

# BÀN VỀ MỘT SỐ TÌNH TIẾT TĂNG NẶNG TRÁCH NHIỆM HÌNH SỰ ĐỐI VỚI NGƯỜI DƯỚI 18 TUỔI PHẠM TỘI THEO QUY ĐỊNH CỦA BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 (SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017)

*Nguyễn Thị Minh Trâm\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích một số hạn chế trong quy định chung về các tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự khi áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội tại khoản 1 Điều 52 Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017); từ đó, tác giả đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện pháp luật hình sự Việt Nam về vấn đề này.

**Abstract:** The article analyzes limitations on general regulations on the aggravating circumstances of criminal liability for persons aged under 18 years in violation of Clause 1, Article 52 of the Criminal Code of 2015 (amended and supplemented in 2017); thereby, the author makes proposals to improve the criminal law of Viet Nam on this issue.

Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)<sup>1</sup> đã dành riêng Chương XII để quy định những vấn đề áp dụng riêng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội theo hướng khoan hồng, nhân đạo hơn so với người từ đủ 18 tuổi trở lên, nhưng Chương này lại không quy định về các tình tiết tăng nặng trách nhiệm hình sự (TNHS) áp dụng riêng cho người dưới 18 tuổi phạm tội. Vì thế, căn cứ vào quy định tại Điều 90 BLHS năm 2015 về áp dụng BLHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, có thể thấy rằng, các tình tiết tăng nặng TNHS quy định tại khoản 1 Điều 52 được áp dụng chung cho cả người từ đủ 18 tuổi trở lên và người dưới 18 tuổi phạm tội. Tuy nhiên, xuất phát từ những đặc thù tâm sinh lý lứa tuổi cũng như các điều kiện phạm tội của người dưới 18 tuổi, với những hạn chế và khác biệt nhất định so với người từ đủ 18 tuổi trở lên thì việc quy định chung về các tình tiết tăng nặng TNHS tại khoản 1 Điều 52 cho cả

người phạm tội dưới 18 tuổi là chưa phù hợp hoặc không khả thi so với các quy định riêng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, cũng như chưa thể hiện rõ được nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội quy định tại Điều 91 BLHS năm 2015.

## 1. Tình tiết “Phạm tội có tính chất chuyên nghiệp” (điểm b khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015) và kiến nghị

Theo Mục 5.1 Nghị quyết số 01/2006/NQ-HĐTP, phạm tội có tính chất chuyên nghiệp là trường hợp cố ý phạm tội từ năm lần trở lên về cùng một tội phạm, không phân biệt đã bị truy cứu TNHS hay chưa bị truy cứu TNHS, nếu chưa hết thời hiệu truy cứu TNHS hoặc chưa được xóa án tích. Đồng thời, người phạm tội đều lấy các lần phạm tội làm nghề sinh sống và lấy kết quả của việc phạm tội làm nguồn sống chính<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> Sau đây gọi tắt là BLHS năm 2015.

<sup>2</sup> Mục 5.1 Nghị quyết số 01/2006/NQ-HĐTP ngày 12/5/2006 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số điều của BLHS năm 1999.

Như vậy, vấn đề đặt ra là trong trường hợp người dưới 18 tuổi cố ý phạm tội từ năm lần trở lên về cùng một tội phạm thì khi quyết định hình phạt, Tòa án có phải cân nhắc về việc áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS phạm tội có tính chất chuyên nghiệp hay không? Bởi, một trong các điều kiện để có thể áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS phạm tội có tính chất chuyên nghiệp tại điểm b khoản 1 Điều 52 đối với người dưới 18 tuổi phạm tội là người dưới 18 tuổi phạm tội phải lấy các lần phạm tội làm nghề sinh sống và lấy kết quả của việc phạm tội làm nguồn sống chính. Tuy nhiên, thực tế cho thấy, việc xác định người dưới 18 tuổi phạm tội lấy việc phạm tội như một “nghề nghiệp” để sinh sống là không phù hợp với đặc thù phát triển về thể chất và tâm sinh lý lứa tuổi cũng như không phù hợp với các quy định khác của pháp luật. Cụ thể:

*Thứ nhất*, người dưới 18 tuổi là người đang trong giai đoạn phát triển, họ chưa có sự phát triển đầy đủ về thể chất và tâm sinh lý và là người đang trong độ tuổi ăn học, sống phụ thuộc vào cha mẹ, gia đình và là đối tượng chưa có nghề nghiệp ổn định. Do đó, theo quy định của pháp luật, người dưới 18 tuổi là đối tượng mà cha mẹ có nghĩa vụ chăm sóc, nuôi dưỡng, là đối tượng được các chủ thể khác thực nghĩa vụ cấp dưỡng<sup>3</sup>.

*Thứ hai*, trong các quy định của pháp luật có liên quan thì người dưới 18 tuổi luôn là đối tượng được bảo hộ đặc biệt về mặt pháp lý và là đối tượng bị hạn chế rất nhiều trong việc xác lập, thực hiện các giao dịch dân sự. Cụ thể, Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015 quy định: “Người từ đủ sáu tuổi đến chưa đủ mười lăm tuổi khi xác lập, thực hiện giao dịch dân sự phải được người đại diện

*theo pháp luật đồng ý, trừ giao dịch dân sự phục vụ nhu cầu sinh hoạt hàng ngày phù hợp với lứa tuổi”*; “Người từ đủ mười lăm tuổi đến chưa đủ mười tám tuổi tự mình xác lập, thực hiện giao dịch dân sự, trừ giao dịch dân sự liên quan đến bất động sản, động sản phải đăng ký và giao dịch dân sự khác theo quy định của luật phải được người đại diện theo pháp luật đồng ý”<sup>4</sup>.

*Thứ ba*, mặc dù theo quy định của Bộ luật Lao động năm 2019, người từ đủ 13 tuổi đến dưới 18 tuổi có thể tham gia vào một số quan hệ pháp luật lao động nhưng rất hạn chế<sup>5</sup>. Người dưới 18 tuổi có thể tham gia vào quan hệ pháp luật lao động, nhưng do có những hạn chế nhất định về công việc được làm, thời gian lao động, sức khỏe, sự phù hợp với độ tuổi nên dù người dưới 18 tuổi có tham gia vào quan hệ pháp luật lao động thì nguồn thu nhập của họ là không đáng kể và không thể coi đó là nghề nghiệp của họ.

*Thứ tư*, đối với trường hợp người dưới 18 tuổi là trẻ lang thang, cơ nhỡ, không có cha mẹ hoặc người giám hộ chăm sóc, nuôi dưỡng thì việc người dưới 18 tuổi phạm tội từ năm lần trở lên về cùng một tội phạm và lấy kết quả của các lần phạm tội làm nguồn cung cấp nhu cầu ăn uống, sinh hoạt hàng ngày thì không thể coi trường hợp này như một “nghề nghiệp” để sinh sống được.

Như vậy, trong quan hệ pháp luật dân sự, hôn nhân và gia đình, lao động thì yếu tố “nghề nghiệp” của người dưới 18 tuổi vẫn chưa được khẳng định độc lập mà đây vẫn là đối tượng đặc biệt cần có người đại diện, người giám hộ. Do đó, việc BLHS năm

<sup>3</sup> Khoản 1 Điều 71, Điều 110, Điều 112 -- Điều 114 Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014.

<sup>4</sup> Khoản 3, khoản 4 Điều 21 Bộ luật Dân sự năm 2015.

<sup>5</sup> Khoản 1 Điều 3, Điều 143 Bộ luật Lao động năm 2019.

2015 quy định tình tiết “phạm tội có tính chất chuyên nghiệp” áp dụng chung đối với người phạm tội, bao gồm người dưới 18 tuổi phạm tội, khi áp dụng Tòa án cần phải rất cân nhắc vì việc xác định điều kiện “*người phạm tội đều lấy các lần phạm tội làm nghề sinh sống và lấy kết quả của việc phạm tội làm nguồn sống chính*” đối với người dưới 18 tuổi phạm tội để áp dụng tình tiết phạm tội có tính chất chuyên nghiệp là không phù hợp với đặc thù lứa tuổi. Do đó, về vấn đề này, tác giả kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn rõ là không được áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “Phạm tội có tính chất chuyên nghiệp” tại điểm b khoản 1 Điều 52 BLHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

## 2. Tình tiết “Lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội” (điểm c khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015) và kiến nghị

BLHS năm 2015 không quy định thế nào là lợi dụng chức vụ, quyền hạn, nhưng tại khoản 6 Điều 3 Nghị quyết số 03/2020/NQ-HĐTP quy định: “*Lợi dụng chức vụ, quyền hạn là dựa vào chức vụ, quyền hạn được giao để làm trái, không làm hoặc làm không đúng quy định của pháp luật*”<sup>6</sup>. Do đó, có thể hiểu lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội là trường hợp người phạm tội đã dựa vào chức vụ, quyền hạn được giao để làm trái, không làm hoặc làm không đúng quy định của pháp luật. Hay nói cách khác, chức vụ, quyền hạn chính là điều kiện thuận lợi để thực hiện tội phạm một cách dễ dàng hơn. Hành vi lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội làm tăng mức độ

nguy hiểm cho xã hội của hành vi vì nó có thể gây ra những thiệt hại lớn cho lợi ích của Nhà nước, xã hội, công dân cũng như làm giảm uy tín, hiệu lực quản lý của Nhà nước, cơ quan, tổ chức, doanh nghiệp.

Tình tiết “lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội” chỉ được coi là tình tiết tăng nặng TNHS khi tình tiết này không được quy định là tình tiết định tội hoặc định khung hình phạt đối với tội danh áp dụng cho người phạm tội<sup>7</sup>. Mức độ tăng nặng của tình tiết này tùy thuộc vào mức độ lợi dụng chức vụ, quyền hạn cũng như tính chất, tầm quan trọng của chức vụ, quyền hạn bị người phạm tội lợi dụng để thực hiện tội phạm.

Như vậy, để áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội” tại điểm c khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 đối với người phạm tội thì đòi hỏi người phạm tội phải là người có chức vụ, quyền hạn và họ đã lợi dụng chức vụ, quyền hạn đó để phạm tội. Theo đó, người có chức vụ, quyền hạn là người do bổ nhiệm, do bầu cử, do tuyển dụng, do hợp đồng hoặc do một hình thức khác, có hưởng lương hoặc không hưởng lương, được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ nhất định và có quyền hạn nhất định trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó, bao gồm: “(a) Cán bộ, công chức, viên chức; (b) Sĩ quan, quân nhân chuyên nghiệp, công nhân, viên chức quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan nghiệp vụ, sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên môn kỹ thuật, công nhân công an trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân; (c) Người đại diện phần vốn nhà nước tại doanh

<sup>6</sup> Xem khoản 6 Điều 3 Nghị quyết số 03/2020/NQ-HĐTP ngày 30/12/2020 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định của BLHS trong xét xử tội phạm tham nhũng và tội phạm khác về chức vụ.

<sup>7</sup> Trong một số tội phạm được quy định trong BLHS năm 2015 có quy định lợi dụng chức vụ, quyền hạn để phạm tội là tình tiết định khung hình phạt hoặc là tình tiết định tội.

nghiệp; (d) Người giữ chức danh, chức vụ quản lý trong doanh nghiệp, tổ chức; (đ) Những người khác được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ và có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó”<sup>8</sup>.

Mặc dù “công vụ” đã được hướng dẫn và hiểu thống nhất là một công việc mà cơ quan nhà nước hoặc tổ chức xã hội giao cho một người thực hiện<sup>9</sup>, nhưng “nhiệm vụ” cho đến nay vẫn chưa có hướng dẫn cụ thể. Tuy nhiên, có thể thấy, so với quy định của BLHS năm 1985 và BLHS năm 1999, BLHS năm 2015 có điểm mới quan trọng khi quy định về các tội phạm chức vụ, đã mở rộng quy định tham nhũng trong cả lĩnh vực tư. Do đó, Điều 352 BLHS năm 2015 khi quy định khái niệm tội phạm về chức vụ cũng như Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 bên cạnh cụm từ “công vụ” đã bổ sung thêm cụm từ “nhiệm vụ” là để bao quát cả trường hợp tham nhũng trong lĩnh vực tư.

Như vậy, với quy định khái niệm về người có chức vụ, quyền hạn và các loại người được coi là có chức vụ, quyền hạn như trên thì người dưới 18 tuổi phạm tội không thể thuộc các loại người có chức vụ, quyền hạn được quy định từ điểm a đến điểm d khoản 2 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 được, bao gồm: Cán bộ, công chức, viên chức; sĩ quan, quân

nhân chuyên nghiệp, công nhân, viên chức quốc phòng trong cơ quan, đơn vị thuộc Quân đội nhân dân; sĩ quan, hạ sĩ quan nghiệp vụ, sĩ quan, hạ sĩ quan chuyên môn kỹ thuật, công nhân công an trong cơ quan, đơn vị thuộc Công an nhân dân; người đại diện phần vốn nhà nước tại doanh nghiệp; người giữ chức danh, chức vụ quản lý trong doanh nghiệp, tổ chức vì đối với những loại người có chức vụ, quyền hạn này, đòi hỏi phải là người từ đủ 18 tuổi trở lên<sup>10</sup>. Tuy nhiên, đối với loại người có chức vụ, quyền hạn quy định tại điểm đ khoản 2 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 là: “*Những người khác được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ và có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó*” thì người dưới 18 tuổi có thể là người có chức vụ, quyền hạn thuộc loại này hay không hiện nay vẫn còn có cách hiểu chưa thống nhất, cụ thể là:

*Cách hiểu thứ nhất cho rằng*, một người để được giao thực hiện một nhiệm vụ, công vụ và có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó thì người này phải có năng lực chủ thể đầy đủ theo quy định của pháp luật; tức phải là người từ đủ 18 tuổi trở lên. Do đó, đối với người dưới 18 tuổi phạm tội thì không thể là người có chức vụ, quyền hạn được. Vì thế, tình tiết “lợi dụng, chức vụ quyền hạn để phạm tội” không thể áp dụng được đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

<sup>8</sup> Khoản 2 Điều 352 BLHS năm 2015.

Khoản 4 Điều 2 Nghị quyết số 03/2020/NQ-HĐTP ngày 30/12/2020 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao, hướng dẫn áp dụng một số quy định của Bộ luật Hình sự trong xét xử tội phạm tham nhũng và tội phạm khác về chức vụ.

Khoản 2 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018.

<sup>9</sup> Mục 1a Chương II Nghị quyết số 04/HĐTP ngày 29/11/1986 của Hội đồng thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số quy định trong Phần các tội phạm của BLHS.

<sup>10</sup> Luật Cán bộ, công chức năm 2008 (sửa đổi, bổ sung năm 2019).

Luật Sĩ quan quân đội nhân dân Việt Nam năm 1999 (sửa đổi, bổ sung năm 2014).

Luật Quân nhân chuyên nghiệp, công nhân và viên chức quốc phòng năm 2015.

Luật Công an nhân dân năm 2018.

Nghị định số 159/2020/NĐ-CP ngày 31/12/2020 của Chính phủ về quản lý người giữ chức danh, chức vụ và người đại diện phần vốn góp Nhà nước tại doanh nghiệp.

*Cách hiểu thứ hai cho rằng*, người dưới 18 tuổi khi tham gia vào một số quan hệ xã hội nhất định thì họ vẫn có thể được giao thực hiện một số nhiệm vụ, công vụ và có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó. Do đó, người dưới 18 tuổi vẫn có thể trở thành người có chức vụ, quyền hạn và tình tiết “lợi dụng, chức vụ quyền hạn để phạm tội” vẫn có thể được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong một số trường hợp. Ví dụ như người dưới 18 tuổi được giao thực hiện các công việc phục vụ lợi ích chung của Nhà nước, của xã hội hoặc khi người dưới 18 tuổi tham gia vào quan hệ pháp luật lao động và được các tổ chức, doanh nghiệp giao thực hiện nhiệm vụ nhất định và có quyền hạn khi thực hiện nhiệm vụ đó.

Vì việc xác định người dưới 18 tuổi phạm tội có thể là người có chức vụ, quyền hạn hay không còn chưa thống nhất, do đó việc áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “lợi dụng, chức vụ quyền hạn để phạm tội” quy định tại điểm c khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 đối với người dưới 18 tuổi phạm tội vẫn còn các cách hiểu khác nhau như trên. Do đó, về vấn đề này, tác giả kiến nghị cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn rõ “*Những người khác được giao thực hiện nhiệm vụ, công vụ và có quyền hạn trong khi thực hiện nhiệm vụ, công vụ đó*” theo quy định tại điểm đ khoản 2 Điều 3 Luật Phòng, chống tham nhũng năm 2018 là những trường hợp nào; để từ đó, xác định được người dưới 18 tuổi phạm tội có thể là người có chức vụ, quyền hạn hay không và tình tiết tăng nặng TNHS “lợi dụng, chức vụ quyền hạn để phạm tội” có được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội hay không và nếu được áp dụng thì trong các trường hợp cụ thể nào.

### **3. Tình tiết “Tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm” (điểm h khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015) và kiến nghị**

Theo quy định tại Điều 53 BLHS năm 2015, một trong các điều kiện tiên đề để xác định tình tiết tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm đối với người phạm tội là việc người phạm tội bị kết án đã được xóa án tích hay chưa<sup>11</sup>. Nếu người phạm tội đã bị kết án nhưng không có án tích hoặc người phạm tội bị kết án nhưng đã được xóa án tích thì không thể áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS này đối với họ. Riêng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, liên quan đến việc xác định tình tiết tăng nặng TNHS “tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm” được BLHS năm 2015 quy định như sau:

- *Thứ nhất*, không được áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong các trường hợp sau:

+ Trường hợp 1: Không áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi phạm tội.

Trong nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 quy định: “*Án đã tuyên đối với người chưa đủ 16 tuổi phạm tội, thì không tính để xác định tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm*”. Do đó, theo quy định tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 thì không được áp dụng “tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm” là tình tiết tăng nặng TNHS đối với người dưới 16 tuổi phạm tội. Quy định tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 này là hoàn toàn thống nhất và phù hợp với quy định tại điểm a khoản 1 Điều 107 khi quy định người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị

<sup>11</sup> Xem Điều 53 BLHS năm 2015 quy định về tái phạm, tái phạm nguy hiểm.

kết án thì được coi là không có án tích – một trong các điều kiện cơ bản để xác định tình tiết “tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm”<sup>12</sup>.

Có thể nói, trong số các tình tiết tăng nặng TNHS, chỉ có tình tiết “tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm” được quy định riêng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015.

+ Trường hợp 2: Không áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng (với bất kỳ hình thức lỗi nào) hoặc tội phạm rất nghiêm trọng nhưng với hình thức lỗi vô ý. Điều này được thể hiện qua quy định tại điểm b khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015: “*Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng do vô ý*” thì được coi là không có án tích<sup>13</sup>.

+ Trường hợp 3: Không áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người dưới 18 tuổi phạm tội bị áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng quy định tại Mục 3 Chương XII BLHS năm 2015<sup>14</sup>. Theo quy định tại điểm c khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015, khi người dưới 18 tuổi phạm tội được áp dụng biện pháp tư pháp giáo dục tại trường giáo dưỡng để thay thế cho hình phạt thì được coi là không có án tích nên không thể áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong trường hợp này.

- *Thứ hai*, tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm chỉ có thể được áp dụng đối với người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết

án về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng (với bất kỳ hình thức lỗi nào) nếu thỏa mãn quy định về tái phạm, tái phạm nguy hiểm tại Điều 53 BLHS năm 2015. Bởi theo khoản 2 Điều 107 BLHS năm 2015, người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm rất nghiêm trọng do cố ý hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng mới thuộc trường hợp bị coi là có án tích – một trong các điều kiện tiền đề để xác định tái phạm, tái phạm nguy hiểm<sup>15</sup>.

Như vậy, theo quy định tại Điều 53 BLHS năm 2015, án tích là một trong các điều kiện tiền đề để xác định tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người phạm tội. Tuy nhiên, do xuất phát từ những đặc thù tâm sinh lý lứa tuổi cũng như chính sách nhân đạo trong Luật Hình sự, BLHS năm 2015 đã quy định những trường hợp mặc dù người dưới 18 tuổi phạm tội bị kết án, nhưng được coi là không có án tích – tức là trong nhiều trường hợp, không thể áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người dưới 18 tuổi phạm tội như đã phân tích ở trên. Tuy nhiên, quy định này chưa loại trừ trường hợp tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 về nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội: “*Án đã tuyên đối với người chưa đủ 16 tuổi phạm tội, thì không tính để xác định tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm*”. Đồng thời, quy định này trở nên dư thừa khi đã có quy định tại điểm a khoản 1 Điều 107 về trường hợp người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị kết án thì được coi là không có án tích.

Trên cơ sở quy định tại Điều 107 BLHS năm 2015 về xóa án tích áp dụng riêng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, tác giả

<sup>12</sup> Điểm a khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015.

<sup>13</sup> Điểm b khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015.

<sup>14</sup> Điểm c khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015.

<sup>15</sup> Điều 53, khoản 2 Điều 107 BLHS năm 2015.

kiến nghị cần sửa đổi quy định tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 theo một trong hai phương án sau đây:

*Phương án 1:* Vì điểm a khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015 đã quy định rõ người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi bị kết án được coi là không có án tích mà án tích là điều kiện tiền đề để xác định tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm. Do đó, nếu dựa vào quy định tại điểm a khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015, quy định tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 trở nên dư thừa và đặc biệt là không bao quát hết các trường hợp không áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Tác giả cho rằng, Điều 107 BLHS năm 2015 đã thể hiện rõ và đầy đủ về các trường hợp không áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người dưới 18 tuổi phạm tội mà không cần phải quy định tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 như hiện tại. Do đó, để đảm bảo về mặt kỹ thuật lập pháp, tác giả kiến nghị cần bỏ quy định tại khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015.

*Phương án 2:* Theo quy định tại khoản 1 Điều 107 BLHS năm 2015, đối với người dưới 18 tuổi phạm tội bị kết án có nhiều trường hợp không được tính để xác định tái phạm, tái phạm nguy hiểm chứ không chỉ có duy nhất trường hợp đối với người chưa đủ 16 tuổi theo quy định tại khoản 7 Điều 91 BLHS. Do đó, để bao quát hết các trường hợp không áp dụng tình tiết tái phạm, tái phạm nguy hiểm đối với người dưới 18 tuổi phạm tội, tác giả kiến nghị khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 có thể sửa đổi lại như sau:

*“7. Án đã tuyên đối với người dưới 18 tuổi phạm tội trong các trường hợp sau đây, thì không tính để xác định tái phạm hoặc tái phạm nguy hiểm:*

- a) Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi;
- b) Người từ đủ 16 tuổi đến dưới 18 tuổi bị kết án về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng hoặc tội phạm rất nghiêm trọng do vô ý;
- c) Người bị áp dụng biện pháp tư pháp quy định tại Mục 3 Chương này”.

Cùng với việc sửa đổi, bổ sung khoản 7 Điều 91 BLHS năm 2015 như trên, để tránh việc quy định lặp lại không cần thiết, BLHS năm 2015 cần bỏ quy định tại khoản 1 Điều 107 BLHS.

#### **4. Tình tiết “Phạm tội đối với người dưới 16 tuổi, phụ nữ có thai hoặc người đủ 70 tuổi trở lên” (điểm i khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015) và kiến nghị**

Theo hướng dẫn tại Mục 2.1 Nghị quyết số 01/2006/NQ-HĐTP, chỉ áp dụng tình tiết phạm tội đối với người dưới 16 tuổi đối với những trường hợp phạm tội do lỗi cố ý mà không phụ thuộc vào ý thức chủ quan của người phạm tội có nhận biết được hay không nhận biết được người bị xâm hại là người dưới 16 tuổi hay không<sup>16</sup>. Như vậy, Mục 2.1 Nghị quyết số 01/2006/NQ-HĐTP chỉ hướng dẫn đối tượng bị xâm hại là người dưới 16 tuổi mà không có hướng dẫn về độ tuổi của chủ thể phạm tội. Vì đến nay chưa có văn bản hướng dẫn về độ tuổi của chủ thể phạm tội khi áp dụng tình tiết TNHS “phạm tội đối với người dưới 16 tuổi” quy định tại điểm i khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 nên tình tiết tăng nặng TNHS này sẽ được áp dụng đối với bất kỳ người phạm tội nào đã thực hiện hành vi phạm tội đối với nạn nhân là người dưới 16 tuổi, có thể bao gồm người từ đủ 18 tuổi trở lên hoặc người dưới 18 tuổi phạm tội.

<sup>16</sup> Mục 2.1 Nghị quyết số 01/2006/NQ-HĐTP ngày 12/5/2006 của Hội đồng Thẩm phán Tòa án nhân dân tối cao hướng dẫn áp dụng một số điều của BLHS năm 1999.

Tác giả cho rằng, với quy định tại điểm i khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 và tinh thần hướng dẫn tại Mục 2.1 Nghị quyết số 01/2006/NQ-HĐTP, có thể áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “phạm tội đối với người dưới 16 tuổi” đối với những trường hợp phạm tội do lỗi cố ý mà không phụ thuộc vào ý thức chủ quan của người phạm tội có nhận biết được hay không người bị xâm hại là người dưới 16 tuổi cũng như không phụ thuộc vào việc người phạm tội đã đủ 18 tuổi hay dưới 18 tuổi. Tuy nhiên, xuất phát từ đặc thù tâm sinh lý lứa tuổi của người dưới 18 tuổi phạm tội là đối tượng chưa phát triển đầy đủ về thể chất cũng như về tâm, sinh lý; họ bị hạn chế về nhận thức, thiếu kinh nghiệm sống; sự hiểu biết còn thiếu chính xác, phiến diện và thiếu tính hệ thống<sup>17</sup>, nên trong nhiều trường hợp, họ nhận thức chưa trọn vẹn hoặc không nhận thức được đối tượng mình xâm hại là người dưới 16 tuổi là đối tượng cần được chăm sóc, bảo vệ đặc biệt. Do đó, tác giả cho rằng, chỉ nên áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “phạm tội đối với người dưới 16 tuổi” quy định tại điểm i khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên phạm tội mà không áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

Điểm i khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 ngoài quy định tình tiết tăng nặng TNHS “phạm tội đối với người dưới 16 tuổi” thì còn quy định tình tiết tăng nặng TNHS “*phạm tội đối với phụ nữ có thai hoặc người đủ 70 tuổi trở lên*”. Tương tự như người dưới 16 tuổi, đối tượng người bị hại là phụ nữ có thai hoặc người đủ 70 tuổi

<sup>17</sup> Trần Mạnh Toàn (2011), *Luận văn thạc sĩ “Các tình tiết tăng nặng TNHS đối với người chưa thành niên phạm tội”*, Khoa Luật – Đại học Quốc gia Hà Nội, tr.16 và tr.22.

trở lên cũng là những đối tượng cần được bảo vệ, quan tâm và chăm sóc đặc biệt. Tuy nhiên, như tác giả đã nêu thì người dưới 18 tuổi phạm tội do khả năng nhận thức còn hạn chế, chưa nhận thức được đầy đủ đối tượng mình xâm hại là đối tượng cần được chăm sóc, bảo vệ đặc biệt, do đó theo tác giả, tương tự như tình tiết “phạm tội đối với người dưới 16 tuổi”, nhà làm luật cần ban hành văn bản hướng dẫn rõ không áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS này đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

### **5. Tình tiết “Xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” (điểm o khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015) và kiến nghị**

Xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội là trường hợp người phạm tội có hành vi kích động, dụ dỗ, thúc đẩy người dưới 18 tuổi thực hiện tội phạm. Người dưới 18 tuổi là người chưa phát triển hoàn thiện về mặt thể chất, nhận thức còn non nớt, chưa có đầy đủ các quyền và nghĩa vụ pháp lý như người từ đủ 18 tuổi trở lên. Đối với đối tượng này, sự hiểu biết về pháp luật của họ còn nhiều hạn chế và họ cũng là đối tượng dễ bị lôi kéo, dụ dỗ vào việc thực hiện hành vi phạm tội. Thực tiễn xét xử cho thấy vẫn còn có nhiều quan điểm khác nhau trong việc xác định và áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” trong trường hợp người phạm tội là người dưới 18 tuổi như sau<sup>18</sup>:

<sup>18</sup> Phan Thị Thu Lê (2019), *Luận án tiến sĩ “Các tình tiết tăng nặng TNHS trong Luật hình sự Việt Nam”*, Học viện Khoa học xã hội – Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam, Hà Nội, tr.133.

Nguyễn Tất Trình, *Một số vấn đề về các tình tiết giảm nhẹ, tăng nặng trách nhiệm hình sự trong BLHS năm 2015*, <https://tapchitoaan.vn/bai-viet/nghien-cuu/mot-so-van-de-ve-cac-tinh-tiet-giam-nhe-tan-g-nang-trach-nhiem-hinh-su-trong-blhs-nam-2015>, truy cập ngày 20/9/2021.



*Quan điểm thứ nhất cho rằng, tình tiết nặng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” được áp dụng cho tất cả các chủ thể phạm tội. Theo đó, chỉ cần người phạm tội có hành vi xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội thì sẽ bị áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội”. Quan điểm này xuất phát từ các lý do sau:*

- BLHS năm 2015 không có quy định loại trừ việc áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS này đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Cụ thể, Điều 90 BLHS năm 2015 về áp dụng BLHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội quy định: *“Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 18 tuổi phạm tội phải chịu TNHS theo những quy định của chương này; theo quy định khác của Phần thứ nhất của Bộ luật này không trái với quy định của Chương này”*. Đồng thời, tại điểm o khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 chỉ quy định “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” là tình tiết tăng nặng TNHS áp dụng đối với người phạm tội, chứ không quy định là người xúi giục phải là người từ đủ 18 tuổi trở lên. Vì vậy, nếu người dưới 18 tuổi phạm tội có hành vi xúi giục người dưới 18 tuổi khác phạm tội thì khi xét xử, Tòa án vẫn phải áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” quy định tại điểm o khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 đối với họ.

- Căn cứ vào các văn bản giải đáp, hướng dẫn nghiệp vụ của Tòa án nhân dân tối cao, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, tình

tiết tăng nặng TNHS này được áp dụng chung đối với người phạm tội mà không có sự phân biệt đối với người từ đủ 18 tuổi trở lên hay người dưới 18 tuổi phạm tội. Cụ thể:

+ Tại Mục 24.1 Công văn giải đáp số 16/1999/KHXX ngày 01/02/1999 của Tòa án nhân dân tối cao giải đáp áp dụng tình tiết “xúi giục người chưa thành niên phạm tội” quy định tại điểm a khoản 1 Điều 39 của BLHS năm 1985 như sau: *“Trong Chương VII Phần chung BLHS “Những quy định đối với người chưa thành niên phạm tội” không có quy định nào loại trừ việc áp dụng các tình tiết tăng nặng quy định tại khoản 1 Điều 39 BLHS nói chung và tình tiết “xúi giục người chưa thành niên phạm tội” quy định tại điểm a khoản 1 Điều này nói riêng. Tại điểm a khoản 1 Điều 39 BLHS chỉ quy định “xúi giục người chưa thành niên phạm tội” là tình tiết tăng nặng TNHS của người phạm tội, chứ cũng không quy định người xúi giục phải là người đã thành niên. Vì vậy, nếu người chưa thành niên phạm tội mà có hành vi xúi giục người chưa thành niên khác phạm tội, thì khi xét xử Tòa án phải áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người chưa thành niên phạm tội” quy định tại điểm a khoản 1 Điều 39 BLHS đối với họ”<sup>19</sup>.*

+ Tại Mục 1 Công văn số 3544/VKSTC-V14 ngày 17/8/2019 của Vụ 14 – Viện kiểm sát nhân dân tối cao trả lời thỉnh thị vướng mắc trong việc áp dụng pháp luật hình sự hướng dẫn: *“Phần thứ nhất và Chương XII của BLHS năm 2015 không có quy định loại trừ việc áp dụng tình tiết tăng nặng: “Xúi giục người dưới 18 tuổi*

Nguyễn Thành Minh, *Bản khoản khi áp dụng tình tiết tăng nặng “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội”*, <https://www.qdnd.vn/ban-doc/thu-ban-doc/ban-khoan-khi-ap-dung-tinh-tiet-tang-nang-xui-giuc-ngu-oi-duoi-18-tuoi-pham-toi-632416>, truy cập ngày 20/9/2021.

<sup>19</sup> Theo quy định của BLHS năm 1985, tình tiết tăng nặng TNHS: “Xúi giục người chưa thành niên phạm tội” được quy định tại điểm a khoản 1 Điều 39.

phạm tội” đối với người dưới 18 tuổi. Do vậy, nếu người dưới 18 tuổi có hành vi xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội thì vẫn có thể bị xem xét áp dụng tình tiết tăng nặng “Xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội”.

Như vậy, theo tinh thần hướng dẫn tại hai Công văn nêu trên, việc áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” vẫn được áp dụng đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Tuy nhiên, có thể thấy, nội dung hướng dẫn của hai Công văn này vẫn còn những mâu thuẫn nhất định trong việc Tòa án áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS này theo hướng bắt buộc “phải áp dụng” hay tùy nghi “có thể áp dụng”.

*Quan điểm thứ hai cho rằng*, tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” chỉ được áp dụng đối với người phạm tội là người từ đủ 18 tuổi trở lên, khi người dưới 18 tuổi phạm tội có hành vi xúi giục người dưới 18 tuổi khác phạm tội thì không được áp dụng tình tiết “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội”. Bởi vì, tại khoản 3 Điều 416 BLTTHS năm 2015 có quy định một trong những vấn đề cần xác định khi tiến hành tố tụng đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi là: “Có hay không có người đủ 18 tuổi trở lên xúi giục”. Tức là, khoản 3 Điều 416 BLTTHS năm 2015 quy định khi tiến hành tố tụng đối với người bị buộc tội là người dưới 18 tuổi, các cơ quan tiến hành tố tụng, người tiến hành tố tụng phải chứng minh “có hay không có người đủ 18 tuổi trở lên xúi giục” chứ không yêu cầu chứng minh “có hay không có người dưới 18 tuổi xúi giục”. Theo đó, từ quy định này cũng có thể hiểu một cách gián tiếp rằng, việc xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội chỉ được đặt ra

đối với người đã đủ 18 tuổi. Nếu người dưới 18 tuổi có hành vi “xúi giục” người dưới 18 tuổi khác phạm tội thì không bị áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội”.

Theo quan điểm của tác giả, việc quy định tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” đối với người phạm tội nói chung mà không có sự phân biệt giữa người dưới 18 tuổi và người từ đủ 18 tuổi trở lên là phù hợp với quy định tại Điều 90 BLHS năm 2015 về việc áp dụng BLHS đối với người dưới 18 tuổi phạm tội. Tuy nhiên, tác giả đồng tình với quan điểm thứ hai khi cho rằng, tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” chỉ được áp dụng đối với người phạm tội là người từ đủ 18 tuổi trở lên; bởi vì người chưa đủ 18 tuổi là người đang ở lứa tuổi chưa phát triển đầy đủ về thể chất, tinh thần, chưa có khả năng nhận thức và kiểm soát được đầy đủ suy nghĩ, hành vi của mình. Do đó, người dưới 18 tuổi phạm tội dễ bị kích động, theo phong trào xúi giục nhau phạm tội. Nếu BLHS quy định tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” áp dụng chung cho người phạm tội mà không có sự phân hóa giữa người từ đủ 18 tuổi trở lên và người dưới 18 tuổi thì điều này là chưa phù hợp với nguyên tắc xử lý đối với người dưới 18 tuổi phạm tội đã được quy định tại Điều 91 BLHS năm 2015. Do đó, về vấn đề này, tác giả kiến nghị, cơ quan nhà nước có thẩm quyền cần ban hành văn bản hướng dẫn rõ không được áp dụng tình tiết tăng nặng TNHS “xúi giục người dưới 18 tuổi phạm tội” tại điểm o khoản 1 Điều 52 BLHS năm 2015 đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.