

THÔNG RA MỘT KỶ

10(378)

2019

NUM TH 48

**TỔNG BIÊN TẬP**

PGS.TS. L. MAI THANH

**PHÓ TỔNG BIÊN TẬP**

TS. TR. V. BIÊN

**HỘI ĐỒNG BIÊN TẬP**

GS.TSKH. O. T. C.  
PGS.TS. B. X. O.  
PGS.TS. P. H. H.  
PGS.TS. T. N. H.  
PGS.TS. H. T. H.  
PGS.TS. P. H. N.  
PGS.TS. N. N. P.  
PGS.TS. L. M. T.  
PGS.TS. N. T. T.  
GS.TS. V. K. V.  
PGS.TS. O. N. V.

*Trụ sở Tòa soạn:  
27 Trần Xuân Soạn  
Hà Nội*

*Tel: 024.39713333*

*Fax: 024.39764534*

*Email:  
tcnnpl@isl.gov.vn*

**Giấy phép ho...  
b... ch... s... 121/GP-  
BTTTT, ngày 22/4/2013**

In tại Công ty in Thủy lợi

**Giá 20.000**

# NHÀ NƯỚC VÀ PHÁP LUẬT

## MỤC LỤC

### *LUẬT SỞ HỮU TRÍ TUỆ*

❖ NGUYỄN THỊ LÂM NGHI: Quyền của tác giả bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm theo pháp luật Việt Nam 3

### *LUẬT TÀI CHÍNH, LUẬT LAO ĐỘNG*

❖ NGUYỄN THỊ HUỆ: Bất cập trong quy định pháp luật về căn cứ tính thuế bảo vệ môi trường ở Việt Nam và một số giải pháp hoàn thiện 18

❖ NGUYỄN THÙY DUNG: Giao kết, thực hiện thỏa thuận bảo mật thông tin và không cạnh tranh theo pháp luật Việt Nam 27

### *LUẬT THƯƠNG MẠI QUỐC TẾ*

❖ NGUYỄN NGỌC HÀ – NGUYỄN HỮU HOÀNG PHÚC: Thực tiễn sử dụng thủ tục trọng tài theo Điều 22.6 Thỏa thuận về Giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới và khuyến nghị đối với Việt Nam 37

### *LUẬT QUỐC TẾ*

❖ NGUYỄN TIẾN ĐỨC: Pháp luật quốc tế về quyền được xét xử công bằng trong lĩnh vực hình sự 47

❖ LÊ XUÂN LỤC: Công ước chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm và các đề xuất hoàn thiện pháp luật về tư pháp hình sự của Việt Nam 61

❖ TRẦN THỊ NGỌC SƯƠNG: Nghĩa vụ bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển tại các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia trong luật pháp quốc tế 68

MONTHLY ISSUE

10(378)

2019

48<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

### *INTELLECTUAL PROPERTY LAW*

- ❖ NGUYEN THI LAM NGHI: The Right of Work Integrity of Authorship under Vietnamese Law 3

### *FINANCIAL LAW, LABOR LAW*

- ❖ NGUYEN THI HUE: Shortcomings of Legal Provisions on Tax Base of Environmental Protection in Viet Nam and Recommendations 18

- ❖ NGUYEN THUY DUNG: Contracting and Performing Non-Disclosure and Non-Compete Agreements under Vietnamese Law 27

### *INTERNATIONAL TRADE LAW*

- ❖ NGUYEN NGOC HA – NGUYEN HUU HOANG PHUC: The Practice of Arbitration Procedure under Article 22.6 of the World Trade Organization's Dispute Settlement Understanding and Recommendations for Viet Nam 37

### *INTERNATIONAL LAW*

- ❖ NGUYEN TIEN DUC: International Law on the Right to a Fair Trial in the Criminal Aspect 47

- ❖ LE XUAN LUC: The Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment and Proposals to Perfect Viet Nam's Laws on Criminal Justice 61

- ❖ TRAN THI NGOC SUONG: Obligations of Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction under International Law 68

# QUYỀN CỦA TÁC GIẢ BẢO VỆ SỰ TOÀN VỆN TÁC PHẨM THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

*Nguyễn Thị Lâm Nghi\**

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích quy định pháp luật hiện hành về quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, nhận diện những vấn đề bất cập trong các quy định pháp luật, đối chiếu so sánh với quy định pháp luật tương ứng của một số quốc gia thành viên Công ước Berne. Qua đó, bài viết đề xuất những giải pháp hoàn thiện pháp luật Việt Nam về vấn đề này.

**Abstract:** The article analyzes current legal provisions on the right of work integrity of authorship, identifies shortcomings thereof with comparison to corresponding regulations under national laws of member States to Berne Convention. Thereby, it makes certain proposals to perfect Vietnamese law in this respect.

## 1. Quy định pháp luật hiện hành về quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm

Công ước Berne về bảo hộ tác phẩm văn học và nghệ thuật năm 1886 (sau đây gọi là Công ước Berne) quy định quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm của tác giả tại Điều 6bis như sau (tạm dịch):

*“Độc lập với quyền kinh tế của tác giả và ngay cả sau khi quyền này đã được chuyển nhượng, tác giả vẫn có quyền [...] phản đối bất kỳ sự xuyên tạc, cắt xén, sửa đổi hoặc những hành vi xâm phạm khác đối với tác phẩm khi những hành vi đó gây phương hại đến danh dự, uy tín của tác giả”<sup>1</sup>.*

Như vậy, theo quy định này, một hành vi chỉ bị coi là xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm của tác giả nếu thỏa mãn hai yếu tố:

(1) Có sự xuyên tạc (distortion), cắt xén (mutilation), sửa đổi (modification) hoặc bất cứ hành vi xâm phạm nào khác (other derogatory) đối với tác phẩm; và

(2) Uy tín, danh dự của tác giả bị phương hại do hành vi được nêu tại điểm (1).

Tuy nhiên, trên thực tế, không phải quốc gia thành viên nào của Công ước Berne cũng tuân thủ quy định này. Thông thường, các nước thành viên lựa chọn một trong hai xu hướng: Một là, áp dụng tương tự Điều 6bis với hai yếu tố như đã phân tích ở trên khi xác định một hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm; hai là, mở rộng phạm vi bảo hộ loại quyền này hơn so với Điều 6bis khi chỉ yêu cầu thỏa mãn yếu tố hành vi được nêu tại điểm (1) để kết luận về hành vi xâm phạm mà không cần phải chứng minh yếu tố (2). Các quốc gia chọn xu hướng thứ nhất có thể kể đến như Úc (các điều 195AI, 195AJ, 195AK,

\* ThS., Đại học Kinh tế - Luật, Đại học Quốc gia Tp. Hồ Chí Minh.

<sup>1</sup> Nguyên văn (bản tiếng Anh): “Independently of the author’s economic rights, and even after the transfer of the said rights, the author shall have the right to claim authorship of the work and to object to any distortion, mutilation or other modification of, or other derogatory action in relation to, the said work, which would be prejudicial to his honor or reputation”, xem tại: [https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file\\_id=283698#P123\\_20726](https://www.wipo.int/treaties/en/text.jsp?file_id=283698#P123_20726), truy cập ngày 10/4/2019.

195AL Đạo luật Bản quyền năm 1968)<sup>2</sup>, Đức (Điều 14 Đạo luật Quyền tác giả và quyền liên quan đến quyền tác giả năm 1965)<sup>3</sup>, Ý (Điều 2577 Bộ luật Dân sự năm 1942)<sup>4</sup>. Ngược lại, xu hướng thứ hai lại được áp dụng ở các nước thành viên khác như Pháp (Điều 121-1 Bộ luật Sở hữu trí tuệ năm 1992), Hy Lạp (Điều 4 Đạo luật Bản quyền, quyền liên quan và các vấn đề văn hóa số 2121/1993) hay Bỉ<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Xem thêm M.J. Davidson, A.L. Monotti & L. Wiseman, *Australian Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2008, tr. 299-301.

<sup>3</sup> Nguyên văn (tiếng Anh): “The author has the right to prohibit the distortion or any other derogatory treatment of his work which is capable of prejudicing his legitimate intellectual or personal interests in the work” (xem tại [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_urhg/englisch\\_urhg.html#p0028](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html#p0028)). Luật Bản quyền của Đức có vẻ mở rộng phạm vi bảo hộ quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm hơn so với Điều 6bis trong Công ước Berne khi quy định hành vi xâm phạm khi gây phương hại cho những lợi ích về mặt trí tuệ hoặc bất cứ lợi ích cá nhân hợp pháp nào khác của tác giả chứ không giới hạn trong phạm vi tổn hại về danh dự, uy tín của tác giả như Công ước Berne. Dù vậy, cách tiếp cận của Đức về nguyên tắc tương đồng với Điều 6bis bởi lẽ vẫn yêu cầu tác giả phải chứng minh được yếu tố hậu quả của hành vi (gây hại cho lợi ích hợp pháp của tác giả). Xem thêm: Mrs Marjut Salokannel & Mr Alain Strowel, Báo cáo “*Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology*” (2000), được thực hiện bởi EU Commission’s internal market directorate-general, tr. 59, tại [https://www.academia.edu/1363052/Study\\_contract\\_concerning\\_moral\\_rights\\_in\\_the\\_context\\_of\\_the\\_exploitation\\_of\\_works\\_through\\_digital\\_technology?auto=download](https://www.academia.edu/1363052/Study_contract_concerning_moral_rights_in_the_context_of_the_exploitation_of_works_through_digital_technology?auto=download).

<sup>4</sup> Báo cáo “*Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology*” (2000) được thực hiện bởi EU Commission’s internal market directorate-general, tr. 82.

<sup>5</sup> Báo cáo “*Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology*” (2000) được thực hiện bởi EU Commission’s internal market directorate-general, tr. 16, 31, 73.

Ở Việt Nam, quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm được quy định tại khoản 4 Điều 19 và khoản 5 Điều 28 Luật Sở hữu trí tuệ năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009 – sau đây gọi tắt là LSHTT 2005). Theo đó, tác giả có quyền ngăn cấm các hành vi tự ý “sửa chữa, cắt xén hoặc xuyên tạc tác phẩm dưới bất kỳ hình thức nào gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả”. Quyền này chỉ thuộc về tác giả và không thể chuyển giao cho người khác. Quy định này hoàn toàn tương đồng với Điều 6bis của Công ước Berne năm 1886 và luật của các quốc gia như Úc, Ý. Nghĩa là, nếu một người có hành vi sửa chữa, làm thay đổi nguyên trạng của tác phẩm, nhưng không có chứng cứ cho thấy sự sửa chữa, thay đổi này làm tổn hại đến danh dự, uy tín của tác giả thì chưa đủ cơ sở để khẳng định đó là hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm.

Cụ thể, LSHTT 2005 đề cập đến các hành vi “sửa chữa”, “cắt xén”, và “xuyên tạc” tác phẩm là những hành vi có thể xâm phạm đến sự toàn vẹn của tác phẩm. Những khái niệm này không được định nghĩa rõ trong văn bản luật. Dù vậy, xét theo ngữ nghĩa thông thường, hai khái niệm “cắt xén” và “xuyên tạc” có ý nghĩa tiêu cực. Theo Từ điển tiếng Việt của Viện Ngôn ngữ học, “cắt xén” được hiểu là “cắt bỏ bớt một số phần, làm cho mất tính nguyên vẹn”<sup>6</sup>. Có thể hiểu, cắt xén là hành vi làm què quặt, biến dạng một tác phẩm, làm giảm giá trị tác phẩm. Cách hiểu này cũng tương đồng với khái niệm tiếng Anh “mutilation” được sử dụng tại Điều 6bis Công ước Berne<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển tiếng Việt, Viện Ngôn ngữ học, Nxb. Đà Nẵng, 2000, tr. 120.

<sup>7</sup> Từ điển Cambridge định nghĩa mutilation là hành vi hủy hoại một tác phẩm, xem tại

Tương tự, “xuyên tạc” được hiểu là hành vi “trình bày sai sự thật với dụng ý xấu”<sup>8</sup>. Như vậy, xuyên tạc tác phẩm là hành vi cố ý làm sai lệch ý nghĩa thật sự của một tác phẩm mà tác giả muốn truyền đạt, thể hiện trong một tác phẩm khác và được thực hiện một cách thiếu thiện chí. Khái niệm tiếng Anh tương đương được tìm thấy tại Điều 6bis Công ước Berne, “distortion”, cũng có nghĩa tương tự<sup>9</sup>.

Trong khi đó, nếu căn cứ theo Từ điển tiếng Việt, khái niệm “sửa chữa” được sử dụng tại Điều 19 LSHTT 2005 lại có vẻ chưa được chuẩn xác. Theo đó, “sửa chữa” được hiểu là sửa những chỗ hư hỏng, sai sót<sup>10</sup>. Có lẽ, nên thay thế bằng khái niệm “sửa đổi” sẽ chính xác hơn (“sửa đổi” được định nghĩa là “thay đổi, thêm bớt cho phù hợp với yêu cầu đã khác trước”)<sup>11</sup>. Khái niệm này cũng tương ứng với thuật ngữ tiếng Anh “modification” được sử dụng trong Công ước Berne<sup>12</sup>.

Theo tinh thần của LSHTT 2005, cho dù là hành vi hiểu theo nghĩa tiêu cực (làm hạ thấp giá trị tác phẩm với dụng ý xấu) như là “cắt xén”, “xuyên tạc”, hay hành vi mang

tính chất trung dung, thậm chí tích cực, như “sửa chữa” (sửa đổi) tác phẩm chỉ có thể bị xem là hành vi xâm phạm quyền tác giả đối với sự toàn vẹn của tác phẩm nếu như tác giả chứng minh được uy tín, danh dự của bản thân bị phương hại bởi các hành vi trên. Có thể nói, trong hoạt động chứng minh có hay không sự xâm phạm quyền, nếu dấu hiệu hành vi “sửa chữa”, “cắt xén”, “xuyên tạc” là điều kiện cần thì dấu hiệu “phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả” lại là điều kiện đủ.

Tuy nhiên, Nghị định số 22/2018/NĐ-CP quy định chi tiết một số điều của LSHTT 2005 (sau đây gọi là NĐ 22) lại có hướng dẫn mâu thuẫn với văn bản luật. Cụ thể, khoản 3 Điều 20 của NĐ 22 khẳng định:

*“Quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, không cho người khác sửa chữa, cắt xén tác phẩm quy định tại khoản 4 Điều 19 của Luật Sở hữu trí tuệ là việc không cho người khác sửa chữa, cắt xén tác phẩm hoặc sửa chữa, nâng cấp chương trình máy tính trừ trường hợp có thoả thuận của tác giả”.*

Rõ ràng, việc NĐ 22 loại bỏ hẳn cụm từ “gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả” đã làm thay đổi hoàn toàn tinh thần và bản chất của khoản 4 Điều 19 LSHTT 2005, khiến vấn đề chứng minh hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm rẽ sang một hướng hoàn toàn khác. Nếu áp dụng quy định của NĐ 22, tác giả không cần chứng minh hậu quả của hành vi tác động đến tác phẩm, mà chỉ cần chỉ ra được sự “sửa chữa, cắt xén tác phẩm” khi chưa có sự đồng ý của bản thân tác giả. Nói cách khác, yếu tố có hay không có sự thỏa thuận của tác giả sẽ là yếu tố then chốt, quyết định việc chỉnh sửa tác phẩm có cấu thành hành vi vi phạm sự toàn vẹn của tác phẩm hay không. Cách tiếp cận này tương

<https://dictionary.cambridge.org/vi/dictionary/english/h/mutilation>, truy cập ngày 10/4/2019.

<sup>8</sup> Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển tiếng Việt, Viện Ngôn ngữ học, Nxb. Đà Nẵng, 2000, tr. 1162.

<sup>9</sup> Từ điển Cambridge định nghĩa distortion là hành vi thay đổi ý định có chủ đích hoặc ý nghĩa thật sự của một điều gì đó, xem tại <https://dictionary.cambridge.org/vi/dictionary/english/distortion>, truy cập ngày 10/4/2019.

<sup>10</sup> Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển tiếng Việt, Viện Ngôn ngữ học, Nxb. Đà Nẵng, 2000, tr. 878.

<sup>11</sup> Hoàng Phê (chủ biên), Từ điển tiếng Việt, Viện Ngôn ngữ học, Nxb. Đà Nẵng, 2000, tr. 878.

<sup>12</sup> Từ điển Cambridge định nghĩa modification là hành vi “thay đổi một cái gì đó, thường là để phát triển nó”, xem tại <https://dictionary.cambridge.org/vi/dictionary/english/modification>, truy cập ngày 10/4/2019.

đồng với quy định của luật bản quyền tại các nước như Pháp, Hy Lạp hay Bỉ như đã phân tích ở trên. Có quan điểm cho rằng, bản thân khái niệm “cắt xén” đã hàm chứa ý nghĩa tiêu cực (như đã phân tích ở trên) nên không cần thêm vào cụm từ “gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả” nữa. Tuy nhiên, lập luận này lại không thể áp dụng cho hành vi “sửa chữa” (vốn không nhất thiết mang nghĩa tiêu cực, thậm chí là tích cực). Hơn nữa, ngay cả LSHTT 2005 vẫn quy định yếu tố “gây phương hại cho danh dự và uy tín của tác giả” dù có sử dụng cụm từ “cắt xén” và “xuyên tạc”. Vì vậy, thật khó có thể cho rằng quy định tại ND 22 thể hiện đúng tinh thần của LSHTT 2005.

## **2. Những vấn đề đặt ra từ góc nhìn luật học so sánh**

### **2.1. Quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm trong mối quan hệ với quyền làm tác phẩm phái sinh**

Nếu quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm là quyền nhân thân, gắn liền với tác giả và không thể chuyển giao cho người khác thì ngược lại, quyền làm tác phẩm phái sinh lại là quyền tài sản, thuộc độc quyền của chủ sở hữu tác phẩm. Theo đó, chủ sở hữu có quyền tự mình hoặc cho phép người khác làm tác phẩm phái sinh từ tác phẩm gốc mà mình đang nắm giữ quyền sở hữu (điểm a khoản 1 Điều 20 LSHTT 2005).

Tác phẩm phái sinh được liệt kê tại khoản 8 Điều 4 của LSHTT 2005, bao gồm tác phẩm dịch từ ngôn ngữ này sang ngôn ngữ khác, tác phẩm phóng tác, cải biên, chuyển thể, biên soạn, chú giải, tuyển chọn. Có thể hiểu tác phẩm phái sinh là tác phẩm được sáng tạo dựa trên tác phẩm gốc, có thể có sự can thiệp vào tính chỉnh thể của tác phẩm (sửa đổi, chỉnh sửa tác phẩm, ví dụ, tác phẩm phóng tác, cải biên) hoặc không

can thiệp vào tính chỉnh thể mà chỉ thực hiện các hành vi sắp xếp, tổng hợp, chọn lọc thông tin, chuyển loại hình,... theo một cách thức nhất định (ví dụ tác phẩm chuyển thể, biên soạn, tuyển chọn). Như vậy, về mặt hành vi, hoạt động làm tác phẩm phái sinh - đặc biệt là phóng tác, cải biên - có nhiều điểm tương đồng với hành vi sửa chữa tác phẩm vốn có khả năng bị coi là xâm phạm đến quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm. Do đó, chính tính chất này khiến cho ranh giới giữa quyền làm tác phẩm phái sinh và quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm trong nhiều trường hợp là rất khó phân định.

Theo quy định pháp luật, điều kiện để tác phẩm phái sinh được bảo hộ là phải có tính nguyên gốc (khoản 3 Điều 14 LSHTT 2005) và không được gây phương hại cho quyền tác giả đối với tác phẩm gốc (khoản 2 Điều 14 LSHTT 2005). Một trong những hành vi gây phương hại này chính là việc xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm. Điều này chứng tỏ rằng, mặc dù quyền làm tác phẩm phái sinh là quyền của chủ sở hữu nhưng khi thực thi quyền này, chủ sở hữu vẫn phải tôn trọng quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm của tác giả. Tuy nhiên, như đã phân tích ở trên, do cách tiếp cận của LSHTT 2005 và ND 22 không tương đồng nên có thể dẫn đến cách hiểu mâu thuẫn nhau khi áp dụng quy định này trên thực tế.

Cách tiếp cận của khoản 4 Điều 19 LSHTT 2005 cho phép một khoảng tự do sáng tạo khá rộng trong hoạt động làm tác phẩm phái sinh. Theo đó, chỉ cần không gây phương hại cho danh dự, uy tín của tác giả thì những hành vi thay đổi, chỉnh sửa tác phẩm gốc theo một ý đồ sáng tạo nhất định của chủ sở hữu hoặc người được phép của

chủ sở hữu để tạo ra một tác phẩm mới có tính nguyên gốc đều thuộc phạm vi tác phẩm phái sinh hợp pháp.

Ngược lại, nếu áp dụng quy định tại khoản 3 Điều 20 NĐ 22, việc tự do sáng tạo tác phẩm phái sinh sẽ hẹp hơn rất nhiều. Bởi lẽ, theo cách tiếp cận của quy định này, bất cứ hành vi sửa chữa tác phẩm gốc nào, nếu không có sự đồng thuận của tác giả, cũng có thể cấu thành hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm của tác giả, cho dù tác giả không chứng minh được hành vi đó gây phương hại đến danh dự, uy tín của mình.

Một vấn đề khá nghiêm trọng được đặt ra là, với cách tiếp cận này, nguyên tắc bảo hộ quyền làm tác phẩm phái sinh với tư cách là quyền tài sản, vốn thuộc độc quyền của chủ sở hữu tác phẩm, đã không được giữ vững.

Cụ thể, trong trường hợp chủ sở hữu quyền tác giả và tác giả đối với một tác phẩm là hai chủ thể độc lập thì theo quy định của LSHTT 2005, chủ sở hữu quyền tác giả sẽ có độc quyền làm tác phẩm phái sinh, trong khi tác giả nắm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm<sup>13</sup>. Vì làm tác phẩm phái sinh là độc quyền của chủ sở hữu nên về mặt nguyên tắc, chủ sở hữu không cần phải xin phép tác giả. Tuy nhiên, với tinh thần của NĐ 22, nguyên tắc này bị vô hiệu hóa bởi lẽ bất cứ hành vi nào sửa đổi một tác phẩm, muốn được coi là hợp pháp, phải được sự đồng ý của tác giả (vì không thể làm tác phẩm phái sinh như phóng tác hay cải biên mà không có sự chỉnh sửa tác phẩm gốc). Vô hình trung, quy định của NĐ 22 có khuynh hướng đồng nhất quyền làm tác phẩm phái sinh và quyền bảo vệ sự toàn vẹn

của tác phẩm, biến quyền làm tác phẩm phái sinh thành quyền nhân thân, khiến quyền làm tác phẩm phái sinh không thuộc độc quyền của chủ sở hữu mà thuộc về tác giả. Cách tiếp cận này đã tước bỏ lợi ích hợp pháp của chủ sở hữu tác quyền liên quan đến việc khai thác quyền làm tác phẩm phái sinh theo quy định của LSHTT 2005.

Trên thực tế, vụ kiện bản quyền đối với hình thức thể hiện các nhân vật trong bộ truyện tranh Thần đồng đất Việt giữa ông Lê Linh và Công ty Phan Thị gần đây là một minh chứng cho vấn đề nêu trên. Cụ thể, trong bản án sơ thẩm, tòa án đã lập luận rằng việc Công ty Phan Thị thay đổi hình thức thể hiện gốc của các nhân vật Trạng Tí, Sứu Eo, Dàn Béo, Cả Mẹo để phù hợp với cốt truyện, bối cảnh, nội dung cụ thể của từng tập truyện từ tập 79 trở đi của bộ truyện tranh Thần đồng đất Việt cũng như của bộ truyện tranh Thần đồng đất Việt mỹ thuật, Thần đồng đất Việt khoa học là hoạt động làm tác phẩm phái sinh có sửa chữa tác phẩm gốc, nhưng không có thỏa thuận với ông Linh và không được ông Linh đồng ý là xâm phạm quyền tác giả được quy định tại khoản 5 Điều 28 LSHTT 2005<sup>14</sup>. Rõ ràng, có một sự nhập nhằng rất lớn khi một mặt, thẩm phán công nhận hành vi thay đổi hình thức thể hiện gốc các nhân vật của chủ sở hữu là hoạt động làm tác phẩm phái sinh, nhưng mặt khác, vẫn tuyên đây là hành vi xâm phạm quyền của tác giả Lê Linh chỉ bởi vì chưa được sự đồng ý của tác giả. Mặc

<sup>13</sup> Xem các quy định từ Điều 36 đến Điều 39 của LSHTT 2005.

<sup>14</sup> Bản án sơ thẩm của vụ kiện này được Tòa án nhân dân quận 1, Tp. Hồ Chí Minh tuyên vào ngày 18/02/2019; xem thêm về vụ kiện tại <https://news.zing.vn/hoa-si-le-linh-thang-kien-doi-du-oc-tac-quyen-than-dong-dat-viet-post917423.html?fbclid=IwAR11ppt1MkElwQZPwsX20JB2fzpxDmnk5e0UWXo7rLGOIOF4r6LaBtay81k>, truy cập ngày 10/4/2019.

dù bản án căn cứ vào LSHTT 2005, nhưng thẩm phán lại áp dụng cách tiếp cận của NĐ 22, theo đó, bản án sơ thẩm chỉ đề cập đến yếu tố có hành vi sửa chữa tác phẩm của chủ sở hữu là Công ty Phan Thị mà không hề phân tích, đánh giá yếu tố hậu quả có gây phương hại cho danh dự, uy tín của tác giả không. Thay vào đó, thẩm phán lại nhấn mạnh yếu tố chưa được sự đồng ý của tác giả như quy định tại khoản 3 Điều 20 NĐ 22. Rõ ràng, với logic này, người thực sự nắm quyền làm tác phẩm phái sinh không còn là chủ sở hữu nữa mà ngược lại, chính người có tư cách tác giả (dù không có tư cách chủ sở hữu) mới có quyền làm tác phẩm phái sinh. Một cách tiếp cận lật đổ hoàn toàn nguyên tắc: Quyền làm tác phẩm phái sinh thuộc chủ thể có tư cách chủ sở hữu tác quyền của LSHTT 2005.

Tuy nhiên, trong một vụ kiện khác cũng diễn ra gần như đồng thời với vụ kiện trên, giữa Công ty Tuần Châu Hà Nội và đạo diễn Việt Tú liên quan đến quyền tác giả đối với vở diễn thực cảnh “Ngày xưa”, thẩm phán của Tòa án nhân dân Tp. Hà Nội lại có cách tiếp cận ngược lại. Bản án sơ thẩm của vụ kiện này công nhận rằng, với tư cách là chủ sở hữu, Công ty Tuần Châu Hà Nội có quyền làm tác phẩm phái sinh “Tinh hoa Bắc Bộ” trên cơ sở sửa chữa tác phẩm gốc “Ngày nay” mà không cần sự đồng ý của tác giả Việt Tú, bác bỏ yêu cầu đòi bồi thường của tác giả<sup>15</sup>. Rõ ràng, trái với bản án sơ thẩm vụ Thần đồng đất Việt, cách tiếp cận của bản án sơ thẩm trong vụ kiện này bám sát quy định của LSHTT 2005 hơn.

---

<sup>15</sup> Bản án sơ thẩm của vụ kiện này được Tòa án nhân dân Tp. Hà Nội tuyên vào ngày 20/3/2019; xem thêm về vụ kiện tại <https://nld.com.vn/van-nghe/tranh-chap-ban-quyen-vo-thuc-canh-trieu-do-toa-tuyen-tin-h-hoa-bac-bo-la-vo-dien-phai-sinh-20190320100602-19.htm>, truy cập ngày 10/4/2019.

Như vậy, sự mâu thuẫn giữa cách tiếp cận của LSHTT 2005 và NĐ 22 đã tạo ra hai cách hiểu và áp dụng pháp luật hoàn toàn trái ngược nhau của các tòa án.

Nghiên cứu pháp luật một số nước trên thế giới, trước tiên phải khẳng định rằng, việc phân định ranh giới giữa hành vi làm tác phẩm phái sinh hợp pháp và hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm được giải quyết trong luật không phải là điều dễ dàng. Đặc biệt, đối với quốc gia áp dụng nguyên tắc chỉ cần có hành vi tác động trái phép đến tính nguyên vẹn của tác phẩm là đã cấu thành hành vi xâm phạm quyền tác giả mà không cần chứng minh yếu tố hậu quả. Dù vậy, văn bản pháp luật hoặc các án lệ ở những quốc gia này vẫn xác định những nguyên tắc cụ thể giúp phân định rõ hai hành vi trên. Ví dụ, Bộ luật Sở hữu trí tuệ của Pháp bảo hộ quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm theo hướng tuyệt đối, nghĩa là tác giả không cần phải chứng minh hậu quả “gây phương hại đến danh dự, uy tín” của hành vi tác động đến tác phẩm. Mặc dù vẫn tồn tại khuynh hướng xem mọi hành vi sửa đổi tác phẩm đều có thể cấu thành hành vi xâm phạm, tuy nhiên, khuynh hướng chủ yếu được áp dụng trong các án lệ là mở rộng quyền tự do sáng tạo của hoạt động làm tác phẩm phái sinh (modification/adaptation). Một hành vi chỉ bị coi là xâm phạm nếu như nó “xuyên tạc” (distort) tinh thần chung (spirit) của tác phẩm nhưng mặt khác hành vi sửa đổi nhất định đối với văn bản (text) của tác phẩm thì vẫn được coi là hợp pháp<sup>16</sup>. Như vậy, tiêu chuẩn để tòa án có thể xác định ranh giới giữa hành vi làm tác phẩm

---

<sup>16</sup> Báo cáo “*Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology*” (2000) được thực hiện bởi EU Commission’s internal market directorate-general, tr. 39.

phái sinh hợp pháp và hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm chính là vấn đề tinh thần chung của tác phẩm có được tôn trọng hay không. Như vậy, không phải bất cứ sự chỉnh sửa tác phẩm nào cũng bị coi là xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm.

Một ví dụ khác là Đức, nơi mà pháp luật về bản quyền cũng vạch ra nguyên tắc chung góp phần xác định ranh giới giữa hành vi làm tác phẩm phái sinh hợp pháp và hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm. Nguyên tắc này được xác lập tại Điều 39 Đạo luật Bản quyền và quyền liên quan; theo đó, hành vi sửa đổi tác phẩm là được phép và tác giả không có quyền phản đối, dựa trên nguyên tắc thiện chí (good faith)<sup>17</sup>. Nói cách khác, hành vi làm tác phẩm phái sinh được coi là hợp pháp trừ khi tác giả phản đối hành vi này chứng minh được là mình có lý do chính đáng. Bên cạnh đó, Điều 24.1 cũng quy định việc tạo ra một tác phẩm mới dựa trên việc sử dụng tự do (free use) (ví dụ, sử dụng vì mục đích cá nhân) một tác phẩm thuộc phạm vi bảo hộ tác quyền của người khác không cần phải có sự cho phép của tác giả tác phẩm gốc đó.

Như vậy, mặc dù việc xác định ranh giới giữa quyền làm tác phẩm phái sinh hợp pháp và quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm không phải là dễ dàng, nhưng pháp luật của cả Đức lẫn Pháp đều có những quy tắc của riêng để phân định ranh giới này. Theo đó, không phải mọi hành vi sửa chữa, thay đổi một tác phẩm khi chưa có sự cho phép của tác giả đều là hành vi xâm phạm

quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm như cách tiếp cận của NĐ 22 trong pháp luật Việt Nam. Đáng lưu ý là, dù cách tiếp cận không giống nhau hoàn toàn, nhưng cả pháp luật của Pháp lẫn của Đức đều có ngưỡng bảo hộ quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm cao hơn quy định của Công ước Berne (như đã phân tích ở trên), trong khi LSHTT 2005 lại có ngưỡng bảo hộ hẹp hơn, bám sát Công ước Berne.

## 2.2. Tiêu chí xác định yếu tố “gây phương hại cho danh dự, uy tín của tác giả”

Cả LSHTT 2005 lẫn NĐ 22 không có một quy định cụ thể nào để giải thích yếu tố “gây phương hại đến danh dự, uy tín của tác giả”. Không có văn bản quy phạm pháp luật nào của Việt Nam vạch ra những tiêu chí cụ thể mà tòa án có thể dựa vào để cân nhắc, đánh giá yếu tố này. Sự thiếu vắng quy định loại này có khả năng dẫn đến sự tùy tiện trong các quyết định của thẩm phán trên thực tế. Bởi lẽ, đây là yếu tố mang tính chủ quan, phụ thuộc vào cảm nhận, tính cách riêng của mỗi cá nhân. Quả vậy, trong thực tế có thể dễ dàng tìm thấy một người có khuynh hướng “quá nhạy cảm hoặc kiểm soát thái quá đối với cách thức mà tác phẩm của anh ta được sử dụng”<sup>18</sup> hoặc ngược lại.

Một vấn đề nữa là, tính chất “gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả” nên được xét dưới góc độ cảm nhận của chính bản thân tác giả hay phụ thuộc vào sự đánh giá của người khác? Hơn nữa, luật có đòi hỏi phải thực sự có hậu quả “phương hại” đã diễn ra hay chỉ cần có nguy cơ gây phương hại đến quyền này? Rõ ràng, nếu thiếu những quy định chi tiết,

<sup>17</sup> The Act on Copyright and Related Rights (Urheberrechtsgesetz, UrhG), xem tại [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_urhg/englisch\\_urhg.html#p0028](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_urhg/englisch_urhg.html#p0028), truy cập ngày 10/4/2019.

<sup>18</sup> M.J. Davidson, A.L. Monotti & L. Wiseman, *Australian Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2008, tr. 300.

hoặc ít nhất những quy định mang tính nguyên tắc làm tiêu chuẩn để xác định yếu tố mang tính pháp lý này, khó có thể tránh được sự tùy tiện, mâu thuẫn giữa các bản án, quyết định của tòa án.

Đạo luật Bản quyền của Canada quy định quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm chỉ bị coi là xâm phạm khi hành vi tác động đến tác phẩm đó (xuyên tạc, cắt xén hoặc các hành vi sửa đổi khác) gây phương hại đến danh dự, uy tín của tác giả (to the prejudice of its author's or performers honour or reputation) (Điều 28.2 (1))<sup>19</sup>. Chúng ta thấy điều luật này tương tự như quy định tại Điều 6bis Công ước Berne và LSHTT 2005 của Việt Nam. Để trả lời câu hỏi liệu tính chất của sự phương hại này được quyết định bởi chính cảm nhận của tác giả hay người khác, thẩm phán O'Brien J., trong vụ án *Snow v. The Eaton Centre Ltd. et al.* nổi tiếng ở Canada, cho rằng "tính chất "gây phương hại đến danh dự, uy tín của tác giả" [...] là đề cập đến những yếu tố hoặc nhận định của chính tác giả miễn là chúng hợp lý"<sup>20</sup>. Vì thế, thẩm phán đã chấp nhận yêu cầu của nguyên đơn, tuyên bố bị đơn đã thực hiện hành vi xâm phạm quyền đối với sự toàn vẹn của tác phẩm. Quan điểm này bị coi là một cách tiếp cận "nhạy cảm bậc nhất" khi xác định hành vi gây phương hại đến uy tín, danh dự của tác giả<sup>21</sup>. Vì thế, án

lệ sau đó, *Prise de parole Inc v. Guérin, éditeur Ltée*<sup>22</sup>, mặc dù một mặt vẫn áp dụng án lệ *Snow* cho rằng việc quyết định một hành vi có gây phương hại cho danh dự, uy tín tác giả không, trước tiên cần dựa vào cảm nhận chủ quan của chính tác giả; nhưng mặt khác, thẩm phán vẫn yêu cầu đưa ra những bằng chứng khách quan để làm tiêu chuẩn cho quyết định, bao gồm ý kiến của cộng đồng hay các chuyên gia trong lĩnh vực có liên quan. Nếu thỏa mãn tiêu chí chủ quan, nhưng không thỏa mãn tiêu chí khách quan, tòa án sẽ không công nhận hành vi của bị đơn là xâm phạm quyền của nguyên đơn: "Nói một cách ngắn gọn, mặc dù tác giả chứng minh được rằng tác phẩm của mình đã bị sửa đổi đáng kể mà bản thân không được thông báo, và rằng bản thân đã bị sốc và đau khổ bởi hành vi này nhưng không có đủ bằng chứng khách quan cho rằng việc sửa đổi tác phẩm gây phương hại cho danh dự, uy tín của tác giả theo quy định tại Điều 28.2(1). Vì yếu tố này không được chứng minh nên không thể xem quyền nhân thân của tác giả đã bị xâm phạm"<sup>23</sup>.

Có thể nói rằng, về mặt lý thuyết, cách tiếp cận của tòa án Canada từ sau vụ việc *Snow* mang tính cân bằng. Một mặt, tòa án vẫn xét đến ý chí chủ quan của tác giả (thậm chí tiêu chí này được đề cập đến trước tiên), nhưng mặt khác vẫn quan tâm đến các bằng chứng khách quan. Dù vậy, trên thực tế, yếu tố mang tính chất quyết định để xác định một hành vi có phải là xâm phạm hay không lại chính là các bằng chứng khách quan, nghĩa là cách nhìn nhận, quan điểm của

<sup>19</sup> Canadian Copyright Act, xem tại <https://laws.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/section-28.2-20121107.html#wb-cont>, truy cập ngày 12/4/2019.

<sup>20</sup> *Snow v. The Eaton Centre Ltd.* (1982) được công bố trong Canadian Patent Reporter, tr. 105. Xem <https://zvlony.ca/2012/decisions/snow-v-eaton-centre-ltd-et-al/> và <https://www.civil.law.cam.ac.uk/virtual-museum/snow-v-eaton-centre-ltd-1982-70-cp-r-2d-105>, truy cập ngày 12/4/2019.

<sup>21</sup> M.J. Davidon, A.L. Monotti & L. Wiseman, *Australian Intellectual Property Law*, Cambridge University Press, 2008, tr. 300.

<sup>22</sup> *Prise de parole Inc v Guérin, éditeur Ltée*, được công bố trong Canadian Patent Reporter, tr. 557.

<sup>23</sup> *Prise de parole Inc v Guérin, éditeur Ltée*, được công bố trong Canadian Patent Reporter, tr. 557, xem đoạn 28 trong phán quyết.

công chúng hay của các chuyên gia trong lĩnh vực có liên quan.

Một điểm đáng lưu ý nữa trong phán quyết này là, thẩm phán cho rằng tác giả chỉ cần chứng minh được có khuynh hướng gây phương hại mà không cần có hậu quả gây phương hại thực tế xảy ra là đủ để thỏa mãn yếu tố “gây phương hại đến danh dự, uy tín của tác giả” được quy định tại Điều 28.2(1).

Một quốc gia khác cần xem xét ở đây chính là Úc. Đạo luật Bản quyền năm 1968<sup>24</sup> của Úc cũng có cách tiếp cận đối với quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm tương tự như Công ước Berne và LSHTT 2005 của Việt Nam. Các điều 195AI, 195AJ, 195AK và 195AL của Đạo luật này quy định để có thể xác định một hành vi vi phạm, nhân tố chính yếu cần phải xem xét là hành vi đó có tính chất “xúc phạm” (derogatory) hay không. Nghĩa là, theo luật, tác giả phải chứng minh được hành vi vi phạm đã gây phương hại đến danh dự, uy tín của bản thân (prejudicial to the author’s honour or reputation) (Điều 195AQ). Như đã phân tích, hậu quả này không phải lúc nào cũng được xác định dễ dàng vì tính chủ quan của nó. Vì thế, để hạn chế tính chất cảm tính khi ra quyết định, Điều 195AS đưa ra nhiều yếu tố mà các tòa án ở Úc có thể dựa vào đó để đánh giá tính chất “xúc phạm” của một hành vi như: Bản chất của tác phẩm (ví dụ, tác phẩm mang tính nghệ thuật thuần túy hay tác phẩm mang tính ứng dụng), mục đích, cách thức, bối cảnh sử dụng của tác phẩm, thông lệ của ngành/lĩnh vực mà trong đó tác phẩm được sử dụng,...

<sup>24</sup> The Copyright Act 1968 (Cth), xem tại [http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_act/ca1968133/index.html#s195as](http://www5.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/index.html#s195as), truy cập ngày 12/4/2019.

Đức cũng là một quốc gia áp dụng nguyên tắc đánh giá hành vi vi phạm qua hai yếu tố, hành vi và hậu quả. Tuy nhiên, một điểm đáng chú ý trong luật tác quyền của Đức chính là việc đề cao nguyên tắc cân bằng lợi ích giữa tác giả tác phẩm và người sử dụng tác phẩm. Nguyên tắc này tạo ra một quy trình chuẩn mà tòa án Đức phải tuân thủ khi giải quyết tranh chấp, hạn chế sự chủ quan trong bản án, quyết định của tòa. Cụ thể, khi xem xét một hành vi nào là hành vi xâm phạm, tòa án phải tuân thủ các bước sau:

(1) Trước tiên, tòa phải xem xét một cách khách quan có hành vi xâm phạm quyền hay không; nghĩa là có hành vi xuyên tạc hay bất cứ hành vi nào xúc phạm đến tác phẩm hay không;

(2) Nếu có, tòa sẽ tiếp tục xem xét hành vi kể trên có gây phương hại cho tác giả không;

(3) Nếu có thì liệu lợi ích của tác giả trong trường hợp ấy có cân bằng với lợi ích của các bên còn lại hay không<sup>25</sup>.

Ngoài quy trình ba bước kể trên, cũng tương tự như Úc, tòa án ở Đức cũng phải tính đến các yếu tố có liên quan khác, như bản chất và mức độ của hành vi vi phạm, các yếu tố bị ảnh hưởng, mức độ nguyên gốc của tác phẩm... để đảm bảo nguyên tắc cân bằng lợi ích<sup>26</sup>.

Ngay cả Pháp, quốc gia có cơ chế bảo hộ quyền nhân thân đối với sự toàn vẹn của

<sup>25</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission’s internal market directorate-general, tr. 60.

<sup>26</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission’s internal market directorate-general, tr. 60.

tác phẩm ở ngưỡng rất cao như đã đề cập, vẫn đặt ra một số yếu tố để kiểm soát nhằm hạn chế khả năng lạm dụng quyền này. Cụ thể, “thông lệ” (customs) của một ngành, một lĩnh vực nào đó hoặc những đặc điểm hạn chế cố hữu của một loại hình tác phẩm nào đó sẽ là những yếu tố được tòa án cân nhắc khi đánh giá hành vi xâm phạm<sup>27</sup>.

Như vậy, cả pháp luật của Úc và Pháp đều xem bản chất tác phẩm, loại hình đặc thù của tác phẩm, thông lệ sử dụng tác phẩm là những yếu tố quan trọng cần xét đến khi đánh giá tính chất xâm phạm của hành vi.

Điều này đã không được tòa án Việt Nam xét đến trong vụ kiện “Thần đồng đất Việt”, khi thẩm phán cho rằng hình thức thể hiện các nhân vật trong truyện đã bị sửa chữa trong các phiên bản Thần đồng đất Việt mỹ thuật hay Thần đồng đất Việt khoa học. Bởi lẽ, căn cứ vào các Giấy chứng nhận quyền tác giả, hình thức thể hiện của các nhân vật Trạng Tí, Sứ Eo, Dàn Béo, Cả Mẹo chỉ được diễn hoạt ở một vài góc cạnh như trước, nghiêng, sau lưng. Tòa án xem đây là hình thức thể hiện gốc của các tác phẩm, do vậy bất cứ hình ảnh nào được thể hiện ở những góc khác đều bị coi là sửa chữa tác phẩm gốc. Quan điểm này hoàn toàn không xét đến loại hình tác phẩm và mục đích sử dụng tác phẩm đặc thù. Đối với loại hình tác phẩm mỹ thuật ứng dụng như hình thức thể hiện các nhân vật được sử dụng trong truyện tranh, do đặc tính hình ảnh phải phù hợp với nội dung, lời thoại của truyện thì không thể chỉ giới hạn việc sử dụng trong một vài động tác, góc cạnh đã

được thể hiện trong Giấy chứng nhận đăng ký quyền tác giả. Cụ thể hơn, lời thoại, nội dung truyện luôn biến hóa nên hình thức thể hiện của các nhân vật nhất thiết phải biến hóa theo dưới nhiều góc cạnh khác nhau, không thể chỉ được diễn hoạt theo vài góc độ ghi nhận trong Giấy chứng nhận đăng ký quyền tác giả. Theo quan điểm của người viết, các hình ảnh được ghi nhận trong Giấy chứng nhận nên được hiểu là cách thức thể hiện cơ bản của một nhân vật, phản ánh tinh thần chung của nhân vật. Điều đó có nghĩa là, khi xem xét liệu có sự chỉnh sửa tác phẩm gốc hay không thì cần xét đến tổng thể hình thức thể hiện, tinh thần chung của nhân vật, chứ không nên máy móc cho rằng bất cứ hình thức thể hiện nào ở góc khác với góc đã được ghi nhận trong Giấy chứng nhận đều là hành vi sửa chữa tác phẩm.

### **2.3. Hành vi tác động đến bản gốc của tác phẩm tạo hình, tác phẩm kiến trúc**

Về bản chất, một đặc điểm của tài sản trí tuệ nói chung chính là tính vô hình của nó. Nói cách khác, tài sản trí tuệ không đồng nhất với hình thức thể hiện bên ngoài cụ thể của tài sản này dưới một dạng vật chất nhất định. Ví dụ, một tác phẩm văn chương với tư cách là một tài sản trí tuệ không đồng nhất với cuốn sách có in tác phẩm đó. Do đó, giá trị của những tác phẩm dạng này dù ở dạng bản gốc hay bản sao là giống nhau. Hậu quả là, hành vi xé vài trang sách hay thậm chí đốt bỏ một cuốn sách có in một tác phẩm không thể bị coi là xâm phạm quyền nhân thân của tác giả đối với sự toàn vẹn của tác phẩm ấy.

Tuy vậy, có những loại hình tác phẩm đặc thù có những đặc trưng rất riêng. Cụ thể, các tác phẩm tạo hình như hội họa, điêu khắc vốn chỉ tồn tại dưới dạng độc bản, giá trị bản gốc và bản sao không đồng nhất như

<sup>27</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission's internal market directorate-general.

các loại hình tác phẩm khác (giá trị chủ yếu của chúng chỉ nằm ở bản gốc). Riêng đối với tác phẩm kiến trúc, tính chất ứng dụng của nó là một đặc điểm nổi trội, theo đó, chủ thể sử dụng hoặc trực tiếp chịu ảnh hưởng bởi tính chất này lại thường chính là chủ sở hữu quyền – người trực tiếp sử dụng tác phẩm – chứ không phải tác giả. Vì thế, những hành vi trực tiếp tác động đến hình thức thể hiện vật chất – bản gốc – của tác phẩm (ví dụ, bôi bẩn, thêm thắt, thậm chí phá hủy một phần hoặc hoàn toàn một bức tranh, một bức tượng điêu khắc hay một ngôi nhà) có cấu thành hành vi xâm phạm quyền nhân thân của tác giả đối với sự toàn vẹn của một tác phẩm?

Gần đây, một sự kiện văn hóa đáng chú ý xảy ra là việc các nghệ sĩ nổi tiếng đã ký tên lên bức tranh của một họa sĩ theo yêu cầu của chính chủ sở hữu tác phẩm. Sự kiện này đã khiến nhiều người bức xúc vì cho rằng việc ký tên trực tiếp lên bức tranh đã làm giảm đáng kể giá trị của tác phẩm<sup>28</sup>. Có thể có quan điểm cho rằng, bức tranh cụ thể chỉ là một hình thức thể hiện của tác phẩm, không phải là chính tác phẩm, nên nó không là tài sản trí tuệ mà chỉ là tài sản thông thường (như quyển sách có in tác phẩm Truyện Kiều, bản thân quyển sách đó không phải là tác phẩm Truyện Kiều với tư cách là một loại tài sản trí tuệ). Vì thế, chủ sở hữu có quyền sử dụng, định đoạt (bao gồm cả việc hủy hoại) tài sản này, tác giả không có quyền can thiệp. Tuy nhiên, như đã phân tích, rất khó đồng nhất loại hình hội họa với loại hình tác phẩm văn học, bởi lẽ tác phẩm hội họa tồn tại dưới dạng độc bản, và giá trị

của chúng nằm ở bản gốc. Do đó, hành vi can thiệp vào chính tác phẩm gốc hay hủy hoại chúng có ý nghĩa rất khác với loại hình tác phẩm văn học. Trên thực tế, trong vụ việc này, bản thân tác giả bức tranh và những họa sĩ trong nghề đã rất bức xúc, cho rằng sự toàn vẹn của bức tranh đã bị xâm phạm nghiêm trọng<sup>29</sup>.

Đối với tác phẩm kiến trúc, điểm b khoản 1 Điều 15 NĐ 22 quy định bản thân công trình xây dựng trên thực tế là một tác phẩm kiến trúc được bảo hộ tác quyền. Vậy, nếu chủ sở hữu muốn sửa chữa hay thậm chí phá dỡ ngôi nhà thì có bị coi là hành vi xâm phạm đến quyền nhân thân của tác giả đối với sự toàn vẹn của tác phẩm kiến trúc đó? Những vấn đề trên chưa được giải quyết cụ thể trong pháp luật Việt Nam.

Đạo luật Bản quyền và quyền liên quan của Bỉ có mức độ bảo hộ quyền đối với sự toàn vẹn của một tác phẩm rất cao. Theo đó, Bỉ quy định tác giả có quyền phản đối hành vi phá hủy bản gốc đối với mọi loại tác phẩm (không áp dụng đối với bản sao), kể cả đó là tác phẩm văn chương hay tác phẩm tạo hình<sup>30</sup>.

Tương tự, các án lệ của Pháp cũng xem hành vi phá hủy một tác phẩm là vi phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Quách Hằng & Văn Cường, *Ồn ào quanh vụ ca sĩ ký tên lên tranh từ thiện*, Báo điện tử VTV, <https://vtv.vn/chuyen-dong-24h/on-ao-quanh-vu-ca-si-ky-ten-len-tranh-tu-thien-20181015192122686.htm>, truy cập ngày 13/4/2019.

<sup>29</sup> Quách Hằng & Văn Cường, *Ồn ào quanh vụ ca sĩ ký tên lên tranh từ thiện*, Báo điện tử VTV, <https://vtv.vn/chuyen-dong-24h/on-ao-quanh-vu-ca-si-ky-ten-len-tranh-tu-thien-20181015192122686.htm>, truy cập ngày 13/4/2019.

<sup>30</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission's internal market directorate-general, tr. 16.

<sup>31</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission's internal market directorate-general, tr. 33.

Tuy nhiên, khi đánh giá hành vi vi phạm, tòa án vẫn tính đến nguyên tắc cân bằng lợi ích giữa tác giả và chủ sở hữu quyền cũng như lợi ích công cộng. Trong một vụ án năm 1976, trên cơ sở bảo vệ sự an toàn công cộng, tòa án đã tuyên chính quyền thành phố không vi phạm quyền của tác giả khi tiến hành phá hủy một bức tượng bởi vì nó có khả năng gây nguy hiểm cho trẻ em<sup>32</sup>. Đối với tác phẩm kiến trúc, do đặc tính ứng dụng của chúng, nguyên tắc cân bằng quyền lợi lại càng được chú trọng bởi tòa án Pháp. Theo đó, tòa án cần xem xét nhiều yếu tố như tình trạng, địa điểm xây dựng, ý chí của tác giả, mức độ vi phạm, sự cam kết của chủ sở hữu... khi đánh giá có hành vi xâm phạm hay không<sup>33</sup>. Như vậy, mặc dù xu hướng chung trong luật của Pháp là bảo vệ quyền nhân thân đối với sự toàn vẹn tác phẩm của tác giả ở ngưỡng rất cao, nhưng riêng đối với tác phẩm điêu khắc và kiến trúc, mức độ bảo hộ thấp hơn. Theo đó, tòa án cần quan tâm đến nguyên tắc cân bằng lợi ích khi đánh giá vụ việc.

Khác với Bỉ và Pháp, nhìn chung tòa án Đức không công nhận hành vi phá hủy một tác phẩm cấu thành hành vi xâm phạm quyền đối với sự toàn vẹn của tác phẩm. Theo đó, tòa cho rằng một khi một tác phẩm kiến trúc bị phá bỏ hoàn toàn thì danh dự và uy tín của tác giả không còn có khả năng bị

gây phương hại được nữa<sup>34</sup>. Tuy nhiên, đối với hành vi sửa chữa tác phẩm kiến trúc, tòa án có sự tiếp cận mang tính chất cân bằng lợi ích giữa chủ sở hữu và tác giả. Cụ thể, chủ sở hữu một ngôi nhà có quyền sửa chữa nhà khi có lý do chính đáng xuất phát từ khả năng, nhu cầu sử dụng của chủ sở hữu. Tuy nhiên, lý do mang tính chất chủ quan như sở thích riêng của chủ nhà không được coi là lý do chính đáng. Trong trường hợp này, việc sửa chữa nhà là hành vi xâm phạm đến quyền nhân thân của tác giả đối với sự toàn vẹn của tác phẩm<sup>35</sup>. Đối với tác phẩm tạo hình như điêu khắc, tòa án Đức cũng áp dụng nguyên tắc cân bằng lợi ích, theo đó chủ sở hữu có quyền sửa chữa một bức tượng vì lý do an toàn cho cộng đồng, nhưng phải báo trước cho tác giả về ý định này (mặc dù không cần có sự chấp thuận của tác giả)<sup>36</sup>.

Rõ ràng, mặc dù quy chế pháp lý đối với quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm theo luật của Đức so với Pháp là rất khác nhau (Đức có xu hướng bảo hộ quyền của chủ sở hữu nhiều hơn quyền của tác giả trong khi Pháp và Bỉ thì ngược lại), nhưng trong nhiều trường hợp, cả tòa án Đức lẫn Pháp đều áp dụng nguyên tắc cân bằng lợi ích đối với tác phẩm kiến trúc, điêu khắc.

---

<sup>32</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission's internal market directorate-general, tr. 36.

<sup>33</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission's internal market directorate-general, tr. 37.

---

<sup>34</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission's internal market directorate-general, tr. 61.

<sup>35</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission's internal market directorate-general, tr. 62.

<sup>36</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission's internal market directorate-general, tr. 64.

Giống như Đức, phần lớn các án lệ của Hà Lan cũng không công nhận việc phá hủy một tác phẩm là hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm. Có một lập luận đáng chú ý của tòa án Hà Lan đối với cách tiếp cận này, đó là tòa cho rằng cho dù một công trình xây dựng bị phá hủy thì danh dự và uy tín của kiến trúc sư vẫn tồn tại mãi mãi thông qua các hình thức vật chất khác thể hiện công trình; ví như các bức ảnh chụp, bản vẽ thiết kế, các tài liệu và thậm chí trong ký ức của những người đã từng biết đến công trình đó<sup>37</sup>. Như vậy, theo quan điểm của nhiều tòa án Hà Lan, không có sự phân biệt bản gốc và bản sao của tác phẩm kiến trúc hay tác phẩm tạo hình. Dường như nguyên tắc tác phẩm với tư cách là tài sản trí tuệ vô hình độc lập với hình thức thể hiện vật chất cụ thể của tác phẩm đó được tòa án Hà Lan vận dụng triệt để, kể cả đối với các tác phẩm mang tính đặc thù như kiến trúc và tạo hình. Đây là một quan điểm rất khác so với các quốc gia như Bỉ, Pháp hay Đức.

### 3. Một số kiến nghị

Cần phải nhấn mạnh rằng, việc sửa đổi, bổ sung để hoàn thiện hơn cơ chế pháp lý bảo hộ quyền bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm của tác giả cần phải tuân thủ chính sách của Nhà nước về sở hữu trí tuệ nói chung và quyền tác giả nói riêng được quy định tại Điều 8 của LSHTT 2005. Do đó, những đề xuất của người viết được đưa ra dựa trên các nguyên tắc: (1) Đảm bảo nguyên tắc pháp chế; (2) Cân bằng lợi ích giữa tác giả và người sử dụng cũng như cân bằng lợi ích

giữa tác giả và chủ sở hữu quyền; và (3) Khuyến khích hoạt động sáng tạo, thúc đẩy sự phát triển văn hóa, nghệ thuật, khoa học.

#### 3.1. Thống nhất quy định pháp luật để phân định rõ ranh giới giữa quyền làm tác phẩm phái sinh và quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm

*Thứ nhất*, cách tiếp cận của NĐ 22 hoàn toàn mâu thuẫn với cách tiếp cận của LSHTT 2005 dẫn đến sự nhập nhằng trong việc phân định quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm thuộc về tác giả và quyền làm tác phẩm phái sinh thuộc độc quyền của chủ sở hữu tác phẩm. Thực tế xét xử đã chứng minh, sự mâu thuẫn giữa LSHTT 2005 và NĐ 22 dẫn đến cách giải quyết khác nhau đối với những trường hợp tương tự nhau.

Xuất phát từ nguyên tắc pháp chế, khoản 1 Điều 5 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015 quy định phải “bảo đảm tính hợp hiến, tính hợp pháp và tính thống nhất của văn bản quy phạm pháp luật trong hệ thống pháp luật”. Theo đó, nghiêm cấm hành vi “ban hành văn bản quy phạm pháp luật trái với Hiến pháp, trái với văn bản quy phạm pháp luật của cơ quan nhà nước cấp trên” (khoản 1 Điều 14 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015). Tuân thủ nguyên tắc này, các quy định của các văn bản dưới luật phải tôn trọng tinh thần và bám sát quy định của văn bản luật. Do vậy, NĐ 22 cần phải được sửa đổi cho phù hợp với LSHTT 2005 đối với quy định liên quan đến quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, nhằm bảo vệ nguyên tắc phân định quyền nhân thân và quyền tài sản giữa tác giả và chủ sở hữu.

*Thứ hai*, xuất phát từ nguyên tắc phân định quyền giữa tác giả và chủ sở hữu quyền cũng như đảm bảo nguyên tắc cân bằng quyền giữa hai chủ thể này, nhất thiết

<sup>37</sup> Báo cáo *Study contract concerning moral rights in the context of the exploitation of works through digital technology* (2000) được thực hiện bởi EU Commission’s internal market directorate-general, tr. 104.

cần phải phân định rõ quyền làm tác phẩm phái sinh và quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm. Khi xét xử, tòa án cần cân nhắc các yếu tố khác nhau khi phân biệt hai loại quyền này, tránh trường hợp tuyệt đối hóa quyền nhân thân của tác giả dẫn đến tước bỏ quyền làm tác phẩm phái sinh hợp pháp của chủ sở hữu quyền vốn được LSHTT 2005 công nhận và bảo hộ. Kể cả những quốc gia có ngưỡng bảo hộ quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm cao hơn Công ước Berne và LSHTT 2005 (như Pháp), án lệ của những quốc gia đó vẫn không tuyệt đối hóa loại quyền nhân thân này như cách tiếp cận của tòa án Việt Nam.

Theo quan điểm của người viết, sở dĩ pháp luật quốc tế lẫn pháp luật Việt Nam công nhận bảo hộ tác phẩm phái sinh như tác phẩm nguyên gốc là nhằm đảm bảo, khuyến khích quyền tự do sáng tạo trong học thuật và nghệ thuật, góp phần thúc đẩy sự phát triển và làm phong phú thêm nền văn hóa, nghệ thuật, khoa học của nhân loại. Do vậy, xuất phát từ mục tiêu này cũng như đảm bảo nguyên tắc cân bằng lợi ích giữa tác giả và người sử dụng, pháp luật nên ban hành một nguyên tắc, theo đó, hoạt động làm tác phẩm phái sinh chỉ bị coi là xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm khi sự chỉnh sửa, cải biên tác phẩm theo hướng đi ngược lại tinh thần, quan điểm mà tác giả muốn truyền đạt trong tác phẩm. Để thực hiện nguyên tắc này, tòa án cần lưu ý các yếu tố sau:

(1) Một hành vi đơn thuần tác động đến hình thức của tác phẩm mà không can thiệp vào tinh thần chung của tác phẩm đó không bị coi là hành vi xâm phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm;

(2) Ngay cả khi hành vi làm tác phẩm phái sinh có tác động đến tinh thần chung

của tác phẩm cũng không nhất thiết bị coi là bất hợp pháp trong mọi trường hợp nếu như nó không mâu thuẫn với quan điểm, tinh thần chung của tác phẩm gốc. Bởi lẽ, bản chất của hoạt động làm tác phẩm phái sinh đặc thù, như cải biên, phóng tác, là biến đổi tác phẩm gốc cho phù hợp với nhu cầu mới. Đặc biệt, với những tác phẩm gốc đã ra đời từ rất lâu thì việc cải biên tác phẩm này thường được thực hiện theo khuynh hướng phù hợp với thời kỳ đương đại. Do vậy, yêu cầu giữ nguyên tinh thần của tác phẩm gốc có thể đã tồn tại cách đây nhiều thế kỷ vô hình trung sẽ làm hạn chế rất nhiều không gian sáng tạo của tác giả.

### **3.2. Cụ thể hóa các yếu tố cấu thành hậu quả “gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả”**

LSHTT 2005 lần ND 22 không quy định cụ thể như thế nào là “gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả”. Điều này có thể sẽ dẫn đến sự tùy tiện rất lớn trong hoạt động xét xử của tòa án. Pháp luật về quyền tác giả của Việt Nam nên bổ sung các yếu tố mà tòa án cần phải tính đến khi xác định như thế nào là “gây phương hại đến danh dự và uy tín của tác giả” hoặc ít nhất nên ban hành một nguyên tắc chung, quy trình chung khi xem xét hậu quả này. Dựa vào kinh nghiệm quốc tế, để hạn chế tính chất chủ quan cũng như đảm bảo sự cân bằng lợi ích của tác giả và người sử dụng, tòa án cần áp dụng nguyên tắc xác định tính chất gây phương hại từ những yếu tố khách quan hơn là cảm giác chủ quan của chính tác giả. Bởi lẽ, cảm giác chủ quan của tác giả là điều không thể xác thực được bằng bất cứ bằng chứng gì ngoài sự tuyên bố cá nhân của chính tác giả. Hơn nữa, tác giả với độc quyền được bảo hộ sẽ có xu hướng dễ lạm quyền trong việc bảo vệ tác phẩm của

mình. Do đó, việc đánh giá nên chủ yếu dựa vào các bằng chứng khách quan như trung cầu ý kiến chuyên gia khi cần thiết. Ngoài ra, các yếu tố như bản chất, đặc trưng loại hình tác phẩm, thông lệ của ngành/lĩnh vực mà tác phẩm được sử dụng cũng cần được xem xét khi đánh giá yếu tố “gây phương hại cho danh dự và uy tín của tác giả”.

### **3.3. Quy chế pháp lý cho tác phẩm hội họa, tác phẩm điêu khắc, tác phẩm kiến trúc**

Như đã đề cập, các quốc gia có khuynh hướng khác nhau khi ban hành quy định bảo hộ quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm đối với bản gốc của các loại hình tác phẩm đặc thù như tác phẩm hội họa, điêu khắc, kiến trúc. Trong số các cách tiếp cận này, cách tiếp cận của Bỉ khá cứng nhắc, thiên về bảo hộ tuyệt đối quyền của tác giả mà bỏ qua lợi ích của cộng đồng, của chủ sở hữu. Ngược lại, cách tiếp cận của Hà Lan lại không tính đến tính chất đặc thù của loại hình tác phẩm hội họa, điêu khắc (tính độc bản) dẫn đến đánh đồng phương cách bảo hộ cho mọi loại tác phẩm. Điều này có khả năng gây phương hại cho lợi ích chính đáng của tác giả đối với việc bảo vệ sự toàn vẹn tác phẩm.

Theo quan điểm của người viết, cách tiếp cận của Pháp mang tính cân bằng hơn. Một mặt, pháp luật bản quyền Pháp tôn trọng đặc thù của loại hình tác phẩm độc bản, mặt khác vẫn tính đến yếu tố cân bằng lợi ích để đảm bảo tác giả không lạm quyền và chủ sở hữu tác phẩm vẫn có quyền khai thác chính đáng tác phẩm thuộc sở hữu của mình. Cách tiếp cận này nên được tiếp nhận trong pháp luật Việt Nam. Theo đó, chúng ta nên ghi nhận các điểm sau đây:

(1) Về nguyên tắc, xem các hành vi tác động tiêu cực (bao gồm hành vi hủy hoại)

đến bản gốc của tác phẩm hội họa và điêu khắc là hành vi vi phạm quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm, nhưng có tính đến yếu tố cân bằng lợi ích;

(2) Đối với tác phẩm kiến trúc dưới dạng công trình xây dựng trên thực tế, nguyên tắc cân bằng lợi ích giữa tác giả và chủ sở hữu tác phẩm nên được tôn trọng. Theo đó, quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác giả là không tuyệt đối, nên bị giới hạn hợp lý bởi nhu cầu sử dụng chính đáng của chủ sở hữu, đặc biệt trong những trường hợp thay đổi hoàn cảnh sử dụng ban đầu (ví dụ như số lượng người trong gia đình tăng lên, tình trạng sức khỏe của thành viên trong gia đình... có thể là điều kiện chính đáng để chủ sở hữu có những chỉnh sửa, tái tạo lại ngôi nhà). Ngược lại, tác giả nên được thông báo trước và ưu tiên tham khảo ý kiến dựa trên nguyên tắc thiện chí đối với những thay đổi đó.

### **4. Kết luận**

Quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm trong hệ thống các quy phạm bảo hộ quyền tác giả Việt Nam còn khá sơ sài, thiếu vắng các quy định chi tiết cũng như tồn tại mâu thuẫn giữa văn bản luật và dưới luật. Từ đó, pháp luật chưa đảm bảo được nguyên tắc cân bằng lợi ích giữa tác giả và người sử dụng, chưa phân định rõ được quyền bảo vệ sự toàn vẹn của tác phẩm với tư cách là quyền nhân thân của tác giả và quyền làm tác phẩm phái sinh với danh nghĩa là quyền tài sản của chủ sở hữu. Do vậy, sự thiếu logic, thiếu hiệu quả khi áp dụng các quy định này trên thực tế là khó tránh khỏi. Việc nhanh chóng cần có những bổ sung, chỉnh sửa, thống nhất lại các quy định của pháp luật đối với vấn đề này là thực sự cần thiết.

# BẤT CẬP TRONG QUY ĐỊNH PHÁP LUẬT VỀ CĂN CỨ TÍNH THUẾ BẢO VỆ MÔI TRƯỜNG Ở VIỆT NAM VÀ MỘT SỐ GIẢI PHÁP HOÀN THIỆN

Nguyễn Thị Huệ\*

**Tóm tắt:** Từ khi bắt đầu có hiệu lực đến nay, Luật Thuế bảo vệ môi trường năm 2010 và các văn bản hướng dẫn thi hành đã đóng vai trò như một công cụ kinh tế quan trọng trong bảo vệ môi trường của Việt Nam. Tuy nhiên, do mới ban hành lần đầu nên pháp luật thuế bảo vệ môi trường vẫn còn những thiếu sót, bất cập nhất định, khiến cho hiệu quả điều chỉnh pháp luật chưa cao. Bài viết này tập trung phân tích một số bất cập của quy định pháp luật về căn cứ tính thuế bảo vệ môi trường, từ đó đưa ra một số giải pháp hoàn thiện.

**Abstract:** Since its legal effect started, the Law on Environmental Protection Tax of 2010 and its guiding documents have played the role as an important economic tool to protect Viet Nam's environment. However, as the first of its kind, the laws on environmental protection tax have suffered certain limitations and shortcomings, resulting in low legal effectiveness. The articles focuses on analyzing its shortcomings in tax base of environmental protection, thereby makes proposals to perfect the laws.

## 1. Khái quát về pháp luật thuế bảo vệ môi trường và căn cứ tính thuế bảo vệ môi trường ở Việt Nam hiện nay

Pháp luật thuế bảo vệ môi trường (BVMT) bắt đầu được hình thành ở Việt Nam từ năm 2010 trên cơ sở Luật Thuế BVMT năm 2010<sup>1</sup> cùng hệ thống các văn bản hướng dẫn thi hành ở nhiều cấp độ, do nhiều cơ quan khác nhau ban hành<sup>2</sup>. Pháp

luật thuế BVMT ra đời trong bối cảnh môi trường của Việt Nam ngày càng xuống cấp, gây ra “những thách thức nghiêm trọng đối với sự phát triển kinh tế bền vững của Việt Nam”<sup>3</sup>, đòi hỏi Nhà nước phải tìm kiếm những giải pháp BVMT mới, hiệu quả và toàn diện. Sau 7 năm triển khai, pháp luật thuế BVMT được đánh giá đã mang lại những kết quả tích cực nhất định.

Trong các quy định pháp luật thuế BVMT, nhóm các quy định về căn cứ tính thuế BVMT là nhóm quy định đặc biệt quan trọng bởi đây chính là căn cứ để các chủ thể

\* ThS., Khoa Luật, Trường Đại học Công đoàn; Nghiên cứu sinh, Khoa Luật, Đại học Quốc gia Hà Nội.

<sup>1</sup> Luật Thuế BVMT năm 2010 được Quốc hội khóa 12, kỳ họp thứ 8 thông qua ngày 15/11/2010, có hiệu lực thi hành từ ngày 1/1/2012.

<sup>2</sup> Đến thời điểm hiện nay, đã có 03 Nghị quyết của Ủy ban Thường vụ Quốc hội (UBTVQH); 02 nghị định của Chính phủ, 04 thông tư của Bộ Tài chính được ban hành để điều chỉnh trực tiếp các nội dung liên quan đến thuế BVMT. Ngoài ra, còn hệ thống các văn bản liên quan đến quản lý thuế nói chung như Luật Quản lý thuế năm 2006 (sửa đổi, bổ sung năm 2012, 2014, 2016); Nghị định 129/2013/NĐ-CP

quy định về xử phạt vi phạm hành chính về thuế và cưỡng chế thi hành quyết định hành chính thuế; Thông tư 166/2013/TT-BTC hướng dẫn xử phạt vi phạm hành chính về thuế...

<sup>3</sup> Vụ Phổ biến, giáo dục pháp luật (Bộ Tư pháp), Vụ Pháp chế (Bộ Tài chính), Đề cương giới thiệu Luật Thuế bảo vệ môi trường, <http://pbgdpl.moj.gov.vn/qt/tl-pbgdpl/Pages/de-cuong.aspx?ItemId=106>, truy cập ngày 10/5/2019.

tham gia quan hệ pháp luật thuế BVMT có thể xác định được số tiền thuế BVMT mà mỗi chủ thể phải nộp/phải chịu/phải thu là bao nhiêu. Theo Chương II, Luật Thuế BVMT năm 2010, căn cứ tính thuế BVMT gồm 3 quy định: Căn cứ tính thuế (Điều 6); phương pháp tính thuế (Điều 7) và biểu khung thuế (Điều 8). Các quy định này được cụ thể hóa tại các văn bản hướng dẫn như: Nghị định số 67/2011/NĐ-CP<sup>4</sup>; Thông tư số 152/2011/TT-BTC<sup>5</sup>; Nghị quyết số 1269/2011/UBTVQH12; Nghị quyết số 888a/2015/UBTVQH13 và Nghị quyết số 579/2018/UBTVQH14<sup>6</sup>...

Về căn cứ tính thuế, theo Điều 6 Luật Thuế BVMT năm 2010 có hai căn cứ để tính thuế BVMT là số lượng hàng hóa tính thuế và mức thuế tuyệt đối. Điều 7 quy định số thuế BVMT chủ thể nộp thuế phải nộp sẽ “bằng số lượng đơn vị hàng hóa chịu thuế nhân với mức thuế tuyệt đối quy định trên một đơn vị hàng hóa”. Trong đó, số lượng hàng hóa tính thuế được quy định cụ thể, phù hợp với từng loại hàng hóa: Với hàng hóa sản xuất trong nước, số lượng hàng hóa tính thuế là số lượng hàng hóa sản xuất bán ra, trao đổi, tiêu dùng nội bộ, tặng cho; với hàng hóa nhập khẩu, số lượng hàng hóa tính thuế là số lượng hàng hóa nhập khẩu và nếu hàng hóa là nhiên liệu hỗn hợp chứa xăng, dầu, mỡ nhờn gốc hoá thạch và nhiên liệu sinh học thì số lượng hàng hoá tính thuế trong kỳ là số lượng xăng, dầu, mỡ nhờn

gốc hoá thạch có trong số lượng nhiên liệu hỗn hợp<sup>7</sup>. Điều 8 Luật Thuế BVMT năm 2010 không quy định mức thuế tuyệt đối cụ thể mà chỉ quy định biểu khung thuế cho từng loại hàng hóa thuộc đối tượng chịu thuế BVMT và ủy quyền trực tiếp cho UBTVQH quy định mức thuế cụ thể đối với từng loại hàng hóa chịu thuế trên cơ sở bảo đảm các nguyên tắc: “Mức thuế đối với hàng hóa chịu thuế phù hợp với chính sách phát triển kinh tế - xã hội của Nhà nước trong từng thời kỳ; mức thuế đối với hàng hóa chịu thuế được xác định theo mức độ gây tác động xấu đến môi trường của hàng hóa” (khoản 2 Điều 8 Luật Thuế BVMT năm 2010).

Nhìn chung, các quy định về căn cứ tính thuế BVMT có những ưu điểm nhất định như quy định về thuế suất tuyệt đối giúp bảo đảm đúng nguyên tắc người gây ô nhiễm phải trả tiền và nguyên tắc bình đẳng của pháp luật thuế BVMT, đồng thời giúp bảo đảm sự ổn định nguồn thu ngân sách từ thuế BVMT kể cả khi giá cả của các hàng hóa, sản phẩm chịu thuế có sự biến động và tạo thuận lợi trong quá trình hành thu; quy định khung thuế suất giúp bảo đảm tính linh hoạt trong điều chỉnh mức thuế suất cụ thể trên thực tế, đồng thời bảo đảm tính ổn định của Luật Thuế BVMT... Tuy nhiên, các quy định về căn cứ tính thuế vẫn còn một số điểm bất cập, dẫn đến những khó khăn trong quá trình thực hiện.

<sup>4</sup> Nghị định số 67/2011/NĐ-CP, do Chính phủ ban hành ngày 8/8/2011, quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật thuế BVMT.

<sup>5</sup> Thông tư số 152/2011/TT-BTC, do Bộ Tài chính ban hành ngày 11/11/2011, hướng dẫn thi hành Nghị định số 67/2011/NĐ-CP ngày 08/8/2011 của Chính phủ Quy định chi tiết và hướng dẫn thi hành một số điều của Luật thuế BVMT.

<sup>6</sup> Cả 3 nghị quyết này đều do UBTVQH ban hành, quy định về biểu thuế BVMT.

<sup>7</sup> “Đối với hàng hoá là nhiên liệu hỗn hợp chứa xăng, dầu, mỡ nhờn gốc hoá thạch và nhiên liệu sinh học thì số lượng hàng hoá tính thuế trong kỳ là số lượng xăng, dầu, mỡ nhờn gốc hoá thạch có trong số lượng nhiên liệu hỗn hợp nhập khẩu hoặc sản xuất bán ra, trao đổi, tặng cho, đưa vào tiêu dùng nội bộ được quy đổi ra đơn vị đo lường quy định tính thuế của hàng hoá tương ứng” – Khoản 1.3 Điều 5, Thông tư số 152/2011/TT-BTC.

## **2. Một số bất cập trong các quy định pháp luật về căn cứ tính thuế bảo vệ môi trường**

### **2.1. Thiếu quy định về phương thức tính thuế với các hàng hóa tồn tại dưới dạng hỗn hợp**

Trong số các hàng hóa, sản phẩm thuộc đối tượng chịu thuế BVMT hiện nay, có một số hàng hóa, sản phẩm không tồn tại dưới dạng nguyên chất mà lại tồn tại dưới dạng hỗn hợp, ví dụ như xăng sinh học E5<sup>8</sup>, E10<sup>9</sup> hay dung dịch Polyol trộn sẵn HCFC – 141b (dung dịch HCFC dưới dạng chất hỗn hợp)<sup>10</sup>. Trong khi đó, Luật Thuế BVMT năm 2010 không quy định về phương thức tính thuế BVMT đối với các trường hợp này, dẫn đến khi triển khai trên thực tế, Bộ Tài chính phải ban hành các văn bản hướng dẫn phương thức tính thuế cụ thể đối với từng loại hàng hóa, sản phẩm dưới dạng hỗn hợp mới phát sinh. Điển hình như, phương thức tính thuế BVMT đối với xăng sinh học (E5, E10) hiện được quy định tại Thông tư số 152/2011/TT-BTC ngày 11/11/2011. Tuy nhiên, đối với hỗn hợp dung dịch HCFC, phương thức tính thuế hiện nay chỉ được đề cập tại một số công văn do Bộ Tài chính ban hành như: Công văn số 12128/BTC-

CST (ngày 01/09/2015); Công văn số 3390/BTC-CST (ngày 15/03/2016) và Công văn 14542/BTC-CST (ngày 14/10/2016). Theo quy định tại Điều 4 Luật Ban hành văn bản quy phạm pháp luật năm 2015, công văn không phải là văn bản quy phạm pháp luật. Điều này gây khó khăn cho các chủ thể trong việc xác định đúng căn cứ pháp lý để tính thuế BVMT đối với hỗn hợp dung dịch HCFC. Đồng thời, sự thiếu sót này của Luật đã dẫn đến việc ngân sách nhà nước (NSNN) bị thất thoát một khoản thu từ thuế BVMT đối với dung dịch HCFC ở dạng hỗn hợp giai đoạn từ ngày 01/01/2012 đến trước ngày 01/9/2015<sup>11</sup> chỉ vì thiếu văn bản hướng dẫn. Vì vậy, để bảo đảm tính thống nhất trong áp dụng pháp luật, tránh các trường hợp phát sinh các đối tượng chịu thuế BVMT dưới dạng hỗn hợp mới mà chưa có văn bản hướng dẫn áp dụng, Luật Thuế BVMT năm 2010 cần bổ sung quy định về phương thức tính thuế BVMT đối với các hàng hóa, sản phẩm dưới dạng hỗn hợp.

### **2.2. Thời điểm tính thuế bảo vệ môi trường đối với xăng dầu chưa bảo đảm tính thống nhất**

Quy định về thời điểm tính thuế BVMT nhìn chung đã tương đối hợp lý, tuy nhiên, quy định “đối với xăng, dầu sản xuất hoặc nhập khẩu để bán, thời điểm tính thuế là thời điểm đầu mỗi kinh doanh xăng, dầu bán ra” tại khoản 4 Điều 9 Luật Thuế BVMT năm 2010 lại “phá vỡ tính liên hoàn, đồng bộ và tính thống nhất trong việc tổ

<sup>8</sup> Bộ Công Thương, “Xăng sinh học E5 là nhiên liệu chứa 5% thể tích cồn sinh học và 95% thể tích xăng truyền thống”, <http://moit.gov.vn/web/guest/tin-chi-tiet/-/chi-tiet/hieu-%C4%91ung-ve-xang-sinh-hoc-e5-7208-1601.html>, truy cập ngày 16/6/2019.

<sup>9</sup> Bộ Công Thương, “Xăng sinh học E10 là nhiên liệu chứa 10% thể tích cồn sinh học và 90% thể tích xăng truyền thống”, <http://moit.gov.vn/web/guest/tin-chi-tiet/-/chi-tiet/hieu-%C4%91ung-ve-xang-sinh-hoc-e5-7208-1601.html>, truy cập ngày 16/6/2019.

<sup>10</sup> Khoản 3 Điều 1 Thông tư liên tịch số 47/2011/TTLT-BTC-BTNMT quy định việc quản lý nhập, xuất khẩu và tạm nhập - tái xuất chất làm suy giảm tầng ô-dôn theo quy định của Nghị định thư Montreal về chất làm suy giảm tầng ô-dôn do Bộ Công Thương - Bộ Tài nguyên và Môi trường ban hành.

<sup>11</sup> Công văn số 14542/BTC-CST của Bộ Tài chính ngày 14/10/2016 về thuế BVMT đối với dung dịch HCFC có nội dung hướng dẫn như sau: “Trường hợp tổ chức, cá nhân nhập khẩu dung dịch HCFC dưới dạng chất hỗn hợp từ ngày 01/01/2012 đến trước ngày 01/9/2015 mà đã đăng ký nhập khẩu hàng hóa với cơ quan hải quan nhưng chưa kê khai, nộp thuế BVMT thì cơ quan hải quan không ấn định thuế, thu thuế đối với các trường hợp này”.

chức quản lý thu thuế BVMT”<sup>12</sup>. Nguyên nhân là do quy định này không thống nhất với quy định hiện hành về phân chia khoản thu giữa ngân sách trung ương và địa phương tại Luật NSNN năm 2015, dẫn đến những khó khăn cho chủ thể nộp thuế và cơ quan thuế trong quá trình hành thu. Cụ thể, theo quy định tại điểm d khoản 1 Điều 35 Luật NSNN năm 2015, “thuế bảo vệ môi trường thu từ hàng hoá nhập khẩu” là khoản thu ngân sách trung ương hưởng 100%, trong khi thời điểm tính thuế BVMT đối với xăng dầu nhập khẩu để bán lại là thời điểm đầu mỗi kinh doanh xăng, dầu bán ra chứ không phải thời điểm đăng ký tờ khai hải quan như những hàng hóa nhập khẩu khác. Điều này khiến cho cơ quan thu thuế của các địa phương “phải tách riêng số thu thuế đối với xăng dầu nhập khẩu để điều tiết về ngân sách trung ương và số thu thuế đối với xăng dầu sản xuất trong nước do các công ty kinh doanh xăng dầu bán ra để phân chia số thu giữa ngân sách trung ương và ngân sách địa phương; và cũng sẽ khó khăn trong khâu quản lý của doanh nghiệp vì phải thống kê riêng lượng xăng dầu nhập khẩu và lượng xăng dầu sản xuất trong nước bán ra”<sup>13</sup>. Như vậy, để bảo đảm yêu cầu về tính đơn giản của pháp luật thuế BVMT, các nhà lập pháp cần có những điều chỉnh cho hợp lý, tránh gây khó khăn cho các chủ thể nộp thuế.

### ***2.3. Biểu khung thuế hiện hành chưa phù hợp với mức độ tác động môi trường của các hàng hóa thuộc đối tượng chịu thuế***

<sup>12</sup> Thanh Bình, *Luật thuế bảo vệ môi trường, những tồn tại cần khắc phục*, <https://thuonghieuvongluan.com.vn/luat-thue-bao-ve-moi-truong-nhung-ton-tai-c-an-khac-phuc-a56161.html>, truy cập ngày 15/5/2019.

<sup>13</sup> Đinh Nam Thắng, *Đề tài nghiên cứu khoa học cấp Bộ: Định hướng hoàn thiện chính sách thuế bảo vệ môi trường giai đoạn 2016 – 2020*, Vụ Chính sách thuế, Bộ Tài chính, năm 2016, tr.81.

Việc xác định mức thuế BVMT đối với từng hàng hóa thuộc đối tượng chịu thuế cần linh hoạt, phù hợp với sự phát triển kinh tế, xã hội của đất nước và không tạo ra sự khảng kiện của dân chúng. Nhưng, sự linh hoạt đó cần tuân thủ những nguyên tắc nhất định, nhằm bảo đảm đúng mục tiêu, yêu cầu đặt ra đối với pháp luật thuế BVMT. Trong đó, nguyên tắc cơ bản nhất chính là mức thuế BVMT phải tương ứng, phù hợp với mức độ tác động, ảnh hưởng xấu đến môi trường của từng hàng hóa.

Tuy nhiên, hiện nay, các quy định về mức thuế BVMT chưa bảo đảm được nguyên tắc này. So sánh mức thuế BVMT giữa xăng dầu với than đá có thể thấy điều này. Theo số liệu của Cơ quan Thông tin năng lượng Hoa Kỳ (USEIA), “để cùng tạo ra một đơn vị năng lượng như nhau (Kcal, mmBtu hoặc GJ), lượng phát thải từ đốt than cao hơn từ đốt dầu với từng chất ô nhiễm không khí cụ thể như sau: SO<sub>2</sub> gấp 2,3 lần; bụi gấp 32,7 lần; CO<sub>2</sub> gấp 6,3 lần và thủy ngân gấp 2,3 lần. Tất nhiên, lượng phát thải cao hay thấp còn tùy thuộc vào từng loại than hay từng loại xăng dầu cũng như công nghệ đốt, điều kiện vận hành, tuổi thọ thiết bị... nhưng xét về bản chất thành phần hóa học, than đá rõ ràng “dơ bẩn” hơn xăng dầu nhiều lần”<sup>14</sup>. Tuy nhiên, theo quy định hiện hành, mức thuế BVMT đối với xăng dầu là 4.000đ/lít trong khi than đá chỉ là 15.000đ/tấn (trừ than antraxit) và nguồn thu ngân sách đối với thuế BVMT đến chủ yếu từ nhóm sản phẩm xăng dầu (khoảng 95%<sup>15</sup>) trong khi xăng dầu lại không phải là

<sup>14</sup> Nguyễn Đăng Anh Thi, *Có thực vì môi trường?*, <https://tuoitre.vn/co-thuc-vi-moi-truong-1308615.htm>, truy cập ngày 10/5/2019.

<sup>15</sup> Theo bảng “Số thu thuế BVMT chi tiết các nhóm hàng hóa từ năm 2012-2017” trong “Báo cáo tổng kết, đánh giá tình hình thực hiện Nghị quyết của Ủy ban thường vụ Quốc hội về Biểu thuế bảo vệ môi

nguồn phát thải gây ô nhiễm chính ở Việt Nam. Điều này cho thấy sự thiếu hợp lý trong quy định mức thuế BVMT hiện nay.

Bên cạnh đó, nếu so sánh giữa xăng sinh học E5 với các sản phẩm xăng khoáng thông thường như Ron 92, Ron 95 thì “động cơ sử dụng xăng sinh học E5 tạo ra rất ít khí thải CO và HC, ít hơn hẳn các loại xăng thông dụng như A92 và A95 tới 20%”<sup>16</sup>. Tuy nhiên, theo quy định hiện nay, mức thuế BVMT của xăng E5 chỉ thấp hơn so với xăng Ron 92, Ron 95 là 5%, tương đương 200đ/lít (do xăng E5 có 5% là ethanol). Điều này là chưa phù hợp với mức độ tác động đến môi trường của xăng E5 so với các loại xăng khoáng thông thường khác, đồng thời chưa tạo được sự chênh lệch giá cả đáng kể giữa xăng E5 với xăng Ron 92, Ron 95 để có thể thúc đẩy tiêu dùng xăng E5 nhiều hơn nhằm BVMT. Như vậy, có thể thấy, các quy định về thuế suất của thuế BVMT còn nhiều điểm chưa hợp lý, cần có những điều chỉnh để bảo đảm mức thuế suất thuế BVMT phản ánh được tương đối mức độ tác động đến môi trường của các hàng hóa, sản phẩm thuộc đối tượng chịu thuế.

#### 2.4. Hình thức thuế gián thu

Việc quy định thuế BVMT dưới hình thức thuế gián thu là phù hợp với các yêu cầu đặt ra và nguyên tắc của pháp luật thuế BVMT. Tuy nhiên, không phải người tiêu

dùng nào cũng biết rằng, do là thuế gián thu nên tiền thuế BVMT sẽ được tính vào giá bán của hàng hóa, sản phẩm chịu thuế; trong khi Luật Thuế BVMT lại không có bất kì quy định nào giải thích về việc này. Điều đó dẫn đến việc nhiều người tiêu dùng không nhận thức được họ chính là chủ thể chịu thuế BVMT, không hình thành được ý thức tiêu dùng xanh; không có sự thay đổi hành vi tiêu dùng sang các sản phẩm, hàng hóa thay thế, thân thiện hơn với môi trường như xăng E5, túi nilong thân thiện với môi trường... Đây là một trong những nguyên nhân khiến việc điều tiết hành vi tiêu dùng còn hạn chế, cần sớm khắc phục.

#### 2.5. Đơn vị tính thuế và mức thuế bảo vệ môi trường đối với túi nilong hiện nay chưa hợp lý

Tác động xấu tới môi trường của túi nilon là điều không thể phủ nhận. Do đó, hiện nay đa số quốc gia trên thế giới đều đã có những hành động cụ thể, mạnh mẽ để giảm tiêu thụ túi nilon khó phân hủy, thậm chí nhiều quốc gia còn cấm sử dụng hoàn toàn túi nilon trên phạm vi lãnh thổ quốc gia mình<sup>17</sup>. Do đó, việc đưa túi nilon vào đối tượng chịu thuế BVMT được đánh giá cao, tuy nhiên, quy định đánh thuế BVMT theo đơn vị kg của Việt Nam hiện nay vô hình trung “sẽ dẫn đến tình trạng sản xuất nhiều hơn các loại túi nilon mỏng, do các loại túi nilon dày phải chịu thuế cao hơn. Đây là cách đánh thuế chưa thực sự phù hợp vì loại

trường” của Bộ Tài chính (2018), tác giả tính được số thu thuế BVMT đối với nhóm xăng dầu qua các năm như sau: Năm 2015: 25.552 tỷ (chiếm 94,57% tổng thu thuế BVMT); năm 2016: 42.290 tỷ (chiếm 95,41% tổng thu thuế BVMT); năm 2017: 42.785 tỷ (chiếm 95,45% tổng thu thuế BVMT).

<sup>16</sup> Ban điều hành Đề án Phát triển nhiên liệu sinh học, Bộ Công Thương, *Cẩm nang nhiên liệu sinh học*, Nxb. Khoa học tự nhiên và công nghệ, năm 2015, tr.9.

<sup>17</sup> “On July 20th Panama became the latest to ban single-use plastic bags. More than 90 countries have similar restrictions (Tanzania and New Zealand recently implemented their own bans). Another 36 regulate them with levies and fees. Bans are particularly widespread in Africa”, <https://www.economist.com/graphic-detail/2019/07/24/ever-more-countries-are-banning-plastic-bags>.

túi nilon mỏng gây tác hại lớn hơn đến môi trường”<sup>18</sup>.

Hiện nay, nhiều quốc gia trên thế giới đang áp dụng quy định thuế BVMT đối với túi nilon theo đơn vị túi điển hình như Anh<sup>19</sup>, Ailen<sup>20</sup>, Hồng Kông<sup>21</sup>... Tuy nhiên, khi quy định đánh thuế túi nilon theo đơn vị túi sẽ dẫn đến nhiều khó khăn. Thực tế, các chủ thể thường thực hiện giao dịch theo đơn vị kg; do đó, các cơ quan thuế sẽ phải thực hiện quy đổi từ kg sang số lượng túi để tính thuế. Đồng thời, các quy định pháp luật sẽ phải phân loại theo kích thước túi (chiều dài, rộng, độ dày...) để xác định mức thuế cho phù hợp với tác động môi trường của từng loại túi.

Bên cạnh sự chưa phù hợp về đơn vị tính thuế đối với túi nilon, mức thuế BVMT đối với túi nilon của Việt Nam hiện nay cũng bị đánh giá là còn thấp so với các quốc gia khác. Nếu chiếu theo quy định hiện nay

của Việt Nam, thuế BVMT với mỗi chiếc túi nilon loại 5kg, kích thước 34cm x 50cm (thường được sử dụng để đựng rác trong các gia đình, khoảng 70 đến 95 túi/kg<sup>22</sup>) chỉ khoảng 500đ đến 700đ, còn các loại túi nilon màng mỏng (màu trắng, xanh, đỏ) thường được sử dụng tại các chợ thì mức thuế sẽ thấp hơn nhiều, chỉ dao động từ 250 – 500đ/túi (khoảng 100 – 200 túi/1kg<sup>23</sup>). Trong khi tại các quốc gia khác, mức thuế cao hơn nhiều, ví dụ như: Anh từ năm 2015 đến nay mức thuế áp với túi nilon là 5 pence (tương đương 1.500đ/túi), đến đầu năm 2020 mức thuế sẽ tăng lên là 10 pence (tương đương 3.000đ/túi)<sup>24</sup>. Trong khi đó ở Hồng Kông, mức thu tối thiểu áp dụng với một túi nilon là 50cent (tương đương 1.500đ/túi)<sup>25</sup> còn ở Ailen mức thu hiện hành là 22 cent (tương đương 5.500đ/túi)<sup>26</sup>. Như vậy, có thể thấy, quy định về mức thuế BVMT đối với túi nilon hiện nay vẫn còn những điểm chưa hợp lý, cần tiếp tục có những nghiên cứu, chỉnh sửa.

**2.6. Nguyên tắc điều chỉnh mức thuế suất cụ thể đối với từng loại hàng hóa chịu thuế bảo vệ môi trường còn chung chung và chưa đầy đủ**

<sup>18</sup> Phòng Thương mại và Công nghiệp Việt Nam, *VCCI góp ý Hồ sơ đề nghị xây dựng Luật sửa đổi, bổ sung Luật thuế bảo vệ môi trường*, [http://vibonline.com.vn/bao\\_cao/vcci-gop-y-ho-so-de-nghi-xay-dung-g-luat-sua-doi-bo-sung-luat-thue-bao-ve-moi-truong](http://vibonline.com.vn/bao_cao/vcci-gop-y-ho-so-de-nghi-xay-dung-g-luat-sua-doi-bo-sung-luat-thue-bao-ve-moi-truong), truy cập ngày 11/5/2019.

<sup>19</sup> “A seller must charge a minimum of 5 pence (including any VAT) for each SUCB supplied in a reporting year” – Artice 3, The Single Use Carrier Bags Charges (England) order 2015, <https://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/776/contents/made>.

<sup>20</sup> “In March 2002, the Irish government introduced a levy of € 0.15 per plastic bag provided to shoppers at point of sale in retail outlets”, [https://www.researchgate.net/publication/5146973\\_The\\_Most\\_Popular\\_Tax\\_in\\_Europe\\_Lessons\\_from\\_the\\_Irish\\_Plastic\\_Bags\\_Levy](https://www.researchgate.net/publication/5146973_The_Most_Popular_Tax_in_Europe_Lessons_from_the_Irish_Plastic_Bags_Levy).

<sup>21</sup> “The full implementation of the Plastic Shopping Bag Charging (the PSB Charging) effect on April 1, 2015. Retailers started charging at least HK 50 cents levy on each plastic bag required by new policy but that allow them to charge more for a bag by their own decision”, [https://hongkong-company-incorporation.com/news\\_blog/2015/04/02/extra-plastic-bag-levy-effective-now-in-hk/](https://hongkong-company-incorporation.com/news_blog/2015/04/02/extra-plastic-bag-levy-effective-now-in-hk/).

<sup>22</sup> Công ty trách nhiệm hữu hạn Sản xuất, thương mại, xuất nhập khẩu Lê Thanh, *Giá túi nilon đen loại 2kg, 5kg, 10kg, 15kg, 20kg bao nhiêu tiền?*, <http://lethanhgiasi.com/tin-tuc/gia-tui-nylon-den-loai-2kg-5kg-10kg-15kg-20kg-bao-nhieu-tien.html>, truy cập ngày 11/5/2019.

<sup>23</sup> Minh Anh, “Nhiều nước áp thuế cao đối với túi nilong”, <http://thoibaotaichinhvietnam.vn/pages/nhiep-song-tai-chinh/2018-03-10/nhieu-nuoc-ap-thue-cao-doi-voi-tui-ni-long-54685.aspx>, truy cập ngày 11/5/2019.

<sup>24</sup> <https://www.express.co.uk/news/uk/1064204/plastic-bag-10p-tax-when-do-carrier-bags-go-up-to-10p-what-date-england-uk>.

<sup>25</sup> [https://www.epd.gov.hk/epd/english/environment/tinhk/waste/pro\\_responsibility/env\\_levy.html](https://www.epd.gov.hk/epd/english/environment/tinhk/waste/pro_responsibility/env_levy.html).

<sup>26</sup> <https://www.revenue.ie/en/companies-and-charities/plastic-bag-environmental-levy/index.aspx>.

Theo khoản 2 Điều 8 Luật Thuế BVMT năm 2010, trên cơ sở khung thuế suất đã được quy định, UBND tỉnh sẽ điều chỉnh thuế suất cụ thể theo 2 nguyên tắc: Mức thuế đối với hàng hóa chịu thuế phù hợp với chính sách phát triển kinh tế - xã hội của Nhà nước trong từng thời kỳ và mức thuế đối với hàng hóa chịu thuế được xác định theo mức độ gây tác động xấu đến môi trường của hàng hóa. Tuy nhiên, tác giả cho rằng, quy định này còn một số bất cập như:

*Thứ nhất*, về thứ tự sắp xếp của các nguyên tắc, do mục tiêu hàng đầu của thuế là để BVMT nên nguyên tắc đầu tiên được nhắc đến khi điều chỉnh thuế suất BVMT phải là “mức thuế đối với hàng hóa chịu thuế được xác định theo mức độ gây tác động xấu đến môi trường của hàng hóa” rồi mới đến nguyên tắc “mức thuế đối với hàng hóa chịu thuế phù hợp với chính sách phát triển kinh tế - xã hội của Nhà nước trong từng thời kỳ”.

*Thứ hai*, thiếu quy định giới hạn mức điều chỉnh tăng, giảm thuế suất cụ thể với từng hàng hóa sản phẩm. Điều này có thể dẫn đến tình trạng điều chỉnh tăng thuế BVMT đối với một hàng hóa nào đó lên cao một cách đột ngột, gây ra những tác động xấu đến đời sống của người dân giống như lần điều chỉnh tăng gấp 3 lần (300%) tiền thuế BVMT đối với các sản phẩm xăng dầu (trừ dầu hỏa) vào năm 2015<sup>27</sup>. Nếu không bổ sung quy định này, việc tăng thuế

BVMT đột ngột hoàn toàn có thể tiếp tục xảy ra trong tương lai bởi theo quy định hiện hành, chênh lệch giữa mức thuế sàn và mức thuế trần trong khung thuế suất là khá lớn (từ 1.5 lần đến 7 lần)<sup>28</sup>.

*Thứ ba*, thiếu lộ trình điều chỉnh thuế suất định kỳ để bảo đảm mức thuế BVMT lũy tiến dần đến gần mức chi phí ngoại ứng tiêu cực từ việc sử dụng hàng hóa, sản phẩm đó gây ra. Tuy nhiên, khi thiết lập lộ trình cần có những biện pháp để tránh tình trạng đầu cơ, tích trữ hàng hóa, sản phẩm chịu thuế giống như đã xảy ra đối với thuế BVMT với thuốc trừ sâu ở Na Uy<sup>29</sup>.

### 3. Một số giải pháp hoàn thiện các quy định pháp luật về căn cứ tính thuế bảo vệ môi trường

Có thể thấy, các quy định pháp luật về căn cứ tính thuế BVMT ở Việt Nam hiện nay vẫn còn một số điểm bất cập, cần sớm được điều chỉnh để góp phần hoàn thiện pháp luật thuế BVMT và phát huy hơn nữa hiệu quả của pháp luật thuế BVMT. Trên cơ sở những phân tích đã đưa ra, tác giả đề xuất một số giải pháp hoàn thiện quy định pháp luật về căn cứ tính thuế BVMT như sau:

*Thứ nhất*, bổ sung quy định về phương thức tính thuế BVMT trong trường hợp đối tượng chịu thuế ở dạng hỗn hợp vào Luật

<sup>27</sup> Ngày 10/3/2015, UBND tỉnh ban hành Nghị quyết số 888a/2015/UBND tỉnh điều chỉnh mức thuế BVMT cụ thể đối với các hàng hóa, sản phẩm thuộc nhóm xăng dầu lên gấp 3 lần, trừ dầu hỏa. Cụ thể: Xăng (trừ etanol) tăng từ 1.000 đồng/lít lên 3.000 đồng/lít; nhiên liệu bay tăng từ 1.000 đồng/lít lên 3.000 đồng/lít; dầu diesel tăng từ 500 đồng/lít lên 1.500 đồng/lít; dầu mazut, dầu nhớt tăng từ 300 đồng/lít lên 900 đồng/lít; mỡ nhớt tăng từ 300 đồng/kg lên 900 đồng/kg.

<sup>28</sup> Theo Điều 8 Luật Thuế BVMT, đối với dầu hỏa, dầu mazut, dầu nhớt, mỡ nhớt, mức thuế trần trong khung thuế (2000đ/lít) cao hơn gần 7 lần so với mức thuế sàn của khung thuế (300đ/lít); đối với xăng dầu, mức thuế trần trong khung thuế (4.000đ/lít) cao gấp 4 lần so với mức thuế sàn của khung (1000đ/lít); đối với thuốc trừ sâu, thuốc bảo quản lâm sản, thuốc khử trùng kho loại hạn chế sử dụng thì mức thuế trần trong khung thuế (3.000đ/lít) cao gấp 3 lần so với mức thuế sàn của khung (1000đ/lít)...

<sup>29</sup> Institute for European Environmental Policy (IEEP), Final report “Environmental Tax Reform in Europe: Opportunities for the future” for the Ministry of Infrastructure and the Environment of the Netherlands (IenM), năm 2014, tr.18.

Thuế BVMT để bảo đảm tính thống nhất trong áp dụng pháp luật thuế BVMT và phòng trừ trường hợp phát sinh các loại hàng hóa, sản phẩm chịu thuế dưới dạng hỗn hợp mới. Theo đó, có thể bổ sung vào khoản 2 Điều 6 quy định về số lượng hàng hóa tính thuế trong trường hợp hàng hóa ở dưới dạng hỗn hợp như sau: “Đối với các hàng hóa tồn tại dưới dạng chất hỗn hợp, số lượng hàng hóa tính thuế là số lượng hàng hóa có trong số lượng chất hỗn hợp nhập khẩu hoặc sản xuất bán ra, trao đổi, tặng cho, đưa vào tiêu dùng nội bộ được quy đổi ra đơn vị tính trong biểu khung thuế tại khoản 1 Điều 8 của Luật này”.

*Thứ hai*, để bảo đảm sự thuận lợi trong quá trình hành thu thuế BVMT và sự thống nhất giữa Luật Thuế BVMT với Luật NSNN, tác giả cho rằng, có hai giải pháp có thể đưa ra: Giải pháp thứ nhất là sửa đổi quy định của Luật Thuế BVMT năm 2010 theo hướng thời điểm tính thuế BVMT đối với xăng dầu nhập khẩu để bán sẽ là thời điểm đăng kí tờ khai hải quan giống như các hàng hóa nhập khẩu khác. Nếu áp dụng giải pháp này, khoản 3 Điều 9 vẫn giữ nguyên nhưng khoản 4 Điều 9 của Luật cần điều chỉnh như sau: “Đối với xăng, dầu sản xuất để bán, thời điểm tính thuế là thời điểm đầu mỗi kinh doanh xăng, dầu bán ra”. Giải pháp thứ hai là sửa đổi quy định của Luật NSNN năm 2015 về phân bổ nguồn thu giữa ngân sách trung ương và địa phương liên quan đến xăng dầu nhập khẩu hiện nay. Theo đó, thuế BVMT thu từ hàng hóa nhập khẩu sẽ không còn là khoản thu ngân sách trung ương hưởng 100% như hiện nay mà sẽ là khoản thu phân chia theo tỉ lệ phần trăm giữa ngân sách trung ương và ngân sách địa phương. Nếu thực hiện giải pháp này thì các nhà làm luật cần bỏ điểm d

khoản 1 Điều 35 và bỏ cụm từ “trừ thuế bảo vệ môi trường quy định tại điểm d khoản 1 Điều này” tại điểm đ khoản 2 Điều 35 Luật NSNN năm 2015.

Tác giả cho rằng, cả hai giải pháp này đều có những ưu điểm riêng, nhưng cũng có những điểm hạn chế đáng lưu ý. Với giải pháp đầu tiên, quy định mới sẽ tạo ra áp lực tài chính đối với chủ thể thực hiện nhập khẩu các sản phẩm xăng dầu để bán, bởi nếu quy định theo cách này, thời điểm “đăng kí tờ khai hải quan” cũng chính là thời điểm chủ thể nhập khẩu xăng dầu phải nộp tiền thuế BVMT. Trong khi trên thực tế, do thuế BVMT là thuế gián thu nên số tiền thuế BVMT mà chủ thể nhập khẩu xăng dầu nộp vào ngân sách chính là tiền của chủ thể đó tự “ứng” ra, chứ không phải tiền thuế BVMT thu được từ chính người tiêu dùng. Do vậy, tác giả cho rằng, mặc dù quy định này có thể mang lại hiệu quả trong hành thu thuế BVMT, khắc phục được những bất cập hiện nay nhưng sẽ tạo ra gánh nặng, khó khăn và thậm chí gây tổn thất tài chính cho các chủ thể nhập khẩu xăng dầu để bán do số tiền phải ứng ra để nộp thuế BVMT quá lớn. Với giải pháp thứ hai, tác giả cho rằng quy định mới có thể tạo ra sự bất ổn định nguồn thu ngân sách trung ương và địa phương từ thuế BVMT nếu cơ quan có thẩm quyền không xác định được tỷ lệ phân chia hợp lý tiền thu từ thuế BVMT hàng năm giữa trung ương và địa phương. Tuy nhiên, với nghiệp vụ được đào tạo, tác giả cho rằng điều này là hoàn toàn có thể khắc phục được. Vì vậy, giải pháp thứ hai nên được lựa chọn.

*Thứ ba*, cần rà soát, điều chỉnh lại khung thuế suất đối với từng hàng hóa, sản phẩm chịu thuế BVMT cho phù hợp với mức độ tác động xấu tới môi trường của

từng hàng hóa. Trong đó, mức thấp nhất của khung thuế cần bảo đảm không thấp hơn chi phí hành thu thuế BVMT và mức cao nhất trong khung thuế cần tương đương với chi phí ngoại ứng tiêu cực mà hàng hóa đó có thể gây ra. Tuy nhiên, để có thể bảo đảm được yêu cầu này, việc điều chỉnh lại khung thuế suất cần có những minh chứng khoa học, với sự tham gia, đánh giá toàn diện của các nhà khoa học từ nhiều lĩnh vực khác nhau, đồng thời tham khảo quy định của các quốc gia khác.

*Thứ tư*, để khắc phục nhược điểm của thuế gián thu, tác giả cho rằng, các nhà làm luật có thể bổ sung quy định giải thích rõ việc tiền thuế BVMT sẽ được tính vào giá của các hàng hóa chịu thuế BVMT để các chủ thể tiêu dùng nhận thức rõ ràng hơn trách nhiệm của mình khi sử dụng các hàng hóa, sản phẩm chịu thuế; từ đó hình thành ý thức tiêu dùng xanh, chuyển hướng sang tiêu dùng các hàng hóa, sản phẩm thay thế, thân thiện hơn với môi trường. Quy định này có thể bổ sung vào Điều 2 Luật Thuế BVMT dưới hình thức giải thích thuật ngữ “thuế gián thu”.

*Thứ năm*, liên quan đến bất cập về đơn vị tính thuế đối với túi nilon, tác giả cho rằng, các nhà làm luật có thể xem xét việc điều chỉnh đơn vị tính thuế BVMT đối với túi nilon từ “kg” sang “túi” giống như nhiều quốc gia khác. Tuy nhiên, nếu quy định như vậy, các nhà làm luật cần phân loại túi theo kích thước (rộng, dài, dày) của túi để xác định mức thuế BVMT cho phù hợp, tránh đánh đồng mức thuế. Bởi, kích thước khác nhau thì mức độ tác động xấu tới môi trường của túi nilon cũng khác nhau. Nhưng xét vào điều kiện hiện nay, tác giả cho rằng giải pháp này không thực sự khả thi vì việc phân loại và kiểm soát trong quá trình hành thu sẽ rất khó khăn. Do đó, thay vì điều chỉnh đơn

vị tính thuế, ở thời điểm hiện nay, cơ quan quản lý có thể bổ sung quy định riêng về giới hạn kích thước (độ dày) của túi nilon để tránh việc sản xuất ra túi nilon quá mỏng, làm tăng tác động xấu đến môi trường.

*Thứ sáu*, sửa đổi quy định về nguyên tắc điều chỉnh mức thuế suất cụ thể đối với từng loại hàng hóa chịu thuế theo hướng giao cho UBND tỉnh quyết định mức thuế cụ thể để bảo đảm tiệm cận dần với chi phí ngoại ứng tiêu cực mà hàng hóa thuộc đối tượng chịu thuế gây ra. Tuy nhiên, để tránh sự tăng giảm thuế diễn ra một cách đột ngột, gây tác động xấu tới nền kinh tế cũng như sự ổn định của NSNN, Luật Thuế BVMT cần quy định giới hạn điều chỉnh thuế suất mỗi lần. Theo đó, khoản 2 Điều 8 Luật Thuế BVMT có thể điều chỉnh như sau: “Căn cứ vào Biểu khung thuế quy định tại khoản 1 Điều này, UBND tỉnh quy định mức thuế cụ thể đối với từng loại hàng hóa chịu thuế bảo đảm các nguyên tắc sau: a) Mức thuế đối với hàng hóa chịu thuế phù hợp với mức độ gây tác động xấu đến môi trường của hàng hóa; b) Mức thuế đối với hàng hóa chịu thuế phù hợp với mức độ phát triển kinh tế - xã hội của Nhà nước trong từng thời kỳ; c) Mức thuế cụ thể đối với hàng hóa chịu thuế sau mỗi lần điều chỉnh, không chênh lệch quá 200% so với thời điểm trước điều chỉnh”.

Nhìn chung, tác giả cho rằng, sự ra đời của pháp luật thuế BVMT ở Việt Nam đã góp phần mang lại những kết quả tích cực, đa chiều đối với việc BVMT cũng như đối với nền kinh tế của đất nước. Tuy nhiên, do mới ban hành lần đầu nên các quy định pháp luật thuế BVMT nói chung cũng như các quy định pháp luật về căn cứ tính thuế BVMT nói riêng vẫn còn có những hạn chế nhất định, không thể tránh khỏi.

# GIAO KẾT, THỰC HIỆN THỎA THUẬN BẢO MẬT THÔNG TIN VÀ KHÔNG CẠNH TRANH THEO PHÁP LUẬT VIỆT NAM

Nguyễn Thuỳ Dung\*

**Tóm tắt:** Bài viết phân tích, đánh giá việc giao kết, thực hiện thoả thuận bảo mật thông tin và không cạnh tranh trong khuôn khổ quy định của pháp luật Việt Nam hiện nay. Từ đó, bài viết đưa ra những kết luận và kiến nghị hoàn thiện.

**Abstract:** The article analyzes, assesses the contracting and performance of non-disclosure and non-compete agreements within Viet Nam's legal framework. Thereby, it produces certain findings and proposals for improvement.

## Đặt vấn đề

Quan hệ lao động là mối quan hệ rất đặc thù và phổ biến, được xác lập giữa người sử dụng lao động (NSDLĐ) và người lao động (NLĐ). Việc giao kết hợp đồng lao động (HĐLĐ) phải tuân theo những nguyên tắc chung được quy định trong Bộ luật Dân sự năm 2015 (BLDS 2015) và Bộ luật Lao động năm 2012 (BLLĐ 2012)<sup>1</sup> mà điển hình là nguyên tắc “tự do, tự nguyện, bình đẳng, trung thực, thiện chí”.

Bên cạnh việc làm, tiền lương, các quyền và nghĩa vụ cơ bản của NSDLĐ và NLĐ liên quan đến công việc cần làm, trong phần phụ lục của HĐLĐ thường có thêm 2 loại thoả thuận sau: *Thoả thuận bảo mật thông tin (Non Disclosure Agreement – NDA)* và *thoả thuận không cạnh tranh (Non Competition Agreement – NCA)*.

Ngoài mặt tích cực (và cũng là mục đích chính của các thoả thuận này) nhằm hạn chế việc tiết lộ bí mật kinh doanh khi NLĐ chấm dứt HĐLĐ với NSDLĐ cũ hoặc NLĐ gia nhập công ty mới là đối thủ cạnh tranh và có khả năng gây phương hại đến doanh nghiệp cũ, các thoả thuận này cũng đang gây rất nhiều tranh cãi khi mang lại không ít bất lợi cho NLĐ ngay cả khi HĐLĐ đã chấm dứt hiệu lực.

Vậy, thoả thuận bảo mật thông tin và không cạnh tranh là gì, những thoả thuận này có phù hợp với quy định của Hiến pháp và pháp luật Việt Nam hay không, cũng như các thoả thuận này có thực sự cần thiết và được áp dụng hiệu quả ở Việt Nam không?

## 1. Khái niệm và nội dung thoả thuận bảo mật thông tin và không cạnh tranh

### 1.1. Thoả thuận bảo mật thông tin

Thoả thuận NDA và NCA đã xuất hiện từ lâu trong hệ thống pháp luật thế giới. Cụ thể, từ năm 1872, Luật Hợp đồng của Ấn Độ đã có quy định về điều khoản này<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> Điều 17 BLLĐ 2012 quy định về nguyên tắc giao kết HĐLĐ: “1. Tự nguyện, bình đẳng, thiện chí, hợp tác và trung thực. 2. Tự do giao kết HĐLĐ nhưng không được trái pháp luật, thỏa ước lao động tập thể và đạo đức xã hội”.

<sup>2</sup> Nguyễn Ngọc Bích, *Điều khoản không cạnh tranh trong hợp đồng NDA*, <https://www.thesaigontimes.vn>

Mục đích chính của thoả thuận NDA và NCA là giữ kín bí quyết mà một công ty nắm giữ để có lợi thế cạnh tranh trên thị trường. Chẳng hạn, công thức chế biến nước ngọt của Coca-Cola đã có hàng trăm năm nay, và được nhận định là *bí mật kinh doanh (Trade secret) được giữ gìn cẩn trọng nhất trên thế giới*<sup>3</sup>.

Nguồn gốc của việc cấm đoán này khởi nguồn từ việc gìn giữ bí quyết gia truyền, nhằm chế tạo ra sản phẩm trong phạm vi gia đình, dòng tộc. Trước mục tiêu mở rộng sản xuất, mở mang thị trường trong nước và quốc tế, con người cần phải tạo cho các bí quyết này một tư cách pháp lý để chống lại sự xâm phạm từ bên ngoài. Từ đó, bí mật kinh doanh (BMKD) được coi như một dạng tài sản trí tuệ, là đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp (bên cạnh sáng chế, nhãn hiệu, tên thương mại...).

Các quốc gia có nền kinh tế và pháp lý phát triển đã hiểu được giá trị của BMKD và có những biện pháp cụ thể như ghi nhận và bảo vệ chúng từ lâu. Tại Việt Nam, mới chỉ ghi nhận về đối tượng này từ năm 2000<sup>4</sup> khi Mỹ yêu cầu phải có để ký kết Hiệp định thương mại song phương. Sau đó, Luật Sở hữu trí tuệ (LSHTT) năm 2005 được ban hành và ghi nhận chính thức BMKD là một đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp.

/275063/Dieu-khoan-khong-canh-tranh-trong-hop-do-ng-NDA.html, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>3</sup> Phương Hà, *Ông chủ đầu tiên của thương hiệu Coca-Cola*, <https://vnexpress.net/cpm/ong-chu-dau-tien-cua-thuong-hieu-coca-cola-2750377.html>, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>4</sup> Nghị định số 54/2000/NĐ-CP về bảo hộ quyền sở hữu công nghiệp đối với bí mật kinh doanh, chỉ dẫn địa lý, tên thương mại và bảo hộ quyền chống cạnh tranh không lành mạnh liên quan tới sở hữu công nghiệp.

Theo đó, *BMKD là thông tin thu được từ hoạt động đầu tư tài chính, trí tuệ, chưa được bộc lộ và có khả năng sử dụng trong kinh doanh*<sup>5</sup>. Nó được coi là một đối tượng của quyền sở hữu công nghiệp. Quyền sở hữu công nghiệp đối với BMKD được xác lập trên cơ sở có được một cách hợp pháp BMKD và thực hiện việc bảo mật BMKD đó<sup>6</sup>.

Cũng cần phải lưu ý rằng, không phải bất kỳ thông tin nào mà doanh nghiệp nắm giữ cũng là BMKD. Để trở thành đối tượng được bảo hộ bởi LSHTT, thông tin đó phải đáp ứng được các điều kiện chung đối với BMKD được bảo hộ như sau: (i) Không phải là hiểu biết thông thường và không dễ dàng có được; (ii) Khi được sử dụng trong kinh doanh sẽ tạo cho người nắm giữ BMKD lợi thế so với người không nắm giữ hoặc không sử dụng BMKD đó; (iii) Được chủ sở hữu bảo mật bằng các biện pháp cần thiết để BMKD đó không bị bộc lộ và không dễ dàng tiếp cận được<sup>7</sup>.

Thậm chí, LSHTT còn cẩn thận khi liệt kê các thông tin không được coi là BMKD để bảo hộ như sau: (i) Bí mật về nhân thân; (ii) Bí mật về quản lý nhà nước; (iii) Bí mật về quốc phòng, an ninh; (iv) Thông tin bí mật khác không liên quan đến kinh doanh<sup>8</sup>.

Ngoài các quy định tại LSHTT, BLLĐ 2012 của Việt Nam cũng có những quy định liên quan đến BMKD trong suốt quá trình thực hiện quan hệ lao động, ví dụ như: (1)

<sup>5</sup> Khoản 23 Điều 4 LSHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

<sup>6</sup> Điểm c khoản 3 Điều 6 LSHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009).

<sup>7</sup> Điều 84 LSHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009)

<sup>8</sup> Điều 85 LSHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009)

*Nội quy lao động có bao gồm việc bảo vệ tài sản và bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, sở hữu trí tuệ của người sử dụng lao động*<sup>9</sup>; (2) *Hình thức kỷ luật sa thải đối với NLD khi tiết lộ bí mật kinh doanh, bí mật công nghệ, xâm phạm quyền sở hữu trí tuệ của người sử dụng lao động, có hành vi gây thiệt hại nghiêm trọng hoặc đe dọa gây thiệt hại đặc biệt nghiêm trọng về tài sản, lợi ích của người sử dụng lao động.*

Điều này có nghĩa là hệ thống pháp luật Việt Nam đã xem trọng vấn đề bảo mật BMKD trong doanh nghiệp, và đã mở đường cho các quy định, thỏa thuận về việc bảo mật này trong quan hệ lao động. Tuy nhiên, nếu chỉ dừng lại trong nội quy lao động hay chỉ xử lý NLD khi họ vi phạm kỷ luật lao động thì sẽ gây khó cho doanh nghiệp trong việc đưa ra yêu cầu cũng như triển khai trên thực tế. Bởi, các quy định này mới chỉ điều chỉnh trong khoảng thời gian NLD còn làm việc tại doanh nghiệp chứ chưa điều chỉnh đến khoảng thời gian sau khi chấm dứt HĐLĐ (giá trị mà thông tin có thể mang lại thường kéo dài hơn thời hạn của HĐLĐ). Chính vì vậy, các doanh nghiệp phải dùng NDA đã có sẵn trong hệ thống của họ để điều chỉnh việc bảo mật thông tin và xử lý các tranh chấp phát sinh sau khi chấm dứt HĐLĐ với NLD.

Theo đó, NLD có nghĩa vụ “*im lặng*”, “*không tiết lộ*”, “*không thông tin*” các thông tin mà doanh nghiệp yêu cầu<sup>10</sup>, hay nói cách

khác, về bản chất pháp lý thì đây là một nghĩa vụ không được làm một công việc nhất định, kéo dài sau khi HĐLĐ đã chấm dứt. Nghĩa vụ này có đối tượng là một hoặc nhiều thông tin và phạm vi được xác định trong một không gian và thời gian xác định (thông thường là 2-5 năm sau khi kết thúc HĐLĐ).

### **1.2. Thỏa thuận không cạnh tranh**

NCA có thể được định nghĩa là “*thỏa thuận hợp đồng, theo đó một bên bị tước quyền thực hiện trong một khoảng thời gian và không gian nhất định một hoạt động nghề nghiệp có khả năng cạnh tranh với hoạt động của công ty cũ*”<sup>11</sup>.

Cũng giống như NDA, NCA cũng tạo ra một nghĩa vụ không được làm một công việc nhất định. Cụ thể, bên có nghĩa vụ không được thực hiện một hoạt động nghề nghiệp mang tính cạnh tranh với doanh nghiệp có quyền sau khi HĐLĐ chấm dứt. Ví dụ: Không được làm việc cho đối thủ cạnh tranh của doanh nghiệp trong một thời gian nhất định vì lo ngại NLD sẽ tiết lộ các thông tin hoặc sử dụng các mối quan hệ sẵn có để gây bất lợi cho họ.

Tuy nhiên, có một thực tế là điều khoản không cạnh tranh này có thể gây cản trở quyền tự do lao động, vốn là một nguyên tắc được quy định trong Hiến pháp<sup>12</sup>. Bên cạnh đó, nó còn đi ngược lại nguyên tắc tự do cạnh tranh giữa các chủ thể kinh tế và có

<sup>9</sup> Điều d khoản 2 Điều 119 BLLĐ 2012.

<sup>10</sup> Xem thêm Mẫu Thỏa thuận bảo mật, <https://caselaw.vn/hop-dong-mau/WH49MoUJWD/thoa-thuan-bao-mat-thong-tin-nda-ms-01-non-disclosure-agreement>; [https://fitsmallbusiness.com/wp-content/uploads/2018/07/Non-Disclosure-Agreement-edited.pdf?utm\\_source=ActiveCampaign&utm\\_medium=email&utm\\_content=Download+your+Non-Disclosure+Agreement+Template+here%21&utm\\_campaign=HR](https://fitsmallbusiness.com/wp-content/uploads/2018/07/Non-Disclosure-Agreement-edited.pdf?utm_source=ActiveCampaign&utm_medium=email&utm_content=Download+your+Non-Disclosure+Agreement+Template+here%21&utm_campaign=HR)

+NDA+Agreement+Template+Drip, truy cập ngày 25/09/2019

<sup>11</sup> Ngô Quốc Chiến, *Một số nghĩa vụ tồn tại sau khi hợp đồng chấm dứt*, <http://ieit.edu.vn/vi/thu-vien-tap-chi/tap-chi-kinh-te-doi-ngoai/item/266-mot-so-nghia-vu-tiep-tuc-ton-tai-sau-khi-hop-dong-cham-dut>, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>12</sup> Khoản 1 Điều 35 Hiến pháp năm 2013 quy định: *Công dân có quyền làm việc, lựa chọn nghề nghiệp, việc làm và nơi làm việc.*

khả năng kìm hãm sự phát triển của nền kinh tế nói chung khi hạn chế khả năng lao động, cống hiến, sáng tạo của những NLD có kỹ năng, có tay nghề ổn định và có nhiều mối quan hệ tốt.

Trong thực tiễn xét xử tại Việt Nam, đã có toà án chấp nhận điều khoản trong thoả thuận NCA, cụ thể như vụ tranh chấp lao động giữa ông Ram và công ty Saitex đã được Tòa án nhân dân huyện Đức Hòa, tỉnh Đồng Nai thụ lý vào năm 2011<sup>13</sup>. Theo đó, hai bên ký với nhau HĐLĐ trong đó có điều khoản buộc ông Ram trong thời hạn 01 năm kể từ ngày chấm dứt HĐLĐ không được làm việc trực tiếp hay gián tiếp cho bất kỳ công ty hay cá nhân nào là đối thủ cạnh tranh của công ty Saitex. Tuy nhiên, ngay sau khi đơn phương chấm dứt hợp đồng lao động với công ty Saitex, ông Ram đã làm việc cho một đối thủ cạnh tranh với công ty này (là công ty Vina). Khi vụ việc được đưa ra xét xử, tòa án đã tuyên án buộc ông Ram: “Không được làm việc trực tiếp hay gián tiếp cho bất kỳ công ty hoặc cá nhân nào là đối thủ cạnh tranh của công ty Saitex cho đến hết ngày 13/5/2011, đồng thời buộc ông Ram phải bồi thường thiệt hại cho Công ty Saitex 03 tháng tiền lương là 4.500 USD tương đương số tiền 87.750.000đ. Bác yêu cầu của Công ty Saitex đối với ông Ram (bao gồm chi phí luật sư, chi phí pháp lý khác) là 2.000 USD tương đương là 39.000.000đ”<sup>14</sup>. Hay nói cách khác, tòa án

đã xem NCA như một thoả thuận dân sự độc lập với HĐLĐ<sup>15</sup>.

Hoặc như vụ tranh chấp giữa ông Phạm Văn Trung – cựu Tổng Giám đốc Tập đoàn Hoa Sen và Tập đoàn này liên quan đến “Cam kết trách nhiệm khi được bổ nhiệm vào các chức danh điều hành quản trị công ty”. Theo quy định của bản cam kết, ông Phạm Văn Trung, *trong vòng 36 tháng kể từ khi nghỉ việc, NLD không được phép cung cấp thông tin, tiết lộ bí mật kinh doanh; không được hợp tác, sản xuất, làm đại lý, tiết lộ thông tin khách hàng, mặt hàng, sản phẩm cho tổ chức, cá nhân nào nhằm phục vụ việc riêng của cá nhân mà chưa có sự đồng ý bằng văn bản của công ty*. Do vậy, sau 7 tháng thôi việc tại Tập đoàn Hoa Sen, ông Trung đã hợp tác làm việc với Công ty cổ phần Thép Nam Kim với chức danh thành viên hội đồng quản trị kiêm tổng giám đốc là đã *vi phạm nghiêm trọng cam kết chế độ trách nhiệm nêu trên*<sup>16</sup>.

Cũng giống như đối với nghĩa vụ bảo mật thông tin, hiệu lực của điều khoản không cạnh tranh tại Việt Nam hiện nay được xác định dựa trên các quy định của BLDS, như: (i) Tự nguyện cam kết, (ii) Nội

---

*ông Ram không ký cam kết này thì Công ty Saitex cũng không thể bắt buộc ông Ram được*”. Tòa án đã lập luận rằng, “*nếu người lao động làm việc cho một công ty đối thủ thì đương nhiên công ty sẽ bị thiệt hại khi bí mật kinh doanh của công ty bị tiết lộ nên yêu cầu của công ty Saitex buộc ông Ram tuân thủ điều khoản cạnh tranh tại khoản 2 Điều 3 trang 9 của hợp đồng lao động đã ký với Công ty Saitex là phù hợp và có cơ sở*”.

<sup>15</sup> TS. Nguyễn Hải An, *Bài 1: Giới thiệu chung về pháp luật sở hữu trí tuệ*, Chương trình đào tạo thạc sĩ pháp chuyên biệt hội nhập quốc tế (Tập 1), Hà Nội, năm 2014, tr.97.

<sup>16</sup> *Những vụ "choảng nhau" giữa nhân viên, CEO với ông chủ Việt Nam*, <https://laodong.vn/kinh-te/nhung-vu-choang-nhau-giua-nhan-vien-ceo-voi-ong-chu-viet-nam-68736.bld>, truy cập ngày 19/09/2019.

<sup>13</sup> Luật sư Hoàng Ngọc Bích, *Vụ cựu CEO Tập đoàn Tôn Hoa Sen: Ai thắng?*, <http://luatsudong.vn/chi-tiet-tin/9936>, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>14</sup> Tòa án nhận định rằng thỏa thuận giữa Công ty Saitex và ông Ram là một dạng của *giao dịch dân sự* không thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều 26 và 29 BLLĐ 1994. Đồng thời, căn cứ vào BLDS 2005, Tòa cho rằng đây là “*một thỏa thuận hoàn toàn tự nguyện giữa ông Ram đối với Công ty Saitex, nếu*

dung và mục đích hợp pháp, không trái đạo đức xã hội. Tuy nhiên, những quy định chung này không giúp bảo vệ được lợi ích của bên có nghĩa vụ không cạnh tranh, cũng như chưa xác định được mối quan hệ nhân quả giữa hành vi làm việc cho *đối thủ cạnh tranh*<sup>17</sup> thì gây bất lợi cho công ty cũ. Bên cạnh việc xâm phạm đến quyền tự do làm việc của công dân, hạn chế này còn xâm phạm đến quyền trở thành thành viên hội đồng quản trị của nhiều công ty cổ phần được quy định tại điểm c khoản 1 Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2014<sup>18</sup>.

## 2. Bất cập, hạn chế từ thực tiễn giao kết, thực hiện thoả thuận bảo mật thông tin và không cạnh tranh

NDA và NCA đã mang lại hiệu quả khi thay đổi cách nhìn nhận và hành vi của NLD và NSDLĐ về đối tượng là các thông tin được xem là BMKD. Tuy nhiên, trên một phương diện nào đó, cách giải quyết các tranh chấp liên quan đến NDA và NCA cũng đã gây nhiều tranh cãi trong giới nghiên cứu và thực thi pháp luật khi chưa có các quy định thể hiện quan điểm thống nhất của nhà lập pháp về vấn đề này. Cụ thể, có thể điểm qua vài điểm bất cập liên quan đến các thoả thuận kèm theo HĐLĐ như sau:

**Thứ nhất**, có phải tất cả các thông tin mà NLD tiếp cận trong quá trình làm việc của mình đều là BMKD và chịu sự điều chỉnh của NDA?

Như đã đề cập ở phần trên, thông tin mà NLD tiếp cận trong suốt quá trình làm việc của mình tại doanh nghiệp là rất nhiều. Tuy nhiên, để được coi là BMKD, thông tin cần đáp ứng đủ các điều kiện đã nêu trong Điều 84 LSHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009). Theo đó, chủ sở hữu BMKD phải *thiết lập các biện pháp bảo mật thông tin cần thiết để thông tin không bị tiết lộ ra bên ngoài và thông tin đó phải tạo được lợi thế cạnh tranh cho chủ sở hữu* chúng. Giả sử một doanh nghiệp yêu cầu NLD ký NDA, nhưng các thông tin được mô tả trong NDA rất chung chung và không đáp ứng được các yêu cầu để được xem là BMKD, hoặc thực tế doanh nghiệp không trao cho NLD bất kỳ thông tin nào được xem là BMKD theo khoản 23 Điều 4 LSHTT năm 2005 (sửa đổi, bổ sung năm 2009) thì sao? NLD có bị xem là vi phạm NDA khi tiết lộ các thông tin này một cách gián tiếp hoặc trực tiếp hay không?

**Thứ hai**, thoả thuận bảo mật và không cạnh tranh nên được xem là thoả thuận dân sự hay là một điều khoản của HĐLĐ?

Trong các nhận định khi giải quyết các tranh chấp liên quan đến NDA và NCA từ khoảng 10 năm trở lại đây, tòa án thường nêu lý do *việc cấm người lao động làm việc sau khi rời doanh nghiệp, dù là cho đối thủ cạnh tranh, bị tòa quy là trái luật*<sup>19</sup> (khi quyền tự do lao động, tự do giao kết HĐLĐ với nhiều chủ thể cùng lúc là quyền hiến định) nên phần thua thường thuộc về doanh nghiệp. Do vậy, các doanh nghiệp dường như chấp nhận rằng, NDA, NCA chỉ để cho

<sup>17</sup> Đối thủ cạnh tranh là những đối tượng có cùng phân khúc khách hàng, cùng sản phẩm, giá tương đồng và có sức mạnh cạnh tranh trên cùng phân khúc thị trường.

<sup>18</sup> Điểm c khoản 1 Điều 151 Luật Doanh nghiệp năm 2014: “Thành viên Hội đồng quản trị công ty có thể đồng thời là thành viên Hội đồng quản trị của công ty khác”.

<sup>19</sup> Luật sư Đinh Quang Thuận, *Tranh chấp NDA, xử sao cho tron*, Thời báo kinh tế Sài Gòn, số 29, năm 2018, <https://www.thesaigontimes.vn/td/275441/tranh-chap-nda-xu-sao-cho-tron-.html>, truy cập ngày 12/09/2019.

“hoành tráng” giúp hù những NLD “yếu bóng vía”, chứ không thể giúp họ thắng kiện NLD khi có tranh chấp<sup>20</sup>.

Tuy nhiên, bên cạnh các nhận định mang tính truyền thống kể trên, toà án Việt Nam cũng có đôi lần phá cách khi thể hiện quan điểm xem xét NDA là một **thỏa thuận dân sự** được xác lập tự nguyện giữa các chủ thể có đầy đủ năng lực hành vi dân sự và cần được tuân thủ nghiêm túc. Dẫn chứng cho nhận định trên là việc toà án ra phán quyết buộc NLD thực hiện đúng thỏa thuận trong NCA (vụ ông Ram và công ty Saitex) hoặc việc toà án từ chối hủy phán quyết trọng tài (vụ giải quyết tranh chấp giữa Công ty trách nhiệm hữu hạn Recess (quận 1, Tp. Hồ Chí Minh) và bà Đỗ Thị Mai Trang liên quan đến NDA diễn ra tại Tòa án nhân dân Tp. Hồ Chí Minh vào giữa năm 2018)<sup>21, 22</sup>. Qua các phán quyết trên, có thể

thấy dường như toà án không còn đứng về phía NLD trong các tranh chấp NDA nữa, kể cả khi chúng được đưa ra giải quyết tại toà án.

**Thứ ba, cơ quan nào có thẩm quyền giải quyết tranh chấp liên quan đến NDA, NCA?**

Nếu theo quan điểm thứ nhất của toà án, tức xem NDA, NCA như một điều khoản của HĐLĐ, tranh chấp liên quan sẽ là tranh chấp lao động vì đó là *tranh chấp về quyền, nghĩa vụ và lợi ích phát sinh giữa các bên trong quan hệ lao động* như Điều 3 BLLĐ 2012 đã quy định<sup>23</sup>, thì thẩm quyền giải quyết là toà án nhân dân, và khi xét xử, cần tuân thủ các quy định của pháp luật về lao động để xử lý. Từ đó, dẫn đến việc xem thỏa thuận này chỉ có giới hạn trong khoảng thời gian mà HĐLĐ còn hiệu lực và phạm vi là quan hệ lao động mà thôi. Đồng thời, quy định này cũng vi phạm nghiêm trọng quyền tự do lao động, là quyền cơ bản của con người.

Nếu xem xét dưới góc độ thứ hai, khi đề cập thỏa thuận bảo mật và không cạnh tranh là thỏa thuận dân sự, thì chỉ cần thể hiện sự tự nguyện, tự do ý chí của những người giao kết, cũng như không vi phạm điều cấm của pháp luật thì NDA, NCA đã có hiệu lực

công ty hơn 205 triệu đồng. Cho rằng NDA là một phần không thể tách rời của HĐLĐ nên tranh chấp về NDA là tranh chấp lao động và sẽ do toà án giải quyết, không thuộc thẩm quyền giải quyết của VIAC. Hơn nữa, thỏa thuận trong NDA hạn chế quyền được tự do lựa chọn việc làm của NLD, tức vi phạm điều cấm của pháp luật Việt Nam nên bà Trang đã gửi đơn ra toà yêu cầu hủy phán quyết của trọng tài.

<sup>23</sup> Luật sư Lạc Duy, *Tranh chấp NDA: Ai tự nguyện đeo “vòng kim cô”?*, Thời báo kinh tế Sài Gòn, năm 2018, <https://www.thesaigontimes.vn/td/275062/tranh-chap-nda-ai-tu-nguyen-deo-vong-kim-co%E2%80%99.html>, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>20</sup> Luật sư Đinh Quang Thuận, tldd.

<sup>21</sup> Mai Chi, *Cẩn trọng với “thỏa thuận bảo mật”*, <https://nld.com.vn/cong-doan/can-trong-voi-thoa-thuan-bao-mat-20180618192839114.htm>, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>22</sup> Ngày 10/10/2015, bà Trang ký HĐLĐ xác định thời hạn 12 tháng với Recess ở vị trí trưởng bộ phận tuyển dụng. Tiếp đó, ngày 21/10/2015, bà Trang ký tiếp NDA với Recess. Trong thỏa thuận này có điều khoản quy định *trong thời gian 12 tháng sau khi chấm dứt tuyển dụng hoặc kết thúc làm việc với Recess, không xét đến nguyên nhân chấm dứt HĐLĐ, NLD không được làm những công việc tương tự ở các doanh nghiệp có cùng lĩnh vực kinh doanh, các đối thủ cạnh tranh hoặc những đơn vị liên kết, đối tác của công ty, nếu vi phạm, NLD sẽ phải bồi thường*. Ngày 1/11/2016, bà Trang ký tiếp HĐLĐ xác định thời hạn 12 tháng với công ty và nghỉ việc vào ngày 18/11/2016.

Đến ngày 2/10/2017, phát hiện bà Trang đang làm việc cho một doanh nghiệp kinh doanh cùng lĩnh vực, công ty đã lập vi bằng và khởi kiện bà Trang tại *Trung tâm Trọng tài quốc tế Việt Nam (VIAC)*, yêu cầu bồi thường 3 tháng tiền lương vì vi phạm thỏa thuận NDA. Sau đó, VIAC đã ra Phán quyết số 75/17 ngày 19/2/2018 buộc bà Trang bồi thường cho

pháp luật. Do quan hệ dân sự này phát sinh trong đó một bên là thương nhân về vấn đề thương mại, nên các bên hoàn toàn có quyền thoả thuận với nhau việc giải quyết tranh chấp thông qua trọng tài thương mại hay toà án.

Hoặc phức tạp hơn, có quan điểm cho rằng thoả thuận NDA là một điều khoản của HĐLĐ khi quan hệ lao động vẫn còn tồn tại, nhưng khi quan hệ lao động đã chấm dứt, thì NDA lại trở thành thoả thuận dân sự/thương mại ràng buộc các chủ thể lại với nhau.

**Thứ tư, khi ký NDA, NCA, người lao động có thực sự “tự nguyện”, “tự do ý chí”?**

Trong quan hệ lao động, NSDLĐ và NLĐ không bình đẳng với nhau. NLĐ thường là bên yếu thế, ít có điều kiện thoả thuận các nội dung khác trong HĐLĐ (trừ điều khoản về tiền lương và công việc). Chính vì vậy, khi có tranh chấp, cần làm rõ NDA, NCA được ký trước (cùng lúc) hay sau khi ký HĐLĐ. Nếu ký trước hoặc cùng lúc thì có thể suy luận các thoả thuận này do các bên tự nguyện giao kết, còn ký sau rất dễ có khả năng NLĐ bị ép buộc giao kết các thoả thuận này.

Trong vụ tranh chấp giữa bà Đỗ Thị Mai Trang và công ty trách nhiệm hữu hạn Recess, khi trình bày trước toà, bà Trang khẳng định các thoả thuận này được ký sau khi bà và công ty ký HĐLĐ, tức là quan hệ lao động đã được xác lập. Vậy, nếu bà Trang không chịu ký thoả thuận này với công ty, thì chuyện gì sẽ xảy ra? Bà Trang có được tiếp tục thực hiện HĐLĐ đã giao kết trước đó hay không, hoặc có thể sẽ gặp những rắc rối gì trong công ty?

Việc ký kết NDA sau khi ký HĐLĐ có thể xem như một việc mà NLĐ phải làm, nếu muốn được tiếp tục làm công việc đã ký trước đó. Chính vì vậy mà nó thiếu tính hợp pháp, thậm chí có thể bị coi là vô hiệu, vì HĐLĐ một khi đã giao kết thì phải được thực hiện, không được có điều kiện bổ sung nào sau đó dẫn đến việc một bên ở thế bất lợi, bị sức ép để ký thoả thuận bổ sung, chứa những điều khoản mới phát sinh mà không có lợi cho mình. Có một thực tế là hầu hết NLĐ sẽ cảm thấy bị áp lực khi ký bất kỳ văn bản nào về những điều kiện bổ sung mà trước đó chưa có trong HĐLĐ như một cam kết để giữ được việc làm.

**Thứ năm, NDA, NCA có thực sự cần thiết?**

Không thể phủ nhận sự cần thiết của NDA, NCA trong cuộc sống hiện nay, khi mà các quan hệ xã hội đang ngày càng phát triển, cách mạng công nghiệp lần thứ tư làm xuất hiện nhiều loại tài sản vô hình có giá trị cao, nhưng lại dễ bị “đánh cắp” vì khó bảo mật.

Tuy nhiên, bên cạnh việc bảo vệ nhóm tài sản trí tuệ này, Nhà nước cũng cần sử dụng các biện pháp khác nhau nhằm dung hoà giữa lợi ích của chủ sở hữu tài sản trí tuệ và xã hội. Không thể vì bảo vệ mỗi nhóm doanh nghiệp hay chủ sở hữu tài sản trí tuệ mà quên đi lợi ích chung của cộng đồng, của nhóm chủ thể thường ở vị thế yếu như NLĐ. Hơn nữa, như đã phân tích ở phần trên, không phải tất cả các thông tin phát sinh trong quá trình lao động đều là thông tin mật mà NLĐ không được phép tiết lộ. Do đó, doanh nghiệp cần xác định đâu là thông tin thông thường, đâu là thông tin mật để yêu cầu NLĐ không được phép xâm phạm hay tiết lộ. Đồng thời, xét về



Pháp luật về hợp đồng của nhiều nước **châu Âu** đã quy định “*điều khoản bảo mật thông tin chỉ được liên quan đến các thông tin được một bên thông báo cho bên kia và phải tương xứng với mục đích chính đáng cần bảo vệ*”<sup>29</sup>. Trên thực tế, bên mạnh hơn có xu hướng lạm dụng quyền để giành được nhiều quyền lợi hơn cho mình, nên tòa án tại nhiều nước châu Âu thiết lập cơ chế kiểm soát rất chặt chẽ việc lạm dụng quyền trong hợp đồng. Theo đó, một nghĩa vụ bảo mật được chứng minh dựa vào một lợi ích cá nhân của người có quyền vẫn có thể bị hủy nếu nó ảnh hưởng đến lợi ích chung của cộng đồng hay của chủ thể khác. Ví dụ: Tòa án tối cao Pháp đã quyết định rằng một điều khoản bảo mật là vi phạm pháp luật vì có bản chất tạo ra một “bí mật giả tạo” ngăn cản tự do cạnh tranh<sup>30</sup>.

---

*Under the Judicial Interpretation IV of the Supreme People’s Court on Several Issues Concerning the Application of Law in Hearing Labor Dispute Cases (“Judicial Interpretation IV”), the amount set forth in an agreement between an employer and an employee regarding post-employment compensation for a non-compete provision will prevail. If the agreement is silent on the amount of post-employment compensation for the non-compete provision, the employer must pay the employee 30% of the employee’s average monthly salary in the twelve months before termination, or the local minimum wage, whichever is higher. Xem tại: <https://www.chinalawblog.com/2016/10/china-employee-non-competes-the-who-what-when-where-and-how-much.html>, truy cập ngày 25/09/2019.*

<sup>29</sup> Ngô Quốc Chiến, *Một số nghĩa vụ tồn tại sau khi hợp đồng chấm dứt*, <http://ieit.edu.vn/vi/thu-vien-tap-chi/tap-chi-kinh-te-doi-ngoai/item/266-mot-so-nghia-vu-tiep-tuc-ton-tai-sau-khi-hop-dong-cham-dut>, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>30</sup> Cụ thể, trong một phán quyết ngày 27/01/1998, Tòa Pháp án (Tòa án tối cao) của Pháp đã xét rằng: “*Điều khoản bảo mật thông tin trong các thỏa thuận giữa công ty Galec và các công ty bán bột giặt đã có hậu quả phi cạnh tranh không chỉ đối với các nhà sản xuất khác, mà còn cả đối với các công ty phân*

Và cũng tại **Pháp**, Tòa án tối cao đã đặt ra nguyên tắc “*tự do kinh doanh và sản xuất chỉ có thể bị hạn chế bởi các thỏa thuận hợp đồng nếu các thỏa thuận này không bao hàm một sự cấm tuyệt đối, nghĩa là chúng phải giới hạn cả trong không gian và thời gian*”<sup>31</sup>. Phạm vi của khu vực địa lý này được thẩm phán xác định theo từng vụ việc (có thể là một thành phố, một tỉnh, một khu vực có bán kính xác định). Phạm vi về thời gian được xác định cụ thể trong một khoảng thời gian nhất định. Thậm chí, ngoài các điều kiện giới hạn trong không gian và thời gian, Tòa án Pháp còn đặt thêm điều kiện, theo đó *điều khoản không cạnh tranh phải tương xứng với lợi ích chính đáng cần bảo vệ có liên quan đến nội dung của hợp đồng*<sup>32</sup>.

#### 4. Kết luận và khuyến nghị

**Thứ nhất**, NDA và NCA rất cần thiết trong việc phát triển kinh tế hiện nay, cũng như xây dựng ý thức tôn trọng các nội dung đã cam kết của những cá nhân có đầy đủ năng lực hành vi dân sự trong quan hệ lao động. Tuy nhiên, để các thỏa thuận này được đảm bảo thi hành và không gây cản trở đến quyền và lợi ích cơ bản của NLD

---

*phối vì bị rơi vào một hoàn cảnh bất lợi so với các công ty phân phối khác được hưởng các chiết khấu bí mật*”.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 27 janvier 1998, N° 96-10.694, Inédit, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007350458>, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>31</sup> Ngô Quốc Chiến, *Một số nghĩa vụ tồn tại sau khi hợp đồng chấm dứt*, <http://ieit.edu.vn/vi/thu-vien-tap-chi/tap-chi-kinh-te-doi-ngoai/item/266-mot-so-nghia-vu-tiep-tuc-ton-tai-sau-khi-hop-dong-cham-dut>, truy cập ngày 12/09/2019.

<sup>32</sup> Ngô Quốc Chiến, *Một số nghĩa vụ tồn tại sau khi hợp đồng chấm dứt*, <http://ieit.edu.vn/vi/thu-vien-tap-chi/tap-chi-kinh-te-doi-ngoai/item/266-mot-so-nghia-vu-tiep-tuc-ton-tai-sau-khi-hop-dong-cham-dut>, truy cập ngày 12/09/2019.

(quyền tự do kinh doanh, tự do lao động của NLD) và không trái với Hiến pháp cũng như pháp luật về lao động, sở hữu trí tuệ, nội dung của NDA, NCA cần phải có giới hạn nhất định về đối tượng, không gian và thời gian. Nếu không đảm bảo được các nội dung này, NDA, NCA có thể bị tuyên vô hiệu vì đã xâm phạm nghiêm trọng đến quyền tự do con người, gây cản trở tự do cạnh tranh (vốn là động lực để phát triển xã hội).

**Thứ hai**, cần nói rõ về NDA, NCA cho NLD biết trước khi đăng tin tuyển dụng hoặc giao kết HĐLĐ, để họ hiểu và xem điều khoản này như một điều kiện để có thể được tuyển dụng.

Thông thường tại Việt Nam, NDA, NCA được ký kết: (i) Cùng lúc với HĐLĐ với tư cách là một phụ lục của hợp đồng hoặc (ii) Sau khi đã ký HĐLĐ và NLD đã làm việc cho công ty. Với trường hợp (ii), NLD hoàn toàn rơi vào thế bị động và bất lợi trong giao kết, dễ rơi vào trường hợp “không tự nguyện”. Do đó, nếu doanh nghiệp đưa ra thông báo về NDA, NCA ngay khi đăng tin tuyển dụng như một điều kiện ứng tuyển hoặc nói rõ khi giao kết HĐLĐ, NLD sẽ có thời gian cũng như cơ hội cân nhắc, quyết định thì việc ký kết NDA, NCA là hoàn toàn hợp lý và hợp pháp. Bản thân NLD cũng không có quyền khiếu nại về việc bị NSDLĐ ép buộc ký kết NDA, NCA vì họ đã được thông báo, đã có thời gian suy nghĩ và quyết định từ bỏ quyền làm việc cho các đối thủ cạnh tranh<sup>33</sup> khi nghỉ việc tại công ty cũ trong một thời hạn nhất định.

<sup>33</sup> Doanh nghiệp cũng cần xác định danh sách các đối thủ cạnh tranh để NLD biết và tuân thủ cam kết với NSDLĐ.

**Thứ ba**, nên có điều khoản nghĩa vụ đối ứng - “*consideration*” khi ký kết NDA, NCA để đảm bảo quyền lợi cho NLD, đồng thời khuyến khích họ tham gia cam kết này một cách tự nguyện hơn khi bản thân họ đã đảm bảo được nguồn sống cơ bản cho mình.

Việc đảm bảo chi phí cho cuộc sống và quyền tự do lao động, tìm kiếm việc làm là những quyền cơ bản của con người. Khi đang lâm vào hoàn cảnh khó khăn, khó có thể yêu cầu họ từ bỏ quyền cơ bản do phải đảm bảo cuộc sống tối thiểu của mình. Do đó, việc hạn chế quyền làm việc (dù là có giới hạn về phạm vi lẫn thời gian) cũng sẽ khiến cuộc sống của NLD gặp khó khăn, nhất là những NLD có các thành viên phụ thuộc khác. Chính vì vậy, đảm bảo cuộc sống cơ bản cho NLD để tăng tỷ lệ tự nguyện thực hiện đúng cam kết là điều mà nhà làm luật nên chú ý khi xây dựng và hoàn thiện pháp luật. Một trong các biện pháp để dung hoà lợi ích giữa NSDLĐ và NLD trong thoả thuận NDA, NCA là khi yêu cầu NLD thực hiện nghĩa vụ, NSDLĐ sẽ chi trả một phần chi phí cho việc thực hiện nghĩa vụ đối ứng này của NLD.

**Thứ tư**, pháp luật Việt Nam cần có quy định chi tiết hơn những vấn đề liên quan đến việc giao kết NDA, NCA. Cụ thể: Các thoả thuận này là thoả thuận dân sự hay là một phần của HĐLĐ? Cơ chế để xử lý các tranh chấp liên quan là gì? Hợp đồng mẫu cho những thoả thuận này là gì? Từ những quy định mang tính thống nhất và phổ biến trên, các bên liên quan trong NDA, NCA sẽ có định hướng và hiểu rõ hơn về quyền, nghĩa vụ của mình trước khi giao kết, thực hiện thoả thuận, đồng thời hạn chế được tối đa các tranh chấp phát sinh không cần thiết.

# THỰC TIỄN SỬ DỤNG THỦ TỤC TRỌNG TÀI THEO ĐIỀU 22.6 THỎA THUẬN VỀ GIẢI QUYẾT TRANH CHẤP CỦA TỔ CHỨC THƯƠNG MẠI THẾ GIỚI VÀ KHUYẾN NGHỊ ĐỐI VỚI VIỆT NAM

Nguyễn Ngọc Hà\*  
Nguyễn Hữu Hoàng Phúc\*\*

**Tóm tắt:** Trọng tài được thành lập theo quy định tại Điều 22.6 Thỏa thuận về Giải quyết tranh chấp của Tổ chức Thương mại thế giới có thẩm quyền xác định mức độ của biện pháp trả đũa do nguyên đơn yêu cầu khi bị đơn không thi hành các khuyến nghị trong báo cáo của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm đã được thông qua. Bài viết sẽ tập trung làm rõ các vấn đề pháp lý liên quan đến thủ tục và nội dung của trọng tài theo Điều 22.6 thông qua phân tích quy định này và thực tiễn áp dụng, qua đó, rút ra các khuyến nghị đối với Việt Nam.

**Abstract:** Arbitration established in accordance with Article 22.6 of World Trade Organization's Dispute Settlement Understanding enjoys competence to determine the level of suspension requested by the claimant in case where the defendant fails to carry out recommendations found by the Panel or Appellate Body. The article focuses on clarifying legal aspects of arbitration procedure and competence under Article 22.6 through analysis and practical application, thereby, makes certain proposals for Viet Nam.

Cơ chế giải quyết tranh chấp được xây dựng thông qua Thỏa thuận về các quy tắc và thủ tục điều chỉnh việc giải quyết tranh chấp (Understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes - DSU) được xem là một trong những thành công nổi bật nhất của Tổ chức Thương mại thế giới (World Trade Organization - WTO). Theo cơ chế này, sau khi Cơ quan Giải quyết tranh chấp (The WTO Dispute Settlement Body - DSB) thông qua báo cáo của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm, nếu có khuyến nghị về việc Thành viên bị kiện (bị đơn) có nghĩa vụ phải thực hiện biện pháp bị khiếu kiện phù

hợp với hiệp định có liên quan của WTO được đưa ra thì Thành viên đó sẽ có một khoảng thời gian hợp lý để thực thi<sup>1</sup>. Tuy nhiên, khi bị đơn không thực thi tốt nghĩa vụ đó, Thành viên thắng kiện (nguyên đơn) sẽ có một số lựa chọn, trong đó có thể yêu cầu DSB cho phép tạm hoãn thi hành nhượng bộ theo Điều 22 DSU (áp dụng biện pháp trả đũa). Trên cơ sở nguyên tắc đồng thuận nghịch, yêu cầu về việc áp dụng biện pháp trả đũa sẽ được DSB thông qua<sup>2</sup>. Mức độ của biện pháp trả đũa sẽ do Thành viên thắng kiện đề xuất. Nếu các bên tranh chấp có bất đồng về mức độ trả đũa thì cơ chế trọng tài theo Điều 22.6 DSU (sau đây gọi

\* TS., Khoa Luật, Trường Đại học Ngoại thương.

\*\* Sinh viên K41 Luật Quốc tế, Học viện Ngoại giao.

<sup>1</sup> Xem Điều 21.1 của DSU.

<sup>2</sup> Điều 22.6 câu đầu tiên của DSU.

tất là trọng tài Điều 22.6) sẽ được sử dụng<sup>3</sup>.

Trong thực tiễn, thủ tục trọng tài Điều 22.6 đã được sử dụng 17 lần, chủ yếu trong giai đoạn từ năm 1999 đến năm 2009. Trong giai đoạn 2010 – 2014, thủ tục này không được sử dụng trong bất kỳ vụ tranh chấp nào. Từ năm 2015 đến nay, trọng tài Điều 22.6 mới được áp dụng trở lại trong bốn vụ tranh chấp<sup>4</sup>. Nhìn chung, số vụ việc mà ở đó trọng tài Điều 22.6 được viện dẫn có xu hướng giảm dần qua thời gian, bởi lẽ các quốc gia thường đàm phán, tìm kiếm những giải pháp đồng thuận để giải quyết vấn đề thay vì tiến hành trả đũa. Việc sử dụng thủ tục này, dù không nhiều, cũng đã dẫn đến những kết quả có lợi cho nguyên đơn vì họ được áp dụng biện pháp trả đũa để bù đắp những thiệt hại mà mình phải gánh chịu vì biện pháp bị khiếu kiện của bị đơn.

Trong thời gian qua Việt Nam đã tham gia ngày càng tích cực vào cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO. Bên cạnh việc xuất hiện trong các vụ tranh chấp với tư cách bên thứ ba<sup>5</sup>, Việt Nam đã khởi kiện 5 vụ tranh chấp, trong đó có 3 vụ tranh chấp mà Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm đã đưa ra

những kết luận có lợi cho Việt Nam. Dù trong 3 vụ tranh chấp đó, thủ tục trọng tài Điều 22.6 chưa được sử dụng vì Việt Nam và phía bị đơn đã thiện chí để giải quyết tốt vụ tranh chấp ở giai đoạn thi hành các báo cáo. Tuy nhiên, cùng với việc các vụ kiện mà Việt Nam khởi xướng tại WTO ngày càng tăng, có thể trong tương lai, Việt Nam sẽ cần phải viện dẫn đến thủ tục này khi bị đơn không tự nguyện thi hành các khuyến nghị của Ban hội thẩm/Cơ quan phúc thẩm. Do đó, bài viết này sẽ tập trung phân tích một số vấn đề pháp lý xuất phát từ quy định của Điều 22.6 và thực tiễn áp dụng Điều 22.6, từ đó rút ra một số khuyến nghị đối với Việt Nam.

### 1. Nội dung cơ bản của Điều 22.6 DSU

Điều 22.6 của DSU quy định: “*Khi các tình huống mô tả tại khoản 2 xảy ra, theo yêu cầu, DSB phải cho phép tạm hoãn thi hành các nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác trong vòng 30 ngày kể từ ngày thời hạn hợp lý kết thúc, trừ khi DSB có quyết định trên cơ sở đồng thuận từ chối yêu cầu đó. Tuy nhiên, nếu Thành viên có liên quan phản đối mức độ tạm hoãn được đề xuất, hoặc khiếu nại rằng những nguyên tắc và thủ tục nêu tại khoản 3 chưa được tuân thủ khi bên nguyên đơn yêu cầu cho phép tạm hoãn nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác theo khoản 3(b) hoặc (c), thì vấn đề này phải được đưa ra trọng tài. Việc phân xử bằng trọng tài như vậy phải do Ban hội thẩm ban đầu tiến hành, nếu các thành viên chấp nhận, hoặc do một trọng tài viên được Tổng Giám đốc chỉ định và việc xét xử của trọng tài phải được hoàn tất trong vòng 60 ngày sau ngày thời hạn hợp lý kết thúc. Nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác*

<sup>3</sup> John Adwet Raghav & Arya Tripathy, “Place of Arbitration in WTO Dispute Settlement Mechanism”, *International Journal of Trade in Services*, 2011, vol. 42, n<sup>o</sup>. 1, tr. 119 – 128.

<sup>4</sup> Danh sách các vụ tranh chấp mà ở đó thủ tục trọng tài Điều 22.6 diễn ra có thể xem tại: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/ai17\\_e/dsu\\_art22\\_jur.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/dsu_art22_jur.pdf), truy cập ngày 10/08/2019. Vụ tranh chấp gần đây nhất mà trọng tài Điều 22.6 được thành lập là theo yêu cầu của Hàn Quốc vào ngày 09/08/2019 trong vụ *United States – Anti-dumping Measures on Certain Oil Country Tubular Goods from Korea* (WT/DS488).

<sup>5</sup> Danh sách các vụ tranh chấp mà ở đó Việt Nam tham gia có thể xem tại: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_by\\_country\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm), truy cập ngày 10/08/2019.

không bị tạm hoãn trong quá trình xét xử của trọng tài”.

Với quy định này, có thể thấy, trọng tài Điều 22.6 là một cơ chế được áp dụng trong giai đoạn thực thi các báo cáo của Ban hội thẩm hay Cơ quan phúc thẩm đã được thông qua. Nếu sau một khoảng thời gian hợp lý để thực thi những khuyến nghị trong các báo cáo đó đã hết mà Thành viên bị đơn vẫn không thực hiện khuyến nghị hoặc có thực hiện mà biện pháp mới vẫn bị coi là vi phạm quy định của WTO, thì nguyên đơn có quyền viện dẫn đến các thủ tục được quy định tại Điều 22 DSU, trong đó có biện pháp trả đũa. DSU luôn nhấn mạnh rằng trả đũa chỉ là biện pháp tạm thời và phải là biện pháp cuối cùng khi một bên không thực hiện khuyến nghị hay phán quyết của DSB<sup>6</sup>.

Có thể thấy, quy định của Điều 22.6 khá đơn giản. Một loạt các câu hỏi pháp lý sẽ đặt ra nếu quy định này được viện dẫn, như yêu cầu thành lập trọng tài, thẩm quyền cụ thể của trọng tài, lựa chọn trọng tài viên, nghĩa vụ chứng minh... hay xác định mức độ trả đũa hợp lý đều không được làm rõ. Các câu hỏi này chỉ được trả lời bằng thực tiễn các vụ việc khi trọng tài theo Điều 22.6 được thành lập và đưa ra phán quyết cũng như được làm rõ bằng các phân tích ở phần dưới đây.

## 2. Các vấn đề thủ tục và nội dung cần lưu ý từ thực tiễn sử dụng trọng tài Điều 22.6 DSU

### 2.1. Các vấn đề về thủ tục

Thực tiễn sử dụng cơ chế trọng tài theo Điều 22.6 DSU làm phát sinh một số vấn đề về thủ tục mà các Thành viên WTO cần đặc biệt lưu ý. Đó là:

<sup>6</sup> Điều 3.7 DSU.

### Thứ nhất, về yêu cầu thành lập trọng tài

Yêu cầu thành lập trọng tài Điều 22.6 DSU cần đáp ứng những điều kiện nhất định. Trọng tài, trong vụ *EC – Chuối III*<sup>7</sup>, chỉ ra rằng yêu cầu thành lập trọng tài Điều 22.6 phải đáp ứng một số tiêu chuẩn về mặt nội dung như: i) Phải đưa ra một mức độ tạm hoãn cụ thể, nghĩa là mức độ trả đũa cần tương đương với việc vô hiệu hóa và suy giảm lợi ích do biện pháp bị coi là vi phạm quy định của WTO gây ra theo Điều 22.4 và ii) Phải chỉ rõ hiệp định và (các) lĩnh vực theo đó nhượng bộ hoặc các nghĩa vụ khác sẽ bị tạm hoãn theo Điều 22.3<sup>8</sup>. Nói cách khác, nguyên đơn, trong yêu cầu thành lập trọng tài theo Điều 22.6 phải chỉ rõ mức độ của biện pháp trả đũa cũng như tính chất của biện pháp trả đũa (trả đũa cùng lĩnh vực, trả đũa chéo lĩnh vực hay trả đũa chéo hiệp định). Đây là các thông tin cần thiết để trọng tài xác định rõ thẩm quyền của mình, cũng như có thể có được những đánh giá bước đầu các công việc mà trọng tài sẽ phải tiến hành trong quá trình thụ lý vụ việc.

### Thứ hai, về thẩm quyền của trọng tài

Trên cơ sở quy định của Điều 22.6, có thể thấy trọng tài có thẩm quyền để giải quyết ba vấn đề: i) Xác định mức độ trả đũa có tương ứng với mức độ vô hiệu hóa hay suy giảm hay không; ii) Xác định trả đũa có được cho phép theo các hiệp định liên quan

<sup>7</sup> *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas - Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrator*, 24/03/2000 WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 20.

<sup>8</sup> *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) - Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrator*, 12 July 1999, WT/DS26/ARB, đoạn 16.

hay không; iii) Xác định trả đũa có tuân theo các thủ tục của Điều 22.3 DSU hay không. Trong vụ *EC – Chuối III*, trọng tài đã khẳng định rõ điều này, theo đó, “*thẩm quyền của trọng tài bao gồm quyền xác định: (i) Mức độ tạm hoãn nhượng bộ hoặc các nghĩa vụ khác được yêu cầu tương đương với mức độ vô hiệu hóa hoặc suy giảm; và (ii) Liệu các nguyên tắc hoặc các thủ tục liên quan đến việc tạm hoãn nhượng bộ hoặc các nghĩa vụ khác trong các lĩnh vực và/hoặc hiệp định theo Điều 22.3 của DSU đã được tuân thủ*”<sup>9</sup>. Một điểm cần lưu ý là, ngoài ba vấn đề này, trọng tài không có thẩm quyền để xem xét các vấn đề khác, kể cả câu hỏi về bản chất của việc tạm hoãn thi hành nhượng bộ<sup>10</sup>.

Tuy nhiên, với việc xác định mức độ tạm hoãn thi hành nhượng bộ, khi trọng tài xác định mức độ trả đũa do nguyên đơn yêu cầu là không tương ứng với mức độ vô hiệu hóa hoặc suy giảm thiệt hại thực tế, trọng tài có thể đề xuất mức độ tạm hoãn mới cho tương ứng với mức độ thiệt hại<sup>11</sup>. Các phân tích ở phần 2.2 sẽ cho thấy rõ điều này.

Liên quan đến thẩm quyền xem xét sự tuân thủ các quy định của Điều 22.3 DSU, Điều 22.6 nêu rõ trọng tài sẽ xem xét liệu “*nguyên tắc và thủ tục nêu tại khoản 3 [Điều 22.3] chưa được tuân thủ khi nguyên đơn yêu cầu cho phép tạm hoãn nhượng bộ hoặc những nghĩa vụ khác theo khoản 3(b) hoặc (c)*” hay chưa. Từ quy định đó, câu hỏi đặt ra là trọng tài có thẩm quyền xem xét việc tuân thủ các nguyên tắc theo khoản 3(a) không? Hoa Kỳ đã nêu vấn đề này ra trong vụ tranh chấp *EC – Chuối III*. Hoa Kỳ

lập luận rằng, trọng tài không thể xem xét các nguyên tắc và thủ tục nêu tại Điều 22.3 trong thủ tục trọng tài vì Hoa Kỳ đã yêu cầu cho phép trả đũa chỉ theo điểm a của Điều 22.3 DSU. Nói cách khác, theo quan điểm của Hoa Kỳ, trọng tài chỉ có thể làm như vậy nếu Hoa Kỳ đã yêu cầu cho phép tạm hoãn thi hành nhượng bộ theo các điểm b hoặc c của Điều 22.3 DSU<sup>12</sup>. Trọng tài đã không đồng ý quan điểm của Hoa Kỳ và cho rằng, khi Điều 22.3 được áp dụng, thẩm quyền của trọng tài để xem xét việc tuân thủ các nguyên tắc và thủ tục tại điểm b và c hàm ý rằng trọng tài có thẩm quyền xem xét liệu những yêu cầu tạm hoãn thi hành nhượng bộ theo điểm a có được tuân thủ đầy đủ hay một phần theo các điểm b và c hay không<sup>13</sup>. Đây là nhận định quan trọng, tạo nên thẩm quyền của trọng tài để xem xét cả các yêu cầu của điểm a trong mối liên hệ với điểm b và c của Điều 22.3.

#### *Thứ ba, về lựa chọn trọng tài viên*

Theo Điều 22.6 DSU, trọng tài sẽ được thực hiện bởi Ban hội thẩm ban đầu, nếu các thành viên Ban hội thẩm ban đầu chấp nhận, hoặc bởi một trọng tài viên được Tổng Giám đốc chỉ định. Tính đến ngày 31/07/2019, phần lớn vụ việc đã được chuyển tới Ban hội thẩm ban đầu, trừ vụ *Hoa Kỳ - Đạo luật 1916 (EC)*<sup>14</sup> (Điều 22.6 –

<sup>9</sup> *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 11.

<sup>10</sup> Điều 22.7 DSU.

<sup>11</sup> *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, đoạn 12.

<sup>12</sup> *European Communities – Regime for the importation, sale and distribution of bananas – Recourse to arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU*, Decision by the Arbitrators, WT/DS27/ARB, 9 April 1999, đoạn 3.1.

<sup>13</sup> *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 45, 46.

<sup>14</sup> *United States – Anti-dumping Act of 1916* (WT/DS136).

Hoa Kỳ) và *Hoa Kỳ - Cá ngừ II (Mexico)*<sup>15</sup> (Điều 22.6 – Hoa Kỳ). Trong hai trường hợp này, Chủ tịch Ban hội thẩm ban đầu đã chết, nên các bên yêu cầu Tổng giám đốc WTO chỉ định trọng tài viên thay thế<sup>16</sup>. Hai trọng tài viên khác vẫn là thành viên của Ban hội thẩm ban đầu. Như vậy, về cơ bản, các bên sẽ không gặp khó khăn khi chỉ định trọng tài viên cho thủ tục trọng tài Điều 22.6. Đây là một điểm thuận lợi cho các bên khi sử dụng thủ tục này.

*Thứ tư, về nghĩa vụ chứng minh*

Nghĩa vụ chứng minh (burden of proof) trong thủ tục trọng tài theo Điều 22.6 tuân theo nguyên tắc chung về xác định trách nhiệm chứng minh mà Cơ quan phúc thẩm đã đưa ra trước đó. Nguyên tắc chung về nghĩa vụ chứng minh là bất cứ bên nào (dù là nguyên đơn hay bị đơn) khi đưa ra một khẳng định thì người đó có trách nhiệm phải chứng minh. Nếu một bên đưa ra thêm bằng chứng đủ để khẳng định rằng giả định của mình là đúng thì nghĩa vụ chứng minh sẽ chuyển cho bên còn lại để cung cấp bằng chứng bác bỏ giả định đó<sup>17</sup>. Trong trọng tài theo Điều 22.6, khi nguyên đơn đề xuất

mức trả đũa, nguyên đơn có nghĩa vụ phải chứng minh về mức trả đũa đó. Sau đó, nếu bị đơn không đồng ý về mức trả đũa mà nguyên đơn đưa ra, bị đơn có trách nhiệm phải chứng minh lý do không đồng ý của mình. Nói cách khác, nghĩa vụ chứng minh đầu tiên trong trọng tài theo Điều 22.6 thuộc về nguyên đơn, sau đó, bị đơn có quyền cung cấp các bằng chứng để bác bỏ. Trong vụ *EC – Hoóc-môn*, trọng tài cũng đã làm rõ nguyên tắc này bằng nhận định, theo đó, “*một bên tranh chấp cho rằng một Thành viên đã hành động không tương thích với các quy tắc của WTO thì chịu trách nhiệm chứng minh sự không tương thích đó... EC phản đối sự phù hợp của đề xuất mà Hoa Kỳ đưa ra so với quy định WTO. Do đó, EC phải chứng minh rằng đề xuất của Hoa Kỳ là không nhất quán với quy định tại Điều 22.4...*”<sup>18</sup>.

*Thứ năm, về thời gian diễn ra thủ tục trọng tài theo Điều 22.6 DSU*

Theo Điều 22.6, việc xét xử của trọng tài phải được hoàn tất trong vòng 60 ngày sau ngày thời hạn hợp lý kết thúc. Trong quá trình thủ tục trọng tài đang diễn ra, nguyên đơn chưa có quyền áp dụng biện pháp trả đũa<sup>19</sup>. Tuy nhiên, nếu các bên, trước tiên, đàm phán về bồi thường theo Điều 22.2 thì thủ tục phải hoàn thành trong vòng 20 ngày sau ngày thời hạn hợp lý kết thúc, sau đó mới áp dụng biện pháp trả đũa, vậy thì trọng tài chỉ còn 40 ngày để xem xét vấn đề và ra quyết định. Đây có thể xem là một khoảng thời gian khá ngắn. Trên thực tế, trong hầu hết các vụ tranh chấp, trọng tài đều vượt quá thời gian ra quyết định theo Điều 22.6. Thời gian dài nhất lên đến 1440 ngày (vụ *Hoa Kỳ*

<sup>15</sup> *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products* (WT/DS381).

<sup>16</sup> *United State – Anti-dumping Act of 1916 – Recourse by the European Communities to Article 22.6 of the DSU - Constitution of the Arbitrator – Note by Secretariat*, WT/DS136/17, 19 February 2002, ghi chú 1; *United States - Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States – Constitution of the Arbitrator – Note by Secretariat*, WT/DS381/34, 3 May 2016, đoạn 3.

<sup>17</sup> *United States - Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India – Report of the Appellate Body*, 25 April 1997, WT/DS33/AB/R, tr.14.

<sup>18</sup> *Ibid*, WT/DS26/ARB, đoạn 9.

<sup>19</sup> Điều 22.6 DSU.

- Sản phẩm bông vùng cao I và II), và ngắn nhất là 60 ngày (vụ EC – Hoóc-môn)<sup>20</sup>. Nói cách khác, dù các thời hạn đã được đặt ra, cơ chế giải quyết tranh chấp của WTO vẫn nghiêng về phía đảm bảo chất lượng của các báo cáo/phán quyết hơn là giải quyết nhanh chóng vụ tranh chấp.

*Thứ sáu, quyền của bên thứ ba trong thủ tục trọng tài theo Điều 22.6 DSU*

Sự tham gia của các Thành viên WTO vào những vụ tranh chấp với tư cách bên thứ ba, bên cạnh nguyên đơn và bị đơn, đã được quy định khá rõ ràng cho các thủ tục tham vấn (Điều 4.11 DSU), Ban hội thẩm (Điều 10 DSU), Cơ quan phúc thẩm (Điều 17.4 DSU và Quy tắc 24 thủ tục làm việc của Cơ quan phúc thẩm)<sup>21</sup>. Đối với thủ tục trọng tài Điều 22.6, DSU không quy định về việc tham gia của bên thứ ba. Do đó, trên thực tế, trong một số trường hợp, một số Thành viên WTO đã gửi tới trọng tài yêu cầu cho phép họ được xuất hiện trong thủ tục này với tư cách bên thứ ba. Có thể kể đến yêu cầu của Ecuador trong vụ EC – Chuối III, của Hoa Kỳ và Canada trong vụ EC – Hoóc-môn, của Australia trong vụ Brazil – Máy bay<sup>22</sup>, của Mexico và Canada

trong vụ Hoa Kỳ - COOL<sup>23</sup>. Đối với các yêu cầu này, về cơ bản, trọng tài thành lập theo Điều 22.6 đều khẳng định, do DSU không có quy định về việc tham gia của bên thứ ba vào thủ tục này nên họ có quyền quyết định cho một Thành viên tham gia với tư cách bên thứ ba hay không. Trong bốn thủ tục nêu trên, trọng tài chỉ đồng ý với các yêu cầu của Hoa Kỳ và Canada trong vụ EC – Hoóc-môn và của Mexico, Canada trong vụ Hoa Kỳ - COOL với lý do cơ bản là, các yêu cầu đều được đưa ra trong các vụ việc mà nguyên đơn cùng khởi kiện bị đơn về một biện pháp, nên khi trọng tài theo Điều 22.6 được thành lập để xem xét việc trả đũa trong một vụ, nguyên đơn còn lại, nếu không được tham gia với tư cách bên thứ ba có thể sẽ bị ảnh hưởng đến quyền lợi của nguyên đơn đó<sup>24</sup>. Khi được cho phép tham gia với tư cách bên thứ ba, các quyền mà các bên thứ ba này được hưởng cũng khá rộng, bao gồm: i) Tham gia vào các phiên họp của trọng tài; ii) Trình bày quan điểm vào cuối mỗi phiên họp và iii) Nhận một bản sao các văn kiện đệ trình viết của các bên<sup>25</sup>.

*Thứ bảy, giá trị của phán quyết trọng tài*

Khi xem xét các vấn đề thuộc thẩm quyền của mình, trọng tài sẽ tiến hành kết luận về mức độ trả đũa hoặc sự tuân thủ theo các trình tự thủ tục theo Điều 22.3. Quyết định của trọng tài theo Điều 22.6 là

<sup>20</sup> World Trade Organization, *WTO Analytical Index: Dispute Settlement Understanding, Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes Article 22*, xem tại: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/ai\\_17\\_e/dsu\\_art22\\_jur.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai_17_e/dsu_art22_jur.pdf), truy cập ngày 10/08/2019.

<sup>21</sup> Xem thêm: Ngoc Ha Nguyen, *L'intervention des tierces parties dans le règlement des différends à l'OMC*, L'Harmattan, Paris, 2016, tr. 578.

<sup>22</sup> *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft – Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement*, Decision by the Arbitrator, WT/DS46/ARB, 28/08/2000.

<sup>23</sup> *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements – Recourse to article 22.6 of the DSU by the United States*, Decision by the Arbitrator, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB, 07/12/2015.

<sup>24</sup> *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, WT/DS48/ARB, đoạn 7; *Tlđđ*, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB, đoạn 2.20-2.23.

<sup>25</sup> *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, WT/DS48/ARB, đoạn 7; *Tlđđ*, WT/DS384/ARB, WT/DS386/ARB, đoạn 2.20-2.23.

chung thẩm và các bên không được kháng cáo. Quyết định của trọng tài phải được chuyển ngay lập tức tới DSB và DSB có quyền không thông qua theo nguyên tắc đồng thuận nghịch<sup>26</sup>. Việc trả đũa chỉ dừng lại khi bên vi phạm tuân thủ đúng khuyến nghị hay phán quyết hoặc các bên đạt được những giải pháp đồng thuận<sup>27</sup>.

*Thứ tám, mối quan hệ giữa thủ tục trọng tài thành lập theo Điều 22.6 với thủ tục Ban hội thẩm theo Điều 21.5*

Khi xem xét đến thủ tục trọng tài theo Điều 22.6, các Thành viên WTO có nhiều tranh cãi liên quan đến trình tự áp dụng giữa thủ tục này và thủ tục Ban hội thẩm theo Điều 21.5 - Ban hội thẩm về tuân thủ (vấn đề “thứ tự thủ tục” - “sequencing”). Trên thực tế, các bên đã tìm cách đạt được những thỏa thuận để giải quyết khúc mắc này. Trong nhiều vụ tranh chấp, các bên đồng ý rằng sẽ bắt đầu thủ tục của Điều 21.5 và Điều 22 đồng thời, sau đó tạm dừng thủ tục trả đũa theo Điều 22 cho đến khi hoàn thành thủ tục tại Điều 21.5. Nếu Ban hội thẩm tuân thủ quyết định rằng biện pháp thực hiện mới chưa tuân thủ khuyến nghị hay phán quyết thì mới tiếp tục thủ tục theo Điều 22 (ví dụ vụ *Australia – Cá hồi*<sup>28</sup>). Có nhiều vụ tranh chấp lại được các bên thỏa thuận rằng thủ tục theo Điều 21.5 sẽ được bắt đầu trước thủ tục trả đũa của Điều 22 (ví dụ vụ *Canada – Máy bay*<sup>29</sup>). Có thể thấy rằng, vấn đề “sequencing” chỉ được giải

quyết thông qua thỏa thuận giữa các bên trong từng vụ việc cụ thể mà không có những quy định rõ ràng. Đây cũng là một trong những vấn đề đã được đàm phán và chưa có kết quả cuối cùng tại Vòng Doha<sup>30</sup>.

## 2.2. Một số vấn đề về nội dung

Có thể thấy thực tiễn sử dụng trọng tài theo Điều 22.6 đã góp phần làm rõ nhiều vấn đề về mặt thủ tục mà bản thân nội dung Điều 22.6 chưa giải quyết. Bên cạnh đó, có hai vấn đề về nội dung cũng được các trọng tài giải thích thông qua các quyết định của mình. Cụ thể:

*Thứ nhất, liên quan tới xác định mức độ trả đũa*

Theo Điều 22.4 DSU, mức độ trả đũa phải tương tự với mức độ thiệt hại mà nguyên đơn phải gánh chịu. Thông thường, trọng tài sẽ xác định mức độ trả đũa theo các bước sau: i) Tính toán mức độ thiệt hại; ii) Tính toán mức độ trả đũa theo những biện pháp do nguyên đơn đề xuất; iii) Cân bằng hai yếu tố này để đưa ra phán quyết cuối cùng<sup>31</sup>. Trong nhiều vụ tranh chấp, sau khi xác định được mức độ thiệt hại thì trọng tài thường kết luận là mức độ tạm hoãn sẽ tương tự với mức độ thiệt hại đã được xác định đó<sup>32</sup>. Để tính toán, trọng tài đã sử dụng

<sup>30</sup> Dispute Settlement Body (Special session), *Report by the Chairman, Ambassador Ronald Saborío Soto, to the Trade Negotiations Committee*, TN/DS/25, 21 April 2011.

<sup>31</sup> Ye Siyu, *The Legal Analysis of the Cross-Retaliations Under the WTO Framework*, Unpublished Master's Thesis, Ghent University, Belgium, 2013, tr. 15-16.

<sup>32</sup> Farzan Sabet, Kai Kan, dan Thibault Fresquet, *Retaliation under the WTO system: When does Nullification or Impairment Begin?*, [https://www.tradelab.org/images/tradelab/pdf/clinics/2016/Retaliation\\_under\\_the\\_WTO\\_system\\_When\\_does\\_Nullification\\_or\\_Impairment\\_Begin.pdf](https://www.tradelab.org/images/tradelab/pdf/clinics/2016/Retaliation_under_the_WTO_system_When_does_Nullification_or_Impairment_Begin.pdf), truy cập ngày 10/08/2019, tr. 14.

<sup>26</sup> Điều 22.7 DSU.

<sup>27</sup> Điều 22.8 DSU.

<sup>28</sup> *Australia – Measures affecting importation of salmon*, Article 25.1 Panel Report, WT/DS18/RW, 18 February 2000.

<sup>29</sup> Oleksandr Kozlov, *Enforcing compliance with WTO dispute settlement rulings*, Unpublished Master's Thesis, Ghent University, 2017, tr. 19.

biện pháp phản thực tế (*counterfactual method*), theo đó, trọng tài sẽ đưa ra tình huống giả định rằng không có biện pháp vi phạm hoặc bên vi phạm đã tuân thủ các khuyến nghị và phán quyết. Cụ thể, bước đầu tiên mà các trọng tài thực hiện là lựa chọn một tình huống phản thực tế phù hợp nhất với bối cảnh vụ tranh chấp và tiến hành so sánh tình hình thực tế (có sự hiện diện của biện pháp bị coi là vi phạm) và tình huống giả định (không có biện pháp bị coi là vi phạm). Tiếp theo, các trọng tài sẽ định lượng mức độ lợi ích bị vô hiệu hóa hoặc suy giảm bằng cách kiểm tra tác động thương mại trực tiếp (*direct trade-effects*) nhằm xác định “các dòng thương mại bị ngăn chặn, tức là giao dịch bị mất hoặc doanh thu không nhận được do biện pháp của bị đơn”<sup>33</sup>. Từ đó, trọng tài sẽ xác định được mức độ thiệt hại mà bên nguyên đơn phải chịu. Cách tính này đã được áp dụng trong nhiều vụ tranh chấp như *EC – Hoóc-môn*, *Hoa Kỳ – Dịch vụ cờ bạc*, *Hoa Kỳ – FSC*<sup>34</sup>, *Hoa Kỳ – Đạo luật Đền bù (Luật Byrd sửa đổi)*...<sup>35</sup>.

Một câu hỏi được đặt ra là trong quá trình xác định mức độ trả đũa, thời điểm bắt đầu tính mức độ thiệt hại là từ khi nào. Câu trả lời được các trọng tài đưa ra không hoàn toàn giống nhau. Trọng tài trong vụ *EC – Hoóc-môn* cho rằng, cần phải tính kể từ ngày mà thời hạn hợp lý dành cho việc thi hành khuyến nghị của bị đơn kết thúc<sup>36</sup>. Trong khi đó, trọng tài trong vụ *Hoa Kỳ - Mục 110(5) Luật Bản quyền* lại cho rằng,

cần tính từ ngày vụ tranh chấp được đưa ra trọng tài<sup>37</sup>. Việc xác định thời điểm bắt đầu tính mức độ thiệt hại khác nhau có thể dẫn đến mức độ trả đũa cũng sẽ khác nhau, từ đó, ảnh hưởng đến lợi ích thực tế của nguyên đơn. Ngoài ra, điều này cũng cho thấy, mức độ trả đũa, trong mọi trường hợp, sẽ không tương xứng với toàn bộ thiệt hại mà nguyên đơn phải gánh chịu do biện pháp bị khiếu kiện của bị đơn, vì mức độ thiệt hại không được tính từ thời điểm biện pháp bị khiếu kiện được áp dụng trong thực tế. Nói cách khác, việc mức độ trả đũa chỉ tương xứng với một phần thiệt hại của nguyên đơn cho thấy điểm đặc trưng của chế độ trách nhiệm pháp lý quốc tế trong khuôn khổ của WTO so với chế độ trách nhiệm pháp lý quốc tế trong công pháp quốc tế nói chung. Điểm đặc trưng thể hiện ở việc chế độ pháp lý quốc tế trong khuôn khổ WTO không hướng tới đền bù toàn bộ thiệt hại do hành vi vi phạm gây ra. Ngược lại, chế độ này hướng tới làm cho biện pháp bị vi phạm trở nên tương thích với các quy định của WTO. Nếu có trả đũa, việc áp dụng biện pháp trả đũa cũng chỉ tương xứng với một phần thiệt hại và cũng chỉ mang tính chất tạm thời<sup>38</sup>.

Thực tế từ 17 vụ việc mà ở đó trọng tài Điều 22.6 được viện dẫn cho thấy mức độ trả đũa mà trọng tài cho phép áp dụng thường thấp hơn so với mức mà nguyên đơn đề xuất.

<sup>33</sup> Ye Siyu, *tlđđ*, tr. 16.

<sup>34</sup> *United States – Tax Treatment for Foreign Sales Corporations* (WT/DS108).

<sup>35</sup> Xem thêm: Farzan Sabet, Kai Kan, dan Thibault Fresquet, *tlđđ*, tr. 13.

<sup>36</sup> *Tlđđ*, WT/DS26/ARB, đoạn 38.

<sup>37</sup> *United States - Section 110(5) of the US Copyright Act - Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU - Award of the Arbitrator*, 9 November 2001, WT/DS160/ARB, đoạn 4.20-4.25.

<sup>38</sup> Về chủ đề này, xem thêm: Holger Spamann, “The Myth of Rebalancing Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice”, *Journal of International Economic Law*, 2006, vol. 1, n<sup>o</sup>. 1, tr. 31-80; Peter-Tobias Stoll, “WTO Dispute Settlement: The Implementation Stage”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1999, vol. 3, tr. 407-438.

Khoảng cách lớn nhất giữa mức độ trả đũa được đề xuất bởi nguyên đơn và được trọng tài quyết định được thể hiện trong vụ tranh chấp *Hoa Kỳ - Dịch vụ cờ bạc*. Theo đó, mức độ trả đũa mà Antigua và Barbuda đề xuất là 3,443 tỷ USD (hàng năm)<sup>39</sup> trong khi trọng tài quyết định mức độ trả đũa chỉ là 21 triệu USD (hàng năm)<sup>40</sup>. Trong tổng số 15 vụ tranh chấp, chỉ có một vụ duy nhất trọng tài quyết định mức độ trả đũa bằng mức độ mà nguyên đơn đưa ra, đó là vụ *Hoa Kỳ – FSC*<sup>41</sup>, với mức trả đũa là 4,043 tỷ USD (hàng năm)<sup>42</sup>.

*Thứ hai, về tính chất của biện pháp trả đũa*

Điều 22.3 DSU quy định tính chất của biện pháp trả đũa; theo đó khi tiến hành trả đũa, nguyên đơn trước tiên phải thực hiện trả đũa trong cùng lĩnh vực với vi phạm<sup>43</sup>. Tuy nhiên, nếu nguyên đơn thấy rằng biện pháp trả đũa cùng lĩnh vực là không thực tế hay không hiệu quả thì có thể tiến hành trả đũa đối với lĩnh vực khác trên cơ sở cùng một hiệp định (trả đũa chéo lĩnh vực)<sup>44</sup>. Cuối cùng, nếu việc tạm hoãn này cũng

không thực tế hoặc không hiệu quả và xảy ra những tình huống nghiêm trọng thì nguyên đơn có thể tiến hành trả đũa theo một hiệp định liên quan khác (trả đũa chéo hiệp định)<sup>45</sup>.

Đối với trả đũa chéo hiệp định, biện pháp này trao cho nguyên đơn cơ hội thực hiện việc trả đũa đối với những lĩnh vực thương mại quan trọng đối với bên vi phạm<sup>46</sup>. Để cho phép thực hiện việc trả đũa chéo hiệp định, trọng tài theo Điều 22.6 phải quyết định xem nguyên đơn có tuân thủ các yêu cầu sau hay không: (i) Việc trả đũa cùng lĩnh vực không thực tế hoặc không hiệu quả; (ii) Việc trả đũa chéo chỉ được thực hiện trong những hoàn cảnh “*nghiêm trọng*”; (iii) Tuân thủ các yếu tố khác được xác định trong Điều 22.3.d DSU<sup>47</sup>. Đối với yêu cầu đầu tiên, Điều 22.3 quy định nguyên đơn có toàn quyền xác định biện pháp trả đũa cùng lĩnh vực là “*không thực tế*” hoặc “*không hiệu quả*”. Tuy nhiên, dù đó là quyền của nguyên đơn, trọng tài vẫn có thẩm quyền để quyết định xem liệu nguyên đơn có xem xét những sự kiện cần thiết một cách khách quan hay không và liệu bối cảnh đó, nguyên đơn có thể đưa ra kết luận hợp lý<sup>48</sup> để có thể trả đũa chéo lĩnh vực hay trả đũa chéo hiệp định. Đồng thời, trọng tài cũng khẳng định gánh nặng bằng chứng sẽ thuộc về bên bị đơn để chứng minh rằng tạm hoãn trong cùng một lĩnh vực hay cùng một hiệp định là thực tế và hiệu quả nhằm phản bác lại kết luận của bên

<sup>39</sup> *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrator*, (21 December 2007) WT/DS285/ARB [I.5].

<sup>40</sup> *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrator*, (21 December 2007) WT/DS285/ARB [VI.1].

<sup>41</sup> *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”* (WT/DS108).

<sup>42</sup> *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrator*, (30 August 2002) WT/DS108/ARB, đoạn A.34.

<sup>43</sup> Điều 22.3(a) DSU.

<sup>44</sup> Điều 22.3(b) DSU.

<sup>45</sup> Điều 22.3(c) DSU.

<sup>46</sup> Peter Tobias Stoll and Arthur Steinmann, “WTO Dispute Settlement: The implementation stage”, In Jochen A. Frowein, Rüdiger Wolfrum and Christiane E. Philipp (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law* 3, 1999, tr. 422.

<sup>47</sup> Ye Siyu, *tlđđ*, p.17.

<sup>48</sup> *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 20.

nguyên đơn<sup>49</sup>. Đối với yêu cầu thứ hai về các trường hợp nghiêm trọng, do DSU không quy định rõ ràng về cách xác định tính nghiêm trọng, nên các trọng tài đã giải thích thuật ngữ này dựa trên các chỉ dẫn theo ngữ cảnh được quy định tại Điều 22.3.d, ví dụ như trong vụ *EC – Chuối III*<sup>50</sup> và *Hoa Kỳ – Dịch vụ cờ bạc*<sup>51</sup>.

Đối với yêu cầu cuối cùng của Điều 22.3.d, cần xác định rõ hai yếu tố: (i) Cân nhắc thương mại trong lĩnh vực có vi phạm và tầm quan trọng của nó đối với nguyên đơn và (ii) Những nhân tố kinh tế lớn hơn liên quan đến việc triệt tiêu hoặc gây phương hại và những hậu quả kinh tế lớn hơn của trả đũa. Trọng tài trong vụ *EC – Chuối III* cho rằng, Điều 22.3.d.i chỉ liên quan đến nguyên đơn (tức là bên chịu thiệt hại), còn Điều 22.3.d.ii lại liên quan đến cả hai bên nguyên đơn và bị đơn<sup>52</sup>. Trên thực tế, các trọng tài không có xu hướng phân tích sâu về yêu cầu này và chỉ đơn giản kết luận rằng, nguyên đơn đã hoặc chưa xem xét các yếu tố đó và do đó điều kiện theo Điều 22.3(d) có được đáp ứng hay không<sup>53</sup>.

### 3. Khuyến nghị đối với Việt Nam

Tính đến thời điểm hiện nay, Việt Nam đã đưa năm vụ tranh chấp ra WTO. Ba vụ tranh chấp đã được giải quyết hoàn toàn là *Hoa Kỳ – Tôm*<sup>54</sup>, *Hoa Kỳ – Tôm II*<sup>55</sup> và

*Indonesia – Sản phẩm sắt hoặc thép*<sup>56</sup>. Trong ba vụ tranh chấp này, Việt Nam và Hoa Kỳ đã đạt được giải pháp đồng thuận vào 18/07/2016 đối với hai vụ tranh chấp đầu tiên; Indonesia, sau đó, cũng đã bãi bỏ biện pháp bị vi phạm. Nói cách khác, tính đến thời điểm hiện tại, Việt Nam chưa phải sử dụng đến cơ chế trả đũa, do đó, chưa phải vận dụng đến các quy định về trọng tài theo Điều 22.6. Tuy nhiên, khi các vụ tranh chấp dần trở nên phức tạp hơn, Việt Nam cần phải chuẩn bị đầy đủ cho những tình huống mà ở đó, thành viên WTO bị Việt Nam khởi kiện không thực thi khuyến nghị hay phán quyết, dẫn đến việc Việt Nam phải viện dẫn đến Điều 22.6 như một công cụ để bảo vệ các lợi ích thương mại chính đáng của mình. Để có thể áp dụng thành công, Việt Nam cần lưu ý những vấn đề sau đây:

**Thứ nhất**, cần hiểu và nắm rõ các vấn đề về thủ tục và nội dung của việc giải quyết tranh chấp bằng trọng tài theo Điều 22.6 của DSU. Như đã trình bày ở trên, Điều 22.6 DSU quy định khá đơn giản, nhưng các vấn đề thủ tục và nội dung liên quan đến thủ tục này chỉ được làm rõ thông qua các vụ tranh chấp được giải quyết trong khuôn khổ của DSB. Do đó, để đảm bảo vận dụng thành công thủ tục trả đũa nói chung và thủ tục yêu cầu thành lập trọng tài để xác định mức độ trả đũa nói riêng, Việt Nam cần nghiên cứu kỹ, đầy đủ toàn bộ các phán quyết trọng tài theo Điều 22.6 đã được đưa ra. Đây sẽ là yếu tố quan trọng giúp Việt Nam có thể đạt được kết quả có lợi, bảo vệ quyền và lợi ích chính đáng đã bị ảnh hưởng bởi biện pháp thương mại nước ngoài.

*(Xem tiếp trang 60)*

<sup>49</sup> *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 78.

<sup>50</sup> *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 80.

<sup>51</sup> *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services - Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU - Decision by the Arbitrator*, 22/12/2007, WT/DS285/ARB, đoạn IV.107.

<sup>52</sup> *Tlđđ*, WT/DS27/ARB/ECU, đoạn 85-86.

<sup>53</sup> Ye Siyu, *tlđđ*, tr.19.

<sup>54</sup> *United States - Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam* (WT/DS404).

<sup>55</sup> *United States - Anti-Dumping Measures on Certain Shrimp from Viet Nam* (WT/DS429).

<sup>56</sup> *Indonesia – Safeguard on Certain Iron or Steel Products* (WT/DS496).

# PHÁP LUẬT QUỐC TẾ VỀ QUYỀN ĐƯỢC XÉT XỬ CÔNG BẰNG TRONG LĨNH VỰC HÌNH SỰ

Nguyễn Tiến Đức\*

**Tóm tắt:** Bài viết nghiên cứu các quy định của pháp luật quốc tế về quyền được xét xử công bằng trong lĩnh vực hình sự. Từ đó, tác giả rút ra một số nhận xét về đặc điểm của quyền này, cũng như đưa ra một số gợi mở đối với Việt Nam trong việc luật hoá và bảo đảm quyền này trên thực tế.

**Abstract:** The article studies international law jurisprudence on the right to a fair trial in the criminal aspect. Thereby, the author draws out certain features of this right, and makes concrete proposals for Viet Nam to legalize and ensure this right in practice.

## 1. Đặt vấn đề

Quyền được xét xử công bằng là thuật ngữ dựa trên ý tưởng “quy trình công bằng” (*due process*) của hệ thống pháp luật Anglo-Saxon<sup>1</sup>. Về bản chất, quyền được xét xử công bằng không phải là một quyền đơn nhất, mà là một tập hợp các quyền với mục tiêu bảo đảm công lý trong quá trình xét xử. Công lý ở đây không hàm ý sẽ có lợi cho bất kì bên nào trong vụ kiện, mà nhằm bảo đảm quy trình tố tụng được diễn ra công bằng đối với các bên. Vì vậy, tập hợp các quyền này còn được coi là quyền thủ tục (*procedural rights*). Đồng thời, quyền này tồn tại trong toàn bộ giai đoạn của tố tụng, gồm trước, trong và cả sau khi xét xử.

Pháp luật quốc tế ghi nhận cá nhân có quyền được xét xử bởi cơ quan tài phán độc lập và vô tư trong lĩnh vực hình sự hoặc lĩnh vực khác theo luật. Những bảo đảm xét xử công bằng này được cụ thể hoá tại Điều 14, 15 Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966 (ICCPR), Điều 6 Công ước nhân quyền châu Âu năm 1950 (ECHR), Điều 8 Công ước nhân quyền châu Mỹ năm 1969, Điều 7 Hiến chương châu Phi về quyền con người và các dân tộc năm 1981. Nhìn chung, quá nửa số án lệ được xét xử bởi các cơ quan nhân quyền giám sát thực thi các điều ước trên tập trung vào quyền được xét xử công bằng tại các quốc gia thành viên.

Theo tiêu chuẩn quốc tế, đa phần các bảo đảm xét xử công bằng có thể được áp dụng trong các vụ việc hình sự, dân sự, hành chính. Mặc dù vậy, những bảo đảm trong lĩnh vực hình sự có những đặc điểm riêng biệt và có mức độ bảo vệ cao hơn so với các lĩnh vực phi hình sự. Chẳng hạn, quyền suy đoán vô tội, quyền im lặng chỉ tồn tại trong lĩnh vực hình sự<sup>2</sup>.

\* ThS., Viện Nhà nước và Pháp luật, Viện Hàn lâm Khoa học xã hội Việt Nam.

Bài viết này được chuyển thể từ bài tham luận Hội thảo quốc tế “Xét xử công bằng trong tố tụng hình sự: Kinh nghiệm quốc tế và gợi mở cho Việt Nam” đồng tổ chức bởi Viện Nhà nước và Pháp luật và Viện Konrad Adenauer Stiftung (Cộng hòa Liên bang Đức) ngày 5-6/9/2019 tại Hà Nội (sau đây gọi tắt là Hội thảo quốc tế).

<sup>1</sup> Xem Bùi Tiến Đạt (2015), *Học thuyết trình tự công bằng và việc bảo vệ quyền con người: Kinh nghiệm quốc tế và Việt Nam*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 6 (286), tr. 61-71.

<sup>2</sup> Điều 14(5) ICCPR.

Phạm vi của bài viết sẽ tập trung vào quyền được xét xử công bằng trong lĩnh vực hình sự. Đồng thời, nghiên cứu cũng chủ yếu chất lọc những nhận định và kết luận của Ủy ban nhân quyền (HRC, cơ quan giám sát thực thi ICCPR) và Tòa án nhân quyền châu Âu (ECtHR, cơ quan giám sát thực thi ECHR) để làm “kim chỉ nam” hành động cho các quốc gia nhằm pháp điển hoá và thực thi hiệu quả xét xử công bằng ở cấp độ quốc gia.

## 2. Nội dung quyền và những khía cạnh pháp lý liên quan

### 2.1. Thế nào là một “cáo buộc hình sự”?

Các bảo đảm xét xử công bằng tại Điều 14, 15 ICCPR và Điều 6, 7 ECHR đều có giá trị áp dụng chung trong lĩnh vực hình sự, dân sự, hành chính. Tuy nhiên, có một số bảo đảm pháp lý bắt buộc phải có trong vụ án hình sự, ví dụ như quyền suy đoán vô tội. Vì vậy, việc xác định tính chất hình sự của một cáo buộc có ảnh hưởng lớn tới quyền của cá nhân liên quan.

ICCPR và ECHR sử dụng từ “cáo buộc hình sự” (*criminal charge*), được hiểu chung là một “thông báo chính thức được chuyển tới cá nhân bởi cơ quan có thẩm quyền về nghi vấn khả năng người này phạm tội hình sự”<sup>3</sup>.

Đáng chú ý, cả hai cơ quan nhân quyền HRC và ECtHR đều tự đưa ra đánh giá và kết luận về vi phạm đạt tới mức độ hình sự. Trong vụ *Deweere v. Belgium*, ECtHR giải thích “cáo buộc hình sự” theo cách độc lập mà không phụ thuộc vào ý chí của quốc gia thể hiện thông qua pháp luật. Theo đó, có ba tiêu chí được đưa ra: (i) Cách phân loại vi phạm; (ii) Bản chất của vi phạm; (iii) Mục

đích và tính nghiêm trọng của hình phạt<sup>4</sup>. HRC cũng đưa cách đánh giá tương tự về hành vi như có tính chất hình sự<sup>5</sup>.

Sự phân loại không nhất thiết phụ thuộc vào ý chí quốc gia. Kể cả khi quốc gia không coi một vi phạm là tội phạm thì hai cơ quan nhân quyền trên vẫn có thẩm quyền kết luận vi phạm đó có tính chất hình sự căn cứ vào bản chất, mục đích và tính nghiêm trọng của nó. Triết lý của thẩm quyền này là nhằm ngăn ngừa quốc gia thành viên tùy tiện sử dụng pháp luật của mình để lảng tránh các bảo đảm xét xử công bằng trong lĩnh vực hình sự theo quy định của pháp luật quốc tế; nhằm bảo đảm đối tượng và mục đích của điều ước không bị xâm hại<sup>6</sup>.

Trong vụ *Putz v. Austria*, ECtHR cho rằng, mức phạt của toà án Áo đối với nguyên đơn về hành vi gây rối trật tự tại toà không đủ nghiêm trọng để được coi là có tính chất “hình sự”. Vì vậy, nguyên đơn không có quyền yêu cầu xem xét lại hình phạt và Điều 6 ECHR không bị vi phạm<sup>7</sup>. Ngược lại, trong vụ *Lauko v. Slovakia*, quốc gia bị đơn coi hành vi vu khống thuộc nhóm vi phạm thông thường, tuy nhiên, ECtHR kết luận rằng, bản chất của vi phạm và mục đích trừng phạt của hình phạt cho thấy tính chất hình sự của vi phạm dưới góc nhìn của nhà lập pháp, và vì vậy thuộc phạm vi điều chỉnh của Điều 6 ECHR ở khía cạnh hình sự<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> *Engel and Others v. the Netherlands* [1976] ECHR 3, đoạn 80–85.

<sup>5</sup> HRC, CCPR General Comment 32 (2007), đoạn 15; *Perterer v. Austria*, HRC Communication 1015/2001, UN Doc CCPR/C/81/D/1015/2001 (2004), đoạn 9.2.

<sup>6</sup> *Öztürk v. Germany* [1984] ECHR, đoạn 49; *Weber v. Switzerland* [1990] ECHR 13, đoạn 30.

<sup>7</sup> *Putz v. Austria* [1996] ECHR 91.

<sup>8</sup> *Lauko v. Slovakia* [1998] ECHR 82, đoạn 58; xem thêm *Bendenoun v. France* [1994] ECHR 7, đoạn 47;

<sup>3</sup> *Deweere v. Belgium* [1980] ECHR 1, đoạn 46.

## 2.2. Quyền tiếp cận và bình đẳng trước toà án và cơ quan tài phán

Về bản chất, khả năng tiếp cận toà án là tiền đề cho việc xét xử công bằng. Quyền tiếp cận toà án và bình đẳng trong quá trình thực thi công lý là một yếu tố then chốt để bảo vệ pháp quyền. Tất cả cá nhân đều có quyền bình đẳng trong việc tiếp cận toà án. Đồng thời, việc thực thi công lý phải hướng tới sự công bằng cho tất cả.

Điều 10 Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền (UDHR) đề cập tới quyền bình đẳng trong việc xét xử công bằng và công khai. Quyền bình đẳng trước toà án cũng được quy định tại Điều 14(1) ICCPR, trong khi đó Điều 6 ECHR quy định cấm phân biệt đối xử nói chung, và Nghị định thư bổ sung số 12 ECHR quy định thêm nguyên tắc bình đẳng trước pháp luật. Quyền này áp dụng trong cả các vụ việc hình sự và phi hình sự đối với tất cả các cá nhân, kể cả người nước ngoài, không quốc tịch, tị nạn, lao động di trú đang hiện diện trên lãnh thổ hoặc thuộc quyền tài phán của quốc gia sở tại<sup>9</sup>.

Quyền bình đẳng trước pháp luật, bình đẳng trước toà án và cơ quan tài phán đòi hỏi các vụ án như nhau phải được giải quyết theo trình tự, thủ tục như nhau. Trong trường hợp áp dụng thủ tục đặc biệt hoặc trước một cơ quan tài phán đặc biệt, quốc gia có nghĩa vụ phải đưa ra được cơ sở khách quan và hợp lý để lý giải cho sự khác biệt đó. Đây là khía cạnh hết sức quan trọng thể hiện sự bình quyền giữa các bên trong hoạt động tố tụng. Trong vụ *Weiss v. Austria*, nguyên đơn cho rằng mình không

thể kháng cáo bản án bất lợi cho mình, trong khi đó, bên công tố lại có thể. HRC kết luận Điều 14(1) ICCPR bị vi phạm do các bên không được đối xử bình đẳng tại toà án<sup>10</sup>.

Quyền này có thể bị ảnh hưởng trong trường hợp pháp luật quốc gia quy định nguyên đơn phải đóng một khoản phí để thụ lý hồ sơ sơ thẩm hoặc phúc thẩm. HRC khẳng định rằng, mặc dù quốc gia có thể đặt ra mức lệ phí, nhưng không được tạo ra rào cản tiếp cận công lý; trái với tinh thần của Điều 14(1) ICCPR<sup>11</sup>.

Tuy nhiên, quyền tiếp cận toà án không phải tuyệt đối và có thể bị giới hạn căn cứ vào từng trường hợp cụ thể, ví dụ như thời hiệu, quyền miễn trừ của một số quan chức nhà nước, tổ chức quốc tế... Dù vậy, HRC khẳng định bất kì sự giới hạn nào cũng đều phải dựa trên pháp luật và có cơ sở khách quan và hợp lý. Trong vụ *Kavanagh v. Ireland*, HRC kết luận Ireland vi phạm quyền bình đẳng trước pháp luật và quyền được pháp luật bảo vệ như nhau của ông *Kavanagh* khi không đưa ra được “cơ sở hợp lý và khách quan” để lý giải tại sao phải xét xử ông này theo hệ thống toà án đặc biệt và tước một số quyền, như quyền đối chất với nhân chứng trong giai đoạn xét xử<sup>12</sup>. Khía cạnh này sẽ được nêu cụ thể hơn ở phần sau của bài viết.

## 2.3. Quyền được xét xử bởi cơ quan tài phán có thẩm quyền, độc lập và vô tư được thành lập theo pháp luật

A. P., M. P. and T. P. v. Switzerland [1997] ECHR 50, đoạn 41.

<sup>9</sup> HRC, General Comment 32, CCPR/C/GC/32, đoạn 9.

<sup>10</sup> *Weiss v. Austria*, HRC Communication 1086/2002, CCPR/C/77/D/1086/2002 (2002), đoạn 9.6.

<sup>11</sup> *Äärelä and Näkkäläjärvi v. Finland*, HRC Communication 779/1997, CCPR/C/73/D/779/1997 (2001), đoạn 7.2.

<sup>12</sup> *Kavanagh v. Ireland*, HRC Communication 819/1998, CCPR/C/71/D/819/1998 (1998).

Điều 14(1) ICCPR và Điều 6(1) ECHR đặt ra những bảo đảm xét xử công bằng trước “cơ quan tài phán độc lập và vô tư được thành lập theo pháp luật”. Điều 14(1) ICCPR bổ sung thêm thiết chế này phải “có thẩm quyền”. Mặc dù vậy, tính chất “độc lập” và “vô tư” là hai yếu tố được HRC và ECtHR chú ý nhiều hơn cả.

Khái niệm “cơ quan tài phán” được HRC giải thích là một cơ quan “bất kể tên gọi, được thành lập theo pháp luật, độc lập với cơ quan hành pháp và lập pháp hoặc có được sự độc lập tư pháp trong trường hợp cụ thể nhằm giải quyết các vấn đề có bản chất tư pháp”<sup>13</sup>. Dưới góc nhìn của ECtHR, “cơ quan tài phán” không nhất thiết phải là toà án, mà là cơ quan có thẩm quyền đưa ra quyết định ràng buộc pháp lý và không thể bị thay đổi bởi cơ quan phi tư pháp khác<sup>14</sup>, ví dụ như hội đồng cảnh sát<sup>15</sup>, cơ quan chấp pháp nhà tù<sup>16</sup>.

Yếu tố cơ quan tài phán phải được “thành lập theo pháp luật” đã thể hiện nguyên tắc pháp quyền ghi nhận trong cả ICCPR và ECHR. Mặc dù không được định nghĩa cụ thể, nhưng yêu cầu này có hai hàm ý: Một là, hệ thống tư pháp nói chung được thành lập và được điều chỉnh bởi pháp luật của cơ quan lập pháp; hai là, cơ quan tài phán được thành lập phù hợp với quy định pháp luật liên quan<sup>17</sup>. Quy định này còn đòi

hỏi pháp luật phải quy định thành phần và thẩm quyền của cơ quan tư pháp, cũng như những trường hợp cụ thể mà thẩm phán không được tham gia xét xử<sup>18</sup>.

Điều 14 ICCPR áp dụng cho tất cả các loại cơ quan tài phán và cán bộ tư pháp, bất kể tòa án thông thường, tòa án quân sự hay tòa án đặc biệt. Dù ICCPR không cấm việc thành lập các tòa án quân sự hay tòa án đặc biệt, nhưng việc sử dụng các tòa án đó để xét xử các vụ việc dân sự có thể đe dọa nghiêm trọng đến tính công bằng, độc lập và vô tư của các tòa án và thẩm phán<sup>19</sup>.

HRC cũng làm rõ ICCPR không quy định quyền phải được xét xử bởi bồi thẩm đoàn hay bởi thẩm phán chuyên nghiệp. Tương tự, ECtHR cũng thừa nhận cơ chế bồi thẩm đoàn xét xử ở một số quốc gia đã phản ánh lịch sử, truyền thống và văn hoá pháp lý riêng của mỗi quốc gia. Việc xây dựng hệ thống tư pháp như thế nào là thuộc thẩm quyền của quốc gia và nằm ngoài phạm vi giám sát của ECtHR<sup>20</sup>. Nói chung, việc xét xử phải bảo đảm các nguyên tắc xét xử công bằng<sup>21</sup>.

Yêu cầu “có thẩm quyền” được ghi nhận trong ICCPR, và được ngầm định trong tính “độc lập” theo ECHR, bao gồm ba vấn đề: Thẩm quyền của cán bộ tư pháp, thẩm quyền xét xử và thẩm quyền ra quyết định ràng buộc của cơ quan tài phán<sup>22</sup>.

---

<sup>13</sup> HRC, CCPR General Comment 32 (2007), đoạn 18.

<sup>14</sup> *Findlay v the United Kingdom* [1997] ECHR 8, đoạn 77; *Van de Hurk v the Netherlands* [1994] ECHR 14, đoạn 45; *Sramek v Austria* [1984] ECHR 12, đoạn 36; *Belilos v Switzerland* [1988] ECHR 4, đoạn 64.

<sup>15</sup> *Belilos v. Switzerland* [1998] ECHR 4.

<sup>16</sup> *Campbell and Fell v. the United Kingdom* [1984] ECHR 8.

<sup>17</sup> Xem thêm ODIHR, Legal Digest of International Fair Trial Rights (OSCE, 2012), tr. 54-56.

<sup>18</sup> *Lavents v. Latvia* [2002] ECHR 786, đoạn 114.

<sup>19</sup> HRC, CCPR General Comment 32 (2007), đoạn 22.

<sup>20</sup> *Taxquet v. Belgium* [2010] ECHR 1806, đoạn 83-84.

<sup>21</sup> Ví dụ như *Kavanagh v. Ireland*, HRC Communication 819/1998, UN Doc CCPR/C/71/D/819/1998 (2001), đoạn 10.1; *Wilson v. Australia*, HRC Communication 1239/2004, UN Doc CCPR/C/80/D/1239/2004 (2004), đoạn 4.4.

<sup>22</sup> Xem thêm ODIHR, Legal Digest of International Fair Trial Rights (OSCE, 2012), tr. 56-58.

Tính độc lập và vô tư của cơ quan tài phán là trụ cột của quyền được xét xử công bằng<sup>23</sup>. Về nguyên tắc, yêu cầu “độc lập” đòi hỏi cơ quan tài phán không chịu sự tác động trực tiếp hay gián tiếp từ phía cơ quan hành pháp, lập pháp, các bên trong vụ kiện hoặc từ bên thứ ba, như truyền thông, công chúng. Yêu cầu “vô tư” liên hệ mật thiết với nguyên tắc bình đẳng trước tòa án với hàm ý rằng, mọi người đều được đối xử như nhau. Điều này đòi hỏi cán bộ tư pháp khi thực thi thẩm quyền của mình không được thể hiện định kiến cá nhân gây bất lợi cho các bên trong vụ việc. Hai yêu cầu này có giá trị áp dụng cả với thẩm phán và bồi thẩm đoàn khi xét xử vụ việc. Mặc dù khía cạnh “độc lập” và “vô tư” có cách hiểu không giống nhau và vì vậy dẫn tới hệ quả khác nhau, nhưng cả HRC và ECtHR thường giải quyết cả hai với sự liên hệ mật thiết<sup>24</sup>. Tính độc lập được thể hiện ở ba khía cạnh:

*Thứ nhất, về việc bổ nhiệm cán bộ tư pháp;* lưu ý, việc cơ quan hành pháp bổ nhiệm thẩm phán chưa chắc đã vi phạm nguyên tắc độc lập. Trong vụ *Campbell and Fell v. the UK*, một đại diện trong Hội đồng đặc xá được bổ nhiệm bởi Bộ Nội vụ Anh không vi phạm nguyên tắc độc lập. ECtHR kết luận nguyên tắc độc lập vẫn được bảo đảm sau khi cân nhắc thực tế các thành viên của Hội đồng này không chịu sự chỉ đạo của Bộ trưởng Bộ Nội vụ khi ra quyết định<sup>25</sup>.

*Thứ hai, về nhiệm kỳ của thẩm phán;* họ không nhất thiết phải được bổ nhiệm

theo nhiệm kỳ suốt đời<sup>26</sup>. Dù vậy, nhằm bảo đảm mức độ độc lập nhất định trong công tác, thẩm phán không nên lo lắng rằng phán quyết của họ có thể ảnh hưởng tiêu cực tới công việc<sup>27</sup>. Việc xem xét bảo đảm này còn liên quan tới các quy định pháp luật về thăng chức, tiền lương, lương hưu, thuyên chuyển, đình chỉ hoặc chấm dứt công tác. HRC giải thích việc cơ quan hành pháp sa thải một thẩm phán khi chưa hết nhiệm kỳ chỉ nên là ngoại lệ trong trường hợp “vi phạm nghiêm trọng đạo đức nghề nghiệp, thiếu năng lực, và phải phù hợp với quy trình công bằng bảo đảm tính khách quan và vô tư theo Hiến pháp hoặc pháp luật khác”<sup>28</sup>.

*Thứ ba, bảo đảm cần thiết đối với cơ quan tài phán và các thành phần liên quan khởi tác động bên ngoài.* HRC giải thích ở khía cạnh này chức năng và thẩm quyền của hệ thống tư pháp và hành pháp phải được phân biệt rạch ròi. Trường hợp cơ quan hành pháp có khả năng kiểm soát hoặc chỉ đạo cơ quan tư pháp là không phù hợp với yêu cầu độc lập<sup>29</sup>. Nguyên tắc và quy trình phân công xét xử vụ việc giữa các thẩm phán là một ví dụ nhằm ngăn ngừa sự tác động bên ngoài.

<sup>26</sup> *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* [1981] ECHR 3, đoạn 26, 57.

<sup>27</sup> *Campbell and Fell v. the United Kingdom* [1984] ECHR 8, đoạn 80.

<sup>28</sup> HRC, CCPR General Comment 32 (2007), đoạn 20; *Pastukhov v. Belarus*, HRC Communication 814/1998, UN Doc CCPR/C/78/D/814/1998 (2003), đoạn 7.3; *Mundy Busyo et al. v. Democratic Republic of Congo*, HRC Communication 933/2000, CCPR/C/78/D/933/2000 (2003), đoạn 5.2; *Bandaranayake v. Sri Lanka*, HRC Communication 1376/2005, CCPR/C/93/D/1376/2005 (2008), đoạn 7.3.

<sup>29</sup> HRC, CCPR General Comment 32 (2007), đoạn 19; HRC, Concluding Observations: Slovakia, UN Doc CCPR/C/79/Add.79 (1997), đoạn 18; *Kadubec v. Slovakia* [1998] ECHR 81, đoạn 56–57.

<sup>23</sup> *Delcourt v. Belgium* [1970] ECHR 1, đoạn 25; *De Cubber v. Belgium* [1984] ECHR 14, đoạn 30.

<sup>24</sup> *Grievies v. the United Kingdom* [2003] ECHR 688, đoạn 69.

<sup>25</sup> *Campbell and Fell v. the United Kingdom* [1984] ECHR 8, đoạn 79.

Tính vô tư của cơ quan tài phán là cơ sở xây dựng niềm tin của công chúng vào thiết chế công quyền. Yêu cầu “vô tư” có hai phương diện: Chủ quan và khách quan. Phương diện chủ quan đòi hỏi các thẩm phán không được để định kiến cá nhân ảnh hưởng tới quyết định của mình. Về nguyên tắc, cơ quan tài phán được mặc định là vô tư trừ trường hợp có chứng cứ chứng minh điều ngược lại<sup>30</sup>. Trong vụ *Lavents v. Latvia*, thẩm phán đã đưa ra những bình luận với truyền thông trước khi xét xử hàm ý về khả năng bị cáo có tội, nhưng không nhắc tới khả năng vô tội hoàn toàn. Điều này có thể bị coi là định kiến cá nhân hay định kiến trước vụ việc, do đó vi phạm yêu cầu “vô tư”<sup>31</sup>. Nhìn chung, cả HRC và ECtHR đều không khuyến khích cơ quan tài phán tham gia trả lời truyền thông khi đang thi hành nhiệm vụ xét xử<sup>32</sup>, bởi những hành vi như vậy có thể gây ảnh hưởng tới quyền suy đoán vô tội của bị can, bị cáo trong vụ việc.

Phương diện khách quan đòi hỏi phải có những bảo đảm cần thiết để ngăn ngừa sự xung đột lợi ích trong cơ quan tư pháp khi xét xử. Một mặt, quốc gia có nghĩa vụ ngăn ngừa xung đột lợi ích trong hệ thống tư pháp thông qua quy định pháp luật. Mặt khác, thẩm phán có trách nhiệm đề nghị thay đổi người tiến hành xét xử vụ việc nếu như có nguy cơ xung đột lợi ích với bản

thân<sup>33</sup>. Bên cạnh đó, việc thẩm phán đảm nhận nhiều vị trí khác nhau trong cùng một vụ việc có thể gây ảnh hưởng tới tính vô tư, khách quan của toà án. Ví dụ, ECtHR đã kết luận Điều 6(1) ECHR bị vi phạm trong vụ *Piersack v. Belgium* khi thẩm phán xét xử vụ án hình sự cũng đồng thời là công tố viên trưởng phụ trách truy tố vụ việc này<sup>34</sup>.

Nguyên tắc độc lập và vô tư không chỉ áp dụng đối với thẩm phán, mà còn mở rộng với bồi thẩm đoàn<sup>35</sup>. Trong bình luận chung, HRC đã viện dẫn tới án lệ xét xử bởi Ủy ban Chống phân biệt chủng tộc (CERD) làm ví dụ cho sự bất công khi một bồi thẩm thể hiện thái độ phân biệt sắc tộc, nhưng lại được thẩm phán xét xử vụ việc đó bỏ qua<sup>36</sup>. Tương tự, trong vụ *Saunder v. the UK.*, hai bồi thẩm đã nói đùa châm chọc bị cáo ở ngoài phòng xử án, dẫn tới một bồi thẩm khác lo lắng nguy cơ hai bồi thẩm này sẽ kết tội bị cáo vì sắc tộc của người này chứ không dựa trên chứng cứ trong vụ án. ECtHR cho rằng, việc đùa giỡn như vậy không phải là chuyện nhỏ, đặc biệt liên quan tới vụ án đang được xét xử. Mặc dù, thẩm phán sau đó đã định hướng lại và bảo đảm những bồi thẩm này sẽ không thiên vị và định kiến khi ra phán quyết cuối cùng, nhưng ECtHR vẫn cho rằng, biện pháp như vậy chưa đủ quyết liệt bởi định kiến không thể thay đổi ngay lập tức, và vì vậy, thẩm phán phải có biện pháp mạnh mẽ hơn nhằm

<sup>30</sup> *Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium* [1981] ECHR 3, đoạn 58; *Campbell and Fell v. the United Kingdom* [1984] ECHR 8, đoạn 84; *Hauschildt v. Denmark* [1989] ECHR 7, đoạn 47; *Padovani v. Italy* [1993] ECHR 12, đoạn 26; *Kyprianou v. Cyprus* [2005] ECHR 873, đoạn 119.

<sup>31</sup> *Lavents v. Latvia* [2002] ECHR 786, đoạn 119.

<sup>32</sup> *Kyprianou v. Cyprus* [2005] ECHR 873, đoạn 120; *Buscemi v. Italy* [1999] ECHR 70, đoạn 67.

<sup>33</sup> *Piersack v. Belgium* [1982] ECHR 6, đoạn 30; *Hauschildt v. Denmark* [1989] ECHR 7, đoạn 48.

<sup>34</sup> Như trên.

<sup>35</sup> *Holm v. Sweden* [1993] ECHR 58, đoạn 33–34; *Remli v. France* [1996] ECHR 18, đoạn 46; *Collins v. Jamaica*, HRC Communication 240/1987, UN Doc CCPR/C/43/D/240/1987 (1991), đoạn 8.4.

<sup>36</sup> *Narrainen v. Norway*, CERD Communication 3/1991, UN Doc CERD/C/44/D/3/1991 (1994), đoạn 9.3.

bảo đảm tính vô tư, không thiên vị trong phiên toà xét xử, kể cả việc tước tư cách của bồi thẩm<sup>37</sup>.

Lưu ý rằng, trong tình trạng khẩn cấp quốc gia, quyền được xét xử công bằng có thể bị giới hạn hoặc tạm đình chỉ theo các điều kiện được nêu ra tại Điều 4 ICCPR và Điều 15 ECHR. Tuy nhiên, HRC vẫn khẳng định việc khước từ một số quyền trong nhóm quyền xét xử công bằng là không được phép kể cả trong tình trạng khẩn cấp quốc gia, bởi vì “nguyên tắc pháp luật và pháp quyền đòi hỏi phải bảo đảm phiên toà được diễn ra công bằng kể cả trong tình huống nguy cấp”<sup>38</sup>. Trong đó, quyền được xét xử bởi toà án hay cơ quan tài phán “có thẩm quyền, độc lập và vô tư” là quyền tuyệt đối và không thể bị giới hạn hay tạm đình chỉ vì bất kì lý do nào<sup>39</sup>.

#### 2.4. Quyền được xét xử công khai

Việc xét xử công khai có sự chứng kiến của công chúng nhằm bảo đảm tính minh bạch và liêm chính của hệ thống tư pháp, đồng thời ngăn ngừa nguy cơ lạm quyền trong quá trình xét xử. Quyền này cho phép công chúng cũng như các bên trong vụ kiện có thể tham dự toàn bộ quá trình xét xử. Sự hiện diện của công chúng có tác động nhất định tới thẩm phán và cơ quan công tố, buộc họ phải hành xử một cách khách quan và chuyên nghiệp; đồng thời, cũng là một cách ủng hộ nhân chứng và các bên nói lên sự thật, từ đó duy trì niềm tin của công chúng vào việc thực thi công lý<sup>40</sup>.

Toà án có trách nhiệm cung cấp thông tin tới công chúng liên quan tới thời gian và địa điểm diễn ra quá trình tranh tụng<sup>41</sup>. Thông thường, địa điểm xét xử cần phải dễ dàng để công chúng tiếp cận. Trong vụ *Hummatov v. Azerbaijan*, ECtHR nhận định rằng, việc tổ chức phiên toà nằm ngoài phạm vi toà án thông thường, như ở nhà tù (trong vụ việc), dẫn tới việc công chúng không có khả năng tiếp cận. Trong trường hợp như vậy, quốc gia có nghĩa vụ phải thực hiện các biện pháp khắc phục nhằm bảo đảm công chúng và truyền thông được thông tin kịp thời về địa điểm và có thể tiếp cận phiên xét xử. Việc quốc gia không cung cấp phương tiện công cộng tới địa điểm xét xử làm hạn chế những người có mong muốn tham dự, và vì vậy vi phạm nghĩa vụ theo Điều 6(1) ECHR<sup>42</sup>. Bên cạnh đó, không gian phòng xử án cũng phải được sắp xếp hợp lý, tạo điều kiện cho người dân tới tham dự. Trong vụ *Marinich v. Belarus*, HRC tuyên Điều 14(1) ICCPR bị vi phạm do phòng xử án chỉ có sức chứa 12 người, là quá nhỏ đối với một vụ án nhận được nhiều sự quan tâm của công chúng<sup>43</sup>. Cùng với đó, việc đại diện của một số đảng phái chính trị và các tổ chức phi chính phủ không được

<sup>37</sup> *Sander v. the United Kingdom* [2000] ECHR, đoạn 26, 29, 30, 32.

<sup>38</sup> HRC, CCPR General Comment 32 (2007).

<sup>39</sup> *Gonzalez del Rio v. Peru*, HRC Communication 263/1987, đoạn 5.2.

<sup>40</sup> ODIHR (OSCE, 2012), tr. 78; *Werner v. Austria* [1997] ECHR 92, đoạn 45; *Lawless v. Ireland* (No

1) [1960] ECHR 1, tr. 13; *Golder v. the United Kingdom* [1975] ECHR 1, đoạn 36; *Axen v. Germany* [1983] ECHR 14, đoạn 25; *Diennet v. France* [1995] ECHR 28, đoạn 33; *Hummatov v. Azerbaijan* [2007] ECHR 1026, đoạn 140; *Schlumpf v. Switzerland* [2009] ECHR 36; *Riepan v. Austria* [2000] ECHR 575, đoạn 27.

<sup>41</sup> *Van Meurs v. the Netherlands*, HRC Communication 215/1986, UN Doc CCPR/C/39/D/215/1986 (1990), đoạn 6.2; *Hummatov v. Azerbaijan* [2007] ECHR 1026, đoạn 144.

<sup>42</sup> *Hummatov v. Azerbaijan* [2007] ECHR 1026, đoạn 140–152.

<sup>43</sup> *Marinich v. Belarus*, HRC Communication 1502/2006, UN Doc CCPR/C/99/D/1502/2006 (2010), đoạn 10.5.

tham dự sẽ không bảo đảm tính công khai trong xét xử<sup>44</sup>.

Quyền được xét xử công khai có thể giới hạn nhưng phải hướng tới mục tiêu chính đáng, dựa trên cơ sở cần thiết, tương xứng với mục tiêu đề ra. Các mục tiêu đó gồm: An ninh quốc gia, trật tự xã hội, đạo đức, bảo vệ đời sống riêng tư của cá nhân khác, bảo vệ tính khách quan của cơ quan tư pháp.

Trong vụ *T v. the UK* liên quan tới việc xét xử tội phạm vị thành niên bị cáo buộc giết trẻ sơ sinh làm xôn xao dư luận, thu hút nhiều sự chú ý của truyền thông và công chúng, ECtHR cho rằng, cần thiết phải tiến hành việc xét xử theo hướng hạn chế áp lực, đe dọa đối với bị cáo nhiều nhất có thể<sup>45</sup>. Đồng thời, ECtHR bày tỏ ý kiến đồng tình với việc xét xử tội phạm chưa thành niên tại toà án chuyên biệt, hạn chế sự tham gia của công chúng và truyền thông<sup>46</sup>.

### 2.5. Quyền suy đoán vô tội và không tự buộc tội bản thân

Khi bị truy tố về một tội danh, một nguyên tắc lâu đời trong hệ thống tố tụng tranh tụng là mọi người đều có quyền được suy đoán vô tội cho đến khi bị chứng minh là có tội theo quy định pháp luật. Quyền này đồng thời cũng là nguyên tắc có giá trị áp dụng xuyên suốt toàn bộ quá trình tố tụng hình sự, bất kể kết quả của phán quyết sau này<sup>47</sup>. Trong một số trường hợp đặc biệt, nguyên tắc này áp dụng trước khi có quyết định khởi tố vụ việc, bị can. Bộ nguyên tắc

bảo vệ mọi cá nhân khỏi bất kì hình thức giam giữ hay cầm tù của Liên hợp quốc ghi nhận: “Người nào bị *ngghi ngờ* hoặc *cáo buộc* phạm tội hình sự sẽ được suy đoán vô tội...”. Như vậy, nó có thể phát sinh ngay từ giai đoạn điều tra, khi một cá nhân bị bắt và tạm giam tại cơ quan điều tra và đang chờ quyết định khởi tố vụ việc<sup>48</sup>.

Đây là nguyên tắc nền tảng để bảo vệ quyền con người, liên hệ mật thiết với quyền được xét xử bởi cơ quan tài phán độc lập và vô tư. Theo đó, để bảo đảm quyền suy đoán vô tội, toà án không được kết luận trước một vụ việc mà không trải qua các thủ tục công bằng cần thiết. ECtHR đã khẳng định rằng, thành viên của toà án không được phép có định kiến về việc bị cáo phạm tội bởi điều này ảnh hưởng tới tính vô tư khi đưa ra phán quyết cuối cùng<sup>49</sup>.

Ngoài ra, nghi phạm không có nghĩa vụ chứng minh sự vô tội của mình, nghĩa vụ chứng minh tội phạm thuộc trách nhiệm của các cơ quan tiến hành tố tụng. Mọi nghi ngờ trong quá trình chứng minh tội phạm nêu không được loại trừ theo trình tự, thủ tục luật định thì phải được giải thích có lợi cho nghi phạm. Cá nhân sẽ không bị kết tội nếu như cáo buộc không được chứng minh vượt qua mức nghi ngờ hợp lý.

Một trong những bảo đảm về quyền suy đoán vô tội được thể hiện thông qua hình thức đối xử với nghi phạm trong vụ án hình sự. Các cơ quan nhân quyền quốc tế nhận định rằng, việc bị còng tay hay cách ly ở khu vực lồng sắt trong quá trình xét xử tại toà tạo ra tâm lý đối xử như với người

<sup>44</sup> Như trên, đoạn 2.16, 10.5.

<sup>45</sup> *T. v. the United Kingdom* [1999] ECHR 170, đoạn 85.

<sup>46</sup> Như trên, đoạn 28–29; xem thêm *S. C. v. the United Kingdom* [2004] ECHR 263.

<sup>47</sup> *Matijašević v. Serbia* [2006] ECHR 1161, đoạn 49; *Garycki v. Poland* [2007] ECHR 112, đoạn 72.

<sup>48</sup> *Allenet de Ribemont v. France* [1995] ECHR 112, đoạn 37.

<sup>49</sup> *Barberá, Messegué and Jabardo v. Spain* [1998] ECHR 25, đoạn 77.

có tội, dẫn tới vi phạm nguyên tắc suy đoán vô tội. Ngoài ra, báo chí cũng cần hạn chế đưa thông tin ảnh hưởng tới việc suy đoán vô tội.

Bên cạnh đó, quyền suy đoán vô tội còn được diễn giải bao hàm quyền im lặng<sup>50</sup>. Quyền này có hiệu lực cả trong giai đoạn thẩm vấn trước phiên tòa và trong phiên tòa. Việc thực hiện quyền im lặng được chia làm hai giai đoạn: Giai đoạn trước khi xét xử và quyền im lặng trong phiên tòa. Sở dĩ phải phân loại như vậy vì mức độ đảm bảo quyền ở hai giai đoạn này khác nhau. Trong giai đoạn điều tra, nghi can thường rất yếu thế và dễ bị tổn thương, quyền dễ bị xâm phạm nên quyền im lặng cần được đảm bảo ở mức độ cao. Khi đó, quyền im lặng thường bị ràng buộc với việc đảm bảo quyền được thông báo về vụ án, quyền của mình và quyền có luật sư. Tại phiên tòa, quyền im lặng được bảo vệ thấp hơn ở giai đoạn trước do có sự đại diện của luật sư, tính dễ bị tổn thương thấp hơn và tính công khai, minh bạch của phiên xét xử. HRC và ECtHR đều khẳng định quyền im lặng là thành tố của quyền xét xử công bằng<sup>51</sup>.

Một số quốc gia cho phép cơ quan tố tụng đưa ra những suy luận bất lợi đối với người từ chối đưa ra lời khai và điều này là một cách đánh giá chứng cứ mà không nhất thiết vi phạm quyền xét xử công bằng<sup>52</sup>. Suy đoán bất lợi có thể được áp dụng khi có

chứng cứ cho rằng bị can không đưa ra hoặc từ chối đưa ra lời khai về các thông tin thực tế, trong khi bị can hoàn toàn có thể biết được những thông tin này và những thông tin đó liên quan đến việc bào chữa của bị can. Suy đoán bất lợi không được áp dụng cho người dưới 18 tuổi hoặc người không có khả năng hiểu bản chất và hậu quả của lời cảnh báo. Dù vậy, suy đoán bất lợi từ việc im lặng không được phép sử dụng là chứng cứ kết tội duy nhất. Nói khác đi, sự im lặng phải đi kèm với những chứng cứ xác đáng khác thì mới đủ sức thuyết phục để có thể kết tội một cá nhân.

Ngoài ra, quyền im lặng không phải là quyền tuyệt đối và có thể bị giới hạn trong một số trường hợp nhất định. Ở nhiều nước, sự hạn chế ở mức độ cao được áp dụng đối với các vi phạm ít nghiêm trọng hay các tội phạm nghiêm trọng đặc biệt (khủng bố, ma túy, tội phạm có tổ chức)<sup>53</sup>.

## 2.6. Quyền bình đẳng về phương tiện (*equality of arms*)

Tranh tụng trong tố tụng hình sự thực chất là quá trình vận động tác động qua lại giữa hai chức năng cơ bản của tố tụng hình sự: Buộc tội và bào chữa. Chủ thể thực hiện các chức năng tố tụng này được tạo điều kiện bình đẳng về quyền với nhau<sup>54</sup>, chẳng hạn như việc bày tỏ ý kiến và bảo vệ ý kiến của mình trong toàn bộ quá trình giải quyết vụ án, quyền tiếp cận toàn bộ chứng cứ, tài liệu nắm giữ bởi cơ quan công tố, gọi nhân chứng và chất vấn nhân chứng của phía đối phương...

Đây là những bảo đảm về thủ tục áp dụng đối với tất cả các bên trong vụ việc tạo cơ hội công bằng cho các bên trình bày

<sup>50</sup> Xem thêm Bùi Tiến Đạt (2015), *Quyền giả định vô tội và quyền im lặng: Lý thuyết và thách thức từ thực tiễn*, Tạp chí Nghiên cứu lập pháp, số 22 (302), tr. 3-11.

<sup>51</sup> HRC Concluding Observations: France, UN Doc. CCPR/C/FRA/CO/4 (2008) đoạn 14; HRC Concluding Observations: Algeria, UN Doc. CCPR/C/DZA/CO/3 (2007) đoạn 18; *Murray v. United Kingdom* [1996] 22 ECHR, đoạn 29, 47-58.

<sup>52</sup> Bùi Tiến Đạt (2015), *ltdđ*, tr. 9-11.

<sup>53</sup> Như trên.

<sup>54</sup> *Airey v. Ireland* [1981] ECHR 1.

quan điểm của mình mà không bị đặt vào tình huống bất lợi hơn so với đối phương. Cả HRC và ECtHR đều khẳng định quyền này áp dụng trong các vụ việc dân sự và hình sự, tuy nhiên, tầm quan trọng của quyền này trong lĩnh vực hình sự lớn hơn bởi mối quan hệ hình sự thường phản ánh sự bất bình đẳng giữa một bên là đại diện chủ thể quyền lực công (bên công tố) và bên kia là chủ thể phi nhà nước.

Điều 14 ICCPR và Điều 6 ECHR còn quy định một số bảo đảm công bằng tối thiểu khác, gồm:

*Quyền được thông báo không chậm trễ và chi tiết bằng một ngôn ngữ mà người đó hiểu về bản chất cũng như lý do buộc tội mình.* Việc thông báo có thể được thực hiện qua lời nói và bằng văn bản, trong đó nêu rõ hành vi vi phạm và quy định pháp luật liên quan mà cáo buộc được đưa ra. Trong trường hợp xét xử vắng mặt, Điều 14(3) đòi hỏi phải thông tin đầy đủ tới người bị cáo buộc về cáo buộc, quá trình xét xử và bản án<sup>55</sup>.

*Quyền có đủ thời gian và điều kiện thuận lợi để chuẩn bị bào chữa và liên hệ với người bào chữa do chính mình lựa chọn.* Đây là yêu cầu quan trọng trong bảo đảm quyền bình đẳng giữa các bên trong hoạt động tranh tụng. Quốc gia có nghĩa vụ bảo đảm quyền bào chữa của bị can, bị cáo kể cả trong trường hợp họ không thể tự mời người đại diện cho mình, đồng thời phải có người phiên dịch nếu như bị can, bị cáo không thể sử dụng ngôn ngữ thông thường<sup>56</sup>.

ICCPR sử dụng thuật ngữ “thời gian

thích hợp” (*adequate time*) để tạo sự linh hoạt cho quốc gia khi thi hành và cho chính bản thân HRC khi giải nghĩa trong từng vụ việc cụ thể. Trong trường hợp bên đại diện cho người bị cáo buộc nhận thấy thời gian chuẩn bị chưa đủ thì sẽ có quyền yêu cầu tạm hoãn phiên xét xử để tiếp tục chuẩn bị<sup>57</sup>.

“Điều kiện thuận lợi” (*adequate facilities*) bao hàm cả việc tiếp cận toàn bộ tài liệu và chứng cứ (gồm cả bằng chứng chống lại hoặc có lợi cho người bị cáo buộc) liên quan trong vụ án mà bên công tố nắm giữ.

Người bị cáo buộc có quyền liên hệ với người bào chữa nhanh chóng và kịp thời. Người bào chữa có thể gặp gỡ kín hoặc trong điều kiện bảo đảm tính riêng tư nhất định<sup>58</sup>. Người bào chữa cần được tạo điều kiện để đại diện và bảo vệ tốt nhất quyền lợi của thân chủ mình, bảo đảm phù hợp với các nguyên tắc, đạo đức nghề nghiệp, không chịu tác động, áp lực phi lý từ bất kỳ ai.

*Quyền được xét xử mà không bị trì hoãn vô lý, bao gồm cả khía cạnh nhận được phán quyết cuối cùng mà không bị trì hoãn vô lý.* Quyền này nhằm tránh tình trạng buộc người bị buộc tội phải chờ đợi trong hoàn cảnh bấp bênh, lo lắng quá lâu; đồng thời nếu như họ bị tạm giam, quyền này cũng góp phần bảo đảm việc tước đoạt tự do không kéo dài quá mức cần thiết trong vụ việc cụ thể. Tính “hợp lý” cần được đánh

<sup>55</sup> *Mbenge v. Zaire*, HRC Communication 16/1977, đoạn 14.1

<sup>56</sup> *Harward v. Norway*, HRC Communication 451/1991, đoạn 9.5.

<sup>57</sup> *Morais v. Angola*, HRC Communication 1128/2002, đoạn 5.6; *Wright v. Jamaica*, HRC Communication 349/1989, đoạn 8.4.

<sup>58</sup> *Khomidova v. Tajikistan*, HRC Communication 1117/2002, đoạn 6.4; *Siragev v. Uzbekistan*, HRC Communication 907/2000, đoạn 6.3; *Gridin v. Russian Federation*, HRC Communication 770/1997, đoạn 8.5.

giá dựa trên từng vụ việc<sup>59</sup>, cân nhắc tính chất phức tạp của vụ án, hành vi của người bị cáo buộc... Trường hợp bị từ chối bảo lãnh thì phiên tòa phải được tổ chức nhanh chóng nhất có thể<sup>60</sup>.

*Quyền được có mặt trong khi xét xử:* Việc xét xử vắng mặt chỉ được phép trong một số trường hợp đặc biệt, ví dụ như bị cáo từ chối tham gia phiên tòa xét xử, và khi mọi thủ tục thông tin đối với người này đã được bảo đảm trước đó.

*Quyền tự bào chữa hoặc thông qua sự trợ giúp pháp lý theo sự lựa chọn của mình; được thông báo về quyền này nếu chưa có sự trợ giúp pháp lý; được nhận sự trợ giúp pháp lý theo chỉ định nhằm bảo đảm công lý và không phải trả tiền cho sự trợ giúp đó nếu không có đủ điều kiện trả.*

Người bị cáo buộc có thể tự đứng ra bào chữa trong vụ kiện của mình hoặc lựa chọn luật sư đại diện cho mình. Tuy nhiên, quyền này cũng có giới hạn của nó. “*Đảm bảo công lý*” có thể là lý do để chỉ định luật sư trái với mong muốn của người bị cáo buộc, chẳng hạn như vì lý do người đó cản trở việc tiến hành xét xử, hoặc cần thiết phải bảo vệ nhân chứng khỏi sự đe dọa từ phía luật sư theo lựa chọn ban đầu.

Bên cạnh đó, người bị cáo buộc còn có quyền được trợ giúp pháp lý miễn phí nếu

<sup>59</sup> Ví dụ như *Sextus v. Trinidad and Tobago*, HRC Communication 818/1998, đoạn 7.2 về việc trì hoãn xét xử kéo dài 22 tháng đối với tội có mức hình phạt tử hình, nhưng tòa lại không có lý do lý giải sự trì hoãn đó; *Kelly v. Jamaica*, HRC Communication 537/1993, đoạn 5.11, việc trì hoãn kéo dài 18 tháng tính từ lúc khởi tố cho đến khi bắt đầu xét xử, nhưng không vi phạm Điều 14 ICCPR; *Siewpersaud, Sukhrum, and Persaud v. Trinidad and Tobago*, HRC Communication 938/2000, đoạn 6.2, tổng thời gian xét xử vụ án là gần 5 năm, nhưng quốc gia không đưa ra được lý do giải thích sự chậm trễ này.

<sup>60</sup> *Sextus v. Trinidad and Tobago*, Communication 818/1998, đoạn 7.2.

nếu họ không thể chi trả và trong trường hợp “*đảm bảo công lý*”. Trong vụ án liên quan tới án tử hình, người bị buộc tội phải luôn được nhận sự trợ giúp bởi luật sư trong mọi giai đoạn tố tụng. Nghĩa vụ của quốc gia đối với Điều 14 ICCPR cũng có thể bị vi phạm nếu như trường hợp luật sư chỉ định có hành vi trái với đạo đức, năng lực nghề nghiệp<sup>61</sup>.

*Quyền được thẩm vấn hoặc yêu cầu thẩm vấn những nhân chứng buộc tội mình, và được mời người làm chứng gỡ tội cho mình tới phiên tòa và thẩm vấn họ tại tòa với những điều kiện tương tự như đối với những người làm chứng buộc tội mình.* Đây là bảo đảm pháp lý quan trọng trong quyền bào chữa của người bị buộc tội, cân bằng “*cuộc chơi*” về thẩm quyền với bên công tố trong việc đối chất nhân chứng. Trong vụ *Unterperinger v. Austria*, nguyên đơn cho rằng, mình bị buộc tội dựa trên lời khai của vợ cũ và con gái rượu của mình, nhưng lại từ chối xuất hiện trước tòa. ECtHR tuyên rằng, quyền được xét xử công bằng đã bị vi phạm vì nguyên đơn bị kết tội dựa trên lời khai của nhân chứng mà người đó không có cơ hội để đối chất trong bất kỳ giai đoạn xét xử nào<sup>62</sup>.

*Quyền được có phiên dịch miễn phí nếu không hiểu hoặc không nói được ngôn ngữ sử dụng trong phiên tòa.* Quyền này không tồn tại trong trường hợp người bị cáo buộc có đủ khả năng hiểu và sử dụng ngôn ngữ dùng tại tòa để bảo vệ hữu hiệu quyền lợi của mình<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> *Kelly v. Jamaica*, HRC Communication 253/1987, đoạn 9.5; *Hendricks v. Guyana*, HRC Communication 838/1998, đoạn 6.4.

<sup>62</sup> *Unterperinger v. Austria* [1986] ECHR 15, đoạn 28.

<sup>63</sup> *Guesdon v. France*, HRC Communication 219/1986, đoạn 10.2.

### 2.7. Các quyền con người khác trong xét xử công bằng

*Quyền kháng cáo bản án hình sự:* Điều 14(5) ICCPR và Điều 2 Nghị định thư số 7 bổ sung ECHR bảo đảm người bị kết tội có quyền đề nghị xem xét lại bản án hình sự bởi một cơ quan tài phán có thẩm quyền cao hơn. Quyền này nhằm hạn chế những sai lầm của các cơ quan tiến hành tố tụng cấp dưới có thể gây thiệt hại đến quyền lợi chính đáng của các đương sự. Quốc gia có nghĩa vụ lập pháp liên quan tới quyền kháng cáo bản án hình sự. Cụ thể, quyền này cũng như trình tự, thủ tục của nó phải được ghi nhận trong pháp luật. Đối với phiên tòa phúc thẩm, mọi nguyên tắc và bảo đảm xét xử công bằng đều được áp dụng tương tự như cấp độ sơ thẩm.

*Quyền không bị kết án hai lần về cùng một hành vi phạm tội:* Đây cũng là nguyên tắc trong hoạt động tố tụng hình sự nói chung. Theo đó, Điều 14(7) ICCPR quy định rằng không ai bị xét xử hoặc trừng phạt hai lần về một tội danh mà họ đã bị kết án hoặc trắng án phù hợp với pháp luật và tố tụng hình sự của mỗi quốc gia. Điều 14(7) ICCPR không hạn chế việc xét xử lại người vắng mặt trong phiên tòa kết án. Quyền này không áp dụng trong trường hợp xét lại bản án hình sự theo trình tự giám đốc thẩm hoặc tái thẩm<sup>64</sup>.

Tuy nhiên, pháp luật quốc tế không cấm việc tòa án của hai hay nhiều quốc gia xét xử một người về cùng một hành vi tội phạm<sup>65</sup>. Trong vụ *A.P. v. Italy*, nguyên đơn bị xét xử hai lần về hành vi mua bán ngoại

tệ trái phép bởi tòa án của Thụy Sĩ và Italy. Mặc dù, luật quốc tế không cấm việc quốc gia thực hiện chủ quyền của mình đối với công dân, đặc biệt trong các vấn đề hình sự, nhưng HRC vẫn khuyến khích các quốc gia không nên xét xử lại tội danh hình sự thông qua việc hợp tác tư pháp và ký kết thỏa thuận quốc tế<sup>66</sup>.

*Quyền không bị áp dụng pháp luật hồi tố:* Điều 15 ICCPR quy định không ai bị coi là phạm tội vì một hành động hoặc không hành động khi không cấu thành tội phạm theo pháp luật quốc gia hoặc pháp luật quốc tế tại thời điểm thực hiện hành vi đó. Đồng thời, không được áp dụng hình phạt nặng hơn hình phạt đã ấn định tại thời điểm hành vi phạm tội được thực hiện. Nếu sau khi xảy ra hành vi phạm tội mà luật pháp quy định hình phạt nhẹ hơn với hành vi đó, người phạm tội sẽ được hưởng mức hình phạt nhẹ hơn.

*Quyền được bồi thường trong trường hợp oan sai:* Theo Điều 14(6) ICCPR, bồi thường theo pháp luật phải được thực hiện đối với người đã bị kết án hình sự và gánh chịu hình phạt. Quyền này có mối liên hệ chặt chẽ với Điều 2(3) ICCPR, theo đó, người nào bị xâm phạm các quyền và tự do ghi nhận trong ICCPR đều nhận được các biện pháp khắc phục hiệu quả, cho dù sự xâm phạm này là do hành vi của những người thừa hành công vụ gây ra.

### 3. Kết luận và liên hệ với Việt Nam

Qua phân tích ở trên, có thể thấy đây thực chất là một nhóm các bảo đảm pháp lý về mặt thủ tục nhằm bảo đảm cá nhân được tiếp cận và đối xử bình đẳng trước pháp luật

<sup>64</sup> *Gerardus Strik v. The Netherlands*, HRC Communication 1001/2001, đoạn 7.3.

<sup>65</sup> *A.P. v. Italy*, HRC Communication 204/1986, đoạn 7.3.

<sup>66</sup> HRC, CCPR General Comment 32; xem thêm Điều 20 Quy chế Rome của Tòa án hình sự quốc tế.

và cơ quan tài phán của quốc gia sở tại. Những bảo đảm pháp lý này, đặc biệt trong lĩnh vực hình sự, xuất phát từ cơ sở mối quan hệ bất bình đẳng giữa một bên là công quyền nắm giữ nhiều nguồn lực hơn và bên kia là chủ thể phi nhà nước, thường bị coi là yếu thế hơn.

Tới nay, hầu hết các quốc gia trên thế giới đều thừa nhận quyền được xét xử công bằng; đúng quy trình. Đây còn là quyền hiến định tại nhiều quốc gia, nhằm bảo đảm giá trị và mức độ bảo hộ cao nhất đối với quyền con người này. Sự thừa nhận rộng rãi quyền này của hầu hết các quốc gia thể hiện *thực tiễn (practice)* và quan điểm cho rằng đây là quy phạm ràng buộc pháp lý (*opinio juris*) trong pháp luật quốc tế; quyền được xét xử công bằng tồn tại đồng thời dưới dạng quy phạm điều ước và dưới dạng quy phạm tập quán.

Nghiên cứu pháp luật quốc tế về quyền được xét xử công bằng cũng đặt ra một số gợi mở đối với Việt Nam, cụ thể:

*Thứ nhất*, cần tiếp tục hoàn thiện cơ chế bảo đảm tính độc lập của toà án Việt Nam. Đây là nguyên tắc bảo đảm sự liên chính của cơ quan tư pháp; đồng thời góp phần xây dựng niềm tin của công chúng vào pháp luật cũng như các thiết chế công quyền, tạo ra một xã hội pháp quyền. Độc lập toà án thể hiện ở nhiều phương diện trong đó quan trọng là mối quan hệ của toà án với các cơ quan khác trong bộ máy nhà nước. Cần xây dựng cơ chế giám sát, hạn chế tác động từ bên ngoài không đáng có tới các cơ quan tư pháp trong quá trình xét xử.

*Thứ hai*, mặc dù Bộ luật Tố tụng Hình sự năm 2015 của Việt Nam đã ghi nhận việc “bảo đảm tranh tụng tại phiên toà”, nhưng vẫn tồn tại ý kiến cho rằng cách tiếp cận

như vậy còn “dè dặt và thận trọng”<sup>67</sup>. Vì vậy, pháp luật cần phải có sự bổ sung nguyên tắc tranh tụng như một nguyên tắc cơ bản trong mô hình tố tụng hình sự ở Việt Nam. Ngoài ra, cần xác định rành mạch các chức năng tố tụng và tương ứng với đó là trách nhiệm các cơ quan tư pháp nhằm bảo đảm cho bên bào chữa bình đẳng với bên buộc tội.

*Thứ ba*, quyền suy đoán vô tội đã được ghi nhận trong pháp luật Việt Nam. Tuy nhiên, trên thực tế, quyền này thường đứng trước nguy cơ bị xâm hại bởi một bên là toà án do chưa thực sự vô tư và độc lập, bên còn lại là truyền thông, báo chí lạm dụng sự tự do của mình<sup>68</sup>. Chính vì vậy, cần phải có biện pháp bảo đảm quyền này của nghi phạm được tôn trọng triệt để, xử phạt nghiêm khắc những hành vi đi ngược lại nguyên tắc suy đoán vô tội. Bên cạnh đó, nhà làm luật Việt Nam cũng cần có sự nhìn nhận kỹ lưỡng về quyền im lặng và phạm vi áp dụng quyền này trong quá trình tố tụng đến đâu đối với từng chủ thể nhất định<sup>69</sup>.

*Thứ tư*, liên quan tới bình đẳng về phương tiện, việc có luật sư bào chữa là một yêu cầu rất quan trọng để “cân bằng cuộc chơi” với bên buộc tội. Bởi trong nhiều trường hợp, nghi phạm không có đủ khả năng nhận thức, hiểu biết để đối thoại một

<sup>67</sup> Đinh Thế Hưng, *Thực hiện nguyên tắc suy đoán vô tội trong tố tụng hình sự Việt Nam*, tham luận Hội thảo quốc tế ngày 5-6/9/2019 tại Hà Nội.

<sup>68</sup> Ý kiến thảo luận của một số học giả (Đinh Thế Hưng, Phạm Minh Tuyên) tại Hội thảo quốc tế ngày 5-6/9/2019 tại Hà Nội; xem thêm Nguyễn Thị Trường Giang, Nguyễn Thy Lê, *Một số biểu hiện vi phạm nguyên tắc suy đoán vô tội trên báo chí hiện nay*, đường dẫn: <http://noichinh.vn/nguyen-cuu-trao-doi/201802/mot-so-bieu-hien-vi-pham-nguyen-tac-su-y-doan-vo-toi-tren-bao-chi-hien-nay-303615/>, truy cập ngày 6/9/2019.

<sup>69</sup> Bùi Tiên Đạt (2015), tldd, tr. 11.

cách bình đẳng, đặc biệt trong quan hệ với cơ quan công quyền. Vì vậy, việc có luật sư bào chữa, trợ giúp pháp lý đối với người bị buộc tội cần phải là một quy tắc bắt buộc chung trong tất cả các vụ án hình sự mà không nên có sự hạn chế giới hạn khung hình phạt 20 năm tù trở lên như pháp luật hiện nay<sup>70</sup>. Đồng thời, cũng cần phải xem xét kỹ lưỡng quy định giá trị pháp lý của lời

---

<sup>70</sup> Đỗ Ngọc Thịnh, *Vai trò của luật sư, người bị buộc tội trong việc bảo đảm xét xử công bằng*, tham luận Hội thảo quốc tế ngày 5-6/9/2019 tại Hà Nội.

khai và biên bản hỏi cung của nghi phạm khi không có sự tham dự của luật sư, nhằm hạn chế trường hợp ép cung, mớm cung. Ngoài ra, quyền tiếp cận thân chủ của luật sư cũng cần được bảo đảm hơn trên thực tế; việc giám sát của cơ quan có thẩm quyền trong quá trình tiếp cận luật sư cũng cần bảo đảm sự riêng tư của các cuộc gặp gỡ<sup>71</sup>.

---

<sup>71</sup> Như trên.

---

**(Tiếp theo trang 46 – Thực tiễn sử dụng thủ tục trọng tài...)**

**Thứ hai**, Việt Nam cần tiếp tục củng cố đội ngũ chuyên gia pháp lý có kiến thức vững chắc không chỉ về giải quyết tranh chấp tại giai đoạn Ban hội thẩm và Cơ quan phúc thẩm, mà còn tại giai đoạn trọng tài thành lập theo Điều 22.6. Do chưa từng sử dụng cơ chế trọng tài theo Điều 22.6, Việt Nam có thể học tập kinh nghiệm từ những quốc gia đang phát triển như Brazil hay Mexico. Đồng thời, thủ tục trọng tài không chỉ liên quan đến các vấn đề pháp lý, mà còn liên quan đến cả vấn đề kinh tế, nên đội ngũ chuyên gia pháp lý cần có sự phối hợp với những chuyên gia kinh tế để đánh giá tác động của biện pháp vi phạm và ước tính mức độ trả đũa hợp lý.

**Thứ ba**, về vấn đề kinh phí, biện pháp trả đũa được xem là biện pháp tạm thời và được áp dụng cuối cùng nếu một bên không tuân thủ khuyến nghị và phán quyết của DSB. Như vậy, việc kéo dài vụ tranh chấp đến tận giai đoạn sử dụng trọng tài theo Điều 22.6 sẽ tốn khá nhiều kinh phí. Việt Nam nên có khoản ngân sách dự phòng

dành cho việc theo đuổi các vụ giải quyết tranh chấp và có chính sách huy động nguồn tài chính đóng góp từ các hiệp hội hay các doanh nghiệp, từ đó, nâng cao khả năng theo đuổi tới cùng một vụ kiện để bảo vệ quyền lợi của Việt Nam và của các chủ thể tư liên quan.

Như vậy, trả đũa là một cơ chế nhằm mục đích đảm bảo sự tuân thủ của các Thành viên WTO đối với các khuyến nghị đã được DSB thông qua. Có thể nhận thấy rằng, trả đũa là hành động sẽ tác động rất nhiều đến lợi ích kinh tế của các Thành viên bị áp dụng. Do vậy, một mức độ trả đũa hợp lý, cân bằng với thiệt hại phải gánh chịu cũng như sự tuân thủ đúng các trình tự, thủ tục theo quy định của DSU là rất cần thiết. Đối với Việt Nam, các phân tích nêu trên về thành lập theo Điều 22.6 sẽ giúp ích cho Việt Nam khi phải viện dẫn đến điều khoản này nhằm bảo vệ các quyền và lợi ích hợp pháp bị ảnh hưởng của mình trong tương lai.

# CÔNG ƯỚC CHỐNG TRA TẤN VÀ CÁC HÌNH THỨC TRỪNG PHẠT HAY ĐỐI XỬ TÀN ÁC, VÔ NHÂN ĐẠO HOẶC HẠ THẤP NHÂN PHẨM VÀ CÁC ĐỀ XUẤT HOÀN THIỆN PHÁP LUẬT VỀ TƯ PHÁP HÌNH SỰ CỦA VIỆT NAM

Lê Xuân Lục\*

**Tóm tắt:** Ngày 28/11/2014, Quốc hội Việt Nam đã phê chuẩn Công ước chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm của Liên hợp quốc. Do đó, việc nghiên cứu hoàn thiện pháp luật về tư pháp hình sự nhằm đảm bảo sự hài hòa, tương thích với Công ước này, từ đó bảo đảm tốt hơn quyền con người, quyền công dân là một yêu cầu cấp thiết trong giai đoạn hiện nay.

**Abstract:** On 28<sup>th</sup> November 2014, the National Assembly of Viet Nam ratified the United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. Hence, there is a pressing need for study to perfect the laws on criminal justice with a view to bring into harmony, in accordance with the Convention, thereby better safeguarding human rights and citizen's rights for the time being.

## 1. Đặt vấn đề

Công ước chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm của Liên hợp quốc (UNCAT) (sau đây gọi tắt là Công ước chống tra tấn) được thông qua ngày 10/12/1984; là một trong 9 công ước quốc tế cơ bản về quyền con người. Công ước chống tra tấn có hiệu lực từ ngày 26/6/1987 sau khi được phê chuẩn bởi 20 quốc gia. Đến nay, Công ước chống tra tấn đã có 169 quốc gia thành viên. Ngày 7/11/2013 Việt Nam đã ký Công ước này và được Quốc hội phê chuẩn ngày 28/11/2014. Với tư cách là thành viên của Công ước chống tra tấn, Việt Nam đã tích cực hoàn thiện pháp luật có liên quan đặc biệt là pháp luật về tư pháp hình sự như: Bộ luật Hình sự (BLHS), Bộ

luật Tố tụng Hình sự (BLTTHS), Luật Thi hành tạm giữ, tạm giam (THTGTG), Luật Thi hành án Hình sự (THAHS), Luật Tổ chức điều tra Hình sự (TCĐTHS)... nhằm đảm bảo sự hài hòa và tương thích với Công ước chống tra tấn.

Tuy nhiên, vấn đề tiếp tục hoàn thiện hệ thống pháp luật về tư pháp hình sự, nhằm đảm bảo sự tương thích, hài hòa và tính thống nhất của hệ thống pháp luật Việt Nam so với các quy định của Công ước chống tra tấn vẫn là một yêu cầu mang tính cấp thiết trong giai đoạn hiện nay.

## 2. Khái niệm “tra tấn” trong pháp luật quốc tế

Khái niệm “tra tấn” không chỉ được đề cập trong Công ước chống tra tấn của Liên hợp quốc, mà còn được quy định trong rất nhiều văn bản pháp lý quốc tế khác. Bởi lẽ, chống bị tra tấn và đối xử vô nhân đạo là

\* ThS., Trường Đại học Kiểm sát Hà Nội.

một quyền con người cơ bản đã được thể hiện trong Tuyên ngôn thế giới về nhân quyền năm 1948 và Công ước quốc tế về các quyền dân sự và chính trị năm 1966.

Tuy nhiên, thuật ngữ tra tấn được xem xét dưới góc độ chính trị đầu tiên khi Tổ chức Ân xá quốc tế đưa ra định nghĩa tra tấn khá rộng và đơn giản trong Báo cáo về tra tấn năm 1973 như sau: “Tra tấn là sự gây tổn hại có hệ thống và có chủ ý bởi người này đối với người khác, hoặc đối với người thứ ba, nhằm thực hiện mục đích của người tra tấn trái với ý muốn của người kia”<sup>1</sup>.

Định nghĩa trên về tra tấn nhằm bước đầu sử dụng cho các mục đích phòng ngừa khác nhau. Chính vì vậy, phạm vi của định nghĩa tra tấn tùy thuộc vào nội dung và mục đích của văn bản.

Ngày 10/12/1984, Liên hợp quốc đã thông qua Công ước chống tra tấn, đây là Công ước có tính chất cơ bản và đầy đủ nhất về tra tấn và chống tra tấn trong hệ thống pháp luật quốc tế.

Điều 1 của Công ước đưa ra định nghĩa: “Theo mục đích của Công ước này, thuật ngữ “tra tấn” có nghĩa là bất kỳ hành vi nào có ý gây đau đớn hoặc đau khổ nghiêm trọng về thể xác hay tinh thần cho một người, vì những mục đích như lấy thông tin hoặc lời thú tội từ người đó hay một người thứ ba, hoặc để trừng phạt người đó vì một hành vi mà người đó hay người thứ ba thực hiện hay bị nghi ngờ đã thực hiện, hoặc để đe dọa hay ép buộc người đó hay người thứ ba, hoặc vì bất kỳ một lý do nào khác dựa

trên sự phân biệt đối xử dưới mọi hình thức, khi nổi đau đớn và đau khổ đó do một công chức hay người nào khác hành động với tư cách chính thức gây ra, hay vì sự xúi giục, đồng tình hay ưng thuận của một công chức. Khái niệm tra tấn không bao gồm những đau đớn hoặc đau khổ xuất phát từ, gắn liền với hoặc có liên quan đến các biện pháp trừng phạt hợp pháp”.

Như vậy, qua việc phân tích định nghĩa về tra tấn được thể hiện trong Điều 1 của Công ước, chúng ta có thể xác định như sau:

- Về chủ quan: Hành vi tra tấn phải được thực hiện một cách cố ý.

- Về hành vi khách quan: Tra tấn được thực hiện dưới nhiều hình thức như sử dụng vũ lực tác động trực tiếp lên cơ thể con người: Đánh đập, đâm chém, dùng điện, để mặc cho đói, khát, cho ăn nhạt, tra hỏi dồn dập, dai dẳng dưới sức nóng của ngọn đèn cao áp giữa những ngày nóng, oi bức, bắt cởi quần áo trong trời giá rét hoặc bằng lời nói thô bạo tác động vào tâm lý, tinh thần, tình cảm làm cho một người đau đớn, khổ sở, nhục nhã về tinh thần khiến cho người đó hoặc người thứ ba sợ hãi, tinh thần suy sụp để lấy thông tin, tài liệu hoặc để bắt họ phải khai ra những gì không có thực, sai sự thật theo ý đồ của người thực hiện hành vi tra tấn hoặc để trừng phạt người đó vì những việc mà họ đã làm.

- Về mục đích: Hành vi tra tấn được thực hiện nhằm mục đích để lấy thông tin hoặc trừng phạt vì một việc mà người đó đã làm vì lý do công vụ. Như vậy, nếu như hành vi tra tấn được thực hiện để nhằm mục đích trả thù, gây đau đớn cho người khác mà không nhằm khai thác thông tin vì mục đích công vụ thì không thuộc phạm vi của khái niệm tra tấn theo Công ước. Hành vi

<sup>1</sup> The Amnesty International (1973), *Report on Torture*, London, <http://www.amnesty.org/ar/library/asset/POL10/001/1974/en/082dd4a928fe-4e8a-ac39-b076ba1dbd9e/pol100011974eng.pdf>, truy cập ngày 15/7/2019.

này sẽ bị xử lý ở các tội phạm khác nhau như: Tội giết người, tội cố ý gây thương tích, tội hành hạ người khác...

- *Về hậu quả*: Hành vi tra tấn phải gây đau đớn, khổ sở mức độ nghiêm trọng đối với tinh thần và thể xác, tâm lý của người bị tra tấn.

- *Về chủ thể*: Hành vi tra tấn phải được thực hiện bởi một nhân viên công quyền hoặc một người khác nhưng dưới sự đồng ý hoặc cho phép của một nhân viên công quyền. Dấu hiệu này cùng với dấu hiệu về mục đích là hai yếu tố quan trọng nhất trong việc xác định hành vi tra tấn theo Công ước chống tra tấn<sup>2</sup>.

- Về trường hợp loại trừ: Khái niệm tra tấn không bao gồm những đau đớn hoặc đau khổ xuất phát từ, gắn liền với hoặc có liên quan đến các biện pháp trừng phạt hợp pháp. Hiện nay, pháp luật của một số quốc gia trên thế giới vẫn còn quy định hình phạt tử hình với nhiều hình thức thi hành hình phạt này như bắn, tiêm thuốc độc, dùng ghế điện... Những trường hợp này được pháp luật cho phép và không thể bị coi là hành vi tra tấn.

Như vậy, có thể thấy, tra tấn được định nghĩa ở nhiều văn bản khác và tại nhiều thời điểm khác nhau, tuy nhiên tựu trung, những hành vi gây ra đau đớn chỉ được coi là tra tấn khi nó được thực hiện với mục đích và thẩm quyền nhất định.

### **3. Sự tương thích của pháp luật về tư pháp hình sự Việt Nam với Công ước chống tra tấn**

<sup>2</sup> Bộ Công an (2016), *Tài liệu tập huấn chuyên sâu Công ước của Liên hợp quốc về chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm*, Hà Nội.

Ngày 28/11/2014, Quốc hội nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam đã thông qua Nghị quyết số 83/2014/QH13 phê chuẩn Công ước chống tra tấn của Liên hợp quốc. Đồng thời, Thủ tướng Chính phủ đã ban hành Quyết định số 364/QĐ-TTg ngày 17/3/2015 về việc phê duyệt kế hoạch triển khai thực hiện Công ước chống tra tấn.

Việc hoàn thiện các quy định của hệ thống pháp luật nhằm tương thích với Công ước chống tra tấn là nghĩa vụ của các nước thành viên Công ước. Qua nghiên cứu hệ thống pháp luật về tư pháp hình sự của Việt Nam, có thể thấy những quy định có tính chất tương thích so với Công ước chống tra tấn được thể hiện trong các văn bản sau:

#### ***Thứ nhất, quy định trong BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017)***

Việc hình sự hóa đối với hành vi “tra tấn” là một yêu cầu của Công ước chống tra tấn đối với các quốc gia thành viên. Hiện nay, BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) của Việt Nam không quy định tội danh riêng và không đưa ra khái niệm “tra tấn”. Tuy nhiên, mọi hành vi có tính chất tra tấn được xác định là hành vi phạm tội, được quy định trong Tội dùng nhục hình, Tội bức cung, Tội mua chuộc hoặc cưỡng ép người khác khai báo gian dối, cung cấp tài liệu sai sự thật. Hành vi có tính chất tra tấn còn có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự theo các tội như: Tội giết người; Tội làm chết người trong khi thi hành công vụ; Tội bức tử; Tội đe dọa giết người; Tội gây thương tích hoặc gây tổn hại cho sức khỏe của người khác trong khi thi hành công vụ; Tội hành hạ người khác; Tội làm nhục người khác; Tội bắt, giữ hoặc giam người trái pháp luật; Tội làm nhục, hành hung người chỉ huy hoặc cấp trên; Tội làm nhục hoặc dùng nhục hình

đối với cấp dưới; Tội làm nhục, hành hung đồng đội; Tội ngược đãi tù binh, hàng binh. Theo tinh thần của Công ước, BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã mở rộng chủ thể, hành vi và tăng mức hình phạt đối với các hành vi có liên quan đến tra tấn phù hợp hơn với khái niệm về tra tấn được quy định trong Công ước và điều kiện thực tế của Việt Nam, đặc biệt là tại các tội danh: Tội bức cung; Tội dùng nhục hình; Tội mua chuộc hoặc cưỡng ép người khác trong việc khai báo, cung cấp tài liệu.

Như vậy, một điểm đáng chú ý là BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) đã sửa đổi Tội bắt, giữ hoặc giam người trái pháp luật, Tội dùng nhục hình, Tội bức cung theo hướng tăng nặng nhằm đảm bảo yêu cầu của Công ước chống tra tấn, cụ thể:

- Bổ sung tình tiết định khung tăng nặng trách nhiệm hình sự là “*tra tấn, đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục phẩm giá nạn nhân*” vào Tội bắt, giữ hoặc giam người trái pháp luật (điểm b khoản 3 Điều 157, mức hình phạt từ 5 năm tù đến 12 năm tù).

- Bổ sung hành vi khách quan “*dùng nhục hình hoặc đối xử tàn bạo, hạ nhục nhân phẩm của người khác dưới bất kỳ hình thức nào*” vào Tội dùng nhục hình (Điều 373). Điều luật cũng quy định nếu người phạm tội làm nạn nhân tự sát thì bị phạt tù từ 7 năm đến 12 năm (khoản 3); làm người bị nhục hình chết thì bị phạt tù từ 12 năm đến 20 năm hoặc tù chung thân (khoản 4).

- Bổ sung tình tiết tăng nặng định khung vào Tội bức cung (Điều 374). Trường hợp “*dùng nhục hình hoặc đối xử tàn bạo, hạ nhục nhân phẩm người bị lấy lời khai, hỏi cung*” sẽ bị phạt tù từ 2 năm đến 7 năm (khoản 2); phạm tội thuộc một

trong các trường hợp: Làm người bị bức cung chết; dẫn đến làm oan người vô tội; dẫn đến bỏ lọt tội phạm rất nghiêm trọng hoặc tội phạm đặc biệt nghiêm trọng thì bị phạt tù từ 12 năm đến 20 năm hoặc tù chung thân (khoản 4).

#### ***Thứ hai, quy định trong BLTTHS năm 2015***

Về cơ bản, BLTTHS năm 2015 của Việt Nam đã có những quy định nhằm đảm bảo tính tương thích, phù hợp theo yêu cầu của Công ước chống tra tấn. Đó là quy định về các nguyên tắc cơ bản của tổ tụng hình sự như: Nghiêm cấm tra tấn, bức cung, dùng nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm thân thể, tính mạng, sức khỏe con người (Điều 10); bảo hộ tính mạng, sức khỏe, danh dự, nhân phẩm, tài sản của cá nhân (Điều 11). Điểm d khoản 1 Điều 58, điểm c khoản 2 Điều 59, điểm d khoản 2 Điều 60 và điểm h khoản 2 Điều 61 BLTTHS quy định người bị tạm giữ trong trường hợp khẩn cấp, người bị bắt theo quyết định truy nã; người bị tạm giữ, bị can, bị cáo có quyền: *Trình bày lời khai, trình bày ý kiến, không buộc phải đưa ra lời khai chống lại chính mình hoặc buộc phải nhận mình có tội*. Quy định về quyền có luật sư bào chữa của người bị buộc tội nhằm đảm bảo việc chống bị tra tấn hoặc đối xử vô nhân đạo khi bị bắt giữ. Đây có thể coi là một điểm tiến bộ của BLTTHS 2015 so với trước đây, khi xác định thời điểm có người bào chữa từ rất sớm – ngay từ khi có sự buộc tội; khoản 6 Điều 183 quy định việc hỏi cung bị can tại cơ sở giam giữ hoặc tại trụ sở Cơ quan điều tra, cơ quan được giao nhiệm vụ tiến hành một số hoạt động điều tra phải được ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh.

**Thứ ba, quy định trong Luật THAHS**

Luật THAHS năm 2019 quy định các nguyên tắc: Tuân thủ Hiến pháp, pháp luật, bảo đảm lợi ích của Nhà nước, quyền, lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân; bảo đảm nhân đạo xã hội chủ nghĩa; tôn trọng danh dự, nhân phẩm, quyền, lợi ích hợp pháp của người chấp hành án, người chấp hành biện pháp tư pháp, quyền, lợi ích hợp pháp của pháp nhân thương mại chấp hành án. Đồng thời, quy định về các hành vi bị cấm trong THAHS: Nghiêm cấm tra tấn và các hình thức đối xử hoặc trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo hoặc hạ nhục người chấp hành án, biện pháp tư pháp; nghiêm cấm hành vi kỳ thị, phân biệt đối xử hoặc xâm phạm quyền, lợi ích hợp pháp của cá nhân, pháp nhân thương mại chấp hành án.

**Thứ tư, quy định trong Luật THTGTG năm 2015**

Luật THTGTG năm 2015 cũng có những quy định tương thích so với Công ước chống tra tấn. Theo đó, Luật THTGTG quy định về việc cấm tra tấn, truy bức, dùng nhục hình hay bất kỳ hình thức đối xử nào khác xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của người bị tạm giữ, tạm giam (Điều 4 và Điều 8).

**Thứ năm, quy định trong Luật Tổ chức cơ quan điều tra Hình sự năm 2015**

Luật Tổ chức cơ quan điều tra Hình sự năm 2015 quy định nghiêm cấm bức cung, dùng nhục hình và các hình thức tra tấn hoặc đối xử, trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo, hạ nhục con người hay bất kỳ hình thức nào khác xâm phạm quyền và lợi ích hợp pháp của cơ quan, tổ chức, cá nhân (Điều 14).

**4. Tiếp tục hoàn thiện pháp luật về tư pháp hình sự Việt Nam nhằm đảm bảo sự tương thích với Công ước chống tra tấn**

Mặc dù hệ thống pháp luật hiện hành của Việt Nam đã có những quy định tương đối phù hợp với những nguyên tắc và tiêu chuẩn cơ bản của Công ước chống tra tấn năm 1984, nhưng vẫn cần tiếp tục sửa đổi, bổ sung để phù hợp hơn nữa với những yêu cầu của Công ước. Cụ thể là:

**Thứ nhất, hoàn thiện BLHS**

Hiến pháp năm 2013 đã có quy định cụ thể về cấm tra tấn, tuy nhiên, hiện nay BLHS năm 2015 (sửa đổi, bổ sung năm 2017) chưa có quy định tội danh riêng và không đưa ra khái niệm “tra tấn”. Do đó, trong thời gian tới, khi sửa đổi, bổ sung BLHS cần thiết phải tính đến việc xác định rõ định nghĩa về “tra tấn” trong BLHS, đồng thời hình sự hóa hành vi tra tấn. Mặc dù BLHS hiện đã có hai tội danh là Tội bức cung và Tội dùng nhục hình, nhưng các tội này rõ ràng chưa bao trùm hết nội hàm của hành vi tra tấn nêu trong Công ước chống tra tấn của Liên hợp quốc. Ví dụ như: Tội bức cung hoặc Tội dùng nhục hình của BLHS mới chỉ xác định đối tượng bị tra tấn là người đang bị áp dụng các biện pháp tố tụng, thi hành án hoặc áp dụng biện pháp đưa vào trường giáo dưỡng, đưa vào cơ sở giáo dục bắt buộc, đưa vào cơ sở cai nghiện bắt buộc. Trong khi đó, Công ước chống tra tấn xác định phạm vi đối tượng có thể bị tra tấn rộng hơn rất nhiều khi xác định: “Tra tấn nhằm mục đích... để đe dọa hay ép buộc người đó hay người thứ ba, hoặc vì bất kỳ một lý do nào khác dựa trên sự phân biệt đối xử dưới mọi hình thức”<sup>3</sup>. Như vậy, việc

<sup>3</sup> Điều 1 Công ước chống tra tấn.

tra tấn có thể hướng tới một người thứ ba nhằm mục đích gây đau đớn, đau khổ cho người đó dựa trên sự phân biệt đối xử. Chính vì vậy, tác giả cho rằng, nhất thiết cần quy định thêm tội tra tấn và đưa ra những định nghĩa cụ thể về các hành vi tra tấn, đối xử, trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo và hạ nhục phù hợp với những tiêu chuẩn liên quan của pháp luật quốc tế.

Bên cạnh đó, trong trường hợp BLHS bổ sung thêm tội danh tra tấn thì cần loại bỏ Tội dùng nhục hình trong BLHS. Bởi lẽ, các hành vi thỏa mãn dấu hiệu của Tội dùng nhục hình đều có thể bị truy cứu trách nhiệm hình sự về tội tra tấn. Điều này cho thấy, việc bổ sung tội tra tấn trong BLHS sẽ mở rộng phạm vi xử lý đối với hành vi tra tấn, không chỉ xảy ra trong hoạt động tư pháp (như quy định hiện nay), mà còn trong các hoạt động có tính chất công vụ khác do người thực thi công vụ thực hiện. Đây cũng được coi như tội danh bao quát để xử lý hành vi có tính chất tra tấn<sup>4</sup>.

Nếu quy định về tội danh tra tấn thì hình phạt đối với tội tra tấn phải tương xứng với mức độ nguy hiểm của hành vi. Cần phải nhận thức rằng, hậu quả của tra tấn không chỉ là gây thương tích như hậu quả trong các tội xâm phạm sức khỏe thông thường, mà đó là những đau đớn nghiêm trọng về cả thể chất và tinh thần, chính vì thế hình phạt đối với hành vi tra tấn phải phản ánh mức độ nghiêm trọng tương xứng.

<sup>4</sup> Lê Văn Sua (2016), *Pháp luật hình sự Việt Nam với yêu cầu bảo vệ quyền con người, quyền công dân theo Công ước chống tra tấn*, <https://moj.gov.vn/UserControls/News/pFormPrint.aspx?UrlListProcess=/qt/tintuc/Lists/NghienCuuTraoDoi&ListId=75a8df79-a725-4fd5-9592-517f443c27b6&SiteId=b11f9e79-d495-439f-98e6-4bd81e36adc9&ItemID=1936&SiteRootID=b71e67e4-9250-47a7-96d6-64e9cb69ccf3>, truy cập ngày 27/7/2019.

### **Thứ hai, hoàn thiện BLTTHS**

BLTTHS cần sửa đổi, bổ sung theo hướng quy định bảo đảm quyền im lặng của người bị bắt, người bị tạm giữ, bị can, bị cáo; bảo đảm được quyền của người bị bắt, tạm giữ, bị can, bị cáo có luật sư ngay từ đầu, để tránh bức cung, dùng nhục hình. Những biên bản hỏi cung được thành lập khi người bị bắt, tạm giữ, bị can, bị cáo chưa có luật sư sẽ không có giá trị pháp lý. Như vậy, sự tham gia của luật sư ngay từ đầu vào quá trình tố tụng phải là nguyên tắc bắt buộc để phòng, chống tra tấn trong quá trình tố tụng. Liên quan đến vấn đề này, cũng cần nghiên cứu hoàn thiện các quy định để bảo đảm rằng, lời khai lấy được từ việc tra tấn, nhục hình hay bức cung dưới mọi hình thức sẽ không được sử dụng làm chứng cứ buộc tội trong mọi giai đoạn tố tụng. Trong BLTTHS năm 2015 đã quy định về việc ghi âm, ghi hình trong quá trình hỏi cung bị can và để cụ thể hóa quy định này, ngày 01/2/2018 Bộ Công an, Viện kiểm sát nhân dân tối cao, Tòa án nhân dân tối cao, Bộ Quốc phòng đã ban hành Thông tư liên tịch số 03/2018/TTLT-BCA-VKSNDTC-TANDTC-BQP hướng dẫn về trình tự, thủ tục thực hiện ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh; sử dụng, bảo quản, lưu trữ kết quả ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh trong quá trình điều tra, truy tố, xét xử. Như vậy, hiện nay đã có những quy định về ghi âm, ghi hình trong hoạt động tố tụng hình sự nói chung và trong hoạt động hỏi cung bị can nói riêng nhằm đảm bảo ngăn chặn việc bức cung, dùng nhục hình trong quá trình hỏi cung. Tuy nhiên, thực tế, việc triển khai này cần phải đảm bảo đồng bộ về cơ sở vật chất, trang thiết bị của các Cơ quan điều tra từ trung ương đến địa phương. Trong thời gian tới, thực hiện

Quyết định số 1172/QĐ-TTg phê duyệt Đề án về cơ sở vật chất, bộ máy, cán bộ và lộ trình thực hiện việc ghi âm hoặc ghi hình có âm thanh việc hỏi cung bị can theo quy định của BLTTHS năm 2015, Bộ Công an, Bộ Quốc phòng, Viện kiểm sát nhân dân tối cao đang tích cực thực hiện theo Đề án đã đặt ra, đảm bảo hoạt động hỏi cung sẽ được triển khai việc ghi âm, ghi hình trên phạm vi toàn quốc từ ngày 01/01/2020. Việc quy định về ghi âm, ghi hình này là cần thiết để vừa đảm bảo minh bạch quá trình hỏi cung, vừa bảo vệ bị can, chống hành vi tra tấn, bức cung, dùng nhục hình, đồng thời bảo vệ người hỏi cung, tránh bị vu cáo. Trong điều kiện hiện nay, việc trang bị ghi âm, ghi hình đối với hoạt động hỏi cung tại các cơ sở giam giữ hoặc tại trụ sở Cơ quan điều tra là khả thi.

***Thứ ba, hoàn thiện Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước***

Điều 14 của Công ước chống tra tấn yêu cầu các quốc gia đảm bảo rằng nạn nhân bị tra tấn có thể được khôi phục quyền và có sự bồi thường thích đáng, bao gồm những phương thức để tái hòa nhập. Nếu nạn nhân chết thì người thân của nạn nhân có quyền được hưởng bồi thường. Ở đây việc bồi thường còn phải bao gồm việc chữa trị các chấn thương tâm lý và thể chất cho nạn nhân của tra tấn. Ủy ban chống tra tấn cho rằng “những hình phạt nhẹ và ân xá cho những người thực hiện hành vi tra tấn đối với người khiếu nại, cùng với sự thiếu vắng những thủ tục xử lý nghiêm khắc đối với những người này chính là vi phạm Điều 14 Công ước chống tra tấn”<sup>5</sup>. Nạn nhân trên

thực tế đã nhận tiền bồi thường cho những hành vi tra tấn, nhưng Ủy ban chống tra tấn cho rằng việc không trừng phạt hoặc trừng phạt không thích đáng đối với những thủ phạm là không tuân thủ nghĩa vụ của quốc gia đảm bảo việc không lặp lại vi phạm.

Như vậy, có thể thấy, quy định về “chữa trị hiệu quả và phục hồi đầy đủ” đối với nạn nhân theo tinh thần của Công ước chống tra tấn chưa được quy định cụ thể trong Luật Trách nhiệm bồi thường của Nhà nước năm 2017. Do vậy, cần quy định theo hướng đơn giản hoá các thủ tục xác định thiệt hại và yêu cầu bồi thường của Nhà nước, đồng thời quy định xem xét bồi thường những thiệt hại cả trực tiếp và gián tiếp, cả về vật chất và tinh thần, qua đó bảo đảm nạn nhân bị tra tấn, đối xử và trừng phạt tàn bạo, vô nhân đạo và hạ nhục có thể được bồi thường một cách nhanh chóng và thỏa đáng.

Ngoài ra, cần nghiên cứu lộ trình có tính khả thi để xây dựng Luật Về chống tra tấn nhằm đấu tranh có hiệu quả đối với hành vi này. Hiện nay, một số nước đã có một đạo luật riêng về chống tra tấn và bảo vệ, hỗ trợ nạn nhân của tra tấn như Hoa Kỳ, Nam Phi, Philippines, Uganda... Việc ban hành đạo luật riêng về chống tra tấn sẽ phát huy tối đa hiệu lực, hiệu quả bảo vệ quyền con người, quyền công dân trong tổ tụng hình sự ở Việt Nam thời gian tới<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Bộ Công an (2016), *Tài liệu tập huấn chuyên sâu Công ước của Liên hợp quốc về chống tra tấn và các hình thức trừng phạt hay đối xử tàn ác, vô nhân đạo hoặc hạ thấp nhân phẩm*, Hà Nội.

<sup>6</sup> Vũ Công Giao, Lê Khánh Tùng (2014), “*Cấm tra tấn – Bước tiến quan trọng về bảo vệ quyền nhân thân trong Hiến pháp 2013*”, Bình luận khoa học Hiến pháp nước Cộng hòa xã hội chủ nghĩa Việt Nam năm 2013, tr.220 – 228, năm 2014.

# NGHĨA VỤ BẢO TỒN VÀ SỬ DỤNG BỀN VỮNG ĐA DẠNG SINH HỌC BIỂN TẠI CÁC VÙNG NẴM NGOÀI QUYỀN TÀI PHÁN QUỐC GIA TRONG LUẬT PHÁP QUỐC TẾ

*Trần Thị Ngọc Swong\**

**Tóm tắt:** Bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển tại các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia đang là vấn đề thu hút sự quan tâm lớn của cộng đồng quốc tế trong quá trình pháp điển hóa Luật môi trường quốc tế và Luật biển quốc tế. Bài viết phân tích các quy định liên quan đến nghĩa vụ này trong một số điều ước quốc tế toàn cầu và khu vực cũng như thực tiễn giải quyết tranh chấp quốc tế có liên quan, từ đó nêu lên tiến trình xây dựng một khuôn khổ pháp lý quốc tế thống nhất và toàn diện nhằm điều chỉnh nghĩa vụ này một cách hiệu quả.

**Abstract:** The conservation and sustainable use of marine biodiversity in areas beyond national jurisdiction have become matters of global interest in the codification of international environmental law and the law of the sea. This article analyzes relevant obligations enshrined in major global and regional agreements, as well as in the practice of resolution of international disputes, while mentioning the global process of developing a comprehensive international legally binding instrument for effective regulation of these duties.

## Dẫn nhập

Với sự phát triển ngày càng mạnh mẽ của khoa học kỹ thuật, các tài nguyên sinh vật biển ở các vùng nằm ngoài phạm vi quyền tài phán quốc gia đang được khai thác và sử dụng ngày càng nhiều cho những mục đích khác nhau của đời sống kinh tế - xã hội của con người, đặc biệt là việc sử dụng các nguồn gen biển để sản xuất các loại chế phẩm sinh học phục vụ một số ngành công nghiệp hiện đại, bào chế dược phẩm, sản xuất mỹ phẩm... Chính vì vậy, nguồn tài nguyên này đang đứng trước nguy cơ bị khai thác và sử dụng thiếu bền vững nếu không có các quy định quốc tế chặt chẽ về nghĩa vụ bảo tồn.

## 1. Khái niệm đa dạng sinh học biển tại các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia

### 1.1. Khái niệm đa dạng sinh học biển

Hiện nay, khái niệm “đa dạng sinh học biển” và “đa dạng sinh học biển tại các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia” (Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction – BBNJ) chưa được quy định cụ thể trong luật pháp quốc tế. Công ước Đa dạng sinh học năm 1992 (Công ước CBD)<sup>1</sup> – điều ước quốc tế phổ cập về bảo tồn đa dạng sinh học – chỉ đưa ra một số khái niệm liên quan như “đa dạng sinh học”, “tài nguyên sinh học”, “tài nguyên gen”, “vật liệu gen”, theo đó:

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

<sup>1</sup> Được phê chuẩn vào ngày 16/11/1994, Công ước CBD chính thức có hiệu lực đối với Việt Nam từ ngày 14/02/1995. Xem thêm tại <https://www.cbd.int/information/parties.shtml>, truy cập ngày 18/6/2019.

- “*Đa dạng sinh học*” là sự khác biệt của mọi cơ thể sống từ tất cả các nguồn, như trên cạn, trên biển và các hệ sinh thái khác mà các cá thể này sinh sống; bao gồm đa dạng trong loài, giữa các loài khác nhau và trong hệ sinh thái.

- “*Tài nguyên sinh học*” bao gồm các tài nguyên gen, cá thể hoặc các bộ phận của chúng, cộng đồng hoặc bất cứ thành phần sinh học nào khác của các hệ sinh thái mà có thể sử dụng hoặc có giá trị thực tế hoặc tiềm năng đối với loài người.

- “*Tài nguyên gen*” là các vật liệu gen có giá trị sử dụng thực tế hoặc tiềm năng.

- “*Vật liệu gen*” là bất kỳ vật chất nào thuộc thực vật, động vật, vi sinh vật hoặc các cá thể khác có cơ quan có chức năng di truyền<sup>2</sup>.

Có thể thấy rằng, các khái niệm nói trên, mặc dù đã phần nào giúp định hướng về phạm vi của khái niệm BBNJ, nhưng được áp dụng để giải thích cho vấn đề đa dạng sinh học ở nhiều hệ sinh thái khác nhau chứ không chỉ riêng tại các vùng biển nằm ngoài quyền tài phán quốc gia. Trước đó, Công ước của Liên hợp quốc về Luật biển năm 1982 (UNCLOS)<sup>3</sup>, vốn được xây dựng nhằm tạo ra một khuôn khổ pháp lý chung điều chỉnh tất cả các hoạt động liên quan đến sử dụng, quản lý biển và tài nguyên của biển, cũng chưa đề cập trực tiếp về đa dạng sinh học biển và bảo tồn BBNJ, mà mới chỉ có một số quy định về quyền và nghĩa vụ của các quốc gia ven biển liên quan đến bảo tồn “tài nguyên sinh vật biển” tại các vùng biển khác nhau.

<sup>2</sup> Điều 2 Công ước CBD.

<sup>3</sup> Việt Nam chính thức phê chuẩn UNCLOS vào ngày 25/7/1994. Xem thêm tại: [https://www.un.org/depts/los/reference\\_files/chronological\\_lists\\_of\\_ratifications.htm](https://www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm), truy cập ngày 18/6/2019.

Công ước về bảo tồn sinh vật biển ở Nam Cực năm 1980<sup>4</sup>, một bộ phận của hệ thống Hiệp ước Nam Cực<sup>5</sup>, đã đưa ra khái niệm về “tài nguyên sinh vật biển ở Nam Cực” và “hệ sinh thái biển Nam Cực”. Theo đó, “tài nguyên sinh vật biển ở Nam Cực” được hiểu là các quần thể cá vây, động vật thân mềm, động vật giáp xác và tất cả các loài sinh vật sống khác, kể cả các loài chim, được tìm thấy ở phía Nam của Nam Cực<sup>6</sup>, và “hệ sinh thái biển Nam Cực” được hiểu là sự phức tạp trong các mối quan hệ giữa các tài nguyên sinh vật biển ở Nam Cực với nhau và với môi trường vật lý của chúng<sup>7</sup>. Các định nghĩa này được áp dụng cho việc quy định về chế độ pháp lý đối với nguồn tài nguyên sinh vật biển đặc thù của vùng Nam Cực chứ không mang tính toàn diện và khái quát cho tất cả các nguồn tài nguyên sinh vật biển nói chung ở tất cả các vùng biển trên thế giới.

Như vậy, mặc dù có thể hiểu, BBNJ liên quan chặt chẽ đến tài nguyên sinh vật ở ngoài vùng tài phán quốc gia, nhưng khái niệm về “đa dạng sinh học biển” nói chung

<sup>4</sup> Công ước được ký kết vào ngày 01/8/1980 và có hiệu lực kể từ ngày 07/4/1982. Xem thêm tại <https://www.ccamlr.org/en/organisation/history-convention>, truy cập ngày 18/6/2019.

<sup>5</sup> Hệ thống Hiệp ước Nam Cực bao gồm Hiệp ước Nam Cực năm 1959 và một loạt các thỏa thuận liên quan khác nhằm hỗ trợ cho việc thực thi Hiệp ước Nam Cực một cách hiệu quả như: *Thỏa thuận về các biện pháp nhằm bảo tồn hệ động thực vật Nam Cực năm 1964*, *Công ước về bảo tồn hải cẩu Nam Cực năm 1972*, *Công ước về bảo tồn các loài sinh vật biển ở Nam Cực năm 1980*, và *Nghị định thư về bảo vệ môi trường gắn liền với Hiệp ước Nam Cực năm 1991*. Xem thêm tại: <http://nghiencuuquocte.org/2015/06/27/hiep-uoc-nam-cuc/>, truy cập ngày 18/6/2019.

<sup>6</sup> Khoản 2 Điều 1 Công ước về bảo tồn sinh vật biển ở Nam Cực năm 1980.

<sup>7</sup> Khoản 3 Điều 1 Công ước về bảo tồn sinh vật biển ở Nam Cực năm 1980.

và BBNJ nói riêng đều chưa được quy định trực tiếp trong luật pháp quốc tế hiện hành.

### 1.2. Khái niệm các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia

Khái niệm “các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia” (Areas Beyond National Jurisdiction – ABNJ) cũng chưa được quy định trực tiếp trong các điều ước quốc tế hiện hành, do đó chỉ có thể dựa vào các điều khoản liên quan đến quy chế pháp lý của các vùng lãnh thổ trong luật pháp quốc tế nói chung và Luật biển quốc tế nói riêng, đặc biệt là UNCLOS và Hiệp ước Nam Cực năm 1959<sup>8</sup> để giải thích khái niệm này. Theo đó, trong mối liên hệ với đa dạng sinh học biển, ABNJ bao gồm Biển cả, Vùng và Nam Cực.

“*Biển cả*” được hiểu là “tất cả các vùng biển nằm ngoài vùng đặc quyền kinh tế, lãnh hải hoặc nội thủy của một quốc gia, cũng như không nằm trong vùng nước quần đảo của một quốc gia quần đảo” (Điều 86 UNCLOS), tức là phần cột nước nằm ngoài 200 hải lý tính từ đường cơ sở của các quốc gia ven biển và quốc gia quần đảo. Tại biển cả, các quốc gia đều được hưởng một số quyền tự do (trong đó có tự do đánh cá) và quyền tài phán đối với tàu thuyền mang cờ của mình hoạt động tại biển cả theo Điều 87 và Điều 94 UNCLOS.

“*Vùng*” được định nghĩa tại khoản 1 Điều 1 UNCLOS là “đáy biển và lòng đất dưới đáy biển nằm bên ngoài giới hạn quyền tài phán quốc gia”, tức là đáy biển và lòng đất dưới đáy biển bên ngoài và tiếp

liên thêm lục địa của các quốc gia, được xác định phù hợp với Điều 76 UNCLOS<sup>9</sup>. Vùng và tài nguyên tại Vùng được hưởng quy chế “di sản chung của nhân loại” theo Điều 136 UNCLOS.

*Nam Cực* là lãnh thổ quốc tế, bao gồm toàn bộ vùng đất và khối băng phía Nam ở 60<sup>0</sup> vĩ độ Nam<sup>10</sup>. Hiệp ước Nam Cực năm 1959 quy định không công nhận chủ quyền cho bất cứ quốc gia nào đối với Nam Cực<sup>11</sup>, đồng thời nhấn mạnh Nam Cực chỉ được sử dụng vào mục đích hòa bình, nghiêm cấm các hoạt động vũ trang, xây dựng căn cứ, công trình quân sự dùng để thử nghiệm vũ khí<sup>12</sup>. Với bản chất pháp lý này, Nam Cực được xem là “di sản chung của nhân loại”<sup>13</sup>.

Như vậy, Biển cả, Vùng và Nam Cực không thuộc chủ quyền, quyền chủ quyền hay quyền tài phán của bất kỳ quốc gia nào, mà thay vào đó là quy chế “quyền tự do biển cả” (đối với Biển cả) và “di sản chung của nhân loại” (đối với Vùng và đối với Nam Cực). Trên cơ sở kết hợp các khái niệm có liên quan đến đa dạng sinh học biển như đã phân tích ở trên, có thể suy luận rằng, BBNJ là các loại tài nguyên gen biển, cá thể hoặc các bộ phận của chúng, cộng

<sup>8</sup> Hiệp ước Nam Cực được ký kết năm 1959 giữa các quốc gia có yêu sách lãnh thổ ở khu vực Nam Cực (Argentina, Australia, Chile, Pháp, New Zealand, Na Uy, Liên hiệp Vương quốc Anh), Mỹ, Liên Xô, Bỉ, Nhật Bản và Nam Phi. Hiệp ước có hiệu lực vô thời hạn kể từ năm 1961.

<sup>9</sup> Điều 76 của UNCLOS quy định quốc gia ven biển có thêm lục địa rộng tối thiểu là 200 hải lý tính từ đường cơ sở; trong trường hợp điều kiện tự nhiên của đáy biển và lòng đất dưới đáy biển cho phép và phù hợp với các thủ tục theo quy định của Công ước, quốc gia ven biển có thể xác lập thêm lục địa rộng tối đa 350 hải lý hoặc cách đường đẳng sâu 2.500m một khoảng cách là 100 hải lý.

<sup>10</sup> Điều 6 Hiệp ước Nam Cực năm 1959.

<sup>11</sup> Điều 4 Hiệp ước Nam Cực năm 1959.

<sup>12</sup> Điều 1 Hiệp ước Nam Cực năm 1959.

<sup>13</sup> Jennifer Frakes, *The Common Heritage of Mankind Principle and the Deep Seabed, Outer Space, and Antarctica: Will Developed and Developing Nations Reach a Compromise?* Wisconsin International Law Journal 21, 2003, tr. 409.

đồng hoặc bất kỳ thành phần sinh học nào khác của các hệ sinh thái tại biển cả, Vùng và Nam Cực mà có thể sử dụng hoặc có giá trị thực tế hoặc tiềm năng đối với loài người. Tuy nhiên, khái niệm này vẫn còn tồn tại nhiều vấn đề cần được làm rõ như: Thế nào là tài nguyên gen biển, các cá thể sinh vật được coi là BBNJ có đặc điểm gì khác so với các cá thể là tài nguyên sinh vật thông thường... Thực tế này đã đặt ra yêu cầu phải xây dựng khái niệm cụ thể và trực tiếp về BBNJ để đảm bảo áp dụng thống nhất với các điều ước quốc tế đã có và tạo thuận lợi cho việc quản lý BBNJ của cộng đồng quốc tế.

## **2. Nghĩa vụ bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển tại các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia trong các điều ước quốc tế toàn cầu**

Hiện nay, nghĩa vụ bảo tồn và sử dụng bền vững BBNJ chưa được quy định rõ ràng và trực tiếp trong các điều ước quốc tế phổ biến như UNCLOS, Công ước CBD, Nghị định thư Nagoya về tiếp cận nguồn gen năm 2010... Mặc dù vậy, các điều ước này cũng đã đề ra một số nghĩa vụ có thể được vận dụng nhằm quản lý và bảo tồn nguồn tài nguyên đa dạng sinh học tại ABNJ, đặc biệt là (i) Các nguyên tắc cơ bản về bảo tồn đa dạng sinh học; (ii) Các nghĩa vụ liên quan đến bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Biển cả, Vùng và Nam Cực; và (iii) Nghĩa vụ hợp tác trong bảo vệ môi trường biển và nghiên cứu khoa học biển.

### **2.1. Các nguyên tắc cơ bản về bảo tồn đa dạng sinh học**

Bảo tồn đa dạng sinh học có liên quan mật thiết với bảo vệ môi trường, do vậy việc bảo tồn đa dạng sinh học cũng được thực hiện trên cơ sở các nguyên tắc cơ bản của Luật quốc tế về môi trường, đặc biệt là

*nguyên tắc đảm bảo không gây hại cho môi trường trong quá trình khai thác tài nguyên, nguyên tắc tiếp cận hệ sinh thái và nguyên tắc phòng ngừa.*

#### *2.1.1. Nguyên tắc không gây hại cho môi trường trong quá trình khai thác tài nguyên*

Nguyên tắc này đã được đề cập một cách khái quát tại Điều 193 UNCLOS: “Các quốc gia có quyền chủ quyền khai thác các tài nguyên thiên nhiên của mình theo chính sách về môi trường của mình và theo đúng nghĩa vụ bảo vệ và gìn giữ môi trường biển của mình”. Đặc biệt, nhằm khẳng định vấn đề bảo tồn đa dạng sinh học là mối quan tâm chung của toàn nhân loại và là một phần không thể thiếu được của quá trình phát triển<sup>14</sup>, Công ước CBD đã ghi nhận *nghĩa vụ của các quốc gia* trong việc thực hiện quyền chủ quyền về khai thác tài nguyên của mình như sau:

Các quốc gia, phù hợp với Hiến chương Liên hợp quốc (LHQ) và các nguyên tắc cơ bản của Luật quốc tế, có quyền chủ quyền để khai thác tài nguyên của họ phù hợp với chính sách về môi trường của quốc gia đó, và có trách nhiệm bảo đảm các hoạt động trong phạm vi quyền tài phán hoặc kiểm soát của quốc gia đó không làm phương hại đến môi trường của các quốc gia khác hoặc của các khu vực ngoài vùng tài phán quốc gia<sup>15</sup>.

Theo đó, nguyên tắc không gây hại cho môi trường trong quá trình khai thác tài nguyên được áp dụng đối với: (i) Các thành phần của đa dạng sinh học trên đất liền và biển thuộc vùng tài phán quốc gia; (ii) Các quá trình và hoạt động được thực hiện dưới

<sup>14</sup> Lời nói đầu Công ước CBD.

<sup>15</sup> Điều 3 Công ước CBD.

quyền tài phán hoặc kiểm soát của quốc gia ở các vùng thuộc quyền tài phán quốc gia hoặc bên ngoài quyền tài phán quốc gia<sup>16</sup>. Như vậy, vấn đề bảo vệ các quá trình và các thành phần của đa dạng sinh học ở ABNJ chưa được đề cập trong UNCLOS và Công ước CBD.

### 2.1.2. Nguyên tắc tiếp cận hệ sinh thái

Mặc dù chưa được định nghĩa trong Công ước CBD, nhưng tại Hội nghị thành viên của Công ước lần thứ 5 vào năm 2016, cách tiếp cận hệ sinh thái đã được xác định là “chiến lược quản lý tổng thể đất liền, nước, tài nguyên sinh vật, thúc đẩy việc quản lý và sử dụng bền vững một cách công bằng”<sup>17</sup>.

Công ước CBD ghi nhận có hai loại bảo tồn đa dạng sinh học là bảo tồn *in situ* và bảo tồn *ex situ*. Bảo tồn *in situ* (bảo tồn nội vi) là “việc bảo tồn các hệ sinh thái, nơi ở tự nhiên và duy trì, phục hồi số lượng các loài trong khu vực tự nhiên và trong khu vực chúng phát triển các đặc tính của loài đối với trường hợp được chăn nuôi”<sup>18</sup>, còn bảo tồn *ex situ* (bảo tồn ngoại vi) là việc bảo tồn các thành tố của đa dạng sinh học ngoài môi trường sống tự nhiên của chúng<sup>19</sup>, và phù hợp với từng loại bảo tồn; các quốc gia có nghĩa vụ tiến hành các biện pháp theo Điều 8 và Điều 9 để bảo tồn đa dạng sinh học. Như vậy, mặc dù cách tiếp cận hệ sinh thái không được đề cập trực tiếp trong Công ước CBD, nhưng nghĩa vụ

của quốc gia thực hiện các biện pháp phù hợp với từng loại bảo tồn nêu trên đã phản ánh nguyên tắc này<sup>20</sup>.

### 2.1.3. Nguyên tắc phòng ngừa

Nguyên tắc phòng ngừa trong bảo tồn đa dạng sinh học được nhắc đến trực tiếp trong phần Mở đầu của Công ước CBD: “Ghi nhận rằng điều thiết yếu là phải tiên đoán, phòng ngừa và tấn công tận gốc các nguyên nhân làm thu hẹp đáng kể hoặc làm mất đa dạng sinh học”<sup>21</sup>. Tuy nhiên, các điều khoản của Công ước CBD lại chưa thể hiện được nguyên tắc này một cách rõ nét.

Hiệp định thực thi các quy định của UNCLOS về bảo tồn và quản lý các đàn cá lưỡng cư và di cư xa (UNFSA) năm 1995<sup>22</sup> đã đánh dấu một bước phát triển mới từ sau UNCLOS khi đưa cách tiếp cận phòng ngừa – một nguyên tắc của luật môi trường quốc tế vào hoạt động đánh bắt cá tại Biển cả<sup>23</sup>. Điều 9 của UNFSA yêu cầu các quốc gia phải áp dụng cách tiếp cận phòng ngừa một cách rộng rãi đối với việc bảo tồn, quản lý và khai thác các đàn cá lưỡng cư và di cư xa nhằm bảo vệ tài nguyên sinh vật biển và bảo tồn môi trường biển. Quy định này không nhằm cản trở việc đánh cá tại Biển cả, nhưng cũng không khuyến khích hoạt động

<sup>16</sup> Điều 4 Công ước CBD.

<sup>17</sup> Duncan E.J. Currie and Mischa Davis, *Governance Principles Relevant to Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction: Submission to the Chair (25 February 2016)*, [http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom\\_files/greenpeace.pdf](http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/greenpeace.pdf), tr.30, truy cập ngày 20/6/2019.

<sup>18</sup> Điều 2 Công ước CBD.

<sup>19</sup> Điều 2 Công ước CBD.

<sup>20</sup> Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford University Press, 1994, tr. 639.

<sup>21</sup> Phần Mở đầu Công ước CBD, đoạn 9.

<sup>22</sup> Hiệp định chính thức có hiệu lực từ ngày 11/12/2001. Tính đến ngày 16/9/2019, đã có 90 thành viên tham gia Hiệp định này (kể cả Liên minh châu Âu). Việt Nam phê chuẩn Hiệp định vào ngày 18/12/2018. Xem thêm tại [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg\\_no=XXI-7&chapter=21&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtmsg_no=XXI-7&chapter=21&clang=_en), truy cập ngày 18/6/2019.

<sup>23</sup> David Anderson, *Modern Law of the Sea: Selected Essays. Publications on Ocean Development*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, tr. 370.

này. Do vậy, việc đưa quy định đó vào UNFSA không gặp quá nhiều tranh cãi, mặc dù đây là quy định mới so với UNCLOS, trong khi UNFSA được xây dựng nhằm thi hành UNCLOS<sup>24</sup>. Tuy nhiên, nguyên tắc phòng ngừa này chỉ áp dụng đối với đối tượng điều chỉnh của UNFSA là các đàn cá lưỡng cư và di cư xa chứ không phải toàn bộ các loài sinh vật tại Biển cả.

Có thể khẳng định rằng, các nguyên tắc nói trên được xem là nền tảng cho việc ký kết các thỏa thuận quốc tế trên phạm vi toàn cầu và khu vực nhằm bảo vệ môi trường và đa dạng sinh học, trong đó có BBNJ.

## 2.2. Nghĩa vụ liên quan đến bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Biển cả

Mặc dù chưa quy định trực tiếp về nghĩa vụ của các quốc gia trong việc bảo tồn và sử dụng bền vững BBNJ, nhưng các điều ước quốc tế như UNCLOS và UNFSA đã xác lập một số nghĩa vụ về việc bảo tồn tài nguyên sinh vật tại biển cả - một bộ phận của ABNJ. Điều 87(1)(e) của UNCLOS cho phép các quốc gia thực hiện quyền tự do đánh bắt tại Biển cả phù hợp với các quy định tại mục 2 phần VII của Công ước về nghĩa vụ bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật tại Biển cả. Nghĩa vụ này đã được nhắc lại tại Điều 116 (c) và được cụ thể hóa trong các điều 117 – 120 của UNCLOS, bao gồm: Nghĩa vụ hợp tác nhằm bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật tại biển cả (Điều 118), nghĩa vụ tiến hành các biện pháp nhằm duy trì hoặc tái tạo số lượng các loài đã đánh bắt ở mức khai thác bền vững tối đa (Điều 117 và Điều 119), và nghĩa vụ bảo tồn động vật biển có vú ở Biển cả (Điều 120).

### 2.2.1. Nghĩa vụ hợp tác nhằm bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật ở Biển cả

Một cách khái quát, nghĩa vụ hợp tác tại ABNJ nhằm bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học được đề cập tại Điều 5 Công ước CBD như sau:

Mỗi bên ký kết sẽ hợp tác tối đa và thích hợp nhất với các bên ký kết khác một cách trực tiếp hoặc thông qua các tổ chức quốc tế có thẩm quyền nếu phù hợp ở những khu vực nằm ngoài phạm vi quyền tài phán quốc gia và về các vấn đề mà các bên cùng quan tâm nhằm bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học.

Cụ thể hơn, Điều 118 UNCLOS khẳng định nghĩa vụ hợp tác giữa các quốc gia nhằm bảo tồn tài nguyên sinh vật ở Biển cả, từ quốc gia có công dân đánh bắt cùng tài nguyên sinh vật biển hoặc đánh bắt trên cùng khu vực biển cả, cho đến quốc gia ven biển có vùng đặc quyền kinh tế (EEZ) tiếp liền. Nội hàm của Điều 118 bao gồm nghĩa vụ đàm phán để đưa ra những biện pháp cần thiết trong việc bảo tồn các tài nguyên đó trên cơ sở phù hợp với luật pháp quốc tế. Tuy nhiên, Điều 118 chỉ quy định nghĩa vụ hợp tác của các quốc gia mà không đặt ra bất kỳ một biện pháp cụ thể nào cho quá trình hợp tác trong việc bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật tại vùng biển này. Theo giải thích của Tòa án Công lý quốc tế trong vụ việc *Quyền tài phán về đánh cá* giữa Tây Ban Nha và Canada, thuật ngữ “các biện pháp bảo tồn và quản lý” bao hàm rất nhiều biện pháp khác nhau, và một biện pháp được gọi là “bảo tồn và quản lý” khi biện pháp đó được thực hiện để bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật và phải thỏa mãn hàng loạt các yêu cầu khác nhau về mặt kỹ thuật<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> International Court of Justice, *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada) (Jurisdiction)* [1998] ICJ Rep 432, đoạn 70.

<sup>24</sup> Như trên.

Bên cạnh đó, Điều 118 cũng chỉ ra một phương thức hợp tác cụ thể giữa các quốc gia nhằm bảo tồn tài nguyên sinh vật tại biển cả là việc thành lập các tổ chức quản lý nghề cá khu vực (RFMO). Phương thức này có thể xuất phát từ thực tiễn một số tổ chức nghề cá được thành lập từ những năm 1950 như Ủy ban Cá ngừ nhiệt đới Liên Mỹ, Tổ chức Nghề cá Bắc Đại Tây Dương... nhằm xây dựng các tiêu chuẩn về hoạt động nghề cá bền vững và có thể duy trì mức sản sinh tối ưu đối với các đàn cá<sup>26</sup>. Đồng thời, thông qua các RFMO, các quốc gia có nghĩa vụ phải tiến hành xây dựng và trao đổi thông tin khoa học, số liệu thống kê về hoạt động đánh bắt và các dữ liệu khác liên quan đến bảo vệ tài nguyên sinh vật (khoản 2 Điều 119). Tuy nhiên, do Điều 118 không đưa ra bất kỳ hướng dẫn hay giải thích nào về các phương thức hợp tác khác nên quy định này cũng gây tranh cãi về việc liệu thành lập các RFMO có phải là biện pháp hợp tác duy nhất của các quốc gia trong bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật tại Biển cả hay không<sup>27</sup>.

Đặc biệt, nếu đối tượng bảo tồn là các đàn cá lưỡng cư và di cư xa, nghĩa vụ hợp tác và việc thành lập các RFMO được quy định tại khoản 2 Điều 63 và khoản 1 Điều 64 UNCLOS và được triển khai một cách cụ thể trong UNFSA. Theo đó, quốc gia ven biển và quốc gia đánh cá ở Biển cả phải nỗ lực hợp tác trong việc quản lý các đàn cá lưỡng cư và di cư xa, phù hợp với

UNCLOS, một cách trực tiếp hoặc thông qua các tổ chức/thỏa thuận quản lý nghề cá khu vực hoặc tiểu khu vực, cân nhắc đến các đặc điểm cụ thể của khu vực hoặc tiểu khu vực đó để bảo tồn và quản lý hiệu quả các đàn cá đó<sup>28</sup>. Mặt khác, UNFSA cũng yêu cầu các quốc gia cần tiến hành đàm phán một cách thiện chí và không chậm trễ, đặc biệt là khi có bằng chứng cho thấy sự đe dọa do khai thác quá mức đối với các đàn cá lưỡng cư và di cư xa hoặc khi có một ngành thủy sản mới đang được xây dựng cho riêng loài cá đó<sup>29</sup>. Trong khi chờ đợi một thỏa thuận như vậy, các quốc gia phải bảo đảm hành động thiện chí và cân nhắc đến quyền, lợi ích và nghĩa vụ của các quốc gia khác<sup>30</sup>. Đối với các vùng biển thuộc quản lý của các RFMO, các quốc gia đánh cá ở Biển cả và các quốc gia ven biển liên quan phải hợp tác bằng cách trở thành thành viên của RFMO hoặc chấp nhận các biện pháp bảo tồn và quản lý mà RFMO đó đưa ra<sup>31</sup>. Tại các khu vực không có RFMO hoặc thỏa thuận tương tự, các quốc gia đánh cá tại Biển cả và quốc gia ven biển phải hợp tác để thành lập RFMO hoặc đi đến thỏa thuận như vậy. Điều này đã cho thấy việc đàm phán, thành lập và sử dụng các RFMO không chỉ được khuyến khích trong UNCLOS mà đã được quy định cụ thể và mở rộng vai trò hơn trong UNFSA với hệ thống quy phạm pháp lý tương đối hoàn chỉnh nhằm quản lý và bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Biển cả, trong đó có các đàn cá lưỡng cư và di cư xa. Đồng thời, nếu xem xét thực tiễn áp dụng ở các quốc gia và các tổ chức quốc tế trong những năm gần đây

<sup>26</sup> Satya N. Nandan and Shabtai Rosenne, *United Nations Convention on the Law of the Sea – a Commentary*, vol 3, Kluwer Law International, The Hague, 2002, tr. 301.

<sup>27</sup> United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, *The Law of the Sea - The Regime for High-Sea Fisheries: Status and Prospects*, New York, 1992, tr. 26.

<sup>28</sup> Khoản 1 Điều 8 UNFSA.

<sup>29</sup> Khoản 2 Điều 8 UNFSA.

<sup>30</sup> Khoản 2 Điều 8 UNFSA.

<sup>31</sup> Khoản 3 Điều 8 UNFSA.

về việc hợp tác thông qua RFMO, có thể thấy rằng nghĩa vụ này đã trở thành một phần của tập quán quốc tế<sup>32</sup>.

2.2.2. *Nghĩa vụ tiến hành các biện pháp nhằm duy trì hoặc tái tạo số lượng các loài đánh bắt ở mức khai thác bền vững tối đa*

Điều 117 và 119 UNCLOS yêu cầu các quốc gia định ra các biện pháp cần thiết để áp dụng đối với công dân của mình nhằm bảo tồn tài nguyên sinh vật của Biển cả hoặc hợp tác với các quốc gia khác trong việc định ra các biện pháp như vậy. Phần Mở đầu của khoản 1 Điều 119 quy định: “Để quyết định về hạn mức đánh bắt hoặc thiết lập các biện pháp khác nhằm bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Biển cả, các quốc gia phải...” cho thấy việc xác định hạn mức đánh bắt là một trong những biện pháp do Công ước đề xuất mà các quốc gia có thể lựa chọn nhằm bảo tồn tài nguyên sinh vật ở Biển cả<sup>33</sup>. Các quốc gia vẫn có thể lựa chọn các biện pháp bảo tồn khác được xây dựng trên cơ sở bằng chứng khoa học của các nước liên quan và có trao đổi với các tổ chức quốc tế, khu vực hoặc tiểu khu vực phù hợp<sup>34</sup>.

Mặt khác, trên cơ sở khoản 2 Điều 119 UNCLOS đã phân tích ở trên, các quốc gia có thể thiết lập các tổ chức hợp tác nghề cá quốc tế, khu vực hoặc tiểu khu vực và các tổ chức này sẽ nghiên cứu, xác định các thông

tin, dữ liệu cần thiết và trao đổi với các quốc gia thành viên để quyết định về hạn mức đánh bắt tại các vùng biển thuộc Biển cả. Điều 6 của UNFSA còn yêu cầu các quốc gia đưa ra các biện pháp bảo tồn và quản lý dựa trên bằng chứng khoa học tốt nhất, bảo đảm duy trì hoặc tái tạo các đàn cá ở mức độ sản sinh bền vững tối đa, thúc đẩy và tiến hành các nghiên cứu khoa học và phát triển các công nghệ phù hợp để bảo tồn và quản lý nghề cá. Đặc biệt, UNFSA đã đề cập đến vấn đề “đa dạng sinh học trong môi trường biển” tại Điều 6 (g), mặc dù không giải thích thêm về thuật ngữ này cũng như cách đảm bảo thực hiện nghĩa vụ bảo vệ nói trên. Điều này đã cho thấy tại thời điểm thông qua UNFSA vào năm 1995, vấn đề đa dạng sinh học biển đã bắt đầu nhận được sự quan tâm rõ ràng hơn trong hoạt động quản lý và sử dụng biển của các quốc gia, từ đó tạo tiền đề để tiếp tục được thảo luận trong tương lai.

2.2.3. *Nghĩa vụ bảo tồn sinh vật biển có vú ở Biển cả*

Theo Điều 120 UNCLOS, các biện pháp nhằm bảo tồn và quản lý các loài có vú tại EEZ cũng được áp dụng đối với loài sinh vật này tại Biển cả. Quy định này đã thể hiện rõ mối quan hệ giữa các biện pháp bảo tồn tài nguyên sinh vật tại EEZ và Biển cả, nhất là bảo tồn các loài sinh vật biển có vú, đồng thời đã mở rộng phạm vi áp dụng của Điều 65 và tạo cơ sở pháp lý để các quốc gia và các tổ chức quốc tế liên quan có thể xây dựng các biện pháp bảo tồn sinh vật biển có vú chặt chẽ hơn so với các biện pháp áp dụng cho tài nguyên sinh vật biển nói chung. Chẳng hạn, cá voi là loài sinh vật biển có vú đã được bảo tồn và quản lý bằng nhiều biện pháp, trong đó có các biện pháp được khuyến khích và thông qua bởi Ủy ban

<sup>32</sup> Xem thêm Tore Henriksen, Geir Honneland and Are Sydnes, *Law and Politics in Ocean Governance: The UN Fish Stock Agreement and Regional Fisheries Management Regimes*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2006, tr. 15.

<sup>33</sup> Yoshinobu Takei, *Filling Regulatory Gaps in High Seas Fisheries: Discrete High Seas Fish Stocks, Deep-Sea Fisheries and Vulnerable Marine Ecosystems*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2013, tr. 70.

<sup>34</sup> Khoản 1 và 2 Điều 119 UNCLOS.

quốc tế về cá voi được thành lập từ năm 1946 theo Công ước quốc tế về cá voi. Mặc dù tại thời điểm này, chế định Biển cả và EEZ đều chưa được pháp điển hóa, nhưng việc các quốc gia trao thẩm quyền cho Ủy ban quốc tế về cá voi mà không hạn chế phạm vi đã cho thấy việc bảo tồn cá voi cần phải được thực hiện ở tất cả các vùng biển mà loài động vật này cư trú, không phân biệt chế độ pháp lý khác nhau của các vùng biển này.

Ngoài các nghĩa vụ nói trên, việc bảo tồn và quản lý tài nguyên sinh vật ở Biển cả theo Điều 116 UNCLOS còn yêu cầu các quốc gia phải tuân thủ các nghĩa vụ theo các điều ước quốc tế mà quốc gia đó là thành viên, đồng thời tôn trọng quyền, nghĩa vụ và lợi ích của quốc gia ven biển đối với các loài lưỡng cư và di cư xa tại EEZ của nước này. Điều này có nghĩa là, nếu các quốc gia thành viên UNCLOS ký kết các điều ước quốc tế song phương hoặc đa phương về bảo tồn tài nguyên sinh vật tại một số khu vực ở Biển cả thì các điều ước này sẽ được áp dụng song song với UNCLOS. Nghĩa vụ này cũng liên quan chặt chẽ đến việc thành lập các RFMO theo Điều 118 UNCLOS; cụ thể, nếu một quốc gia là thành viên của một RFMO, quy định của RFMO sẽ giới hạn quyền tự do đánh bắt ở vùng biển cả của quốc gia đó<sup>35</sup>.

### 2.3. Nghĩa vụ về bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Vùng

Bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Vùng – một bộ phận của ABNJ – đang là vấn đề gây nhiều tranh cãi. Điều 136 của UNCLOS quy định: “*Vùng và tài nguyên tại Vùng là di sản chung của nhân loại*”. Nói cách khác, nguyên tắc “*di sản chung của nhân loại*”

được áp dụng cho hai đối tượng là Vùng (với tư cách pháp lý là một vùng biển) và tài nguyên tại Vùng. Tài nguyên tại Vùng, theo lý giải của Điều 133, là tài nguyên khoáng sản. Thêm vào đó, khoản 2 Điều 137 UNCLOS cũng quy định:

Toàn thể nhân loại mà đại diện là Cơ quan quyền lực Vùng, có tất cả các quyền đối với các tài nguyên của Vùng. Những tài nguyên này không thể chuyển nhượng được. Các loại khoáng sản khai thác từ Vùng chỉ có thể được chuyển nhượng theo đúng Phần này và phù hợp với các nguyên tắc, quy định và thủ tục của Cơ quan quyền lực Vùng.

Do đó, có thể suy luận rằng, nguyên tắc “*di sản chung của nhân loại*” chỉ áp dụng đối với việc thăm dò, quản lý và khai thác tài nguyên khoáng sản, chứ không áp dụng đối với tài nguyên sinh vật tại Vùng. Tuy nhiên, như đã nói ở trên, nguyên tắc “*di sản chung của nhân loại*” còn được áp dụng cho Vùng nói chung, trong đó tài nguyên sinh vật là một bộ phận không thể tách rời của Vùng. Vì vậy, mặc dù Điều 133 không coi tài nguyên sinh vật là một loại tài nguyên tại Vùng thuộc phạm vi điều chỉnh của Công ước, và Phần XI của UNCLOS cũng không đưa ra quy định nào về quy chế pháp lý của tài nguyên sinh vật tại Vùng, nên câu hỏi đặt ra về việc liệu tài nguyên sinh vật tại Vùng có được hưởng quy chế “*di sản chung của nhân loại*” vì đây là một bộ phận không thể tách rời của Vùng hay không vẫn chưa được giải quyết<sup>36</sup>. Như vậy, trong khi nghĩa

<sup>35</sup> Nandan and Rosenne, tldđ, Điều 116.

<sup>36</sup> Điều này có thể được lý giải là tại thời điểm thông qua UNCLOS, có rất ít thông tin về các sinh vật biển tồn tại ở đáy biển sâu. Xem thêm Sunil Kr. Agarwal, *Legal Issues in the Protection of Marine Biological Diversity Beyond National Jurisdiction*, Maritime

vụ bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Biển cả được quy định trực tiếp trong UNCLOS, nghĩa vụ bảo tồn tài nguyên sinh vật ở Vùng vẫn đang bị bỏ ngỏ và là một vấn đề chưa nhận được sự đồng thuận của các quốc gia trong tiến trình đàm phán xây dựng văn kiện pháp lý quốc tế điều chỉnh BBNJ mà Đại hội đồng Liên hợp quốc (ĐHĐ LHQ) tiến hành từ năm 2004 đến nay<sup>37</sup>.

#### **2.4. Nghĩa vụ bảo vệ tài nguyên sinh vật biển ở Nam Cực**

Nam Cực sở hữu các hệ động thực vật đặc thù và độc đáo, trong đó có một số loài động vật như chim cánh cụt, hải cẩu và cá voi xanh<sup>38</sup>. Nghĩa vụ bảo tồn tài nguyên sinh vật biển ở Nam Cực được quy định chủ yếu trong một số điều ước thuộc Hệ thống Hiệp ước Nam Cực như: Thỏa thuận về các biện pháp nhằm bảo tồn hệ động thực vật châu Nam Cực năm 1964, Công ước về bảo tồn hải cẩu Nam Cực năm 1972, Công ước về bảo tồn sinh vật biển Nam Cực năm 1980 (CCAMLR), và Nghị định thư về bảo vệ môi trường gắn liền với Hiệp ước Nam Cực năm 1991. Trong đó, CCAMLR có mục đích bảo tồn sinh vật biển cũng như tính toàn vẹn của môi trường ở các khu vực cận Nam Cực trước sự khai thác nguồn lợi

sinh vật ở ạt của các quốc gia làm đe dọa đến các nguồn lợi biển nói riêng và hệ sinh thái nói chung ở vùng này<sup>39</sup>. Công ước đã quy định một số nguyên tắc về bảo tồn như: (i) Ngăn ngừa sự suy giảm về kích cỡ của loài sinh vật được đánh bắt; (ii) Duy trì các mối quan hệ sinh thái giữa các quần thể sinh vật biển Nam Cực bị đánh bắt, phụ thuộc hoặc có liên quan và phục hồi các quần thể đã cạn kiệt; và (iii) Ngăn ngừa sự biến đổi hoặc giảm thiểu nguy cơ biến đổi trong hệ sinh thái biển không có khả năng hồi phục trong hai hoặc ba thập kỷ, có cân nhắc đến các tác động trực tiếp và gián tiếp từ việc khai thác, từ sự xâm nhập các sinh vật ngoại lai, từ các hoạt động có liên quan đến hệ sinh thái biển và từ sự thay đổi môi trường, với mục đích tạo ra khả năng bảo tồn bền vững các nguồn tài nguyên sinh vật biển ở Nam Cực<sup>40</sup>. Thêm vào đó, CCAMLR cũng thành lập Chương trình giám sát hệ sinh thái để tiếp tục theo dõi ảnh hưởng của việc đánh bắt cá và các loài khác trong khu vực. Tuy nhiên, vấn đề BBNJ cũng chưa được đề cập một cách trực tiếp và cụ thể trong Công ước này.

#### **2.5. Nghĩa vụ hợp tác trong bảo vệ môi trường biển và nghiên cứu khoa học biển**

Hợp tác quốc tế về bảo vệ môi trường biển và nghiên cứu khoa học biển có tác dụng hỗ trợ và thúc đẩy việc thực hiện nghĩa vụ bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển nói chung và BBNJ nói riêng.

##### **2.5.1. Nghĩa vụ hợp tác trong bảo vệ môi trường biển**

Hợp tác trong bảo vệ môi trường là một trong những bước phát triển quan trọng của luật pháp quốc tế nói chung, luật môi trường

Affairs: Journal of the National Maritime Foundation of India 11, No.1, 2015, tr. 84-88.

<sup>37</sup> Institute for International Sustainable Development, *Summary of the Third Session of the Intergovernmental Conference on an International Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 19 – 30 August 2019*, Earth Negotiations Bulletin 25, No. 218 (2 September 2019), tr. 22.

<sup>38</sup> VOV Online, *Ảnh đẹp về những loài động vật ở Nam Cực*, <http://baoninhthuan.com.vn/news/30198p0c67/anh-dep-ve-nhung-loai-dong-vat-o-nam-cuc.htm>, truy cập ngày 20/6/2019.

<sup>39</sup> Lời nói đầu của Công ước CCAMLR.

<sup>40</sup> Khoản 3 Điều 2 Công ước CCAMLR.

quốc tế và luật biển quốc tế nói riêng<sup>41</sup>, Được ghi nhận tại Điều 30 Hiến chương về các quyền và nghĩa vụ kinh tế của các quốc gia năm 1974 của ĐHĐ LHQ<sup>42</sup>, nguyên tắc này đã tạo cơ sở cho việc pháp điển hóa các nghĩa vụ hợp tác trong lĩnh vực môi trường, trong đó có môi trường biển được ghi nhận tại Phần XII của UNCLOS và một số điều ước liên quan như: Công ước quốc tế về ngăn ngừa ô nhiễm do tàu biển gây ra (MARPOL 73/78)<sup>43</sup>, Công ước về ngăn ngừa ô nhiễm từ việc nhận chìm chất thải trên biển năm 1972<sup>44</sup> và Nghị định thư London năm 1996<sup>45</sup>...

Theo khoản 1 Điều 194 UNCLOS, các quốc gia có nghĩa vụ “thực hiện một cách riêng rẽ hoặc *phối hợp với nhau trong trường hợp cần thiết* tất cả các biện pháp phù hợp với Công ước để ngăn chặn, giảm

thiểu và kiểm soát ô nhiễm môi trường biển...”. Đặc biệt, nghĩa vụ này được nhấn mạnh nhằm bảo vệ và gìn giữ các hệ sinh thái hiếm hoi hoặc dễ bị tổn thương cũng như điều kiện cư trú của các loài và các sinh vật biển khác đang thoái hóa, có nguy cơ hay đang bị hủy diệt (khoản 5 Điều 194).

Mặt khác, các điều từ 197-201, Mục 2 Phần XII của UNCLOS đã đặt ra một loạt các nghĩa vụ hợp tác toàn cầu và khu vực trong việc bảo vệ môi trường biển như: Xây dựng và giải thích các quy định, tiêu chuẩn quốc tế, thực tiễn và thủ tục về bảo vệ môi trường biển<sup>46</sup>; thông báo về nguy cơ ô nhiễm hoặc thiệt hại do ô nhiễm gây ra<sup>47</sup>; hợp tác xây dựng kế hoạch giảm thiểu các tác động và hậu quả do ô nhiễm gây ra<sup>48</sup>; thúc đẩy, thực hiện nghiên cứu và trao đổi thông tin về ô nhiễm môi trường biển<sup>49</sup>; và thiết lập các yếu tố khoa học phù hợp để xây dựng, và giải thích các quy định, tiêu chuẩn quốc tế, thực tiễn và thủ tục ngăn chặn, giảm thiểu và kiểm soát ô nhiễm môi trường biển<sup>50</sup>.

Các điều khoản nói trên đã được đề cập trong một số án lệ quốc tế về bảo vệ môi trường biển. Trong *Vụ việc về nhà máy MOX Plant* và *Vụ việc về các hoạt động cải tạo đất của Singapore thực hiện tại Eo biển Johor*, các bên khởi kiện (lần lượt là Ireland và Malaysia) viện dẫn các điều 197-201 làm cơ sở pháp lý yêu cầu Tòa án quốc tế về Luật biển (ITLOS) ban hành biện pháp khẩn cấp tạm thời<sup>51</sup>. Đồng thời, việc ITLOS yêu

<sup>41</sup> David Freestone, *Principles Applicable to Modern Oceans Governance*, The International Journal of Marine and Coastal Law 23(3), 2008, tr. 385.

<sup>42</sup> *Charter of Economic Rights and Duties of States*, GA Res 3281 (XXIX) UN GAOR, 29<sup>th</sup> sess, 2315<sup>rd</sup> plen mtg (adopted 12 December 1974), Art. 30.

<sup>43</sup> Hiện nay, có 155 quốc gia là thành viên của Công ước này. Việt Nam chính thức gia nhập Công ước vào ngày 29/5/1991. Xem thêm tại: <http://csp-ltmt.monre.gov.vn/pl-quoc-te/gioi-thieu-cac-dieu-uoc-quoc-te-tn-mt/cong-uoc-quoc-te-ve-ngan-ngua-o-nhiem-tu-tau-bien1973-78.html>, truy cập ngày 18/6/2019.

<sup>44</sup> Công ước có hiệu lực từ ngày 30/8/1975 và từ năm 1977 Công ước này được quản lý bởi Tổ chức Hàng hải quốc tế (IMO). Việt Nam chưa gia nhập Công ước này.

<sup>45</sup> Nghị định thư London năm 1996 đã bổ sung toàn diện Công ước năm 1972. Theo nhiều nhận định, Nghị định thư này cuối cùng sẽ thay thế Công ước. Hiện nay, cả Công ước và Nghị định thư đều là những điều ước quốc tế có hiệu lực và đều đang đề nghị để các quốc gia gia nhập. Song vì tính ưu việt của nó, IMO khuyến khích các quốc gia nên tham gia Nghị định thư thay vì Công ước. Xem thêm tại: <http://tapchimoitruong.vn/pages/article.aspx?item=C A1c-40079>, truy cập ngày 18/6/2019.

<sup>46</sup> Điều 197 UNCLOS.

<sup>47</sup> Điều 198 UNCLOS.

<sup>48</sup> Điều 199 UNCLOS.

<sup>49</sup> Điều 200 UNCLOS.

<sup>50</sup> Điều 201 UNCLOS.

<sup>51</sup> International Tribunal for the Law of the Sea, *Request for Provisional Measures and Statement of the Case Submitted on behalf of Ireland (9 November*

cầu các bên tranh chấp trong cả hai vụ việc này thực hiện một số hoạt động hợp tác mà tòa đưa ra cũng cho thấy quan điểm và cách giải thích của tòa về nghĩa vụ hợp tác trong bảo vệ môi trường biển theo Phần XII của UNCLOS<sup>52</sup>.

Tuy nhiên, mặc dù quy định tương đối đầy đủ và cụ thể về nghĩa vụ hợp tác quốc tế nhằm bảo vệ môi trường biển, UNCLOS lại không thiết lập bất kỳ một cơ chế hay quy trình nào để hướng dẫn và giám sát việc thi hành các nghĩa vụ này của các quốc gia<sup>53</sup>, dẫn đến việc bảo vệ môi trường biển không được thực hiện một cách hiệu quả tại Biển cả và Vùng, từ đó đe dọa đến sự tồn tại của nguồn tài nguyên đa dạng sinh học biển tại các vùng biển này.

#### 2.5.2. Nghĩa vụ hợp tác trong nghiên cứu khoa học biển

Nghiên cứu khoa học biển là một trong những hoạt động có tác động đến việc bảo tồn đa dạng sinh học biển. Ngoài các quy định về nghiên cứu khoa học tại Biển cả và Vùng, UNCLOS còn đưa ra một phần riêng về nghĩa vụ chung của các quốc gia trong

việc nghiên cứu khoa học biển tại Mục 2, Phần XIII của Công ước. Theo đó, Điều 242 quy định về nghĩa vụ đẩy mạnh hợp tác quốc tế nói chung trong nghiên cứu khoa học biển; đặc biệt khoản 2 yêu cầu các quốc gia hợp tác nhằm cung cấp các thông tin cần thiết để ngăn ngừa và chế ngự các tác hại đối với sức khỏe và đối với sự an toàn của con người và môi trường biển. Đồng thời, Điều 243 còn yêu cầu sự hợp tác giữa các quốc gia và tổ chức quốc tế có thẩm quyền trong việc tạo điều kiện thuận lợi cho các hoạt động nghiên cứu khoa học biển, và Điều 244 quy định về việc hợp tác trong việc xuất bản và công khai các thông tin và nghiên cứu về khoa học biển.

Nghĩa vụ hợp tác trong nghiên cứu khoa học biển cũng được ghi nhận trong Hiệp định UNFSA tại khoản 2 Điều 14. Theo đó, các quốc gia có nghĩa vụ hợp tác trực tiếp hoặc thông qua các RFMO nhằm: (i) Nhất trí về tính xác thực của dữ liệu và hình thức cung cấp dữ liệu cho các tổ chức/thỏa thuận này, có cân nhắc đến bản chất tự nhiên của các đàn cá và việc đánh bắt các đàn cá đó; (ii) Phát triển và chia sẻ các kỹ thuật phân tích, phương pháp đánh giá trữ lượng cá nhằm nâng cao các biện pháp bảo tồn, quản lý các đàn cá lưỡng cư và di cư xa<sup>54</sup>.

Bên cạnh đó, phù hợp với Phần XIII của UNCLOS, UNFSA còn quy định các quốc gia có nghĩa vụ hợp tác trực tiếp hoặc thông qua các tổ chức quốc tế có thẩm quyền, nhằm tăng cường năng lực nghiên cứu khoa học trong lĩnh vực nghề cá và thúc đẩy nghiên cứu khoa học về bảo tồn và quản lý các đàn cá lưỡng cư và di cư xa vì quyền lợi chung. Để đạt được mục đích này, một quốc gia hoặc tổ chức quốc tế có thẩm

2001), [https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no\\_10/request\\_ireland\\_e.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_10/request_ireland_e.pdf); *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore) (Provisional Measures)*, Case No 12, 8 October 2003, đoạn 74.

<sup>52</sup> International Tribunal for the Law of the Sea, *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom) (Provisional Measures)*, Case No 10, 3 December 2001, đoạn 89.1; *Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore) (Provisional Measures)*, Case No 12, 8 October 2003, đoạn 97.

<sup>53</sup> Kristina Gjerde et al., *Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction: Options for Underpinning a Strong Global BBNJ Agreement through Regional and Sectoral Governance*, STRONG High Seas Project, 2018, tr. 6.

<sup>54</sup> Khoản 2 Điều 14 UNFSA.

quyền tiến hành nghiên cứu ở ABNJ cần phải chủ động thúc đẩy việc công bố và phổ biến cho bất kỳ quốc gia nào quan tâm đến kết quả nghiên cứu đó và các thông tin liên quan đến mục tiêu và phương pháp của nghiên cứu đó, và trong mức độ cho phép thực tế, cần phải tạo điều kiện cho sự tham gia của các nhà khoa học của các quốc gia trong việc nghiên cứu<sup>55</sup>. Như vậy, với các quy định nói trên, việc đảm bảo và thúc đẩy nghiên cứu khoa học biển đã góp phần vào việc bảo tồn và sử dụng bền vững môi trường biển và đa dạng sinh học biển nói chung và BBNJ nói riêng.

### **3. Nghĩa vụ bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển tại các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia trong các điều ước quốc tế khu vực**

#### **3.1. Công ước về bảo vệ môi trường biển các nước Đông Bắc Đại Tây Dương năm 1992 (Công ước OSPAR)**

Công ước OSPAR được ký kết trên cơ sở kết hợp và cập nhật Công ước Oslo năm 1972 về xử lý chất thải trên biển và Công ước Paris năm 1974 về các nguồn ô nhiễm biển từ trên đất liền. Công ước được xem là cơ sở pháp lý điều chỉnh vấn đề hợp tác quốc tế và bảo vệ môi trường biển ở vùng Đông Bắc Đại Tây Dương.

Phụ lục V của Công ước OSPAR đề cập đến việc bảo vệ và bảo tồn hệ sinh thái và đa dạng sinh học, trong đó sử dụng lại các định nghĩa về “đa dạng sinh học”, “hệ sinh thái” và “môi trường sống” của Công ước CBD<sup>56</sup>. Theo đó, các Bên ký kết phải cam kết thực hiện các biện pháp cần thiết nhằm bảo vệ các khu vực biển trước các tác động bất lợi do hoạt động của con người, bảo tồn

hệ sinh thái biển và đa dạng sinh học của khu vực biển, đồng thời khôi phục các khu vực biển bị ảnh hưởng trong trường hợp có thể, cũng như thực hiện các nghĩa vụ khác theo Công ước CBD để phát triển chiến lược, kế hoạch hoặc chương trình bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học<sup>57</sup>. Các quốc gia còn có nghĩa vụ hợp tác trong việc áp dụng các chương trình và mục đích nêu trên để kiểm soát các hoạt động của con người<sup>58</sup>. Các nghĩa vụ nói trên có thể được thực hiện không chỉ thông qua các biện pháp độc lập, mà còn thông qua các biện pháp tập thể giữa các bên ký kết<sup>59</sup>.

Điều 3 của Phụ lục V của Công ước đề cập đến việc thành lập Ủy ban OSPAR nhằm thực hiện các công việc được quy định trong Công ước như: Xây dựng các chương trình và biện pháp kiểm soát hoạt động của con người thông qua việc thu thập và xem xét các thông tin và ảnh hưởng của các hoạt động đó đối với các hệ sinh thái và đa dạng sinh học; phát triển các phương thức đưa ra các biện pháp bảo vệ, bảo tồn, phục hồi hoặc phòng ngừa liên quan đến các khu vực, địa điểm cụ thể hoặc các loài, các môi trường sống cụ thể; xem xét các chương trình và biện pháp được các bên ký kết thông qua để bảo vệ và bảo tồn các hệ sinh thái trong vùng biển thuộc chủ quyền hoặc quyền tài phán...

Như vậy, Công ước OSPAR với Phụ lục V đã trở thành một công cụ pháp lý cho việc hợp tác, giám sát vấn đề bảo vệ, bảo tồn hệ sinh thái và đa dạng sinh học của khu vực biển Đông Bắc Đại Tây Dương. Tuy nhiên, các quy định trong Phụ lục này mang tính chung chung, không khẳng định rõ có

<sup>55</sup> Khoản 3 Điều 14 UNFSA.

<sup>56</sup> Điều 1 Phụ lục V Công ước OSPAR.

<sup>57</sup> Điều 2 Phụ lục V Công ước OSPAR.

<sup>58</sup> Như trên.

<sup>59</sup> Khoản 5 Điều 2 Công ước OSPAR.

được áp dụng đối với cả vùng biển nằm ngoài phạm vi quyền tài phán của các quốc gia hay không.

**3.2. Công ước về bảo vệ tài nguyên và môi trường tại khu vực Nam Thái Bình Dương năm 1986 (Công ước Noumea)**

Công ước Noumea quy định các biện pháp thích hợp để ngăn chặn, giảm thiểu và kiểm soát ô nhiễm từ bất kỳ nguồn nào nhằm bảo vệ môi trường biển, bảo đảm quản lý và phát triển môi trường tài nguyên thiên nhiên tại khu vực Nam Thái Bình Dương. Điều 4(6) của Công ước quy định:

... Mỗi bên phải đảm bảo rằng các hoạt động trong phạm vi quyền tài phán hoặc quyền kiểm soát của mình không gây thiệt hại cho môi trường của các quốc gia khác hoặc các khu vực vượt quá giới hạn của thẩm quyền tài phán của quốc gia đó<sup>60</sup>.

Như vậy, Công ước Noumea đã có đề cập đến trách nhiệm bảo vệ tài nguyên và môi trường ở các vùng nằm ngoài phạm vi quyền tài phán quốc gia, mặc dù không quy định rõ ràng về bảo tồn đa dạng sinh học biển tại các vùng này. Đây chính là tiền đề để các nước ký kết có thể áp dụng các biện pháp bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển nằm ngoài phạm vi quyền tài phán quốc gia ở vùng biển Nam Thái Bình Dương.

**3.3. Công ước về bảo vệ môi trường biển và vùng ven biển Địa Trung Hải năm 1976 (Công ước Barcelona)**

Công ước Barcelona có mục tiêu chính là ngăn chặn và giảm thiểu ô nhiễm từ tàu, máy bay và các nguồn ô nhiễm trên đất liền đối với vùng biển Địa Trung Hải, cải thiện môi trường biển trong khu vực và góp phần

vào sự phát triển bền vững của môi trường biển<sup>61</sup>. Để đạt được mục tiêu này, Công ước đã đề ra một số nghĩa vụ đối với các quốc gia trong khu vực như: Các quy định về biện pháp chống ô nhiễm do rác thải từ tàu và máy bay, chống thiêu đốt trên biển, chống ô nhiễm do tìm kiếm và khai thác thêm lục địa và đáy biển, chống ô nhiễm do chất thải từ đất liền, bảo vệ đa dạng sinh học...

Mặc dù không quy định cụ thể về vấn đề BBNJ, nhưng Công ước đã đưa ra một số nghĩa vụ ngoài vùng tài phán quốc gia như thúc đẩy hợp tác trong các thủ tục đánh giá tác động môi trường liên quan đến các hoạt động thuộc thẩm quyền hoặc kiểm soát của các quốc gia nếu hoạt động đó có khả năng gây tác động bất lợi đáng kể đến môi trường biển của các quốc gia hoặc các khu vực khác ngoài thẩm quyền quốc gia<sup>62</sup>. Đồng thời, Điều 10 cũng quy định các quốc gia ký kết sẽ chỉ định các cơ quan có thẩm quyền chịu trách nhiệm giám sát ô nhiễm trong các khu vực thuộc thẩm quyền quốc gia của mình và tham gia thực hiện các thỏa thuận quốc tế về giám sát ô nhiễm ở các khu vực ngoài thẩm quyền quốc gia. Đây chính là cơ sở pháp lý để các quốc gia trong khu vực có thể triển khai các biện pháp bảo vệ môi trường biển và bảo tồn đa dạng sinh học tại các vùng ngoài quyền tài phán quốc gia.

**4. Nghĩa vụ bảo tồn tài nguyên sinh vật tại Biển cả trong các án lệ quốc tế**

Thực tiễn giải quyết các tranh chấp quốc tế cũng đã có một số vụ việc liên quan đến bảo vệ môi trường biển như *Vụ việc về các hoạt động cải tạo đất của Singapore tại Eo biển Johor* giữa Malaysia và Singapore,

<sup>60</sup> Khoản 6 Điều 4 Công ước Noumea.

<sup>61</sup> Lời nói đầu Công ước Barcelona.

<sup>62</sup> Khoản 3d Điều 4 Công ước Barcelona.

*Vụ việc về Nhà máy MOX Plant* giữa Ireland và Vương quốc Anh, và *Vụ việc về cá ngừ vây xanh phía Nam* giữa Australia, New Zealand và Nhật Bản. Trong đó, *Vụ việc về cá ngừ vây xanh phía Nam* được xem là tiêu biểu liên quan đến nghĩa vụ bảo tồn tài nguyên sinh vật tại ABNJ.

Trong vụ việc này, Australia và New Zealand cho rằng chương trình đánh cá thử nghiệm của Nhật Bản đối với loài cá ngừ vây xanh đã vi phạm nghĩa vụ bảo tồn và quản lý các sinh vật biển ở Biển cả theo các Điều 116 và 119 UNCLOS, cũng như nguyên tắc phòng ngừa, theo đó các quốc gia có nghĩa vụ phải sử dụng các biện pháp phòng ngừa nếu các hoạt động của quốc gia đó thực hiện có khả năng gây hại cho môi trường<sup>63</sup>. ITLOS căn cứ khoản 5 Điều 290 UNCLOS để ban hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời<sup>64</sup> và đã yêu cầu các bên: (i) Ngừng mọi chương trình đánh bắt cá ngừ thử nghiệm; (ii) Không thực hiện các hoạt động có thể làm trầm trọng thêm tranh chấp và có thể làm ảnh hưởng đến quá trình đưa ra phán quyết về nội dung của tòa trọng tài; và (iii) Thúc đẩy quá trình đàm phán để đạt được thỏa thuận với các quốc gia và các thực thể có liên quan đến việc đánh bắt cá ngừ vây xanh phía Nam nhằm bảo vệ và tăng cường mục tiêu sử dụng đàn cá một cách tối ưu<sup>65</sup>.

Như vậy, với các biện pháp hạn chế được đưa ra trong quyết định ban hành các biện pháp khẩn cấp tạm thời theo khoản 5

Điều 290 UNCLOS, ITLOS đã hướng đến mục tiêu bảo tồn đàn cá ngừ vây xanh phía Nam tại biển cả nói riêng và mục tiêu bảo tồn và sử dụng bền vững BBNJ nói chung.

### **5. Tiến trình xây dựng khuôn khổ pháp lý quốc tế toàn diện về đa dạng sinh học biển tại các vùng nằm ngoài quyền tài phán quốc gia và sự tham gia của Việt Nam**

Nhìn chung, nghĩa vụ bảo tồn và sử dụng bền vững BBNJ chưa được quy định một cách trực tiếp và cụ thể trong luật pháp quốc tế hiện hành mà chỉ được thể hiện một cách gián tiếp ở nhiều mức độ khác nhau trong các điều ước quốc tế toàn cầu và khu vực cũng như trong thực tiễn xét xử quốc tế. Điều này một mặt thể hiện tầm quan trọng của vấn đề BBNJ, nhưng mặt khác lại cho thấy những khoảng trống đáng kể khi chưa có được một khuôn khổ pháp lý quốc tế toàn diện và nhất quán về vấn đề này. Thêm vào đó, các quy định hiện nay của luật pháp quốc tế cũng chưa giải quyết hiệu quả một số vấn đề liên quan đến nghĩa vụ bảo tồn và sử dụng bền vững BBNJ như việc tiếp cận và chia sẻ lợi ích từ nguồn gen biển tại Biển cả và Vùng. Đặc biệt, khuôn khổ pháp lý hiện hành cũng chưa có các điều khoản cụ thể nhằm kiểm soát các hoạt động mới xuất hiện hoặc có tiềm năng ở ABNJ như: Can thiệp khí hậu (climate engineering), phát hiện hoạt chất sinh học (bioprospecting), du lịch biển, nuôi biển (aquaculture), lắp đặt các thiết bị sản xuất năng lượng... và tác động của các hoạt động này đối với đa dạng sinh học biển tại ABNJ.

Trong hơn hai thập kỷ qua, cộng đồng quốc tế đã nỗ lực đề ra các sáng kiến, các quy trình nhằm lấp đầy các khoảng trống pháp lý về vấn đề BBNJ, trong đó nổi bật

<sup>63</sup> International Tribunal for the Law of the Sea, *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v Japan; Australia v. Japan) (Order)*, Case No 3 and 4, 27 August 1999, đoạn 28.

<sup>64</sup> Như trên, đoạn 40 – 62.

<sup>65</sup> Như trên, đoạn 90.

nhất và thu hút sự tham gia của đa số các quốc gia là tiến trình BBNJ do ĐHĐ LHQ khởi xướng. Ngay từ năm 2004, ĐHĐ LHQ đã thành lập Nhóm Công tác *Ad Hoc* không chính thức (The *Ad Hoc* Open-ended Informal Working Group) với nhiệm vụ chủ yếu là “nghiên cứu các vấn đề liên quan đến việc bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển” tại ABNJ<sup>66</sup>. Năm 2015, Ủy ban Trù bị về BBNJ (BBNJ Preparation Committee) đã được thành lập với nhiệm vụ tổ chức các cuộc thảo luận quốc tế nhằm xây dựng một văn kiện pháp lý quốc tế về bảo tồn tài nguyên sinh vật biển tại ABNJ trong khuôn khổ UNCLOS<sup>67</sup>. Ủy ban Trù bị đã tổ chức bốn phiên thảo luận với khoảng 47 cuộc họp và đạt được một số kết quả nhất định về các thành tố của dự thảo Văn kiện về BBNJ được ghi nhận tại Nghị quyết số 66/231 năm 2011 của ĐHĐ LHQ, bao gồm: (i) Nguồn gen biển và vấn đề chia sẻ lợi ích; (ii) Các biện pháp quản lý theo vùng, trong đó có các khu vực bảo tồn biển; (iii) Đánh giá tác động môi trường; và (iv) Xây dựng năng lực và chuyển giao công nghệ biển<sup>68</sup>. Năm 2017, trên cơ sở các báo

cáo và đề xuất của Ủy ban Trù bị, ĐHĐ LHQ đã thông qua Nghị quyết số 72/249 về việc tổ chức Hội nghị liên chính phủ (Intergovernmental Conference) để thảo luận xây dựng các thành tố của dự thảo Văn kiện về BBNJ.<sup>69</sup> Trải qua các cuộc đàm phán vào tháng 9/2018, tháng 3 tới tháng 4/2019 và tháng 8/2019, mặc dù còn nhiều mâu thuẫn nhất là giữa nhóm nước phát triển và đang phát triển, nhưng những nội dung thảo luận của Hội nghị liên chính phủ đã phản ánh mối quan tâm đặc biệt ngày càng tăng của cộng đồng quốc tế đối với vấn đề BBNJ, đồng thời thể hiện nhu cầu xây dựng một văn kiện pháp lý toàn diện và nhất quán nhằm điều chỉnh vấn đề này.

Việt Nam là một quốc gia ven biển với nguồn tài nguyên đa dạng sinh học phong phú, trong đó gồm hệ sinh thái đặc thù, các khu bảo tồn biển và khu dự trữ sinh quyển thế giới. Mặc dù chưa có đủ điều kiện về tài chính và khoa học kỹ thuật để có thể tham gia khai thác tài nguyên nói chung và tài nguyên đa dạng sinh học biển nói riêng tại ABNJ nhưng trong tương lai, Việt Nam và những nước đang phát triển sẽ phải gánh chịu những bất lợi từ nguồn tài nguyên bị cạn kiệt do việc khai thác thiếu bền vững của các nước khác tại ABNJ như hiện nay.

<sup>66</sup> *Oceans and the law of the sea*, GA Res 59/24, UN GAOR, 59<sup>th</sup> sess, 56<sup>th</sup> plen mtg, Agenda item 49(a) UN Doc A/Res/59/24 (4 February 2005, adopted 17 November 2004), đoạn 73, [http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/Generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_59\\_24.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/Generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_59_24.pdf), truy cập ngày 30/6/2019.

<sup>67</sup> *Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*, GA Res 69/292, UN GAOR, 69<sup>th</sup> sess, 96<sup>rd</sup> plen mtg, Agenda item 76(a) UN Doc A/Res/68/70 (6 July 2015, adopted 19 June 2015), <https://undocs.org/A/RES/69/292>, truy cập ngày 15/9/2019.

<sup>68</sup> *Oceans and the law of the sea*, GA Res 66/231, UN GAOR, 66<sup>th</sup> sess, 93<sup>rd</sup> plen mtg, Agenda item

76(a) UN Doc A/Res/66/231 (5 April 2012, adopted 24 December 2011), [http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/Generalassembly/docs/globalcompact/A\\_RES\\_66\\_231.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/Generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_66_231.pdf), truy cập ngày 15/9/2019.

<sup>69</sup> *International legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction*, UN GAOR, 72<sup>nd</sup> sess, Agenda item 77, UN Doc. A/RES/72/249 (2017), <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/468/77/PDF/N1746877.pdf?OpenElement>, truy cập ngày 15/9/2019.

Do đó, Việt Nam có lợi ích và nghĩa vụ thiết thực trong việc thúc đẩy xây dựng các quy định của luật pháp quốc tế về chia sẻ công bằng các nguồn lợi thu được từ khai thác BBNJ cũng như bảo tồn và quản lý nguồn tài nguyên này, góp phần phát triển nền kinh tế một cách bền vững. Mặt khác, việc quản lý hiệu quả biển và tài nguyên biển còn góp phần bảo vệ chủ quyền, quyền chủ quyền và quyền tài phán quốc gia trên biển của Việt Nam trên cơ sở luật pháp quốc tế, đặc biệt là trong bối cảnh Biển Đông có nhiều diễn biến phức tạp như hiện nay.

Việt Nam đã ban hành nhiều chính sách và văn bản pháp luật điều chỉnh vấn đề bảo tồn và sử dụng bền vững đa dạng sinh học biển như: Chiến lược Biển Việt Nam, Chiến lược phát triển bền vững kinh tế biển, Luật Thủy sản, Luật Bảo vệ môi trường, Luật Đa dạng sinh học, Luật Biển, Luật Tài nguyên, Môi trường biển và hải đảo,... và các văn bản dưới luật khác. Bên cạnh đó, Việt Nam cũng là thành viên của các điều ước quốc tế quan trọng về bảo tồn đa dạng sinh học, đồng thời cũng tham gia tích cực vào các diễn đàn, các hội nghị quốc tế về xây dựng khuôn khổ pháp lý quốc tế về bảo tồn đa dạng sinh học biển.

Đặc biệt, Việt Nam đã tham gia tích cực vào các cuộc thảo luận trong tiến trình BBNJ tại LHQ nhằm xây dựng văn kiện pháp lý quốc tế, bởi đây là cơ hội để tham gia định hình luật chơi theo hướng có lợi cho các nước đang phát triển. Việt Nam đã cử đại biểu tham dự các cuộc họp của Nhóm Công tác *Ad Hoc* không chính thức vào các năm 2014 - 2015, các cuộc họp của Ủy ban Trù bị vào các năm 2016 - 2017 cũng như các cuộc họp của Hội nghị liên chính phủ và tham gia tương đối tích cực

vào quá trình thảo luận. Việt Nam chia sẻ quan điểm chung của đa số các nước đang phát triển, theo đó các nguồn đa dạng sinh học biển ở Biển cả là tài sản chung của nhân loại, tương tự như các tài nguyên khoáng sản ở Vùng. Do đó, việc tiếp cận, thu thập và sử dụng nguồn đa dạng sinh học ở Biển cả cần phải được cấp phép và quản lý bởi một cơ chế quốc tế phù hợp, lợi ích thu được từ khai thác và sử dụng BBNJ cần phải được chia sẻ một cách công bằng giữa các quốc gia<sup>70</sup>.

Trong thời gian tới, để góp phần hiệu quả tích cực cho chất lượng của cuộc họp cuối cùng của Hội nghị liên chính phủ vào tháng 3-4/2020, Việt Nam cần thể hiện vai trò chủ động nhiều hơn, đóng góp thực chất hơn vào tiến trình đàm phán nhằm định hình luật chơi có lợi cho mình và các nước đang phát triển trên cơ sở luật pháp quốc tế, đóng góp ý kiến về phạm vi và đối tượng áp dụng của Văn kiện BBNJ, về các biện pháp quản lý theo vùng và đánh giá tác động môi trường biển, về vấn đề xây dựng năng lực và chuyển giao công nghệ biển cũng như về việc xây dựng cơ chế quản lý việc bảo tồn và sử dụng BBNJ. Đồng thời, Việt Nam cũng có thể vận dụng các kết quả thảo luận của tiến trình BBNJ và các quy định hiện hành của luật pháp quốc tế để đưa ra các đề xuất, sáng kiến hợp tác bảo vệ tài nguyên đa dạng sinh học tại Biển cả và Vùng tại Biển Đông.

---

<sup>70</sup> VA, Việt Nam tham gia xây dựng văn kiện pháp lý quốc tế về bảo tồn và sử dụng đa dạng sinh học biển tại các vùng biển quốc tế, <https://baoquocte.vn/viet-nam-tham-gia-xay-dung-van-kien-phap-ly-quoc-te-v-e-bao-ton-va-su-dung-da-dang-sinh-hoc-bien-tai-cac-vung-bien-quoc-te-79084.html>, truy cập ngày 19/6/2019.