



MONTHLY ISSUE

9(353)

2017

46<sup>TH</sup> YEAR

**EDITOR IN CHIEF**

LE MAI THANH

**DEPUTY EDITOR IN CHIEF**

TRAN VAN BIEN

**EDITORIAL BOARD**

DAO TRI UC  
BUI XUAN DUC  
PHAM HONG HAI  
TRAN DINH HAO  
HA THI MAI HIEN  
PHAM HUU NGHI  
NGUYEN NHU PHAT  
LE MINH THONG  
NGUYEN TRUNG TIN  
VO KHANH VINH  
DINH NGOC VUONG

*Office of the Editorial Board:*

*27 Tran Xuan Soan  
Ha Noi*

*Tel: 024.39713333*

*Fax: 024.39764534*

*Email:*

*tcnnpl@isl.gov.vn*

**Licence for  
Press Activities No.  
121/GP-BTTTT dated 22  
April 2013**

Printed by Water Resources  
Printing Company

**Price: 20.000 VND**

# STATE AND LAW

## CONTENTS

*CONSTITUTIONAL LAW, ADMINISTRATIVE LAW*

❖ DO MINH KHOI: Changes in the Governance of a Modern State 3

❖ PHUNG VAN TAI: Improving Law and Regulation on the Protection of State Secret in Vietnam Nowadays 12

*CRIMINAL LAW, CRIMINAL PROCEDURE LAW*

❖ HOANG THE LIEN: The Penal Code of 2015 (as amended in 2017) and the Assurance of Human Right Enforcement 19

❖ VO MINH KY: Right to Silence and Self-incrimination in Criminal Procedure: the US Approach and Implication for Vietnam 27

❖ NGO VAN VINH: Provisions on Prosecution of the Suspect under Article 179 of the Criminal Procedure Code of 2015 32

❖ TRAN HONG CA: Investigation Restoration and Case Restoration upon the Request of the Suspect under the Criminal Procedure Code of 2015 36

*CIVIL LAW*

❖ TRAN THI CAM NHUNG: On the Law-based Establishment of Usufruct 42

*INTERNATIONAL LAW, INTERNATIONAL TRADE LAW*

❖ TRAN THI NGOC SUONG: Legal and Practical Grounds on Fishing Ban and the Case of China in South China Sea (East Sea) 47

❖ NGUYEN THANH TAM: Conciliation/Mediation in the Settlement of International Commercial Dispute 60

❖ DO THI MINH THUY: IPR Dispute Settlement in the WTO and Implication for Developing Countries 71

# NHỮNG THAY ĐỔI TRONG QUẢN TRỊ NHÀ NƯỚC HIỆN ĐẠI

*Đỗ Minh Khôi\**

**Tóm tắt:** *Quản trị và chính quyền đã có những thay đổi rất lớn trong thời gian gần đây về mặt thực tế cũng như về mặt học thuật. Nhận thức được những thay đổi này đóng vai trò rất quan trọng trong kiến thiết thể chế, hoàn thiện bộ máy nhà nước cho mục tiêu phát triển bền vững. Bài viết tổng hợp và phân tích các xu hướng phát triển cơ bản của quản trị nhà nước hiện đại như quản trị tốt, quản trị đa trung tâm, đa tầng và vai trò điều tiết của nhà nước.*

**Abstract:** *Governance and government recently have been changed critically in both practice and academics. Being aware of such changes plays an important role in building and designing political institutions and the state apparatus for sustainable development. This paper synthesizes and analyzes the development trend of state governance such as good governance, polycentrism and multi-layered governance and regulatory role of a modern state.*

## 1. Chuyển dịch từ Chính phủ sang quản trị, quản trị tốt và quản trị hiện đại

Khái niệm chính quyền (*Government*) được hiểu bao gồm những thiết chế chính thức của nhà nước và sự độc quyền sử dụng sức mạnh vũ lực chính đáng của nó. Khái niệm quản trị (*Governance*) liên quan tới việc tạo lập các điều kiện thực hiện những quy tắc trật tự và hoạt động tập thể, không chỉ bao hàm mà còn mở rộng ra bên ngoài hệ thống các thiết chế nhà nước; liên quan tới những mối quan hệ của các chủ thể trong quá trình ra quyết định; liên quan tới việc xác định trách nhiệm thực hiện, phương thức giải quyết các nhiệm vụ kinh tế và xã hội<sup>1</sup>.

Quản trị (*Governance*) có nghĩa là các quy trình và các thiết chế, chính thức và phi chính thức, hướng dẫn và kiểm soát hành vi tập thể của các nhóm và của chính

quyền, là một thành phần mà hoạt động của nó gắn với quyền hành và tạo ra nghĩa vụ chính thức<sup>2</sup>.

Chương trình Phát triển Liên hợp quốc (UNDP) định nghĩa quản trị là việc thực hiện quyền lực về kinh tế, chính trị và quản lý để giải quyết các công việc của quốc gia ở mọi cấp độ. Nó bao hàm các cơ chế, quy trình và các thiết chế, qua đó công dân và các nhóm thể hiện lợi ích, thực hiện các quyền pháp lý và các nghĩa vụ của mình, và điều hòa những sự khác biệt. Cũng theo UNDP, quản trị tốt gồm các thành tố sau: (1) Sự tham gia của mọi người vào quá trình ra quyết định trên cơ sở quyền tự do ngôn luận và hội họp; (2) Nhà nước pháp quyền (*The Rule of Law*); (3) Minh bạch thông tin; (4) Tính đáp ứng và phục vụ của các thể chế; (5) Bảo đảm có được sự đồng thuận rộng rãi; (6) Bình đẳng; (7) Hiệu lực và hiệu

\* TS., Đại học Luật Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Gerry Stoker (1998), *Governance As Theory: Five Propositions*, International Social Science Journal, Volume 50, Issue 155, pages 1–157.

<sup>2</sup> Joseph S. Nye Jr. and John D (2000), *Governance in a globalizing world*, Brookings Institution Press, tr.12.

quả; (8) Trách nhiệm; (9) Tầm nhìn chiến lược của lãnh đạo<sup>3</sup>.

Có quan điểm cho rằng, quản trị tốt là việc hình thành chính sách có thể dự đoán được, có tính mở và rõ ràng; bộ máy quản

trị chuyên nghiệp; nhánh hành pháp chịu trách nhiệm về hoạt động của mình; một xã hội dân sự lành mạnh tham gia vào lĩnh vực công; hành xử của mọi chủ thể theo chuẩn mực của nhà nước pháp quyền<sup>4</sup>.

**Bảng 1: So sánh khái niệm quản trị tốt của Chương trình Phát triển Liên hợp quốc và Ngân hàng thế giới**

Chương trình Phát triển Liên hợp quốc	Ngân hàng thế giới
Sự tham gia	Chính sách có thể dự đoán được
Nhà nước pháp quyền	Bộ máy quản trị chuyên nghiệp
Minh bạch thông tin	Nhánh hành pháp chịu trách nhiệm
Đáp ứng và phục vụ của các thể chế	Tham gia của xã hội dân sự
Đồng thuận rộng rãi	Nhà nước pháp quyền
Bình đẳng	
Hiệu lực và hiệu quả	
Trách nhiệm	
Tầm nhìn chiến lược của lãnh đạo	

Tuy khác nhau về các dấu hiệu của quản trị tốt, nhưng những nội dung khái niệm quản trị tốt của hai quan điểm trên (UNDP và Ngân hàng thế giới - World Bank) cũng đã chia sẻ một số giá trị cốt lõi nhất của quản trị tốt như pháp quyền, dân chủ, trách nhiệm.

Khái niệm quản trị hiện đại được hiểu là sự thiết lập các quy tắc cho việc hình thành các quyết định tập thể, mà các chủ thể bao gồm những tác nhân hay những tổ chức và không có những hệ thống kiểm soát chính thức có thể sắp đặt có tính bắt buộc cho mỗi

quan hệ giữa các tác nhân và tổ chức đó (nếu có sự sắp đặt có tính bắt buộc là cai trị, đối lập với quản trị, nói cách khác, không có ai độc quyền ra quyết định)<sup>5</sup>.

Quản trị hiện đại cũng được xác định là cơ chế và chiến lược của sự phối hợp, tương tác phức tạp giữa hoạt động của các tác nhân độc lập, các tổ chức và các hệ thống. Thực tế, quản trị diễn ra ở nhiều cấp độ về quyền lực và ra quyết định từ thể chế quốc

<sup>3</sup> UNDP (2006), *Governance for the Future: Democracy and Development in the Least Developed Countries*, Url: <http://unohrlls.org/UserFiles/File/Publications/Governancereport.pdf>, truy cập ngày 15/4/2017.

<sup>4</sup> World Bank (1994), *Governance: The World Bank's Experience*, A World Bank Publication, Washington, trang vii, URL: <http://documents.worldbank.org/curated/en/711471468765285964/pdf/multi0page.pdf>, truy cập ngày 4/7/2017.

<sup>5</sup> Vasudha Chhotray and Gerry Stoker (2009), *Governance Theory and Practice A Cross-Disciplinary Approach*, Palgrave Macmillan, tr.3.

tế thông qua mối quan hệ công tư tới các mạng lưới cụ thể. Theo đó, bốn mô hình quản trị là: Trao đổi, mệnh lệnh, đối thoại và đoàn kết; các mô hình này lần lượt thích hợp với các lĩnh vực thị trường, chính trị, mạng lưới và tình cảm. Dưới góc độ quản trị, quyền lực nhà nước không chỉ được thực hiện thông qua cưỡng chế, mệnh lệnh, kế hoạch, mà có thể được thực hiện thông qua quan hệ đối tác, mạng lưới và đoàn kết<sup>6</sup>. Dưới góc độ kinh tế, có quan điểm cho rằng quản trị nhà nước là quan hệ hợp tác, bổ túc giữa công và tư, công bằng và dân chủ<sup>7</sup>.

Một trong những xu hướng phát triển của quản trị hiện đại là chuyển dịch từ chính quyền sang quản trị. Lý do của việc chuyển dịch từ **chính quyền sang quản trị** xuất phát từ năm xu hướng: (1) Xu hướng phi hệ thống hóa nhà nước (chuyển đổi hình thức quản lý cư dân và lãnh thổ thông qua hình thức mối quan hệ công tư trong hợp tác hoạch định thực thi chính sách); (2) Xu hướng sử dụng mạng lưới và đa dạng hóa mô hình quản trị nhằm giữ hiệu quả chính trị trong điều kiện sự phức tạp ngày càng tăng; (3) Xu hướng dịch chuyển từ hệ thống quản trị nhà nước truyền thống sang mạng lưới thiết chế, thể hiện bằng việc sắp đặt thiết chế theo chiều dọc và chiều ngang, đa dạng hóa các tác nhân, đa dạng hóa nguồn lực và năng lực; (4) Xu hướng phi chính trị hóa quyền lực hay tách bạch giữa thể chế, chính trị và chính sách, theo đó, nhà nước kêu gọi sự tham gia vào việc ra quyết định hay còn gọi là mạng lưới quản trị ngoài thể chế (*Network governance beyond the*

*polity*), kết hợp các nguồn lực của nhà nước như đánh thuế, cưỡng chế với các nguồn lực của các tổ chức, hệ thống ngoài nhà nước; (5) Xu hướng chuyển dịch năng lực quản lý của chính quyền sang hình thức tự do mới và đa dạng các hình thức, phương pháp quản trị, từ trực tiếp, mệnh lệnh sang gián tiếp – “*phân tầng hóa chính quyền và quản trị hóa nhà nước*”<sup>8</sup>.

Như vậy, trong nhận thức về quản trị, hình thành xu hướng chuyển dịch sự quan tâm từ chính quyền sang quản trị, từ quản trị sang quản trị tốt và quản trị hiện đại. Nói ngắn gọn, đây là sự chuyển dịch từ hình thức đến nội dung của quản trị. Nội dung quản trị tốt nhấn mạnh yêu cầu, tính chất chính trị và xã hội của quản trị, trong khi quản trị hiện đại nhấn mạnh đến cách thức, cơ chế của quản trị hiện đại. Quản trị nhà nước với tư cách là một hình thức của quản trị xã hội hiện đại cũng chịu ảnh hưởng của sự thay đổi về nhận thức và thực tế này.

## 2. Quản trị đa tầng, đa diện và đa chủ thể

Quan điểm về quản trị nhà nước truyền thống nhấn mạnh vai trò quản trị nhà nước thông qua ban hành, thực thi các quy tắc quản trị bằng bộ máy chức nghiệp trong phạm vi lãnh thổ quốc gia và thông qua các mối quan hệ trong nội bộ nhà nước, liên quan đến nhà nước. Nói cách khác, vai trò của quản trị vĩ mô (cao hơn nhà nước – tổ chức quốc tế và toàn cầu), sự tự chủ địa phương trong mô thức quản trị truyền thống là không đáng kể. Tuy nhiên, quản trị nói chung và quản trị nhà nước nói riêng trong điều kiện toàn cầu hóa đối mặt với rất nhiều vấn đề, với những thách thức có tính toàn cầu và những thách thức này tác động trực

<sup>6</sup> Bob Jessop (2016), *The State Past, Present, Future*, Polity, tr. 166-169.

<sup>7</sup> Joseph Stiglitz (2003), “Globalization And The Economic Role Of The State In The New Millennium”, *Journal Of Industrial and Corporate Change*, Volume 12, Issue 1.

<sup>8</sup> Bob Jessop (2016), *The State Past, Present, Future*, Polity, tr. 174.

tiếp, đa diện và liên kết với nhau lên nhiều mặt của đời sống xã hội quốc gia và xã hội. Ví dụ, đói nghèo, tội phạm, xung đột, môi trường, bệnh tật, bản sắc..., những thách thức này nhiều khi không thể tránh được và do vậy, có thể nói, toàn cầu hóa khiến cho bất ổn về an ninh của con người gia tăng hơn mặc dù hiện đại hơn, phát triển hơn<sup>9</sup>. Trong điều kiện mới này, nhà nước trong quản trị hiện đại vẫn có vai trò rất quan trọng nhưng đã có những thay đổi nhất định nhằm đáp ứng sự biến động của xã hội hiện đại.

Thay đổi quan trọng nhất là các tổ chức liên nhà nước, toàn cầu và các chính quyền địa phương có thể tham gia vào quá trình quản trị toàn cầu hay còn gọi là *quản trị đa tầng và phi cấu trúc, định hướng (Multi-layered and trans-scalar)*. Nói đơn giản, đây là mô hình quản trị không có cấu trúc quản trị nào duy nhất thống trị và ưu trội, hay quản trị có xu hướng khuếch tán từ nhiều cấp, nhiều điểm, mà tính hệ thống và thứ bậc của quyền lực không rõ ràng. Nói cách khác, đây là hình thức quản trị đa trung tâm (*Polycentrism*) và biểu hiện trong sự khuếch tán vai trò lập quy và điều tiết của nhà nước trong quản trị<sup>10</sup>. Đối lập với nó là mô thức quản trị truyền thống, quản trị nhấn mạnh trung tâm mệnh lệnh, có tính thứ bậc, trật tự rất cao, nhấn mạnh vai trò quản lý của nhà nước như đã phân tích. Nói ngắn gọn, quản trị hiện đại chuyển dịch từ mô hình một trung tâm quyền lực có tính thứ bậc (hình cây) sang đa trung tâm, đa tầng, đa diện, đa chủ thể, theo mô hình mạng lưới.

Ở khía cạnh khác, quyền lực quản trị truyền thống vốn dựa trên sức mạnh cứng (vật chất) và sức mạnh mềm (sự hấp dẫn

văn hóa) nay được bổ sung một mô thức quyền lực mới và sáng tạo hơn – quyền lực chuẩn tắc (*Standard Power*), vốn được hiểu là “*kỹ năng sử dụng chuẩn tắc để xây dựng nên các lợi thế về địa chính trị*”, hay nói cách khác là quyền lực thiết lập “*luật chơi*”. Thực chất, đây là “*cuộc đua thiết lập chuẩn tắc thương mại toàn cầu*” và trong cuộc đua này: “*...các Chính phủ sẽ là bên được lợi nhiều nhất nếu như quốc gia của họ dẫn đầu trong việc thiết lập nên các chuẩn tắc mới, thế nhưng chính những chủ thể phi nhà nước mới chính là nhân tố dẫn đầu trong việc đưa ra các sáng kiến thiết lập chuẩn tắc*”<sup>11</sup>. Nếu đó là một hiện thực, vai trò của nhà nước là gì nếu không phải là điều tiết quá trình thiết lập chuẩn tắc, tạo lợi thế kinh tế, chính trị bằng việc kêu gọi sự tham gia, sự hợp tác các chủ thể phi nhà nước, bằng phương thức mạng lưới hoạt động?

Tóm lại, quản trị đa tầng, đa diện và đa chủ thể là một biểu hiện của quản trị và quản trị nhà nước hiện đại. Nó nhấn mạnh vai trò, địa vị của các chủ thể trong quản trị xã hội và quản trị nhà nước, thay đổi địa vị và phương thức quản trị của nhà nước hiện đại. Xu hướng này là yếu tố cơ bản và quan trọng nhất cho việc thiết kế thể chế và thể chế nhà nước hiện đại.

### 3. Chuyển dịch vai trò của nhà nước - lịch sử và hiện tại

Xuất phát từ vai trò chức năng của nhà nước, có quan điểm chia vai trò của nhà nước thành bốn dạng như sau: (1) Nhà nước phát triển hay nhà nước kiến tạo phát triển; (2) Nhà nước điều tiết; (3) Nhà nước trọng tài, giải quyết các tranh chấp, xung đột; (4)

<sup>9</sup> Jan Aart Scholte (2005), chương 9.

<sup>10</sup> Jan Aart Scholte (2005), *Globalization A Critical Introduction*, Palgrave Macmillan, chương 6.

<sup>11</sup> Andrew D. Bishop (2015), “*Standard Power: The New Geopolitical Battle*”, The National Interest. Nationalinterest.org, truy cập ngày 15/5/2017.

Nhà nước cổ vũ đạo lý<sup>12</sup>. Dưới góc nhìn lịch sử, quan sát vai trò của nhà nước Tây Âu, có quan điểm phân loại và mô tả sự chuyển dịch từ vai trò “*người gác đêm*” (*Night Watchman State*) của nhà nước cổ điển sang vai trò nhà nước phúc lợi (*Welfare State - Keynesian State*) và hiện nay, nhà nước hiện đại đã xuất hiện vai trò mới – nhà nước điều tiết (*Regulatory state*) mà đặc trưng là thiết lập chuẩn mực, quy tắc hơn là trực tiếp cung cấp hàng hóa và dịch vụ<sup>13</sup>. Nhìn chung, nhiều quan điểm cho rằng nhà nước hiện đại đã có những thay đổi rất lớn cả về vai trò, chức năng và cấu trúc<sup>14</sup>.

Liên quan đến vai trò của nhà nước hiện đại, quan niệm về nhà nước kiến tạo, Chính phủ kiến tạo phát triển được nhắc đến nhiều lần trong giới học thuật và thực tiễn ở Việt Nam. Tuy nhiên, về thực chất, nhà nước kiến tạo phát triển là nhấn mạnh vai trò kinh tế của nhà nước, hay nói cách khác là lý thuyết về nhà nước kiến tạo (*Developmental state*) về cơ bản là lý thuyết về tăng trưởng kinh tế, lý thuyết về vai trò kinh tế của nhà nước<sup>15</sup>. Như vậy, với nội hàm khái niệm nhà nước kiến tạo phát triển nhấn mạnh vai trò kinh tế của nhà nước và do vậy, nó tỏ ra khá hẹp (thậm chí khái niệm **chính phủ kiến tạo** còn hẹp hơn nữa) và không thể bao quát hết những vai trò hiện đại của nó trong

điều kiện biến động của xã hội hiện nay với rất nhiều yếu tố tác động. Với những biến động đa dạng và nhanh chóng như hiện nay, nhà nước hiện đại đòi hỏi vai trò đa dạng hơn chứ không chỉ tập trung vào kinh tế, nhấn mạnh về kinh tế. Do vậy, lý thuyết về nhà nước phát triển hay nhà nước kiến tạo phát triển bị chỉ trích cả về lý thuyết cũng như thực tế<sup>16</sup>, và việc phát triển mô hình nhà nước này cũng có những thách thức nhất định<sup>17</sup>.

Xem xét vai trò của nhà nước hiện đại, nhiều quan điểm cho rằng, sự yếu kém của nhà nước thu hút sự quan tâm hàng đầu không chỉ ở tầm quốc gia mà ở cả mức độ toàn cầu, đặc biệt sau sự kiện 11/9<sup>18</sup>. Chính vì vậy, củng cố năng lực của nhà nước hay kiến tạo thể chế mới và nâng cao năng lực chính quyền là một trong những yêu cầu quan trọng bậc nhất của mọi xã hội. Tuy nhiên, củng cố năng lực của nhà nước cần quan tâm đến tương quan giữa sức mạnh (năng lực) và phạm vi can thiệp của nhà nước (*Strength versus Scope*). Theo đó, năng lực bao gồm khả năng lập quy, xây dựng và thực thi chính sách; quản lý nền kinh tế hiệu quả; kiểm soát tham nhũng và lạm dụng quyền lực; minh bạch và trách nhiệm; thực thi pháp luật. Vì vậy, tác giả cho rằng, trong mối tương quan giữa sức

<sup>12</sup> Colin Scott, Niamh Hardiman (2008), *Governance as Polity: An Institutional Approach to the Evolution of State Functions*, *Public Administration*, Volume 88, Issue 1 March 2010, Pages 170–189.

<sup>13</sup> Rod Hague and Martin Harrop (2004), *Comparative Government and Politics An Introduction*, Palgrave Macmillan, tr. 315.

<sup>14</sup> Manuel Castells (2010), *The Power of Identity*, Blackwell Publishing, trang 303; Jan Aart Scholte (2005), tr. 24-25.

<sup>15</sup> Richard Boyd and Tak-Wing Ngo (2005), *Asian States Beyond The Developmental Perspective*, Routledge Curzon, tr. 3.

<sup>16</sup> Richard Boyd and Tak-Wing Ngo (2005), tr. 4.

<sup>17</sup> Đỗ Minh Khôi, *Nhà nước kiến tạo phát triển – những thách thức thể chế*, Kỷ yếu hội thảo: Nhà nước kiến tạo phát triển: Lý luận và thực tiễn trên thế giới và ở Việt Nam, Khoa Luật, Đại học quốc gia Hà Nội, tháng 3/2017.

<sup>18</sup> Kaplan Seth D (2008), *Fixing Fragile States: A New Paradigm For Development*, Praeger Security International, trang 1. Sự lý giải thất bại của nhà nước quốc gia thu hút dư luận quốc tế khá nhiều qua tác phẩm của Daron Acemoglu and James A Robinson, *Why Nations Fails The Origins of Power and Prosperity, and Poverty*, Crown Publishers, 2012.

manh, năng lực của nhà nước và phạm vi can thiệp của nhà nước, sức mạnh của nhà nước tỏ ra quan trọng hơn phạm vi can thiệp và là một biến số quan trọng cho sự phát triển. Tuy nhiên, trên thực tế, một số quốc gia cố gắng giảm lĩnh vực can thiệp của nhà nước đồng thời giảm luôn năng lực của nhà nước<sup>19</sup>.

#### 4. Chuyển dịch vai trò của nhà nước – nhà nước điều tiết

Các nhà khoa học cho rằng, cuối thế kỷ XX, đầu thế kỷ XXI đánh dấu sự hình thành và phát triển của nhà nước điều tiết và là mô hình nhà nước kế tiếp của mô hình nhà nước phúc lợi. Về mặt lịch sử, vai trò của nhà nước sau Thế chiến thứ 2 là ổn định và hoạch định kinh tế vĩ mô, tái thiết quốc gia và tái phân phối, cung cấp phúc lợi, và do vậy, nó cần kiểm soát nguồn lực chính thông qua vai trò sở hữu những ngành công nghiệp quan trọng, can thiệp trực tiếp vào nền kinh tế. Tuy nhiên, từ những năm 70, vai trò này giảm sút bởi lạm phát và thất nghiệp và do vậy, quá trình tư nhân hóa xuất hiện và chuyển đổi vai trò cung cấp dịch vụ từ công sang tư. Quá trình này đòi hỏi sự giám sát của bên thứ ba và sự tham gia của khối tư vào việc hoạch định và thực thi chính sách. Nói cách khác, cách quản lý công kiểu mới (*New public management*) đã thay đổi các chủ thể tham gia cuộc chơi, luật chơi và điều khiển cuộc chơi sang một mô thức mới – nhà nước điều tiết. Chính vì vậy, những quan điểm này đã xác định nhà nước điều tiết đối lập với nhà nước phúc lợi hay nhà nước mệnh lệnh<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Francis Fukuyama (2004), “*The Imperative of State-building*”, *Journal of Democracy* Volume 15, No 2.

<sup>20</sup> Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge (2010), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford University Press, trang 52; Michael Moran

Tương tự như vậy, quan điểm khác cho rằng, từ những năm 70 của thế kỷ trước, trước thách thức của cạnh tranh quốc tế, các quốc gia châu Âu đã chuyển đổi mô hình quản trị, theo đó, giảm vai trò chủ động, can thiệp của nhà nước vào nền kinh tế, gia tăng vai trò của nhà nước điều tiết – đặt ra luật chơi thay vì đánh thuế và chi tiêu<sup>21</sup>. Có quan điểm của giới luật hành chính cho rằng, mô hình quản trị truyền thống (các quy tắc do giới chuyên gia xây dựng hay còn gọi là mô hình quản trị theo chế độ đại diện lợi ích) cần phải được thay thế bằng một mô hình mới – mô hình quản trị hợp tác. Theo đó, mô hình này đòi hỏi sự tham gia rộng rãi, linh hoạt của các chủ thể và chia sẻ thông tin, chia sẻ trách nhiệm giữa khối công và tư trong việc xây dựng và điều chỉnh các quy tắc, quy định (lập quy hay còn gọi là điều tiết – *Regulatory*). Hơn nữa, các chủ thể, đặc biệt là nhà nước cần phải duy trì sự tham gia của các chủ thể khác vào việc lập quy bởi những nhóm bên ngoài có thể đóng góp năng lực cho quá trình lập quy, điều tiết<sup>22</sup>. Nói cách khác, giới khoa học luật hành chính đề xuất một mô hình quản trị mới, mô hình này biểu hiện những nỗ lực để nhận thức lại về mối quan hệ giữa

---

(2000)The Frank Stacey Memorial Lecture: From Command State to Regulatory State? *Public Policy and Administration*, vol 15, no 4.

<sup>21</sup> Giandomenico Majone (1997), *From Positive State to The Regulatory State: Cause And Consequence Of Changes In Modern Governance*, *Journal of Public Policy*, Vol. 17, No. 2, pp. 139-167; John Braithwaite (2006), *The Regulatory State?*, trong *The Oxford Handbook of Political Institutions*, R. A. W. Rhodes, Sarah A. Binder and Bert A. Rockman (eds), Oxford University Press, chapter 21.

<sup>22</sup> Jody Freeman (1997), *Collaborative Governance in the Administrative State*, 45 *UCLA L. REV.* 1, 3.

nhà nước – người cai trị và người bị trị trong xã hội<sup>23</sup>.

Về mặt truyền thống, những nguyên nhân ra đời của nhà nước điều tiết xuất phát từ: (1) Sự đáp ứng trước gánh nặng của nhà nước phúc lợi bằng việc sử dụng cơ chế và nguồn lực từ thị trường; (2) Chuyển đổi vai trò kinh tế của nhà nước vốn tập trung vào tái phân phối, ổn định kinh tế vĩ mô (*theo thuyết Keney và nhà nước phúc lợi*) sang tự nhân, tự do hoá và phi kiểm soát theo cách truyền thống bằng nhà nước; (3) Quá trình tự do hóa, phi tập trung hoá, phân tán nguồn lực và quyền lực từ nhà nước trung tâm đến các đơn vị hành chính, và từ nhà nước đến các chủ thể phi nhà nước. Về mặt hiện đại, nguyên nhân ra đời của nhà nước điều tiết là tác động của quá trình toàn cầu hoá dẫn đến sự thay đổi không gian, đối tượng điều tiết của nhà nước từ trong phạm vi quốc gia đến toàn cầu, và sự thay đổi cách thức tác động đến thị trường do sự phát triển của khoa học và công nghệ<sup>24</sup>.

Ở góc độ rộng hơn, có quan điểm cho rằng, khái niệm điều tiết (*Regulation*) hay lập quy cần phải hiểu theo nghĩa rộng, không chỉ bao hàm khối công mà còn bao hàm các chủ thể tư, không chỉ nói về chức năng quản trị của nhà nước mà cả xã hội cũng phải vận hành theo cơ chế này. Cũng theo quan điểm này, nhà nước điều tiết có nhiều dạng thức tồn tại khác nhau phản ánh sự đa dạng về các điều kiện, hoàn cảnh và truyền thống của từng quốc gia mà không có một mô hình nhà nước điều tiết thống

nhất<sup>25</sup>. Ở phạm vi rộng hơn, quản trị điều tiết cũng đã hiện diện trên quy mô toàn cầu chứ không chỉ ở cấp độ quốc gia<sup>26</sup>.

Tuy nhiên, lý thuyết về nhà nước điều tiết cũng gặp phải sự thách thức nhất định. Với đặc trưng của nhà nước điều tiết là ủy quyền quyết định cho các chủ thể lập quy, một vấn đề quan trọng đặt ra là làm thế nào để kiểm soát quyền lực nhà nước<sup>27</sup>. Chính vì vậy, có quan điểm cho rằng, trong nhà nước điều tiết, trách nhiệm giải trình không chỉ là yêu cầu mang tính đặc trưng của các chính khách dân bầu, bộ máy hành chính quan liêu, chế độ pháp quyền, mà nó đề cập một phạm vi của trách nhiệm giải trình có tính thực tế, chính thức và phi chính thức rộng lớn hơn. Có quan điểm cho rằng, cùng với trách nhiệm giải trình, tính minh bạch trở thành một nguyên tắc tối thượng trong nhà nước điều tiết<sup>28</sup>.

Tóm lại, nhà nước điều tiết là sự chuyển dịch cách thức quản trị từ mô hình trực tiếp cung cấp dịch vụ công gắn với vai trò của nhà nước phúc lợi sang mô hình nhà nước giám sát việc cung cấp này bởi các chủ thể khác<sup>29</sup>, một mô hình quản trị có tính mạng lưới đa tầng, đa chủ thể, có sự kiểm soát, hợp tác qua lại giữa các chủ thể quản trị, có tính trách nhiệm cao.

<sup>23</sup> Tài liệu đã dẫn, Roger King (2007), tr. 3.

<sup>24</sup> Tài liệu đã dẫn, Roger King (2007), tr. 123.

<sup>25</sup> Colin Scott (2000), “*Accountability in the Regulatory State*”, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 1; Colin Scott (2010), *Regulatory Governance and The Challenge of Constitutionalism*, EUI Working paper RSCAS, 2010/07, URL: [http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13218/RSCAS\\_2010\\_07.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/13218/RSCAS_2010_07.pdf?sequence=1&isAllowed=y), truy cập ngày 15/5/2017.

<sup>26</sup> Tài liệu đã dẫn, Roger King (2007), tr. 87.

<sup>27</sup> Dẫn theo: Colin Scott (2000), “*Accountability in the Regulatory State*”, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, No. 1.

<sup>23</sup> Jason M. Solomon (2008), “*Law and Governance in the 21st Century Regulatory State*”, *Texas Law Review*, Vol. 86.

<sup>24</sup> Roger King (2007), *The Regulatory State in An Age of Governance Soft Words and Big Sticks*, Palgrave Macmillan, chương 9.

**Bảng 2: So sánh nhà nước chủ động và nhà nước điều tiết<sup>30</sup>**

Tiêu chí	Nhà nước chủ động	Nhà nước điều tiết
Chức năng	Phân phối, ổn định kinh tế vĩ mô	Khắc phục mặt trái thị trường
Công cụ	Thuế, vay và chi tiêu	Lập quy
Xung đột	Phân phối ngân sách	Giám sát, kiểm soát lập quy
Đặc trưng thể chế	Lập pháp, hành pháp, công ty nhà nước, dịch vụ phúc lợi ( <i>Central Bureau...</i> )	Ủy ban lập pháp, chủ thể độc lập, uỷ ban, hội đồng ( <i>Agency Model</i> )
Tác nhân chính	Đảng, tập đoàn, công chức	Phong trào độc lập, nhà lập quy, chuyên gia, thẩm phán
Chính sách	Tuỳ ý	Pháp lý, luật ràng buộc
Văn hoá chính trị	Nhóm lợi ích	Đa nguyên
Trách nhiệm	Trực tiếp	Gián tiếp

Như vậy, nhà nước điều tiết là một mô hình quản trị nhà nước hiện đại, là sự chuyển dịch vai trò của nhà nước, từ nhà nước truyền thống (với vai trò chủ động, độc quyền quyết định trong quản lý xã hội với công cụ đánh thuế và chi tiêu) sang vai trò mới, vai trò điều tiết. Vai trò này đòi hỏi nhà nước duy trì, mở rộng sự tham gia vào lĩnh vực công của các chủ thể trong xã hội trong việc hình thành “luật chơi” và “điều khiển cuộc chơi”. Nói ngắn gọn, điều tiết vốn là động từ nay chuyển sang tính từ khi gắn với khái niệm nhà nước.

### **5. Những yêu cầu về quản trị nhà nước hiện đại – góc nhìn thực tiễn**

Dưới góc nhìn thực tiễn, quản trị trong tương lai phải đáp ứng những yêu cầu sau:

<sup>30</sup> Dẫn từ: Giandomenico Majone (1997), *From The Positive to The Regulatory State: Cause and Consequences of Change in Mode of Government*, Journal of Public Policy, Vol. 17, No. 2.

*Thứ nhất*, phẳng hơn (*Flatter*) - thu hẹp khoảng cách công dân và chính quyền bằng truyền thông, công nghệ thông tin; giảm tầng nấc trong hệ thống quản trị để hiệu quả hơn; cung cấp thông tin cho việc ra quyết định, phối hợp, hợp tác trong hành pháp; hình thành mạng lưới hợp tác giữa khối công và tư. *Thứ hai*, nhanh hơn (*Agile*) - thay đổi và thích nghi, đặc biệt trong tái cấu trúc bộ máy. *Thứ ba*, sắp xếp hợp lý (*Streamlined*) - xác định đúng chức năng nhiệm vụ; bộ máy tinh giản nhưng không giảm dịch vụ. *Thứ tư*, hiểu biết và thích nghi với công nghệ (*Tech-enabled and Tech savvy*) - tái thiết kế bộ máy phù hợp với mạng lưới và công nghệ<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Xem thêm: Klaus Schwab (2016), *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, trang 66; Global Agenda Council on the Future of

Cũng từ khía cạnh thức tế, có quan điểm cho rằng, quản trị nhà nước hiện đại phải là quản trị thông minh và những dấu hiệu của nhà nước thông minh - nhà nước của thế kỷ XXI là: (1) Thể chế quản trị mạnh và pháp quyền; (2) Tư pháp tin cậy và độc lập; (3) Khung khổ pháp lý hiệu quả cho hoạt động kinh tế; (4) Môi trường kinh tế mở và cạnh tranh; (5) Ổn định giá cả và trách nhiệm tài chính; (6) Hệ thống thuế công bằng; (7) Phát triển sự cạnh tranh trong thị trường tài chính, lao động và vốn; (8) Năng lực quản lý và thực thi pháp luật, tư nhân hoá, nguồn lực ngoài hợp lý cho khối tư; (9) Quan hệ đối tác khu vực công và tư trong việc thúc đẩy kinh doanh, nhấn mạnh các doanh nghiệp nhỏ và vừa; (10) Tự do tiếp cận thông tin; (11) Thúc đẩy phát triển công nghệ và cơ sở hạ tầng<sup>32</sup>.

Nhìn chung, những quan điểm từ góc độ thực tế về quản trị hiện đại và quản trị nhà nước hiện đại cũng chia sẻ nhiều điểm tương đồng so với giới học thuật. Ví dụ, sự nhấn mạnh tính đa tầng, đa diện, đa chủ thể và tính mạng lưới trong quản trị, nhấn mạnh phối hợp và hợp tác, dân chủ, tham gia trong quản trị và quản trị nhà nước hiện đại, tính pháp quyền trong quản trị...

Government - World Economic Forum (2011) The Future of Government Lessons Learned From Around The World, URL: [http://www3.weforum.org/docs/EU11/WEF\\_EU11\\_FutureofGovernment\\_Report.pdf](http://www3.weforum.org/docs/EU11/WEF_EU11_FutureofGovernment_Report.pdf), truy cập ngày 15/5/2017.

<sup>32</sup> United Nation (2002), *World Public sector report Globalization and the State*, tr. 66.

## Kết luận

Quản trị nói chung và quản trị nhà nước hiện đại nói riêng đã có những thay đổi sâu sắc về mặt thực tiễn và lý thuyết. Những thay đổi này nhằm đáp ứng trước sự biến động một cách nhanh chóng và rất đa dạng của thế giới hiện đại. Những xu hướng phát triển và những thay đổi cơ bản nhất của quản trị nhà nước hiện đại là: (1) Thay đổi về vai trò điều tiết của nhà nước; (2) Gia tăng yêu cầu quản trị trên nền tảng pháp quyền (trong đó nhấn mạnh vai trò của tư pháp); (3) Quản trị hướng tới mục đích bảo đảm quyền cá nhân và dân chủ, đa dạng về mô hình dân chủ; (4) Quản trị đa tầng, đa chủ thể, phi tập trung và mạng lưới; (5) Quản trị hợp tác, chia sẻ trách nhiệm hơn là cai trị.

Những xu hướng phát triển thực tế và những quan điểm về quản trị nhà nước hiện đại có ý nghĩa rất quan trọng đối với việc kiến thiết và hoàn thiện thể chế cho mục tiêu phát triển bền vững của mọi quốc gia. Bởi lẽ, việc thiết kế và vận hành thể chế và thể chế nhà nước hiện đại dựa trên sự đánh giá những tác động của các yếu tố như toàn cầu hóa, kinh tế tri thức, sự phát triển của khoa học công nghệ, và các vấn đề xã hội, môi trường... làm thay đổi nhiệm vụ và chức năng của nhà nước, thay đổi cách thức giải quyết các vấn đề này, từ đó thay đổi phương thức thiết kế và vận hành thể chế để phát triển.

# HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ BẢO VỆ BÍ MẬT NHÀ NƯỚC Ở VIỆT NAM HIỆN NAY

*Phùng Văn Tài\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích những hạn chế, bất cập trong các quy định pháp luật hiện hành về bảo vệ bí mật nhà nước, từ đó đưa ra một số kiến nghị nhằm hoàn thiện pháp luật về vấn đề này ở nước ta hiện nay.

**Abstract:** This paper analyzes flaws and shortcomings of law and regulation on the protection of State secret. It then makes proposals to improve relevant law and regulation in Vietnam.

1. Bí mật nhà nước (BMNN) là những tin về vụ, việc, tài liệu, vật, địa điểm, thời gian, lời nói có nội dung quan trọng thuộc lĩnh vực chính trị, quốc phòng, an ninh, đối ngoại, kinh tế, khoa học, công nghệ, các lĩnh vực khác mà Nhà nước không công bố hoặc chưa công bố, và nếu bị tiết lộ thì gây nguy hại cho Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa (XHCN) Việt Nam. Bảo vệ BMNN là quy luật tất yếu cho sự tồn tại và phát triển của mỗi quốc gia, mỗi cơ quan, tổ chức. Đây là một nhiệm vụ quan trọng trong công tác bảo vệ an ninh quốc gia (ANQG) được Đảng, Nhà nước ta rất quan tâm. Ngay từ đầu những năm 1950, Chủ tịch nước đã ban hành Sắc lệnh số 154/SL ngày 17/11/1950 quy định những hình phạt, trừng trị việc tiết lộ bí mật cơ quan hay công tác của Chính phủ; Sắc lệnh số 69/SL ngày 10/12/1951 về giữ bí mật quốc gia.

Để bảo vệ BMNN, cần phải sử dụng sức mạnh tổng hợp, sử dụng nhiều lực lượng, phương tiện, biện pháp, trong đó, pháp luật được coi là “một trong những công cụ sắc bén, hữu hiệu”. Trải qua các giai đoạn khác nhau, Nhà nước ta đã ban hành các văn bản quy phạm pháp luật (QPPL) về bảo vệ

BMNN phù hợp với đặc điểm tình hình và nhiệm vụ cách mạng trong từng giai đoạn. Các văn bản đó là cơ sở để hình thành hệ thống pháp luật về bảo vệ BMNN và là cơ sở pháp lý để tiến hành các hoạt động bảo vệ BMNN. Đến nay, Nhà nước ta đã có một hệ thống các văn bản QPPL quy định về việc bảo vệ BMNN, bao gồm:

- Các văn bản QPPL trực tiếp quy định về việc bảo vệ BMNN như: Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000, Nghị định số 33/2002/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh Bảo vệ BMNN; Quyết định số 160/2004/QĐ-TTg về việc xác định khu vực cấm, địa điểm cấm; Thông tư số 12/2002/TT-BCA (nay được thay thế bằng Thông tư số 33/2015/TT-BCA) hướng dẫn thực hiện một số điều của Nghị định số 33/2002/NĐ-CP quy định chi tiết thi hành Pháp lệnh Bảo vệ BMNN, Thông tư số 59/2010/TT-BCA quy định về công tác bảo vệ BMNN trong lực lượng Công an nhân dân...

- Các văn bản QPPL khác có liên quan đến bảo vệ BMNN. Các văn bản này rất đa dạng, từ Hiến pháp đến các bộ luật, luật và các văn bản dưới luật như: Hiến pháp năm 2013, Bộ luật Hình sự (BLHS), Luật ANQG, Luật Cơ yếu, Luật Báo chí, Luật Xuất bản, Luật An toàn thông tin mạng,

\* ThS., Trường Cao đẳng An ninh nhân dân I.

Luật Tiếp cận thông tin, Nghị định số 167/2013/NĐ-CP quy định về xử phạt vi phạm hành chính trong lĩnh vực an ninh, trật tự, an toàn xã hội...

- Các điều ước quốc tế song phương, đa phương mà Việt Nam ký kết hoặc tham gia liên quan đến bảo vệ BMNN, gồm: Các Hiệp định hợp tác cùng bảo vệ tin mật giữa Chính phủ Việt Nam với Chính phủ các nước (như: Nga, Ukraine, Belarus, Ba Lan, Bulgaria); Bản ghi nhớ với Israel, Hiệp định hợp tác cùng bảo vệ tin mật với Tây Ban Nha<sup>1</sup> đang được đàm phán để ký kết; các điều ước quốc tế về bảo vệ quyền con người và hợp tác phòng, chống khủng bố; tương trợ tư pháp; phòng, chống tội phạm có tổ chức xuyên quốc gia; hợp tác phòng, chống buôn bán người; hợp tác và tương trợ hành chính trong lĩnh vực hải quan...<sup>2</sup>

Bên cạnh những kết quả nêu trên, pháp luật về bảo vệ BMNN hiện hành còn tồn tại nhiều hạn chế, bất cập ảnh hưởng đến hiệu quả của công tác bảo vệ BMNN trên thực tế, cụ thể như:

- Pháp luật về bảo vệ BMNN là một hệ thống gồm rất nhiều văn bản QPPL. Các văn bản QPPL này với nhiều cấp độ hiệu lực khác nhau, do nhiều cơ quan ban hành trong nhiều khoảng thời gian, thuộc các ngành, các lĩnh vực khác nhau của đời sống xã hội. Tuy nhiên, cho đến nay, chưa có bộ luật hay luật bảo vệ BMNN, mà văn bản có hiệu lực pháp lý cao nhất chỉ là Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000. Ngày 06/6/2014, Chính phủ mới có “Quyết định phê duyệt danh mục các đề mục trong mỗi chủ đề và

phân công cơ quan thực hiện pháp điển theo các đề mục”, trong đó đề mục bảo vệ BMNN thuộc chủ đề ANQG.

- Một số vấn đề liên quan đến bảo vệ BMNN chưa được điều chỉnh bằng pháp luật. Mặc dù nội dung điều chỉnh của pháp luật về bảo vệ BMNN hiện nay khá rộng, đã bao trùm cơ bản các hoạt động bảo vệ BMNN, tuy nhiên, vẫn còn một số vấn đề liên quan đến bảo vệ BMNN chưa có QPPL điều chỉnh như: Nguyên tắc bảo vệ BMNN; chính sách bảo vệ BMNN; biện pháp bảo vệ BMNN; tuyên truyền, giáo dục bảo vệ BMNN; hợp tác quốc tế về bảo vệ BMNN.

- Một số quy định về bảo vệ BMNN còn bất cập, chưa đầy đủ, cụ thể, như:

*Về khái niệm BMNN*, được quy định tại Điều 1 Pháp lệnh năm 2000. Tuy nhiên, khái niệm BMNN này mang tính liệt kê, chưa bao quát hết phạm vi BMNN, đó là bí mật của Đảng, của các tổ chức chính trị, tổ chức chính trị - xã hội, tổ chức xã hội thuộc phạm vi điều chỉnh của pháp luật về bảo vệ BMNN; chưa bao quát hết vật mang BMNN. Đồng thời, việc đánh giá tiêu chí “gây nguy hại” cho Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam chưa cụ thể, khó xác định. Điều này có thể dẫn đến hai xu hướng: Hoặc là xác định BMNN một cách tràn lan, “cái gì” cũng thuộc BMNN, gây khó khăn cho công tác bảo vệ, dẫn đến không bảo vệ được BMNN và xử lý được những hành vi xâm phạm BMNN, ảnh hưởng đến tính nghiêm minh của pháp luật; hoặc là xác định BMNN quá cứng nhắc, quá hẹp, dẫn đến sót, lọt những bí mật quan trọng cần phải bảo vệ.

*Về trách nhiệm, nghĩa vụ của cơ quan, tổ chức, công dân tham gia bảo vệ BMNN*, được quy định tại Điều 2 (quy định chung về trách nhiệm bảo vệ BMNN) và Chương

<sup>1</sup> Bộ Công an, *Các quy định của Đảng, Nhà nước và Bộ Công an về bảo vệ BMNN*, Hà Nội, năm 2012.

<sup>2</sup> Trần Văn Thành, *Xây dựng và hoàn thiện pháp luật về bảo vệ BMNN trong tình hình hiện nay*, Tạp chí Công an nhân dân, số 02-03, năm 2012.

III về trách nhiệm quản lý nhà nước Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000; Chương II Nghị định số 33/2002/NĐ-CP quy định trách nhiệm đối với một số hoạt động cụ thể trong bảo vệ BMNN. Tuy nhiên, các quy định này chưa điều chỉnh cụ thể trách nhiệm tham gia như thế nào, mà chỉ ghi nhận chung chung “theo quy định của pháp luật, của Chính phủ”.

Về bảo vệ BMNN và bảo đảm quyền tiếp cận thông tin của công dân. Bảo vệ BMNN và bảo đảm quyền tiếp cận thông tin của công dân thường có sự xung đột nhau, trong cả các quy định của pháp luật và thực tiễn áp dụng, không chỉ ở Việt Nam mà cả nhiều nước trên thế giới. Việc mở rộng phạm vi BMNN, không những làm yếu đi khả năng bảo vệ các thông tin đó, mà còn hạn chế quyền tiếp cận thông tin - quyền cơ bản của công dân. Ngược lại, nếu mở rộng theo hướng tự do tiếp cận thông tin sẽ dễ dẫn đến lộ, lọt, mất BMNN, từ đó tạo điều kiện thuận lợi cho các hoạt động thu thập BMNN bất hợp pháp và có thể gây phương hại cho lợi ích quốc gia. Vì vậy, việc xác định đúng phạm vi BMNN và phạm vi thông tin được công khai là rất quan trọng, giúp tạo lập sự cân bằng đúng mức giữa bí mật và công khai. Hệ thống pháp luật hiện hành đã có nhiều văn bản QPPL điều chỉnh về quyền tiếp cận thông tin của công dân, trong đó có quy định việc công bố, công khai thông tin, dữ liệu có liên quan đến hoạt động công quyền; các trường hợp ngoại lệ không được công bố, công khai, cung cấp thông tin thuộc BMNN hoặc quy định thành các loại hành vi bị nghiêm cấm. Tuy vậy, các văn bản này lại chưa quy định cụ thể loại thông tin nào thuộc BMNN không được cung cấp, mà phải dựa vào các văn bản QPPL về bảo vệ BMNN. Trong khi đó, các văn bản trực tiếp quy định về bảo vệ

BMNN đã xuất hiện nhiều bất cập và chỉ là những văn bản dưới luật, hiệu lực điều chỉnh thấp, không phù hợp với quy định của Hiến pháp năm 2013: “Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng”<sup>3</sup>.

- Một số quy định về bảo vệ BMNN không thống nhất. Cụ thể là quy định của Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000 với quy định trong BLHS năm 2015 về các tội xâm phạm BMNN<sup>4</sup>. Theo Điều 337 BLHS 2015,

<sup>3</sup> Khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013.

<sup>4</sup> **Điều 337. Tội cố ý làm lộ BMNN; tội chiếm đoạt, mua bán, tiêu hủy tài liệu BMNN**

1. Người nào cố ý làm lộ hoặc mua bán BMNN, nếu không thuộc trường hợp quy định tại Điều 110 của Bộ luật này, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm.

2. Phạm tội trong những trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm:

a) BMNN thuộc độ tối mật;  
b) Lợi dụng chức vụ, quyền hạn;  
c) Gây tổn hại về quốc phòng, an ninh, đối ngoại, kinh tế, văn hóa.

3. Phạm tội trong các trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 15 năm:

a) Có tổ chức;  
b) BMNN thuộc độ tuyệt mật;  
c) Phạm tội 02 lần trở lên;  
d) Gây tổn hại về chế độ chính trị, độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ.

4. Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm.

**Điều 338. Tội vô ý làm lộ BMNN; tội làm mất vật, tài liệu BMNN**

1. Người nào vô ý làm lộ BMNN hoặc làm mất vật, tài liệu BMNN, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm.

2. Phạm tội trong những trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm:

a) BMNN thuộc độ tối mật, tuyệt mật;  
b) Gây tổn hại về quốc phòng, an ninh, đối ngoại, kinh tế, văn hóa chế độ chính trị, độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ.

vật mang BMNN chỉ là “tài liệu BMNN”; và Điều 338, vật mang BMNN là “vật, tài liệu BMNN”. Trong khi đó, theo khái niệm BMNN tại Điều 1 Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000 thì BMNN có thể tồn tại ở nhiều dạng khác nhau, vật mang BMNN có nhiều loại khác nhau, tài liệu chỉ là một dạng (một loại) của vật mang BMNN. Việc quy định hành vi xâm phạm đến BMNN trong BLHS như vậy là rất hẹp, không bao trùm hết các hành vi xâm phạm đến BMNN với các loại vật mang BMNN khác ngoài tài liệu. Ví dụ, các đối tượng khác như “tin về vụ, việc, vật, địa điểm, thời gian, lời nói có nội dung quan trọng...” không phải là đối tượng xâm phạm của các tội chiếm đoạt, tiêu hủy hoặc mua bán và làm mất tài liệu BMNN (quy định tại Điều 337, Điều 338 BLHS năm 2015). Điều này gây trở ngại cho cơ quan, người áp dụng pháp luật và có thể dẫn đến bỏ lọt tội phạm.

Mặt khác, theo quy định tại Điều 21 Nghị định số 33/2002/NĐ-CP và Thông tư số 33/2015/TT-BCA thì BMNN có thể được tiêu hủy trên cơ sở quyết định của người có thẩm quyền và tuân thủ theo trình tự, thủ tục nhất định trong các trường hợp đặc biệt. Tuy nhiên, tại Điều 337 BLHS 2015 về “*Tội cố ý làm lộ BMNN; Tội chiếm đoạt, mua bán, tiêu hủy tài liệu BMNN*” chỉ quy định hành vi tiêu hủy tài liệu BMNN. Nếu căn cứ theo Điều 337 BLHS, hành vi tiêu hủy BMNN cả được phép hoặc không được phép đều thuộc phạm vi của Tội tiêu hủy tài liệu BMNN. Đây là một điểm không thống nhất trong các quy định của pháp luật về bảo vệ BMNN hiện nay. Chính vì vậy, trên thực tế chưa có vụ án nào được khởi tố, điều tra về Tội tiêu hủy tài liệu BMNN.

Ngoài ra, ngay trong quy định tại Điều 337, Điều 338 BLHS năm 2015 cũng có sự không thống nhất giữa tên tội (tên điều luật) với nội dung của điều luật, nội dung mô tả về hành vi nguy hiểm cho xã hội. Tên của Điều 337 là “*Tội cố ý làm lộ BMNN; Tội chiếm đoạt, mua bán, tiêu hủy tài liệu BMNN*”, nhưng trong nội dung của điều luật chỉ mô tả hai hành vi “*cố ý làm lộ hoặc mua bán BMNN*”. Điều này có thể dẫn đến bỏ lọt hành vi nguy hiểm cho xã hội, bỏ lọt tội phạm; khi đó, hành vi “*chiếm đoạt tài liệu BMNN*” và “*tiêu hủy tài liệu BMNN*” sẽ rất khó xử lý bằng Luật Hình sự. Đồng thời, tại Điều 337 và Điều 338 còn có sự không thống nhất giữa đối tượng tác động nêu ở tên tội (là “*vật hay tài liệu BMNN*”) với đối tượng tác động của các hành vi nguy hiểm cho xã hội quy định trong nội dung của điều luật (là “*BMNN*”).

Bên cạnh đó, còn có sự không thống nhất trong quy định về phạm vi độ mật giữa các văn bản QPPL trong nước với các hiệp định về việc trao đổi, bảo vệ tin mật mà Việt Nam đã ký kết hoặc sự chông chéo giữa quy định về phạm vi độ mật với mức độ lưu hành nội bộ. Có văn bản vừa lưu hành nội bộ, vừa đóng dấu mật và ngược lại. Điều này dẫn đến việc đồng nhất cho rằng, lưu hành nội bộ cũng là một mức độ mật. Trong các văn bản QPPL trực tiếp quy định về bảo vệ BMNN như Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000, Nghị định số 33/2002/NĐ-CP, Thông tư số 33/2015/TT-BCA quy định phạm vi BMNN được chia làm 3 mức độ là: Tuyệt mật, Tối mật và Mật; những tin, tài liệu thuộc loại lưu hành nội bộ thì không thuộc phạm vi BMNN.

2. Từ những phân tích ở trên, tác giả cho rằng, việc hoàn thiện pháp luật về bảo vệ BMNN ở Việt Nam hiện nay là cấp thiết và cần chú ý một số nội dung sau:

3. Người phạm tội còn có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm.

**Một là**, cần khẩn trương xây dựng dự án Luật Bảo vệ BMNN thay thế cho Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000, nhằm nâng cao hiệu lực điều chỉnh và bảo đảm sự đồng bộ, toàn diện của pháp luật về bảo vệ BMNN. Đây cũng là một trong những nội dung được đề cập tại Nghị quyết số 48-NQ/TW ngày 24/5/2005 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”. Đồng thời, là một đề mục trong Đề án xây dựng Bộ pháp điển hướng đến hoàn thiện hệ thống pháp luật Việt Nam, trong đó có pháp luật về bảo vệ BMNN. Hiện nay, dự án Luật Bảo vệ BMNN đã được đưa vào Chương trình xây dựng luật, pháp lệnh của Quốc hội khóa XIV. Vì vậy, các cơ quan chức năng cần tích cực, khẩn trương xây dựng và trình dự án Luật này để Quốc hội sớm thông qua.

**Hai là**, để bảo đảm tính toàn diện, đồng bộ, thống nhất, phù hợp và khả thi, pháp luật về bảo vệ BMNN nói chung và dự án Luật Bảo vệ BMNN nói riêng cần giải quyết một số vấn đề sau:

- Hoàn thiện quy định về khái niệm BMNN. Ở nước ta, hiện nay vẫn tồn tại hai khái niệm là BMNN và bí mật quốc gia (BMQG). Trong dự án Luật Bảo vệ BMNN cần thống nhất việc sử dụng khái niệm BMNN hay BMQG. Hiệp định giữa Chính phủ Việt Nam ký kết với Chính phủ các nước sử dụng thuật ngữ “Tin mật”. Do đó, ở Việt Nam, việc sử dụng khái niệm nào đến nay vẫn tồn tại hai luồng ý kiến: Một số ý kiến cho rằng, nên sử dụng khái niệm BMQG để mang tính bao trùm toàn bộ những bí mật của quốc gia, của dân tộc, bí mật của các cơ quan, tổ chức của Đảng, Nhà nước, các tổ chức chính trị - xã hội, các tổ chức thuộc mọi thành phần kinh tế, các tổ

chức phi chính phủ... Số ý kiến còn lại cho rằng, sử dụng khái niệm BMNN là chính xác hơn, vì BMNN là tài sản đặc biệt của Nhà nước, do Nhà nước ban hành, được Nhà nước bảo vệ<sup>5</sup>. Ở Việt Nam, Hiến pháp quy định: “*Đảng Cộng sản Việt Nam là lực lượng lãnh đạo Nhà nước và xã hội; các tổ chức của Đảng và đảng viên Đảng Cộng sản Việt Nam hoạt động trong khuôn khổ Hiến pháp và pháp luật*”<sup>6</sup> và Hiến pháp do Nhà nước ban hành; do đó, bí mật của Đảng cũng chính là BMNN.

Trong quá trình soạn thảo Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 1991 và Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000 cũng có nhiều tranh luận xung quanh việc lựa chọn khái niệm BMQG hay BMNN. Tuy nhiên, trong cả hai lần dự thảo Pháp lệnh Bảo vệ BMNN, đa số các đại biểu đều nhất trí biểu quyết thông qua việc sử dụng khái niệm BMNN. Đồng thời, hầu hết các văn bản QPPL hiện nay đã thay đổi và sử dụng thống nhất khái niệm BMNN. Mặt khác, việc sử dụng khái niệm BMNN hay BMQG không nên xem xét dưới góc độ thuật ngữ, mà điều quan trọng là bản chất và nội hàm khái niệm đó quy định như thế nào, có dễ định lượng, bao trùm được hết các bí mật cần bảo vệ và có tính khả thi, hiệu quả khi áp dụng trong thực tế hay không.

Tác giả cho rằng, trong dự án Luật Bảo vệ BMNN nên sử dụng thống nhất khái niệm BMNN. Tuy nhiên, khi sử dụng khái niệm BMNN thì nội hàm khái niệm này cũng cần phải sửa đổi (so với khái niệm

<sup>5</sup> Mai Tùng Lâm, *Bàn về khái niệm “BMQG”, “BMNN” trong quá trình xây dựng dự thảo Luật Bảo vệ BMNN*, Kỷ yếu hội thảo khoa học về một số vấn đề lý luận phục vụ xây dựng dự án Luật Bảo vệ BMNN, Hà Nội, năm 2015.

<sup>6</sup> Điều 4 Hiến pháp năm 2013.

BMNN trong Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000) cho phù hợp và đáp ứng được yêu cầu của thực tiễn.

Về nội dung khái niệm BMNN, hiện nay vẫn còn một số quan điểm khác nhau. Có quan điểm cho rằng, việc quy định khái niệm BMNN cần làm rõ được bản chất và nội hàm của khái niệm này, thay vì coi trọng danh mục BMNN<sup>7</sup>. Bởi việc xây dựng danh mục BMNN chỉ nhằm xác định cụ thể từng loại BMNN, trong từng ngành, lĩnh vực và từng địa phương. Đồng thời, việc xác lập các danh mục BMNN đó có thể chưa bao hàm hết các BMNN trên thực tế, hoặc chưa kịp thời dẫn đến khó khăn cho việc xác định BMNN và có thể dẫn đến để lộ, lọt hoặc mất BMNN. Quan điểm khác lại coi trọng về hình thức thể hiện của BMNN và cho rằng, BMNN phải thuộc danh mục BMNN được cơ quan nhà nước có thẩm quyền công nhận<sup>8</sup>, coi đây là cơ sở để xác định và bảo vệ BMNN trên thực tế. Do đó, một tin tức, tài liệu, đồ vật... nào không thuộc danh mục BMNN thì không phải là BMNN.

Từ các quan điểm đã nêu, để khắc phục những hạn chế, bất cập còn tồn tại, theo tác giả, khái niệm BMNN có thể được xây dựng như sau: *BMNN là những tin về vụ, việc, tài liệu, vật, địa điểm, thời gian, lời nói hoặc các dạng khác có nội dung quan trọng thuộc lĩnh vực chính trị, quốc phòng, an ninh, đối ngoại, kinh tế, khoa học, công nghệ, các lĩnh vực khác mà Nhà nước không*

*công bố hoặc chưa công bố và nếu bị tiết lộ sẽ gây nguy hại cho Nhà nước, tổ chức.*

- Hoàn thiện quy định về phạm vi độ mật của BMNN. Phạm vi BMNN phải căn cứ vào khái niệm và những dấu hiệu của BMNN và được chia làm các cấp độ phù hợp, tương ứng với tính chất, mức độ, tầm quan trọng của thông tin và mức độ gây nguy hại nếu bị tiết lộ. Mặt khác, việc xác định phạm vi BMNN phải đảm bảo yêu cầu bao quát được hết BMNN, nhưng phải khả thi, tránh việc xác định phạm vi tràn lan, quá rộng dẫn đến không bảo vệ được hết và khó xử lý. Tuy nhiên, cũng tránh việc xác định phạm vi BMNN quá hẹp dẫn đến để lộ, lọt những thông tin quan trọng, ảnh hưởng đến lợi ích quốc gia, dân tộc.

Đồng thời với việc xác định phạm vi BMNN phải quy định thủ tục, quy trình, cơ chế đầy đủ, cụ thể để lập, quyết định, điều chỉnh phạm vi BMNN cho kịp thời, đầy đủ như việc giải mật, tăng, giảm độ mật, phạm vi tiếp cận đối với BMNN, truyền, nhận, sao chép và tiêu hủy BMNN...

Vì vậy, pháp luật về bảo vệ BMNN nên quy định và chỉ quy định làm ba cấp độ mật là: Tuyệt mật, Tối mật và Mật. Việc quy định ba cấp độ mật như vậy sẽ đảm bảo sự thống nhất trong toàn bộ hệ thống pháp luật ở nước ta hiện nay, cũng như phù hợp với thực tế công tác bảo vệ BMNN trong thời gian qua và quy định về phạm vi BMNN của nhiều nước trên thế giới. Đồng thời, cũng phải xác định rõ thông tin thuộc phạm vi nội bộ không đồng nhất thuộc phạm vi BMNN.

- Hoàn thiện quy định về các hành vi xâm phạm BMNN và thống nhất sử dụng một số khái niệm pháp lý.

Từ sự bất cập trong quy định tại Điều 337, Điều 338 BLHS năm 2015, tác giả đề nghị sửa đổi như sau:

<sup>7</sup> Mai Tùng Lâm, *Bàn về khái niệm "BMQG", "BMNN" trong quá trình xây dựng dự thảo Luật Bảo vệ BMNN*, Kỷ yếu hội thảo khoa học về một số vấn đề lý luận phục vụ xây dựng dự án Luật Bảo vệ BMNN, Hà Nội, năm 2015.

<sup>8</sup> Phan Xuân Tuy, *Góp phần hoàn thiện pháp luật về bảo vệ BMNN*, Tạp chí Công an nhân dân, số 01-12, năm 2014.

**“Điều 337. Tội cố ý làm lộ BMNN; Tội chiếm đoạt, mua bán, tiêu hủy trái phép BMNN**

1. Người nào cố ý làm lộ BMNN hoặc chiếm đoạt, mua bán, tiêu hủy trái phép BMNN, nếu không thuộc trường hợp quy định tại Điều 110 của Bộ luật này, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm.

2. Phạm tội thuộc một trong những trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 05 năm đến 10 năm:

- a) BMNN thuộc độ Tối mật;
- b) Lợi dụng chức vụ, quyền hạn;
- c) Gây tổn hại về quốc phòng, an ninh, đối ngoại, kinh tế, văn hóa.

3. Phạm tội thuộc một trong những trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 10 năm đến 15 năm:

- a) Có tổ chức;
- b) BMNN thuộc độ Tuyệt mật;
- c) Phạm tội 02 lần trở lên;
- d) Gây tổn hại về chế độ chính trị, độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ.

4. Người phạm tội còn có thể bị phạt tiền từ 10.000.000 đồng đến 100.000.000 đồng, cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm”.

**“Điều 338. Tội vô ý làm lộ BMNN; Tội làm mất BMNN**

1. Người nào vô ý làm lộ BMNN hoặc làm mất BMNN, thì bị phạt cải tạo không giam giữ đến 03 năm hoặc phạt tù từ 06 tháng đến 03 năm.

2. Phạm tội thuộc một trong những trường hợp sau đây, thì bị phạt tù từ 02 năm đến 07 năm:

- a) BMNN thuộc độ Tối mật, Tuyệt mật;
- b) Gây tổn hại về quốc phòng, an ninh, đối ngoại, kinh tế, văn hóa, chế độ chính trị,

độc lập, chủ quyền, thống nhất và toàn vẹn lãnh thổ.

3. Người phạm tội còn có thể bị cấm đảm nhiệm chức vụ, cấm hành nghề hoặc làm công việc nhất định từ 01 năm đến 05 năm”.

- Cần quy định về nguyên tắc bảo vệ BMNN và hợp tác quốc tế trong bảo vệ BMNN. Bảo vệ BMNN là một nhiệm vụ quan trọng trong bảo vệ ANQG. Hoạt động này ảnh hưởng đến “sự ổn định và phát triển bền vững của chế độ XHCN và Nhà nước Cộng hòa XHCN Việt Nam, sự bất khả xâm phạm độc lập, chủ quyền, thống nhất, toàn vẹn lãnh thổ của Tổ quốc”; liên quan đến nhiều cơ quan, tổ chức; tác động trực tiếp đến việc thực hiện các quyền tự do, dân chủ cơ bản của công dân... Vì vậy, hoạt động bảo vệ BMNN phải được tiến hành theo những nguyên tắc nhất định để vừa bảo vệ BMNN, vừa thúc đẩy sự phát triển kinh tế - xã hội, bảo vệ được các quyền và tự do, dân chủ cơ bản của công dân, nhất là các quyền tiếp cận thông tin, tự do ngôn luận, tự do báo chí. Trong dự án Luật Bảo vệ BMNN cần quy định nguyên tắc hoạt động bảo vệ BMNN với những nội dung như: *Tuân thủ Hiến pháp, pháp luật, bảo đảm quyền và lợi ích hợp pháp của tổ chức, cá nhân; đặt dưới sự lãnh đạo của Đảng Cộng sản Việt Nam, sự quản lý thống nhất của nhà nước, huy động sức mạnh tổng hợp của hệ thống chính trị và toàn dân, lực lượng chuyên trách làm nòng cốt; kết hợp chặt chẽ nhiệm vụ bảo vệ BMNN với nhiệm vụ xây dựng, phát triển kinh tế, văn hoá, xã hội, phối hợp có hiệu quả hoạt động an ninh, quốc phòng và đối ngoại; chủ động phòng ngừa, chủ động đấu tranh làm thất bại mọi âm mưu và hoạt động xâm phạm BMNN.*

*(Xem tiếp trang 41)*

# BỘ LUẬT HÌNH SỰ NĂM 2015 (SỬA ĐỔI, BỔ SUNG NĂM 2017) VỚI VIỆC BẢO ĐẢM THỰC HIỆN QUYỀN CON NGƯỜI

*Hoàng Thế Liên\**

**Tóm tắt:** Bộ luật Hình sự năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) sẽ bắt đầu có hiệu lực kể từ ngày 1/1/2018. Bài viết trình bày và phân tích việc ghi nhận, tôn trọng và bảo đảm quyền con người trong các quy định của Bộ luật này.

**Abstract:** The Penal Code of 2015 (as amended in 2017) will come into effect on 01 January 2018. This paper presents and analyzes the recognition, respect and assurance of human rights in this Code.

Thực tiễn điều tra, truy tố, xét xử ở nước ta trong thời gian qua cho thấy, vấn đề tôn trọng và bảo vệ quyền con người đòi hỏi phải quyết tâm cao mới có thể giải quyết được. Nhìn chung, người dân chưa cảm thấy an toàn về môi trường sống của mình. Tình trạng ô nhiễm môi trường, mất vệ sinh an toàn thực phẩm, mất an toàn trong lao động, trong xây dựng, trong tham gia giao thông đã đến mức báo động. Trong xã hội còn xảy ra những vụ giết người, cướp của hết sức dã man, tàn bạo gây chấn động trong dư luận xã hội và gây tâm lý hoang mang trong một bộ phận nhân dân; người dân chưa thực sự yên tâm để phát huy tính sáng tạo trong hoạt động sản xuất kinh doanh, trong việc chủ động tham gia các hoạt động đấu tranh phòng, chống tội phạm và các vi phạm pháp luật. Điều này làm cho các quyền con người, quyền công dân chưa được bảo đảm thực hiện một cách triệt để<sup>1</sup>.

Vì vậy, một trong những nhiệm vụ quan trọng hàng đầu của việc sửa đổi Bộ luật Hình sự (BLHS) là tiếp tục hoàn thiện để góp phần tạo ra một khung pháp lý nhằm bảo vệ môi trường sống an lành cho người dân; bảo vệ tốt hơn các quyền con người, quyền tự do, dân chủ của công dân. Theo tinh thần đó, việc sửa đổi BLHS cần phải đáp ứng ba yêu cầu lớn: Một là, phải cụ thể hóa đầy đủ tinh thần và nội dung của Hiến pháp năm 2013 về quyền con người, quyền cơ bản của công dân; hai là, phải nội luật hóa nhằm bảo đảm thực hiện các điều ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên, nhất là các khuyến nghị trong các chu kỳ báo cáo kiểm điểm định kỳ phổ quát (UPR) về quyền con người; ba là, khắc phục ở mức độ cao nhất các bất cập của BLHS hiện hành.

1. So với các bản Hiến pháp trước đây, Hiến pháp năm 2013 có nhiều điểm mới tiến bộ về quyền con người, quyền công dân, thể hiện nhận thức, tư duy mới của Nhà nước ta, coi quyền con người là giá trị phổ quát của nhân loại mà nhân dân Việt Nam hoàn toàn xứng đáng được hưởng. Theo đó,

\* PGS.TS., Nguyên Thứ trưởng Thường trực Bộ Tư pháp.

<sup>1</sup> Xem: Báo cáo kết quả tổng kết thực tiễn 14 năm thi hành Bộ luật Hình sự của Chính phủ trình Quốc hội tháng 05/2015.

quyền con người được quan niệm là quyền tự nhiên vốn có của con người, thể hiện phẩm giá của con người. Với tư cách là quyền vốn có của con người, trách nhiệm của Nhà nước là phải ghi nhận, tôn trọng, bảo vệ và bảo đảm thực hiện (khoản 1 Điều 14 Hiến pháp năm 2013). Đồng thời, khoản 2 Điều 14 Hiến pháp năm 2013 cũng quy định: “*Quyền con người, quyền công dân chỉ có thể bị hạn chế theo quy định của luật trong trường hợp cần thiết vì lý do quốc phòng, an ninh quốc gia, trật tự, an toàn xã hội, đạo đức xã hội, sức khỏe của cộng đồng*”. Quy định này thể hiện tính chất thiêng liêng của quyền con người. Chỉ có Quốc hội, với tư cách là cơ quan đại biểu cao nhất của nhân dân, cơ quan quyền lực nhà nước cao nhất, mới có quyền hạn chế quyền con người bằng Luật trong một số trường hợp thật cần thiết mà Hiến pháp đã quy định.

Có thể thấy, *Hiến pháp năm 2013 đã quy định đầy đủ về các quyền con người, quyền công dân phù hợp với các điều ước quốc tế về quyền con người mà Việt Nam là thành viên*. Các quyền này khá rộng và đa dạng, liên quan đến nhiều lĩnh vực khác nhau của đời sống, bao gồm các nhóm quyền cơ bản: (1) Quyền sống; (2) Quyền bất khả xâm phạm về thân thể, được pháp luật bảo hộ về sức khỏe, danh dự và nhân phẩm; (3) Quyền bình đẳng; (4) Các quyền tự do, dân chủ; (5) Các quyền trong lĩnh vực hôn nhân và gia đình; (6) Các quyền về kinh tế, văn hoá, xã hội, lao động; (7) Các quyền liên quan đến trẻ em. Đặc biệt, trong đó có những quyền lần đầu tiên được ghi nhận trực tiếp trong Hiến pháp như: Quyền sống, quyền bất khả xâm phạm về đời sống riêng tư, bí mật cá nhân và bí mật gia đình; quyền

tiếp cận thông tin; quyền được sống trong môi trường trong lành; quyền hiến mô, bộ phận cơ thể người và hiến xác cũng như quyền quyết định việc cho phép tiến hành thử nghiệm y học, dược học, khoa học hay bất kỳ hình thức thử nghiệm nào khác trên cơ thể mình.

Với tư cách là công cụ sắc bén, hữu hiệu nhất trong việc bảo vệ chế độ, bảo vệ trật tự an toàn xã hội và bảo vệ quyền con người, BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung 2017)<sup>2</sup> đã quán triệt sâu sắc những yêu cầu mới mà Hiến pháp năm 2013 đặt ra về quyền con người và có những quy định phù hợp để đáp ứng những yêu cầu đó.

2. Theo thống kê, Việt Nam đã là thành viên của 7/9 điều ước quốc tế về nhân quyền<sup>3</sup> và trên thực tế, Việt Nam đã tích cực thực hiện các cam kết quốc tế đó. Gần đây nhất, thực hiện cơ chế rà soát định kỳ phổ quát, Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc đánh giá cao những thành tựu mà Việt Nam đạt được trong việc thực hiện các cam kết quốc tế về nhân quyền, đồng thời đưa ra hàng trăm khuyến nghị nhằm giúp Việt Nam làm tốt hơn nữa việc bảo vệ và bảo đảm quyền con người. Trong đó, Bộ Ngoại giao Việt Nam đã chấp thuận 182 khuyến nghị của Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc. Ngày 30/5/2014, trên cơ sở báo cáo của Bộ Ngoại giao, Thủ tướng Chính phủ đã đồng ý phê duyệt danh mục các khuyến nghị Việt Nam đã chấp thuận theo cơ chế rà soát định kỳ phổ quát của Hội đồng Nhân

<sup>2</sup> Sau đây gọi là BLHS năm 2015.

<sup>3</sup> 2 Công ước Việt Nam chưa tham gia là: Công ước bảo vệ quyền của tất cả mọi người khỏi sự cưỡng bức mất tích; Công ước quốc tế về bảo vệ quyền của tất cả người lao động di trú và thành viên gia đình họ.

quyền Liên hợp quốc và phân công các Bộ, ngành triển khai thực hiện các khuyến nghị đó. Qua rà soát cho thấy có 17 khuyến nghị trực tiếp liên quan đến việc sửa đổi, bổ sung BLHS hiện hành (các điều 3, 31, 32, 33, 34, 89, 90, 92, 94, 95, 114, 127, 128, 129, 131, 132 và 150) với những yêu cầu cụ thể như sau:

- Tăng cường hệ thống pháp luật và chính sách về quyền con người trên cơ sở Hiến pháp mới; cải cách hệ thống pháp luật và văn hóa tôn trọng quyền con người một cách có hệ thống; cải cách hệ thống tư pháp hình sự hướng đến quyền con người (các điều 31, 32, 127, 128, 129, 131, 132).

- Giảm các tội danh phải chịu án tử hình, đặc biệt là tội phạm kinh tế và các tội phạm liên quan đến ma túy, chỉ áp dụng án tử hình với những tội danh nghiêm trọng nhất; tiếp tục cải cách, trong đó bao gồm minh bạch hơn trong áp dụng án tử hình, hướng tới việc bỏ án tử hình; tiếp tục áp dụng án tử hình như là một công cụ tư pháp hình sự phù hợp với pháp luật nhân quyền quốc tế (các điều 89, 90, 92, 94, 95 và 114).

- Tiếp tục tăng cường các nỗ lực để thúc đẩy và bảo vệ các quyền tự do cơ bản, các quyền được ghi nhận bởi Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (các điều 3 và 34); sửa đổi BLHS nhằm đảm bảo Bộ luật không được áp dụng một cách độc đoán để ngăn cản tự do ngôn luận (Điều 150).

Là một thành viên có trách nhiệm trong cộng đồng quốc tế, trong quá trình thực hiện việc sửa đổi BLHS năm 2015, các nhà lập pháp Việt Nam đã nghiên cứu phân tích rõ các yêu cầu do các công ước quốc tế cũng như các khuyến nghị của Hội đồng Nhân

quyền Liên hợp quốc đặt ra và đã thể hiện ở mức độ cao trong BLHS năm 2015.

3. Các quyền con người, quyền cơ bản của công dân được bảo vệ, bảo đảm thi hành bằng cả hệ thống pháp luật, trong đó pháp luật hình sự luôn được coi là một công cụ pháp lý quan trọng, sắc bén để bảo vệ có hiệu quả các quyền con người, quyền công dân được ghi nhận trong Hiến pháp. Vì vậy, một trong những định hướng cơ bản sửa đổi, bổ sung BLHS năm 2015 được xác định là tiếp tục hoàn thiện chính sách hình sự theo hướng tôn trọng và bảo đảm thực thi đầy đủ các quyền con người, quyền dân chủ của công dân được ghi nhận trong Hiến pháp năm 2013.

So với yêu cầu do Hiến pháp năm 2013 cũng như các công ước quốc tế và Hội đồng Nhân quyền Liên hợp quốc đặt ra, BLHS năm 2015, được sửa đổi, bổ sung một số điều theo Luật số 12/2017/QH14 ngày 20/6/2017 đã có những sửa đổi, bổ sung quan trọng phù hợp nhằm góp phần bảo vệ và thúc đẩy quyền con người ở Việt Nam, đáng chú ý là:

*(i) Các sửa đổi cụ thể đảm bảo việc bảo vệ các quyền con người, quyền cơ bản của công dân, đảm bảo thực hiện các quyền về dân sự - chính trị*

*Thứ nhất*, sửa đổi, bổ sung quy định về điều kiện áp dụng hình phạt theo hướng, hạn chế áp dụng hình phạt tù, mở rộng áp dụng hình phạt không phải là phạt tù:

- Mở rộng phạm vi áp dụng phạt tiền là hình phạt chính không chỉ đối với các tội phạm ít nghiêm trọng, mà còn đối với các tội phạm nghiêm trọng do Bộ luật quy định (điểm a khoản 1 Điều 35). Riêng đối với các tội phạm xâm phạm trật tự quản lý kinh

tế, môi trường, trật tự công cộng, an toàn công cộng và một số tội phạm khác thì có thể áp dụng hình phạt chính là phạt tiền đối với cả tội rất nghiêm trọng (điểm b khoản 1 Điều 35). So với BLHS hiện hành, BLHS năm 2015 đã tăng hơn 30 khoản có hình phạt tiền.

- Bổ sung nội dung của quy định về hình phạt cải tạo không giam giữ: Theo đó, trong trường hợp người bị phạt cải tạo không giam giữ không có việc làm hoặc bị mất việc làm trong thời gian chấp hành hình phạt này thì phải thực hiện một số công việc lao động phục vụ cộng đồng trong thời gian cải tạo không giam giữ, với thời gian lao động không quá 04 giờ trong một ngày và không quá 05 ngày trong một tuần, và không áp dụng biện pháp này đối với phụ nữ có thai hoặc đang nuôi con dưới 06 tháng tuổi, người già yếu, người bị bệnh hiểm nghèo, người khuyết tật nặng hoặc khuyết tật đặc biệt nặng (khoản 4 Điều 36).

- Không áp dụng hình phạt tù đối với người lần đầu phạm tội ít nghiêm trọng do vô ý và có nơi cư trú rõ ràng (khoản 2 Điều 38).

*Thứ hai*, bổ sung một chương riêng (Chương IV) với 07 điều (từ Điều 20 đến Điều 26) quy định về những trường hợp loại trừ trách nhiệm hình sự, trong đó, tiếp tục duy trì và cụ thể hóa 04 trường hợp như Bộ luật hiện hành (sự kiện bất ngờ, phòng vệ chính đáng, tình thế cấp thiết và tình trạng không có năng lực trách nhiệm hình sự), đồng thời, bổ sung thêm 03 trường hợp là: Gây thiệt hại trong khi bắt giữ người phạm tội; rủi ro trong nghiên cứu, thử nghiệm, áp dụng tiến bộ khoa học, kỹ thuật và công nghệ; thi hành mệnh lệnh của người chỉ huy hoặc của cấp trên (các điều 24, 25, 26).

*Thứ ba*, bổ sung chế định tha tù trước thời hạn có điều kiện, theo đó, người phạm tội có thể được miễn chấp hành phần hình phạt tù còn lại khi có đủ 06 điều kiện như: Phạm tội lần đầu; có nhiều tiến bộ, có ý thức cải tạo tốt; có nơi cư trú rõ ràng; đối với người bị kết án về tội phạm nghiêm trọng, rất nghiêm trọng, đặc biệt nghiêm trọng thì đòi hỏi người đó đã được giảm thời hạn chấp hành hình phạt tù ít nhất một lần; đã chấp hành được 1/2 thời hạn tù hoặc 15 năm đối với trường hợp tù chung thân đã được giảm xuống tù có thời hạn; chấp hành xong hình phạt bổ sung là hình phạt tiền, án phí và các nghĩa vụ bồi thường dân sự. Trường hợp người phạm tội là thương binh, bệnh binh, thân nhân gia đình liệt sỹ, gia đình có công với cách mạng, người đủ 70 tuổi trở lên, người khuyết tật nặng hoặc đặc biệt nặng, phụ nữ đang nuôi con dưới 36 tháng tuổi, thì thời gian đã chấp hành ít nhất là 1/3 (một phần ba) hình phạt tù có thời hạn hoặc ít nhất 12 năm đối với tù chung thân đã được giảm xuống tù có thời hạn (khoản 1 Điều 66). Điều kiện thử thách đối với người được tha tù trước thời hạn có điều kiện là phải sống tốt, không vi phạm pháp luật, không phạm tội mới. Trong trường hợp, người được tha tù trước thời hạn có điều kiện có ý vi phạm nghĩa vụ 2 lần trở lên hoặc bị xử phạt vi phạm hành chính 2 lần trở lên trong thời gian thử thách thì Tòa án có thể hủy bỏ quyết định tha tù trước thời hạn có điều kiện đối với người đó và buộc phải chấp hành hình phạt tù còn lại chưa chấp hành. Nếu người đó thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời gian thử thách thì Tòa án buộc người đó chấp hành hình phạt của tội mới và tổng hợp với hình phạt tù chưa chấp hành của bản án trước

(khoản 3 Điều 66). Khoản 2 Điều 66 quy định rõ, không áp dụng việc tha tù trước thời hạn có điều kiện đối với 2 trường hợp cụ thể là người bị kết án về Tội xâm phạm an ninh quốc gia; Tội khủng bố; Tội phá hoại hòa bình, chống loài người và tội phạm chiến tranh...; và người bị kết án tử hình được ân giảm.

*Thứ tư*, sửa đổi, bổ sung quy định về đương nhiên được xóa án tích theo hướng tạo điều kiện thuận lợi cho người bị kết án sớm ổn định cuộc sống, tái hòa nhập cộng đồng, theo đó: 1) Người được miễn hình phạt và người bị kết án về một tội do lỗi vô ý về tội phạm ít nghiêm trọng, tội phạm nghiêm trọng thì không bị coi là có án tích (khoản 2 Điều 69); 2) Rút ngắn thời hạn để được xóa án tích so với quy định hiện hành, ngắn nhất là 01 năm trong trường hợp bị phạt cảnh cáo, phạt tiền, cải tạo không giam giữ, phạt tù nhưng được hưởng án treo; dài nhất là 05 năm trong trường hợp phạt tù từ 15 năm, tù chung thân hoặc tử hình nhưng đã được giảm án. Quy định rõ thời điểm xóa án tích được tính từ khi người bị kết án chấp hành xong hình phạt chính hoặc hết thời gian thử thách án treo, người đó đã chấp hành xong hình phạt bổ sung, các quyết định khác của bản án và không thực hiện hành vi phạm tội mới trong thời hạn. Đồng thời, sửa đổi điều kiện “không phạm tội mới” trong thời gian có án tích bằng điều kiện “không thực hiện hành vi phạm tội mới” để bảo đảm phù hợp hơn với nguyên tắc suy đoán không có tội theo tinh thần Hiến pháp năm 2013 (Điều 70); 3) Đổi mới căn bản thủ tục xóa án tích đương nhiên theo hướng thuận lợi hơn cho người dân, theo đó, không quy định Tòa án cấp Giấy

chứng nhận xóa án tích cho người đương nhiên được xóa án tích, đồng thời, không bắt buộc trong mọi trường hợp phải cấp Giấy chứng nhận xóa án tích, vì trên thực tế nhiều người dân không cần đến giấy này mà giao trách nhiệm cho Cơ quan quản lý cơ sở dữ liệu lý lịch tư pháp phải cập nhật thông tin về tình hình án tích của người bị kết án, và khi có yêu cầu thì cấp phiếu lý lịch tư pháp xác nhận không có án tích, nếu có đủ điều kiện quy định tại khoản 2 hoặc khoản 3 Điều 70.

Việc Tòa án ra quyết định xóa án tích chỉ áp dụng đối với người đã bị kết án về các tội quy định tại Chương XIII (Các tội xâm phạm an ninh quốc gia) và Chương XXVI (Các tội phá hoại hòa bình, chống loài người và tội phạm chiến tranh) khi họ đã chấp hành xong hình phạt chính, thời hạn thử thách án treo hoặc hết thời hiệu thi hành bản án. Điều kiện về thời hạn để được Tòa án quyết định xóa án tích đối với người phạm các tội này khắt khe hơn: Ngắn nhất là 03 năm trong trường hợp bị phạt cảnh cáo, cải tạo không giam giữ hoặc phạt tù đến 05 năm, dài nhất là 07 năm trong trường hợp bị phạt tù từ trên 15 năm, tù chung thân hoặc tử hình và được giảm án (Điều 71). Điều 72 mở ra khả năng xóa án tích trong trường hợp đặc biệt nhằm khuyến khích người bị kết án phấn đấu cải tạo tốt và lập công.

*Thứ năm*, sửa đổi, bổ sung nhóm các tội xâm phạm tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm của con người (Chương XIV) theo hướng:

- Xác định tội phạm đối với hành vi sử dụng người dưới 16 tuổi vào mục đích khiêu dâm (Điều 147).

- Tăng nặng hình phạt đối với trường hợp phạm tội không cứu giúp người đang ở trong tình trạng nguy hiểm đến tính mạng dẫn đến chết nhiều người (khoản 3 Điều 132).

*Thứ sáu*, sửa đổi, bổ sung nhóm các tội xâm phạm quyền tự do của con người, quyền tự do dân chủ của công dân (Chương XV) theo hướng:

- Xác định là tội phạm đối với hành vi xâm phạm quyền biểu quyết của công dân khi Nhà nước trưng cầu ý dân; làm sai lệch kết quả trưng cầu ý dân (các điều 160, 161) và hành vi cản trở công dân thực hiện quyền tự do ngôn luận, tự do báo chí, tiếp cận thông tin, quyền biểu tình của công dân (Điều 167).

- Tăng nặng hình phạt đối với 06 tội thuộc nhóm này là: Tội xâm phạm chỗ ở của người khác (Điều 158); Tội xâm phạm bí mật hoặc an toàn thư tín, điện thoại, điện tín hoặc hình thức trao đổi thông tin riêng tư khác của người khác (Điều 159); Tội buộc công chức, viên chức thôi việc hoặc sa thải người lao động trái pháp luật (Điều 162); Tội xâm phạm quyền hội họp, lập hội của công dân (Điều 163); Tội xâm phạm quyền tự do tín ngưỡng, tôn giáo của người khác (Điều 164); Tội xâm phạm quyền khiếu nại, tố cáo (Điều 166).

***(ii) Bãi bỏ hình phạt tử hình đối với một số tội danh, mở rộng đối tượng không áp dụng hình phạt tử hình và không thi hành án tử hình***

Giảm tử hình là một chủ trương lớn của Đảng và Nhà nước ta được thể hiện trong Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020, cũng như trong Hiến pháp năm 2013

về ghi nhận, tôn trọng, bảo vệ quyền sống của con người. Trên thực tế, đối với hình phạt tử hình, Nhà nước ta đang trong quá trình thực hiện chính sách giảm dần từng bước: BLHS năm 1985 quy định 44 tội có hình phạt tử hình; BLHS năm 1999 rút xuống còn 29 tội có hình phạt tử hình; đến lần sửa đổi, bổ sung năm 2009, BLHS năm 1999 tiếp tục giảm xuống, quy định 22 tội có hình phạt tử hình.

Trên cơ sở tổng kết thực tiễn áp dụng hình phạt tử hình và dự báo tình hình phát triển kinh tế - xã hội của nước ta trong thời gian tới, BLHS năm 2015 đã sửa đổi, bổ sung các quy định về hình phạt tử hình được thực hiện theo hướng:

*Thứ nhất*, quy định chặt chẽ các điều kiện áp dụng hình phạt tử hình nhằm thu hẹp phạm vi áp dụng hình phạt này, theo đó hình phạt tử hình chỉ được áp dụng đối với một số đối tượng phạm một số loại tội đặc biệt nghiêm trọng. Cụ thể:

Về đối tượng: Người phạm tội thuộc một trong các đối tượng là người tổ chức, người phạm tội có tính chất côn đồ, tái phạm nguy hiểm, người thực hiện tội phạm một cách man rợ, dã man, tàn bạo hoặc có nhiều tình tiết tăng nặng.

Về loại tội: Xuất phát từ tính chất, mức độ nghiêm trọng của tội phạm cũng như đặc điểm nhân thân của người phạm tội, yêu cầu bảo vệ khách thể bị xâm hại, hình phạt tử hình chỉ còn áp dụng đối với một số tội đặc biệt nghiêm trọng thuộc loại tội chống Nhà nước Cộng hòa xã hội Việt Nam, xâm phạm tính mạng con người; tội phạm về ma túy, tham nhũng và một số tội phạm đặc biệt nghiêm trọng khác do BLHS quy định. Theo tinh thần đó, Bộ luật bỏ hình phạt tử

hình đối với 08 tội gồm: Tội hoạt động phi, Tội cướp tài sản (Điều 168); Tội phá hủy công trình, cơ sở, phương tiện quan trọng về an ninh quốc gia (Điều 193); Tội sản xuất, buôn bán hàng giả là lương thực, thực phẩm, phụ gia thực phẩm (Điều 303); Tội tàng trữ trái phép chất ma túy (Điều 249); Tội chiếm đoạt chất ma túy (Điều 252); Tội chống mệnh lệnh (Điều 394); Tội đầu hàng địch (Điều 399).

*Thứ hai*, bổ sung đối tượng không áp dụng hình phạt tử hình, đó là người từ 75 tuổi trở lên khi phạm tội hoặc khi xét xử. Việc bổ sung đối tượng này vào diện không áp dụng hình phạt tử hình thể hiện chính sách hình sự nhân đạo đối với những người đã đến tuổi thượng thọ - đối tượng được hưởng chế độ chúc thọ, mừng thọ của Nhà nước; được đặc cách hưởng chính sách bảo trợ xã hội (khoản 3 Điều 40). Như vậy, theo quy định của BLHS năm 2015 thì đối tượng không áp dụng hình phạt tử hình bao gồm: Phụ nữ đang có thai, đang nuôi con nhỏ dưới 36 tháng tuổi và người già từ 75 tuổi trở lên.

*Thứ ba*, ngoài phụ nữ đang có thai, đang nuôi con nhỏ dưới 36 tháng tuổi, BLHS năm 2015 còn mở rộng thêm hai trường hợp không thi hành án tử hình: Người từ 75 tuổi trở lên và 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  $\frac{3}{4}$  (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 (khoản 3 Điều 40).

**(iii) Về việc đảm bảo quyền của các nhóm dễ bị tổn thương**

BLHS mới đã sửa đổi, bổ sung nhiều quy định bảo đảm việc bảo vệ phụ nữ khỏi mọi hình thức bạo lực; tăng cường chính sách bảo vệ trẻ em, các nhóm dễ bị tổn thương và thiệt thòi; đảm bảo tốt hơn các quyền của người già, và người khuyết tật; đấu tranh chống phân biệt đối xử với phụ nữ... Điều 36 về hình phạt cải tạo không giam giữ có quy định không áp dụng biện pháp lao động phục vụ cộng đồng đối với phụ nữ có thai hoặc đang nuôi con dưới 06 tháng tuổi, người già yếu, người bị bệnh hiểm nghèo, người khuyết tật nặng hoặc khuyết tật đặc biệt nặng. Điều 51 về các tình tiết giảm nhẹ trách nhiệm hình sự, ngoài hai đối tượng được quy định trong BLHS hiện hành là phụ nữ có thai và người già (cụ thể là người từ 70 tuổi trở lên), BLHS sửa đổi đã bổ sung đối tượng người phạm tội là người khuyết tật nặng hoặc đặc biệt nặng.

Việc bảo vệ quyền của nhóm dễ bị tổn thương cũng được thể hiện thông qua việc quy định rằng, hành vi phạm tội đối với những người này là tình tiết định khung tăng nặng trách nhiệm hình sự trong các tội phạm. Ví dụ: Tại Điều 168 về Tội cướp tài sản, tại khoản 2 đã bổ sung tình tiết định khung tăng nặng “phạm tội đối với người dưới 16 tuổi, phụ nữ mà biết là có thai, người già yếu hoặc người không có khả năng tự vệ” với mức hình phạt tù lên đến 15 năm.

Tại Chương XII về những quy định đối với người dưới 18 tuổi phạm tội cũng có những sửa đổi, bổ sung quan trọng nhằm bảo vệ tốt hơn nữa những người dưới 18 tuổi phạm tội, như ghi nhận nguyên tắc: “Việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội

phải bảo đảm lợi ích tốt nhất của người dưới 18 tuổi và chủ yếu nhằm mục đích giáo dục, giúp đỡ họ sửa chữa sai lầm, phát triển lành mạnh, trở thành công dân có ích cho xã hội. Việc xử lý người dưới 18 tuổi phạm tội phải căn cứ vào độ tuổi, khả năng nhận thức của họ về tính chất nguy hiểm cho xã hội của hành vi phạm tội, nguyên nhân và điều kiện gây ra tội phạm”; liệt kê các tội danh cụ thể mà người dưới 18 tuổi phạm tội có nhiều tình tiết giảm nhẹ, tự nguyện khắc phục phần lớn hậu quả có thể được miễn trách nhiệm hình sự. Quy định nguyên tắc: Khi xét xử, Tòa án chỉ áp dụng hình phạt đối với người dưới 18 tuổi phạm tội nếu xét thấy việc miễn trách nhiệm hình sự và áp dụng một trong những biện pháp khác không bảo đảm hiệu quả; không xử phạt chung thân hoặc tử hình đối với người dưới 18 tuổi phạm tội.

Quy định minh bạch những tội mà người từ đủ 14 tuổi trở lên, nhưng chưa đủ 16 tuổi phải chịu trách nhiệm hình sự. Theo đó, những đối tượng này chỉ phải chịu trách nhiệm hình sự tội rất nghiêm trọng hoặc đặc biệt nghiêm trọng đối với 28 tội danh. Ví dụ: về Tội giết người, Tội hiếp dâm, Tội hiếp dâm người dưới 16 tuổi, Tội cưỡng dâm, Tội cưỡng dâm người từ đủ 13 tuổi đến dưới 16 tuổi, Tội cướp tài sản, Tội bắt cóc nhằm chiếm đoạt tài sản... Người từ đủ 14 tuổi đến dưới 16 tuổi chỉ phải chịu trách

nhiệm hình sự đối với hành vi chuẩn bị phạm tội của 02 tội là Tội giết người và Tội cướp tài sản. Bổ sung các biện pháp giám sát, giáo dục trong trường hợp được miễn trách nhiệm hình sự như khiển trách, hòa giải tại cộng đồng, giáo dục tại xã, phường, thị trấn...

#### *(iv) Về kỹ thuật lập pháp*

Bộ luật đã được sửa đổi theo hướng minh bạch hóa, cụ thể hóa các điều luật cấu thành các tội phạm cụ thể. Hầu hết các hành vi trong mặt khách quan của cấu thành các tội phạm đều được làm rõ. Các dấu hiệu định tội, định khung hình phạt như “gây hậu quả nghiêm trọng”, “gây hậu quả rất nghiêm trọng”, “gây hậu quả đặc biệt nghiêm trọng”, “thu lợi bất chính lớn”, “thu lợi bất chính rất lớn”, “thu lợi bất chính đặc biệt lớn”,... đều được thay thế bằng các định lượng cụ thể, tạo điều kiện cho việc hiểu và áp dụng các quy định của Bộ luật thống nhất trên thực tế.

Qua nghiên cứu các nội dung nêu trên của BLHS năm 2015 có thể thấy rằng, nhiều điểm mới tiến bộ về bảo vệ và bảo đảm quyền con người đã được thể hiện trong Bộ luật này. Điều đó cho thấy sự quyết tâm của Nhà nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam trong việc thực hiện các biện pháp, bao gồm trước hết là biện pháp lập pháp, để không ngừng bảo vệ quyền con người, quyền cơ bản của công dân.

# QUYỀN IM LẶNG VÀ HÀNH VI TỰ BUỘC TỘI TRONG TỔ TỤNG HÌNH SỰ: CÁCH TIẾP CẬN CỦA HOA KỲ VÀ KINH NGHIỆM CHO VIỆT NAM

Võ Minh Kỳ\*

**Tóm tắt:** Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 đã trao cho người bị buộc tội quyền im lặng trong các giai đoạn tố tụng. Tuy nhiên, phạm vi tác động của quyền này chỉ dừng lại ở lời khai và lời nhận tội, nói cách khác, các hành vi mang tính tự buộc tội hiện không được bảo vệ bởi quyền im lặng. Điều này có thể khiến việc thực hiện quyền im lặng trên thực tế không đạt được mục đích cơ bản là sự tự do ý chí của một người tự buộc tội. Bài viết phân tích sự cần thiết của việc đưa hành vi tự buộc tội vào phạm vi tác động của quyền im lặng, đồng thời, tham khảo cách tiếp cận của Hoa Kỳ về vấn đề này để gợi mở các hướng giải quyết cho Việt Nam.

**Abstract:** The Criminal Procedure Code of 2015 gives the suspect the right to silence in criminal proceedings. However, the scope of that right is only limited to testimonies and confessions, in other words, all of self-incriminating acts are not protected by the right. Consequently, the application of the right to silence might not achieve its original function, which is the personal autonomy towards self-incrimination. Therefore, the paper analyses the necessity of extending the scope of the right to silence to any self-incriminating acts by considering the US approach on the issues to find out possible implication for Vietnam.

## 1. Phạm vi tác động của quyền im lặng: Lời khai hay hành vi?

Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 (BLTTHS 2015) quy định quyền im lặng đối với bốn chủ thể tham gia tố tụng, gồm: (1) Người bị bắt, bị giữ; (2) Người bị tạm giữ; (3) Bị can; (4) Bị cáo. Cả bốn chủ thể nói trên đều có quyền “không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội”<sup>1</sup>.

Như vậy, quyền im lặng tại Việt Nam chỉ được chấp nhận theo phạm vi hẹp, tức quyền không tự buộc tội. Thông thường,

trong khoa học pháp lý, quyền im lặng (right to silence) và quyền không tự buộc tội (privilege against self-incrimination) được hiểu tương đương nhau và có thể dùng thay thế cho nhau. Tuy nhiên, quyền im lặng rộng hơn và bao trùm cả quyền không tự buộc tội, bởi quyền không tự buộc tội có nghĩa không buộc tội chính mình, còn quyền im lặng còn có thể hiểu theo nghĩa không buộc tội chính mình và người khác. Do đó, có thể xem quyền không tự buộc tội là quyền im lặng theo nghĩa hẹp<sup>2</sup>.

Quyền im lặng theo BLTTHS 2015 chỉ bao gồm lời khai chống lại mình và lời nhận tội (sau đây gọi chung là lời khai). Bên cạnh

\* Viện kiểm sát nhân dân quận Ninh Kiều, Tp. Cần Thơ.

<sup>1</sup> Điểm d, khoản 1, Điều 58; điểm c, khoản 2, Điều 59; điểm d, khoản 2, Điều 60; điểm h, khoản 2, Điều 61 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

<sup>2</sup> Steven Greer, *The Right to Silence: A Review of the Current Debate*, *The Modern Law Review*, Vol. 53, No. 6 (Nov., 1990), pp. 709-730.

đó, bối cảnh ra đời của quyền im lặng cho thấy mục tiêu quy định về quyền im lặng là nhằm bảo vệ người bị buộc tội trước tình trạng dùng nhục hình của cơ quan điều tra nhằm thu thập lời khai<sup>3</sup>. Có nghĩa là, quyền im lặng tại BLTTHS 2015 chỉ có phạm vi tác động đến lời khai.

Tuy nhiên, cách tiếp cận của BLTTHS 2015 có một số khía cạnh chưa hợp lý, đặc biệt là đã bỏ qua các hành vi mang tính chất tự buộc tội.

Quyền im lặng, về bản chất không phải là một quyền để bảo vệ người bị buộc tội trước nhục hình như mục tiêu của BLTTHS Việt Nam, mà là một quyền không phải tự buộc tội chính mình<sup>4</sup>, tức nhấn mạnh vào sự tự do ý chí đối với sự tự buộc tội. Có thể hiểu rằng, sự tự buộc tội là có thể được chấp nhận, nếu điều đó được thực hiện trên cơ sở tự nguyện. Tuy nhiên, nếu một người chịu bất kỳ tác động nào, dẫn đến tự buộc tội trái với ý chí của họ thì sự tự buộc tội đó phải được xem là vô hiệu, bởi nó đã xâm phạm đến những nguyên tắc căn bản của trình tự xét xử công bằng, mà cụ thể là đã vi phạm đến nguyên tắc tranh tụng và nguyên tắc suy đoán vô tội.

<sup>3</sup> Lê Kiên, *Tranh luận sôi nổi về quyền im lặng*, Báo điện tử Tuổi trẻ, ngày 28/5/2015, <http://tuoitre.vn/tin/chinh-tri-xa-hoi/20150528/tranh-luan-soi-noi-ve-quyen-im-lang/753264.html>, truy cập ngày 31/5/2017.

<sup>4</sup> Nguồn gốc sơ khai của quyền im lặng bắt nguồn từ hệ thống thông luật common law với nguyên tắc “*Nemo tenetur prodere seipsum*” (tạm dịch: Không ai bị buộc phải tự buộc tội mình). Xem R. H. Helmholz, Charles M. Gray, John H. Langbein, Eben Moglen, Henry E. Smith and Albert W. Alschuler, *The privilege against self-incrimination: its origins and development*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1997, p.17.

Trong mối quan hệ với nguyên tắc tranh tụng thì quyền này nhằm bảo đảm sự bình đẳng giữa bên gỡ tội và bên buộc tội, hướng tới việc bảo vệ tốt hơn các quyền con người trong tố tụng hình sự. Trong mối quan hệ với nguyên tắc suy đoán vô tội, thì quyền im lặng đặt ra trách nhiệm chứng minh tội phạm thuộc về cơ quan tiến hành tố tụng, còn người bị tước tự do có quyền nhưng không buộc phải chứng minh là mình vô tội<sup>5</sup>. Như vậy, xét về bản chất cũng như mục đích căn bản của quyền im lặng là nhằm chống lại bất kỳ sự tự buộc tội trái với ý chí của một người, chứ không phải chỉ nhằm chống lại lời khai bị cưỡng ép.

Theo quy định của BLTTHS 2015, bên cạnh lời khai, việc buộc tội còn dựa trên các chứng cứ khác gồm: Vật chứng; dữ liệu điện tử; kết luận giám định, định giá tài sản; biên bản trong hoạt động tố tụng; kết quả ủy thác tư pháp; và các tài liệu, đồ vật khác<sup>6</sup>. Như vậy, nếu căn cứ theo cách tiếp cận của BLTTHS 2015, một người hoàn toàn có thể bị ép buộc phải thực hiện một số hành vi để tạo lập các chứng cứ đó. Có nghĩa là, người đó bị ép buộc phải tự buộc tội bản thân thông qua hành vi của chính mình. Cách tiếp cận này không thể đảm bảo sự tự do ý chí của một người trước sự tự buộc tội, từ đó không thể thiết lập vị thế cân bằng giữa bên buộc tội và bên bị buộc tội trong tranh tụng, và trạng thái bị động của người bị buộc tội trong nghĩa vụ chứng minh tội phạm theo nguyên tắc suy đoán vô tội.

Như vậy, để đảm bảo cho sự tự do ý chí của người bị buộc tội đúng như bản

<sup>5</sup> Nguyễn Võ Linh Giang, *Quyền im lặng trong tố tụng hình sự*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, 2016, số 12 (344), tr. 3-6.

<sup>6</sup> Khoản 1 Điều 87 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

chất của quyền im lặng, phạm vi tác động của quyền này không thể chỉ giới hạn ở lời khai, mà còn phải bao gồm cả các hành vi tự buộc tội.

## 2. Những hành vi tự buộc tội trong tố tụng hình sự

Căn cứ theo các quy định của BLTTHS 2015 và thực tiễn pháp lý, có thể phân loại các hành vi có tính chất tự buộc tội ra làm hai loại: Loại các hành vi mang tính chất tự nguyện, và loại các hành vi có nghĩa vụ thực hiện.

Đối với loại các hành vi mang tính chất tự nguyện, người bị buộc tội có quyền, nhưng không có nghĩa vụ phải thực hiện. Có thể thấy, trong các quy định về quyền của người bị buộc tội đều có quyền đưa ra chứng cứ, tài liệu, đồ vật<sup>7</sup>. Các hành vi này cũng đều có thể mang tính tự buộc tội, nhưng chủ thể thực hiện hoàn toàn tự nguyện. Do đó, các hành vi loại này không thuộc phạm vi điều chỉnh của quyền im lặng.

Đối với loại các hành vi có nghĩa vụ thực hiện, có thể liệt kê bao gồm các hành vi được định danh mà người bị buộc tội có thể bị yêu cầu thực hiện trong tố tụng, cụ thể là: Hành vi đối chất<sup>8</sup>, hành vi nhận dạng<sup>9</sup>, hành vi nhận biết giọng nói<sup>10</sup>, và thực nghiệm điều tra<sup>11</sup>. Theo quy định, bị can có thể bị Cơ quan điều tra hoặc Viện kiểm sát yêu cầu tham gia các hoạt động này, và bị can có nghĩa vụ phải thực hiện<sup>12</sup>.

Các hành vi này của bị can được thực hiện thông qua hoạt động điều tra của cơ quan điều tra, và kết thúc bằng biên bản tố tụng đối với từng hành vi. Theo quy định, các biên bản này có thể được dùng làm chứng cứ buộc tội bị can. Ngoài ra, các hành vi không được luật định danh nhưng thực tế thường được thực hiện theo yêu cầu của cơ quan tố tụng có thể bao gồm: Yêu cầu cung cấp mẫu chữ viết, chữ ký, mẫu ADN, mẫu vân tay, mẫu máu hoặc yêu cầu cung cấp mật khẩu để truy cập các thiết bị điện tử hoặc các yêu cầu tương tự nhằm phục vụ điều tra. Do các yêu cầu dạng này thay đổi tùy theo đặc điểm của từng vụ án cụ thể, nên BLTTHS 2015 không quy định cụ thể đối với từng loại yêu cầu, mà chỉ quy định mang tính bao quát: Người bị buộc tội phải có nghĩa vụ tuân theo các yêu cầu của người có thẩm quyền<sup>13</sup>. Như vậy, có nghĩa là BLTTHS 2015 đã gián tiếp quy định người bị buộc tội có nghĩa vụ chứng minh tội phạm của mình. Việc quy định như vậy đã trực tiếp xâm phạm đến các nguyên tắc cốt lõi được bảo vệ bởi quyền im lặng.

## 3. Cách tiếp cận của Hoa Kỳ về mối liên hệ giữa quyền im lặng và hành vi tự buộc tội

Tại Hoa Kỳ, quyền im lặng có cơ sở pháp lý từ Tu chính án thứ 5 với nội dung “*Không một ai bị ép buộc phải làm chứng chống lại bản thân mình trong một vụ án hình sự*” (Nguyên văn: “*No one shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*”). Xét về mặt câu chữ, Tu chính án thứ 5 hoàn toàn không đề cập đến phạm vi của quyền im lặng là lời

<sup>7</sup> Điểm đ, khoản 1, Điều 58; điểm đ, khoản 2, Điều 59; điểm đ, khoản 2, Điều 60; điểm đ, khoản 2, Điều 61 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

<sup>8</sup> Điều 189 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

<sup>9</sup> Điều 190 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

<sup>10</sup> Điều 191 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

<sup>11</sup> Điều 204 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

<sup>12</sup> Điểm b, khoản 3, Điều 61, Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

<sup>13</sup> Khoản 2, Điều 58; khoản 3, Điều 59; điểm b, khoản 3, Điều 60; điểm b, khoản 3, Điều 61 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

khai hay hành vi, mà chỉ chú trọng đến sự tự do định đoạt ý chí trong sự tự buộc tội trong vụ án hình sự.

Năm 1807, tại án lệ US v. Burr, trước nỗ lực của bồi thẩm đoàn trong việc yêu cầu bị cáo Aaron Burr cung cấp bức thư đã mã hóa, Tòa án tối cao Hoa Kỳ đã thiết lập nguyên tắc “*Không ai có thể bị buộc phải cung cấp chứng cứ chống lại anh ta*” (Nguyên văn: *No man can be forced to furnish evidence against himself*)<sup>14</sup>. Nguyên tắc này được hiểu là, không ai bị ép buộc phải cung cấp bất kỳ chứng cứ hữu hình nào, kể cả các loại văn bản, có thể tự buộc tội anh ta<sup>15</sup>. Tức quyền im lặng không chỉ bao gồm lời khai, mà còn có thể bao gồm các hành vi cung cấp chứng cứ.

Tuy nhiên, quan điểm nói trên đã mở rộng phạm vi tác động của quyền im lặng quá xa so với nội dung cơ bản của Tu chính án thứ 5, nên các phán quyết sau này của Tòa án tối cao Hoa Kỳ có xu hướng thu hẹp phạm vi này lại. Để được bảo vệ bởi Tu chính án thứ 5, một sự tự buộc tội phải được thể hiện thông qua “*testimonial communication*” (tạm dịch: phương thức mang tính chất lời khai)<sup>16</sup>.

Trong vụ án Crawford v. Washington<sup>17</sup>, tòa án đã định nghĩa khái niệm “*testimonial communication*” bao gồm: (1) Lời khai bằng ngôn ngữ và (2) Các hành vi khác có

thể dẫn đến việc tiết lộ suy nghĩ trong đầu của một người. Khái niệm này được hiểu tùy theo từng vụ án cụ thể, ví dụ như trong vụ án Doe v. United States<sup>18</sup>, tòa án xác định rằng, việc yêu cầu bị cáo phải ký giấy yêu cầu các ngân hàng nước ngoài cung cấp các ghi chép về tài khoản cá nhân thuộc sở hữu của bị cáo thì không thuộc phạm vi “*testimonial communication*”. Bởi lẽ, yêu cầu này được thực hiện với tất cả các tài khoản cá nhân mà bị cáo có quyền, bị cáo chỉ cần thực hiện hành vi ký vào giấy yêu cầu đã được soạn sẵn, nên không dẫn đến việc tiết lộ suy nghĩ của bị cáo. Tuy nhiên, trong vụ án United States v. Hubbell<sup>19</sup>, tòa án lại xác định việc yêu cầu Webster Hubbell phải cung cấp các giấy tờ có liên quan đến nguồn gốc của số tiền hoặc các tài sản có giá trị khác của ông ta là vi phạm Tu chính án thứ 5. Lý do được đưa ra là, yêu cầu nói trên buộc Hubbell phải thực hiện việc suy nghĩ để xác định các loại giấy tờ liên quan, do đó, hành vi cung cấp các giấy tờ này thuộc phạm vi “*testimonial communication*”.

Tương tự, tòa án Hoa Kỳ, thông qua nhiều vụ án, cũng đã xác định việc yêu cầu một người giải mã thiết bị điện tử là vi phạm quyền im lặng, bởi lẽ để giải mã thì người thực hiện phải sử dụng kỹ năng, kiến thức hoặc trí nhớ của họ<sup>20</sup>.

Đồng thời, định nghĩa nói trên cũng loại trừ các yêu cầu cung cấp chứng cứ vật lý từ cơ thể một người là sự vi phạm quyền im

---

<sup>14</sup> U.S. v. Burr, 25 Fed. Case.38, no. 14, 692e C.C.D. Va. (1807).

<sup>15</sup> Alan M. Dershowitz, *Is there a right to remain silent? Coercive interrogation and the Fifth Amendment After 9/11*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p.83.

<sup>16</sup> Steven M. Salky and Paul B. Hynes, Jr., *The privilege of silence: Fifth Amendment protections against self-incrimination*, American Bar Association, Criminal Justice Section, 2014, p.36.

<sup>17</sup> Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 68, 2004.

<sup>18</sup> Doe v. United States, 487 U.S. 201, 210, 1988.

<sup>19</sup> United States v. Hubbell, 530 U.S. 27, 2000.

<sup>20</sup> Xem United States v. Fricosu, 841 F. Supp. 2d 1232, 1237-38 (D.Colo. 2012); United States v. Kirschner, 823 F. Supp. 2d 665, 669 (E.D. Mich. 2010); và United States v. Gavegnano, 305 F. App'x 954, 956 (4<sup>th</sup> Cir. 2009).

lặng, bởi lẽ các hành vi cung cấp chứng cứ đó không thể tiết lộ suy nghĩ của người cung cấp. Cụ thể, như yêu cầu cung cấp mẫu nước tiểu<sup>21</sup>, mẫu tóc<sup>22</sup>, hoặc mẫu ADN<sup>23</sup>. Ngoài ra, Tòa án cũng xác định các hành vi như cung cấp vân tay, yêu cầu nhận dạng, nhận biết giọng nói, cung cấp giọng nói, chữ viết để nhận dạng là không thuộc phạm vi bảo vệ của Tu chính án thứ 5, bởi các hành vi đó không tiết lộ suy nghĩ của họ<sup>24</sup>.

Có thể kết luận rằng, cách tiếp cận của Hoa Kỳ đối với phạm vi tác động của quyền im lặng không chỉ dừng lại ở lời khai, mà còn đối với các hành vi có khả năng tiết lộ suy nghĩ của người thực hiện hành vi, hay còn gọi chung là “*testimonial communication*”. Cách tiếp cận này đảm bảo sự tự do ý chí của người bị buộc tội, nhưng cũng thiết lập ra các giới hạn cần thiết cho sự tự do ý chí này, tránh gây khó khăn cho việc thu thập chứng cứ khi làm sáng tỏ sự thật của vụ án.

#### 4. Kinh nghiệm cho Việt Nam

Quyền im lặng trong BLTTHS 2015 đã quá chú trọng vào bảo vệ sự toàn vẹn sức khỏe, tính mạng, thay vì sự tự do ý chí của người bị buộc tội. Tuy nhiên, cách tiếp cận này lại hàm chứa nhiều nguy cơ khiến một người phải tự buộc tội chính mình thông qua việc thực hiện các nghĩa vụ theo yêu cầu của cơ quan tiến hành tố tụng. Vì lẽ đó,

cần cân nhắc một số khía cạnh quyền này rút ra từ kinh nghiệm của Hoa Kỳ.

*Thứ nhất*, trong nội dung của quyền im lặng, nên tránh giới hạn phạm vi của quyền im lặng ở lời khai hoặc lời nhận tội. Bởi như đã phân tích, bên cạnh lời khai, BLTTHS 2015 còn quy định những chứng cứ khác có thể dùng để buộc tội một người. Vì vậy, nên mở rộng nội dung của quyền im lặng bằng cách quy định theo hướng, một người không bị buộc phải làm chứng chống lại chính mình.

*Thứ hai*, nên quy định về các tiêu chí đánh giá sự hợp pháp của các hành vi tự buộc tội theo tiêu chuẩn định tính. Bởi lẽ, tùy theo từng nội dung vụ việc khác nhau, tính chất của hành vi cũng khác nhau. Ví dụ, cùng là hành vi tham gia thực nghiệm điều tra, có hành vi mang tính chất đơn giản, kinh nghiệm, không thể tiết lộ suy nghĩ của người thực hiện, nhưng cũng có những hành vi mang tính phức tạp, đòi hỏi phải có sự nhận thức, suy nghĩ để thực hiện, do đó có thể tiết lộ suy nghĩ của người thực hiện. Vì vậy, nên thiết lập tiêu chuẩn đánh giá một hành vi bị xem là vi phạm quyền im lặng bao gồm ba yếu tố định tính, đó là: (1) Tính tự nguyện khi thực hiện; (2) Tính chất buộc tội của hành vi; và (3) Sự buộc tội đó đến từ bản thân hành vi hay đến từ suy nghĩ của người thực hiện hành vi.

Việc quy định tiêu chuẩn đánh giá như vậy nhằm đảm bảo tự do ý chí của một người khi tự buộc tội, đồng thời cũng tránh sự lạm dụng quyền im lặng để gây khó khăn cho cơ quan điều tra trong quá trình làm sáng tỏ sự thật của vụ án.

<sup>21</sup> Hes v. Ables, 714 F.3d 1048 (8<sup>th</sup> Cir. 2013).

<sup>22</sup> United States v. Dougall, 919 F.2d 932, 935 (5<sup>th</sup> Cir.1990).

<sup>23</sup> United States v. Hook, 471 F.3d 766, 773-74 (7<sup>th</sup> Cir.2006).

<sup>24</sup> United States v. Wade, 388 U.S. 218, 233, 1967.

# QUY ĐỊNH VỀ KHỞI TỐ BỊ CAN TẠI ĐIỀU 179 BỘ LUẬT TỐ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

Ngô Văn Vịnh\*

**Tóm tắt:** So với Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2003, quy định về khởi tố bị can trong Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 đã có một số sửa đổi, bổ sung. Bài viết phân tích những điểm mới trong quy định về khởi tố bị can tại Điều 179 Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015, đồng thời đưa ra một số kiến nghị hoàn thiện.

**Abstract:** In comparison with those in the Criminal Procedure Code of 2003, provisions on prosecution of the suspect in the Criminal Procedure Code of 2015 have been amended. This paper analyzes new points of these provisions according to Article 179 of the Code of 2015. It then makes relevant proposals.

## 1. Những điểm mới trong quy định về khởi tố bị can của Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015

Điều 179 Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) năm 2015 quy định về khởi tố bị can (KTBC). Về cơ bản, Điều 179 BLTTHS 2015 kế thừa quy định về KTBC tại Điều 126 BLTTHS năm 2003 và sửa đổi, bổ sung một số vấn đề sau đây:

**Thứ nhất,** về căn cứ KTBC: Do Bộ luật Hình sự (BLHS) năm 2015 quy định chủ thể của tội phạm bao gồm cá nhân hoặc pháp nhân thương mại, nên để phù hợp, khoản 1 Điều 60 BLTTHS năm 2015 cũng quy định: “*Bị can là người hoặc pháp nhân bị khởi tố về hình sự*”. Do đó, so với khoản 1 Điều 126 BLTTHS năm 2003<sup>1</sup>, khoản 1 Điều 179 BLTTHS năm 2015 đã sửa đổi, bổ sung: “*Khi có đủ căn cứ để xác định một người hoặc pháp nhân đã thực hiện hành vi mà Bộ luật Hình sự quy định là tội phạm thì Cơ quan điều tra ra quyết định khởi tố bị can*”.

\* ThS., Bộ môn Pháp luật và nghiệp vụ Công an, Học viện Chính trị Công an nhân dân.

<sup>1</sup> Khi có đủ căn cứ để xác định một người đã thực hiện hành vi phạm tội thì Cơ quan điều tra ra quyết định khởi tố bị can.

**Thứ hai,** về nội dung quyết định KTBC: So với nội dung quyết định KTBC được quy định tại khoản 2 Điều 126 BLTTHS năm 2003<sup>2</sup>, nội dung quyết định KTBC quy định tại khoản 2 Điều 179 BLTTHS năm 2015<sup>3</sup> đã bổ sung thêm theo hướng đầy đủ, cụ thể hơn như về: Quốc tịch, dân tộc, tôn giáo, giới tính, chỗ ở.

**Thứ ba,** theo khoản 4 Điều 126 BLTTHS năm 2003<sup>4</sup>, sau khi nhận được

<sup>2</sup> Quyết định khởi tố bị can ghi rõ: Thời gian, địa điểm ra quyết định; họ tên, chức vụ người ra quyết định; họ tên, ngày, tháng, năm sinh, nghề nghiệp, hoàn cảnh gia đình của bị can; bị can bị khởi tố về tội gì, theo điều khoản nào của Bộ luật Hình sự; thời gian, địa điểm phạm tội và những tình tiết khác của tội phạm.

<sup>3</sup> Quyết định khởi tố bị can ghi rõ thời gian, địa điểm ra quyết định; họ tên, chức vụ người ra quyết định; họ tên, ngày, tháng, năm sinh, quốc tịch, dân tộc, tôn giáo, giới tính, chỗ ở, nghề nghiệp của bị can; bị can bị khởi tố về tội gì, theo điều, khoản nào của Bộ luật Hình sự; thời gian, địa điểm phạm tội và những tình tiết khác của tội phạm.

<sup>4</sup> Trong thời hạn 24 giờ, kể từ khi ra quyết định khởi tố bị can, Cơ quan điều tra phải gửi quyết định khởi tố và tài liệu liên quan đến việc khởi tố bị can đó cho Viện kiểm sát cùng cấp để xét phê chuẩn việc khởi tố. Trong thời hạn ba ngày, kể từ ngày nhận được quyết định khởi tố bị can, Viện kiểm sát phải quyết

quyết định KTBC cùng với tài liệu liên quan đến việc KTBC thì Viện kiểm sát (VKS) phải quyết định phê chuẩn hoặc hủy bỏ quyết định KTBC. Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng quy định này cho thấy, trong nhiều trường hợp các tài liệu mà Cơ quan điều tra (CQĐT) gửi cho VKS chưa đủ để xem xét phê chuẩn hay hủy bỏ quyết định KTBC. Do đó, VKS đã phải yêu cầu CQĐT bổ sung tài liệu, chứng cứ, từ đó mới có thể ra quyết định. Do đó, để có cơ sở pháp lý áp dụng thống nhất trong thực tiễn, khoản 4 Điều 179 BLTTHS năm 2015 đã bổ sung<sup>5</sup>, đồng thời quy định rõ hơn như sau: “*Trường hợp Viện kiểm sát yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu thì trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được chứng cứ, tài liệu bổ sung, Viện kiểm sát phải ra quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can*”. Quy định như vậy nhằm đề cao vai trò của VKS các cấp trong việc thực hiện chức năng công tố và kiểm sát việc tuân theo pháp luật trong hoạt động tư pháp, góp phần nâng cao chất lượng điều tra, không làm oan người vô tội, nhưng cũng không bỏ lọt người phạm tội; đồng thời tránh việc đùn đẩy trách nhiệm, kéo dài thời gian giải quyết vụ án<sup>6</sup>.

**Thứ tư**, theo khoản 5 Điều 126 BLTTHS năm 2003: “*Trong trường hợp phát hiện có người đã thực hiện hành vi*

*phạm tội chưa bị khởi tố thì Viện kiểm sát yêu cầu Cơ quan điều tra ra quyết định khởi tố bị can*”. Tuy nhiên, trong thực tiễn có những trường hợp VKS yêu cầu CQĐT ra quyết định KTBC, nhưng CQĐT không thực hiện thì xử lý ra sao? BLTTHS năm 2003 không quy định rõ vấn đề này. Điều 114 BLTTHS năm 2003<sup>7</sup> chỉ quy định trách nhiệm cụ thể của CQĐT đối với việc chấp hành những yêu cầu và quyết định quy định tại các điểm 4, 5 và 6 Điều 112 của Bộ luật này<sup>8</sup>. Do đó, khoản 4 Điều 179 BLTTHS năm 2015 đã bổ sung trách nhiệm của VKS trong trường hợp phát hiện có người đã thực hiện hành vi mà BLHS quy định là tội phạm chưa bị khởi tố thì “*Viện kiểm sát trực tiếp ra quyết định khởi tố bị can nếu đã yêu cầu nhưng Cơ quan điều tra không thực hiện. Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi ra quyết*

<sup>7</sup> Điều 114. Trách nhiệm của Cơ quan điều tra trong việc thực hiện các yêu cầu và quyết định của Viện kiểm sát

Cơ quan điều tra có trách nhiệm thực hiện các yêu cầu và quyết định của Viện kiểm sát. Đối với những yêu cầu và quyết định quy định tại các điểm 4, 5 và 6 Điều 112 của Bộ luật này, nếu không nhất trí, Cơ quan điều tra vẫn phải chấp hành, nhưng có quyền kiến nghị với Viện kiểm sát cấp trên trực tiếp. Trong thời hạn hai mươi ngày, kể từ ngày nhận được kiến nghị của Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát cấp trên trực tiếp phải xem xét, giải quyết và thông báo kết quả giải quyết cho cơ quan đã kiến nghị.

<sup>8</sup> Điều 112. Nhiệm vụ, quyền hạn của Viện kiểm sát khi thực hành quyền công tố trong giai đoạn điều tra

4. Quyết định áp dụng, thay đổi hoặc hủy bỏ biện pháp bắt, tạm giữ, tạm giam và các biện pháp ngăn chặn khác; quyết định phê chuẩn, quyết định không phê chuẩn các quyết định của Cơ quan điều tra theo quy định của Bộ luật này. Trong trường hợp không phê chuẩn thì trong quyết định không phê chuẩn phải nêu rõ lý do;

5. Hủy bỏ các quyết định không có căn cứ và trái pháp luật của Cơ quan điều tra; yêu cầu Cơ quan điều tra truy nã bị can;

6. Quyết định việc truy tố bị can; quyết định đình chỉ hoặc tạm đình chỉ vụ án.

định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can và gửi ngay cho Cơ quan điều tra.

<sup>5</sup> Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được quyết định khởi tố bị can, Viện kiểm sát phải quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can hoặc yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu làm căn cứ để quyết định phê chuẩn và gửi ngay cho Cơ quan điều tra.

<sup>6</sup> Nguyễn Ngọc Anh (chủ biên), Ngô Đức Thắng, Đào Anh Tới, Lê Hà Thắng, Phan Dương Điệp, *Tài liệu tập huấn chuyên sâu Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015*, Nxb. Thanh niên, Hà Nội, 2016, tr.168.

định khởi tố bị can, Viện kiểm sát phải gửi cho Cơ quan điều tra để tiến hành điều tra”. Quy định này đã tạo điều kiện để VKS thực hành quyền công tố ngay từ khi khởi tố vụ án theo tinh thần Nghị quyết số 08/NQ-TW ngày 02/01/2002 của Bộ Chính trị về một số nhiệm vụ trọng tâm công tác tư pháp trong thời gian tới.

**Thứ năm**, cũng theo khoản 5 Điều 126 BLTTHS năm 2003: “Sau khi nhận hồ sơ và kết luận điều tra mà Viện kiểm sát phát hiện có người khác đã thực hiện hành vi phạm tội trong vụ án chưa bị khởi tố thì Viện kiểm sát ra quyết định khởi tố bị can. Trong thời hạn 24 giờ, kể từ khi ra quyết định khởi tố bị can, Viện kiểm sát phải gửi cho Cơ quan điều tra để tiến hành điều tra”. Quy định này cho thấy, VKS có thể tách vụ án và chỉ gửi quyết định KTBC mới bị khởi tố để CQĐT tiến hành điều tra riêng đối với bị can này, như vậy sẽ ảnh hưởng đến tính toàn diện của vụ án. Do đó, BLTTHS năm 2015 đã bổ sung trong trường hợp này, VKS phải trả hồ sơ cho CQĐT để điều tra bổ sung theo khoản 4 Điều 179<sup>9</sup>.

**Thứ sáu**, theo khoản 6 Điều 126 BLTTHS năm 2003<sup>10</sup>, CQĐT phải hai lần giao quyết định cho bị can: Một lần giao quyết định KTBC của mình hoặc quyết định

KTBC của VKS; một lần giao quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định KTBC của VKS. Tuy nhiên, theo khoản 5 Điều 179 BLTTHS năm 2015<sup>11</sup>, CQĐT chỉ một lần giao quyết định cho bị can, đó là sau khi nhận được quyết định phê chuẩn quyết định KTBC hoặc quyết định KTBC của VKS. Như vậy, trong trường hợp VKS hủy bỏ quyết định KTBC thì CQĐT không phải gửi cho bị can quyết định KTBC của mình và quyết định hủy bỏ quyết định KTBC của VKS.

**Thứ bảy**, so với khoản 3 Điều 126 BLTTHS năm 2003<sup>12</sup>, đoạn 2 khoản 5 Điều 179 BLTTHS năm 2015 đã sửa đổi quy định về việc chụp ảnh, lập danh chỉ bản của bị can được thực hiện sau khi có quyết định phê chuẩn quyết định KTBC, cụ thể: “Sau khi nhận được quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can, Cơ quan điều tra phải chụp ảnh, lập danh bản, chỉ bản của người bị khởi tố và đưa vào hồ sơ vụ án”.

## 2. Một số kiến nghị

Từ những phân tích trên có thể thấy, so với BLTTHS năm 2003, quy định về KTBC trong BLTTHS năm 2015 đã có nhiều sửa đổi, bổ sung theo hướng chặt chẽ và cụ thể hơn. Tuy nhiên, theo tác giả, một số quy định về KTBC cần được tiếp tục hoàn thiện hơn, cụ thể như sau:

**Một là**, theo Bộ luật Dân sự năm 2015, pháp nhân bao gồm pháp nhân thương mại và pháp nhân phi thương mại. Tuy nhiên,

<sup>9</sup> Sau khi nhận hồ sơ và kết luận điều tra, nếu Viện kiểm sát phát hiện có người khác đã thực hiện hành vi mà Bộ luật Hình sự quy định là tội phạm trong vụ án chưa bị khởi tố thì Viện kiểm sát ra quyết định khởi tố bị can và trả hồ sơ cho Cơ quan điều tra để điều tra bổ sung.

<sup>10</sup> Cơ quan điều tra phải giao ngay quyết định khởi tố bị can của mình hoặc quyết định khởi tố bị can của Viện kiểm sát và giải thích quyền, nghĩa vụ cho bị can quy định tại Điều 49 của Bộ luật này. Sau khi nhận được quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can của Viện kiểm sát, Cơ quan điều tra phải giao ngay cho người đã bị khởi tố.

<sup>11</sup> Sau khi nhận được quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can hoặc quyết định khởi tố bị can của Viện kiểm sát, Cơ quan điều tra phải giao ngay quyết định khởi tố bị can, quyết định phê chuẩn quyết định khởi tố bị can và giải thích quyền, nghĩa vụ cho bị can.

<sup>12</sup> Sau khi khởi tố bị can, Cơ quan điều tra phải chụp ảnh, lập danh chỉ bản của bị can và đưa vào hồ sơ vụ án.

BLHS năm 2015 chỉ ghi nhận chủ thể của tội phạm là pháp nhân thương mại (pháp nhân phi thương mại không phải là chủ thể của tội phạm). Do đó, để đảm bảo tính thống nhất, thể hiện kỹ thuật lập pháp, khoản 1 Điều 179 BLTTHS năm 2015 cần thay thế cụm từ “pháp nhân” thành “pháp nhân thương mại”, cụ thể:

*“Khi có đủ căn cứ để xác định một người hoặc pháp nhân thương mại đã thực hiện hành vi mà Bộ luật Hình sự quy định là tội phạm thì Cơ quan điều tra ra quyết định khởi tố bị can”.*

**Hai là**, theo khoản 3 Điều 179 BLTTHS năm 2015: *“...Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được quyết định khởi tố bị can, Viện kiểm sát phải quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can hoặc yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu làm căn cứ để quyết định việc phê chuẩn và gửi ngay cho Cơ quan điều tra. Trường hợp Viện kiểm sát yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu thì trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được chứng cứ, tài liệu bổ sung, Viện kiểm sát phải ra quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can”.* Có thể thấy, điều luật trên không quy định thời hạn CQĐT phải gửi chứng cứ, tài liệu theo yêu cầu bổ sung của VKS. Việc không quy định rõ ràng về thời hạn này sẽ không phát huy tối đa trách nhiệm của CQĐT, làm cho việc phê chuẩn hoặc hủy bỏ quyết định KTBC có thể kéo dài ảnh hưởng đến tiến độ điều tra vụ án. Do đó, theo tác giả, cần quy định cụ thể thời hạn này là 3 ngày kể từ khi CQĐT nhận được yêu cầu bổ sung. Như vậy, khoản 3 Điều 179 BLTTHS năm 2015 cần được sửa đổi, bổ sung như sau:

*“Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi ra quyết định khởi tố bị can, Cơ quan điều tra*

*phải gửi quyết định khởi tố và tài liệu liên quan đến việc khởi tố bị can cho Viện kiểm sát cùng cấp để xét phê chuẩn. Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được quyết định khởi tố bị can, Viện kiểm sát phải quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can hoặc yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu làm căn cứ để quyết định việc phê chuẩn và gửi ngay cho Cơ quan điều tra. Trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu, Cơ quan điều tra phải gửi chứng cứ, tài liệu này cho Viện kiểm sát.*

*Trường hợp Viện kiểm sát yêu cầu bổ sung chứng cứ, tài liệu thì trong thời hạn 03 ngày kể từ ngày nhận được chứng cứ, tài liệu bổ sung, Viện kiểm sát phải ra quyết định phê chuẩn hoặc quyết định hủy bỏ quyết định khởi tố bị can”.*

**Ba là**, theo khoản 4 Điều 179 BLTTHS năm 2015: *“...Sau khi nhận hồ sơ và kết luận điều tra, nếu Viện kiểm sát phát hiện có người khác đã thực hiện hành vi mà Bộ luật Hình sự quy định là tội phạm trong vụ án chưa bị khởi tố thì Viện kiểm sát ra quyết định khởi tố bị can và trả hồ sơ cho Cơ quan điều tra để điều tra bổ sung”.* Quy định này cũng chưa điều chỉnh thời hạn VKS trả hồ sơ cho CQĐT để điều tra bổ sung. Do đó, theo tác giả, để đảm bảo tính chặt chẽ, thống nhất cần sửa đổi, bổ sung nội dung trên như sau:

*“...Sau khi nhận hồ sơ và kết luận điều tra, nếu Viện kiểm sát phát hiện có người khác đã thực hiện hành vi mà Bộ luật Hình sự quy định là tội phạm trong vụ án chưa bị khởi tố thì Viện kiểm sát ra quyết định khởi tố bị can. Trong thời hạn 24 giờ kể từ khi ra quyết định khởi tố bị can, Viện kiểm sát phải gửi quyết định khởi tố bị can và trả hồ sơ cho Cơ quan điều tra để điều tra bổ sung”.*

# PHỤC HỒI ĐIỀU TRA, PHỤC HỒI VỤ ÁN THEO YÊU CẦU CỦA BỊ CAN TRONG BỘ LUẬT TỔ TỤNG HÌNH SỰ NĂM 2015

*Trần Hồng Ca\**

**Tóm tắt:** Bài viết tập trung phân tích các quy định về phục hồi điều tra, phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can trong Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015; đồng thời chỉ ra những hạn chế và đề xuất ý kiến hoàn thiện các quy định về vấn đề này.

**Abstract:** The paper analyzes law and regulation on investigation resumption and case resumption upon the request of the suspect under the Criminal Procedure Code of 2015. It then points out shortcomings and makes relevant proposals with respect to this issue.

Phục hồi điều tra, phục hồi vụ án là cơ chế để tiếp tục giải quyết vụ án hình sự trong trường hợp vụ án được tạm đình chỉ hoặc đình chỉ ở các giai đoạn điều tra, truy tố và xét xử.

## 1. Quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 về phục hồi điều tra, phục hồi vụ án

Giải quyết vụ án hình sự là quá trình tìm kiếm sự thật khách quan với mục tiêu xác định đúng người, đúng tội, không làm oan người vô tội và không bỏ lọt tội phạm. Tuy nhiên, trong quá trình đó có thể xuất hiện các căn cứ làm cho việc giải quyết vụ án không thể tiếp tục mà phải đình chỉ hoặc tạm đình chỉ ở các giai đoạn điều tra, truy tố, xét xử (gọi chung là đình chỉ, tạm đình chỉ).

Trong đình chỉ, tạm đình chỉ giải quyết vụ án do người bị buộc tội bị oan, sự thật vụ án chỉ được xác định khi Cơ quan tiến hành tố tụng (CQTHTT) cho rằng đã buộc tội oan đối với người bị buộc tội<sup>1</sup>. Các trường hợp

còn lại, do quy định của pháp luật hoặc các trở ngại khách quan khác, sự thật vụ án đều chưa được xác định đầy đủ mà chỉ dừng hoặc tạm dừng vì các căn cứ luật định. Do vậy, khi có sự chuyển biến của tình hình dẫn đến lý do để CQTHTT đình chỉ hoặc tạm đình chỉ không còn thì vụ án cần được tiếp tục giải quyết. Tùy theo giai đoạn tố tụng mà thủ tục đó được gọi là phục hồi điều tra hoặc phục hồi vụ án. Bộ luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS) 2015 đã quy định các vấn đề cơ bản của thủ tục phục hồi điều tra và phục hồi vụ án rải rác trong các giai đoạn tố tụng điều tra, truy tố và xét xử.

Về căn cứ phục hồi, Điều 235 BLTTHS 2015 quy định: “*Khi có lý do để hủy bỏ quyết định đình chỉ điều tra hoặc quyết định tạm đình chỉ điều tra thì Cơ quan điều tra ra quyết định phục hồi điều tra, nếu chưa hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự*”; Điều 249 quy định: “*Khi có lý do để hủy bỏ quyết định đình chỉ vụ án hoặc quyết định tạm đình chỉ vụ án thì Viện kiểm sát ra quyết định phục hồi vụ án nếu chưa hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự*”; và Điều 283: “*Khi có lý do để hủy bỏ quyết định tạm đình chỉ vụ án hoặc có lý do để hủy bỏ*

\* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Cần Thơ.

<sup>1</sup> Cụ thể, người bị buộc tội sẽ được đình chỉ vụ án với lý do không có sự việc phạm tội hoặc hành vi không cấu thành tội phạm.

quyết định đình chỉ vụ án nếu chưa hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự thì Thẩm phán đã ra quyết định tạm đình chỉ, quyết định đình chỉ vụ án ra quyết định phục hồi vụ án”. Như vậy, việc phục hồi vụ án phải đảm bảo hai điều kiện: (1) Căn cứ để đình chỉ hoặc tạm đình chỉ<sup>2</sup> không còn tồn tại và (2) Còn thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự<sup>3</sup>. Căn cứ để đình chỉ hoặc tạm đình chỉ không còn tồn tại có nghĩa những cản trở cho quá trình xác định sự thật vụ án đã được giải quyết, các CQTHTT có đủ điều kiện để tìm ra sự thật vụ án. Đồng thời, việc phục hồi vụ án phải còn trong thời hạn luật cho phép truy cứu trách nhiệm hình sự đối với hành vi bị coi là trái pháp luật hình sự. Quy định này phù hợp với quy định của Bộ luật Hình sự 2015: “Người phạm tội không bị truy cứu trách nhiệm hình sự” khi đã hết thời hiệu.

Điều 235, 249 và 283 BLTTHS 2015 xác định thẩm quyền phục hồi vụ án thuộc về các CQTHTT<sup>4</sup> tùy từng giai đoạn tố tụng. Cụ thể: Ở giai đoạn điều tra, Cơ quan điều tra, Viện kiểm sát có thẩm quyền phục hồi; trong đó, Viện kiểm sát chỉ ra quyết định phục hồi theo yêu cầu của bị can, còn cơ quan điều tra có thẩm quyền phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can hoặc chủ động phục hồi khi có đủ căn cứ. Ở giai đoạn truy

tố, thẩm quyền thuộc về Viện kiểm sát; và trong giai đoạn xét xử, thẩm quyền thuộc về Thẩm phán được phân công chủ tọa phiên tòa hoặc Chánh án. Chánh án chỉ ra quyết định phục hồi vụ án khi thẩm phán đã tạm đình chỉ hoặc đình chỉ vụ án đó không thể thực hiện nhiệm vụ. Đối với giai đoạn xét xử, việc đình chỉ, tạm đình chỉ vụ án chỉ diễn ra trong giai đoạn xét xử sơ thẩm. Đối với xét xử phúc thẩm, chỉ tồn tại thủ tục đình chỉ xét xử phúc thẩm. Hậu quả pháp lý của việc đình chỉ xét xử phúc thẩm là bản án sơ thẩm có hiệu lực pháp luật<sup>5</sup>. Vì vậy, phục hồi vụ án trong giai đoạn xét xử chỉ tồn tại ở xét xử sơ thẩm mà không có trong xét xử phúc thẩm.

Về trường hợp phục hồi, các điều 235, 249 và 283 BLTTHS 2015 quy định vụ án có thể được phục hồi do cơ quan có thẩm quyền chủ động hoặc do yêu cầu của bị can. Trong đó, cơ quan đã đình chỉ hoặc tạm đình chỉ vụ án phát hiện không còn căn cứ để đình chỉ hoặc tạm đình chỉ và vẫn còn thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự thì tự mình ra quyết định phục hồi vụ án. Các trường hợp vụ án bị đình chỉ do chính sách hình sự như hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự và tội phạm được đại xá thì bị can được phép yêu cầu phục hồi vụ án.

Việc phục hồi điều tra, phục hồi vụ án chỉ là cơ sở để cơ quan có thẩm quyền có thể tiếp tục giải quyết vụ án mà không nhằm kết luận về tội phạm. Do đó, sau khi phục hồi, cơ quan giải quyết vụ án tiến hành các hoạt động tố tụng nhằm xác định sự thật vụ án trong khoảng thời gian được quy định tại

<sup>2</sup> Về căn cứ tạm đình chỉ, đình chỉ, xem Điều 229 (Tạm đình chỉ điều tra), Điều 230 (Đình chỉ điều tra), Điều 247 (Tạm đình chỉ vụ án), Điều 248 (Đình chỉ vụ án), Điều 281 (Tạm đình chỉ vụ án), Điều 282 (Đình chỉ vụ án) Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

<sup>3</sup> Xem thêm Điều 27 Bộ luật Hình sự 2015 về thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự đối với từng loại tội phạm và cách tính thời hiệu.

<sup>4</sup> Chỉ có Cơ quan tiến hành tố tụng có thẩm quyền phục hồi điều tra, phục hồi vụ án. Các cơ quan được giao nhiệm vụ điều tra không có thẩm quyền tạm đình chỉ, đình chỉ nên cũng không có thẩm quyền phục hồi.

<sup>5</sup> Xem các điều 348 và 355 Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015.

khoản 1 Điều 174 BLTTHS 2015<sup>6</sup>. Thời hạn này là thời hạn tối đa mà cơ quan điều tra được tiếp tục điều tra vụ án kể từ khi có quyết định phục hồi và độ dài của thời hạn phụ thuộc vào loại tội phạm. Đối với trường hợp vụ án được phục hồi trong giai đoạn truy tố và xét xử, thời gian để Viện kiểm sát và Tòa án giải quyết tiếp vụ án là không quá thời hạn giải quyết theo thủ tục chung được quy định tại Điều 240 và Điều 277 BLTTHS 2015. Tuy nhiên, thời điểm bắt đầu để tính thời hạn là từ ngày ra quyết định phục hồi vụ án.

## 2. Quy định của Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 về phục hồi điều tra, phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can<sup>7</sup>

Phục hồi điều tra, phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can là trường hợp đặc thù của quy định về phục hồi điều tra, phục hồi vụ án nhằm bảo đảm quyền lợi hợp pháp cho bị can. Do là trường hợp đặc thù nên có một số quy định đặc trưng sau:

*Một là*, theo quy định tại các điều 235 và 249 BLTTHS 2015, *khi vụ án bị đình chỉ do hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự và tội phạm được đại xá thì bị can của vụ án đó được yêu cầu phục hồi vụ án*. Vụ án bị đình chỉ trong các trường hợp này, bị can không bị coi là có tội nhưng không được xác định là bị oan<sup>8</sup>; vì vậy, họ không được

hưởng các quyền lợi của người bị buộc tội oan<sup>9</sup>. Tuy nhiên, nếu như bị can bị buộc tội oan thì họ sẽ mất đi cơ hội đòi hỏi trách nhiệm bồi thường từ phía nhà nước. Để đảm bảo quyền lợi cho bị can, cần quy định bị can được yêu cầu tiếp tục giải quyết vụ án. Như vậy, bị can sẽ được yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án cả trong trường hợp vụ án bị đình chỉ do hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự và tội phạm được đại xá<sup>10</sup>.

*Hai là, phục hồi điều tra, phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can chỉ xuất hiện trong giai đoạn điều tra và truy tố* (các điều 235 và 249 BLTTHS 2015). Theo Điều 283 BLTTHS 2015, việc phục hồi vụ án trong giai đoạn chuẩn bị xét xử chỉ được thực hiện do sự chủ động của Tòa án khi căn cứ tạm đình chỉ hoặc đình chỉ không còn tồn tại. Như vậy, nếu vụ án bị đình chỉ do hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc do tội phạm được đại xá trong giai đoạn chuẩn bị xét xử thì bị can không có quyền yêu cầu phục hồi vụ án.

*Ba là*, do việc phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can chỉ xuất hiện trong giai đoạn điều tra và truy tố, nên *Cơ quan điều tra và Viện kiểm sát là chủ thể có thẩm quyền phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can*. Theo đó, Cơ quan điều tra được phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can trong giai đoạn điều tra; Viện kiểm sát được phục hồi vụ án trong cả giai đoạn điều tra và truy tố.

*Bốn là*, Điều 249 và Điều 283 BLTTHS 2015 quy định, *việc phục hồi vụ án có thể được tiến hành đối với từng bị can hoặc toàn bộ vụ án*. Đối với trường hợp vụ án

<sup>6</sup> Điều 174. “Thời hạn phục hồi điều tra, điều tra bổ sung, điều tra lại”. Việc Điều 174 gọi thời hạn tiếp tục điều tra sau phục hồi bằng “Thời hạn phục hồi điều tra” theo tác giả là không hợp lý. Cụm từ thời hạn phục hồi điều tra mang ý nghĩa là trong khoảng thời gian bao lâu thì Cơ quan điều tra, hoặc Viện kiểm sát phải phục hồi điều tra hơn là thời hạn điều tra sau khi có quyết định phục hồi điều tra.

<sup>7</sup> Theo Điều 60 BLTTHS 2015, bị can có thể là cá nhân hoặc pháp nhân. Trong bài này, tác giả chỉ đề cập đến trường hợp bị can là cá nhân.

<sup>8</sup> Xem Điều 26 và Điều 27 Luật Trách nhiệm bồi thường nhà nước 2009.

<sup>9</sup> Theo Điều 31 BLTTHS 2015, người bị oan được yêu cầu phục hồi danh dự và bồi thường thiệt hại.

<sup>10</sup> Quốc hội là chủ thể có thẩm quyền quyết định đại xá theo khoản 11 Điều 70 Hiến pháp 2013.

phục hồi theo yêu cầu của bị can, việc phục hồi chỉ áp dụng đối với những bị can có yêu cầu. Bởi đối với những bị can khác, việc có thực hiện hành vi phạm tội hay không chưa xác định được. Nếu phục hồi đối với tất cả bị can đã bị đình chỉ trong vụ án sẽ làm cho quá trình giải quyết vụ án phức tạp mà kết quả của việc phục hồi vụ án không phải đều có lợi cho tất cả các bị can.

*Năm là, thời hạn yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án của bị can không bị giới hạn bởi thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự.* Đây là điểm khác biệt giữa phục hồi điều tra, phục hồi vụ án theo yêu cầu bị can và theo sự chủ động của CQTHTT. Cụ thể, theo Điều 235 và Điều 249 BLTTHS 2015, vụ án bị đình chỉ do hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự là một trong các căn cứ để bị can yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án. Việc quy định thời hạn yêu cầu của bị can không bị giới hạn bởi thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự là hoàn toàn hợp lý khi mục đích của quy định nhằm tránh làm oan người vô tội.

### **3. Bất cập trong các quy định về phục hồi điều tra, phục hồi vụ án của Bộ luật Tố tụng Hình sự 2015 cần hoàn thiện**

#### ***Quy định về phục hồi điều tra, phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can***

Như đã phân tích ở trên, các trường hợp phục hồi điều tra, phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can bao gồm: Vụ án bị đình chỉ do hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc tội phạm được đại xá. Theo tác giả, các trường hợp bị can được yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án cần được mở rộng để đảm bảo bình đẳng cho bị can trong các vụ án bị đình chỉ có hậu quả pháp lý tương tự nhau. Bởi lẽ, còn tồn tại một số trường hợp chưa được đưa vào làm căn cứ yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án

cho bị can. Ví dụ, theo quy định tại khoản 2 Điều 155 BLTTHS 2015, đối với vụ án được khởi tố theo yêu cầu của bị hại mà người yêu cầu đã tự nguyện rút yêu cầu thì vụ án cũng bị đình chỉ; và bị can trong trường hợp này không được coi là bị oan. Nếu bị can cho rằng hành vi của mình không phạm tội thì cũng không có cơ chế để bảo đảm quyền lợi cho họ<sup>11</sup>. Tương tự, khi bị can được miễn trách nhiệm hình sự theo Điều 29 và khoản 2 Điều 91 Bộ luật Hình sự 2015 thì vụ án sẽ được đình chỉ theo các điều 230, 248, 282 BLTTHS 2015. Khi đó, CQTHTT cũng dừng việc giải quyết vụ án do bị can được hưởng chính sách nhân đạo của pháp luật hình sự và bị can cũng không được xem là bị buộc tội oan. Tất cả các trường hợp trên có đặc điểm chung là sự thật vụ án chưa được làm sáng tỏ, nhưng phải đình chỉ điều tra, đình chỉ vụ án vì những lý do luật định. Người bị buộc tội trong các trường hợp này đều chưa bị coi là có tội theo nguyên tắc suy đoán vô tội, nhưng họ cũng không được xem là bị buộc tội oan. Việc đình chỉ sẽ có lợi cho người bị buộc tội nếu họ đã thực hiện hành vi trái pháp luật hình sự, tuy nhiên, sẽ là rào cản để họ thực hiện các quyền của người bị buộc tội nếu ở vào trường hợp bị oan.

Như vậy, để đảm bảo quyền cho người bị buộc tội khi chưa bị coi có tội nhưng không được xem là bị oan, BLTTHS 2015 cần bổ sung 2 trường hợp: Vụ án bị đình chỉ do người yêu cầu rút yêu cầu đối với vụ án khởi tố theo yêu cầu của bị hại và miễn trách nhiệm hình sự, thì bị can được quyền yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án.

<sup>11</sup> Xem thêm: Trần Hồng Ca, *Bồi thường thiệt hại cho người bị oan trong vụ án hình sự khởi tố theo yêu cầu của bị hại*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 10, năm 2016, tr.9.

Hay nói cách khác, bị can được yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án trong trường hợp vụ án bị đình chỉ vì các lý do: (1) Tội phạm được đại xá; (2) Hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự; (3) Người yêu cầu tự nguyện rút yêu cầu trong vụ án khởi tố theo yêu cầu của bị hại; (4) Miễn trách nhiệm hình sự (gọi chung là các trường hợp phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can). Khi đó, nếu có kết luận buộc tội oan thì họ được quyền yêu cầu bồi thường thiệt hại và phục hồi danh dự; nhờ đó, quyền lợi của người bị buộc tội oan được đảm bảo.

***Quy định về phục hồi vụ án ở giai đoạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm***

Phục hồi điều tra, phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can chỉ giới hạn trong giai đoạn điều tra và truy tố. Khi vụ án bị đình chỉ trong giai đoạn chuẩn bị xét xử do hết thời hiệu truy cứu trách nhiệm hình sự hoặc tội phạm được đại xá, bị can không được quyền yêu cầu phục hồi vụ án (Điều 283 BLTTHS 2015). Đối với bản án, quyết định của Tòa án, nếu các chủ thể tham gia tố tụng cho rằng, quyền lợi của mình bị xâm phạm bởi bản án, quyết định này thì có thể kháng cáo theo thủ tục phúc thẩm trong thời hạn luật định. Những chủ thể được kháng cáo theo thủ tục phúc thẩm được quy định tại Điều 331 BLTTHS 2015. Theo đó, người bị buộc tội được kháng cáo là bị cáo. Trong khi ở giai đoạn chuẩn bị xét xử sơ thẩm vụ án hình sự, theo Điều 227 BLTTHS 2015, Thẩm phán chủ tọa phiên tòa có thẩm quyền ra một trong các quyết định sau: Đưa vụ án ra xét xử, trả hồ sơ điều tra bổ sung, tạm đình chỉ hoặc đình chỉ. Như vậy, nếu tòa án ra quyết định đình chỉ hoặc tạm đình chỉ thì người bị buộc tội vẫn là bị can, và giống như ở giai đoạn điều tra, truy tố, bị can không được kháng cáo theo thủ tục phúc thẩm.

Bên cạnh đó, khoản 2 Điều 469 BLTTHS 2015 quy định, quyết định đình chỉ vụ án của Tòa án cấp sơ thẩm không phải là đối tượng để giải quyết theo thủ tục giải quyết khiếu nại trong tố tụng hình sự.

Từ những phân tích trên cho thấy, với quyết định đình chỉ vụ án trong giai đoạn chuẩn bị xét xử thì bị can không có cơ chế để yêu cầu giải quyết tiếp vụ án. Để giải quyết vấn đề này, cần bổ sung thêm trường hợp phục hồi vụ án theo yêu cầu của bị can trong giai đoạn chuẩn bị xét xử hoặc cho phép bị can được quyền kháng cáo đối với quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ của Tòa án trong giai đoạn chuẩn bị xét xử. Theo tác giả, việc bổ sung quyền kháng cáo cho bị can có ưu thế hơn việc cho phép bị can yêu cầu phục hồi vụ án. Bởi lẽ, nếu cho phép bị can yêu cầu phục hồi vụ án và Tòa án căn cứ vào Điều 282 BLTTHS 2015 để tiếp tục đình chỉ vụ án thì vụ án có thể kéo dài. Ngoài ra, trong khi bị hại được kháng cáo quyết định tạm đình chỉ, đình chỉ vụ án trong giai đoạn chuẩn bị xét xử của Tòa án khi cho rằng nó ảnh hưởng đến quyền lợi của mình thì bị can lại không có quyền kháng cáo các quyết định này. Đây là sự thiếu bình đẳng giữa các bên tham gia tố tụng.

***Quy định về việc giải quyết vụ án sau khi phục hồi với kết luận tương tự như lý do đình chỉ vụ án trước đó***

Sau khi phục hồi điều tra, phục hồi vụ án, CQTHTT tiếp tục thực hiện các hoạt động tố tụng để xác định sự thật vụ án. Kết quả của quá trình này có thể xảy ra hai trường hợp: Một là, CQTHTT kết luận bị can bị buộc tội oan. Khi đó, quá trình giải quyết vụ án có thể kết thúc và họ có thể thực hiện các quyền của người bị buộc tội oan; hai là, CQTHTT vẫn xác định bị can thực hiện tội phạm nhưng do thuộc các

trường hợp luật định như lý do đình chỉ ban đầu nên tiếp tục đình chỉ vụ án. Trong trường hợp này, bị can có quyền tiếp tục yêu cầu phục hồi vụ án hay không vẫn chưa được BLTTHS quy định cụ thể. BLTTHS 2015 không quy định rõ ràng cũng như không cấm bị can tiếp tục yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án. Nếu bị can có quyền tiếp tục yêu cầu phục hồi thì sẽ được yêu cầu bao nhiêu lần? Việc quy định số lần nhằm đảm bảo cân bằng giữa quyền lợi của bị can và hiệu quả hoạt động tố tụng của CQTHTT là rất khó. Bởi lẽ, theo quy định, nếu cơ quan có thẩm quyền đã phục hồi điều tra, phục hồi vụ án tiếp tục đình chỉ vụ án như các căn cứ ban đầu thì quyền yêu cầu của bị can lại xuất hiện.

Như vậy, mâu thuẫn giữa cơ quan có trách nhiệm giải quyết vụ án và bị can không được xử lý và vụ án sẽ được tiếp tục lập lại. Vì vậy, không nên giới hạn số lần yêu cầu phục hồi của bị can, bởi sẽ tạo nên

sự chủ quan của CQTHTT, và khi bị can vô tội sẽ không có cơ chế để đảm bảo quyền lợi cho họ.

Theo quan điểm của tác giả, trong trường hợp này cần giải quyết vụ án cho đến khi Tòa án thụ lý vụ án. Khi đó, việc kéo dài vụ án sẽ được khắc phục, bởi nếu vẫn cho rằng có căn cứ để đình chỉ vụ án thì Tòa án ra quyết định đình chỉ, và người bị buộc tội có quyền kháng cáo quyết định theo quy định chung về kháng cáo theo thủ tục phúc thẩm. Như vậy, quá trình giải quyết được triệt để, tránh lặp lại các giai đoạn tố tụng và đảm bảo quyền lợi của người bị buộc tội.

Tuy nhiên, quy định vụ án được giải quyết đến khi Tòa án thụ lý trong trường hợp bị can yêu cầu phục hồi điều tra, phục hồi vụ án chỉ có hiệu quả khi quyền kháng cáo của bị can được ghi nhận.

---

*(Tiếp theo trang 18 – Hoàn thiện pháp luật về...)*

Mặt khác, hiện nay, Việt Nam đã và đang hội nhập quốc tế một cách sâu rộng trên tất cả các lĩnh vực của đời sống xã hội, điều đó đặt ra nhu cầu hợp tác, trao đổi thông tin (đàm phán, ký kết, hội nghị, hội thảo...) giữa Việt Nam với các nước ngày càng tăng. Do đó, yêu cầu bảo vệ các thông tin, tài liệu BMNN trong quá trình hợp tác, trao đổi giữa Việt Nam với các nước càng trở nên cấp thiết. Vì vậy, trong dự án Luật Bảo vệ BMNN cần có quy định hợp tác quốc tế về bảo vệ BMNN. Đây cũng là cơ sở pháp lý để Việt Nam ký kết các điều ước quốc tế về bảo vệ tin mật.

- Hoàn thiện một số quy định hiện nay còn hạn chế, bất cập trong pháp luật về bảo vệ BMNN. Pháp lệnh Bảo vệ BMNN năm 2000, Nghị định số 33/2002/NĐ-CP, Thông tư số 12/2002/TT-BCA và Thông tư số 33/2015/TT-BCA còn nhiều quy định chưa đầy đủ, cụ thể và thiếu tính khả thi như: Quy định về quyền, nghĩa vụ của cơ quan, tổ chức và công dân tham gia bảo vệ BMNN; tổ chức, hoạt động, chế độ, chính sách của cơ quan chuyên trách quản lý nhà nước và người trực tiếp bảo vệ BMNN... Vì vậy, khi xây dựng dự án Luật Bảo vệ BMNN cần khắc phục cho được những bất cập này.

# BÀN VỀ VẤN ĐỀ XÁC LẬP QUYỀN HƯỞNG DỤNG THEO QUY ĐỊNH CỦA LUẬT

*Trần Thị Cẩm Nhung\**

**Tóm tắt:** Bài viết tập trung phân tích vấn đề quyền hưởng dụng được xác lập thông qua quy định của luật nhằm chỉ ra một số trường hợp được xem như quyền hưởng dụng trong Bộ luật Dân sự và các văn bản luật liên quan.

**Abstract:** This paper focuses on analyses of usufruct established by law. It then points out circumstances being considered as usufruct under the Civil Code and relevant laws.

## 1. Giới thiệu

Quyền hưởng dụng là một quy định mới được ghi nhận trong Bộ luật Dân sự (BLDS) năm 2015, trong đó, các căn cứ làm phát sinh quyền hưởng dụng với ý nghĩa là cơ sở tạo lập quyền là nội dung đang được quan tâm. Theo quy định tại Điều 258 BLDS năm 2015, quyền hưởng dụng có thể được xác lập “theo quy định của luật, theo thỏa thuận hoặc theo di chúc”. Như vậy, về hình thức, có 3 căn cứ xác lập quyền bao gồm: Luật định, thỏa thuận và di chúc. Về ý chí, quyền hưởng dụng có 2 căn cứ xác lập quyền, bao gồm: Theo quy định của pháp luật (ý chí nhà làm luật) và dựa trên thỏa thuận hoặc theo di chúc (ý chí của chủ sở hữu). Tuy nhiên, bài viết này chỉ đề cập về căn cứ phát sinh quyền theo quy định của luật.

## 2. Các trường hợp xác lập quyền theo quy định của luật trong Bộ luật Dân sự Pháp và ở Việt Nam thời kỳ trước đây

BLDS năm 2015 chỉ quy định về quyền hưởng dụng ở một phần riêng và chưa có sự kết nối với các phần khác của BLDS, do đó trường hợp xác lập quyền hưởng dụng theo luật định chưa có cơ sở pháp lý nào cụ thể để lý giải. Tuy nhiên, pháp luật dân sự thời

kỳ trước đây ở Việt Nam và BLDS Pháp đã chi tiết hóa trong các quy định về gia đình và thừa kế, bao gồm:

- *Hưởng dụng trong trường hợp thừa kế của vợ chồng.* Nếu vợ hoặc chồng chết trước có con hoặc cháu thì vợ hoặc chồng còn sống có quyền chọn giữa quyền hưởng dụng từ tổng số tài sản hiện có hoặc quyền sở hữu một phần tư tài sản trong trường hợp tất cả các con đều là con chung của hai người<sup>1</sup>. Trong trường hợp người vợ hoặc chồng còn sống chọn việc hưởng dụng thì sau đó họ vẫn có thể xin chuyển đổi quyền hưởng dụng thành lợi tức trọn đời<sup>2</sup>. Vấn đề này cũng được quy định tương tự tại Điều 111 BLDS Trung kỳ năm 1931: “*Khi người chồng đã chết rồi mà người vợ chính góa chồng cứ thủ tiết, thời của chung vẫn để nguyên. Khi ấy người vợ góa được thay mặt chồng quản trị tài sản chung*”.

- *Quyền hưởng dụng của cha mẹ đối với con chưa thành niên.* Cha mẹ có quyền hưởng lợi pháp định những tài sản của con chưa thành niên của họ cho đến lúc đưa con

<sup>1</sup> Điều 757 BLDS Pháp, tham khảo tại bản dịch *BLDS Pháp* của Nxb. Tư pháp, năm 2005, tr. 496.

<sup>2</sup> Điều 759, 759-1, 760, 761, 762 BLDS Pháp, tham khảo tại bản dịch *BLDS Pháp* của Nxb. Tư pháp, năm 2005, tr. 500 – 501.

\* Khoa Luật, Đại học Cần Thơ.

được đủ 16 tuổi hoặc sớm hơn khi con họ kết hôn<sup>3</sup>. Lúc này việc hưởng dụng có thể thuộc về cả cha và mẹ hoặc chỉ thuộc về người cha hoặc thuộc về người mẹ có trách nhiệm quản lý tài sản của con. Khất khe hơn pháp luật của Pháp, trong Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972 cũng quy định về việc hưởng dụng tài sản của con chưa đủ 18 tuổi, nhưng chỉ quy định việc hưởng dụng cho người cha, chỉ khi nào người cha chết thì quyền hưởng dụng mới thuộc về người mẹ<sup>4</sup>.

- *Hưởng dụng trong trường hợp trợ cấp bù trừ*<sup>5</sup>. Trợ cấp bù trừ sau ly hôn có thể được thực hiện bằng việc nộp một khoản tiền hoặc “*Giao quyền sử dụng, cư dụng hoặc hưởng dụng tạm thời hoặc suốt đời đối với tài sản*”<sup>6</sup>. Do quyền này có nguồn gốc từ quy định pháp lý nên có thể xác định đây là quyền hưởng dụng theo luật định.

- *Xác lập quyền hưởng dụng do thời hiệu*. Trong BLDS Pháp không đề cập đến thời hiệu đối với quyền hưởng dụng mà chỉ đề cập đến thời hiệu xác lập quyền sở hữu và vì là một vật quyền có thể chiếm hữu được nên quyền hưởng dụng cũng có thể áp dụng thời hiệu<sup>7</sup>. Ví dụ, một người được trao quyền hưởng dụng từ một người không phải chủ sở hữu tài sản và việc nhận quyền hưởng dụng này của họ là ngay tình thì sau

khi chiếm hữu tài sản này 10 năm, họ sẽ trở thành người hưởng dụng chính đáng<sup>8</sup>, và nếu việc chiếm hữu này kéo dài 30 năm thì họ được xác định là chủ sở hữu<sup>9</sup>. Ngoài ra, trong trường hợp một người chiếm hữu ngay tình trước khi chết có lập di chúc để lại quyền hưởng dụng cho vợ hay chồng còn sống, sau 30 năm đối với bất động sản, 10 năm đối với động sản, kể từ ngày bắt đầu chiếm hữu, thì quyền hưởng dụng mới được pháp luật thừa nhận là quyền hợp pháp<sup>10</sup>. Trong khi đó về nguyên tắc, xác lập quyền sở hữu là 30 năm. Nếu người chiếm hữu ngay tình và có được chứng thư, người đó có thể xác lập trong 10 năm<sup>11</sup>. Khi quyền hưởng dụng gắn với một động sản, thì có thể được xác lập ngay bởi người chiếm hữu ngay tình<sup>12</sup>. Sự chiếm hữu vật vì lợi ích của người

<sup>8</sup> F. Terré, P. Simler (2014), Droit civil: les biens, 9<sup>e</sup>, Dalloz, p.674.

<sup>9</sup> Civ. Ire, 13 févr. 1963, Bull. civ. I, no 103; D. 1964. Somm. 2 ; Gaz. Pal. 1963. 2. 82.

<sup>10</sup> Lê Minh Hùng, Phạm Thị Hạnh, *Quyền hưởng dụng theo quy định của BLDS 2015*, Hội thảo: Những điểm mới của Bộ luật Dân sự 2015, do Trường Đại học Luật TP. Hồ Chí Minh tổ chức ngày 31/3/2016, tr. 118.

<sup>11</sup> Điều 2272 BLDS Pháp (Luật số 2008-561 ngày 17-6-2008): “*Le délai de prescription requis pour acquérir la propriété immobilière est de trente ans. Toutefois, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par dix ans*”. Tham khảo tại website [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B9D445F49A0098C4D5585930093E3EBD.tpdila08v\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000019017192&cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=20160728](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B9D445F49A0098C4D5585930093E3EBD.tpdila08v_3?idSectionTA=LEGISCTA000019017192&cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=20160728), truy cập ngày 28/7/2016.

<sup>12</sup> Điều 2276 BLDS Pháp (Luật số 2008-561 ngày 17-6-2008): “*En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient*”. Tham khảo tại website <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B9D445F49A0098C4D55>

<sup>3</sup> Điều 382 BLDS Pháp, tham khảo tại bản dịch *BLDS Pháp* của Nxb. Tư pháp, năm 2005, tr. 316.

<sup>4</sup> Điều 274 Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972, tham khảo tại *Bộ Dân luật*, Nxb. Thần Chung, Sài Gòn, năm 1973, tr. 28.

<sup>5</sup> Trợ cấp bù trừ được hiểu là một trong hai vợ chồng có thể có nghĩa vụ trả cho bên kia một khoản trợ cấp trong phạm vi khả năng của mình để bù trừ sự chênh lệch về điều kiện sống giữa hai vợ chồng do việc chấm dứt hôn nhân gây ra.

<sup>6</sup> Khoản 2 Điều 274 BLDS Pháp, tham khảo tại bản dịch *BLDS Pháp* của Nxb. Tư pháp, năm 2005, tr. 205.

<sup>7</sup> Nghiêm Xuân Việt, *Dân luật phần tài sản*, Luật khoa Đại học đường Sài Gòn, năm 1974, tr. 176.

khác không loại trừ việc chính quyền hưởng dụng, như tất cả những quyền đối vật có thể chiếm hữu, có thể được xác lập bởi thời hiệu trong cùng điều kiện với quyền sở hữu<sup>13</sup>.

Tóm lại, so với BLDS năm 2015 thì BLDS Pháp, BLDS Trung kỳ năm 1931, Bộ Dân luật Sài Gòn năm 1972 đều quy định rất cụ thể đối với những trường hợp làm phát sinh quyền hưởng dụng theo luật.

### **3. Nhận diện những quy định hiện hành làm phát sinh quyền mang tính chất của quyền hưởng dụng**

Đối với quyền hưởng dụng xác lập theo phương thức thỏa thuận hoặc di chúc, do mang ý chí của chủ sở hữu tài sản, thể hiện bản chất của quan hệ dân sự là bình đẳng, tôn trọng thỏa thuận của các chủ thể tham gia vào các quan hệ dân sự nên pháp luật không cần xác định cụ thể đối với các thỏa thuận về quyền hưởng dụng. Ngược lại, đối với quyền hưởng dụng theo luật thì cần có những cơ sở pháp lý rõ ràng để thống nhất trong áp dụng pháp luật. Tuy nhiên, hiện nay, các ngành luật liên quan như Luật Đất đai, Luật Nhà ở... chưa có quy định cụ thể nào về quyền hưởng dụng bởi những văn bản này đều ban hành trước BLDS năm 2015. Do vậy, theo tác giả, có thể xác định căn cứ hưởng quyền dựa trên việc xem xét một số quy định mang bản chất của quyền hưởng dụng theo quy định của luật như sau:

- Trường hợp hạn chế phân chia di sản theo Điều 661 BLDS năm 2015: “Trường hợp yêu cầu chia di sản thừa kế mà việc

*chia di sản ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của bên vợ hoặc chồng còn sống và gia đình thì bên còn sống có quyền yêu cầu Tòa án xác định phần di sản mà những người thừa kế được hưởng nhưng chưa cho chia di sản trong một thời hạn nhất định. Thời hạn này không quá 03 năm, kể từ thời điểm mở thừa kế. Hết thời hạn 03 năm mà bên còn sống chứng minh được việc chia di sản vẫn ảnh hưởng nghiêm trọng đến đời sống của gia đình họ thì có quyền yêu cầu Tòa án gia hạn một lần nhưng không quá 03 năm*”. Từ quy định trên có thể thấy, phần di sản chưa chia đó chỉ mới được xác định theo phần thừa kế chứ chưa được phân chia về mặt thực thể, và trong thời gian tối đa 06 năm (nếu có gia hạn) thì sẽ được thụ hưởng lợi ích vật chất trực tiếp trên tài sản đó bởi những người nhất định là một trong số những người thừa kế hoặc không có quyền sở hữu nào trong phần di sản đó. Trong trường hợp này, phải đặt họ vào mối quan hệ hưởng dụng mới có thể lý giải được quyền sử dụng và xác định được tư cách chủ thể cho họ.

- Trường hợp quyền lưu cư của vợ hoặc chồng khi ly hôn. Theo quy định tại Điều 63 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014: “*Nhà ở thuộc sở hữu riêng của vợ, chồng đã đưa vào sử dụng chung thì khi ly hôn vẫn thuộc sở hữu riêng của người đó; trường hợp vợ hoặc chồng có khó khăn về chỗ ở thì được quyền lưu cư trong thời hạn 06 tháng kể từ ngày quan hệ hôn nhân chấm dứt, trừ trường hợp các bên có thỏa thuận khác*”. Vậy trong khoảng thời gian 06 tháng thì người vợ hoặc chồng đang sinh sống trong căn nhà đó có thể được xem là hưởng dụng trên tài sản không thuộc quyền sở hữu của mình.

- Trường hợp di sản chưa chia thừa kế. Ví dụ, vợ hoặc chồng chết trước, người vợ

85930093E3EBD.tpdila08v\_3?idSectionTA=LEGISCTA000019017147&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160728, truy cập ngày 28/7/2016.

<sup>13</sup> Planiol et Ripert, t. 3, par Picard, no 770; Larroumet (1988), *Droit civil, Tome II: les Biens, Droit réels principaux*, Economica, no 59 et 496; Terre et Simler, op. Cit số 47, no 787.

hoặc người chồng còn sống có quyền quản lý tài sản của người đã chết là di sản thừa kế chưa chia và hưởng hoa lợi, lợi tức từ việc khai thác tài sản này hoặc sử dụng phần nhà là di sản thừa kế chưa chia của người chồng hoặc của người vợ quá cố<sup>14</sup>.

- Trường hợp di sản thờ cúng tại Điều 645 BLDS năm 2015: “*Trường hợp người lập di chúc để lại một phần di sản dùng vào việc thờ cúng thì phần di sản đó không được chia thừa kế và được giao cho người đã được chỉ định trong di chúc quản lý để thực hiện việc thờ cúng; nếu người được chỉ định không thực hiện đúng di chúc hoặc không theo thỏa thuận của những người thừa kế thì những người thừa kế có quyền giao phần di sản dùng vào việc thờ cúng cho người khác quản lý để thờ cúng*”. Trong trường hợp này, khi chủ sở hữu tài sản để lại một phần di sản dành cho việc thờ cúng thông qua di chúc sẽ làm xuất hiện một người quản lý di sản đó. Thực chất, việc quản lý di sản thờ cúng ở đây bao gồm việc trông nom, giữ gìn, nhang khói, nhưng người này cũng có những quyền lợi như sử dụng, khai thác khối di sản trên và hưởng hoa lợi, lợi tức từ phần di sản đó (mặc dù phần hoa lợi, lợi tức có được từ khối di sản này sẽ được dùng để sửa sang, tu bổ, duy trì di sản thờ cúng). Tuy nhiên, quy định pháp luật không buộc người quản lý phải dùng toàn bộ hoa lợi, lợi tức có được để thực hiện nghĩa vụ của người thờ cúng, mà trong đó họ vẫn có thể dùng phần hoa lợi, lợi tức để phục vụ nhu cầu sống của bản thân. Điều này được xem như việc trả công cho người quản lý di sản thờ cúng khi họ phải thực hiện những nghĩa vụ thờ cúng. Người quản lý di sản thờ cúng

có quyền sử dụng và hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản đó, nhưng không có tư cách của chủ sở hữu, lúc này vị trí của họ giống như người hưởng dụng tài sản. Vấn đề này đã được xác định trong bản án số 03/2010/DS-ST ngày 28/5/2010 của Tòa án nhân dân (TAND) tỉnh Khánh Hòa với nội dung vụ việc như sau:

“Ông Nguyễn Tiên và bà Nguyễn Thị Dư là vợ chồng, ông bà có 10 người con chung. Khi ông bà chết có giao cho ông Nguyễn Quý Khách là con trai trưởng quản lý, sử dụng toàn bộ tài sản của mình bao gồm 01 căn nhà và thửa đất số 12 tại Vĩnh Diêm, Ngọc Hiệp, Nha Trang để ông Khách thu hoa lợi và nhang khói cho ông bà. Vì lý do công việc không thể tiếp tục quản lý khối di sản trên nên ông Khách đã giao cho cô Nguyễn Thị Gương là cháu nội của ông Tiên và bà Dư quản lý, sử dụng và thu lợi. Sau đó, cô Gương cho rằng, đây là phần nhà đất thuộc quyền sở hữu của mình nên đã nảy sinh tranh chấp đối với những người thừa kế khác. TAND tỉnh Khánh Hòa xác định cô Gương chỉ có quyền quản lý, sử dụng khối di sản của ông Tiên và bà Dư, nay những người thừa kế yêu cầu phân chia di sản thì cô Gương phải trả lại tài sản trên để phân chia; trong đó Tòa cũng xem xét chấp nhận yêu cầu thanh toán tiền công tôn tạo, công san lấp và công sức bảo quản của cô Gương trong thời gian 41 năm”.

Qua bản án trên có thể thấy vai trò của người quản lý di sản thờ cúng mang bản chất của quyền hưởng dụng và phải hoàn trả tài sản vì những người này không phải là chủ sở hữu tài sản.

Có quan điểm cho rằng, quyền sử dụng đất là một dạng của quyền hưởng dụng<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Phùng Trung Tập, *Về quyền hưởng dụng và quyền bề mặt*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 15 (319), năm 2016, tr.40.

<sup>15</sup> Đỗ Văn Đại, Nguyễn Nhật Thanh, *Bàn thêm về quy định liên quan đến tài sản trong Dự thảo sửa đổi*

theo quy định của luật, bởi quyền của người sử dụng đất là quyền khai thác và hưởng lợi trên đất đai thuộc quyền sở hữu toàn dân (Điều 197 BLDS năm 2015). Tuy nhiên, quyền sử dụng đất lại là một loại tài sản (Điều 115 BLDS năm 2015), là đối tượng của quyền hưởng dụng. Trong pháp luật dân sự, quyền sử dụng đất còn được xem như quyền sở hữu thu hẹp của người tác động trên đất, bởi người có quyền sử dụng đất không chỉ có quyền sử dụng mà còn có thể định đoạt như chuyển nhượng, thế chấp, tặng cho hoặc để lại thừa kế.

Ngoài ra, cũng có ý kiến cho rằng, trong trường hợp người phát hiện và giữ gia súc, gia cầm, vật nuôi dưới nước bị thất lạc (điểm đ khoản 1 Điều 165 BLDS năm 2015) thì người phát hiện được hưởng dụng hoa lợi mà gia súc, gia cầm, vật nuôi dưới nước mang lại trong thời gian chiếm hữu ngay tình những gia súc, gia cầm, vật nuôi dưới nước này<sup>16</sup>. Trong trường hợp này, quyền đối với hoa lợi của gia súc, gia cầm, vật nuôi dưới nước thất lạc là quyền sở hữu hoa lợi chứ không phải là hưởng dụng hoa lợi, vì khoản 3 Điều 221 BLDS năm 2015 quy định: “Quyền sở hữu được xác lập đối với tài sản trong trường hợp sau đây: Thu hoa lợi, lợi tức” và các quy định ở phần sau đã cụ thể hóa quy định này như khoản 1 Điều 232 BLDS năm 2015: “Trường hợp gia cầm của một người bị thất lạc mà người khác bắt được thì người bắt được phải thông báo công khai để chủ sở hữu gia cầm biết mà nhận lại. Sau 01 tháng, kể từ ngày thông báo công khai mà không có người đến nhận

thì quyền sở hữu đối với gia cầm và hoa lợi do gia cầm sinh ra trong thời gian nuôi giữ thuộc về người bắt được gia cầm”.

Bên cạnh đó, có thể nhận thấy, những căn cứ hưởng dụng theo luật trong BLDS Pháp và ở Việt Nam thời kỳ trước đây được phân tích ở mục 2 như thừa kế của vợ chồng, quyền hưởng dụng của cha mẹ đối với con chưa thành niên, trợ cấp bù trừ hay xác lập do thời hiệu không còn phù hợp với quy định của pháp luật Việt Nam hiện hành. Cụ thể:

Với trường hợp thừa kế giữa vợ chồng, hiện nay vợ chồng là những người thừa kế tài sản của nhau thuộc hàng thứ nhất (khoản 1 Điều 651 BLDS năm 2015) và việc thừa kế là thừa kế quyền sở hữu tài sản, nghĩa là khi một người được thừa kế từ vợ hoặc chồng sẽ được toàn quyền sử dụng và định đoạt tài sản đó, chứ không phải chỉ có quyền hưởng dụng như trước đây.

Đối với trường hợp cha mẹ hưởng dụng tài sản của con chưa thành niên, tại Điều 76 và Điều 77 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 quy định lần lượt như sau: “1. Con từ đủ 15 tuổi trở lên có thể tự mình quản lý tài sản riêng hoặc nhờ cha mẹ quản lý; 2. Tài sản riêng của con dưới 15 tuổi, con mất năng lực hành vi dân sự do cha mẹ quản lý. Cha mẹ có thể ủy quyền cho người khác quản lý tài sản riêng của con. Tài sản riêng của con do cha mẹ hoặc người khác quản lý được giao lại cho con khi con từ đủ 15 tuổi trở lên hoặc khi con khôi phục năng lực hành vi dân sự đầy đủ, trừ trường hợp cha mẹ và con có thỏa thuận khác” và “Trường hợp cha mẹ hoặc người giám hộ quản lý tài sản riêng của con dưới 15 tuổi thì có quyền định đoạt tài sản đó vì lợi ích của con, nếu

*(Xem tiếp trang 70)*

Bộ luật Dân sự năm 2015, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 20 (300), năm 2015, tr.23.

<sup>16</sup> Đỗ Văn Đại (chủ biên), *Bình luận khoa học những điểm mới của Bộ luật Dân sự năm 2015*, Nxb. Hồng Đức – Hội luật gia Việt Nam, năm 2016, tr. 262.

# CƠ SỞ PHÁP LÝ, THỰC TIỄN QUỐC TẾ VỀ CẤM ĐÁNH BẮT CÁ VÀ TRƯỜNG HỢP CỦA TRUNG QUỐC Ở BIỂN ĐÔNG

*Trần Thị Ngọc Swong\**

**Tóm tắt:** Bài viết giới thiệu các quy định của luật pháp quốc tế về cấm đánh bắt cá trên biển và phân tích các hoạt động cấm đánh bắt cá trong những năm gần đây ở một số quốc gia ven biển trên thế giới; đồng thời, đánh giá tính hợp pháp của các lệnh cấm đánh bắt cá mà Trung Quốc đã áp dụng ở Biển Đông từ năm 1999 và ý định của họ tại Biển Đông.

**Abstract:** This paper introduces international law on fishing ban and analyzes such ban imposed by some coastal countries around the world in recent years. It then assesses the legality of China's fishing ban since 1999 in the South China Sea (East Sea) to clarify Chinese intention in this Sea.

## 1. Sự cần thiết phải áp dụng quy định cấm đánh bắt cá trên biển

Biển và các nguồn tài nguyên đóng vai trò vô cùng quan trọng đối với sự phát triển kinh tế của quốc gia ven biển. Tuy nhiên, trước thực trạng đánh bắt và khai thác quá mức nguồn tài nguyên sinh vật biển, các quốc gia cần phải thực thi những biện pháp thích hợp để bảo tồn và phát triển chúng.

Trên thực tế, có nhiều biện pháp để các quốc gia thực hiện nghĩa vụ duy trì và phát triển nguồn tài nguyên sinh vật biển, chẳng hạn như: Ban hành lệnh cấm đánh bắt cá đơn phương, hợp tác xây dựng các khu bảo tồn biển song phương, hoặc xây dựng các cơ chế hợp tác đánh bắt cá ở cấp độ khu vực và toàn cầu, đặc biệt ưu tiên hợp tác khu vực bởi tính hiệu quả của nó<sup>1</sup>. Trong số các biện pháp trên, biện pháp được sử dụng phổ

biến và mang lại kết quả nhanh chóng là việc áp dụng lệnh cấm đánh bắt đối với một hoặc một số loài cá trong một khoảng thời gian cụ thể tại vùng biển của mình. Đây là biện pháp được nhiều quốc gia ven biển lựa chọn bởi đó là hành vi pháp lý đơn phương của quốc gia, chỉ phụ thuộc vào ý chí quốc gia, và ít phức tạp hơn so với việc đàm phán xây dựng các khu bảo tồn biển hay ký kết các hiệp định đánh bắt cá song phương hoặc đa phương.

Ý tưởng cấm đánh bắt cá xuất hiện vào những năm sau Chiến tranh thế giới thứ hai, khi việc khai thác cá tại các vùng biển trên thế giới được quản lý theo khái niệm “*năng suất bền vững tối đa*” (MSY – Maximum Sustainable Yield) do Mỹ đề xuất<sup>2</sup>. MSY là mức độ tối đa có thể đánh bắt mà không gây cạn kiệt đối với nguồn dự trữ cá. Theo đó, hoạt động đánh bắt cá sẽ làm cho nguồn tài

\* ThS., Khoa Quốc tế học, Trường Đại học Ngoại ngữ, Đại học Đà Nẵng.

<sup>1</sup> Nguyễn Trường Giang, *Luật quốc tế về đánh cá trên biển*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr. 214-215.

<sup>2</sup> Rahul Muralidharan, *What the 45-Day Annual Fishing Ban in Tamil Nadu Means for Fisheries Conservation*, <https://thewire.in/123837/45-day-fishing-ban-trawler-tamil-nadu/>, truy cập ngày 09/5/2017.

nguyên này trở nên dồi dào hơn, bởi khi bị đánh bắt, đàn cá sẽ “phản ứng” lại bằng cách sinh sản nhiều hơn nữa, và sự dồi dào này sẽ giúp sản lượng khai thác hằng năm của quốc gia ven biển được duy trì ổn định. Điểm tối ưu để có thể thu hoạch cá là khi sản lượng cá đánh bắt được cân bằng với khả năng khai thác. Nếu khả năng khai thác của quốc gia ven biển quá thấp, loài cá sẽ không phát triển, dẫn đến sự lãng phí nguồn thực phẩm. Còn nếu khai thác nhiều hơn hoặc nhanh hơn tốc độ sinh sản của cá, sẽ là đánh bắt quá mức, và làm cho loài cá có nguy cơ tận diệt. Do vậy, MSY là một ý tưởng để cân bằng giữa thực trạng đánh bắt chưa đủ với thực trạng đánh bắt quá mức<sup>3</sup>.

Như vậy, nhiều quốc gia ven biển đã áp dụng quy định cấm đánh bắt cá với mục đích chủ yếu là nhằm làm giảm sự khai thác quá mức dẫn đến tận diệt và tạo điều kiện cho các loài cá có đủ thời gian sinh trưởng. Chẳng hạn, ở châu Âu, *Seabass* (thuộc bộ cá vược) là một loài cá rất dễ bị khai thác cạn kiệt vì loài sinh vật biển này cần đến 7 năm mới trưởng thành hoàn toàn và bắt đầu sinh sản. Năm 2010, trữ lượng cá *Seabass* trưởng thành ở các ngư trường chính của Anh và các nước châu Âu khác là khoảng 18.000 tấn, thế nhưng con số này chỉ còn 9.000 tấn vào năm 2015 và được dự báo là còn tiếp tục suy giảm<sup>4</sup>. Do đó, năm 2015, trên cơ sở khuyến nghị của Hội đồng quốc

tế về thăm dò biển (ICES - International Council for the Exploration of the Sea) về việc sản lượng cá *Seabass* đã bị suy giảm đến mức độ nguy hiểm, Liên minh châu Âu (EU) đã ban hành lệnh cấm đánh bắt loài cá này vào tháng 2 và tháng 3 để có đủ thời gian cho cá sinh trưởng.

Ở Myanmar, *Hilsar* (cá cháy) là một trong những loài cá đem lại giá trị xuất khẩu cao với tổng sản lượng đánh bắt chiếm khoảng 15 - 20% tổng lượng đánh bắt toàn cầu, đứng thứ 2 thế giới sau Bangladesh<sup>5</sup>. Để bảo vệ loài cá này không bị suy giảm đến mức cạn kiệt, từ tháng 5 – tháng 7 hàng năm, Chính phủ Myanmar chỉ cho phép 30% tàu, thuyền được phép đánh bắt cá *Hilsar* trên các vùng biển dọc theo vịnh Bengal và phải sử dụng các loại lưới có mắt đạt kích thước chuẩn tối thiểu là 10cm để ngăn chặn nạn đánh bắt cá *Hilsar* chưa trưởng thành.

Ngoài ra, việc cấm đánh bắt cá trong một khoảng thời gian nhất định còn giúp tạo môi trường cho các loài động vật dưới nước có điều kiện thuận lợi để sinh trưởng hoàn toàn. Ở Việt Nam, tháng 9/2016, Bộ Nông nghiệp và Phát triển nông thôn đã khuyến cáo ngư dân không được đánh bắt hải sản ở tầng đáy bằng lưới kéo, lặn, câu đáy, lồng bẫy,... trong vùng biển 20 hải lý trở vào bờ thuộc các tỉnh từ Hà Tĩnh đến Thừa Thiên Huế, nơi có các thông số sắt, phenol, xyanua cao hơn các nơi khác sau sự cố ô nhiễm môi trường biển do nhà máy Formosa Hà Tĩnh gây ra<sup>6</sup>. Mục đích chủ yếu

<sup>3</sup> Xem thêm về MSY tại Carmel Finley, *All the Fish in the Sea*, <http://press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/A/bo11461535.html>, truy cập ngày 6/4/2017.

<sup>4</sup> Sarah Knapton, *Seabass shortage could bring complete fishing ban on 2017*, <http://www.telegraph.co.uk/science/2016/07/01/sea-bass-shortage-could-bring-complete-fishing-ban-in-2017/>, truy cập ngày 06/4/2017.

<sup>5</sup> Ko Ko Aung, *Số phận loài cá Hilsar ở Myanmar*, <http://www.bbc.com/vietnamese/world-39882384>, truy cập ngày 13/5/2017.

<sup>6</sup> Trần Lâm, *Vì sao cấm đánh bắt cá tầng đáy phạm vi 20 hải lý?*, <http://suckhoedoisong.vn/vi-sao-cam>

là tạo điều kiện cho các hệ sinh thái thủy sinh (như san hô) phục hồi, tránh bị hủy hoại do hoạt động khai thác hải sản ở tầng đáy, từ đó góp phần khôi phục và bảo vệ nguồn lợi thủy sản.

Việc bảo vệ tài nguyên sinh vật biển càng trở nên bức thiết trong tình hình nguồn lợi thủy sản đang có xu hướng suy giảm nghiêm trọng trên các thủy vực nội địa và vùng ven biển do việc khai thác quá giới hạn cho phép, do sự suy giảm của hệ sinh thái, ô nhiễm môi trường sống, biến đổi khí hậu, và việc sử dụng các hình thức đánh bắt dẫn đến sự tận diệt nguồn cá như kích điện, thuốc nổ, hóa chất, sử dụng lưới vây có mắt lưới kích cỡ nhỏ<sup>7</sup>. Do vậy, các quốc gia ven biển đã thực hiện nhiều biện pháp để bảo vệ và duy trì, phát triển nguồn lợi sinh vật biển của mình, trong đó có việc áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá.

## **2. Các quy định của luật pháp quốc tế về cấm đánh bắt cá trên biển**

### **2.1. Các điều ước quốc tế về bảo tồn tài nguyên thiên nhiên**

Điều chỉnh pháp lý hoạt động đánh bắt cá là một trong những nội dung quan trọng của các điều ước quốc tế về việc sử dụng biển và đại dương vì mục đích hòa bình. Trong đó, cấm đánh bắt cá trên biển là hành vi pháp lý đơn phương và phổ biến của các quốc gia ven biển trong việc thực hiện nghĩa vụ sử dụng, khai thác và bảo tồn các nguồn lợi sinh vật do biển và đại dương đem lại. Nghĩa vụ này được quy định trong nhiều điều ước quốc tế

như Công ước của Liên hợp quốc (LHQ) về Luật Biển năm 1982 (UNCLOS), Hiệp định về các loài cá di cư của LHQ năm 1995, Công ước Bảo vệ đa dạng sinh học (CBD) năm 1992, Công ước về Buôn bán quốc tế các loài động, thực vật đang bị nguy cấp (CITES) năm 1973 và Công ước về các loài di cư (CMS) năm 1979.

#### **2.1.1. Công ước của Liên hợp quốc về Luật Biển năm 1982**

UNCLOS bao gồm 320 điều khoản và 9 phụ lục, được đánh giá là “bản Hiến pháp về biển” bởi ý nghĩa to lớn và vai trò tích cực của nó trong việc xây dựng một khuôn khổ pháp lý điều chỉnh mọi hoạt động của các quốc gia và cộng đồng quốc tế trên tất cả các vùng biển và đại dương, trong đó có việc khai thác các nguồn tài nguyên của biển. Việt Nam là thành viên của UNCLOS từ năm 1994.

Cụ thể, Công ước đưa ra nhiều quy định về các quyền và nghĩa vụ của những quốc gia đối với nguồn tài nguyên thiên nhiên tại các vùng biển thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán của mình, đặc biệt là tại vùng đặc quyền kinh tế (EEZ). Theo đó, từ Điều 61 đến Điều 71 và Điều 77 khẳng định quyền chủ quyền của quốc gia ven biển về việc thăm dò và khai thác, bảo tồn và quản lý tài nguyên thiên nhiên, sinh vật hoặc phi sinh vật của vùng nước bên trên đáy biển, đáy biển và lòng đất dưới đáy biển, đồng thời, yêu cầu các quốc gia thi hành biện pháp thích hợp để bảo tồn, quản lý và duy trì nguồn lợi sinh vật trong EEZ tránh không bị ảnh hưởng do khai thác quá mức.

Có thể thấy, tài nguyên sinh vật ở EEZ là nguồn tài nguyên vô cùng phong phú và đa dạng, đặc biệt là tài nguyên cá. Trước thực tế nhiều loài cá di chuyển qua các vùng

danh-bat-ca-tang-day-pham-vi-20-hai-ly-n122087.html, truy cập ngày 30/4/2017.

<sup>7</sup> Trích ý kiến của Thượng tướng Phạm Ngọc Minh, Phó Tổng Tham mưu trưởng Quân đội nhân dân Việt Nam, trong: *Cấm đánh bắt mùa sinh sản để ngăn tận diệt thủy sản*, <http://www.baomoi.com/cam-danh-bat-mua-sinh-san-de-ngan-tan-diet-thuy-san/c/21818771.epi>, truy cập ngày 22/4/2017.

biển nằm dưới quyền tài phán của nhiều quốc gia, Công ước quy định nghĩa vụ hợp tác của các quốc gia liên quan trong việc bảo tồn và phát triển nguồn tài nguyên cá, bởi nếu một quốc gia đánh bắt quá mức sẽ ảnh hưởng đến sản lượng đánh bắt của các quốc gia có liên quan. Điều 62 Công ước cũng cho phép các quốc gia khác được khai thác số dư khối lượng cá cho phép đánh bắt trong EEZ của quốc gia ven biển trên cơ sở thỏa thuận và tuân thủ các biện pháp bảo tồn và tiến hành theo đúng thể thức, điều kiện khác được quy định trong pháp luật của quốc gia ven biển. Đây chính là cơ sở pháp lý để quốc gia ven biển áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá trong một khoảng thời gian để bảo vệ nguồn tài nguyên của mình.

Như vậy, có thể thấy rằng, UNCLOS đã đưa ra các quy định về nghĩa vụ của các quốc gia trong việc quản lý, khai thác, bảo tồn, hợp tác để duy trì và phát triển nguồn tài nguyên sinh vật biển. Các nghĩa vụ này tạo cơ sở pháp lý vững chắc cho các quốc gia ven biển quy định về cấm đánh bắt cá tại một vùng biển nào đó thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán của mình, nhằm mục đích ngăn chặn nạn đánh bắt, khai thác quá mức làm tổn hại đến số lượng và chất lượng của nguồn tài nguyên sinh vật biển.

#### 2.1.2. Hiệp định về các loài cá di cư của Liên hợp quốc năm 1995

Hiệp định về các loài cá di cư được ký kết năm 1995<sup>8</sup> (Hiệp định 1995) nhằm bổ

<sup>8</sup> United Nations, *Agreement for the Implementation of the Provisions of the UN Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks Overview*, [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/convention\\_overview\\_fish\\_stocks.htm](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/convention_overview_fish_stocks.htm), truy cập ngày 15/4/2017. Việt Nam chưa tham gia Hiệp định này.

sung và cụ thể hóa những quy định của Công ước Luật Biển năm 1982 về nghĩa vụ bảo tồn và quản lý các đàn cá lưỡng cư và di cư xa để ngăn chặn sự suy giảm tài nguyên thủy sản trên biển. Hiệp định đưa ra các nguyên tắc, cơ chế hợp tác quốc tế trong bảo tồn và quản lý cũng như cơ chế giám sát, kiểm soát, thi hành và giải quyết tranh chấp với mục tiêu bảo đảm sự tồn tại dài hạn và sử dụng bền vững đàn cá di cư. Khi tham gia Công ước Luật Biển năm 1982 và Hiệp định, các quốc gia có trách nhiệm nội luật hoá các quy định của hai điều ước quốc tế này, đảm bảo nguồn tài nguyên của biển được khai thác một cách bền vững, an toàn nhằm duy trì bảo tồn, quản lý nguồn lợi thủy sản, chống hành vi đánh bắt bất hợp pháp, không theo quy định hoặc không khai báo.

Ngoài ra, các quốc gia có quyền thu thập, xử lý và trao đổi thông tin về đàn cá lưỡng cư và di cư xa; thực hiện việc kiểm tra, kiểm soát đối với các hoạt động khai thác nguồn lợi ở vùng biển cả; tiêu thụ sản phẩm thủy sản an toàn; nghiên cứu khoa học phục vụ cho công tác khai thác nguồn lợi sinh vật biển ở mức cho phép... Như vậy, việc tham gia Hiệp định mang lại nhiều lợi ích cho quốc gia thành viên và là cơ sở pháp lý để các quốc gia quy định về việc cấm đánh bắt cá trên các vùng biển của mình.

#### 2.1.3. Công ước Bảo vệ đa dạng sinh học (CBD) năm 1992

Công ước này được thông qua tại Hội nghị thượng đỉnh về Môi trường và Phát triển bền vững năm 1992 tại Rio de Janeiro (Brazil), có hiệu lực từ ngày 29/12/1993<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Tính đến tháng 5/2017, đã có 196 quốc gia là thành viên của Công ước này. Việt Nam đã chính thức gia nhập Công ước vào ngày 16/11/1994. Xem thêm tại

Mục tiêu chính của Công ước là bảo tồn đa dạng sinh học, sử dụng bền vững các thành phần của đa dạng sinh học, cũng như chia sẻ công bằng và hợp lý những lợi ích thu được từ việc sử dụng tài nguyên sinh học<sup>10</sup>. Để đạt được mục tiêu này, Công ước tập trung vào vấn đề bảo tồn đa dạng sinh học và sử dụng bền vững các thành phần của đa dạng sinh học; tiếp cận và chuyển giao công nghệ; quản lý công nghệ sinh học và chia sẻ lợi ích. Ngoài ra, Công ước cũng quy định về các biện pháp khuyến khích bảo vệ đa dạng sinh học, hợp tác quốc tế, trao đổi thông tin, các nguồn tài chính và cơ chế tài chính,... trong việc bảo tồn và phát triển bền vững đa dạng sinh học trên phạm vi toàn cầu.

Thực hiện các nội dung trên, các nước thành viên cam kết tiến hành một số hoạt động chính như: Xây dựng hệ thống khu bảo tồn, trong đó tiến hành các biện pháp cần thiết để bảo tồn và phát triển bền vững các hệ sinh thái; bảo tồn và phát triển bền vững các loài sinh vật và tài nguyên di truyền; kiểm soát và quản lý rủi ro của sinh vật biến đổi gen đối với môi trường, đa dạng sinh học và sức khỏe con người; kiểm soát các loài sinh vật ngoại lai xâm hại môi trường.

Công ước này cũng chính là cơ sở pháp lý cho việc đưa ra lệnh cấm đánh bắt cá nhằm góp phần bảo tồn các nguồn tài nguyên trên biển.

#### 2.1.4. Công ước về các loài di cư (CMS) năm 1979

<https://www.cbd.int/information/parties.shtml>, truy cập ngày 25/4/2017.

<sup>10</sup> Điều 1, Công ước bảo vệ đa dạng sinh học năm 1992, <https://www.cbd.int/convention/>, truy cập ngày 25/4/2017.

Công ước về các loài di cư (còn được gọi là Công ước Bonn) được ký kết dưới sự bảo trợ của Chương trình Môi trường Liên hợp quốc (UNEP) nhằm bảo tồn toàn bộ các loài di cư trên cạn, dưới nước và các loài chim trên lãnh thổ của các nước thành viên, từ đó xây dựng nền tảng pháp lý toàn cầu cho việc bảo tồn các loài động, thực vật hoang dã và môi trường sống của chúng trên quy mô toàn thế giới<sup>11</sup>.

Công ước CMS quy định về nhiều loài di cư mang tính biểu tượng đang bị ảnh hưởng nặng nề bởi việc buôn bán trái phép các loài động, thực vật hoang dã như: Voi, hổ, báo tuyết, linh dương Saiga, rùa biển, cá mập, cá heo Fraser, cá heo lưng bướt Thái Bình Dương (còn gọi là cá heo lưng gù hay cá heo trắng Trung Quốc), cá heo sọc, cá heo Dall và một số loài chim<sup>12</sup>. CMS được đánh giá là một nỗ lực gắn kết cộng đồng quốc tế để cùng giải quyết các mối đe dọa mà những loài động vật hoang dã này phải đối mặt khi di cư hàng năm, gồm cả các mối đe dọa của việc buôn bán bất hợp pháp<sup>13</sup>.

#### 2.1.5. Công ước về Buôn bán quốc tế các loài động, thực vật đang bị nguy cấp (CITES) năm 1973

<sup>11</sup> Tính đến tháng 8/2016, có 124 bên tham gia Công ước. Việt Nam chưa gia nhập Công ước này. Xem thêm tại <http://www.cms.int/>, truy cập ngày 14/5/2017.

<sup>12</sup> Xem Phụ lục I và II của Công ước CMS, <http://www.cms.int/en/species>, truy cập ngày 14/5/2017.

<sup>13</sup> Trung tâm Giáo dục thiên nhiên, *Công ước về buôn bán quốc tế các loài động, thực vật đang bị nguy cấp*, <http://thiennhien.org/he-thong-van-ban-phap-luat-ve-bao-ve-dvhd/134-cong-uoc-ve-buon-ban-quoc-te-cac-loai-dong-thuc-vat-hoang-da-nguy-cap>, truy cập ngày 14/5/2017.

Công ước được ký kết năm 1973 và có hiệu lực từ ngày 01/7/1975. Mục đích của Công ước này nhằm đảm bảo rằng việc khai thác thương mại quốc tế các tiêu bản của các loài động vật và thực vật hoang dã không được đe dọa đến sự sống còn của các loài này trong tự nhiên. Công ước cũng đưa ra nhiều cấp độ khác nhau để bảo vệ hơn 34.000 loài động và thực vật<sup>14</sup>. Công ước là sự cam kết của các quốc gia thành viên về kiểm soát việc buôn bán, trao đổi các loài động, thực vật hoang dã để tránh tình trạng khai thác quá mức dẫn đến tình trạng tuyệt chủng...<sup>15</sup>

Nhìn chung, theo quy định của các điều ước quốc tế về bảo vệ tài nguyên thiên nhiên, các quốc gia có nghĩa vụ phải tạo dựng một môi trường phát triển bền vững cho các loài sinh vật, trong đó có tài nguyên sinh vật biển. Nghĩa vụ này được cụ thể hóa bằng những hành động của quốc gia, trong đó, việc áp dụng quy định cấm đánh bắt cá của quốc gia ven biển là một trong các biện pháp có hiệu quả để bảo vệ và duy trì, phát triển nguồn tài nguyên sinh vật biển.

## **2.2. Các điều kiện áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá**

### **2.2.1. Phạm vi áp dụng**

Trên cơ sở các quy định của UNCLOS về quy chế pháp lý của các vùng biển, quốc gia ven biển chỉ có thể đưa ra quy định cấm đánh bắt cá trong phạm vi các vùng biển thuộc chủ quyền hoặc quyền chủ quyền và quyền tài phán của mình. Đó có thể là nội

thủy, lãnh hải, vùng tiếp giáp lãnh hải hoặc EEZ. Tại các vùng biển này, quốc gia sẽ có chủ quyền hoặc quyền chủ quyền tương ứng đối với các nguồn tài nguyên cá. Do vậy, việc quốc gia đưa ra lệnh cấm đánh cá ở các khu vực này là phù hợp với các quy định của luật pháp quốc tế, đặc biệt là UNCLOS. Quốc gia không thể đưa ra lệnh cấm đánh bắt cá ở các vùng biển thuộc chủ quyền hoặc quyền chủ quyền và quyền tài phán của các quốc gia ven biển khác.

Bên cạnh đó, đối với biển cả - vùng biển nằm ngoài quyền chủ quyền và quyền tài phán của quốc gia ven biển, Điều 89 UNCLOS quy định: “Không một quốc gia nào có thể đòi đặt một cách hợp pháp một bộ phận nào đó của biển cả thuộc về chủ quyền của mình”. Do vậy, không một quốc gia nào được phép đưa ra lệnh cấm đánh bắt cá trên biển cả như một biểu hiện của việc thực thi chủ quyền của mình<sup>16</sup>.

### **2.2.2. Căn cứ khoa học, khách quan**

Việc đưa ra lệnh cấm đánh cá cần phải dựa vào những bằng chứng khoa học khách quan và cụ thể về mức độ nguy cấp của loài cá nếu tiếp tục bị khai thác, nếu không, lệnh cấm sẽ bị xem là phản tác dụng<sup>17</sup>. Để thực

<sup>14</sup> Điều 2, Công ước CITES, <https://cites.org/eng/disc/text.php>, truy cập ngày 29/1/2017.

<sup>15</sup> Các phụ lục của Công ước CITES có hiệu lực từ ngày 04/4/2017. Xem thêm tại <https://cites.org/eng/app/appendices.php>, truy cập ngày 14/5/2017. Việt Nam gia nhập Công ước này vào ngày 20/1/1994.

<sup>16</sup> Do quy chế tự do đánh bắt tại biển cả, nguồn tài nguyên cá ở đây có nguy cơ bị khai thác quá mức dẫn đến tận diệt. Một số ý kiến cho rằng, cần phải đưa ra lệnh cấm đánh cá ở biển cả. Tuy nhiên, cho đến nay vẫn chưa có một quy định pháp lý cụ thể nào về việc cho phép áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá ở vùng biển cả. Giải pháp đưa ra chỉ có thể là việc thiết lập một “ngân hàng cá” toàn cầu (global “fish bank”). Xem thêm ở Reg Watson, *Should we ban fishing on international waters?*, <https://www.weforum.org/agenda/2015/02/should-we-ban-fishing-on-international-waters/>, truy cập ngày 11/5/2017.

<sup>17</sup> Rahul Muralidharan, *What the 45-Day Annual Fishing Ban in Tamil Nadu Means for Fisheries Conservation*, <https://thewire.in/123837/45-day->

hiện điều này, quốc gia ven biển cần tiến hành các công trình nghiên cứu và dự án phát triển tài nguyên cá, hoặc tiến hành tham vấn với các quốc gia khác, các tổ chức quốc tế có liên quan để có được thông tin và dữ liệu khoa học về tình trạng tài nguyên cá trong vùng biển của mình. Đây chính là cơ sở để quốc gia đưa ra quyết định hợp lý về các biện pháp bảo tồn và quản lý tài nguyên cá<sup>18</sup>, trong đó có việc sử dụng lệnh cấm đánh bắt cá.

### 2.2.3. Nghĩa vụ tham vấn với các tổ chức quốc tế và các quốc gia liên quan

#### 2.2.3.1. Nghĩa vụ tham vấn với các tổ chức quốc tế

Việc tiến hành tham vấn với các tổ chức toàn cầu và khu vực sẽ tạo cho các quốc gia ven biển cơ sở trước khi đưa ra lệnh cấm đánh bắt cá thực hiện hành vi đơn phương của mình. Hiện nay, Tổ chức Lương thực và Nông nghiệp của Liên hợp quốc (FAO - Food and Agriculture Organization) là tổ chức duy nhất trên thế giới giải quyết các vấn đề về cá trên phạm vi toàn cầu, với các chức năng như: Thu thập, phân tích và phân phối các thông tin liên quan đến các vấn đề đánh cá; đánh giá các nguồn tài nguyên cá trên thế giới; giúp đỡ các ủy ban khu vực về đánh cá trên thế giới; cung cấp viện trợ kỹ thuật cho các nước đang phát triển, hoặc những quốc gia chưa có kinh nghiệm hoặc thiếu khả năng trong việc quản lý và bảo tồn tài nguyên cá<sup>19</sup>. Đặc biệt, *Bộ quy tắc ứng xử nghề cá có trách nhiệm* được FAO đưa ra

năm 1995 đã trở thành tài liệu tham khảo toàn cầu cho sự phát triển bền vững của nghề khai thác và nuôi trồng thủy sản trong suốt hơn 20 năm qua<sup>20</sup>. Nhờ đó, rất nhiều quốc gia ven biển đã đạt được tiến bộ đáng kể trong việc giám sát hiện trạng trữ lượng cá, biên soạn số liệu thống kê về sản lượng và cường lực khai thác, áp dụng phương pháp tiếp cận hệ sinh thái để quản lý nghề cá. Các nước này cũng chú trọng đến việc kiểm soát các hoạt động khai thác trong phạm vi các vùng EEZ thông qua việc chống tình trạng khai thác trái phép, không khai báo và không theo quy định; kiểm soát năng suất khai thác và thực hiện kế hoạch bảo tồn các loài cá mập và chim biển. Một số quốc gia cũng đang thực hiện quy trình đánh giá tác động môi trường của các hoạt động nuôi trồng thủy sản, quy trình giám sát các hoạt động và giảm thiểu tác động có hại của việc du nhập những loài ngoại lai, mục tiêu phát triển ngành nuôi, trồng thủy sản có trách nhiệm<sup>21</sup>. Việc hợp tác với FAO sẽ giúp ích cho các quốc gia ven biển trong việc có được căn cứ khoa học khách quan, góp phần mang lại cơ sở cho quyết định về việc cấm đánh cá của mình.

Ngoài FAO, có Hội đồng quốc tế về thăm dò biển (ICES) - một tổ chức liên chính phủ, có nhiệm vụ chính là tăng cường kiến thức khoa học về môi trường biển, các nguồn tài nguyên biển và sử dụng kiến thức

fishing-ban-trawler-tamil-nadu/, truy cập ngày 09/5/2017.

<sup>18</sup> Nguyễn Trường Giang, *Luật quốc tế về đánh cá trên biển*, Nxb. Chính trị quốc gia, Hà Nội, 2010, tr.216-217.

<sup>19</sup> FAO, *Statistical Pocketbook 2015*, <http://www.fao.org/3/a-i4691e.pdf>, truy cập ngày 10/5/2017.

<sup>20</sup> FAO, *Code of Conduct for Responsible Fisheries*, <http://www.fao.org/fishery/code/en>, truy cập ngày 14/5/2017.

<sup>21</sup> Vũ Hậu, *Thương mại thủy sản và quản lý nghề cá hướng đến phát triển bền vững*, <https://tongcucthuy-san.gov.vn/tin-t%E1%BB%A9c/-ngh%E1%BB%81-c%C3%A1-th%E1%BA%BF-gi%E1%BB%9Bi/doc-tin/006309/2016-11-09/thuong-mai-thuy-san-va-quan-ly-nghe-ca-huong-den-phat-trien-ben-vung>, truy cập ngày 13/5/2017.

này để cung cấp các tư vấn khách quan, phi chính trị cho các cơ quan có thẩm quyền. ICES còn cung cấp các ấn bản khoa học, thông tin và tư vấn quản lý theo yêu cầu của các nước thành viên, các tổ chức quốc tế và các uỷ ban về nghề cá khu vực<sup>22</sup>.

Thêm vào đó, các quốc gia ven biển cũng có thể tiến hành tham vấn với các tổ chức quản lý nghề cá ở cấp độ khu vực nhằm đưa ra căn cứ khoa học và sự ủng hộ đối với lệnh cấm đánh bắt cá của mình. Một số tổ chức nghề cá khu vực có thể kể đến là: Ủy ban nghề cá châu Á – Thái Bình Dương (APFIC), Hội nghị Bộ trưởng về hợp tác nghề cá giữa các nước châu Phi ven biển Đại Tây Dương (ATLAFCO), Ủy ban thường trực về Nam Thái Bình Dương (CPPS), Ủy ban nghề cá Địa Trung Hải (GFCM), Ủy ban cá ngừ nhiệt đới Trung Mỹ (IATTC), Tổ chức bảo tồn cá hồi Bắc Đại Tây Dương (NASCO)...

2.2.3.2. Nghĩa vụ tham vấn và thông báo công khai, đầy đủ về lệnh cấm đánh cá với các quốc gia liên quan

Các tài nguyên sinh vật biển sẽ có thể di cư từ vùng EEZ này sang vùng EEZ khác. Do đó, nghĩa vụ tham vấn với các quốc gia liên quan hoặc bị ảnh hưởng bởi lệnh cấm đánh cá là một yêu cầu bắt buộc trong trường hợp lệnh cấm này được áp dụng đối với các loài cá di cư xa hoặc sinh sống trên vùng biển của nhiều quốc gia. Đặc biệt, ở những vùng biển nửa kín, bất kỳ thay đổi nào trong hệ sinh thái cũng sẽ có tác động đáng kể tới toàn bộ khu vực. Điều 123 UNCLOS quy định rằng, các quốc gia tiếp

giáp vùng biển kín hoặc nửa kín cần hợp tác với nhau để thực hiện các quyền và nghĩa vụ của mình trong việc phối hợp quản lý, bảo tồn, khai phá và khai thác các tài nguyên sinh vật trên biển. Danh sách các loài cá có khả năng di cư xa, đang bị đe dọa hoặc sinh sống tại vùng biển của nhiều quốc gia cũng được quy định rõ tại các Công ước CBD, CMS và Hiệp định 1995.

Ngoài ra, trước khi áp dụng việc cấm đánh bắt cá, quốc gia ven biển có nghĩa vụ phải thông báo công khai, đầy đủ thông tin về quy định cấm đánh bắt cá với ngư dân của nước mình và ngư dân các nước khác được phép đánh bắt trong EEZ của nước mình. Điều này xuất phát từ nghĩa vụ hợp tác, tôn trọng lẫn nhau để đảm bảo việc thực thi lệnh cấm đánh bắt cá một cách hiệu quả, trên cơ sở tôn trọng các quyền tự do hàng hải và đảm bảo an toàn, an ninh hàng hải.

### **3. Thực tiễn quốc tế về cấm đánh bắt cá và trường hợp Trung Quốc ở Biển Đông**

#### **3.1. Thực tiễn áp dụng quy định cấm đánh bắt cá ở một số nước**

##### *3.1.1. Liên minh châu Âu*

Liên minh châu Âu (EU) là tổ chức thành viên duy nhất của UNCLOS và một số điều ước quốc tế khác về bảo vệ tài nguyên sinh vật. Cho đến nay, EU đã nhiều lần áp dụng lệnh cấm đánh bắt hải sản như một biện pháp bảo tồn nguồn tài nguyên sinh vật trên biển. Tháng 9/2007, trước tình trạng đánh bắt quá mức và sản lượng cá ngừ ngày càng giảm sút, Ủy ban châu Âu (EC) đã quyết định ngừng hoàn toàn hoạt động đánh bắt loài cá này ở khu vực Đông Đại Tây Dương và Địa Trung Hải tới cuối năm 2007, do hạn ngạch đánh bắt cá ngừ 16.779,5 tấn trong năm 2007 của khối này

<sup>22</sup> ICES, *What we do*, <http://www.ices.dk/explore-us/what-we-do/Pages/default.aspx>, truy cập ngày 03/4/2017.

đã hết<sup>23</sup>. Lệnh cấm nói trên được áp đặt đối với Cộng hòa Síp, Hy Lạp, Malta, Bồ Đào Nha và Tây Ban Nha, trong khi đó Pháp và Italia đã lần lượt ngừng đánh bắt cá ngừ vào tháng 7 và 8/2007. Những nước chưa đạt chỉ tiêu khai thác vào thời điểm lệnh cấm được đưa ra sẽ được bồi thường theo luật của EU.

Tháng 12/2016, EU đã ban hành lệnh cấm đánh bắt hải sản dưới độ sâu 800m ở Đại Tây Dương. Đối tượng trực tiếp của lệnh cấm này là phương thức sử dụng lưới kéo đáy để đánh bắt hải sản thường gây hại cho các môi trường sống trên nền đáy biển và đã bị Cơ quan Môi trường châu Âu (EEA) liệt vào danh sách các hoạt động khai thác trái phép đe dọa đa dạng sinh học của khu vực này. Một số điều khoản riêng biệt trong lệnh cấm cũng được đưa ra nhằm bảo vệ các hệ sinh thái biển dễ bị tổn thương đã được khoanh vùng ở độ sâu dưới 400m, với một số biện pháp kiểm soát bổ sung đối với các phương tiện đánh bắt quá sản lượng quy định<sup>24</sup>.

Nghị viện châu Âu (EP) cũng đặt ra yêu cầu khắt khe hơn về tính minh bạch, bao gồm việc cung cấp thông tin công khai về những phương tiện của EU chuyên đánh bắt xa bờ cùng sản lượng của các phương tiện này. Việc giám sát trên biển cũng được tăng cường với quy định khoảng 20% số phương tiện khai thác hải sản của các nước EU sẽ phải có một nhà khoa học đi cùng để bảo

đảm việc thu thập dữ liệu một cách kịp thời và chính xác<sup>25</sup>.

### 3.1.2. Mỹ

Tháng 8/2015, chính quyền Mỹ đã ban hành lệnh cấm đánh bắt cá ở hầu hết các sông suối trên bán đảo Olympic của bang Washington do việc hạn hán nghiêm trọng đã gây tổn hại cho cá ở dọc bờ Tây nước Mỹ. Lệnh cấm khẩn cấp đã áp đặt các giới hạn lên hoạt động câu cá giải trí ở Bogachiel, Sol Duc, Queets và các con sông khác, cũng như các nhánh phụ của sông trong vùng biển ven Thái Bình Dương<sup>26</sup>. Đây là biện pháp nhằm bảo vệ các loài cá hồi tự nhiên (bao gồm cá hồi Thái Bình Dương, cá hồi vân (Steelhead) và cá hồi biển (Bulltrout), khỏi những tổn thương do nhiệt độ nước biển quá cao và sự khô hạn quá mức ở vùng Tây Bắc nước Mỹ<sup>27</sup>.

### 3.1.3. Mexico

Khai thác cá ngừ là một trong những hoạt động sản xuất chính của Mexico, mang lại giá trị lớn cho ngành công nghiệp thực phẩm quốc gia và giá trị xuất khẩu cao. Năm 2014, để bảo vệ cá ngừ ở vùng biển Thái Bình Dương trong suốt thời gian sinh sản, Ban Thư ký của Bộ Nông nghiệp, Chăn nuôi, Phát triển nông thôn, Thủy sản và Thực phẩm Mexico (SAGARPA) đã thiết lập lệnh cấm đánh bắt tạm thời đối với một số loài cá ngừ thương mại như: Cá ngừ vây vàng (*Thunnus albacares*), cá ngừ mắt to (*Thunnus obesus*), cá ngừ vây xanh (*Thunnus orientalis*) và cá ngừ vằn

<sup>23</sup> Thu Trà, *EU ngừng đánh bắt cá ngừ*, <http://vneconomy.vn/the-gioi/eu-ngung-danh-bat-ca-ngu-66215.htm>, truy cập ngày 22/4/2017.

<sup>24</sup> MT, *EP cấm đánh bắt hải sản dưới độ sâu 800m ở Đại Tây Dương*, <http://baoquocte.vn/ep-cam-danh-bat-hai-san-duoi-do-sau-800m-o-dai-tay-duong-409-07.html>, truy cập ngày 24/4/2017.

<sup>25</sup> Tlđđ.

<sup>26</sup> N.T.H, *Mỹ áp đặt lệnh cấm đánh bắt cá trên bán đảo Olympic*, [http://wcag.mard.gov.vn/pages/news\\_detail.aspx?NewsId=41598](http://wcag.mard.gov.vn/pages/news_detail.aspx?NewsId=41598), truy cập ngày 25/4/2017.

<sup>27</sup> Tlđđ.

(Katsuwonus pelamis)<sup>28</sup>. Lệnh cấm tạm thời không cho phép các tàu lưới vây mang cờ Mexico đánh bắt các loài này trong vùng biển ngoài khơi Mexico và vùng biển nước ngoài nằm trong khu vực quy định của Ủy ban Cá ngừ nhiệt đới liên Mỹ (IATTC).

Trước đó, năm 2013, Mexico cũng áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá mập từ tháng 5 - tháng 7 trong vùng nước liên bang tại Thái Bình Dương, từ tháng 5 - tháng 6 trong vùng vịnh Mexico, và trong tháng 8 tại khu vực vịnh Campeche, với mục đích thúc đẩy sự phát triển bền vững các nguồn tài nguyên biển, góp phần bảo vệ sự sinh sản và phát triển của loài cá mập. Lệnh cấm này được công bố dựa trên các nghiên cứu thủy sinh học bởi Viện Thủy sản quốc gia (Inapesca). Bên cạnh đó, SAGARPA cũng xác định lệnh cấm đánh bắt đối với loài cá đuối ở Thái Bình Dương, từ 01/5 đến 31/7/2013. Inapesca tiếp tục đánh giá sự phát triển về sinh học của quần thể cá mập và cá đuối ở biển, vịnh và hệ thống đầm phá cửa sông trên hai bờ biển của Mexico. Ủy ban Quốc gia nuôi trồng thủy sản (Conapesca) sẽ chịu trách nhiệm theo dõi, giám sát việc thực hiện lệnh cấm<sup>29</sup>.

#### 3.1.4. Ecuador

Hiểu rõ lợi ích của hải sản đối với môi trường biển, nhiều quốc gia như Australia, Mỹ, Ai Cập, Ecuador đã cấm khai thác, hoặc chỉ cho phép khai thác theo mùa, hay kêu gọi người dân bảo tồn loài động vật

này. Từ năm 2015, chính quyền Ecuador đã áp dụng lệnh cấm đánh bắt hải sản trong 4 năm ở khu vực quần đảo Galápagos. Lệnh cấm mới được nới lỏng, cho phép ngư dân khai thác hải sản trong vòng 45 ngày, từ 1/8 đến 15/9, với số lượng hạn chế là 500.000 con. Việc khai thác luân canh này góp phần làm giảm nguy cơ cạn kiệt hóa những loài hải sản có giá trị cao như hải sản trắng và hải sản đen<sup>30</sup>.

#### 3.1.5. Việt Nam

Việt Nam cũng từng đưa ra quy định cấm đánh bắt cá để góp phần bảo tồn và duy trì nguồn tài nguyên sinh vật biển. Năm 2016, để bảo vệ và khôi phục nguồn lợi nhuyễn thể hai mảnh vỏ có giá trị kinh tế cao (sò điệp, sò lông, bàu mai, nghêu lùa, sò giáy, dùm nâu...), Sở Nông nghiệp và Phát triển nông thôn tỉnh Bình Thuận đã thông báo cấm toàn bộ hoạt động khai thác các loài này trên toàn vùng biển của mình từ ngày 01/4 -31/7/2016. Đây là thời điểm mà các loài hải sản vào mùa sinh sản. Trong thời gian thực hiện lệnh cấm, các tổ chức và cá nhân không được phép thu mua, vận chuyển, chế biến và kinh doanh các loại hải sản nằm trong danh sách cấm. Đồng thời, việc sử dụng lưới đôi (giã cào bay) công suất lớn hơn 150CV/chiếc hoạt động khai thác hải sản trên toàn vùng biển Bình Thuận cũng bị xem là vi phạm. Lệnh cấm này góp phần ngăn chặn tình trạng khai thác hải sản non và hải sản đang trong thời gian sinh sản..., vốn được xem là những nguyên nhân khiến nguồn lợi ngày càng cạn kiệt<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Nguyễn Hà, *Lệnh cấm khai thác cá ngừ tạm thời của Mexico đã được áp dụng*, [http://vasep.com.vn/Tin-Tuc/1019\\_38271/Lenh-cam-khai-thac-ca-ngu-ta-m-thoi-cua-Mexico-da-duoc-ap-dung.htm](http://vasep.com.vn/Tin-Tuc/1019_38271/Lenh-cam-khai-thac-ca-ngu-ta-m-thoi-cua-Mexico-da-duoc-ap-dung.htm), truy cập ngày 26/4/2017.

<sup>29</sup> Tepbac.com, *Mexico cấm săn bắt cá mập*, <http://tepbac.com/tin-tuc/full/Mexico-cam-san-bat-ca-map-5365.html>, truy cập ngày 26/4/2017.

<sup>30</sup> Hồng Hạnh, *Hải sản trước nguy cơ tuyệt chủng*, <http://vnexpress.net/tin-tuc/khoa-hoc/hai-sam-truoc-nguy-co-tuyet-chung-3283207.html>, truy cập ngày 04/5/2017.

<sup>31</sup> Tư Huỳnh, *Bình Thuận cấm khai thác 5 loài hải sản*, <http://vnexpress.net/tin-tuc/thoi-su/binh-thu>

Như vậy, hầu hết các quốc gia trên thế giới đều đã từng áp dụng các quy định cấm đánh bắt cá theo thời gian hoặc theo một số loài cá nhất định. Đây là một trong những biện pháp được đánh giá có tính hiệu quả cao, giúp quản lý, bảo tồn, duy trì, tái tạo nguồn tài nguyên sinh vật biển và bảo vệ đa dạng sinh học, từ đó thúc đẩy phát triển bền vững.

### 3.2. *Lệnh cấm đánh bắt cá của Trung Quốc ở Biển Đông*

Kể từ năm 1999 đến nay, Trung Quốc đã ban hành lệnh cấm đánh bắt cá hàng năm trong vòng hai hoặc ba tháng mùa hè ở khu vực Tây Bắc của Biển Đông. Lệnh cấm này đã không tuân thủ các quy định có liên quan trong UNCLOS và các điều ước quốc tế về bảo vệ tài nguyên thiên nhiên mà Trung Quốc tham gia<sup>32</sup>.

#### 3.2.1. *Phạm vi áp dụng nằm ngoài các vùng biển thuộc chủ quyền hoặc quyền chủ quyền của Trung Quốc*

Ban đầu, lệnh cấm này tập trung vào vùng biển Hoàng Sa của Việt Nam và Vịnh Bắc Bộ. Tuy nhiên, sau đụng độ với Philippines tại bãi cạn Scarborough/Hoàng Nham, từ năm 2012, Trung Quốc đã đơn phương mở rộng phạm vi áp dụng đối với toàn bộ khu vực từ vĩ tuyến 12 trở về phía Bắc như hiện nay. Năm 2017, lệnh cấm đánh bắt cá do Trung Quốc đơn phương vạch ra trên Biển Đông là từ 12 độ vĩ Bắc đến Vịnh Bắc Bộ và “giao tuyến hải vực Mân Áo”, tức vùng biển từ Phúc Kiến đến Quảng Đông, tọa độ từ 117°31'37.40"E,

23°09'42.60"N đến 120°50'43"E, 21°54'15"N. Lệnh cấm này cũng được Trung Quốc áp dụng ở Vịnh Bắc Bộ, vùng biển Bột Hải, Hoàng Hải và Đông Hải. Thời gian áp dụng lệnh cấm là từ ngày 1/5 – 16/8/2017<sup>33</sup>. Mục tiêu của lệnh cấm được lý giải là “cần thiết để bảo vệ sự bền vững của đời sống biển trong khu vực, ngăn chặn nạn khai thác quá mức”<sup>34</sup>. Theo đó, bất kỳ tàu đánh cá nào đi vào khu vực này trong thời gian cấm đều phải nộp tiền phạt, bị tịch thu hết hải sản và phương tiện đánh bắt, thậm chí ngư dân còn bị sử dụng vũ lực nhằm ngăn cản đánh bắt trong vùng biển cấm.

Như vậy, vùng biển bị đưa vào phạm vi cấm đánh bắt cá mà Trung Quốc áp đặt là rất rộng lớn, từ vĩ tuyến 12 trở về phía Bắc của Biển Đông, bao trùm toàn bộ khu vực biển đã phân định giữa Việt Nam và Trung Quốc theo Hiệp định phân định Vịnh Bắc Bộ năm 2000, bao trùm lên Hoàng Sa của Việt Nam, đồng thời bao trùm lên các EEZ được tạo ra từ bờ biển đất liền của Việt Nam và các quần đảo chính của Philippines. Điều này đi ngược lại các quy định của luật pháp quốc tế về phạm vi áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá. Theo các quy định của luật pháp quốc tế, mọi hành động liên quan đến tài nguyên trong vùng biển thuộc chủ quyền

<sup>33</sup> M.N., *Phản đối quy chế nghỉ đánh bắt cá của Trung Quốc ở Biển Đông*, <http://tuoitre.vn/tin/chinh-tri-xa-hoi/20170228/phan-doi-quy-che-nghi-danh-ba-t-ca-cua-trung-quoc-o-bien-dong/1272365.html>, truy cập ngày 04/3/2017.

<sup>34</sup> Zhen Sun, *South China Sea: Reducing the China – Vietnam tension*, trích dẫn từ Vũ Hải Đăng, “*Mạng lưới song phương các khu bảo tồn biển giữa Việt Nam và Trung Quốc: Giải pháp thay thế cho lệnh cấm đánh bắt đơn phương của Trung Quốc trên Biển Đông*”, trong Đặng Đình Quý (chủ biên), *Tìm kiếm giải pháp vì hòa bình và công lý ở Biển Đông*, Nxb. Thế giới, Hà Nội, năm 2015, tr.424.

an-cam-khai-thac-5-loai-hai-dac-san-3377372.html, truy cập ngày 29/4/2017.

<sup>32</sup> Trung Quốc là thành viên chính thức của UNCLOS từ năm 1996, Công ước CBD từ năm 1993, gia nhập Công ước CITES năm 1981.

và quyền chủ quyền của quốc gia ven biển đều phải được sự đồng ý của quốc gia này<sup>35</sup>. Điều này có nghĩa, việc Trung Quốc cố tình thực hiện hành vi quản lý tài nguyên trong vùng biển thuộc chủ quyền hay quyền chủ quyền của một quốc gia khác mà không được phép của quốc gia này là vi phạm pháp luật quốc tế<sup>36</sup>.

Việc áp dụng lệnh cấm của Trung Quốc không chỉ xâm phạm nghiêm trọng chủ quyền của Việt Nam đối với quần đảo Hoàng Sa, mà còn vi phạm các quyền và lợi ích hợp pháp của Việt Nam trên các vùng biển của mình, trực tiếp xâm phạm quy định của UNCLOS về quyền chủ quyền và quyền tài phán trong EEZ của Việt Nam và Philippines. Đặc biệt, theo phán quyết về mặt nội dung mà Tòa Trọng tài thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS đưa ra vào ngày 12/7/2016, việc áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá năm 2012 tại một khu vực lớn tại Biển Đông mà không loại trừ EEZ của Philippines và không giới hạn áp dụng đối với các tàu mang cờ Trung Quốc là sự vi phạm Điều 56 UNCLOS về quyền chủ quyền đối với tài nguyên sinh vật biển trong EEZ của Philippines<sup>37</sup>. Với việc tiếp tục đơn phương tuyên bố áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá tại Biển Đông vào năm 2017 sau phán quyết của Tòa Trọng tài cho thấy sự thách thức của Trung Quốc đối với pháp luật quốc

tế hiện hành<sup>38</sup>. Do đó, lệnh cấm đánh bắt này của Trung Quốc đã bị Chính phủ và các hiệp hội ngư dân của nhiều nước trong khu vực phản đối, đặc biệt là Việt Nam<sup>39</sup> và Philippines<sup>40</sup>.

Đồng thời, việc tiếp tục tuyên bố lệnh cấm đánh bắt cá năm 2017 cho thấy Trung Quốc đã đi ngược lại nguyên tắc “kiềm chế, không thực hiện các hoạt động làm phức tạp và leo thang tranh chấp” trong Tuyên bố về ứng xử của các bên ở Biển Đông (DOC) mà Trung Quốc và ASEAN đã ký kết năm 2002<sup>41</sup>. Trong khi luôn nhấn mạnh về yêu cầu cần phải thực thi DOC và bày tỏ mong muốn thúc đẩy quá trình ký kết khuôn khổ Quy tắc ứng xử của các bên ở Biển Đông (COC) trong năm 2017, động thái này một lần nữa cho thấy sự khác biệt lớn giữa “nói và làm” cũng như thiện chí thực sự của Trung Quốc trong việc giải quyết hòa bình các tranh chấp tại Biển Đông<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> Nguyễn Đăng Thắng, *Lệnh cấm đánh cá ở Biển Đông: Đi tìm một giải pháp khác*, Tạp chí Nhà nước và Pháp luật, số 8, năm 2011, tr.77.

<sup>36</sup> Tlđđ, tr.78.

<sup>37</sup> Đoạn 716, Phán quyết về nội dung trong vụ kiện Trọng tài về một số vấn đề tại Biển Đông trước Tòa Trọng tài thành lập theo Phụ lục VII của UNCLOS giữa Philippines và Trung Quốc, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2086>, truy cập ngày 10/3/2017.

<sup>38</sup> Nguyễn Thị Lan Anh, *Lệnh cấm đánh cá trên Biển Đông: vi phạm luật quốc tế và tạo căng thẳng*, <http://baoquocte.vn/lenh-cam-danh-ca-tren-bien-dong-g-vi-pham-luat-quoc-te-va-cao-cang-thang-45607.html>, truy cập ngày 10/3/2017.

<sup>39</sup> Anh Ngọc, *Việt Nam phản đối quy chế nghị đánh bắt cá của Trung Quốc ở Biển Đông*, <http://vnexpress.net/tin-tuc/the-gioi/viet-nam-phan-doi-quy-che-nghi-danh-bat-ca-cua-trung-quoc-o-bien-dong-3548278.html>, truy cập ngày 04/3/2017.

<sup>40</sup> Bạch Liên, *Hội nghề cá Việt Nam phản đối Trung Quốc cấm đánh bắt cá trên Biển Đông*, <http://www.daikynguyenvn.com/trong-nuoc/hoi-nghe-ca-viet-na-m-phan-doi-trung-quoc-cam-danh-bat-ca-tren-bien-dong.html>, truy cập ngày 04/3/2017.

<sup>41</sup> ASEAN, *Declaration on the Conduct of Parties in the South China Sea*, [http://asean.org/?static\\_post=declaration-on-the-conduct-of-parties-in-the-south-china-sea-2](http://asean.org/?static_post=declaration-on-the-conduct-of-parties-in-the-south-china-sea-2), truy cập ngày 13/5/2017.

<sup>42</sup> Nguyễn Thị Lan Anh, *Lệnh cấm đánh cá trên Biển Đông: vi phạm luật quốc tế và tạo căng thẳng*, <http://baoquocte.vn/lenh-cam-danh-ca-tren-bien-dong-g-vi-pham-luat-quoc-te-va-cao-cang-thang-45607.html>, truy cập ngày 10/3/2017.

Như vậy, trái với thực tiễn áp dụng các quy định cấm đánh bắt cá phù hợp với luật pháp quốc tế, lệnh cấm đánh bắt cá của Trung Quốc thực chất là sự áp đặt các yêu sách thiếu cơ sở pháp lý của nước này tại Biển Đông. Có thể thấy, lý do tốt đẹp của quy định cấm đánh bắt cá đã bị Trung Quốc sử dụng để vi phạm pháp luật quốc tế, mở rộng quyền một cách phi lý đối với các vùng biển rộng lớn tại Biển Đông<sup>43</sup>.

*3.2.2. Không dựa trên các cơ sở khoa học và thực hiện nghĩa vụ tham vấn với các bên liên quan*

Bên cạnh điều kiện cần nói trên, điều kiện đủ để một quốc gia áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá là phải dựa trên các thông tin khoa học đáng tin cậy, có sự tham vấn với các tổ chức chuyên môn và các quốc gia hữu quan. Khu vực Biển Đông có điều kiện địa lý của một vùng biển nửa kín, nơi các tài nguyên sinh vật có độ đa dạng và phụ thuộc lẫn nhau rất lớn, vì vậy, việc tham vấn là một trong các nghĩa vụ bắt buộc để bảo tồn các loài có khả năng di cư cao và sinh sống trên vùng biển của nhiều quốc gia. Tuy nhiên, Trung Quốc đã tùy tiện đơn phương áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá trong khoảng thời gian không phù hợp với thực tiễn đánh bắt cá ở Biển Đông và không tiến hành tham vấn với các quốc gia hữu quan cũng như với các tổ chức đánh cá ở khu vực.

Trung Quốc tuyên truyền về cơ sở quan trọng cho việc áp dụng lệnh cấm đánh bắt ở Biển Đông là vì lợi ích sinh thái, kinh tế, xã hội và được sự ủng hộ của cộng đồng ngư dân, đồng thời đề ra mục tiêu xây dựng nền văn minh sinh thái để bảo vệ và sử dụng

hợp lý các nguồn tài nguyên sinh vật biển. Tuy nhiên, các nhà phê bình, kể cả từ phía Trung Quốc, đều thể hiện sự nghi ngờ về tính hiệu quả của biện pháp này. Nhiều loài cá có tính thương mại cao không sinh sản vào thời điểm áp dụng lệnh cấm đánh bắt cá. Hơn nữa, sau một thời gian tạm dừng do lệnh cấm, hoạt động đánh bắt lại trở nên mạnh mẽ và đa dạng hơn, gây ra nhiều nguy cơ suy giảm nguồn dự trữ hải sản<sup>44</sup>.

#### **4. Kết luận**

Cấm đánh bắt cá là một hành vi pháp lý đơn phương của các quốc gia ven biển trên thế giới nhằm duy trì, bảo tồn và phát triển nguồn tài nguyên sinh vật biển dựa trên các quy định trong nhiều điều ước quốc tế, trong đó có UNCLOS. Để chứng minh tính hợp pháp của lệnh cấm đánh bắt cá, cần phải thỏa mãn các điều kiện về phạm vi áp dụng, cơ sở khoa học, sự tham vấn với các tổ chức quốc tế và các quốc gia liên quan bị ảnh hưởng bởi lệnh cấm. Việc Trung Quốc đưa ra lệnh cấm đánh cá hàng năm ở các khu vực trên Biển Đông là hành vi vi phạm pháp luật quốc tế bởi khu vực này nằm trong vùng biển thuộc chủ quyền và quyền chủ quyền của các quốc gia khác, cũng như họ đã áp đặt lệnh cấm không dựa trên căn cứ khoa học và sự tham vấn của các tổ chức quốc tế và các bên liên quan.

<sup>44</sup> Vũ Hải Đăng, “Mạng lưới song phương các khu bảo tồn biển giữa Việt Nam và Trung Quốc: Giải pháp thay thế cho lệnh cấm đánh bắt đơn phương của Trung Quốc trên Biển Đông”, trong: *Tìm kiếm giải pháp vì hòa bình và công lý ở Biển Đông*, Đặng Đình Quý (chủ biên), Nxb. Thế giới, Hà Nội, 2015, tr.424.

<sup>43</sup> Tlđđ.

# PHƯƠNG THỨC HÒA GIẢI/TRUNG GIAN TRONG GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ

*Nguyễn Thanh Tâm\**

**Tóm tắt:** Bài viết làm rõ quan niệm về phương thức hòa giải/trung gian, khuôn khổ pháp luật cho phương thức hòa giải/trung gian và bình luận về tính thực thi của thỏa thuận hòa giải/trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế; đồng thời rút ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam.

**Abstract:** This paper clarifies the concept of conciliation/mediation and legal framework for this conduct. It then analyzes and comments on the enforceability of the conciliation/mediation method in international commercial dispute resolution.

Với tiến trình hội nhập kinh tế quốc tế, các tranh chấp thương mại quốc tế phát sinh ngày càng nhiều. Các tranh chấp có thể được giải quyết bằng nhiều phương thức khác nhau, như: Thương lượng; hòa giải/trung gian; ý kiến chuyên gia; môi giới; tranh tụng trước trọng tài; tranh tụng trước tòa án; khiếu nại ở cơ quan hành chính có thẩm quyền. Mỗi phương thức có những ưu điểm và nhược điểm khác nhau, có thể được sử dụng hỗ trợ cho nhau trong quá trình giải quyết tranh chấp.

Hòa giải/trung gian là phương thức truyền thống để giải quyết các tranh chấp trong đời sống xã hội và là một trong những phương thức giải quyết tranh chấp “thay thế” tòa án (Alternative Dispute Resolution - ADR). Tuy vậy, ở Việt Nam, phương thức hòa giải/trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế vẫn còn mới mẻ, ít được áp dụng trên thực tế. Ở phạm vi thế giới, quan niệm về hòa giải/trung gian cũng có nhiều vấn đề chưa thống nhất.

## 1. Quan niệm về phương thức hòa giải/trung gian

Trong văn bản pháp luật của nhiều nước trên thế giới thường có hai thuật ngữ “conciliation” và từ “mediation”. Dưới góc độ ngôn ngữ, đây là hai thuật ngữ khác nhau và có thể dịch ra tiếng Việt là “hòa giải” (conciliation) và “trung gian” (mediation). Dưới góc độ pháp lý, hai thuật ngữ này thường được quy ước dịch ra tiếng Việt là “hòa giải”. Vậy, có thể quan niệm về hòa giải/trung gian như thế nào? Hòa giải/trung gian là hai phương thức gần giống nhau hay là hai phương thức được phân biệt rõ ràng?

*Thứ nhất*, theo pháp luật của một số nước và tổ chức quốc tế, hòa giải/trung gian là hai phương thức gần giống nhau, khó có thể phân biệt, được sử dụng thay thế cho nhau.

Theo pháp luật Ấn Độ<sup>1</sup>, Trung Quốc<sup>2</sup>, Nhật Bản, Hàn Quốc, Malaysia, Anh, một

\* TS., Khoa Pháp luật thương mại quốc tế, Trường Đại học Luật Hà Nội.

<sup>1</sup> Arbitration and Conciliation Act, 1996 (No 26 of 1996), 16 August 1996, available at: <http://legal.services.maharashtra.gov.in/pdf/arbitration%20and%20conciliation%20act%201996.pdf>, truy cập ngày 1/7/2017.

<sup>2</sup> Yu Jianlong (2009), “Conciliation in Action in China and CIETAC’s Practice”, Asia Pacific Law

số nước châu Mỹ La-tinh (như Mexico)<sup>3</sup>, và châu Âu lục địa, bang Florida của Hoa Kỳ<sup>4</sup>, Canada, hòa giải/trung gian được coi là hai phương thức có thể sử dụng thay thế cho nhau. Luật mẫu về hòa giải thương mại quốc tế 2002 của Ủy ban Liên hợp quốc về Luật thương mại quốc tế (UNCITRAL) (sau đây gọi là Luật mẫu của UNCITRAL) cũng không phân biệt phương thức trung gian và phương thức hòa giải. Điều 1(3) Luật mẫu của UNCITRAL định nghĩa: “*Hòa giải* được hiểu là một trình tự *hòa giải, trung gian* hoặc *một thể hiện tương tự* mà các bên yêu cầu bên thứ ba (hòa giải viên thương mại) trợ giúp các bên đạt được thỏa thuận giải quyết tranh chấp; hòa giải viên thương mại không có thẩm quyền áp đặt các bên tuân theo một giải pháp nào”.

Theo những quan điểm pháp luật này, phương thức hòa giải được hiểu theo nghĩa rộng, bao gồm cả phương thức hòa giải và phương thức trung gian; và hòa giải viên cũng được hiểu theo nghĩa rộng - là người hòa giải và người trung gian.

*Thứ hai*, quan niệm học thuật cho rằng, hòa giải/trung gian là hai phương thức được phân biệt rõ ràng, vì vậy, cần có những khuôn khổ pháp lý riêng biệt.

Phương thức hòa giải và phương thức trung gian có thể được phân biệt dựa trên mức độ chủ động của người giải quyết tranh chấp - bên thứ ba. Trong phương thức hòa giải, bên thứ ba sẽ đưa các bên xích lại gần nhau, khuyến khích các bên thảo luận về những điểm khác biệt, giúp họ đưa ra đề xuất phương án giải quyết của riêng mình.

Trong khi đó, phương thức trung gian cho phép bên thứ ba nắm vai trò chủ động hơn trong việc giúp các bên tranh chấp tìm ra một giải pháp chấp nhận được, thậm chí có thể đưa ra giải pháp của mình cho các bên<sup>5</sup>. Sự phân biệt này được ghi nhận chủ yếu trong các ấn phẩm luật học.

*Thứ ba*, ở Việt Nam, sự phân biệt giữa phương thức hòa giải và phương thức trung gian không thực sự rõ nét. Pháp luật Việt Nam quy định không rõ ràng về vấn đề này. Ví dụ: Điều 317 Luật Thương mại 2005 quy định một trong các phương thức giải quyết tranh chấp là “*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*”. Trong Nghị định số 22/2017/NĐ-CP ngày 24/02/2017 về hòa giải thương mại (sau đây gọi là Nghị định 22), khoản 1 Điều 3 đưa ra định nghĩa sau: “*Hòa giải* thương mại là phương thức giải quyết tranh chấp thương mại do các bên thỏa thuận và được hòa giải viên thương mại làm *trung gian hòa giải* hỗ trợ giải quyết tranh chấp theo quy định của Nghị định này”. Theo Nghị định 22, hòa giải viên là bên thứ ba trung lập hỗ trợ các bên tranh chấp và có thể đưa ra đề xuất nhằm giải quyết tranh chấp. Như vậy, về cơ bản, trong pháp luật Việt Nam, hai thuật ngữ “hòa giải” và “trung gian” được sử dụng cùng nhau. Trong thực tiễn, thuật ngữ “trung gian hòa giải” thường sử dụng để chỉ việc giải quyết tranh chấp thông qua bên thứ ba mà không phải là trọng tài hay tòa án. Khái niệm hòa giải do vậy được tiếp cận theo nghĩa rộng, bao gồm cả “hòa giải” và “trung gian”.

Review, Vol.17.

<sup>3</sup> Código Civil para el Distrito Federal (C.C.D.F.), Art. 676.

<sup>4</sup> Waxman (1990), “*Mediation: Part I: Background and Overview*”, Nova Law Review, Vol.14. tr. 933.

<sup>5</sup> Hanoi Law University, *Textbook on International Trade and Business Law*, People’s Public Security Publishing House, Hanoi, (2012) (Giáo trình song ngữ Anh-Việt do EU tài trợ trong khuôn khổ dự án EU-Việt Nam MUTRAP III), tr. 1002.

Hòa giải/trung gian, theo đó, một bên thứ ba trung lập hỗ trợ các bên thảo luận để hướng tới một thỏa thuận thương lượng, là một phương thức giải quyết bất đồng phổ biến và được chấp nhận trong giới kinh doanh quốc tế ở phạm vi toàn cầu. Nó được sử dụng chủ yếu trong trường hợp các bên nhận thấy sẽ không thuận lợi khi phải giải quyết tranh chấp trước tòa án. Do hòa giải/trung gian tỏ ra rất hiệu quả, nên hiện nay các hợp đồng thương mại quốc tế thường ghi nhận nghĩa vụ của các bên phải cố gắng giải quyết mọi tranh chấp bằng phương thức này trước khi khởi kiện ra tòa án hoặc trọng tài. Hòa giải/trung gian có thể đặc biệt hữu ích, khi các bên muốn tiếp tục mối quan hệ kinh doanh và không muốn bị tổn hại bởi thủ tục tố tụng tại tòa án hoặc trọng tài.

## **2. Khuôn khổ pháp luật cho phương thức hòa giải/trung gian**

### **2.1. Pháp luật quốc tế**

#### **2.1.1. Ở phạm vi toàn cầu**

Khuôn khổ ghi nhận phương thức hòa giải/trung gian ở phạm vi toàn cầu, chủ yếu là Luật mẫu của UNCITRAL về hòa giải thương mại quốc tế năm 2002 và Quy tắc của Phòng Thương mại quốc tế (ICC) về ADR (có hiệu lực ngày 01/7/2001). Quy tắc của ICC về ADR quy định một hệ thống các phương thức giải quyết tranh chấp, bao gồm trung gian, tố tụng mi-ni, đánh giá trung lập và một số các phương thức khác, hoặc kết hợp các phương thức nêu trên thông qua thỏa thuận của các bên. Dưới góc độ giá trị pháp lý của nguồn luật, các Luật mẫu và Quy tắc trên được xếp vào loại “luật mềm” (“soft law”), không ràng buộc pháp lý đối với các bên tham gia hoạt động hòa giải/trung gian.

Ngoài ra, hiện nay không có khuôn khổ pháp lý quốc tế cho việc thi hành các kết quả của hoạt động hòa giải/trung gian. Bên cạnh đó, số lượng các vụ án diễn giải về luật hòa giải/trung gian còn hạn chế cũng gây khó khăn cho việc hình thành nguồn luật án lệ quốc tế trong lĩnh vực pháp luật này.

#### **2.1.2. Ở phạm vi khu vực**

Ở tầm khu vực, Liên minh châu Âu (EU) là một trong những khu vực áp dụng rất thành công phương thức hòa giải/trung gian<sup>6</sup>.

Các thiết chế EU coi việc thúc đẩy hòa giải/trung gian trong EU là rất cần thiết. Vì vậy, năm 2008, EU đã ban hành Chỉ thị số 2008/52/EC (“The EU Mediation Directive”) nhằm điều chỉnh việc thực hiện phương thức hòa giải/trung gian để giải quyết các tranh chấp dân sự và thương mại ở các nước thành viên. Tất cả các nước thành viên EU (trừ Đan Mạch) có nghĩa vụ thực thi các quy định của Chỉ thị này vào ngày 21/5/2011 (sau đây gọi là “Chỉ thị”).

#### **Các mục tiêu của Chỉ thị:**

Mục tiêu hàng đầu của Chỉ thị này là khuyến khích các nước thành viên áp dụng thống nhất các quy định về hòa giải/trung gian trong giải quyết tranh chấp dân sự và thương mại xuyên biên giới, đồng thời cung cấp cho các nước thành viên một khuôn khổ pháp lý linh hoạt, cho phép các nước ban hành các quy định pháp luật về hòa giải/trung gian của riêng mình, phù hợp với Chỉ thị của EU.

Mục tiêu lớn của Chỉ thị là “tạo thuận lợi cho việc tiếp cận giải quyết tranh chấp và thúc đẩy giải quyết tranh chấp thân thiện bằng cách khuyến khích việc sử dụng phương thức hòa giải/trung gian và đảm bảo

<sup>6</sup> Linklaters, *Commercial Mediation - A Comparative Review*, 2013, tr. 3-4.

mối quan hệ cân bằng giữa phương thức hòa giải/trung gian và tố tụng tư pháp” (Điều 1). Phương thức này được áp dụng khi hai hoặc nhiều bên tham gia vào một tranh chấp xuyên biên giới mang tính chất dân sự hoặc thương mại tự nguyện cố gắng đạt được một thỏa thuận hòa giải/trung gian với sự trợ giúp của hòa giải viên/người trung gian. Phạm vi tranh chấp không bao gồm các vấn đề như thu nhập, hải quan, hành chính, trách nhiệm pháp lý của nhà nước, hôn nhân gia đình. Tuy nhiên, với định nghĩa rộng về “các tranh chấp xuyên biên giới”, các quy định của Chỉ thị về bảo mật, thời hạn, thời hiệu cũng được áp dụng trong các tình huống vốn thuần túy là tranh chấp nội địa tại thời điểm hòa giải/trung gian, nhưng trở thành tranh chấp quốc tế trong giai đoạn tiến hành tố tụng tư pháp, ví dụ: Trường hợp một bên tranh chấp di chuyển ra nước ngoài sau khi hòa giải/trung gian thất bại.

Chỉ thị này được áp dụng chủ yếu đối với các tranh chấp xuyên biên giới giữa các nước thành viên EU. Tuy nhiên, nếu các bên lựa chọn, thì quy trình hòa giải/trung gian theo Chỉ thị này cũng có thể được áp dụng để giải quyết các tranh chấp thương mại nội địa.

## 2.2. *Pháp luật nước ngoài*

Hiện nay, pháp luật nhiều nước trên thế giới có quy định về hòa giải/trung gian, như: Hoa Kỳ, Canada, Mexico, Anh Quốc, Đức, Italy, Tây Ban Nha, Ấn Độ, Trung Quốc, Pakistan, Bangladesh, Myanmar, Philippines, Thailand, Malaysia... Với những kinh nghiệm thành công và chưa thành công, pháp luật về hòa giải/trung gian trong thương mại quốc tế của một số nước sau sẽ giúp các nước đang triển khai mô hình này như Việt Nam có thêm kinh nghiệm thực tiễn.

### 2.2.1. *Pháp luật Hoa Kỳ - kinh nghiệm thành công về pháp luật hòa giải/trung gian*<sup>7</sup>

Năm 2001, Ủy ban quốc gia về thống nhất pháp luật tiểu bang của Hoa Kỳ ban hành Đạo luật Hòa giải/trung gian thống nhất (Uniform Mediation Act - UMA) với nỗ lực giảm bớt sự khác biệt trong các quy định về hòa giải/trung gian giữa các tiểu bang. Năm 2003, đạo luật này được sửa đổi để phù hợp với Luật mẫu của UNCITRAL năm 2002.

Ở Hoa Kỳ, hòa giải/trung gian được coi là một dịch vụ giải quyết tranh chấp thương mại chuyên nghiệp. Tùy theo quy định, ở mỗi tiểu bang sẽ có các mô hình khác nhau để cung cấp dịch vụ hòa giải/trung gian. Về cơ bản, ở hầu hết các tiểu bang, hòa giải/trung gian đều bao gồm hai loại: (i) Hòa giải/trung gian thông qua tòa án, và (ii) Hòa giải/trung gian thông qua tư nhân.

*Hòa giải/trung gian thông qua tòa án* dựa trên nguyên tắc người sử dụng trả tiền, được tự lựa chọn hòa giải viên/người trung gian, thương lượng lệ phí, khung thời gian... Các tòa án sẽ duy trì một danh sách những hòa giải viên/người trung gian độc lập đã được phê duyệt để các bên có thể lựa chọn. Nếu hai bên cùng đồng ý, các bên có thể được phép chọn một người không thuộc danh sách của tòa án. Hòa giải viên/người trung gian làm việc độc lập với tòa án và công việc thường diễn ra ngoài khu vực tòa án. Đây được coi là một dịch vụ giải quyết tranh chấp ngoài tòa án, mặc dù tòa án vẫn

<sup>7</sup> Linklaters, *Commercial Mediation - A Comparative Review*, 2013, tr. 45; Phạm Thanh Hằng (2017), “*Kinh nghiệm của Hoa Kỳ về phương thức trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế*”, Kỷ yếu Hội thảo cấp Khoa: Phương thức trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế - Kinh nghiệm cho Việt Nam, Trường Đại học Luật Hà Nội, tháng 4.

quản lý, nhưng không trực tiếp thực hiện. Hiện nay, phương thức hòa giải/trung gian nhận được sự ủng hộ rất lớn của các tòa án ở Hoa Kỳ. Thậm chí, trong một số trường hợp, các Tòa án khu vực (US District Courts) có thể yêu cầu hòa giải/trung gian như là một phương thức bắt buộc khi xảy ra tranh chấp. Ví dụ, trường hợp *Tập đoàn Atlantic Pipe (APC)*<sup>8</sup> khởi kiện lên Tòa án Liên bang ở vùng 1 (First Circuit Federal Court), họ cho rằng Tòa án khu vực ở Puerto Rico không có thẩm quyền bắt buộc họ phải tham gia và thanh toán chi phí cho dịch vụ hòa giải/trung gian. Mặc dù Tòa án Liên bang ở vùng 1 không ủng hộ điều khoản hòa giải/trung gian trong tranh chấp này, nhưng cũng kết luận rằng Tòa khu vực có quyền đưa ra lệnh bắt buộc sử dụng hòa giải/trung gian như một phương thức giải quyết tranh chấp bên cạnh tố tụng tư pháp.

*Hòa giải/trung gian thông qua tư nhân*, là dịch vụ hòa giải/trung gian do các tổ chức hoặc cá nhân cung cấp trong khu vực tư nhân. Mô hình này được thực hiện trên cơ sở người sử dụng trả phí và mức phí được đàm phán giữa người sử dụng (các bên tranh chấp) và bên thứ ba làm trung gian hòa giải. Khác với mô hình ở trên, tòa án sẽ không tham gia cung cấp dịch vụ hòa giải/trung gian mà các bên tự tìm nhà cung cấp dịch vụ. Trong một vài trường hợp, các bên có thể thỏa thuận việc sử dụng cơ chế hòa giải/trung gian để giải quyết tranh chấp như một điều khoản trong hợp đồng. Tuy nhiên, trong thực tiễn hợp đồng thương mại, điều khoản về trọng tài vẫn được sử dụng phổ biến hơn, vì nó luôn dẫn đến một giải pháp, trong khi hòa giải/trung gian có thể

chỉ là một công cụ hiệu quả để giải quyết trước khi tranh chấp trở nên phức tạp.

2.2.2. *Pháp luật của Pháp - kinh nghiệm thành công về pháp luật hòa giải/trung gian*<sup>9</sup>

Chỉ thị số 2008/52/EC của EU về hòa giải/trung gian (“The EU Mediation Directive”) đã được chuyển hóa vào hệ thống pháp luật của Pháp bằng Pháp lệnh năm 2011 (Ordonnance No. 2011-1540 ngày 16/11/2011), được thông qua theo Luật số 2011-525 ngày 17/5/2011.

Theo pháp lệnh này, một thỏa thuận thể hiện việc giải quyết tranh chấp thân thiện giữa các bên chính là một hợp đồng, sẽ được thực thi như một hợp đồng, và một thỏa thuận giải quyết tranh chấp đạt được trong quá trình hòa giải/trung gian cũng được thực thi thông qua thủ tục công nhận của tòa án (“homologation”).

Phù hợp với Chỉ thị số 2008/52/EC của EU, Điều 1 Pháp lệnh này quy định, một khi thỏa thuận giải quyết tranh chấp đạt được thông qua hòa giải/trung gian đã được tòa án công nhận, thì nó sẽ được thực thi như một phán quyết của tòa án (“force exécutoire”).

Đối với thủ tục hòa giải/trung gian theo yêu cầu của tòa án, thì “homologation” sẽ được thực thi theo quy định tại Điều 131-12 Bộ luật Tố tụng Dân sự, theo đó thỏa thuận giải quyết tranh chấp đạt được trong quá trình hòa giải/trung gian, theo yêu cầu của các bên, có thể được tòa án công nhận theo thủ tục không tranh tụng (“procédure gracieuse”).

Đối với thủ tục hòa giải/trung gian theo hợp đồng, thì thỏa thuận hòa giải/trung gian

---

<sup>8</sup> *Re Atlantic Pipe Corp.*, 304 F.3d 135 (1st Cir. 2002).

---

<sup>9</sup> Linklaters, *Commercial Mediation - A Comparative Review*, 2013, tr. 14-16.

sẽ được thực thi theo Điều 1534 Bộ luật Dân sự, theo đó các bên tham gia hoà giải/trung gian (hoặc một bên, với sự đồng ý của các bên khác) được phép yêu cầu tòa án cử một thẩm phán để giải quyết việc công nhận thỏa thuận hòa giải/trung gian của họ. Thẩm phán có thẩm quyền công nhận thỏa thuận hòa giải/trung gian là thẩm phán có thẩm quyền xét xử tranh chấp nếu được đưa ra tòa. Thẩm phán sẽ đưa ra quyết định bằng văn bản và không có phiên xét xử, trừ trường hợp thẩm phán cho rằng điều đó là cần thiết. Đồng thời, Thẩm phán cũng không thể sửa đổi các điều khoản của thỏa thuận hòa giải/trung gian. Trước khi ra quyết định thì hành thỏa thuận hòa giải/trung gian, tòa án sẽ xác minh để đảm bảo nội dung của thỏa thuận này là không trái với các nguyên tắc về chính sách công của Pháp.

Nếu thỏa thuận đạt được thông qua hòa giải/trung gian đã được tòa án hoặc cơ quan có thẩm quyền tại một nước thành viên EU khác công nhận, thì thỏa thuận đó cũng sẽ được thực thi tại Pháp theo thủ tục công nhận các quyết định theo Quy định của Hội đồng EC số 44/2001 ngày 22/12/2000 (EC Council Regulation No. 44/2001).

*2.2.3. Pháp luật Tây Ban Nha - kinh nghiệm chưa thành công về pháp luật hòa giải/trung gian<sup>10</sup>*

Tây Ban Nha là một ví dụ điển hình cho việc áp dụng chưa thành công phương thức

hòa giải/trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế.

Trong một thời gian dài, pháp luật Tây Ban Nha quy định bắt buộc các bên tranh chấp phải tiến hành hòa giải/trung gian trước khi khởi kiện ở tòa án. Nhiều chuyên gia pháp luật cho rằng, quy trình hòa giải/trung gian theo kiểu này không có giá trị thực tế. Các bên tranh chấp thực hiện quy trình hòa giải/trung gian chỉ như một thủ tục hình thức để tiến tới tố tụng tư pháp. Một số cơ quan trọng tài tại Tây Ban Nha có đề nghị cung cấp dịch vụ hòa giải/trung gian, trong đó chọn lựa hòa giải viên/người trung gian từ danh sách trọng tài viên. Tuy nhiên, việc áp dụng phương thức hòa giải/trung gian cũng không đạt hiệu quả, bởi hòa giải viên/người trung gian không đáp ứng yêu cầu công việc, do không được tổ chức đào tạo kỹ năng cho người hành nghề chuyên nghiệp.

Hiện nay, trước sự quan tâm ngày càng tăng của các nhà lập pháp đối với thực tiễn hòa giải/trung gian đã dẫn đến việc ban hành Đạo luật Hòa giải/trung gian Tây Ban Nha 2012 (Spanish Mediation Act 2012 - Ley 5/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 947) điều chỉnh hoạt động hòa giải/trung gian trong lĩnh vực dân sự và thương mại. Đạo luật này là sự chuyển hóa Chỉ thị số 2008/52/EC của EU (“The EU Mediation Directive”) vào hệ thống pháp luật Tây Ban Nha.

### **3. Hiệu lực thực thi của thỏa thuận hòa giải/trung gian qua thực tiễn thương mại quốc tế**

Cho tới thời điểm hiện tại, khó có thể có câu trả lời khẳng định cho câu hỏi đặt ra là, việc sử dụng phương thức hòa giải/trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế có hiệu quả hay không? Các bên

<sup>10</sup> Linklaters, *Commercial Mediation - A Comparative Review*, 2013, tr. 40; Phạm Thanh Hằng, Đỗ Thu Hương (4/2017), “*Kinh nghiệm của EU về phương thức trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế*”, Kỷ yếu Hội thảo cấp Khoa: Phương thức trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế - Kinh nghiệm cho Việt Nam, Trường Đại học Luật Hà Nội.

tranh chấp còn e ngại điều gì? Tính không ràng buộc pháp lý, tính kém thực thi của thỏa thuận giải quyết tranh chấp bằng phương thức hòa giải/trung gian làm cho việc tôn trọng kết quả giải quyết tranh chấp hoàn toàn phụ thuộc văn hóa kinh doanh của các bên tranh chấp.

Thời gian gần đây, mặc dù cộng đồng quốc tế, đặc biệt là UNCITRAL, đã có nhiều cố gắng, nhưng việc chuẩn hoá các quy định quốc tế về thỏa thuận hòa giải/trung gian đã không thành công, vì việc thực thi chúng phụ thuộc vào các chính sách quốc gia khác nhau. Từ đó, cộng đồng quốc tế đưa ra ý tưởng: Liệu có nên xem xét việc thực thi các thỏa thuận hòa giải/trung gian thông qua Công ước New York 1958 về công nhận và cho thi hành phán quyết của trọng tài nước ngoài hay không?<sup>11</sup>. Tuy nhiên, làm thế nào để một quy trình tiêu chuẩn được thiết kế cho các thủ tục trọng tài trong Công ước New York 1958 lại có thể áp dụng cho các hoạt động hòa giải/trung gian, khi bản chất của hai phương thức này là không giống nhau? Trọng tài được xem là thủ tục bắt buộc, nếu có sự tồn tại của một thỏa thuận trọng tài hợp pháp; trong khi hòa giải/trung gian là một thủ tục tự nguyện, không có tính bắt buộc. Nếu việc thực thi các thỏa thuận hòa giải/trung gian mang tính cưỡng chế theo Công ước New York 1958, có thể tạo ra nhiều thách thức trong việc sửa đổi, bổ sung Công ước và áp dụng những sửa đổi đó cho hoạt động hòa giải/trung gian. Điều đó cũng đồng nghĩa với việc bản chất của phương thức hòa giải/trung gian có thể bị thay đổi, bởi

phương thức này ưu tiên sự thỏa thuận của các bên tranh chấp hơn là một phán quyết buộc các bên phải thi hành. Cho đến hiện tại, vấn đề này vẫn được cộng đồng quốc tế bàn luận và chưa có quyết định cuối cùng, bởi những khó khăn của nó trong việc tìm ra một mô hình, giải pháp thống nhất, phù hợp cho cộng đồng thương mại quốc tế.

Do đó, việc thi hành các thỏa thuận hòa giải/trung gian vẫn phụ thuộc vào pháp luật quốc gia và phụ thuộc vào mỗi trung tâm trung gian, hoà giải, trọng tài. Ví dụ, nếu tranh chấp được tiến hành trung gian tại Trung tâm Trung gian quốc tế Singapore và lựa chọn áp dụng Nghị định thư Trọng tài - Trung gian - Trọng tài (Arb-Med-Arb)<sup>12</sup>, thì thỏa thuận hòa giải/trung gian thành mà các bên đạt được sẽ được ghi nhận như một phán quyết trọng tài của Trung tâm trọng tài quốc tế Singapore (SIAC), và được thi hành tại các nước thành viên của Công ước New York 1958<sup>13</sup>.

Có thể nói, pháp luật của nhiều nước chưa coi thỏa thuận hòa giải/trung gian có giá trị pháp lý như một phán quyết trọng tài để có thể được công nhận và cho thi hành ngay, mà thường chỉ coi như một hợp đồng giữa các bên. Vì vậy, nếu các bên đạt được thỏa thuận giải quyết vụ tranh chấp, nhưng sau đó một bên không thực thi thỏa thuận này, thì bên kia có quyền đệ đơn lên tòa án để giải quyết vụ tranh chấp, và thỏa thuận hòa giải/trung gian trở thành một chứng cứ quan trọng. Thực tế cho thấy, trong những

<sup>11</sup> Brette L. Steele, "Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention", 4 UCLA Law Review 2007, tr. 1388.

<sup>12</sup> <http://simc.com.sg/siac-simc-arb-med-arb-protocol/>, truy cập ngày 1/7/2017.

<sup>13</sup> Nguyễn Mai Linh, Trần Thu Yến (2017), "Kinh nghiệm quốc tế về phương thức trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế", Kỷ yếu Hội thảo cấp Khoa: Phương thức trung gian trong giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế - Kinh nghiệm cho Việt Nam, Trường Đại học Luật Hà Nội, tháng 4.

trường hợp như vậy, tòa án các nước thường tiến hành thủ tục tố tụng rất nhanh chóng, ghi nhận thỏa thuận hòa giải/trung gian và ra phán quyết có lợi cho bên bị vi phạm<sup>14</sup>.

#### 4. Một số kinh nghiệm cho Việt Nam

Ở Việt Nam, pháp luật điều chỉnh hoạt động giải quyết tranh chấp bằng tố tụng tòa án và trọng tài đang được hoàn thiện. Tuy nhiên, cơ chế hòa giải thương mại vẫn chưa được đáp ứng nhu cầu thực tế. Nghị quyết số 49-NQ/TW của Bộ Chính trị ngày 02/6/2005 về Chiến lược cải cách tư pháp đến năm 2020 đã khẳng định: “Khuyến khích việc giải quyết một số tranh chấp thông qua thương lượng, hòa giải, trọng tài; Tòa án hỗ trợ bằng quyết định công nhận việc giải quyết đó”.

Phương thức hòa giải từ lâu đã được đề cập đến trong nhiều văn bản pháp luật Việt Nam, ở mức độ nguyên tắc chung, như: Bộ luật Dân sự năm 2015; Luật Thương mại năm 2005; Luật Đầu tư năm 2014 (sửa đổi, bổ sung năm 2016); Luật Doanh nghiệp năm 2014, Luật Bảo vệ môi trường năm 2014, Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009), Bộ luật Hàng hải năm 2015, Luật Dầu khí năm 1993 (sửa đổi, bổ sung năm 2000, 2008), Luật Bảo vệ quyền lợi người tiêu dùng năm 2010, Luật Hôn nhân và gia đình năm 2014, Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015...

Trong năm 2007, phương thức hòa giải thương mại được bổ sung vào phạm vi hoạt động của Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC), bằng việc quy định các quy

tắc hòa giải của VIAC có hiệu lực từ tháng 9/2007 (“Quy tắc VIAC”)<sup>15</sup>.

Các điều ước quốc tế mà Việt Nam tham gia như các Hiệp định bảo hộ và khuyến khích đầu tư, các Hiệp định thương mại song phương và đa phương cũng có những quy định về áp dụng phương thức hòa giải/trung gian như là biện pháp ưu tiên trong việc giải quyết các tranh chấp phát sinh<sup>16</sup>. Cam kết về dịch vụ của Việt Nam khi gia nhập Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) cũng bao gồm cam kết đối với dịch vụ hòa giải thương mại<sup>17</sup>.

Năm 2017, Chính phủ ban hành Nghị định 22 về hòa giải thương mại, trên cơ sở tham khảo và học hỏi Luật mẫu của UNCITRAL năm 2002. Nghị định 22 quy định về phạm vi, nguyên tắc, trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp bằng hòa giải thương mại, hòa giải viên thương mại, tổ chức hòa giải thương mại, tổ chức hòa giải thương mại nước ngoài tại Việt Nam và quản lý nhà nước về hoạt động hòa giải thương mại. Về cơ bản, Nghị định 22 đã cố gắng bao trùm và điều chỉnh các khía cạnh của hòa giải thương mại. Đây có thể được xem như một bước tiến lớn trong quá trình công nhận hòa giải là một phương thức giải quyết tranh chấp độc lập trong lĩnh vực thương mại.

Do Nghị định 22 mới có hiệu lực thi hành từ ngày 15/4/2017, nên chưa đủ thời gian để đánh giá việc thực hiện trong thực

<sup>14</sup> Linklaters, *Commercial Mediation - A Comparative Review*, 2013, tr. 1-2; [http://www.nclp.org.vn/thuc\\_tien\\_phap\\_luat/hoa-giai-trong-thuong-mai-va-phat-trien-phuong-thuc-hoa-giai-trong-thuong-mai-o-viet-nam](http://www.nclp.org.vn/thuc_tien_phap_luat/hoa-giai-trong-thuong-mai-va-phat-trien-phuong-thuc-hoa-giai-trong-thuong-mai-o-viet-nam), 2011, tr. 43.

<sup>15</sup> Trung tâm Trọng tài Quốc tế Việt Nam (VIAC), <http://www.viac.org.vn>.

<sup>16</sup> Tạp chí Nghiên cứu lập pháp điện tử, [http://www.nclp.org.vn/thuc\\_tien\\_phap\\_luat/hoa-giai-mot-phuong-thuc-giai-quyet-tranh-chap-thay-the](http://www.nclp.org.vn/thuc_tien_phap_luat/hoa-giai-mot-phuong-thuc-giai-quyet-tranh-chap-thay-the), 2012, tr. 47.

<sup>17</sup> “Biểu cam kết về thương mại dịch vụ của Việt Nam trong WTO”, *Cam kết về dịch vụ liên quan đến tư vấn quản lý*, Tổ chức Thương mại thế giới (WTO), 2006.

tiền. Tuy nhiên, một số vấn đề về pháp luật hòa giải thương mại hiện đã nảy sinh tranh luận. Ví dụ: Quy định về tiêu chuẩn hòa giải viên thương mại (Điều 7 Nghị định 22) còn chung chung; chưa có chính sách thúc đẩy sự phát triển hoạt động hòa giải tư nhân ở Việt Nam; các quy định pháp luật tố tụng dân sự chưa đủ để khuyến khích hoặc bắt buộc các bên tranh chấp sử dụng hòa giải trước khi phải tranh tụng tại tòa án hay trọng tài; các quy định pháp luật dân sự và tố tụng dân sự chưa rõ ràng, chi tiết để hỗ trợ thủ tục hòa giải ngoài tòa án và trọng tài; các quy định của pháp luật dân sự chưa làm rõ ràng, thời gian mà các bên tiến hành hòa giải có tính vào thời hiệu khởi kiện hay không...

Vì vậy, qua việc nghiên cứu ở trên, tác giả xin đưa ra một số kinh nghiệm cho Việt Nam khi sử dụng phương thức hòa giải để giải quyết tranh chấp thương mại quốc tế như sau:

*Thứ nhất*, về định hướng hoàn thiện pháp luật về hòa giải thương mại cần dựa trên cơ sở thực tiễn hoạt động hòa giải trong nước và kinh nghiệm quốc tế, nhất là kinh nghiệm của pháp luật EU trong việc thực thi các thỏa thuận đạt được thông qua hòa giải/trung gian.

*Thứ hai*, xây dựng và đào tạo đội ngũ hòa giải viên thương mại có kỹ năng, nhằm đáp ứng yêu cầu của công việc.

Để đảm bảo cho hoạt động hòa giải thương mại thực sự có hiệu quả, cần quy định chặt chẽ hơn về trình độ của hòa giải viên thương mại. Phải tổ chức những khóa đào tạo hòa giải viên thương mại một cách bài bản; xây dựng Chương trình chứng nhận hòa giải viên thương mại tại Việt Nam, cũng như xây dựng Bộ Quy tắc đạo đức của hòa giải viên.

Về vấn đề này, theo kinh nghiệm của EU, pháp luật ủng hộ việc phát triển và sử dụng các quy tắc ứng xử tự nguyện và cơ chế kiểm soát chất lượng có hiệu quả khác nhằm điều chỉnh tốt hoạt động cung cấp dịch vụ hòa giải/trung gian. Tính chất “tự nguyện” ở đây có nghĩa, sẽ không có một quy trình giám sát hay cưỡng chế đối với hòa giải viên/người trung gian, mà nhấn mạnh đến việc tự điều chỉnh của những người hành nghề chuyên nghiệp.

*Thứ ba*, cần xây dựng cơ sở pháp lý cụ thể, chính sách thúc đẩy sự hình thành và phát triển hoạt động hòa giải thương mại tư nhân ở Việt Nam.

Hiện tại ở Việt Nam, chỉ có Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC) xây dựng và ban hành Quy tắc hòa giải; bước đầu đặt nền móng cho hoạt động hòa giải tư nhân với tính chất là dịch vụ chuyên nghiệp ở Việt Nam. Ngoài VIAC, dịch vụ hòa giải thương mại ở Việt Nam có thể được cung cấp bởi các chuyên gia, công ty tư vấn, văn phòng luật, các hiệp hội và các tổ chức khác. Trong thực tiễn, một số văn phòng luật và hiệp hội đã thực hiện hoạt động hòa giải thương mại theo yêu cầu của khách hàng hoặc thành viên. Tuy nhiên, có thể nói rằng, các chủ thể đó chưa thực sự chú trọng công việc này, chưa coi đó là một hoạt động chuyên nghiệp.

*Thứ tư*, cần có chính sách, quy định pháp luật nhằm khuyến khích hoặc bắt buộc các bên tranh chấp sử dụng hòa giải thương mại trước khi phải tranh tụng tại tòa án hay trọng tài.

Theo quy định tại Điều 5 Nghị định 22, chính sách của Nhà nước là khuyến khích (không bắt buộc), các bên tranh chấp phải sử dụng phương thức hòa giải thương mại.

Điều này là phù hợp với thông lệ quốc tế, tuy nhiên có thể không phù hợp với thực tiễn văn hóa kinh doanh của giới doanh nhân Việt Nam. Bởi thông thường, khi xảy ra tranh chấp, giới doanh nhân và luật sư ít khi tự nguyện đề xuất tiến hành hòa giải, và cũng không có nhiều kỹ năng hòa giải. Do vậy, pháp luật cần tính đến việc bắt buộc các bên phải tiến hành hòa giải trước khi đưa tranh chấp ra trọng tài hay tòa án.

Theo pháp luật của hầu hết các nước, sự lựa chọn tham gia vào tiến trình hòa giải/trung gian hoàn toàn thuộc về các bên, và tòa án không có quyền buộc các bên phải tham gia thương lượng để giải quyết tranh chấp. Sự thành công của phương thức hòa giải/trung gian phụ thuộc vào sự tự nguyện thỏa hiệp của các bên, do đó, phương thức này sẽ không thích hợp nếu một trong hai bên hoặc cả hai bên không sẵn sàng thỏa hiệp. Tuy nhiên, một số nghiên cứu lại cho thấy kết quả ngược lại, theo đó tỷ lệ giải quyết tranh chấp bằng hòa giải/trung gian tự nguyện và hòa giải/trung gian do bị cưỡng chế thực thi là tương đương nhau<sup>18</sup>. Cũng theo các nghiên cứu này, nhiều thẩm phán ở các nước ủng hộ quan điểm theo đó, các bên nên cố gắng giải quyết bất đồng trước khi tiến hành các thủ tục tố tụng tại tòa án, và tòa án cũng ngày càng ủng hộ các bên tham gia hòa giải/trung gian trước khi xét xử hoặc kháng cáo. Nếu các bên từ chối tiến hành hòa giải/trung gian mà không có lý do hợp lý thì có thể bị áp dụng chế tài.

Theo quy định của Bộ luật Tố tụng Dân sự Việt Nam năm 2015, việc các bên thỏa thuận thực hiện phương thức hòa giải không phải là một căn cứ để tòa án từ chối thụ lý

vụ án. Đây cũng là điểm cần tiếp tục nghiên cứu, hoàn thiện, để có thể khuyến khích hoặc bắt buộc các bên tranh chấp thực hiện phương thức hòa giải tại Việt Nam trong bối cảnh hiện nay. Ví dụ, cần quy định theo đó, tòa án từ chối thụ lý vụ tranh chấp, nếu các bên chưa giải quyết tranh chấp đó bằng phương thức hòa giải thương mại, tương tự như quy định về ưu tiên sử dụng trọng tài được quy định trong Luật Trọng tài thương mại năm 2010: “Tòa án từ chối thụ lý trong trường hợp có thỏa thuận trọng tài”.

Tiếp theo, pháp luật cần trao quyền cho thẩm phán mời các bên tiến hành hòa giải thương mại ở bất kỳ giai đoạn nào của quá trình tố tụng, nếu thẩm phán cho rằng điều đó là thích hợp. Mục đích của quy định này là khuyến khích hoặc bắt buộc các bên xem xét việc sử dụng phương thức hòa giải thương mại, với điều kiện, quy định đó không cản trở các bên sử dụng phương thức giải quyết tranh chấp khác (như tòa án hay trọng tài). Nếu các bên cố tình bỏ qua thủ tục hòa giải thương mại thì có thể bị áp dụng biện pháp chế tài.

*Thứ năm*, tăng tính thực thi của các thỏa thuận hòa giải thành.

Theo kinh nghiệm của pháp luật EU, các nước thành viên EU phải đảm bảo rằng, các thỏa thuận đạt được thông qua hòa giải/trung gian sẽ được thực thi. Việc thực thi thỏa thuận hòa giải/trung gian không cần phụ thuộc vào thiện chí của các bên. Theo pháp luật của hầu hết các nước trong EU, các thỏa thuận hòa giải/trung gian thường được coi là hợp đồng và cần được thực thi theo các nguyên tắc hợp đồng thông thường. Việc không tuân thủ các điều khoản đã thỏa thuận là vi phạm hợp đồng và bên bị thiệt hại có thể khởi kiện theo luật quốc gia. Điều này cho phép việc giải quyết tranh chấp

<sup>18</sup> Linklaters, *Commercial Mediation - A Comparative Review*, 2013, tr. 1-2.

bằng phương thức hòa giải/trung gian, với một số điều kiện, sẽ được thực thi theo cách tương tự như lệnh của tòa án.

Theo quy định tại Nghị định 22, việc công nhận kết quả hòa giải thành được xem xét công nhận theo quy định của pháp luật tố tụng dân sự. Theo đó, tại Điều 15 và khoản 7 Điều 27 Bộ luật Tố tụng Dân sự năm 2015 của Việt Nam, cũng đã ghi nhận thẩm quyền của tòa án trong việc tiến hành hòa giải và thụ lý các yêu cầu công nhận kết

quả hòa giải thành ngoài tòa án. Tuy nhiên, các quy định này cần được thiết kế hoặc hướng dẫn thực hiện chi tiết hơn nhằm hỗ trợ thủ tục hòa giải thương mại ngoài tòa án hoặc trọng tài.

*Thứ sáu*, pháp luật nên quy định: Thời gian mà các bên tiến hành hòa giải thương mại sẽ không được tính vào thời hiệu khởi kiện của các bên, nhằm khuyến khích các bên sử dụng phương thức hòa giải thương mại.

---

***(Tiếp theo trang 46 – Bàn về vấn đề xác lập...)***

*con từ đủ 09 tuổi trở lên thì phải xem xét nguyện vọng của con; con từ đủ 15 tuổi đến dưới 18 tuổi có quyền định đoạt tài sản riêng, trừ trường hợp tài sản là bất động sản, động sản có đăng ký quyền sở hữu, quyền sử dụng hoặc dùng tài sản để kinh doanh thì phải có sự đồng ý bằng văn bản của cha mẹ hoặc người giám hộ*". Như vậy, theo pháp luật Việt Nam hiện hành thì cha mẹ chỉ là người quản lý tài sản của con chưa thành niên dưới 15 tuổi và từ đủ 15 tuổi trở lên khi cần thiết. Trong thời gian quản lý cha mẹ có thể khai thác tài sản cũng như định đoạt tài sản của con chưa thành niên dưới 15 tuổi với điều kiện phải vì lợi ích của người đó, từ đó suy ra, theo quy định của Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014 thì cha mẹ không thể sử dụng hoặc hưởng hoa lợi, lợi tức từ tài sản của con chưa thành niên cho lợi ích của cá nhân mình<sup>17</sup>.

Trường hợp trợ cấp bù trừ tồn tại dưới khái niệm nghĩa vụ cấp dưỡng giữa vợ và

chồng khi ly hôn quy định tại Điều 115 Luật Hôn nhân và Gia đình năm 2014. Tuy nhiên, việc cấp dưỡng này không đề cập đến tài sản cấp dưỡng là một quyền hưởng dụng như BLDS Pháp.

Đối với trường hợp xác lập quyền hưởng dụng theo thời hiệu thì do pháp luật dân sự Việt Nam hiện nay không công nhận khái niệm vật quyền nên không có sự liên kết giữa các vật quyền xuất phát từ thời hiệu như hệ thống pháp luật của Pháp.

Như vậy, trong pháp luật Việt Nam hiện hành việc xác lập quyền hưởng dụng theo quy định của luật vẫn còn nhiều hạn chế. Theo tác giả, cần ban hành Nghị quyết<sup>18</sup> xác định rõ những căn cứ phát sinh quyền hưởng dụng trong BLDS; đồng thời, sửa đổi các văn bản quy phạm pháp luật liên quan như Luật Đất đai, Luật Nhà ở, Luật Hôn nhân và Gia đình... để ghi nhận những trường hợp hưởng dụng tương thích với BLDS.

---

<sup>17</sup> Nguyễn Thị Lan, *Một số vấn đề về lạm quyền của cha mẹ đối với con*, Tạp chí Luật học, số 2, năm 2012, tr.35.

---

<sup>18</sup> Vì đây là căn cứ xác lập quyền hưởng dụng do luật định nên đề giải thích, hướng dẫn cần phải ghi nhận trong Nghị quyết của Quốc hội.

# GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP VỀ BẢO HỘ QUYỀN SỞ HỮU TRÍ TUỆ TẠI TỔ CHỨC THƯƠNG MẠI THẾ GIỚI VÀ KINH NGHIỆM CHO CÁC NƯỚC ĐANG PHÁT TRIỂN

Đỗ Thị Minh Thủy\*

**Tóm tắt:** Bài viết đề cập một số vấn đề lý luận và thực tiễn về giải quyết tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tại Tổ chức Thương mại thế giới qua việc phân tích một số vụ việc cụ thể, từ đó rút ra bài học kinh nghiệm đối với các nước đang phát triển, trong đó có Việt Nam trong xây dựng và thực thi chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.

**Abstract:** This paper addresses theoretical and practical issues of IPR dispute settlement in the WTO by analyzing some IPR cases. It then draws relevant experiences for developing countries, including Vietnam, in IPR policy-making and enforcement.

## Đặt vấn đề

Do điều kiện kinh tế, xã hội khác biệt, mặc dù đã đạt được thỏa thuận chung về những nguyên tắc và tiêu chuẩn bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ ghi nhận tại Hiệp định TRIPS<sup>1</sup>, nhưng các thành viên Tổ chức Thương mại thế giới (WTO) vẫn có xu hướng nội luật hóa chúng thông qua các điều kiện, tiêu chuẩn bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ ở mức độ khác nhau, vì vậy, tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ giữa các thành viên WTO là điều khó tránh khỏi.

Trong bối cảnh đó, việc hiểu rõ về lý luận và thực tiễn áp dụng các thỏa thuận WTO trong giải quyết tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ có ý nghĩa quan trọng đối với các nước đang phát triển (trong đó có Việt Nam).

## 1. Khái quát về tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ

### 1.1. Khái niệm

Trong tiếng Anh, thuật ngữ “dispute” (tranh chấp) có nguồn gốc từ tiếng La tinh, được ghép bởi “dis-” (có nghĩa là “khác biệt, chia tách”) và “putare” (có nghĩa là “suy nghĩ, niềm tin”), để chỉ sự chia rẽ (không đồng thuận) về suy nghĩ, hành động hoặc niềm tin<sup>2</sup>.

Có thể thấy, theo thời gian, ngoài ý nghĩa ban đầu để chỉ “sự không đồng thuận” (disagreement), thuật ngữ “dispute” có thêm ý nghĩa là “sự tranh luận” (argument) và như vậy “dispute” tiệm cận với sự đối thoại để giải quyết bất đồng.

Mặc dù thuật ngữ “dispute” trong tiếng Anh được dịch nghĩa tương đương sang tiếng Việt là “tranh chấp”; tuy nhiên, nội hàm hai thuật ngữ này không hoàn toàn trùng nhau. Trong khi “tranh chấp” theo tiếng Việt<sup>3</sup> mang ý nghĩa tương đối thống nhất là để chỉ sự bất đồng, xung đột thì thuật ngữ “dispute” trong tiếng Anh, ngoài nghĩa ban đầu giống như tiếng Việt,

\* Bộ Khoa học và Công nghệ.

<sup>1</sup> Tên đầy đủ: “Hiệp định về các khía cạnh liên quan đến thương mại của quyền sở hữu trí tuệ” (Tiếng Anh: “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights”).

<sup>2</sup> Oxford Advanced Learner’s Dictionary, Eight edition, Oxford University Press, tr. 422.

<sup>3</sup> Từ điển Luật học (2006), Nxb. Từ điển bách khoa và Nxb. Tư pháp, tr. 805-807.

đã “phát triển” xa hơn, mang ngụ ý của xu hướng đối thoại để giải quyết xung đột, đối kháng.

Trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ, bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ là việc ghi nhận và đảm bảo cho chủ thể quyền sở hữu tài sản trí tuệ được độc quyền khai thác đối tượng được bảo hộ phù hợp với quyền và nghĩa vụ được quy định. Với ý nghĩa này, khái niệm “*tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ*” được hiểu là sự bất đồng trong việc ghi nhận và bảo đảm thực thi quyền và nghĩa vụ pháp lý trong lĩnh vực sở hữu trí tuệ.

Trong khuôn khổ WTO, khái niệm “*tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ*” được hiểu là xung đột, bất đồng giữa các thành viên WTO trong việc thực thi nghĩa vụ bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ theo Hiệp định về các khía cạnh thương mại của quyền sở hữu trí tuệ (TRIPS), và việc giải quyết tranh chấp theo nguyên tắc, trình tự, thủ tục quy định tại DSU<sup>4</sup>.

### **1.2. Đặc điểm tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ giữa các thành viên Tổ chức Thương mại thế giới**

Tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ giữa các thành viên WTO có những đặc điểm sau:

*Một là, có chủ thể là các thành viên WTO.* Tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ có nội dung liên quan đến việc thực thi các cam kết theo Hiệp định TRIPS - Hiệp định mang tính bắt buộc đối với tất cả các thành viên WTO. Như vậy, các bên trong tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ (nguyên đơn, bị đơn, bên có quyền và nghĩa vụ liên quan) có thể là bất cứ thành viên

WTO nào, bao gồm các quốc gia và vùng lãnh thổ. Các cá nhân, doanh nghiệp và tổ chức phi chính phủ không phải là một bên trong tranh chấp.

*Hai là, đối tượng tranh chấp là các biện pháp, chính sách về bảo hộ sở hữu trí tuệ của các thành viên WTO* như việc ghi nhận trong pháp luật quốc gia về nội dung và phạm vi bảo hộ các đối tượng sở hữu trí tuệ theo Hiệp định TRIPS và một phần quan trọng của các điều ước quốc tế về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ được các thành viên WTO công nhận là một bộ phận tạo thành Hiệp định TRIPS, bao gồm Công ước Paris về bảo hộ sở hữu công nghiệp (1967), Công ước Berne về bảo hộ các tác phẩm văn học và nghệ thuật (1971), Công ước Rome về bảo hộ những người biểu diễn, người sản xuất bản ghi âm và các tổ chức phát thanh truyền hình, và Hiệp ước về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với mạch tích hợp<sup>5</sup>.

Những biện pháp, chính sách là đối tượng tranh chấp có thể liên quan đến các quy định về nguyên tắc, điều kiện bảo hộ và thực thi quyền được bảo hộ trong lĩnh vực quyền tác giả và quyền liên quan, nhãn hiệu, chỉ dẫn địa lý, kiểu dáng công nghiệp, sáng chế, thiết kế bố trí mạch tích hợp và bảo hộ thông tin bí mật.

*Ba là, tranh chấp có nguyên nhân từ sự mất cân bằng trong chính sách bảo hộ độc quyền và đảm bảo lợi ích công cộng.* Hiệp định TRIPS, với mục tiêu được tuyên bố là bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ “*góp phần thúc đẩy việc cải tiến, chuyển giao và phổ biến công nghệ, đem lại lợi ích chung cho người tạo ra và người sử dụng kiến thức công nghệ, đem lại lợi ích xã hội và lợi ích kinh tế, và tạo sự cân bằng giữa quyền và nghĩa*

<sup>4</sup> Tên đầy đủ: Thỏa thuận về các Quy tắc và Thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp (Tiếng Anh: *Dispute Settlement Understanding*).

<sup>5</sup> Điều 2, Hiệp định TRIPS.

vụ”<sup>6</sup>, tiềm ẩn xung đột giữa *một bên* là việc đảm bảo độc quyền khai thác đối tượng được bảo hộ của chủ sở hữu với *một bên* là đảm bảo sự hài hòa với lợi ích xã hội, cộng đồng. Bất cứ biện pháp hay chính sách nào của một thành viên WTO gây mâu thuẫn hay tạo ra sự mất cân bằng lợi ích của chủ thể quyền sở hữu trí tuệ và các chủ thể khác có liên quan thường là nguyên nhân phát sinh tranh chấp giữa các thành viên WTO.

*Bốn là, Hiệp định TRIPS là pháp luật nội dung cơ bản để giải quyết tranh chấp.* Tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ giữa các thành viên WTO xảy ra khi một thành viên WTO cho rằng, chính sách hoặc biện pháp của một thành viên WTO khác không phù hợp, làm triệt tiêu hoặc gây tổn hại đến các mục tiêu được cam kết tại Hiệp định TRIPS (và các điều ước quốc tế có liên quan được công nhận như một phần không tách rời của Hiệp định TRIPS<sup>7</sup>). Do đó, Hiệp định TRIPS là nguồn pháp luật nội dung cơ bản để giải quyết tranh chấp. Đôi khi mục tiêu đàm phán Hiệp định TRIPS của các thành viên là nguồn tham chiếu quan trọng để giải quyết các tranh chấp.

*Năm là, tranh chấp được giải quyết theo trình tự, thủ tục quy định tại DSU.* Trong khuôn khổ WTO, các thành viên không có thỏa thuận riêng về trình tự, thủ tục giải quyết tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ. Khi tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ xảy ra, nếu không muốn thực hiện các biện pháp mang tính tự nguyện để giải quyết tranh chấp giữa các bên (như sử dụng cơ chế trọng tài hoặc thương lượng, hòa giải), các thành viên WTO có thể sử dụng cơ chế WTO để giải

quyết. Và khi đã sử dụng cơ chế này, các thành viên WTO buộc phải tuân thủ các quy định về trình tự, thủ tục quy định tại DSU.

*Sáu là, thương lượng, hoà giải đóng vai trò quan trọng trong giải quyết tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ theo cơ chế WTO.* Như đã phân tích, khái niệm “dispute” ngoài ý nghĩa ban đầu là sự mâu thuẫn, bất đồng đã chuyển dần sang chỉ sự đối thoại để giải quyết mâu thuẫn, bất đồng. Giải quyết tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ theo cơ chế WTO cũng tiếp cận như vậy thông qua tham vấn, đối thoại chủ động giữa các bên. Đặc thù này được các thành viên WTO khai thác hiệu quả trong giải quyết các tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ.

## 2. Thực tiễn và kinh nghiệm giải quyết một số vụ việc tranh chấp tại Tổ chức Thương mại thế giới

### 2.1. Vụ kiện DS114 về bảo hộ sáng chế đối với sản phẩm dược<sup>8</sup>

#### a) Giới thiệu nội dung vụ việc

Ngày 19/12/1997, Ủy ban châu Âu (EC) (từ năm 2009 được gọi là EU<sup>9</sup>) yêu cầu Ca-na-đa tham vấn theo Điều 4 của DSU và Điều 64 Hiệp định TRIPS về việc bảo hộ sáng chế trong lĩnh vực dược phẩm. EC cho rằng, Đạo luật Sáng chế của Ca-na-đa có các quy định không phù hợp với nghĩa vụ mà Ca-na-đa phải thi hành theo Hiệp định TRIPS.

Do trong các cuộc tham vấn ngày 13/2/1998 và 12/6/1998, hai bên đã không

<sup>8</sup> WT/DS114: Report of the Panel: “Canada - Pharmaceutical Patents” (Nguồn: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds114\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm), truy cập ngày 15/3/2017.

<sup>9</sup> The Treaty of Lisbon (được biết đến như là “Reform Treaty”) ngày 13/12/ 2007, có hiệu lực ngày 1/12/2009.

<sup>6</sup> Điều 7, Hiệp định TRIPS.

<sup>7</sup> Xem chú thích 6.

tìm được giải pháp thỏa đáng, ngày 11/11/1998, EC yêu cầu DSB thành lập Ban hội thẩm để xem xét.

Về nội dung, tranh chấp liên quan đến hai quy định của Đạo luật Sáng chế Ca-na-đa là Mục 55.2(1) và 55.2(2) được cho là đã tạo các ngoại lệ đối với độc quyền của chủ sở hữu bằng sáng chế, không phù hợp với Hiệp định TRIPS. Cụ thể:

Theo Điều 28.1 Hiệp định TRIPS, chủ sở hữu sáng chế có quyền cấm người khác chế tạo, sử dụng, bán, chào bán, nhập khẩu các sản phẩm đã được cấp bằng sáng chế trong thời hạn của bằng sáng chế. Trong khi Điều 33 Hiệp định TRIPS quy định thời hạn của bảo hộ không được kết thúc trước 20 năm kể từ ngày nộp đơn đối với sáng chế được cấp bằng, thì Mục 55.2(1) và Mục 55.2(2) Đạo luật Sáng chế Ca-na-đa cho phép các bên thứ ba thực hiện, sử dụng hoặc bán sản phẩm đã được cấp bằng sáng chế trong thời hạn hiệu lực của bằng sáng chế mà không có sự đồng ý của chủ sở hữu bằng sáng chế trong một số trường hợp được xác định.

Mục 55.2(1) Đạo luật Sáng chế Ca-na-đa còn được gọi là “*ngoại lệ về quy định phê duyệt*”. Quy định này áp dụng với các sản phẩm được bảo hộ sáng chế dược phẩm; loại sản phẩm mà để bảo đảm an toàn và hiệu quả sử dụng, nhà sản xuất cần được sự phê duyệt của Chính phủ khi đưa sản phẩm ra thị trường. Mục đích của ngoại lệ về quy định phê duyệt là cho phép đối thủ cạnh tranh tiềm năng của chủ sở hữu bằng sáng chế có được chấp thuận của Chính phủ về việc đưa sản phẩm ra thị trường vào ngày mà bằng sáng chế hết hạn hiệu lực. Nếu không có ngoại lệ đó, chủ văn bằng sáng chế có thể ngăn cản đối thủ cạnh tranh tiềm

năng không được sử dụng các sản phẩm được bảo hộ trong thời hạn văn bằng để thực hiện thử nghiệm. Do đó, đối thủ cạnh tranh sẽ phải chờ đến khi bằng sáng chế hết hạn mới có thể bắt đầu quá trình xin phê duyệt tiếp thị sản phẩm. Điều này dẫn đến thời gian độc quyền thị trường của chủ văn bằng sáng chế được kéo dài thêm sau thời gian hiệu lực của văn bằng. Như vậy, Mục 55.2(1) cho phép các nhà sản xuất thuốc generic hoàn thiện quá trình phát triển và xin phê duyệt trong thời hạn của sáng chế, và do vậy cho phép họ tham gia thị trường ngay sau khi văn bằng hết hạn<sup>10</sup>.

Mục 55.2(2) Đạo luật Sáng chế Ca-na-đa còn được gọi là “*ngoại lệ tàng trữ*”. Đây là điều khoản cho phép đối thủ cạnh tranh sản xuất, tàng trữ (nhưng không được bán) thuốc được bảo hộ sáng chế trong một khoảng thời gian nhất định trước ngày bằng sáng chế hết hiệu lực.

Sau khi nghe các bên trình bày quan điểm theo trình tự quy định, Ban hội thẩm nhận định:

(i) “*Ngoại lệ tàng trữ*” tại Mục 55.2(2) tạo ra một sự cắt giảm đáng kể các quyền độc quyền cấp cho chủ sở hữu bằng sáng chế theo Điều 28.1 Hiệp định TRIPS, do đó không thể được coi là “*ngoại lệ giới hạn*” theo Điều 30 của Hiệp định này. Nói cách khác, quy định tại Mục 55.2(2) Đạo luật

<sup>10</sup> Thuốc generic (generic drug) là thuốc trùng hoặc tương đương sinh học với thuốc gốc về dạng liều dùng, độ an toàn, chất lượng, đặc tính hoạt động và mục đích sử dụng. Thuốc generic thường do nhà sản xuất cạnh tranh đưa ra thị trường sau khi thuốc gốc hết thời hạn bảo hộ sáng chế và thường được bán với mức chiết khấu giá đáng kể (khoảng từ 40% đến 60%) do tiết kiệm chi phí nghiên cứu và thử nghiệm lâm sàng. Nguồn://www.fda.gov/drugs/resourcesfor you/consumers/buyingusingmedicinesafely/understandinggenericdrugs, truy cập ngày 15/3/2017.

Sáng chế không phù hợp với nghĩa vụ của Ca-na-đa theo Điều 28.1 Hiệp định TRIPS.

(ii) “Ngoại lệ về quy định phê duyệt” tại Mục 55.2(1) là một “ngoại lệ giới hạn” theo Điều 30 TRIPS. Theo đó, mặc dù thủ tục cấp có thể yêu cầu số lượng sản xuất đáng kể để thử nghiệm nhằm chứng minh quá trình sản xuất đáng tin cậy, chủ sở hữu văn bằng cũng không bị ảnh hưởng bởi số lượng được sản xuất thử nghiệm khi mà người sản xuất chỉ sản xuất cho mục đích duy nhất là xin cấp phép, và không sử dụng sản phẩm cho mục đích thương mại. Nói cách khác, quy định tại Mục 55.2(1) Đạo luật Sáng chế không vi phạm nghĩa vụ của Ca-na-đa theo Điều 28.1 Hiệp định TRIPS.

Trên cơ sở tổng hợp các nhận định trên, Ban hội thẩm kết luận:

(1) Mục 55.2(1) Đạo luật Sáng chế Ca-na-đa phù hợp với nghĩa vụ của Ca-na-đa theo Điều 27.1 và Điều 28.1 Hiệp định TRIPS;

(2) Mục 55.2(2) Đạo luật Sáng chế Ca-na-đa không phù hợp với các yêu cầu tại Điều 28.1 Hiệp định TRIPS.

Ban hội thẩm đề nghị DSB yêu cầu Ca-na-đa sửa lại Mục 55.2(2) phù hợp với các nghĩa vụ theo Hiệp định TRIPS.

b) *Kinh nghiệm từ thực tiễn giải quyết vụ kiện DS114*

DS114 là vụ việc điển hình của bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ đối với sáng chế khi xung đột lợi ích của chủ sở hữu sáng chế với mong muốn kéo dài thời gian bảo hộ nhằm khai thác tối đa độc quyền sáng chế với các nhà sản xuất thuốc generic mong muốn sản xuất thuốc giá rẻ và cộng đồng được dùng thuốc giá rẻ một cách sớm nhất. Qua vụ việc rút ra một số kinh nghiệm giải thích và áp dụng pháp luật như sau:

*Một là, Hiệp định TRIPS được giải thích một cách chặt chẽ, lô-gic theo cấu trúc, trật tự ngôn từ.* Trong vụ việc này, không thể phủ nhận việc Ca-na-đa cho phép nhà sản xuất thuốc generic sử dụng sáng chế đang được bảo hộ để tiến hành các thử nghiệm xin cấp phép và chuẩn bị đưa sản phẩm ra thị trường ngay khi hết thời hạn bảo hộ của sáng chế gốc là hành vi sử dụng sáng chế không được phép. Nhưng liệu hành vi sử dụng sáng chế đang trong thời hạn bảo hộ mà không được phép chủ sở hữu có phải là hành vi xâm phạm quyền, trái với Hiệp định TRIPS? Mấu chốt của vấn đề tùy thuộc vào nhận định của Ban hội thẩm về việc liệu đây có phải là trường hợp ngoại lệ đối với các quyền được cấp theo Điều 30 Hiệp định TRIPS hay không.

Khi xem xét vụ việc, Ban hội thẩm đề cập đến cấu trúc cơ bản của Điều 30, chỉ ra những điều kiện để áp dụng và từ đó nhận định rằng: “Điều 30 quy định ba tiêu chí cần phải đáp ứng để được áp dụng ngoại lệ: (1) Ngoại lệ phải là “giới hạn”; (2) Ngoại lệ không được “mâu thuẫn bất hợp lý với khai thác bình thường của sáng chế”; (3) Ngoại lệ không “tổn hại bất hợp lý tới lợi ích hợp pháp của chủ sáng chế, có tính đến lợi ích hợp pháp của bên thứ ba”. Đó là ba điều kiện cần và đủ<sup>11</sup>. Theo Ban hội thẩm: “Ba điều kiện này phải được giải thích trong mối liên hệ với nhau. Mỗi điều kiện có nội hàm ý nghĩa khác với hai điều kiện còn lại, nếu không sẽ có sự trùng lặp. Thông thường, trật tự liệt kê gợi ý rằng

<sup>11</sup> WT/DS114: Report of the Panel: “Canada - Pharmaceutical Patents”, Đoạn 7.20. Nguồn: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds114\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm), truy cập ngày 15/3/2017.

ngoại lệ thỏa mãn điều kiện thứ nhất có thể vi phạm ngoại lệ thứ hai hoặc thứ ba; và thỏa mãn điều kiện thứ nhất và thứ hai vẫn có thể vi phạm điều kiện thứ ba. Ngôn ngữ tại Điều 30 cho phép kết luận rằng, ngoại lệ phải là “giới hạn”, và không vi phạm một hoặc hai điều kiện. Trật tự ngôn ngữ gợi ý “ngoại lệ mà không mâu thuẫn với việc khai thác bình thường” vẫn có thể “gây tổn hại một cách bất hợp lý tới lợi ích hợp pháp của chủ sáng chế”<sup>12</sup>. Quan điểm của Ban hội thẩm là, quyền áp dụng theo luật quốc gia xuất phát từ quyền cơ bản và các ngoại lệ cho phép.

Với giải thích và áp dụng ngoại lệ đối với việc sử dụng sáng chế đang được bảo hộ trong vụ việc trên, Ban hội thẩm đã tạo tiền lệ và hướng dẫn cách hiểu, cách áp dụng quy định này cho việc giải quyết tranh chấp bảo hộ sáng chế trong khuôn khổ Hiệp định TRIPS.

*Hai là, lịch sử đàm phán Hiệp định TRIPS được coi là nguồn giải thích pháp luật.*

Trong vụ việc này, để bảo vệ “ngoại lệ về quy định phê duyệt”, Ca-na-đa lập luận dựa trên lịch sử đàm phán Điều 30 và thực tế của một số thành viên WTO. Ca-na-đa chỉ ra rằng, vào năm 1984, Hoa Kỳ ban hành ngoại lệ tương tự được biết đến với tên gọi “ngoại lệ Bolar”. Ca-na-đa khẳng định rằng, “Ngoại lệ Bolar” của Hoa Kỳ nổi tiếng trong quá trình đàm phán Điều 30 và các Chính phủ nhận thức được rằng Hoa Kỳ

muốn đảm bảo ngoại lệ TRIPS là cho phép giữ nguyên “ngoại lệ Bolar” của họ. Ca-na-đa cho rằng, mọi người đều biết Hoa Kỳ đồng ý nội dung Điều 30 trên cơ sở hiểu về điều khoản này như vậy. Ban hội thẩm đã chấp nhận lập luận của Ca-na-đa.

Như vậy, trường hợp ngôn từ được ghi trong Hiệp định TRIPS gây tranh cãi, ý chí các bên trong quá trình đàm phán Hiệp định được coi là nguồn giải thích pháp luật quan trọng.

*Ba là, việc nhanh chóng và thiện chí tuân thủ phán quyết của DSB là cần thiết nhằm hạn chế tổn thất khi phản tố không thành công.*

Sau khi báo cáo của Ban hội thẩm được DSB thông qua, Ca-na-đa cho rằng cần có một khoảng thời gian hợp lý để sửa đổi quy định về ngoại lệ tàng trữ (11 tháng), trong khi EC cho rằng khoảng thời gian đó cần phải ngắn hơn. Do các bên không đạt được đồng thuận, thời gian thực thi phán quyết của DSB liên quan đến việc sửa đổi các quy định của Đạo luật Sáng chế Ca-na-đa được xem xét và thực hiện theo Quyết định của trọng tài phù hợp với Điều 21.3(c) DSU. Theo đó, Ca-na-đa phải thi hành phán quyết trong vòng 6 tháng.

Như vậy, trong vụ việc này, quy định tại DSU về cơ chế trọng tài để giải quyết bất đồng liên quan đến thời hạn thực thi phán quyết của DSB đã được sử dụng. Kinh nghiệm này cho thấy, khi phản tố không thành công một yêu cầu, bị đơn cần nhanh chóng và thiện chí tuân thủ phán quyết của DSB nếu không muốn kéo dài vụ việc kèm theo những tổn kém về tài chính và thời gian và/hoặc phải gánh chịu khả năng bị trả đũa thương mại.

<sup>12</sup> WT/DS114: Report of the Panel: “Canada - Pharmaceutical Patents”, Đoạn 7.21. Nguồn: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds114\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm), truy cập ngày 15/3/2017.

## 2.2. Vụ kiện DS174 về bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý<sup>13</sup>

### a) Giới thiệu nội dung vụ việc

Ngày 1/6/1999, Hoa Kỳ yêu cầu tham vấn với EC theo Điều 4 DSU và Điều 64 Hiệp định TRIPS (trong phạm vi dẫn chiếu của điều khoản này đến Điều XXIII của Hiệp định GATT 1994) đối với Quy chế số 2081/92 của EC về bảo hộ nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý cho hàng nông sản, thực phẩm. Hoa Kỳ và EC đã gặp nhau ngày 9/7/1999, nhưng cuộc tham vấn thất bại.

Ngày 4/4/2003 và ngày 27/5/2003, Hoa Kỳ và EC tiếp tục có hai cuộc gặp gỡ về vấn đề nêu trên nhưng không đạt được thỏa thuận giải quyết tranh chấp.

Ngày 18/8/2003, Hoa Kỳ yêu cầu DSB thành lập Ban hội thẩm trên cơ sở Điều 7.1 DSU. Theo đó, Hoa Kỳ cho rằng Quy chế số 2081/92 của EC đã: (1) Không thể hiện đầy đủ nguyên tắc đãi ngộ quốc gia đối với việc đăng ký và bảo hộ chỉ dẫn địa lý của các nước không thuộc EC; và (2) Không nhất quán với Điều 16.1 TRIPS vì không đảm bảo chủ sở hữu nhãn hiệu ngăn cấm việc sử dụng chỉ dẫn địa lý có khả năng gây nhầm lẫn với nhãn hiệu có trước.

Trên cơ sở xem xét vụ việc và lập luận của các bên, ngày 15/03/2005, Ban hội thẩm công bố báo cáo tới các thành viên, theo đó:

1) Đối với việc bảo hộ chỉ dẫn địa lý: Ban hội thẩm đồng ý với Hoa Kỳ rằng, quy định của EC về chỉ dẫn địa lý không đảm bảo nguyên tắc đối xử quốc gia đối với các nước thành viên WTO, bởi vì: (i) Để được

đăng ký chỉ dẫn địa lý, một nước không thuộc EC phải áp dụng hệ thống bảo hộ chỉ dẫn địa lý của EC và phải bảo hộ cho các chỉ dẫn địa lý của EC; (ii) Yêu cầu Chính phủ các nước thành viên WTO khác phải kiểm duyệt việc đăng ký và hủy bỏ đăng ký chỉ dẫn địa lý; đồng thời yêu cầu Chính phủ các nước này phải vận hành hệ thống kiểm duyệt hàng hóa giống như các nước thành viên EC. Các quy định này không đảm bảo cho các nước không thuộc EC được tiếp cận hệ thống của EC đối với các chỉ dẫn địa lý như các nước thành viên EC.

2) Đối với việc bảo hộ nhãn hiệu: Ban hội thẩm đồng ý với EC rằng, mặc dù quy định của EC cho phép đăng ký chỉ dẫn địa lý ngay cả khi xung đột với nhãn hiệu đã đăng ký, nhưng đó là trường hợp “ngoại lệ” được quy định tại Điều 17 Hiệp định TRIPS. Do vậy, các quy định liên quan đến vấn đề này tại Quy chế số 2081/92 không vi phạm nghĩa vụ theo quy định tại Hiệp định TRIPS.

### b) Kinh nghiệm từ thực tiễn giải quyết vụ kiện DS174

DS174 là vụ việc khá phức tạp về các vấn đề xung quanh việc bảo hộ nhãn hiệu và đặc biệt là chỉ dẫn địa lý - một đối tượng sở hữu công nghiệp tương đối mới, mà các thành viên WTO có nghĩa vụ phải bảo hộ so với các đối tượng truyền thống như sáng chế và nhãn hiệu theo Hiệp định TRIPS. Phân tích thực tiễn giải quyết vụ việc, có thể thấy một số kinh nghiệm đáng lưu ý sau:

*Một là, Ban hội thẩm áp dụng Hiệp định TRIPS trong tương quan bình đẳng với các hiệp định khác trong khuôn khổ WTO.*

Khi phân tích về nguyên tắc đối xử quốc gia, Ban hội thẩm giải thích rằng, Điều 3.1 của Hiệp định TRIPS và Điều III:4 của

<sup>13</sup> WT/DS174 “EC - Trademarks and Geographical Indications” (Nguồn: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds174\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds174_e.htm), truy cập ngày 15/3/2017).

GATT 1994 có thể cùng song song tồn tại và không điều nào có hiệu lực cao hơn<sup>14</sup>:

Như vậy, cần lưu ý rằng, việc áp dụng các nguyên tắc bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ được ghi nhận trong Hiệp định TRIPS được xem xét trong mối liên hệ chặt chẽ với các Hiệp định khác trong khuôn khổ Hiệp định WTO. Sự đối xử phân biệt và khác biệt liên quan đến chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ trong thương mại hàng hóa và thương mại dịch vụ đều có thể là nguyên nhân khởi kiện.

*Hai là, cam kết bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tại Hiệp định TRIPS được các bên giải thích phù hợp với lợi ích quốc gia.*

Là quốc gia công nghiệp “trẻ” và phát triển nhanh, Hoa Kỳ gần như không có các sản phẩm nông nghiệp truyền thống và do vậy, không thiết lập hệ thống riêng để bảo hộ chỉ dẫn địa lý mà bảo hộ thông qua hệ thống nhãn hiệu sẵn có. Trái lại, các nước EU (trước gọi là EC)<sup>15</sup> coi chỉ dẫn địa lý là đối tượng đặc thù và bảo hộ thông qua một hệ thống riêng biệt. Cơ chế bảo hộ chặt chẽ với các quy định về kiểm định tiêu chuẩn chỉ dẫn địa lý đã tạo ra rào cản về mặt kỹ thuật, khiến cho sản phẩm nông nghiệp của các nước thành viên WTO khác (trong đó có Hoa Kỳ) rất khó đạt được sự bảo hộ về chỉ dẫn địa lý tại thị trường châu Âu, qua đó làm giảm tính cạnh tranh của hàng hóa đến từ các nước khác khi thâm nhập thị trường này.

Trong vụ DS174, Hoa Kỳ đã thành công trong việc làm cho EC phải thay đổi quy định, bỏ yêu cầu “có đi có lại” trong

việc công nhận và bảo hộ chỉ dẫn địa lý của các nước thành viên. Tuy nhiên, cho đến hiện tại, yêu cầu cao về kiểm định sản phẩm vẫn là rào cản đối với các nước thành viên WTO khi tiếp cận và nhận được sự bảo hộ chỉ dẫn địa lý tại EU.

Như vậy, qua vụ kiện của Hoa Kỳ và EC cho thấy, với cùng một đối tượng và cùng là quốc gia có nền kinh tế phát triển nhưng xuất phát từ lợi ích quốc gia khác nhau, Hoa Kỳ và EC có các cách tiếp cận hoàn toàn khác nhau. Nói cách khác, lợi ích quốc gia luôn là vấn đề được đặt lên hàng đầu trong tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tại WTO.

*Ba là, việc chỉ dẫn cơ sở pháp lý của biện pháp tranh chấp tại Đơn khởi kiện cần tuân thủ chặt chẽ quy định của DSU.*

Ngay khi Hoa Kỳ yêu cầu thành lập Ban hội thẩm, EC đã tiến hành biện pháp tự vệ bằng cách đề nghị Ban hội thẩm đưa ra nhận định sơ bộ rằng, yêu cầu của Hoa Kỳ về việc thành lập Ban hội thẩm là không phù hợp với Điều 6.2 DSU<sup>16</sup>. Theo EC, Hoa Kỳ đã không chỉ ra căn cứ pháp lý ngăn gọn để vấn đề được hiểu một cách rõ ràng. Về phía mình, Hoa Kỳ lập luận rằng, yêu cầu thành lập Ban hội thẩm đã không vi phạm Điều 6.2 DSU vì tại yêu cầu đó, Hoa Kỳ đã “xác định vấn đề cụ thể”, và Điều 6.2 DSU không đòi hỏi chỉ ra “khía cạnh cụ thể” của “vấn đề cụ thể” được yêu cầu giải quyết. Yêu cầu thành lập Ban hội thẩm của Hoa Kỳ đã đáp ứng việc tóm lược ngắn gọn các cơ sở pháp lý của bên nguyên để trình bày vấn đề một cách rõ ràng theo yêu cầu tại Điều 6.2 DSU.

<sup>14</sup> WT/DS174 “EC - Trademarks and Geographical Indications”; Đoạn 7.208. Nguồn: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds174\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds174_e.htm), truy cập ngày 15/3/2017.

<sup>15</sup> Xem chú thích 9.

<sup>16</sup> WT/DS174 “EC - Trademarks and Geographical Indications”; Đoạn 6.17–6.18. Nguồn: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds174\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds174_e.htm), truy cập ngày 15/3/2017.

Trước lập luận của các bên, Ban hội thẩm nhận định, thông thường việc liệt kê các điều khoản thỏa thuận có liên quan là không thỏa mãn yêu cầu Điều 6.2 DSU (ví dụ, trong trường hợp điều khoản được liệt kê không quy định một nghĩa vụ mà là nhiều nghĩa vụ khác nhau). Tuy nhiên, nếu điều khoản chỉ đề cập đến một nghĩa vụ hoặc nhiều nghĩa vụ liên quan chặt chẽ đến nhau, thì việc đề cập nghĩa vụ chung trong điều khoản cụ thể được liệt kê là đủ thỏa mãn yêu cầu tại Điều 6.2 DSU. Theo đó, yêu cầu của Hoa Kỳ là được chấp nhận.

Như vậy, cần lưu ý rằng, để yêu cầu khởi kiện được chấp nhận, nguyên đơn cần hiểu rõ và tuân thủ chặt chẽ các yêu cầu theo quy định tại DSU.

### **2.3. Vụ kiện DS362 về các biện pháp bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ<sup>17</sup>**

#### *a) Giới thiệu vụ việc*

Ngày 10/4/2007, Hoa Kỳ yêu cầu tham vấn với Trung Quốc về chính sách pháp luật quốc gia về bảo hộ bản quyền và thực thi quyền sở hữu trí tuệ bằng biện pháp hình sự và biện pháp kiểm soát biên giới theo quy định tại Điều 1, Điều 4 DSU và Điều 64 của Hiệp định TRIPS. Các cuộc tham vấn đã được tổ chức vào ngày 7 và 8/6/2007 nhưng bất đồng không được giải quyết.

Ngày 13/8/2007, Hoa Kỳ yêu cầu DSB thành lập Ban hội thẩm theo quy định tại Điều 6 của DSU. Tại cuộc họp ngày 25/9/2007, DSB quyết định thành lập Ban hội thẩm theo yêu cầu của Hoa Kỳ.

Theo nội dung vụ việc, Hoa Kỳ cho rằng một số quy định của pháp luật sở hữu trí tuệ của Trung Quốc không phù hợp với nghĩa vụ của Trung Quốc theo Hiệp định TRIPS, cụ thể ở các vấn đề cơ bản sau:

(1) *Về quy định của Luật Bản quyền.* Quy định của Luật Bản quyền Trung Quốc không bảo hộ quyền tác giả và quyền liên quan đối với tác phẩm không được phép công bố hoặc lưu hành là không thỏa mãn chuẩn bảo hộ tối thiểu theo quy định tại Điều 5.1 Công ước Berne đối với các tác phẩm này, do vậy vi phạm Điều 9.1 Hiệp định TRIPS.

(2) *Về biện pháp xử lý hàng xâm phạm.* Biện pháp xử lý hàng xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ bị cơ quan hải quan Trung Quốc tịch thu sau khi loại bỏ yếu tố vi phạm đã đưa vào kênh lưu thông thương mại là không phù hợp với nghĩa vụ của Trung Quốc theo Điều 46 và 59 Hiệp định TRIPS.

(3) *Về ngưỡng áp dụng các biện pháp và chế tài hình sự.* Luật Bản quyền Trung Quốc thiếu thủ tục và chế tài hình sự xử lý hàng giả và hàng xâm phạm quyền tác giả ở quy mô thương mại do áp dụng ngưỡng tiến hành tố tụng hình sự không phù hợp với nghĩa vụ của Trung Quốc theo Điều 41.1 và 61 Hiệp định TRIPS.

Qua quá trình giải quyết vụ việc, Ban hội thẩm kết luận:

(1) Luật Bản quyền Trung Quốc, đặc biệt là câu đầu tiên của Điều 4 không phù hợp với nghĩa vụ của Trung Quốc theo Điều 5(1) Công ước Berne 1971, căn cứ theo Điều 9.1 và Điều 41.1 Hiệp định TRIPS.

(2) Biện pháp xử lý hàng giả mạo nhãn hiệu tại hải quan theo quy định của Trung Quốc không phù hợp với Điều 59 Hiệp định TRIPS và nguyên tắc tại Điều 46 Hiệp định TRIPS.

<sup>17</sup> WT/DS362R “China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights” (Nguồn: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds362\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds362_e.htm), truy cập ngày 15/3/2017).

(3) Hoa Kỳ đã không chứng minh được ngưỡng hình sự theo quy định của pháp luật Trung Quốc là phù hợp với nghĩa vụ của nước này theo Điều 61 Hiệp định TRIPS.

Căn cứ vào Điều 19.1, Ban hội thẩm khuyến nghị Trung Quốc tiến hành các biện pháp cần thiết để sửa Luật Bản quyền và các biện pháp hải quan cho phù hợp với các nghĩa vụ của quốc gia theo Hiệp định TRIPS.

*b) Kinh nghiệm từ thực tiễn giải quyết vụ kiện DS362*

Vụ việc DS362 được giải quyết với 2/3 yêu cầu của Hoa Kỳ đã được Ban hội thẩm chấp nhận và DSB thông qua Báo cáo. Các khuyến nghị tại Báo cáo được thông qua đã được Trung Quốc thi hành. Theo nội dung và tiến trình giải quyết tranh chấp, có thể thấy những kinh nghiệm đáng lưu ý sau:

*Một là, các thành viên WTO cần tuân thủ đầy đủ các tiêu chuẩn tối thiểu về bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ như cam kết, không phụ thuộc vào sự khác biệt về hoàn cảnh cụ thể.*

Trong vụ việc này, khi xem xét các lập luận của Trung Quốc liên quan đến quy định khác biệt trong Luật Bản quyền của nước này, Ban hội thẩm kết luận:

*“Mặc dù Điều 1.1 cho phép các thành viên tự do quyết định phương pháp thích hợp với hoàn cảnh thực tiễn để thi hành các điều khoản của Hiệp định, nhưng Điều này không cho phép sự khác biệt của luật pháp và thực tế mỗi nước cản trở việc thi hành các nghĩa vụ cơ bản về bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ”<sup>18</sup>.*

Như vậy, khi ký kết, Hiệp định TRIPS đã quy định lộ trình cụ thể cho thành viên là các nước kém phát triển và đang phát triển hội nhập và đáp ứng hoàn toàn các nghĩa vụ theo Hiệp định. Ngoài lộ trình cho phép quy định tại Điều 65 và Điều 66 Hiệp định TRIPS, các thành viên cần tuân thủ đầy đủ các tiêu chuẩn tối thiểu về bảo hộ và thực thi quyền sở hữu trí tuệ như cam kết, không phụ thuộc vào sự khác biệt về hoàn cảnh cụ thể.

*Hai là, các điều ước quốc tế trong khuôn khổ WTO được giải thích và áp dụng theo hướng đảm bảo mục tiêu chung của Hiệp định TRIPS.*

Trong vụ kiện DS362, tranh chấp có nguồn gốc trực tiếp từ các quy định của Hiệp định TRIPS (Điều 3: Nguyên tắc đãi ngộ quốc gia; Điều 14: Bảo hộ những người biểu diễn, người sản xuất bản ghi âm và các tổ chức phát thanh, truyền hình) và một số điều khoản của các điều ước quốc tế được dẫn chiếu tại Hiệp định TRIPS (ví dụ: Điều 5(1) Công ước Berne (1971), được kết hợp bởi Điều 9.1 Hiệp định TRIPS). Đây cũng là đặc trưng phổ biến của các vụ tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tại WTO. Tính phức tạp (và đôi khi là sự giao thoa giữa các căn cứ pháp lý được tham chiếu) yêu cầu Ban hội thẩm phải giải thích và áp dụng pháp luật chính xác, đảm bảo được mục tiêu chung của Hiệp định TRIPS, hướng đến *“thúc đẩy việc bảo hộ một cách có hiệu quả và toàn diện các quyền sở hữu trí tuệ”*; bảo đảm rằng *“các biện pháp và thủ tục thực thi các quyền sở hữu trí tuệ không trở thành rào cản đối với hoạt động thương mại hợp pháp”* trên cơ sở thừa nhận

<sup>18</sup> WT/DS362R “China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights”; Đoạn 7.513. (Nguồn: <https://www.wto.org>

[/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds362\\_e.htm](#), truy cập ngày 15/3/2017).

quyền tự chủ và “*có tính đến sự khác biệt giữa các hệ thống pháp luật quốc gia*” như phần dẫn đề của Hiệp định TRIPS đã được các thành viên WTO thống nhất.

Theo định hướng đó, có thể nhận thấy, trong nhận định về các quy định của pháp luật Trung Quốc, Ban hội thẩm đã không đi vào phân tích sự khác biệt của hệ thống pháp luật này. Ví dụ như, Ban hội thẩm đã không đặt vấn đề tại sao Trung Quốc phải kiểm duyệt/phê duyệt tác phẩm khi công bố đến công chúng? Liệu đây có phải là sự hạn chế quyền tự do của tác giả?

Với việc tôn trọng “sự khác biệt” tùy thuộc vào hoàn cảnh cụ thể của từng quốc gia, nhận định của Ban hội thẩm là để làm rõ về thực chất, các quy định pháp luật nội địa của quốc gia thành viên có đảm bảo các nghĩa vụ tối thiểu phải thực thi theo Hiệp định TRIPS và các điều ước quốc tế về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ được thừa nhận dẫn chiếu từ Hiệp định TRIPS.

*Ba là, Ban hội thẩm áp dụng nguyên tắc “suy đoán vi phạm” trong khiếu kiện giải quyết vi phạm.*

Trong vụ DS362, Hoa Kỳ kiện Trung Quốc vi phạm các nghĩa vụ cam kết theo Hiệp định TRIPS (loại khiếu kiện vi phạm). Có thể thấy rõ, trong vụ việc này, việc giải quyết tranh chấp trong giai đoạn tố tụng của Ban hội thẩm đã tuân thủ nguyên tắc “suy đoán vi phạm” quy định tại Điều 3.8 DSU. Đó là, trường hợp các hành vi vi phạm các nghĩa vụ được cho là đã xảy ra theo thỏa thuận nguyên tắc, hành vi đó hiển nhiên bị coi là hành vi làm vô hiệu hóa hoặc làm yếu đi các thỏa thuận chung (trong trường hợp cụ thể là Hiệp định TRIPS và Công ước Berne với những điều khoản được dẫn chiếu từ Hiệp định TRIPS). Theo đó, liên quan đến Luật Bản quyền và các biện pháp hải

quan, Trung Quốc đã không thành công trong việc phản đối cáo buộc của Hoa Kỳ.

*Bốn là, một vụ kiện bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ được giải quyết theo cơ chế WTO có thể bao gồm một hoặc nhiều đối tượng tranh chấp.*

Trong vụ việc này, đối tượng tranh chấp liên quan đến ba biện pháp của nội luật Trung Quốc, tương đương với 3 yêu cầu của Hoa Kỳ về: (i) Quy định không công bằng và đầy đủ trong bảo hộ quyền tác giả và quyền liên quan; (ii) Quy định về xử lý hàng giả và xâm phạm bản quyền tại hải quan không phù hợp với yêu cầu của TRIPS; và (iii) Quy định về ngưỡng hình sự của Trung Quốc không đảm bảo nghĩa vụ thực thi. Hai trong ba yêu cầu đã được DSB thông qua báo cáo cho thấy, Ban hội thẩm xem xét độc lập các yêu cầu của nguyên đơn. Số lượng yêu cầu phụ thuộc vào việc nguyên đơn chứng minh được đầy đủ (và bị đơn giải trình được thuyết phục) các biện pháp là đối tượng tranh chấp trong yêu cầu khởi kiện đáp ứng các quy định của Hiệp định TRIPS.

### **3. Bài học kinh nghiệm đối với các quốc gia đang phát triển trong xây dựng và thực thi pháp luật sở hữu trí tuệ**

Qua thực tiễn áp dụng quy định của WTO để giải quyết tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ, các quốc gia đang phát triển, trong đó có Việt Nam có thể rút ra một số bài học kinh nghiệm sau:

*Một là, trong đa số các trường hợp, các quốc gia đang phát triển nên cân nhắc quy định bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ ở mức độ tối thiểu, đặc biệt cần chú trọng khai thác các ngoại lệ đối với bảo hộ sáng chế dược phẩm vì mục đích y tế và sức khỏe cộng đồng.*

Hiệp định TRIPS xác định mục tiêu việc bảo hộ và thực thi các quyền sở hữu trí tuệ là “*góp phần thúc đẩy việc cải tiến, chuyển giao và phổ biến công nghệ, góp phần đem lại lợi ích chung cho người tạo ra và người sử dụng kiến thức công nghệ, đem lại lợi ích xã hội và lợi ích kinh tế, tạo sự cân bằng giữa quyền và nghĩa vụ*”<sup>19</sup>. Để thực hiện mục tiêu này, Hiệp định cho phép các thành viên “*linh hoạt*” tự quyết các biện pháp cần thiết, phù hợp với hoàn cảnh xã hội của mình để “*bảo đảm vấn đề y tế và dinh dưỡng cho nhân dân*”, và các biện pháp để “*ngăn ngừa sự lạm dụng quyền sở hữu trí tuệ bởi những người nắm quyền*”, miễn rằng các biện pháp đó không trái với các quy định tại Hiệp định<sup>20</sup>.

Trong vụ việc tranh chấp DS114, việc giải thích Điều 30 Hiệp định TRIPS là không rõ ràng khi chủ văn bằng sáng chế có xu hướng ngăn cản đối thủ cạnh tranh tiềm năng không được sử dụng sáng chế được bảo hộ trong thời hạn văn bằng. Do vậy, các nhà sản xuất thuốc generic thường phải chờ đến khi bằng sáng chế hết hạn để có thể bắt đầu quá trình xin cấp phép và phê duyệt đưa sản phẩm ra thị trường.

Phán quyết vụ tranh chấp DS114 làm sáng tỏ việc “*quy định phê duyệt*” đã được sử dụng như một phương thức để kéo dài thời gian độc quyền đối với sáng chế, đặc biệt là các sáng chế được phẩm đặc hiệu (được biết đến như là một phương thức “*evergreening*”) của các tập đoàn dược. Phương thức này cần được ngăn chặn vì nó gây tác động làm hạn chế khả năng tiếp cận thuốc của đại đa số bộ phận công chúng là

dân nghèo, người có thu nhập trung bình tại các quốc gia đang phát triển<sup>21</sup>.

Như vậy, đối với các nước đang phát triển chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ phù hợp (đặc biệt bảo hộ sáng chế dược) là chính sách bảo hộ tối thiểu (*TRIPS-minimum approach*). Với cách tiếp cận này, tùy thuộc vào điều kiện kinh tế cụ thể của đất nước, các quốc gia đang phát triển cần hoạch định chính sách để khai thác hiệu quả các quy định tùy nghi của TRIPS, hạn chế khả năng “*evergreening*” bằng cách cho phép các nhà sản xuất trong nước được tiến hành sản xuất thử nghiệm và sẵn sàng đưa sản phẩm generic ra thị trường và thời điểm thuốc theo sáng chế gốc hết hạn bảo hộ. Ngoài ra, các phương thức lạm dụng pháp luật và các quy định khác có liên quan để kéo dài hoặc mở rộng phạm vi bảo hộ sáng chế như nộp đơn đăng ký sáng chế cho một ứng dụng mới của chất đã biết (sáng chế dạng sử dụng), liều dùng hoặc dạng liều dùng của một chất đã biết (sáng chế dạng liều) cũng cần được loại trừ.

*Hai là, các quốc gia đang phát triển cần xác định đối tượng ưu tiên trong chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ dựa vào hoàn cảnh phát triển kinh tế.*

Trên thế giới, mỗi quốc gia thường có thể mạnh riêng và lợi ích cụ thể gắn với bảo hộ một hoặc một số đối tượng sở hữu trí tuệ cụ thể.

Vụ việc DS174 cho thấy, bất đồng giữa các bên trong vụ việc có nguồn gốc từ sự quan tâm và lợi ích khác nhau trong việc xác định chính sách bảo hộ hai đối tượng sở hữu trí tuệ rất phổ biến là nhãn hiệu và chỉ dẫn địa lý.

<sup>19</sup> Điều 7 Hiệp định TRIPS.

<sup>20</sup> Điều 8 Hiệp định TRIPS.

<sup>21</sup> Gaurav Dwivedi (2010): *Evergreening: A deceptive device in patent rights*, Technology in Society, Volume 32, Issue 4, Elsevier B.V.

Đối với Hoa Kỳ - một quốc gia không có nhiều sản phẩm nông nghiệp, thủ công nghiệp mang tính truyền thống thì áp dụng một chế độ bảo hộ chỉ dẫn địa lý mạnh không có lợi đối với các sản phẩm có nguồn gốc từ quốc gia này. Do sự phát triển của nền kinh tế với nhiều tập đoàn đa quốc gia có quy mô hoạt động và phạm vi ảnh hưởng toàn cầu, bảo hộ nhãn hiệu, đặc biệt là nhãn hiệu nổi tiếng là đối tượng ưu tiên trong chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ của Hoa Kỳ.

Trong khi đó, đối với EU, do rất nhiều sản phẩm nông nghiệp, thủ công nghiệp có truyền thống sản xuất gắn với uy tín mang tính địa phương đặc thù, bảo hộ chỉ dẫn địa lý có vai trò đặc biệt quan trọng. Để tăng tính cạnh tranh của sản phẩm có xuất xứ từ EU, EU áp dụng một chế độ bảo hộ chặt chẽ, với các quy định khắt khe về kiểm định chất lượng sản phẩm yêu cầu bảo hộ chỉ dẫn địa lý. Các quy định này thực chất nhằm tạo ra rào cản về mặt kỹ thuật, khiến cho sản phẩm nông nghiệp của các nước khác rất khó đạt được sự bảo hộ về chỉ dẫn địa lý tại thị trường châu Âu, qua đó giảm tính cạnh tranh của các sản phẩm đến từ ngoài EU.

Với thực tiễn đó, bài học cho các quốc gia đang phát triển là phải có những nghiên cứu cụ thể về điều kiện tự nhiên, kinh tế, xã hội, từ đó xây dựng một Chiến lược quốc gia về sở hữu trí tuệ, trong đó xác định mục tiêu và đối tượng ưu tiên trong chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ ở từng giai đoạn.

**Ba là, các quốc gia đang phát triển cần cần nhắc quy định bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ theo Hiệp định TRIPS phù hợp với điều kiện chính trị, xã hội.**

Kinh nghiệm vụ kiện DS362 liên quan đến bảo hộ quyền tác giả cho thấy, quy định bảo hộ quyền tác giả tại Trung Quốc có mối liên hệ mật thiết với điều kiện xã hội và thể chế chính trị. Là quốc gia thực hiện một chế độ kiểm duyệt tương đối kỹ lưỡng tác phẩm trước khi công bố, phổ biến ra công chúng, việc Trung Quốc không bảo hộ quyền tác giả đối với tác phẩm bị cấm công bố hoặc phổ biến tại Trung Quốc được xem là không phù hợp với Hiệp định TRIPS.

Để thực thi phán quyết của DSB, quy định này tại Luật Bản quyền Trung Quốc đã được chỉnh sửa thành: *“Chủ sở hữu bản quyền không được vi phạm Hiến pháp hoặc luật hoặc gây tổn hại đến lợi ích công cộng khi thực thi quyền tác giả. Nhà nước giám sát và quản lý việc công bố và phổ biến tác phẩm theo qui định pháp luật”*<sup>22</sup>.

Có thể nhận thấy, từ ngữ được dùng để thể hiện chính sách bảo hộ quyền tác giả của Trung Quốc là hết sức thận trọng và khôn khéo với cách bỏ qua những từ như *“cấm”*, *“không bảo hộ”*, *“từ chối bảo hộ”* có thể gây tranh cãi từ các góc độ tiếp cận khác nhau. Mặt khác, cách ghi nhận chính sách bảo hộ bản quyền của Trung Quốc đảm bảo được tính tối thượng của Hiến pháp, luật (chủ sở hữu bản quyền không được vi phạm Hiến pháp hoặc luật); đảm bảo bảo hộ hài hoà (không gây tổn hại đến lợi ích công cộng khi thực thi quyền tác giả); đảm bảo được tính tự chủ của quốc gia (khi trao quyền cho Nhà nước giám sát và quản lý việc công bố và phổ biến tác phẩm); và được cho là phù hợp với các

<sup>22</sup> Điều 4 Luật Bản quyền năm 1990, sửa đổi bổ sung năm 2010 (Nguồn: [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=186569](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=186569), truy cập ngày 15/3/2017).

nghĩa vụ mà Trung Quốc phải thực thi theo Hiệp định TRIPS.

Như vậy, với đặc thù về điều kiện phát triển và thể chế chính trị, pháp luật về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ các quốc gia đang phát triển, trong đó có Việt Nam cần ứng xử một cách linh hoạt sao cho vừa đáp ứng các cam kết tại Hiệp định TRIPS, vừa hài hòa và đảm bảo các mục tiêu chung của xã hội.

*Bốn là, các quốc gia đang phát triển cần nghiên cứu và khai thác tốt hơn các quy định về đối xử đặc biệt và khác biệt dành cho họ.*

Sự phát triển kinh tế, xã hội và pháp luật nói chung, pháp luật sở hữu trí tuệ nói riêng tại các nước đang phát triển ở mức độ thấp hơn đáng kể so với các nước phát triển. Có tính đến sự khác biệt này, Thỏa thuận DSU dành cho các nước đang phát triển và chậm phát triển một số những ưu đãi nhất định. Ví dụ, khoản 10 Điều 4 của DSU về nghĩa vụ tham vấn quy định: “*Trong khi tham vấn, các Thành viên phải đặc biệt chú ý đến những vấn đề cụ thể và quyền lợi của Thành viên là các nước đang phát triển*”. Điều 24 của DSU về “Thủ tục đặc biệt liên quan đến những Thành viên kém phát triển nhất” quy định, các Thành viên phát triển “*cần có lưu ý đặc biệt đến tình hình đặc biệt của các Thành viên kém phát triển nhất*”.

Những quy định trên nếu được khai thác triệt để sẽ mang lại những lợi thế nhất định cho các nước đang phát triển trong quá trình giải quyết các tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ vốn rất phức tạp và cần có những hiểu biết chuyên sâu.

Tuy nhiên, thực tiễn áp dụng DSU trong giải quyết tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tại DSB cho thấy, quy định lợi thế này dường như vẫn chưa được khai thác

hiệu quả, khi vẫn chưa có hướng dẫn cụ thể nội hàm ưu đãi đối với các nước đang phát triển cần được “*đặc biệt chú ý*” là những vấn đề gì. Và do đó, lợi thế về mặt pháp lý này tuy được ghi nhận là một thuận lợi cho các nước đang phát triển trong việc áp dụng DSU để giải quyết tranh chấp về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ, nhưng trên thực tế vẫn còn cần được tiếp tục làm rõ.

### **Kết luận**

Trong sự hội nhập kinh tế toàn cầu với vai trò then chốt của kinh tế tri thức, quyền sở hữu trí tuệ ngày càng trở nên đặc biệt quan trọng vì những giá trị thặng dư mà tài sản trí tuệ mang lại. Trong khuôn khổ WTO, mặc dù các quốc gia đã đạt được thỏa thuận chung về bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tại Hiệp định TRIPS; tuy nhiên thực tiễn, các quốc gia thành viên WTO thường có quy định ưu tiên bảo hộ một số đối tượng quyền sở hữu trí tuệ nhất định tùy thuộc vào thể mạnh của điều kiện kinh tế, địa lý hoặc đặc thù của chế độ chính trị - xã hội tại mỗi quốc gia.

Quá trình giải quyết tranh chấp bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ tại WTO cho thấy, ngoài việc nắm vững các nguyên tắc áp dụng và các quy định cụ thể, việc giải thích quy định “*tùy nghi*” và ngoại lệ đối với các quyền được cấp có ý nghĩa hết sức quan trọng. Đây là những kinh nghiệm quý báu đối với các quốc gia đang phát triển như Việt Nam. Pháp luật sở hữu trí tuệ Việt Nam với văn bản mang tính nền tảng là Luật Sở hữu trí tuệ 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) cần được đánh giá lại và có những chỉnh sửa phù hợp để hiện thực hóa chính sách bảo hộ quyền sở hữu trí tuệ, đảm bảo hài hòa, cân bằng giữa yêu cầu hội nhập và phát triển đất nước.