đoạn đầu của Khoản 2 để thống nhất quy định về thời điểm phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba trong giao dịch cầm cố. Theo đó, tác giả đề xuất sửa đổi Khoản 2 Điều 310 BLDS 2015 như sau: *Cầm cố tài sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm bên nhận cầm cố nắm giữ tài sản cầm cố. Việc cầm cố bất động sản có hiệu lực đối kháng với người thứ ba kể từ thời điểm đăng ký.*

Việc quy định “trường hợp bất động sản là đối tượng của cầm cố theo quy định của luật” như hiện nay là dẫn chiếu một cách không cần thiết, làm cho điều luật trở nên tối nghĩa và thiếu tính khả thi, thiếu tính thống nhất.

Thứ ba, cầm cố bất động sản khác với thế chấp ở chỗ khi cầm cố thì việc nắm giữ tài sản được chuyển giao cho bên nhận cầm cố nhưng giữa chúng cũng có nhiều đặc điểm giống nhau. Chính vì vậy, cần bổ sung quy định về việc áp dụng các quy định chung về thế chấp đối với cầm cố bất động sản. Theo đó, tiểu mục 2, Mục 3 Chương XV BLDS 2015 cần bổ sung quy định: *Các quy định về thế chấp từ Điều 318 đến Điều 327 Bộ luật này cũng được áp dụng đối với cầm cố bất động sản.*

5. Kết luận

Thừa nhận cầm cố bất động sản là một giao dịch bảo đảm hợp pháp bên cạnh những biện pháp bảo đảm khác có ý nghĩa quan trọng về mặt lý luận và thực tiễn. Về mặt lý luận, việc thừa nhận này phù hợp với lý thuyết tự do hợp đồng cũng như đảm bảo tính thống nhất trong các quy định của BLDS 2015. Về mặt thực tiễn, thừa nhận giao dịch cầm cố bất động sản góp phần thúc đẩy giao lưu dân sự, tạo điều kiện cho các chủ thể, đặc biệt là các doanh nghiệp trong việc giải quyết vấn đề về vốn trong kinh doanh đồng thời giảm tỉ lệ nợ xấu cho ngân hàng và các tổ chức tín dụng. Bên cạnh đó, tránh tình trạng tuyên vô hiệu những hợp đồng cầm cố bất động sản đã và đang thực hiện trong nhân dân gây ảnh hưởng quyền lợi hợp pháp và chính đáng của bên nhận cầm cố. Pháp luật dân sự, đặc biệt là pháp luật về hợp đồng cần thực hiện tốt vai trò hướng dẫn và hỗ trợ cho cá nhân, pháp nhân trong việc xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự, góp phần thúc đẩy giao lưu dân sự, phát triển kinh tế-xã hội./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Boris Starck, *Droit Civil, Obligations, 2. Contrat*, Troisième édition, Litec, 1989, p. 5 – 6.
2. Bùi Ai Giôn, *Bàn về cầm cố quyền sử dụng đất và quyền sở hữu trí tuệ*, <https://kiemsat.vn/ban-ve-cam-co-quyen-su-dung-dat-va-quyen-so-huu-tri-tue-63955.html>, truy cập ngày 05/9/2023.
3. Bộ dân luật Trung Kỳ, <http://www.diendanngheluat.vn/tin-tuc/sach-hoang-viet-trung-ky-ho-luat-nhieu-tac-gia.html>, truy cập ngày 06/9/2023.
4. Bộ Dân luật năm 1972, <https://phapluatdansu.edu.vn/wp-content/uploads/2018/04/B%E1%BB%98-D%C3%82N-LU%E1%BA%ACT-N%C4%82M-1972-2.pdf>, truy cập ngày 06/9/2023.
5. Bản án số 156/2021/DS-ST ngày 13/12/2021 của TAND huyện Trần Văn Thời, tỉnh Cà Mau về tranh chấp hợp đồng cầm cố đất, <https://lawnet.vn/judgment/ban-an/ban-an-ve-tranh-chap-hop-dong-cam-co-dat-so-1562021dsst-232657>, truy cập ngày 05/9/2023.

6. 10. Bản án 160/2020/DS-ST ngày 28/09/2020 của TAND thị xã Long Mỹ, tỉnh Hậu Giang về tranh chấp hợp đồng cầm cố quyền sử dụng đất, <https://thuvienphapluat.vn/banan/ban-an/ban-an-1602020dsst-ngay-28092020-ve-tranh-chap-hop-dong-cam-co-quyen-su-dung-dat-154918>, truy cập ngày 6/9/2023.

7. Hà Phương, *Đề xuất “cầm cố” bất động sản có gỡ khó cho ngành ngân hàng?*, <https://meeyland.com/tin-tuc/de-xuat-cam-co-bat-dong-san-co-go-kho-cho-nganh-ngan-hang/>, truy cập ngày 02/9/2023.

8. Ngô Huy Cương (2013), *Giáo trình Luật hợp đồng phần chung*, Nxb Đại học Quốc Gia, Hà Nội.

9. Vũ Văn Mẫu (1969), *Dân Luật khái luận*, Bộ quốc gia giáo dục, tr 326.

10. Trang Hà, <https://www.agribank.com.vn/vn/ve-agribank/tin-tuc-su-kien/tin-ve-agribank/goc-nhin-phap-luat1/tai-san-bao-dam-nhung-chua-chac-da-la-dam-bao>, truy cập ngày 6/9/2023.

11. Liên đoàn Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, https://vibonline.com.vn/du_thao/du-thao-du-luat-dat-dai-sua-doi, truy cập ngày 05/9/2023.

PLEDGING OF REAL ESTATE TO SECURE PERFORMANCE CONTRACTS IN THE FIELD OF COMMERCIAL BUSINESS

Abstract: Pledging real estate to ensure the performance of obligations is stipulated in the 2015 Civil Code (Civil Code 2015). However, specialized laws such as the Land Law and Housing Law do not have specific regulations on allowing real estate mortgages to ensure the performance of contracts in general and commercial contracts in particular. In commercial activities, including real estate assets in secured transactions to ensure contract performance is a regular and useful activity for an enterprise's business activities. Although the Civil Code stipulates that real estate can be mortgaged, specialized laws do not have any regulations. Therefore, in fact, there are a number of mortgage transactions that have been and are being performed that are at risk of being declared invalid. On the other hand, in handling mortgaged assets, although there has been an agreement, for many reasons, the mortgagor refuses to hand over the assets for processing, causing businesses to face many difficulties.

Enterprises cannot use real estate mortgage as a measure to ensure the performance of obligations due to the "contrast" between the Civil Code and specialized laws. This article focuses on analyzing the current law on mortgage of real estate to ensure the performance of obligations in order to propose a number of solutions that contribute to improving the law on security measures and contribute to solving problems. current problems.

Keywords: pledging real estate, ensuring performance of contracts.

PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN CỦA NGƯỜI THAM GIA BẢO HIỂM NHÂN THỌ QUA KÊNH BANCASSURANCE

Trần Thị Diệu Hương*

Tóm tắt: Bài viết tập trung làm rõ một số quy định của pháp luật về quyền của người tham gia bảo hiểm nhân thọ; phân tích thực trạng một số quy định của pháp luật về quyền của người tham gia bảo hiểm nhân thọ qua kênh Bancassurance, từ đó đưa ra giải pháp hoàn thiện một số quy định của pháp luật về quyền của người tham gia bảo hiểm nhân thọ qua kênh Bancassurance.

Từ khóa: Quyền của người tham gia; Bảo hiểm nhân thọ; Bancassurance

1. Đặt vấn đề

Bancassurance là hoạt động kinh doanh của ngân hàng trong việc phân phối các sản phẩm bảo hiểm thông qua cơ sở dữ liệu khách hàng tại ngân hàng. Đây là một kênh phân phối tiềm năng, đang tăng trưởng mạnh so với các kênh phân phối truyền thống khác. Tuy nhiên, kết quả báo cáo ngày 30/06/2023 của Cục quản lý giám sát bảo hiểm (Bộ tài chính) về thanh tra hoạt động kinh doanh bảo hiểm nhân thọ qua kênh Bancassurance đối với 4 doanh nghiệp bảo hiểm cho thấy khung pháp lý điều chỉnh về hoạt động kinh doanh bảo hiểm qua kênh Bancassurance còn một số bất cập trong các quy định về hoạt động đào tạo đại lý, về quyền được tư vấn, giải đáp các quyền lợi liên quan đến sản phẩm trong hợp đồng bảo hiểm và đặc biệt bất cập về khung pháp lý quy định về tỷ lệ duy trì hợp đồng... làm ảnh hưởng rất lớn đến quyền của người tham gia bảo hiểm nhân thọ. Với thực trạng đó, tác giả đã chọn chủ đề bài viết “Pháp luật về quyền của người tham gia bảo hiểm nhân thọ qua kênh Bancassurance”

2. Quy định của pháp luật về quyền của người tham gia bảo hiểm nhân thọ

Theo quy định tại khoản 13 Điều 4 Luật Kinh doanh bảo hiểm 2022 quy định “*Bảo hiểm nhân thọ là loại hình bảo hiểm cho trường hợp người được bảo hiểm sống hoặc chết*”.

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: huongtttd@hul.edu.vn

Trong Hợp đồng bảo hiểm nhân thọ (BHNT), ba đối tượng quan trọng liên quan đến hợp đồng BHNT là bên mua bảo hiểm, người được bảo hiểm và người thụ hưởng. Điều khoản trong hợp đồng BHNT theo Quyết định 25/2019/QĐ-TTg về danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu thì dịch vụ BHNT không nằm trong danh mục hàng hóa, dịch vụ thiết yếu phải đăng ký hợp đồng theo mẫu, với quy định này bên mua và bên bán bảo hiểm có thể đàm phán sửa đổi nếu không trái với quy định của pháp luật và được sự chấp thuận của cơ quan quản lý là Cục Quản lý và giám sát bảo hiểm, Bộ Tài chính, trừ các quy định về “phạm vi hoặc quyền lợi bảo hiểm; quy tắc, điều kiện, điều khoản bảo hiểm” thì bên mua bảo hiểm không thể yêu cầu sửa đổi, đây cũng là một bước cải cách về hành chính.

Hiện nay quyền của người tham gia BHNT được quy định ở một số văn bản pháp luật như, Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 và chi tiết quyền lợi được quy định tại bộ quy tắc điều khoản sản phẩm bảo hiểm mà doanh nghiệp bảo hiểm cung cấp kèm với hợp đồng bảo hiểm cho khách hàng, mỗi sản phẩm BHNT ở các công ty bảo hiểm sẽ có những quy định riêng trong quy tắc điều khoản về quyền lợi của khách hàng.

Trong những quyền mà người tham gia bảo hiểm được quy định trong các văn bản pháp luật, quy tắc điều khoản sản phẩm tham gia, có thể khái quát các quyền cơ bản liên quan đến nhu cầu thực tế và sự quan tâm của người tham gia bảo hiểm khi quyết định tham gia hợp đồng BHNT như sau:

Thứ nhất, quyền được lựa chọn doanh nghiệp bảo hiểm khi tham gia hợp đồng bảo hiểm nhân thọ.

Quyền này được quy định tại khoản 3 Điều 8 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010, điểm a khoản 1 Điều 21 Luật Kinh doanh bảo hiểm 2022.

Với quy định này, người tham gia bảo hiểm được quyền lựa chọn, quyết định sản phẩm của doanh nghiệp bảo hiểm phù hợp với nhu cầu của mình. Bởi tham gia sản phẩm BHNT là một kế hoạch đóng phí dài hạn (thông thường các doanh nghiệp bảo hiểm thường thiết kế các sản phẩm với kế hoạch đóng phí ít nhất là 10 năm), mỗi doanh nghiệp bảo hiểm sẽ có những sản phẩm với những thế mạnh, ưu việt riêng và nhu cầu khách hàng khi tham gia bảo hiểm cũng rất đa dạng, có khách hàng mong muốn tham gia BHNT để bảo vệ thu nhập người trụ cột, có khách hàng thì mong

muốn để có một kế hoạch an toàn tài chính khi hưu trí, hoặc có khách hàng tham gia BHNT với mục đích tiết kiệm cho con một quỹ học vấn khi vào đại học... vì vậy hiểu đúng nhu cầu của mình để quyết định tham gia sản phẩm bảo hiểm, lựa chọn doanh nghiệp bảo hiểm với thể mạnh sản phẩm phù hợp với nhu cầu của mình rất quan trọng, quyết định đến việc mình tham gia bảo hiểm đúng hay đủ không để giải quyết mong muốn của mình khi quyết định tham gia sản phẩm BHNT.

Thứ hai, quyền được tư vấn sản phẩm, giải thích các điều kiện, điều khoản bảo hiểm.

Quy định này được thể hiện rất rõ tại khoản 8 Điều 8 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010 “Được tư vấn, hỗ trợ, hướng dẫn kiến thức về tiêu dùng hàng hóa, dịch vụ” và điểm b khoản 1 Điều 21, điểm b khoản 2 Điều 21 Luật Kinh doanh bảo hiểm 2022 “Yêu cầu doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài cung cấp bản yêu cầu bảo hiểm, bảng câu hỏi liên quan đến rủi ro được bảo hiểm, đối tượng bảo hiểm, quy tắc, điều kiện, điều khoản bảo hiểm và giải thích các điều kiện, điều khoản bảo hiểm”.

Song song với quyền được lựa chọn sản phẩm và doanh nghiệp bảo hiểm phù hợp với nhu cầu thì người tham gia bảo hiểm cần nắm thêm quyền của mình về tư vấn, giải thích quyền lợi bảo hiểm, giải thích các điều kiện, điều khoản bảo hiểm để khách hàng nâng cao hơn nhận thức về hợp đồng bảo hiểm mà mình tham gia, hướng đến việc khách hàng sẽ hiểu được quyền trong gói sản phẩm bảo hiểm mình lựa chọn cũng như hiểu thêm nghĩa vụ của mình khi giao kết hợp đồng, gia tăng niềm tin của khách hàng với Doanh nghiệp bảo hiểm.

Thứ ba, quyền được yêu cầu doanh nghiệp bảo hiểm bồi thường, trả tiền bảo hiểm khi sự kiện bảo hiểm xảy ra.

Quyền lợi này được quy định cụ thể tại điểm e khoản 1 Điều 21 Luật Kinh doanh bảo hiểm 2022 “yêu cầu doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài bồi thường trả tiền bảo hiểm khi sự kiện bảo hiểm xảy ra” và được quy định tại điểm đ khoản 2 Điều 20 về nghĩa vụ của doanh nghiệp bảo hiểm phải “Bồi thường, trả tiền bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm”.

Quyền được yêu cầu doanh nghiệp bảo hiểm bồi thường, trả tiền bảo hiểm khi sự kiện bảo hiểm xảy ra sẽ được chi tiết hơn trong hợp đồng giao kết giữa người tham

gia bảo hiểm và doanh nghiệp bảo hiểm, trong hợp đồng bảo hiểm sẽ đính kèm bảng minh họa quyền lợi được tư vấn và quy tắc điều khoản về quyền lợi mà người tham gia bảo hiểm đồng ý quyết định tham gia. Ví dụ tại sản phẩm bảo hiểm nhân thọ An Khang tài lộc, sản phẩm thuộc nghiệp vụ liên kết đầu tư (dòng sản phẩm liên kết chung ULP) của công ty bảo hiểm Hanwha life, quyền của người tham gia bảo hiểm được quy định rất chi tiết tại quy tắc điều khoản quyền lợi bảo hiểm từ Điều 7 đến Điều 17¹, và quy định về các quyền của bên mua bảo hiểm được quy định tại Điều 18, quy tắc điều khoản An Khang tài lộc, Hanwha life.

3. Thực trạng một số quy định pháp luật về quyền của người tham gia bảo hiểm nhân thọ qua kênh Bancassurance

Theo Hiệp hội bảo hiểm, lũy kế đến hết năm 2022 có khoảng 2,9 triệu hợp đồng bảo hiểm nhân thọ mua qua kênh ngân hàng (bancassurance) với doanh số khai thác là 45.000 tỷ đồng. Riêng năm 2021, một triệu hợp đồng bảo hiểm nhân thọ đã bán qua kênh ngân hàng với tổng phí khai thác mới lên gần 23.800 tỷ đồng. Con số này chiếm 46% doanh số khai thác mới của kênh bảo hiểm nhân thọ cả năm. Còn tính toàn thị trường đến cuối tháng 3-2023, có khoảng 13,68 triệu hợp đồng bảo hiểm nhân thọ, giảm gần 250.000 hợp đồng so với cuối 2022. Theo thống kê, doanh thu từ bảo hiểm trong quý đầu năm nay của nhiều ngân hàng thu hẹp chỉ còn 50% so với cùng kỳ².

Con số này cho thấy, niềm tin của người dân đối với việc tham gia bảo hiểm nhân thọ qua các kênh phân phối nói chung, đặc biệt qua kênh Bancassurance đang suy giảm, thực trạng đó một phần từ những quy định của pháp luật chưa hoàn thiện,

¹ Quyền lợi sản phẩm bảo hiểm An Khang tài lộc, công ty bảo hiểm nhân thọ Hanwha life bao gồm: Quyền lợi bảo hiểm khi người được bảo hiểm tử vong; quyền lợi bảo hiểm khi người được bảo hiểm tử vong do tai nạn; quyền lợi Bảo hiểm trong trường hợp người được bảo hiểm bị thương tật toàn bộ vĩnh viễn; quyền lợi khi người được bảo hiểm mắc phải bệnh nặng giai đoạn cuối; quyền lợi khi đáo hạn hợp đồng; quyền lợi miễn chi phí rút tiền từ giá trị tài khoản hợp đồng; quyền lợi đảm bảo gia tăng số tiền bảo hiểm; quyền lợi từ hưởng lãi kết quả đầu tư của quỹ liên kết chung.

Quyền của bên mua bảo hiểm trong quy tắc điều khoản An Khang tài lộc: Rút tiền từ giá trị tài khoản hợp đồng; thay đổi số tiền bảo hiểm; tạm ứng từ giá trị tài khoản hợp đồng; tham gia thêm các sản phẩm bảo hiểm bổ sung; đóng thêm phí bảo hiểm; chỉ định và thay đổi người thụ hưởng; đơn phương chấm dứt hợp đồng bảo hiểm; chuyển nhượng hợp đồng bảo hiểm; khôi phục hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm.

² Tham khảo theo Báo tin tức, *chấn chỉnh hoạt động bán bảo hiểm qua ngân hàng, nhân viên cố tình tư vấn sai lệch*, <https://www.baodanang.vn/channel/5404/202306/chan-chinh-hoat-dong-ban-bao-hiem-qua-ngan-hang-nhan-vien-co-tinh-tu-van-sai-lech-3946991/>, 17/6/2023

chưa rõ ràng, có thể điếm qua một số bất cập trong quy định của pháp luật về quyền của người tham gia BHNT qua kênh Bancassurance:

Thứ nhất, thực trạng quy định về quyền lựa chọn doanh nghiệp bảo hiểm để giao kết hợp đồng bảo hiểm nhân thọ.

Thực trạng trong những năm trở lại đây, phần lớn khi khách hàng quyết định tham gia BHNT tại ngân hàng do muốn được vay vốn, giải ngân nhanh chóng thì phải tham gia BHTN, hoặc một lượng lớn khách hàng phải tham gia BHNT khi vay vốn vì để được hưởng lãi suất ưu đãi, hoặc khách hàng đến gửi tiền tiết kiệm thì bị tư vấn sang các gói sản phẩm BHNT dòng sản phẩm đầu tư như liên kết đơn vị:

Theo kết quả khảo sát người tiêu dùng bảo hiểm mới công bố của Vietnam Report, mức độ hài lòng của khách hàng đối với nhân viên tư vấn bảo hiểm đã giảm từ 4,5 xuống 4,4 trong năm 2023, đặc biệt có đến 7,2% người tiêu dùng không hài lòng khi mua bảo hiểm qua ngân hàng với lý do chính là nhân viên tư vấn lập lờ từ gửi tiết kiệm thành mua bảo hiểm³.

Mặc dù thời gian qua hoạt động phân phối bảo hiểm qua kênh Bancassurance đã dần hoàn thiện khung pháp lý: Nghiên cứu các quy định pháp luật điều chỉnh hoạt động phân phối bảo hiểm qua các tổ chức tín dụng, ngân hàng thấy đã có nhiều văn bản pháp luật điều chỉnh như: Luật Các tổ chức tín dụng năm 2010, Luật sửa đổi bổ sung Luật Các tổ chức tín dụng năm 2017; Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022; các Nghị định của Chính phủ quy định chi tiết thi hành Luật Kinh doanh bảo hiểm. Đặc biệt, Thông tư liên tịch 86/2014/TTLT-BTC-NHNNVN của Bộ Tài chính, Ngân hàng Nhà nước Việt Nam về việc hướng dẫn hoạt động đại lý bảo hiểm của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài cho doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ và Thông tư số 37/2019/TT-NHNN của Ngân hàng Nhà nước Việt Nam hướng dẫn hoạt động đại lý bảo hiểm của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài cho doanh nghiệp bảo hiểm... Thực tế hầu hết các quy định trong các văn bản này đều hướng tới nội dung đảm bảo quyền của người tham gia BHNT khi tham gia BHNT phải trên tinh thần tự nguyện và được tư vấn, giới thiệu, chào bán sản phẩm bảo hiểm; cung cấp đầy đủ các thông tin

³ Số liệu từ bài viết: *Bị tố lừa đảo, bảo hiểm ở Việt Nam lộ điểm yếu chí tử*, <https://sputniknews.vn/20230626/bi-to-lua-dao-bao-hiem-o-viet-nam-lo-diem-yeu-chi-tu-23800610.html>, 26/06/2023

về sản phẩm bảo hiểm, ví dụ theo quy định tại khoản 1 Điều 4 Thông tư 37/2019, thì “Tổ chức tín dụng giới thiệu khách hàng có nhu cầu mua bảo hiểm để doanh nghiệp bảo hiểm thực hiện chào bán bảo hiểm”. Và Trước hiện tượng một số tổ chức tín dụng “ép” khách hàng phải mua bảo hiểm khi vay vốn, ngày 15-2-2023, Ngân hàng Nhà nước đã ban hành Công văn số 506/NHNN-TTGSNH về chấn chỉnh hoạt động cung ứng dịch vụ liên quan đến bảo hiểm⁴.

Tuy khung pháp lý cơ bản đã đầy đủ các quy định về hoạt động kinh doanh BHNT qua kênh Bancassurance, nhưng bên cạnh đó vẫn còn không ít các quy định thiếu chặt chẽ, đặc biệt chế tài xử phạt còn quá nhẹ đối với các sai phạm của các tư vấn trong các tổ chức tín dụng và cả đối với chính tổ chức tín dụng:

Một là, quy định chưa chặt chẽ về việc cấm ép khách hàng tham gia bảo hiểm nhân thọ qua kênh Bancassurance.

Mặc dù Ngân hàng Nhà nước đã ban hành Công văn số 506/NHNN-TTGSNH về chấn chỉnh hoạt động cung ứng dịch vụ liên quan đến bảo hiểm, đặc biệt để xóa thực trạng ép khách hàng mua BHNT khi vay vốn. Tuy nhiên, Ngân hàng Nhà nước lại chưa có quy định điều chỉnh chi tiết hoạt động của các ngân hàng khi đưa ra các quy định giám lãi suất nếu khách hàng tham gia BHNT tại ngân hàng mình phân phối, bởi đây cũng là một hoạt động gián tiếp ép khách hàng tham gia BHNT khi vay vốn, bởi thực tế nhiều khách hàng không am hiểu và không có nhiều sự lựa chọn, muốn được giải ngân nhanh thì phải quyết định mua BNHT không đúng với nhu cầu của mình.

Hai là, Luật Các tổ chức tín dụng, văn bản của Ngân hàng Nhà nước vẫn chưa có quy định điều chỉnh việc áp chỉ tiêu bán bảo hiểm đến từng chi nhánh, từng nhân viên ngân hàng. Điều này sẽ tạo ra một áp lực trong doanh số (KPI) đối với các đại lý, nhân viên trong các tổ chức tín dụng, để hoàn thành mục tiêu buộc họ phải có những chiêu trò trong tư vấn để áp hướng khách phải tham gia BHNT không đúng với nhu cầu mong muốn của khách hàng. Vì vậy, dù Công văn số 506/NHNN-TTGSNH ra đời nhằm mục đích hướng đến việc điều chỉnh cấm ép khách hàng tham gia BHNT khi vay vốn, nhưng khung pháp lý điều chỉnh hoạt động kinh doanh của tổ chức tín dụng nói chung,

⁴ Đinh Chiến (2023), nghiên cứu hoàn thiện cơ chế, chính sách và chế tài pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh bảo hiểm qua ngân hàng, <https://phaply.net.vn/khan-truong-nghien-cuu-hoan-thien-co-che-chinh-sach-va-che-tai-phap-luat-dieu-chinh-hoat-dong-kinh-doanh-bao-hiem-qua-ngan-hang-a256524.html>, 05/07/2023

hoạt động kinh doanh BHNT nói riêng tại Bancassurance vẫn chưa làm rõ được chi tiết quy định này, nên thực tế những hành động biến tướng của ép khách hàng tham gia BHNT vẫn đang còn tồn tại rất nhiều tại các ngân hàng.

Ba là, quy định về chế tài xử phạt còn nhẹ đối với các hành vi như không cung cấp đầy đủ thông tin liên quan đến hợp đồng bảo hiểm, không giải thích các điều kiện, điều khoản bảo hiểm cho bên mua bảo hiểm khi giao kết hợp đồng bảo hiểm; triển khai các sản phẩm bảo hiểm thuộc nghiệp vụ bảo hiểm liên kết đầu tư, ép buộc các tổ chức, cá nhân mua bảo hiểm dưới mọi hình thức... mức phạt tiền từ 40 đến 50 triệu đồng và hình phạt bổ sung đình chỉ hoạt động từ 02 tháng đến 03 tháng một phần nội dung, phạm vi liên quan trực tiếp đến hành vi vi phạm hành chính trong Giấy phép thành lập và hoạt động... (Nghị định số 98/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm, kinh doanh xổ số đã được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Nghị định số 48/2018/NĐ-CP và Nghị định số 80/2019/NĐ-CP). Mức phạt này liệu có quá khiêm tốn? có đủ ngăn ngừa các hành vi vi phạm trong kinh doanh bảo hiểm so với mức lợi nhuận mang lại từ chính hoạt động này mà ngân hàng được trả từ phía các doanh nghiệp bảo hiểm?

Thứ hai, thực trạng quy định về hoạt động đào tạo kiến thức, nghiệp vụ bảo hiểm của các đại lý tại kênh Bancassurance.

Hoạt động đào tạo đại lý bảo hiểm nói chung, đại lý bảo hiểm tại các tổ chức tín dụng được cụ thể hóa bằng các quy định tại văn bản Luật Kinh doanh bảo hiểm 2022, Thông tư 69/2022/TT-BTC quy định chi tiết về chứng chỉ bảo hiểm, chứng chỉ đại lý bảo hiểm, chứng chỉ môi giới bảo hiểm, chứng chỉ về phụ trợ bảo hiểm, Thông tư liên tịch số 86/2014/TTLT-BTC-NHNNVN hướng dẫn hoạt động đại lý bảo hiểm của tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài cho doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ.

Tuy nhiên kiến thức, nghiệp vụ của nhiều đại lý bảo hiểm tại bancassurance vẫn chưa đảm bảo cả về kiến thức sản phẩm, chất lượng tư vấn hay cả nghiệp vụ hỗ trợ cho khách hàng. Nhiều khách hàng vẫn đang sở hữu những hợp đồng bảo hiểm chưa đúng với nhu cầu tài chính, mong muốn của mình hoặc chưa hiểu về quyền lợi mà mình được hưởng trong hợp đồng của mình... năm 2022 là một minh chứng với

nhiều vụ việc phàn nàn của khách hàng khi tham gia BHNT tại kênh Bancassurance⁵. Thực trạng phản ánh của khách hàng tại ngân hàng với chất lượng tư vấn sản phẩm BHNT không đảm bảo về quyền lợi đúng mà họ tham gia đều xuất phát từ nguyên nhân chính là hoạt động đào tạo kiến thức và nghiệp vụ của chính các đại lý tại Bancassurance chưa được quy định chặt chẽ và tập trung đúng:

Một là, theo quy định tại điểm đ khoản 2 Điều 129 Luật Kinh doanh bảo hiểm 2022 quy định “đại lý bảo hiểm phải tham dự các khóa đào tạo, cập nhật kiến thức”, cụ thể hóa quy định này thì thông tư liên tịch 86/2014 TTLT-BTC-NHNNVN đã quy định việc đào tạo nhân viên tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài thực hiện hoạt động đại lý bảo hiểm:

Doanh nghiệp bảo hiểm nhân thọ và tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài thỏa thuận, lựa chọn hình thức đào tạo đối với chương trình đào tạo cơ bản, bao gồm đào tạo tập trung, trực tuyến hoặc các hình thức khác theo quy định của pháp luật. Đối với chương trình đào tạo sản phẩm, hình thức đào tạo là tập trung, trừ các sản phẩm thuộc nghiệp vụ bảo hiểm tử kỳ. Thời gian đào tạo tối thiểu là bốn giờ đối với một sản phẩm bảo hiểm và tối thiểu mười sáu giờ đối với các sản phẩm bảo hiểm thuộc nghiệp vụ bảo hiểm liên kết đầu tư. Thời gian đào tạo thường xuyên định kỳ hàng quý đối với nhân viên tổ chức tín dụng, chi nhánh ngân hàng nước ngoài bán sản phẩm bảo hiểm liên kết đơn vị tối thiểu là ba giờ⁶.

Tuy nhiên, trên thực tế pháp luật cũng chưa tập trung vào các quy định kiểm soát nghiêm túc hoạt động đào tạo đại lý tại các tổ chức tín dụng và chế tài đối với các tổ chức tín dụng không triển khai nghiêm túc hoạt động đào tạo đại lý. Ngoài ra phía ngân hàng Nhà nước cũng đang thiếu những quy định chặt chẽ với các tổ chức tín dụng về triển khai kế hoạch học nâng cấp kiến thức, nghiệp vụ định kỳ hàng tháng, hàng quý với từng đối tượng đại lý chuyên và không chuyên, đại lý chuyên về bảo

⁵ Theo tin nhanh chứng khoán: cuối năm 2022, từ những phản ánh của khách hàng mua bảo hiểm và báo chí, lãnh đạo Bộ Tài chính đã chỉ đạo thanh tra hoạt động của 4 doanh nghiệp bảo hiểm bán sản phẩm qua ngân hàng đồng thời lập đường dây nóng tiếp nhận thông tin kiến nghị liên quan đến bán sản phẩm bảo hiểm qua tổ chức tín dụng.

Sau đó, đường dây nóng đã tiếp cận hàng trăm cuộc gọi, email phản ánh bức xúc của khách hàng liên quan đến lĩnh vực này. Tại cuộc họp báo quý I/2023 của Bộ Tài chính tổ chức cuối tháng 3/2023, đại diện Bộ Tài chính cho biết qua thanh tra đã phát hiện một số sai phạm như phản ánh của khách hàng. <https://www.tinnhanhchungkhoan.vn/da-co-ket-luan-thanh-tra-4-cong-ty-ban-cheo-bao-hiem-qua-ngan-hang-post324037.html> , 17/06/2023

⁶ Điều 11, Thông tư liên tịch 86/2014/TTLT-BTC-NHNNVN

hiểm tại các tổ chức tín dụng thì thời lượng học và kiểm tra chất lượng phải khác với các đại lý kiêm nhiệm các công việc của tổ chức tín dụng... điều này làm cho quy định “đại lý bảo hiểm phải tham dự các khóa đào tạo cập nhật kiến thức” theo quy định tại Luật Kinh doanh bảo hiểm mang tính hình thức, tính tự nguyện học chứ không mang tính quy định là nghĩa vụ phải nâng cấp kiến thức để đảm bảo chất lượng tư vấn.

Hai là, theo quy định tại Điều 19,20 Thông tư 69/2022/TT-BTC có một vấn đề cần đặt ra khi quy định về chứng chỉ bảo hiểm đối với sản phẩm BHNT liên kết đơn vị (ILP), bởi hiện nay các sản phẩm bảo hiểm nhân thọ được triển khai tại kênh Bancassurance chủ yếu là sản phẩm ILP, khủng hoảng niềm tin của người tham gia bảo hiểm tại ngân hàng trong năm 2022 chủ yếu là khách hàng được tư vấn sản phẩm này. Theo quy định thì chứng chỉ đại lý bảo hiểm ILP được sử dụng để thực hiện hoạt động đại lý bảo hiểm đối với các sản phẩm bảo hiểm ILP và kiến thức đào tạo đối với chứng chỉ đại lý bảo hiểm ILP: kiến thức chung về thị trường tài chính; kiến thức cơ bản về đầu tư; kiến thức chung về bảo hiểm, nguyên lý, kiến thức cơ bản về nghiệp vụ bảo hiểm liên kết đơn vị.

Đây là một điểm mới trong quy định của pháp luật về hoạt động cấp chứng chỉ đại lý bảo hiểm góp phần khắc phục phần nào thực trạng khủng hoảng niềm tin hiện nay đối với các trường hợp khách hàng tham gia các sản phẩm BHNT ILP tại ngân hàng. Tuy nhiên, với quy định này cũng có thể được hiểu, trong hợp đồng BHNT khi khách hàng tham gia sản phẩm ILP chỉ cần tư vấn tài chính đó có mã số chứng chỉ ILP ký tên tư vấn tài chính, còn hoạt động tư vấn bởi người tư vấn có chứng chỉ này hoặc được thực hiện cùng một tư vấn đã ký tên trên hợp đồng bảo hiểm hay không thì pháp luật chưa làm rõ. Đây cũng là một khoảng trống trong pháp luật quy định về hoạt động đại lý bảo hiểm đối với sản phẩm ILP và khoảng trống trong quy định về kiểm soát hoạt động tư vấn sản phẩm này tại các kênh phân phối nói chung và kênh Bancassurance nói riêng. Vì chưa chặt chẽ trong quy định như trên nên thực tiễn hoạt động tư vấn và đứng tên tư vấn tài chính sản phẩm ILP tại kênh ngân hàng còn nhiều sai phạm, làm ảnh hưởng rất lớn đến quyền lợi của khách hàng khi tham gia BHNT, quyền được tư vấn, giải thích các điều kiện, điều khoản bảo hiểm, quyền này chỉ được đảm một phần rất lớn nên nếu hợp đồng của khách hàng được tư vấn và hoàn thiện

hồ sơ yêu cầu bảo hiểm, ký tên tư vấn tài chính phải được cùng một người tư vấn tài chính có chứng chỉ đại lý bảo hiểm ILP thực hiện.

Thứ ba, chưa chú trọng tỷ lệ duy trì tối thiểu vào trong các quy định của pháp luật khi điều chỉnh hoạt động phân phối sản phẩm bảo hiểm tại kênh Bancassurance.

Một trong những nội dung quan trọng tại Quyết định 242/QĐ-TTg về Cơ cấu lại thị trường chứng khoán và thị trường bảo hiểm đến năm 2020 và định hướng đến năm 2025: Đến năm 2010, có 11% dân số tham gia BHNT và mục tiêu đến năm 2025 là 15% dân số tham gia BHNT, đến 2030 là 18% dân số tham gia BHNT. Mục tiêu này sẽ khó khả thi nếu tỷ lệ duy trì hợp đồng BHNT hiện nay tại kênh đại lý truyền thống và đặc biệt là kênh Bancassurance đang ở ngưỡng rất thấp so với trên thế giới. “Cuối tháng 6 năm 2023 Bộ Tài chính đã công bố kết quả điều tra về tỷ lệ duy trì hợp đồng của 4 công ty bảo hiểm nhân thọ qua kênh Bancassurance (Prudential, MB Ageas, BIDV Metlife và Sun life) đều dưới 40% sau năm thứ nhất⁷, trong khi đó con số tỷ lệ duy trì hợp đồng mơ ước của các doanh nghiệp bảo hiểm là 80%. Tỷ lệ duy trì là thước đo về sự hài lòng của khách hàng, nhưng các doanh nghiệp bảo hiểm chưa chú trọng tỷ lệ duy trì hợp đồng, thực trạng này một phần bắt nguồn từ nguyên nhân thiếu khung pháp lý về tỷ lệ duy trì hợp đồng trong các văn bản pháp luật hiện nay, chưa đưa quy định mức tối thiểu về tỷ lệ duy trì hợp đồng và công bố hàng năm về tỷ lệ duy trì hợp đồng tại các kênh phân phối BHNT.

Ngoài ra, Bộ Tài chính và cả Ngân hàng Nhà nước chưa có cơ chế đánh giá, giám sát kênh Bancassurance về tỷ lệ k2⁸, vì đây là một kênh phân phối BHNT đặc thù, đang chiếm tỷ lệ lớn về doanh thu phí BHNT hiện nay, nhưng tỷ lệ duy trì hợp đồng chưa lại chưa được quy định vào các văn bản pháp luật liên quan đến hoạt động kinh doanh bảo hiểm.

⁷ Năm 2021, Prudential phát hành mới 94.431 hợp đồng bảo hiểm qua kênh Bancassurance, tỷ lệ duy trì hợp đồng năm thứ nhất của những hợp đồng này (tính theo phí bảo hiểm) là 59%, tương ứng với tỷ lệ hủy, mất hiệu lực năm thứ nhất là 41%; Sun Life phát hành mới 80.117 hợp đồng bảo hiểm qua kênh bancassurance trong năm 2021, trong đó có 3.247 hợp đồng bảo hiểm bị hủy bỏ trong thời gian cân nhắc (tương ứng với tỷ lệ 4,05%), tỷ lệ hủy bỏ và chấm dứt hợp đồng bảo hiểm sau thời gian cân nhắc (năm thứ nhất) của các hợp đồng phát hành qua TPBank là 73%, ACB là 39%; Tại BIDV Metlife, trong năm 2021, doanh nghiệp bảo hiểm này chỉ triển khai bán bảo hiểm thông qua ngân hàng mẹ BIDV và phát hành mới 21.123 hợp đồng bảo hiểm qua kênh bancassurance, tỷ lệ hủy sau năm thứ nhất là 39,4%; Năm 2021, MB Ageas phát hành mới 66.757 hợp đồng bảo hiểm qua kênh bancassurance, trong đó 3.946 hợp đồng bị hủy bỏ trong thời gian cân nhắc (tương ứng tỷ lệ 5,91%), tỷ lệ hủy bỏ và chấm dứt hợp đồng bảo hiểm sau thời gian cân nhắc (năm thứ nhất) là 32,4%. <https://www.tinnhanhchungkhoan.vn/bat-mi-ty-le-duy-tri-hop-dong-bao-hiem-post325439.html>, 12/7/2023

⁸ K2: Tái tục hợp đồng năm 2

Luật Kinh doanh bảo hiểm là luật chuyên ngành chính điều chỉnh hoạt động kinh doanh bảo hiểm, kết cấu các chương chủ yếu điều chỉnh các nội dung chính về hoạt động kinh doanh bảo hiểm của các chủ thể kinh doanh, điều chỉnh về những nội dung cơ bản trong hợp đồng bảo hiểm để đảm bảo quyền lợi của bên bán và bên mua, quy định về quản lý nhà nước trong hoạt động kinh doanh bảo hiểm. Tất cả các quy định này đều hướng đến mục đích tạo ra một hành lang pháp lý vững chắc để hoạt động kinh doanh bảo hiểm có lợi nhuận cho chủ thể kinh doanh bảo hiểm, đảm bảo được quyền lợi đúng của khách hàng và giúp nhà nước quản lý tốt hơn về hoạt động này. Tỷ lệ duy trì hợp đồng là thước đo hiệu quả để biết được hoạt động kinh doanh bảo hiểm của các chủ thể có lợi nhuận không, quyền lợi của người tham gia bảo hiểm có đảm bảo không hay việc quản lý nhà nước trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm đã thực sự sâu sát và hiệu quả? tuy nhiên, trong các quy định tại luật chuyên ngành chính về hoạt động kinh doanh bảo hiểm lại không có một điều khoản nào quy định về tỷ lệ duy trì hợp đồng của các chủ thể kinh doanh bảo hiểm.

Luật chuyên ngành về lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm còn thiếu sót nên kéo theo cả văn bản điều chỉnh riêng về hoạt động kinh doanh bảo hiểm của tổ chức tín dụng cũng chưa tập trung vào quy định tỷ lệ duy trì hợp đồng. Cụ thể tại thông tư liên tịch Số 86/2014/TTLT-BTC-NHNNVN mặc dù có quy định chi tiết về hợp đồng đại lý, nhưng chưa có một quy định nào nói về tỷ lệ duy trì cần đảm bảo, điều này nói lên hoạt động phân phối các sản phẩm BHNT nói chung tại các kênh phân phối và hoạt động phân phối BHNT nói riêng tại kênh Bancassurance ở Việt Nam chưa được chú trọng vì thiếu khung pháp lý, dẫn đến dịch vụ tư vấn và chăm sóc khách hàng tham gia BHNT chưa tốt, nên tỷ lệ người dân tham gia BHNT và tỷ lệ duy trì hợp đồng BHNT tại Việt Nam ở mức thấp so với nhiều quốc gia trong khu vực.

4. Giải pháp hoàn thiện một số quy định của pháp luật về quyền của người tham gia bảo hiểm nhân thọ qua kênh Bancassurance

Với thực trạng quy định của pháp luật về hoạt động kinh doanh BHNT tại kênh Bancassurance như trên đã tạo ra một cuộc khủng hoảng niềm tin của người tham gia BHNT với các chủ thể kinh doanh bảo hiểm nói chung và kênh Bancassurance nói riêng. Để khắc phục phần nào thực trạng này, hướng đến mục tiêu năm 2025 đạt 15%,

năm 2030 đạt 18% người dân Việt Nam tham gia BHNT, tác giả đề xuất một số giải pháp khắc phục thực trạng trên:

Thứ nhất, bổ sung thêm các hình thức xử lý đối với kênh bancassurance khi vi phạm quyền được lựa chọn doanh nghiệp bảo hiểm của người tham gia bảo hiểm để giao kết hợp đồng bảo hiểm nhân thọ.

Một là, tăng thêm mức phạt tiền tại Nghị định 98/2013/NĐ-CP của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm, kinh doanh xổ số đã được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Nghị định số 48/2018/NĐ-CP và Nghị định số 80/2019/NĐ-CP đối với các ngân hàng vi phạm đối với các hành vi như không cung cấp đầy đủ thông tin liên quan đến hợp đồng bảo hiểm, không giải thích các điều kiện, điều khoản bảo hiểm cho bên mua bảo hiểm khi giao kết hợp đồng bảo hiểm; triển khai các sản phẩm bảo hiểm thuộc nghiệp vụ bảo hiểm liên kết đầu tư, ép buộc các tổ chức, cá nhân mua bảo hiểm dưới mọi hình thức. Mức phạt tiền cần phải cao hơn theo giá trị gói bảo hiểm mà ngân hàng được hưởng từ phía các doanh nghiệp bảo hiểm và tăng thêm hình phạt bổ sung nếu vi phạm từ 2 lần trở lên có thể bổ sung đình chỉ luôn hoạt động trong vòng 1 đến 3 năm nội dung, phạm vi liên quan trực tiếp đến hành vi vi phạm hành chính trong Giấy phép thành lập và hoạt động.

Hai là, Bộ tài chính và Ngân hàng Nhà nước cần quy định chi tiết thêm trong thông tư liên tịch 86/2014/TTLT-NHNNVN về việc điều chỉnh hoạt động của đại lý bảo hiểm, tổ chức tín dụng trong hoạt động tư vấn bảo hiểm đối với các khách hàng tại tham gia bảo hiểm tại ngân hàng, các quy định phải hướng đến việc đảm bảo quyền được chủ động lựa chọn tham gia bảo hiểm khi nào và ở kênh phân phối nào .

Ba là, Ngân hàng Nhà nước cần có quy định chi tiết trong công văn 506/NHNN-TTGSNH về chấn chỉnh hoạt động cung ứng dịch vụ liên quan đến bảo hiểm về việc cấm các ngân hàng đưa việc hưởng lãi suất ưu đãi để giới thiệu khách hàng tham gia BHNT khi khách hàng chưa có nhu cầu tham gia. Bởi mỗi sản phẩm BHNT sẽ có những ưu việt riêng, và tham gia BHNT là một kế hoạch đóng phí dài hạn, thông thường từ 10 năm, nên khách hàng cần được tư vấn kỹ các gói BHNT đúng với nhu cầu, thời điểm của mình và khách hàng cần chuẩn bị cả về khả năng tài chính để tham gia dài hạn. Nhiều ngân hàng quy định tham gia BHNT khi vay vốn mới được giảm lãi suất và giải ngân nhanh nên khách hàng vì muốn được nhanh

chóng khoản vay mà phải tham gia BHNT khi chưa đúng thời điểm, đúng khả năng tài chính hiện tại. Tham gia BHNT thông qua hoạt động vay vốn khi khách hàng chưa chủ động sẵn sàng thì khách hàng cũng không duy trì hợp đồng lâu dài, điều này không những sẽ ảnh hưởng rất lớn đến tài chính khách hàng đã bỏ ra, mà còn giảm niềm tin của khách hàng đối với ý nghĩa của BHNT trong cuộc sống, kéo theo tỷ lệ duy trì hợp đồng thấp⁹, khách mất niềm tin với hoạt động tư vấn BHNT sẽ góp phần làm cho tỷ lệ người dân Việt Nam tham gia BHNT ít, gián tiếp làm cho ngành BHNT không phát huy hết vai trò kinh tế, xã hội đối với mỗi quốc gia.

Ngoài ra, Ngân hàng Nhà nước cần có hướng xử lý cụ thể nghiêm, chặt chẽ khi phát hiện hành vi nhân viên ngân hàng ép khách tham gia BHNT để hưởng lãi suất ưu đãi, giải ngân nhanh, cần hướng dẫn bằng quy định cụ thể tại công văn này về việc cấm các ngân hàng áp KPI về tư vấn BHNT đối với đại lý, nhân viên ngân hàng.

Thứ hai, Bộ Tài chính và Ngân hàng Nhà nước cần chi tiết hơn các quy định liên quan đến hoạt động đào tạo kiến thức sản phẩm, nghiệp vụ cho đại lý bảo hiểm tại kênh Bancassurance.

Một là, trong Thông tư 69/2022/TT-BTC cần bổ sung thêm quy định đại lý tại các tổ chức tín dụng khi tư vấn sản phẩm BHNT đầu tư ILP cần có 1 tư vấn có mã số ILP và một nhân viên ngân hàng có kiến thức và thực tiễn về các sản phẩm đầu tư tại ngân hàng tư vấn, quá trình tư vấn sẽ có ghi âm chứng minh hợp đồng này được tư vấn bởi 2 nhân viên đã quy định.

Hai là, Ngân hàng Nhà nước cần hoàn thiện quy định giám sát hoạt động đào tạo kiến thức, nghiệp vụ BHNT cho các đại lý tại các tổ chức tín dụng, đặc biệt kênh Bancassurance. Cần xử lý nghiêm đối với các ngân hàng không tuân thủ hoạt động đào tạo nâng cao nghiệp vụ, kiến thức cho các đại lý tại ngân hàng mình quản lý.

Thứ ba, cần bổ sung quy định về tỷ lệ duy trì hợp đồng vào trong quy định của văn bản quy phạm pháp luật liên quan đến hoạt động kinh doanh bảo hiểm.

⁹ Tham khảo thêm kết quả thanh tra của Cục quản lý giám sát bảo hiểm tiến hành thanh tra 4 doanh nghiệp bảo hiểm qua ngân hàng Prudential, MB Ageas, Sun Life và BIDV Metlife, <https://thoibaotaichinhvietnam.vn/cong-bo-ket-qua-thanh-tra-viec-ban-bao-hiem-qua-ngan-hang-tai-4-doanh-nghiep-bao-hiem-2471.media> , 01/07/2023

Một là, giành hẳn một chương về tỷ lệ duy trì hợp đồng trong Luật Kinh doanh bảo hiểm, trong đó quy định mức sàn về tỷ lệ duy trì hợp đồng của các chủ thể kinh doanh bảo hiểm và quy định về số lần tối thiểu trong 1 năm để các chủ thể kinh doanh bảo hiểm công bố tỷ lệ duy trì hợp đồng.

Hai là, đối với tỷ lệ duy trì hợp đồng tại kênh Bancassurance thì cần bổ sung thêm quy định tỷ lệ duy trì hợp đồng vào Điều 6 Thông tư liên tịch 86. Quy định tỷ lệ k2 tối thiểu tại kênh này, nhưng không thấp hơn mức quy định tại Luật Kinh doanh bảo hiểm.

Ba là, Bộ tài chính, Ngân hàng Nhà nước cần có cơ chế đánh giá, giám sát kênh Bancassurance thông qua k2, coi đây là một trong những tiêu chí quan trọng nhất đánh giá chất lượng hoạt động Bancassurance. Vì dù sao, nếu tỷ lệ khách hàng hủy hợp đồng bảo hiểm năm thứ 2 cao, có nghĩa là có nhiều khách hàng không thực sự có nhu cầu mua bảo hiểm mà đúng là bị “ép” mua. Nếu Bộ Tài chính, Ngân hàng Nhà nước có những cơ chế đánh giá, giám sát Bancassurance về chỉ số K2, ví dụ “có thể xem xét áp dụng tiêu chuẩn K2 trong hoạt động Bancassurance tương tự như tiêu chuẩn phân loại nợ xấu của các ngân hàng hiện nay trong hoạt động tín dụng (K2 thấp dưới chuẩn sẽ phải giải trình và có thể áp dụng biện pháp hạn chế tăng trưởng”¹⁰.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Báo tin tức, chấn chỉnh hoạt động bán bảo hiểm qua ngân hàng, nhân viên cố tình tư vấn sai lệch, <https://www.baodanang.vn/channel/5404/202306/chan-chinh-hoat-dong-ban-bao-hiem-qua-ngan-hang-nhan-vien-co-tinh-tu-van-sai-lech-3946991/>, 17/6/2023
2. Diễm Ngọc (2023), kiểm soát chất lượng Bancassurance, áp chỉ số như phân loại nợ xấu, <https://diendandoanhngiep.vn/kiem-soat-chat-luong-bancassurance-ap-chi-so-nhu-phan-loai-no-xau-239919.html> , 03/03/2023
3. Đình Chiến (2023), nghiên cứu hoàn thiện cơ chế, chính sách và chế tài pháp luật điều chỉnh hoạt động kinh doanh bảo hiểm qua ngân hàng,

¹⁰Diễm Ngọc (2023), *kiểm soát chất lượng Bancassurance, áp chỉ số như phân loại nợ xấu*, <https://diendandoanhngiep.vn/kiem-soat-chat-luong-bancassurance-ap-chi-so-nhu-phan-loai-no-xau-239919.html> , 03/03/2023

<https://phaply.net.vn/khan-truong-nghien-cuu-hoan-thien-co-che-chinh-sach-va-che-tai-phap-luat-dieu-chinh-hoat-dong-kinh-doanh-bao-hiem-qua-ngan-hang-a256524.html>, 05/07/2023

4. Hải Vân (2023), gần 1 triệu hợp đồng bảo hiểm được bán qua ngân hàng năm 2022, <https://vneconomy.vn/gan-1-trieu-hop-dong-bao-hiem-duoc-ban-qua-ngan-hang-nam-2022> , 25/04/2023

5. Minh Minh, N.Lan, công bố kết quả thanh tra 4 doanh nghiệp bảo hiểm, <https://www.tinnhanhchungkhoan.vn/cong-bo-ket-qua-thanh-tra-4-doanh-nghiep-bao-hiem-post324946.html>, 30/06/2023

6. Ngô Trung Dũng, phó tổng thư ký hiệp hội bảo hiểm Việt Nam: Hiện tại trên thị trường có 31 DNBH phi nhân thọ, 19 DNBH nhân thọ, 2 doanh nghiệp tái bảo hiểm đang hoạt động. Tổng số đại lý bảo hiểm đang hoạt động khoảng gần 800.000 người, <https://kinhte247.com.vn/tin-spider/enternews.vn/kiem-soat-chat-luong-bancassurance-ap-chi-so-nhu-phan-loai-no-xau.html>

7. Quy tắc điều khoản An Khang tài lộc, Công ty bảo hiểm Hanwha life

8. <https://thoibaotaichinhvietnam.vn/cong-bo-ket-qua-thanh-tra-viec-ban-bao-hiem-qua-ngan-hang-tai-4-doanh-nghiep-bao-hiem-2471.media> , 01/07/2023

9. <https://sputniknews.vn/20230626/bi-to-lua-dao-bao-hiem-o-viet-nam-lo-diem-yeu-chi-tu-23800610.html>, 26/06/2023

LEGAL REGULATIONS CONCERNING THE RIGHTS OF PARTICIPANTS IN LIFE INSURANCES THROUGH THE BANCASSURANCE CHANNEL

Abstract: This article focuses on clarifying certain provisions of the law regarding the rights of participants in life insurance, analyzing the current status of certain legal provisions concerning the rights of participants in life insurance through the Bancassurance channel. As a result, this article proposes solutions for improving some of the legal regulations regarding the rights of participants in life insurance through the Bancassurance channel.

Keywords: rights of participants; life insurance; bancassurance

BẢO VỆ THÔNG TIN CÁ NHÂN CỦA NGƯỜI TIÊU DÙNG TRÊN KHÔNG GIAN MẠNG

Trịnh Hoàng Minh*

Tóm tắt: Bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng là trách nhiệm chung của toàn xã hội, vấn đề vi phạm pháp luật về thông tin cá nhân của người tiêu dùng đang là một vấn nạn lớn, đặc biệt xuất phát từ các giao dịch trên không gian mạng, vì vậy vấn đề cấp thiết hiện nay là việc hoàn thiện khung pháp lý về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trong môi trường không gian mạng. Ở Việt Nam và các quốc gia trên thế giới, giao dịch trên không gian mạng phát triển một cách nhanh chóng, mở rộng xuyên qua nhiều quốc gia nên việc phát sinh những rủi ro trên không gian mạng là không thể nào tránh khỏi, vấn đề quan trọng đặt ra là thông tin cá nhân của người tiêu dùng bị xâm phạm trái phép. Bài viết đánh giá thực trạng bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng khi thực hiện các giao dịch trên không gian mạng, từ đó đề xuất các giải pháp hoàn thiện các quy định của pháp luật.

Từ khóa: Thông tin cá nhân, bảo vệ, không gian mạng.

1. Đặt vấn đề

Với sự phát triển không ngừng của nền kinh tế thị trường, đặc biệt là sự phát triển của hệ thống không gian mạng nên số lượng người tiêu dùng thực hiện các giao dịch trên không gian mạng ngày một gia tăng. Để thực hiện được các giao dịch một cách nhanh chóng, dễ dàng, người tiêu dùng buộc phải cung cấp thông tin cá nhân của mình cho doanh nghiệp, người bán hàng như địa chỉ, thông tin liên lạc, số điện thoại,... do đó giao dịch qua không gian mạng luôn đi kèm nhiều rủi ro, theo đó các cá nhân, tổ chức lợi dụng thông tin cá nhân nhằm mục đích thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật: lừa đảo, chiếm đoạt tài sản, bán hàng giả, hàng kém chất lượng,... Các thông tin cá nhân sau khi được các cá nhân, tổ chức, doanh nghiệp tiếp cận tạo thành nguồn dữ liệu mang giá trị thương mại cho các hoạt động quảng cáo, tiếp thị,... trên thị trường không gian mạng.

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: trinhhoangminhls@gmail.com.

Hiện nay, các quy định pháp lý về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng qua các giao dịch trên không gian mạng vẫn chưa rõ, còn một số nội dung chưa đầy đủ. Hành lang pháp lý còn bất cập, khiến người tiêu dùng đã chịu nhiều thiệt hại nghiêm trọng với nhiều hành vi vi phạm pháp luật khi bị đánh cắp thông tin cá nhân trên không gian mạng. Nhằm hạn chế những rủi ro không đáng có cho người tiêu dùng, nhiều quốc gia trên thế giới đã ban hành các văn bản pháp luật điều chỉnh về chuẩn mực tiếp cận và sử dụng thông tin cá nhân của người tiêu dùng khi thực hiện các giao dịch trên không gian mạng.

2. Định nghĩa về thông tin cá nhân

Thông tin cá nhân là những thông tin đủ để xác định chính xác danh tính một cá nhân, bao gồm ít nhất nội dung trong những thông tin như: họ tên, ngày sinh, nghề nghiệp, chức danh, địa chỉ liên hệ, địa chỉ thư điện tử, số điện thoại, số chứng minh nhân dân, số hộ chiếu,... Một số thông tin thuộc bí mật cá nhân gồm có hồ sơ y tế, hồ sơ nộp thuế, số thẻ bảo hiểm xã hội, số thẻ tín dụng và những bí mật cá nhân khác. Vào năm 2008, Bộ Công thương đã dịch "*Những nguyên tắc cơ bản về bảo vệ dữ liệu cá nhân trong thương mại điện tử của APEC*" sang tiếng Việt, trong đó APEC cho rằng thông tin cá nhân là bất kỳ thông tin nào để xác định được hay có thể xác định được danh tính của một cá nhân cụ thể. Những nguyên tắc bảo vệ dữ liệu cá nhân được xây dựng trong bối cảnh một số nền kinh tế trong khu vực đã có hệ thống pháp luật hoàn thiện về bảo vệ dữ liệu cá nhân, trong khi một số nền kinh tế khác có thể mới đang nghiên cứu, xem xét vấn đề này. Hệ thống pháp luật của từng nền kinh tế (nếu có) cũng đưa ra những cách thức điều chỉnh khác nhau đối với vấn đề bảo vệ dữ liệu cá nhân. Chẳng hạn, một số luật phân định rạch ròi giữa thông tin dễ tìm kiếm với những thông tin khác. Bất chấp những khác biệt này, nguyên tắc bảo vệ dữ liệu cá nhân được xây dựng nhằm đưa ra một cách tiếp cận nhất quán cho các hệ thống luật pháp về bảo vệ dữ liệu cá nhân của các nước thành viên APEC. Nguyên tắc bảo vệ dữ liệu cá nhân áp dụng đối với thông tin cá nhân, là thông tin có thể dùng để xác định danh tính của một con người cụ thể. Thông tin cá nhân cũng bao gồm những thông tin không đáp ứng được tiêu chí trên, nhưng khi kết hợp với những thông tin khác có thể giúp xác định danh tính của một con người cụ thể. Tổ chức Hợp tác và Phát triển kinh tế OECD (Organization for Economic Co-operation and Development) đã thông qua Hướng dẫn

1980. Sự ra đời của hướng dẫn này đã góp phần gây sự chú ý của quốc tế về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng và những rủi ro mà vấn đề này mang lại đối với nền kinh tế. Theo tổ chức này việc đảm bảo an toàn, các thông tin đặc biệt là thông tin cá nhân trên không gian mạng là một trong những vấn đề quan trọng trong việc xây dựng chính sách pháp luật của họ. Công ước 108 của Hội đồng Châu Âu liên quan đến vấn đề xử lý dữ liệu cá nhân, đây được xem là Công ước ràng buộc quốc tế về mặt pháp lý duy nhất về bảo vệ thông tin cá nhân cung cấp cho các quốc gia và tổ chức trên thế giới một chế độ kiểu mẫu liên quan đến việc xử lý dữ liệu cá nhân [1]. Năm 2016, Liên minh Châu Âu ban hành GDPR (General Data Protection Regulation) có hiệu lực thi hành từ ngày 25/5/2018 và được coi là một quy định chung về bảo vệ dữ liệu cá nhân, tránh khỏi những hành vi thu thập dữ liệu cá nhân trái pháp luật từ người dùng. GDPR định nghĩa dữ liệu cá nhân là: *“Bất kỳ thông tin nào liên quan đến cá nhân được xác định hoặc có thể nhận dạng cá nhân (chủ thể dữ liệu)”*. Trong đó, một người có thể được xác định trực tiếp hoặc gián tiếp thông qua tham chiếu đến mã định danh như tên, số nhận dạng, dữ liệu vị trí,... Có thể thấy rằng, GDPR phân biệt các dữ liệu cá nhân về khả năng định dạng [2]. Tại Điều 1034, Bộ luật Dân sự Trung Quốc quy định: *“Thông tin cá nhân là thông tin được ghi lại bằng điện tử hoặc dưới các hình thức khác có thể xác định một cá nhân cụ thể hoặc kết hợp với thông tin khác [3].”*

Như vậy, qua các định nghĩa từ một số quốc gia trên thế giới, có thể thấy mỗi quốc gia đều có định nghĩa khác nhau về thuật ngữ thông tin cá nhân. Các định nghĩa đó có nội hàm chung là thông tin cá nhân về cơ bản đó là quyền con người, rõ hơn đó là quyền riêng tư của cá nhân. Tuy nhiên, thông tin cá nhân là một định nghĩa mang tính khái quát cao, thực tế thông tin cá nhân rất đa dạng và phong phú, nó tồn tại dưới nhiều hình thức khác nhau, tùy vào hoàn cảnh cụ thể của mỗi quốc gia mà đưa ra định nghĩa về thông tin cá nhân khác nhau.

3. Quy định của pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân người tiêu dùng trong giao dịch không gian mạng

Không gian mạng hiện nay là môi trường lý tưởng cho việc thực hiện các giao dịch trong nước và xuyên biên giới một cách nhanh chóng, đạt hiệu quả cao, thủ tục được cắt giảm chỉ qua vài thao tác đơn giản trên hệ thống. Do đó, yêu cầu đặt ra ở đây là phải có hành lang pháp lý thống nhất điều chỉnh các vấn đề phát sinh từ các

giao dịch trên không gian mạng nhằm bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng. Không ai có thể bị xâm phạm một cách độc đoán vào đời tư, gia đình, nhà ở, thư tín, hay bị xúc phạm đến danh dự hay thanh danh. Ai cũng có quyền được luật pháp bảo vệ chống lại những xâm phạm ấy [4]. Đây là được xem là cột mốc cơ bản, quan trọng để các quốc gia trên thế giới đặt mục tiêu thực hiện và bảo vệ trước mọi hành vi xâm phạm đến cuộc sống riêng tư của mỗi cá nhân. Vào năm 1946, Việt Nam có bản Hiến pháp đầu tiên quy định nhà ở và thư tín của công dân không ai được xâm phạm trái pháp luật. Hành động này đã chứng minh Việt Nam luôn đề cao quyền riêng tư của công dân, đây là vấn đề luôn được Đảng và Nhà nước quan tâm, chú trọng. Sau gần 70 năm ban hành, Hiến pháp 1946 có một số nội dung về quyền riêng tư chưa rõ ràng nên đến năm 2013, Việt Nam ban hành Hiến pháp mới quy định cụ thể hơn, theo đó

“Mọi người có quyền bất khả xâm phạm về đời sống, riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình; có quyền bảo vệ danh dự, uy tín của mình; thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình được pháp luật bảo đảm an toàn”. Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định về quyền riêng tư phù hợp với Hiến pháp năm 2013 như sau:

*“1. Đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình là bất khả xâm phạm và được pháp luật bảo vệ.
2. Việc thu thập, lưu giữ, sử dụng, công khai thông tin liên quan đến đời sống riêng tư, bí mật cá nhân phải được người đó đồng ý, việc thu thập, lưu giữ, sử dụng, công khai thông tin liên quan đến bí mật gia đình phải được các thành viên gia đình đồng ý, trừ trường hợp luật có quy định khác.*

3. Thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của cá nhân được bảo đảm an toàn và bí mật.

Việc bóc mở, kiểm soát, thu giữ thư tín, điện thoại, điện tín, cơ sở dữ liệu điện tử và các hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác chỉ được thực hiện trong trường hợp luật quy định.

4. Các bên trong hợp đồng không được tiết lộ thông tin về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân, bí mật gia đình của nhau mà mình đã biết được trong quá trình xác lập, thực hiện hợp đồng, trừ trường hợp có thỏa thuận khác”.

Quy định này đảm bảo tính hợp hiến, thống nhất trong toàn bộ hệ thống pháp luật của Việt Nam, Bộ luật Dân sự năm 2015 đã liệt kê các hành vi vi phạm liên quan

đến quyền riêng tư, việc bổ sung thuật ngữ về cơ sở dữ liệu điện tử đã mở rộng về phạm vi trong việc đảm bảo quyền riêng tư không chỉ tồn tại dưới các hình thức truyền thống như điện thoại, thư tín,... mà còn tồn tại dưới hình thức trên không gian mạng. Ngoài ra, vấn đề bảo vệ thông tin cá nhân cũng được quy định tại một số văn bản pháp luật chuyên ngành như Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010, Luật Giao dịch điện tử năm 2005, Luật An toàn thông tin mạng năm 2015. Để thực hiện các văn bản pháp luật chuyên ngành này trên thực tế một cách có hiệu quả, ngày 19/11/2021 Bộ Công thương ban hành Văn bản số 14/VBHN-BCT về hợp nhất Nghị định về Thương mại điện tử; Thông tư số 01/2022/TT-BCT ngày 18/01/2022 về sửa đổi, bổ sung một số điều của Thông tư số 47/2014/TT-BCT ngày 05/12/2014 của bộ công thương quy định về quản lý website thương mại điện tử và thông tư số 59/2015/TT-BCT ngày 31/12/2015 của bộ công thương quy định về quản lý hoạt động thương mại điện tử qua ứng dụng trên thiết bị di động; Văn bản số 20/VBHN-BTC ngày 18/3/2020 về hợp nhất Thông tư quy định về quản lý website thương mại điện tử. Ngày 17/4/2023, Chính phủ vừa ban hành Nghị định số 13/2023/NĐ-CP về bảo vệ dữ liệu cá nhân, có hiệu lực ngày 01/7/2023, đây là một trong những văn bản quy định chi tiết 11 quyền về chủ thể dữ liệu. Đây là một trong những Nghị định sau khi vừa ban hành nhận được nhiều sự quan tâm từ các tổ chức, doanh nghiệp, vì vậy ngày 07/6/2023, Bộ Công an đã cho phát hành tài liệu về Hội nghị phổ biến, hướng dẫn Nghị định này về bảo vệ dữ liệu cá nhân [5].

Như vậy, vấn đề bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trong các giao dịch không gian mạng được quy định ở rất nhiều văn bản quy phạm pháp luật khác nhau. Từ những quy định trên, tác giả đã có một cách nhìn tổng thể, đa chiều và nhận thấy một số thực trạng sau:

Một là, tình hình vi phạm pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng

Các hệ thống thông tin trên không gian mạng (hay là hệ thống thông tin trực tuyến) là môi trường thuận lợi, tạo điều kiện dễ dàng cho các đối tượng muốn đánh cắp, khai thác dữ liệu trái phép. Tùy vào từng trường hợp cụ thể như phạm vi bảo mật, giá trị của thông tin người tiêu dùng cung cấp mà xảy ra nhiều mức độ khác nhau, hầu hết đều ở mức nghiêm trọng và rất nghiêm trọng. Không chỉ ở Việt Nam,

mà hiện nay các quốc gia trên thế giới cũng xảy ra rất nhiều trường hợp đánh cắp thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên hệ thống không gian mạng bởi những tội phạm sử dụng công nghệ cao. Tội phạm công nghệ cao trong tiếng anh là Cyber criminal, là bất kỳ một hành động phi pháp nào liên quan đến máy tính hoặc mạng máy tính, tội phạm công nghệ cao được định nghĩa là: "*Hành vi phạm pháp có chủ đích đối với một cá nhân, một nhóm người hay một tổ chức nào đó, gây ảnh hưởng xấu đến danh tiếng của nạn nhân hoặc gây hại về mặt vật chất hoặc tinh thần cho nạn nhân một cách trực tiếp hoặc gián tiếp bằng những công nghệ hiện đại liên quan đến mạng viễn thông như Internet (việc này cũng bao gồm các nhóm chat, email, mạng xã hội,...) và điện thoại (các công nghệ Bluetooth, 3G, SMS, MMS,...)*" [6]. Theo thống kê của Tập đoàn An ninh mạng Cybersecurance Ventures, các cuộc tấn công mạng hiện nay ở mức đáng báo động cụ thể như phá hủy dữ liệu, lừa đảo chiếm đoạt tài sản, hủy hoại uy tín, tổ chức cá nhân,... trong 06 tháng đầu năm 2022 đã làm tê liệt toàn bộ hệ thống thông tin nội bộ của Bộ Tài chính Costa Rica, gây thiệt hại nghiêm trọng về kinh tế, các hoạt động xuất nhập khẩu bị treo, đóng băng không thực hiện được. Ngoài những hành vi tấn công phổ biến thông qua hộp thư điện tử, các vật trung gian như đã đề cập ở trên hay thông qua các thiết bị hiện đại thì nguồn gốc của những hành vi này là xuất phát từ người tiêu dùng. Hiện nay, một số bộ phận cá nhân người tiêu dùng còn hạn chế về thông tin, kiến thức, đặc biệt việc phát triển của không gian mạng làm cho cá nhân người tiêu dùng trở nên chủ quan, thiếu sự cẩn trọng trong việc thực hiện các giao dịch trên không gian mạng. Cơ quan quản lý nhà nước còn hạn chế về nhân lực, cũng như năng lực chưa được đào tạo chuyên sâu và nâng cao dẫn đến công tác đảm bảo an ninh mạng từ các phần mềm chưa chặt chẽ và thiếu kinh nghiệm.

Hai là, hoạt động của cá nhân người tiêu dùng trên không gian mạng

Đứng trước nguy cơ tội phạm sử dụng công nghệ cao diễn ra ngày càng cao, việc để lộ, mất thông tin cá nhân của người tiêu dùng đến từ việc sử dụng không gian mạng để thực hiện các giao dịch hoặc cũng có thể bị lộ, mất bởi các tổ chức, doanh nghiệp quản trị dữ liệu cá nhân người tiêu dùng. Bên cạnh một số lợi ích tích cực, từ việc giao dịch trên không gian mạng thì nguy cơ vi phạm về bảo vệ thông tin cá nhân của

người tiêu dùng trên không gian mạng từ chính người tiêu dùng, có thể kể đến một số hành vi như sau:

- Ý thức về bảo vệ thông tin cá nhân còn hạn chế, chưa đầy đủ, chưa phù hợp với tình hình hiện nay, đó cũng chính là nguyên nhân dễ dẫn đến việc để lộ, mất thông tin cá nhân, bị ăn cắp thông tin cá nhân để phục vụ cho những hành vi trái pháp luật.

- Các cuộc tấn công của tội phạm công nghệ cao thường dựa trên cơ chế bảo mật của thông tin cá nhân người tiêu dùng không được đảm bảo, các bước bảo mật đối với tài khoản còn đơn giản, dễ bị tấn công.

- Người tiêu dùng chưa ý thức được mức độ nghiêm trọng của việc để lộ, mất thông tin cá nhân, tình trạng đăng tải công khai hoặc lộ thông tin trong quá trình thực hiện giao dịch, trao đổi kinh doanh còn phổ biến, dẫn đến việc các thông tin đó bị chiếm đoạt, mua bán công khai trên không gian mạng.

- Một số thành phần cá nhân người tiêu dùng thường hay chia sẻ thông tin các giao dịch mà bản thân mình hay thực hiện lên mạng xã hội như: chia sẻ thông tin chuyển khoản ngân hàng, thông tin địa chỉ, số điện thoại, họ tên,...đây cũng là một trong những lý do phổ biến tạo cơ hội cho tội phạm mạng sử dụng vào mục đích vi phạm pháp luật.

- Khi tham gia thực hiện các giao dịch trên không gian mạng, người tiêu dùng thường chủ quan khi không đọc hết các điều khoản quy định, bảo mật của trang thông tin thực hiện giao dịch dẫn đến những hậu quả không lường trước được khi có sự cố xảy ra.

Ba là, các hành vi vi phạm liên quan đến thu thập thông tin cá nhân

Thời gian qua, xảy ra nhiều tình trạng các tổ chức, doanh nghiệp có những hoạt động thu thập thông tin cá nhân tràn lan, rộng rãi chưa có biện pháp xử lý, khắc phục. Các tổ chức, doanh nghiệp hiện nay chưa xây dựng được chính sách bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng khi thực hiện các giao dịch trên không gian mạng. Bên cạnh đó cần có cơ chế tiếp nhận, giải quyết những khiếu nại của người tiêu dùng liên quan đến việc thông tin cá nhân bị sử dụng không đúng mục đích hoặc sử dụng để gây ra những hành vi trái pháp luật. Ngoài ra, mức xử phạt đối với hành vi vi phạm quy định về thu thập, sử dụng thông tin cá nhân còn nhẹ, chưa đủ sức răn đe các đối tượng có hành vi vi phạm, cụ thể tại Điều 84 Văn bản số 08/VBHN-BTTTT

ngày 20/7/2022 của Bộ Thông tin truyền thông về hợp nhất Nghị định quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bưu chính, viễn thông, tần số vô tuyến điện, công nghệ thông tin, an toàn thông tin mạng và giao dịch điện tử có mức phạt từ 10.000.000 (Mười triệu đồng) đến 60.000.000 (Sáu mươi triệu đồng) hoặc buộc hủy bỏ các thông tin cá nhân do thực hiện hành vi vi phạm. Như vậy, các hành vi sử dụng thông tin cá nhân không đúng mục đích, cung cấp, chia sẻ, phát tán, kinh doanh trái pháp luật của người tiêu dùng,... gây tổn hại nghiêm trọng đến người tiêu dùng nhưng các chế tài quy định của Việt Nam chưa làm giảm các hành vi vi phạm nêu trên so với các quốc gia khác trên thế giới. Ví dụ, theo quy định bảo vệ dữ liệu chung (GDPR) với mục đích là tăng cường quyền riêng tư thông tin cá nhân của công dân Liên minh Châu Âu đã phân tích và nêu ra 277 biện pháp trừng phạt, mức phạt tiền dao động từ 50.000.000 Euro đến 90.000.000 Euro đối với các hành vi vi phạm thông tin cá nhân [7]. Ở mức độ nghiêm trọng hơn, các hành vi vi phạm liên quan đến sử dụng thông tin cá nhân của người tiêu dùng sẽ bị xử lý trách nhiệm hình sự, cụ thể: Điều 288 Bộ luật Hình sự năm 2015 quy định: “*Tội đưa hoặc sử dụng trái phép thông tin mạng máy tính, mạng viễn thông*”. Theo đó, các hành vi như mua bán, trao đổi, sử dụng, thay đổi, công khai các thông tin cá nhân trên không gian mạng máy tính, viễn thông không được sự cho phép của chủ sở hữu thì sẽ bị phạt tiền từ 30.000.000 đến 200.000.000 triệu đồng, cải tạo không giam giữ từ 03 năm, phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm; phạt tiền từ 100.000.000 đến 200.000.000 triệu đồng, phạt tù từ 02 năm đến 07 năm.

Không gian mạng là môi trường kết nối rộng lớn, xuyên biên giới nên tồn đọng nhiều mối rủi ro, nguy cơ cùng với sự xuất hiện của những hành vi xâm phạm thông tin cá nhân của người tiêu dùng. Do đó, việc xử lý hành vi vi phạm còn gặp nhiều khó khăn, đặc biệt là tìm ra đối tượng có hành vi để lộ, mất hoặc bán thông tin cá nhân.

4. Những nguyên nhân dẫn đến việc hoàn thiện pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng

Một là, nhận thức về công tác bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng còn hạn chế, chưa phù hợp với tình hình thực tế hiện nay khi công nghệ, mạng lưới internet phát triển mạnh mẽ, là nguyên nhân dẫn đến thực trạng như phân tích nêu

trên. Nhiều thông tin cá nhân của người tiêu dùng được đăng tải tràn lan trên không gian mạng công khai. Nhận thức về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng của các chủ thể như các tổ chức, đơn vị, cá nhân,... còn chưa được chú trọng đúng mức.

Hai là, quy định pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng chưa hoàn thiện. Tuy đã được ghi nhận từ lâu, nhưng những quy định pháp luật cụ thể về bảo vệ thông tin cá nhân người tiêu dùng trên không gian mạng còn quy định rải rác, nhỏ lẻ trong các văn bản quy phạm pháp luật với từng mức độ khác nhau, chưa có quy định chi tiết, cụ thể và thiếu tính khả thi trên thực tế. Hiện nay, chưa có văn bản quy phạm pháp luật nào đưa ra một khái niệm thống nhất, chung nhất và đầy đủ về khái niệm bảo vệ thông tin cá nhân trong từng lĩnh vực. Một số khái niệm như dữ liệu cá nhân, thông tin cá nhân,... còn trùng lặp, khó áp dụng trên thực tiễn.

Ba là, hiện nay mới chỉ có Luật An toàn thông tin mạng năm 2015, Nghị định số 13/2023/NĐ-CP ngày 17/4/2023 có điều khoản quy định về nguyên tắc bảo vệ thông tin cá nhân nói chung theo hướng cá nhân phải tự bảo vệ thông tin cá nhân của mình trên cơ sở quy định của pháp luật chứ không có quy định riêng nào về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng.

Bốn là, công tác tuyên truyền, phổ biến quy định của pháp luật về bảo vệ dữ liệu cá nhân chưa đáp ứng được yêu cầu, theo kịp sự phát triển nhanh chóng của khoa học công nghệ, đặc biệt là trên môi trường không gian mạng. Các chế tài về xử lý vi phạm về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng còn thiếu, nhẹ và chưa đủ sức răn đe. Bên cạnh đó, công tác đầu tư, kinh phí để phục vụ cho việc bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng còn hạn chế; chưa khai thác và phát huy hết giá trị của việc bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng.

5. Giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng

Thứ nhất, xây dựng và ban hành một văn bản pháp luật riêng về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng. Việc nghiên cứu xây dựng văn bản pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân phải dựa trên một số quy định về bảo vệ thông tin cá nhân đã có ở Việt Nam như: Văn bản số 10/VBHN-VPQH năm 2017,

Luật An toàn thông tin mạng số 86/2015/QH13 năm 2015, Văn bản số 14/VBHN-BCT hợp nhất Nghị định về thương mại điện tử năm 2021,... và tham khảo một số quy định quốc tế về bảo vệ thông tin cá nhân qua các giao dịch trên không gian mạng như Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng của Singapore, Anh,... Từ đó xây dựng một văn bản pháp luật đầy đủ hơn, hoàn chỉnh hơn, đảm bảo nguyên tắc bảo vệ thông tin cá nhân, quy định rõ ràng về việc thu thập và xử lý các thông tin cá nhân liên quan đến cá nhân của người tiêu dùng, đề cao trách nhiệm của các chủ thể tham gia vào quá trình thu thập, xử lý thông tin, dữ liệu và trao đổi thông tin cá nhân.

Thứ hai, thống nhất quy định về khái niệm bảo vệ thông tin cá nhân trong các văn bản quy phạm pháp luật, đề xuất, bổ sung các thông tin cá nhân trong từng lĩnh vực, đảm bảo đầy đủ thông tin cá nhân của người tiêu dùng cần được bảo vệ. Cần tiếp tục nghiên cứu sửa đổi, bổ sung các Bộ luật cơ bản và các văn bản pháp luật khác có liên quan để thống nhất một cách khoa học nhất về khái niệm thông tin cá nhân.

Thứ ba, hoàn thiện các quy định về xử phạt hành vi vi phạm pháp luật về bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng thông qua các văn bản pháp luật chuyên ngành, đặc biệt xem xét, đề xuất tăng cường thêm các chế tài về hình sự liên quan đến tội phạm liên quan đến sử dụng trái phép thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng.

Thứ tư, hoàn thiện các quy định về thẩm quyền, chức năng, điều kiện xử lý của cơ quan có thẩm quyền về các trình tự, thủ tục bảo vệ thông tin cá nhân. Cần quy định cụ thể trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh đối với người tiêu dùng khi thực hiện các giao dịch trên không gian mạng, bên cạnh đó quy định chi tiết quyền hạn của từng cơ quan xử lý hành vi vi phạm liên quan tới thông tin cá nhân trong các văn bản luật như: Luật An ninh quốc gia năm 2004, Luật Công an nhân dân 2018,... Bên cạnh đó, cần phải có quy định đối với các trường hợp cấm tổ chức, cá nhân thực hiện kinh doanh có hành vi không trung thực về các kết quả đánh giá, phản hồi về dịch vụ, hàng hóa,... mà người tiêu dùng đã thực hiện.

6. Kết luận

Tóm lại, bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng đang là một trong những vấn đề được Đảng và Nhà nước hết sức quan tâm, đặc biệt các giao dịch trên không gian mạng, bảo vệ thông tin cá nhân của người tiêu dùng

chính là bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng. Mục đích sau cùng của việc bảo vệ thông tin cá nhân là bảo vệ những người tiêu dùng không bị xâm hại quyền riêng tư liên quan đến dữ liệu cá nhân của họ, đồng thời cũng là bảo vệ thông tin cá nhân của chính mình. Thông tin cá nhân của người tiêu dùng trên không gian mạng được bảo vệ an toàn tạo động lực cho môi trường phát triển nền kinh tế hiện đại và hội nhập trong bối cảnh hiện nay.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Richard Woodward (2009), *The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*, London;
2. https://www.epsu.org/sites/default/files/article/files/GDPR_FINAL_EPSU.pdf, truy cập ngày 21/6/2023;
3. Lu Zhang (2021), “*Personal information of privacy nature*” under Chinese Civil Code, đăng trên Tạp chí <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0267364921001102>, truy cập ngày 21/6/2023;
4. Tuyên ngôn Quốc tế về Nhân quyền năm 1948;
5. Bộ Công an (2023), Tài liệu về Hội nghị phổ biến, hướng dẫn Nghị định số 13/2023/NĐ-CP về bảo vệ dữ liệu cá nhân;
6. Halder, D., & Jaishankar, K. (2011), *Cyber crime and the Victimization of Women: Laws, Rights, and Regulations*. Hershey, PA, USA: IGI Global. ISBN 978-1-60960-830-9, truy cập ngày 21/6/2023;
7. Công ty Luật ACC, <https://accgroup.vn/toi-pham-cong-nghe-cao-tren-the-gioi/>, truy cập ngày 21/6/2023;
8. Wanda Presdthus, Kaja Felix Sonsline (2021), An analysis of violations and sanctions following the GDPR, truy cập ngày 21/6/2023.

PROTECTING PERSONAL INFORMATION OF CONSUMERS ONLINE

Abstracts: Protecting consumer rights is a shared responsibility of the entire society. The violation of laws regarding consumer personal information is a major

issue, especially in transactions on the internet. Therefore, it is essential to improve the legal framework for protecting consumer personal information in the online environment. In Vietnam and other countries around the world, online transactions are rapidly developing, expanding across many countries, so risks on the internet cannot be avoided. The important issue is that consumer personal information is being illegally infringed. This article evaluates the current situation of protecting consumer personal information during online transactions, and proposes solutions to improve legal regulations.

Keywords: Personal information, protection, online environment.

HOÀN THIỆN QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ CÁC TÌNH TIẾT GIẢM NHẸ TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ THEO ĐIỀU 51 BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015

Dương Thị Cẩm Nhung*

Trần Thị Thanh Hằng**

Tóm tắt: Bài viết phân tích về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự theo Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 trên cơ sở đánh giá, so sánh với Bộ luật hình sự năm 1999. Bài viết nêu lên một số bất cập trong quy định của pháp luật và thực tiễn áp dụng các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, từ đó đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015.

Từ khóa: Tình tiết giảm nhẹ, trách nhiệm hình sự, Bộ luật hình sự năm 2015.

1. Đặt vấn đề

Tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự là tình tiết được quy định trong Bộ luật hình sự với tính chất là tình tiết giảm nhẹ chung hoặc là tình tiết được ghi nhận trong văn bản hướng dẫn áp dụng pháp luật hay do Tòa án tự xem xét, cân nhắc và ghi rõ trong bản án, đồng thời là một trong những căn cứ để Tòa án cá thể hóa trách nhiệm hình sự và hình phạt đối với người phạm tội theo hướng giảm nhẹ hơn trong phạm vi một khung hình phạt. Các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự có ý nghĩa lớn trong việc tạo ra sự công bằng xã hội và bảo vệ công lý, bởi bản chất của hình phạt là rất nghiêm khắc, là hậu quả bất lợi mà người phạm tội phải gánh chịu khi bị truy cứu trách nhiệm hình sự¹. Việc quy định các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự giúp cho cơ quan tiến hành tố tụng xác định một cách khách quan, công bằng hơn các hành vi phạm tội, nhân thân, hoàn cảnh của người phạm tội... nhằm thực hiện được mục đích của hình phạt là giáo dục, cải tạo người phạm tội trở thành công dân có ích cho xã hội.

So với Bộ luật hình sự năm 1999 thì Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi bổ sung năm 2017 (gọi tắt là Bộ luật hình sự năm 2015) đã có một số thay đổi về chính sách

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: nhungdtc@hul.edu.vn

** ThS.NCS., Trường Đại học Thủ Dầu Một.

¹ Nguyễn Ngọc Kiên (2020), *Giáo trình luật hình sự Việt Nam phần chung*, NXB Tư pháp, Hà Nội, tr244.

hành sự nhằm tạo hành lang pháp lý quan trọng trong việc phòng chống tội phạm và đảm bảo quyền con người, đảm bảo việc thể chế hóa quan điểm của Đảng về cải cách tư pháp và cụ thể hóa tinh thần của Hiến pháp năm 2013.

2. Những điểm mới cơ bản về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của Bộ luật hình sự năm 2015 so với Bộ luật hình sự năm 1999

Bộ luật hình sự năm 2015 đã bổ sung thêm 04 tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự so với quy định của Bộ luật hình sự năm 1999 và hoàn thiện hơn về kỹ thuật lập pháp đối với một số tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự khác.

Về hình thức, các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự trong Bộ luật hình sự năm 2015 được quy định tại Điều 51 bao gồm 3 khoản, trong đó khoản 1 quy định 22 điểm, tương ứng với 22 tình tiết giảm nhẹ, tăng thêm 04 tình tiết giảm nhẹ so với khoản 1 Điều 46 Bộ luật hình sự năm 1999; khoản 2 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi một số nội dung về kỹ thuật lập pháp; khoản 3 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 thì nội dung không có gì khác so với Bộ luật hình sự năm 1999.

Có 04 tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự được bổ sung thêm trong Bộ luật hình sự năm 2015 cụ thể:

Thứ nhất, điểm đ khoản 1 Điều 51 quy định: “*Phạm tội trong trường hợp vượt quá mức cần thiết khi bắt giữ người phạm tội*”. Quy định này được hiểu là trường hợp người phạm tội có động cơ bắt giữ người phạm tội, nhưng khi thực hiện việc bắt giữ thì họ đã dùng vũ lực gây thiệt hại cho người bị bắt giữ vượt quá mức cần thiết theo quy định tại Điều 24 Bộ luật hình sự năm 2015. Nội dung Điều 24 được hiểu là việc bắt giữ người phạm tội được thực hiện bằng sử dụng vũ lực, gây thiệt hại cho người bị bắt giữ là hành vi phù hợp với lợi ích xã hội, vì việc làm này không chỉ giúp các cơ quan nhà nước có điều kiện truy cứu trách nhiệm hình sự người phạm tội mà còn có tác dụng phòng ngừa họ phạm tội lại². Thiệt hại cho người bị bắt giữ ở tình tiết giảm nhẹ này có thể là thiệt hại về thể chất, vật chất hoặc tinh thần, nhưng phải đảm bảo có mối quan hệ nhân quả trực tiếp với hành vi dùng vũ lực khi bắt giữ người phạm tội.

Thứ hai, điểm l khoản 1 Điều 51 quy định: “*Phạm tội trong trường hợp bị hạn chế khả năng nhận thức mà không phải do lỗi của mình gây ra*”. Quy định này được

² Nguyễn Ngọc Hòa (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật hình sự năm 2015*, Nxb Tư pháp, Hà Nội, tr.131

hiểu là trường hợp người phạm tội thực hiện hành vi trong tình trạng nhận thức về hành vi phạm tội của mình bị hạn chế. Tình trạng này là do khách quan, không phải do ý thức chủ quan của người phạm tội. Có thể họ bị ép buộc, bị lừa dối hoặc do nguyên nhân khách quan khác.

Thứ ba, điểm p khoản 1 Điều 51 quy định: “*Người phạm tội là người khuyết tật nặng hoặc khuyết tật đặc biệt nặng*”. Đây là quy định thể hiện nguyên tắc nhân đạo trong pháp luật hình sự Việt Nam đối với những người khuyết tật nặng hoặc khuyết tật đặc biệt nặng. Đó là những người có khiếm khuyết về thể chất so với người bình thường, người khuyết tật đặc biệt nặng là người do khuyết tật dẫn đến không thể tự thực hiện việc phục vụ nhu cầu sinh hoạt cá nhân hàng ngày và người khuyết tật nặng là người do khuyết tật dẫn đến không thể tự thực hiện một số việc phục vụ nhu cầu sinh hoạt cá nhân hàng ngày.³

Thứ tư, điểm x khoản 1 Điều 51 quy định: “*Người phạm tội là người có công với cách mạng hoặc là cha, mẹ, vợ, chồng, con của liệt sĩ*”. Tình tiết giảm nhẹ này xuất phát từ chính sách của Nhà nước ta đối với người có công với cách mạng và thân nhân của họ. Người có công với cách mạng bao gồm: Người hoạt động cách mạng trước ngày 01 tháng 01 năm 1945; Người hoạt động cách mạng từ ngày 01 tháng 01 năm 1945 đến ngày khởi nghĩa tháng Tám năm 1945; Liệt sĩ; Bà mẹ Việt Nam anh hùng; Anh hùng Lực lượng vũ trang nhân dân; Anh hùng Lao động trong thời kỳ kháng chiến; Thương binh, bao gồm cả thương binh loại B được công nhận trước ngày 31 tháng 12 năm 1993; người hưởng chính sách như thương binh; Bệnh binh; Người hoạt động kháng chiến bị nhiễm chất độc hóa học; Người hoạt động cách mạng, kháng chiến, bảo vệ Tổ quốc, làm nghĩa vụ quốc tế bị địch bắt tù, đày; Người hoạt động kháng chiến giải phóng dân tộc, bảo vệ Tổ quốc, làm nghĩa vụ quốc tế; Người có công giúp đỡ cách mạng. Thân nhân của người có công với cách mạng bao gồm cha đẻ, mẹ đẻ, vợ hoặc chồng, con (con đẻ, con nuôi), người có công nuôi liệt sĩ⁴. Đây là tình tiết giảm nhẹ chưa được quy định tại Bộ luật hình sự năm 1999 nhưng đã được hướng dẫn áp dụng với tính chất là các tình tiết giảm nhẹ khác của khoản 2 Điều 46 Bộ luật hình sự năm 1999 theo hướng dẫn tại mục 5 Nghị quyết số 01

³ Điểm a, điểm b Khoản 2 Điều 3 Luật người khuyết tật 2010.

⁴ Điều 3 Pháp lệnh ưu đãi người có công với cách mạng năm 2020

2000/NQ- HĐTP ngày 04/8/2000 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao. Nay tình tiết này đã được luật hóa chính thức là tình tiết giảm nhẹ quy định tại điểm x khoản 1 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015.

Ngoài 04 tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự được bổ sung thêm thì trong khoản 1 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 có một số tình tiết giảm nhẹ được sửa đổi. Cụ thể:

- Một số tình tiết giảm nhẹ được quy định ghép trong cùng một điểm của khoản 1 Điều 46 của Bộ luật hình sự năm 1999 đã gây tranh cãi và không thống nhất về nhận thức là một hay nhiều tình tiết giảm nhẹ. Để góp phần khắc phục bất cập này, khoản 1 Điều 51 của Bộ luật hình sự năm 2015 đã có tách riêng từng tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự và quy định thành những điểm khác nhau; đối với một số ít các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự được quy định chung trong cùng một điểm thì Bộ luật đã sử dụng từ “hoặc” thay cho dấu phẩy (,) trong quy định của Bộ luật hình sự năm 1999 để phân biệt. Ví dụ như, điểm a, điểm b, điểm t khoản 1 Điều 51 bổ sung thêm từ “hoặc” nhằm tách bạch các tình tiết giảm nhẹ có cùng tính chất với nhau nhưng nằm cùng trong một điểm.

- Điểm e sửa đổi cụm từ “nạn nhân”, thay vì cụm từ trước đó trong Bộ luật hình sự năm 1999 là “người bị hại hoặc người khác”, sự thay đổi này giúp làm rõ hơn đối tượng có hành vi trái pháp luật nghiêm trọng làm người phạm tội bị kích động về tinh thần chính là nạn nhân chứ không phải là ai khác nữa.

- Điểm o sửa đổi cụm từ “người 70 tuổi trở lên” thay vì trước đó trong Bộ luật hình sự năm 1999 là “người già”. Việc sửa đổi này để phù hợp với quy định người cao tuổi là “công dân Việt Nam từ đủ 60 tuổi trở lên”⁵, theo đó, những người cao tuổi từ đủ 60 tuổi đến dưới 70 tuổi thì vẫn chưa được áp dụng tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự này.

- Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 cũng được sửa đổi bổ sung bằng việc quy định rõ: Khi quyết định hình phạt, Tòa án có thể coi đầu thú hoặc các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ, nhưng phải ghi rõ lý do giảm nhẹ trong

⁵ Điều 2 Luật người cao tuổi năm 2009

bản án. Đây là điểm mới so với quy định tương ứng trong Bộ luật hình sự năm 1999. Trước đây, mặc dù đầu thú vẫn được coi là tình tiết giảm nhẹ của khoản 2 Điều 46 Bộ luật hình sự năm 1999, tuy nhiên các nhà làm luật không đề cập trực tiếp mà chỉ được liệt kê trong văn bản hướng dẫn. Việc ghi nhận cụ thể tình tiết đầu thú tại khoản 2 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 thể hiện tầm quan trọng của tình tiết này, đồng thời thể hiện sự khuyến khích của Nhà nước đối với những người phạm tội, đang truy nã ra trình diện để được sự khoan hồng của Nhà nước.

Có thể thấy, việc quy định cụ thể và bổ sung thêm một số quy định mới về tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự trong Bộ luật hình sự năm 2015 đã thể hiện rõ sự khoan hồng, tính chất nhân đạo của Đảng và Nhà nước đối với những người phạm tội tự thú, đầu thú, thành khẩn khai báo, tố giác đồng phạm, lập công chuộc tội, ăn năn, hối cải, tự nguyện sửa chữa hoặc bồi thường thiệt hại gây ra. Từ đó, giúp họ có thể được hưởng những hình phạt thấp hơn, để họ sớm trở về với gia đình, hòa nhập cộng đồng, lao động, học tập, trở thành người có ích cho xã hội. Bộ luật hình sự năm 2015 quy định hướng mở ở khoản 2 Điều 51 với cụm từ “*Tòa án có thể coi...hoặc các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ*” đã thể hiện sự kế thừa những quy định còn phù hợp, khắc phục căn bản những vướng mắc, bất cập đặt ra qua thực tiễn áp dụng, thể hiện đầy đủ quan điểm của Đảng về một nền tư pháp mang đậm tính nhân dân và các nguyên tắc tư pháp tiến bộ của Hiến pháp 2013.

3. Một số bất cập trong quy định về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự và kiến nghị hoàn thiện

Việc quy định các tình tiết giảm nhẹ không chỉ là sự cụ thể hóa nguyên tắc nhân đạo, một trong những nguyên tắc cơ bản của luật hình sự mà còn thể hiện được nội dung nguyên tắc cá thể hóa hình phạt – nguyên tắc đặc thù của luật hình sự. Trên thực tế các nhà làm luật không quy định được các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự có ảnh hưởng đến mức độ nào đối với việc quyết định hình phạt, mà đưa các tình tiết này vào phần chung của luật hình sự nhằm khi áp dụng các tình huống cụ thể, vụ án cụ thể, Tòa án phải tự xác định, phán quyết theo ý chí, tình hình thực tế của vụ án, nên các tình tiết này chỉ là căn cứ quyết định hình phạt.

Tuy nhiên, vừa qua trong quá trình tố tụng, việc áp dụng tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự theo quy định của Bộ luật hình sự năm 2015 đang xuất hiện nhiều bất

cập cả về kỹ thuật lập pháp và bất cập trong thực tiễn áp dụng, do nhiều tình tiết giảm nhẹ không bảo đảm cơ sở lý luận và thực tiễn; cũng như vẫn tạo khả năng cho Tòa án duy trì sự tùy nghi, thậm chí là tùy tiện trong việc coi các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự trong việc quyết định hình phạt.

Thứ nhất, các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự hiện nay chỉ được quy định duy nhất tại Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015, nhưng trong Điều 51 vẫn chưa đưa ra được khái niệm cụ thể, mà chỉ liệt kê những tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự. Việc chưa có một khái niệm thống nhất dẫn đến trong khoa học pháp lý vẫn còn tồn tại cùng lúc song song nhiều khái niệm khác nhau không đồng nhất của các nhà luật học. Theo quan điểm của GS.TS Võ Khánh Vinh: “*Các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự được cân nhắc khi quyết định hình phạt là những tình tiết khác nhau về tội phạm đã thực hiện, về nhân thân người phạm tội được quy định cụ thể trong luật hoặc không được quy định cụ thể trong luật nhưng được Tòa án cân nhắc với ý nghĩa làm giảm nhẹ trách nhiệm hình sự và hình phạt đối với người phạm tội*”⁶. Trong cuốn Bình luận khoa học Bộ luật hình sự năm 2015 phần thứ nhất những quy định chung, tác giả Đinh Văn Quế cho rằng “*Các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự là các tình tiết trong một vụ án cụ thể nó sẽ làm giảm trách nhiệm hình sự của người phạm tội trong một khung hình phạt*”⁷. Cũng có quan điểm khác cho rằng: “*Tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự là những tình tiết của vụ án hình sự liên quan đến việc giải quyết trách nhiệm hình sự phản ánh mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội, khả năng cải tạo, giáo dục người phạm tội cũng như hoàn cảnh đặc biệt của họ. Những tình tiết này được quy định trong Bộ luật hình sự hoặc do Tòa án xác định có ý nghĩa làm cho mức độ nguy hiểm của hành vi phạm tội giảm xuống một cách đáng kể và do đó trách nhiệm hình sự của người phạm tội được giảm nhẹ*”⁸. Như vậy có thể thấy, hầu hết các ý kiến đều cho rằng, trường hợp giảm nhẹ trách nhiệm hình sự là trường hợp được quy định trong Bộ luật hình sự với tính chất là trường hợp giảm nhẹ chung hoặc là trường hợp được ghi nhận trong văn bản hướng

⁶ Võ Khánh Vinh (2010), *Giáo trình luật hình sự Việt Nam (phần chung)*, Đại học Huế, NXB Công an nhân dân, Hà Nội, tr423.

⁷ Đinh Văn Quế (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật hình sự năm 2015 phần thứ nhất những quy định chung*, NXB Thông tin và truyền thông, tr228.

⁸ Vũ Hoàng Sơn (2018), *Các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự trong Bộ luật hình sự năm 2015*, Luận văn thạc sỹ Đại học luật Hà Nội, Hà Nội, tr14.

dẫn áp dụng pháp luật hay do Tòa án tự xem xét, cân nhắc và ghi rõ trong bản án, khi xét xử, tùy từng trường hợp và hoàn cảnh cụ thể của người phạm tội mà còn có thể coi các tình tiết khác là tình tiết giảm nhẹ, nhưng phải ghi rõ trong bản án và hình phạt đối với người phạm tội theo hướng giảm nhẹ hơn trong phạm vi một khung hình phạt. Tuy nhiên, các quan điểm trên chưa cho thấy hết được bản chất, nội dung của trường hợp giảm nhẹ trách nhiệm hình sự cụ thể mà mới chỉ nêu đặc trưng pháp lý của các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, thể hiện tính khoan hồng của Đảng và Nhà nước đối với người phạm tội. Trong quá trình sửa đổi bổ sung Bộ luật hình sự năm 2015 tới đây, cần đưa ra được khái niệm tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, cũng như đưa ra các khái niệm liên quan để tránh gây ra sự nhầm lẫn cũng như thể hiện việc đánh giá cao vai trò của các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm trong việc quyết định hình phạt. Việc đưa ra các khái niệm mới sẽ giúp làm cho Bộ luật hình sự nói chung cũng như chế định tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự rõ ràng và độc lập hơn với các chế định khác.

Thứ hai, Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 chỉ quy định các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự chung đối với cá nhân, tuy nhiên Bộ luật hình sự năm 2015 lại có quy định một chương riêng dành cho chủ thể đặc biệt là người dưới 18 tuổi. Vì vậy, theo tác giả, cần có một điều luật riêng ở Chương XII với nội dung quy định các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự riêng cho chủ thể đặc biệt là người dưới 18 tuổi phạm tội. Điều này cũng phù hợp với tinh thần Công ước về Quyền trẻ em của Liên hợp quốc, cụ thể: *“Trong tất cả những hành động liên quan đến trẻ em, dù do các cơ quan phúc lợi xã hội công cộng hay tư nhân, tòa án, các nhà chức trách hành chính hay các cơ quan lập pháp tiến hành thì lợi ích tốt nhất của trẻ em phải là mối quan tâm hàng đầu”*⁹. Bên cạnh đó cũng đồng thời phù hợp với chính sách hình sự của pháp luật nước ta, phù hợp với quan điểm chung đang tồn tại trong luật hình sự về những quy định với người dưới 18 tuổi phạm tội, như quy định tại Khoản 1 Điều 91 *“việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội phải đảm bảo lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi”*; khoản 2 Điều 91 Bộ luật hình sự năm 2015 quy định: *“Người dưới 18 tuổi thuộc một trong những trường hợp sau đây và có nhiều tình tiết giảm nhẹ, tự nguyện khắc phục phần lớn hậu quả, nếu không thuộc trường hợp quy định*

⁹ Điều 3 Công ước Liên hợp quốc về quyền trẻ em năm 1989.

tại Điều 29 của Bộ luật này thì có thể được miễn trách nhiệm hình sự và áp dụng các biện pháp quy định tại Mục 2 Chương này”¹⁰. Việc xây dựng một quy định riêng về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự với người dưới 18 tuổi phạm tội trong Chương XII sẽ tạo điều kiện cho Điều 91 được thực thi có hiệu quả, đảm bảo cho người dưới 18 tuổi phạm tội cơ hội nhanh tái hòa nhập cộng đồng sau này.

Thứ ba, có thể nhận thấy trong quy định ở Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015 một số tình tiết trong số các tình tiết quy định tại khoản 1 có giá trị giảm nhẹ đặc biệt về trách nhiệm hình sự như tình tiết “*phạm tội trong trường hợp vượt quá giới hạn phòng vệ chính đáng*”; “*phạm tội trong trường hợp vượt quá yêu cầu của tình thế cấp thiết*”; “*người phạm tội tự thú*”. Bộ luật hình sự năm 2015 vẫn chưa thể hiện sự phân hóa về giá trị giảm nhẹ trách nhiệm hình sự của các tình tiết giảm nhẹ thông thường với giảm nhẹ đặc biệt. Do các tình tiết này đều được quy định trong cùng một điều luật, cùng được áp dụng một quy tắc giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, chưa phản ánh đúng mức độ ảnh hưởng thực sự của chúng đến trách nhiệm hình sự, nên phần nào ảnh hưởng đến việc xác định đúng mức độ trách nhiệm hình sự đối với từng trường hợp cụ thể. Vì vậy, theo ý kiến tác giả nên xây dựng quy định riêng về các tình tiết có giá trị giảm nhẹ đặc biệt về trách nhiệm hình sự với quy tắc giảm nhẹ riêng.

Thứ tư, tình tiết “*Người phạm tội tự nguyện sửa chữa, bồi thường thiệt hại hoặc khắc phục hậu quả*” đến nay vẫn chưa có hướng dẫn cụ thể định lượng phải bồi thường là bao nhiêu thì được áp dụng tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự này, dẫn đến việc tạo ra kẽ hở khi áp dụng. Vì vậy cần phải có văn bản hướng dẫn quy định định lượng cụ thể mức sửa chữa, bồi thường, khắc phục hậu quả để có thể được áp dụng tình tiết này. Theo tác giả thì cần quy định mức định lượng sửa chữa, bồi thường, khắc phục hậu quả là 3/4 giá trị thiệt hại hoặc theo thỏa thuận của bị cáo và người bị hại; đối với trường hợp bị cáo có hoàn cảnh kinh tế khó khăn thì cũng phải sửa chữa, bồi thường, khắc phục hậu quả được 1/2 giá trị thiệt hại.

Thứ năm, đối với tình tiết “*Người phạm tội là phụ nữ có thai*” quy định tại điểm n khoản 1 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015. Theo như công văn hướng dẫn¹¹ giải

¹⁰ Xem Điều 91 Bộ luật hình sự năm 2015.

¹¹ Điểm 9 mục I Chương 2 Công văn số 212/TANDTC-PC ngày 13/9/2019 của TAND tối cao thông báo kết quả giải đáp trực tuyến một số vướng mắc trong xét xử đã có giải đáp thắc mắc về tình tiết này là “Trường

thích, tình tiết “*phụ nữ có thai*” được áp dụng cả khi thực hiện hành vi phạm tội và cả khi người đó bị khởi tố. Theo quan điểm tác giả cho rằng giải đáp này là không phù hợp bởi: Chỉ những phụ nữ đang có thai khi thực hiện tội phạm mới được áp dụng tình tiết này. Nếu khi bị xét xử bị cáo mới có thai thì về nguyên tắc, Tòa án không được áp dụng tình tiết giảm nhẹ này vì làm như vậy sẽ có thể xảy ra trường hợp bị cáo lợi dụng việc có thai để trốn tránh sự trừng phạt của pháp luật. Vì vậy, theo tác giả, đối với trường hợp đang phạm tội mới được áp dụng tình tiết này; đối với phụ nữ có thai khi xét xử thì được áp dụng là tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự theo quy định tại khoản 2 Điều 51 Bộ luật hình sự năm 2015.

4. Kết luận

Việc quy định các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự có ý nghĩa to lớn về mặt pháp lý. Bởi khi giải quyết một vụ án hình sự thì việc giải quyết trách nhiệm hình sự là vô cùng quan trọng và cần phải cân nhắc đến các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự để có thể giải quyết một cách chính xác, đảm bảo công bằng. Để đảm bảo sự tương xứng giữa tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của tội phạm với mức độ trách nhiệm hình sự, các quy định về tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự được sử dụng như phương tiện để phân hóa trách nhiệm hình sự trong luật và cá thể hóa trách nhiệm hình sự khi áp dụng.

Tóm lại, việc hoàn thiện quy định về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự là vô cùng cần thiết, điều đó phù hợp với quá trình hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam nói riêng cũng như việc xây dựng nhà nước pháp quyền và hội nhập quốc tế của nước ta hiện nay theo tinh thần văn kiện Đại hội XIII của Đảng. Khi quy định về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự được hoàn thiện và áp dụng, giúp Nhà nước xác định một cách khách quan, công bằng hơn hành vi phạm tội, nhân thân, hoàn cảnh và thái độ của người phạm tội, kiểm chứng việc thực hiện nguyên tắc nhân đạo trong pháp luật hình sự, để thực hiện đúng đắn mục đích của hình phạt là không chỉ trừng trị người phạm tội mà còn giáo dục họ hướng thiện và có tác dụng phòng ngừa tội phạm trong cộng đồng.

hợp sau khi bị khởi tố bị cáo mới có thai thì Tòa án vẫn áp dụng tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự “Người phạm tội là phụ nữ có thai” đối với bị cáo”.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật hình sự năm 1999
2. Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi bổ sung năm 2017
3. Luật người khuyết tật năm 2010
4. Luật người cao tuổi năm 2009
5. Pháp lệnh ưu đãi người có công với cách mạng năm 2020
6. Công ước Liên hợp quốc về quyền trẻ em năm 1989
7. Nguyễn Ngọc Hòa (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật hình sự năm 2015*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.
8. Nguyễn Ngọc Kiên (2020), *Giáo trình luật hình sự Việt Nam phần chung*, Nxb Tư pháp, Hà Nội.
9. Đinh Văn Quế (2017), *Bình luận khoa học Bộ luật hình sự năm 2015 phần thứ nhất những quy định chung, chung*, NXB Thông tin và truyền thông
10. Võ Khánh Vinh (2010), *Giáo trình luật hình sự Việt Nam (phần chung)*, Đại học Huế, NXB Công an nhân dân, Hà Nội.
11. Vũ Hoàng Sơn (2018), *Các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự trong Bộ luật hình sự năm 2015*, Luận văn thạc sỹ Đại học luật Hà Nội, Hà Nội.

COMPLETE LEGAL PROVISIONS ON CIRCUMSTANCES MITIGATING CRIMINAL LIABILITY UNDER ARTICLE 51 OF THE 2015 CRIMINAL CODE

Abstract: The article analyzes circumstances mitigating criminal liability according to Article 51 of the 2015 Penal Code on the basis of evaluation and comparison with the 1999 Penal Code. The article highlights a number of inadequacies in the regulations. of the law and the practical application of circumstances mitigating criminal liability, thereby making a number of recommendations to improve Article 51 of the 2015 Penal Code.

Keywords: Extenuating circumstances, criminal liability, 2015 Penal Code.

BẢO HỘ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ ĐỐI VỚI TRI THỨC TRUYỀN THỐNG TẠI MỘT SỐ QUỐC GIA TRÊN THẾ GIỚI - MỘT CÁCH TIẾP CẬN MỚI CHO VIỆT NAM

Nguyễn Văn Phúc*

Tóm tắt: Việc công nhận những giá trị văn hoá, xã hội cho các đối tượng tri thức truyền thống đóng vai trò quan trọng trong chính sách pháp lý của các quốc gia. Tuy nhiên những lo ngại về sự công bằng và bình đẳng trong quan hệ kinh tế khi khai thác thương mại các đối tượng này đang là thách thức rất lớn cho hệ thống sở hữu trí tuệ thế giới. Nghiên cứu tiếp cận các chính sách và mô hình pháp lý khác nhau tại các quốc gia trên thế giới về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ cho đối tượng tri thức truyền thống, qua đó đề xuất các cách tiếp cận mới trong việc hoàn thiện hệ thống pháp luật về bảo hộ đối tượng tri thức truyền thống tại Việt Nam.

Từ khoá: Tri thức truyền thống; sở hữu trí tuệ; bảo hộ.

1. Đặt vấn đề

Nghị quyết Đại hội XIII của Đảng đã xác định một trong những nhiệm vụ trọng tâm là “hoàn thiện hệ thống pháp luật, nhất là pháp luật về bảo hộ sở hữu trí tuệ” và “tăng cường công tác bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ”¹. Vì vậy, việc tiếp tục hoàn thiện hệ thống Luật Sở hữu trí tuệ (SHTT) đóng vai trò quan trọng nhằm thể chế hoá các đường lối, chủ trương của Đảng, Nhà nước. Trên cơ sở đó, Luật SHTT năm 2005 đã tiếp tục được sửa đổi, bổ sung vào năm 2022 với nhiều điểm mới so với hai lần sửa đổi trước đó vào năm 2009 và 2019. Tuy nhiên, Luật SHTT hiện hành vẫn còn thiếu các chính sách bảo hộ tổng thể nhằm phát huy các giá trị tri thức truyền thống (TTTT) của cộng đồng và “sức mạnh mềm của văn hoá Việt Nam” đã được cụ thể hoá trong nhiều nội dung quan trọng tại Văn kiện Đại hội XIII của Đảng².

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: phucnv@hul.edu.vn

¹ Đảng Cộng sản Việt Nam, (2021), “*Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*”, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2021, t. I, tr. 201, 230

² Đảng Cộng sản Việt Nam, (2021), “*Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*”, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội, 2021, t.I, tr.145, 64, 84, 143, 145.

Hệ thống SHTT quốc tế và các quốc gia trên thế giới đã thiết lập nhiều biện pháp nhằm bảo hộ cho các đối tượng TTTT trong nước với mục đích ngăn chặn bên thứ ba sử dụng tri thức đó một cách không phù hợp. Tuy nhiên, trên bình diện quốc tế và tại Việt Nam việc bảo vệ những đối tượng TTTT này đang là chủ đề tranh luận gây gắt trong lĩnh vực SHTT xoay quanh các câu hỏi: liệu hệ thống SHTT ở thời điểm hiện tại có khả năng bảo vệ đối tượng TTTT một cách toàn diện không? Các cách tiếp cận mới về bảo hộ đối với TTTT có đang mâu thuẫn với hệ thống luật SHTT tại các quốc gia? Vấn đề chia sẻ lợi ích cộng đồng trong bảo hộ quyền SHTT đối với TTTT đã được đảm bảo?

Để làm sáng tỏ những tranh luận nêu trên bài viết tập trung vào việc nghiên cứu hệ thống bảo hộ quyền SHTT đối với TTTT theo pháp luật quốc tế và tại một số quốc gia trên thế giới như: Ấn Độ, Trung Quốc, Peru. Đây là các quốc gia có những tương đồng nhất định về văn hoá, xã hội, sự phong phú về TTTT với Việt Nam và đặc biệt các quốc gia này đã xây dựng một hệ thống bảo hộ tổng thể hiệu quả cho đối tượng TTTT hiện nay. Qua đó, tác giả đề xuất những cách tiếp cận mới cho hệ thống pháp luật SHTT Việt Nam trên tinh thần văn kiện Đại hội XIII từ kinh nghiệm các quốc gia. Trong giới hạn phạm vi bài viết, tác giả chủ yếu tập trung phân tích và nghiên cứu đối tượng TTTT là các kiến thức truyền thống (đối với trường hợp tri thức y học cổ truyền và nguồn gen đa dạng sinh học), các TTTT là “biểu hiện văn hoá” sẽ được tác giả tiếp tục nghiên cứu, đánh giá trong các công trình tiếp theo.

2. Cơ sở pháp lý quốc tế về xây dựng chính sách bảo hộ sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống

Tầm quan trọng của việc bảo hộ đối tượng TTTT đã sớm được các tổ chức quốc tế và hệ thống pháp luật quốc tế tiếp cận, công nhận trên phạm vi toàn cầu. Theo quan điểm của Tổ chức Sở hữu Trí tuệ Thế giới (WIPO). Kể từ năm 1978, một sáng kiến chung của WIPO và Tổ chức Giáo dục, Khoa học và Văn hóa Liên Hợp Quốc (UNESCO) đã thực hiện nỗ lực đầu tiên để bảo vệ TTTT dưới góc độ quyền SHTT về văn hoá dân gian, kết quả dẫn đến Luật mẫu WIPO-UNESCO về văn hoá dân gian

đã được thông qua vào năm 1981³. Từ năm 1998-1999 WIPO đã đề cập khái niệm và các biện pháp bảo hộ về TTTT trong Báo cáo các cuộc khảo sát về SHTT và TTTT⁴. Cho đến năm 2000, các thành viên của WIPO đã thành lập một Ủy ban liên chính phủ về SHTT và tài nguyên di truyền, kiến thức truyền thống và văn hóa dân gian (IGC) và tổ chức họp lần đầu tiên vào tháng 4 năm 2001 với nhiệm vụ tạo ra công cụ pháp lý quốc tế để bảo vệ kiến thức truyền thống, các biểu hiện văn hóa truyền thống và nguồn gen. Tuy nhiên, từ năm 2000 đến nay, các cuộc đàm phán vẫn đang tiếp diễn, và sự trì trệ của các cuộc đàm phán phản ánh vô số những thách thức mà TTTT và quyền SHTT gặp phải. Mặc dù vậy, WIPO vẫn đang tích cực xây dựng cơ chế bảo hộ quyền SHTT cho đối tượng TTTT phối hợp với chính phủ các quốc gia thành viên thông qua hai hệ thống: bảo hộ phòng thủ (loại trừ các đối tượng được bảo hộ quyền SHTT thông qua xây dựng nguồn dữ liệu đối chứng); bảo hộ tích cực (trao quyền bảo hộ và chia sẻ quyền lợi cho cộng đồng bản địa)⁵.

Theo Công ước về Đa dạng sinh học (CBD) năm 1992. Công ước CBD đã thiết lập các quy định pháp lý nhấn mạnh tầm quan trọng của việc sử dụng nguồn gen, tài sản di truyền truyền thống trong việc bảo tồn lâu dài đa dạng sinh học. Ví dụ: trong Điều 8(j) của CBD, đã nêu rõ sự cần thiết của các chính phủ trong việc tôn trọng, bảo tồn, duy trì và thúc đẩy việc áp dụng rộng rãi hơn kiến thức truyền thống với sự chấp thuận và sự tham gia của các cộng đồng bản địa liên quan. Cùng với đó CBD cũng có các quy định trong việc thiết lập quyền khai thác chuyển giao sinh học từ các quốc gia kém phát triển và nhấn mạnh rằng quyền SHTT không được sử dụng để cản trở việc bảo vệ và sử dụng bền vững đa dạng sinh học⁶. Tuy nhiên, các quy định của CBD cũng đặt ra những khó khăn cho các nước đang phát triển liên quan đến việc

³ Tanvi Trivedi, (2022) “*Protection of Traditional Knowledge under the Intellectual Property Rights Regime with Special Reference to India*”, International Journal of Law Management & Humanities, Volume - Issue 5, Page 575 - 592 (2022), DOI:<https://doi.org/10.10000/IJLMH.113604>, accessed August 13, 2023.

⁴ WIPO (2001) “*Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998/1999)*”

https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf, accessed August 13, 2023

⁵ WIPO, (2015) “*Traditional Knowledge and Intellectual Property – Background Brief*”, wipo.int, https://www.wipo.int/pressroom/en/briefs/tk_ip.html, accessed August 13, 2023.

⁶ Brian Noble. (2007). Justice, Transaction, Translation: Blackfoot Tipi Transfers and WIPO’s Search for the Facts of Traditional Knowledge Exchange. American Anthropologist, 109(2), 338–349. <http://www.jstor.org/stable/4496647>, accessed August 13, 2023.

thiếu phương tiện để cài đặt hệ thống đăng ký quốc gia, xác lập bằng sáng chế hoặc phản đối bằng sáng chế những nước khác về TTTT di truyền sinh học có liên quan.

Theo Hiệp định các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền SHTT năm 1994 (Hiệp định TRIPS). Hiệp định đã thiết lập các quy định về việc cấp bằng sáng chế tài nguyên di truyền thực vật phục vụ mục đích lương thực và nông nghiệp. Tại Điều 27.3(b) của Hiệp định TRIPS yêu cầu cụ thể “*các thành viên phải bảo hộ giống cây bằng hệ thống sáng chế (patent) hoặc bằng một hệ thống riêng (sui generis) hữu hiệu, hoặc bằng sự kết hợp giữa hai hệ thống đó dưới bất kỳ hình thức nào*”. Quy định này nhằm thu hẹp phạm vi loại trừ khỏi khả năng được cấp bằng sáng chế, tuy nhiên đây cũng là quy định hiếm hoi đề cập liên quan đến bảo vệ đối tượng TTTT trong TRIPS⁷. Và việc tiếp cận cho phép các nước thành viên bảo vệ linh hoạt theo hệ thống sui generis đã tạo ra nhiều vấn đề pháp lý và không hiệu quả với tư cách là một công cụ nhằm giải quyết vấn đề bảo vệ quyền STTT đối với TTTT.

Theo Hiệp định đối tác toàn diện và tiến bộ xuyên Thái Bình Dương (CPTPP) năm 2018, với tư cách một Hiệp định FTA thế hệ mới đã có quy định riêng áp dụng đối với bảo hộ đối tượng TTTT tại Chương 18, Điều 18.6. Theo đó CPTPP thừa nhận giữa TTTT gắn với nguồn gen và SHTT có mối liên quan với nhau, mỗi quốc gia thông qua cơ quan có thẩm quyền về SHTT tăng cường những hiểu biết các vấn đề liên quan tới TTTT gắn với nguồn gen và các nguồn gen. Ngoài ra, quy định tại Điều 18.6 của CPTPP còn hướng đến việc hợp tác giữa các nước thành viên trong đào tạo thẩm định viên sáng chế trong việc thẩm định đơn sáng chế liên quan đến TTTT gắn với nguồn gen. Tuy nhiên, quy định trong CPTPP chỉ tiếp cận theo hướng khuyến khích hợp tác bảo hộ đối tượng TTTT liên quan đến nguồn gen còn các đối tượng về TTTT khác không được đề cập đến và cũng không được hướng dẫn cụ thể.

Từ các phân tích nêu trên có thể nói, hệ thống pháp luật quốc tế đã có những tiếp cận đa dạng về bảo hộ quyền SHTT đối với TTTT trên thế giới. Tuy nhiên, ở thời điểm hiện tại vẫn chưa có văn bản pháp lý nào bảo vệ một cách toàn diện đối tượng TTTT, điều này chứng minh hệ thống SHTT quốc tế hiện hành chưa tương thích với

⁷ Thomas Cottier and marion Panizzon, (2004), “*Legal perspectives on traditional knowledge: the case for intellectual property protection*”, Journal of International Economic Law 7(2), 371–400 # International Public Goods & Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime, Ed. Maskus and Reichman (Cambridge University Press 2004), accessed August 13, 2023.

hệ thống TTTT. Đòi hỏi mỗi quốc gia thành viên phải tự xây dựng một cơ chế bảo hộ đặc thù với TTTT của mình nhưng không mâu thuẫn với quy định quốc tế hiện hành đang có hiệu lực.

3. Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống theo pháp luật một số quốc gia trên thế giới

3.1. Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống theo pháp luật Ấn Độ

Ấn Độ được biết đến là một trong những quốc gia có hệ thống tri thức y học cổ truyền đa dạng nhất trên thế giới với hệ thống các dược liệu truyền thống được ứng dụng chữa bệnh theo các phương pháp Ayurveda, Siddha và Unani từ những năm 2500 đến 500 trước Công nguyên⁸. Ngoài ra, với nền văn minh hơn 5000 năm Ấn Độ còn là một trong bốn cái nôi của nền văn minh nhân loại⁹. Vì vậy, Ấn Độ đã có những chính sách tổng thể về bảo hộ các đối tượng TTTT từ rất sớm, thông qua hai cơ chế chủ yếu:

Thứ nhất, thông qua cơ chế bảo hộ phòng thủ.

Với mục đích nhằm thiết lập cơ chế ngăn chặn các bên thứ ba xác lập quyền SHTT trái phép đối với TTTT theo hai hướng:

Một là, thiết lập các biện pháp pháp lý về SHTT để công nhận TTTT là tình trạng kỹ thuật đã biết nhằm loại bỏ tính mới các sáng chế cấp trái phép. Thông qua Đạo Luật Sáng chế số 39 năm 1970 về sáng chế của Ấn Độ (The Patents Act, No. 39 of 1970) sau này được sửa đổi năm 2002 và 2005 để phù hợp với TRIPS không cho phép bảo hộ sáng chế TTTT theo Mục 3 (p) “*Không cấp patent cho những phát minh là những TTTT được biết đến hoặc là tập hợp những dấu hiệu hoặc là sự sao chép những thông tin đã được biết đến dựa trên truyền thống*”. Dựa vào những quy định này, Ấn Độ đã từ chối và yêu cầu huỷ thành công các sáng chế được cấp trái phép ngoài lãnh thổ như trường hợp: bằng sáng chế có chiết xuất Azadirachtin trong cây

⁸ M.M. Pandey, Subha Rastogi and A.K.S. Rawat, (2013) “*Indian Traditional Ayurvedic System of Medicine and Nutritional Supplementation*”, Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine, available at... <https://www.sconline.com/blog/post/2018/04/23/protecting-traditional-knowledge-the-india-story-till-date/>, accessed August 15, 2023.

⁹ Bhaswati Mukherjee, “*India's Intangible Cultural Heritage: Civilisational Legacy to the World*” <http://www.mea.gov.in/in-focus-article.htm?24717/Indias+Intangible+Cultural+Heritage+A+Civilisational+Legacy+To+The+World>, accessed August 15, 2023.

Neem một loại dược liệu truyền thống tại Ấn Độ được cấp tại Hoa Kỳ và Châu Âu; sáng chế cấp tại Hoa Kỳ liên quan đến “ngũ cốc Basmati” vì liên quan đến giống gạo Basmati một loại gạo thơm đã được trồng từ nhiều thế kỷ trước ở Ấn Độ và Pakistan¹⁰... Lý giải cho những phản đối này Ấn Độ chỉ rõ “tình trạng kỹ thuật đã biết” liên quan đến các sản phẩm từ TTTT, dẫn đến không đảm bảo điều kiện tính mới sáng chế là cơ sở để Văn phòng Sáng chế và Nhãn hiệu Hoa Kỳ (USPTO) và Văn phòng Bằng sáng chế châu Âu (EPO) từ chối đơn đăng ký và huỷ các văn bằng sáng chế được cấp không đúng quy trình.

Hai là, tạo cơ sở dữ liệu số về TTTT làm cơ sở các cơ quan đăng ký sáng chế trên thế giới tra cứu tính mới. Thư viện số TTTT (Traditional Knowledge Digital Library - TKDL), được khởi xướng tại Ấn Độ vào năm 2001, Thư viện số TTTT của Ấn Độ chứa hơn 34 triệu trang thông tin định dạng trên 2.260.000 công thức các bài thuốc cổ truyền bằng tiếng Phạn (Sanskrit), tiếng Ả Rập, tiếng Ba Tư (Persian), tiếng Urdu và tiếng Tamil. Đã được dịch sang tiếng Anh, Pháp, Đức, Nhật Bản và Tây Ban Nha. Thư viện dữ liệu TTTT được lưu trữ bằng file điện tử và phân loại như một hệ thống phân loại sáng chế quốc tế với mục đích làm cơ sở đối sánh sáng chế để ngăn chặn việc cấp bằng sáng chế cho các sản phẩm được phát triển từ TTTT của Ấn Độ¹¹.

Thứ hai, thông qua cơ chế bảo hộ tích cực.

Nhằm mục đích cấp quyền SHTT đối với TTTT cho cộng đồng bản địa và cho phép họ thực hiện kiểm soát việc sử dụng kiến thức đó, cũng như hưởng lợi từ việc khai thác thương mại TTTT. Ấn Độ triển khai thông qua các chiến lược.

Một là, thiết lập hệ thống SHTT thông qua bảo hộ các đối tượng TTTT cho cộng đồng bản địa. Thông qua Đạo luật Chỉ dẫn địa lý hàng hoá năm 1999 của Ấn Độ, đây được xem là một hình thức bảo hộ phù hợp với các cộng đồng bản địa nắm giữ TTTT với nguyên tắc không được phép sử dụng chỉ dẫn địa lý đối với các sản phẩm được sản xuất ở ngoài khu vực địa lý. Điều này tạo điều kiện cho các chỉ dẫn địa lý truyền thống tại Ấn Độ được bảo hộ thành công nổi tiếng trên thế giới như: trà Darjeeling,

¹⁰ Reid, J. (2009). “Biopiracy: the struggle for traditional knowledge rights”. American Indian Law Review, 34(1), 77–98. <http://www.jstor.org/stable/25684263>. (hereinafter “Reid, J.”)12. Id, accessed August 15, 2023.

¹¹ WIPO (2011) “About the Traditional Knowledge Digital Library”, Information courtesy of the Council of Scientific and Industrial Research https://www.wipo.int/meetings/en/2011/wipo_tkdl_del_11/about_tkdl.html, accessed August 15, 2023.

xoài Alphanso, cam Nagpur, dẻp thủ công tại Kolhapuri Chappal...¹² Ngoài ra, Ấn Độ còn mở rộng bảo hộ TTTT ra các đối tượng quyền sở hữu công nghiệp khác thông qua nhãn hiệu, kiểu dáng công nghiệp hay thậm chí cả bí mật kinh doanh nếu thoả mãn các điều kiện bảo hộ như một đối tượng SHTT thông thường.

Hai là, thiết lập hệ thống bảo hộ riêng (*sui generis*) về bảo hộ nguồn gen di truyền có nguồn gốc TTTT. Trên cơ sở thực thi quy định tại Điều 27.3 (b) của Hiệp định TRIPS, Ấn Độ đã thiết lập các quy định *sui generis* thông qua việc ban hành Đạo luật Bảo vệ giống cây trồng và Quyền của nông dân năm 2001 (Đạo luật PVPFR) có hiệu lực hoàn toàn vào năm 2007¹³. Với mục đích là nông dân và các nhóm bộ lạc duy trì, bảo tồn nhiều loại giống cây trồng bản địa thông qua việc sử dụng các kỹ thuật nông nghiệp thông thường, sẽ được chia sẻ lợi ích và ghi nhận sự đóng góp của nông dân vào việc sản xuất một giống mới. Tại Điều 26, Đạo luật PVPFR quy định rằng nhà tạo giống thương mại phải chia sẻ lợi ích phát sinh từ việc đăng ký giống với nông dân hoặc cộng đồng truyền thống, những người đã đóng góp cho việc phát triển giống cây trồng. Số tiền được xác định trên cơ sở xem xét mức độ và tính chất của việc sử dụng vật liệu di truyền, lợi ích thương mại và nhu cầu thị trường đối với giống mới. Số tiền này sẽ được gửi vào quỹ gen quốc gia và sử dụng để thực hiện cơ chế chia sẻ lợi ích bao gồm các biện pháp bảo tồn nguồn gen thực vật có nguồn gốc từ TTTT¹⁴.

Ba là, Chính phủ Ấn Độ còn kết hợp tiến hành các sáng kiến cùng với hệ thống pháp lý nhằm bảo hộ tổng thể đối tượng TTTT như: khởi sướng các phong trào Beej Bachao nhằm truy tìm sự đa dạng của hạt giống bản địa và các hoạt động bảo tồn của cộng đồng địa phương; xây dựng mạng lưới Honey Bee Network về cơ sở dữ liệu; thành lập Quỹ Đổi mới Quốc gia (NIF) nhằm cung cấp hỗ trợ về mặt thể chế cho việc tìm kiếm, nhân giống, bảo vệ và nhân rộng các công nghệ cơ sở, cũng như TTTT nổi bật¹⁵.

¹² Dhar, B., & C. Niranjan Rao. (2004). Third Amendment to 1970 Patent Act: An Analysis. *Economic and Political Weekly*, 39(52), 5568–5571. <http://www.jstor.org/stable/4415969>. (hereinafter “B. Dhar”) 18. Id, accessed August 15, 2023.

¹³ Sujith Koonan, (2014), “*India's sui generis system of plant variety protection*”. International Environmental Law Research Centre, <https://www.ielrc.org/content/f1401.pdf>, accessed August 15, 2023.

¹⁴ Article 26. Determination of benefit sharing by Authority. The protection of plant varieties and farmers' rights act, 2001

¹⁵ Riya (2020), “*Rotecton of traditional knowledge under intellectual property rights regime*”, E- Journal of Academic Innovation and Research in Intellectual Property Assets (E-JAIRIPA) Vol. 1 (01), Dec 2020, pp. 149-164 2

Có thể nói rằng, Ấn Độ đã xây dựng một hệ thống bảo hộ toàn diện và đầy đủ cho TTTT với hai chế độ bảo hộ: (i) bảo hộ phòng thủ; (ii) bảo hộ tích cực¹⁶. Ấn Độ lựa chọn việc tiếp cận bảo hộ quyền SHTT cho các đối tượng TTTT theo khía cạnh bảo tồn, phát triển các đối tượng TTTT đặt lên trên các khía cạnh lợi ích thương mại. Điểm chung các chính sách này chú trọng đến bảo vệ quyền lợi và chia sẻ lợi ích cho cộng đồng bản địa theo định hướng phát triển bền vững.

3.2. Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống theo pháp luật Trung Quốc

Trung Quốc là một đất nước rộng lớn với hơn 3000 năm lịch sử có hệ thống TTTT phong phú cả trên phương diện tri thức vật thể và phi vật thể. Vì vậy, để bảo vệ cho nguồn TTTT giá trị của mình, Trung Quốc cũng thiết lập hệ thống bảo hộ theo hai mô hình bảo hộ tích cực và bảo hộ phòng thủ, cụ thể.

Thứ nhất, theo mô hình bảo hộ tích cực.

Một là, thông qua hệ thống pháp luật SHTT. Khác với trường hợp Ấn Độ, Trung Quốc cho phép cấp các sáng chế có nguồn gốc từ TTTT, cụ thể Luật Sáng chế Trung Quốc trải qua ba giai đoạn phát triển quan trọng liên quan đến bảo hộ TTTT, bao gồm: Giai đoạn một (1985 – 1992) giai đoạn này không quy định bảo hộ liên quan đến đối tượng sáng chế y học cổ truyền; Giai đoạn hai (1993 – 2000) với những sửa đổi mở rộng quy định bảo hộ sáng chế các loại dược phẩm truyền thống đối với sản phẩm, phương pháp và cách sử dụng; Giai đoạn ba (2001 – 2020) trải qua bốn lần sửa đổi (gần nhất năm 2020) phạm vi bảo hộ đối tượng sáng chế có nguồn gốc y học cổ truyền được mở rộng cả về hình thức sáng chế và thời gian bảo hộ¹⁷. Mặc dù vậy, cũng giống như tại Việt Nam những sáng chế có nguồn gốc về TTTT tại Trung Quốc thường rất khó vượt qua các rào cản về điều kiện bảo hộ để được cấp bằng độc quyền sáng chế, cụ thể: (i) rào cản thực chất về tính mới, khi nguyên tắc cơ bản của chế độ cấp bằng sáng chế của Trung Quốc là một đổi mới được coi là tính mới nếu nó không được dự đoán trước bằng tình trạng kỹ thuật ngay trước ngày nộp đơn đăng ký bằng

¹⁶ Adhish Anilkumar Kulkarni, “Intellectual Property Rights vis-à-vis Traditional Knowledge: A Critical Analysis”, 3 (6) IJLSI Page 303 - 311 (2021), DOI: <https://doi.org/10.1000/IJLSI.111212>, accessed August 17, 2023.

¹⁷ Xuezhong ZHU (2008) “Patent Protection of Chinese Traditional Medicine and Its Impact on Related Industries in China” Institute of Intellectual Property Strategy Huazhong University of Science and Technology, Munich, Germany, Oct.17, 2008.

sáng chế¹⁸. Bởi vì, những TTTT tại Trung Quốc đã được hệ thống hoá, ghi lại hoặc truyền miệng trong dân gian làm cơ sở dẫn đến loại trừ “tính mới” của sáng chế¹⁹; (ii) rào cản hành chính về việc cung cấp thông tin tạo ra sáng chế trong quy trình đăng ký khi đơn đăng ký sáng chế phải bao gồm tên và địa chỉ cụ thể của người nộp đơn và tác giả sáng chế (Điều 26 Luật Sáng chế Trung Quốc), nhưng việc xác định tác giả chính xác của TTTT không khả thi khi TTTT đã tồn tại một thời gian dài và chuyển giao qua nhiều thế hệ.

Vì vậy, nhằm đảm bảo sự tương thích của hệ thống SHTT với TTTT, Trung Quốc đã thực hiện các chính sách khuyến khích nghiên cứu và phát triển (R&D) TTTT trong nước nhằm tạo ra nhiều sản phẩm, quy trình khác biệt trên nền tảng TTTT thoả mãn điều kiện tính mới sáng chế. Ngoài ra, chính sách phân cấp bảo hộ TTTT theo các cấp độ khác nhau được triển khai theo ba cấp độ như: TTTT bí mật; TTTT được cộng đồng và địa phương nắm giữ; TTTT ở cấp độ quốc gia, trong đó các TTTT bí mật chưa được công bố có khả năng đảm bảo điều kiện tính mới được ưu tiên bảo hộ theo đối tượng bằng độc quyền sáng chế²⁰. Bên cạnh đó Trung Quốc còn áp dụng hệ thống pháp luật về SHTT thông thường để bảo hộ TTTT bao gồm nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, cơ sở dữ liệu và cả bí mật kinh doanh cho các đối tượng TTTT không đáp ứng điều kiện bảo hộ sáng chế.

Hai là, thông qua cơ chế bảo hộ riêng (*sui generis*). Trung Quốc đã thiết lập hệ thống bảo hộ riêng độc lập với hệ thống bảo hộ SHTT cho đối tượng y học cổ truyền thông qua ban hành Quy định về bảo vệ các loại y học cổ truyền Trung Quốc năm 1992. Quy định này có các nội dung đáng chú ý như:

(1) Về phạm vi bảo hộ. Nhằm bảo vệ các doanh nghiệp sản xuất thuốc cổ truyền được sản xuất trong nước bao gồm các loại thuốc truyền thống Trung Quốc được

¹⁸ Patent Law (n 160); Chinese Patent Examination Guidelines, No 391, Promulgated by State Intellectual Property Office on 11 December 2020 (The Guidelines) 153.

¹⁹ Ví dụ như trường hợp thuốc bắc (thuốc dân tộc Hán (汉族中医), vốn là loại thuốc cổ truyền có ảnh hưởng nhất ở Trung

Quốc và thường được hệ thống hóa dưới dạng văn bản trong các tác phẩm y học kinh điển nổi tiếng, được lưu hành rộng rãi trong người dân Trung Quốc. Vì lý do này, loại thuốc thảo dược này khó đáp ứng được các tiêu chí cấp bằng sáng chế về tính mới theo yêu cầu của luật sáng chế Trung Quốc. Sijia Liu, (2018) “*New Law Sparks the Expectation Over the Future of Traditional Chinese Medicine: Can TCM Law Effectively Promote the Development of TCM Industry in China?*” 37 *Medicine and Law* 193.

²⁰ Nan Xia (2023), “*Intellectual property protection for traditional medical knowledge in China’s context: a round peg in a square hole?*”, *Medical Law Review*, 2023, 31, 358–390. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwad006>

chuẩn bị, chiết xuất và các chế phẩm từ dược liệu, cũng như các loại thuốc nhân tạo truyền thống của Trung Quốc (Điều 2). Ngoài ra, quy định này chỉ bảo hộ đối với các loại hình y học cổ truyền mà không thuộc đối tượng cấp bằng sáng chế (theo Luật Bằng sáng chế).

(2) Về cấp độ bảo hộ. Quy định về bảo vệ các loại y học cổ truyền Trung Quốc năm 1992 chia làm hai cấp độ bảo vệ đối với y học cổ truyền, cụ thể: (i) bảo vệ hạng nhất, nếu y học cổ truyền có tác dụng chữa bệnh đặc biệt đối với một căn bệnh nhất định, được sử dụng để phòng ngừa và chữa các bệnh đặc biệt... thời gian bảo hộ lần lượt là ba mươi năm, hai mươi năm và mười năm; (ii) bảo vệ hạng hai, nếu đã từng được liệt kê dưới sự bảo vệ hạng nhất nhưng hiện đang bị hủy bỏ; có tác dụng chữa bệnh vượt trội đối với một căn bệnh nhất định;... thời gian bảo hộ là bảy năm. Thời hạn bảo hộ có thể gia hạn sáu tháng trước ngày hết hạn bảo hộ.

(3) Về nội dung bảo hộ. Trong thời gian bảo hộ, các đơn thuốc và kỹ thuật dược phẩm của các loại y học cổ truyền Trung Quốc sẽ được giữ bí mật và sẽ không được công bố bởi các doanh nghiệp sản xuất, các cơ quan có thẩm quyền sản xuất và kinh doanh y học cổ truyền Trung Quốc, các bộ phận hành chính y tế công cộng và các đơn vị hoặc cá nhân khác có liên quan.

(4) Về chế tài xử lý vi phạm. Đối với những hành vi tự ý tiết lộ bí mật về thông tin y học cổ truyền được bảo hộ có thể bị xử lý kỷ luật hoặc trách nhiệm hình sự nếu cấu thành tội phạm. Những hành vi tự ý sản xuất thuốc có nguồn gốc y học cổ truyền không có sự chấp thuận được xử lý như trường hợp thuốc giả bị xử lý hành chính và truy cứu trách nhiệm hình sự²¹.

Thứ hai, theo mô hình bảo hộ phòng vệ.

Tương tự như Ấn Độ, Trung Quốc thông qua hệ thống cơ sở dữ liệu về y học truyền thống làm cơ sở đối chứng tính mới ngăn chặn bên thứ ba xác lập quyền SHTT trái phép liên quan đến TTTT. Cơ sở dữ liệu y học truyền thống lớn nhất Trung Quốc được thiết lập bởi Viện Thông tin Y học Cổ truyền Trung Quốc (Cơ sở dữ liệu Y học Cổ truyền Trung Quốc), bao gồm khoảng 48 loại cơ sở dữ liệu, sở hữu 120.000 mục

²¹ The state council of the People's Republic of China "Regulations on Protection of Traditional Chinese Medicines 1992" promulgated by Order No. 106 of October 14, 1992, of the state council of the People's Republic of China. <https://www.wipo.int/wipolex/fr/text/337300>. accessed August 30, 2023.

liên quan đến y học cổ truyền của Trung Quốc. Ngoài ra, cơ sở dữ liệu bằng sáng chế về y học cổ truyền Trung Quốc được Văn phòng SHTT nhà nước quản lý và duy trì, bao gồm hơn 22.000 hồ sơ bằng sáng chế liên quan đến y học cổ truyền của Trung Quốc thông qua tiếng Quan Thoại là ngôn ngữ chính thức chung²².

Từ việc phân tích các chính sách bảo hộ TTTT, có thể nói Trung Quốc có nhiều nét tương đồng với Ấn Độ trong việc xây dựng hệ thống bảo hộ đối tượng TTTT một cách tổng thể. Tuy nhiên, Trung Quốc tập trung vào các cơ chế bảo hộ tích cực và khai thác các khía cạnh thương mại của TTTT (cho phép cấp sáng chế có nguồn gốc TTTT) song hành cùng chính sách bảo hộ đặc thù riêng (sui generis).

3.3. Bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với tri thức truyền thống theo pháp luật Peru

Peru là một quốc gia nằm ở tây bắc khu vực Nam Mỹ với mức độ đa dạng sinh học cao và là nơi chung sống của 55 nhóm người bản địa đa dạng về sắc tộc và tôn giáo²³. Vì vậy, Peru đã xây dựng một hệ thống pháp luật cả trong nước và quốc tế để bảo vệ toàn diện đối tượng TTTT. Cụ thể:

Trên bình diện quốc tế quốc tế: Peru cùng cộng đồng các nước thành viên của Andean đã thông qua Quyết định 345 năm 1993 về cơ chế chung trong tiếp cận nguồn gen và sau đó được sửa đổi bởi Quyết định 391 năm 1991 bao gồm các điều khoản liên kết các cơ quan SHTT với những người có quyền tiếp cận nguồn gen. Đến năm 2000, Cộng đồng Andean tiếp tục thông qua Quyết định 486 Chế độ sở hữu công nghiệp với mục tiêu gắn kết đa dạng sinh học với sở hữu công nghiệp. Điều 3 của Quyết định 486 đảm bảo rằng quyền sở hữu công nghiệp do các thành viên cấp sẽ được thực hiện theo cách tôn trọng và bảo vệ di sản sinh học và di truyền của cộng đồng bản địa, người Mỹ gốc Phi hoặc địa phương²⁴.

Trên bình diện quốc gia: Năm 1996, Đạo luật số 832 về Luật Sở hữu công nghiệp của Peru đã ban hành quy định về việc công nhận khả năng xây dựng cơ chế bảo hộ đặc biệt đối với tri thức của người bản địa (Điều 63). Đến năm 1997, Peru lại tiếp tục

²² Institute of Information on Traditional Chinese Medicine (IITCM), 'TCM Database System' (2014) <<http://www.cintcm.ac.cn>> accessed 14 september 2023.

²³ Dwayne Mamo, (2021), "The Indigenous World 2021 (35th Edition)", The International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), Denmark, 2021, p.458.

²⁴ Rosa Giannina Alvarez Núñez, (2008), "Intellectual Property and the Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Folklore: The Peruvian Experience" A. von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 12, 2008, p. 487-549. 2008 Koninklijke Brill N.V. Printed in The Netherlands.

ban hành Luật số 26839 về Bảo tồn và sử dụng Bền vững Đa dạng sinh học, liên quan đến bảo vệ tài nguyên đa dạng sinh học bản địa. Tuy nhiên, thành công nhất trong xây dựng hệ thống pháp luật về bảo hộ TTTT tại Peru đó là việc ban hành Luật số 27811 về Cơ chế bảo hộ Tri thức tập thể của người bản địa liên quan đến Đa dạng sinh học năm 2002. Đây được xem là cơ chế sui generis đầu tiên trên thế giới được ban hành với hai mục đích chính: (i) nhằm bảo đảm sự kiểm soát của cộng đồng người bản địa đối với việc sử dụng TTTT và thu lợi từ tri thức; (ii) ngăn chặn tình trạng cấp các sáng chế có nguồn gốc từ TTTT²⁵. Luật số 26839 về Bảo tồn và sử dụng Bền vững Đa dạng sinh học Peru có những nội dung quy định quan trọng về TTTT bao gồm:

Thứ nhất, định nghĩa khái niệm tri thức tập thể (collective knowledge) là “*tri thức được phát triển, tích lũy và chuyển giao qua nhiều thế hệ bởi các cộng đồng và người bản địa liên quan đến thuộc tính, cách sử dụng và đặc điểm của nguồn tài nguyên đa dạng sinh học*” (Điều 2.a) theo hướng mở rộng phạm vi áp dụng ra cả đối tượng áp dụng đối với các biểu đạt văn hoá liên quan đến nguồn tài nguyên đa dạng sinh học.

Thứ hai, xác định chủ sở hữu, tổ chức đại diện và cơ quan bảo vệ cho TTTT. Chủ sở hữu các TTTT được xác định là các người dân bản địa, theo Điều 2.1 Luật số 26839 xác định “người bản địa” chính là những thổ dân nắm giữ các TTTT trước khi thành lập Nhà nước Peru và có nền văn hoá riêng trên một khu vực lãnh thổ cụ thể và thuật ngữ “bản địa” tương đồng với từ “thổ dân”, “truyền thống”, “dân tộc”... Luật số 26839 xác định tổ chức đại diện TTTT do chính dân tộc bản địa bầu ra (Điều 14), ngoài ra còn thiết lập một cơ quan bảo vệ TTTT cho người dân bản địa dưới tên gọi “Ban bảo vệ tri thức bản địa” gồm 5 người trong đó 3 người được chỉ định bởi người dân bản địa và 2 người do Ủy ban quốc gia về các dân tộc Andean, Amazon và Afro-Peru chỉ định (Điều 65).

Thứ ba, về công cụ bảo hộ: Luật số 26839 bảo vệ TTTT thông qua: (i) hệ thống đăng ký TTTT; và (ii) li-xăng (thông qua chuyển giao hợp đồng). Đối với hệ thống đăng ký TTTT, theo Điều 15 Luật 27811 quy định theo ba phương thức đăng ký:

²⁵ Law No. 27811 Introducing the Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples derived from Biological Resources, https://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws/articles/article_0016.html, accessed 14 september 2023.

Đăng ký công khai tại Cơ quan đăng ký quốc gia; Đăng ký qua cơ chế bảo mật thông tin; Đăng ký tại địa phương. Hệ thống đăng ký đa tầng này được xem như là một cơ chế kiểm soát và bảo tồn TTTT ngăn chặn tình trạng thất truyền hay “chảy máu” tri thức ra ngoài cộng đồng, quốc gia. Đối với công cụ bảo hộ thông qua li-xăng TTTT được đảm bảo dựa trên hai phương thức: (i) sự chấp thuận trước của người bản địa thông qua tổ chức đại diện của người bản địa (Điều 6); (ii) cơ chế chia sẻ lợi ích thông qua mức phí bản quyền khi đàm phán li-xăng TTTT (Điều 7).

Thứ tư, chế tài xử lý xâm phạm TTTT. Được quy định các Điều 62 Luật số 27811 đặt ra nhiều biện pháp xử lý, bao gồm (i) biện pháp hành chính với mức phạt tiền tối đa là 150 đơn vị thuế; (ii) biện pháp tạm thời như tịch thu hàng hoá, kiểm soát việc thông quan và nhập khẩu hàng hoá,...; (iii) biện pháp hình sự.

Có thể nói, Chính phủ Peru đã giành một sự quan tâm rất lớn đến bảo hộ TTTT thông qua việc phát triển song hành hệ thống bảo hộ trong nước và trong phạm vi khu vực, quốc tế. Khác với mô hình Ấn Độ hay Trung Quốc trong việc bảo hộ tổng thể đối tượng TTTT, Peru tập trung thiết lập một hệ thống pháp luật bảo hộ riêng (*sui generis*) làm cơ sở bảo vệ TTTT và chia sẻ lợi ích cho cộng đồng bản địa. Đây là mô hình có giá trị tham khảo cho việc xây dựng các hệ thống *sui generis* trên toàn cầu trong đó có Việt Nam.

4. Những cách tiếp cận mới trong việc hoàn thiện hệ thống bảo hộ tri thức truyền thống tại Việt Nam

Việt Nam có một hệ thống TTTT đa dạng cả về kiến thức truyền thống trong khoa học, kỹ thuật và cả hình thức biểu đạt văn hoá. Tuy nhiên, hệ thống pháp lý bảo hộ TTTT tại Việt Nam hiện nay vẫn còn thiếu các quy định cụ thể về lĩnh vực này, cũng như tình trạng thương mại hoá trái phép TTTT tại Việt Nam đang diễn ra ngày càng phổ biến²⁶. Chính vì vậy, trên cơ sở nghiên cứu các kinh nghiệm về bảo hộ đối với TTTT tại Ấn Độ, Trung Quốc và Peru, tác giả xin đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về bảo hộ TTTT tại Việt Nam đáp ứng yêu cầu hoàn thiện pháp luật về

²⁶ Hiện nay, bảo hộ TTTT chỉ được đề cập trong một số văn bản pháp lý như: Luật SHTT chủ yếu liên quan đến bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm văn học, nghệ thuật dân gian và đăng ký sáng chế TTTT về nguồn gen; Luật Đa dạng sinh học quy định về chia sẻ lợi ích từ bản quyền TTTT nguồn gen sinh học; hay được bảo tồn như một loại di sản văn hoá trong Luật di sản văn hoá... Xem thêm, Nguyễn Văn Phúc, Đỗ Thị Diễm (2021), “Bàn về các biện pháp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với TTTT bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam”, Tạp chí Pháp luật và thực tiễn số 45/2020 – Trường Đại học Luật – Huế, tr.53

SHTT của Văn kiện Đại hội XIII của Đảng. Tiếp cận mới theo hai hệ thống phổ biến: (i) bảo hộ phòng thủ (ii) và bảo hộ tích cực.

Thứ nhất, hệ thống bảo hộ phòng thủ.

Một là, xây dựng cơ sở dữ liệu về TTTT tại Việt Nam. Mục đích để lưu trữ và làm chứng cứ để phản đối các sáng chế, nhãn hiệu xác lập bất hợp pháp tại các quốc gia trên thế giới có nguồn gốc từ TTTT của Việt Nam. Tiếp thu kinh nghiệm Ấn Độ và Trung Quốc trong việc mở rộng nhiều hệ thống cơ sở dữ liệu theo từng ngành, từng cấp độ như: thư viện số về TTTT; thiết lập mạng lưới Honey Bee Network về cơ sở dữ liệu như Ấn Độ; hay sổ đăng ký đa dạng sinh học. Theo tác giả nên thí điểm cơ sở dữ liệu đối với TTTT về y học cổ truyền dưới hai hình thức: (i) xuất bản truyền thống: tạp chí khoa học, học thuật, kỹ thuật và kinh doanh, v.v. (ii) xuất bản hình thức lưu trữ bằng file điện tử qua Internet và phân loại như một hệ thống phân loại sáng chế quốc tế trên cơ sở phối hợp giữa Cục quản lý Y dược học cổ truyền với Cục SHTT;

Hai là, yêu cầu bộc lộ nguồn gốc nguồn gen và TTTT trong đơn đăng ký sáng chế và giấy phép tiếp cận nguồn gen thông qua các biện pháp pháp lý, hành chính trong Luật SHTT và Luật Đa dạng sinh học làm cơ sở kiểm soát TTTT và chia sẻ lợi ích cộng đồng như trường hợp Trung Quốc và Peru.

Thứ hai, hệ thống bảo hộ tích cực.

Một là, tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật về SHTT, cụ thể: (i) cần bổ sung định nghĩa “tri thức truyền thống” và “cộng đồng bản địa”; (ii) xác định rõ chủ thể được bảo hộ và tổ chức đại diện tập thể đối với TTTT; (iii) bổ sung đối tượng được hưởng thù lao là cộng đồng nắm giữ, quản lý TTTT; (vi) mở rộng đối tượng được hưởng lợi từ việc chia sẻ lợi ích từ nguồn gen TTTT cho cộng đồng bản địa, không chỉ trong khu bảo tồn tại Điều 31 và 61 Luật Đa dạng sinh học 2008; Điều 10, 18, 19 Nghị định 65/2010/NĐ-CP.

Hai là, thiết lập cơ chế bảo hộ riêng sui generis. Tham khảo mô hình Peru (Luật số 27811 về Cơ chế bảo hộ Tri thức tập thể của người bản địa liên quan đến Đa dạng sinh học năm 2002) và Trung Quốc (Quy định về bảo vệ các loại y học cổ truyền năm 1992). Thông qua ban hành văn bản pháp luật riêng biệt về bảo hộ TTTT trên cơ sở kết hợp luật tục, sự chia sẻ lợi ích và thỏa thuận hợp đồng, qua hai cơ chế bảo hộ: (i) cơ chế đăng ký TTTT; và (ii) li-xăng TTTT (thông qua chuyển giao hợp đồng). Ngoài

ra, nên phân cấp quản lý và chia sẻ lợi ích theo hướng đa tầng với bốn cấp độ khác nhau: (1) cấp độ bí mật; (2) cấp độ cộng đồng, địa phương; (3) cấp độ quốc gia; (4) cấp độ toàn cầu.

5. Kết luận

Có thể kết luận rằng, hệ thống SHTT hiện hành trên thế giới và tại Việt Nam không thể bảo hộ một cách đầy đủ cho đối tượng TTTT, xuất phát từ sự không tương thích giữa hệ thống SHTT với các đối tượng TTTT. Vì vậy, việc tiếp cận theo hướng bảo hộ tổng thể thông qua chiến lược bảo hộ phòng thủ và bảo hộ tích cực (theo quan điểm WIPO và kinh nghiệm từ Ấn Độ, Trung Quốc và Peru) được xem là mô hình phù hợp với Việt Nam hiện nay mà không mâu thuẫn với hệ thống SHTT. Tuy nhiên, trong xây dựng chính sách bảo hộ cần lưu ý đến tính đặc thù của TTTT ở mỗi quốc gia là khác nhau và cần đảm bảo việc chia sẻ lợi ích cho cộng đồng nắm giữ TTTT.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Đảng Cộng sản Việt Nam, (2021), “*Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*”, Nxb. Chính trị quốc gia Sự thật, Hà Nội.
2. Nguyễn Văn Phúc, Đỗ Thị Diện (2021), “*Bàn về các biện pháp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với TTTT bài thuốc cổ truyền tại Việt Nam*”, Tạp chí Pháp luật và thực tiễn số 45/2020 – Trường Đại học Luật – Huế, tr.53.
3. Adhish Anilkumar Kulkarni, “*Intellectual Property Rights vis-à-vis Traditional Knowledge: A Critical Analysis*”, 3 (6) IJLSI Page 303 - 311 (2021), DOI <https://doi.org/10.1000/IJLSI.111212>.
4. Bhaswati Mukherjee, “*India's Intangible Cultural Heritage: Civilisational Legacy to the World*”
<http://www.mea.gov.in/infocusarticle.htm?24717/Indias+Intangible+Cultural+Heritage+A+Civilisational+Legacy+To+The+World>.
5. Brian Noble. (2007). “*Justice, Transaction, Translation: Blackfoot Tipi Transfers and WIPO's Search for the Facts of Traditional Knowledge Exchange*”. *American Anthropologist*, 109(2), 338–349. <http://www.jstor.org/stable/4496647>.

6. Dhar, B., & C. Niranjan Rao. (2004). “*Third Amendment to 1970 Patent Act: An Analysis. Economic and Political Weekly*”, 39(52), 5568–5571. <http://www.jstor.org/stable/4415969>. (hereinafter “B. Dhar”) 18. Id.
7. Dwayne Mamo, (2021), "*The Indigenous World 2021 (35th Edition)*", The International Work Group for Indigenous Affairs (IWGIA), Denmark, 2021, p.458.
8. Institute of Information on Traditional Chinese Medicine (IITCM), ‘*TCM Database System*’ (2014) <<http://www.cintcm.ac.cn>> accessed 14 september 2023.
9. Law No. 27811 Introducing the Protection Regime for the Collective Knowledge of Indigenous Peoples derived from Biological Resources, https://www.wipo.int/tk/en/databases/tklaws/articles/article_0016.html
10. M.M. Pandey, Subha Rastogi and A.K.S. Rawat, (2013) “*Indian Traditional Ayurvedic System of Medicine and Nutritional Supplementation*”, Evidence-Based Complementary and Alternative Medicine, available at...<https://www.sconline.com/blog/post/2018/04/23/protecting-traditional-knowledge-theindia-story-till-date/>.
11. Nan Xia (2023), “*Intellectual property protection for traditional medical knowledge in China’s context: a round peg in a square hole?*”, Medical Law Review, 2023, 31, 358–390. <https://doi.org/10.1093/medlaw/fwad006>.
12. Oguamanam, Chidi (2004), “*Protecting Indigenous Knowledge in International Law: Solidarity Beyond the Nation-State*” Law Text Culture 8 (10) 2004, pp. 191-230.
13. Riya (2020), “*Protection of traditional knowledge under intellectual property rights regime*”, E- Journal of Academic Innovation and Research in Intellectual Property Assets (E-JAIRIPA) Vol. 1 (01), Dec 2020, pp. 149-164 2.
14. Rosa Giannina Alvarez Núñez, (2008), “*Intellectual Property and the Protection of Traditional Knowledge, Genetic Resources and Folklore: The Peruvian Experience*” A. von Bogdandy and R. Wolfrum, (eds.), Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 12, 2008, p. 487-549. 2008 Koninklijke Brill N.V. Printed in The Netherlands.
15. Tanvi Trivedi, (2022) “*Protection of Traditional Knowledge under the Intellectual Property Rights Regime with Special Reference to India*”, International

Journal of Law Management & Humanities, Volume - Issue 5, Page 575 - 592 (2022), DOI:<https://doi.org/10.10000/IJLMH.113604>.

16. Tanvi Trivedi, (2022) “*Protection of Traditional Knowledge under the Intellectual Property Rights Regime with Special Reference to India*”, International Journal of Law Management & Humanities, Volume - Issue 5, Page 575 - 592 (2022), DOI:<https://doi.org/10.10000/IJLMH.113604>.

17. Thomas Cottier and marion Panizzon, (2004), “*Legal perspectives on traditional knowledge: the case for intellectual property protection*”, Journal of International Economic Law 7(2), 371–400 # International Public Goods & Transfer of Technology under a Globalized Intellectual Property Regime, Ed. Maskus and Reichman (Cambridge University Press 2004).

18. The National People’s Congress Standing Committee of China. “*Patent Law of the People's Republic of China*”, http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/2020-10/17/c_674693.htm.

19. The state council of the People’s Republic of China “*Regulations on Protection of Traditional Chinese Medicines 1992*” promulgated by Order No. 106 of October 14, 1992, of the state council of the People’s Republic of China. <https://www.wipo.int/wipolex/fr/text/337300>.

20. WHO (2013) “*WHO traditional medicine strategy: 2014-2023*”.<https://iris.wpro.who.int/handle/10665.1/11340>.

21. WIPO (2001) “*Report on Fact-finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998/1999)*”https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/tk/768/wipo_pub_768.pdf.

22. WIPO (2011) “*About the Traditional Knowledge Digital Library*”, Information courtesy of the Council of Scientific and Industrial Research, https://www.wipo.int/meetings/en/2011/wipo_tkdl_del_11/about_tkdl.html.

23. WIPO, (2015) “*Traditional Knowledge and Intellectual Property – Background Brief*”, wipo.int, https://www.wipo.int/pressroom/en/briefs/tk_ip.html.

24. Xuezhong ZHU (2008) “*Patent Protection of Chinese Traditional Medicine and Its Impact on Related Industries in China*” Institute of Intellectual Property

Strategy Huazhong University of Science and Technology,, Munich, Germany,
Oct.17, 2008.

**PROTECTING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS FOR
TRADITIONAL KNOWLEDGE IN SOME COUNTRIES AROUND THE
WORLD: A NEW APPROACH FOR VIETNAM**

Abstract: Recognizing the cultural and social values of traditional knowledge objects is crucial to a nation's legal framework. The global intellectual property system, however, faces significant challenges due to concerns about fairness and equality in economic relations when these objects are exploited for commercial purposes. In order to improve the legal framework for the protection of traditional knowledge objects in Vietnam, new approaches to research into various policies and legal frameworks for traditional knowledge object protection around the world are proposed.

Keywords: traditional knowledge, Intellectual Property, protection.

MỘT SỐ ĐỊNH HƯỚNG VỀ XỬ LÝ TÀI SẢN THẾ CHẤP LÀ BẤT ĐỘNG SẢN HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI THEO TINH THẦN CỦA VĂN KIẾN ĐẠI HỘI XIII CỦA ĐẢNG

Mai Lan Phương*

Lê Thị Thảo**

Tóm tắt: Xử lý tài sản thế chấp là biện pháp phổ biến mà các tổ chức tín dụng thực hiện khi bên thế chấp tài sản không thực hiện được nghĩa vụ trả nợ. Việc xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai trên thực tế đã phát sinh nhiều vướng mắc, bất cập trong quá trình thực hiện pháp luật. Văn kiện Đại hội XIII của Đảng đề ra phương hướng, nhiệm vụ và giải pháp phát triển kinh tế - xã hội 05 năm 2021 - 2026: “*vận hành đồng bộ quyền sử dụng đất, thị trường bất động sản, thị trường tài chính... theo chuẩn mực của nền kinh tế thị trường đầy đủ, hiện đại, hội nhập quốc tế*”; “*tiếp tục hoàn thiện khung khổ pháp lý về hoạt động ngân hàng, hỗ trợ tiến trình cơ cấu lại các tổ chức tín dụng và xử lý nợ xấu*”¹. Trong bài viết, tác giả tập trung nghiên cứu và phân tích một số vấn đề chung về tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai, pháp luật về xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai và đánh giá thực trạng thực hiện pháp luật về xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai tại các ngân hàng thương mại. Đối tượng nghiên cứu là xử lý tài sản thế chấp là bất động sản tại các ngân hàng thương mại. Kết quả nghiên cứu cho thấy còn tồn tại một số bất cập trong quá trình thực hiện pháp luật liên quan đến xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai ở Việt Nam. Do đó, nghiên cứu đã đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả việc xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai theo tinh thần Văn kiện Đại hội XIII của Đảng.

Từ khóa: xử lý tài sản, tài sản thế chấp, bất động sản, bất động sản hình thành trong tương lai.

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: mailanphuong3005@gmail.com

** TS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: thaolt@hul.edu.vn

¹ Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nhà Xuất bản Sự thật, tập 2, 2021 ,tr91-92

1. Đặt vấn đề

Văn kiện Đại hội XIII của Đảng đề cập kết quả thực hiện nhiệm vụ phát triển kinh tế - xã hội 05 năm 2016 - 2020 của Đảng, Nhà nước ta trong lĩnh vực giải quyết “nợ xấu” là: “Cơ cấu lại các tổ chức tín dụng gắn với xử lý nợ xấu được triển khai đồng bộ, hiệu quả hơn, bảo đảm ổn định, an toàn hệ thống. Nợ xấu tiếp tục được xử lý, kiểm soát, tỷ lệ nợ xấu nội bảng duy trì ở mức dưới 3%”². Chứng tỏ, sự chỉ đạo của Đảng và Nhà nước thông qua Nghị quyết 42/2017/QH về thí điểm xử lý nợ xấu của các tổ chức tín dụng đã phát huy hiệu quả, tỷ lệ nợ xấu đến năm 2020 đã giảm đáng kể và duy trì ở mức 3%.

Sau đại dịch COVID-19, Đảng, Nhà nước đã ra nhiều chính sách để ổn định thị trường, tiếp tục gia hạn thực hiện Nghị quyết 42/2017/QH với mong muốn giải quyết triệt để “nợ xấu” cho các tổ chức tín dụng, “khơi thông dòng máu đông thúc đẩy nền kinh tế phát triển”³. Do nhu cầu phát triển của xã hội, với những lợi ích về mặt kinh tế mà bất động sản hình thành trong tương lai mang lại, nên ngày càng có nhiều dự án được hình thành, tạo điều kiện cho người dân có cơ hội để mua nhà, ổn định cuộc sống. Tuy nhiên, vì bất động sản chưa được hình thành tại thời điểm cho vay nên những người cho vay sẽ gặp rất nhiều rủi ro như: bất động sản hình thành trong tương lai thế chấp chưa có Giấy chứng nhận quyền sở hữu, bên nhận thế chấp chuyển nhượng tài sản với giá thấp do nhà chưa có giấy tờ, khó tìm được khách mua⁴. Còn nếu bán tài sản là bất động sản hình thành trong tương lai thông qua đấu giá tài sản thì sẽ nảy sinh một số phức tạp như thông đồng để ép giá thấp, chi phí tổ chức bán đấu giá cao, chủ thể bán đấu giá tài sản không có chức năng cưỡng chế, thu giữ tài sản thế chấp nên khó lấy được tiền⁵. Việc đăng ký giao dịch bảo đảm đối với bất động sản hình thành trong tương lai không bắt buộc mà theo sự yêu cầu của các bên, dẫn đến sự thiếu cân bằng giữa những người thứ ba có cùng lợi ích như trường hợp một dự án được chủ đầu tư đã bán căn hộ cho khách hàng, đã thu tiền như lại mang

² Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nhà Xuất bản Sự thật, tập 2, 2021, tr19-20

³ Nguyễn Văn Phương (2013), Khó khăn từ xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi nợ xấu, Tạp chí Ngân hàng, số 13, tr.8-16

⁴ Lê Minh Thành, Một số vướng mắc trong quy định pháp luật về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai, Tạp chí Khoa học Đại học Huế, tập 130, số 6C, 2021, tr35-46

⁵ Đỗ Thị Hà, Xử lý tài sản thế chấp tại ngân hàng thương mại theo pháp luật Việt Nam, Khóa luận tốt nghiệp đại học, Đại học Quốc gia Hà Nội, 2022

dự án thế chấp ngân hàng, như vậy quyền lợi của khách hàng sẽ không được đảm bảo⁶.

Thực tế, việc xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai của các ngân hàng thương mại vẫn còn một số vấn đề chưa được giải quyết thỏa đáng. Kế thừa các giá trị nghiên cứu trước, trong phạm vi bài viết sẽ tập trung phân tích một số bất cập trong quá trình thực hiện pháp luật liên quan đến xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai ở các ngân hàng thương mại, từ đó đề xuất một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả việc xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai theo tinh thần Văn kiện Đại hội XIII của Đảng.

2. Một số vấn đề chung về tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai

Dưới góc độ pháp lý, đã có nhiều cách tiếp cận khái niệm về bất động sản hình thành trong tương lai, chẳng hạn tại khoản 2 Điều 108 Bộ luật Dân sự năm 2015: *quy định về tài sản hình thành trong tương lai bao gồm: tài sản chưa hình thành và tài sản đã hình thành nhưng chủ thể xác lập quyền sở hữu tài sản sau thời điểm xác lập giao dịch*. Theo đó, tài sản hình thành trong tương lai được đề cập trong Bộ luật Dân sự 2015 sẽ bao gồm động sản và bất động sản. Trong khi đó, tại khoản 3 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản 2014 cho rằng: *bất động sản hình thành trong tương lai sẽ bao gồm cả nhà ở, đất sẽ hình thành trong tương lai hoặc đã xây dựng xong nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu*. Còn theo khoản 19, Điều 3, Luật Nhà ở 2014 thì: *nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng*. Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT ngày 25/4/2014 của Ngân hàng Nhà nước, Bộ Xây dựng, Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và Môi trường quy định: *nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng hoặc đã hoàn thành việc xây dựng theo quy định của pháp luật về xây dựng nhưng chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất*.

⁶ Đặng Phước Thông, Nguyễn Tô Uyên, *Đăng ký giao dịch dân sự về chuyển quyền sở hữu bất động sản hình thành trong tương lai*, HCMCOUJS - Kỳ yếu, số 16 (1), 2021, tr21-37

Tại khoản 2 Điều 4, Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm: *Tài sản hình thành trong tương lai là tài sản thuộc sở hữu của bên bảo đảm sau thời điểm nghĩa vụ được xác lập hoặc giao dịch bảo đảm được giao kết. Tài sản hình thành trong tương lai bao gồm cả tài sản đã được hình thành tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm mới thuộc sở hữu của bên bảo đảm.* Nghị định 11/2012/NĐ-CP ngày 22/2/2012 sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 163/2006/NĐ-CP đưa ra giải thích: *tài sản hình thành trong tương lai gồm 03 loại là tài sản được hình thành từ vốn vay; tài sản đang trong giai đoạn hình thành và đang được tạo lập hợp pháp tại thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm; tài sản đã hình thành và thuộc đối tượng phải đăng ký quyền sở hữu, nhưng sau thời điểm giao kết giao dịch bảo đảm thì tài sản đó mới được đăng ký theo quy định của pháp luật.*

Trên cơ sở các cách tiếp cận trên, có thể đưa ra đặc điểm về bất động sản hình thành trong tương lai và tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai một cách cụ thể như sau:

Bất động sản hình thành trong tương lai bao gồm nhà ở và các công trình đang xây dựng, các dự án nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây dựng (trên cơ sở đáp ứng các quy định của pháp luật như có hồ sơ dự án, thiết kế kỹ thuật, giấy phép xây dựng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền...) hoặc đã xây dựng xong nhưng chưa được đưa vào sử dụng hoặc đưa vào sử dụng nhưng chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu bất động sản hình thành trong tương lai được dùng vào việc bảo đảm sẽ thuộc quyền sở hữu của bên thế chấp tại thời điểm thế chấp chưa có giấy chứng nhận quyền sở hữu của cơ quan nhà nước cấp.

Tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai là tài sản sử dụng để đảm bảo cho khoản vay trong trường hợp người vay không có khả năng chi trả thì tổ chức tín dụng sẽ đứng ra thực hiện các biện pháp thu hồi tiền vay và lợi nhuận bằng việc bán tài sản thế chấp theo đúng quy định của pháp luật.

Vấn đề xử lý tài sản thế chấp là một phần trong vấn đề xử lý tài sản bảo đảm. Xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai được hiểu trong ngữ cảnh là: người vay tiền sử dụng bất động sản hình thành trong tương lai của mình để thế chấp với ngân hàng để bảo đảm cho các khoản vay.

3. Pháp luật về xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai

Quá trình xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai được thực hiện theo hai thủ tục chính đó là thủ tục thu giữ bất động sản thế chấp để xử lý và thủ tục định đoạt bất động sản thế chấp.

3.1. Quy định về thủ tục thu giữ tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai.

Việc thu giữ bất động sản thế chấp sẽ được xử lý theo Điều 63 Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm: *bên giữ tài sản bảo đảm phải giao tài sản cho người xử lý tài sản theo thông báo của người này, nếu hết thời hạn ấn định trong thông báo mà bên giữ tài sản bảo đảm không giao tài sản thì người xử lý tài sản có quyền thu giữ tài sản bảo đảm để xử lý; Không được áp dụng các biện pháp vi phạm điều cấm của pháp luật, trái đạo đức xã hội trong quá trình thu giữ tài sản bảo đảm; Trong quá trình tiến hành thu giữ tài sản bảo đảm, nếu bên giữ tài sản bảo đảm có dấu hiệu chống đối, cản trở, gây mất an ninh, trật tự nơi công cộng hoặc có hành vi vi phạm pháp luật khác thì người xử lý tài sản bảo đảm có quyền yêu cầu Ủy ban nhân dân xã, phường, thị trấn và cơ quan công an tiến hành thu giữ tài sản bảo đảm, trong phạm vi chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn của mình áp dụng các biện pháp theo quy định của pháp luật để giữ gìn an ninh, trật tự, bảo đảm cho người xử lý tài sản thực hiện quyền thu giữ tài sản bảo đảm".* Trong một văn bản pháp luật cho phép bên thu giữ tài sản được thu giữ tài sản để xử lý thế chấp nhưng quy định là không được áp dụng các biện pháp vi phạm điều cấm của pháp luật, trái với đạo đức trong quá trình thu giữ. Tuy nhiên, lại chưa có văn bản hướng dẫn cụ thể về việc hành vi vi phạm điều cấm của pháp luật và hành vi trái đạo đức.

Theo quy định tại khoản 1, Điều 298 Luật Dân sự 2015 thì: *Biện pháp bảo đảm phải được đăng ký theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật.* Nghị định 102/2017/NĐ-CP ngày 01/9/2017 về đăng ký biện pháp bảo đảm tại Điều 4 khẳng định các biện pháp bảo đảm phải đăng ký là: *thế chấp quyền sử dụng đất hoặc thế chấp tài sản gắn liền với đất trong trường hợp tài sản đó đã được chứng nhận quyền sở hữu trên Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất; còn thế chấp tài sản là động sản khác và thế chấp tài sản gắn liền với đất hình thành trong tương lai là biện pháp bảo đảm được đăng ký khi có yêu*

câu. Giữa hai văn bản pháp luật trên chưa có sự thống nhất rõ ràng trong việc đăng ký biện pháp bảo đảm đối với tài sản là bất động sản hình thành trong tương lai, một văn bản thì cho rằng việc đăng ký là “theo thỏa thuận hoặc theo quy định của pháp luật”, còn một bên là “đăng ký khi có yêu cầu”.

Bộ luật Dân sự 2015 có quy định về thứ tự ưu tiên thanh toán của các bên cùng nhận tài sản bảo đảm tại Điều 308: *trường hợp các biện pháp bảo đảm đều phát sinh hiệu lực đối kháng với người thứ ba thì thứ tự thanh toán được xác định theo thứ tự xác lập hiệu lực đối kháng.* Thứ tự ưu tiên thanh toán, hiệu lực đối kháng với bên thứ ba phát sinh trong việc bảo đảm bằng tài sản hình thành trong tương lai giúp các chủ thể hiểu rõ các quy định của pháp luật về thứ tự ưu tiên thanh toán, tránh việc nhầm lẫn làm phát sinh không mong muốn, hạn chế được việc một dự án bất động sản thế chấp ở nhiều ngân hàng bởi các chủ thể khác nhau.

Theo quy định tại khoản 1, Điều 303 thì: *bên bảo đảm và bên nhận bảo đảm có quyền thỏa thuận thực hiện một trong các phương thức xử lý tài sản thế chấp như: bán đấu giá tài sản, bên nhận bảo đảm tự bán tài sản, bên nhận bảo đảm nhận chính tài sản để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên bảo đảm, phương thức khác.* Như vậy, các trường hợp xử lý tài sản thế chấp theo sự thỏa thuận của các bên rất đa dạng. Cho dù xử lý theo hình thức nào thì rủi ro cũng thuộc về phía bên nhận thế chấp nhiều hơn do bất động sản hình thành trong tương lai chưa có Giấy xác nhận quyền sở hữu nên giá trị tài sản khi bán ra thị trường sẽ khó bán và nguy cơ người mua “ép giá” cao.

3.2. Phương thức định đoạt tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai.

Điều 118 Luật Nhà ở 2014 quy định: *chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở thương mại được xây dựng trong dự án đầu tư xây dựng nhà ở bao gồm cả trường hợp đã nhận bàn giao nhà ở từ chủ đầu tư nhưng chưa nộp hồ sơ đề nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cấp Giấy chứng nhận đối với nhà ở đó.* Như vậy, mặc dù chưa có Giấy chứng nhận quyền sở hữu nhà ở, hồ sơ xin cấp Giấy chứng nhận sở hữu chưa được chủ đầu tư thực hiện thì khách hàng vẫn có thể thực hiện giao dịch mua bán thông qua hợp đồng mua bán và có xác nhận của chủ đầu tư theo Điều 59, Luật Kinh doanh bất động sản 2014 và Điều 122 Luật Nhà ở 2014 như sau: *việc chuyển*

nhượng hợp đồng mua bán phải được lập thành văn bản; có công chứng văn bản chuyển nhượng nếu bên chuyển nhượng và bên nhận chuyển nhượng Hợp đồng mua bán đều là cá nhân; có xác nhận của chủ đầu tư vào văn bản chuyển nhượng. Chính vì vậy, khi ký hợp đồng cho vay thì ngân hàng cần phải ký hợp đồng liên kết với chủ đầu tư để việc xử lý tài sản thế chấp sau này được thực hiện thuận lợi.

Trong trường hợp bên thế chấp chưa được nhận bàn giao bất động sản từ chủ đầu tư thì ngân hàng được toàn quyền nhận tài sản thế chấp này để thay thế cho việc thực hiện nghĩa vụ của bên thế chấp theo quy định tại khoản 3, Điều 132 Luật Tổ chức tín dụng năm 2010: *nắm giữ bất động sản do việc xử lý nợ vay. Trong thời hạn 03 năm, kể từ ngày quyết định xử lý tài sản bảo đảm là bất động sản, tổ chức tín dụng phải bán, chuyển nhượng hoặc mua lại bất động sản này để bảo đảm tỷ lệ đầu tư vào tài sản cố định và mục đích sử dụng tài sản cố định.* Hoặc bên thế chấp có thể thực hiện chuyển nhượng cho bên thứ ba dưới hình thức chuyển nhượng bằng hợp đồng mua bán bất động sản hình thành trong tương lai và có văn bản đồng ý của chủ đầu tư, bên mua sẽ kế thừa lại toàn bộ nghĩa vụ thế chấp đối với tổ chức tín dụng mà người bán để lại.

4. Một số bất cập trong quá trình thực hiện pháp luật liên quan đến tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai tại các ngân hàng thương mại

Hiện nay các quy định của pháp luật về xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai còn tồn tại một số bất cập gây khó khăn cho các ngân hàng trong quá trình thực hiện pháp luật, cụ thể:

Thứ nhất, Quy định pháp luật chưa đưa ra khái niệm chính xác về bất động sản hình thành trong tương lai và xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai.

Hiện nay, các ngân hàng khi xử lý tài sản thế chấp là loại tài sản này thì vận dụng các quy định xử lý tài sản là bất động sản và tài sản hình thành trong tương lai để thực hiện, từ đó dẫn đến mỗi tổ chức tín dụng sẽ có cách vận dụng pháp luật theo cách hiểu khác nhau, không thống nhất như theo quy định của pháp luật thì khi thế chấp việc đăng ký giao dịch bảo đảm tại cơ quan Nhà nước theo các cách hiểu khác nhau như: *biện pháp bảo đảm được đăng ký đối với tài sản hình thành trong tương lai thì theo yêu cầu của các bên, còn đối với bất động sản có Giấy chứng nhận sở*

hữu là bắt buộc đăng ký. Như vậy, thực tế các bên có thể hiểu là bất động sản hình thành trong tương lai là chưa có Giấy chứng nhận sở hữu, là tài sản hình thành trong tương lai nên có thể không đăng ký biện pháp bảo đảm tại cơ quan Nhà nước. Nếu không đăng ký biện pháp bảo đảm tại cơ quan Nhà nước thì sẽ xảy ra trường hợp một bất động sản được mang đi thế chấp nhiều nơi, cơ quan Nhà nước sẽ không quản lý được tài sản thế chấp này, chỉ khi có khiếu nại, khiếu kiện xảy ra về việc không có khả năng chi trả của chủ sở hữu thì cơ quan Nhà nước mới phát hiện, lúc đó chủ sở hữu đã không còn khả năng chi trả cho các chủ nợ. Chính điều này sẽ dẫn đến việc các ngân hàng sẽ gặp khó khăn trong việc thu hồi nợ và tình hình an ninh, trật tự sẽ bị ảnh hưởng.

Thứ hai, Thẩm định giá bất động sản hình thành trong tương lai.

Hiện nay để xác định giá trị tài sản thế chấp, mỗi ngân hàng sẽ có đội ngũ thẩm định và xác định giá trị của tài sản. Trên thực tế bất động sản hình thành trong tương lai là tài sản chưa được hình thành vào thời điểm thế chấp và chưa có Giấy chứng nhận sở hữu tại thời điểm thế chấp nên giá trị tài sản có thể thay đổi tùy thuộc vào điều kiện phát triển kinh tế - xã hội của đất nước, môi trường sống xung quanh, chính sách của địa phương, tình hình thiên tai, dịch bệnh. Chẳng hạn, thị trường đất nền tại Thành phố Hồ Chí Minh nói riêng và cả nước nói chung trong năm 2023 dự báo sẽ tiếp tục khó khăn⁷. Chính sự khó khăn của thị trường sẽ làm cho giá bất động sản hình thành trong tương lai sẽ có nhiều biến động. Hiện nay Trong Luật Đất đai 2013 và các văn bản dưới luật có hướng dẫn về việc xác định giá đất. Còn việc xác định giá trị đối với bất động sản hình thành trong tương lai hiện nay chưa có văn bản pháp luật nào điều chỉnh và hướng dẫn cách tính. Bên cạnh đó, có nhiều trường hợp dự án bất động sản hình thành trong tương lai thực hiện thế chấp ngân hàng, đang triển khai giữa chừng gặp dịch bệnh, kinh tế khó khăn, họ không có khả năng thanh toán, bên nhận thế chấp thực hiện việc bán tài sản để thu hồi nợ thì việc bán tài sản gặp khó khăn do tài sản có giá trị lớn, trong lúc kinh tế khó khăn không dễ bán được tài sản, dẫn đến “nợ xấu” tồn đọng thêm thời gian, giá trị tài sản ngày càng giảm sút do công trình đang thực hiện thì bị ngưng trệ. Các ngân hàng thương mại đang tăng

⁷ Đỗ Phong (2023), *Giá đất nền 2023 có thể tiếp đà suy giảm tại một số khu vực*, <https://vneconomy.vn/gia-dat-nen-2023-co-the-tiep-da-suy-giam-tai-mot-so-khu-vuc.htm>, truy cập ngày 14/9/2023

tốc rao bán tài sản thế chấp là bất động sản của khách hàng cá nhân và doanh nghiệp nhưng không có khả năng để thu hồi nợ, nhất là thị trường bất động sản đang có dấu hiệu “nguội” trở lại⁸.

Thứ ba, Cơ chế giải quyết thu hồi tài sản thế chấp của các tổ chức tín dụng không qua con đường Tòa án.

Mặc dù, pháp luật đã quy định rất rõ ràng, chi tiết để các ngân hàng tiến hành thu giữ tài sản thế chấp để xử lý nhưng thực tế khi thu giữ tài sản thế chấp bên nhận thế chấp phải thực hiện việc thu giữ như thế nào cho đúng pháp luật, không trái với đạo đức xã hội thì chưa thấy có văn bản pháp lý hướng dẫn về vấn đề này. Sự không rõ ràng này dẫn đến việc các chủ nợ dè dặt trong việc thu giữ tài sản thế chấp là bất động sản đã hình thành (chưa có Giấy chứng nhận quyền sở hữu) do người khác chiếm hữu, có nhiều trường hợp còn tố cáo ngược lại tổ chức tín dụng xử lý nợ “kiểu xã hội đen”. Bên cạnh đó, mặc dù Bộ Công an cũng đã ban hành Quyết định 9018/QĐ-BCS-A04 ngày 19/11/2019 về quy trình công tác đảm bảo an ninh quá trình thu giữ tài sản bảo đảm theo Nghị quyết 42/2017/QH14 và có quy định cụ thể trong Nghị định 163/2006/NĐ-CP ngày 29/12/2006 về giao dịch bảo đảm nhưng thực tế nếu khách hàng không hợp tác bàn giao tài sản bảo đảm, chống đối khi tiến hành thu giữ, thì việc thu giữ thường không đạt được kết quả.

5. Một số giải pháp nhằm nâng cao hiệu quả việc xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai theo tinh thần Văn kiện Đại hội XIII của Đảng

Văn kiện Đại hội XIII của Đảng đề ra phương hướng, nhiệm vụ và giải pháp phát triển kinh tế - xã hội 05 năm 2021 - 2026: “vận hành đồng bộ quyền sử dụng đất, thị trường bất động sản, thị trường tài chính... theo chuẩn mực của nền kinh tế thị trường đầy đủ, hiện đại, hội nhập quốc tế”; “tiếp tục hoàn thiện khung khổ pháp lý về hoạt động ngân hàng, hỗ trợ tiến trình cơ cấu lại các tổ chức tín dụng và xử lý nợ xấu”⁹. Để vận hành đồng bộ thị trường tài chính, thị trường bất động sản, quyền sử dụng đất, tác giả đề xuất một số định hướng cụ thể sau:

⁸ Minh An (2023), *Những ngân hàng nào rao bán ở ạt bất động sản thế chấp để xử lý nợ*, <https://thuonghieucongluan.com.vn/nhung-ngan-hang-nao-o-at-rao-ban-bat-dong-san-the-chap-de-xu-ly-no-a189327.html>, truy cập ngày 14/9/2023

⁹ *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, Nhà Xuất bản Sự thật, tập 2, 2021 ,tr91-92

Thứ nhất, Bổ sung, sửa đổi quy định cụ thể trong pháp luật về chế định bất động sản hình thành trong tương lai, phân loại bất động sản hình thành trong tương lai, các phương thức, cách thức xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai

Do tình hình dân số ngày càng gia tăng, cùng với sự phát triển về kinh tế - xã hội tài Việt Nam ngày càng cao dẫn đến sự di dân từ các nước về Việt Nam cư trú, định cư ngày càng nhiều, diện tích đất ngày càng hạn hẹp. Vì vậy, số lượng bất động sản hình thành trong tương lai, đặc biệt là chung cư dự báo sẽ là sự lựa chọn là nơi cư trú của đông đảo người dân. Do thu nhập của người dân hiện chưa cao nên để đảm bảo được chỗ ở ổn định thì người dân phải thực hiện hoạt động thế chấp tài sản là chung cư để vay ngân hàng mua nhà. Do đó, cần phải xác định tài sản là bất động sản hình thành trong tương lai, xây dựng quy trình cụ thể, chi tiết về cơ chế thế chấp, phương thức, cách thức xử lý tài sản là bất động sản hình thành trong tương lai, quyền và nghĩa vụ của các bên vào trong pháp luật để bên thế chấp và bên nhận thế chấp thực hiện một cách dễ dàng, khách quan, không để tồn “nợ xấu” tại các tổ chức tín dụng, làm ảnh hưởng đến sự ổn định, phát triển của các tổ chức tín dụng, tạo sự rõ ràng, đồng nhất trong việc thực hiện pháp luật và bảo vệ quyền và lợi ích của các bên liên quan.

Sửa đổi Luật Đất đai 2013 và Luật Kinh doanh bất động sản 2014 theo hướng rõ ràng: đối với các dự án đầu tư xây dựng, kinh doanh nhà ở hình thành trong tương lai thì được chuyển nhượng quyền sử dụng đất gắn với việc chuyển nhượng toàn bộ hoặc một phần dự án khi đã có Giấy chứng nhận sở hữu nhà, hoặc đã có quyết định giao đất, cho thuê đất của cơ quan nhà nước có thẩm quyền. Người nhận chuyển nhượng được phép gia hạn thực hiện dự án đầu tư trong trường hợp mua lại nợ vay là tài sản bảo đảm là bất động sản hình thành trong tương lai của các tổ chức tín dụng; Kiến nghị Bộ Tài nguyên và Môi trường sớm ban hành quy định, hướng dẫn cụ thể để áp dụng thống nhất trong phạm vi toàn quốc khi xử lý tài sản đảm bảo là bất động sản hình thành trong tương lai mà bên thế chấp không hợp tác ký hợp đồng chuyển nhượng thì Bộ Tài nguyên và Môi trường vẫn có phương thức thế sang tên cho người mua, tạo điều kiện cho việc thu hồi nợ, có thể không cần ký hợp đồng mới, đăng ký giao dịch bảo đảm mới hoặc sửa đổi, bổ sung hợp đồng, giao dịch bảo đảm

đã ký hoặc đăng ký, trừ trường hợp các bên có nhu cầu sửa đổi, bổ sung theo quy định của pháp luật.... Ngoài ra, để bảo đảm có sự thống nhất trong quản lý, các cơ quan có thẩm quyền cần nhanh chóng ban hành mẫu chung thống nhất trong việc chuyển đổi này.

Thứ hai, Hoàn thiện khuôn khổ pháp lý thống nhất trong định giá tài sản bảo đảm là bất động sản hình thành trong tương lai

Cơ quan quản lý Nhà nước cần xây dựng công thức để tính giá bất động sản tại từng vùng, đảm bảo giá trị bất động sản phù hợp với giá thị trường trong từng thời điểm, phương pháp tính giá bất động sản... một cách thống nhất trong hệ thống pháp luật để đảm bảo tính chính xác trong việc định giá bất động sản nói chung và bất động sản hình thành trong tương lai nói riêng; đồng thời cần tính toán đến việc thành lập một hội đồng thẩm định giá độc lập với sự tham gia của các chuyên gia trong, ngoài nước, Nhà nước và công dân để công tác thẩm định được khách quan, minh bạch. Trong Dự thảo Luật Đất đai có quy định Ủy ban nhân dân cấp tỉnh là Chủ tịch hội đồng thẩm định giá đất (trong đó bao gồm cả bất động sản hình thành trong tương lai), thành viên là đại diện của cơ quan, tổ chức có liên quan, tổ chức có chức năng tư vấn xác định giá đất, phần lớn hội đồng thẩm định là đại diện cơ quan Nhà nước¹⁰. Với thành phần như trong Dự thảo thì chưa đảm bảo tính khách quan, độc lập của hội đồng thẩm định giá. Do đó, cần thiết phải thành lập một cơ quan quản lý giá đất cấp tỉnh để đứng ra thuê các tổ chức có chức năng tư vấn, thẩm định về giá đất. Tuy nhiên để tránh việc hội đồng thẩm định “cấu kết” với cơ quan quản lý nhà đất trong quá trình thẩm định, cần thiết phải thuê một cơ quan thẩm định giá quốc tế độc lập giám sát việc thẩm định đảm bảo khách quan, công bằng theo tiêu chí quốc tế và tiêu chí định giá do Nhà nước ban hành phù hợp với tình hình phát triển kinh tế tại Việt Nam. Đồng thời, cần xây dựng một hệ thống dữ liệu bất động sản hình thành trong tương lai trong phạm vi toàn quốc cập nhật công khai giá bất động sản từng vùng, từng thời điểm phục vụ yêu cầu quản lý, tổ chức, người dân là rất cần thiết.

Trong Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi), điểm đáng chú ý là bỏ quy định khung giá đất, thay vào đó quy định cụ thể về nguyên tắc định giá đất phù hợp với giá trị thị

¹⁰ <https://quochoi.vn/hoatdongcuaquochoi/cackyhopquochoi/quochoikhoaXIII/Pages/danh-sach-ky-hop.aspx?ItemID=73754&CategoryId=0m>, truy cập ngày 29/1/2023.

trường. Việc bỏ khung giá đất, xác định giá theo thị trường được xem là bước đột phá lớn trong lĩnh vực quản lý, sử dụng đất, tạo nên thay đổi căn bản về các vấn đề kinh tế trong chính sách pháp luật về đất đai. Việc xây dựng khung giá bất động sản nói chung và bất động sản hình thành trong tương lai nói riêng phải đi đôi với việc xây dựng khung pháp lý để người dân tự nguyện kê khai giá trị bất động sản theo đúng thực tế, tránh gây thất thoát thuế cho nhà nước, đồng thời quản lý được tài sản bất động sản của mỗi công dân.

Thứ ba, Xây dựng cơ chế chặt chẽ với các cơ quan ban ngành trong việc xử lý, thu hồi nợ, đảm bảo thống nhất thực hiện ở từng địa phương trong phạm vi cả nước; đồng thời xây dựng hệ thống dữ liệu liên kết giữa các cơ quan ban ngành, các tổ chức tín dụng trong việc xác định tài sản thế chấp, khả năng trả nợ vay của các cá nhân, tổ chức khi thực hiện vay thế chấp và xử lý tài sản thế chấp.

Hỗ trợ giải quyết nợ xấu cho các tổ chức tín dụng khi tài sản thế chấp không được thu hồi hoặc gặp khó khăn trong việc áp dụng các thủ tục rút gọn của Tòa án góp phần bảo vệ các tổ chức tín dụng, đảm bảo sự ổn định trong hệ thống tài chính; giúp cho khách hàng giảm được áp lực tài chính, bảo vệ khách hàng; tăng khả năng cho các tổ chức tín dụng tiếp tục cho vay và hỗ trợ phát triển kinh tế, cải thiện hệ thống tài chính; cải thiện hệ thống pháp luật, nâng cao tính minh bạch, hiệu quả của quy trình pháp lý liên quan đến xử lý nợ xấu.

Luật hóa quyền hạn, trách nhiệm, công việc cụ thể của từng cơ quan chức năng trong việc phối hợp giải quyết thu hồi tài sản tranh chấp; đồng thời các cơ quan chức năng và các tổ chức tín dụng cần phối hợp để xây dựng một hệ thống dữ liệu liên kết trong phạm vi toàn quốc để đảm bảo thông tin cá nhân, tổ chức thực hiện vay bằng tài sản bảo đảm được cập nhật đầy đủ trên hệ thống, có thể công khai cho người dân, để tránh được sự rủi ro trong việc tài sản là bất động sản hình thành trong tương lai đã bàn giao lâu nhưng do đang thế chấp nên chậm cấp Giấy chứng nhận sở hữu (người mua không biết), cụ thể trách nhiệm của từng cơ quan, ban ngành trong việc hỗ trợ giải quyết nợ xấu cho các tổ chức tín dụng khi tài sản bảo đảm không được thu hồi hoặc gặp khó khăn trong việc áp dụng các thủ tục rút gọn của Tòa án... Sự phối hợp của các cơ quan ban ngành sẽ giúp cho việc xử lý tài sản bảo đảm được nhanh chóng, minh bạch, đảm bảo quyền và lợi ích giữa các bên liên quan.

6. Kết luận

Xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai hiện nay là vấn đề phức tạp, có ảnh hưởng trực tiếp đến sự tồn tại của các tổ chức tín dụng. Qua phân tích các quy định của pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai tại các ngân hàng thương mại, tác giả nhận thấy còn có một số vấn đề trong các văn bản pháp luật về xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành chưa thống nhất, chưa quy định cụ thể, dẫn đến bất cập trong việc áp dụng pháp luật để xử lý tài sản thế chấp là bất động sản hình thành trong tương lai tại các ngân hàng thương mại.

Từ thực tiễn trên, nghiên cứu đã đề xuất một số giải pháp nâng cao hiệu quả thực hiện pháp luật về xử lý tài sản bảo đảm là bất động sản hình thành trong tương lai để phân đầu thực hiện được phương hướng, nhiệm vụ và giải pháp phát triển kinh tế - xã hội 05 năm 2021 - 2026 theo tinh thần của Văn kiện Đại hội XIII của Đảng đề ra.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nhà Xuất bản Sự thật, tập 2, 2021 ,tr91-92.
2. Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nhà Xuất bản Sự thật, tập 2, 2021 ,tr19-20.
3. Bộ luật Dân sự 2015.
4. Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi) 2023.
5. Dự thảo Luật Kinh doanh bất động sản (sửa đổi) 2023.
6. Luật Kinh doanh Bất động sản 2014.
7. Luật Nhà ở 2014.
8. Bùi Đức Giang (2014), *Thế chấp tài sản hình thành trong tương lai...vấn đề*, <http://www.thesaigontimes.vn/121966/The-chap-nha-o-hinh-thanh-trong-tuong-lai-van-doi.html>.
9. Đỗ Thị Hà, *Xử lý tài sản thế chấp tại ngân hàng thương mại theo pháp luật Việt Nam*, Khóa luận tốt nghiệp đại học, Đại học Quốc gia Hà Nội, 2022.

10. Đặng Phước Thông, Nguyễn Tô Uyên, *Đăng ký giao dịch dân sự về chuyển quyền sở hữu bất động sản hình thành trong tương lai*, HCMCOUJS - Kỷ yếu, số 16 (1), 2021.

11. Đỗ Phong (2023), *Giá đất nền 2023 có thể tiếp đà suy giảm tại một số khu vực*, <https://vneconomy.vn/gia-dat-nen-2023-co-the-tiep-da-suy-giam-tai-mot-so-khu-vuc.htm>, truy cập ngày 14/9/2023.

12. Minh An (2023), *Những ngân hàng nào rao bán ô tô bất động sản thế chấp để xử lý nợ*, [https://thuonghieucongluan.com.vn/nhung-ngan-hang-nao-o-at-rao-ban-bat-dong-san-the-chap-de-xu-ly-no-a189327.html](https://thuonghieucongluan.com.vn/nhung-ngan-hang-nao-o-at-bat-dong-san-the-chap-de-xu-ly-no-a189327.html), truy cập ngày 14/9/2023

13. Lê Minh Thành, *Một số vướng mắc trong quy định pháp luật về thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai*, Tạp chí Khoa học Đại học Huế, tập 130, số 6C, 2021.

14. Lê Thị Thùy Vân, *Xử lý nợ xấu ở Việt Nam: Thực trạng và những vấn đề đặt ra*, mof.gov.vn; truy cập ngày 29/1/2023.

15. Mai Lan Phương, *Ban hành và áp dụng án lệ về xử lý tài sản bảo đảm*, Kỷ yếu khoa học Hội thảo Khoa học quốc tế “ELIS-2021 Proceedings of the International Conference on Economic, Cultural, and Legal Issues in Sustainable Development”, Nhà xuất bản Tài chính (ISBN 978-604-79-3007-4).

16. Nguyễn Trí Hiếu, *Biện pháp nào để xử lý hiệu quả nợ xấu?*, Hanoimoi.com;

17. Ngân hàng nhà nước (2014), *Thông tư liên tịch số 01/2014/TTLT-NHNN-BXD-BTP-BTNMT ngày 25/4/2014 của Ngân hàng Nhà nước, Bộ Xây dựng, Bộ Tư pháp, Bộ Tài nguyên và Môi trường hướng dẫn thủ tục thế chấp nhà ở hình thành trong tương lai*, Hà Nội.

18. Nguyễn Văn Phương (2013), *Khó khăn từ xử lý tài sản bảo đảm để thu hồi nợ xấu*, Tạp chí Ngân hàng, số 13.

19. Nguyễn Thị Kim Quỳnh (VAMC), *Thực trạng xử lý nợ tại Công ty Quản lý tài sản của các tổ chức tín dụng Việt Nam và một số khuyến nghị chính sách*, Tạp chí ngân hàng số 6/2021.

20. Phan Linh (2023), *Theo dấu tín dụng bất động sản*, Tạp chí Kinh tế Việt Nam, số 8.

21. Trương Thanh Đức (2022), Giám đốc Công ty Luật ANVI, <https://www.tinnhanhchungkhoan.vn/Xử lý nợ xấu: Gỡ khó xử lý tài sản bảo đảm>; truy cập ngày 29/01/2023.

22. Trần Thị Thanh Thủy (2020), *Bàn về quyền xử lý tài sản bảo đảm của bên mua nợ trong hoạt động mua, bán nợ của ngân hàng thương mại*, Tạp chí Nghề Luật.

DIRECTIONS REGARDING HANDLING FUTURE REAL ESTATE COLLATERAL AS PER THE SPIRIT OF THE 13TH PARTY CONGRESS DOCUMENT

Abstract: Handling collateral assets is a common measure taken by financial institutions when the collateralizing party fails to fulfill its debt obligations. The handling of collateral assets, specifically future real estate, has encountered numerous legal complexities and shortcomings in its implementation. The 13th Party Congress document outlines the direction, tasks, and solutions for the economic and social development for the 5-year period of 2021-2026. It emphasizes the need for a synchronized operation of land use rights, real estate markets, and financial markets according to the standards of a fully modern and internationally integrated market economy. Additionally, it calls for the continued improvement of the legal framework regarding banking activities, support for the restructuring of financial institutions, and the resolution of non-performing loans [13th Party Congress Document, National Congress Publications, Volume 2, 2021, pp. 91-92]. In this article, the author focuses on researching and analyzing general issues related to collateral assets, particularly future real estate, the legal framework surrounding the handling of future real estate collateral, and assessing the current implementation of the legal framework in commercial banks. The research subject is the handling of future real estate collateral in commercial banks. The research results indicate the existence of several shortcomings in the implementation of the legal framework concerning the handling of future real estate collateral in Vietnam. Therefore, the research proposes some solutions to enhance the effectiveness of handling future real estate collateral in line with the spirit of the 13th Party Congress document.

Keywords: asset handling, collateral assets, real estate, future real estate.

PHÂN CẤP, PHÂN QUYỀN TRONG QUẢN LÝ NHÀ NƯỚC VỀ ĐẤT ĐAI

Hoàng Thị Vĩnh Quỳnh*

Tóm tắt: Pháp luật Đất đai hiện hành có quy định vấn đề quản lý nhà nước về đất đai nhưng cần phải bổ sung làm rõ thêm để hình thành cơ sở cho việc thực hiện phân cấp, phân quyền minh bạch trong quản lý và sử dụng đất đai. Trong phương hướng, nhiệm vụ xây dựng và hoàn thiện Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam, Đại hội XIII tiếp tục đặt ra nhiệm vụ: “Đẩy mạnh phân cấp, phân quyền, xác định rõ trách nhiệm giữa Chính phủ với các bộ, ngành; giữa Chính phủ, các bộ, ngành với chính quyền địa phương; khắc phục triệt để chồng chéo chức năng, nhiệm vụ, quyền hạn; bảo đảm quản lý nhà nước thống nhất, đồng thời phát huy vai trò chủ động, sáng tạo, tinh thần trách nhiệm của từng cấp, từng ngành; gắn với cơ chế kiểm soát quyền lực, mở rộng dân chủ đi đôi với tăng cường kỷ luật, kỷ cương.”¹ Trên cơ sở đó, cùng với việc tổng kết mười năm thi hành Luật Đất đai 2013, xem xét toàn diện Dự thảo Luật Đất đai 2023 nhằm đưa ra những quy định mới đầy đủ và đủ mạnh để việc quản lý và sử dụng đất đai có hiệu lực và hiệu quả, khắc phục được tình trạng tiêu cực, tham nhũng về đất đai.

Từ khoá: Phân cấp, phân quyền, quản lý nhà nước về đất đai, Luật đất đai 2013, Dự thảo Luật đất đai 2023, Đại hội XIII.

1. Đặt vấn đề

Hệ thống các cơ quan nhà nước về quản lý đất đai được thể hiện theo nhiều tầng nấc đòi hỏi có sự phân định rõ ràng về trách nhiệm, quyền hạn của mỗi cấp. Việc phân chia quyền lực nhà nước cho các cơ quan nhà nước khác nhau là cách thức để việc sử dụng quyền lực nhà nước đạt hiệu quả cao, ngăn chặn việc lạm dụng quyền lực nhà nước để phục vụ cho lợi ích riêng của cá nhân, “nhóm lợi ích”. Yêu cầu tất yếu khách quan trong các nhà nước dân chủ hiện đại là việc phân cấp diễn ra luôn

* ThS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: quynhhtv@hul.edu.vn

¹ Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, Nxb Chính trị quốc gia sự thật, Hà Nội, tr.177,278.

¹ Communist Party of Vietnam (2021), *Documents of the 13th National Congress*, Truth National Political Publishing House, Hanoi, pp.177,278.

gắn liền với sự phát triển của xã hội, chính quyền các địa phương được trao cho nhiều nhiệm vụ, quyền hạn hơn. Chính sách phân cấp, phân quyền nhà nước trong quản lý đất đai được thể hiện thông qua các quy định pháp luật về phân định nhiệm vụ, quyền hạn giữa các cơ quan nhà nước các cấp nhằm phát huy tính tự chủ, sáng tạo của các cấp trong thực thi quyền lực nhà nước, bảo đảm cho các cơ quan nhà nước, các cấp thực hiện chức năng quản lý nhà nước và cung cấp dịch vụ công một cách hiệu lực và hiệu quả.

2. Khái quát về phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai

Ở Việt Nam, quyền lực nhà nước được thống nhất, có sự phân công, phối hợp, kiểm soát giữa các cơ quan nhà nước trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp được quy định cụ thể tại khoản 3 Điều 2 Hiến pháp 2013. Cụ thể hoá các quy định của Hiến pháp, Điều 12 Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sửa đổi bổ sung năm 2019) quy định về nguyên tắc phân quyền cho chính quyền địa phương trên các nội dung: Việc phân quyền cho mỗi cấp chính quyền địa phương phải được quy định trong các luật; chính quyền địa phương tự chủ, tự chịu trách nhiệm trong việc thực hiện nhiệm vụ, quyền hạn được phân quyền; cơ quan nhà nước cấp trên trong phạm vi nhiệm vụ, quyền hạn của mình có trách nhiệm thanh tra, kiểm tra tính hợp hiến, hợp pháp trong việc thực hiện các nhiệm vụ, quyền hạn được phân quyền cho các cấp chính quyền địa phương. Phân cấp, phân quyền giữa Trung ương và địa phương là vấn đề rất phức tạp và hiện nay vấn đề này còn mang tính thời sự cao.

Về phương diện lý luận, cho đến nay, các khái niệm phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước (còn gọi là phân cấp quản lý hành chính) nhìn chung đã khá thống nhất. “Phân cấp” theo tiếng Việt là một động từ có nghĩa phân ra, chia thành các cấp, các hạng. Còn “phân cấp quản lý” có nghĩa là giao bớt một phần quyền quản lý cho cấp dưới, trong hệ thống quản lý chung. “Phân cấp trong quản lý nhà nước” hay còn gọi là “phân cấp quản lý hành chính” theo Từ điển luật học thì: “Phân cấp quản lý hành chính là việc chuyển giao nhiệm vụ, quyền hạn của cơ quản lý cấp trên cho cơ quan quản lý nhà nước cấp dưới thực hiện thường xuyên, lâu dài, ổn định trên cơ sở pháp luật... Thực chất của phân cấp quản lý hành chính là xác định lại sự phân chia

thẩm quyền theo các cấp hành chính cho phù hợp với yêu cầu của tình hình mới...”². Nhìn chung, nội dung chính của phân cấp là ở việc thực hiện phân chia thứ bậc. Thứ bậc được thể hiện không chỉ theo vị trí của từng cơ quan từ Trung ương đến địa phương mà còn là thứ bậc, trình tự sắp xếp các công việc, chức năng, nhiệm vụ giữa Trung ương và địa phương trên cơ sở có tính phù hợp với năng lực và điều kiện thực tế của từng cấp nhằm tăng cường chất lượng, hiệu lực và hiệu quả của hoạt động quản lý nhà nước. Việc phân cấp quản lý nhà nước ở Việt Nam được thực hiện theo chiều dọc, tương đương với bốn cấp hành chính trong cả nước: Trung ương, tỉnh (và tương đương), huyện (và tương đương), xã (và tương đương). Các đơn vị dân cư thuộc cấp cơ sở (thôn, làng, bản, ấp, tổ dân phố) vì không phải là một cấp hành chính nên không phải là đối tượng của phân cấp hành chính.

Tuy nhiên, trên thực tế các đơn vị tự quản dân cư này vẫn thực hiện một số nhiệm vụ quản lý nhà nước với tư cách là cánh tay nối dài của chính quyền cấp cơ sở.³

Phân quyền trong quản lý nhà nước được phân biệt với phân quyền trong việc thực hiện quyền lực nhà nước giữa các cơ quan nhà nước ở trung ương (separation of power) về lập pháp, hành pháp, tư pháp. Vì thế, phân quyền ở đây được hiểu là sự phân định thẩm quyền hành pháp giữa các cơ quan hành chính nhà nước với nhau theo chiều dọc và chiều ngang. Phân quyền ngang là sự phân quyền giữa các cơ quan nhà nước theo chiều ngang giữa các cơ quan nhà nước Trung ương và địa phương trong việc thực hiện các quyền lập pháp, hành pháp và tư pháp. Phân quyền dọc là việc phân quyền giữa chính quyền Trung ương và chính quyền địa phương, cấp trung ương chuyển giao một phần quyền hạn, nhiệm vụ, phương tiện vật chất... cho các cấp chính quyền địa phương thực hiện. Như vậy, chính quyền địa phương sẽ tiếp nhận sự phân công nhiệm vụ nhưng lại tiến hành thực hiện với vị trí là một pháp nhân công quyền để được chủ động quyết định các vấn đề của địa phương nhưng đảm bảo bằng

² Bộ Tư pháp (2006), Viện Khoa học pháp lý “Tủ điển Luật học”, Nxb. Tủ điển Bách khoa – NXB Tư pháp, Hà Nội, tr.612.

³ Vũ Anh Tuấn (2022), *Quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam về phân cấp, phân quyền giữa Trung ương và địa phương*, Kỷ yếu Hội thảo Khoa học “Phân cấp, phân quyền giữa trung ương với địa phương và những vấn đề đặt ra đối với các tỉnh miền trung, Tây Nguyên hiện nay”, Học viện chính trị khu vực III, Học viện chính trị Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh, Đà Nẵng, tr.9.

sự kiểm tra của chính quyền Trung ương thông qua hệ thống pháp luật và tài phán hành chính.

Đất đai là một loại tài sản đặc biệt có vai trò quan trọng trong các ngành, lĩnh vực nên việc quản lý và sử dụng hiệu quả loại tài sản này ảnh hưởng rất lớn đến quá trình phát triển kinh tế - xã hội. Bên cạnh đó, ở nước ta đất đai thuộc sở hữu toàn dân, thị trường đất đai (hay còn gọi là thị trường quyền sử dụng đất) chịu sự chi phối mạnh mẽ bởi hoạt động quản lý nhà nước. Nội dung quản lý nhà nước về đất đai bao gồm: quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, thu hồi đất và phân phối đất đai; quyết định về giá đất...Nội dung này có ảnh hưởng đến việc thiết lập mô hình phân cấp quản lý.

Phân cấp trong quản lý đất đai có các nội dung: xác định chủ thể, phân giao quyền quyết định cụ thể về sử dụng đất, phân cấp thực hiện nhiệm vụ quản lý đất đai. Thực tiễn cho thấy, đất đai luôn gắn với địa phương nên cần phân cấp triệt để cho địa phương, không nên giữ lại bất kỳ thẩm quyền quyết định cụ thể nào cho trung ương. Hơn nữa, tài nguyên đất đai là một thể thống nhất, liên tục nên chỉ phân cấp cho một cấp địa phương mới đảm bảo tính thống nhất và nhất quán trong thực hiện quyền lực này.⁴

Thực hiện phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai là một nội dung đã được đề cập đến trong các giai đoạn trước đây. Nghị quyết số 21/NQ-CP năm 2016 của Chính phủ về phân cấp quản lý nhà nước giữa Chính phủ và UBND tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương đã từng xác định đất đai là một trong 5 nội dung cần tập trung phân cấp quản lý trong giai đoạn 2016-2020. Đánh giá việc thi hành Luật đất đai năm 2013 trong những năm qua, nhận thấy rằng việc thực hiện phân cấp phân quyền trong quản lý đất đai còn nhiều hạn chế, chính vì vậy việc xây dựng Dự thảo Luật đất đai 2023 là công việc hết sức quan trọng, bên cạnh những nội dung lớn khác thì vấn đề quản lý đất đai phải được xem xét để đưa vào quy định của Luật trên cơ sở vừa đảm bảo theo đúng định hướng vừa đảm bảo tính hiệu quả khi thực thi.

⁴ Châu Hoàng Thân (2012), *Phân cấp quyền của Nhà nước đối với đất đai, quản lý đất đai và việc giám sát – đánh giá cần thiết ở Việt Nam*, Kỷ yếu diễn đàn kinh tế Mùa Thu năm 2012, http://dl.ueb.edu.vn/bitstream/1247/9341/1/25_Phan%20cap%20quyen%20cua%20NN%20doi%20voi%20dat%20dai_Dang%20Hung%20Vo.pdf

Dự thảo Luật Đất đai lần này đã sửa đổi, bổ sung nhiều điều khoản theo tinh thần và nội dung của Hiến pháp năm 2013, đặc biệt là thể chế hóa các quan điểm chỉ đạo của Đảng về đất đai trong Nghị quyết Đại hội XIII của Đảng và Nghị quyết số 18-NQ/TW của Hội nghị lần thứ 5 Ban Chấp hành Trung ương Đảng khóa XIII về tiếp tục đổi mới, hoàn thiện thể chế, chính sách, nâng cao hiệu lực, hiệu quả quản lý và sử dụng đất, tạo động lực đưa nước ta trở thành nước phát triển có thu nhập cao. Nội dung phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai trong Dự thảo Luật Đất đai 2023 mặc dù đã có những quy định tiến bộ hơn so với Luật đất đai 2013 nhưng vẫn còn những điểm cần được xem xét kỹ càng.

3. Đánh giá về việc thực hiện phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai những năm qua

Hiện nay, việc thực hiện quản lý nhà nước về đất đai được phân cấp chủ yếu cho chính quyền cấp tỉnh và cấp huyện. Theo Luật Đất đai năm 2013, trừ việc ban hành khung giá đất và quyết định giá đất cụ thể, UBND cấp huyện có hầu hết những thẩm quyền mà UBND cấp tỉnh được giao, từ việc xây dựng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đến giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất, đăng ký, cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất đến thu hồi, bồi thường, hỗ trợ tái định cư. Hơn nữa, một số thẩm quyền còn thuộc cá nhân chủ tịch UBND như chủ tịch UBND cấp tỉnh thành lập hội đồng thẩm định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện; chủ tịch UBND cấp huyện ban hành quyết định cưỡng chế thu hồi đất và tổ chức thực hiện việc cưỡng chế; chủ tịch UBND cấp tỉnh và cấp huyện có thẩm quyền quyết định trưng dụng đất, quyết định gia hạn trưng dụng đất; quyết định mức bồi thường...

Thẩm quyền được phân cho hai cấp, một số thẩm quyền thuộc cá nhân, thậm chí phức tạp hơn do một phần thẩm quyền quyết định cụ thể thuộc trung ương dẫn đến tình trạng còn tồn tại nguy cơ tham nhũng cao. Việc phân cho hai cấp đang tạo nên sự chia cắt trong quản lý, hồ sơ địa chính không thống nhất. Mặt khác, số lượng chính quyền cấp tỉnh, huyện ở Việt Nam là quá lớn, với 63 đầu mỗi cấp tỉnh, hơn 700 đầu mỗi cấp huyện đang tạo ra sự cát cứ địa phương. Với nguy cơ cát cứ, chủ nghĩa địa phương cục bộ và thiếu trách nhiệm giải trình rõ ràng, phân cấp, phân quyền quản lý đất đai manh mún có thể dẫn tới nhiều bất cập trong phát triển, gây khó khăn cho trung ương trong quản lý, điều hành và kiểm soát, là nguyên nhân gây lãng phí, tham

những về đất đai, là điểm nóng có nguy cơ bất ổn về xã hội, mất lòng tin của nhân dân.

Bên cạnh đó, thực trạng ban hành văn bản hướng dẫn thực hiện pháp luật đất đai thời gian qua cho thấy, hệ thống văn bản quy phạm pháp luật trong lĩnh vực đất đai trở nên không rõ do thẩm quyền ban hành văn bản thuộc nhiều cơ quan khác nhau. Nội dung ban hành rất đa dạng và việc giải quyết tranh chấp thẩm quyền một cách ổn thỏa giữa Trung ương và địa phương còn thiếu chặt chẽ và chưa đầy đủ về cơ chế kiểm soát đã dẫn tới thực trạng nhiều địa phương chậm ban hành văn bản hoặc ban hành những chính sách có dấu hiệu không bám sát quy định của pháp luật và có những dấu hiệu sai phạm xảy ra.

Các nội dung về phân cấp, phân quyền trong xây dựng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, chuyển mục đích sử dụng đất, định giá đất cần được phân cấp, phân quyền cho địa phương thực hiện và địa phương có quyền chủ động trong các quyết định thuộc thẩm quyền của các cấp. Chính quyền trung ương chỉ nên quy định thẩm quyền, trình tự, thủ tục, tiêu chuẩn, điều kiện thực thi và tập trung kiểm soát, loại bỏ các quy định hiện hành về xin phép, chấp thuận trong những trường hợp cụ thể như hiện nay. Việc thực hiện các quy định theo hướng trao quyền cho cấp trên cho phép, chấp thuận trong từng trường hợp cụ thể không đảm bảo sự chủ động của chính quyền cấp dưới, đôi khi gây gián đoạn, phức tạp trong quản lý với các thủ tục xin ý kiến, trả lời các ý kiến của địa phương. Điều này đã được chứng minh trên thực tế triển khai thực hiện Luật Đất đai năm 2013.⁵

Đặc biệt, phân cấp phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai hiện nay chưa thật sự gắn với việc kiểm soát, thực thi quyền lực. Khoảng 25% số người được khảo sát cho rằng quyền hạn quá lớn của UBND trong cấp đất đi kèm với minh bạch và công khai còn bất cập, hoạt động giám sát chưa hiệu quả là một nhân tố dẫn đến tham nhũng trong quyết định cấp đất⁶. Thậm chí việc phân cấp, phân quyền thiếu kiểm soát còn có nguy cơ làm suy yếu hoạt động quản lý của quốc gia. Kiểm soát hoạt động

⁵ Tổng cục Quản lý đất đai (2015), *Bộ Tài nguyên và Môi trường ngày 20/10/2015, Báo cáo về những vấn đề đại biểu Quốc hội, cử tri và nhân dân quan tâm phục vụ trả lời chất vấn tại Kỳ họp thứ 10 Quốc hội khóa XIII.*

⁶ Ngân hàng Thế giới tại Việt Nam, *Đại sứ quán Đan Mạch, Đại sứ quán Thụy Điển (2013), Nhận diện và giảm thiểu các rủi ro dẫn đến tham nhũng trong quản lý đất đai ở Việt Nam; Nhà xuất bản Chính trị quốc gia, Hà Nội.*

của chính quyền địa phương là một yếu tố quan trọng trong hoạt động quản lý nhà nước. Sự kiểm soát của trung ương đối với chính quyền địa phương có tác dụng giúp cho việc bảo đảm thực hiện hiệu quả quản lý địa phương, chuẩn hóa việc cung cấp dịch vụ do địa phương cung ứng, bảo vệ người dân khỏi việc lạm dụng quyền hạn của cơ quan địa phương, cùng hỗ trợ thực hiện các chính sách quốc gia trong lĩnh vực đất đai.

4. Những nội dung mới về phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai được quy định trong Dự thảo Luật đất đai 2023 so với các quy định trong Luật đất đai hiện hành.

Về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi đã có những điểm điều chỉnh về chức năng, nhiệm vụ của các cơ quan trên cơ sở bổ sung, làm rõ hoặc rút gọn từ đó giúp cho việc phân cấp, phân quyền được thực hiện cụ thể, sâu sát và có sự phù hợp hơn.

Đối với quy định về trách nhiệm tổ chức lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất, Luật Đất đai 2013 thể hiện tại khoản 1 Điều 42 về trách nhiệm của Bộ Tài nguyên và Môi trường chủ trì giúp Chính phủ trong việc lập quy hoạch, kế hoạch cấp quốc gia. Tại Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi, Khoản 1 Điều 67 đã bổ sung về việc Bộ Tài nguyên và Môi trường không chỉ chủ trì giúp Chính phủ mà còn chủ trì giúp Thủ tướng Chính phủ trong việc lập quy hoạch sử dụng đất cấp quốc gia.

Nếu như tại Luật Đất đai 2013, trách nhiệm tổ chức lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất của UBND tỉnh và UBND huyện được quy định chung tại khoản 2, Điều 42 thì Điều 67 Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi đã quy định nội dung trách nhiệm xây dựng quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất của UBND cấp tỉnh và UBND cấp huyện thành hai khoản độc lập và cũng quy định một cách độc lập về việc phân công chức năng, nhiệm vụ của Cơ quan quản lý đất đai cấp tỉnh và cơ quan quản lý đất đai cấp huyện trong việc chủ trì giúp UBND cấp tỉnh và UBND cấp huyện.

Đối với nội dung lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Luật Đất đai 2013 và Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi quy định về cơ quan có trách nhiệm lập quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất thực hiện lấy ý kiến về quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Tuy nhiên Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi đã mở rộng hơn về đối tượng cần được lấy ý kiến không chỉ là nhân dân như tại khoản 1, Điều 43 của Luật

Đất đai 2013 mà còn mở rộng, bổ sung thêm việc lấy ý kiến của các Bộ, cơ quan ngang Bộ, UBND tỉnh, Ủy ban Trung ương Mặt trận Tổ quốc Việt Nam, cơ quan, tổ chức, cộng đồng, cá nhân khác có liên quan...⁷ Bên cạnh đó, Dự thảo cũng đã quy định thể hiện sự phân định rõ ràng về trách nhiệm lấy ý kiến quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp huyện; lấy ý kiến quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp tỉnh của các cơ quan có trách nhiệm. Nội dung này không được thể hiện rõ tại Luật Đất đai 2013.

Đối với quy định về thẩm định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi quy định Quốc hội quyết định quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất quốc gia nhưng so với Luật Đất đai 2013, Dự thảo Luật đã bổ sung thêm nhiệm vụ được giao cho Thủ tướng Chính phủ về quyết định phân bổ, điều chỉnh chỉ tiêu sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất quốc gia cho các tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương và Bộ quốc phòng, Bộ công an⁸. Bên cạnh đó, Dự thảo Luật Đất đai cũng bổ sung, làm rõ về trách nhiệm của Ủy ban nhân dân tỉnh thực hiện phân bổ, điều chỉnh chỉ tiêu sử dụng đất theo quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất cấp tỉnh cho cấp huyện.⁹

Đối với nội dung thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất.

Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi đã lược bỏ quy định Ủy ban nhân dân cấp xã có trách nhiệm thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất trên địa bàn cấp xã hiện đang được quy định tại khoản 1, Điều 49 Luật Đất đai 2013.

Đối với nội dung báo cáo thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất. Thay vì quy định cả UBND cấp xã và UBND cấp huyện có trách nhiệm báo cáo kết quả thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đến UBND cấp trên trực tiếp tại điểm a, khoản 1, Điều 50 Luật Đất đai 2013, Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi đã lược giảm chỉ còn quy định UBND cấp huyện có trách nhiệm gửi báo cáo kết quả thực hiện quy hoạch, kế hoạch sử dụng đất đến UBND cấp tỉnh.¹⁰

Như vậy, quy định Luật đã thể chế hóa đòi hỏi thực tiễn phải đổi mới để nâng cao chất lượng của quy hoạch sử dụng đất bảo đảm sự thống nhất, đồng bộ; nội dung quy định quy hoạch sử dụng đất đã khoanh định, bố trí không gian sử dụng đất theo

⁷ Khoản 1 Điều 68 Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi.

⁸ Khoản 1 Điều 70 Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi.

⁹ Khoản 2 Điều 70 Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi.

¹⁰ Điểm a, khoản 1 Điều 75 Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi.

3 khu vực gồm khu vực quản lý nghiêm ngặt, khu vực hạn chế và khu vực được chuyển mục đích sử dụng đất, nhất là đối với đất rừng và đất lúa nước.

Quy định kết hợp giữa chỉ tiêu sử dụng từng loại đất và xác định không gian (vị trí, ranh giới, diện tích thu hồi đất, chuyển mục đích sử dụng đất đến từng thửa đất trong quy hoạch sử dụng đất cấp huyện); điều chỉnh quy hoạch sử dụng đất; tổ chức thực hiện quy hoạch (Điều 71 dự thảo Luật), kế hoạch sử dụng đất (Điều 74 dự thảo Luật); lấy ý kiến, công khai quy hoạch sử dụng đất (Điều 68 dự thảo Luật).

Về thẩm quyền thu hồi đất.

Dự thảo Luật tiếp tục quy định phân cấp về thẩm quyền thu hồi đất cho địa phương, đẩy mạnh phân cấp cho UBND cấp huyện. Theo đó, Dự thảo Luật bổ sung mở rộng thêm hai trường hợp thuộc thẩm quyền thu hồi đất của cấp huyện là: thu hồi đất nông nghiệp thuộc quỹ đất công ích của xã, phường, thị trấn và trường hợp trong khu vực thu hồi đất có cả đối tượng được quy định thuộc thẩm quyền thu hồi đất của UBND cấp tỉnh và cả đối tượng được quy định thuộc thẩm quyền thu hồi đất của UBND cấp huyện.¹¹

Về chuyển mục đích sử dụng đất.

Dự thảo Luật quy định tại Điều 122 đã thể chế hóa mạnh mẽ tư tưởng phân cấp, phân quyền từ Trung ương cho địa phương, theo đó phân cấp cho HĐND cấp tỉnh chấp thuận việc chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất rừng sản xuất là rừng tự nhiên trước khi UBND cấp có thẩm quyền quyết định bằng văn bản để thực hiện; đồng thời, Luật giao Chính phủ quy định về điều kiện, tiêu chí, chế tài để kiểm soát chặt chẽ việc chuyển mục đích sử dụng các loại đất này.

Về giá đất.

Dự thảo Luật bỏ quy định về Chính phủ ban hành Khung giá đất, giao thẩm quyền cho các địa phương ban hành Bảng giá đất. Mở rộng các trường hợp áp dụng Bảng giá đất để đơn giản thủ tục hành chính, tiết kiệm thời gian đối với một số trường hợp phải xác định giá đất.

Phân cấp cho Chủ tịch Ủy ban nhân dân cấp huyện quyết định giá đất cụ thể đối với trường hợp giao đất, cho thuê đất, cho phép chuyển mục đích sử dụng đất, công

¹¹ Điều 82 Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi.

nhận quyền sử dụng đất, gia hạn sử dụng đất, điều chỉnh quy hoạch xây dựng chi tiết, thu hồi đất thuộc thẩm quyền của Ủy ban nhân dân cấp huyện.¹²

Mặc dù chưa được thông qua, nhưng Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi đã trải qua các kỳ lấy ý kiến của người dân và đang chờ ý kiến của Quốc hội để được thông qua trong thời gian sắp tới. Liên quan đến nội dung phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai có thể thấy Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi đã có những quy định đổi mới hơn.

Tuy nhiên cần phải xem xét chặt chẽ một số điểm sau:

Thứ nhất, thực tiễn tồn tại là quy hoạch sử dụng đất chưa đảm bảo tính đồng bộ, tổng thể, hệ thống, chất lượng chưa cao, thiếu tầm nhìn dài hạn, chưa đáp ứng được yêu cầu phát triển bền vững, quy hoạch thiếu ổn định, tình trạng thiếu thống nhất giữa quy hoạch sử dụng đất và các quy hoạch ngành, lĩnh vực có sử dụng đất khá phổ biến ở tất cả các cấp quy hoạch; khó có thể tích hợp vào quy hoạch sử dụng đất để tổng hợp, cân đối, phân bổ nhu cầu sử dụng đất.

Thứ hai, tăng cường phân cấp về việc chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất rừng sản xuất là rừng tự nhiên là phù hợp thực tiễn đòi hỏi, tuy vậy cũng không phải vì vậy mà các quy định sẽ theo hướng Trung ương sẽ hoàn toàn không có sự quan tâm đến địa phương mà cũng cần phải xem xét về thực tiễn cần thiết quản lý các loại đất này trong thời gian qua cũng xuất phát từ đòi hỏi thực tiễn, giảm thiểu tác động có tính cục bộ lợi ích địa phương mà thiếu cân nhắc cân đối tổng thể bảo đảm sự phát triển hài hòa giữa các địa phương, khu vực, và phát triển bền vững quốc gia, nhất là trước yêu cầu chiến lược về đảm bảo an ninh lương thực, thích ứng với biến đổi khí hậu ngày càng khốc liệt; ở góc độ nhất định, nó cũng xuất phát từ trình độ quản lý của chúng ta và phòng ngừa hành vi vi phạm pháp luật, tiêu cực ngay từ sớm.

Thứ ba, quan điểm của Đảng và Nhà nước hiện nay là hướng đến xây dựng chính quyền địa phương tự chủ, tự chịu trách nhiệm. Theo tinh thần đổi mới của Hiến pháp 2013, Luật Tổ chức Chính phủ, Luật tổ chức chính quyền địa phương 2015, cách thức hiệu quả để phân định thẩm quyền giữa cơ quan nhà nước Trung ương ở địa phương là thực hiện phân quyền. Thẩm quyền của chính quyền địa phương sẽ

¹² Khoản 1 Điều 154 và khoản 2 Điều 155 Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi.

được luật hoá trên nền tảng địa vị chính trị - pháp lý và tính tự quản của chính quyền địa phương.¹³ Tuy nhiên, có thể thấy rằng với các quy định của Luật đất đai hiện hành cũng như Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi, mức độ luật hoá được hết tất cả thẩm quyền của chính quyền địa phương và đảm bảo việc luật hoá đó phù hợp, hiệu quả trong điều kiện xây dựng luật hiện nay ở nước ta là một việc hết sức khó khăn. Trong điều kiện chưa thể sử dụng tối đa phương thức phân quyền, cần phải có các quy định pháp luật về phân cấp như một biện pháp mang tính “kỹ thuật” để thực hiện hiệu quả các thẩm quyền của các cơ quan Trung ương và địa phương.

Thứ tư, lĩnh vực quản lý đất đai là một lĩnh vực hết sức phức tạp, giữ vai trò quan trọng trong quản lý nhà nước nói chung. Vì vậy việc thực hiện phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai ngoài việc cần đảm bảo theo yêu cầu của riêng lĩnh vực này thì còn cần phải đáp ứng những yêu cầu của việc thực hiện phân cấp, phân quyền trong hoạt động quản lý nhà nước nói chung. Thời gian qua, việc phân cấp phân quyền trong quản lý nhà nước bộc lộ những bất cập, hạn chế, chưa phù hợp trong một số ngành, lĩnh vực; thiếu đồng bộ về nguồn lực và điều kiện đảm bảo thực hiện; chưa gắn với cải cách hành chính, cải cách thủ tục hành chính; thiếu quy hoạch, tiêu chuẩn, quy chuẩn, định mức kinh tế - kỹ thuật ở một số ngành, lĩnh vực; cơ chế kiểm tra, giám sát, kiểm soát quyền lực, chế tài xử lý vi phạm chưa hoàn thiện, đồng bộ.¹⁴ Hoạt động phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai cũng không thuộc ngoại lệ khi phải đối mặt với những khó khăn này.

5. Một số kiến nghị hoàn thiện phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai.

Một là, tiếp tục hoàn thiện thể chế pháp lý về phân cấp, phân quyền.

Trước hết, hoàn thiện pháp luật về tổ chức và hoạt động của chính quyền địa phương phải đảm bảo tính hợp hiến, hợp pháp, đảm bảo tính đồng bộ, thống nhất của hệ thống pháp luật. Cần nhanh chóng rà soát để sửa đổi, bổ sung những hạn chế, bất

¹³ Hoàng Thị Ngân (2021), *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về phân cấp, phân quyền, uỷ quyền trong quản lý hành chính ở Việt Nam*, Tạp chí Tổ chức nhà nước số 12/2021.

¹⁴ Phó Thủ tướng Thường trực Chính phủ Phạm Bình Minh (2021), Hội nghị trực tuyến toàn quốc về “*Đẩy mạnh phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước*” ngày 4/11/2021.

<https://tcnn.vn/news/detail/52660/Hoi-nghi-truc-tuyen-toan-quooc-ve-%E2%80%9FDay-manh-phan-cap-phan-quyen-trong-quan-ly-nha-nuoc%E2%80%9D.html>

cấp của hệ thống pháp luật về phân cấp, phân quyền giữa Trung ương và địa phương theo tư duy và yêu cầu của tình hình mới.

Hai là, cần phân định rõ ràng thẩm quyền giữa trung ương và địa phương. Yêu cầu đầu tiên để nâng cao trách nhiệm là sự phân công trách nhiệm rõ ràng. Phân cấp, phân quyền không có nghĩa là mọi quyền hạn, trách nhiệm đều giao cho địa phương. Trên cơ sở nguyên tắc tập trung, dân chủ được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013, Luật Tổ chức chính quyền địa phương cũng khẳng định một trong các nguyên tắc phân định thẩm quyền là “vấn đề liên quan đến phạm vi từ hai đơn vị hành chính cấp tỉnh trở lên thì thuộc thẩm quyền giải quyết của cơ quan nhà nước ở trung ương”. Vì vậy, việc phân cấp, phân quyền trong lĩnh vực đất đai phải được chỉ rõ những loại việc chỉ thuộc thẩm quyền của chính quyền trung ương và những loại việc chỉ thuộc chính quyền địa phương. Theo đó, trung ương cần nắm giữ những khâu cốt lõi, tạo sự thống nhất trên phạm vi toàn quốc như ban hành văn bản hướng dẫn thi hành luật; xây dựng quy hoạch sử dụng đất, quyết định giá đất và kiểm soát quá trình thực thi pháp luật.

Ba là, đối với các nội dung cụ thể được thể hiện trong Dự thảo Luật Đất đai sửa đổi cần được xem xét, nhìn nhận lại kỹ lưỡng. Ví dụ như cần nghiên cứu, bổ sung tại chương V của Luật này về nội dung cơ bản, nguyên tắc tích hợp chung về quy hoạch sử dụng đất trước khi cấp thẩm quyền phê duyệt quy hoạch các ngành, lĩnh vực để giảm thiểu sự thiếu thống nhất ngay từ đầu, đồng thời quy định về giải quyết khi có sự xung đột về quy hoạch sử dụng đất với các quy hoạch ngành, lĩnh vực khác. Hay đối với nội dung chuyển mục đích sử dụng đất, Luật vẫn nên quy định, Chính phủ chấp thuận chủ trương chuyển mục đích sử dụng rừng với dự án sử dụng đất trồng lúa trên 10 ha, đất rừng đặc dụng trên 20 ha, đất rừng phòng hộ trên 50 ha, đất rừng sản xuất trên 200 ha.

Đối với các dự án có quy mô sử dụng đất nhỏ hơn, phân cấp cho địa phương như quy định tại Điều 122 của Dự thảo Luật, đồng thời cũng cần bổ sung quy định việc chia nhỏ các dự án có chuyển mục đích sử dụng đất trồng lúa, đất rừng phòng hộ, đất rừng đặc dụng, đất rừng sản xuất là rừng tự nhiên để “lách luật”, giữ lại thẩm quyền ở địa phương.

Cùng với việc xem xét lại việc phân cấp, phân quyền giữa các cấp trong quy hoạch và thay đổi quy hoạch, cũng cần xem xét lại việc phân cấp, phân quyền trong thu hồi đất, thẩm quyền thẩm định giá đất thu hồi là những vấn đề còn rất nóng trong thực tế, cần phải quy định rất chặt chẽ.

Bốn là, cần phải bổ sung, sửa đổi các quy định về việc thực hiện quản lý nhà nước về đất đai có sự phù hợp với các quy định của một số luật, lĩnh vực liên quan để đảm bảo sự đồng bộ thống nhất thì mới có thể thực hiện phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai có hiệu quả, lâu dài và đảm bảo tính bền vững.

Năm là, gắn phân cấp, phân quyền với cơ chế kiểm soát quyền lực, mở rộng dân chủ đi đôi với tăng cường kỷ luật, kỷ cương. Theo đó, cơ chế này bao gồm cơ chế nhân dân kiểm soát quyền lực, trong đó nhân dân với tư cách là công dân có quyền giám sát, kiến nghị, đề nghị, tố cáo, tham gia quản lý nhà nước,... trong các khâu của quá trình quản lý nhà nước về đất đai. Cơ chế này còn là tổ chức chính trị - xã hội nghề nghiệp của công dân mà trước hết là Mặt trận Tổ quốc các cấp và các thành viên của Mặt trận thực hiện chức năng giám sát và phản biện xã hội. Sau khi chính sách pháp luật được hình thành thì giám sát việc tổ chức thực hiện chính sách pháp luật trong thực tế. Mặc dù dự thảo Luật đã chú trọng đến vai trò của Mặt trận Tổ quốc các cấp, nhưng các quy định chưa đầy đủ và bao quát hết tất cả các khâu của quá trình quản lý nhà nước về đất đai.

Một trong những quan điểm quan trọng chỉ đạo tiến trình đẩy mạnh phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước hiện nay được khẳng định trong Nghị quyết 04 của Chính phủ là: “Hoàn thiện cơ chế kiểm soát quyền lực nhà nước giữa các cơ quan trong bộ máy nhà nước đi đôi với tăng cường thanh tra, kiểm tra, giám sát, kiểm soát quyền lực gắn với cá thể hoá trách nhiệm người đứng đầu, tăng cường tính công khai, minh bạch và trách nhiệm giải trình, đảm bảo nâng cao hiệu lực, hiệu quả tổ chức thi hành pháp luật trong điều kiện đẩy mạnh phân cấp, phân quyền quản lý nhà nước giữa Trung ương với địa phương”. Điều này cho thấy tính tất yếu phải tăng cường kiểm soát quyền lực nhà nước trong việc phân cấp phân quyền đảm bảo đúng với quan điểm của Đảng tại Đại hội XIII. Đặc biệt, đối với lĩnh vực quản lý đất đai khi có sự liên quan mật thiết đến việc quyết định sự phát triển kinh tế và các lĩnh vực liên quan, cần hướng tới việc hạn chế sự trục lợi, tham nhũng, lợi ích nhóm, các hành vi

lạm dụng, lợi dụng quyền lực nhà nước có cơ hội thể hiện, huỷ hoại mục tiêu tốt đẹp và những nỗ lực của cả hệ thống chính trị về phân cấp, phân quyền.

6. Kết luận

Chính sách phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai thời gian qua đã có những bước tiến quan trọng, tạo khung pháp lý cơ bản về phân định quyền hạn, trách nhiệm giữa chính quyền trung ương và các cấp chính quyền địa phương theo hướng đẩy mạnh sự chủ động của chính quyền địa phương trong quản trị địa phương. Tuy nhiên, vẫn còn một số vấn đề quan trọng đặt ra trong quá trình thực hiện chính sách này đòi hỏi Nhà nước cần quan tâm hoàn thiện để bảo đảm việc phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước về đất đai thực sự phù hợp với điều kiện cụ thể của nước ta, hướng đến phát huy năng lực của các cấp chính quyền, không ngừng nâng cao hiệu lực, hiệu quả hoạt động hành chính nhà nước tại Việt Nam

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Đảng Cộng sản Việt Nam, Văn Kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nxb Chính trị Quốc gia sự thật, Hà Nội, 2021.
2. Quốc Hội, Hiến Pháp nước Cộng hoà Xã hội chủ nghĩa Việt Nam 2013, Hà Nội, 2013.
3. Quốc Hội, Luật Đất Đai 2013, Hà Nội, 2013.
4. Quốc Hội, Luật Tổ chức Chính phủ năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2019), Hà Nội, 2019.
5. Quốc Hội, Luật Tổ chức chính quyền địa phương năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2019), Hà Nội, 2019.
6. Chính phủ, Dự thảo Luật Đất đai (sửa đổi), Hà Nội, 2023.
7. Châu Hoàng Thân, *Phân cấp quyền của Nhà nước đối với đất đai, quản lý đất đai và việc giám sát – đánh giá cần thiết ở Việt Nam*, Kỷ yếu diễn đàn kinh tế Mùa Thu năm 2012,
http://dl.ueb.edu.vn/bitstream/1247/9341/1/25_Phan%20cap%20quyen%20cua%20NN%20doi%20voi%20dat%20dai_Dang%20Hung%20Vo.pdf

8. Hoàng Thị Ngân, *Một số vấn đề lý luận và thực tiễn về phân cấp, phân quyền, uỷ quyền trong quản lý hành chính ở Việt Nam*, Tạp chí Tổ chức nhà nước số 12/2021.
9. Ngân hàng Thế giới tại Việt Nam, *Đại sứ quán Đan Mạch, Đại sứ quán Thụy Điển (2013), Nhận diện và giảm thiểu các rủi ro dẫn đến tham nhũng trong quản lý đất đai ở Việt Nam; Nhà xuất bản Chính trị quốc gia, Hà Nội.*
10. Phó Thủ tướng Thường trực Chính phủ Phạm Bình Minh, Hội nghị trực tuyến toàn quốc về “Đẩy mạnh phân cấp, phân quyền trong quản lý nhà nước” ngày 4/11/2021.
<https://tcnn.vn/news/detail/52660/Hoi-nghi-truc-tuyen-toan-quoc-ve-%E2%80%9FDay-manh-phan-cap-phan-quyen-trong-quan-ly-nha-nuoc%E2%80%9D.html>
11. Vũ Anh Tuấn, *Quan điểm của Đảng Cộng sản Việt Nam về phân cấp, phân quyền giữa Trung ương và địa phương*, Kỷ yếu Hội thảo Khoa học “Phân cấp, phân quyền giữa trung ương với địa phương và những vấn đề đặt ra đối với các tỉnh miền trung, Tây Nguyên hiện nay”, Học viện chính trị khu vực III, Học viện chính trị Quốc gia thành phố Hồ Chí Minh, Đà Nẵng, 2022.
12. Tổng cục Quản lý đất đai, Bộ Tài nguyên và Môi trường ngày 20/10/2015, Báo cáo về những vấn đề đại biểu Quốc hội, cử tri và nhân dân quan tâm phục vụ trả lời chất vấn tại Kỳ họp thứ 10 Quốc hội khóa XIII.

DECENTRALIZATION AND AUTHORITY IN STATE MANAGEMENT OF LAND

Abstract: The current Land Law regulates state management of land, but additional clarification is needed to form a basis for the implementation of decentralization and transparency in land management and use. In the direction and task of building and perfecting Vietnam’s socialist rule-of-law state, the 13th Congress continues to set the task: “Promote decentralization and decentralization of power, clearly define responsibilities between the Government and the Socialist Republic of Vietnam. Ministries; between the Government, ministries, branches and local authorities; thoroughly overcome overlapping functions, tasks and powers;

ensure unified state management, while promoting the proactive, creative, and responsible role of each level and each sector; associated with the power control mechanism, expanding democracy along with strengthening discipline and order."¹ On that basis, along with summarizing ten years of implementing the 2013 Land Law, comprehensively reviewing the Draft Land Law 2023 to introduce new regulations that are complete and strong enough for the management and use of land. effective and efficient, overcoming negative and corrupt land-related situations.

Keywords: decentralization, decentralization, state management of land, Land Law 2013, Draft Land Law 2023, 13th Congress.

MỘT SỐ HẠN CHẾ, VƯỚNG MẮC TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ HỦY KẾT QUẢ ĐẤU GIÁ QUYỀN SỬ DỤNG ĐẤT VÀ MỘT SỐ KIẾN NGHỊ

Thân Văn Tài*

Tóm tắt: Bài viết phân tích, làm rõ 3 khía cạnh hạn chế, bất cập của pháp luật và thực tiễn áp dụng pháp luật về hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất gồm: (i) Vướng mắc trong giải quyết tranh chấp về hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất quy định tại khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016; (ii) Hạn chế trong thực tiễn áp dụng quy định về sự ảnh hưởng của hợp đồng dịch vụ đấu giá vô hiệu đến kết quả đấu giá quyền sử dụng đất quy định tại khoản 2 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016; (iii) Hạn chế của Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 là thiếu căn cứ để cho phép hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất khi đấu giá viên công bố không đúng người trúng đấu giá. Đồng thời, bài viết đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện quy định hoặc nâng cao hiệu quả áp dụng quy định liên quan các vấn đề nêu trên.

Từ khóa: giải quyết tranh chấp, hủy kết quả đấu giá, đấu giá quyền sử dụng đất.

1. Đặt vấn đề

Ở Việt Nam, mặc dù đấu giá tài sản (ĐGTS) nói chung và đấu giá quyền sử dụng đất nói riêng được bắt đầu hình thành từ thời kỳ Pháp thuộc, nhưng hoạt động này chỉ bắt đầu phát triển từ sau những năm 1996, sau khi Bộ luật Dân sự năm 1995 và Nghị định 86/CP được ban hành và có hiệu lực¹. Sau một thời gian dài sửa đổi, hoàn thiện, pháp luật về ĐGTS đã cho thấy những đóng góp quan trọng trong việc thúc đẩy sự phát triển kinh tế, xã hội, bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp cho các chủ thể liên quan. Tuy nhiên, hiện nay các quy định của pháp luật về ĐGTS nói chung và đấu giá quyền sử dụng đất nói riêng cũng như thực tiễn áp dụng chúng vẫn đang bộc lộ những hạn chế, vướng mắc nhất định. Trong đó, “*có nhiều quy định còn chồng chéo, mâu thuẫn, cản trở sự phát triển kinh tế, xã hội*” như văn kiện Đại hội XIII của

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: taitv@hul.edu.vn

¹ Nguyễn Thị Thu Hồng (2022), *Pháp luật về đấu giá tài sản công ở Việt Nam*, Luận án tiến sĩ, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội, tr 43.

Đảng đã nhận định và chỉ rõ². Hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất là một trong số các vấn đề còn tồn tại những hạn chế, vướng mắc như thế.

Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 đã quy định 05 (năm) căn cứ mà theo đó, tòa án được phép hủy kết quả ĐGTS nói chung, hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất nói riêng, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể có liên quan³. Do được xây dựng để áp dụng chung cho việc hủy kết quả đấu giá của tất cả các loại tài sản, nên chưa tính đến mối quan hệ với các quy định trong lĩnh vực đất đai cũng như mục tiêu của việc đấu giá để giao đất với tư cách là một loại tài sản công, do đó, trong quá trình áp dụng các căn cứ quy định tại Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 để giải quyết các tranh chấp về hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất đã bộc lộ một số điểm hạn chế, vướng mắc, cần phải tiếp tục hoàn thiện.

2. Một số hạn chế, vướng mắc trong giải quyết tranh chấp về hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất

2.1. Trường hợp người trúng đấu giá quyền sử dụng đất không nộp tiền sử dụng đất đúng thời hạn

Theo khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016, kết quả đấu giá quyền sử dụng đất có thể bị hủy “*theo thỏa thuận giữa người có tài sản đấu giá, tổ chức ĐGTS và người trúng đấu giá về việc hủy kết quả ĐGTS*”.

Như vậy, nếu có sự thỏa thuận giữa người có tài sản đấu giá, tổ chức ĐGTS và người trúng ĐGTS về việc hủy kết quả đấu giá, thì khi xảy ra sự kiện, trường hợp đã được thỏa thuận, thì kết quả đấu giá sẽ bị hủy. Thực tiễn áp dụng căn cứ này cho thấy, người có tài sản đấu giá, tổ chức ĐGTS và người trúng ĐGTS đã có thỏa thuận về

² Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia Sự thật, tr 132.

³ Theo Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016, các trường hợp hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất bao gồm:

+ *Theo thỏa thuận giữa người có tài sản đấu giá, tổ chức ĐGTS và người trúng đấu giá về việc hủy kết quả ĐGTS hoặc giữa người có tài sản đấu giá và người trúng đấu giá về việc hủy giao kết hợp đồng mua bán tài sản đấu giá, hủy bỏ hợp đồng mua bán tài sản đấu giá, trừ trường hợp gây thiệt hại hoặc làm ảnh hưởng đến lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, tổ chức;*

+ *Hợp đồng dịch vụ ĐGTS, hợp đồng mua bán tài sản đấu giá bị Tòa án tuyên bố vô hiệu theo quy định của pháp luật về dân sự trong trường hợp người trúng đấu giá có hành vi vi phạm quy định tại điểm b khoản 5 Điều 9 của Luật này;*

+ *Hợp đồng dịch vụ ĐGTS bị hủy bỏ theo quy định tại khoản 6 Điều 33 của Luật này; + Người có tài sản đấu giá, người tham gia đấu giá, người trúng đấu giá, tổ chức ĐGTS, đấu giá viên có hành vi thông đồng, móc nối, đùn đẩy trong quá trình tham gia đấu giá dẫn đến làm sai lệch thông tin tài sản đấu giá hoặc hồ sơ tham gia đấu giá hoặc kết quả ĐGTS;*

+ *Theo quyết định của người có thẩm quyền xử phạt vi phạm hành chính trong trường hợp ĐGTS nhà nước khi có một trong các căn cứ quy định tại khoản 6 Điều 33 của Luật này”.*

trường hợp người trúng đấu giá chậm nộp tiền sử dụng đất so với thông báo của cơ quan thuế thì sẽ hủy kết quả đấu giá. Tuy nhiên, pháp luật cũng đồng thời có quy định về chế tài đối với hành vi vi phạm này của người trúng đấu giá quyền sử dụng đất, theo đó, pháp luật không quy định chế tài “hủy kết quả đấu giá” đối với hành vi vi phạm đó của người trúng đấu giá mà quy định một loại chế tài khác. Vậy trong trường hợp này, có căn cứ vào thỏa thuận của các bên để hủy kết quả đấu giá hay không, cụ thể trong vụ việc sau đây:

Ông T là người trúng đấu giá hai lô đất số 15 và 16 phân khu B2.6, khu tái định cư N1, phường M, quận S, thành phố Đà Nẵng theo phiên đấu giá ngày 21/01/2017 và đã được Ủy ban nhân dân (UBND) thành phố Đà Nẵng công nhận kết quả đấu giá. Ông T đã không nộp số tiền đợt 2 đúng thời hạn theo thông báo. Ngày 16/11/2018, UBND thành phố Đà Nẵng đã hủy kết quả đấu giá. Ngày 19/8/2019, ông T khởi kiện yêu cầu Tòa án hủy Quyết định ngày 16/11/2018 của UBND thành phố Đà Nẵng; đồng thời, yêu cầu công nhận kết quả trúng đấu giá. UBND thành phố Đà Nẵng cho rằng, phương án đấu giá quyền sử dụng đất đã được phê duyệt bởi UBND thành phố Đà Nẵng quy định rõ: *“Trong thời hạn 30 ngày kể từ ngày ký thông báo của cơ quan thuế, đối tượng trúng đấu giá phải nộp 50% tiền sử dụng đất phải nộp, trong vòng 60 ngày tiếp theo phải nộp 50% tiền sử dụng đất còn lại. Quá thời hạn theo thông báo của cơ quan Thuế (kể cả đợt nộp đầu tiên trong vòng 30 ngày kể từ ngày có thông báo của cơ quan Thuế), đối tượng trúng đấu giá không nộp đủ tiền sử dụng đất theo quy định này thì hủy kết quả đấu giá”*. Quy định này đã được niêm yết thông báo công khai cho người tham gia đấu giá biết. Ngày 20/12/2016, Hợp đồng bán đấu giá quyền sử dụng đất số 143/2016/HĐ- BĐG đối với lô đất số 15 và 16 đã được ký kết giữa Trung tâm phát triển quỹ đất và Trung tâm dịch vụ bán đấu giá tài sản thành phố, hợp đồng có quy định cho đối tượng trúng đấu giá phải nộp tiền sử dụng đất đúng thời hạn và quy định rõ hậu quả của việc không nộp tiền đúng thời hạn như đã nêu ở trên. Ngày 19/01/2017, ông T đã nộp phiếu đăng ký đấu giá các lô đất nêu trên cho Trung tâm dịch vụ bán đấu giá, trong đó có cam kết: *“Thanh toán tiền đúng theo thời hạn quy định. Nếu quá thời hạn theo thông báo của cơ quan Thuế... mà tôi không nộp đủ tiền sử dụng đất theo quy định thì bị hủy kết quả đấu giá và bị thu tiền đặt trước nộp ngân sách thành phố”*. Chính vì vậy, người bị kiện là UBND thành phố

Đà Nẵng đã cho rằng, người có tài sản đấu giá, tổ chức đấu giá, người trúng đấu giá đã có thỏa thuận về việc, nếu người trúng đấu giá tiền sử dụng đất không nộp tiền sử dụng đất trong thời hạn thông báo của cơ quan thuế thì hủy kết quả đấu giá. Chính vì vậy, UBND thành phố Đà Nẵng hủy kết quả đấu giá đối với thửa đất mà ông T đã trúng đấu giá là phù hợp với quy định tại khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016. Tòa án cấp sơ thẩm⁴ và phúc thẩm⁵ đều chấp nhận yêu cầu khởi kiện của ông T đối với yêu cầu hủy Quyết định số 5447/QĐ-UBND ngày 16/11/2018 của UBND thành phố Đà Nẵng; đồng thời, công nhận kết quả trúng đấu giá các lô đất 15, 16 phân khu B2.6.

Đối với vụ việc này, tòa án có 2 nhận định quan trọng sau đây:

Một là, về chế tài, tòa án ưu tiên áp dụng chế tài theo điểm c khoản 4 Điều 14 Nghị định 45/2014/NĐ-CP về thu tiền sử dụng đất hơn là chế tài quy định tại điểm d khoản 5 Điều 68 Nghị định 43/2014/NĐ-CP về quy định chi tiết thi hành Luật Đất đai. Cụ thể, theo tòa án: Trường hợp người trúng đấu nộp chậm so với thời hạn quy định tại Thông báo của cơ quan thuế thì phải nộp tiền chậm nộp và được cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất và giao đất theo quy định tại đoạn 1 điểm d khoản 5 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP của Chính phủ; trường hợp “người trúng đấu giá không nộp đủ tiền theo đúng yêu cầu”, có nghĩa là người trúng đấu giá không nộp tiền sử dụng đất do không muốn nhận đất, hoặc có tình dấy dưng thì cơ quan tài nguyên và môi trường trình UBND cấp có thẩm quyền hủy quyết định công nhận kết quả trúng đấu giá theo quy định tại đoạn 2 điểm d khoản 5 Nghị định số 43/2014/NĐ-CP của Chính phủ.

Hai là, theo tòa án, thỏa thuận mà UBND thành phố Đà Nẵng viện dẫn được hình thành trước thời điểm có quyết định công nhận kết quả đấu giá nên không phải là thỏa thuận quy định tại khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016. Cụ thể, theo tòa phúc thẩm: “Đối với nội dung kháng cáo của UBND thành phố Đà Nẵng cho rằng ông T không nộp đủ số tiền đã cam kết tại Phương án đấu giá, Quy chế của cuộc đấu giá, Biên bản ĐGTS, Phiếu đăng ký tham gia đấu giá nên thuộc trường hợp hủy kết

⁴ Bản án hành chính sơ thẩm số 37/2019/HC-ST ngày 28 tháng 11 năm 2019, Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng.

⁵ Bản án số 80/2020/HC-PT ngày 25/06/2020 của Tòa án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng.

quả ĐGTS quy định khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS: Tại Điều 2 Luật ĐGTS quy định đối tượng áp dụng Luật này đã phân định rõ “người tham gia đấu giá” và “người trúng đấu giá” là hai chủ thể khác nhau. Khi ông T tham gia đấu giá thì ông T là “người tham gia đấu giá”. Tuy nhiên, kể từ thời điểm UBND thành phố Đà Nẵng ban hành Quyết định số 1125/QĐ-UBND ngày 02/3/2017 về việc công nhận kết quả đấu giá thì ông T đã được công nhận là “người trúng đấu giá” và kể từ thời điểm đó đến nay ông T không có bất kỳ một thỏa thuận, cam kết nào về việc hủy kết quả đấu giá. Do đó, kháng cáo của người bị kiện cho rằng ông T không nộp đủ số tiền đã thống nhất và cam kết tại Phương án đấu giá quyền sử dụng đất, Quy chế của cuộc đấu giá, Biên bản ĐGTS và Phiếu đăng ký tham gia đấu giá nên thuộc trường hợp hủy kết quả ĐGTS quy định khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 là không đúng pháp luật, không được Hội đồng xét xử chấp nhận”⁶.

Từ nhận định nêu trên, Tòa phúc thẩm đã bác kháng cáo của người bị kiện là UBND thành phố Đà Nẵng và giữ nguyên Bản án hành chính sơ thẩm số 37/2019/HC-ST ngày 28 tháng 11 năm 2019 của Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng; Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của ông Nguyễn Xuân T về việc hủy toàn bộ Quyết định số 5447/QĐ-UBND ngày 16 tháng 11 năm 2018 của UBND thành phố Đà Nẵng về việc hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất đối với các lô đất số 15 và 16, phân khu B2.6 tại Khu dân cư N1 2, phường M, quận S tại Quyết định số 1125/QĐ-UBND ngày 02 tháng 3 năm 2017; Buộc UBND thành phố Đà Nẵng thực hiện nhiệm vụ theo quy định của pháp luật đối với Quyết định số 1125/QĐ-UBND ngày 02 tháng 3 năm 2017 của Chủ tịch UBND thành phố Đà Nẵng về việc công nhận kết quả trúng đấu giá quyền sử dụng đất đối với các lô đất số 15 và 16, phân khu B2.6 tại Khu dân cư N1 2, phường M, quận S, thành phố Đà Nẵng cho ông Nguyễn Xuân T và bà Phạm Quỳnh G.

Trong vụ việc nêu trên có thể thấy, mặc dù tòa án đưa ra hai nhận định quan trọng, tuy nhiên nhận định thứ hai mang tính quyết định lớn hơn. Theo đó, tòa án cho rằng do người tham gia đấu giá và người trúng đấu giá là khác nhau và từ khi có quyết định công nhận kết quả đấu giá về sau, giữa các bên không tồn tại về thỏa thuận cho phép hủy kết quả đấu giá nên không thể hủy kết quả theo khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS

⁶ Bản án số 80/2020/HC-PT ngày 25/06/2020 của Tòa án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng.

năm 2016. Như vậy, theo tòa không tồn tại sự thỏa thuận, nên phải ưu tiên áp dụng chế tài theo Nghị định 45/2014/NĐ-CP như đã nêu. Nếu chấp nhận đây là thỏa thuận theo khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 thì đương nhiên vấn đề quy định khác nhau về chế tài trong 2 văn bản không cần phải đặt ra. Bởi lẽ, kể cả khi hai văn bản đưa ra hai chế tài khác nhau thì các bên hoàn toàn có thể thỏa thuận áp dụng một trong hai chế tài đó. Từ ngày 20/5/2020, quy định vừa nêu của khoản 4 Điều 14 Nghị định 45/2014/NĐ-CP đã bị chấm dứt hiệu lực theo điểm k khoản 2 Điều 42 Nghị định 126/2020/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của Luật quản lý thuế. Tuy nhiên, quan điểm của tòa án về việc không thừa nhận thỏa thuận hủy kết quả đấu giá hình thành trước khi đấu giá thành vẫn khá phổ biến ở nhiều vụ án⁷, và đây là vấn đề rất đáng lưu tâm và đoạn văn tiếp theo sẽ phân tích.

Trong vụ việc trên, theo chúng tôi, việc cho rằng thỏa thuận về hủy kết quả đấu giá phải được xác lập từ thời điểm có quyết định công nhận kết quả đấu giá về sau là chưa thực sự thuyết phục. Bởi lẽ, trước thời điểm có quyết định công nhận kết quả đấu giá, người tham gia đấu giá và người có tài sản đấu giá đã xác lập thỏa thuận về căn cứ hủy kết quả đấu giá thì hoàn toàn có thể coi là sự thỏa thuận quy định tại khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016. Trong vụ việc này, thỏa thuận đã tồn tại và không thể mất hiệu lực ràng buộc, kể cả khi người tham gia đấu giá trở thành người trúng đấu giá.

2.2. Xác định sự ảnh hưởng của hợp đồng dịch vụ đấu giá vô hiệu đến kết quả đấu giá quyền sử dụng đất

Theo khoản 2 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016, có 2 trường hợp mà theo đó, hợp đồng dịch vụ đấu giá bị tòa bán tuyên bố vô hiệu, hoặc bị huỷ bỏ sẽ dẫn đến kết quả

⁷ Bản án hành chính phúc thẩm số 30/2020/HC-PT ngày 2/3/2020 của TAND Cấp cao tại Đà Nẵng về việc “Khiếu kiện yêu cầu hủy quyết định hành chính” cũng trên cơ sở pháp lý và lập luận tương tự để đi đến quyết định:

“Hủy toàn bộ Quyết định số 5443/QĐ-UBND ngày 16/11/2018 của UBND TP Đà Nẵng về việc “Hủy Quyết định số 4105/QĐ-UBND ngày 28/7/2017 của Chủ tịch UBND TP Đà Nẵng về việc công nhận kết quả trúng đấu giá quyền sử dụng đất đối với Khu đất A20 mặt tiền đường Võ Văn Kiệt, phường An Hải Tây, quận Sơn Trà”. Buộc UBND thành phố Đà Nẵng thực hiện nhiệm vụ, công vụ đối với các nội dung tại Quyết định số 4105/QĐ-UBND ngày 28/7/2017 của Chủ tịch UBND thành phố Đà Nẵng về việc “Công nhận kết quả đấu giá đối với khu đất A20 mặt tiền đường Võ Văn Kiệt, phường An Hải Tây, quận Sơn Trà” theo quy định của pháp luật. UBND thành phố Đà Nẵng có trách nhiệm thi hành án ngay sau khi nhận được quyết định này và thông báo kết quả cho tòa án biết.

Chủ tịch UBND thành phố Đà Nẵng có trách nhiệm kiểm tra, đôn đốc và xử lý trách nhiệm của các bộ phận tham mưu, giúp việc theo quy định của pháp luật”.

ĐGTS nói chung và đấu giá quyền sử dụng đất nói riêng cũng sẽ bị hủy bỏ. Cụ thể: *“hợp đồng dịch vụ ĐGTS (...) bị Tòa án tuyên bố vô hiệu theo quy định của pháp luật về dân sự trong trường hợp người trúng đấu giá có hành vi vi phạm quy định tại điểm b khoản 5 Điều 9 của Luật này”*. Theo đó, nếu hợp đồng dịch vụ ĐGTS bị tuyên bố vô hiệu trong trường hợp người trúng tài sản đấu giá *“thông đồng, móc nối với đấu giá viên, tổ chức ĐGTS, người có tài sản đấu giá, người tham gia đấu giá khác, cá nhân, tổ chức khác để đìm giá, làm sai lệch kết quả ĐGTS”*.

Như vậy, theo tác giả, sự ảnh hưởng của hợp đồng dịch vụ đấu giá vô hiệu đến kết quả ĐGTS nói chung và quyền sử dụng đất nói riêng (bị hủy) khi có đủ các yếu tố sau đây:

Thứ nhất, hợp đồng dịch vụ đấu giá bị tòa án tuyên bố vô hiệu theo pháp luật chung về hợp đồng dịch vụ. Điều này là phù hợp, bởi lẽ đây là một loại hợp đồng cụ thể, nên đương nhiên cũng cần phải đáp ứng những điều kiện có hiệu lực của hợp đồng để bảo đảm rằng, hợp đồng này không xâm hại lợi ích công cộng cũng như để bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của các chủ thể trong hợp đồng. Tuy nhiên, một điểm hết sức đặc biệt, đó là không phải mọi trường hợp hợp đồng dịch vụ đấu giá bị tuyên bố vô hiệu, đều dẫn tới kết quả ĐGTS nói chung, đấu giá quyền sử dụng đất nói riêng bị hủy, mà kết quả đấu giá chỉ bị hủy khi cùng với việc hợp đồng dịch vụ đấu giá bị tuyên bố vô hiệu, bên trúng đấu giá có vi phạm điểm b khoản 5 Điều 9 Luật ĐGTS năm 2016 và điều này sẽ đề cập ở đoạn văn tiếp theo.

Thứ hai, người trúng đấu giá có hành vi vi phạm quy định tại điểm b khoản 5 Điều 9 Luật ĐGTS năm 2016. Một khi người trúng đấu giá thực hiện các hành vi quy định tại điểm b khoản 5 Điều 9 Luật ĐGTS năm 2016, thì người này không còn là người ngay tình để được bảo vệ theo quy định về bảo vệ quyền lợi người ngay tình. Mặt khác, khi người trúng đấu giá có những vi phạm vừa nêu sẽ ảnh hưởng trực tiếp đến quyền và lợi ích hợp pháp của người có tài sản đấu giá. Đây chính là cơ sở lý luận để cho phép hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất dựa trên cơ sở hợp đồng dịch vụ đấu giá vô hiệu. Trong trường hợp hợp đồng dịch vụ đấu giá bị tòa án tuyên bố vô hiệu, nhưng người trúng đấu giá không có vi phạm và là người ngay tình thì việc tòa án tuyên bố hợp đồng dịch vụ đấu giá vô hiệu là nhằm để bảo vệ quyền lợi cho các chủ thể của hợp đồng này, nhưng không dẫn đến hủy kết quả đấu giá nhằm đáp ứng

yêu cầu bảo vệ người trúng đấu giá ngay tình. Cũng chính vì vậy, không phải bất cứ chủ thể nào trong quan hệ đấu giá cũng có thể có thể hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất trên cơ sở sự vô hiệu của hợp đồng dịch vụ ĐGTS, mà cần thỏa mãn yếu tố thứ ba ở đoạn văn tiếp theo.

Thứ ba, người yêu cầu hủy kết quả đấu giá trong trường hợp này phải là người có tài sản đấu giá. Bởi lẽ, người trúng ĐGTS do đã có vi phạm như đã nói ở trên, nên không thể nại ra lý do mình vi phạm để yêu cầu hủy kết quả đấu giá, sẽ ảnh hưởng nghiêm trọng đến quyền lợi của người không có vi phạm, là người có tài sản đấu giá. Khi người trúng đấu giá thực hiện một hoặc các hành vi quy định tại điểm b khoản 5 Điều 9 của Luật ĐGTS năm 2016, tổ chức ĐGTS hoặc là cùng với người trúng đấu giá vi phạm (thông đồng với người trúng đấu giá) hoặc là chưa thực hiện đầy đủ trách nhiệm, nghĩa vụ của mình, để cho người trúng ĐGTS thông đồng, vi phạm. Chính vì vậy, tổ chức ĐGTS cũng không thể là chủ thể nại ra lỗi của mình để yêu cầu tòa án tuyên hủy kết quả đấu giá, ảnh hưởng đến quyền lợi của người có tài sản đấu giá. Tổ chức ĐGTS là một chủ thể của hợp đồng dịch vụ đấu giá, đương nhiên có quyền yêu cầu tòa án tuyên bố hợp đồng này vô hiệu theo quy định của pháp luật về hợp đồng. Tuy nhiên, chủ thể này không thể viện dẫn khoản 2 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 để yêu cầu hủy kết quả đấu giá.

Từ những phân tích trên, có thể thấy, sự vô hiệu của hợp đồng dịch vụ đấu giá chỉ có thể dẫn đến hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất trong trường hợp người có tài sản đấu giá yêu cầu hủy kết quả đấu giá và hợp đồng này bị tuyên bố vô hiệu, người trúng đấu giá có vi phạm tại điểm b khoản 5 Điều 9 của Luật ĐGTS năm 2016. Các trường hợp vô hiệu khác của hợp đồng dịch vụ đấu giá không dẫn tới hủy kết quả đấu giá mà phải bảo vệ người trúng đấu giá ngay tình.

Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng pháp quy định nêu trên đang có xu hướng sự vô hiệu của hợp đồng dịch vụ đấu giá là điều kiện duy nhất để dẫn tới hủy kết quả đấu giá. Vụ việc sau đây cho thấy người yêu cầu hủy kết quả đấu giá là người trúng đấu giá và cơ sở để tòa án chấp nhận hủy kết quả đấu giá là xuất phát từ sự vô hiệu của hợp đồng dịch vụ đấu giá.

Ngày 04/5/2018, ông Hà H tham gia đấu giá quyền sử dụng đất tại UBND phường T3, thành phố H2, tỉnh Quảng Nam đối với 10 lô đất tại khối TS, phường T3,

thành phố H2, do Công ty Cổ phần Tư vấn Tài chính và giá cả Q bán đấu giá tài sản và ông H đã trúng đấu giá 01 lô đất thừa số 08 (lô số 08), tờ bản đồ số 64, tại phường T3, thành phố H2, tỉnh Quảng Nam. Theo đơn khởi kiện đề ngày 28/6/2016 của ông H, sau khi trúng đấu giá, ông H mới biết Công ty Cổ phần Tư vấn Tài chính và giá cả Q không đủ tư cách chủ thể để nhận ủy quyền bán đấu giá tài sản. Theo trình bày của ông H, quy chế bán đấu giá tài sản và người điều hành cuộc bán đấu giá tài sản không bảo đảm theo quy định của pháp luật. Do đó, ông Hà H khởi kiện yêu cầu Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Nam hủy kết quả bán đấu giá tài sản ngày 04/5/2018 của Công ty Cổ phần Tư vấn Tài chính và giá cả Q đối với 01 lô đất thuộc thửa số 08 (lô số 08), tờ bản đồ số 64, tại phường T3, thành phố H2 và hủy một phần Quyết định phê duyệt kết quả trúng đấu giá quyền sử dụng đất số 1205/QĐ-UBND ngày 29/5/2018 của UBND thành phố H2 theo quy định của pháp luật.

Phía bị đơn, Công ty Cổ phần Tư vấn Tài chính và giá cả Q cho rằng, phiên đấu giá tài sản ngày 04/5/2018 tổ chức bán đấu giá quyền sử dụng đất đối với 10 lô đất tại khối TS, phường T3, thành phố H2 là đúng theo quy định của pháp luật. Phía người có quyền lợi và nghĩa vụ liên quan, UBND thành phố H2, tỉnh Quảng Nam và Trung tâm phát triển quỹ đất thành phố H2 đều có ý kiến đề nghị Tòa án bác đơn khởi kiện của ông Hà H.

Sau khi được tòa án nhân dân tỉnh Quảng Nam xét xử sơ thẩm vào ngày 27/11/2018, ngày 05/12/2018, ông Hà H kháng cáo toàn bộ nội dung bản án. Tòa án cấp phúc thẩm nhận định: *“Xét thấy: Tại thời điểm ký kết hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản số 100/HDDV-ĐGTS nêu trên, người đại diện theo pháp luật của Công ty Cổ phần Tư vấn Tài chính và giá cả Q là ông Nguyễn Thành T4 – Chủ tịch Hội đồng quản trị; bà Trần Thị Ly N3 – Giám đốc và ông Dương Tuấn A1 – Tổng Giám đốc Công ty và người được Tổng Giám đốc ủy quyền ký hợp đồng là bà Kiều Thị Yến H3 đều không phải là đấu giá viên. Đồng thời, ông Trần Đình K1 - Giám đốc đấu giá cũng không phải là đấu giá viên là không tuân thủ đúng quy định tại khoản 3 Điều 23 Luật Đấu giá tài sản năm 2016. (...) Như vậy, việc hoạt động của Công ty Cổ phần Tư vấn Tài chính và giá cả Q chưa đáp ứng đúng với quy định của pháp luật về đấu giá tài sản tại thời điểm ký kết hợp đồng dịch vụ đấu giá tài sản số 100/HDDV-ĐGTS.*

Do vậy, hợp đồng dịch vụ đấu giá bị vô hiệu; chính vì vậy, kết quả của phiên đấu giá tài sản cũng bị vô hiệu theo”⁸.

Câu in đậm trong phần trích dẫn bản án ở trên cho thấy, tòa án đang căn cứ vào sự vô hiệu của hợp đồng dịch vụ đấu giá để hủy kết quả ĐGTS và tác giả cho rằng, hướng xử lý như vậy chưa thực sự thuyết phục và đúng với tinh thần của Luật ĐGTS năm 2016. Mặc dù tòa án dựa trên cơ sở người điều hành cuộc đấu giá không phải là đấu giá viên, tuy nhiên, theo quy định tại Điều 72 của Luật ĐGTS, khi điều này xảy ra thì chỉ là căn cứ để người có tài sản đấu giá hủy bỏ hợp đồng dịch vụ đấu giá theo điểm a khoản 6 Điều 33 Luật ĐGTS năm 2016. Trong vụ việc trên, người có tài sản đấu giá không hủy hợp đồng dịch vụ đấu giá, và kể cả khi, hợp đồng dịch vụ đấu giá bị người có tài sản đấu giá hủy bỏ, thì việc hủy kết quả đấu giá cũng phải dựa trên cơ sở khoản 3 điều 72 Luật ĐGTS năm 2016. Việc nhận định hợp đồng dịch vụ đấu giá vô hiệu để hủy kết quả đấu giá đang cho thấy tòa án dựa trên cơ sở khoản 2 Điều 72 của Luật ĐGTS năm 2016. Bên cạnh đó, người yêu cầu hủy kết quả đấu giá là người trúng đấu giá, không phải là chủ thể của hợp đồng dịch vụ ĐGTS nhưng tòa án lại xem xét hiệu lực của hợp đồng dịch vụ đấu giá và dựa trên cơ sở đó để hủy kết quả đấu giá là chưa thực sự thuyết phục và bảo đảm quyền lợi cho người có tài sản đấu giá.

Thực ra, trong trường hợp này, phiên đấu giá quyền sử dụng đất mặc dù được điều hành bởi người không phải là đấu giá viên, nhưng không có căn cứ để cho rằng quyền lợi của người trúng đấu giá quyền sử dụng đất bị ảnh hưởng. Bởi lẽ, người trúng đấu giá cũng đã có đủ các thông tin, điều kiện để đánh giá giá trị của quyền sử dụng đất và chủ động trả do trong hoàn cảnh hoàn toàn tự nguyện. Do vậy, trường hợp này, theo chúng tôi không thể hủy kết quả đấu giá xuất phát từ yêu cầu của người trúng đấu giá.

2.3. Thiếu căn cứ pháp lý để hủy kết quả đấu giá trong trường hợp công bố không đúng người trúng đấu giá

Theo quy định tại Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 đã trích dẫn ở trên, kết quả đấu giá quyền sử dụng đất sẽ bị hủy nếu thuộc một trong các trường hợp được quy

⁸ Bản án dân sự phúc thẩm số 185/2019/DS-PT ngày 08-10-2019 của tòa án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng về tranh chấp kết quả bán đấu giá tài sản và yêu cầu hủy quyết định cá biệt.

định tại điều luật này. Tuy nhiên, qua nghiên cứu cho thấy, các trường hợp được đề cập tại điều luật này chưa bao quát hết tất cả những trường hợp cần thiết phải hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất.

Thực tiễn cho thấy, trong đấu giá quyền sử dụng đất, có trường hợp đấu giá viên đã công bố không đúng người trúng đấu giá. Nói cách khác, người trúng đấu giá đã được đấu giá viên công bố tư cách trúng đấu giá một cách trái pháp luật. Trong trường hợp này, nếu đối chiếu với Điều 72 Luật ĐGTS, sẽ không có cơ sở pháp lý để hủy kết quả đấu giá, mà vụ việc sau đây là một ví dụ:

Ngày 04/6/2019, Ông Trần Văn P - Chấp hành viên Cục Thi hành án dân sự tỉnh Quảng Ninh ký hợp đồng với Doanh nghiệp đấu giá tư nhân VA (Sau đây gọi là Doanh nghiệp VA) để bán đấu giá tài sản kê biên của ông Đoàn Văn R và bà Đỗ Thị Xuân G để đảm bảo thi hành án trả tiền cho Ngân hàng TMCP NTVN thay cho Công ty TNHH phát triển dịch vụ - Thương mại ĐB, theo quyết định của bản án số 05/2018/KDTM-PT ngày 30/5/2018 của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ninh và bản án số 17/2017/KDTM-ST, ngày 29/12/2017 của Tòa án nhân dân thành phố Hạ Long. Tài sản thi hành án gồm quyền sử dụng 300 m² đất tại: ô số 6, lô A17, khu đô thị mới DT, phường CB, thành phố CP, tỉnh Quảng Ninh theo Giấy Chứng nhận quyền sử dụng đất số AK522381 do UBND thị xã CP cấp ngày 25/3/2008, số vào sổ cấp GCN: H141, mang tên bà Đỗ Thị Xuân G. Tài sản thứ hai là quyền sử dụng 600 m² đất tại Ô số 7+ ô số 8, lô A17, khu đô thị mới DT, phường CB, thành phố CP, tỉnh Quảng Ninh, theo Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AK 522376 và AK 522377 do UBND thị CP cấp ngày 25/3/2008, số vào sổ cấp GCN: H142 và H143 mang tên bà Đỗ Thị Xuân G. Ngày 28/6/2019, Doanh nghiệp VA đã tổ chức bán đấu giá 02 tài sản trên. Kết quả cụ thể như sau: Tài sản thứ nhất, người trả giá cao nhất là 4.033.219.000 đồng và đã trúng đấu giá; tài sản hai, tại phiên đấu giá có tổng số 14 người tham gia đấu giá, có một người duy nhất trả giá là ông Vũ Xuân T và trả giá đúng bằng giá khởi điểm là 6.238.647.000 đồng. Đối với tài sản 1, nguyên đơn không có yêu cầu khởi kiện gì. Đối với tài sản 2, nguyên đơn cho rằng, theo quy định tại Điều 49 của Luật đấu giá tài sản năm 2016 thì việc đấu giá tài sản trong trường hợp chỉ có một người đăng ký tham gia đấu giá, một người tham gia đấu giá, một người trả giá, một người chấp nhận giá chỉ được tiến hành sau khi đã tổ chức cuộc đấu giá

lần đầu nhưng không thành. Căn cứ quy định nêu trên, trong cuộc đấu giá tài sản ngày 28/6/2019, Doanh nghiệp VA tổ chức đấu giá lần đầu, có 14 người tham gia đấu giá nhưng chỉ có một người (ông Vũ Xuân T) trả giá bằng giá khởi điểm là người trúng đấu giá là không đúng quy định của Điều luật nêu trên. Do vậy không có căn cứ để chấp nhận kết quả đấu giá tài sản ngày 28/6/2019 của Doanh nghiệp VA đối với tài sản là Quyền sử dụng ô đất ô số 7 và ô số 8.

Vì vậy, ông Trần Văn P khởi kiện với các yêu cầu: (1) Hủy kết quả bán đấu giá tài sản ngày 28/6/2019 đối với tài sản là: Quyền sử dụng 600m² đất tại ô số 7+ ô số 8, lô A17, khu đô thị mới DT, phường CB, thành phố CP, tỉnh Quảng Ninh, theo Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AK 522376 và AK 522377 do UBND thị xã CP cấp ngày 25/3/2008, số vào sổ cấp GCN: H142 và H143 mang tên bà Đỗ Thị Xuân G (sau đây gọi là ô số 7 và ô số 8); (2). Hủy một phần Hợp đồng đấu giá tài sản thi hành án ký ngày 04/6/2019 giữa Chấp hành viên Cục THADS tỉnh QN và Doanh nghiệp đấu giá tư nhân VAliên quan đến tài sản ô số 7 và ô số 8; (3).Yêu cầu Doanh nghiệp VA hoàn trả lại thù lao đấu giá tài sản đối với tài sản nêu trên cho Cục THADS tỉnh QN với số tiền là 27.489.110 đồng; tuyên Cục THADS tỉnh QN hoàn trả cho ông Vũ Xuân T số tiền đặt trước là 1.200.000.000 đồng và tiền lãi phát sinh gửi ngân hàng.

Ngày 19/9/2022, nguyên đơn đã rút yêu cầu khởi kiện (2) và (3), chỉ yêu cầu Tòa án giải quyết yêu cầu khởi kiện (1), là: Hủy kết quả bán đấu giá tài sản ngày 28/6/2019 đối với tài sản là: Quyền sử dụng đất ô số 7 và ô số 8.

Trong vụ việc trên, tại bản án số 34/2022/DS-ST ngày 11/11/2022 của Tòa án nhân dân thành phố Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh đã căn cứ Khoản 13 Điều 26; điểm a khoản 1 Điều 35; điểm a khoản 1 Điều 39; khoản 4 Điều 65; khoản 4 Điều 147; Điều 186; khoản 2 Điều 227; khoản 3 Điều 228; Điều 271, 273, 278 và Điều 280 của Bộ luật tố tụng dân sự; Điều 102 Luật thi hành án dân sự; Điểm d khoản 2 Điều 41; Điều 49 Luật đấu giá tài sản năm 2016, chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn, Hủy kết quả đấu giá tài sản ngày 28/6/2019 của Doanh nghiệp đấu giá tư nhân VA, đối với tài sản đấu giá là quyền sử dụng 600m² đất tại Ô số 7+ ô số 8, lô A17, khu đô thị mới DT, phường CB, thành phố CP, tỉnh Quảng Ninh, theo Giấy chứng nhận quyền

sử dụng đất số AK 522376 và AK 522377 do UBND thị xã CP cấp ngày 25/3/2008, số vào sổ cấp GCN: H142 và H143 mang tên bà Đỗ Thị Xuân G⁹.

Ngày 22/11/2022 người đại diện theo ủy quyền của bị đơn bà Trần Thị Mai H có đơn kháng cáo với nội dung kháng cáo toàn bộ bản án sơ thẩm. Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ninh xét xử phúc thẩm đã căn cứ Khoản 13 Điều 26; điểm a khoản 1 Điều 35; điểm a khoản 1 Điều 39; khoản 2 Điều 148; Điều 186; khoản 2 Điều 227; khoản 3 Điều 228; Điều 244; Điều 271, 273, 278 và Điều 280, khoản 2, khoản 3 Điều 296 của Bộ luật Tố tụng dân sự; Điều 102 Luật Thi hành án dân sự; Điểm d khoản 2 Điều 41; Điều 49 Luật Đấu giá tài sản năm 2016; Điểm b khoản 1 Điều 11; khoản 2 Điều 26; khoản 2 Điều 29 của Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14 ngày 30/12/2016 của Ủy ban Thường vụ Quốc hội quy định về mức thu, miễn, giảm, nộp, quản lý và sử dụng án phí và lệ phí Tòa án, quyết định: Chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn ông Trần Văn P - Chấp hành viên Cục THADS tỉnh QN; Hủy kết quả đấu giá tài sản ngày 28/6/2019 của Doanh nghiệp đấu giá tư nhân VA, đối với tài sản đấu giá là quyền sử dụng 600 m² đất tại Ô số 7 + Ô số 8, lô A17, khu đô thị mới DT, phường CB, thành phố CP, tỉnh Quảng Ninh, theo Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất số AK 522376 và AK 522377 do UBND thị xã CP cấp ngày 25/3/2008, số vào sổ cấp GCN: H142 và H143 mang tên bà Đỗ Thị Xuân G¹⁰.

Trong vụ việc điển hình nêu trên, tòa án cấp sơ thẩm và phúc thẩm đã làm rõ quá trình đấu giá, tổ chức ngành nghề đấu giá có vi phạm điều 49 Luật ĐGTS năm 2016. Cả hai cấp tòa án đều không căn cứ vào Điều 72 mà căn cứ vào Điều 49 Luật ĐGTS năm 2016 để hủy kết quả đấu giá. Như vậy, theo quan điểm giải quyết của tòa án cấp sơ thẩm và phúc thẩm, ngoài các trường hợp được liệt kê tại Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016, nếu quá trình đấu giá có những vi phạm nhất định, vẫn có thể bị hủy kết quả. Theo chúng tôi, quan điểm này khá hiếm trong thực tiễn giải quyết tranh chấp về đấu giá quyền sử dụng đất nói chung và tranh chấp yêu cầu hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất nói riêng¹¹.

⁹ Theo Bản án dân sự sơ thẩm số 34/2022/DS-ST ngày 11/11/2022 của Tòa án nhân dân thành phố Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh.

¹⁰ Bản án dân sự phúc thẩm số 30/2023/DS-PT ngày 28/4/2023 của Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ninh về tranh chấp kết quả ĐGTS.

¹¹ Ở một vụ việc khác, tòa án nhận định, “vấn đề này cũng đã được Thanh tra Bộ Tư pháp thanh tra, tại Kết luận thanh tra số 60/KL-TTR ngày 11/12/2018 (Kết luận Thanh tra số 60) kết luận Công ty LS có tồn tại, vi

Trong vụ việc vừa nêu trên, mặc dù tòa án cấp sơ thẩm và phúc thẩm đều không căn cứ trên cơ sở Điều 72, mà chỉ căn cứ khoản 1 Điều 49 Luật ĐGTS năm 2016 để quyết định hủy kết quả đấu giá. Tuy nhiên, theo chúng tôi, hướng giải quyết này có sức thuyết phục nhất định và rất cần được phát huy. Bởi lẽ, theo khoản 1 Điều 49 Luật ĐGTS năm 2016 thì, “*việc ĐGTS trong trường hợp chỉ có (...) một người chấp nhận giá chỉ được tiến hành sau khi đã tổ chức cuộc đấu giá lần đầu nhưng không thành*”. Do đó, đấu giá viên đã công bố người trả giá duy nhất trong lần đấu giá đầu tiên là “*người trúng đấu giá*” là không phù hợp với quy định của điều luật này.

Quá trình đấu giá quyền sử dụng đất, theo pháp luật Việt Nam, có bản chất là những hành vi pháp lý để tìm kiếm người giao kết hợp đồng mua bán tài sản đấu giá. Do vậy, các hành vi pháp lý này cũng cần có những cơ sở pháp lý để có hiệu lực pháp luật. Một khi hành vi đưa ra giá khởi điểm trái với quy định của pháp luật thì hành vi pháp lý này phải bị coi là không có hiệu lực pháp lý; và do đó, hành vi chấp nhận giá của người tham gia đấu giá cũng sẽ bị vô hiệu; tư cách “*người trúng đấu giá*” do được xác lập bởi hành vi pháp lý không có hiệu lực, nên cũng cần phải được hủy bỏ.

Việc hủy kết quả đấu giá trong tình huống nêu ở trên có ý nghĩa hết sức quan trọng, nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của “*người có tài sản đấu giá*”. Bởi lẽ, do xác lập tư cách “*người trúng đấu giá*” ngay lần đầu giá đầu tiên mà theo đó, chỉ có một người chấp nhận giá, dẫn đến mất đi cơ hội đấu giá lần tiếp theo và do đó, xâm hại quyền (quyền được đấu giá lần tiếp theo) và lợi ích hợp pháp (giá trúng đấu giá cao hơn) của người có tài sản đấu giá. Tác giả cho rằng, không phải bất cứ một vi phạm nào trong quá trình đấu giá quyền sử dụng đất cũng dẫn đến hủy kết quả đấu giá. Tuy nhiên, có những vi phạm, mặc dù không được liệt kê một cách tường minh tại Điều 72, nhưng vi phạm này ảnh hưởng tới quyền và lợi ích hợp pháp của người có tài sản đấu giá. Do đó, nếu không hủy kết quả đấu giá theo yêu cầu của người có tài sản đấu giá, sẽ vi phạm nguyên tắc “*công bằng*” và nguyên tắc “*bảo đảm quyền*

phạm quy định tại điểm c, g Điều 34; Điều 36; Khoản 3 Điều 38 của Luật Đấu giá tài sản. Tuy nhiên, các tồn tại, vi phạm của Công ty LS không thuộc trường hợp dẫn đến phải hủy kết quả đấu giá tài sản theo quy định tại Điều 72 của Luật Đấu giá tài sản”. Theo bản án kinh doanh thương mại phúc thẩm số 198/2020/KDTM-PT, ngày 26-3-2020 về tranh chấp về hủy kết quả bán đấu giá tài sản của Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh.

và lợi ích hợp pháp của người có tài sản đấu giá” đã được quy định tại khoản 2 và khoản 3 Điều 6 Luật ĐGTS năm 2016.

Hướng giải quyết như trên của tòa án sơ thẩm và phúc thẩm trong vụ việc vừa nêu là rất cần được khuyến khích, phát huy. Tuy nhiên, nó cũng đồng thời cho thấy, các căn cứ hủy kết quả ĐGTS nói chung và hủy kết quả đấu giá quyền sử dụng đất nói riêng được quy định tại Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 chưa bao quát được trường hợp cần thiết này.

3. Kết luận và một số kiến nghị

Từ những phân tích ở phần trên cho thấy, pháp luật về hủy kết quả ĐGTS nói chung, quyền sử dụng đất nói riêng đang bộc lộ những hạn chế, vướng mắc nhất định, cụ thể: (i) Nghị định 45/2014/NĐ-CP về thu tiền sử dụng đất chưa có quy định ngoại lệ để cho phép hủy kết quả đấu giá trong trường hợp người trúng đấu giá không nộp tiền sử dụng đất theo thỏa thuận tại khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016, nên thực tiễn không thể hủy được kết quả đấu giá dù người trúng đấu giá có vi phạm quy chế đấu giá, thỏa thuận về thời hạn nộp tiền trúng đấu giá; (ii) khoản 2 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 được quy định nhằm bảo vệ quyền và lợi ích hợp pháp của người có tài sản đấu giá (do tổ chức đấu giá hoặc người trúng đấu giá vi phạm), nhưng thực tiễn áp dụng chưa thực sự thuyết phục khi chấp nhận hủy kết quả đấu giá theo yêu cầu của người trúng đấu giá; (iii) điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 vẫn chưa có cơ sở pháp lý minh thị để hủy kết quả đấu giá đối với trường hợp đấu giá viên đã công bố người trúng đấu giá không đúng, nên thực tiễn tòa án đã phải viện dẫn quy phạm khác để hủy kết quả đấu giá trong trường hợp này.

Với những hạn chế, vướng mắc nêu trên, tác giả xin kiến nghị một số giải pháp sau đây: *Thứ nhất*, tòa án nhân dân tối cao nên có hướng dẫn (hoặc án lệ) giải thích khoản 1 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 theo hướng thừa nhận thỏa thuận giữa người có tài sản đấu giá, tổ chức đấu giá, người trúng đấu giá về việc hủy kết quả đấu giá có thể được xác lập trước thời điểm có quyết định công nhận kết quả đấu giá, thậm chí, trước thời điểm cuộc ĐGTS diễn ra. *Thứ hai*, tòa án nhân dân Tối cao nghiên cứu ban hành án lệ hoặc hướng dẫn thống nhất áp dụng khoản 2 Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 theo hướng, chỉ chấp nhận hủy kết quả đấu giá với lý do hợp đồng dịch vụ đấu giá vô hiệu dẫn đến phải hủy kết quả đấu giá trong trường hợp, hợp đồng dịch vụ đấu giá bị

tòa án tuyên bố vô hiệu; người trúng đấu giá có hành vi vi phạm quy định tại điểm b khoản 5 Điều 9 Luật ĐGTS năm 2016; người yêu cầu hủy kết quả đấu giá là người có tài sản đấu giá. *Thứ ba*, sửa đổi, bổ sung Điều 72 Luật ĐGTS năm 2016 theo hướng bổ sung thêm một căn cứ pháp lý để hủy kết quả đấu giá trong trường hợp đấu giá viên công bố không đúng người trúng đấu giá.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Chính phủ (2014), Nghị định 45/2014/NĐ-CP về thu tiền sử dụng đất, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia, Hà Nội;
2. Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), *Văn kiện Đại hội đại biểu toàn quốc lần thứ XIII*, Nhà xuất bản Chính trị quốc gia Sự thật;
3. Nguyễn Thị Thu Hồng (2022), *Pháp luật về đấu giá tài sản công ở Việt Nam*, Luận án tiến sĩ, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội;
4. Quốc hội (2016), Luật ĐGTS, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia, Hà Nội;
5. Quốc hội (2013), Luật Đất đai, Nhà xuất bản Chính trị Quốc gia, Hà Nội;
6. Thanh tra Bộ Tư pháp (2018), Kết luận thanh tra số 60/KL-TTR ngày 11 tháng 11 năm 2018;
7. Tòa án nhân dân Cấp cao tại Đà Nẵng (2020), Bản án phúc thẩm số 30/2020/HC-PT ngày 2 tháng 3 năm 2020;
8. Tòa án nhân dân Cấp cao tại Đà Nẵng (2019), Bản án dân sự phúc thẩm số 185/2019/DS-PT ngày 08 tháng 10 năm 2019 của tòa án nhân dân cấp cao tại Đà Nẵng về tranh chấp kết quả bán đấu giá tài sản và yêu cầu hủy quyết định cá biệt;
9. Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng (2019), Bản án sơ thẩm số 37/2019/HC-ST ngày 28 tháng 11 năm 2019;
10. Tòa án nhân dân thành phố Đà Nẵng (2020), Bản án số 80/2020/HC-PT ngày 25 tháng 06 năm 2020;
11. Tòa án nhân dân thành phố Hạ Long, tỉnh Quảng Ninh (2022), Bản án dân sự sơ thẩm số 34/2022/DS-ST ngày 11 tháng 11 năm 2022;
12. Tòa án nhân dân tỉnh Quảng Ninh (2023), Bản án dân sự phúc thẩm số 30/2023/DS-PT ngày 28 tháng 4 năm 2023 về tranh chấp kết quả ĐGTS.

13. Tòa án nhân dân thành phố Hồ Chí Minh (2020), Bản án kinh doanh thương mại phúc thẩm số 198/2020/KDTM-PT, ngày 26 tháng 3 năm 2020 về tranh chấp về hủy kết quả bán đấu giá tài sản.

**SOME LIMITATIONS AND PROBLEMS IN RESOLVING DISPUTES
ABOUT CANCELLATION OF LAND USE RIGHTS AUCTION RESULTS
AND SOME RECOMMENDATIONS**

Abstract: The article analyzes and clarifies 3 aspects of limitations and inadequacies of the law and practical application of the law on annulment of land use rights auction results, including: (i) Difficulties in resolving disputes about annulment of results land use rights auction results specified in Clause 1, Article 72 of the 2016 Law on Asset Auction; (ii) Limitations in practical application of regulations on the impact of invalid auction service contracts on land use rights auction results specified in Clause 2, Article 72 of the 2016 Law on Asset Auctions; (iii) The limitation of Article 72 of the 2016 Law on Asset Auctions is the lack of grounds to allow cancellation of land use rights auction results when the auctioneer incorrectly announces the winning bidder. At the same time, the article makes some recommendations to improve regulations or improve the effectiveness of applying regulations related to the above issues.

Keywords: resolve disputes, cancel auction results, and auction land use rights.

**ĐẢM BẢO QUYỀN LỢI CỦA BÊN MUA TRONG HỢP ĐỒNG MUA BÁN
NHÀ Ở HÌNH THÀNH TRONG TƯƠNG LAI
THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM**

Lê Thị Thìn*

Lê Ngọc Đoàn**

Tóm tắt: Hoạt động mua bán nhà ở hình thành trong tương lai đang là một loại hình kinh doanh ngày càng phổ biến ở nước ta. Việc mua bán nhà ở hình thành trong tương lai cũng đồng thời là hình thức huy động vốn của các doanh nghiệp bất động sản. Tuy nhiên, hiện nay khung pháp lý đối với loại hình kinh doanh này vẫn còn chưa đồng bộ và hoàn thiện dẫn đến nhiều rủi ro cho bên mua, nhất là khi tranh chấp phát sinh xảy ra hoặc bên bán vi phạm hợp đồng. Trong bài viết này, các tác giả phân tích một số quy định của pháp luật hiện hành về hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, chỉ ra một số bất cập, hạn chế và kiến nghị hoàn thiện pháp luật nhằm đảm bảo quyền lợi của bên mua trong hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai.

Từ khóa: Nhà ở hình thành trong tương lai; Hợp đồng, bên mua, đảm bảo quyền lợi.

1. Đặt vấn đề

Nhà ở nói chung và nhà ở hình thành trong tương lai nói riêng được quy định ở nhiều văn bản pháp luật, tùy vào mỗi ngành luật mà có cách hiểu, cách tiếp cận ở những khía cạnh khác nhau: Theo quy định tại Bộ luật Dân sự năm 2015, nhà ở được xác định là một loại tài sản trong nhóm bất động sản; nhà ở bao gồm nhà ở đã hình thành, chủ thể đã xác lập quyền sở hữu, quyền khác đối với tài sản trước hoặc tại thời điểm xác lập giao dịch và nhà ở hình thành trong tương lai.¹ Luật Nhà ở năm 2014 và Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 đều quy định về Nhà ở hình thành trong tương lai: Nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở đang trong quá trình đầu tư xây

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: thintl@hul.edu.vn

** ThS. LS. Công ty Luật TNHH Lê Thị Hồng Thanh và cộng sự; email: lsngocdoan@gmail.com

¹ Xem các Điều 105-108 của Bộ luật Dân sự năm 2015

dựng và chưa được nghiệm thu đưa vào sử dụng. Theo đó, có thể hiểu rằng bên bán thực hiện việc giao dịch mua bán những dự án nhà ở nhằm tạo điều kiện cho người mua “đặt cọc” một khu ở mới và thu trước của người mua một khoản tiền để phục vụ cho việc xây dựng dự án nhà ở đó. Như vậy, nhà ở hình thành trong tương lai là nhà ở mà tại thời điểm các bên thực hiện việc giao dịch mua bán chưa được hình thành và đưa vào sử dụng. Nhằm phát triển thị trường kinh doanh bất động sản cũng như đảm bảo nhu cầu về nhà ở của người dân, pháp luật nhiều quốc gia trên thế giới trong đó có Việt Nam cho phép xác lập, thực hiện hợp đồng mua bán đối với nhà ở hình thành thành trong tương lai. Theo quy định của Bộ luật Dân sự Việt Nam hiện hành về pháp luật hợp đồng nói chung và hợp đồng mua bán nhà ở nói riêng thì khi thực hiện giao kết hợp đồng, làm phát sinh quyền và nghĩa vụ của các bên, quyền của bên này là nghĩa vụ của bên kia và ngược lại. Trong hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, bên cạnh quyền và nghĩa vụ của các bên giao kết hợp đồng được quy định tại Bộ luật dân sự hiện hành thì pháp luật còn quy định những quyền, nghĩa vụ mang tính chất đặc thù. Trong quá trình giao kết hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai ở nước ta hiện nay, quyền, lợi ích hợp pháp của bên mua thực tế chưa thật sự được đảm bảo.

2. Thực trạng pháp luật về đảm bảo quyền lợi của bên mua trong hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai

2.1. Khái quát về hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai

Hiện nay, chưa có văn bản luật nào quy định khái niệm cụ thể về “Hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai”. Chính vì vậy, để có thể đưa ra khái niệm đối với “Hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai”. Xét về bản chất, hợp đồng là một dạng phổ biến trong giao dịch dân sự, là sự thỏa thuận giữa các bên về việc xác lập, thay đổi hoặc chấm dứt quyền, nghĩa vụ dân sự². Bên cạnh đó, Điều 430 của Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Hợp đồng mua bán tài sản là sự thỏa thuận giữa các bên, theo đó, bên bán chuyển quyền sở hữu tài sản cho bên mua và bên mua trả tiền cho bên bán”. Khi các chủ thể tiến hành việc xác lập, thay đổi hay chấm dứt hợp đồng đều xuất phát từ nhu cầu, mong muốn đạt được của các bên đã xác lập. Hợp đồng mua bán tài sản là loại hợp đồng song vụ, người bán có trách nhiệm

² Điều 385 Bộ luật Dân sự năm 2015

giao hàng theo đúng đối tượng, chủng loại, chất lượng, số lượng, thời gian, địa điểm theo đúng nội dung đã thỏa thuận trong hợp đồng. Đồng thời, bên mua phải có trách nhiệm thanh toán cho bên bán như đã thống nhất trong giao kết hợp đồng. Đối tượng của hợp đồng chính là tài sản; tài sản bao gồm động sản và bất động sản; bất động sản hiện có hoặc bất động sản hình thành trong tương lai; bất động sản hình thành trong tương lai bao gồm nhà ở, công trình xây dựng³.

Luật kinh doanh bất động sản năm 2014 không đưa ra khái niệm cụ thể về hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai mà chỉ quy định phân loại bất động sản đưa vào kinh doanh trong đó có tài sản hình thành trong tương lai: “Nhà, công trình xây dựng hình thành trong tương lai của các tổ chức, cá nhân;”⁴ và hợp đồng kinh doanh bất động sản bao gồm: “Hợp đồng mua bán nhà, công trình xây dựng”.

Dựa trên khái niệm về hợp đồng và hợp đồng mua bán tài sản thì hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai có thể hiểu là sự thỏa thuận giữa các bên bằng văn bản về việc mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Theo đó, bên bán sẽ bàn giao tài sản và chuyển quyền sở hữu nhà ở cho bên mua và bên mua phải thanh toán tiền mua nhà cho bên bán theo nội dung hai bên đã thỏa thuận mà không trái với quy định của pháp luật. Nếu như ở hợp đồng mua bán nhà ở có sẵn thì tại thời điểm thực hiện việc mua bán, nhà ở đã được hình thành, bên bán đã xác lập quyền sở hữu, các bên thực hiện việc mua bán có quyền đánh giá trực tiếp giá trị của nhà ở và đi đến thỏa thuận, định đoạt ý chí của mình nhưng đối với giao dịch mua bán nhà ở hình thành trong tương lai thì ngược lại, đối tượng của hợp đồng là nhà ở chưa tồn tại trên thực tế. Tại thời điểm thực hiện việc mua bán, nhà ở chưa được hình thành, mọi thông tin từ nhà ở chỉ được bên bán cung cấp thông qua hệ thống các thông số trên mặt “giấy tờ”. Chính vì vậy, nhà ở hình thành trong tương lai là đối tượng của hợp đồng mua bán khi có các điều kiện: “Có giấy tờ về quyền sử dụng đất, hồ sơ dự án, thiết kế bản vẽ thi công đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt; Giấy phép xây dựng đối với trường hợp phải có Giấy phép xây dựng, giấy tờ về nghiệm thu việc hoàn thành xây dựng cơ sở hạ tầng kỹ thuật tương ứng theo tiến độ dự án; Trường hợp là nhà chung cư, tòa nhà hỗn hợp có mục đích để ở hình thành trong tương lai thì phải có

³ Khoản 4 Điều 3 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014

⁴ Khoản 2 Điều 5 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014

biên bản nghiệm thu đã hoàn thành xong phần móng của tòa nhà đó”⁵. Đối với trách nhiệm của bên mua nhà ở hình thành trong tương lai được thực hiện việc thanh toán nhiều lần và phù hợp với tiến độ xây dựng bất động sản “nhưng tổng số không quá 70% giá trị hợp đồng khi chưa bàn giao nhà, công trình xây dựng cho khách hàng;... bên bán không được thu quá 95% giá trị hợp đồng khi bên mua “chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất”⁶.

2.2. Quyền được bên bán cung cấp thông tin pháp lý về nhà ở hình thành trong tương lai được phép mua bán.

Trong hợp đồng mua bán tài sản, đối tượng của hợp đồng phải là tài sản theo quy định tại Bộ luật dân sự hiện hành và tài sản đó thuộc sở hữu của bên bán hoặc người bán có quyền bán. Người bán là bên được phép kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai. Theo đó, bên bán chính là các chủ đầu tư dự án bất động sản theo quy định tại Điều 54 của Luật kinh doanh bất động sản hiện hành. Khi tiến hành giao kết hợp đồng, bên bán có trách nhiệm cung cấp đầy đủ các thông tin liên quan tới tài sản như các thông tin mô tả về tài sản, chất lượng, giá trị, công năng,... của tài sản và các thông tin pháp lý về tài sản nhằm thực hiện nghĩa vụ đối với quyền được cung cấp thông tin của người mua. Từ đó, người mua có những đánh giá, nhận định của họ và đi đến thực hiện các thỏa thuận và định đoạt ý chí trong việc mua hay không mua tài sản.

Đối với tài sản là nhà ở hình thành trong tương lai thì nhà ở tại thời điểm giao kết hợp đồng chưa hình thành. Chính vì vậy, các thông tin mà bên mua nhận được về nhà ở đang nằm trên các bản vẽ thiết kế, các giấy phép xây dựng,... và các thông tin này do chủ đầu tư cung cấp. Chủ đầu tư có trách nhiệm chứng minh điều kiện nhà ở hình thành trong tương lai mà họ đưa vào kinh doanh đủ điều kiện đưa vào kinh doanh. Cụ thể:

Một là, có giấy tờ về quyền sử dụng đất. Giấy tờ về quyền sử dụng đất là việc chủ đầu tư cung cấp thông tin về dự án, nhà ở hình thành trong tương lai đã được cơ quan nhà nước có thẩm quyền ra quyết định giao đất, cho thuê đất được sử dụng vào

⁵ Khoản 1 Điều 55 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014

⁶ Khoản 1 Điều 57 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014.

mục đích thương mại, nhà ở xã hội. Vì vậy, chủ đầu tư dự án được xác định là đã được cấp giấy tờ về quyền sử dụng đất khi được Ủy ban nhân dân tỉnh, thành phố trực thuộc trung ương ra quyết định giao đất, cho thuê đất.

Hai là, chủ đầu tư dự án nhà ở hình thành trong tương lai đã có hồ sơ dự án, thiết kế bản vẽ thi công đã được cấp có thẩm quyền phê duyệt. Theo đó, chủ đầu tư cung cấp cho bên mua các thông tin về dự án và bản thiết kế như: bản vẽ tổng thể, bản vẽ chi tiết dự án nhà ở hình thành trong tương lai, sơ đồ hệ thống phòng; hệ thống phòng chống cháy nổ của dự án; hệ thống cấp thoát nước được Sở quy hoạch kiến trúc (đối với thành phố lập Sở quy hoạch kiến trúc) hoặc Viện quy hoạch kiến trúc thuộc Sở xây dựng; Sở xây dựng; Cơ quan cảnh sát phòng cháy chữa cháy;⁷ đối với nhà ở phải được cấp giấy phép xây dựng của cơ quan nhà nước có thẩm quyền (Luật xây dựng⁸); trường hợp là nhà chung cư, tòa nhà hỗn hợp có mục đích để ở hình thành trong tương lai thì phải có biên bản nghiệm thu đã hoàn thành xong phần móng của tòa nhà đó. Bên cạnh các điều kiện về hồ sơ, giấy phép nêu trên thì còn có điều kiện mang tính chất quyết định đó là chủ đầu tư phải có văn bản thông báo cho cơ quan quản lý nhà ở cấp tỉnh về việc nhà ở đủ điều kiện được bán, cho thuê mua.

Có thể nói, quy định của pháp luật nước ta về điều kiện bán nhà ở hình thành trong tương lai đã chặt chẽ, phù hợp. Tuy nhiên, thực tế hiện nay cho thấy, nghĩa vụ cung cấp các thông tin về nhà ở hình thành trong tương lai được phép đưa vào kinh doanh, mua bán như trên không hoàn toàn đảm bảo được quyền lợi của bên mua. Bởi lẽ, bên cạnh điều kiện mở bán chính thức các dự án bất động sản nói chung thì hiện nay pháp luật nước ta còn cho phép các hình thức huy động vốn bằng cách thức như: ký kết hợp đồng góp vốn đầu tư hạ tầng; hợp đồng hứa mua hứa bán; hợp đồng đặt cọc giữ chỗ; hợp đồng hợp tác kinh doanh;... Các loại hợp đồng trên được ký kết giữa chủ đầu tư và bên mua nhà. Chính vì vậy, không phải chờ đến khi đủ điều kiện giấy tờ, thủ tục pháp lý nói trên chủ đầu tư mới được bán căn hộ, huy động vốn để xây dựng các bất động sản hình thành trong tương lai mà thông qua các loại hợp đồng trên, các chủ đầu tư thực tế đã “lách” được điều kiện mở bán mà Luật kinh doanh bất

⁷ Nguyễn Quang Tuyền, *Bình luận khoa học luật Kinh doanh bất động sản (hiện hành) Sửa đổi bổ sung năm 2020*, Nxb Chính trị Quốc gia Sự thật, năm 2020, tr 210.

⁸ Theo điều 30 Luật Xây dựng năm 2014, sửa đổi, bổ sung năm 2020

động sản đã quy định để huy động được dòng tiền mua nhà ở hình thành trong tương lai của khách hàng⁹. Trong khi tại thời điểm ký kết các loại hợp đồng này thì các thông tin pháp lý về điều kiện mở bán chưa đầy đủ nhưng do nhu cầu nhà ở của người dân hoặc với mục đích đầu tư sinh lời thông qua việc chuyển nhượng hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai. Bên mua đã chủ động thực hiện việc chuyển tiền mua nhà thông qua các cách thức thực hiện hợp đồng không phải là hợp đồng mua bán nhà ở¹⁰. Thông qua các chiến lược truyền thông và đặc biệt là vai trò của những “môi giới bất động sản” người mua đã sớm tin tưởng và tham gia giao kết các hợp đồng nhằm huy động vốn nói trên.

Thực tiễn cho thấy, đối với các chủ đầu tư uy tín, việc mua bán nhà ở hình thành trong tương lai đã diễn ra đúng theo tiến độ và thỏa thuận đã cam kết. Nhưng trên thực tế, phần lớn các chủ đầu tư đã không thực hiện đúng nghĩa vụ của mình như: chậm tiến độ bàn giao nhà theo thỏa thuận; sử dụng dòng tiền đã huy động được từ người mua không đúng mục đích; dự án không đủ điều kiện mở bán;... dẫn đến có nhiều tranh chấp về mua bán nhà ở hình thành trong tương lai đã xảy ra, bên mua nhà đã chuyển cho bên bán một số tiền nhất định nhưng quyền lợi của họ không được bên bán thực hiện đúng nghĩa vụ.

2.3. Quy định về nghĩa vụ thanh toán trong mua bán nhà ở hình thành trong tương lai

Nếu như hợp đồng mua bán nhà ở có sẵn thì thời điểm thanh toán “do các bên thỏa thuận trong hợp đồng và phải tuân thủ quy định của pháp luật về thanh toán”¹¹ thì điều kiện thanh toán trong hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai có những điểm đặc thù. Việc mua bán nhà ở hình thành trong tương lai được thực hiện nhiều lần, lần đầu không quá 30% giá trị hợp đồng, những lần tiếp theo phải phù hợp với tiến độ xây dựng bất động sản nhưng tổng số không quá 70% giá trị hợp đồng khi chưa bàn giao nhà, trường hợp bên bán là doanh nghiệp có vốn đầu tư nước ngoài thì

⁹ Hương Giang, “Bộ trưởng Xây dựng: “Có chủ đầu tư “lách luật” ký hợp đồng đặt cọc thu tiền khi chưa đủ điều kiện bán nhà””, [https://thanhtra.com.vn/kinh-te/bat-dong-san/bo-truong-xay-dung-co-chu-dau-tu-lach-luat-ky-hop-dong-dat-coc-thu-tien-khi-chua-du-dieu-kien-ban-nha-209257.html](https://thanhtra.com.vn/kinh-te/bat-dong-san/bo-truong-xay-dung-co-chu-dau-tu-lach-luat-ky-hop-dong-dat-coc-thu-tien-khi-chua-du-dieu-kien-ban-nha), Truy cập ngày 10/9/2023.

¹⁰ Tiên Long – Bảo Ngọc – Ngọc Hiền (2023), *Hướng tới thị trường bất động sản lành mạnh: cần bảo vệ quyền lợi người mua nhà*, <https://tuoitre.vn/huong-toi-thi-truong-bat-dong-san-lanh-manh-can-bao-ve-nguoi-mua-nha-20230421091506739.htm>, truy cập ngày 20/8/2023.

¹¹ Khoản 1 Điều 16 Luật kinh doanh bất động sản

tổng số không quá 50% giá trị hợp đồng. Trường hợp bên mua chưa được cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất thì bên bán không được thu quá 95% giá trị hợp đồng; giá trị còn lại của hợp đồng được thanh toán khi cơ quan nhà nước có thẩm quyền đã cấp Giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho bên mua, bên thuê mua.

Quy định việc thanh toán nhà ở hình thành trong tương lai nói trên của pháp luật kinh doanh bất động sản với mục đích bảo đảm quyền lợi của khách hàng là người mua nhà đồng thời vừa hỗ trợ cách thức huy động vốn cho chủ đầu tư nhằm đảm bảo quá trình xây dựng nhưng cũng đồng thời là trách nhiệm thực hiện đúng tiến độ của chủ đầu tư. Qua thực tiễn thực hiện các hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, khách hàng là người mua thông thường thực hiện đúng thỏa thuận thanh toán hợp đồng nhưng bên chủ đầu tư không thực hiện đúng thỏa thuận dẫn đến gây ra rủi ro cho bên mua. Thực tế cho thấy đã không ít trường hợp người dân tố giác hành vi phạm tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản khi bên mua trả đủ tiền cho chủ đầu tư kinh doanh bất động sản nhưng chủ đầu tư chiếm dụng tiền của khách hàng rồi bỏ trốn. Là trường hợp, các chủ đầu tư làm ăn không chính thống tạo dựng các “*dự án ma*” nhằm mục đích chiếm đoạt tiền của nhiều khách hàng dẫn đến bên mua mất tiền nhưng không có nhà để ở; trường hợp chủ đầu tư được cấp phép đầy đủ liên quan tới việc xây dựng và mở bán nhà ở hình thành trong tương lai nhưng sau khi đã nhận được tiền thanh toán của bên mua thì đã không sử dụng đúng mục đích tiền mua nhà hoặc không tiếp tục đầu tư, xây dựng hình thành nhà ở dẫn đến việc bên mua bỏ tiền mua nhà nhưng không có nhà được bàn giao theo thỏa thuận mà bên bán đã cam kết điều này dẫn đến việc suy giảm dòng tiền, mất khả năng sinh lời dòng tiền của bên mua hoặc trường hợp chủ đầu tư xây dựng sai phép dẫn đến việc không hoàn thành tiến độ theo đúng cam kết. Mặc dù khoản 2 Điều 57 Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 quy định “*Chủ đầu tư phải sử dụng tiền ứng trước của khách hàng theo đúng mục đích đã cam kết*” nhưng hiện nay chưa có chế tài giám sát cũng như xử lý trong trường hợp chủ đầu tư sử dụng tiền sai mục đích. Không những thế, đối với trường hợp bên mua nhà đã thanh toán 95% tiền mua nhà và đã được chủ đầu tư bàn giao nhà để ở một thời gian nhưng vẫn chưa được cấp giấy chứng nhận quyền sử

dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản gắn liền với đất do chủ đầu tư không làm các thủ tục cho người mua nhà để cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho bên mua.

2.4. Quy định của pháp luật về bảo lãnh trong mua bán nhà ở hình thành trong tương lai

Bảo lãnh trong mua bán nhà ở hình thành trong tương lai là sự thỏa thuận giữa bên bảo lãnh và nhà đầu tư kinh doanh nhà ở hình thành trong tương lai theo quy định của Bộ luật dân sự và Luật Kinh doanh bất động sản. Theo đó, bên nhận bảo lãnh có trách nhiệm thực hiện các trách nhiệm của nhà đầu tư kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai (Bên được bảo lãnh) đối với khách hàng là người mua nhà ở hình thành trong tương lai trong trường hợp bên được bảo lãnh không có khả năng thực hiện được các nghĩa vụ của mình.¹² Quy định về bảo lãnh như trên nhằm mục đích bảo vệ được quyền lợi cho bên mua nhà trong các trường hợp rủi ro do bên được bảo lãnh vi phạm, đồng thời tránh được những dự án “ảo” được lập ra.

Luật Kinh doanh bất động sản quy định trước khi mở bán nhà ở hình thành trong tương lai, ngoài những điều kiện được quy định tại Điều 55 về Điều kiện mở bán còn phải có điều kiện mang tính chất quyết định đó là chủ đầu tư dự án phải ký hợp đồng bảo lãnh với ngân hàng thương mại nằm trong danh sách ngân hàng thương mại đủ năng lực thực hiện việc bảo lãnh trong kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai do Ngân hàng Nhà nước Việt Nam công bố. Hợp đồng bảo lãnh sẽ được chấm dứt khi nhà ở được bàn giao cho bên mua.

Đối với phạm vi, điều kiện, nội dung và phí bảo lãnh do các bên thỏa thuận (bên bảo lãnh và bên được bảo lãnh) nhưng phải bảo đảm thực hiện trách nhiệm của bên bảo lãnh. Bảo lãnh là một giao dịch dân sự, vì vậy, bảo lãnh trong bán nhà ở hình thành trong tương lai cũng chính là các thỏa thuận dân sự của các bên. Các thỏa thuận trong hợp đồng bảo lãnh có giá trị pháp lý ràng buộc đối với các bên. Khi ký kết hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai, chủ đầu tư có trách nhiệm gửi chứng thư bảo lãnh nói trên cho bên mua nhằm giúp bên mua nắm được thông tin về trách nhiệm bảo lãnh đối với dự án để người mua được yên tâm trong quá trình mua nhà

¹² Châu Thị Khánh Vân, *Bảo vệ quyền lợi của người mua, người thuê mua khi bảo lãnh mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 7 (359)- tháng 4/2018.

của mình. Bên cạnh các điều khoản thỏa thuận trong hợp đồng bảo lãnh thì phí bảo lãnh là điều khoản không thể thiếu. Như đã trình bày, mức phí bảo lãnh (khoản phí bên được bảo lãnh phải trả cho bên bảo lãnh). Nhưng hiện nay, bằng việc đẩy giá nhà lên cao hơn so với giá trị thực tế của ngôi nhà, nhà đầu tư đã “ngâm” chuyển trách nhiệm chi trả tiền phí bảo lãnh này cho bên mua nhằm giảm được trách nhiệm chi trả phí bảo lãnh cho ngân hàng. Chính vì vậy, khi nhà đầu tư chậm tiến độ giao nhà hoặc thiếu minh bạch trong quá trình sử dụng tiền trả trước của khách hàng, làm gây quá trình xây dựng đối với dự án dẫn đến bên mua phải chịu nhiều thiệt hại khi họ phải bỏ ra một giá trị tiền lớn.

Một trong những điểm cần lưu ý đối với hợp đồng bảo lãnh trong bán nhà ở hình thành trong tương lai đó là phạm vi bảo lãnh. Pháp luật về bảo lãnh trong bán nhà ở hình thành trong tương quy định chung chung về bảo lãnh theo quy định của Bộ luật dân sự. Tuy nhiên, đối với bảo lãnh cho việc thực hiện hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai mang tính chất đặ thù. Đối tượng để được bảo lãnh cho việc đảm bảo thực hiện nghĩa vụ hợp đồng là nhà ở mà tại thời điểm thực hiện việc mua bán chưa hình thành. Tại khoản 2 Điều 56 quy định: *“Hợp đồng bảo lãnh có thời hạn cho đến khi nhà ở được bàn giao cho bên mua, bên thuê mua”*. Quy định này được hiểu là việc bảo lãnh sẽ chấm dứt khi bên mua nhận được nhà. Tuy nhiên, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014 không quy định rõ nhà đủ điều kiện bàn giao cho bên mua là nhà đã xây xong phần thô hay đã được hoàn thiện. Nếu trong trường hợp phạm vi bảo lãnh giữa ngân hàng và chủ đầu tư được xác định hoàn thành việc bảo lãnh khi nhà xây dựng xong phần thô. Trong khi thông thường bên mua nhà luôn cho rằng việc bảo lãnh sẽ được tiến hành cho tới khi họ nhận được nhà hoàn thiện để vào ở, nếu như bảo lãnh đến giai đoạn nhà xây xong phần thô sẽ dẫn đến việc chủ đầu tư sử dụng dòng tiền của bên mua để đầu tư các dự án, công trình khác hoặc mục đích khác. Điều này đã dẫn đến thực tế cho thấy nhiều dự án với các tòa nhà đã được xây dựng xong phần thô nhưng mãi chưa được hoàn thiện và bên mua chưa thể nhận được nhà. Trong khi trách nhiệm bảo lãnh của ngân hàng đối với bên nhận bảo lãnh đã không còn.

3. Một số giải pháp nhằm đảm bảo quyền lợi của bên mua nhà ở hình thành trong tương lai

Thứ nhất, Nhà nước cần tăng cường giám sát tính minh bạch trong việc xin cấp phép dự án cũng như quá trình đầu tư xây dựng các dự án nhà ở của các chủ đầu tư nhằm đảm bảo nguồn thông tin pháp lý về nhà ở hình thành trong tương lai cho bên mua. Trong trường hợp các chủ đầu tư thiếu tính minh bạch hoặc đã có nhiều sai phạm trong đầu tư thì cần hạn chế việc cấp giấy phép xây dựng các dự án. Nhằm hỗ trợ người dân trong việc tìm hiểu thông tin về các dự án đủ điều kiện mở bán, các Sở xây dựng trên các tỉnh thành trên cả nước cần thống nhất xây dựng các mục trang thông tin điện tử của Sở, trong đó có mục “*tra cứu thông tin dự án, hạng mục đầu tư*”. Theo đó, Sở xây dựng có nhiệm vụ cập nhật hệ thống các hạng mục đầu tư và các dự án về bất động sản được phép mở bán trên địa bàn. Với mục tra cứu này sẽ góp phần công khai, minh bạch trong việc cung cấp hệ thống các thông tin về các dự án mà người dân có thể cân nhắc trong việc mua nhà và thanh toán tiền. Tránh trường hợp người mua nhà đối với các dự án chưa đủ điều kiện hoặc trường hợp bị lừa thông qua cách thức huy động vốn của các nhà đầu tư thiếu uy tín, trách nhiệm.

Thứ hai, pháp luật kinh doanh bất động sản cần hướng tới xây dựng quy định pháp luật theo hướng hạn chế việc thực hiện các loại hợp đồng huy động vốn nhằm mục đích mua bán nhà ở hình thành trong tương lai như hiện nay. Theo đó, cần hạn chế quyền mua nhà ở hình thành trong tương lai của người mua đối với các cá nhân, tổ chức đã tham gia hợp đồng hợp tác kinh doanh, hứa mua hứa bán, đặt cọc giữ chỗ... Theo đó, cần bổ sung thêm khoản 3 Điều 55 Luật kinh doanh bất động sản theo hướng: *đối với các dự án chưa đủ điều kiện quy định tại khoản 1,2 điều này mà các chủ đầu tư đã tiến hành huy động vốn thông qua việc ký kết các hợp đồng không phải là hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai thì các hợp đồng đó bị tuyên vô hiệu*.

Với quy định trên sẽ hạn chế việc “lách” luật để bán nhà ở hình thành trong tương lai của các chủ đầu tư, đồng thời về phía người mua, nắm được hậu quả pháp lý của việc ký kết hợp đồng để nhằm đảm bảo quyền lợi của mình.

Thứ ba, pháp luật Kinh doanh bất động sản cần quy định điều chỉnh liên quan tới điều khoản thanh toán tại khoản 1 Điều 57 Luật Kinh doanh bất động sản theo hướng giảm mức thanh toán giá trị hợp đồng từ 95% xuống 90% nhằm tăng cường trách nhiệm tiến hành thủ tục cấp giấy chứng nhận quyền sử dụng đất, quyền sở hữu

nhà ở và tài sản khác gắn liền với đất cho bên mua đối với chủ đầu tư. Để 10% giá trị tiền thanh toán hợp đồng còn lại, chủ đầu tư muốn nhận được đủ số tiền giá trị hợp đồng thì phải có trách nhiệm đối với việc thực hiện theo quy định của pháp luật trong việc cấp giấy chứng nhận quyền sở hữu, sử dụng cho bên mua. Tránh trường hợp, chủ đầu tư đã nhận được phần lớn tiền từ khách hàng và “bỏ ngỗ” quyền lợi của bên mua.

Thứ tư, nhằm nâng cao vai trò của hoạt động bảo lãnh đối với các dự án kinh doanh bất động sản hình thành trong tương lai. Bảo vệ được quyền lợi chính đáng của bên mua. Tác giả cho rằng: Tại khoản 2 Điều 56 Luật Kinh doanh bất động sản cần quy định bổ sung mức phí bảo lãnh tối thiểu trong hợp đồng bảo lãnh giữa ngân hàng thương mại có đủ năng lực thực hiện bảo lãnh và chủ đầu tư. Theo đó, cần bổ sung tại khoản 2 như sau: “Phạm vi, điều kiện, nội dung và phí bảo lãnh do các bên thỏa thuận nhưng mức phí tối thiểu là 2% giá trị hợp đồng được bảo lãnh và phải bảo đảm thực hiện trách nhiệm của bên bảo lãnh quy định tại khoản 3 Điều này và phải được lập thành hợp đồng. Chủ đầu tư có trách nhiệm gửi bản sao hợp đồng bảo lãnh cho bên mua, bên thuê mua khi ký kết hợp đồng mua, thuê mua”.

Thứ năm, tăng cường trách nhiệm của quản lý nhà nước cấp phép xây dựng đối với các công trình. Bên cạnh những giải pháp nói trên, cần tăng cường vai trò, nhiệm vụ của cơ quan quản lý nhà nước trong quá trình cấp phép các giấy tờ liên quan tới xây dựng nhà ở hình thành trong tương lai, cần tạo cơ chế chủ động giám sát quá trình, tiến độ xây dựng dự án nhằm có các chế tài phù hợp góp phần bảo vệ được bên mua, đồng thời hạn chế được các hành vi thiếu minh bạch trong việc sử dụng vốn đầu tư.

4. Kết luận

Có thể thấy, pháp luật Kinh doanh bất động sản đã có các quy định đối với việc thực hiện hợp đồng kinh doanh bất động sản nói chung và hợp đồng mua bán nhà ở hình thành trong tương lai nói riêng. Nhưng trên thực tế hiện nay cho thấy, do đối tượng của hợp đồng là nhà ở hình thành trong tương lai, bên mua thực hiện các nghĩa vụ đối với bên bán trong khi tài sản mà bên mua nhận được đang ở “tương lai” nên tồn tại nhiều rủi ro cho bên mua. Vì vậy, pháp luật nước ta cần có những quy định điều chỉnh phù hợp nhằm bảo vệ được quyền lợi chính đáng của bên mua nhà, góp

phần phát triển thị trường kinh doanh bất động sản nói chung và bất động sản hình thành trong tương lai theo hướng minh bạch trong pháp lý, ổn định thị trường bất động sản.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội, Bộ luật dân sự năm 2015
2. Quốc hội, Luật Kinh doanh bất động sản năm 2014
3. Quốc hội, Luật Xây dựng năm 2014, sửa đổi, bổ sung năm 2020
4. Quốc hội, Luật Nhà ở năm 2014
5. Nguyễn Quang Tuyền, *“Bình luận khoa học luật Kinh doanh bất động sản (hiện hành) Sửa đổi bổ sung năm 2020”*, Nxb: Chính trị Quốc gia Sự thật, năm 2020, tr 210.
6. Hương Giang, "Bộ trưởng Xây dựng: “Có chủ đầu tư “lách luật” ký hợp đồng đặt cọc thu tiền khi chưa đủ điều kiện bán nhà”", <https://thanhtra.com.vn/kinh-te/bat-dong-san/bo-truong-xay-dung-co-chu-dau-tu-lach-luat-ky-hop-dong-dat-coc-thu-tien-khi-chua-du-dieu-kien-ban-nha-209257.html>, Truy cập ngày 10/9/2023.
7. Tiên Long – Bảo Ngọc – Ngọc Hiền (2023), *“Hướng tới thị trường bất động sản lành mạnh: cần bảo vệ quyền lợi người mua nhà,”* <https://tuoitre.vn/huong-toi-thi-truong-bat-dong-san-lanh-manh-can-bao-ve-nguoi-mua-nha-20230421091506739.htm>, truy cập ngày 20/8/2023
8. Châu Thị Khánh Vân, *“Bảo vệ quyền lợi của người mua, người thuê mua khi bảo lãnh mua bán, thuê mua nhà ở hình thành trong tương lai”*, Tạp chí Nghiên cứu Lập pháp, số 7 (359)- tháng 4/2018.

**ENSURING THE INTERESTS OF THE BUYER IN HOUSING
PURCHASE AND SALE CONTRACTS FORMED IN THE FUTURE IN
ACCORDANCE IN THE LAW OF VIET NAM**

Abstract: Housing purchase and sale activities formed in the future are an increasingly popular type of business in our country. The purchase and sale of houses formed in the future is also a form of capital mobilization of real estate enterprises. However, at present, the legal framework for this type of business is still not synchronized and complete, leading to many risks for buyers, especially when a dispute arises or the seller violates the contract. In this article, the authors analyze some provisions of current legislation on housing purchase and sale contracts formed in the future, point out some shortcomings, limitations and recommendations for legal improvement in order to ensure the interests of the buyer in the housing purchase and sale contract formed in the future.

Keywords: Housing formed in the future; The contract, the buyer, guarantees the interest.

**GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP PHÁT SINH
TỪ HỢP ĐỒNG GIA CÔNG TRONG THƯƠNG MẠI – ĐỀ XUẤT
MỘT SỐ GIẢI PHÁP HẠN CHẾ TRANH CHẤP**

Nguyễn Đức Thu*

Tóm tắt: Hiện nay các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại diễn biến phức tạp và ngày càng gia tăng. Hợp đồng gia công trong thương mại là loại hợp đồng khá phổ biến trên thực tế, các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại trở nên phức tạp. Vì vậy, việc giải quyết tranh chấp hiện nay chưa đạt hiệu quả cao như mong muốn. Bài viết sẽ tập trung làm rõ các vấn đề lý luận và cũng như các phương thức giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại. Bên cạnh đó, bài viết nêu ra một số vụ án về tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại từ thực tiễn để soi chiếu nguyên nhân dẫn đến tranh chấp này xuất phát từ đâu, từ đó đưa ra hướng giải pháp nhằm hạn chế tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại có hiệu quả.

Từ khóa: Hợp đồng gia công, hợp đồng gia công trong thương mại, tranh chấp, phương thức giải quyết tranh chấp, giải pháp.

1. Đặt vấn đề

Theo Cục Giám sát quản lý về hải quan năm 2022 số lượng doanh nghiệp mở tờ khai theo loại hình gia công, sản xuất xuất khẩu, chế xuất là 10.300, tăng 2% so với năm 2021. Kim ngạch nhập khẩu của các doanh nghiệp thực hiện gia công, sản xuất xuất khẩu, chế biến tăng trên 50% tổng kim ngạch nhập khẩu. Như vậy, cho thấy các doanh nghiệp gia công hiện nay ở Việt Nam là rất lớn¹. Hiện nay, với nhu cầu cuộc sống kinh doanh và tiêu dung ngày càng cao, hầu hết các doanh nghiệp Việt Nam và nước ngoài đều thuê sản xuất ngoài, cụ thể là bên thứ ba để thực hiện đặt hàng gia công sản phẩm. Chính vì vậy, hợp đồng gia công trong thương mại đã dần trở thành một trong những loại hợp đồng thông dụng nhất mà các doanh nghiệp cần

* Ths. Ls., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: luatsunguyenducthu@gmail.com

¹ *Quản lý hàng gia công, sản xuất xuất khẩu: Vừa tạo thuận lợi, vừa kiểm soát chặt chẽ*, <https://taichinhdoanhnghiep.net.vn/quan-ly-hang-gia-cong-san-xuat-xuat-khau-vua-cao-thuan-loi-vua-kiem-soat-chat-che-d37822.html>, truy cập ngày 26/6/2023.

phải đặc biệt quan tâm, trong đó pháp luật Việt Nam đã có một số quy định rất cụ thể, chi tiết về loại hợp đồng này. Chính sự phát triển nhanh chóng về cả số lượng doanh nghiệp gia công và số lượng doanh nghiệp đặt hàng gia công dẫn đến sự bùng phát mạnh mẽ các tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại. Sự xung đột lợi ích của các bên chủ thể liên quan trở nên ngày càng gay gắt, gây ảnh hưởng đến đời sống kinh tế. Bài viết tập trung làm rõ các nội dung liên quan đến những vấn đề pháp lý như khái niệm, đặc điểm, cách thức giải quyết tranh chấp, các vụ án tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại từ thực tiễn, từ đó đưa ra những giải pháp cụ thể hạn chế các tranh chấp có thể xảy ra.

2. Một số vấn đề pháp lý về tranh chấp hợp đồng gia công trong thương

2.1. Khái niệm, đặc điểm của tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại

Hiện nay, pháp luật Việt Nam chưa có quy định như thế nào là tranh chấp tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại, từ thực tiễn áp dụng pháp luật và xét xử có thể hiểu tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại là sự không thống nhất, bất đồng về quan điểm của các chủ thể tham gia vào quan hệ hợp đồng, liên quan đến việc có hay không thực hiện các quyền và nghĩa vụ các bên theo nội dung hợp đồng gia công trong thương mại đã giao kết.

Tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại có thể xảy ra ở bất cứ giai đoạn nào trong quá trình thực hiện hợp đồng, thường các tranh chấp này bắt đầu phát sinh sau khi hợp đồng đã có hiệu lực. Một số trường hợp, tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại phát sinh khi các bên thực hiện chỉnh sửa, sửa đổi, bổ sung điều chỉnh hợp đồng đã ký trước đó hoặc một trong hai bên tạm ngưng hợp đồng hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng hoặc có tranh chấp xảy ra liên quan đến một bên thứ ba,...Nguyên nhân dẫn đến tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại có thể được chia thành nguyên nhân chủ quan và nguyên nhân khách quan. Về mặt nguyên nhân chủ quan, hiện nay các chủ thể khi tham gia thiết lập hợp đồng gia công trong thương mại thường thiếu hiểu biết về pháp luật điều chỉnh quan hệ này, không chú trọng tới các vấn đề pháp lý mà chỉ quan tâm đến lợi ích khi thực hiện giao kết các nội dung trong hợp đồng. Bên cạnh đó, một số trường hợp các bên khi tham gia giao kết hợp đồng đã cố tình phá vỡ các thỏa thuận, đạo đức trong kinh doanh,...đối với một số hợp đồng gia công trong thương mại có yếu tố nước ngoài, các bên còn hạn

ché về pháp luật và tập quán thương mại quốc tế dẫn đến tranh chấp phát sinh. Còn về nguyên nhân khách quan gây ra các tranh chấp không đáng có của hợp đồng gia công trong thương mại, có thể kể đến một số nguyên nhân như: sự biến đổi không ngừng về nhu cầu cung – cầu, giá cả,... giữa các quốc gia ảnh hưởng trực tiếp đến quyền lợi ích của các bên dẫn đến tăng nguy cơ tranh chấp, ngoài ra còn một số sự kiện bất khả kháng xảy ra sau khi các bên đã thực hiện ký kết hợp đồng dẫn đến vi phạm thực hiện nghĩa vụ của hợp đồng.

Xuất phát từ việc phân tích trên, tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại có một số đặc điểm sau:

(i) Về chủ thể hợp đồng gia công trong thương mại: phải từ 02 chủ thể trở lên, tư cách chủ thể phải có năng lực pháp luật và năng lực hành vi, có nghĩa chủ thể khi tham gia giao kết hợp đồng là phải đáp ứng các quy định pháp luật của chủ thể đó. Theo Khoản 3 Điều 1 quy định hợp đồng gia công trong thương mại được xác lập giữa các chủ thể là thương nhân với nhau hoặc giữa thương nhân với các chủ thể hoạt động không nhằm mục đích sinh lợi chọn áp dụng Luật Thương mại để điều chỉnh quan hệ hợp đồng gia công của các bên. Cho nên các tranh chấp về hợp đồng gia công trong thương mại có thể phát sinh trực tiếp từ các chủ thể tham gia vào quan hệ hợp đồng.

(ii) Hợp đồng gia công trong thương mại có tính đền bù, song vụ: đối với hợp đồng gia công trong thương mại, bên gia công có quyền yêu cầu bên đặt gia công phải chuyển cho mình vật liệu đạt tiêu chuẩn về chất lượng, chủng loại, tính đồng bộ và số lượng cùng vật mẫu, bản vẽ để chế tạo. Bên gia công yêu cầu bên đặt gia công nhận tài sản mới do chính mình tạo ra và trả tiền công như đã thỏa thuận. Như vậy, đối với hợp đồng gia công trong thương mại, khoản tiền mà bên thuê gia công phải trả cho bên gia công là khoản đền bù. Khoản đền bù này là tiền công do các bên thỏa thuận trong hợp đồng gia công trong thương mại. Chính vì vậy, đây là loại hợp đồng song vụ cho nên các tranh chấp phát sinh trong hợp đồng gia công trong thương mại luôn gắn liền với lợi ích của các bên tranh chấp.

(iii) Đối tượng của hợp đồng gia công thương mại phải là vật được xác định theo yêu cầu: là vật được xác định trước theo mẫu, theo tiêu chuẩn mà các bên thỏa thuận hoặc pháp luật có quy định. Trong hợp đồng gia công thương mại, vật là một loại sản

phẩm, hàng hóa do bên thuê gia công đặt theo hợp đồng. Mẫu của vật này có thể do bên thuê gia công chỉ định hoặc do bên gia công đưa ra và bên thuê gia công chấp nhận. Mẫu mà các bên sử dụng không được trái pháp luật và đạo đức xã hội. Theo Điều 180 Luật Thương mại năm 2005, hàng hóa gia công bao gồm tất cả các loại hàng hóa đều có thể được gia công, trừ trường hợp hàng hóa thuộc diện cấm kinh doanh. Trường hợp gia công hàng hóa cho thương nhân nước ngoài để tiêu thụ ở nước ngoài thì hàng hóa thuộc diện cấm kinh doanh, cấm xuất khẩu, cấm nhập khẩu có thể được gia công nếu được cơ quan nhà nước có thẩm quyền cho phép. Khi thực hiện hợp đồng gia công trong thương mại nếu bên nhận đặt hàng gia công không thực hiện gia công đúng theo sản phẩm, mẫu mã hay vật được bên đặt gia công yêu cầu thì rất dễ xảy ra tranh chấp.

Như vậy, các tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại được giải quyết dựa trên quy định pháp luật điều chỉnh về hợp đồng gia công trong thương mại, trên cơ sở bình đẳng và trên sự thỏa thuận của các bên.

2.2. Các phương thức giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại

Theo Điều 317 Luật Thương mại năm 2005, hiện có bốn hình thức giải quyết tranh chấp như sau: (i) hình thức thương lượng giữa các bên; (ii) hình thức hòa giải giữa các bên do một cơ quan, tổ chức hoặc cá nhân được các bên thỏa thuận chọn làm trung gian hòa giải; (iii) hình thức giải quyết tại Trọng tài; (iv) hình thức giải quyết tranh chấp tại Tòa án.

2.2.1. Giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại thông qua phương thức thương lượng giữa các bên

Pháp luật không có quy định rõ khái niệm thương lượng là gì, nhưng có thể thấy “*thương lượng*” đã xuất hiện từ rất sớm trong cuộc sống, giao tiếp,... để nhằm giải quyết những mâu thuẫn xảy ra. Như vậy, có thể hiểu rằng thương lượng là hình thức giải quyết tranh chấp kinh tế, theo đó các bên tự bàn bạc để thống nhất cách thức loại trừ tranh chấp mà không cần tới sự tác động hay giúp đỡ của người thứ ba. Phương án giải quyết mà các bên đã đạt được qua thương lượng được các bên thực hiện trên tinh thần tự nguyện. Thương lượng là hình thức giải quyết tranh chấp đơn giản, gọn nhẹ, nhanh chóng và hiệu quả. Tuy nhiên, thương lượng chỉ thích hợp giải quyết đối với

những tranh chấp giá trị nhỏ, các bên tranh chấp có thiện chí, hiểu biết pháp luật và có nhiều kinh nghiệm trong việc thương lượng². Hình thức thương lượng là hình thức giải quyết tranh chấp thông dụng, phổ biến được áp dụng rộng rãi khi xảy ra các tranh chấp phát sinh từ đời sống, đặc biệt là trong hoạt động kinh doanh thương mại. Đây là hình thức giải quyết tranh chấp đơn giản nhất, hạn chế sự tổn kém, đảm bảo hòa khí giữa các bên có xảy ra tranh chấp. Đối với các tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại được giải quyết thông qua phương thức thương lượng thì có những đặc điểm sau:

- Được thực hiện để giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại thông qua việc các bên tranh chấp cùng gặp nhau và bàn bạc, thỏa thuận hóa giải những bất đồng phát sinh trong hợp đồng mà không cần bên thứ ba can thiệp. Điều kiện để áp dụng phương thức này trước hết phải có tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại phát sinh, các bên muốn loại bỏ mâu thuẫn, khắc phục, hợp tác trên tinh thần thiện chí, nhân nhượng.

- Quá trình thực hiện thương lượng khi giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại thì các bên không chịu một khung pháp lý ràng buộc nào, hay mang tính khuôn mẫu mà chỉ dừng ở việc ghi nhận thương lượng là một phương thức giải quyết tranh chấp thương mại được quy định tại Điều 317 Luật Thương mại năm 2005, mà không có bất kì quy định nào chi phối đến cơ chế giải quyết tranh này.

- Kết quả của việc giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công thông qua phương thức thương lượng phụ thuộc vào ý chí các bên trong hợp đồng, đó là các bên trong hợp đồng có quyền tự do thỏa thuận, định đoạt, thỏa hiệp với nhau để có thể đạt kết quả như đúng ý chí của các bên trong hợp đồng gia công trong thương mại.

Tuy nhiên, đối với hình thức giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại thông qua hình thức thương lượng cũng có một nhược điểm như sau: các bên không hợp tác, không có thiện chí, thiếu trung thực dẫn kết quả giải quyết thành công là rất khó, không đạt được kết quả mong muốn đề ra. Bên cạnh đó, kết quả thương lượng giữa các bên không được cân bằng và không được đảm bảo yếu tố quyền lực nhà nước, do đó kết quả thương lượng khó có thể thực hiện nếu một bên không tự nguyện tuy đã thương lượng thành công.

² Từ điển Luật học, <https://thuvienphapluat.vn/tnpl/1060/Thuong-luong?tab=0>, truy cập ngày 26/6/2023.

2.2.2. Giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại thông qua hình thức hòa giải giữa các bên

Hòa giải được hiểu là “*sự can thiệp, sự làm trung gian hòa giải, hành vi của người thứ ba làm trung gian giữa hai bên tranh chấp nhằm thuyết phục họ dàn xếp hoặc giải quyết tranh chấp giữa họ*”³. Theo đó, hòa giải cũng là một cách giải quyết tranh chấp, giải quyết sự bất đồng quan điểm, lợi ích giữa hai hay nhiều bên tranh chấp thông qua việc dàn xếp, thương lượng với nhau cùng có mặt tham gia của một bên thứ ba (bên này không phải là bên tranh chấp). Đây là quá trình mà bên thứ ba thực hiện hành vi giúp hai bên tranh chấp cùng ngồi lại với nhau để giải quyết vấn đề đang tranh chấp. Đây cũng được xem là sự tiếp nối quá trình của hình thức thương lượng, trong đó các bên cố gắng giải quyết những vấn đề xung đột, bất đồng⁴. Tuy nhiên, để được là bên thứ ba tham gia hòa giải cũng phải cần có một số yêu cầu nhất định như trình độ chuyên môn phù hợp, có hiểu biết về lĩnh vực đang tranh chấp, có kinh nghiệm về thực tiễn cũng như từng tham gia các vụ hòa giải tương tự đã giải quyết,... Chính vì vậy, bên thứ ba được các bên lựa chọn để hòa giải có vai trò vô cùng quan trọng mặc dù quyết định cuối cùng không phụ thuộc vào bên thứ ba mà phụ thuộc vào các bên có xảy ra tranh chấp. Ý kiến của bên thứ ba không được quyền quyết định hay ràng buộc các bên tranh chấp, họ chỉ là người đứng ra hòa giải, trợ giúp, đưa ra ý kiến nhận định cuối cùng khi các bên có sự thống nhất về việc giải quyết tranh chấp.

Ưu điểm của hình thức hòa giải này là ít tốn kém, thực hiện đơn giản, thời gian ngắn, các bên chỉ trao đổi, hòa giải trong một không gian, phạm vi nhất định không chịu sự chi phối của bất cứ quy định có tính rập khuôn nào về quy trình hay thủ tục hòa giải, không làm ảnh hưởng đến các thông tin kinh doanh trong hợp đồng, kết quả hòa giải thành hay không phụ thuộc vào ý chí của các bên tranh chấp. Bên cạnh những ưu điểm thì hình thức hòa giải này cũng có một số nhược điểm đáng chú ý như: (i) hình thức hòa giải giữa các bên chỉ được tiến hành khi có sự đồng ý, tự nguyện từ hai bên có tranh chấp; (ii) hình thức hòa giải không mang tính bắt buộc, quyền lực nhà

³ Từ điển Luật học, <https://luatduonggia.vn/giai-quyet-tranh-chap-dat-bang-hoa-giai>, truy cập ngày 29/6/2023.

⁴ Theo Hiệp hội hoà giải Hoa Kỳ.

nước đối với với các bên có xảy ra tranh chấp, cho nên không có cơ chế pháp lý nào đảm bảo thi hành cho kết quả hòa giải thành; (iii) một số trường hợp một trong hai bên lợi dụng việc hòa giải để gây cản trở đến quyền lợi của bên kia như gây ảnh hưởng đến quyền khởi kiện tại tòa án, gây ảnh hưởng đến tiến độ thực hiện hợp đồng,...

Từ những phân tích trên, việc giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại phải dựa trên các nguyên tắc sau:

- Quyền tự do ý chí của các bên tranh chấp, được thể hiện cụ thể là các bên đều tự nguyện áp dụng hình thức hoà giải; tự do về phương pháp, quy trình hoà giải, lựa chọn hoà giải viên, tự do ý chí, đề xuất giải pháp hay thoả thuận về ý kiến của hoà giải viên đưa ra và quyết định chấm dứt hoà giải để áp dụng các phương thức giải quyết tranh chấp khác.

- Đảm bảo tính khách quan, công bằng, tôn trọng các tập quán thương mại, có thể đề xuất (nhưng không mang tính cưỡng ép) những phương án lựa chọn để giải quyết tranh chấp một cách hợp lý, công bằng nhằm đáp ứng nhu cầu về lợi ích của các bên trong hợp đồng.

- Các bên tranh chấp trong hợp đồng gia công trong thương mại có thể chấm dứt hoà giải ngay lập tức nếu không đạt được các thoả thuận hoặc nếu một trong hai bên không muốn tiếp tục hoà giải.

Như vậy, thoả thuận hoà giải đạt được từ việc giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại nhằm giải quyết tranh chấp không được bắt buộc thi hành như phán quyết của trọng tài hay tòa án. Do đó, phương thức giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại bằng hoà giải giúp các bên bảo vệ mối quan hệ hợp tác, lợi ích của các bên.

2.2.3. Giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại thông qua hình thức trọng tài thương mại

Trọng tài thương mại là hình thức giải quyết tranh chấp do các bên thoả thuận và được tiến hành theo quy định của Luật Trọng tài thương mại. Theo đó, việc giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại, thông qua hoạt động của Trọng tài viên với tư cách là một bên thứ ba độc lập nhằm giải quyết để chấm dứt các xung đột bằng các phán quyết trọng tài, bắt buộc các bên phải tuân thủ và thực hiện trên

thực tế. Trọng tài viên là người được các bên tự lựa chọn hoặc được Tòa án chỉ định theo quy định của Luật Trọng tài thương mại năm 2010, do đó hình thức giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại có một số đặc điểm sau:

(i) Trọng tài thương mại chỉ giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại khi có yêu cầu của các bên tranh chấp và tranh chấp đó phải thuộc thẩm quyền của trọng tài thương mại. Khi có các tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại phát sinh, các bên có quyền yêu cầu giải quyết tranh chấp bằng hình thức trọng tài thương mại, đây là quy định nhằm đảm bảo quyền định đoạt của các bên trong việc lựa chọn hình thức giải quyết khi có tranh chấp xảy ra. Yêu cầu giải quyết bằng hình thức trọng tài thương mại phải được các bên ghi nhận bằng thỏa thuận trọng tài và có hiệu lực pháp luật theo quy định tại Điều 5, 16, Luật Trọng tài thương mại năm 2010. Tranh chấp giữa các bên phát sinh tranh chấp từ hợp đồng gia công trong thương mại là một trong những tranh chấp thuộc thẩm quyền giải quyết của trọng tài thương mại theo Điều 2, Luật Trọng tài thương mại năm 2010:

(ii) Chủ thể tham gia giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại là các Trọng tài viên, làm việc thông qua Hội đồng trọng tài, trong đó gồm một Trọng tài viên độc lập hoặc nhiều Trọng tài viên (Điều 39, Luật Trọng tài thương mại năm 2010).

(iii) Giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại sẽ đảm bảo được yếu tố thỏa thuận và phán quyết. Đây được xem là một trong những hình thức có quyền tự quyết cao nhất của các bên, việc lựa chọn Trung tâm trọng tài nào, Trọng tài viên nào,...là tùy thuộc vào ý chí và mong muốn của các bên có tranh chấp hoặc Trung tâm trọng tài hoặc Tòa án chỉ định để giải quyết tranh chấp theo quy định tại Khoản 5 Điều 3 Luật Trọng tài thương mại 2010.

Như vậy, đối với việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại bằng hình thức trọng tài thương mại có những ưu điểm nhất định như: chỉ qua một cấp xét xử, quyết định của trọng tài là quyết định cuối cùng và có giá trị bắt buộc thi hành đối với các bên; tự do lựa chọn trọng tài; hoạt động xét xử của trọng tài liên tục, có thể chủ động được nên tiết kiệm được thời gian, chi phí; có tính bảo mật cao. Tuy nhiên, hình thức này cũng bộc lộ một số nhược điểm: một số trường hợp kết quả của trọng tài phụ thuộc vào nhiều yếu tố chủ quan, trong đó gồm thái độ,

sự hợp tác giữa các bên; phán quyết của trọng tài có thể bị hủy hoặc một trong các bên yêu cầu Tòa án xem xét lại quyết định của trọng tài⁵,....

2.2.4. Giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại thông qua Tòa án

Hiện nay, hầu hết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại đều giải quyết thông qua Tòa án. Đây là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp thông qua cơ quan có thẩm quyền tiến hành tố tụng để giải quyết, việc giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại được thực hiện theo thủ tục, quy định tại Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015. Giải quyết tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại tại Tòa án có những ưu điểm: quyết định mang tính quyền lực nhà nước, được thi hành thông qua cơ quan thi hành án; đảm bảo khách quan theo quy định pháp luật vì có nhiều cấp xét xử. Tuy nhiên, hình thức này cũng có một số khó khăn như: thủ tục tố tụng kéo dài, không linh hoạt, bí mật thông tin về hợp đồng không được bảo mật cao, mất rất nhiều thời gian của các bên tranh chấp,...

3. Thực trạng đánh giá và phân tích tình huống điển hình về tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại

Tranh chấp về hợp đồng gia công trong thương mại đang dần trở nên phổ biến khi số lượng doanh nghiệp đặt hàng gia công và nhận đặt gia công ngày càng phát triển. Hiện nay các tranh chấp về hợp đồng gia công trong thương mại diễn biến ngày càng phức tạp và tăng nhanh về số lượng. Một số tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại phổ biến phải kể đến như: (i) các tranh chấp liên quan đến chủ thể ký kết hợp đồng, trong hợp đồng gia công thương mại bên nhận gia công phải là thương nhân có ngành nghề kinh doanh phù hợp với sản phẩm được đặt gia công, đối với bên chủ thể là cá nhân phải đáp ứng đủ điều kiện về năng lực pháp luật, tuy nhiên trên thực tế có rất nhiều trường hợp ký kết không đúng thẩm quyền dẫn đến phát sinh tranh chấp; (ii) tranh chấp phát sinh liên quan đến đối tượng của hợp đồng gia công trong thương mại; (iii) tranh chấp phát sinh liên quan đến giao sản phẩm không đúng mẫu mã, chất lượng, phương thức, thời hạn thanh toán, chậm giao hàng, chậm thanh

⁵ Nguyễn Thị Ngọc Tú (2022), “Giải quyết tranh chấp hợp đồng thương mại theo pháp luật Việt Nam trong bối cảnh đại dịch Covid-19”, từ <https://tapchicongthuong.vn/bai-viet/giai-quyet-tranh-chap-hop-dong-thuong-mai-theo-phap-luat-viet-nam-trong-boi-canhh-dai-dich-covid-19-89044.htm>, truy cập ngày 29/6/2023.

toán... Sau đây, bài viết đề cập đến một vài vụ án tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại điển hình sau:

3.1. Vụ án điển hình về tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại do vi phạm nghĩa vụ thanh toán

Bản án số 07/2019/KDTM-ST ngày 10/05/2019 của **Tòa án nhân dân thị xã Phú Mỹ, tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu** về tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa, theo nội dung bản án ngày 02/4/2018 Công ty TNHH MTV Kỹ thuật và Thương mại Ph (gọi tắt là Công ty P) nhận được Đơn đặt hàng của Công ty TNHH M (gọi tắt là M). Theo đó, M yêu cầu Công ty P thực hiện gia công kết cấu theo bao gồm các tấm vách lò. Việc thanh toán thực hiện trong 30 ngày kể từ ngày nhận được hàng hóa và hóa đơn VAT. Công ty P đã thực hiện đúng yêu cầu nói trên. Quá trình thực hiện các bên đã lập các biên bản bàn giao, Bảng kê khối lượng để xác định khối lượng. Căn cứ vào Bảng kê khối lượng Công ty P đã tính toán giá trị cần thanh toán là 2.023.127.400 đồng. Tuy nhiên, trong quá trình thi công thì nhân công của M có hỗ trợ các công việc của Công ty P nên khi thanh toán Công ty P khấu trừ 61.007.500 đồng. Do đó, ngày 30/5/2018, Công ty P đã xuất hóa đơn GTGT số 0000057 cho M với số tiền 1.962.119.900 đồng, sau khi tính thuế VAT là 2.158.331.890 đồng. Hết thời hạn 30 ngày (đến ngày 30/6/2018), M đã không thực hiện việc thanh toán cho Công ty P. Công ty P đã nhiều lần nhắc nhở nhưng M vẫn không thực hiện nghĩa vụ thanh toán. Do đó, Công ty P làm đơn khởi kiện yêu cầu Tòa án giải quyết những vấn đề sau: (i) Buộc Công ty TNHH M thanh toán cho Công ty P số tiền công nợ là 2.158.331.890 đồng; (ii) Buộc Công ty M thanh toán cho Công ty P số tiền lãi tạm tính do chậm thanh toán trong vòng 04 tháng (từ ngày 30/6/2018 đến ngày 30/10/2018) với lãi suất 10%/năm là $2.158.331.890 \text{ đồng} \times 10\%/\text{năm} \times 4 \text{ tháng} = 71.944.396 \text{ đồng}$. Tổng cộng số tiền yêu cầu Tòa án giải quyết tạm tính là: 2.230.276.286 đồng.

Tòa án nhận định: (a) đây là vụ án “*Tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa*”; (b) đơn đặt hàng số 2018-04-02 ngày 02/4/2018, số PR:180402-02F là hình thức hợp đồng gia công hàng hóa phù hợp quy định tại Điều 179 Luật Thương mại năm 2005 và có hiệu lực; (c) đủ cơ sở để khẳng định Công ty P đã thực hiện xong nghĩa vụ của bên gia công hàng hóa cho M; (d) công ty P đã hoàn thành nghĩa vụ của bên gia công hàng hóa theo quy định tại Điều 182 Luật thương mại nên phía M phải có nghĩa vụ

thanh toán số tiền 2.158.331.890 đồng là tiền gia công hàng hóa cho công ty P theo quy định tại Điều 183 Luật thương mại; (e) Hội đồng xét xử cần chấp nhận yêu cầu khởi kiện của nguyên đơn buộc M phải thanh toán cho Công ty P số tiền gia công hàng hóa còn nợ là 2.158.331.890 đồng và số tiền lãi chậm thanh toán là 179.860.990 đồng, tổng cộng số tiền là 2.338.192.000 đồng. Từ những lẽ đó, Hội đồng xét xử đã căn cứ các Điều 227, 228, 271 và 273 Bộ luật tố tụng dân sự năm 2015; các Điều 179, 180, 182, 183, 306 Luật thương mại năm 2005, Điều 26 Nghị quyết số 326/2016/UBTVQH14 ngày 30/12/2016 của Ủy ban thường vụ Quốc hội về án phí, lệ phí Tòa án chấp nhận toàn bộ yêu cầu khởi kiện của Công ty TNHH MTV Kỹ thuật và Thương mại P đối với Công ty TNHH M về việc “*Tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa*”⁶.

Đây là vụ án điển hình về tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa trong thương mại, vi phạm về nghĩa vụ thanh toán hiện nay là một trong những nguyên nhân chính dẫn đến các tranh chấp phát sinh. Để hạn chế vấn đề tranh chấp xảy ra liên tục do vi phạm nghĩa vụ chậm thanh toán, khi giao kết hợp đồng gia công trong thương mại cần phải quy định rõ các điều khoản, chi tiết, tiến độ thanh toán và chế tài khi bên đặt hàng gia công chậm thực hiện nghĩa vụ thanh toán.

3.2. Vụ án điển hình về tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại do sản phẩm gia công bị lỗi, không đúng chất lượng

Bản án số 01/2020/KDTM-PT ngày 29/4/202 của **Toà án nhân dân tỉnh BN về tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa, được tóm tắt như sau: theo nguyên đơn**, ngày 01/7/2016, giữa Công ty TNHH W (sau đây gọi tắt là công ty W) với công ty TNHH S (sau đây gọi tắt là công ty S) có ký hợp đồng nguyên tắc số 010716W-SKT. Theo hợp đồng nguyên tắc nêu trên thì công ty W nhận gia công các sản phẩm từ nhựa đáp ứng theo tiêu chuẩn hàng của công ty S, công ty S sẽ thanh toán cho W toàn bộ giá trị đơn

đơn. Quá trình thực hiện hợp đồng, công ty W đã hoàn thành việc gia công hàng hóa theo đúng yêu cầu và đã giao hàng cho công ty S tổng số: 28 lần giao nhận hàng hóa với tổng giá trị thù lao để thực hiện gia công (bao gồm 10% thuế GTGT) là

⁶ Bản án số 07/2019/KDTM-ST ngày 10/05/2019 của Tòa án nhân dân thị xã Phú Mỹ, tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu về tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa.

6.237.029.040đ. Công ty S đã thanh toán cho công ty W số tiền gia công đến hết tháng 8/2016 là 4.213.575.465. Các đơn hàng tháng 09, 10/2016 và tháng 01, 02/2017 S vẫn chưa thanh toán tiền gia công, tổng số tiền S chưa thanh toán cho W là 2.023.453.575đ. Nay công ty TNHH W đề nghị Tòa án nhân dân huyện QV, tỉnh BN: Buộc Công ty S thanh toán cho Công ty W toàn bộ số tiền công gia công theo Hóa đơn số 0000063 ngày 31/5/2018 là 2.023.453.575đ và tiền lãi do chậm thanh toán từ ngày 15/7/2018 tạm tính đến ngày 15/7/2019 theo lãi suất ngân hàng Shinhan: $2.023.453.575đ \times 0.59\% \times 12 \text{ tháng} = 143.260.513đ$.

Theo bị đơn: ngày 09/07/2016 công ty S bắt đầu giao dịch với công ty W. Nội dung giao dịch là S xuất nguyên liệu (nhựa) sang W để W gia công hàng (gia công sơn phủ bảo vệ bề mặt sản phẩm và in logo lên sản phẩm USB Cover và MICRO Cover). S có thỏa thuận theo từng đơn hàng cụ thể: Hóa đơn T7/2016; T8/2016 đã được thanh toán theo đúng thỏa thuận là 90 ngày sau khi xuất hóa đơn. Đến tháng 9/2016 cả hai bên vẫn tiến hành việc giao dịch xuất nhập như những tháng trước đó. Tổng lô hàng tháng 9/2016 mà bên W nếu được chấp nhận tất cả thì S sẽ thanh toán cho W là 1.679.668.101đ. Nhưng trên thực tế số hàng tháng 9/2016 mà S đã nhận từ W có một số hàng lỗi và số hàng lỗi đã được W xác nhận bằng thư điện tử gửi cho Skyte vào ngày 04/10/2016. Số hàng lỗi có trị giá là: 794.010.000đ.

Bản án sơ thẩm đã quyết định: áp dụng Điều 542, 544, 545, 546, 547 Bộ luật dân sự năm 2015; Điều 11 Luật thương mại. Căn cứ Nghị quyết 326 ngày 30/12/2016 của Ủy ban thường vụ quốc hội qui định về án phí, lệ phí tòa án, xử, buộc Công ty TNHH S phải trả Công ty TNHH W số tiền gia công hàng hóa của tháng 9, tháng 10/2016; tháng 1, tháng 2/2017 là 1.246.572.366đ. Chấp nhận một phần yêu cầu phản tố của công ty TNHH S, buộc công ty TNHH W phải bồi thường cho công ty TNHH S số tiền 1.124.706.488đ.

Tòa phúc thẩm nhận định: trong quá trình thực hiện hợp đồng: Công ty S đã thực hiện đầy đủ nghĩa vụ của bên đặt gia công: Cung cấp nguyên vật liệu đúng số lượng, chất lượng, thời hạn và địa điểm đã thỏa thuận cho bên Công ty W, trả tiền công theo đúng thỏa thuận các đơn hàng tháng 7, tháng 8/2016 cho bên Công ty W. Các đơn hàng tháng 9/2016, tháng 10/2016, tháng 1/2017, tháng 02/2017 do Công ty W gia công các bên đều thừa nhận số tiền gia công là 2.023.453.575đ. Tuy nhiên,

do lượng hàng lỗi vượt quá tỷ lệ cho phép theo hợp đồng là 10% do đó Công ty S chưa thanh toán cho phía Công ty W... Công ty W phải thanh toán cho Công ty S hàng lỗi của tháng 10/2016 và tháng 1, tháng 2/2017 mà Công ty W đã giao cho Công ty S được tính trên cơ sở số lượng hàng lỗi do RFT Thái Nguyên trả lại cho Công ty S là có cơ sở.

Qua đó, Tòa phúc thẩm quyết định: Áp dụng Điều 147, Điều 148, khoản 2 Điều 308 Bộ luật tố tụng dân sự; Các Điều 542, 544, 545, 546, 547, 548 Bộ luật dân sự năm 2015; Các Điều 11, 179, 180, 181, 182, 302, 303, 306 Luật thương mại và Nghị quyết 326 ngày 30/12/2016 của Ủy ban thường vụ quốc hội qui định về án phí, lệ phí tòa án. Xử: Sửa bản án sơ thẩm. Buộc Công ty TNHH S phải trả công ty TNHH W (Nay là Công ty TNHH SAMJIN V) số tiền gia công hàng hóa của tháng 9, tháng 10/2016; tháng 1, tháng 2/2017 là: 1.246.572.366đ. Chấp nhận một phần yêu cầu phản tố của công ty TNHH S, buộc công ty TNHH W (Nay là Công ty TNHH SAMJIN V) phải bồi thường cho công ty TNHH S số tiền: 552.802.750đ Đối trừ nghĩa vụ: Buộc công ty TNHH S phải trả cho công ty TNHH W (Nay là Công ty TNHH SAMJIN V) số tiền 693.769.600đ⁷.

Như vậy, theo tác giả bên nhận đặt hàng gia công phải có trách nhiệm giao sản phẩm cho bên đặt hàng gia công theo đúng chất lượng sản phẩm đã thỏa thuận, cam kết trong hợp đồng cũng như các phụ lục hợp đồng đã ký kết. Thực tế, rất nhiều tranh chấp diễn ra do bên nhận gia công giao sản phẩm bị lỗi, kém chất lượng như cam kết ban đầu. Nó xuất phát từ nhiều nguyên nhân như: lỗi do quá trình thực hiện gia công sản phẩm, hoặc lỗi do quá trình vận chuyển không đảm bảo hoặc do chất lượng tay nghề gia công kém. Trường hợp như bản án trên, lỗi sản phẩm gia công là do tay nghề thực hiện gia công chưa cao và do quá trình đóng gói sản phẩm, vận chuyển sản phẩm bị nứt, lỗi sơn. Đây được xem là một trong những nguyên nhân chính dẫn đến tranh chấp phát sinh từ việc thực hiện hợp đồng gia công trong thương mại.

4. Các giải pháp hạn chế tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại

Thứ nhất, khi xác lập hợp đồng gia công trong thương mại, các bên cần đặc biệt

⁷ Bản án số 01/2020/KDTM-PT ngày 29/4/202 của Toà án nhân dân tỉnh BN về tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa.

lưu ý đến tư cách chủ thể của các bên ký kết. Theo đó, các bên có thể yêu cầu cung cấp các giấy tờ pháp lý như: giấy chứng nhận đăng ký [doanh nghiệp](#), giấy tờ cá nhân,... hoặc giấy ủy quyền trong trường hợp được ủy quyền để xác định đại diện ký kết có đủ thẩm quyền để ký kết hợp đồng hay không.

Thứ hai, để hạn chế rủi ro do giao sản phẩm gia công không đúng số lượng, chất lượng,... trong hợp đồng gia công các bên phải có thỏa thuận rõ về các điều khoản này trong nội dung của hợp đồng. Bên cạnh đó, bên đặt gia công nên chuẩn bị sẵn các nội dung về trường hợp bên gia công vi phạm điều khoản về giao sản phẩm không đúng số lượng, chất lượng,... sẽ phải chịu phạt vi phạm, bồi thường thiệt hại cũng như giao bù, đổi trả hàng hóa cho bên đặt gia công như thế nào dựa trên cơ sở quy định pháp luật.

Thứ ba, cần quy định chi tiết về các điều khoản chậm thanh toán, nghĩa vụ thanh toán, địa điểm giao sản phẩm,... trong hợp đồng gia công để hạn chế các tranh chấp phát sinh.

Ngoài những giải pháp hạn chế phát sinh tranh chấp từ hợp đồng gia công trong thương mại nêu trên, bài viết cũng đề cập đến một số giải pháp giải quyết tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại có hiệu quả như sau:

- Đối với hình thức thương lượng và hòa giải các bên cần có sự hợp tác với nhau, tránh mất thời gian, tiền bạc cũng như ảnh hưởng đến kết quả hợp tác kinh doanh của các bên. Việc thương lượng và hòa giải giúp các bên đi đúng trọng tâm vấn đề cần giải quyết, việc giải quyết bằng hình thức nhanh gọn, hiệu quả cao nếu các bên cùng ngồi lại thống nhất quan điểm về vấn đề tranh chấp cần giải quyết. Ngoài ra, các bên phải cùng thống nhất lựa chọn bên thứ ba tham gia hòa giải, thương lượng có uy tín, kinh nghiệm trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh từ hợp đồng gia công trong thương mại.

- Đối với hình thức giải quyết tranh chấp bằng trọng tài thương mại, cũng giống như thương lượng và hòa giải, các bên cần tìm hiểu Trung tâm trọng tài nào uy tín, có kết quả phán quyết chất lượng, ít bị Tòa án tuyên bố hủy bỏ phán quyết trọng tài khi một trong các bên yêu cầu Tòa án xem xét.

- Đối với giải quyết tranh chấp thực hiện tại cơ quan tiến hành tố tụng là Tòa án thì bên khởi kiện cần xác định đúng thẩm quyền của Tòa án, tránh trường hợp không

đúng thẩm quyền, dẫn đến kéo dài thời gian giải quyết vụ án. Bên cạnh đó, các bên cần chủ động trong việc cung cấp các hồ sơ, tài liệu, chứng cứ cho Tòa án để việc thụ lý vụ án đúng theo thời gian quy định.

5. Kết luận

Tranh chấp hợp đồng gia công trong thương mại hiện nay rất phổ biến, qua việc phân tích các vấn đề lý luận, đánh giá và bình luận những vụ án điển hình, bài viết đã khái quát được các cách thức giải quyết tranh chấp về hợp đồng gia công trong thương mại cũng như đưa ra một số giải pháp để hạn chế tranh chấp trên thực tế, đảm bảo hiệu quả và giảm thiểu các tranh chấp có thể phát sinh.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quản lý hàng gia công, sản xuất xuất khẩu: Vừa tạo thuận lợi, vừa kiểm soát chặt chẽ, <https://taichinhdoanhnghiep.net.vn/quan-ly-hang-gia-cong-san-xuat-xuat-khau-vua-tao-thuan-loi-vua-kiem-soat-chat-che-d37822.html>, truy cập ngày 26/6/2023;
2. Từ điển Luật học, <https://thuvienphapluat.vn/tnpl/1060/Thuong-luong?tab=0>, truy cập ngày 26/6/2023
3. Từ điển Luật học, <https://thuvienphapluat.vn/tnpl/1060/Thuong-luong?tab=0>, truy cập ngày 26/6/2023;
4. Theo Hiệp hội hoà giải Hoa Kỳ;
5. Nguyễn Thị Ngọc Tú (2022), Giải quyết tranh chấp hợp đồng thương mại theo pháp luật Việt Nam trong bối cảnh đại dịch Covid-19, từ <https://tapchicongthuong.vn/bai-viet/giai-quyet-tranh-chap-hop-dong-thuong-mai-theo-phap-luat-viet-nam-trong-boi-canhh-dai-dich-covid-19-89044.htm>, truy cập ngày 29/6/2023;
6. Bản án số 07/2019/KDTM-ST ngày 10/05/2019 của Tòa án nhân dân thị xã Phú Mỹ, tỉnh Bà Rịa-Vũng Tàu về tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa;
7. Bản án số 01/2020/KDTM-PT ngày 29/4/202 của Tòa án nhân dân tỉnh BN về tranh chấp hợp đồng gia công hàng hóa.

**RESOLVING DISPUTES ARISING FROM CONTRACT
MANUFACTURING IN TRADE - PROPOSING SOME CONFLICT
MITIGATION SOLUTIONS**

Abstracts: Currently, disputes arising from contracts in commercial outsourcing are becoming increasingly complex and prevalent. Commercial outsourcing contracts are quite common in practice, and the disputes arising from them have become intricate and challenging to resolve. As a result, the current dispute resolution methods have not achieved the desired level of effectiveness. This article aims to clarify theoretical issues and various forms of resolving disputes arising from commercial outsourcing contracts. Additionally, it presents some real-life cases of disputes in commercial outsourcing contracts to analyze the underlying causes. Based on this analysis, the article proposes effective solutions to minimize disputes in commercial outsourcing contracts.

Keywords: Contract manufacturing agreement, contract manufacturing in trade, dispute, dispute resolution methods, solutions.

NHẬN DIỆN VÀ PHÒNG, CHỐNG HÀNH VI GIAN LẬN NGÂN HÀNG ĐIỆN TỬ TRONG BỐI CẢNH CHUYỂN ĐỔI SỐ

Hà Lệ Thủy*

Tóm tắt: Gian lận ngân hàng điện tử là một vấn đề đang xảy ra trên toàn cầu và đang tiếp tục gây tổn kém cho cả hệ thống ngân hàng và khách hàng. Gian lận ngân hàng điện tử xảy ra do nhiều nguyên nhân khác nhau như vi phạm về bảo mật, hệ thống xác thực yếu hay không đảm bảo về kiểm soát nội bộ. Mục đích của bài viết là làm rõ hành vi gian lận và các cách thức gian lận phổ biến hiện nay xảy ra trong lĩnh vực ngân hàng, đặc biệt là trong bối cảnh chuyển đổi số. Trên cơ sở phân tích, đánh giá các quy định của pháp luật, bài viết cũng cho thấy rằng, ngoài yếu tố trang bị công nghệ cao để giúp phát hiện hành vi gian lận, các yếu tố khác cũng phải cần được xem xét và chú trọng như kiểm soát nội bộ, tăng cường nhận thức của khách hàng về tính bảo mật dữ liệu cá nhân. Đây cũng chính là những giải pháp nhằm hướng tới việc phòng chống gian lận trong lĩnh vực ngân hàng nói chung và các giao dịch điện tử của ngân hàng nói riêng.

Từ khóa: gian lận, ngân hàng điện tử, lừa đảo, không gian mạng, tội phạm

1. Đặt vấn đề

Chuyển đổi số mang lại nhiều lợi ích cho ngành ngân hàng, tài chính vì giúp các ngân hàng mở rộng thị trường, giảm chi phí quản lý, điều hành, nâng cao tỷ suất, hiệu quả kinh doanh qua các sản phẩm chuyển đổi số.¹ Chuyển đổi số được coi là yếu tố thúc đẩy và đưa ra giải pháp cho những thách thức mà các ngân hàng đang gặp phải trong kỷ nguyên số.² Hơn nữa, theo Terrar thì chuyển đổi số là quá trình mà một tổ chức phải trải qua khi thay đổi từ cách tiếp cận lỗi thời sang cách làm việc và tư duy mới bằng cách sử dụng kỹ thuật số, xã hội hóa, di động và công nghệ mới.³

* TS., Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: thuyhl@hul.edu.vn.

¹ Ngọc Bích, *Chuyển đổi số trong ngành tài chính-ngân hàng: Cần thuận tiện, an toàn*, <https://www.vietnamplus.vn/chuyen-doi-so-trong-nganh-tai-chinhngan-hang-can-thuan-tien-an-toan/682629.vnp>, truy cập ngày 10/5/2022

² Matt, C., Hess, T., & Benlian, A. (2015), *Digital transformation strategies, Business & information systems engineering*, 57(5), 339-343.

³ Terrar, D (2015), *What is Digital Transformation?*, <<http://www.theagileelephant.com/what-is-digitaltransformation/>>.

Nhưng bên cạnh đó, chuyển đổi số cũng khiến cho những hành vi vi phạm pháp luật nảy sinh, tồn tại và phát triển, các hình thức phạm tội mới ra đời với thủ đoạn tinh vi, phức tạp, lợi dụng sự phát triển của chuyển đổi số trong hệ thống ngân hàng để thực hiện các hành vi chiếm đoạt tài sản, gây ảnh hưởng, thất thoát, thiệt hại cho toàn hệ thống ngân hàng, gây rủi ro và thiệt hại cho các khách hàng đã trao niềm tin vào các ngân hàng.

Trong quá trình chuyển đổi số ngành ngân hàng, thuật ngữ ngân hàng điện tử ra đời và được thể hiện thông qua các hình thức khác nhau. Ngân hàng điện tử (tên tiếng anh là E-banking, Cyber Banking, Home Banking và Virtual Banking) bao gồm Internet Banking, Mobile Banking, RTGS, ATM, Thẻ tín dụng, Thẻ ghi nợ, Thẻ thông minh,... Theo Sathye, Ngân hàng điện tử là việc cung cấp các dịch vụ ngân hàng qua internet, mang lại nhiều lợi ích tiềm năng cho việc áp dụng phương thức giao dịch mới này vào các tổ chức tài chính, đặc biệt sử dụng các công nghệ thân thiện với người dùng và giảm các hạn chế về vị trí hoặc khu vực địa lý. Đây là một loại phương tiện sinh lời tốt cho các tổ chức tài chính, đồng thời đem đến các dịch vụ tiện ích với tính linh hoạt và thoải mái hơn so với hệ thống ngân hàng truyền thống.⁴ Tại Việt Nam, theo tinh thần văn kiện Đại hội XIII của Đảng đã đặt ra mục tiêu: Thúc đẩy mạnh mẽ chuyển đổi số quốc gia, phát triển *kinh tế số, xã hội số* để tạo bứt phá về nâng cao năng suất, chất lượng, hiệu quả, sức cạnh tranh của nền kinh tế; đồng thời tiếp tục đẩy nhanh và thực hiện có hiệu quả cơ cấu lại ngân sách nhà nước, quản lý an toàn nợ công, cơ cấu lại đầu tư công, *các tổ chức tín dụng* và doanh nghiệp nhà nước, bảo đảm ổn định kinh tế vĩ mô.⁵ Chính vì vậy, trong những năm qua, ngành ngân hàng trực tuyến đã phát triển nhanh chóng và sẽ tiếp tục tăng trải nghiệm khi các tổ chức tài chính khuyến khích khách hàng sử dụng dịch vụ ngân hàng trực tuyến. Tuy nhiên, sự gia tăng của ngân hàng điện tử cùng với các dịch vụ tiện ích đang đứng trước nguy cơ phải đối mặt với nhiều rủi ro và thách thức do các cuộc tấn công và nguy cơ gian lận (lừa đảo) xâm nhập dữ liệu. Điều này đã làm giảm sự tin tưởng của

⁴ Sathye, M. (1999), *Adoption of Internet banking by Australian consumers: an empirical investigation*, International Journal of bank marketing, 17(7), 324-334.

⁵ Xem Đảng Cộng sản Việt Nam (2021), Văn kiện Đại hội Đại biểu toàn quốc lần thứ XIII (Tập 1), Nxb Chính trị Quốc gia Sự thật, Hà Nội, tr.37, tr.44

người tiêu dùng vào khả năng tổ chức ngân hàng tài chính để bảo vệ họ cũng như lo lắng về sự an toàn đồng tiền của họ⁶.

Từ những tiện ích có được của ngân hàng điện tử, đồng thời từ những nguy cơ đối mặt với những gian lận xảy ra trong lĩnh vực ngân hàng, điều này dẫn đến các vấn đề được đặt ra và cần làm rõ, đó là: các hành vi gian lận ngân hàng điện tử là gì?; có những phương thức nào phổ biến hiện nay của gian lận ngân hàng điện tử?; pháp luật đã có những quy định kịp thời và đầy đủ để bảo vệ quyền lợi cho các chủ thể và ngăn ngừa các rủi ro xảy ra khi hành vi gian lận xảy ra hay chưa?. Những vấn đề này sẽ được giải quyết trong các nội dung dưới đây.

2. Khái niệm gian lận và hành vi gian lận ngân hàng điện tử

Về mặt ngữ nghĩa, gian lận có nguồn gốc Latin “fraus”, trong tiếng Anh là “fraud”. Gian lận là một dạng hành vi cố ý lừa dối nhằm đạt tới những mục đích hoặc nhu cầu của cá nhân hoặc tổ chức. Gian lận được hiểu là sự không trung thực, sự lừa dối có chủ ý, hoặc cố ý xuyên tạc sự thật, sự nói dối, sự cố ý nhắc lại những sự việc không có thật nhằm đạt được một lợi thế không công bằng hoặc gây bất lợi cho người khác⁷. Như vậy, gian lận đồng nghĩa với sự lừa dối, thiếu trung thực có ý thức, chống lại một người hoặc tổ chức để có được một số lợi thế nhất định. Hiểu theo nghĩa khái quát, gian lận là một phương pháp lấy tiền bất hợp pháp từ một người hoặc tổ chức, thường sử dụng các phương pháp thông minh và phức tạp, hay gian lận là chiếm đoạt hoặc sử dụng trái phép các quỹ hoặc hàng hóa được giao phó, giam giữ hoặc dưới sự kiểm soát của một người. Gian lận bao gồm một loạt các hành vi bất hợp pháp liên quan đến cố ý lừa dối hoặc xuyên tạc. Framework (IPPF) định nghĩa gian lận là: “Bất kỳ hành vi bất hợp pháp nào có đặc điểm là lừa dối, che giấu hoặc vi phạm của sự tin cậy. Những hành vi này không phụ thuộc vào sự đe dọa bạo lực hoặc vũ lực. Gian lận được thực hiện bởi các bên và tổ chức để có được tiền, tài sản hoặc dịch vụ để tránh thanh toán hoặc mất dịch vụ hoặc để đảm bảo lợi ích cá nhân hoặc kinh doanh”⁸. Còn theo Bhasin, “Gian lận thường diễn ra trong môi trường hệ

⁶ Yazdanifard, Rashad, et al. (2011), *Electronic banking fraud: The need to enhance security and customer trust in online banking*, Advances in Information Sciences and Service Sciences, 3.10 (2011), p.505

⁷ Đỗ Thanh Bình, *Tìm hiểu lý thuyết tội phạm học về phòng ngừa tội phạm kinh tế và trong lĩnh vực ngân hàng*, <http://congan.travinh.gov.vn/ch26/275-Tim-hieu-ly-thuyet-toi-pham-hoc-ve-phong-ngua-toi-pham-kinh-te-va-trong-linh-vuc-ngan-hang.html> truy cập ngày 1/5/2022

⁸ Institute of Internal Auditors (2009). International Professional Practices Framework, IIA

thống tài chính khi các biện pháp bảo vệ và kiểm soát theo thủ tục không đầy đủ hoặc khi chúng không được tuân thủ một cách cẩn thận, do đó, khiến hệ thống dễ bị tổn thương bởi những kẻ phạm tội.”⁹ Quan điểm của Adewumi lại cho rằng, gian lận là một hành động có ý thức từ trước của một người hoặc một nhóm người với ý định thay đổi sự thật và/hoặc thực tế vì lợi ích tài sản cá nhân. Nó liên quan đến việc sử dụng thủ đoạn lừa dối, thậm chí đôi khi rất tinh vi và có sự tính toán một cách kỹ lưỡng như giả mạo, làm sai lệch tài liệu và ủy quyền chữ ký hay một hành vi trộm cắp có chủ đích.¹⁰

Trong khi đó, dù chưa có định nghĩa chính thức về gian lận ngân hàng nhưng có thể hiểu rằng, gian lận ngân hàng là việc sử dụng các phương tiện có khả năng bất hợp pháp để có được tiền, tài sản hoặc của cải khác được sở hữu hoặc nắm giữ bởi một tổ chức tài chính, hoặc để có được tiền từ người gửi tiền bằng cách giả bộ một cách gian lận như là một ngân hàng hoặc tổ chức tài chính khác. Gian lận ngân hàng là việc cố ý xuyên tạc (thường đòi hỏi một số chuyên môn kỹ thuật) để lừa đảo. Các loại gian lận mà tổ chức tài chính thường gặp bao gồm gian lận bán hàng, gian lận mua hàng, gian lận thanh toán bằng séc và gian lận ATM lấy tiền hoặc các tài sản khác từ ngân hàng.¹¹ Còn theo Wikipedia định nghĩa, gian lận ngân hàng là bất cứ khi nào một người cố ý thực hiện, hoặc cố gắng thực hiện một kế hoạch hoặc giả tạo để lừa đảo một tổ chức tài chính; hoặc để có được bất kỳ khoản tiền, quỹ, tín dụng, tài sản, chứng khoán hoặc các tài sản thuộc sở hữu của hoặc dưới sự giám sát hoặc kiểm soát của một tổ chức tài chính, bằng cách giả mạo, đại diện hoặc hứa hẹn sai hoặc gian lận¹².

Trong ngân hàng điện tử, gian lận là yếu tố góp phần chính vào thuật ngữ bảo mật và cần được quản lý chặt chẽ.¹³ Gian lận ngân hàng có sử dụng công nghệ cao hoặc sử dụng mạng internet chính là một hình thức gian lận ngân hàng điện tử. Đó là bất kỳ biểu hiện thiếu sót hoặc che giấu nào được tính toán nhằm đánh lừa người khác,

⁹ Bhasin, M. L. (2016), *Contribution of Forensic Accounting to Corporate Governance: An Exploratory Study of an Asian Country*, International Business Management, 10(4), 479-492

¹⁰ Adewumi, W. (1986), *Fraud in Banks*, Nigeria Institute of Bankers.

¹¹ Benjamin, O.A. & Samson, B.S. (2011), *Effect of perceived inequality and perceived jobinsecurity on fraudulent intent of bank employees in Nigeria*, Europe's Journal of Psychology, 7(1), 99-111

¹² https://vi.wikipedia.org/wiki/Gian_l%E1%BA%ADn

¹³ Ahmad Kabir Usman, Mahmood Hussain Shah (2013), *Critical Success Factors for Preventing e-Banking Fraud*, Journal of Internet Banking and Commerce, August, Vol. 18, No.2, p.3

gây bất lợi cho người đó và được thực hiện thông qua việc sử dụng máy tính hoặc thông tin liên lạc điện tử trong quá trình giao dịch điện tử. Có quan điểm cho rằng bản chất của gian lận cũng chính là lừa đảo vì lừa đảo là một trong những cơ chế mà những kẻ lừa đảo sử dụng để lấy thông tin cá nhân của khách hàng dẫn đến việc sử dụng nó cho các hoạt động gian lận.¹⁴ Với cách hiểu như vậy, có thể thấy rằng lừa đảo cũng là một hình thức của gian lận, do đó, hành vi gian lận có sử dụng công nghệ cao hay còn gọi là gian lận trực tuyến chính là một hình lừa đảo trực tuyến. Chính vì vậy, trong nghiên cứu của mình, Tan đã cho rằng, lừa đảo trực tuyến có thể được thực hiện trong các phòng chat chuyển tiếp internet qua thư điện tử bản tin hoặc trên các trang web theo đó những người sử dụng internet có khả năng sử dụng internet và thực hiện các giao dịch trực tuyến có khả năng là nạn nhân dễ bị lừa đảo.¹⁵

Như vậy có thể thấy rằng, gian lận được hiểu bao gồm cả giả mạo hoặc sai sót và thậm chí là lừa đảo. Sự giả mạo chính là viết sai hoặc sửa chữa giấy tờ, văn bản với ý định lừa gạt. Trong khi đó, lừa đảo là các thủ thuật được kẻ tội phạm mạng và kẻ lừa đảo áp dụng để khiến nạn nhân tiết lộ thông tin tài chính cá nhân và bí mật khác. Chúng tôi cho rằng, lừa đảo trực tuyến liên quan đến hệ thống các ngân hàng cũng chính là một hình thức gian lận trực tuyến trong lĩnh vực ngân hàng hay còn gọi là gian lận ngân hàng điện tử.¹⁶

Tóm lại, *gian lận ngân hàng điện tử chính là hành vi sử dụng các phương tiện điện tử trên nền tảng trực tuyến tạo ra các thủ đoạn gian dối để thực hiện các giao dịch trong lĩnh vực ngân hàng một cách trái pháp luật nhằm chiếm đoạt tài sản hoặc nhằm mục đích vụ lợi khác.* Hành vi gian lận ngân hàng điện tử tác động đến hệ thống ngân hàng, gây ảnh hưởng đến các hoạt động trực tuyến và gây ra các thiệt hại cho chính các ngân hàng cũng như cho các khách hàng đã trao gửi niềm tin vào ngân hàng.

¹⁴ Usman, Ahmad Kabir, and Mahmood Hussain Shah (1970), *Critical success factors for preventing e-banking fraud*, The Journal of Internet Banking and Commerce, 18.2, 1-14.

¹⁵ Tan, H. S. (2002), *E-Fraud: Current Trends and International Developments*, Journal of Financial Crime, 9(4), p.348

¹⁶ Xem thêm Hà Lê Thủy (2022), *Gian lận ngân hàng điện tử - Một dạng hành vi phạm tội mới trong bối cảnh chuyển đổi số ngành Ngân hàng*, Tạp chí Ngân hàng, số chuyên đề đặc biệt, tr.102

3. Các hình thức gian lận ngân hàng điện tử

Trong các tài liệu nước ngoài, gian lận ngân hàng có nhiều hình thức khác nhau. Chẳng hạn như gian lận tổng hợp, gian lận công ty, gian lận điều hành, gian lận nội bộ, gian lận bên ngoài, gian lận máy tính, gian lận hỗ trợ lãnh đạo, gian lận được hỗ trợ tư pháp...¹⁷ Hay các loại gian lận trộm cắp và tham ô, làm sai lệch, giả mạo, gian lận thay thế, cho vay trái phép, vay không chính thức, mạo danh, lập hóa đơn quá mức, thao túng chứng từ, hợp đồng hư cấu, tài khoản hư cấu, định giá quá cao/thấp hơn định giá tài sản, kê khai khống tiền mặt thiếu hụt, sử dụng gian dối tài liệu ngân hàng, làm sai lệch báo cáo trạng thái, lạm dụng tài khoản tạm ngưng, chuyển thư, chặn thanh toán bù trừ kiểm tra, rửa tiền, gian lận máy tính, thu tiền sai.¹⁸

Trong các loại hình nói trên, có thể thấy gian lận có sự hỗ trợ của máy tính hoặc các loại thiết bị điện tử (sau đây gọi chung là máy tính) chính là một dạng cụ thể của gian lận ngân hàng điện tử. Đây là một quá trình liên quan đến tất cả các hành vi, liên quan đến việc sử dụng máy tính thông qua cách thức hoặc cách tiếp cận gian dối hoặc không trung thực để tước đoạt quyền của cá nhân hoặc tài sản của họ mà không có sự đồng ý của họ. Ở đây, máy tính là đối tượng chính của gian lận. Máy tính được xem như một công cụ được tội phạm sử dụng để thực hiện hành vi gian lận thông qua thao tác nhập dữ liệu, thao tác chương trình hoặc thao tác hoạt động như: giả mạo các tệp máy tính; thao tác dữ liệu đầu vào; tạo tài khoản hư cấu; sử dụng mật khẩu của nhân viên khác; sử dụng các ứng dụng giả; sử dụng mật khẩu chính. Theo Owolabi, ngân hàng điện tử cũng thu hút nhiều loại gian lận như bị đánh cắp thẻ (gian lận thẻ thực tế), các ứng dụng gian lận, gian lận thao tác dữ liệu thẻ, thư rác hoặc từ chối dịch vụ, gian lận truy cập nhanh chóng, gian lận chuyển tiền, gian lận thanh toán bù trừ liên ngân hàng, gian lận rửa tiền và thư lừa đảo¹⁹.

Trong khi đó theo Dzumira, gian lận điện tử có thể được phân thành hai loại: gian lận trực tiếp và gian lận gián tiếp. Gian lận trực tiếp bao gồm gian lận thẻ tín dụng/thẻ ghi nợ, nhân viên biển thủ, rửa tiền. Gian lận gián tiếp bao gồm lừa đảo,

¹⁷ Ojo, A. (2006), *Curbing Fraud within the Banking System: A banker's Perspectives*, Lagos: A.M. Continental Ltd.

¹⁸ Owho, O. (2005), *Bank Frauds, Causes and Prevention: An Empirical Analysis*, Ibadan: ATT Books Ltd.

¹⁹ Owolabi, S. A (2010), *Fraud and fraudulent practices in Nigeria banking industry*, African Research Review 4.3.

hack, vi rút, thư rác, phí ứng trước và phần mềm độc hại. Gian lận thẻ tín dụng/thẻ ghi nợ và trộm cắp danh tính là hai hình thức gian lận điện tử thường được sử dụng thay thế cho nhau. Nó liên quan đến việc mạo danh và trộm cắp danh tính (tên, số bảo hiểm xã hội (SIN), số thẻ tín dụng hoặc thông tin nhận dạng khác) để thực hiện các hoạt động gian lận²⁰.

Xét theo chủ thể thực hiện, có hai loại: gian lận nội bộ và gian lận bên ngoài. Trong đó gian lận nội bộ chính là hành vi gian lận đến từ đối tượng là cán bộ, nhân viên ngân hàng lợi dụng chức vụ, quyền hạn để thực hiện các hành vi lừa đảo cho vay, lừa đảo giấy tờ, tiền gửi hay trộm cắp danh tính, mạo danh nhằm để chiếm đoạt tài sản từ các khách hàng của họ. Gian lận bên ngoài là hành vi đến từ đối tượng là khách hàng của ngân hàng thực hiện hành vi lừa đảo, đột nhập mạng ngân hàng, trộm cắp mật khẩu, tạo lệnh chuyển tiền giả nhằm chiếm đoạt tài sản; hoặc hành vi cấu kết giữa cán bộ ngân hàng và đối tượng bên ngoài như hối lộ nhân viên ngân hàng để tạo điều kiện cho việc chiếm đoạt tài sản, rửa tiền, sử dụng công nghệ cao để thực hiện hành vi phạm pháp trộm cắp thông tin thẻ ngân hàng.

Xét theo lĩnh vực thực hiện, gian lận có thể chia thành một số loại như: gian lận thẻ tín dụng (Credit Card Fraud), gian lận công nghệ cao (Telecommunication Fraud), xâm nhập máy tính (Computer Intrusion), gian lận phá sản (Bankruptcy Fraud), trộm cắp thẻ, thẻ giả hoặc rửa tiền.²¹

Ở Việt Nam, các nghiên cứu về gian lận ngân hàng điện tử còn rất ít, chưa có một tài liệu thống kê chính thức nào về hình thức gian lận trong lĩnh vực ngân hàng điện tử phổ biến đang xảy ra hiện nay. Tuy nhiên, trong các cuộc hội thảo tổ chức ở Việt Nam, các chuyên gia đã nhận định rằng, tại Việt Nam kẻ gian thường sử dụng 4 phương thức gian lận phổ biến như: Đánh cắp thông tin và tấn công mạng (Phishing and Cyber Attacks); Sử dụng phần mềm, ứng dụng độc hại (Malware, Ransomware); Tấn công phi kỹ thuật (Social Engineering); Rủi ro gian lận nội bộ

²⁰ Dzomira, S. (2014), *Electronic fraud (cyber fraud) risk in the banking industry, Zimbabwe*, Risk Governance and Control: Financial Markets and Institutions, 4(2), 16-26.

²¹ Xem thêm Nguyễn Thị Liên, Nguyễn Thị Thu Trang, Nguyễn Chiến Thắng (2018), *Phương pháp học máy trong phát hiện gian lận thẻ tín dụng - một nghiên cứu thực nghiệm*, Tạp chí Kinh tế và phát triển, Số 256(II), tháng 10/2018, tr.119

(Insider Threats).²² Ngoài ra, hành vi gian lận được thể hiện ở việc kẻ tội phạm công nghệ cao kết hợp giữa hai hình thức phishing (tấn công giả mạo) và social engineering (tấn công phi kỹ thuật) gồm các mảnh khoé, kỹ thuật tấn công nhằm vào bản tính xã hội của con người, thông qua tác động trực tiếp lên tâm lý con người, chứ không thuộc về máy móc. Khi tội phạm có thể thuần thục cả hai phương thức này thì khá dễ dàng trong việc lừa đảo hòng chiếm đoạt tài khoản ngân hàng qua các thông tin, dữ liệu cá nhân bị lộ, lọt, từ đó thực hiện các giao dịch giả mạo, chiếm đoạt tiền trong tài khoản của khách hàng. Tuy cách thức thực hiện gian lận có thể khác nhau, nhưng đều chung mục đích chiếm đoạt tiền, tài sản hoặc thông tin cá nhân nhạy cảm, từ đó gây tác động tiêu cực đến người tiêu dùng, doanh nghiệp bán hàng lẫn các tổ chức tài chính.

Từ đây, để nhận diện hình thức gian lận ngân hàng điện tử (hay còn gọi là lừa đảo công nghệ cao, gian lận ngân hàng trong môi trường số) ở Việt Nam hiện nay, có thể thấy có các hình thức như sau:

- Đánh cắp thông tin bảo mật để chiếm quyền sử dụng thẻ hoặc tài khoản ngân hàng điện tử

- Lừa đảo khách hàng tự thực hiện giao dịch gian lận, chẳng hạn như kẻ gian lừa khách hàng tự thực hiện giao dịch chuyển tiền cho mình

- Trộm cắp danh tính: kẻ gian sử dụng trái phép thông tin cá nhân của khách hàng để đăng ký mở tài khoản, đăng ký dịch vụ ngân hàng điện tử của khách hàng để chiếm quyền sử dụng, đăng ký vay trực tuyến, hoặc sử dụng vào các mục đích gian lận bất chấp việc ngân hàng đã áp dụng các giải pháp công nghệ bảo mật mới nhất và thường xuyên cảnh báo tới khách hàng cần bảo mật thông tin trong quá trình giao dịch.

Để có được dữ liệu cá nhân của khách hàng, kẻ gian có thể sử dụng các thủ đoạn như sau:

- Lừa đảo qua email: sử dụng email có chứa một liên kết mà khi nhấp vào đó sẽ đưa đến một trang web giả mạo giống với trang web của ngân hàng mà nạn nhân

²² Chống gian lận trên không gian mạng: Xây dựng chiến lược hiệu quả cho ngân hàng trong kỷ nguyên số, <https://vnba.org.vn/hoat-dong/hiiep-hoi/item/11142-chong-gian-lan-tren-khong-gian-mang-xay-dung-chien-luoc-hieu-qua-cho-ngan-hang-trong-ky-nguyen-so>

có liên kết với ngân hàng đó, sau khi nạn nhân khai thông tin cá nhân vào trang web này, kẻ lừa đảo đã đánh cắp thông tin đó và sử dụng để rút tiền trái phép từ tài khoản ngân hàng của người này.

- Lừa đảo giả mạo nhân viên ngân hàng: giả danh một nhân viên của ngân hàng để yêu cầu khách hàng cung cấp thông tin cá nhân, sau đó sử dụng thông tin này để truy cập vào tài khoản cá nhân người này và thực hiện các giao dịch rút tiền trái phép

- Sử dụng phần mềm độc hại để lừa đảo: làm lây nhiễm phần mềm độc hại vào máy tính của các khách hàng cá nhân và thực hiện việc rút tiền tài khoản sau đó

- Lừa đảo tâm lý: dựa trên việc cung cấp các khoản vay nhanh chóng và dễ dàng hoặc lừa đảo tuyển dụng với việc đăng danh sách việc làm giả lên mạng.

Dựa vào các hình thức gian lận và thủ đoạn gian lận nói trên, có thể thấy có nhiều nguyên nhân dẫn đến hành vi gian lận ngân hàng điện tử bởi lẽ như đã nói, môi trường internet đã trở thành mảnh đất màu mỡ cho những kẻ lừa đảo nhắm tới người tiêu dùng. Nó cho phép tội phạm có khả năng xuất hiện bất ngờ lừa gạt nhanh chóng rồi biến mất mà không tiết lộ danh tính hoặc địa điểm thực sự của chúng. Các nguyên nhân này có thể là những nguyên nhân phát sinh và gia tăng tội phạm công nghệ cao trong các lĩnh vực của xã hội nói chung hay gian lận trong lĩnh vực ngân hàng nói riêng.

Nguyên nhân trước hết phải kể đến đó là yếu tố công nghệ. Sự sẵn có dễ dàng của các công nghệ mới với tốc độ hoạt động, năng lực và khả năng kết nối cao giúp các hoạt động bất hợp pháp dễ dàng thoát khỏi sự phát hiện. Ngược lại, phần lớn nạn nhân của tội phạm công nghệ cao không có kiến thức về công nghệ hoặc không có các thiết bị công nghệ tân tiến đủ để ngăn chặn, phát hiện hoặc đối phó với loại tội phạm này. Người dùng ngày càng phụ thuộc vào các sản phẩm và dịch vụ trực tuyến, trong khi các ngân hàng đang chuyển sang hoạt động trực tuyến để đáp ứng nhu cầu thị trường. Tuy nhiên, sự phát triển của kinh doanh trực tuyến cùng với sự tinh vi ngày càng tăng của công nghệ cùng với mức độ hiểu biết và kiến thức chung của người dùng về các quy trình bảo mật nói chung còn thấp đã tạo ra một môi trường thay thế tối ưu cho hành vi gian lận. Trong lĩnh vực ngân hàng hiện nay chưa thực sự có nền tảng công nghệ hoàn chỉnh và đồng bộ để hỗ trợ công tác quản trị rủi ro gian lận. Hệ thống phát hiện gian lận không đủ linh hoạt để ứng phó với sự thay đổi hình

thái gian lận một cách nhanh chóng. Một số ngân hàng có dữ liệu nhưng không đầy đủ, không hoàn chỉnh để có thể đưa vào hệ thống phát hiện gian lận. Không những thế, lượng giao dịch gia tăng đột biến trong một thời gian rất ngắn, diễn biến gian lận nhanh hơn so với các báo cáo định kỳ và KPIs được cập nhật, làm khó khăn cho các chức năng quản trị rủi ro độc lập để có thể xác định được trạng thái thực sự của hoạt động kinh doanh trong toàn bộ hệ thống ngân hàng.

Bên cạnh đó, vấn đề nhận thức rủi ro và bảo mật thông tin để giảm thiểu rủi ro cũng còn thấp đối với các chủ là các tổ chức tài chính hay các cơ quan thực thi pháp luật, cơ quan bảo vệ pháp luật. Sự thiếu nhận thức về cách duy trì mức độ bảo mật tối thiểu đối với thông tin cá nhân hoặc tài sản điện tử, sự thiếu chú trọng giáo dục để nâng cao nhận thức khiến cho tình hình gian lận phát sinh và gia tăng là điều khó tránh khỏi. Trong một nghiên cứu đã nhận định rằng, luật pháp hầu hết các cơ quan thực thi pháp luật đều thiếu chuyên môn kỹ thuật cũng như đủ quyền hạn và thiết bị để điều tra và truy tố các giao dịch gian lận điện tử. Trong một số trường hợp khi phát hiện tội phạm, các tổ chức ngân hàng ngần ngại báo cáo hoạt động tội phạm vì lo ngại việc công khai có thể gây xấu hổ, mất niềm tin của công chúng, mất nhà đầu tư hoặc ảnh hưởng kinh tế. Điều này khiến cho cơ hội xảy ra gian lận cũng tăng theo.²³

4. Khuôn khổ pháp luật quốc tế và pháp luật Việt Nam về phòng chống gian lận ngân hàng điện tử

Trong khuôn khổ pháp lý quốc tế, các quốc gia trên thế giới cũng đã nỗ lực bắt tay cùng nhau kí kết các văn bản pháp lý để phòng chống tội phạm mạng nói chung, trong đó có tội phạm liên quan đến lĩnh vực ngân hàng. Bởi lẽ, bảo vệ an toàn, an ninh mạng, phòng chống các loại tội phạm mạng, tội phạm sử dụng công nghệ cao, đã trở thành câu phân then chốt trong chiến lược an ninh của nhiều quốc gia.

Ở châu Âu, các nước cũng đã có những chính sách và chiến lược chống lại tội phạm công nghệ cao. Các tổ chức này đã liên kết với nhau vì có cùng chung quan điểm và mối quan tâm hàng đầu đến tội phạm công nghệ cao. Hội đồng châu Âu (EU) cũng đã thành lập ủy ban chuyên gia về tội phạm trong không gian mạng vào tháng

²³ Tan, H. S. (2002), *E-Fraud: Current Trends and International Developments*, Journal of Financial Crime, 9(4), p.348

2/1997, sau đó đã đi đến cuộc họp về “hỗ trợ lẫn nhau trong cuộc chiến chống lại tội phạm tham nhũng, rửa tiền, tội phạm công nghệ cao, bóc lột tình dục, tội phạm có tổ chức” để ban hành công ước của Hội đồng châu Âu về tội phạm mạng. Có thể nói rằng, đây là thành tựu có ý nghĩa nhất thể hiện phản ứng của quốc tế đối với loại tội phạm này. Mục tiêu của công ước là đảm bảo sự hài hòa trong luật hình sự của các nước trong việc quy định tội phạm, đồng thời đưa ra quy chế nhằm thúc đẩy, hỗ trợ lẫn nhau trong quá trình xử lý tội phạm, nhất là tội phạm mạng có tính chất xuyên quốc gia.²⁴ Sau đó, vào năm 2001, Hội đồng châu Âu đã ban hành Công ước về Tội phạm mạng ngoài sự tham gia của các thành viên thuộc liên minh châu Âu còn có cả Canada, Nhật Bản, Nam Phi và Hoa Kỳ cũng tham gia vào đàm phán Công ước với tư cách là quan sát viên.²⁵ Đây là một hiệp ước quốc tế nhằm hài hòa hóa luật pháp quốc gia về tội phạm mạng, nâng cao năng lực quốc gia để điều tra các tội phạm đó và tăng cường hợp tác trong điều tra. Công ước về Tội phạm mạng yêu cầu các bên hình sự hóa gian lận máy tính trực tiếp (trong đó thủ phạm lừa dối nạn nhân với sự giúp đỡ của hệ thống máy tính) và gian lận máy tính gián tiếp (trong đó thủ phạm trực tiếp đánh lừa hệ thống máy tính để thực hiện một số loại chức năng hoặc dịch vụ mang lại lợi ích tài chính không chính đáng cho thủ phạm hoặc người khác, hoặc gây tổn thất tài chính cho nạn nhân). Bên cạnh đó, Hội đồng Châu Âu tiếp tục ban hành quyết định khung “Về chống gian lận và làm giả các phương tiện thanh toán không dùng tiền mặt”, trong đó có Điều 2 quy định về “Các tội phạm liên quan đến phương tiện thanh toán”. Nội dung là mỗi quốc gia thành viên thực hiện các biện pháp thích hợp để đảm bảo những hành động đó được coi là tội hình sự trong trường hợp họ cố ý thực hiện hành vi đó, ít nhất là liên quan đến thẻ tín dụng, Eurocheck các loại thẻ khác do tổ chức tài chính phát hành, séc du lịch, Eurochecks, séc khác và hóa đơn.²⁶

Trong bối cảnh hiện tại, Liên Hợp Quốc đã thành lập ủy ban đặc biệt về xây dựng công ước quốc tế toàn diện về chống sử dụng công nghệ thông tin truyền thông.

²⁴ Hà Lê Thùy (2021), *Phòng chống tội phạm công nghệ cao đáp ứng nhu cầu cải cách tư pháp*, hội thảo quốc gia “cải cách tư pháp trong lĩnh vực tư pháp hình sự”, Thừa Thiên Huế, tr.188

²⁵ Vatis, M. A. (2010, June), *The council of Europe convention on cybercrime*, In Proceedings of a Workshop on Deterring Cyber Attacks: Informing Strategies and Developing Options for US Policy <http://www.nap.edu/catalog/12997.html>, 207-223, p.207

²⁶ Kurylo, M., Klochko, A., Timchenko, G., & Gulyk, A. (2017), *Banking in Ukraine as an object of criminal and legal protection*, Banks & bank systems, (12, No. 4), 114-120, p.119

Sự ra đời của cơ chế Ủy ban đặc biệt của LHQ phản ánh quan tâm của cộng đồng quốc tế trước mối đe dọa ngày càng gia tăng từ các loại tội phạm sử dụng công nghệ thông tin truyền thông, đồng thời thể hiện nỗ lực của các nước thành viên LHQ sẽ sớm cho ra đời văn kiện pháp lý quốc tế đầu tiên điều chỉnh vấn đề này.

Ở khuôn khổ trong nước, từ trước đến nay, Việt Nam cũng đã nỗ lực ban hành các văn bản có liên quan để điều chỉnh hoạt động của ngân hàng nói chung và ngân hàng điện tử nói riêng. Có thể kể đến các văn bản như: Luật ngân hàng nhà nước năm 2010, Luật các tổ chức tín dụng năm 2010 sửa đổi năm 2017, Luật An toàn thông tin mạng năm 2015, Luật An ninh mạng năm 2018, Luật Giao dịch điện tử năm 2023. Trong phạm vi toàn ngành ngân hàng, để đảm bảo an toàn cho hoạt động thanh toán điện tử, Ngân hàng Nhà nước đã Ban hành Chỉ thị 02/CTNHNN về đẩy mạnh chuyển đổi số và bảo đảm an ninh, an toàn thông tin trong hoạt động ngân hàng. Trên cơ sở đó, các ngân hàng chấp hành nghiêm túc các quy định của Ngân hàng nhà nước về an toàn, bảo mật cho việc cung cấp dịch vụ ngân hàng trên Internet (theo Thông tư 29/2011/TT-NHNN ngày 21/9/2011); quy định các yêu cầu kỹ thuật về an toàn bảo mật đối với trang thiết bị phục vụ thanh toán thẻ ngân hàng (theo Thông tư 47/2014/TT-NHNN ngày 31/12/2014); quy định về bảo đảm an toàn, bảo mật hệ thống công nghệ thông tin trong hoạt động ngân hàng (theo Thông tư 31/2015/TT-NHNN ngày 28/12/2015); quy định việc trang bị, quản lý, vận hành và bảo đảm an toàn hoạt động của máy giao dịch tự động (theo Thông tư 36/2012/TT-NHNN ngày 28/12/2012; Thông tư 20/2016/TT-NHNN ngày 30/6/2016) cũng như các văn bản chỉ đạo khác của Ngân hàng nhà nước về hoạt động thanh toán nói chung, thanh toán thẻ, thanh toán điện tử.

Đồng thời với đó, Việt Nam ban hành các văn bản về phòng chống các hành vi sử dụng không gian mạng để phạm tội như: Luật xử lý vi phạm hành chính năm 2012, Bộ luật hình sự năm 2015 sửa đổi, bổ sung năm 2017, Nghị định số 25/2014/NĐ-CP ngày 07/04/2014 quy định về phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật khác có sử dụng công nghệ cao, Nghị định số 88/2019/NĐ-CP ngày 14/11/2019 quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực tiền tệ và ngân hàng. Gần đây nhất, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Chỉ thị 21/CT-TTg ngày 25/5/2020 về tăng cường phòng ngừa, xử lý hoạt động lừa đảo chiếm đoạt tài sản,

trong đó đặc biệt nhấn mạnh đến lừa đảo chiếm đoạt tài sản trên không gian mạng. Ở mức độ xử lý hình sự đối với các hành vi gian lận trong lĩnh vực ngân hàng, Bộ luật hình sự năm 2015 đã quy định các tội phạm có liên quan mà việc áp dụng một trong số các tội phạm này tùy thuộc vào ý thức của kẻ phạm tội và mục đích của việc phạm tội. Đó là các tội: Tội trộm cắp tài sản (Điều 173), Tội lừa đảo chiếm đoạt tài sản (Điều 174), Tội vi phạm quy định về hoạt động ngân hàng, hoạt động khác liên quan đến hoạt động ngân hàng (Điều 206) hoặc Tội sử dụng mạng máy tính, mạng viễn thông, phương tiện điện tử thực hiện hành vi chiếm đoạt tài sản (Điều 290). Tuy nhiên có thể thấy rằng, việc xử lý hình sự bằng các tội phạm kể trên vẫn chưa đáp ứng được nhu cầu đấu tranh phòng ngừa và xử lý tội phạm gian lận trong lĩnh vực ngân hàng bởi lẽ, mỗi tội đặc trưng cho một dấu hiệu nhất định mà không thể hiện rõ và đầy đủ các dấu hiệu của hành vi gian lận ngân hàng điện tử như: tính chất gian lận của hành vi; phương thức thực hiện tội phạm thông qua không mạng; hành vi liên quan trực tiếp đến ngân hàng; mục đích chiếm đoạt tài sản hoặc mục đích xâm hại đến lĩnh vực ngân hàng và gây ra thiệt hại cho các khách hàng, hệ thống ngân hàng. Ngoài ra cho đến hiện tại, Việt Nam chưa có Luật phòng chống tội phạm công nghệ cao mà mới chỉ có Nghị định số 25/2014/NĐ-CP ngày 07/04/2014 quy định về phòng, chống tội phạm và vi phạm pháp luật khác có sử dụng công nghệ cao như đã kể trên. Vì thế, những quy định pháp luật nói trên vẫn mang tính manh mún, tản mạn, các quy định điều chỉnh hoạt động của ngân hàng điện tử còn chưa đầy đủ và đồng bộ, cơ chế xử lý hành vi vi phạm còn chưa tương xứng với tính chất và mức độ nguy hiểm cho xã hội của hành vi xâm phạm đến hoạt động của ngân hàng điện tử. Vì vậy, có thể thấy rằng, Việt Nam chưa có cơ sở pháp lý đủ mạnh để phòng ngừa và xử lý các hành vi vi phạm trên không gian mạng, trong đó bao gồm cả hành vi gian lận ngân hàng điện tử.

5. Các giải pháp phòng chống gian lận ngân hàng điện tử

Xu hướng và tiềm năng phát triển của ngân hàng điện tử đặt ra nhiều thách thức cho các nhà quản lý trong việc thúc đẩy sự phát triển của ngân hàng điện tử, đồng thời phải bảo vệ quyền lợi khách hàng, đảm bảo an ninh hệ thống và dữ liệu khách hàng, tránh các rủi ro về gian lận ngân hàng điện tử xảy ra. Để đạt được điều này, cần có các giải pháp trước mắt và lâu dài.

Thứ nhất, tiếp tục hoàn thiện các quy định pháp luật, sửa đổi bổ sung một số văn bản có liên quan đến lĩnh vực ngân hàng điện tử. Như trên đã phân tích, sự phát triển nhanh của sản phẩm và dịch vụ của ngân hàng điện tử làm cho hành lang pháp lý của Việt Nam còn nhiều quy định chưa tương thích, chưa thực sự thúc đẩy phát triển ngân hàng điện tử, thanh toán điện tử. Không những thế, áp lực gia tăng từ các cuộc tấn công an ninh mạng và lừa đảo ngày càng gia tăng khiến cho việc thực thi pháp luật về phòng ngừa, phát hiện và xử lý các hành vi nói trên chưa hiệu quả, thậm chí pháp luật chưa theo kịp sự phát triển của công nghệ. Do đó, Việt Nam cần sớm ban hành Luật phòng chống tội phạm công nghệ cao trong thời gian tới để có thể đồng bộ với những văn bản pháp luật trước đây nhằm điều chỉnh các hành vi vi phạm trong lĩnh vực ngân hàng nói chung và hành vi gian lận ngân hàng điện tử nói riêng.

Thứ hai, các cơ quan thực thi pháp luật cần tiếp tục hình thành các đơn vị chuyên trách và trang bị các công cụ tân tiến cho đội ngũ này để phục vụ cho việc phát hiện, xử lý và ngăn ngừa gian lận. Máy tính, các công cụ điều tra hình sự và hệ thống tìm kiếm tự động cần được đưa vào hoạt động để ngăn chặn tội phạm mạng và công nghệ thông tin. Chẳng hạn như theo cách thức mà liên bang Nga đã làm, đó là trang bị và vận hành hệ thống máy tính “Gian lận từ xa”, nhờ đó Nga đã xác định được hơn 600.000 dấu hiệu của tội phạm hàng loạt, trong đó có những dấu hiệu của hành vi phạm tội thuộc nhiều vùng miền khác nhau của đất nước.²⁷

Thứ ba, xây dựng và thiết lập hệ thống bảo mật thông tin của khách hàng, trong đó trách nhiệm bảo mật phải đến từ nhiều phía, ngân hàng chỉ là một trong số các chủ thể có trách nhiệm. Cùng với đó là việc giáo dục người tiêu dùng cần nhận thức và phải tự bảo vệ mình, không được dễ dãi trong việc chia sẻ thông tin cá nhân của mình khi thực hiện các giao dịch tài chính trên môi trường internet bởi lẽ môi trường internet luôn đi cùng với rủi ro và tội phạm mạng thì sẽ chỉ ngày càng tinh vi hơn. Đây cũng sẽ là một biện pháp có hiệu quả hơn bao giờ hết trong việc ngăn chặn hành vi gian lận được thực hiện thông qua ngân hàng điện tử.

Thứ tư, tăng cường năng lực cho đội ngũ thực thi pháp luật thông qua việc đào tạo về những công nghệ và bí quyết mới nhất về điều tra và truy tố các vụ gian lận

²⁷ Plokhov Sergey Vladimirovich (2022), *Đấu tranh phòng, chống tội phạm mạng: thực tiễn ở Nga và triển vọng của sự hợp tác quốc tế*, Tạp chí Khoa học Kiểm sát, Số 06, tr.20

ngân hàng điện tử. Những chương trình đào tạo này nên được tổ chức thường xuyên vì công nghệ máy tính phát triển nhanh chóng. Do sự phức tạp về kỹ thuật cùng với các vấn đề pháp lý nghiêm trọng do những tội phạm gây ra, nên mỗi khu vực pháp lý đang phát triển như Việt Nam cần có các đội chuyên gia, những người có thể cống hiến hết mình cho việc điều tra và thực thi pháp luật về phòng chống hành vi gian lận ngân hàng điện tử.

Thứ năm, cần liên tục triển khai các công nghệ chống gian lận mới nhất cho ngành ngân hàng. Chẳng hạn như tất cả thẻ ghi nợ và thẻ tín dụng sẽ được thay thế bằng thẻ thông minh có gắn vi mạch. Với công nghệ thẻ thông minh áp dụng phương thức xác minh chủ thẻ, cho phép xác minh giao dịch mua hàng thông qua mã số nhận dạng cá nhân giúp giao dịch an toàn hơn. Chẳng hạn như xác thực chủ thẻ bằng đầu đọc dấu vân tay và đầu đọc thẻ di động để giảm các giao dịch thẻ trực tuyến trái phép, điều này sẽ khiến cho máy chủ của người bán hàng cũng không biết thông tin và số thẻ thực của khách hàng.²⁸ Đây có thể là một khó khăn khi khách hàng buộc phải thay đổi tư duy và cách tiếp cận sử dụng các tính năng thông minh về cách thức tiến hành các giao dịch ngân hàng. Tuy nhiên, đây lại là cách mà các nước phát triển trên thế giới đã tiến hành từ lâu, còn Việt Nam vốn chỉ được xem là ở thời kì đầu của quá trình số hóa ngành ngân hàng. Vì vậy việc tiếp tục triển khai thực hiện các công cụ thông minh giúp tăng tính hiệu quả trong việc phòng ngừa gian lận ngân hàng điện tử là điều cần thiết.

6. Kết luận

Gian lận ngân hàng điện tử là một hình thức gian lận mới, khác với các hình thức gian lận truyền thống bởi lẽ được thực hiện thông qua các phương tiện không tiếp xúc, phương tiện truyền thông trực tiếp hay phương tiện thanh toán mới. Tuy nhiên, với sự cập nhật liên tục của các phương thức, thủ đoạn gian lận trong lĩnh vực ngân hàng trên không gian mạng, việc nhận diện hành vi gian lận ngày càng trở nên khó khăn hơn. Vì vậy, thông qua việc đưa ra các khái niệm, dấu hiệu, đặc điểm và phân loại các hành vi gian lận trong lĩnh vực ngân hàng điện tử, điều này có thể giúp ích cho việc nhận diện dấu pháp lý để xử lý hành vi gian lận cũng như việc ngăn ngừa

²⁸ Tan, H. S. (2002), *E-Fraud: Current Trends and International Developments*, Journal of Financial Crime, 9(4), 347-354., p.352

và giảm thiểu rủi ro gian lận xảy ra. Hệ thống các ngân hàng ở Việt Nam đang trong quá trình chuyển đổi số và hoàn thiện dần về mọi mặt, trong khi hệ thống pháp luật điều chỉnh về vấn đề này cũng buộc phải theo kịp sự phát triển của khoa học công nghệ và dự liệu được các hành vi tội phạm công nghệ cao phát sinh. Vì vậy, hoàn thiện hệ thống pháp luật để phòng chống gian lận trong lĩnh vực ngân hàng nói chung và ngân hàng điện tử nói riêng trong bối cảnh chuyển đổi số cũng chính là mục tiêu mà văn kiện đại hội XIII của Đảng đã đề ra nhằm xây dựng một môi trường mạng an toàn, hiện đại, hài hòa và liêm chính.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Adewumi, W. (1986), *Fraud in Banks*, Nigeria Institute of Bankers.
2. Ahmad Kabir Usman, Mahmood Hussain Shah (2013), *Critical Success Factors for Preventing e-Banking Fraud*, Journal of Internet Banking and Commerce, August, Vol. 18, No.2, 1-14
3. Benjamin, O.A. & Samson, B.S. (2011), *Effect of perceived inequality and perceived jobinsecurity on fraudulent intent of bank employees in Nigeria*, Europe's Journal of Psychology, 7(1), 99-111
4. Bhasin, M. L. (2016), *Contribution of Forensic Accounting to Corporate Governance: An Exploratory Study of an Asian Country*, International Business Management, 10(4), 479-492
5. Ngọc Bích, *Chuyển đổi số trong ngành tài chính-ngân hàng: Cần thuận tiện, an toàn*, <https://www.vietnamplus.vn/chuyen-doi-so-trong-nganh-tai-chinhngan-hang-can-thuan-tien-an-toan/682629.vnp>, truy cập ngày 10/5/2022
6. Đỗ Thanh Bình, *Tìm hiểu lý thuyết tội phạm học về phòng ngừa tội phạm kinh tế và trong lĩnh vực ngân hàng*, <http://congan.travinh.gov.vn/ch26/275-Tim-hieu-ly-thuyet-toi-pham-hoc-ve-phong-ngua-toi-pham-kinh-te-va-trong-linh-vuc-ngan-hang.html>, truy cập ngày 16/9/2023
7. Dzomira, S. (2014), *Electronic fraud (cyber fraud) risk in the banking industry, Zimbabwe*, Risk Governance and Control: Financial Markets and Institutions, 4(2), 16-26.

8. Đ.T, *Chống gian lận trên không gian mạng: Xây dựng chiến lược hiệu quả cho ngân hàng trong kỷ nguyên số*, <https://vnba.org.vn/hoat-dong/hiep-hoi/item/11142-chong-gian-lan-tren-khong-gian-mang-xay-dung-chien-luoc-hieu-qua-cho-ngan-hang-trong-ky-nguyen-so>, truy cập ngày 15/9/2023
9. Institute of Internal Auditors (2009), *International Professional Practices Framework*, IIA
10. Kurylo, M., Klochko, A., Timchenko, G., & Gulyk, A. (2017), *Banking in Ukraine as an object of criminal and legal protection*, Banks & bank systems, (12, No.4), 114-120
11. Nguyễn Thị Liên, Nguyễn Thị Thu Trang, Nguyễn Chiến Thắng (2018), *Phương pháp học máy trong phát hiện gian lận thẻ tín dụng - một nghiên cứu thực nghiệm*, Tạp chí Kinh tế và phát triển, Số 256 (II) tháng 10/2018, 118-126
12. Matt, C., Hess, T., & Benlian, A. (2015), *Digital transformation strategies*, Business & information systems engineering, 57(5), 339-343.
13. Ojo, A. (2006), *Curbing Fraud within the Banking System: A banker's Perspectives*, Lagos: A.M. Continental Ltd.
14. Owho, O. (2005), *Bank Frauds, Causes and Prevention: An Empirical Analysis*, Ibadan: ATT Books Ltd.
15. Owolabi, S. A (2010), *Fraud and fraudulent practices in Nigeria banking industry*, African Research Review 4.3, 240-256
16. Plokhov Sergey Vladimirovich (2022), *Đấu tranh phòng, chống tội phạm mạng: thực tiễn ở nga và triển vọng của sự hợp tác quốc tế*, Tạp chí Khoa học Kiểm sát, Số 06, 18-22
17. Sathye, M. (1999), *Adoption of Internet banking by Australian consumers: an empirical investigation*, International Journal of bank marketing, 17(7), 324-334.
18. Tan, H. S. (2002), *E-Fraud: Current Trends and International Developments*, Journal of Financial Crime, 9(4), 347-354
19. Terrar, D. (2015), *What is digital transformation*, URL: <http://www.theagile-elephant.com/what-isdigital-transformation.html>.

20. Hà Lê Thủy (2021), *Phòng chống tội phạm công nghệ cao đáp ứng nhu cầu cải cách tư pháp*, Hội thảo quốc gia “cải cách tư pháp trong lĩnh vực tư pháp hình sự”, Thừa Thiên Huế, 185-203

21. Hà Lê Thủy (2022), *Gian lận ngân hàng điện tử - Một dạng hành vi phạm tội mới trong bối cảnh chuyển đổi số ngành Ngân hàng*, Tạp chí Ngân hàng, số chuyên đề đặc biệt, tr.100-106

22. Usman, Ahmad Kabir, and Mahmood Hussain Shah (1970), *Critical success factors for preventing e-banking fraud*, The Journal of Internet Banking and Commerce, 18.2, 1-14.

23. Vatis, M. A. (2010, June), *The council of Europe convention on cybercrime*, In Proceedings of a Workshop on Deterring Cyber Attacks: Informing Strategies and Developing Options for US Policy <http://www.nap.edu/catalog/12997.html>, 207-223

24. Yazdanifard, Rashad, et al. (2011), *Electronic banking fraud: The need to enhance security and customer trust in online banking*, Advances in Information Sciences and Service Sciences, 3.10 (2011), 505-509.

DENTIFY AND PREVENT FRAUDULENT ACTS ELECTRONIC BANKING

Abstract: Electronic banking fraud is a global problem and continues to be costly to both the banking system and customers. E-banking fraud occurs due to many different reasons such as security violations, weak authentication systems or lack of internal control. The purpose of the article is to clarify fraud and common fraud methods currently occurring in the banking sector, especially in the context of digital transformation. Based on the analysis and evaluation of legal regulations, the article also shows that, in addition to the factor of high-tech equipment to help detect fraudulent acts, other factors also need to be considered and focus on internal control, increasing customer awareness about personal data security. These are also solutions aimed at preventing fraud in the banking sector in general and electronic transactions of banks in particular.

Keywords: fraud, electronic banking, cyberspace, crime

HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ NGƯỜI KHUYẾT TẬT PHÙ HỢP VỚI CÔNG ƯỚC SỐ 159 CỦA TỔ CHỨC LAO ĐỘNG QUỐC TẾ

Đỗ Thị Quỳnh Trang*

Tóm tắt: Năm 2019, Việt Nam đã phê chuẩn Công ước (CU) số 159 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) về *Phục hồi chức năng lao động và Việc làm của người khuyết tật (NKT)*. CU đưa ra các yêu cầu về tái thích ứng nghề nghiệp và việc làm cho NKT, quy định về việc điều chỉnh và đánh giá các tài liệu hướng dẫn nghề nghiệp, dạy nghề, bố trí việc làm và dịch vụ thất nghiệp cho NKT. Tuy nhiên, pháp luật Việt Nam còn nhiều điểm chưa phù hợp với tinh thần của CU như chưa có định nghĩa cụ thể về người lao động khuyết tật, chưa có quy định riêng về bình đẳng cơ hội và đối xử giữa lao động nam giới có khuyết tật với lao động nữ giới có khuyết tật, quy định chung về điều kiện đối với các cơ sở dạy nghề mà chưa có cơ chế giám sát ... Bài viết sẽ phân tích, làm rõ các điểm chưa tương thích của hệ thống pháp luật quốc gia và CU số 159, trên cơ sở đó đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật.

Từ khoá: lao động, việc làm, NKT, công ước, pháp luật.

1. Đặt vấn đề

CU số 159 về tái thích ứng nghề nghiệp và việc làm cho NKT có ý nghĩa vô cùng quan trọng đối với sự phát triển kinh tế - xã hội, cho thấy ý nghĩa nhân văn sâu sắc khi hướng tới việc NKT có được khả năng lao động, tìm kiếm việc làm phù hợp, qua đó sẽ dễ dàng hơn trong việc hòa nhập xã hội và phát triển bền vững. Cũng qua đây, nhóm người yếu thế sẽ được thúc đẩy có cơ hội tiếp cận việc làm một cách bình đẳng. CU số 159 đưa ra các yêu cầu về phục hồi khả năng lao động, quy định điều chỉnh, đánh giá tài liệu hướng dẫn nghề nghiệp, dạy nghề, bố trí việc làm và dịch vụ thất nghiệp cho NKT...CU quy định các quốc gia thành viên phải thông qua, sửa đổi hoặc bãi bỏ các điều luật, quy định, tập quán hiện hành góp phần gây ra sự bất bình đẳng quyền lợi của người lao động khuyết tật. CU cũng đề ra các hoạt động và chính sách ở cấp quốc gia trong việc phát triển các dịch vụ hỗ trợ tái thích ứng nghề nghiệp và

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: trangdtq@hul.edu.vn

việc làm cho NKT. Việc phê chuẩn CU số 159 đã khẳng định mạnh mẽ hơn nữa cam kết của Việt Nam trong việc đảm bảo người lao động khuyết tật không bị phân biệt đối xử về lao động việc làm, điều này cũng đặt ra yêu cầu hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam về NKT để đảm bảo phù hợp với CU.

2. Nội dung Công ước số 159 của ILO về Phục hồi chức năng lao động và Việc làm của NKT và nội luật hóa trong pháp luật Việt Nam

2.1 Nội dung Công ước số 159

Công ước số 159 có 17 điều luật, được kết cấu thành 3 phần với nội dung chính sau:

Thứ nhất, về định nghĩa NKT (Phần I, Điều 1)

Công ước định nghĩa NKT là cá nhân mà khả năng có việc làm phù hợp, trụ lâu dài với công việc đó và thăng tiến với nó bị giảm sút đáng kể do hậu quả của một khiếm khuyết về thể chất và tâm thần được công nhận. Mục đích của phục hồi chức năng lao động là tạo cho NKT có khả năng tìm được một việc làm phù hợp, trụ lâu dài với công việc đó và thăng tiến với nó và nhờ đó thúc đẩy việc hoà nhập hoặc tái hoà nhập của cá nhân đó vào xã hội. Không phân biệt thành các dạng tật khác nhau, các quy định của Công ước đều được áp dụng đối với tất cả các dạng khuyết tật.

Thứ hai, về nguyên tắc sử dụng NKT (Phần II, Điều 2 - Điều 5)

+ Theo điều kiện, tập quán và khả năng của đất nước mình, Công ước đặt trách nhiệm của quốc gia thành viên là phải xây dựng, thực hiện và định kỳ xem xét lại chính sách quốc gia trong lĩnh vực phục hồi chức năng lao động và việc làm cho NKT (Điều 2).

+ Chính sách quốc gia về phục hồi chức năng lao động và việc làm cho NKT cần phải nhằm bảo đảm việc ban hành các biện pháp tạo việc làm thích hợp cho NKT thuộc mọi dạng tật và nhằm thúc đẩy cơ hội việc làm cho NKT trên thị trường lao động mở (Điều 3).

+ Chính sách quốc gia về phục hồi chức năng lao động và việc làm cho NKT phải dựa trên nguyên tắc bình đẳng về cơ hội giữa NLD có khuyết tật và NLD nói chung; sự bình đẳng về cơ hội và đối xử giữa NLD nam giới có khuyết tật với NLD nữ giới có khuyết tật. Những biện pháp tích cực, đặc biệt nhằm bảo đảm bình đẳng thực sự về cơ hội và về đối xử giữa NLD có khuyết tật với NLD khác không bị coi là phân biệt đối xử với NLD khác (Điều 4).

+ Tham vấn ý kiến của các tổ chức đại diện của NLĐ, của người SDLĐ trong việc thực hiện chính sách, kể cả những biện pháp được thực hiện nhằm khuyến khích sự hợp tác và phối hợp giữa các thể chế công và tư hoạt động trong lĩnh vực phục hồi chức năng lao động. Các tổ chức của NKT hoặc vì NKT cũng phải được tham khảo ý kiến (Điều 5).

Thứ ba, về đào tạo nghề và việc làm của NKT (Phần III, Điều 6 - Điều 9)

Theo tinh thần các quy định tại các điều luật tương ứng trong Công ước, các biện pháp, hành động cần thiết để thực thi chính sách quốc gia về phục hồi chức năng lao động và việc làm cho NKT được triển khai qua hai phương diện sau:

+ *Một là:* Phát triển dịch vụ do Nhà nước trực tiếp cung cấp thông qua hệ thống mới hoặc điều chỉnh hệ thống hiện có;

+ *Hai là:* Đưa ra các chính sách ưu đãi để khuyến khích sự phát triển của những dịch vụ này. Theo đó: (a) cung cấp và đánh giá các dịch vụ về hướng nghiệp, đào tạo nghề, sắp xếp việc làm, tuyển dụng và các dịch vụ khác có liên quan giúp cho NKT tìm được và duy trì được việc làm; (b) Trong trường hợp điều kiện cho phép và xét thấy phù hợp, các dịch vụ hiện có dành cho NLĐ nói chung nên có sự điều chỉnh cần thiết để cung cấp dịch vụ cho cả NKT; (c) Khuyến khích việc thành lập và phát triển các dịch vụ phục hồi chức năng lao động và việc làm cho NKT ở nông thôn và các vùng sâu, vùng xa.

2.2 Nội luật hóa Công ước số 159 trong pháp luật Việt Nam

Thứ nhất, về định nghĩa NKT

Hiện nay, khái niệm NKT được hiểu theo hai mô hình: mô hình cá nhân và mô hình xã hội.¹

Định nghĩa NKT được CU số 159 đưa ra dưới góc độ đánh giá mức độ khuyết tật theo khả năng lao động. Có thể hiểu, một người nào đó vì sự khiếm khuyết về thể chất hoặc tinh thần được công nhận mà làm giảm đi khả năng tìm kiếm việc làm phù hợp, thăng tiến trong công việc thì được xem là “người có khuyết tật”, như vậy định nghĩa tại CU số 159 không chỉ tập trung vào mặt y tế mà còn nêu bật rõ sự ảnh hưởng

¹ Văn phòng ILO, Cơ quan hợp tác phát triển Ailen, Hướng tới cơ hội việc làm bình đẳng cho NKT thông qua hệ thống pháp luật, 2004, tr.18

của các khiếm khuyết tới cơ hội nghề nghiệp của NKT. Như vậy, CU số 159 đưa ra khái niệm khuyết tật theo mô hình xã hội.²

Trong khi pháp luật Việt Nam hiện nay, khái niệm NKT đang được quy định đánh giá dạng tật theo y tế chưa có đánh giá khả năng lao động, cụ thể tại Luật NKT 2010: “NKT là người bị khiếm khuyết một hoặc nhiều bộ phận cơ thể hoặc bị suy giảm chức năng được biểu hiện dưới dạng tật khiến cho lao động, sinh hoạt, học tập gặp khó khăn”³. Khoản 1 Điều 17 của Luật cũng quy định việc xác định mức độ khuyết tật được thực hiện bằng phương pháp quan sát trực tiếp người khuyết tật, thông qua thực hiện hoạt động đơn giản phục vụ nhu cầu sinh hoạt cá nhân hàng ngày, sử dụng bộ câu hỏi theo các tiêu chí về y tế, xã hội và các phương pháp đơn giản khác để kết luận mức độ khuyết tật đối với từng người khuyết tật. Cách định nghĩa này theo mô hình cá nhân.

Cả hai cách định nghĩa trên đều có điểm mạnh mà mặt hạn chế nhất định, phụ thuộc vào mục tiêu điều chỉnh của hệ thống pháp luật.

Thứ hai, về nguyên tắc bình đẳng

CU số 159 nêu rõ: Các chính sách về tái thích ứng nghề nghiệp và việc làm phải dựa trên nguyên tắc bình đẳng về cơ may giữa những Người lao động có khuyết tật và những người lao động nói chung. Quyền bình đẳng về cơ may và đối xử giữa người lao động nam giới có khuyết tật với người lao động nữ giới có khuyết tật phải được tôn trọng. Những biện pháp tích cực chuyên nhằm bảo đảm quyền bình đẳng thực sự về cơ may và về đối xử giữa những người lao động có khuyết tật với những người lao động khác sẽ không được coi là có tính chất phân biệt đối xử với những người lao động khác.⁴

Ở Việt Nam, các nguyên tắc “Không phân biệt đối xử” ; “Bình đẳng về cơ hội”; “Bình đẳng nam nữ” đối với NKT đã được thể hiện một cách gián tiếp trong các văn bản như Hiến pháp 2013; Luật NKT năm 2010; Bộ luật lao động 2019; Luật Bình đẳng giới 2009, quy định về lao động là NKT nói chung và quy định về bình đẳng giữa nam và nữ nói chung. Các quy định này mang tính trung tính, mà vẫn chưa có

² Văn phòng ILO, Cơ quan hợp tác phát triển Ailen, Hướng tới cơ hội việc làm bình đẳng cho NKT thông qua hệ thống pháp luật, 2004, tr.19

³ Khoản 1 Điều 2 Luật NKT năm 2010

⁴ Điều 4 CU số 159

quy định cụ thể về bình đẳng cơ hội và đối xử giữa lao động nam giới có khuyết tật với lao động nữ giới có khuyết tật.

Trong lĩnh vực lao động, Bộ luật Lao động năm 2019 quy định cấm phân biệt đối xử trong lao động.⁵ Theo đó, phân biệt đối xử trong lao động là hành vi phân biệt, loại trừ hoặc ưu tiên dựa trên chủng tộc, màu da, nguồn gốc quốc gia hoặc nguồn gốc xã hội, dân tộc, giới tính, độ tuổi, tình trạng thai sản, tình trạng hôn nhân, tôn giáo, tín ngưỡng, chính kiến, khuyết tật, trách nhiệm gia đình hoặc trên cơ sở tình trạng nhiễm HIV hoặc vì lý do thành lập, gia nhập và hoạt động công đoàn, tổ chức của người lao động tại doanh nghiệp có tác động làm ảnh hưởng đến bình đẳng về cơ hội việc làm hoặc nghề nghiệp.⁶

Ngoài ra, Luật NKT năm 2010 quy định: “*Cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp, cá nhân không được từ chối tuyển dụng NKT có đủ tiêu chuẩn tuyển dụng vào làm việc hoặc đặt ra tiêu chuẩn tuyển dụng trái quy định của pháp luật nhằm hạn chế cơ hội làm việc của NKT.*”⁷

Như vậy, pháp luật cơ bản đã có quy định cụ thể về việc cấm loại trừ cơ hội của NKT trong tuyển dụng. Quy định này mang một ý nghĩa rất quan trọng trong việc tạo cơ hội việc làm bình đẳng cho NKT so với những người lao động không khuyết tật. Tuy nhiên, các quy định này chưa thực sự rõ ràng và tạo ra cơ hội bình đẳng giữa NKT và người không khuyết tật. Vì không rõ ràng nên người sử dụng lao động sẽ đưa ra những lý do hoặc những tiêu chuẩn khác nhau có thể không cần thiết với mục đích là từ chối tuyển dụng NKT vào làm việc. Ví dụ hiện nay một số doanh nghiệp vẫn yêu cầu trong hồ sơ dự tuyển có giấy khám sức khỏe, tuy nhiên điều này có thể không cần thiết và sẽ tạo ra một sự “phân biệt đối xử” với NKT đối với một số công việc có thể không cần thiết giấy khám sức khỏe như nhân viên văn phòng hay nhân viên tổng đài chăm sóc khách hàng... trừ các công việc đặc thù cần đảm bảo về mặt sức khỏe.

Thứ ba, về đào tạo nghề và giải quyết việc làm cho NKT

⁵ Khoản 1 Điều 8 Bộ luật Lao động năm 2019

⁶ Khoản 8 Điều 3 Bộ luật Lao động năm 2019

⁷ Điều 33 Luật NKT năm 2010

Dạy nghề là một nội dung quan trọng trong việc bồi dưỡng và nâng cao chất lượng nguồn nhân lực xã hội nói chung và cũng bảo đảm yêu cầu giải quyết việc làm cho lao động. Đối với người khuyết tật, dạy nghề là tiền đề tạo cơ hội việc làm và xúc tiến việc làm, góp phần hỗ trợ họ từng bước hoà nhập cộng đồng.

Ở Việt Nam, công tác dạy nghề và giải quyết việc làm cho NKT được biệt quan tâm, tạo điều kiện thuận từ phát triển hạ tầng cơ sở cho đến chính sách trợ giúp đối tượng tham gia học nghề cũng như giáo viên dạy nghề. Luật Dạy nghề năm 2006 đã dành toàn bộ Chương VII quy định dạy nghề cho NKT, với mục tiêu giúp đối tượng có năng lực thực hành nghề phù hợp với khả năng lao động của mình để tự tạo việc làm hoặc tìm được việc làm, ổn định đời sống. Đồng thời, Nhà nước cũng khẳng định, hỗ trợ về tài chính và các chính sách ưu đãi khác đối với các cơ sở dạy nghề cho NKT nhằm khuyến khích công tác dạy nghề cho NKT.

Pháp luật Việt Nam mới chỉ dừng lại ở mức quy định chung về cơ sở dạy nghề, cụ thể: Cơ sở dạy nghề có trách nhiệm cấp văn bằng, chứng chỉ, công nhận nghề đào tạo khi người khuyết tật học hết chương trình đào tạo và đủ điều kiện theo quy định của thủ trưởng cơ quan quản lý nhà nước về dạy nghề; Cơ sở dạy nghề tổ chức dạy nghề cho người khuyết tật phải bảo đảm điều kiện dạy nghề cho người khuyết tật và được hưởng chính sách ưu đãi theo quy định của pháp luật.⁸

Từ năm 2020 đến nay, Việt Nam đã ban hành nhiều Nghị quyết, Chỉ thị, Luật liên quan và các văn bản về công tác NKT. Các chính sách đối với NKT bao gồm: trợ cấp xã hội; cấp thẻ bảo hiểm y tế miễn phí; miễn giảm học phí khi đi học văn hóa, học nghề, miễn giảm giá vé khi tham gia giao thông...; phụ cấp cho giáo viên dạy hòa nhập và chuyên biệt; trợ giúp pháp lý; hỗ trợ việc làm, vay vốn với lãi suất ưu đãi. Đặc biệt, Chương trình trợ giúp NKT giai đoạn 2021-2030 được ban hành với các chỉ tiêu cụ thể như trợ giúp về y tế, giáo dục, giáo dục nghề nghiệp, tạo việc làm và hỗ trợ sinh kế, trợ giúp tiếp cận công trình xây dựng... Chiến lược phát triển giáo dục nghề nghiệp giai đoạn 2021-2030, tầm nhìn đến năm 2045 đặt mục tiêu đến năm 2025, tỷ lệ lao động là NKT còn khả năng lao động được học nghề phù hợp đạt 35%.⁹

⁸ Điều 32 Luật Người khuyết tật 2010

⁹ Hội thảo “Thực trạng và giải pháp tạo việc làm đối với NKT ở Việt Nam”, <http://laodongxahoi.net/hoi-thao-thuc-trang-va-giai-phap-tao-viec-lam-doi-voi-nguoi-khuyet-tat-o-viet-nam-1326616.html>, truy cập ngày 05/9/2023.

Tuy nhiên, pháp luật lại chưa có quy định cụ thể để thực hiện việc giám sát đối với các cơ sở này, nên trên thực tế có rất nhiều sai phạm xảy ra, điều này làm ảnh hưởng đến uy tín của việc đào tạo nghề cho NKT và niềm tin của NKT.

Bên cạnh việc đào tạo nghề, vấn đề giải quyết việc làm cho NKT cũng được Đảng và Nhà nước chú trọng. Tại Quyết định 1190/QĐ-TTg phê duyệt Chương trình trợ giúp người khuyết tật giai đoạn 2021-2030, Chính phủ đặt chỉ tiêu đến năm 2030 có 300.000 người khuyết tật được hỗ trợ đào tạo nghề, tạo việc làm. Mặc dù vậy, số lượng NKT có việc làm còn hạn chế, cụ thể: theo kết quả Điều tra quốc gia về lao động việc làm và Điều tra quốc gia người khuyết tật Việt Nam được Tổng cục Thống kê hoàn thành 6 vòng thu thập dữ liệu, từ tháng 7 đến 12/2022 với 117.864 hộ gia đình và 7.156 người khuyết tật đã cho thấy: Chỉ có 31,7% người khuyết tật trung bình và 7,8% người khuyết tật nặng có việc làm.¹⁰

3. Đề xuất một số giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam về NKT phù hợp với Công ước số 159 của ILO

Về cơ bản, pháp luật Việt Nam phần nào đã tạo được khung pháp lý bảo vệ NKT trong nhiều lĩnh vực, đặc biệt trong lĩnh vực lao động và việc làm. Tuy nhiên, việc tham gia CƯ số 159 đặt ra yêu cầu hoàn thiện hệ thống pháp luật về NKT nhằm đảm bảo sự tương thích giữa pháp luật Việt Nam và CƯ, cụ thể:

Thứ nhất, về định nghĩa “Người lao động khuyết tật”. Việc khái niệm NKT đang được quy định đánh giá dạng tật theo y tế chưa có đánh giá khả năng lao động và chưa có khái niệm “Người lao động khuyết tật”, dẫn đến xác định mục tiêu đào tạo nghề cho NKT vẫn còn phụ thuộc vào tình trạng y tế của NKT và chưa hướng đến được sự phù hợp với khả năng lao động của họ. Cụ thể Điều 68 Luật Dạy nghề 2006 quy định: “Dạy nghề cho người tàn tật, khuyết tật nhằm giúp họ có năng lực thực hành nghề phù hợp với khả năng lao động của mình để tự tạo việc làm hoặc tìm được việc làm, ổn định đời sống và hoà nhập cộng đồng.”

Dạy nghề phù hợp với khả năng lao động của NKT là rất cần thiết, tuy nhiên NKT được học nghề nhưng lại không giải quyết được vấn đề việc làm thì việc học này sẽ trở thành sự lãng phí về công sức cũng như thời gian, hơn hết càng làm tăng cảm giác tự ti của NKT. Chính vì vậy, cần xác định khi tham gia vào quan hệ lao

¹⁰ Tổng cục thống kê, Báo cáo điều tra lao động việc làm 2021

động, NKT cũng sẽ có khả năng lao động của riêng mình và được xác định không dựa vào tình trạng khiếm khuyết có sẵn, điều này sẽ tăng cơ hội tìm kiếm việc làm phù hợp cho NKT. Chẳng hạn một người bị liệt 02 chân họ vẫn có thể làm các công việc như soạn thảo văn bản hay tư vấn, chăm sóc khách hàng ...

Thứ hai, về nguyên tắc bình đẳng

NKT là nhóm người dễ bị tổn thương nhất trong xã hội, việc được đối xử bình đẳng đóng vai trò rất quan trọng trong quá trình hòa nhập của họ. Việc xóa bỏ sự phân biệt đối xử vì lý do khuyết tật trong tuyển dụng, thuê và nhận vào làm việc, duy trì việc làm, thăng tiến hay việc đảm bảo điều kiện làm việc, an toàn và vệ sinh lao động ở Việt Nam vẫn còn nhiều vấn đề. Vì vậy, vẫn còn mất cân đối giữa nhóm người lao động khuyết tật và người lao động không khuyết tật về tỷ lệ có việc làm, tỷ lệ NKT 15 tuổi trở lên có việc làm là 31,7%, tỷ lệ này ở người không khuyết tật cao gấp 2,5 lần, lên tới 82,4%.¹¹

Báo cáo độc lập về tình hình thực thi Công ước của Liên Hợp quốc về quyền của NKT tại Việt Nam 2021 của Liên Hiệp hội về NKT Việt Nam cho thấy có đến 53% số người khuyết tật khi tham gia tuyển dụng bị từ chối nhận vì lý do khuyết tật. Ngoài ra, NKT bị phân biệt đối xử và kỳ thị tại nơi làm việc, bố trí việc làm không phù hợp, cơ sở hạ tầng và giao thông không tiếp cận; không được ký hợp đồng lao động, lương thấp, không được tăng lương, không được thăng tiến.¹²

Thứ ba, về đào tạo nghề và giải quyết vấn đề việc làm

Tỷ lệ NKT sau đào tạo nghề tìm được việc làm còn thấp và chủ yếu là tự tạo việc làm. Nguyên nhân do NKT sống ở nông thôn, trình độ văn hóa thấp, môi trường thiếu thông tin về việc làm. Bản thân NKT thường sống khép kín, thụ động, cộng thêm những rào cản xã hội như thái độ phân biệt, đối xử... nên không quan tâm đến việc tìm việc làm. Một số gia đình thương con, em mình bị khuyết tật nên không đồng ý cho con em mình đi làm vất vả mưu sinh. Bên cạnh đó, các đơn vị, tổ chức sử dụng lao động cũng chưa sẵn sàng nhận NKT vào làm việc, vì hiệu quả làm việc của họ

¹¹ Tổng cục Thống kê, Báo cáo điều tra quốc gia về NKT 2016, Nxb. Thống kê, Hà Nội, 2018, tr.89

¹² Báo cáo độc lập về tình hình thực thi Công ước của Liên Hợp quốc về quyền của NKT tại Việt Nam 2021, Liên Hiệp hội về NKT Việt Nam

không cao và họ không chủ động được một số hoạt động như những người bình thường.

Trên cơ sở các yêu cầu đặt ra về việc hoàn thiện hệ thống pháp luật như trên, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần thực hiện các nội dung sau:

Thứ nhất, bổ sung định nghĩa “Người lao động khuyết tật” trong Bộ luật lao động.

Bộ Luật lao động hiện đã có các định nghĩa Lao động chưa thành niên (Điều 143), người lao động cao tuổi (Điều 148), lao động là người giúp việc gia đình (Điều 161) nhưng lại chưa đưa ra định về người lao động khuyết tật. BLLĐ sử dụng thuật ngữ “lao động là người khuyết tật”, nhưng cũng chưa làm rõ khái niệm này

Với khái niệm NKT theo mô hình cá nhân được quy định tại Luật NKT 2010 có thể phát huy tác dụng tốt trong các lĩnh vực như y tế phục hồi chức năng và bảo đảm xã hội, tuy nhiên trong lĩnh vực việc làm lại là vấn đề chưa phù hợp để giải quyết gốc rễ của việc NKT bị tách biệt. Lao động là hoạt động cơ bản của con người, con người có khả năng lao động hay không không chỉ được đánh giá bởi họ có khuyết tật hay không. Đối với một số công việc nhất định, khả năng lao động của NKT và người không khuyết tật là như nhau. Chính vì vậy, phải có quy định cụ thể về người lao động khuyết tật để có thể bảo đảm quyền và lợi ích của nhóm người lao động này. Điều này cũng là một quy định góp phần vào việc hạn chế phân biệt đối xử với NKT.

Khuyến nghị số 168 cũng nêu rõ các Quốc gia thành viên cần sử dụng thuật ngữ NKT để chỉ một cá nhân mà khả năng có một việc làm phù hợp, trụ lâu dài với công việc đó và thăng tiến với nó bị giảm sút đáng kể do hậu quả của một khiếm khuyết về thể chất, hoặc tâm thần được thừa nhận.¹³

Thứ hai, hoàn thiện các quy định về chống phân biệt đối xử với NKT

Cần có những quy định rõ ràng hơn để xác định được các hành vi hoặc nhóm hành vi phân biệt đối xử với NKT trong tuyển dụng và sử dụng lao động; bình đẳng giữa NKT nam và NKT nữ. So với nam giới thì nữ giới thường yếu thế hơn trong nhiều lĩnh vực, NKT là nữ càng phải chịu sự thiệt thòi hơn và đứng trước nguy cơ bị phân biệt đối xử hơn.

¹³ Khuyến nghị 168 ILO

Cơ quan Nhà nước có thẩm quyền cần có những hướng dẫn cụ thể và rõ ràng về việc người sử dụng lao động đặt ra các yêu cầu tuyển dụng như thế nào nhằm loại bỏ cơ hội việc làm của NKT. Các hành vi phân biệt đối xử giữa NKT nam và NKT nữ.

Ngoài ra cần có những quy định về xử phạt vi phạm đủ tính răn đe nếu người sử dụng lao động không chứng minh được việc không có hành vi phân biệt đối xử.

Thứ ba, quy định về cơ chế giám sát các cơ sở dạy nghề cho NKT

Việc chưa có các quy định về cơ chế giám sát các cơ sở dạy nghề cho NKT hiện đang để lại hậu quả khá nặng nề. Ngoài việc ảnh hưởng đến uy tín của Nhà nước khi cấp phép cho các cơ sở này hoạt động thì cũng làm cho NKT càng tự ti hơn về bản thân mình. Bên cạnh đó, còn có những trường hợp NKT bị xâm phạm đến những quyền khác khiến cho việc hòa nhập của họ vào cộng đồng càng khó khăn.

Cần có những quy định cụ thể về việc giám sát các cơ sở dạy nghề cho NKT cũng như các quy định xử phạt có tính răn đe nhằm hạn chế và khắc phục tình trạng này.

4. Kết luận

Việc gia nhập Công ước số 159 của ILO cho thấy cam kết mạnh mẽ cũng như nỗ lực của Việt Nam vào việc hội nhập sâu rộng cũng như việc quan tâm hơn đến nhóm người được coi yếu thế nhất trong xã hội là NKT. Tuy nhiên, hệ thống pháp luật cần có sự hoàn thiện hợp lý để phù hợp với nội dung CU cũng như mang lại hiệu quả thực tế, để tạo điều kiện cho NKT có thể hòa nhập vào xã hội một cách nhanh nhất và tốt nhất. Điều này đảm bảo an sinh xã hội và tạo tiền đề cho sự phát triển bền vững.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Công ước số 159 và Khuyến nghị số 168 của Tổ chức Lao động quốc tế (ILO) về *Phục hồi chức năng lao động và Việc làm của người khuyết tật*
2. Bộ luật lao động 2019
3. Luật Người khuyết tật 2010
4. Văn phòng ILO (2004), Cơ quan hợp tác phát triển Ailen, Hướng tới cơ hội việc làm bình đẳng cho NKT thông qua hệ thống pháp luật

5. Tổng cục Thống kê (2018), Báo cáo điều tra quốc gia về NKT 2016, Nxb. Thống kê, Hà Nội
6. Liên Hiệp hội về NKT Việt Nam (2021), Báo cáo độc lập về tình hình thực thi Công ước của Liên Hợp quốc về quyền của NKT tại Việt Nam.
7. Hội thảo “Thực trạng và giải pháp tạo việc làm đối với NKT ở Việt Nam”, <http://laodongxahoi.net/hoi-thao-thuc-trang-va-giai-phap-tao-viec-lam-doi-voi-nguoi-khuyet-tat-o-viet-nam-1326616.html>, truy cập ngày 05/9/2023

IMPROVING THE LAW ON DISABLED PERSONS FOLLOWING THE INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION'S CONVENTION NO.159

Abstract: In 2019, Vietnam ratified the International Labour Organization's Convention on Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons). The Convention sets out the requirements for vocational adaptation and employment for disabled persons, regulates the adjustment and evaluation of vocational guidance, training, placement and unemployment services for disabled persons. However, Vietnamese law still has many points that are not consistent with the spirit of the Convention, such as no specific definition of disabled workers, no separate regulations on equality of opportunities and treatment between male workers with disabilities for female workers with disabilities, general regulations on conditions for vocational training establishments without a monitoring mechanism,... The article will analyze and clarify the points that are not compatible between the national legal system and Convention No. 159, and on that basis propose some solutions to improve the law.

Keywords: labor, employment, disabled persons, convention, law.

CƠ CHẾ BẢO VỆ QUYỀN LỢI NGƯỜI TIÊU DÙNG TRONG LĨNH VỰC DƯỢC PHẨM

Nguyễn Hữu Trí*

Tóm tắt: Tôn trọng, bảo vệ, bảo đảm quyền con người nói chung và bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng nói riêng là quan điểm, đường lối chỉ đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam. Trên cơ sở những quan điểm, đường lối của Đảng, khung pháp luật về quyền lợi người tiêu dùng ở Việt Nam cũng liên tục được hoàn thiện, củng cố, mà những thành tựu có tính bước ngoặt đáng kể từ Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010. Cho đến nay, cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng nói chung và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm nói riêng ở Việt Nam đã khá toàn diện. Mặc dù vậy, cần thấy rằng, cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm vẫn còn tồn tại những hạn chế nhất định cần tiếp tục được hoàn thiện hơn.

Từ khóa: người tiêu dùng, cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, lĩnh vực dược phẩm.

1. Đặt vấn đề

Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng nói chung và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng nói riêng là vấn đề vô cùng quan trọng góp phần bảo đảm sự phát triển bền vững của xã hội. Thúc đẩy tiêu dùng bền vững là một trong những nội dung hướng dẫn của Liên hợp quốc về bảo vệ người tiêu dùng (Bản sửa đổi bổ sung được Đại hội đồng Liên Hợp quốc thông qua vào tháng 12 năm 2015)¹. Trong lĩnh vực dược phẩm, đây là một lĩnh vực nhạy cảm khi nó luôn hiện hữu những nguy cơ có thể đe dọa đến sức khỏe của NTD, ảnh hưởng trực tiếp đến sức khỏe, tính mạng của NTD bởi họ không phải là những người có chuyên môn để có thể lựa chọn được những loại dược phẩm phù hợp cho sức khỏe bản thân. Do vậy, vấn đề BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm là rất cần thiết, và cần có quy định về các cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực này.

2. Khái niệm cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm

Theo Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (BVQLNTD) năm 2010: *Người tiêu dùng là người mua, sử dụng hàng hóa, dịch vụ cho mục đích tiêu dùng, sinh hoạt*

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: huutringuyen6768@gmail.com

¹ Cục Quản lý cạnh tranh (2017), *Hỏi đáp pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng*, tr 22- 23.

*của cá nhân, gia đình, tổ chức.*² BVQLNTD chính là việc bảo đảm quyền lợi, lợi ích của cá nhân, gia đình, tổ chức khi tham gia giao dịch, sử dụng hàng hóa, dịch vụ và chống lại mọi sự xâm phạm quyền lợi của cá nhân, gia đình, tổ chức đó. Có thể hiểu, BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm là việc bảo đảm quyền lợi, lợi ích của cá nhân, gia đình, tổ chức khi tham gia giao dịch, sử dụng các loại dược phẩm và chống lại mọi sự xâm phạm quyền lợi của cá nhân, gia đình, tổ chức đó.

Theo Đại từ điển tiếng Việt, “cơ chế” được định nghĩa là “cách thức sắp xếp tổ chức để làm đường hướng, cơ sở theo đó mà thực hiện” hoặc là “cách thức theo đó một quá trình được thực hiện”.³ Trong khoa học pháp lý nói chung, khái niệm cơ chế được hợp thành từ hai nội dung là thể chế và thiết chế. Thể chế được hiểu là các quy định pháp luật, các quy tắc được ban hành theo thẩm quyền, trình tự, thủ tục nhất định có tính ràng buộc đối với các chủ thể. Còn thiết chế là các cơ quan, tổ chức được lập ra để thực thi chức năng, nhiệm vụ theo quy định của pháp luật.

Qua đó có thể hiểu, cơ chế BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm là tổng thể các quy tắc xử sự về cách thức, biện pháp, yếu tố có mối liên hệ mật thiết với nhau nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp của người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm, được Nhà nước đảm bảo thực hiện bằng các biện pháp cưỡng chế. Nếu thể chế là hệ thống các quy phạm pháp luật điều chỉnh hành vi, cách xử sự của các chủ thể trong quan hệ pháp luật tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm, thì thiết chế bao gồm Nhà nước và các tổ chức xã hội thực thi pháp luật BVQLNTD trong lĩnh vực. Như vậy, thiết chế đảm bảo cho thể chế được áp dụng và đi vào cuộc sống, nếu không có các thiết chế thực thi pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, những quy định của pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng chỉ tồn tại trên giấy, không được thực hiện trong thực tế.

3. Thực trạng cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm

3.1. Các quy định pháp luật trong việc bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm

Trong thời gian qua, Việt Nam đã sửa đổi, bổ sung cũng như ban hành nhiều quy định liên quan đến BVQLNTD nói chung và BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm nói riêng. Pháp luật BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm rất đa dạng, phong

² Khoản 1 Điều 3 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010

³ Trung tâm ngôn ngữ và văn hóa Việt Nam, Nguyễn Như Ý (chủ biên – 1988), *Đại từ điển tiếng Việt*, NXB Văn hoá – Thông tin, tr.464

phủ và được quy định ở nhiều văn bản pháp luật khác nhau trong đó bao gồm các văn bản pháp luật chuyên ngành và các văn bản pháp luật liên quan. Hệ thống quy phạm pháp luật về BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm không nằm gọn trong một ngành luật cụ thể nào, mà tồn tại ở nhiều ngành luật khác nhau từ dược phẩm, hình sự, hành chính, dân sự cho đến cạnh tranh. Pháp luật về BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm thì tác động lên hành vi của cá nhân, tổ chức kinh doanh dược phẩm, còn pháp luật về BVQLNTD lại tạo ra quyền và cơ chế bảo đảm quyền từ phía NTD cũng như khả năng và cơ hội thuận lợi hơn trong cơ chế điều chỉnh pháp luật quan hệ mua bán mà một chủ thể pháp luật dân sự thông thường sẽ không có được. Về cơ bản, nguồn luật chính điều chỉnh vấn đề này là Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 và Luật Dược năm 2016 cùng với hệ thống các văn bản hướng dẫn thực hiện.

Ngày 17 tháng 11 năm 2010, tại kỳ họp thứ 8 Quốc hội đã thông qua Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010. Điều này đã đánh dấu một bước ngoặt lớn trong công cuộc BVQLNTD và thể hiện sự quan tâm của Đảng và Nhà nước ta đối với vấn đề cấp thiết này. Luật quy định về quyền và nghĩa vụ của NTD, trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa dịch vụ đối với NTD, trách nhiệm của các tổ chức xã hội trong việc tham gia bảo vệ quyền lợi NTD. Bên cạnh đó Luật còn quy định về hướng giải quyết các tranh chấp giữa NTD với tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa dịch vụ, các biện pháp để NTD tự bảo vệ quyền lợi của mình và trách nhiệm quản lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi NTD.

Bên cạnh Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 là văn bản đầu tiên liên quan đến lĩnh vực BVQLNTD nói chung, đã quy định rõ những quyền của người tiêu dùng, trách nhiệm của cá nhân, tổ chức, cơ quan và cách thức BVQLNTD thì Luật Dược năm 2005 (được sửa đổi, bổ sung năm 2016) ra đời là một hành lang pháp lý quan trọng tạo điều kiện để các hoạt động sản xuất, kinh doanh, cung cấp và mua bán dược phẩm được thực hiện một cách thuận lợi; tạo điều kiện thuận lợi cho ngành Dược Việt Nam phát triển và hội nhập với các nước trong khu vực và trên thế giới. Luật Dược 2016 đã quy định hành nghề dược, kinh doanh dược, đăng ký, lưu hành, thu hồi thuốc và nguyên liệu làm thuốc; dược liệu và thuốc cổ truyền; đơn thuốc và sử dụng thuốc; thông tin thuốc, cảnh giác dược và quảng cáo thuốc; dược lâm sàng; quản lý thuốc trong cơ sở khám bệnh, chữa bệnh; thử thuốc trên lâm sàng và thử

tương đương sinh học của thuốc; quản lý chất lượng thuốc, nguyên liệu làm thuốc và quản lý giá thuốc... Đây là những cơ sở để tiến hành các hoạt động trong lĩnh vực dược phẩm và khi có tranh chấp trên thực tế thì đây cũng là chứng cứ để bảo vệ quyền lợi của các bên, đặc biệt là NTD.

Nghị định số 54/2017/NĐ-CP ngày 08/5/2017 của Chính phủ quy định chi tiết một số điều và biện pháp thi hành Luật Dược. Nghị định này quy định chi tiết về Chứng chỉ hành nghề dược; kinh doanh dược; xuất khẩu, nhập khẩu thuốc; đăng ký lưu hành dược liệu, tá dược, vỏ nang; đánh giá cơ sở sản xuất thuốc tại nước ngoài; thẩm quyền, hình thức, thủ tục thu hồi nguyên liệu làm thuốc, biện pháp xử lý nguyên liệu làm thuốc bị thu hồi; hồ sơ, trình tự thủ tục và thẩm quyền cấp giấy xác nhận nội dung thông tin, quảng cáo thuốc và biện pháp quản lý giá thuốc.

Bên cạnh đó, Bộ Y tế cùng như các Bộ ngành khác có liên quan cũng đã ban hành nhiều văn bản mới quy định về: Thông tư 01/2016/TT-BYT ngày 05/01/2016 của Bộ Y tế về kê đơn thuốc y học cổ truyền trong cơ sở khám chữa bệnh, Thông tư 02/2016/TT-BYT bổ sung nguyên tắc tiêu chuẩn thực hành tốt sản xuất bao bì dược phẩm, thông tư 05/2016/TT-BYT ngày 29/02/2016 của Bộ Y tế Thông tư Quy định về kê đơn thuốc trong điều trị ngoại trú, Thông tư 07/2018/TT-BYT quy định chi tiết về kinh doanh dược của Luật Dược và Nghị định 54/2017/NĐ-CP, Thông tư 11/2018/TT-BYT quy định về chất lượng thuốc, nguyên liệu làm thuốc. Các văn bản này từ khi được ban hành, áp dụng đến nay đã có những bước phát triển đáng kể, đem lại hiệu quả trong công tác BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm.

3.2. Quy định về cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm

3.2.1. Quy định về trách nhiệm của các tổ chức, cá nhân kinh doanh trong lĩnh vực dược phẩm

Điều 12 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010, quy định cụ thể trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh nói chung trong đó có trách nhiệm của tổ chức, cá nhân kinh doanh trong lĩnh vực dược phẩm nói riêng trong việc cung cấp thông tin về hàng hóa, dịch vụ cho người tiêu dùng, bao gồm: “1. Ghi nhãn hàng hóa theo quy định của pháp luật; 2. Niêm yết công khai giá hàng hóa, dịch vụ tại địa điểm kinh doanh, văn phòng dịch vụ; 3. Cảnh báo khả năng hàng hóa, dịch vụ có ảnh hưởng xấu đến sức khỏe, tính mạng, tài sản của người tiêu dùng và các biện pháp

phòng ngừa; 4. Cung cấp thông tin về khả năng cung ứng linh kiện, phụ kiện thay thế của hàng hóa; 5. Cung cấp hướng dẫn sử dụng; điều kiện, thời hạn, địa điểm, thủ tục bảo hành trong trường hợp hàng hóa, dịch vụ có bảo hành; 6. Thông báo chính xác, đầy đủ cho người tiêu dùng về hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung trước khi giao dịch”. Có thể thấy, việc cung cấp thông tin về các loại hàng hóa là được phẩm vô cùng quan trọng để đảm bảo quyền, lợi ích của người tiêu dùng. Việc cung cấp các thông tin như nhãn, giá thành, các hướng dẫn sử dụng... là yếu tố cần thiết để người tiêu dùng có thể lựa chọn loại được phẩm phù hợp với an toàn tính mạng, sức khỏe của chính bản thân.

Bên cạnh những quy định chung tại Luật BVQLNTD năm 2010 thì trong quá trình kinh doanh trong lĩnh vực dược phẩm, cá nhân, tổ chức kinh doanh phải đảm bảo các điều kiện theo quy định của những văn bản pháp luật chuyên ngành, đặc biệt là Luật Dược 2016, cụ thể như sau:

Thứ nhất, quy định về vị trí công việc phải có Chứng chỉ hành nghề dược

Hành nghề dược là việc sử dụng trình độ chuyên môn của cá nhân để kinh doanh dược và hoạt động dược lâm sàng.⁴ Khi một cá nhân nào đó muốn hành nghề dược thì phải được cơ quan có thẩm quyền cấp chứng chỉ hành nghề. Chứng chỉ hành nghề dược là một trong những giấy tờ được cấp khi cá nhân có đầy đủ trình độ chuyên môn cũng như kinh nghiệm nghề nghiệp về dược, cơ quan cấp là cơ quan nhà nước có thẩm quyền hoặc hội nghề nghiệp của ngành nghề dược đó. Theo đó, các vị trí công việc cần phải có Chứng chỉ hành nghề dược bao gồm: Người chịu trách nhiệm chuyên môn về dược của cơ sở kinh doanh dược; Người phụ trách về bảo đảm chất lượng của cơ sở sản xuất thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Người phụ trách công tác dược lâm sàng của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh. Để được cấp chứng chỉ hành nghề, những đối tượng này không những đã phải qua đào tạo về kiến thức, chuyên môn phù hợp, mà còn phải đáp ứng yêu cầu về kinh nghiệm làm việc, thực hành, thời gian công tác phù hợp với kiến thức, văn bằng đã được đào tạo.

Thứ hai, quy định về điều kiện cấp chứng chỉ hành nghề dược: Điều kiện cấp Chứng chỉ hành nghề dược gồm 05 điều kiện, cụ thể:

Các yêu cầu để cấp chứng chỉ hành nghề dược cụ thể như sau:

⁴ Khoản 36 Điều 2 Luật Dược năm 2016

- Về văn bằng, chứng chỉ chuyên môn phù hợp với yêu cầu của từng hình thức kinh doanh dược phẩm. Người được cấp Chứng chỉ hành nghề dược phải có một trong các văn bằng sau đây tùy theo yêu cầu đối với từng hình thức tổ chức kinh doanh thuốc bao gồm: Bằng tốt nghiệp đại học ngành dược (sau đây gọi là Bằng dược sỹ); Bằng tốt nghiệp đại học ngành y đa khoa; Bằng tốt nghiệp đại học ngành y học cổ truyền hoặc đại học ngành dược cổ truyền; Bằng tốt nghiệp đại học ngành sinh học; Bằng tốt nghiệp đại học ngành hóa học; Bằng tốt nghiệp cao đẳng ngành dược...⁵

- Về thời gian thực hành: Có thời gian thực hành tại cơ sở kinh doanh dược, bộ phận dược của cơ sở khám bệnh, chữa bệnh, trường đào tạo chuyên ngành dược, cơ sở nghiên cứu dược, cơ sở kiểm nghiệm thuốc, nguyên liệu làm thuốc, cơ quan quản lý về dược hoặc văn phòng đại diện của thương nhân nước ngoài hoạt động trong lĩnh vực dược tại Việt Nam (sau đây gọi chung là cơ sở dược); cơ sở khám bệnh, chữa bệnh phù hợp với chuyên môn của người hành nghề (Khoản 2 Điều 13 Luật Dược năm 2016). Và tùy từng loại hình kinh doanh dược khác nhau mà thời gian đã qua thực hành cũng khác nhau.

- Về yêu cầu đối với sức khỏe: có giấy chứng nhận đủ sức khỏe để hành nghề dược do cơ sở y tế có thẩm quyền cấp (Khoản 3 Điều 13 Luật Dược năm 2016). Việc đảm bảo về sức khỏe là thủ tục để được cấp giấy chứng nhận sau khi người đó đã trải qua thời gian thực hành và có văn bằng, chứng chỉ chuyên môn phù hợp. Thông thường thì thủ tục này yêu cầu xuất trình được giấy chứng nhận sức khỏe của cơ sở y tế cấp quận, huyện trở lên.

- Về đạo đức nghề nghiệp đối với cá nhân, tổ chức kinh doanh dược: không thuộc trường hợp đang bị truy cứu trách nhiệm hình sự, đang chấp hành bản án, quyết định của Tòa án; trong thời gian bị cấm hành nghề, cấm làm công việc liên quan đến hoạt động dược theo bản án, quyết định của Tòa án; Bị hạn chế năng lực hành vi dân sự (khoản 4 Điều 13 Luật Dược năm 2016).

- Đối với người tự nguyện xin cấp Chứng chỉ hành nghề dược theo hình thức thi, phải đáp ứng đủ Điều kiện theo quy định tại Điều 13 của Luật Dược.

Thứ ba, quy định về hoạt động kinh doanh dược và cơ sở kinh doanh, điều kiện kinh doanh dược

⁵ Khoản 1 Điều 13 Luật Dược năm 2016

Hiện nay, theo quy định tại Điều 32 Luật Dược năm 2016 thì các hoạt động kinh doanh dược bao gồm: Kinh doanh thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Kinh doanh dịch vụ bảo quản thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Kinh doanh dịch vụ kiểm nghiệm thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Kinh doanh dịch vụ thử thuốc trên lâm sàng; Kinh doanh dịch vụ thử tương đương sinh học của thuốc. Trong đó, các cơ sở kinh doanh dược bao gồm: Cơ sở sản xuất thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Cơ sở xuất khẩu, nhập khẩu thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Cơ sở kinh doanh dịch vụ bảo quản thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Cơ sở bán buôn thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Cơ sở bán lẻ thuốc bao gồm nhà thuốc, quầy thuốc, tủ thuốc trạm y tế xã, cơ sở chuyên bán lẻ dược liệu, thuốc dược liệu, thuốc cổ truyền; Cơ sở kinh doanh dịch vụ kiểm nghiệm thuốc, nguyên liệu làm thuốc; Cơ sở kinh doanh dịch vụ thử thuốc trên lâm sàng; Cơ sở kinh doanh dịch vụ thử tương đương sinh học của thuốc. Để tiến hành các hoạt động kinh doanh dược thì các cơ sở nêu trên *phải có Giấy chứng nhận đủ điều kiện kinh doanh Dược*.

Ngoài ra, trong điều 35 của Luật Dược còn đưa ra các cơ sở hoạt động Dược không thuộc diện cấp Giấy chứng nhận đủ Điều kiện kinh doanh dược bao gồm:

- Cơ sở có hoạt động dược nhưng không vì Mục đích thương mại: hoạt động dược nhưng không vì mục đích thương mại, phải tuân thủ điều kiện kinh doanh theo khoản 1 điều 33 Luật Dược - điều kiện về cơ sở vật chất, kỹ thuật và nhân sự;

- Cơ sở kinh doanh có tổ chức kê thuốc: phải là cơ sở có đăng ký kinh doanh, có Điều kiện bảo quản thuốc phù hợp với Điều kiện bảo quản ghi trên nhãn thuốc, có người chịu trách nhiệm chuyên môn có văn bằng chuyên môn sơ cấp dược trở lên và chỉ được bán thuốc thuộc Danh Mục thuốc được bán tại kê thuốc do Bộ trưởng Bộ Y tế quy định;

- Cơ sở nuôi trồng, thu hái dược liệu: phải tuân thủ Thực hành tốt nuôi trồng, thu hái dược liệu;

- Cơ sở y tế thuộc lực lượng vũ trang nhân dân có hoạt động cung ứng thuốc tại vùng đồng bào dân tộc thiểu số, miền núi, hải đảo, vùng có Điều kiện kinh tế - xã hội đặc biệt khó khăn: phải có Điều kiện bảo quản thuốc phù hợp với Điều kiện bảo quản ghi trên nhãn thuốc và có người chịu trách nhiệm chuyên môn có văn bằng chuyên môn sơ cấp dược trở lên.

3.2.2. *Quy định về những hành vi bị nghiêm cấm trong kinh doanh dược phẩm*

Hiện nay, Điều 6 Luật Dược năm 2016 quy định những hành vi bị nghiêm cấm trong kinh doanh dược phẩm. Trước đây, Điều 9 Luật Dược 2005 quy định 13 nhóm hành vi bị nghiêm cấm đối với các hoạt động trong lĩnh vực dược. Tuy nhiên, nội dung quy định tại khoản 2 Điều 52 Luật dược 2005 về hành vi sử dụng lợi ích vật chất, lợi dụng danh nghĩa của tổ chức, cá nhân, các loại thư tín, kết quả nghiên cứu lâm sàng chưa được Bộ Y tế công nhận và các hình thức tương tự để quảng cáo thuốc thực chất là hành vi bị nghiêm cấm. Vì vậy, Luật dược năm 2016 đã chuyển nội dung này lên quy định tại điều những hành vi bị nghiêm cấm. Hình thức sử dụng các bài viết, bài nói, thư cảm ơn trong quảng cáo thuốc cho công chúng là không được phép ngay cả trong trường hợp các nội dung đó là chính danh và sự thật vì tình trạng bệnh lý của mỗi người luôn có sự khác biệt dù cùng mắc chung một loại bệnh. Thuốc điều trị bệnh có thể phù hợp, hiệu quả cho người này nhưng chưa chắc đó hiệu quả cho người khác cùng mắc bệnh do người đó có thể mắc thêm bệnh khác lý khác kèm theo (ví dụ: suy thận, suy gan, gút, tiểu đường, mỡ máu ...), hoặc có những vấn đề mang tính huyết thống như kém hấp thu, kém dung nạp một số chất có thể dẫn đến kém hấp thu thuốc ... Do đó, trong quảng cáo thuốc không cho phép sử dụng thư cảm ơn, bài nói, bài viết... để quảng cáo thuốc vì không khuyến khích người bệnh tự điều trị dựa trên sự mách bảo từ kinh nghiệm của người bệnh khác mà không qua thăm khám, tư vấn của bác sĩ. Đồng thời, Luật dược năm 2016 cũng bổ sung một số hành vi khác xuất phát từ yêu cầu quản lý trong thực tiễn tại điều này, cụ thể: Làm giả, sửa chữa hồ sơ, giấy tờ, tài liệu, giấy chứng nhận của cơ quan, tổ chức có thẩm quyền và tổ chức, cá nhân trong các hoạt động về dược; Bán thuốc cao hơn giá kê khai, giá niêm yết; Kinh doanh dược tại nơi không phải là cơ sở kinh doanh dược đã đăng ký⁶.

Ngoài ra, để BVQLNTD trong lĩnh vực kinh doanh dược phẩm thì bên cạnh những hành vi cấm trong kinh doanh dược phẩm được ghi nhận riêng tại Luật Dược 2016 thì những hành vi bị cấm trong kinh doanh dược phẩm cũng được ghi nhận chung trong Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010, Luật Cạnh tranh 2004 và một số văn bản pháp luật khác có liên quan. Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng quy định những hành vi bị cấm đối với các tổ chức cá nhân sản xuất, kinh doanh hàng hoá, dịch vụ phục vụ tiêu dùng tại Điều 10, theo đó: “*Tổ chức, cá nhân kinh doanh*

⁶ Bộ Y tế, Cục Quản lý Dược, *Tài liệu giới thiệu Luật Dược*

hàng hóa, dịch vụ lừa dối hoặc gây nhầm lẫn cho người tiêu dùng thông qua hoạt động quảng cáo hoặc che giấu, cung cấp thông tin không đầy đủ, sai lệch, không chính xác về một trong các nội dung sau đây: Hàng hóa, dịch vụ mà tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ cung cấp; Uy tín, khả năng kinh doanh, khả năng cung cấp hàng hóa, dịch vụ của tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; Nội dung, đặc điểm giao dịch giữa người tiêu dùng với tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ; Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ lợi dụng hoàn cảnh khó khăn của người tiêu dùng hoặc lợi dụng thiên tai, dịch bệnh để cung cấp hàng hóa, dịch vụ không bảo đảm chất lượng; Tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ không bảo đảm chất lượng gây thiệt hại đến tính mạng, sức khỏe, tài sản của người tiêu dùng”.

Đối với Luật Cạnh tranh năm 2004, đã đưa ra quy định cấm các tổ chức, cá nhân QCMP nhằm cạnh tranh không lành mạnh như: (i) So sánh trực tiếp hàng hóa, dịch vụ của mình với hàng hóa, dịch vụ cùng loại của doanh nghiệp khác; (ii) Bất chước một sản phẩm quảng cáo khác để gây nhầm lẫn cho khách hàng; (iii) Đưa thông tin gian dối hoặc gây nhầm lẫn cho khách hàng về một trong các nội dung sau đây: Giá, số lượng, chất lượng, công dụng, kiểu dáng, chủng loại, bao bì, ngày sản xuất, thời hạn sử dụng, xuất xứ hàng hóa, người sản xuất, nơi sản xuất, người gia công, nơi gia công; Cách thức sử dụng, phương thức phục vụ, thời hạn bảo hành; Các thông tin gian dối, gây nhầm lẫn khác⁷.

Như vậy, để đảm bảo quyền lợi cho người tiêu dùng trong lĩnh vực kinh doanh dược phẩm một cách tối đa và hiệu quả nhất thì các văn bản pháp luật như Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, Luật Cạnh tranh, Luật Dược... đã quy định khá chi tiết các hành vi bị cấm trong kinh doanh dược phẩm, tránh đem lại những hậu quả, bất lợi không đáng có đến cho người tiêu dùng.

3.2.3. Quy định về xử lý vi phạm phát sinh trong lĩnh vực dược phẩm

Điều 11 của Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 quy định: *cá nhân vi phạm pháp luật về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng thì tùy theo tính chất, mức độ vi phạm mà bị xử phạt vi phạm hành chính hoặc bị truy cứu trách nhiệm hình sự nếu gây thiệt hại thì phải bồi thường theo quy định của pháp luật. Đối với tổ chức thì*

⁷ Điều 45 Luật Cạnh tranh năm 2005

không chịu trách nhiệm hình sự, tuy nhiên Bộ Luật hình sự 2015 đã bổ sung chủ thể chịu trách nhiệm hình sự đó là tổ chức là pháp nhân thương mại, trong đó có Điều 194 quy định về tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng. Những điều chỉnh trong BLHS năm 2015 đã nâng cao tính khả thi của việc xử lý hình sự với hành vi vi phạm trong lĩnh vực kinh doanh dược phẩm; nâng cao khả năng răn đe, phòng ngừa vi phạm trong sản xuất, kinh doanh dược phẩm, qua đó góp phần bảo vệ quyền lợi của NTD. Để BVQLNTD nói chung và trong lĩnh vực kinh doanh dược phẩm nói riêng, pháp luật Việt Nam trong đó có BLHS năm 2015 đã quy định rõ và cụ thể hành vi vi phạm trong lĩnh vực kinh doanh dược phẩm, đáp ứng được yêu cầu BVQLNTD.

Bên cạnh đó cơ sở để xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng được quy định tại Nghị định 185/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng và Nghị định 124/2015/NĐ-CP sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định 185/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; Nghị định của Chính phủ số 98/2020/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi NTD đã quy định các hình thức xử phạt và biện pháp khắc phục hậu quả đối với tổ chức, cá nhân kinh doanh, bên thứ ba và chủ phương tiện truyền thông có hành vi vi phạm; Nghị định 117/2020/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế. Tùy theo tính chất, mức độ sẽ bị truy cứu trách nhiệm hình sự, hành chính và bồi thường thiệt hại theo pháp luật dân sự. Phạm vi xử lý vi phạm trong lĩnh vực hình sự được mở rộng thêm đối với pháp nhân thương mại và mức xử phạt vi phạm hành chính được nâng lên, từ đó tạo nên tinh răn đe, nghiêm khắc của pháp luật nước ta.

- Xử phạt hành chính:

Nghị định 117/2020/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế và Nghị định sửa đổi, bổ sung một số điều của Nghị định số 115/2018/ NĐ-CP ngày 04 tháng 9 năm 2018 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính về an toàn thực phẩm và Nghị định số 117/2020/ NĐ-CP ngày 28

tháng 9 năm 2020 của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế. Chẳng hạn như tại Điều 53 quy định về Vi phạm quy định về cơ sở kinh doanh dược và điều kiện kinh doanh dược với mức phạt là từ 1.000.000 đồng đến tối đa 20.000.000 đồng. Hay tại Điều 55 quy định về việc vi phạm quy định về quyền và trách nhiệm của cơ sở kinh doanh dược: 1. Phạt tiền từ 1.000.000 đồng đến 3.000.000 đồng đối với một trong các hành vi sau đây: a) Không báo cáo Bộ Y tế hoặc Sở Y tế, không thực hiện các nghĩa vụ theo quy định của pháp luật trong trường hợp tạm dừng hoạt động từ 06 tháng trở lên hoặc chấm dứt hoạt động; b) Không thông báo, không cập nhật danh sách người có chứng chỉ hành nghề dược đang hành nghề tại cơ sở đến cơ quan nhà nước có thẩm quyền theo quy định của pháp luật...

Ngoài ra, đối với những trường hợp vi phạm trách nhiệm chẳng hạn như trách nhiệm cung cấp thông tin, theo Nghị định số 98/2020/NĐ-CP thì vi phạm trách nhiệm cung cấp thông tin tổ chức, cá nhân kinh doanh chỉ bị xử phạt tối đa 20.000.000 đồng. Hay cùng vi phạm về quảng cáo đưa thông tin sai sự thật nhưng theo Điều 20 Nghị định 75/2019/NĐ-CP quy định về xử phạt hành chính trong lĩnh vực cạnh tranh có thể bị xử phạt từ 100.000.000 đồng đến 200.000.000 đồng

Mức xử phạt hành chính trong các văn bản pháp luật về cùng hành vi vi phạm có sự khác nhau nhưng nhìn chung khá thấp chưa tương xứng với hành vi vi phạm. Như vậy, có thể thấy rằng so với những lợi nhuận mà các cá nhân, tổ chức kinh doanh dược phẩm thu được từ việc thực hiện các hành vi vi phạm pháp luật thì việc ban hành mức xử phạt hành chính như trên là quá thấp.

- *Chế tài hình sự*: Điều 194 BLHS 2015 quy định về tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh. Tuy nhiên, BLHS năm 2015 và các văn bản hướng dẫn thi hành chưa giải thích cụ thể như thế nào là “hàng giả”. Các khái niệm “hàng giả” và hành vi “sản xuất, buôn bán hàng giả” được giải thích căn cứ vào quy định tại khoản 1, khoản 2 và khoản 7 Điều 3 Nghị định số 98/2020/NĐ-CP ngày 26/8/2020 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng (Nghị định số 98). Tuy nhiên, Nghị định này cũng không nêu khái niệm về “hàng giả” mà chỉ liệt kê 06 nhóm “hàng giả”. Điều này dẫn đến quy định về “hàng giả” không bao quát hết tất cả các trường hợp có thể phát sinh trên thực tế. Bên cạnh

đó, văn bản quy phạm pháp luật chuyên ngành được dẫn chiếu thường có tính ổn định không cao. Ví dụ, trước đây quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng là Nghị định số 185/2013/NĐ-CP ngày 15/11/2013 (Nghị định số 185), nay là Nghị định số 98. So sánh 02 văn bản này, có thể nhận thấy tuy cùng bản chất là “hàng giả” nhưng “hàng giả” quy định tại Nghị định số 98 không thống nhất với “hàng giả” quy định tại Nghị định số 185.

- Điều 41 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng 2010, người tiêu dùng hoặc tổ chức xã hội tham gia bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng có quyền khởi kiện vụ án dân sự về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Quy định về quyền khởi kiện của tổ chức xã hội tham gia bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng về mặt lý thuyết đã tạo thuận lợi để bảo vệ quyền lợi cho người tiêu dùng khi họ là bên yếu thế hơn khi tham gia vào quan hệ mua bán hàng hóa, dịch vụ, đồng thời cũng có rất nhiều người tiêu dùng có ý thức pháp luật hạn chế để bảo vệ quyền lợi của mình. Tuy nhiên, trên thực tế, pháp luật vẫn có các quy định hướng dẫn các tổ chức xã hội tham gia bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng trong việc thực hiện chức năng bảo vệ cho người tiêu dùng để khởi kiện vụ án dân sự. Đồng thời, khi khởi kiện các vụ án dân sự, các tổ chức xã hội này sẽ phải gánh chịu các chi phí trong suốt quá trình tham gia tố tụng. Do đó, việc khởi kiện bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng thông qua tổ chức xã hội tham gia bảo vệ quyền lợi của người tiêu dùng hiện nay chưa phát huy hiệu quả.

Bên cạnh đó, Khoản 2 Điều 41 Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 quy định về thủ tục đơn giản trong giải quyết vụ án bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng, dẫn chiếu đến Điều 317 Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 về điều kiện để giải quyết vụ án dân sự theo thủ tục rút gọn. Giữa quy định của Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010 và Bộ luật Tố tụng dân sự năm 2015 là chưa thống nhất. Đồng thời, phải có đầy đủ các điều kiện để áp dụng thủ tục rút gọn được quy định tại khoản 1, 2 và khoản 3 của Điều 317 thì tòa án mới giải quyết. Tuy nhiên, rất khó để đáp ứng được việc áp dụng thủ tục đơn giản trong giải quyết các tranh chấp giữa người tiêu dùng và người bán hàng khi hàng hóa không còn giữ nguyên vẹn, hóa đơn mua hàng không còn...

3.2.4. Quy định về quyền yêu cầu cơ quan quản lý nhà nước bảo vệ quyền lợi phát sinh trong lĩnh vực dược phẩm

Thứ nhất, yêu cầu cơ quan quản lý nhà nước BVQLNTD. Quyền lợi người tiêu dùng chỉ được bảo vệ khi có hành vi vi phạm mà hành vi đó được phát hiện và yêu cầu giải quyết. Bởi lẽ trên thực tế quyền lợi người tiêu dùng trong hoạt động dược phẩm, thuốc chữa bệnh bị xâm hại rất nhiều nhưng không phải hành vi vi phạm nào cũng bị phát hiện hoặc bị phát hiện được yêu cầu giải quyết và cũng có nhiều trường hợp không được giải quyết hoặc giải quyết không thỏa đáng. Vì vậy, số vụ việc phát hiện yêu cầu giải quyết nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng chỉ là một phần trong số các vi phạm xảy ra trên thực tế. Chủ thể có quyền được yêu cầu bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng theo quy định của pháp luật bao gồm có người tiêu dùng và tổ chức xã hội, việc yêu cầu này có thể thực hiện một cách trực tiếp hoặc bằng văn bản. Yêu cầu bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng là động thái tích cực góp phần củng cố, đảm bảo quyền lợi người tiêu dùng được tôn trọng và bảo vệ trên thực tế. Chính vì vậy, khi có hành vi vi phạm xảy ra người tiêu dùng phải nắm rõ những quyền lợi của mình và nhờ đến sự can thiệp cần thiết của các cơ quan chức năng để quyền và lợi ích hợp pháp của mình được đảm bảo.

Thứ hai, tiếp nhận và giải quyết yêu cầu BVQLNTD. Dựa trên hai hình thức yêu cầu trực tiếp và bằng văn bản nên việc tiếp nhận yêu cầu bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng cũng được thực hiện theo hai hình thức sau:

- Trường hợp yêu cầu bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng được lập bằng văn bản, cán bộ phụ trách tiếp nhận có trách nhiệm xem xét và tiếp nhận yêu cầu.

- Trường hợp yêu cầu bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng được trình bày trực tiếp, cán bộ phụ trách tiếp nhận phải lập thành văn bản và yêu cầu người tiêu dùng hoặc người đại diện của tổ chức xã hội tham gia bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng ký tên hoặc điểm chỉ xác nhận vào văn bản đó.

Trong trường hợp cần thiết thì cơ quan quản lý nhà nước về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng sẽ thực hiện biện pháp khắc phục hậu quả hoặc xử lý vi phạm hành chính. Theo đó, biện pháp khắc phục hậu quả bao gồm: Buộc tổ chức, cá nhân kinh doanh thực phẩm, thuốc chữa bệnh thu hồi, tiêu hủy hàng hóa hoặc ngừng cung cấp; Đình chỉ hoặc tạm đình chỉ hoạt động kinh doanh của tổ chức, cá nhân vi phạm; Buộc

tổ chức, cá nhân kinh doanh thực phẩm, thuốc chữa bệnh loại bỏ điều vi phạm quyền lợi người tiêu dùng ra khỏi hợp đồng theo mẫu, điều kiện giao dịch chung.

Bên cạnh việc yêu cầu và giải quyết yêu cầu nhằm bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng thì trong quá trình kiểm tra, thực hiện quyền hạn, trách nhiệm của mình các cơ quan chức năng vẫn có thể bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng khi phát hiện và xử lý vi phạm. Trường hợp này không nhất thiết phải có yêu cầu của người tiêu dùng, tổ chức xã hội⁸.

4. Một số giải pháp hoàn thiện và nâng cao hiệu quả thi hành cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm

Để khắc phục được những hạn chế về cơ chế BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm hiện nay, cần phải hoàn thiện pháp luật ở một số điểm sau đây:

Thứ nhất, cần nâng mức xử phạt đối với hành vi vi phạm của tổ chức, cá nhân kinh doanh dược phẩm để đảm bảo tính răn đe. Nghị định số 185/2013/NĐ-CP quy định xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm hay Nghị định 117/2020/NĐ-CP của Chính phủ quy định xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực y tế cũng chỉ quy định mức tiền phạt tối đa áp dụng cho tổ chức, cá nhân có hành vi vi phạm trong lĩnh vực kinh doanh dược là 100 triệu đồng so với pháp luật của nhiều quốc gia trên thế giới (mức tiền phạt tối đa với hành vi vi phạm pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng ở Pháp là 30000 Euro, ở Hàn Quốc là 30 triệu Won), mức phạt tiền này vẫn còn là quá nhẹ. Bởi lẽ đối với các tổ chức, cá nhân kinh doanh dược phẩm đưa ra những thông tin giới thiệu, quảng cáo, cam kết bảo hành nhằm thu hút người tiêu dùng mua dược phẩm của mình thì số tiền mà cá nhân, tổ chức đó thu về là rất lớn, và có thể gấp nhiều lần số tiền phạt vi phạm đó.

Thứ hai, có quy định cụ thể về khái niệm “hàng giả” và hành vi “sản xuất, buôn bán hàng giả” trong Nghị định số 98/2020/NĐ-CP ngày 26/8/2020 của Chính phủ quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong hoạt động thương mại, sản xuất, buôn bán hàng giả, hàng cấm và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng; cũng như cấu thành tội phạm của tội sản xuất, buôn bán hàng giả là thuốc chữa bệnh, thuốc phòng bệnh thay vì chỉ quy định theo hình thức liệt kê hoặc dẫn chiếu đến các văn bản pháp luật chuyên ngành.

⁸ Mai Kim Hân, *Pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong hoạt động dược phẩm, thuốc chữa bệnh*, Tạp chí Khoa học và Kinh tế phát triển số 10, Trường Đại học Nam Cần Thơ

Thứ ba, như đã nêu ở trên hiện nay pháp luật cho phép người tiêu dùng hoặc tổ chức xã hội có quyền khởi kiện vụ án dân sự về bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng. Tuy nhiên, ngoài việc đợi NTD phản ánh, khiếu nại, các cơ quan chức năng Nhà nước cũng cần có biện pháp ngăn chặn ngay từ đầu và xử lý nghiêm những vi phạm nếu có để răn đe những gian thương có ý định xâm phạm đến quyền lợi của NTD. Đồng thời, xem xét sửa đổi các điều kiện để giải quyết vụ án dân sự theo thủ tục rút gọn nhằm hướng tới bảo vệ quyền lợi tốt hơn cho người tiêu dùng, vốn là người yếu thế trong quan hệ với người bán.

Thứ tư, cần nâng cao năng lực và trách nhiệm của cơ quan quản lý nhà nước trong BVQLNTD trong lĩnh vực dược phẩm: thường xuyên tổ chức những buổi tập huấn, hội thảo chuyên đề để trao đổi kinh nghiệm, nâng cao kiến thức chuyên môn trong lĩnh vực bảo vệ người tiêu dùng nói chung và bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực kinh doanh dược phẩm nói riêng. Từ việc nhận thức rõ trách nhiệm của mình họ sẽ có những biện pháp quyết đoán hơn, mạnh tay hơn khi xử lý các vụ vi phạm, đảm bảo quyền được thông tin và đặc biệt là quyền được bồi thường thiệt hại của người tiêu dùng.

Thứ năm, nâng cao nhận thức cho người tiêu dùng: giáo dục pháp luật để NTD có thể tự tin đối diện với nhà sản xuất kinh doanh để đòi quyền lợi hợp pháp của mình bị xâm phạm đồng thời mạnh dạn khiếu nại, khởi kiện. Trong đó, nội dung giáo dục pháp luật bao gồm: các quyền hợp pháp của người tiêu dùng, cách thức để người tiêu dùng có thể tự bảo vệ mình khi quyền lợi bị xâm phạm cũng như bổ sung những kiến thức về tiêu dùng. Tuyên truyền giáo dục cho người tiêu dùng có thể được thực hiện qua nhiều kênh thông tin như truyền hình, báo chí, hội thảo, tờ rơi,... thậm chí có thể đưa giáo dục tiêu dùng vào nội dung giáo dục cơ bản.

5. Kết luận

Trong bối cảnh hội nhập quốc tế ngày càng sâu rộng, đời sống của người dân ngày càng được nâng cao, Việt Nam cần tiếp tục đổi mới nhận thức, hoàn thiện pháp luật và cơ chế thực thi để đáp ứng yêu cầu cấp thiết về cơ chế bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong lĩnh vực dược phẩm. Đây cũng chính là hoạt động quan trọng bậc nhất để đạt được mục tiêu xây dựng Nhà nước pháp quyền xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong thời gian tới./.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Luật Cạnh tranh năm 2005
2. Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010
3. Luật Dược năm 2016
4. Trung tâm ngôn ngữ và văn hóa Việt Nam, Nguyễn Như Ý (chủ biên – 1988), Đại từ điển tiếng Việt, NXB Văn hoá – Thông tin.
5. Bộ Y tế, Cục Quản lý Dược, *Tài liệu giới thiệu Luật Dược*
6. Mai Kim Hân, *Pháp luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng trong hoạt động dược phẩm, thuốc chữa bệnh*, Tạp chí Khoa học và Kinh tế phát triển số 10, Trường Đại học Nam Cần Thơ.

CONSUMER RIGHTS PROTECTION MECHANISMS IN THE PHARMACEUTICAL SECTOR

Abstract: Respecting, protecting and ensuring human rights in general and protecting the interests of consumers in particular is the viewpoint and guiding line of the Communist Party of Vietnam. Based on the views and guidelines of the Party, the legal framework on consumer interests in Vietnam has also been continuously improved and strengthened, with significant landmark achievements from the Law on Protection of Consumers' Interests in 2010. So far, consumer rights protection mechanism in general and consumer rights protection in the pharmaceutical sector in particular in Vietnam has been quite comprehensive. However, it should be seen that the mechanism to protect of consumer rights in the pharmaceutical sector still has certain limitations that need to continue to be improved.

Keywords: consumer, consumer rights protection mechanism, pharmaceutical sector.

SO SÁNH PHÁP LUẬT PHÁP VÀ PHÁP LUẬT VIỆT NAM VỀ NGHĨA VỤ CUNG CẤP THÔNG TIN TRONG GIAI ĐOẠN GIAO KẾT HỢP ĐỒNG BẢO HIỂM

Phan Quốc Tuấn*

Tóm tắt: Nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm là một nghĩa vụ quan trọng của các bên trong quan hệ hợp đồng bảo hiểm. Nó giúp cho các bên hiểu chính xác những thông tin cần thiết, để đi đến quyết định có giao kết hợp đồng bảo hiểm hay không? Hiện tại, thị trường bảo hiểm Việt Nam phát sinh nhiều tranh chấp liên quan đến nghĩa vụ cung cấp thông tin của các bên trong giai đoạn giao kết hợp đồng. Vì lẽ đó, pháp luật kinh doanh bảo hiểm của Việt Nam cần phải hoàn thiện hơn nữa những quy định liên quan đến vấn đề này. Trên cơ sở so sánh với pháp luật Pháp về nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm, bài viết đề xuất những sửa đổi cần thiết nhằm hoàn thiện pháp luật về kinh doanh bảo hiểm của Việt Nam.

Từ khóa: Nghĩa vụ cung cấp thông tin; Hợp đồng bảo hiểm; Pháp luật Pháp; Pháp luật Việt Nam.

1. Đặt vấn đề

Thị trường bảo hiểm Việt Nam là một thị trường còn trẻ so với thị trường bảo hiểm của những nước Châu Âu. Trong quá trình 30 năm hình thành và phát triển, khung pháp lý cho thị trường bảo hiểm Việt Nam cũng dần hoàn thiện. Luật KDBH hiện hành ra đời dựa trên sự kế thừa và phát triển Luật cũ (Luật KDBH 2000, sửa đổi bổ sung 2010, 2019). Luật cũ có quá nhiều bất cập về nghĩa vụ cung cấp thông tin của các bên trong quan hệ hợp đồng bảo hiểm. Luật KDBH hiện hành đã có nhiều thay đổi tiên bộ, tiếp cận dần với pháp luật về bảo hiểm của các nước phát triển. Tuy nhiên, Luật KDBH vẫn cần phải hoàn thiện hơn nữa, do chưa khắc phục triệt để được những bất cập của Luật cũ và lại có những quy định mới chưa được rõ ràng, gây khó khăn cho các bên trong việc áp dụng pháp luật. Một trong những cách thức giúp hoàn

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: tuanphan1206@gmail.com.

thiện pháp luật bảo hiểm nhanh chóng, là sử dụng phương pháp so sánh luật học, để phân tích những điểm tương đồng cũng như những điểm dị biệt, nhằm rút ra kinh nghiệm từ pháp luật của những nước có thị trường bảo hiểm phát triển và có lịch sử phát triển lâu đời. Thị trường bảo hiểm Pháp là một thị trường lớn ở châu Âu, nước Pháp có lịch sử ngành bảo hiểm hơn 100 năm và có những công ty bảo hiểm hàng đầu thế giới. Việc nghiên cứu thực trạng pháp luật bảo hiểm của Việt Nam về nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm, tìm ra những điểm bất cập, chưa rõ ràng và đối chiếu với những quy định tương tự của pháp luật Pháp sẽ giúp cho Việt Nam ban hành những quy định pháp luật phù hợp hơn. Qua đó, giúp cho các bên trong mối quan hệ hợp đồng bảo hiểm tránh được những tranh chấp không đáng có mà lý do là pháp luật chưa hoàn thiện.

2. Khái quát về nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm

2.1. Thông tin trong giao dịch hợp đồng bảo hiểm

Từ xưa đến nay, để hoạt động kinh doanh có hiệu quả, các tổ chức cá nhân, những chủ thể được hoạt động sản xuất kinh doanh và những chủ thể sử dụng hàng hóa, dịch vụ có được từ hoạt động sản xuất kinh doanh, đều phải thiết lập mối quan hệ trên cơ sở tin cậy lẫn nhau. Trước khi thiết lập mối quan hệ hợp đồng để cùng hợp tác với nhau, các bên thường phải cung cấp cho nhau những thông tin mà bên kia cần biết. Theo nghĩa thông thường, “*thông tin là tất cả các sự việc, sự kiện, ý tưởng, phán đoán làm tăng thêm sự hiểu biết của con người. Thông tin hình thành trong quá trình giao tiếp. Một người có thể nhận thông tin trực tiếp từ người khác thông qua các phương tiện khác nhau như lời nói, văn bản*”¹. Nhằm mục đích các bên hiểu rõ về nhau trước khi ký kết hợp đồng thì các thông tin của các chủ thể tham gia hợp đồng phải có những đặc trưng sau: Thông tin phải chính xác để các bên đưa ra phương án thực hiện hợp đồng hiệu quả nhất; Thông tin phải kịp thời nhằm giúp cho các bên có những điều chỉnh phù hợp để hợp đồng đúng với thực tế hơn; Nội dung thông tin phải rõ ràng, tránh cho việc hiểu nhầm gây tranh chấp hợp đồng về sau.

¹ Phan Quốc Tuấn (2020), *Nghĩa vụ cung cấp thông tin của bên mua trong hợp đồng bảo hiểm tài sản theo pháp luật Việt Nam, luận văn thạc sĩ luật học*, Trường đại học Mở Tp.HCM, tr.28.

Trong lĩnh vực bảo hiểm có đặc thù là “sản phẩm được hình thành trong tương lai”, tức là bên mua hoặc người được bảo hiểm chưa sử dụng dịch vụ ngay khi hợp đồng được ký kết, chỉ khi nào có tổn thất xảy ra (thuộc phạm vi bảo hiểm) thì hợp đồng bảo hiểm mới phát huy tác dụng. Bên mua chấp nhận mua bảo hiểm là vì nhận thấy có khả năng gặp phải rủi ro gây ra tổn thất về mặt tài chính cho họ trong tương lai. Doanh nghiệp bảo hiểm (DNBH) kinh doanh được là do họ đồng ý nhận chuyển giao rủi ro của đối tượng bảo hiểm từ bên mua và cam kết bồi thường, chi trả nếu rủi ro xảy ra dẫn đến tổn thất về tài chính cho bên mua. Để tồn tại được, DNBH phải tuân thủ các nguyên tắc chính, đó là: Luật số lớn (The law of large number), nguyên tắc chia sẻ rủi ro và nguyên tắc trung thực tuyệt đối (Utmost Good Faith)². Hai nguyên tắc đầu giúp DNBH tính toán được khả năng xảy ra tổn thất của đối tượng bảo hiểm và số tiền có thể phải bồi thường, chi trả trong tương lai. Nguyên tắc cuối, nguyên tắc trung thực tuyệt đối là để áp dụng cho việc cung cấp thông tin khi giao kết và thực hiện hợp đồng bảo hiểm. Trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm, DNBH cần có những thông tin chính xác nhất về đối tượng bảo hiểm thì họ mới phân loại rủi ro và xếp đối tượng bảo hiểm vào nhóm rủi ro tương ứng, để rồi mới áp dụng hai nguyên tắc đầu. Từ đó, họ tính ra được phí bảo hiểm, đưa ra điều kiện, điều khoản bảo hiểm. Ở phía ngược lại, đối với bên mua, trong giai đoạn tiền hợp đồng và giao kết hợp đồng thì việc được cung cấp thông tin khi tìm hiểu sản phẩm để mua, sẽ giúp bên mua hiểu được quyền và nghĩa vụ của mình gắn với việc thực hiện các cam kết trong hợp đồng bảo hiểm. Qua đó giúp họ và các bên liên quan như người được bảo hiểm và người thụ hưởng bảo hiểm (nếu có) nhận được quyền lợi tốt nhất từ hợp đồng bảo hiểm.

Rất khó để xác định thế nào là trung thực tuyệt đối, nhưng cũng có những quan điểm về vấn đề này rất đáng để tham khảo và áp dụng như: *“Điều đó có nghĩa là không được phép có bất kỳ sự gian lận hay mưu toan lừa đảo nào. Điều này không có nghĩa là bên bán phải chỉ ra tất cả các khiếm khuyết của hàng hóa mà họ bán ra. Tuy nhiên, khi giới thiệu, thông báo hoặc trả lời câu hỏi, người bán hàng buộc phải đưa ra các câu trả lời trung thực”*³ hoặc *“Trên thực tế, có thể hiểu trung thực tuyệt*

² Xem thêm “Giáo trình bảo hiểm” của tác giả Đặng Văn Dân (2018), Nxb Tài Chính, tr.45 – 47.

³ David Bland (1998), *Insurance Principles and Practice*, Nxb Tài chính, tr.42.

đối trong kinh doanh bảo hiểm là các bên trong hợp đồng bảo hiểm phải đảm bảo tính trung thực khi cung cấp thông tin cũng như trong quá trình thực hiện hợp đồng bảo hiểm. Đây là nguyên tắc quan trọng và xuyên suốt trong quá trình giao kết cũng như thực hiện hợp đồng bảo hiểm”⁴.

Như vậy, thông tin trong giao dịch hợp đồng bảo hiểm là những thông tin liên quan đến đối tượng bảo hiểm, điều kiện, điều khoản và những nội dung khác trong hợp đồng bảo hiểm.

2.2. Nghĩa vụ cung cấp thông tin khi giao kết hợp đồng bảo hiểm

Theo pháp luật dân sự Việt Nam, “Nghĩa vụ là việc mà theo đó, một hoặc nhiều chủ thể (sau đây gọi chung là bên có nghĩa vụ) phải chuyển giao vật, chuyển giao quyền, trả tiền hoặc giấy tờ có giá, thực hiện công việc hoặc không được thực hiện công việc nhất định vì lợi ích của một hoặc nhiều chủ thể khác (gọi chung là bên có quyền)”.⁵ Như vậy, nghĩa vụ cung cấp thông tin khi giao kết hợp đồng bảo hiểm là nghĩa vụ làm cho bên kia (bên có quyền) hiểu rõ về đối tượng bảo hiểm, điều kiện, điều khoản và các nội dung khác của hợp đồng bảo hiểm để họ đưa ra quyết định chính xác nhất.

Trong thực tế, pháp luật về hợp đồng bảo hiểm của tất cả các quốc gia trên thế giới đều diễn đạt tinh thần này. Trong quan hệ hợp đồng bảo hiểm thì việc cung cấp chính xác thông tin của các bên càng phải tuân thủ nghiêm ngặt hơn vì trong quan hệ hợp đồng bảo hiểm có đặc điểm là bất cân xứng về thông tin và quyền lực. Bên mua bảo hiểm là người nắm rõ nhất thông tin của đối tượng bảo hiểm, còn doanh nghiệp bảo hiểm là người biên soạn và ban hành các điều kiện, điều khoản của hợp đồng nên họ luôn đưa vào những điều khoản có lợi hơn cho họ⁶. Quy định này có ý nghĩa quan trọng, nó giúp đảm bảo quyền và nghĩa vụ cho các bên trong quan hệ bảo hiểm, bởi những lý do sau:

Thứ nhất, nhằm đảm bảo quyền lợi cho các bên khi xảy ra sự kiện bảo hiểm bởi thông tin được cung cấp chính xác, trung thực thì khi xảy ra sự kiện bảo hiểm bên

⁴ Trần Trọng Khoái, Đoàn Thị Thu Hương (2008), *Giáo trình bảo hiểm, tài liệu nội bộ của trường đại học kinh doanh và công nghệ Hà Nội*, tr.15.

⁵ Quốc hội (2015), *Bộ Luật dân sự*, Luật số 91/2015/QH13, ngày 24 tháng 11 năm 2015, Đ. 274.

⁶ Nguyễn Thị Thủy (2020), *Pháp luật hợp đồng bảo hiểm con người*, tr.38 - 42.

mua bảo hiểm sẽ được trả tiền bảo hiểm hoặc được bồi thường theo quy định của pháp luật.

Thứ hai, bên mua bảo hiểm là bên yếu thế trong quan hệ bảo hiểm về cả địa vị cũng như hiểu biết về bảo hiểm so với doanh nghiệp bảo hiểm. Vì vậy, pháp luật quy định DNBH phải trung thực tuyệt đối để tránh các trường hợp DNBH vì mục đích lợi nhuận mà xâm phạm quyền của bên mua bảo hiểm.

Thứ ba, đảm bảo cho DNBH không bị xâm phạm quyền lợi trên thực tế khi có trường hợp bên mua lợi dụng sơ hở của pháp luật để gian dối nhằm trục lợi.

Thứ tư, hạn chế tranh chấp phát sinh của các bên trong hợp đồng bảo hiểm, qua đó tính an toàn, trật tự xã hội được đảm bảo.

Tóm lại, một cách khái quát nhất, có thể hiểu rằng nghĩa vụ cung cấp thông tin của các bên trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm là việc các bên bắt buộc phải khai báo tất cả những hiểu biết của mình về đối tượng bảo hiểm, nội dung và điều khoản của hợp đồng bảo hiểm cũng như đưa ra lời khuyên nhằm giúp bên còn lại có quyết định chính xác nhất. Nghĩa vụ này phải thực hiện trên tinh thần “trung thực tuyệt đối”.

3. Quy định của pháp luật Pháp và thực trạng pháp luật Việt Nam về nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm

Pháp luật Pháp và pháp luật Việt Nam đều có các quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin cho các bên trong hợp đồng bảo hiểm. Tại Pháp, các quy định này được pháp điển hoá tại Bộ luật Bảo hiểm⁷, còn ở Việt Nam thì nghĩa vụ cung cấp thông tin được quy định trong Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022⁸, và Nghị định hướng dẫn thi hành Luật kinh doanh bảo hiểm⁹. Nhìn chung, cả hai hệ thống pháp luật đều quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin cho các bên trong hợp đồng bảo hiểm, chủ yếu là bên mua bảo hiểm và DNBH. Tuy nhiên, mỗi hệ thống pháp luật có các quy định khác nhau về nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm.

3.1. Quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin cho bên mua bảo hiểm

Trong quan hệ hợp đồng bảo hiểm, bên mua được xem là bên yếu thế hơn¹⁰, khi mà doanh nghiệp bảo hiểm là bên soạn thảo hợp đồng. Để bên mua có thể tìm

⁷ Bộ luật bảo hiểm Pháp sau đây được gọi là Code des Assurances.

⁸ Luật số 08/2022/QH15 ngày 16 tháng 6 năm 2022.

⁹ Nghị định 46/2023/NĐ-CP ngày 01 tháng 7 năm 2023.

¹⁰ Theo tác giả Dự Ngọc Bích thì quan điểm pháp luật này được nhiều Quốc gia công nhận, nó được thể hiện trong Regulation (recast) của Liên minh Châu Âu.

hiểu và ra quyết định tham gia bảo hiểm thì pháp luật của Pháp và cả Việt Nam đều quy định trước khi giao kết hợp đồng, DNBH hoặc đại diện của họ phải cung cấp thông tin cho bên mua, chủ yếu tập trung các nội dung sau:

Thứ nhất, các quy định về tư vấn trước khi giao kết hợp đồng bảo hiểm. Theo quy định của pháp luật Pháp thì cung cấp thông tin trước tiên là nghĩa vụ của các bên trung gian trong hoạt động bảo hiểm¹¹. Nghĩa vụ này quy định, “*dựa trên thông tin do bên mua bảo hiểm cung cấp, trước khi ký tất cả các hợp đồng bảo hiểm, bên trung gian trong hoạt động bảo hiểm xác định bằng văn bản những yêu cầu của bên mua bảo hiểm và cung cấp cho bên mua bảo hiểm các thông tin khách quan về sản phẩm bảo hiểm được đề nghị theo một hình thức dễ hiểu, chính xác và không gây nhầm lẫn nhằm cho phép bên mua bảo hiểm quyết định một cách sáng suốt*”¹². Sau khi đã cung cấp và giải thích tất cả các điều khoản điều kiện của hợp đồng bảo hiểm thì các bên trung gian còn phải đưa ra lời khuyên “*trước khi ký kết một hợp đồng cụ thể, nhà phân phối bảo hiểm cung cấp cho khách hàng tiềm năng một dịch vụ giới thiệu được cá nhân hóa, dịch vụ này bao gồm việc giải thích cho bên mua lý do tại sao lại chọn một hoặc một số hợp đồng đó*”¹³. Thậm chí, pháp luật Pháp còn quy định “*nhà phân phối sản phẩm bảo hiểm không được trả thù lao hoặc không trả thù lao hoặc đánh giá hiệu quả hoạt động của nhân viên theo cách trái với nghĩa vụ hành động vì lợi ích tốt nhất của bên mua*”¹⁴. Tức là, các bên trung gian không được đưa ra bất cứ quyền lợi nào cho nhân viên để tư vấn cho khách hàng những điều trái với lợi ích của khách. Quy định này là tương đồng với quy định của Liên minh châu Âu, trong Chỉ thị 2016/97 về phân phối bảo hiểm của Nghị viện châu Âu cũng có quy định “*các Quốc gia Thành viên phải đảm bảo rằng các nhà phân phối bảo hiểm không được trả thù lao hoặc không trả thù lao hoặc đánh giá hiệu quả công việc của nhân viên theo cách mâu thuẫn với nghĩa vụ của họ là hành động vì lợi ích tốt nhất của khách hàng. Cụ thể, nhà phân phối bảo hiểm không được thực hiện bất kỳ thỏa thuận nào về thù lao, mục tiêu bán hàng hoặc cách khác có thể tạo động lực cho chính họ hoặc nhân viên của họ nhằm giới thiệu một sản phẩm bảo hiểm cụ thể cho khách hàng, khi*

¹¹ Các chủ thể là trung gian bảo hiểm được quy định tại Điều L511-1 của Code des Assurances.

¹² Code des Assurances, Điều L521-4, khoản I

¹³ Code des Assurances, Điều L521-4, khoản II

¹⁴ Code des Assurances, Điều L521-1, khoản III

mà có thể cung cấp một sản phẩm bảo hiểm khác sẽ đáp ứng tốt hơn nhu cầu của khách hàng”.¹⁵ Quy định này nhằm tránh trường hợp nhân viên phân phối sản phẩm bảo hiểm vì lợi ích cá nhân của mình (có thể là nhận hoa hồng cao hơn) mà tư vấn cho khách hàng mua một sản phẩm không phù hợp với khách.

Như vậy, ngoài quy định về cung cấp thông tin chính xác và rõ ràng về sự kiện pháp lý và các quyền lợi mà bên mua bảo hiểm được hưởng khi sự kiện đó phát sinh, pháp luật Pháp còn quy định là các bên trung gian phải đưa ra lời khuyên đối với khách hàng tiềm năng và chứng minh là lời khuyên của mình là phù hợp đối với khách. Nghĩa vụ này xuất phát từ nguyên tắc công khai, minh bạch của tất cả các hoạt động nghề nghiệp. Các chủ thể trung gian bảo hiểm là người hướng dẫn khách hàng một cách chi tiết, vì vậy họ phải tuân thủ nghĩa vụ này.

Pháp luật kinh doanh bảo hiểm của Việt Nam quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin của DNBH “*giải thích rõ ràng, đầy đủ cho bên mua bảo hiểm về quyền lợi bảo hiểm, điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm, quyền và nghĩa vụ của bên mua bảo hiểm khi giao kết hợp đồng bảo hiểm*”¹⁶ và đặc biệt hơn “*trường hợp có điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài phải quy định rõ trong hợp đồng bảo hiểm, phải giải thích rõ ràng, đầy đủ và có bằng chứng xác nhận việc bên mua bảo hiểm đã được doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài giải thích đầy đủ và hiểu rõ nội dung này khi giao kết hợp đồng bảo hiểm*”. Theo pháp luật kinh doanh bảo hiểm Việt Nam thì Đại lý bảo hiểm là đại diện ủy quyền của DNBH. “*Đại lý bảo hiểm là tổ chức, cá nhân được doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài, tổ chức tương hỗ cung cấp bảo hiểm vi mô ủy quyền trên cơ sở hợp đồng đại lý bảo hiểm để thực hiện hoạt động đại lý bảo hiểm*”¹⁷, nên các quy định đối với DNBH thì xem như đại lý bảo hiểm cũng phải thực hiện. Ngoài ra pháp luật còn có quy định riêng nghĩa vụ của đại lý bảo hiểm là “*tư vấn, giới thiệu, chào bán sản phẩm bảo hiểm; cung cấp các*

¹⁵ The European Parliament And The Council Of The European Union (2016), *Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 of 2016 on Insurance January (recast)*, Article 17.

¹⁶ Quốc hội (2022), *Luật kinh doanh bảo hiểm (sửa đổi)*, số 08/2022/QH15, ngày 16 tháng 6 năm 2022, Điều 20.

¹⁷ Quốc hội (2022), *Luật kinh doanh bảo hiểm (sửa đổi)*, số 08/2022/QH15, ngày 16 tháng 6 năm 2022, Điều 124

thông tin về sản phẩm bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài, tổ chức tương hỗ cung cấp bảo hiểm vi mô đầy đủ, chính xác cho bên mua bảo hiểm và giải thích rõ ràng, đầy đủ về quyền lợi bảo hiểm, điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm, quyền và nghĩa vụ của bên mua bảo hiểm; không được tự ý kê khai thông tin cho bên mua bảo hiểm khi chưa có sự đồng ý của bên mua bảo hiểm”¹⁸. Đối với trung gian bảo hiểm là doanh nghiệp môi giới bảo hiểm thì pháp luật Việt Nam không quy định bắt buộc phải thực hiện các quy định như đại lý bảo hiểm. Tuy nhiên, pháp luật lại đưa ra những điều cấm doanh nghiệp môi giới không được làm như:

Doanh nghiệp môi giới bảo hiểm không được thực hiện các hành vi sau đây:

- a) Ngăn cản bên mua bảo hiểm, người được bảo hiểm cung cấp các thông tin liên quan đến hợp đồng bảo hiểm hoặc xúi giục bên mua bảo hiểm, người được bảo hiểm không kê khai các chi tiết liên quan đến hợp đồng bảo hiểm;*
- b) Khuyến mại dưới hình thức hứa hẹn cung cấp các quyền lợi bất hợp pháp để xúi giục khách hàng giao kết hợp đồng bảo hiểm;*
- c) Xúi giục bên mua bảo hiểm hủy bỏ hợp đồng bảo hiểm đang có hiệu lực để mua hợp đồng bảo hiểm mới;*
- d) Tư vấn cho khách hàng mua bảo hiểm tại một doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài với các điều kiện, điều khoản kém cạnh tranh hơn so với doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài khác nhằm thu được hoa hồng môi giới cao hơn;*
- đ) Cung cấp cho khách hàng thông tin sai lệch, không phù hợp nội dung điều kiện, điều khoản bảo hiểm của doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài.¹⁹*

Theo những nội dung này, pháp luật Việt Nam tập trung vào việc quy định phía bên người bán hoặc đại diện của họ phải giải thích cho khách hàng hiểu về sản phẩm bảo hiểm chứ chưa đề cập đến việc phải đưa ra lời khuyên cuối cùng cho khách hàng trước khi chọn loại sản phẩm bảo hiểm. Đặc thù này xuất phát từ quy định đại lý chỉ

¹⁸ Quốc hội (2022), *Luật kinh doanh bảo hiểm*, Luật số 08/2022/QH15, ngày 16 tháng 6 năm 2022, Điều 129.

¹⁹ Quốc hội (2022), *Luật kinh doanh bảo hiểm*, Luật số 08/2022/QH15, ngày 16 tháng 6 năm 2022, Điều 137.

được làm đại diện cho một doanh nghiệp bảo hiểm, pháp luật quy định “*Cá nhân không được đồng thời làm đại lý bảo hiểm cho doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài khác hoạt động trong cùng loại hình bảo hiểm với doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài mà cá nhân đó đang làm đại lý*”²⁰. Đối với các đại lý tổ chức thì pháp luật có cho phép có thể làm đại lý cho DNBH khác nếu được DNBH mà đại lý đó đang làm cho phép. Tuy nhiên, trên thực tế để có được nhiều ưu đãi và những quyền lợi vượt trội thì các đại lý tổ chức này thường chọn phương thức ký hợp đồng đại lý độc quyền với một DNBH, Đặc biệt, mô hình đại lý độc quyền này hầu như áp dụng ở tất cả các ngân hàng²¹. Vậy, nếu đại lý hoặc đại diện của doanh nghiệp bảo hiểm tư vấn, giải thích các điều khoản, điều kiện xong cho khách hàng mà thấy nhu cầu của khách không phù hợp với sản phẩm công ty mình thì họ vẫn cứ phải bán, vì ít có ai giải thích cho khách hàng hiểu, rồi đưa ra lời khuyên khách hàng nên mua ở công ty khác cho phù hợp. Chính vì không có quy định phải đưa ra lời khuyên phù hợp nên thị trường bảo hiểm Việt Nam vừa trải qua khủng hoảng niềm tin và sự cố khách hàng khiếu nại đòi hủy bỏ hợp đồng dẫn đến có DNBH phải trả lại phí bảo hiểm cho khách hàng lên đến hàng nghìn tỷ đồng.²²

Đối với quy định phải có bằng chứng đã giải thích cho khách hàng hiểu về điều khoản loại trừ cũng khó phát huy tác dụng trong thực tiễn. Theo quy định của pháp luật dân sự thì “*đề nghị giao kết hợp đồng là việc thể hiện rõ ý định giao kết hợp đồng và chịu sự ràng buộc về đề nghị này của bên đề nghị đối với bên đã được xác định hoặc tới công chúng (sau đây gọi chung là bên được đề nghị)*”.²³ Vậy, bên mua bị ràng buộc bởi nội dung của Giấy yêu cầu bảo hiểm. Trong những mẫu giấy này, DNBH luôn luôn in sẵn các nội dung thể hiện là bên mua cam kết đã được DNBH giải thích tất cả các nội dung của hợp đồng, đương nhiên là bao gồm cả nội dung điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm, khi giao kết hợp đồng. Thật vậy, tại Đơn yêu

²⁰ Quốc hội (2022), *Luật kinh doanh bảo hiểm*, Luật số 08/2022/QH15, ngày 16 tháng 6 năm 2022, Điều 127.

²¹ Kim Lan (2023), *Bàn chuyện hợp tác độc quyền bảo hiểm - ngân hàng*,

<https://www.tinnhanhchungkhoan.vn/ban-chuyen-hop-tac-doc-quyen-bao-hiem-ngan-hang-post317278.html> (truy cập 3/3/2023)

²² Quỳnh Nga (2023), *Manulife chi hơn 1.500 tỷ đồng trả cho khách hủy bỏ hợp đồng*,

<https://tienphong.vn/manulife-chi-hon-1500-ty-dong-tra-cho-khach-huy-bo-hop-dong-post1573963.tpo> (truy cập 3/3/2023)

²³ Quốc hội (2015), *Bộ luật dân sự 2015*. Luật số 91/2015/QH13, ngày 24 tháng 11 năm 2015, Đ.386.

cầu bảo hiểm của công ty BHNT Phú Hưng có nội dung “*Chúng tôi bằng việc ký tên dưới đây cam kết rằng chúng tôi đã đọc/được nghe đại lý đọc/giải thích rõ toàn bộ nội dung/yêu cầu trong Đơn yêu cầu bảo hiểm/Tờ khai sức khỏe này, bộ Quy tắc, Điều khoản, Tài liệu minh họa bán hàng thuộc bộ Hợp đồng bảo hiểm nhân thọ mà chúng tôi sẽ tham gia bảo hiểm và xác nhận chúng tôi đã cung cấp thông tin đầy đủ và chính xác cho hợp đồng bảo hiểm này, ...*”²⁴ hoặc theo mẫu Đơn yêu cầu bảo hiểm của công ty BHNT Manulife có nội dung in sẵn lời cam kết của bên mua “*Tôi/chúng tôi bằng việc ký tên dưới đây cam kết rằng tôi/chúng tôi đã đọc/được nghe đại lý đọc/giải thích toàn bộ nội dung/yêu cầu trong đơn này và các biểu mẫu khác, nếu có, và xác nhận tôi/chúng tôi đã đồng ý hoặc tự mình cung cấp và kê khai các thông tin và trả lời trong đơn này hay các biểu mẫu liên quan*”.²⁵ Tác giả cho rằng, nếu pháp luật KDBH không quy định rõ về “bằng chứng” trong trường hợp này là gì? thì những nội dung được DNBH in sẵn thay cho lời cam kết của bên mua chính là bằng chứng DNBH đã giải thích rõ điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm cho bên mua hiểu khi giao kết HĐBH. Những bằng chứng dạng này luôn xuất hiện trong các giao dịch có sử dụng hợp đồng mẫu hoặc giao dịch thương mại điện tử. Bên mua muốn “gia nhập” thì cần phải cam kết đã hiểu tất cả các nội dung mà bên soạn hợp đồng mẫu quy định. Cụ thể, trong trường hợp này là phải ký tên vào Giấy yêu cầu bảo hiểm và cam kết đã được DNBH cung cấp toàn bộ thông tin cần thiết khi giao kết hợp đồng, mặc dù trên thực tế không phải lúc nào các bên cũng làm tròn trách nhiệm của mình như nội dung soạn sẵn.

Tóm lại, pháp luật Việt Nam chưa quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin của DNBH (bao gồm cả đại lý bảo hiểm) và doanh nghiệp môi giới bảo hiểm giống nhau. DNBH và đại diện của họ bị ràng buộc phải giải thích tất cả các nội dung cần thiết, nhưng lại không quy định phải đưa ra lời khuyên cuối cùng cho khách hàng. Còn về phía doanh nghiệp môi giới bảo hiểm thì mặc dù có quy định cấm không được tư vấn cho khách chọn sản phẩm không phù hợp để nhận hoa hồng cao, nhưng lại không hề quy định phải giải thích mọi thông tin như đại lý bảo hiểm, mặc dù hai chủ

²⁴ Giấy yêu cầu bảo hiểm của công ty BHNT Phú Hưng, Mục H: CAM KẾT.

²⁵ Đơn yêu cầu bảo hiểm của công ty BHNT Manulife, mục CAM KẾT.

thể này đều là trung gian bảo hiểm. Trong khi đó, pháp luật Pháp quy định tất cả các trung gian bảo hiểm đều phải thực hiện nghĩa vụ như nhau.

Thứ hai, quy định về những tài liệu cung cấp thông tin bán hàng trước khi giao kết hợp đồng

Trong giai đoạn giao kết HĐBH, pháp luật Pháp quy định nghĩa vụ cung cấp thông tin của doanh nghiệp bảo hiểm, cụ thể “doanh nghiệp bảo hiểm bắt buộc phải cung cấp phiếu thông tin về giá và sản phẩm bảo hiểm trước khi ký kết hợp đồng bảo hiểm. Trước khi ký kết hợp đồng bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm phải gửi cho bên mua bảo hiểm một bản dự thảo hợp đồng và những phụ lục của hợp đồng hoặc một bản ghi chú thông tin về hợp đồng mô tả chính xác sản phẩm bảo hiểm, các trường hợp loại trừ trách nhiệm bảo hiểm cũng như nghĩa vụ của bên mua bảo hiểm”²⁶. và “việc gửi các tài liệu này phải được bên mua bảo hiểm xác nhận bằng cách ký tên và ghi ngày tháng năm nhận vào cuối tờ bảo hiểm”²⁷. Nghĩa vụ này cũng được áp dụng trong các hợp đồng giao kết từ xa. Trong trường hợp hợp đồng được giao kết qua điện thoại, doanh nghiệp bảo hiểm không thể gửi trước các tài liệu trên thì phải gửi đến bên mua bảo hiểm các thông tin tương đương và phải gửi ngay lập tức sau khi ký kết hợp đồng”²⁸. Những quy định này của pháp luật Pháp giúp cho người mua bảo hiểm có được thông tin một cách tổng thể và chi tiết, vì những thông tin do phía doanh nghiệp bảo hiểm cung cấp bao gồm cả dự thảo hợp đồng và các điều kiện điều khoản bảo hiểm.

Khác với pháp luật Pháp, pháp luật Việt Nam chỉ quy định doanh nghiệp bảo hiểm phải “cung cấp cho bên mua bảo hiểm bản yêu cầu bảo hiểm, bảng câu hỏi liên quan đến rủi ro được bảo hiểm, đối tượng bảo hiểm, quy tắc, điều kiện, điều khoản bảo hiểm”²⁹. Theo đó, các doanh nghiệp bảo hiểm không phải cung cấp dự thảo hợp đồng bảo hiểm cho khách. HĐBH là một dạng hợp đồng mẫu, do chính DNBH biên soạn, trong đó ngoài điều khoản bảo hiểm thì còn rất nhiều nội dung quan trọng khác. Nếu khách hàng không được xem trước thì có thể dẫn đến thiệt thòi khi đã giao kết. Quy định này cũng chưa phù hợp với quan điểm của luật bảo vệ người tiêu dùng, đó

²⁶ Code des Assurances, Điều L112-2.

²⁷ Code des Assurances, Điều L112-3, khoản I

²⁸ Code des Assurances, Điều L112-3, khoản II

²⁹ Quốc hội (2022), Luật kinh doanh bảo hiểm, Luật số 08/2022/QH15, ngày 16 tháng 6 năm 2022, Đ.20, k.2.

là “*khi giao kết hợp đồng theo mẫu, tổ chức, cá nhân kinh doanh hàng hóa, dịch vụ phải dành thời gian hợp lý để người tiêu dùng nghiên cứu hợp đồng*”³⁰. Điều này dễ dẫn đến thực tiễn là doanh nghiệp bảo hiểm cung cấp trong một thời gian không phù hợp để khách hàng có thể đọc, hiểu được nhằm đưa ra quyết định chính xác.

3.2. Quy định về nghĩa vụ cung cấp thông tin cho doanh nghiệp bảo hiểm.

Trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm, bên mua bảo hiểm cũng có nghĩa vụ cung cấp thông tin cho DNBH. Việc hoàn thành nghĩa vụ này là cơ sở để bên mua bảo hiểm yêu cầu DNBH trả tiền cho người thụ hưởng hoặc bồi thường cho người được bảo hiểm khi sự kiện bảo hiểm xảy ra. Nghĩa vụ này nhằm đảm bảo cho DNBH tính toán được mức độ rủi ro, tính toán phí bảo hiểm và quan trọng hơn nữa là để làm cơ sở quyết định việc có hay không ký kết hợp đồng bảo hiểm với bên mua.

Theo quy định của pháp luật Pháp, bên mua bảo hiểm có nghĩa vụ “*trả lời chính xác các câu hỏi mà công ty bảo hiểm đặt ra, đặc biệt là trong mẫu khai báo rủi ro mà công ty bảo hiểm hỏi khi ký kết hợp đồng, về các tình huống mà công ty bảo hiểm có thể đánh giá cao những rủi ro mà công ty bảo hiểm phải gánh chịu*”³¹. Theo quy định này thì bên mua bảo hiểm chỉ cần trả lời chính xác những câu hỏi trong mẫu khai báo rủi ro. Nội dung này sử dụng từ “*đặc biệt*” nhằm nhấn mạnh những thông tin đó là quan trọng, nó giúp DNBH đánh giá đúng rủi ro mà họ có thể phải gánh chịu khi chấp nhận giao kết hợp đồng. DNBH không thể viện dẫn rằng bên mua bảo hiểm đã cố ý che giấu thông tin đối với những vấn đề mà DNBH đặt câu hỏi thêm nhưng không nêu ra trong mẫu khai báo rủi ro. Do đó, quy định này giúp bên mua biết thông tin nào quan trọng và thông tin nào là thông tin bổ sung.

Đối với quy định này, Luật kinh doanh bảo hiểm của Việt Nam thể hiện ở hai Điều luật. Tại điểm a khoản 2 Điều 21 của Luật này quy định bên mua phải “*Kê khai đầy đủ, trung thực mọi thông tin có liên quan đến hợp đồng bảo hiểm theo yêu cầu của doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài*”³². Mặt khác, tại khoản 1 Điều 22 của Luật KDBH quy định rằng khi giao kết hợp đồng bảo hiểm, “*bên mua bảo hiểm có trách nhiệm cung cấp đầy đủ, trung thực*

³⁰ Quốc hội (2010), *Luật bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng*, Luật số: 59/2010/QH12, 17/11/2010, Đ.17.

³¹ Code des Assurances, Điều L113-2, khoản II

³² Quốc hội (2022), *Luật Kinh doanh bảo hiểm*, Luật số 08/2022/QH15, ngày 16 tháng 6 năm 2022, Đ.21, k1.

*thông tin liên quan đến đối tượng bảo hiểm cho doanh nghiệp bảo hiểm, chi nhánh doanh nghiệp bảo hiểm phi nhân thọ nước ngoài”.*³³ Theo đó, một Điều luật quy định bên mua có nghĩa vụ phải cung cấp mọi thông tin liên quan đến hợp đồng bảo hiểm, tức là tất cả những thông tin gì mà nội dung hợp đồng có thể hiện. Một Điều luật khác thì quy định bên mua phải có trách nhiệm cung cấp thông tin đầy đủ, trung thực về đối tượng bảo hiểm. Quy định như vậy khó xác định được phạm vi thông tin mà bên mua phải cung cấp, DNBH có thể lợi dụng quy định ở Điều 21 để yêu cầu bên mua cung cấp những thông tin không cần thiết, hoặc xâm phạm những thông tin riêng tư của bên mua. Hợp đồng bảo hiểm có nhiều nội dung quy định về nghĩa vụ của bên mua, một trong những nghĩa vụ đó là nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm đầy đủ. Nếu DNBH yêu cầu bên mua bảo hiểm chứng minh khả năng đóng phí bằng cách chứng minh tài chính, cung cấp thông tin về các khoản nợ, v.v... thì yêu cầu này có hợp lý và hợp pháp không? Nếu sau khi xảy ra tổn thất, DNBH có bằng chứng chứng minh thông tin tài chính do bên mua cung cấp không đúng thì có được phép tuyên bố bên mua vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin nhằm loại trừ trách nhiệm bảo hiểm hay không? Tác giả cho rằng, thông tin dạng này chỉ là những thông tin mang tính chất tham khảo, không liên quan nhiều đến đối tượng bảo hiểm, là chủ thể chính của hợp đồng bảo hiểm. Thông tin liên quan đến đối tượng bảo hiểm là thông tin về tuổi thọ, tính mạng (đối với bảo hiểm nhân thọ) và tình trạng sức khỏe (đối với bảo hiểm sức khỏe) của người được bảo hiểm³⁴ và là tài sản theo quy định của Bộ luật Dân sự³⁵ (đối với bảo hiểm tài sản). Đây chính là những thông tin quan trọng cần phải kê khai trung thực nhất. Bất cập này tồn tại từ Luật KDBH 2000 sửa đổi bổ sung 2010, 2019 nhưng Luật KDBH 2022 vẫn không thay đổi. Trên thực tế, các Tòa án cũng có những quan điểm khác nhau khi nhận định vấn đề. Cụ thể, trường hợp tranh chấp giữa khách hàng V và công ty bảo hiểm PH. Tại bản án sơ thẩm số 196/2019/DS-ST: tranh chấp hợp đồng bảo hiểm, ngày 14/9/2019, Tòa án nhân dân Quận 7, Tp. Hồ Chí Minh đã tuyên khách hàng V thua kiện vì đã không cung cấp toàn bộ thông tin liên quan đến hợp

³³ Quốc hội (2022), *Luật Kinh doanh bảo hiểm*, Luật số 08/2022/QH15, ngày 16 tháng 6 năm 2022, Đ.22, kl.

³⁴ Xem thêm quy định tại Điều 33 Luật KDBH hiện hành

³⁵ Xem thêm quy định tại Điều 43 Luật KDBH hiện hành

đồng bảo hiểm cho công ty bảo hiểm PH.³⁶ Tại phiên tòa phúc thẩm, đại diện nguyên đơn cho rằng thông tin về các HĐBH liên quan chỉ là thông tin tham khảo, để đánh giá tình hình tài chính và khả năng đóng phí bảo hiểm của ông V. Thông tin này không có ý nghĩa nhiều trong việc quyết định giao kết hợp đồng của công ty bảo hiểm PH. Những thông tin quan trọng về tình trạng sức khỏe của đối tượng bảo hiểm đã được ông V cung cấp đầy đủ cho công ty bảo hiểm PH. Mặt khác, đại diện nguyên đơn cũng dẫn chứng một trường hợp khác, trong quá trình đàm phán giao kết HĐBH với công ty bảo hiểm PH, có khai đã có HĐBH nhân thọ rồi nhưng công ty bảo hiểm PH vẫn giao kết HĐBH với người đó. Do đó, không có cơ sở cho rằng nếu biết được thông tin ông V có mua nhiều HĐBH thì công ty bảo hiểm PH sẽ từ chối không giao kết HĐBH với ông V. Tòa chấp nhận lập luận này và tuyên chấp nhận một phần kháng cáo của bị đơn. Buộc công ty bảo hiểm PH chi trả một phần trong số tiền ông V yêu cầu.³⁷

Như vậy, cùng một sự việc nhưng ở hai cấp Tòa lại nhận định trái ngược vì dựa vào hai Điều luật khác nhau của Luật KDBH.

Qua so sánh chúng ta thấy, pháp luật Pháp quy định nghĩa vụ cung cấp thông tin của bên mua có tập trung và giới hạn, phân biệt thông tin quan trọng và thông tin tham khảo. Trong khi đó, theo pháp luật Việt Nam, bên mua phải cung cấp mọi thông tin nếu có yêu cầu của DNBH và không phân biệt thông tin nào là thông tin quan trọng và thông tin nào là thông tin tham khảo.

3.3. Hậu quả pháp lý của việc vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin

³⁶ Tóm tắt vụ việc, Ông V mua bảo hiểm của công ty bảo hiểm PH. Tại mục D của Đơn yêu cầu bảo hiểm “CÁC HỢP ĐỒNG LIÊN QUAN” ông V đã kê khai là KHÔNG đối với câu hỏi “Hiện nay ông bà có đang được bảo hiểm hoặc đang yêu cầu bảo hiểm ở các công ty bảo hiểm nhân thọ, kể cả công ty CPBHNT PH không? Nếu có, vui lòng kê khai các hợp đồng bảo hiểm”. Trên thực tế, trước khi ký HĐBH với công ty bảo hiểm PH thì ông V đã có ký 2 hợp đồng với công ty bảo hiểm nhân thọ D. Sau đó ông V bị tai nạn cụt hai ngón tay. Trong quá trình giải quyết bồi thường, giữa ông V và công ty bảo hiểm PH không thống nhất được nên ông V kiện công ty PH ra Tòa án Q7, Tp.HCM. Tại phiên tòa sơ thẩm, bị đơn là công ty bảo hiểm PH trình bày quan điểm là ông V đã vi phạm Điều 18 của Luật KDBH 2000 sửa đổi bổ sung 2010, 2019, tức là không cung cấp “mọi thông tin liên quan đến hợp đồng theo yêu cầu của DNBH”. Việc ông V khai KHÔNG vào câu hỏi trên, mà thực tế đã có hai HĐBH nhân thọ trước đó rồi, làm cho công ty bảo hiểm PH đánh giá sai về đối tượng bảo hiểm và đã chấp nhận bảo hiểm. Nếu biết được thông tin này thì công ty bảo hiểm PH đã không giao kết HĐBH với ông V. Đề nghị Tòa tuyên hợp đồng vô hiệu do bị lừa dối. Tòa chấp nhận lập luận này và đình chỉ thực hiện hợp đồng.

³⁷ Tòa án nhân dân TP. HCM, *Bản án số 137/2021/DS-PT: tranh chấp hợp đồng bảo hiểm*, ngày 02/02/2021.

Pháp luật Pháp quy định hậu quả pháp lý trong trường hợp kê khai sai hoặc thiếu sót thông tin như sau: “*hợp đồng bảo hiểm vô hiệu trong trường hợp người được bảo hiểm miễn cưỡng hoặc cố ý trình bày sai, khi sự miễn cưỡng hoặc tuyên bố sai này làm thay đổi đối tượng của rủi ro hoặc làm giảm ý kiến của người bảo hiểm về rủi ro đó, mặc dù rủi ro bị người được bảo hiểm bỏ qua hoặc trình bày sai không ảnh hưởng đến yêu cầu bồi thường*”³⁸. Tuy nhiên, “*việc bỏ sót hoặc khai báo không chính xác về phía người được bảo hiểm mà ý đồ xấu chưa được xác lập sẽ không dẫn đến việc bảo hiểm bị tuyên bố vô hiệu*”³⁹. Theo quy định này, việc vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin của bên mua sẽ làm hợp đồng bảo hiểm bị vô hiệu, mặc dù thông tin sai đó không có mối liên hệ “nhân – quả” và hoàn toàn độc lập với tổn thất. Tuy nhiên, quy định này chỉ áp dụng khi đó là lỗi cố ý của bên mua, còn nếu lỗi do vô ý thì hợp đồng không bị vô hiệu. Việc xác định tính không chính xác của thông tin có thể dễ dàng thực hiện thông qua đối chiếu với thực tế. Tuy nhiên, để đánh giá có yếu tố lỗi che giấu thông tin hoặc cố ý hay vô ý kê khai thông tin sai thì phải do Tòa án đánh giá theo từng vụ việc cụ thể. Tác giả cho rằng quy định này là hợp lý, vì trong giai đoạn giao kết hợp đồng bên mua chỉ khai báo thông tin theo yêu cầu của doanh nghiệp bảo hiểm. Vì lẽ đó, để đánh giá khách quan việc hợp đồng có giá trị hay không thì phải do Tòa án quyết định.

Vấn đề này, pháp luật Việt Nam quy định, trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm mà một trong hai bên, DNBH hoặc bên mua, khai sai thông tin thì bên còn lại có quyền hủy bỏ hợp đồng.⁴⁰ Trong khi đó, nếu một trong hai chủ thể trên lừa dối khi giao kết thì hợp đồng bảo hiểm bị vô hiệu.⁴¹ Bản chất của việc cố ý khai không trung thực, không chính xác những thông tin khi giao kết hợp đồng chính là hành vi lừa dối. Tuy nhiên, hậu quả pháp lý của nó là hợp đồng bị hủy, chứ không bị vô hiệu. Phản hồi những ý kiến thắc mắc về việc này, Ủy ban thường vụ Quốc hội đã giải thích trong giao dịch bảo hiểm ở Việt Nam hiện nay còn nhiều trường hợp khách hàng khai sai, nếu quy định hậu quả là hợp đồng vô hiệu thì áp lực lên ngành Tòa án, nên pháp luật quy định theo hướng hợp đồng bị hủy theo quy định “*bên kia vi phạm nghiêm*

³⁸ Code des Assurances, Điều L113-8.

³⁹ Code des Assurances, Điều L113-9.

⁴⁰ Xem quy định này tại Điều 22, Luật Kinh doanh bảo hiểm 2022.

⁴¹ Xem quy định Hợp đồng vô hiệu tại Điều 25, Luật Kinh doanh bảo hiểm 2022.

*trọng nghĩa vụ hợp đồng*⁴² tại Bộ luật Dân sự. Giải thích này chưa thực sự thỏa đáng vì những lý do sau:

Thứ nhất, đánh đồng việc cố ý và vô ý khai sai thông tin, cứ khai sai là vi phạm nghiêm trọng nghĩa vụ hợp đồng.

Thứ hai, không giải thích được lừa dối khi khai báo thông tin với các hành vi lừa dối khác làm hợp đồng bị vô hiệu khác nhau chỗ nào.

Thứ ba, không có Tòa án tham gia phán quyết hậu quả pháp lý của hợp đồng thì DNBH sau khi thu phí bảo hiểm rồi cứ giữ để kinh doanh, sau đó nếu có sự cố xảy ra thì lại được quyền tuyên bố hủy hợp đồng. Cách tiếp cận như vậy là chưa phù hợp quan điểm của pháp luật về bảo vệ người tiêu dùng.⁴³

Như vậy, pháp luật Việt Nam không có sự phân biệt trong việc quy định về hậu quả pháp lý của hành vi cung cấp thông tin sai sự thật. Mọi thông tin bên mua cung cấp sai dù là vô ý hay cố ý đều dẫn đến hậu quả là hợp đồng bị hủy bỏ. DNBH có thể sẽ lợi dụng quy định này để từ chối bồi thường, chi trả tiền bảo hiểm và tuyên bố hủy bỏ hợp đồng, khi phát hiện ra bất cứ thông tin nào mà họ cho rằng bên mua khai không đúng. Nhưng trên thực tế thì các cơ quan tài phán lại có quan điểm các hợp đồng chỉ bị vô hiệu hay bị hủy khi bên mua cố ý cung cấp thông tin sai sự thật. Án lệ số 22/2018/AL về không vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin⁴⁴ của bên mua là một minh chứng cho quan điểm này của Tòa án. Nội dung tóm tắt như sau: Bà H ký hai hợp đồng bảo hiểm nhân thọ với công ty C. Bà H tử vong, đại diện người thụ hưởng bảo hiểm làm thủ tục đòi công ty C trả tiền bảo hiểm. Công ty C đưa ra chứng cứ bà H khai sai thông tin và đề nghị hủy bỏ hợp đồng. Nguyên đơn kiện Công ty C ra Tòa. Tại Tòa phúc thẩm:

Bị đơn trình bày, khi ký hợp đồng bảo hiểm với Công ty C, bà H đã khai không trung thực, cụ thể tại đơn yêu cầu bảo hiểm bà H đã khai báo không trung thực ở hai điểm như sau: Một là, theo Biên bản hội chẩn số 42/BV-99 của Bệnh viện B thể hiện bà H có tiền sử đau dạ dày 2 năm. Công ty C cho rằng nội dung này là do bà H khai

⁴² Xem Quy định về hủy bỏ hợp đồng tại Điều 423, Bộ Luật dân sự 2015.

⁴³ Đoàn Thanh Hải, Huỳnh Diễm Hương (2022), *Cần thiết làm rõ những vấn đề pháp lý liên quan đến việc cung cấp thông tin trong hợp đồng bảo hiểm*, Kỷ yếu Hội thảo khoa học: Cải cách pháp luật kinh doanh bảo hiểm, hành trình 20 năm. Do UEL tổ chức.

⁴⁴ Án lệ số 22/2018/AL được Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao thông qua ngày 17/10/2018 và được công bố theo Quyết định số 269/QĐ-CA ngày 06/11/2018 của Chánh án Tòa án nhân dân tối cao.

và được bác sỹ ghi nhận tại Biên bản hội chẩn nêu trên. Do đó, có thể xác định bà H có bệnh đau dạ dày từ trước thời điểm bà H ký Hợp đồng bảo hiểm. Phía công ty C cho rằng cụm từ “rối loạn tại dạ dày bao” gồm tất cả các bệnh liên quan đến dạ dày trong đó có bệnh đau dạ dày. Tại câu hỏi số 54 Đơn yêu cầu bảo hiểm: “Loét đường tiêu hóa, xuất huyết tiêu hóa, viêm tụy, viêm kiết tràng, khó tiêu thường xuyên, khó nuốt, hoặc rối loạn tại dạ dày, ruột gan hoặc túi mật?” bà H đánh dấu vào ô không (nghĩa là bà H khai không bị rối loạn dạ dày) là khai báo không trung thực. Hai là, tại phiên tòa phúc thẩm, Công ty C cung cấp bản photo có sao y phiếu xét nghiệm sinh hóa máu, do Công ty C thu thập trong hồ sơ khám bệnh định kỳ cho nhân viên của trường Mầm non A, nơi trước đây bà H công tác. Công ty C cho rằng bà H có làm xét nghiệm máu nhưng không khai báo tại câu hỏi 61 Đơn yêu cầu bảo hiểm là bà H cố tình khai báo không trung thực. Từ hai điểm nêu trên có xác định bà H đã khai báo thông tin không trung thực và vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin. Do đó, Công ty C hủy bỏ 02 hợp đồng bảo hiểm nêu trên và hai hợp đồng không có hiệu lực.

Nguyên đơn trình bày, theo cách hiểu thông thường thì “đau dạ dày” và “rối loạn tại dạ dày” là hai khái niệm khác nhau, không có bất kỳ tài liệu, chứng cứ nào chứng tỏ bệnh đau dạ dày chính là rối loạn tại dạ dày. Hằng năm bà H có kiểm tra sức khỏe định kỳ do cơ quan nơi bà H công tác tổ chức. Tuy nhiên, đây là việc hoàn toàn bình thường mà đa số các cơ quan, tổ chức đều tổ chức cho nhân viên. Khi tham gia kiểm tra sức khỏe định kỳ người được khám không biết và không buộc phải biết tổ chức khám chữa bệnh đã tiến hành các biện pháp, phương pháp gì. Ngoài ra, qua phiếu khám sức khỏe định kỳ này không thể hiện bà H bị bệnh gì liên quan đến việc từ chối ký hợp đồng bảo hiểm của công ty C. Do đó, phía Công ty C cho rằng bà H cung cấp thông tin không trung thực để từ chối chi trả bảo hiểm là không có cơ sở. Đề nghị Tòa án cấp phúc thẩm giữ nguyên bản án sơ thẩm.

Tòa nhận định, phía Công ty C cho rằng cụm từ rối loạn tại dạ dày bao gồm tất cả các bệnh liên quan đến dạ dày trong đó có bệnh đau dạ dày. Tuy nhiên, tại phiên tòa phúc thẩm, phía bị đơn không đưa ra được bất kỳ chứng cứ nào để chứng minh, không đưa ra được một giải thích khoa học nào xác định đau dạ dày chính là rối loạn tại dạ dày. Như vậy, phía Công ty C cho rằng bà H bị bệnh đau dạ dày mà không khai báo là cố tình khai báo không trung thực và vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin là

không có căn cứ; Việc kiểm tra sức khỏe định kỳ được các cơ quan, tổ chức thực hiện một cách thường xuyên và định kỳ. Khi tham gia kiểm tra sức khỏe định kỳ, người được khám không biết và không buộc phải biết tổ chức khám chữa bệnh đã tiến hành các biện pháp, phương pháp gì. Hơn nữa, khi kiểm tra sức khỏe định kỳ bà H không phát hiện dấu hiệu của một căn bệnh nào dẫn đến việc Công ty C từ chối ký kết hợp đồng với bà H. Do đó, không đủ cơ sở xác định bà H cảm thấy cơ thể bất thường mới tiến hành đi xét nghiệm máu sau đó mua bảo hiểm của Công ty C. Tòa tuyên không được hủy hợp đồng, và công ty C phải chi trả tiền cho nguyên đơn.

Theo nội dung bản án, bên mua không hề có bất cứ sự gian dối hay ý định trục lợi bảo hiểm nào, chỉ vì vô ý và không hiểu câu hỏi của DNBH mà bị hủy bỏ hợp đồng khi sự kiện bảo hiểm đã xảy ra. Điều này gây thiệt thòi cho người tiêu dùng. Vì lẽ đó, bản án này được chọn làm Án lệ.

4. Khuyến nghị giải pháp

Qua nghiên cứu và phân tích ở trên, tác giả đưa ra những giải pháp nhằm hoàn thiện hơn pháp luật kinh doanh bảo hiểm của Việt Nam như sau:

Thứ nhất, về quy định cung cấp thông tin cho bên mua bảo hiểm. Pháp luật Việt Nam đã có những quy định về giải thích nội dung điều khoản bảo hiểm. Tuy nhiên, việc này chưa đảm bảo rằng bên mua sẽ chọn được một sản phẩm bảo hiểm phù hợp. Vì lẽ đó, pháp luật cần có thêm quy định là DNBH và các chủ thể trung gian bảo hiểm phải đưa ra lời khuyên cuối cùng cho khách hàng về việc chọn một sản phẩm phù hợp và phải cam kết có trách nhiệm với lời khuyên đó.

Thứ hai, pháp luật cần ban hành những quy định nhằm tránh xung đột lợi ích giữa nhân viên của DNBH hoặc đại diện của họ và khách hàng giống như pháp luật Pháp và Liên minh châu Âu. Theo đó, cần quy định DNBH không cho phép nhân viên hay đại diện của họ chào bán những sản phẩm giúp những người này có thu nhập cao nhưng lại không phù hợp với khách hàng.

Thứ ba, về những tài liệu bắt buộc phải cung cấp cho bên mua trước khi giao kết hợp đồng. Pháp luật Việt Nam cần bổ sung quy định DNBH phải cung cấp dự thảo hợp đồng cùng với những tài liệu khác như quy định hiện nay cho bên mua, nhằm giúp khách hàng có thể hiểu rõ được tất cả nội dung của hợp đồng trước khi ký kết.

Thứ tư, về nghĩa vụ cung cấp thông tin của bên mua. Pháp luật Việt Nam cần quy định theo hướng làm rõ những thông tin nào là quan trọng, có yếu tố quyết định đến rủi ro mà phía DNBH phải gánh chịu. Có như vậy, khi có sự cố khai sai thông tin thì DNBH và bên mua dễ dàng thương lượng, đàm phán và đưa ra kết quả giải quyết sự việc.

Thứ năm, về quy định hậu quả pháp lý của việc khai sai thông tin khi giao kết hợp đồng bảo hiểm. Pháp luật Việt Nam nên quy định vấn đề này giống như pháp luật Pháp thì hợp lý hơn. Theo đó, nếu một bên cố ý cung cấp sai thông tin thì hợp đồng bị vô hiệu, ngược lại, nếu việc khai sai đó là không cố ý thì các bên có quyền đàm phán thương lượng để thống nhất cùng nhau đưa ra quyết định. Quy định theo hướng này sẽ tránh được những quyết định mang tính chủ quan và lạm dụng quyền lực của DNBH, khi tự ý được phép tuyên bố bên mua vi phạm nghĩa vụ cung cấp thông tin và hủy bỏ hợp đồng. Bởi lẽ, khi một trong hai bên muốn tuyên bố bên kia vi phạm nghĩa vụ thì họ phải chứng minh điều đó trước Tòa án để Tòa phân xử và phán xét, như vậy mới công bằng.

5. Kết luận

Hoạt động kinh doanh bảo hiểm ngày càng đi sâu vào đời sống kinh tế - xã hội, được nhiều người quan tâm lựa chọn làm phương thức dự phòng tài chính khi có rủi ro xảy ra. Hợp đồng bảo hiểm càng minh bạch, giúp người dân càng dễ hiểu và bảo vệ được quyền lợi của họ thì tỷ lệ dân số tham gia bảo hiểm sẽ tăng. Muốn như vậy thì pháp luật về kinh doanh bảo hiểm phải thể hiện được vai trò là khung pháp lý giúp thị trường phát triển. Những quy định của pháp luật Pháp, một đất nước có ngành bảo hiểm phát triển trên 100 năm, chính là nguồn tài liệu giá trị để Việt Nam tham khảo, nhằm sửa đổi những khiếm khuyết trong pháp luật kinh doanh bảo hiểm, đặc biệt là pháp luật về nghĩa vụ cung cấp thông tin trong giai đoạn giao kết hợp đồng bảo hiểm. Qua đó, giúp cho ngành bảo hiểm Việt Nam phát triển và phát huy tác dụng là “lá chắn” của nền kinh tế.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Bộ luật Bảo hiểm Cộng hòa Pháp 2016 (Code des Assurances)
2. Công ty BHNT Manulife: Đơn yêu cầu bảo hiểm.

3. Công ty BHNT Phú Hưng: Giấy yêu cầu bảo hiểm.
4. David Bland (1998), Insurance Principles and Practice, Nxb Tài chính, Hà Nội.
5. Du Ngọc Bích (2019), Quyền tài phán và công nhận thi hành bản án dân sự, thương mại của Tòa án trong liên minh Châu Âu, Nxb Đại học Quốc gia T.p Hồ Chí Minh, Tp. HCM.
6. Chính phủ, Nghị định 46/2023/NĐ-CP, quy định chi tiết thi hành một số điều của luật kinh doanh bảo hiểm, ngày 01 tháng 7 năm 2023.
7. Đoàn Thanh Hải, Huỳnh Diễm Hương (2022), Cần thiết làm rõ những vấn đề pháp lý liên quan đến việc cung cấp thông tin trong hợp đồng bảo hiểm, Kỷ yếu Hội thảo khoa học: Cải cách pháp luật kinh doanh bảo hiểm, hành trình 20 năm, do UEL tổ chức.
8. Trần Trọng Khoái, Đoàn Thị Thu Hương (2008), Giáo trình bảo hiểm, tài liệu nội bộ của trường đại học kinh doanh và công nghệ Hà Nội.
9. The European Parliament And The Council Of The European Union (2016), Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 of 2016 on Insurance January (recast).
10. Quốc hội (2022), Luật kinh doanh bảo hiểm, Luật số 08/2022/QH15, 16/6/2022.
11. Bộ Luật dân sự 2015 (91/2015/QH13), ngày 24 tháng 11 năm 2015
12. Tòa Án Tối cao (2018), Án lệ số 22/2018/AL, ngày 17/10/2018.
13. Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh (2021), Bản án số 137/2021/DS-PT: tranh chấp hợp đồng bảo hiểm, ngày 02/02/2021.
14. Tòa án nhân dân Quận 7, Tp. Hồ Chí Minh (2019), Bản án số 196/2019/DS-ST: tranh chấp hợp đồng bảo hiểm, ngày 14/9/2019.
15. Nguyễn Thị Thủy (2020), Pháp luật hợp đồng bảo hiểm con người, Nxb Hồng Đức, Hà Nội
16. Phan Quốc Tuấn (2020), Nghĩa vụ cung cấp thông tin của bên mua trong hợp đồng bảo hiểm tài sản theo pháp luật Việt Nam, Luận văn thạc sĩ luật học, Trường đại học Mở Tp. Hồ Chí Minh.

**COMPARISON OF FRENCH LAW AND VIETNAMESE LAW
REGARDING THE OBLIGATION TO PROVIDE INFORMATION
DURING THE INSURANCE CONTRACT FORMATION STAGE**

Abstract: The obligation to provide information during the insurance contract formation stage is an important obligation of the parties in the insurance contract relationship. It helps the parties to accurately understand the necessary information to make a decision on whether to enter into an insurance contract or not. Currently, the insurance market in Vietnam has seen numerous disputes related to the obligation to provide information by the parties during the contract formation stage. Therefore, Vietnam's insurance business law needs further refinement of regulations related to this issue. Based on a comparison with French law regarding the obligation to provide information during the insurance contract formation stage, this article proposes necessary amendments to enhance Vietnam's insurance business law.

Keywords: Duty to provide information; Insurance contract; French law; Vietnamese law.

TRANH CHẤP VỀ PHÍ BẢO HIỂM TRONG HỢP ĐỒNG BẢO HIỂM TÀI SẢN Ở VIỆT NAM – THỰC TRẠNG VÀ GIẢI PHÁP

Phạm Thị Việt*

Tóm tắt: Hiện nay, pháp luật về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản vẫn còn nhiều vấn đề bất cập và hạn chế. Hợp đồng bảo hiểm tài sản là sự thỏa thuận giữa bên mua bảo hiểm với doanh nghiệp bảo hiểm, theo đó bên mua bảo hiểm phải đóng phí bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm phải trả tiền bảo hiểm cho người thụ hưởng hoặc bồi thường cho người được bảo hiểm khi xảy ra sự kiện bảo hiểm. Theo đó, nghĩa vụ quan trọng và cơ bản nhất của hợp đồng bảo hiểm là bên mua phải thực hiện đóng phí bảo hiểm như đã giao kết trong hợp đồng. Tuy nhiên, một số trường hợp trên thực tế bên mua bảo hiểm vẫn chưa nắm rõ các quy định pháp luật về phí bảo hiểm tài sản, nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm theo hợp đồng. Đây cũng chính là một trong những nguyên nhân dẫn đến phát sinh tranh chấp về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản. Trên thực tế, các tranh chấp về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm ngày càng phong phú và đa dạng, không phải trong trường hợp nào pháp luật cũng có quy định riêng, cụ thể cho từng tình huống tranh chấp. Để làm rõ các vấn đề nêu trên, bài viết đi vào phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về phí trong hợp đồng bảo hiểm tài sản và thông qua một số tranh chấp điển hình trên thực tiễn, bài viết đưa ra một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản trong bối cảnh hội nhập kinh tế, quốc tế.

Từ khóa: hợp đồng bảo hiểm tài sản, phí bảo hiểm tài sản, tranh chấp phí bảo hiểm.

1. Đặt vấn đề

Trong công cuộc phát triển đất nước, Việt Nam đẩy mạnh quá trình toàn cầu hóa, hội nhập sâu rộng trên tất cả các mặt lĩnh vực với các nước trong khu vực và thế giới, đặc biệt thị trường bảo hiểm đang được quan tâm và chú trọng, ngày càng thể

* ThS., Nghiên cứu sinh Trường Đại học Luật, Đại học Huế; Email: phamthiviet235@gmail.com.

hiện được vai trò, vị trí quan trọng. Thị trường bảo hiểm ở Việt Nam tương đối đa dạng về lĩnh vực và sản phẩm bảo hiểm, trong đó có bảo hiểm tài sản. Bảo hiểm tài sản là một loại hình bảo hiểm phi nhân thọ, bảo hiểm cho giá trị của tài sản trong trường hợp xảy ra các rủi ro không đáng có làm giảm hoặc mất đi giá trị của tài sản, gây thiệt hại nghiêm trọng đến tài chính của người được bảo hiểm. Do đó, số lượng người dân tham gia vào quan hệ hợp đồng bảo hiểm tài sản ngày một gia tăng, hợp đồng bảo hiểm tài sản chính là văn bản thỏa thuận giữa bên mua bảo hiểm với doanh nghiệp bảo hiểm, trong đó bên mua bảo hiểm tài sản có nghĩa vụ phải đóng phí bảo hiểm tài sản cho doanh nghiệp bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm có trách nhiệm trả tiền bảo hiểm hoặc bồi thường cho bên được bảo hiểm khi có tổn thất xảy ra với tài sản được bảo hiểm theo nội dung hợp đồng đã giao kết. Trên thực tế, các tranh chấp về hợp đồng bảo hiểm tài sản tăng lên hằng ngày, đặc biệt là vấn đề tranh chấp về phí trong hợp đồng bảo hiểm tài sản đang là một trong những vấn đề xảy ra phổ biến hiện nay. Sau đây bài viết sẽ phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật về phí trong hợp đồng bảo hiểm tài sản trên cơ sở Luật Kinh doanh bảo hiểm hiện hành, từ đó đưa ra một số giải pháp hoàn thiện pháp luật để đáp ứng yêu cầu của quá trình hội nhập, hợp tác phát triển kinh tế.

2. Pháp luật Việt Nam về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản

2.1. Quyền và nghĩa vụ các bên trong hợp đồng bảo hiểm tài sản về phí bảo hiểm

Thứ nhất, quyền của doanh nghiệp bảo hiểm.

(i) Doanh nghiệp bảo hiểm có quyền thu phí bảo hiểm theo thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm. Điều này có nghĩa là khi một bên chủ thể là doanh nghiệp bảo hiểm (bên bán bảo hiểm) và bên còn lại là bên mua bảo hiểm cùng nhau giao kết thành công hợp đồng bảo hiểm thì điều đầu tiên làm phát sinh quyền và nghĩa vụ là bên bán bảo hiểm thu phí bảo hiểm từ bên mua bảo hiểm theo số tiền phí mà hai bên đã giao kết trong hợp đồng. Chỉ khi thu được phí bảo hiểm từ bên mua bảo hiểm thì doanh nghiệp bảo hiểm mới có nghĩa vụ đối với bên mua bảo hiểm theo các nội dung thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm. Phí bảo hiểm được doanh nghiệp bảo hiểm tính dựa trên nhiều yếu tố khác nhau, đặc biệt là yếu tố rủi ro trong bảo hiểm. Theo đó, tài sản được bảo hiểm có khả năng xảy ra rủi ro bảo hiểm càng cao thì số tiền phí đóng bảo hiểm càng cao, phí này thường được các chuyên gia bảo hiểm của doanh nghiệp bảo

hiểm tính toán kỹ lưỡng¹.

(ii) Doanh nghiệp bảo hiểm có quyền hủy bỏ hợp đồng bảo hiểm hoặc đơn phương chấm dứt hợp đồng bảo hiểm theo quy định của pháp luật. Cụ thể, khi bên mua bảo hiểm có những hành vi: (i) cố ý cung cấp không đầy đủ thông tin hoặc cung cấp thông tin sai sự thật nhằm giao kết hợp đồng bảo hiểm để được hưởng bồi thường, trả tiền bảo hiểm thì doanh nghiệp bảo hiểm có quyền hủy bỏ hợp đồng bảo hiểm. Trong trường hợp này, doanh nghiệp bảo hiểm không phải trả bất cứ khoản chi phí nào cho bên mua bảo hiểm sau khi trừ các khoản chi phí hợp lý (nếu có) đối với các sự kiện bảo hiểm xảy ra đối với hợp đồng bảo hiểm mà doanh nghiệp bảo hiểm và bên mua bảo hiểm đã thỏa thuận trong nội dung của hợp đồng bảo hiểm, mặt khác bên mua bảo hiểm còn có trách nhiệm bồi thường các thiệt hại phát sinh mà bên mua bảo hiểm đã gây ra cho doanh nghiệp bảo hiểm (nếu có); (ii) doanh nghiệp bảo hiểm có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng bảo hiểm khi bên mua bảo hiểm không đóng phí bảo hiểm hoặc đóng phí bảo hiểm không đúng thời hạn theo thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm sản mà hai bên đã giao kết; (iii) trường hợp bên mua bảo hiểm không chấp nhận các yêu cầu về thay đổi mức độ rủi ro được quy định thì doanh nghiệp bảo hiểm có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng. Ở Đức, Luật Hợp đồng bảo hiểm có quy định nếu trường hợp bên mua bảo hiểm không đóng phí bảo hiểm lần đầu đúng thời hạn, doanh nghiệp bảo hiểm có quyền đơn phương chấm dứt hợp đồng, trừ khi bên mua bảo hiểm được miễn việc thanh toán đó. Nếu sự kiện được bảo hiểm xảy ra sau thời hạn thanh toán phí bảo hiểm và bên mua bảo hiểm đang bị chậm thanh toán phí bảo hiểm hoặc tiền lãi hoặc chi phí, thì doanh nghiệp bảo hiểm không có nghĩa vụ phải trả tiền bảo hiểm cho rủi ro phát sinh².

Thứ hai, nghĩa vụ của doanh nghiệp bảo hiểm.

Doanh nghiệp bảo hiểm có trách nhiệm giải thích rõ ràng, đầy đủ về các khoản phí bảo hiểm cho bên mua bảo hiểm trước khi giao kết hợp đồng bảo hiểm tài sản. Theo tác giả Hà Thị Mai Hiên, Hà Thị Thúy: “*Sự cần thiết của giải thích hợp đồng xuất phát từ bản chất của hợp đồng và vai trò của hợp đồng. Trong xã hội hiện đại,*

¹ Điều 20, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022.

² Article 37 of the Law on Insurance Contracts of the Federal Republic of Germany.

hợp đồng không chỉ là sự thỏa thuận các bên, mà còn là luật của các bên”³. Như vậy, khi có một hoặc nhiều điều khoản chưa được rõ ràng, hoặc bên mua bảo hiểm có thể hiểu theo nhiều nghĩa khác nhau thì doanh nghiệp bảo hiểm có nghĩa vụ giải thích cho bên mua bảo hiểm được rõ, tuy nhiên việc giải thích này cần có quy định, tránh sự tùy tiện trong việc giải thích các điều khoản của hợp đồng. Ngoài ra, khi giải thích hợp đồng phải căn cứ vào ý chí của các bên thể hiện trong quá trình trước, tại thời điểm xác lập, thực hiện hợp đồng. Trường hợp, hợp đồng có nhiều nghĩa khác nhau thì giải thích theo hướng theo nghĩa gần nhất phù hợp với bản chất của hợp đồng, có lợi cho bên mua bảo hiểm. Khi có sự mâu thuẫn trong nội dung hợp đồng các bên phải sử dụng ý chí chung để giải thích hợp đồng⁴. Theo Steven J. Burton (2008), *Elements of contract interpretation* (tạm dịch: Yếu tố giải thích hợp đồng), Nxb. Oxford University Press, Inc. Theo tác giả, giải thích hợp đồng cần phải thông qua ba nhiệm vụ thực tế, đầu tiên là phải xác định được điều khoản cần giải thích; thứ hai, là xem các điều khoản đó có mơ hồ hay không bao gồm các cách giải thích được các bên ủng hộ; thứ ba, nếu các điều khoản mơ hồ đang nằm trong một khía cạnh gây tranh cãi thì việc giải quyết đó sẽ như thế nào⁵. Trong các trường hợp nếu hợp đồng có sự phức tạp và mơ hồ không hiểu đang có lợi cho bên nào, thì những hợp đồng bảo hiểm này được hiểu theo nguyên tắc đã được thiết lập trong hợp đồng. Nếu ngôn ngữ trong hợp đồng không rõ ràng về hình thức lẫn nội dung, thì Tòa án quốc tế sẽ xem xét các điều khoản này trong một ngữ cảnh nhất định để xác định chính xác nội hàm, ý nghĩa của ngôn ngữ đó. Trường hợp cần thiết, Tòa án sẽ xem xét các bằng chứng khác tại thời điểm mà các bên giao kết hợp đồng để đưa ra các nhận định chuẩn xác các nội dung chưa rõ trong hợp đồng⁶.

(i) Doanh nghiệp bảo hiểm có nghĩa vụ giảm phí bảo hiểm cho thời gian còn lại của hợp đồng bảo hiểm khi có sự thay đổi về các yếu tố làm giảm các rủi ro bảo hiểm cho đối tượng được bảo hiểm⁷. Khi doanh nghiệp bảo hiểm và bên mua bảo hiểm

³ Hà Thị Mai Hiền, Hà Thị Thúy, *Bàn về chế định giải thích hợp đồng trong dự thảo Bộ luật Dân sự (Sửa đổi)*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3/2015, tr.42-48.

⁴ Điều 404, Bộ luật Dân sự 2015.

⁵ Steven J. Burton (2008), *Elements of contract interpretation*, Nxb. Oxford University Press, Inc.

⁶ Cohen, S. H., & Quaintance, K. L (1989), *Role of Contra proferentem interpretation of insurance contracts*, *Environmental Claims Journal*, 2(1), 13–28. doi:10.1080/10406028909383752, truy cập ngày 13/7/2023.

⁷ Khoản 1, Điều 23, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022.

cùng tham gia giao kết hợp đồng bảo hiểm tài sản nhưng vì nhiều nguyên nhân khác nhau mà trong quá trình thực hiện hợp đồng thì nguyên nhân đó không còn mà bên mua vẫn phải đóng mức phí bảo hiểm như ban đầu thì bên mua bảo hiểm yêu cầu doanh nghiệp bảo hiểm phải giảm mức phí đóng bảo hiểm tương ứng với mức độ rủi ro của đối tượng được bảo hiểm. Trường hợp nếu mức phí bảo hiểm cao hơn thỏa thuận ban đầu, tuy nhiên do một số trường hợp làm tăng rủi ro nhất định và những trường hợp này không còn áp dụng hoặc không còn phù hợp sau khi bên mua bảo hiểm ký kết hợp đồng, bên mua bảo hiểm có thể yêu cầu doanh nghiệp bảo hiểm giảm phí bảo hiểm để phù hợp với thời điểm người bảo hiểm nhận được yêu cầu⁸.

Thực tiễn cho thấy, các tranh chấp về các điều khoản trong hợp đồng bảo hiểm rất phổ biến, đặc biệt điều khoản về đóng phí bảo hiểm. Luật Kinh doanh bảo hiểm hiện hành mới chỉ quy định về nguyên tắc giải thích hợp đồng mà không có bất kỳ quy định nào giải thích rõ nguyên tắc này cho các bên chủ thể tham gia vào quan hệ hợp đồng biết được các hậu quả pháp lý có thể xảy ra khi việc đóng phí bảo hiểm có một bên chủ thể thứ ba tham gia vào quan hệ hợp đồng bảo hiểm. Thực tiễn thời gian qua cho thấy, khi các doanh nghiệp bảo hiểm trong quá trình thực hiện hợp đồng bảo hiểm tài sản có vi phạm về nghĩa vụ giải thích các điều kiện, điều khoản khi đóng phí bảo hiểm cho bên mua bảo hiểm. Điển hình như Bản án số 55/2022/DS-PT ngày 16/9/2022 của Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa về tranh chấp hợp đồng bảo hiểm giữa nguyên đơn ông Trần C và bị đơn Tổng Công ty Cổ phần A theo Giấy chứng nhận bảo hiểm khai thác hải sản số AD0069/15B3580NH ngày 29/9/2015 thời hạn bảo hiểm đến ngày 28/9/2016, với số tiền bảo hiểm là 700.000.000 đồng (bảy trăm triệu đồng). Ngày 07/9/2016, 02 tàu cá của ông Trần C xuất trình Trạm kiểm soát biên phòng H đi Cam Ranh nhưng không may gặp thời tiết xấu nên cả 02 tàu cá đều bị chìm. Ông đã làm các thủ tục để yêu cầu Công ty A bồi thường thiệt hại nhưng chỉ được bồi thường đối với tàu KH-92486-TS, còn tàu KH-95743-TS không được bồi thường. Tại bản án số 55/2022/DS-PT ngày 16/9/2022 của Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa về việc tranh chấp hợp đồng bảo hiểm nhận định:

“[1] Điều 17 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2010 quy định nghĩa vụ của doanh nghiệp bảo hiểm phải “giải thích cho bên mua bảo hiểm về các điều kiện, điều khoản

⁸ Article 41 of the Law on Insurance Contracts of the Federal Republic of Germany.

bảo hiểm; quyền và nghĩa vụ của bên mua bảo hiểm”; Điều 19 của Luật này quy định trách nhiệm cung cấp thông tin của doanh nghiệp bảo hiểm: “khi giao kết hợp đồng bảo hiểm, doanh nghiệp bảo hiểm có trách nhiệm cung cấp đầy đủ thông tin liên quan đến hợp đồng bảo hiểm, giải thích các điều kiện, điều khoản bảo hiểm cho bên mua bảo hiểm”; còn khoản 2 Điều 16 Luật này quy định: “Điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm phải được quy định rõ trong hợp đồng bảo hiểm. Doanh nghiệp bảo hiểm phải giải thích rõ cho bên mua bảo hiểm khi giao kết hợp đồng.”

[2] Điều 6 Quy tắc, điều khoản, biểu phí bảo hiểm thân tàu khai thác hải sản xa bờ, tàu dịch vụ hậu cần khai thác hải sản xa bờ (được chấp thuận đăng ký theo Công văn số 15731/BTC-QLBH ngày 29/10/2014 của Bộ Tài chính) trên cơ sở Quy tắc này, Công ty A chấp nhận cấp Giấy chứng nhận bảo hiểm khai thác hải sản cho ông Trần C đối với tàu cá KH-95743-TS cũng quy định rõ trách nhiệm của doanh nghiệp bảo hiểm là: “1. Cung cấp đầy đủ thông tin, quy tắc, điều khoản cho chủ tàu (nếu có yêu cầu của chủ tàu); giải thích, hướng dẫn về quyền lợi, nghĩa vụ và trách nhiệm liên quan đến Quy tắc này, đồng thời tạo điều kiện thuận lợi để chủ tàu tham gia bảo hiểm”. [3] Trong vụ việc cụ thể này, bên bán bảo hiểm là Công ty A đã không thực hiện các nghĩa vụ, trách nhiệm đã nêu trên, cụ thể: Bán bảo hiểm thông qua cán bộ của Trạm Khai thác và bảo vệ nguồn lợi thủy sản Ninh Hòa, không phải là nhân viên bán bảo hiểm hay đại lý bảo hiểm của Công ty, người của Trạm chỉ nhận tiền phí bảo hiểm của ngư dân và chuyển lại cho Công ty, Giấy yêu cầu bảo hiểm khai thác hải sản của ông Trần C cũng được hợp thức sau này do nhân viên khai thác bảo hiểm của Công ty ký thay; không giải thích cho ông Trần C về các điều kiện, điều khoản bảo hiểm, quyền và nghĩa vụ của bên mua bảo hiểm cũng như điều khoản loại trừ trách nhiệm bảo hiểm”⁹.

Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 cũng có quy định: “*Trong trường hợp hợp đồng bảo hiểm có điều khoản không rõ ràng dẫn đến có cách hiểu khác nhau thì điều khoản đó được giải thích theo hướng có lợi cho bên mua bảo hiểm*”¹⁰. Như vậy, doanh nghiệp bảo hiểm có nghĩa vụ giải thích tất cả những gì liên quan đến hợp đồng

⁹ Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa (2022), *Bản số 55/2022/DS-PT về tranh chấp hợp đồng bảo hiểm*, ngày 16/9/2022.

¹⁰ Điều 24, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022.

bảo hiểm và tất cả các điều khoản chưa được rõ ràng theo hướng có lợi cho bên mua bảo hiểm trước khi thực hiện giao kết hợp đồng. Việc giải thích không đúng hoặc không rõ về các điều khoản trong hợp đồng bảo hiểm là một trong những nguyên nhân phổ biến dẫn đến các vụ việc tranh chấp về hợp đồng bảo hiểm tài sản trên thực tế.

Thứ ba, quyền và nghĩa vụ của bên mua bảo hiểm.

Đóng phí bảo hiểm tài sản là nghĩa vụ mà bắt buộc bên mua bảo hiểm phải thực hiện khi giao kết hợp đồng bảo hiểm đối với doanh nghiệp bảo hiểm. Đây được xem là nghĩa vụ quan trọng, thiết lập nên quyền của bên mua bảo hiểm đối với doanh nghiệp bảo hiểm. Trong hoạt động kinh doanh bảo hiểm của các doanh nghiệp bảo hiểm, bên mua bảo hiểm phải thanh toán phí bảo hiểm trước cho doanh nghiệp bảo hiểm. Đây là nguồn doanh thu chính của các doanh nghiệp bảo hiểm khi cung cấp dịch vụ hay sản phẩm bảo hiểm của mình đến tay khách hàng. Bất kể ai, đối tượng hay chủ thể nào khi tham gia vào quan hệ hợp đồng bảo hiểm, mục đích cuối cùng là sự cam kết đền bù cho những rủi ro có thể xảy ra đối với tài sản của họ, giúp họ có sự yên tâm trong cuộc sống.

Theo điểm c, khoản 2, Điều 21 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 quy định bên mua bảo hiểm có nghĩa vụ: *“Đóng phí bảo hiểm đầy đủ, đúng hạn theo thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm”*. Theo đó, bên mua bảo hiểm có nghĩa vụ đóng đầy đủ phí bảo hiểm đúng thời hạn và phương thức thanh toán mà hai bên đã thỏa thuận trong hợp đồng bảo hiểm. Việc đóng phí bảo hiểm có thể chia làm nhiều đợt khác nhau hoặc thanh toán một lần tùy vào nội dung hợp đồng mà các bên đã thỏa thuận. Điều kiện tiên quyết khi giao kết hợp đồng bảo hiểm là bên mua bảo hiểm có nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm đúng thời hạn, trường hợp bên mua bảo hiểm chưa thực hiện nghĩa vụ này đúng thời hạn thì có thể đưa ra điều khoản thương lượng với doanh nghiệp bảo hiểm mà không được chấm dứt hợp đồng. Trong thời gian đó, nếu có sự kiện bảo hiểm xảy ra doanh nghiệp bảo hiểm vẫn phải chi trả tiền bảo hiểm đối với trường hợp bên mua bảo hiểm thanh toán tiền phí bảo hiểm theo từng đợt như nội dung đã thỏa thuận trong hợp đồng, với điều kiện bên mua bảo hiểm phải thanh toán toàn bộ phí bảo hiểm còn lại chưa thanh toán trước đó. Vấn đề đặt ra ở đây là, trường hợp bên mua bảo hiểm chưa thực hiện xong nghĩa vụ thanh toán phí bảo hiểm thì phần lãi suất phát sinh do

chậm thanh toán sẽ được tính trên cơ sở nào. Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 cũng không có bất kỳ quy định cụ thể nào, về vấn đề này Luật Thương mại năm 2005 có điều khoản quy định: “*Trường hợp bên vi phạm hợp đồng chậm thanh toán tiền hàng hoặc chậm thanh toán thù lao dịch vụ và các chi phí hợp lý khác thì bên vi phạm hợp đồng có quyền yêu cầu trả tiền lãi suất trên số tiền chậm trả theo lãi suất nợ quá hạn trung bình trên thị trường tại thời điểm thanh toán tương ứng với thời gian chậm trả, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc pháp luật có quy định khác*”¹¹. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng điều khoản này còn nhiều vướng mắc, bất cập cũng như hiểu sai khi áp dụng, khi tham gia giải quyết vụ án Tòa án các cấp không có căn cứ để xác định thời điểm tính lãi nên chỉ có thể xác định được thời gian tính lãi chứ không xác định được chọn lãi suất trung bình trên thị trường vào thời điểm nào, là thời điểm phải thanh toán hay thời điểm khởi kiện hay thời điểm thi hành án.

2.2. Hình thức và thời điểm phát sinh hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm tài sản

Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 bãi bỏ điều khoản quy định về thời điểm phát sinh trách nhiệm bảo hiểm của hợp đồng bảo hiểm là một sự phù hợp, tạo nên sự thống nhất, đồng bộ trong việc áp dụng các quy định pháp luật. Bên cạnh đó, theo quy định tại Điều 16 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 thì việc giao kết và thực hiện hợp đồng bảo hiểm phải tuân thủ nguyên tắc cơ bản của pháp luật dân sự, hình thức của hợp đồng bảo hiểm phải được lập thành văn bản. Điều 400 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “*Thời điểm giao kết hợp đồng bằng văn bản là thời điểm bên sau cùng ký vào văn bản hay bằng hình thức chấp thuận khác được thể hiện trên văn bản*”. Theo quy định tại Điều 401 Bộ luật Dân sự năm 2015 thì: “*Hợp đồng được giao kết hợp pháp có hiệu lực từ thời điểm giao kết, trừ trường hợp có thỏa thuận khác hoặc luật liên quan có quy định khác.*” Theo khoản 2 Điều 22 Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định: “*Hợp đồng bảo đảm không thuộc khoản 1 Điều này có hiệu lực từ thời điểm do các bên thỏa thuận. Trường hợp không có thỏa thuận thì có hiệu lực từ thời điểm hợp đồng được giao kết*”¹². Ví dụ: theo Hợp đồng bảo hiểm cháy, nổ bắt buộc số 5868/22/HD-TS.2.1/017-KD07 ngày 30/12/2022 tại Chung cư

¹¹ Điều 306, Luật Thương mại năm 2005.

¹² Chính phủ (2022), *Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành Bộ luật dân sự về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ*, ban hành ngày 19/3/2021.

Lô R1, R2, R3, R4, R5, R6 Khu tái định cư 38,4ha phường An Khánh, thành phố Thủ Đức, Thành phố Hồ Chí Minh giữa Trung tâm Quản lý nhà và Giám định xây dựng và Tổng công ty Cổ phần bảo hiểm Quân đội (MIC) quy định về: “thời hạn bảo hiểm từ 16 giờ ngày 30/12/2022 đến 16 giờ ngày 30/12/2023” nghĩa là thời điểm có hiệu lực hợp đồng này sẽ bắt đầu từ ngày 30/12/2022. Theo đó, nguyên tắc để xác định thời điểm có hiệu lực đó là thỏa thuận của các bên, nếu không có thỏa thuận thì căn cứ vào thời điểm giao kết. Hiện nay, chưa có quy định pháp luật riêng biệt nào xác định thời điểm có hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm do đó đối với các hợp đồng bảo hiểm mà các bên không có thỏa thuận khác về thời điểm có hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm thì hợp đồng bảo hiểm đó được xác định có hiệu lực từ thời điểm giao kết của hợp đồng¹³.

Thực tế cho thấy, đối với các hợp đồng bảo hiểm bắt đầu có hiệu lực hay làm phát sinh trách nhiệm bảo hiểm của doanh nghiệp bảo hiểm là kể từ thời điểm bên mua bảo hiểm nộp đầy đủ phí bảo hiểm đầu tiên và nhận được giấy chứng nhận bảo hiểm, đơn bảo hiểm hoặc theo một hình thức khác theo quy định của pháp luật.

2.3. Gia hạn đóng phí bảo hiểm, điều chỉnh phí bảo hiểm sau khi hợp đồng bảo hiểm tài sản có hiệu lực

Khi thực hiện hợp đồng bảo hiểm tài sản trên thực tế, rất nhiều nguyên nhân dẫn đến khả năng thanh toán phí bảo hiểm của bên mua bảo hiểm gặp nhiều khó khăn, trở ngại, ảnh hưởng trực tiếp đến doanh thu của doanh nghiệp bảo hiểm. Khi bên mua bảo hiểm không hoàn thành nghĩa vụ thanh toán theo nội dung hợp đồng đã thỏa thuận với doanh nghiệp bảo hiểm dẫn đến lợi ích của các bên trong hợp đồng bảo hiểm bị ảnh hưởng. Chính vì vậy, pháp luật cho phép doanh nghiệp bảo hiểm và bên mua bảo hiểm được phép gia hạn về thời hạn đóng phí bảo hiểm, nghĩa là bên mua bảo hiểm được phép kéo dài thời hạn đóng phí bảo hiểm cho doanh nghiệp bảo hiểm so với nội dung thỏa thuận đóng phí ban đầu, hoặc hai bên có thể thỏa thuận điều chỉnh lại mức phí bảo hiểm theo chiều hướng tăng hoặc giảm (thường là giảm mức phí đóng bảo hiểm) để đảm bảo hợp đồng bảo hiểm vẫn được thực hiện trên thực tế. Ở Đức, trường hợp bên mua bảo hiểm chậm thanh toán phí bảo hiểm lần tiếp theo,

¹³ Hợp đồng bảo hiểm cháy, nổ bắt buộc số 5868/22/HD-TS.2.1/017-KD07 giữa Trung tâm Quản lý nhà và Giám định xây dựng và Tổng công ty Cổ phần bảo hiểm Quân đội (MIC), ngày 30/12/2022.

doanh nghiệp bảo hiểm có thể gia hạn thời hạn thanh toán cho bên mua bảo hiểm bằng văn bản, với thời hạn được gia hạn là ít nhất là 14 ngày và điều này phải được quy định rõ trong hợp đồng, trường hợp không quy định rõ trong hợp đồng thì đương nhiên doanh nghiệp bảo hiểm có quyền chấm dứt hợp đồng với bên mua bảo hiểm¹⁴. Đây cũng là căn cứ nếu hết thời gian gia hạn hợp đồng mà bên mua bảo hiểm vẫn không thực hiện đóng phí bảo hiểm thì doanh nghiệp bảo hiểm có quyền chấm dứt hợp đồng bảo hiểm tài sản.

2.4. Hậu quả pháp lý của việc vi phạm nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm

Dưới góc độ pháp luật thực định, khi bên mua bảo hiểm không thực hiện nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm hoặc không đóng đủ phí bảo hiểm theo thỏa thuận hoặc sau thời gian gia hạn đóng phí bảo hiểm thì doanh nghiệp bảo hiểm có quyền chấm dứt hợp đồng¹⁵. Có thể thấy, trường hợp bên mua bảo hiểm không thực hiện đóng phí hoặc khi hết thời gian gia hạn hợp đồng mà hai bên đã thỏa thuận trước đó nếu bên mua bảo hiểm vẫn không thực hiện đóng phí thì hợp đồng đương nhiên chấm dứt hiệu lực. Tuy nhiên, theo quy định của Luật Kinh doanh bảo hiểm hiện hành các chủ thể khi tham gia vào quan hệ hợp đồng bảo hiểm chỉ được dựa vào quy định của luật này để làm cơ sở, căn cứ chấm dứt hợp đồng bảo hiểm. Trường hợp bên mua bảo hiểm không đóng phí bảo hiểm theo những gì đã thỏa thuận trong nội dung hợp đồng thì doanh nghiệp bảo hiểm coi đây là căn cứ để từ chối thực hiện trách nhiệm bảo hiểm khi có sự kiện bảo hiểm hay tổn thất xảy ra đối với tài sản của bên mua bảo hiểm. Thực tế cho thấy, doanh nghiệp bảo hiểm đã vận dụng đúng quy định về đơn phương chấm dứt hợp đồng bảo hiểm tài sản, ví dụ theo Hợp đồng bảo hiểm mọi rủi ro tài sản số 4746/21/HD-TS.2.1/017-KD02 giữa Công ty TNHH MTV – Tổng công ty 28 và Công ty bảo hiểm MIC Bắc Sài Gòn ngày 28/12/2021 có quy định: “Trong mọi trường hợp, Bên mua bảo hiểm không thanh toán phí đầy đủ và đúng hạn theo quy định nêu trên, Hợp đồng bảo hiểm sẽ tự chấm dứt hiệu lực bảo hiểm vào ngày kế tiếp ngày cuối cùng phải nộp của kỳ phí đến hạn thanh toán”¹⁶. Như vậy, nếu vi phạm điều khoản về thời hạn thanh toán tiền phí bảo hiểm, hợp đồng bảo hiểm tài sản đương

¹⁴ Article 37 of the Law on Insurance Contracts of the Federal Republic of Germany.

¹⁵ Khoản 1, Điều 26, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022.

¹⁶ Hợp đồng bảo hiểm mọi rủi ro tài sản số 4746/21/HD-TS.2.1/017-KD02 giữa Công ty TNHH MTV – Tổng công ty 28 và Công ty bảo hiểm MIC Bắc Sài Gòn, ngày 28/12/2021.

nhiên chấm dứt hiệu lực theo nội dung hợp đồng đã thực hiện ký kết.

3. Một số giải pháp hoàn thiện pháp luật về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản

Lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm ở nước ta đang ngày một được chú trọng và đề cao, chính vì vậy việc hoàn thiện pháp luật về kinh doanh bảo hiểm là vấn đề cấp bách hiện nay. Năm 2022, Quốc hội đã ban hành Luật Kinh doanh bảo hiểm mới, có hiệu lực ngày 01/01/2023 với nhiều sự thay đổi với các điều khoản, quy định phù hợp hơn với tình hình thực tế, phát triển kinh tế. Tuy nhiên, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 vẫn còn tồn tại những hạn chế, bất cập và chưa bắt kịp với xu hướng hội nhập kinh tế, quốc tế, trong đó phải kể đến vấn đề bất cập quy định về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản.

Chính những sự bất cập, hạn chế đó dẫn đến việc vận dụng pháp luật vào thực tiễn khác nhau, từ đó sẽ gây ra các hậu quả pháp lý khác nhau trong quan hệ bảo hiểm tài sản. Việc đặt ra những yêu cầu, phương hướng hoàn thiện pháp luật về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản là lấp đầy những lỗ hổng pháp luật cũng như hoàn thiện hơn, đảm bảo quy định của pháp luật về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản được thực thi một cách có hiệu quả trên thực tiễn. Đảng và Nhà nước ta cần đưa ra những yêu cầu, phương hướng để khắc phục những lỗ hổng đó nhằm tạo môi trường minh bạch, trật tự trong lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm. Cùng với quan điểm phát triển toàn diện thị trường bảo hiểm theo hướng hiện đại, tiếp cận các tiêu chuẩn quốc tế để hướng đến mục tiêu cụ thể đến năm 2030 là hoàn thiện hệ thống pháp luật kinh doanh bảo hiểm¹⁷. Để góp phần thực hiện được mục tiêu đó, tác giả đề xuất một số giải pháp như sau:

Thứ nhất, về quy định nợ phí bảo hiểm, gia hạn thời gian đóng phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm.

Hiện nay, pháp luật không quy định về nội dung nợ phí bảo hiểm và thời gian gia hạn đóng phí bảo hiểm mà chỉ căn cứ vào nội dung thỏa thuận mà các bên đã giao kết trong hợp đồng bảo hiểm trước đó. Thực tế, tình trạng nợ phí và gia hạn thời gian đóng phí bảo hiểm vẫn diễn ra hàng ngày trong hoạt động kinh doanh bảo hiểm. Nợ

¹⁷ Thủ tướng Chính phủ (2023), *Quyết định số 07/QĐ-TTg ngày 15/01/2023 về phê duyệt chiến lược phát triển thị trường bảo hiểm Việt Nam đến năm 2030*, ban hành ngày 05/01/2023.

toàn bộ hoặc nợ một phần có bắt buộc phải quy định cụ thể trong Luật Kinh doanh bảo hiểm hay không? Theo quan điểm của tác giả, mặc dù nợ phí bảo hiểm và gia hạn thời gian nợ phí bảo hiểm là ý chí của các bên tham gia vào quan hệ hợp đồng bảo hiểm tài sản. Về nguyên tắc, trách nhiệm bảo hiểm chỉ phát sinh khi hợp đồng bảo hiểm đã được giao kết và bên mua bảo hiểm đã hoàn thành xong nghĩa vụ thanh toán phí bảo hiểm. Hiện nay, vẫn còn tồn tại trường hợp thỏa thuận về việc nợ phí hoặc gia hạn thời gian đóng phí bảo hiểm, do đó vẫn làm phát sinh trách nhiệm bảo hiểm của doanh nghiệp bảo hiểm. Luật Kinh doanh bảo hiểm hiện hành không quy định về nội dung nợ phí và gia hạn đóng phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản, nhưng trên thực tế nội dung này vẫn được các doanh nghiệp bảo hiểm soạn sẵn trong hợp đồng mẫu, mà bên mua bảo hiểm trước đó không thỏa thuận về vấn đề đó. Do đó, để hạn chế tranh chấp xảy ra, trước hết: (i) phải nâng cao nhận thức của bên mua bảo hiểm về nợ phí và gia hạn thời gian đóng phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản; (ii) pháp luật cần phải có quy định về điều khoản nợ phí và gia hạn thời gian đóng phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản.

Thứ hai, quy định mức phí bảo hiểm tài sản.

Thực chất phí bảo hiểm tài sản là mức phí ban đầu mà doanh nghiệp bảo hiểm đặt ra, đối với mỗi đối tượng tài sản khác nhau. Hiện nay, đối với sản phẩm thuộc nghiệp vụ bảo hiểm phi nhân thọ thì doanh nghiệp bảo hiểm phải đăng ký biểu phí với Bộ Tài chính trước khi triển khai¹⁸. Do đó, một số doanh nghiệp bảo hiểm đã tùy ý tăng hoặc giảm mức phí bảo hiểm với mục đích gây nhiễu loạn thị trường bảo hiểm, điều này cũng có thể có lợi hoặc bất lợi cho các chủ thể tham gia vào quan hệ hợp đồng bảo hiểm tài sản. Trước tình hình đó, tác giả kiến nghị pháp luật nên quy định mức phí bảo hiểm cơ bản để doanh nghiệp bảo hiểm dựa trên mức cơ bản đó đưa ra mức phí bảo hiểm phù hợp với thị trường bảo hiểm, nhằm đảm bảo cạnh tranh lành mạnh giữa các doanh nghiệp bảo hiểm.

Thứ ba, hệ quả pháp lý do vi phạm nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm.

Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 đã tiếp thu và có điều chỉnh một số nội dung liên quan đến nghĩa vụ đóng phí của bên mua bảo hiểm. Tuy nhiên, tác giả vẫn

¹⁸ Chính phủ (2016), *Nghị định số 73/2016/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật Kinh doanh bảo hiểm và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật Kinh doanh bảo hiểm*, ban hành ngày 01/7/2023.

nhận thấy còn tồn tại một số bất cập, vướng mắc như: (i) Trách nhiệm bảo hiểm được xác định như thế nào khi bên mua bảo hiểm mới đóng một phần phí bảo hiểm¹⁹; (ii) Bên mua bảo hiểm nợ phí bảo hiểm quá thời hạn gia hạn mà vì một sự kiện bất khả kháng chưa kịp thời đóng phí bảo hiểm thì hợp đồng bảo hiểm có được tiếp tục hay không? Để giải quyết vấn đề đặt ra thì quy định về việc chấm dứt hợp đồng theo Luật Kinh doanh bảo hiểm cần: xác định rõ thời điểm nào hợp đồng bảo hiểm thực sự được chấm dứt, Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 không có đề cập đến nội dung này; việc xác định thời điểm chấm dứt hợp đồng đối với lĩnh vực kinh doanh bảo hiểm có vai trò quan trọng. Tại Điều 26 Luật Kinh doanh bảo hiểm năm 2022 quy định về các trường hợp đơn phương chấm dứt hợp đồng bảo hiểm tài sản do vi phạm nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm. Tuy nhiên, lại không quy định rõ về thời điểm chấm dứt hợp đồng đối với trường hợp này. Do đó theo tác giả, cần phải hoàn thiện quy định này theo hướng doanh nghiệp bảo hiểm chỉ chịu trách nhiệm tương ứng với từng phần phí bảo hiểm mà bên mua bảo hiểm đã đóng trước đó. Trường hợp bên mua bảo hiểm không đóng đủ phí bảo hiểm trong thời gian gia hạn đóng phí bảo hiểm thì hợp đồng bảo hiểm đó sẽ chấm dứt “ngay” khi hết thời hạn gia hạn. Trường hợp đóng phí sau thời gian gia hạn, mà bên mua bảo hiểm mới thực hiện đóng phí bảo hiểm và doanh nghiệp bảo hiểm vẫn thực hiện thu phí bảo hiểm thì coi như hợp đồng vẫn có giá trị pháp lý kể từ thời điểm đóng phí bảo hiểm, tuy nhiên nếu sự kiện bảo hiểm xảy ra trước thời điểm gia hạn đến trước thời điểm mà doanh nghiệp bảo hiểm nhận được phí bảo hiểm thì sẽ không phát sinh trách nhiệm bảo hiểm.

4. Kết luận

Như đã phân tích, trong hợp đồng bảo hiểm tài sản thì nghĩa vụ cơ bản nhất là đóng phí bảo hiểm. Đây là điều kiện tiên quyết để bên mua bảo hiểm được hưởng các quyền lợi theo nội dung hợp đồng bảo hiểm tài sản đã ký kết. Phí bảo hiểm không chỉ là khoản tiền bên mua bảo hiểm phải đóng mà nó còn được xác định làm căn cứ xác định hiệu lực của hợp đồng bảo hiểm tài sản cũng như thời điểm phát sinh hiệu lực trách nhiệm bảo hiểm của doanh nghiệp bảo hiểm. Tuy nhiên trên thực tế, nhiều

¹⁹ Khuu Thanh Tâm (2022), *Phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản: Thực trạng quy định của pháp luật và các kiến nghị hoàn thiện*, <https://tapchitaichinh.vn/phi-bao-hiem-trong-hop-dong-bao-hiem-tai-san-thuc-trang-quy-dinh-cua-phap-luat-va-cac-kien-nghi-hoan-thien.html>, truy cập ngày 21/7/2023.

trường hợp bên mua bảo hiểm vẫn chưa nắm rõ các quy định của pháp luật về phí bảo hiểm tài sản, nghĩa vụ đóng phí bảo hiểm theo hợp đồng bảo hiểm tài sản. Bên cạnh đó, pháp luật về phí trong hợp đồng bảo hiểm tài sản hiện nay vẫn chưa rõ ràng, đầy đủ. Điều này dẫn đến việc các bên tham gia vào quan hệ kinh doanh bảo hiểm với mục đích trục lợi bảo hiểm, kiếm lời bất hợp pháp. Do đó, việc phân tích, đánh giá thực trạng pháp luật và thực tiễn thực hiện pháp luật Việt Nam về phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản là nhằm nâng cao hiệu quả áp dụng pháp luật, tạo môi trường trong sạch, lành mạnh và ổn định thị trường bảo hiểm, bảo vệ quyền lợi của các bên.

DANH MỤC TÀI LIỆU THAM KHẢO

1. Quốc hội (2005), *Luật Thương mại số 36/2005/QH11*, ban hành ngày 14/06/2005, Hà Nội.
2. Quốc hội (2015), *Bộ luật Dân sự số 86/2015/QH13*, ban hành ngày 19/11/2015, Hà Nội.
3. Quốc hội (2022), *Luật kinh doanh bảo hiểm số 08/2022/QH15*, ban hành ngày 16/6/2022.
4. Cộng hòa Liên bang Đức (2008), *Versicherungsvertragsgesetz – VVG, (tạm dịch: Luật Hợp đồng bảo hiểm)*, ban hành ngày 01/01/2008.
5. Cohen, S. H., & Quaintance, K. L (1989), *Role of Contra proferentem in interpretation of insurance contracts*, (tạm dịch: Vai trò của nguyên tắc giải thích hợp đồng), *Environmental Claims Journal*, 2(1), 13–28. doi:10.1080/10406028909383752, truy cập ngày 21/7/2023.
6. Chính phủ (2022), *Nghị định số 21/2021/NĐ-CP quy định thi hành Bộ luật dân sự về đảm bảo thực hiện nghĩa vụ*, ban hành ngày 19/3/2021.
7. Chính phủ (2016), *Nghị định số 73/2016/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Luật kinh doanh bảo hiểm và Luật sửa đổi, bổ sung một số điều của Luật kinh doanh bảo hiểm*, ban hành ngày 01/7/2023.
8. Hà Thị Mai Hiền, Hà Thị Thúy, *Bàn về chế định giải thích hợp đồng trong dự thảo Bộ luật Dân sự (Sửa đổi)*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 3/2015, tr.42-48.

9. Hợp đồng bảo hiểm cháy, nổ bắt buộc số 5868/22/HD-TS.2.1/017-KD07 giữa Trung tâm Quản lý nhà và Giám định xây dựng và Tổng công ty Cổ phần bảo hiểm Quân đội (MIC), ngày 30/12/2022.

10. Hợp đồng bảo hiểm mọi rủi ro tài sản số 4746/21/HD-TS.2.1/017-KD02 giữa Công ty TNHH MTV – Tổng công ty 28 và Công ty bảo hiểm MIC Bắc Sài Gòn, ngày 28/12/2021.

11. Khuru Thanh Tâm (2022), *Phí bảo hiểm trong hợp đồng bảo hiểm tài sản: Thực trạng quy định của pháp luật và các kiến nghị hoàn thiện*, <https://tapchitaichinh.vn/phi-bao-hiem-trong-hop-dong-bao-hiem-tai-san-thuc-trang-quy-dinh-cua-phap-luat-va-cac-kien-nghi-hoan-thien.html>, truy cập ngày 21/7/2023.

12. Steven J. Burton (2008), *Elements of contract interpretation* (tạm dịch: Yếu tố giải thích hợp đồng), Nxb. Oxford University Press, Inc.

13. Tòa án nhân dân tỉnh Khánh Hòa (2022), *Bản số 55/2022/DS-PT về tranh chấp hợp đồng bảo hiểm*, ngày 16/9/2022 về tranh chấp hợp đồng bảo hiểm giữa nguyên đơn ông Trần C và bị đơn Tổng Công ty Cổ phần A.

14. Thủ tướng Chính phủ (2023), *Quyết định số 07/QĐ-TTg về phê duyệt chiến lược phát triển thị trường bảo hiểm Việt Nam đến năm 2030*, ban hành ngày 05/01/2023.

DISPUTES REGARDING INSURANCE PREMIUMS IN PROPERTY INSURANCE CONTRACTS IN VIETNAM - CURRENT SITUATION AND SOLUTIONS

Abstract: Currently, the legal framework regarding insurance premiums in property insurance contracts still faces numerous deficiencies and limitations. A property insurance contract serves as an agreement among participating parties, functioning both as a tool for legal enforcement and as a product of the insurance market. Consequently, the most significant and fundamental obligation of an insurance contract is for the policyholder to fulfill the insurance premium payment as stipulated in the contract. However, in certain real-world scenarios, policyholders remain unfamiliar with the legal regulations concerning property insurance premiums

and the obligation to pay premiums according to the contract terms. This lack of clarity often leads to disputes arising from insurance premium matters within property insurance contracts. In practice, these disputes concerning insurance premiums are becoming increasingly varied and diverse, and not every legal scenario has specific provisions tailored to each dispute situation. To address these raised issues, this article conducts an analysis and evaluation of the current status of Vietnamese law regarding property insurance premiums. Through the examination of typical real-world disputes, the article provides a number of recommended solutions to enhance the legal framework concerning property insurance premiums within the context of economic globalization and international integration.

Keywords: property insurance contracts, property insurance premium, insurance premium dispute.